



Cilt: 10 | Sayı: 2
Aralık 2022



Derginin Sahibi

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. Şafak NARBAY

Yazı İşleri Müdürü

Dr. Öğr. Üyesi Alper IŞIK

Baş Editör

Dr. Öğr. Üyesi Alper IŞIK

Editör

Arş. Gör. Ramazan YÜCEL

İletişim Adresi

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Esentepe Kampüsü
54187, Serdivan / SAKARYA
Tel: +90 (264) 295 70 54
Faks: +90 (264) 295 70 53
E-posta: hukukdersisi@sakarya.edu.tr
Elektronik Ağ: www.hf.sakarya.edu.tr

Sayfa / Kapak Tasarımı

Emre KIZMAZ

Yayıncı

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

Basılan Matbaa

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

ISSN

2147-768X

*Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,
yılda iki sayı olarak Temmuz ve Aralık aylarında yayımlanan,
ULAKBİM TR Dizin tarafından taranan,
ulusal süreli ve hakemli bir dergidir.
Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir;
Fakülteyi, dergiyi ve yayınevini bağlamaz.*

DANIŞMA KURULU

- Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN (*İstanbul Üniversitesi*)
Prof. Dr. Arslan KAYA (*İstanbul Üniversitesi*)
Prof. Dr. Ayhan DÖNER (*Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi*)
Prof. Dr. Bihterin DİNÇKOL (*Marmara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Cem BAYGIN (*Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi*)
Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi*)
Prof. Dr. İbrahim AÇIK (*Marmara Üniversitesi*)
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY (*Tokat GaziosmanpaŐa Üniversitesi*)
Prof. Dr. İbrahim SUBAŐI (*İstanbul Medeniyet Üniversitesi*)
Prof. Dr. Mahmut KOCA (*İstanbul Medipol Üniversitesi*)
Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi*)
Prof. Dr. Murat DOĞAN (*Erciyes Üniversitesi*)
Prof. Dr. Nihat BULUT (*İstanbul Medipol Üniversitesi*)
Prof. Dr. Nurşen CANİKLIÖĞLU (*Marmara Üniversitesi*)
Prof. Dr. Ömer ÇINAR (*İbn Haldun Üniversitesi*)
Prof. Dr. Sururi AKTAŞ (*Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi*)

YAYIN KURULU ÜYELERİ

- Dr. ÖĞr. Üyesi Alper IŞIK (*Baş Editör*)
Arş. Gör. Ramazan YÜCEL (*Editör*)
Arş. Gör. Cemre Edip YALÇIN (*Yabancı Dil Editörü*)
Arş. Gör. Ebrar Sena ORUÇHAN
Arş. Gör. Makbule ALTINDAL
Arş. Gör. Rümeysa DEMİR
Arş. Gör. Yunus Emre BOZCU

SAKARYA ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Yayın İlkeleri

1. Sakarya Hukuk Dergisi hakemli bir dergidir. Fakülte Yönetim Kurulu'nun 07.02.2013 tarih ve 23 sayılı kararı ve Üniversite Yönetim Kurulunun 21.02.2013 Tarih ve 494 sayılı onayı gereğince Temmuz ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanır. Dergi, 2021 yılından itibaren ULAKBİM TR Dizin'de taranmaktadır.
2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmalar hukuk alanında, bilimsel içerikte ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi, çeviri ve bilgilendirici notlara da yer verilir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Kurulu tarafından yapılır.
3. Derginin yayın dili Türkçe ve İngilizcedir. Farklı dillerdeki çalışmaların yayımlanması, Yayın Kurulu'nun kararına bağlıdır. Yayımlanan makalelerin fikri ve ilmi, çevirilerin ise hukuki sorumluluğu yazarlarına/çevirmenlerine aittir. Çevirilerin yayımlanmış olduğu dildeki asıl nüshası ile birlikte gönderilmesi şarttır.
4. Dergide yayımlanacak çeviri yazılarda çevirmen, iletildiği çalışmayla birlikte eserin yazarından ve/veya yayım hakkına sahip kişi veya kurumdan aldığı yazılı onay belgesini Yayın Kurulu'na iletmek zorundadır.
5. Yayımlanmak üzere gönderilecek yazılar "Microsoft Word" programında kaydedilmiş, ana metin yazı tipi Times New Roman-12 punto, 1.5 satır aralığında ve iki yana yaslı; dipnotlar ise, Times New Roman 10 punto, tek satır aralığında ve iki yana yaslı; normal stil olmak üzere hazırlanmalıdır.
6. Yazarlar, unvanlarını, ORCID numaralarını (Bilimsel Araştırmacı Kimlik Numarası), görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini bildirmelidir.
7. Yayımlanmak üzere gönderilecek çalışmalar, en az 100 en çok 200 kelimededen oluşacak Türkçe ve İngilizce özet içermelidir. Çalışmalarda ayrıca Türkçe ve İngilizce başlık ve 5 adetten az olmamak üzere anahtar kelimelere yer verilmelidir.
8. Sakarya Hukuk Dergisine gönderilen yazılar, Yayın Kurulu tarafından öncelik sırasına konur ve çalışmalar derginin yayım ilkeleri ve yazım kurallarına uygunluğu bakımından ön değerlendirmeye tabi tutulur. Yayın ilkelerine ve yazım kurallarına uygun biçimde hazırlanmayan makaleler değerlendirmeye alınmaz ve hakeme gönderilmez.
9. Ön değerlendirme sonrasında yazılar, intihal taramasına tabi tutulur. Tarama neticesinde benzerlik oranı %20'nin üzerinde çıkan çalışmalar değerlendirmeye alınmaz ve hakeme gönderilmez.

10. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu halıyla basıma verdikleri kabul edilir. Bilimsellik ölçütlerine uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, Yayın Kurulu tarafından geri çevrilir. Yayın Kurulunca ön değerlendirmesi yapılan ve intihal taramasından geçen yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak iki hakeme incelenmek üzere gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra tekrar hakem denetimine başvurur.
11. Bir hakem raporunun olumsuz olması durumunda yazı incelenmek üzere üçüncü bir hakeme gönderilir. En az iki hakem denetiminden geçmeyen yazılar dergiye kabul edilmez. Yayınlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez.
12. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talep bulunmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
13. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm yayın hakları Sakarya Üniversitesine aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.
14. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Kaynakça İSNAD 2. Edisyon'a uygun şekilde oluşturulmalıdır. Kaynakça örnekleri için <https://www.isnadsistemi.org/guide/isnad2/isnad-dipnotlu/> adresinden İSNAD 2. Edisyon - Dipnotlu Online Kılavuz'una bakılmalıdır.
15. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Makalelerde yapılan atıflar İSNAD 2. Edisyon atıf sistemine uygun olarak dipnotlu şekilde yapılmalıdır. Atıf örnekleri için <https://www.isnadsistemi.org/guide/isnad2/isnad-dipnotlu/> adresinden İSNAD 2. Edisyon - Dipnotlu Online Kılavuz'una bakılmalıdır.

Yazım Kuralları^(*)

I. Makale Gönderim Şekli

1. Yazılar, Sakarya Hukuk Dergisi'nin DergiPark sayfası üzerinden gönderilmelidir. Başka kanallardan yapılan gönderimler kabul edilmeyecektir.

II. Gönderilecek Makalelerde Bulunması Gereken Hususlar

1. Dergiye basılmak üzere gönderilen bilimsel çalışmalar, kamu hukuku, özel hukuk ve mali hukuk alanlarına ilişkin bulunmalı ve daha önce başka bir yerde yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
2. Makale başlığı sayfa ortalanmış şekilde, Türkçe ve İngilizce olarak alt alta yazılmalıdır.
3. Dergiye gönderilecek makalelerde, Türkçe ve İngilizce olarak "Öz" ile "Anahtar Kelimeler" yer almalı ve virgül ile birbirlerinden ayrılmalıdır.
4. Metin içerisinde içeri doğru girintili paragraflara yer verilmemeli, tüm paragraflar sola dayalı olarak oluşturulmalıdır.
5. Dergiye gönderilecek makalelerde, ilk sayfada makale başlığının altında yazarın yalnızca ismine ve akademik unvanına yer verilmeli, ismin yanında (*) simgesiyle oluşturulacak dipnotta sırasıyla görevli olunan kurum, fakülte ve bölümü ile yazarın kurumsal e-posta adresi ve ORCID numarasına yer verilmelidir.
6. Yazıların gövde metni Times New Roman karakteri 12 punto; dipnotlar sayfanın altında gösterilecek biçimde, Times New Roman karakteri 10 punto olacak şekilde kaleme alınmalıdır. Yazılarda dilbilgisi kurallarına uyulmalıdır.
7. Yazılarda kullanılacak başlık simgeleri sırasıyla aşağıda gösterilen şekilde oluşturulmalıdır.

I. BİRİNCİ DERECEDE ALT BÖLÜM

A. İKİNCİ DERECEDE ALT BÖLÜM (A, B)

1. Üçüncü Derecede Alt Bölüm (1, 2)
 - a. Dördüncü Derecede Alt Bölüm (a, b)
 - aa. Beşinci Derecede Alt Bölüm (aa, bb)
 - aaa. Altıncı Derecede Alt Bölüm (aaa, bbb)
 - aaaa. Yedinci Derecede Alt Bölüm (aaaa, bbbb)
8. Dipnotlar, ilgili sayfanın sonuna sıralı numaralar hâlinde eklenmelidir. Dipnotlar 10 punto kullanılarak, 1 satır aralıklı olarak ve iki yana yaslanmış şekilde yazılmalıdır.
9. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır. Kaynakça İSNAD 2. Edisyon'a uygun şekilde oluşturulmalıdır. Kaynakça örnekleri için <https://www.isnadsistemi.org/guide/isnad2/isnad-dipnotlu/> adresinden İSNAD 2. Edisyon - Dipnotlu Online Kılavuz'una bakılmalıdır.

^(*) Dergi "Yazım Kuralları" 2021/2 sayısından itibaren geçerli olacaktır.

III. Hakem İncelemesi ve Makalenin Yayımına İlişkin İlkeler

1. Yayın Komisyonu'nca ilk değerlendirmesi yapılan yazıların, yayın ilkelerine uygun hazırlanmadığının tespit edilmesi halinde, bu yazılar yazarına iade edilir.
2. Yayın Komisyonu'nun ilk değerlendirmesinden geçen yazılar, makalenin konusuna göre alanında uzman iki hakemin değerlendirmesine sunulur ve iki hakemin olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeler yapılmaksızın yayınlanmaz.
3. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde, eser kural olarak bir sonraki sayıda yayımlanmak üzere üçüncü bir hakeme gönderilir. Üçüncü hakemin görüşünün olumlu olması halinde eser yayıma kabul edilir.
4. Hakem incelemesine göre yayımlanması uygun bulunmayan yazılar iade edilir. Bu konuda nihai takdir Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın Kurulu'na aittir.

IV. Telif Hakları ve Sorumluluk

1. Dergide yayımlanan yazıların telif hakları yazarı veya yazarları tarafından karşılıksız olarak Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne devredilir.
2. Dergide yayımlanan yazılardaki görüşlerle, bunlara dair oluşacak sorumluluk yazarına veya yazarlarına aittir.
3. Dergide yayımlanacak çeviri yazılarda çevirmen, hakem atanmasından önce eserin yazarından ve/veya yayım hakkına sahip kişi veya kurumdan yazılı yayım izni almak ve bu izni belgesini yayım kuruluna iletmek zorundadır.
4. Yayımlanması için dergimize gönderilen yazıların yazım bakımından en son denetimlerinin yapılarak ulaştırıldığı ve bu haliyle basılabileceği kabul olunur.

Yayın Politikası

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'ne erişim için herhangi bir ücret talep edilmemektedir. Derginin tüm giderleri Sakarya Üniversitesi tarafından karşılanmaktadır. Dergide makale yayımı ve makale süreçlerinin yürütülmesi ücrete tabi değildir. Dergiye gönderilen ya da yayım için kabul edilen makaleler için işleme ücreti ya da gönderim ücreti alınmaz.

Yayın Kurulunca ön değerlendirmesi yapılan ve intihal taramasından geçen yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak iki hakeme incelenmek üzere gönderilir. Yazarlara yazımın hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra tekrar hakem denetimine başvurur.

İÇİNDEKİLER

ÖZEL HUKUK

Muhatap Bankanın Çekten Doğan Hukuki Sorumlulukları

Legal Liability of Drawee Bank Stem from a Cheque

Doç. Dr. Sefer OĞUZ..... 371

İrtifak Hakkının Feragat Dolayısıyla Tapu Sicilinden Terkini

The Erasure of Easement from Land Register for the Reason of Waiver

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet NAR..... 395

Vasiyetname Düzenleme Ehliyeti İçin Gerekli Ayırt Etme Gücü

Discernment in Testamentary Dispositions

Dr. Öğr. Üyesi Nafiye YÜCEDAĞ..... 421

Mahkeme Kararı Aranmaksızın Adın Değiştirilmesi ve Düzeltilmesine Dair Bazı Meseleler

Some Issues Concerning Name Change and Correction Without a Court Decision

Dr. Öğr. Üyesi Reyhan TUHAN BOZ..... 437

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 9. Maddesinin Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi

The Impact of Article 9 of the Turkish Civil Procedure Code on the International Jurisdiction of Turkish Courts

Dr. Öğr. Üyesi Rumeysa PARTALCI 455

Blokzincir Teknolojilerinin Uyuşmazlık Çözüm Sistemleri Üzerindeki Etkisi: Merkezi Olmayan Adalet Sistemi

The Impact on Blockchain Technologies on Dispute Resolution Systems: Decentralised Justice System

Dr. Öğr. Üyesi Serkan KAYA - Arş. Gör. Kadirhan MAVİŞ..... 477

Yargıtay Tarafından Hukuk Uyuşmazlıklarında Verilen "Dosyanın Mahalline İadesi" Kararı

The Decision of "Returning the File to the Lower Degree Court" in Civil Disputes by the Court of Cassation

Arş. Gör. Dr. Elif Irmak BÜYÜK..... 501

Kamu Asıl İşvereni ile Alt İşverene Yüklenen İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri ve Sorumluluk

Occupational Health and Safety Liabilities and Responsibilities of Public Employer and Sub-Employer

Arş. Gör. Dr. Metin PEHLİVAN..... 531

Mavi Kart Sahibi Olanların Kişi Hallerine İlişkin Davalarda MÖHUK m. 41'in Uygulama Alanı Hakkında Yargıtay 20. Hukuk Dairesinin 27.7.2020 Tarihli Kararının İncelemesi

Review of Turkish Court of Cassation 20th Circuit's Judgement of 20.7.2020 on the Application of Art. 41 of the PİLA in Claims Relating to the Personal Status of Blue Card Holders

Arş. Gör. Dr. Nazlı ALBAYRAK CEYLAN 563

Bir Hukuki İşlemden Birden Çok Geçersizlik Nedeninin Bulunması ve Sonuçları

The Existence of Many Invalidity Reasons in a Legal Act and Its Conclusions

Arş. Gör. Dr. Seda BAŞ 585

Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair Lahey İlkeleri Uyarınca Örtülü Hukuk Seçimi

Tacit Choice of Law under the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts

Arş. Gör. Gamze AYDOĞDU 603

Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki Kısmi İfa İmkansızlığı

Subsequent Partial Impossibility of Performance when the Obligor is not Responsible

Arş. Gör. Makbule ALTINDAL 627

İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Kadınlar ve Gençler

Women and Youth in Terms of Occupational Health and Safety

Arş. Gör. Muhammed Enes YILDIZ 639

KAMU HUKUKU

Liberal Demokrasinin Meşruiyet Krizine Bir Çözüm Önerisi Olarak Akışkan Demokrasi: Değeri ve Ulusal Ölçekte Uygulanabilirliği

Liquid Democracy as a Solution to the Legitimacy Crisis of Liberal Democracy: Its Value and Applicability at the National Scale

Dr. Öğr. Üyesi A. Ersin BAYRA 659

Rusya'nın Deniz Hukuku Bağlamında Azak Denizi ve Kerç Boğazı'nda Ukrayna'ya Karşı Uluslararası Hukuk İhlalleri

Russia's Violations of International Law against Ukraine in the Sea of Azov and the Kerch Strait in the Context of the Law of the Sea

Dr. Öğr. Üyesi F. Şeyda TÜRKAY KAHRAMAN 691

Avatar Filmi ya da Batı'nın Keskin Eleştirisi

The Avatar Movie or the Stark Criticism of the West

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Akif ETGÜ 713

Kamu Görevlisinin Etik Sorumluluğu

Ethical Responsibility of Public Officials

Dr. Öğr. Üyesi Ömer Faruk EROL 737

Rusya Federasyonu Anayasası'nda 2020 Yılında "Federal Devlet" Başlığı Altında Yapılan Değişikliklerden Hareketle Federal Yapının İncelenmesi

Analysis of the Federal Structure on the Bases of the Amendments Under the Title of "Federal State" in the Constitution of the Russian Federation in 2020

Dr. Öğr. Üyesi Ömer GEDİK - Aigerim SERDALİYEVA 783

Kolluk Uygulamalarında Suç Mağdurunun Korunması*Protection of Crime Victim in Law Enforcement*

Dr. Enver KAŞLI..... 819

Anayasa Yargısı ve Genişletici Yorum*Constitutional Adjudication and Extensive Interpretation*

Fatih AKINCI..... 839

Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*The Determination and Customization of Punishment*

Arş. Gör. Rumeysa DEMİR..... 877

İnsan Hakları Perspektifinden Göç ve Mültecilik: 1951 Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Karşılaştırması*The Issue of Migration and Refugees from a Human Rights Perspective: A Comparison about the 1952 Geneva Convention and the European Convention on Human Rights*

Arş. Gör. Ümran KARABULUT..... 903

7406 Sayılı Kanun'la Değişik Türk Ceza Kanunu'nda Takdiri İndirim Nedenleri*Matters of Discretionary Mitigation in the Turkish Penal Code (Amended with the Law Number 7406)*

Arş. Gör. Yusuf KAÇAR..... 925

ÇEVİRİ**Hukukun Karmaşıklığı: Bir Başlangıç**J. B. RUHL - Çeviren: Dr. Öğr. Üyesi Ünsal Ozan KAHRAMAN 951

ÖZEL HUKUK



Muhatap Bankanın Çekten Doğan Hukuki Sorumlulukları^(*)

Legal Liability of Drawee Bank Stem from a Cheque

Doç. Dr. Sefer OĞUZ^(**)

Öz

Çek anlaşması, muhatap banka ile bu bankada çek hesabı sahibi olan düzenleyen arasında kurulur. Çek hesabı, ilgilinin vekilinin veya yasal temsilcisinin izni olmadan açılmaz. Çek anlaşması açık veya zımni olarak yapılabilir. Çek anlaşması, sürekli edimli ve iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Çekte muhatap banka kambiyo ilişkisinin dışındadır. Muhatap bankanın çek hamili ile arasında herhangi bir hukuki ilişki bulunmamaktadır. Bu nedenle, kanun koyucu çek anlaşması kurulmadan önce, muhatap bankada çek hesabı açtacak kişinin kimliğini tespiti yapacak belgeler ve çek yasaklı olup olmadığını ispat eden belgeleri denetlenmekle ile görevlendirmiştir. Muhatap banka ayrıca, çek hesabı açmak isteyen kişinin kredi müşterisi gibi ekonomik ve sosyal durumunu araştırır. Bu araştırmada her bir çek defteri tesliminden önce tacir veya esnaf olup olmadığını ve çek düzenleme yasaklı olup olmadığı yeniden kontrol edilir. Banka çek müşterisinin bu şartları taşımasını çek hesabı açma talebi ile çek defteri teslimi arasında sürekli olarak izlemek zorundadır. Bu görevi yaparken bankanın basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. Hamil, muhatap bankanın bu hükümlere aykırı davranması sebebiyle uğradığı zararların haksız fiil hükümlerine göre tazmin edilmesini talep edebilir.

Anahtar Kelimeler

Çek, Çek Hesabı, Çek Hamili, Muhatap Banka, Muhatap Bankanın Sorumluluğu.

Abstract

The agreement of cheque account is established between the drawee bank and the holder of account at the bank. The account cannot be opened without the consent of the account holder, his agent or representative. The account can be opened explicitly or implicitly. The account is a contract of continuous performance and synallagmatic contract. The drawee bank is not included

^(*) Araştırma Makalesi / [Makale Geliş Tarihi](#): 07.11.2022 - [Makale Kabul Tarihi](#): 27.12.2022
[DOI](#): 10.56701/shd.1200800

^(**) Yalova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Yalova - Türkiye
[E-posta](mailto:sefer.oguz@yalova.edu.tr): sefer.oguz@yalova.edu.tr
[Orcid No](https://orcid.org/0000-0003-4079-9665): <https://orcid.org/0000-0003-4079-9665>

in the bill of exchange relationships. The drawee bank is not also in any legal relationship with the holder of the cheque. For that reason, the bank is nominated with surveying the presented papers which proves whether the account holder is not banned for having a check account and also presents the identity of him. Additionally, the drawee bank, searches the economic and social conditions of the person who would like to open a cheque account like a credit customer. At this search, whether the account holder is banned for opening a cheque account and is a tradesman or craftsmen are searched again before delivering the chequebook. The bank has to continuously monitor that the cheque account holder all the time meets the conditions from demanding to open the account to delivery of the chequebook. The bank has to act as a prudent businessman while performing its banking facilities. Cheque holder may claim compensation regards to tort law for his losses arising from the bank's improper acts against these clauses.

Keywords

Cheque, Cheque Account, Cheque Holder, Drawee Bank, Liability of Drawee Bank.

GİRİŞ

Çek; emre, nama ve hamile düzenlenebilen tek kambiyo senedir. Kambiyo senetleri kanun gereği emre yazılı olarak doğar. Çek, Türk Ticaret Kanunu'nun¹ (TTK) Kıymetli Evrak başlığını taşıyan Üçüncü Kitabının Üçüncü Bölümünde bono ve poliçe ile birlikte kambiyo senedi olarak düzenlenmiştir (TTK m. 780-818). Ayrıca 5941 sayılı Çek Kanunu² (ÇekK), çek defterlerinin içeriklerinin düzenlenmesi, keşidesi, kullanımı, hamillerin korunması ve sayılan diğer amaçlar için ihdas edilmiştir. Bu hükümler ile birlikte ÇekK ile ilgili çıkarılan ikincil düzenlemeler Türk hukukunda bir bütün olarak çek hukukunu oluşturur³. Türk Borçlar Kanunu⁴ (TBK) İkinci Kısım On Üçüncü bölümde düzenlenen havale hükümleri ise (m. 555-560) genel hükümlerdir.

Çek hükümlerinin düzenlendiği TTK 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe girerken (TTK m. 1534, f. I), ÇekK ise 20.12.2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir (ÇekK m. 10). Görüldüğü üzere özel kanun niteliğinde olan ÇekK önce, genel kanun niteliğinde olan TTK daha sonra yürürlüğe girmiştir. Kanun koyucu, meselenin hallinde hâkimin eski tarihli özel kanun hükümlerini mi yoksa yeni tarihli genel kanun hükümlerinin mi önce uygulanacağı konusundaki sorunu görmüş olacak ki ÇekK m. 1, f. II'yi düzenlemiştir. Kanun koyucu ÇekK m. 1, f. II'de tanzim edilen “*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır.*” hükmü ile ÇekK hükümlerinin TTK hükümlerine göre özel kanun hükümleri olduğuna işaret ederek, bir yoruma ihtiyaç bırakmamıştır.

¹ 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (2011). R.G. 27846, 14 Şubat 2011.

² 5941 Sayılı Çek Kanunu (2009). R.G. 27438, 20 Aralık 2009.

³ Poroy, Reha/ Tekinalp Ünal. Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, (İstanbul: Vedat kitapçılık, 24. B, 2021) § 14 N. 500.

⁴ 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu (2011). R.G. 27836, 4 Şubat 2011.

Çek, sıkı şekil şartlarına tabi, ödeme maksadıyla kullanılan mücerret nitelikli bir havale işlemidir⁵. Çek bir ödeme aracı olarak düzenlenmiştir. Aksine bir anlaşma yoksa bir borcun ifası amacıyla çek teslimi ifa uğruna edim olduğu karine olarak kabul edilir (TBK m. 133, f. II).

Kanun koyucu çek kullanımında muhatap bankaları kambiyo ilişkisinin dışında tutmayı hedeflemiştir⁶. Bankanın muhatap sıfatı ile yaptığı çek anlaşmasının tarafı olması, çek yaprağının teslimi ile dönülemeyecek gayri nakdi kredi tahsisi ve ibrazda hamile ödeme yapması kambiyo işlemi değil, borçlar hukuku işlemidir.

Muhatabın çekte kambiyo ilişkisi dışında kalması çek hesabı açmada ve çek yapraklarını teslim etmede özensiz davranarak, kötü niyetli çek hesabı sahibi leh-tarı zarara uğratmasına yol açabilir. Kanun koyucu çek düzenlenmesi, kullanılması ve çek hamillerinin korunması maksadıyla muhatap bankalara çek hesabı açarken, çek yapraklarını teslim ederken ve karşılıksız çek işlemi yapıldığında bazı görevler yüklemiştir. Bu çalışmamızda muhatap bankanın görevlerine aykırı davranışlarından doğabilecek hukuki sorumlulukları ele alınacaktır.

I. ÇEK'TE MUHATABIN BANKA OLMA ZORUNLULUĞU

Türk hukukunda çekin muhatap banka tarafından ödenmesi gerekir (TTK m. 782, f. I). Bankaların zorunlu muhatap seçilmesinde amaç güven kurumu⁷ olmaları ve ödeme güçlerinin yeterliliğinin sürekli Bankacılık Denetleme ve Düzenleme Kurumu tarafından izlenmeleridir⁸. Bu nedenle, çek anlaşmasında muhatap rolü için karşı tarafın banka olması zorunludur.

Bu kapsamda, çek hesabı mevduat veya katılım fonu toplama faaliyet iznine sahip kredi kuruluşu olarak tanımlanan mevduat ve katılım bankalarında açılabil-

⁵ Çekin bu özelliğini düzenlendiği hükümlerden çıkarmak mümkündür. Bunlardan ilkinde, çekte vade yerine düzenleme tarihine ve düzenleme yerine bağlı olarak belirlenen ibraz süresi tercih edilmiştir (TTK m. 796). İkinci husus ise çek, ileri düzenleme tarihli olsa dahi ibrazında ödeneceği konusunda getirilen mecburiyettir (TTK m. 795). Nihayet üçüncüsü, çekte faizin yasaklanmasıdır (TTK m. 786). Bu noktadan hareketle çekin poliçe ve bono gibi kredilendirme fonksiyonuna sahip olmadığı rahatlıkla söylenebilir.

⁶ Bu durumu çekin bazı hükümlerden tespit etmek mümkündür. Bunlardan ilki, muhatap bankaya yönelik cironun makbuz hükmünde olmasıdır (TTK m. 789, f. IV). İkincisi, muhatabın cirosunun batıl addedilmesidir (TTK m. 789, f. II). Nihayet, kabulün yasaklanması muhatabın aval vermesinin de evveleminde yasaklamıştır.

⁷ Aydın Hanife; *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, (Ankara: Seçkin 2021), 51.

⁸ Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK), Bankacılık Kanununa tabi kuruluşlar ve bunların faaliyetini denetim ve gözetim altında tutar (BanK m. 65). BDDK mevzuatta tanımlanmış risklerin önemli ölçüde artması ve mali bünyenin zayıflaması halinde düzeltici önlemler (m. 68), iyileştirici önlemler (m.69) ve kısıtlayıcı önlemler alabilir (m. 70). BDDK bu alınan önlemler sonucunda bir düzleme olmazsa bankanın faaliyet iznini kaldırarak Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devir edebilir (m. 71).

lır. Ayrıca, bu bankaların Bank gereğince “*Nakdî ve kaydı ödeme ve fon transferi işlemleri, muhabir bankacılık veya çek hesaplarının kullanılması dâhil her türlü ödeme ve tahsilat işlemleri* (m. 4, d)” ile “*Nakdî, gayri nakdî her cins ve surette kredi verme işlemleri hakkında faaliyet izni*” almış olmaları gerekir (m. 10, f. I)⁹. Ancak kalkınma ve yatırım bankaları da kredi kullandırabileceklerinden dolayı, kullandırılan kredinin ödenmesi mevduat sayılmayacağı için çek hesabı açabilmelerine imkân tanımak¹⁰ gerekir (Bank m. 3). Kalkınma ve yatırım bankalarının muhatap olarak gösterildiği çekleri geçerli olarak kabul etmek gerekir.

Bankanın zorunlu muhatap olma rolü her çek yaprağında “*Çek hesabının bulunduğu banka şubesini adı yazılır.*” hükmü ile de netleştirilmiştir (ÇekK m. 2, f. VII-b). Ancak, doktrinde bir görüşe göre; geçerli bir çek düzenlenmesi için diğer unsurları tam olduğunda ‘Banka’ adı altında bir muhatabın gösterilmiş olması yeterlidir. Bu gösterilen bankanın mevcut olmaması veya mevduat kabul yetkisinin bulunmaması, tasfiye edilmiş olması çekin niteliğini etkilemez. Hamil ibraz süresi içinde çeki protesto ettirerek kambiyo hukuku kapsamında düzenlene ve diğer müracaat borçlularına başvurma imkânı ortaya çıkar¹¹. Başka bir görüşe göre banka ibaresi dar yorumlanmalıdır. Bu noktadan hareketle olmayan bir bankanın muhatap gösterilerek düzenlenen çek TTK m. 780 hükmüne aykırı olduğu söylenebilir¹².

Kanaatimizce ÇekK düzenlenmeden önce diğer nitelikli havale ilişkisi poliçede olduğu gibi düzenleyenin kendini lehtar olarak yazdığı çekte (TTK m. 673-818, f. I-c) hayali bir bankanın muhatap olarak gösterilen çeki geçerli kabul edilebilirdi. Fakat zorunlu unsur haline getirilen bankanın verdiği çekin seri numarasının ve karekodunun bulunmaması çeki geçersiz kılacağı hükmü buna engeldir (TTK m. 780, f. I-g). Çekin tedavüle çıkarıldığı anda muhatap olarak gösterilen bankanın faaliyette olması çekin geçerli olması için yeterlidir (TTK m. 800, f. II). Ancak çek tedavüle çıkarıldıktan sonra bankanın faaliyet izninin kaldırılması, TMSF’ye devredilmesi, tasfiyeye tabi tutulması çekin geçerliliğine halel getirmeyecektir.

⁹ Sadece mevduat kabul eden bankaların çekte muhatap olabileceği görüşü için bkz. Karayalçın, Yaşar, *Ticaret Hukuku III- Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri)*, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1970 4. B), 277; Porroy/ Tekinalp *Kıymetli Evrak Hukuku* § 2 N. 434; Korkut, Ömer, *Çekte Muhatap Bankanın Araştırma-Bildirim Yükümlülüğü ve Hukuki Sorumluluğu*, (Adana: Karahan Kitapevi, 2018), 34; Aydın, *Muhatap Banka*, 52.

¹⁰ Karşı görüş için bkz. mevduat kabul etmedikleri gerekçesi ile muhatap olarak çek düzenlenemez. Kınacıoğlu, Naci, *Kıymetli Evrak Hukuku* (Ankara: Nobel Yayınevi 1999), 263.

¹¹ Kendigelen, Abuzer, *Çek Hukuku*, (İstanbul: On iki levha, 2021, 6. B), 106.

¹² Karayalçın, *Ticaret Hukuku III*, 276.

II. ÇEK ANLAŞMASI

Çek anlaşması ile muhatap banka düzenleyen emrine tahsis edilmiş bir karşılık bulundurması halinde keşide ettiği çekleri ödemeyi taahhüt eder (TTK m. 783, f. I)¹³. Zira bankanın o çeki ödeyebilmesi için nezdinde karşılığının bulunması ve ibraz anında çekin karşılığının hazır edilmesi gerekir. Çek anlaşması olmadan çek düzenlenebileceği savunulmakla¹⁴ birlikte, bu çekte banka tarafından verilen seri numarası ve karekod bulunmayacağından TTK m. 780, f. I'de sayılan unsurlardan ikisi eksik olacağından düzenlenemeyeceği kanaatindeyiz.

Çek anlaşması iki taraf borç yükleyen bir sözleşmedir¹⁵. Aynı zamanda çek anlaşması sürekli edimli borç ilişkisi kuran bir sözleşmedir. Ancak banka çek anlaşması ile sürekli olarak çek defteri vermek yükümlülüğü altında değildir¹⁶. Her çek yaprağı tesliminde müşterisinin mali durumunu ve ödeme kabiliyetini yeniden değerlendirmesi gerekir.

Doktrinde çek anlaşmasının niteliği ve şekli konusunda farklı görüşler savunulmuştur.

Cenevre Yeknesak Kuralları'nda da çek anlaşması ifadesine yer verilmiştir. Çek anlaşmasının hukuki niteliği bazı teoriler üzerinden ortaya konmaya çalışılmıştır¹⁷. Doktrinde çek anlaşmasının hukuki niteliği konusunda farklı görüşler mevcuttur¹⁸. Bir görüşe göre çek anlaşması üçüncü kişi yararına sözleşme (TBK m. 129) olarak vasıflandırılmıştır¹⁹. Ancak çek anlaşmasının konusu çek hesabı sahibi ile muhatap banka arasındaki ilişkileri düzenlediğinden ve üçüncü kişi lehine bu sözleşmeye dayanarak bir hak talebi yaratamadığından dolayı haklı olarak eleştirilmiştir²⁰. Diğer bir görüşe göre ise, tipik sözleşme unsurları bulunmayan ve uygun düştüğü ölçüde vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulandığı kendine özgü (*sui generis*) sözleşme olarak nitelendirilmiştir²¹.

¹³ Öztan, Fırat, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 1086.

¹⁴ Bozer, Ali/ Göle, Celal, *Kıymetli Evrak Hukuku*, (Ankara: Batider, 2021, 10. B), 340.

¹⁵ Öztan, *Kıymetli Evrak*, (Ankara: Turhan Kitapevi 1997, 2. B), 1090; Bozer/ Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 341.

¹⁶ Reisoğlu, *Çek Hukuku*, 111.

¹⁷ Öztan, s. 1097 (*Çek anlaşması nev'i şahsına münhasır bir akittir*); Kendigelen, *Çek Hukuku*, 85; Kınacı, *Çek Hukuku*, 268; Ayli, *Çek*, 61; Özsoy, *Muhatap*, 32.

¹⁸ Bu konuda bkz. Öztan, *Kıymetli Evrak*, 1090-; Kendigelen, *Çek Hukuku*, 85-87; Korkut, *Çekte Muhatap*, 44.

¹⁹ Karayalçın, *Ticaret Hukuku III*, 267-281, 298, 303; Karşı görüş gerekçeleri için bkz. Kınacıoğlu, Naci, *Kıymetli Evrak*, 268; Muhatap banka ile hamil arasında hukuki ilişki bulunmadığından üçüncü kişi lehine sözleşme olarak nitelendirilemez. Poroy/ Tekinalp, *Kıymetli Evrak* § 2 N. 456; Bu kabul ile muhatapın kambiyo ilişkisine dahil olacağı gerekçesi ile karşı çıkmaktadır. Bkz. Kendigelen/Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 278.

²⁰ Kınacıoğlu, *Çek Hukuku*, 268; Öztan, *Çek Hukuku*, 1092. Farklı gerekçe ile bkz. Kendigelen, *Çek Hukuku*, 86.

²¹ Kendigelen, *Çek Hukuku*, 85; Kendigelen, Abuzer/ Kırca, *İsmail, Kıymetli Evrak Hukuku, Genel Esaslar Kambiyo Senetleri*, (İstanbul, On İki Levha 2019), 277; Poroy/ Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku* § 311 N. 456; Aydın, *Çekte Muhatap*, 103.

Gayri nakdi kredi sözleşmesi her çek yaprağı için muhatabın karşılıksız işleminde sonra nakdi ödeme borcuna dönüşen lehtar belirsiz üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi olarak nitelendirilebilecektir (TBK m. 129, f. II). Ayrıca, ÇekK bu hüküm çek anlaşmasının bir unsuru olacağı düşünerek düzenlenmemiştir. Benzer şekilde çekin hukuki niteliği ödeme aracı olan akreditifle de ilişkilendirilebilir. Nitekim akreditif de bir görüşe göre; lehtar bakımından üçüncü kişi yararına (uygun belge ibrazı) şartlı bir ödeme taahhüdüdür.²² Dolayısıyla, akreditif bankasında hesap açan ihracatçı, ithalatçı lehine bir hesap açmaktadır ve hesap açılan banka da unsurları tam ve diğer şartları taşıyan çekte olduğu gibi uygun belge ibrazı mukabili lehtara ödeme yapmaktadır. Doktrinde çek hesabı sahibi ile banka arasındaki banka hesabı açma sözleşmesinin üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme niteliğinde olduğundan sorumluluğun kaynağı haksız fiil değil sözleşme olduğu savunulmaktadır²³.

Çek anlaşmasının geçerlilik şekli de doktrinde tartışmalıdır. ÇekK m. 2, f. III ilk cümlede düzenlenen “Çek hesabı ilgilinin vekilin veya temsilcinin imzası olmadan açılmaz” ifadesi, çek anlaşmasının yazılı yapılması gerektiği yönünde yorumlanmasına sebep olarak gösterilebilir. Ancak, burada ifade edilen husus çek anlaşması değil çekin karşılığının bulundurulacağı mevduat hesabıdır. Çek hesabı ile çek anlaşması farklı mahiyette sözleşmelerdir. Bu nedenle, çek anlaşmasının kurulmasında geçerlilik için bir şekil öngörülmemiştir²⁴. Ancak ÇekK m. 2, f. III hükmü çek hesabının açılmasını ilgisinin, vekilinin veya temsilcinin imzasını aradığından, çek anlaşmasının geçerliliğini yazılı şekilde kurulmasının zorunlu olduğu savunulmaktadır²⁵.

Evveleminde TTK m. 783, f. I’de düzenlenen çek anlaşmasının, kanun ile adı ve unsurları düzenlenmediğinden tipik sözleşme olduğunu söylemek mümkün değildir²⁶. Çek anlaşmasının niteliği, TTK m. 783, f. I’e eklenecek uygulamada gelişen unsurlara bakılarak tespit edilebilir. Öncelikle, hamil tam üçüncü kişi sözleşmesindeki yararlanan gibi sözleşme ilişkisinin tarafı değildir. Ayrıca, hesapta karşılık bulunması halinde muhatap bankanın ödeme yapma yükümlülüğü bir tür ifa niteliğindedir²⁷.

Sonuç olarak, çek anlaşması hesap sahibinin karşılık buldurması (usulsüz tevdi), cari hesap, ödeme konusunda yetki vekâlet ve çek yaprağı başına üçüncü

²² Uzun, Nihat Şenol, *Akreditifte Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (İstanbul; *Yayınlanmamış* Doktora Tezi, 2022), 22-23.

²³ Poroy/ Tekinalp, *Kıymetli Evrak*, § 14 N. 508.

²⁴ Öztan, *Kıymetli Evrak*, 1089; Poroy/ Tekinalp, *Kıymetli Evrak* § 2 N. 456; Ayli, Çek, 56.

²⁵ Reisoğlu, *Çek Hukuku*, 123; Bozer/ Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 342.

²⁶ Sözleşmeler konusunda bkz. Oktay, Saibe, *İsimsiz Sözleşmelerde Yorum*, *İÜHF*, C/ LV, (1996), 265.

²⁷ Kılıçoğlu, Yılmaz, Kumru, *Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme*, Cevdet Yavuz’a Armağan, MÜHF-HAD, C. 22, S. 3, Y. (2016), 1759-1771.

kişinin fiilini taahhüt sözleşmesinin (TBK m. 129, f. II) objektif esaslı kanuni unsurların olduğu bunlara ek olarak sübjektif esaslı unsurların da ekleneceği atıfık (*sui generis*) sözleşme olarak nitelendirilebilir²⁸.

III. ÇEK ANLAŞMASININ KURULMA SÜRECİNDE MUHATABIN SORUMLULUKLARI

Kanun koyucu muhatap bankaları çek hesabı açılmadan önce çek hesabı açmak isteyen müşteriyi doğrudan ve muhataba teslim etmek zorunda olduğu belgeler üzerinden gerçek kimliği, ekonomik ve sosyal durumu ile borcunu ödeme sadakatini araştırma mükellefiyeti yüklemiştir.

Çek hesabı açma yasağı ve düzenleme yasağından mahkûmiyeti bulunan kişiye ve böyle bir kişinin yönetiminde bulunduğu, temsilcisi olduğu ve imza yetkilisi olduğu tüzel kişilere de çek hesabı açılmaz ve çek defteri teslim edilmez (Çek K m. 2, f. III-IV).

A. ÇEK HESABI AÇILMASI SÜRECİNDE ARAŞTIRMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Kanun koyucu bankaların çek hesabı açtırmak isteyenlerin kanuni engeli olup olmadığını kanunda öngörülen şekilde araştırma yükümlülüğü getirmiştir. Bu araştırma MERSİS, Risk Merkezi ve Adli Sicil kayıtlarına bakılarak yapılabilir. Adli Sicil kayıtları Adalet Bakanlığı “*Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğündeki*” bilgi işlem merkezinde tutulur²⁹. Bu sicilde Türk mahkemeleri veya yabancı mahkemeler tarafından verilmiş ve Türk mahkemeleri tarafından tanınmış Türk vatandaşları ile Türkiye’de suç işlemiş yabancıların sicil kayıtları tutulur. Karşılıksız çek düzenleme suçunu işleyenlerin kararlarının kesinleşmesinden sonra veya mahkeme kararı ile çek düzenleme ve hesap açma yasağının kalmasından sonra kesinleşen kararlar, mahkemeler tarafından MERSİS ve Risk Merkezine bildirilir ve ilan olunur³⁰.

²⁸ Öztan, *Kıymetli Evrak*, 1091-1097.

²⁹ Bu konuda bkz. Adli Sicil Yönetmeliği, <https://www.mevzuat.gov.tr> (Erişim tarihi: 27.10.2022).

³⁰ *Çek Düzenleme ve Çek Hesabı Açma Yasağının Bildirilmesi; Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı kararına ilişkin bilgiler, güvenli elektronik imza ile imzalandıktan sonra, Adalet Bakanlığı Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla MERSİS ile Risk Merkezi elektronik ortamda bildirir. Hakkında çek hesabı açma kararı verilen kişiler, Risk Merkezi bankalara bildirilir. Bu bildirimler ile bankalara yapılacak duyurulara ilişkin esas ve usuller, Adalet Bakanlığının uygun görüşü alınarak Risk Merkezi tarafından belirlenir (ÇekK m. 5, f. VIII).*

Çek Düzenleme ve Çek Hesabı Açma Yasağının Kaldırıldığının Bildirilmesi, Karşılıksız kalan bir çekle ilgili olarak yapılan yargılama neticesinde mahkeme tarafından beraat, ceza verilmesine yer olmadığına, davanın düşmesi veya davanın reddine karar verilmesi halinde, aynı kararda çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının da kaldırılmasına karar verilir. Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağının kaldırılmasına ilişkin kararın kesinleşmesi üzerine, bu kararlar MERSİS ile Risk Merkezine sekizinci fıkradaki usullerine göre bildirilir ve ilan olunur (ÇekK m. 5, f. IX).

Çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı mahkeme tarafından etkin pişmanlık halinde ve mahkûm olduğu cezanın infazından itibaren üç yıl ve her halükarda on yıl sonra yasak kaldırılabilir. Bu karar kesinleştiğinde Risk Merkezine ve MERSİS’e bildirilir.

Çek hesabı açacak olan kişi iki beyanda bulunmak zorundadır. Bunlardan ilki, gerçek kişinin tacir ve esnaf olup olmadığı beyanıdır. Diğeri ise hakkında çek düzenleme ve hesap açma yasağı bulunup bulunmadığını yazılı olarak beyan eder. Tüzel kişi tacir de çek yasaklısı olup olmadığını ve organlarında görevli, temsilci ve imza yetkilisi olarak çalışan kişilerin çek düzenleme ve çek hesabı açma yasağı bulunup bulunmadığını yazılı olarak beyan eder. Ancak, banka bu beyanla yetinmeyerek Risk merkezi ve Adli Sicil kayıtlarından durumun gerçek olup olmadığına bakacaktır³¹. Ayrıca, bankalar çek hesabı açmak isteyen kişinin ekonomik ve sosyal durumunun belirlenmesinde gerekli basiret ve özeni gösterirler (Çek K m. 2, f. I). Banka anonim şirket olduğundan tüzel kişi tacir olarak işletmesiyle işleri görürken basiretli iş adamı gibi davranması gerekir (TTK m. 18, f. II). Dolayısıyla, banka çek hesabı açmadan önce bu kişiyi işyeri seviyesinde araştırmada³², ekonomik ve sosyal durumunun belirlenmede³³, ölüş şahıs adına çıkartılan belgelere³⁴ istinaden çek defterini verirken ve müşterisi ile yeterli süre çalışmadan ve kapasite ile ticari faaliyetleri izlemede ve şirketin bulunduğu mahalde istihbarat yapmada³⁵ gerekli basiret ve özeni göstermediğinden sorumlu bulmuştur.

Burada, tüzel kişi tacir olan bankalara TTK m. 18, f. II'ye ek olarak çek hesabı açarken, tıpkı bir kredi müşterisi gibi araştırmada “*basiret ve özen*” sorumluluğu öngörmüştür. Buna göre borcuna sadık ve güvenilir kişilere çek defteri vermesi gerekir³⁶. Bu itibarla banka, tüzel kişi tacir olarak bütün faaliyetlerinde basiretli iş adamı gibi hareket etmek zorundadır (TTK m. 18). Buna ek olarak kanun koyucunun ÇekK m. 2 ile yüklediği yasaklı olma durumunu araştırma ve ekonomik ve sosyal durumunun belirlenmesinde gerekli basiret ve özeni göstermeden müşterisine çek defteri teslim eden banka güvenilir kişi görünümü yaratır. Banka çek defteri verdiği kişiye, üçüncü kişiler nezdinde güvenilir kişi görünümü yaratarak lehtarın yanlış izlenim edinmesine sebep olabilir³⁷. Yargıtay bankaların bu hükme aykırı davranış sebebi ile ortaya çıkacak zarardan haksız fiil hükümlerine göre (TBK m. 49-76) sorumlu tutmuştur³⁸.

³¹ Reisoğlu, *Çek Hukuku*, 121; Kendigelen, *Çek Hukuku*, 155; Bozer/ Göle, *Kıymetli Evrak*, 343.

³² Yargıtay, 11, HD, 13.4.2016, 2015/15059 E., 2016/4062 K., (Lexpera Erişim tarihi: 18.10.2022).

³³ Yargıtay, 11, HD, 24.2.2016, 2015/14512 E., 2016/1995 K., (Lexpera Erişim tarihi: 18.10.2022).

³⁴ Yargıtay, 11, HD, 14.12.2015, 2015/6067 E., 2015/13403 K., (Lexpera Erişim tarihi: 18.10.2022).

³⁵ İst Bam, 12, HD, 13.12.2018, 2018/469 E., 2019/ 1619 K., (Lexpera Erişim tarihi: 18.10.2022).

³⁶ Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 1088.

³⁷ Reisoğlu, *Çek Hukuku*, 115.

³⁸ Yargıtay, 11. HD. 10.6.2013, 2012/14815 E., 2013/11933 K.; Yargıtay, 11. HD. 09.04.2014, 2014/7810 E. 2014/ 10963. K; Yargıtay, 11. HD. 06.06.2013, 2013/8197. E, 2013/11846 K.; Yargıtay HGK. 20.4.2021, 2017/37 E, 2021/512 K., (Lexpera Erişim tarihi: 18.10.2022).

Ayrıca, çek defterinin kargoda kaybolması sonucunda üçüncü kişilerin eline geçmesinden doğan zararlardan da TBK m. 115 gereğince hafif kusurlu olsa dahi sorumlu olacaktır³⁹.

1. Kanunen Talep Edilmesi Zorunlu Belgeleri İsteme Yükümlülüğü

“Bankalar, çek hesabı açtırmak isteyen gerçek tacir olmayan gerçek kişi müşterilerin öncelikle açık kimliklerini saptamak için fotoğraflı nüfus cüzdanı, pasaport veya sürücü belgesi örneklerini, yerleşim yeri belgelerini kimlik vergi numaralarını almak zorundadırlar” (ÇekK m. 2, f. II). *“Ayrıca, bunlara ek olarak çek hesabı açmak isteyen kişi ise ticaret sicil kayıtlarını, esnaf ve sanatkâr olanların ise esnaf ve sanatkâr sicil kayıtlarını alarak çek hesabı açma ve düzenleme yasaklarına ilişkin Risk Merkezi bilgileri ile Adli Sicil kayıtlarını istemek mecburiyetindedirler”* (ÇekK m. 2, f. II).

“Yerleşim yeri, yurt dışında bulunan kişiler bankaya kendileri ile ilgili olarak Türkiye’de bir adres bildirmek zorundadırlar” (Çek K m. 2, f. II). Kanun koyucu, bu hükmü yurt dışına tebligatlar zaman aldığı için yargılama ve iletişimi hızlandırmak maksadı ile düzenlendiği anlaşılmaktadır (Çek K m. 2, f. II).

Çek her bir yaprağında gerçek veya tüzel kişinin adının matbu olarak bulunması zorunlu tutulsa da TTK m. 780’de düzenleyen sadece imzası aranmıştır. Doktrinde bir görüşe göre tüzel kişi olmayan kat malikleri yönetimi ve site yönetimlerinin verilen yetki çerçevesinde çek hesabı açma ve yöneticiye çek düzenleme yetkisi tanyabilirler⁴⁰. Ancak tüzel kişi olmayan kişi toplulukları, gerçek kişilerden oluştuğundan çek düzenlemek üzere vekil veya temsilci tayin edemez. Düzenlemesi halinde hukuki ve cezai sorumluluk tüm site sakinlerine ait olacaktır (ÇekK m 5, f. 3).

2. İmza Örneği Alma, Tacirlik ve Çek Yasaklısı Durumunun Tespiti ile Bu Bilgileri Sisteme Kaydetme Yükümlülüğü

“Çek hesabı ilgilinin, vekilin veya yasal temsilcisinin imzası olmadan açılmaz” (ÇekK m. 1, f. 1). Burada çek hesabı vekil tarafından açılmasına rağmen çek asıl veya tüzel kişilerde başka bir kişi tarafından düzenlenecek ise düzenlenerek ibraz edilen çeklerde imzanın gerçekliğini veya sahteliğini tespit etmek için onun da imza örneklerinin teslim alınması zorunludur. Çek hesabı ile düzenleyen kişinin farklı kişiler olması halinde, ayrıca düzenleyecek olan kişinin Türkiye Cumhuriyeti Kimlik Numarası (TCKN) yazılır (ÇekK m. 2, VII-f).

³⁹ Bozer/ Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 349 dn. Yargıtay, 11. HD, 14.01.2020, 2045. E./ 361. K (YKD 2020, S. 11, s.3019 vd).

⁴⁰ Çekin karşılıksız çıkması halinde çeki düzenleyen karşılıksız çek düzenleme suçu işlemiş olacaktır (Reisoğlu, *Çek Hukuku*, 115).

3. Çek Defteri Türünün Belirlenmesi, Basılması ve Teslimi

Çek defterleri bankalar tarafından basılır veya bastırılır (ÇekK m. 2, f. V). Çeklerin baskı şekli tebliğ belirlenir ve Resmi Gazetede (RG) yayımlanır⁴¹. Çek defterlerinde tür olarak ilk kerte de tacirlere verilecek ve tacir olmayanlara verilecek ayrımı yapılmıştır. İkinci ayırım ise hamiline çek yaprakları ve hamiline olmayan çek yaprakları olarak yapılmıştır. Tacirlere ve tacir olmayanlar ile hamiline düzenlenecek çekler, açıkça ayırt edilebilecek biçimde bastırılır. Esnaf ve sanatkâr odalarına kayıtlı olanlarda, tacir çeklerini⁴² kullanacakları öngörülmüştür. Tacir kişilere özgü çek hesabı açtıranlar hakkında bu kanununun tacirlere ilişkin hükümleri uygulanır (ÇekK m. 2, f. XI). Banka, tacirin kullandığı çekin ticari hayata etkileri sebebi ile verirken tacir olmayan kişilere nazaran daha sıkı bir incelemeden geçirilir⁴³.

Hamiline düzenlenecek çekler için hamiline çek yapraklarının kullanılması gerekir⁴⁴. Bu çek yapraklarının üzerinde hamiline ibaresinin matbu olarak bulunması zorunludur (ÇekK m. 2, f. VI). Matbu evrakta sadece “hamiline” ibaresinin bulunması şart koşulmuştur. Ancak, hamiline ibaresi yerine buna benzer başka kelimelerin kullanılmasıyla çek hamiline yazılabilir. Bununla birlikte, kimin lehine düzenlendiği gösterilmeyen çek hamiline sayılır (TTK m. 785, f. III). Hamiline çekler için ayrı bir hesabın açılması zorunludur (ÇekK m. 2, f. VI, c. 3).

Kambiyo senetlerinde öngörülen şartları yerine getirmek kaydı ile türünün değiştirilmesine izin verilmiştir (TTK m. 650). Ancak hamiline çek defteri yaprağı kullanılmadan hamiline çek düzenlenmesi yasaklandığı için hamiline olmayan matbu çek yaprakları kullanılarak düzenlenmiş bir çekin hamiline çek olarak değiştirilmesi halinde bu aykırılığı içeren her bir çekle ilgili olarak Cumhuriyet Savcısı tarafından üç yüz TL’den üç bin TL’ye kadar idari para cezası ile cezalandırılır.

ÇekK’nda öngörülen kurallara aykırı olarak düzenlenen çeklerde, düzenlenenlere hapis cezası öngörülmüştür. Ancak, söz konusu çeklerde TTK m. 780’de sayılan unsurlar bulunuyorsa geçerlidir. Bu itibarla süresi içinde ibraz edildiğinde karşılığı varsa ödenecek yoksa karşılıksız işlemine tabi tutulacaktır. Karşılıksız işlemi yapılan çek yaprakları için bankanın ödemekle yükümlü olduğu tutardan sorumluluğu devam edecektir⁴⁵. Yargıtay’a göre bu ödeme yükümlülüğü Kanunla

⁴¹ Maliye Bakanlığı, Türkiye Bankalar Birliği ve Türkiye Katılım Bankaları Birliği’nin görüşü alınarak çek defterlerinin baskı şeklini belirleyen esaslar Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından Resmi Gazetede yayımlanacak tebliğ ile düzenlenir.

⁴² Tacir çekleri hakkında bkz. Teoman, Ömer; *Yeni Çek Yasası “Tacir Çekleri”ni Getiriyor, Tüm Makalelerim, C. III: 2002 -2010*, (İstanbul; Vedat Kitapçılık, 2010), 268-270.

⁴³ Poroy/ Tekinalp, *Kıymetli Evrak*, § 14, N. 503a.

⁴⁴ Poroy/ Tekinalp, *Kıymetli Evrak*, § 14, N. 504.

⁴⁵ Reisoğlu, *Çek Hukuku*, 110.

yükletilmiş olduğundan çek hesabı sahibinin mevduatının her bir çek yaprağı ile sınırlı olarak banka lehine rehinli olduğunun kabulü zorunludur⁴⁶.

Bir görüşe göre ÇekK m. 3 dikkate alındığında çek yaprağının mevzuatta belirlenen usul ve esaslara göre basılması bir geçerlilik şartıdır⁴⁷. Ancak ÇekK m. 2, f. IX hükmüne göre çekin geçerli olması için TTK m. 780’de sayılan zorunlu unsurların bulunması yeterli sayılmıştır.

B. MUHATAP BANKANIN TTK m. 780’e GÖRE KAYDETME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Kanun koyucu muhatap bankalara çek hesabı açtıkları kişiler ile çek hesabı tüzel kişi ise hesap açılış tarihi itibari ile tüzel kişi tarafından bildirilen işlem yetkililerini TTK m. 780 gereğince tutulan sisteme kaydetme yükümlülüğü getirmiştir (ÇekK m. 2, f. III-son cümle). Kanun koyucu bu hükmü getirmedeki maksadının ileri tarihli (*post date*) düzenlenen çeklerde, düzenleyenin tüzel kişiyi temsil yetkisi varken düzenlediği çeklerin, çekin ibrazına izin verildiği tarihte temsil yetkisine sahip olmadığı durumlarda ortaya çıkan mağduriyetleri önlemek olduğunu söyleyebiliriz⁴⁸.

Uygulamada, çekte vade yerine ibraz tarihi bulunması sebebi ile ödeme için ibrazda kısa süreler öngörülürken çek metininden anlaşılmayan ileri tarihli çek düzenleyerek yaratılan uzun vade sonucunda çeki düzenleyenin çek keşide veya temsil yetkisi bulunmadığında, geçersizlik def’isi ile karşılaşılmamasını önlemek olduğunu söyleyebiliriz (TTK m. 677-678).

Yukarıda adı geçen karekod bilgilerinin depolandığı sistem 5411 sayılı Bank K Ek-1 maddesi uyarınca kurulan “Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi” tarafından kurulur. Bu risk merkezinde sistemde depolanan verileri BankK m. Ek-1-11. fıkraya göre bilgi alış verişini gerçekleştirdiği şirket ile paylaşmaya yetkilidir. Bu yetki kullanılmadığı takdirde, sistem bilgilerin paylaşıldığı şirket nezdinde de kurulabilir (TTK m. 780, f. III).

Lehine karekodlu çek düzenlenen lehtar, teslim aldığı çeki TTK m. 780, f. III’te belirtilen sisteme kaydeder. “*Karekodlu çekin sisteme kaydedildiği tarihten sonra çek düzenleyen kişinin temsilcilerinde meydana gelen değişikliklerle, çek hesabı sahibi tüzel kişinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz*” (ÇekK m. 3, f. X). Başka bir deyişle, “*çekin tedavüle çıkarılmasından sonra, düzenleyenin ölümü, medeni haklarını kullanma ehliyetini kaybetmesi veya iflası çekin geçerliliğini etkilemez*” (TTK m. 800).

⁴⁶ Yargıtay HGK. 21.09.2011, 2011/513. E, 2011/549 K. (Lexpera Erişim tarihi: 18.10.2022).i: 18.

⁴⁷ Reisoğlu, *Çek Hukuku*, 105.

⁴⁸ Bu konuda bkz. Poroy/Tekinalp, *Kıymetli Evrak*, § 14, N. 500.

IV. ÇEKİN ÖDEME İÇİN İBRAZİ SÜRECİNDEKİ MUHATABIN SORUMLULUKLARI

“Çek, düzenlendiği yerde ödenecekse on gün; düzenlendiği yerden başka bir yerde ödenecekse bir ay içinde muhataba ibraz edilmelidir” (TTK m. 796, f. I). Ödeneceği ülkeden başka bir ülkede düzenlenen çek, düzenleme yeri ile ödeme yeri aynı kıtada ise bir ay ayrı kıtalarda ise üç ay içinde ibraz edilmelidir. Bu bakımdan bir Avrupa ülkesinde düzenlenip de Akdeniz’e sahili bulunan bir ülkede ödenecek olan ve aynı şekilde Akdeniz’e sahili olan bir ülkede düzenlenip bir Avrupa ülkesinde ödenmesi gereken çekler aynı kıtada düzenlenmiş ve ödenmesi şart kılınmış sayılır (TTK m. 796, f. II).

Yukarıda öngörülen çekte ibraz süreleri çekte yazılı düzenleme tarihinin er-tesi günü başlar (TTK m. 796, f. III). “Karşılığı bulunan çek, hesabın bulunduğu muhatap bankanın herhangi bir şubesine ibraz edildiğinde hamilin varsa vergi kimlik numarası saptandıktan sonra ödenir. Ancak çek, hesabın bulunduğu şubede başka bir şubeye ibraz edildiğinde, o şube tarafından karşılığı sorulmak suretiyle ödenir” (Çek K m. 3, f. I).

Çekin karşılığının bulunmasına rağmen geçerli bir neden olmadan ödeme yapmayan banka görevlisi için hapis cezası öngörülmüştür (ÇekK m. 7, f. V). Ancak, doktrinde bankanın ödememe eyleminden doğan hamil zararının hangi hukuki temele dayanılarak tazmin edileceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre ÇekK m. 7, f. V ile “kanundan doğan bir borç ilişkisi⁴⁹” tesis edildiğinden, bankanın bu eyleminin kanundan doğan borca aykırı davranıştan TBK m. 112’de düzenlenen sözleşmeye aykırılık hükümlerinin kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir⁵⁰. Başka bir görüşe göre ise emredici hükme aykırı davranış ile haksız fiilin hukuka aykırılık unsuru teşekkül ettiğinden haksız fiil hükümlerinin uygulanması gerekir. Bu görüşe gerekçe olarak kanundan doğan borç kavramı hakkında verilen tanımın çekte muhatap-hamil ilişkisine uygun düşmemesi gösterilmektedir⁵¹. Nihayet son görüşe göre hamil sadece keşideciye karşı sebepsiz zenginleşme davası açarak (TTK m. 818, f. I atfı ile TTK m. 733) zararını karşılayabilir⁵².

⁴⁹ Kanundan doğan borç ilişkisi için bkz. Kocayusufoğlu, Necip (Hatemi/ Serozan/ Arpacı), Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, (İstanbul: Filiz Kitapevi 2017).73 Kanundan doğan borç deyiminin doğru olmadığı eleştirisi için bkz. Kocayusufoğlu, Borçlar Hukuku, 76; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara Yetkin, 2018, 23. B, s.161; Yetkin; Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (İstanbul: Vedat Kitapevi, 2017, C. 1, 15, B), 34.

⁵⁰ Kendigelen, Abuzer, Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı, Ticaret Hukuku Kürsüsünde On Beş Yıl- Makalelerim, (İstanbul: Beta Kitapevi, 2001), 89; Arslan, Çetin/ Kayaçık, Murat, 5941 Sayılı Çek Kanunu Şerhi, (Ankara: Söz Kesen, 2010), 301; Kendigelen/ Kırcı, Kıymetli Evrak Hukuku, 312; Ayılı, Çek, 130; Özsoy, Muhatap, 99; Aydın, Çekte Muhatap, 94.

⁵¹ Tekil, Müge, Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1997, s. 41.

⁵² Bozer/ Göle, Kıymetli Evrak Hukuku, 424.

Öncelikle, “*kanundan doğan borç deyimi ile kast edilenin kanun özel olarak düzenlediği bazı tipik olgular dışında kalan diğer olgulardan doğan borçlar anlamına gelmektedir.*” Muhatap bankaya karşılığı hazır bulunduğu takdirde çekin ödenmesinde konusunda kanunla (ÇekK m. 3, f. I) görev çek anlaşması ile borç yükümlenmiştir. Çek hamili ibraz ile ödeme talebinde bulunabilmektedir. Bu nedenle, muhatap bankaya çeki süresinde ibraz eden kişiye ödeme yükümlülüğünü tam üçüncü kişi yararına sözleşme olarak nitelendirilebilir (TBK m.129, f. II). Zira temel ilişkiden soyutlanarak verilmiş olsa da yenileme iradesi yoksa çekin teslimi ifa uğruna bir edimdir (TBK m. 133, f. II). Çekten ibraz süresi geçmeden caymada mümkün değildir (TTK m. 799). Bu durumda çekin nihai borçlusunun muhatap banka olduğunu kabul etmek gerekir (ÇekK m. 3, f. I). Dolayısıyla hamil karşılık olmasına rağmen çek ödenmediğinde muhatap bankadan tam üçüncü kişi yararına sözleşme hükümlerine kıyasen ödeme isteyebilir (TBK m.129, f. II).

Yargıtay, düzenleyenin hesabında para bulunmasına rağmen ödeme yapmayan davalı bankaya, akidene gitmeden iş bu davayı açarak bankadan çek bedeli talep edebileceğinden diyerek, muhatap bankanın ödeme yükümlülüğü bulunduğunu kabul etmiştir⁵³.

A. ÇEKİN ÖDENME İÇİN İBRAZINDA İNCELEME YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Çekin ibrazının, ibraz süresi içinde muhatap bankanın bir şubesine veya takas odasına sunularak yapılması gerekir. “*Karşılığı bulunan çek, hesabın bulunduğu veya muhatap bankanın başka bir şubesine ibraz edildiğinde varsa hamilin vergi numarası saptandıktan sonra ödenir. Ancak, hamil çeki hesabın bulunduğu şubeden başka bir şubeye ibraz edilmişse, o şube tarafından karşılığı sorulmak suretiyle ödenir*” (ÇekK m. 3, f. I). Muhatap banka, hesapta karşılığı olmasa dahi çekin açığa kredi kullandırarak ödemesinde mani hal bulunmamaktadır.

Çekin başka bir banka şubesine tevdi edilmesi ibraz yerine geçmez. Başka bir deyişle, hamilin çeki müşterisi olduğu banka şubesine tahsil, temlik veya rehin maksadı ile bırakmış olması ibraz yerine geçmez. Banka takas odasına ibraz işlemini hamilden yazılı yetki alarak yapmalıdır. Çekin muhatap banka şubelerinden birine ibraz edilmesi zorunluluğu kuralının istisnası, takas odasına ibraz edilmesidir⁵⁴. Çekin takas odasına ibrazı ödeme için ibraz yerine geçer (TTK m. 798).

Takas odasına ibraz edilen çekler için muhatap bankanın çek yaprağı başına ödemekle yükümlü olduğu tutar dâhil kısmi ödeme yapılamaz. “*Ancak bu durum muhatap bankanın ödeme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Takas odası aracılığı ile ibraz edilen çekin, hesapta yeterli karşılığının olmadığı belirlenmesi*

⁵³ Aydın, Muhatap, 94: Yargıtay, 11, HD, 7.3.2017, 2016/740. E, 2017/ 1338. K. (www.kararara.com Erişim tarihi: 1.10.2022).

⁵⁴ Reisoğlu, Çek Hukuku, 216.

halinde muhatap banka tarafından, hesapta bulunan kısmi karşılık tutarı, çeki ibraz eden hamil lehine on beş gün süreyle bloke edilir” (ÇekK m. 8, f. IV).

Nitelikli havale ilişkisinde banka ödeme görevini ifa eder. Çek ibraz edildiğinde, banka çalışanı ibraz edilen çek aslı üzerinden doğrudan inceler. Öncelikle çekin unsurlarını ve imzayı kontrol ederek geçerli bir çek olup olmadığını (TTK m. 780), çekin süresi içinde ibraz edilip edilmediğini, ibraz edenin ciro zinciri içinde ise yetkili hamil olup olmadığını (TTK m. 790-801), hesap üzerinde ihtiyati tedbir, rehin ve haciz olup olmadığını kontrol eder. Bu sayılanların incelemesi sonucunda bir engel yoksa hamilin vergi kimlik numarasını saptadıktan sonra ödeyebilir (ÇekK m. 3, f. I).

Muhatap banka ile hamil arasında ne kambiyo ne de sözleşme ilişkisi bulunur. Bu nedenle hamil ile banka arasında sadece haksız filli (TBK m. 49-76) hükümlerine göre bir ilişki olabilir⁵⁵. Doktrinde, Banka çek hesabı açtığı kişide basiret ve özenli davranmayarak sahte kimlik ile adına hesap açılıp bu hesaptan çek alınarak dolandırılan hamile karşı haksız fiil ve ikinci aşamada sözleşmeye aykırılıktan sorumlu tutulabileceği görüşü savunulmaktadır⁵⁶.

Muhatap, sahte ve tahrif edilmiş çeki ödenmesinden doğan zarardan sorumludur (TTK m. 812). Bu hükümde “*casus sentit dominus*” hasar ödeyene (malike) aittir ilkesi, çekler içinde geçerli kılınmıştır⁵⁷. Doktrinde TTK m. 812’de bankanın kusursuz (objektif) sorumluluğu düzenlendiği kabul edilmektedir⁵⁸. Muhatap banka sahte ve tahrif edilmiş çeki öderken tüm dikkat ve özeni gösterdiğini ispat etse dahi, çek hesabı sahibinin uğradığı zarardan sorumlu olacaktır⁵⁹. Sahte ve tahrif edilmiş çeki ödeyene bankanın sorumluluktan kurtulma veya azaltmasının çaresi düzenleyenin çek defterini iyi saklamamış olması gibi bir başka kusurunun ispat etmesidir⁶⁰. Ancak, çek hesabı açma sözleşmesinde taraflar, muhatap bankanın sahte ve tahrif edilmiş çeki ödemekten sorumlu olmayacağını düzenleseler dahi bankacılık imtiyaz sahipliği ile yürütülen bir faaliyet olduğundan dolayı bu hüküm geçersiz olacaktır⁶¹.

⁵⁵ Aydın, *Çekte Muhatap*, 103.

⁵⁶ Kendigelen, *Çek Hukuku*, 84.

⁵⁷ Karayalçın, Yaşar, *Ticaret Hukuku-III*, 300.

⁵⁸ Aydın, *Çekte Muhatap* 116 dn. 415; Korkut, *Çekte Muhatap*, 149; Yılmaz, *Lerzan, Kambiyo Senetlerinde (Çek-Bono-Poliçe’de) Def’iler*, (İstanbul; Aristo, 2017, 2. B) 274; Kendigelen, */Kırca, Kıymetli Evrak Hukuku*, 318; Bozer/ Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 404; Ayli, *Çek*, 112.

⁵⁹ Poroy/ Tekinalp, *Kıymetli Evrak*, § 11 N. 488d; Reisoğlu, *Çek Hukuku*, 209; Kendigelen, *Çek Hukuku*, 340; Ayli, *Çek*, 113; Aydın, *Çekte Muhatap*, 116.

⁶⁰ Poroy/ Tekinalp, *Kıymetli Evrak*, § 11 N. 488g; Kendigelen, *Çek Hukuku*, 344; Korkut, *Çekte Muhatap*, 57; Aydın, *Çekte Muhatap*, 121. Detaylı bilgi için bkz. Uzun, Nihat Şenol, “Sahte veya Tahrif Edilmiş Çekte Bankanın Hukuki Sorumluluğu”, *REGESTA*, 5/2, (2020), 317-344.

⁶¹ Kendigelen, *Çek Hukuku*, 341; Aydın, *Çekte Muhatap*, 117; Ayli, *Çek*, 123.

Sahte çeki ödeyen banka, çeki ibraz ve tahsil eden hamile karşı, sahtecilik ve tahrifatı bizzat kendisi yaparak, bankaya ibraz edip tahsil etmesi şartıyla rücu davası açılabilir⁶².

Muhatap bankanın, ödeme için çek ibraz edildiğinde çek defteri verdiği hesap üzerine lehine rehin olduğu (TMK m. 954) gerekçesi ile ödeme yapmaması durumunda hem düzenleyene hem de hamile karşı sorumluluğu söz konusu olabilir⁶³.

Sahte veya tahrif edilmiş çeki ödeyen banka, hamil (lehtara karşı) haksız fiil (TBK m. 49-76) hükümlerine göre kusurundan sorumludur⁶⁴. Böyle bir durumda banka zarardan objektif olarak sorumlu olacaktır.

B. DÜZENLEME TARİHİNDEN ÖNCE İBRAZ EDİLEN ÇEKİ ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Çek görüldüğünde ödenir. Buna aykırı herhangi bir kayıt yazılmamış hükümdedir (TTK m. 795, f. I). Düzenleme günü olarak gösterilen günden önce ödenmek üzere ibraz edilen çek, ibraz günü ödenir (TTK m. 795). İbraz süresi içinde ibraz edilmeyen çek kambiyo senedi vasfını yitirecektir. Ancak, Kanun koyucu 31.12.2023 tarihinde kadar, üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce çekin ödenmek için muhatap bankaya ibrazı geçersiz saymıştır (ÇekK geçici m. 3, f. VIII). Bu nedenle, muhatap bankanın ödeme yükümlülüğü, kanuni ibraz süresi içinde ibraz edilen çeklerle sınırlı olacaktır⁶⁵.

Bu sonuçlardan ilki, ileri tarihli düzenlenen çekin ibraz süresi içinde olmayan ibrazı geçersiz sayıldığı⁶⁶ için çek karşılığının hesapta olmasına rağmen hamile ödenmemesi gerekir (ÇekK m. 2, f. VII-a). Bu durumda ödeme yapmayan banka görevlisi için suçun unsurlarını oluşturmaz (ÇekK m. 7, f. V).

İkincisi, üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce ibraz edilen çekin karşılığının TTK m. 795 (eTTK m. 707) hükmü gereğince “kısmen veya tamamen ödenmemiş olması halinde, bu çekle ilgili hukuki takip yapılamaz. İleri düzenleme tarihli çekle ilgili olarak, hukuki takip yapılabilmesi için, çek üzerindeki düzenleme tarihine göre kanuni ibraz süresi içinde bankaya ibraz edilmesi ve karşılıksızdır işlemine tabi tutulması şarttır” (ÇekK m.3, f. VIII).

⁶² Poroy/ Tekinalp, *Kıymetli Evrak*, § 12, N. 488k; Korkut, *Çekte Muhatap*, 164.

⁶³ Reisoğlu, *Çek Hukuku*, 209.

⁶⁴ Yılmaz, *Kambiyo Senetleri*, 277.

⁶⁵ Kendigelen/ Kırca, *Kıymetli Evrak*, 312.

⁶⁶ Doktrinde “geçersiz sayılma” ifadesi yerine keşidecinin kendisine tanınan olanaktan yaralanması durumunda ödeme için ibrazı “herhangi bir hüküm doğurmayacağı” ifadesinin daha doğru bir yaklaşım olacağı yönünde bkz. Teoman, Ömer; Çek Hukukunda 5838 Sayılı Yasa ile Yapılan Değişiklikler, *Tüm Makalelerim*, C. III: 2002 -2010, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010), 152.

Görüldüğü üzere 20.12.2009 ile 31.12.2023 tarihleri arasında TTK m. 795 hükmü uygulanmayacaktır. Ayrıca, ÇekK m. 3, f. VIII'de hamilin başvuru hakkının sadece muhatap bankaya ibraz veya ibraz yerine geçen takas odası aracılığı ile değil, hamil başvuru hakkını resmi belge ile protesto ederek de kullanamayacaktır (TTK m. 808).

Kanun koyucu, ileri tarihli düzenlenen çekin ibraz süresi içinde olmayan bir tarihte hamilin başvuru hakkını kullanması halinde yasakladığı hukuki takip sadece kambiyo senetlerine özgü takip yoludur (İİK m. 167-170/b). Bu hüküm yasaklama getirdiği için dar yorumlanması gerekir. İleri tarihli çekte kanuni ibraz süresinden önce hamilin başvurması kullanması halinde genel takip yolunda başvurabilmelidir. Aynı zamanda bu tarihler arasında çek ödeme fonksiyonu yanında kredilendirme fonksiyonuna da sahip olmuştur.

İbrazın yasaklı olduğu dönemde hamil ibrazda bulunmuşsa, banka çalışanı “karşılıksızdır” işlemi yapması sebebi ile doğacak zararın, çek bedelinin düzenleyenden tahsil edilememesi şartı ile banka ve hamilin birlikte (müteferrik) kusur (TBK m. 52) oranlarına göre sorumlulukları ayrı ayrı tespit edilmelidir⁶⁷.

C. ÇEKİN KARŞILIKSIZ ÇIKMASI HALİNDE ORTAYA ÇIKAN YÜKÜMLÜLÜKLER

Çekte karşılıksızdır işleminin sonuçları çek hesabı sahibi üzerinde doğar. “Karşılıksızdır” işlemi muhatap bankanın hamile ödemekle zorunlu olduğu tutar dışında, çek bedelinin karşılanmayan kısmıyla sınırlı olarak yapılır (ÇekK m. 3, f. III). “Çek hesabı sahibi gerçek kişi, kendisi adına çek düzenlemek üzere bir başkasını temsilci veya vekili olarak tayin edemez. Gerçek kişinin temsilcisi veya vekili olarak çek düzenlemesi halinde, bu çekten dolayı hukuki ve cezai sorumluluk çek hesabı sahibine aittir” (ÇekK m. 5, f. III). Bu hükmün düzenlenmesi ile imza matbu çekte adı yazana ait olmasa dahi karşılıksız çek işleminden doğan hukuki ve cezai sorumluluğun çek hesabı sahibine ait olduğu tanzim edilmiştir.

1. Çeke Karşılıksız İşleminin Yapılması

Karşılıksızdır işleminde ibraz tarihinin çekin üzerine yazılması zorundadır. Hesapta karşılık yoksa “karşılıksız” işlemi muhatap bankanın hamile kanunen ödemekle yükümlü olduğu miktarın dışında, çek bedelinin karşılanmayan kısmıyla sınırlı olarak yapılır (ÇekK m. 3, f. II). Muhatap banka düzenlenmiş çek üzerine bloke kaydı düşmediği sürece bedeli ödemekle zorunlu olduğu tutar dışında ödeme sorumluluğu bulunmamaktadır. Çekin yanlışlıkla karşılıksız işlemine tabi tutulması ağır kusur olarak nitelendirilmiştir⁶⁸.

⁶⁷ Bu konuda farklı görüş için bkz. Yasan, Mustafa, *Çek Kanunu Geçici M.3 F.1 Uyarınca Üzerine Yazılı Düzenleme Tarihinden Önce İbrazi Geçersiz olan Çekin, Muhatap Banka Tarafından İşleme Konması (Özellikle Ödenmesi)*, TAAD, 5/19, (Ekim 2014), 321-354.

⁶⁸ Poroy/ Tekinalp, *Kıymetli Evrak*, § 14, N. 516.

Muhatap bankanın karşılıksız işleminden sonra yapmakla yükümlü olduğu işlemler hamilin bankanın ödemekle yükümlü olduğu tutar dâhil, kısmi ödemenin kabul edilip edilmemesine göre ikiye ayrılır. Bunlardan ilki, hamilin kısmi ödemeyi kabul etmesi halinde yapılır. Bu durumda “karşılıksız işlemi”; çekin arka yüzüne tahsil için bankaya ibraz edildiği tarih, hesap durumu, bankanın yükümlülüğü çerçevesinde ödediği miktar ve ibraz eden gerçek kişinin adı soyadı yazılmak, bu kişinin tüzel kişi adına bedeli tahsil etmesi halinde bu husus belirtilmek ve bu kişi ile birlikte banka yetkilisi tarafından imzalanmak suretiyle yapılır”.

“Banka tarafından ödenen miktar düşüldükten sonra karşılıksız kalan tutar açıkça belirtilir⁶⁹. Hamilin imzalamaktan kaçınması halinde, karşılıksızdır işlemi yapılmaz” (ÇekK m. 3, f. IV).

İkincisi, kısmi ödemenin hamil tarafından talep edilmemesi halinde yapılan karşılıksız işlemidir. “Bu işlem için ibraz tarihi ile ödememe nedeni çekin üzerine yazılır. Çek üzerine hamilin imzası alınarak geri verilir; ön ve arka yüzünün fotokopisi banka tarafından saklanır”.

“Çek hesabında hiç karşılığın bulunmaması ve hamilin sadece muhatap bankanın kanunen ödenmekle yükümlü olduğu tutarın ödenmesini istemesi halinde de karşılıksız işlemi ikinci işlem gibi yapılır” (ÇekK m. 3, f. V). Bankanın her bir çek yaprağı ile ilgili olarak ödemeyi taahhüt ve garanti etmesi, çek yaprağı üzerinde yazılı baskı tarihinden itibaren beş yıl içinde ibraz edilip karşılıksız işlemi yapılması şartı ile geçerlidir (ÇekK m. 4, f. IX). Doktrinde beş yıllık sürenin başlangıç tarihinin çek üzerinde matbu tarihten itibaren değil zorunlu unsur olan düzenleme tarihinden itibaren başlaması gerektiği savunulmaktadır⁷⁰. Çek bir ödeme aracıdır ve tüm fonksiyonları buna göre düzenlenmiştir. Bu nedenle, banka çek defterini teslim ettiği tarihten itibaren her bir çek yaprağı için karşılık ayırmakla yükümlüdür. Bu görüşe göre bankanın hukuki sorumluluğunun düzenleme tarihinden başlaması ödeme garantisini takip yönünden bir belirsizlik ve süresiz karşılık ayırma zorunluluğu doğuracaktır (BanK m. 53). Ayrıca, ekte en uzun zaman aşımı üç yıl (TTK m. 814), olarak belirlenmiştir, TBK m. 147 ile uyumlu beş yıl makul bir süre olduğu söylenebilir.

2. Hamile Talebi Halinde Düzenleyenin Bilgilerinin Verilmesi

Muhatap banka ile çek hesabı açma sözleşmesi kurulmasından sonra, çek hesabı sahibinin verdiği bilgilerin, müşteri sırrı olarak korunması gerekir. “Bankacılık faaliyetlerine özgü olarak bankalar ile müşteri ilişkisi kurulduktan sonra gerçek ve tüzel kişilere ait veriler, müşteri sırrı haline gelir. Bu bilgiler müşterinin

⁶⁹ Poroy/ Tekinalp, Kıymetli Evrak, § 14, N. 451a.

⁷⁰ Helvacı, Mehmet/ Aksu, Raziye, Çekte Baskı Tarihinin Muhatap Bankanın Sorumluluğuna Etkisi, MÜHF-HAD, 23/2, (2017) 223-248.

açık rızası alınsa dahi, müşteriden gelen bir talep ya da bir talimat olmaksızın yurt içinde veya yurt dışındaki üçüncü kişiler ile paylaşılamaz” (BanK m. 73, f. II ikinci cümle). Müşteri sırrı olan bu bilgiler, müşteriden gelen talep ve talimat veya emredici kanun hükümlerinin düzenlendiği hallerde paylaşılabilir.

Bir gerçek veya tüzel kişinin bilgilerinin müşteri sırrı haline gelmesi için evleviyetle müşteri ilişkisinin kurulması gerekir. Bu ilişki çek hesabı anlaşmasından önce karşılığın hazır bulundurulacağı ve matbu çek yaprağında matbu bulunması zorunlu banka şube adı ve çek numarasının verilmesi için çek hesabı açılmasıyla kurulur (ÇekK m. 2, f. VII-a, b). Bu hesapta bulunan tüm bilgiler ve hesap sahibinin adresi müşteri sırrı olarak nitelendirilebilir⁷¹.

Bu istisnalardan birisi de çekin kısmen veya tamamen karşılıksız çıkması halidir. Muhatap, teslim ettiği çekin kısmen veya tamamen karşılığının çıkmaması şartı ile talebi halinde karşılıksız çek hamili veya temsilcisine çeki düzenleyen kişinin bilinen adresleri verilir (ÇekK m. 2, f. II-son cümle).

3. Bankanın Kamu Otoritelerine Bildirim Yükümlülükleri

Kanun koyucu, çek hamillerini korumak amacı ve çekin unsurlarını netleştiren bilgiler yanında kayıt dışı ekonomiyi denetim altına alarak vergi gelirlerini artırmak ve kara paranın aklanmasını önlemek maksadı ile çekin baskı şeklini belirlemiştir. Çek yaprağı üzerinde çek hesabı sahibinin vergi kimlik numarası (ÇekK m. 2, f. VII-ç), çek hesabı sahibi gerçek kişi ise TCKN, tüzel kişi ise MERSİS numarası (ÇekK m. 2, f. VII-e) ve çek hesabı ile düzenleyen farklı ise düzenleyen kişinin TCKN’si (ÇekK m. 2, f. VII-f) bulunması zorunlu tutulmuştur.

Çek yaprağının unsurları arasında sayılmayan ancak bulunması baskı şekli ile zorunlu tutulan bu bilgiler ve bu bilgiler üzerinden tutulan Risk Merkezi ile Adli Sicil veri tabanları ile çek hamilleri, Gelir İdaresi Başkanlığına (GİB) ve Cumhuriyet Savcılığına bildirimler ile kayıt dışı ekonomi denetim altına alınma amaçlanmıştır. Bankanın bu bildirim yükümlüğünü ihmal sonucunda zarar gören kişiler, uğradıkları zararların tazmini haksız fiil hükümlerine (TBK m. 49-76) göre talep edebileceklerdir⁷².

4. Hamiline Çeklerin Kullanımı ile Bildirimler

“Hamiline çek hesabı sahiplerinin açık kimlikleri, adresleri, vergi kimlik numaraları, bu hesaplardan ödeme yapılan kişilere ait bilgiler ile bu kişilere yapılan ödeme tutarları ve üzerinde vergi kimlik numarası bulunmayan çeklere ait bilgiler ilgili bankalar tarafından, dönemler itibariyle GİB elektronik ortamına

⁷¹ Reisoğlu, *Kıymetli Evrak*, 278; Korkut, *Çekte Muhatap*, 138.

⁷² Korkut, *Çekte Muhatap*, 146; Aydın, *Muhatap*, 104.

bildirilir". Bildirim dönemleri ve süreleri Türkiye Bankalar Birliği ve Türkiye Katılım Bankaları Birliği'nin görüşleri alınarak GİB tarafından belirlenir (ÇekK m. 4, f. I).

"Banka, hamiline çek defteri yapırağı kullanmadan hamiline çek düzenlendiğini tespit ettiği takdirde, mevcut delilleriyle birlikte durumu, tespit tarihinden itibaren en geç bir hafta içinde Cumhuriyet Başsavcılığına⁷³ ve Gelir İdaresi Başkanlığına bildirmekle yükümlüdür" (ÇekK m. 4, f. III). Buna aykırı davranış için idari para cezası öngörülmüştür (ÇekK m. 7, f. IX).

Hamiline çek yapırağı kullanılmadan düzenlenen çek yapırağı TTK m. 780, f. I'de düzenlenen şartları taşıyorsa geçerlidir. İbrahimde geçerli bir çek gibi işleme alınarak ödenmesi ve sonra ilgili kuruma gerekli bildirim yapılması gerekir.

5. Tüzel Kişi Çek Hesapları ile Gerçek Kişi Ortakları, Temsilcileri veya Etki Altındaki Gerçek Kişilerin Çek Hesapları ile İlişkili Olması

"Tacir tüzel kişi veya onun faaliyetleri ile ilişkilendirmek kaydıyla, tüzel kişinin gerçek kişi ortakları, ortakların ilgili bulunduğu veya tüzel kişinin veya ortaklarının etkisi altında bulundurduğu gerçek kişiler ile tüzel kişinin yönetim organında görev alan veya temsilcisi sıfatını taşıyan gerçek kişiler adına açılmış olan çek hesapları, tacir tüzel kişiye ait kabul edilir. Söz konusu ilişkinin varlığına yönelik emarelerin bulunması halinde, mevcut delilleriyle birlikte durumu tespit tarihinden itibaren en geç bir hafta içinde Cumhuriyet Başsavcılığına ve Gelir İdaresi Başkanlığına bildirmekle yükümlüdür" (ÇekK m. 4, f. II).

6. Bankanın Belgelerin Saklanması

Banka tüzel kişileri, BankK m. 42, TTK m. 82 ve ÇekK m. 2, f. 2 gereğince üç farklı kaynaktan saklama yükümlülükleri düzenlenmiş bulunmaktadır. Bunlardan ilki, BankK 4. maddede sayılan bankacılık faaliyetleri ve BankK'nda öngörülen banka yükümlülükleri ile sınırlı belgeleri saklama yükümlülüğüdür (BankK m. 42). Bu kanun maddesinde çekle ilgili olarak mevduat kabulü ve gayri nakdi kredi verme (BankK m. 4) konusunda faaliyet izni çek kullanımı ile ilgilidir.

Belgelerin saklama yükümlülüğü ticari defterlerin düzenlediği (TTK m. 64-88) arasında *'Belgelerin Saklanması, Saklanma Süresi'* başlıklı TTK m. 82'de on yıl olarak belirlenmiştir. TTK m. 82'de düzenlenmiş olan bu hükümde tacir olarak tutulması zorunlu defterlerin ve bunlara yapılan kayıtların dayandığı belgelerin saklanması da zorunlu hale getirilmiştir. Böylece, TTK m. 82'de öngörülen süre ile TBK m. 148'de düzenlenmiş olan genel zamanaşımıyla uyum sağlanmıştır. Çekle ilgili olarak ÇekK m. 2, f. II ile BankK m. 42 dışında belgeler bu hükme göre saklanmak mecburiyetindedir.

⁷³ Yargıtay, 11. HD, 5.12.2014, 2014/12266 E, 2014/19107 K., (Lexpera Erişim tarihi: 18.10.2022).

Kanun koyucu ÇekK m. 2, f. II'de saklama yükümlülüğü getirdiği belgeler iki grupta tasnif edilebilir. Bunlardan ilki, açık kimliklerini tespit etmek için teslim aldıkları fotoğraflı nüfus cüzdanı, pasaport veya sürücü belgesi örnekleri, yerleşim yeri belgesi, vergi kimlik numaralarıdır. Bunlardan tacir olanların ise ayrıca ticaret sicil kayıtları, esnaf ve sanatkâr olanların ise esnaf sanatkâr sicili kayıtlarını almak zorundadırlar.

Çek hesabı açan ve bu belgeleri alan banka hesabın kapatılması tarihinden itibaren on yıl saklamakla yükümlüdür (Çek K m. 2, f. II).

SONUÇ

Kanun koyucu bankaya esas itibariyle çek hesabı açılmadan ve her bir çek defterinin tesliminden önce, çek ibrazında ve çekin ödenmesi halinde rizikoyu taşıma yükümlülükleri öngörmüştür. Bunlara aykırı davranılması halinde sorumluluklar öngörmüştür.

Kanun koyucu muhatap bankaya, çek müşterisi olma talebi ile gelen kişiye çek defteri vermeden önce bazı inceleme ve araştırma yükümlülükleri getirmiştir. Çek hesabı açılacak kişinin gerçek kimliği, ekonomik ve sosyal durumu, tacir veya esnaf olup olmadığı, çek hesabı açma ve düzenleme yasaklısı olup olmadığı ile ilgilidir. Bu işlemten sonra bankanın çek defteri vereceği kişinin tanımına uygun baskı şekline göre uygun olan çeki tespit eder ve düzenleyen gerçek kişi ise adı ve soyadı; düzenleyen tüzel kişi ise tüzel kişinin adı ile birlikte imzalayacak kişinin ad ve soyadı yazılarak çek defteri teslim edilir. Böylece çek üzerinde tahrifat veya sonraki değişikliğin tespiti daha kolay tespit edilebilir.

Çek hesabı açtıran kişileri TTK m. 780 gereğince tutulan sisteme kayıt ederek izleme yükümlülüğü söz konusudur (ÇekK m. 2, f. III-son cümle). Ayrıca, hamillerin korunması amacıyla TTK m. 780, f. I'deki unsurları taşıması kaydı ile ÇekK'da tanzim edilen hükümlere aykırı çek keşide edilmesi çeki geçersiz kılacaktır (TTK m. 781, f. I).

Çek hesabı sahibinin her bir yeni çek defteri talebinde tacir ve esnaf olup olmadığı, gerçek kişi müşteri kendisinin tüzel kişi müşteri organında, temsilcisi veya imza yetkilisi olanların çek yasaklısı olmadıklarına dair taahhütname verir. Banka çalışanı bu bilgilerin doğru olup olmadığını Risk Merkezi ve Adli Sicilden sorgular ve sonucu muhafaza eder.

İşte muhatap banka çek hesabı açmadan önce ekonomik ve sosyal durumunu tıpkı bir kredi müşterisi gibi araştırmak zorundadır. Bu bilgilerin doğruluğundan çek defterinin verilmesi anına kadar sorumludur. Ayrıca çek hesabı açmadan ve her çek defterini vermeden önce inceleme ve araştırma yükümlülüğünde aykırı davranması halinde hamilin bu sebeple uğradığı zarar haksız fiil hükümlerine göre tazminle yükümlüdür.

Muhatap banka, kambiyo ilişkisi dışında tutulmuştur. Muhatap banka ile yetkili hamil ilişkisinde kabul yasağının istisnası çekin karşılıksızdır işlemi yapıldığında öngörülen ödenmek zorunda olunan tutarla sınırlıdır. Çek anlaşması muhatap banka ile yetkili hamil arasında herhangi bir hukuki ilişki tesis etmez. Ancak, ÇekK m. 3, f. I ve TTK m. 783 gereği muhatap bankanın karşılığı hazır bulunan çeki ödeme konusundaki yükümlülüğü çek hamili karşısında tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin borçlusu haline gelir. Bu durumda yetkili hamilin ödemeyi talep yetkisine sahip üçüncü kişi konumundadır. Böyle bir durumda hamil çekin ibrazına rağmen muhatap banka çeki ödenmediğinde tam üçüncü kişi yararına sözleşme hükümlerine kıyasen dava edebilmelidir (TBK m. 129, f. II).

Sahte ve tahrif edilmiş çeklerde düzenleyen ile muhatap banka arasındaki hukuki sorumluluk rejimi TTK m. 812 ile tanzim edilmiştir. Bu hüküm sadece sahte ve tahrif edilmiş çekin ibraz edilerek muhatap banka tarafından ödenmesinin zarar teşkil etmesi gerekir⁷⁴. Burada muhatap bankanın kanundan doğan kusursuz sorumluluğu söz konusudur.

⁷⁴ Yılmaz, Kambiyo Senetleri, 274.

KAYNAKÇA

- Arslan, Çetin/ Kayañççek. Murat, *5941 Sayılı Çek Kanunu Şerhi*, Ankara: Sözkeseñ Matbaacılık Tic. Ltd. Şti 2010.
- Aydın, Hanife. *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, İstanbul: Seçkin, 2021.
- Ayli, Ali. *Çek Hukukunda Muhatabın Yükümlülükleri*, Ankara, Seçkin, 2019.
- Bozer, Ali/ Göle, Celal, *Kıymetli Evrak Hukuku*, (Ankara: Batider, 2021, 10. B).
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, Ankara: Yetkin, 23. B, 2018.
- Helvacı, Mehmet/ Aksu, Raziye. *Çekte Baskı Tarihinin Muhatap Bankanın Sorumluluğu-na Etkisi*, MÜHF-HAD, 23/2, (2017), 223-248.
- Karayalçın, Yaşar. *Ticaret Hukuku-III Ticari Senetler Kambiyo Senetleri*, Ankara: Sevinç Matbaası 1970.
- Kendigelen, Abuzer. *Çek Hukuku*, İstanbul On iki levha, 6. Bası, 2021.
- Kendigelen, Abuzer. *Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı, Ticaret Hukuku Kürsüsünde On Beş Yıl- Makalelerim*, İstanbul On iki levha, 2001, 79-117.
- Kendigelen, Abuzer/ Kırca, İsmail. *Kıymetli Evrak Hukuku, Genel Esaslar Kambiyo Senetleri*, İstanbul; On iki levha, 2019.
- Kılıçoğlu, Yılmaz, Kumru, *Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme*, Cevdet Yavuz'a Armağan, MÜHF-HAD, C. 22, S. 3, Y. (2016), 1759-1771.
- Kınacıoğlu, Naci; *Kıymetli Evrak Hukuku*; Ankara, Nobel, 1999.
- Kocayusufoşaoğlu, Necip (Hatemi/ Serozan/ Arpacı). *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme*, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2017.
- Korkut, Ömer. *Çekte Muhatap Bankanın Araştırma-Bildirim Yükümlülüğu ve Hukuki Sorumluluğu*, Adana: Karahan Kitapevi, 2018.
- Oğuz, Sefer. *Tasarruf Mevduatı Fonu Uhdesindeki Varlıkların Tasfiyesinde Görevli Yöneticiler ile Satış ve Tasfiye Komisyonu Üyelerinin Sorumluluk Usulünün Değerlendirilmesi*”, *Bankacılar Dergisi*, 105, (Temmuz 2018), 77-94.
- Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul Vedat Kitapçılık. C. 1, 15, B, 2017.
- Oktay, Saibe. *İsimsiz Sözleşmelerde Yorum*, İÜHFİM, C/ LV, (1996) 263-296.
- Özsoy, Ahmet. *Muhatabın Çek Kanunu'na Dayalı Hukuki Sorumluluğu*, İstanbul 2022, On iki levha Yayıncılık.
- Öztan, Fırat. *Kıymetli Evrak Hukuku*, Ankara: Turhan kitapevi, 2. Bası, 1997.
- Poroy Reha/ Tekinalp Ünal. *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, İstanbul: Vedat kitapçılık, 24. B, 2021.
- Reisoğlu, Seza. *Çek Hukuku*, Ankara Cem Web Ofset, San. Tic. Ltd. Şti, 2011.
- Tekil, Müge. *Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu*, İstanbul: Filiz kitapevi 1997.
- Teoman, Ömer. *Çek Hukukunda 5838 Sayılı Yasa ile Yapılan Değerşiklikler*, Tüm Makalelerim, C. III: 2002 -2010, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, 144-150.

- Teoman, Ömer. Yeni Çek Yasası “Tacir Çekleri”ni Getiriyor, Tüm Makalelerim, C. III: 2002 -2010, İstanbul: Vedat Kitapçılık, (2010), 268-270.
- Uzun, Nihat Şenol. Akreditifte Bankanın Hukuki Sorumluluğu, İstanbul: Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2022.
- Uzun, Nihat Şenol. Sahte veya Tahrif Edilmiş Çekte Bankanın Hukuki Sorumluluğu, RE-GESTA, 5/2, (2020), 317-344.
- Yasan, Mustafa. Çek Kanunu Geçici M.3 F.1 Uyarınca Üzerine Yazılı Düzenleme Tari-hinden Önce İbrazı Geçersiz olan Çekin, Muhatap Banka Tarafından İşleme Konması (Özellikle Ödenmesi), TAAD, Y. 5, S. 19, (Ekim 2014) 321-354.
- Yılmaz, Lerzan; Kambiyo Senetlerinde (Çek-Bono-Poliçe’de) Def’iler, İstanbul: Aristo, 2. Bası, 2017.



İrtifak Hakkının Feragat Dolayısıyla Tapu Sicilinden Terkini^(*)

The Erasure of Easement from Land Register for the Reason of Waiver

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet NAR^(**)

Öz

Feragat, hak sahibinin hakkını bir başkasına devretmeden ve yeni bir hak oluşturmadan tek taraflı bir hukuki işlemle sona erdirmesidir. Feragat beyanında bulunan kişinin, feragat edilen hak üzerinde tasarruf yetkisine sahip olması gerekir. Taşınmaz üzerindeki aynı haklardan feragatin hüküm doğurması için sadece feragat iradesinin açıklanmış olması yeterli değildir. Feragatin beklenen etkiyi ortaya çıkarması için ilk olarak, irtifak hakkı sahibinin feragate yönelik iradesini yazılı olarak tapu memuruna yöneltmesi gerekir. Ayrıca, irtifak hakkından feragat (terkin talebi) bir hukuki sebebe dayanıyorsa, hukuki sebebin de geçerli olması gerekir. Son olarak, irtifak hakkının feragat yoluyla terkininden olumsuz etkilenen hak sahipleri varsa, onların da rızaları alınmalıdır. Söz konusu unsurların gerçekleşmesi halinde, tapu memurunun irtifak hakkını tapu sicilinden terkin etmesi mümkündür. Feragat edilen irtifak hakkının sicilden terkin edilmesi hakkı sona erdirmektedir.

Anahtar Kelimeler

Feragat, Tapu Sicili, İrtifak hakkı, Terkin Talebi, Terkin.

Abstract

Waiver is the termination of the right by a unilateral legal action of the right-holder without transferring the right to another person and without creating a new right. The person making the waiver statement must have the power to dispose of the waived right. For the waiver of the real rights on the immovable to be valid, it is not sufficient to just declare the will to waive. In order for the waiver to have the legal effect, first of all, the owner of the easement must direct his will to the land registry officer in writing. In addition, if the waiver of the right of easement (erasure request)

^(*) Araştırma Makalesi / [Makale Geliş Tarihi](#): 06.10.2022 - [Makale Kabul Tarihi](#): 21.11.2022
[DOI](#): 10.56701/shd.1185035

^(**) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Erzincan - Türkiye
[E-posta](#): anar@erzincan.edu.tr
[Orcid No](#): <https://orcid.org/0000-0002-2218-1397>

is based on a legal reason, the legal reason must also be valid. Finally, if there are beneficiaries who are adversely affected by the erasure of the right of easement, their consent must also be obtained. If these conditions are met, it is possible for the land registry officer to cancel/erase the right of easement from the land registry. The cancellation/erasure of the waived easement right from the registry terminates the right.

Keywords

Waiver, Land Register, Right of easement, Erasure Request, Erasure.

GİRİŞ

İrtifak hakkı, sahibine eşya üzerindeki kullanma ve/veya yararlanma yetkilerinin bir bölümünü veya tamamını sağlayan ya da malikin bu yetkilerin bazılarını kullanılmasını hak sahibi yararına yasaklayan sınırlı ayni haktır¹. Eşya üzerinde irtifak hakkının kurulması, malikin mülkiyet hakkından doğan yetkilerini kısıtlar. Bu kısıtlama irtifak hakkının sona ermesine kadar devam eder. İrtifak hakkının sona ermesiyle birlikte, irtifakın hak sahibine tanıdığı yetkiler malike geri döner.

Türk Medeni Kanunu, irtifak hakları bakımından çeşitli sona erme sebepleri öngörmüştür. Hak sahibinin hakkından feragat etmesi de irtifak hakkını sona erdiren sebeplerden biridir. Feragat, hak sahibinin hakkını bir başkasına devretmeden ve yeni bir hak oluşturmadan tek taraflı bir hukuki işlemle sona erdirmesidir². Hukuk düzenince yasaklanmadığı takdirde, kişinin sahip olduğu hak üzerinde tasarrufta bulunması ve hakkından feragat etmesi mümkündür. Türk hukukunda, hak sahibinin irtifak hakkından feragat etmesine ilişkin bazı sınırlamalar getirilse de bu haklardan feragat edilmesi yasaklanmamıştır. İrtifak hakkı sahibi, öngörülen yasal sınırlamalara uygun davranmak kaydıyla her zaman hakkından feragat edebilir. Bununla birlikte feragatinin hüküm ve sonuçlarını doğurması, irtifak hakkının tapu sicilinden terkin edilmesine bağlıdır. Zira bir ayni hak olan irtifak haklarının sona ermesi, kural olarak³, hakkın tapu sicilinden terkin edilmesiyle

¹ Kemal T. Gürsoy vd., *Türk Eşya Hukuku* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984), 737; Bülent Köprülü - Selim Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982), 41; M. Kemal Oğuzman vd., *Eşya Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), 881; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 571; Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku* (İzmir: Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, 2020), 523.

² Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014), 101.

³ İrtifak haklarının terkinle sona ereceğine dair kuralın istisnalarını terkin dışı sona erme halleri oluşturmaktadır. Eşyaya bağlı irtifak hakları bakımından bu istisnaları, yüklü ya da yararlanan taşınmazın yok olması, yüklü taşınmazın kamulaştırılması, irtifakın süresinin sona ermesi, mahkeme kararı ve irtifakın sağladığı yararın azalması ya da yok olması olarak sıralamak mümkündür. Söz konusu terkin dışı sona erme halleri düzensiz kişisel irtifak haklarında da uygulanır. Zira TMK m.838/f.3'de eşyaya bağlı irtifaklara ilişkin hükümlerin bu tür irtifaklarda da uygulanacağı belirtilmiştir. Kişiyeye bağlı irtifaklarda ise, eşyaya bağlı irtifak haklarından farklı olarak hak sahibinin ölümü veya kişiliğinin sona ermesi de, hakkı sicil dışı sona erdirir. İrtifak hakkının sicil dışı sona erdiği bu hallerde, hakkın sicilden terkinini kurucu değil açıklayıcı niteliktedir.

olur (TMK m.783, m.796, m.823/f.1, m.838/f.3). Bu nedenle hak sahibi tarafından yapılan feragatin irtifak hakkını sona erdirmesi, terkinine ilişkin ilişkin usul ve esasların yerine getirilmesine bağlıdır. Dolayısıyla irtifak hakkından feragati sağlayan terkinin tapu memuru tarafından gerçekleştirilmesi, hak sahibinin terkin talebinin ve bazı hallerde geçerli bir hukuki sebebin mevcut olmasına bağlıdır. Ayrıca, irtifak hakkının terkininden olumsuz etkilenen diğer hak sahiplerinin de terkinine rıza göstermesi gerekir.

Çalışmada irtifak hakkının feragat nedeniyle sona ermesini sağlayan terkinin geçerlilik koşulları incelenmiştir. Bu kapsamda irtifak hakkının terkininden etkilenen diğer hak sahiplerinin terkinine rıza göstermesi unsuru ayrıca değerlendirilmiştir.

I. TERKİN KAVRAMI

Terkin, tapu sicilindeki bir kaydın hükümsüz hale getirilmesi için yapılan tapu sicili işlemidir⁴. Tapu sicili bakımından terkin, aynı hakka ilişkin kaydın üzerinin çizilmesini ifade eder⁵. Terkin, mevcut bir aynı hakkı sona erdirmek ya da gerçek hak durumunu yansıtmayan tapu sicilini düzeltmek amacıyla yapılır. Bu bakımdan terkin, kurucu ve açıklayıcı terkin olmak üzere ikiye ayrılır.

Aynı hakkı sona erdiren (kurucu) terkinler, maddi hukuk bakımından fiili durumda bir değişiklik meydana getirerek aynı hakkı sona erdirirler⁶. Örneğin, geçerli olarak kurulmuş ve varlığı devam eden üst hakkının hak sahibinin talebi üzerine terkin edilmesi halinde, üst hakkı terkin işlemi ile birlikte sona erer. Bu tür terkinler ancak terkin edilecek kaydın kendilerine hak sağladığı kişilerin yazılı talebi üzerine gerçekleştirilir (TMK m.1014, TST m.69/f.1). Terkin talebi, tek taraflı bir işlem niteliğinde olup, hüküm doğurması bakımından terkin edilecek kaydın kendilerine hak sağladığı kişilerin feragatle yönelik iradelerini usulüne uygun şekilde açıklamaları yeterlidir⁷. Terkinin gerçekleştirilmesinde, terkinden yararlanacak kişilerin

⁴ O Gökhan Antalya - Murat Topuz, *Eşya Hukuku C. IV/1* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 660; Jale G. Akipek - Turgut Akıntürk, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Beta Basım A.Ş., 2009), 339; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku I Zilyetlik ve Tapu Sicili* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 441.

⁵ TST m.70/f.1'de terkinin şekli düzenlenmiştir. Hükme göre, "Tapu sicili üzerinde yapılacak terkinler, terkin edilecek hakla ilgili kaydın üzerinin kırmızı mürekkepli kalemle çizilmesi ve altındaki satıra yine kırmızı mürekkepli kalemle "terkin edildi" ibaresi ile tarih ve yevmiye numarasının yazılması ve müdürün veya görevlendirildiği tapu görevlisinin imzalamasıyla olur".

⁶ Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, 238; Akipek - Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 340; Mehmet Akçal, *Eşya Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 282.

⁷ Aron Pfammatter, "Das Grundbuch", *ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz vd. (Zürich: Orell Füssli Verlag, 2021), Art. 964, N. 4; Bettina Deillon-Schegg, "Sachenrecht", *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB*, Hrsg. Peter Breitschmid - Alexandra Jungo (Zürich: Schulthess Verlag, 2016), Art. 964, N. 6; Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, 239; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 203, Ayan, *Zilyetlik ve Tapu Sicili*, 443.

rızasının bulunup bulunmadığı önem arz etmez⁸. Hak sahibinin terkin talebi aynı hakkı sona erdiren bir tasarruf işlemi niteliğindedir⁹. Bu nedenle, terkin talebinde bulunan kişinin terkin edilecek hak bakımından tasarruf yetkisine sahip olması gerekir (TMK m.1015). Aksi takdirde yapılan terkin aynı hakkı sona erdirmez. Bu halde terkin geçersiz, yolsuz terkin niteliğindedir (TMK m.1024). Bu durumda yolsuz terkinden etkilenen hak sahipleri, açacakları tapu sicilinin düzeltilmesi davası ile yolsuz olan bu terkinin düzeltilmesini talep edebilirler (TMK m.1025).

Tapu sicilini düzeltici (açıklayıcı) terkinler ise, tapu sicilindeki kaydın gerçek hak sahipliği durumunu yansıtmaması halinde söz konusu olur¹⁰. Gerçek hak sahipliği durumunu yansıtmayan bu kayıt, şekli de olsa bir değere sahipse, kaydın terkinini ancak hak sahibinin terkin talebi ya da mahkeme kararıyla gerçekleştirilir. Kaydın sadece şekli değer taşıması esasen tescilin yolsuz olarak yapıldığı ya da sonradan yolsuzlaştığı bazı hallerde ortaya çıkar. Örneğin malik ayırt etme gücüne sahip olmadığı esnada taşınmazı üzerinde bir başkası lehine üst hakkı tanır ve bu hak tapu siciline tescil edilirse, üst hakkı sahibi lehine yapılan tescil yolsuzdur. Söz konusu yolsuz tescil, gerçek hak durumunu yansıtmaz ve kişiye üst hakkını kazandırmaz. Bu hallerde terkin, gerçek hukuki durumu herkese duyurmak ve tapu sicilini gerçek duruma uygun hale getirmek amacıyla yapılır¹¹. Gerçek durum sicile yansıtılmaz ve mevcut yolsuz kayıt terkin edilmezse kaydın yolsuz olduğu iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez¹². Bu bakımdan açıklayıcı terkin, maddi varlığı bulunmayan aynı hakkın üçüncü kişiler tarafından kayda güvenilir olarak kazanılmalarına engel olur¹³. Tapu sicilindeki kayıt, gerçek hak sahipliği durumunu yansıtmadığı gibi şekli bir değere de sahip değilse, diğer bir ifadeyle kaydın hiçbir hukuki değeri kalmamışsa, kaydın terkinini taşınmaz maliki tarafından talep edilebilir (TST m.69/f.3,4). Terkinin gerçekleştirilmesi için hak sahibinin rızası aranmaz¹⁴. TMK m.1026/f.1'e göre, "Bir aynı hakkın sona

⁸ Deillon-Schegg, "Sachenrecht", ZGB Art.964, N. 6; Pfammatter, "Das Grundbuch", ZGB Art.964, N. 4; Gürsoy vd., *Eşya Hukuku*, 318; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 203; Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, 239.

⁹ Tescil ve terkin talebinin hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Türk - İsviçre hukukunda hâkim olan görüş, tek taraflı bir tasarruf işlemi olduğunu kabul etmektedir. Hukuki niteliğine ilişkin görüşler hakkında bkz. Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, 231-232; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 192-193; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 273; Vardar Hamamcıoğlu, *Tasarruf İşlemi*, 169-180.

¹⁰ Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, 238; Akipek - Akintürk, *Eşya Hukuku*, 340; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 204; Gürsoy vd., *Eşya Hukuku*, 314, 315; Ayan, *Zilyetlik ve Tapu Sicili*, 441, 442; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 283.

¹¹ Akipek - Akintürk, *Eşya Hukuku*, 340; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 204.

¹² Peter Liver, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), IV. Band, Das Sachenrecht, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten Art. 730-792* (Zürich: Schulthess Verlag, 1980), Art.734, N. 6; Gürsoy vd., *Eşya Hukuku*, 314, 315.

¹³ Sirmen, *Eşya Hukuku*, 204; Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, 240.

¹⁴ Halûk Nami Nomer - Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 154, 155.

ermesiyle tescil her türlü hukuki değerini kaybettiği takdirde, yüklü taşınmaz maliki, terkinin isteyebilir". Örneğin, intifa hakkının hak sahibinin ölümüyle sona ermesi halinde taşınmaz malikinin terkin talebinde bulunması mümkündür (TMK m.796/f.2). Zira ölüm olgusu intifa hakkını kendiliğinden sona erdirmekte, intifa hakkının mirasçılara intikali de söz konusu olmadığı için intifa hakkına ilişkin tescilin hiçbir hukuki değeri kalmamaktadır. Kaydın şekli bir değerinin bulunduğu durumlardan farklı olarak, bu hallerde, iyiniyetli üçüncü kişilerin mevcut tescile güvenerek aynı hak kazanmaları da mümkün değildir¹⁵.

Aynı hakkı sona erdirici özelliği bulunan kurucu terkinlerin talep üzerine tapu memuru tarafından yerine getirilmesi gerekir. Tapu memurunun talep olmaksızın re'sen harekete geçmesi ve terkinin gerçekleştirilmesi mümkün değildir¹⁶. Ancak kanun koyucu sicili düzeltici terkinler bakımından bazı durumlarda tapu memurunun re'sen harekete geçmesine ve elde edeceği mahkeme kararına istinaden terkin işlemini gerçekleştirmesine imkân tanımıştır. TMK m.1026/f.3'e göre, "*Tapu memuru re'sen hakime başvurarak aynı hakkın sona erdiğinin belirlenmesine ilişkin karar verilmesini istemeye ve hakimın vereceği karara dayanarak terkin işlemini yapmaya yetkilidir*". Tapu memuruna tanınan bu yetki, bir aynı hakkın sona ermesiyle tescilin her türlü hukuki değerini kaybettiği, diğer bir ifadeyle kaydın şekli bir değer dahi taşımadığı hallerle ilişkindir. Tapu sicilindeki kaydın şekli değerinin bulunduğu hallerde tapu memurunun re'sen harekete geçmesi söz konusu değildir¹⁷.

Bir haktan gerçek anlamda feragat edilmesi ancak varlığını sürdüren haklar bakımından söz konusu olur. Maddi hukuk kurallarına göre var olmayan, sona ermiş bir haktan feragat edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, irtifak hakkı sahibinin hakkından feragati dolayısıyla gerçekleşen, aynı hakkı şekli ve maddi anlamda sona erdiren terkin, hukuki niteliği itibariyle kurucu niteliktedir¹⁸. Maddi hukuk bakımından varlığı sona eren ancak şekli olarak tapu sicilinde kayıtlı olan irtifak hakkının hak sahibinin talebi üzerine terkin edilmesi, haktan feragat niteliğinde değildir. Hak sahibinin talebi üzerine bu amaçla gerçekleştirilen terkin, açıklayıcı terkin olup sadece usuli bir işlem niteliğindedir.

¹⁵ Sirmen, *Eşya Hukuku*, 205; Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, 241; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 284.

¹⁶ Gürsoy vd., *Eşya Hukuku*, 317.

¹⁷ Gürsoy vd., *Eşya Hukuku*, 320.

¹⁸ "Terkin, inşaî (yenilik doğurucu) bir sonuç meydana getirir. Ancak bunun için, söz konusu hakkın terkin işlemi anında hâlâ mevcut olması gereklidir. Terkin, maddi hakkın sona ermesini mucip olduğu takdirde, bu işlem, yalnız kütükte icrası icabeden bir işlem olmakla kalmaz, aynı zamanda, maddi hak üzerinde tasarrufu tazammun eden, ona son veren veya muhtevasını azaltan bir tasarruf işlemi olur. Zira bu işlem ile o ana kadar mevcut olan aynı hak sona erer" (Gürsoy vd., *Eşya Hukuku*, 314).

II. İRTİFAK HAKKI SAHİBİNİN FERAGATİ DOLAYISIYLA GERÇEKLEŞEN TERKİNİN GEÇERLİLİK KOŞULLARI

A. İRTİFAK HAKKI SAHİBİNİN TERKİN TALEBİNDE BULUNMASI

Kişinin sahip olduğu haktan feragat etmesi, tek taraflı bir hukuki işlem niteliğinde olup, kural olarak, herhangi bir şekil koşuluna bağlı değildir. Feragat iradesinin hak sahibi tarafından açıklanması yeterlidir. Ancak bu kuralın da bazı istisnaları bulunmaktadır. Bu istisnalardan biri de taşınmaz üzerindeki aynı haklardan feragat ilişkindir. Taşınmaz üzerindeki aynı haktan feragat yönelik iradenin hüküm doğurması, yazılı şekil koşulunun yerine getirilmesine bağlıdır¹⁹. Zira kişinin irtifak hakkını feragat yoluyla sona erdirmesi, kural olarak, hak sahibinin terkin talebine istinaden tapu siciline yapılan terkinle gerçekleşir (TMK m.1014, TST m.69/f.1). TMK m.1014'e göre, "*Bir tescilin terkin edilmesi veya değiştirilmesi, ancak bu kaydın kendilerine hak sağladığı kimselerin yazılı beyanı üzerine yapılabilir*". Hükümden de açıkça anlaşıldığı üzere, irtifak hakkı sahibinin hakkından feragat ettiğine yönelik iradesini yazılı olarak tapu memuruna yöneltmesi gerekir. Tapu memuruna yazılı olarak yöneltilmeyen, yani sicil dışı gerçekleşen feragat beyanı (terkin talebi), irtifak hakkını maddi veya şekli bakımdan sona erdirmez.

Hak sahibinin hakkından feragatini sağlayan terkin talebi, irtifak hakkı üzerindeki etkisi sebebiyle bir tasarruf işlemi niteliğindedir. Bu nedenle, irtifak hakkını feragat yoluyla sona erdirmek isteyen, diğer bir ifade ile terkin talebinde bulunan kişinin tasarruf yetkisine sahip olması gerekir (TMK m.1015/f.1)²⁰. Feragat amacıyla terkin talebinde bulunan kişi, hak üzerinde tasarruf yetkisine sahip olduğunu, kendisinin sicilde hak sahibi olarak görünen kişi veya bu kişinin temsilcisi olduğunu ispat etmek suretiyle belgeleyebilir (TMK m.1015/f.2).

¹⁹ Terkinin hukuki sebebini teşkil eden borçlandırıcı işlemin geçerliliği, kural olarak, resmi şekilde yapılmış olmasına bağlıdır. Buna karşın terkin talebi bakımından resmi şekil zorunluluğu bulunmamaktadır. TMK m.1014 ve TST m.16/f.1'de terkin talebinin yazılı şekilde yapılması yeterli görülmüştür. Uygulamada yazılı şekil koşulu, terkinin hukuki sebebini teşkil eden resmi senetteki ilgili bölümün ya da resmi senet düzenlenmesi gerekmiyorsa önceden hazırlanmış matbu formun imzalanmasıyla gerçekleştirilmektedir.

²⁰ Michel Kähr, "Die Grunddienstbarkeiten", *ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz vd. (Zürich: Orell Füssli Verlag, 2021), Art. 734, N. 5; Selâhattin Sulhi Tekinay vd., *Eşya Hukuku Cilt I Zilyetlik ve Tapu Sicili* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989), 342; Gürsoy vd., *Eşya Hukuku*, 317; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 282. İrtifak hakkı üzerindeki tasarrufları yasaklanan veya tasarruf yetkisi kısıtlanan kişilerin terkin talepleri hüküm doğurmayacağı gibi, adına yolsuz olarak irtifak hakkı tescil edilmiş olan kişilerin terkin talepleri de hüküm doğurmaz.

B. TERKİNİN GEÇERLİ BİR HUKUKİ SEBEBE DAYANMASI

1. Genel Olarak

İrtifak hakkının tapu siciline tescilinin geçerli olması, yani kendinden beklenen etkiyi ortaya çıkarması, ancak tescile esas teşkil eden geçerli bir hukuki sebebin varlığına bağlıdır (TMK m.1015). Yetkili kişi tescil talebinde bulunmuş olsa dahi, geçerli bir hukuki sebep bulunmadan irtifak hakkı tapu siciline tescil edilemez. Aksi takdirde, tescil yolsuz olur ve kişiye irtifak hakkını kazandırmaz. Buna karşılık, irtifak hakkının terkininin geçerliliği, terkinine esas teşkil eden bir hukuki sebebin varlığına mutlak bir şekilde bağlanmamıştır. Hak sahibinin feragati üzerine irtifak hakkının terkinini, terkinine esas teşkil eden bir hukuki işleme dayanmadan da gerçekleştirilebilir²¹. Bu nedenle, hak sahibinin feragati üzerine gerçekleşen terkinin geçerliliğini, terkinin hukuki sebebe dayanıp dayanmadığına göre ikili bir ayırım yaparak değerlendirmek gerekmektedir.

2. Terkin Borcu Doğuran Bir Hukuki İşleme Dayanan Terkin

İrtifak hakkının feragat dolayısıyla terkin edilmesinin hukuki sebebe dayanması gerekliliği genellikle, hak sahibinin irtifak hakkından feragat etme taahhüdü altına girdiği hallerde söz konusu olur. İrtifak hakkı sahibi, belirli bir süre içinde veya bir karşı edim elde ettiğinde hakkından feragat edeceğini, diğer bir ifadeyle terkin talebinde bulunacağını malike taahhüt edebilir²². Örneğin, yüklü taşınmaz maliki ile intifa hakkı sahibi arasında akdedilen sözleşmede intifa konusu yerden elde edilecek iki yıllık gelirin intifa hakkı sahibine peşin olarak ödenmesi halinde, intifa hakkı sahibinin terkin talebinde bulunacağı kararlaştırılabilir. Böyle bir borçlandırıcı işlemin ifasını sağlamak amacıyla irtifak hakkından feragat edilmesi halinde, hakkın sona erdirilmesine ilişkin terkinin geçerliliği de borçlandırıcı işlemin varlığına ve geçerliliğine bağlıdır²³. İrtifak hakkından feragat taahhüdünün yer aldığı bu borçlandırıcı işlemin (terkinin hukuki sebebinin) bir şekle tâbi olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlar, irtifak hakkını sona erdirmeye yönelik bu sözleşmenin herhangi bir geçerlilik şekline tâbi olmadığını ileri sürmektedir²⁴. Zira taraflar arasında böyle bir sözleşme yapılmasa dahi irtifak hakkı sahibi tek taraflı olarak hakkın terkinini talep edebilir. Bu nedenle, tapu

²¹ Turhan Esener - Kudret Güven, *Eşya Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları 2017), 408; Nomer - Ergüne, *Eşya Hukuku*, 154.

²² Liver, *Die Dienstbarkeiten und Grundlasten*, ZGB Art.734, N. 16; Kähr, "Die Grunddienstbarkeiten", ZGB Art.734, N. 4; Gürsoy vd., *Eşya Hukuku*, 782; Köprülü - Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, 66.

²³ Liver, *Die Dienstbarkeiten und Grundlasten*, ZGB Art.734, N. 17; Pfammatter, "Das Grundbuch", ZGB Art.964, N. 8; Mehmet Ünal, *Türk Medeni Hukukunda Yapı (Üst) Hakkı* (Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınları, 1988), 163; Köprülü - Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, 66; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku III Sınırlı Ayni Haklar* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 71.

²⁴ Pfammatter, "Das Grundbuch", ZGB Art.964, N. 8; Liver, *Die Dienstbarkeiten und Grundlasten*, ZGB Art.734, N. 16; Gürsoy vd., *Eşya Hukuku*, 782; Vardar Hamamcıoğlu, *Tasarruf İşlemi*, 216.

memurunun terkinini gerçekleştirilmesi için resmi şekilde düzenlenmiş bir sözleşmenin varlığı aranmaz²⁵. Buna karşılık üstün tutulması gereken hâkim görüşe göre ise, irtifak hakkı sahibinin terkin taahhüdünü içeren bu sözleşmenin resmi şekilde düzenlenmiş olması gerekir²⁶. Zira TST m.69/f.2’de tescil istemleriyle ilgili hükümlerin terkinler hakkındaki istemlerde de uygulanacağı açıkça belirtilmiştir. Tescil istemine ilişkin hükümler dikkate alınırca, feragat taahhüdüne dayanan terkinin hukuki sebebini teşkil eden işlemin şekle bağlı olup olmadığı TST m.20 hükmü esas alınarak belirlenmelidir. TST m.20’de tapu memuru tarafından resmi senet düzenlenmesi gerekmeyen işlemler sayılmaktadır. Hükümde sayılan işlemler bakımından tescil veya terkinin gerçekleştirilmesi için tapu memurunun sadece istem belgesini düzenlenmesi yeterli olup, ayrıca istemin dayanağını teşkil eden resmi senedin düzenlenmesi gerekmemektedir (TST m.22/f.1)²⁷. Hükümde resmi senet düzenlenmesini gerektirmeyen işlemler arasında irtifak hakkını sona erdirmeye yönelik anlaşmaya yer verilmemiştir. Diğer bir ifadeyle, irtifak hakkı sahibinin feragat taahhüdünde bulunması, resmi senet düzenlenmesini gerektirmeyen işlemlerden biri değildir. Bu nedenle, irtifak hakkı sahibinin hakkından feragat taahhüdünü içeren ve terkinin hukuki sebebini oluşturan bu sözleşmenin TST m.21/f.1 gereği resmi senet şeklinde tapu memuru tarafından düzenlenmesi gerekir. Dolayısıyla, resmi şekle uygun bir sözleşme yapılmadan irtifak hakkının terkinini sağlamak için sadece “istem belgesi” düzenlenmesine ilişkin talepleri tapu memurunun yerine getirmeyeceği açıktır.

Hak sahibinin irtifak hakkından feragat etmesinin hukuki sebebe dayanmasını gerektiren diğer bir hal ise, ölüme bağlı tasarrufun ifasını sağlamak amacıyla terkin talebinde bulunulmasıdır²⁸. Örneğin, mirasbırakan düzenlediği vasiyetnamede, bir başkasına ait taşınmaz üzerinde lehine tescil edilmiş olan üst hakkından feragat ettiğini, üst hakkının terkin edilmesini vasiyet etmiş olabilir. Bu vasiyetname irtifak hakkıyla yüklü taşınmazın malikine vasiyet alacaklısı sıfatını kazandırır. Taşınmaz maliki, lehine yapılan vasiyete dayanarak tapu memurundan doğrudan irtifak hakkının terkinini talep edemez. TMK m.600/f.1’e göre, vasiyet alacaklısı vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olanlara karşı sadece bir kişisel istem hakkına sahiptir. Vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olanlar mirasbırakanın

²⁵ Gürsoy vd., *Eşya Hukuku*, 782; Akipek - Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 340. Aynı yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 112 II 26 E. 3.

²⁶ Hüseyin Hatemi vd., *Eşya Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991), 459; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 580; Cumhuriyet Özakman, *Türk Hukukunda Mecra İrtifakı* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1977), 133; Köprülü - Kaneti, *Sınırlı Aynı Haklar*, 66; Gülen Sinem Tek, *Yararı Kalmayan İrtifak Haklarının Sona Ermesi (MK m.785)* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 228.

²⁷ TST m.69/f.2 ve TST m.22 birlikte değerlendirilirse, tapu müdürlüğünde sözleşme düzenlenmesini gerektirmeyen işlemlerde terkin istemi, yetkili sicil müdürlüğünde düzenlenen ve istem sahibi tarafından imzalanan istem belgesi içinde yer alır.

²⁸ Köprülü - Kaneti, *Sınırlı Aynı Haklar*, 66.

ölüme bağlı tasarrufu dolayısıyla, yüklü taşınmaz malikine karşı terkin talebinde bulunma borcu altına girmiş olurlar. Yüklü taşınmaz maliki, vasiyetin yerine getirilmesini, diğer bir ifadeyle irtifak hakkının terkin edilmesini onlardan talep edebilir. Bu şekilde ölüme bağlı tasarrufun ifası amacıyla feragat yoluyla gerçekleşen terkinlerde, irtifak hakkının terkininin hukuki sebebini doğrudan mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufu oluşturur. İrtifak hakkının terkinini sağlamak için sadece “istem belgesi” düzenlenmesi yeterli olup, ayrıca tapu memuru tarafından resmi senet düzenlenmesi gerekmez. Zira TST m.20/f.1, b’ye göre, vasiyeti yerine getirmekle yükümlü olanların ölüme bağlı tasarrufun ifası amacıyla gerçekleştirdikleri terkin istemleri, resmi senet düzenlenmesini gerektirmeyen işlemlerdendir. İrtifak hakkı sahipleri (mirasçılar), hukuki sebebi teşkil eden ölüme bağlı tasarrufa dayanarak terkin isteminde bulunabilirler²⁹. Bu durumda hukuki sebebin geçerliliği, ölüme bağlı tasarruflara özgü geçerlilik şekline uyulmasına bağlıdır.

Sağlararası bir işleme veya ölüme bağlı tasarrufun ifası amacına dayanan feragat dolayısıyla irtifak hakkının terkininin talep edilmesi halinde, terkinin geçerliliği, terkin borcu yükleyen hukuki işlemin (hukuki sebebin) varlığına ve geçerliliğine bağlıdır³⁰. Bu şekilde gerçekleşen terkinlerde, feragatin taahhüt edildiği sağlararası hukuki işlem ya da terkin borcu yükleyen ölüme bağlı tasarruf herhangi bir sebeple geçerli değilse, feragat yoluyla gerçekleşen terkin de yolsuz olur. Yolsuz terkin, aynı hak durumunda bir değişiklik meydana getirmez. Yolsuz olarak gerçekleşen terkenden dolayı aynı hakkı (irtifak hakkı) zedelenen hak sahibi tapu sicilinin düzeltilmesi davası açabilir (TMK m.1025/f.1). Bununla birlikte, yüklü taşınmaz üzerindeki irtifak hakkı yolsuz olarak terkin edilmiş ve yüklü taşınmaz daha sonra iyiniyetli üçüncü kişiye devredilmiş olursa, devralan kişi taşınmazın mülkiyetini irtifak hakkıyla yüklü olmaksızın kazanır (TMK m.1023)³¹. İrtifak hakkının yolsuz olarak terkin edildiği iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. İyiniyetin koruyucu etkisi, yüklü taşınmaz üzerinde sonradan sınırlı aynı hak kazananlar bakımından da ortaya çıkar. İrtifak hakkının yolsuz olarak terkininden sonra, yüklü taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak kazanan iyiniyetli üçüncü kişiler, hakkın tekrar tescil edilmesinden olumsuz etkilenmezler. Örneğin, yolsuz

²⁹ TST m.20/f.1, b “İstem, vasiyet alacaklısı tarafından yapılırsa taşınmazın tanımlandığı ve tescil hükmünü de içerir tenfiz kararı veya hâkim tarafından tescil için yazılan yazı ile birlikte tenfiz kararı ve vasiyetnamenin onaylı bir örneği; vasiyet alacaklısı, yasal ve atanmış mirasçılar tarafından birlikte yapılırsa vasiyetnamenin açılıp okunduğuna dair karar ile birlikte vasiyetnamenin onaylı bir örneği” aranır.

³⁰ Liver, *Die Dienstbarkeiten und Grundlasten*, ZGB Art.734, N. 17; Köprülü - Kaneti, *Sınırlı Aynı Haklar*, 66; Özakman, *Mecra İrtifakı*, 133; Ayan, *Sınırlı Aynı Haklar*, 71.

³¹ Sirmen’e göre, eşyaya bağlı irtifak hakkı yalnız yararlanan taşınmazın sayfasına yolsuz olarak tescil edilmiş ya da yalnız yüklü taşınmazın sayfasından yolsuz olarak terkin edilmiş ise, sayfalar arasındaki çelişki nedeniyle sicil açıklık hükmünü kaybeder; bu tescil veya terkine dayanarak aynı hak kazanan iyiniyetli üçüncü kişi TMK m.1023’den yararlanamaz (Sirmen, *Eşya Hukuku*, 218).

olarak terkin edilen geçit hakkından sonra taşınmaz üzerinde bir başkası lehine intifa hakkı tesis edilecek olursa, intifa hakkı sahibi sıra itibariyle geçit hakkından önce gelir. Hakkı yolsuz olarak terkin edilen geçit hakkı sahibi, intifa hakkı sahibinin intifa hakkından kaynaklanan yetkilerini kullanmasını engelleyemez.

3. Terkin Borcu Doğuran Bir Hukuki İşleme Dayanmayan Terkin

İrtifak hakkı sahibi, sağlararası hukuki işlem ya da ölüme bağlı tasarruftan kaynaklanan bir terkin talebinde bulunma borcu altına girmiş olmasa dahi hakkından feragat edebilir. İrtifak hakkı sahibinin hakkından feragat etmesi hakkını sona erdirmektedir. Aynı hakların kazanılmasına hâkim olan istem/başvuru ilkesi hakkın sona ermesi bakımından da uygulanır. İrtifak hakkının feragat yoluyla sona ermesi için hak sahibinin feragat iradesini tapu memuruna yöneltmesi, diğer bir ifadeyle terkin talebi etmesi gerekir. Hak sahibinin tapu memuruna yönelteceği feragat beyanı, tek taraflı bir hukuki işlem niteliğindedir³². Bu halde hak sahibinin feragat beyanı uyarınca yapılan terkinin geçerliliği, terkinine esas teşkil eden bir borçlandırıcı işlemin varlığına bağlı deđildir³³. Terkin talebi, hukuki sebebe ihtiyaç duymayan soyut bir tasarruf işlemi niteliğindedir³⁴. Bu nedenle, feragat beyanı herhangi bir borçlandırıcı işleme dayanmasa dahi, hak sahibinin tek taraflı irade beyanı üzerine yapılan terkin, geçerli bir terkinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur. İrtifak hakkının terkinini sağlamak için tapu memuru tarafından sadece “istem belgesi”nin düzenlenmesi yeterli olup, resmi senet düzenlenmesi gerekmez.

İrtifak hakkı sahibinin tek taraflı feragatinin geçerliliği, terkin beyanının (talebinin) geçerliliğine bağlıdır. Terkin beyanının herhangi bir sebeple (örneğin, iradeyi sakatlayan hallerinden biri ile) geçersiz olması, terkinin de yolsuz olmasına sebep olur.

³² Mathias Kuster, “Die Lösung von Grunddienstbarkeiten im Grundbuch”, ZBGR 100/5 (2019), 255; Tekinay dv., *Zilyetlik ve Tapu Sicili*, 342; Antalya - Topuz, *Eşya Hukuku*, C. IV/1, 660; Hatemi vd., *Eşya Hukuku*, 702; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 203; Özakman, *Mecra İrtifakı*, 131; Gürsoy vd., *Eşya Hukuku*, 781; Ünal, *Üst Hakkı*, 163; Ayan, *Sınırlı Ayni Haklar*, 71; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 282.

³³ Pfammatter, “Das Grundbuch”, ZGB Art.964, N. 8; Tarkan Göksu, “Sachenrecht”, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB*, Hrsg. Peter Breitschmid - Alexandra Jungo (Zurich: Schulthess Verlag, 2016), Art. 734, N. 4; Liver, *Die Dienstbarkeiten und Grundlasten*, ZGB Art.734, N. 10; Deillon-Schegg, “Sachenrecht”, ZGB Art.964, N. 5; Köprülü - Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, 65; Gürsoy vd., *Eşya Hukuku*, 781; Özakman, *Mecra İrtifakı*, 133; Hatemi vd., *Eşya Hukuku*, 458; Ünal, *Üst Hakkı*, 163; Kübra Ercoşkun Şenol, “İrtifak Hakları ve Taşınmaz Yükü”, *Gayrimenkul Davaları C. 1*, ed. Ayşe Havutcu vd. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 860.

³⁴ “Terkin hak sahibinin tapu sicil memuruna yapacağı tek taraflı yazılı terkin talebi ve beyanı ile olur; bu halde terkin talebinin hukuki sebebini belgeleme mecburiyeti yoktur. İrtifak hakkı sahibi hakkından kendi rızası ile vazgeçmektedir. Burada vazgeçme illi değil; soyut bir hukuki işlem niteliği taşır” (Gürsoy vd., *Eşya Hukuku*, 781). Aynı yönde bkz. Liver, *Die Dienstbarkeiten und Grundlasten*, ZGB Art.734, N. 12; Köprülü - Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, 65; Vardar Hamamcıoğlu, *Tasarruf İşlemi*, 199.

C. TERKİNDEN ETKİLENENLERİN RIZASININ BULUNMASI

1. Genel Olarak

Taşınmaz üzerinde sahip olunan aynı haktan feragat edilmesinin sonuçları, mülkiyet hakkı ve sınırlı aynı haklar bakımından farklılık gösterir. Kişinin mülkiyet hakkından feragat etmesi halinde mülkiyet hakkı sona erer ve taşınmaz sahipsiz eşya niteliği kazanır (TMK m.707/f.1)³⁵. Mülkiyet hakkının terkin edilmesi, taşınmaz üzerindeki diğer haklara etkili değildir. Diğer hak sahiplerinin haklarının varlığı ve devamı, mülkiyet hakkına ilişkin tapu sicilindeki tescilin varlığına bağlı değildir. Mülkiyet hakkı terkin edilmesine rağmen taşınmaz üzerindeki diğer hak sahiplerinin hakları varlığını sürdürür³⁶. Dolayısıyla, mülkiyet hakkının varlığı onlara bir hak sağlamadığı gibi, terkin edilmesi de onların haklarını olumsuz bir şekilde etkilemez. Bu nedenle mülkiyet hakkının feragat yoluyla terkin edilmesinde, onların rızasının alınması gerekmez³⁷. Terkinin geçerli olması için yalnızca malikin terkin iradesini yazılı olarak tapu memuruna yöneltmesi yeterlidir. Buna karşılık, sınırlı aynı haktan feragat edilmesi, hakkın sahipsiz kalmasına sebep olmaz. Sınırlı aynı hakkın terkin edilmesiyle, sınırlı aynı hak sona erer ve hakkın sahibine tanıdığı yetkiler kendiliğinden mülkiyet hakkının içeriğine dâhil olur. Sınırlı aynı hakkın terkin edilmesi ve hakkın sahibine tanıdığı yetkilerin malike geri dönmesi, taşınmaz üzerindeki diğer hak sahiplerinin haklarını olumsuz etkileyebilir. Bu sebeple, sınırlı aynı hakkın hak sahibinin feragati dolayısıyla terkin edilebilmesi için, terkenden hakkı olumsuz etkilenen kişilerin de rızası alınmalıdır. Bu husus TMK m.1014'te, "*Bir tescilin terkin edilmesi veya değiştirilmesi, ancak bu kaydın kendilerine hak sağladığı kimselerin yazılı beyanı üzerine yapılabilir.*" şeklinde ifade edilmiştir.

2. Yararlanan Taşınmaz Üzerinde Sınırlı Aynı Hakka Sahip Olanların Rızası

Bir taşınmaz lehine kurulmuş olan irtifak hakkı, yararlanan (hâkim) taşınmazın malikine bazı yetkiler tanıdığı gibi taşınmazın ekonomik değerini de artırır. Yararlanan taşınmazın malikinin irtifak hakkından feragat etmesi ve hakkı tapu sicilinden terkin ettirmesi, bu yetkilerin sona ermesine ve taşınmazın değerinin azalmasına sebep olur. Bu durum ise yararlanan taşınmaz üzerinde rehin, üst veya geçit hakkı gibi sınırlı aynı haklara sahip olan hak sahiplerine zarar verebilir. Örneğin, yararlanan taşınmaz lehine kurulmuş olan bir üst ya da geçit hakkının terkin edilmesi, yararlanan taşınmaz üzerinde ipotek hakkına sahip olan alacaklının, taşınmazın paraya çevrilmesi sonucunda alacağını tam olarak elde etmesine

³⁵ Gürsoy vd., *Eşya Hukuku*, 556; Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 322; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 450.

³⁶ Eren, *Mülkiyet*, s. 322; Gürsoy vd., *Eşya Hukuku*, 556; Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, 530; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 450.

³⁷ Akçaal, *Eşya Hukuku*, 450.

engel olabilir. Zira yararlanan taşınmazın lehine kurulmuş olan sınırlı ayni haklar, ipoteğin paraya çevrilmesi aşamasında taşınmazın ekonomik değerini artırmakta ve ipotekli alacaklı da alacağını elde edebilmek için bunların değerinden de yararlanmaktadır. Bu nedenle, yararlanan taşınmaz lehine kurulan irtifak hakkının terkininde, terkinden hakkı etkilenecek sınırlı ayni hak sahiplerinin de rızasının alınması gerekir³⁸. Bu husus TMK m.1014'den de açıkça anlaşılmaktadır. Hükme göre, bir tescilin terkin edilmesi ancak bu tescilin kendilerine hak sağladığı kimselerin yazılı beyanı üzerine yapılabilir. Dolayısıyla, irtifak hakkı sahibinin terkin talebi tek taraflı bir hukuki işlem olsa da, tapu memurunun terkinin gerçekleştirilmesini ancak terkinden hakkı etkilenecek diğer kişilerin de terkinine yazılı olarak rıza göstermeleri halinde mümkündür. Aksi takdirde tapu memurunun gerçekleştirdiği terkin, maddi hukuk bakımından ayni hak durumunu etkilemeyen yolsuz terkin niteliğindedir. Terkinin gerçekleştirilmesinde rızası alınmayan sınırlı ayni hak sahipleri, bu yolsuz terkinin düzeltilmesini mahkemeden talep edebilirler³⁹.

İrtifak hakkından feragat edilmesi halinde terkinin gerçekleştirilmesi için rızasına ihtiyaç duyulan sınırlı ayni hak sahiplerinin kimler olduğu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁴⁰, terkinin talep edilen irtifak hakkından sonra taşınmaz üzerinde tesis edilen sınırlı ayni hak sahiplerinin terkinine rıza göstermeleri yeterlidir. Zira taşınmaz üzerinde sonradan sınırlı ayni hak kazananlar tapu siciline tescil edilmiş irtifak hakkını göreyerek taşınmaz üzerinde hak sahibi olurlar. Bu kişilerin taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak sahibi olma iradelerinin oluşmasında irtifak hakkının varlığı etkili olmuştur. İrtifak hakkından yararlanamayacaklarını bilselerdi, taşınmaz üzerinde hak sahibi olmayı tercih etmeyebilirdi. Bu görüşte olanlara göre, terkin edilecek irtifak hakkının kurulmasından önce taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak kazanmış olan kişilerin terkinine rıza göstermeleri aranmaz. Bu kişilerin taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak sahibi olma iradelerinin oluşmasında terkinin talep edilen irtifak hakkı etkili olmamıştır. Buna karşılık doktrindeki

³⁸ Kuster, "Grunddienstbarkeiten", 255; Liver, *Die Dienstbarkeiten und Grundlasten*, ZGB Art.734, N. 29; Pfammatter, "Das Grundbuch", ZGB Art.964, N. 10; Deillon-Schegg, "Sachenrecht", ZGB Art.964, N. 9.

³⁹ "Terkinin yolsuzluğu sadece rızası alınmayan sınırlı hak sahibi bakımındandır" (Göksu, "Sachenrecht", ZGB Art.734, N. 3). İrtifak hakkının terkin için geçerli olarak rıza beyanında bulunmuş olanlar rıza beyanları ile bağlı olup, terkinin yolsuzluğunu ileri süremezler. Eksik olan rıza beyanı, sonradan verilir veya rızası alınması gereken kişinin hakkı sona ererse, terkinin yolsuzluğu ortadan kalkar ve terkin işlemi herkes için bağlayıcı olur. Ancak kişi rıza beyanında bulunmaz ve açacağı yolsuz terkinin düzeltilmesi davası lehine sonuçlanırsa, terkin edilen irtifak hakkı yeniden tescil edilir. İrtifak hakkının yeniden tescili herkes bakımından hüküm ve sonuçlarını doğurur. Dolayısıyla, terkin talebi sonuç doğurmayan irtifak hakkı sahibi de irtifak hakkının kendisine tanıdığı hak ve yetkileri tekrar kullanmaya başlayabilir. Ortaya çıkan bu sonuç ve eleştirisi için bkz. Liver, *Die Dienstbarkeiten und Grundlasten*, ZGB Art.734, N. 58-63.

⁴⁰ Göksu, "Sachenrecht", ZGB Art.734, N. 3; Kähr, "Die Grunddienstbarkeiten", ZGB Art.734, N. 5; Akipek - Akintürk, *Eşya Hukuku*, 662; Esener - Güven, *Eşya Hukuku*, 409.

hâkim olan görüşe göre ise, terkini talep edilen irtifak hakkından önce ya da sonra tesis edilmiş olsun, taşınmaz üzerindeki bütün sınırlı aynı hak sahiplerinin yazılı rıza beyanında bulunması gerekir⁴¹.

Hükümün amacı ve sınırlı aynı haklar arasındaki sıranın belirlenmesine ilişkin hükümler dikkate alındığında sadece terkin edilecek irtifak hakkından sonra kurulmuş olan sınırlı aynı hak sahiplerinin rızalarının alınması gerekli ve yeterli olmalıdır. Bununla birlikte TMK m.1014’de yer verilen ve rıza göstermesi gereken kişilerin çevresini belirleyen ifade hâkim görüşü destekler niteliktedir. Hükümde “*kaydın kendilerine hak sağladığı kimselerin yazılı beyanı*” ifadesine yer verilmiştir. Dolayısıyla, hükümde terkinde rıza gösterecek sınırlı aynı hak sahiplerinin, terkin edilecek irtifak hakkından önce ya da sonra aynı hak kazanmış olmalarına ilişkin bir ayırım yapılmamıştır. Hükümde yapılan ayırım, irtifak hakkının varlığının ve devamının sınırlı aynı hak sahibine bir hak veya menfaat sağlayıp sağlamadığına ilişkindir. Bu kapsamda, terkin edilmek istenen irtifak hakkının tesisinden önce taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hakka sahip olan kişiler de irtifak hakkının varlığından hak veya menfaat elde eden kişiler olabilir. Örneğin, üst hakkı ile yüklü olan taşınmaz lehine sonradan bir geçit irtifakı tesis edilecek olursa, bu irtifak hakkının varlığı üst hakkı sahibine bir menfaat sağlamaktadır. Zira taşınmaz lehine tesis edilen geçit hakkının sağladığı yetkilerden üst hakkı sahibinin de yararlanması mümkündür. Dolayısıyla Kanun’un lafzıyla bağlı kalınırsa, irtifak hakkından önce ya da sonra tesis edilmiş olan sınırlı aynı hak sahiplerinin rızası alınmadan irtifakın terkin edilmesi onların menfaatini ihlal edecektir.

Kanaatimizce hükümde yer alan “*kaydın kendilerine hak sağladığı kimseler*” ifadesinin, sınırlı aynı haklar arasındaki sıranın belirlenmesine ilişkin ilkeler dikkate alınarak yorumlanması hükmün amacına uygun düşecektir. Bilindiği üzere, taşınmaz üzerinde bir sınırlı aynı hakkı kurulmasından sonra başka bir sınırlı aynı hakkın kurulması önceki tarihli sınırlı aynı hak sahibinin rızasına bağlı değildir. Ancak önceki tarihli sınırlı aynı hak sahibi, kendi hakkından sonra tesis edilen ve hakkıyla çatışan (hakka zarar veren) sınırlı aynı hakların terkinini talep edebilir⁴².

⁴¹ Ünal, *Üst Hakkı*, 163; Köprülü - Kaneti, *Sınırlı Aynı Haklar*, 65; Gürsoy vd., *Eşya Hukuku*, 781; Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, 921; Özakman, *Mecra İrtifakı*, 132; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 580; Ayan, *Sınırlı Aynı Haklar*, 72; Vardar Hamamcıoğlu, *Tasarruf İşlemi*, 215.

⁴² Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, 893; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 567; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 611. Esasen sınırlı aynı haklar arasında çatışma söz konusu olursa, sonraki tarihli sınırlı aynı hakların terkininin talep edilebilmesi sadece rehin hakkına özgüdür. TMK m.869/f.2’ye göre, “*Tarihi daha eski olan rehin hakkı, aynı taşınmaz üzerinde alacaklının izni olmadan daha sonra kurulan irtifak haklarından veya taşınmaz yüklerinden önce gelir. Sonradan kurulan ve rehlin paraya çevrilmesi sırasında daha eski tarihli rehlinli alacaklılara zarar veren irtifaklar ve taşınmaz yükleri terkin edilir*”. Rehlin paraya çevrilmesi esnasında rehinden sonra kurulan irtifak hakları ve taşınmaz yükünün terkin için izlenecek yol ise İİK m.132’de düzenlenmiştir. Bu özel hüküm dışında, çatışma halinde sonraki tarihli sınırlı aynı hakların terkin edileceğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Rehne özgü bu düzenleme saklı

Dolayısıyla, sonraki tarihli sınırlı ayni hakkın varlığını devam ettirebilmesi, tescilden zarar gören önceki tarihli hak sahiplerinin rızasıyla mümkündür. Kanun koyucu, tescilin varlığının devamını önceki tarihli hak sahiplerinin rızasına bağlı kılmıştır. Bu ilkenin terkin bakımından uygulaması ise, taşınmaz lehine tesis edilen bir sınırlı ayni hakkın ancak kendisine menfaat sağladığı sonraki tarihli sınırlı ayni hak sahiplerinin rızasıyla terkin edilebilmesidir⁴³. Sıra ilişkisi çerçevesinde irtifak hakkının devamı sadece irtifak hakkının tescilinden sonra taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak sahibi olanlara menfaat sağlamaktadır. İrtifak hakkının tescil edilmesinden önce taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak sahibi olanlara, tescilin TMK m.1014 anlamında hukuken korunan bir menfaat sağladığından söz edilemez. Bu kişilerin terkin dolayısıyla zarar görmeleri, onların hak sahibi olmaları bakımından yeterli değildir. Bu nedendir ki, TMK m.1014'ün uygulanmasında “hükmün amaca uygun sınırlandırılması (teleolojik redüksiyon)⁴⁴” yöntemine başvurulmalı ve terkin için, sadece irtifak hakkının tescilinden sonra taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak sahibi olanların yazılı rızasının alınması yeterli kabul edilmelidir⁴⁵.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, terkinin gerçekleştirilebilmesi için sonraki tarihli sınırlı ayni hak sahiplerinin tamamının yazılı rıza beyanında bulunması da gerekli değildir. Sonraki tarihli sınırlı ayni hak sahiplerinden yalnızca terkenden

kalmak üzere, çatışma halinde hak sahipleri sadece kendi hakkına zarar veren diğer sınırlı ayni hak sahiplerinden hakkına uygun davranmasını talep edebilir. Sonraki tarihli hak sahiplerinin bu talebe uygun davranmaması halinde, hak sahibi onlara karşı zilyetlikten ve ayni hak sahibi olmaktan kaynaklanan davaları açabilir. Aynı yönde bkz. Semra Karabacak Furuncu, “Sınırlı Ayni Haklar Arasında Sıra İlişkisi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası LXXIV/2 (2016), 795.

⁴³ Aksi kanaatte olan Özakman'a göre, “Ayni hakların birbirinden önce ya da sonra gelmeleri meselesi ayni gayrimenkul üzerinde kurulan sınırlı ayni haklar için söz konusu olacaktır. Bu açıdan bakılınca yararlanan gayrimenkul üzerinde kurulan ve onu kayıtlayan ayni haklarla yükümlü gayrimenkul üzerinde kurulan irtifak arasında kuruluş tarihi bakımından bir sıralama da yapılamayacaktır” (Özakman, *Mecra İrtifakı*, 132, 133).

⁴⁴ Hükmün amaca uygun sınırlandırılması (teleolojik redüksiyon), hükmün geniş kapsamlı sözcük anlamının, yorum yoluyla belirlenen düzenleme amacının gerektirdiği uygulama alanına indirilmesi ve bu alanla sınırlandırılması olarak tanımlanabilir (Cem Baygın - Ahmet Nar, *Medeni Hukuk Dersleri - I Başlangıç Hükmüleri ve Kişiler Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 106). Teleolojik redüksiyon hakkında geniş bilgi için bkz. Pakize Ezgi Akbulut, *Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yapırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016).

⁴⁵ Esener/Güven de rızası aranacak sınırlı ayni hak sahiplerinin sıra ilişkisi (kıdemde öncelik prensibi) gereğince belirlenmesi gerektiğini kabul etmektedir. Yazarlara göre, “Hâkim taşınmaz lehine kurulan bir irtifak hakkı ile sonradan kurulan irtifak hakkı arasındaki yarar çatışması, kıdemde öncelik prensibi gereğince önce kurulan hakka öncelik verilerek çözümlenir. Onun menfaati, sonra kurulan haklardan kurtulmaktan geçer. Bu esas önce kurulan hakkın ipotek olması halinde özel olarak düzenlenmiştir. Nitekim TMK m.869 ile öncelik sırasına sahip olan ipotek hakkı sahibinin, taşınmaz paraya çevrilirken ipotekli alacaklıyı zarara uğratan ve sonra kurulan irtifak haklarının terkinini talep edileceği öngörülmüştür. Bu durumda, sonra kurulan irtifak hakkının hak sahibinin feragati ile terkin halinde ipotekli alacaklının rızasının alınmasının ne hukuki, ne de mantıki bir yararının bulunmadığı kabul edilmelidir” (Esener - Güven, *Eşya Hukuku*, 409).

zarar görenlerin rıza beyanında bulunması yeterlidir. Terkin dolayısıyla hakkı etkilenmeyen, diğer bir ifadeyle zarar görmeyen hak sahiplerinin terkinde rıza göstermeleri aranmaz⁴⁶. İrtifak hakkının (tescilin) varlığı ve devamı bu kişilere bir hak sağlamamaktadır. Örneğin, taşınmaz lehine tesis edilen manzara kapatmama irtifakının terkinin gerçekleştirilebilmesi için, taşınmaz üzerinde kaynak ya da mecra irtifakına sahip olanların rızası aranmaz. Zira manzara kapatmama irtifakının varlığı, kaynak ya da mecra irtifakı sahibine bir menfaat sağlamadığı gibi irtifakın terkinini de onlara zarar vermemektedir⁴⁷. Buna karşılık taşınmaz üzerinde sonraki tarihli üst ya da ipotek hakkına sahip olan kişiler bulunsaydı, terkin ancak onların rızasıyla gerçekleştirilebilecektir. İrtifakın terkinini, onların sınırlı aynı haklarından doğan yetkilerine zarar vermekte ve menfaatlerini ihlal etmektedir.

Bu konuda son olarak, sınırlı aynı hak sahiplerinin rızasının sadece eşyaya bağlı irtifakların terkinini bakımından arandığını da belirtmek gerekir. Zira eşyaya bağlı irtifak taşınmaz dikkate alınarak kurulur ve yararlanan taşınmaz üzerindeki sınırlı hak sahipleri de bu irtifaktan yararlanabilir⁴⁸. Örneğin, geçit irtifakı eşyaya bağlı olarak kurulmuşsa, yararlanan taşınmaz üzerinde intifa hakkına sahip olan kişinin de geçit irtifakından yararlanması mümkündür. Geçit irtifakının feragat yoluyla terkinini, intifa hakkı sahibine zarar verir. Buna karşın, kişisel irtifaklar, belirli bir kişi lehine kurulur ve irtifaktan sadece hak sahibi yararlanma imkânına sahiptir⁴⁹. Kişisel irtifaklar, hak sahibinin taşınmazı üzerinde sınırlı aynı hakka sahip olanlara yararlanma yetkisi vermezler. Bu nedenle, kişisel irtifakların hak sahibinin feragati dolayısıyla terkinini için, hak sahibinin taşınmazları üzerinde sınırlı aynı hakka sahip olanların rızası aranmaz⁵⁰. Kişisel irtifakların niteliği, sınırlı aynı hak sahipleri bakımından TMK m.1014 hükmünün uygulanmasına imkân vermez.

⁴⁶ Christian Brückner - Mathias Kuster, *Die Grundstücksgeschäfte Schweizer Immobiliarsachenrecht für Praktiker* (Zürich: Schulthess Verlag, 2021), 156; Deillon-Schegg, "Sachenrecht", ZGB Art.964, N. 9; Liver, *Die Dienstbarkeiten und Grundlasten*, ZGB Art.734, N. 32.

⁴⁷ Benzer örnek için bkz. Liver, *Die Dienstbarkeiten und Grundlasten*, ZGB Art.734, N. 34.

⁴⁸ "İrtifakın bağlı olduğu katlandırıcı (hâkim) taşınmazın üzerinde kurulan aynı haklar aynı zamanda bu irtifakı yükümler. Örneğin, irtifakın bağlandığı katlandırıcı taşınmaz bir intifa hakkına konu olursa, intifa hakkı sahibi irtifak hakkından da yararlanır" (Köprülü - Kaneti, *Sınırlı Aynı Haklar*, 52). "Taşınmaz lehine irtifaklarda, sadece yararlanan taşınmaz maliki değil bu yararlanan taşınmazı konu alan başka sınırlı aynı hak sahipleri ve kişisel hak sahipleri de irtifaktan yararlanabilmektedirler" (Tek, *Sona Erme*, 146).

⁴⁹ "Kişisel irtifaklar belirli bir kişi lehine kurulduğu için hak sahibinin bir taşınmaza malik olması da aranmaz. Bkz. "Kişisel irtifaklar bir taşınmaz üzerinde bir başka şahıs lehine kurulurlar. Hak sahibinin bir taşınmaz maliki olması şartı da aranmaz. Ancak bir taşınmaz maliki lehine şahsi irtifak hakkı kurmak için hukuki bir engel yoktur" (Esener - Güven, *Eşya Hukuku*, 382).

⁵⁰ Brückner - Kuster, *Grundstücksgeschäfte*, 156. Bununla birlikte, bağımsız ve sürekli nitelikteki kişisel irtifak hakkı tapu siciline taşınmaz olarak kaydedilmiş ise, terkin için ilgili sınırlı aynı hak sahiplerinin rızası aranır. Aynı yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGE 127 III 300, E. 5aa; BGE 118 II 115. Konuyu mecra hakkı bakımından değerlendiren Özakman'a göre, "Müstakil ve daimi hak

3. Yüklü Taşınmaz Malikinın Rızası

İrtifak hakkının feragat yoluyla sicilden terkinin, hakkı sahipsiz hale getirmemesi. İrtifak hakkının terkininle mülkiyet hakkının içeriğine getirilen kısıtlamalar ortadan kalkar ve mülkiyet eski kapsamına kavuşur. Dolayısıyla malik, söz konusu kısıtlamalardan arındırılmış bir şekilde mülkiyet hakkından doğan yetkilerini kullanabilir⁵¹. Bu durum ise, malike sadece yarar sağlar. Bu nedenle, irtifak hakkının feragat yoluyla sicilden terkininde, terkenden yararlanacak olan taşınmaz malikinın rızasının alınması, kural olarak, gerekmemektedir⁵². Terkin edilecek irtifak hakkının malike menfaat sağlamadığı ya da sağlasa dahi menfaatin terkenden önce elde edildiği durumlarda malikin rızasının aranmayacağına dair kural mutlak olarak uygulanır. Zira bu durumda irtifakın terkinin taşınmaz malikine zarar vermemekte ve onun menfaatlerini ihlal etmemektedir. Taşınmazı yükten kurtarılan malik, terkin dolayısıyla sadece menfaat elde etmektedir. Ancak feragat yoluyla terkinin talep edilen irtifak hakkının varlığı ve devamı aynı zamanda malike de menfaat sağlayabilir. Bu olasılıkta malikin de TMK m.1014 kapsamında kaydın hak sağladığı kimselerden olup olmadığı ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Örneğin, malik, taşınmazın bakımının yapılması ve korunmasını sağlamak için kişiye belirli bir süreyle intifa hakkı tanıdıysa, intifa hakkının devamında malikin menfaati bulunmaktadır. Aynı şekilde, irtifak hakkı irat şeklinde ödenecek bir bedel karşılığında tesis edilmişse, hakkın süresinden önce feragat yoluyla terkinin taşınmaz malikine zarar verecektir. Örneklerde olduğu gibi, irtifak hakkının devamının taşınmaz malikine menfaat sağladığı hallerde, terkin için TMK m.1014 uyarınca onun da rızasının alınması gerektiği düşünülebilir.

Kanaatimizce, irtifak hakkının bir karşı edim elde edilmesi veya irtifaka konu yerin bakım giderlerinin karşılanması amacıyla tesis edilmiş olması, terkinin malikin rızasına bağlı olmasını gerektirmez. İrtifak hakkı, malikin ekonomik çıkarı esas alınarak kurulmuş olsa dahi, malik, TMK m.1014 kapsamında kaydın hak sağladığı kişiler grubu içerisinde yer almaz. Zira söz konusu ekonomik yararlar irtifak hak-

olarak tapuya kaydolunan mecra hakkının terkinin de kendisine dayalı aynı hakların konusunu ortadan kaldıracaktır. Hal böyle olunca diğer aynı hak sahipleri, örneğin rehin veya intifa hakkı sahipleri hakkın terkininden zarar göreceklerdir. Bu nedenle söz konusu gayrimenkuller ve mecra irtifakı üzerinde aynı hak sahibi olanların rızaları alınmadıkça mecra irtifakının terkinine gidilemez” Özakman, *Mecra İrtifakı*, 131.

⁵¹ Sınırlı aynı hak sona erdiğinde, hakkın içeriğini oluşturan yetkilerin tekrar ayrıldıkları mülkiyet hakkının içeriğine dönmeye doktrinde “mülkiyet hakkının esnekliği” kuralı denilmektedir. Bkz. Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, 884; Gürsoy vd., *Eşya Hukuku*, 696; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 561. Bu kural uyarınca terkin edilen sınırlı aynı hak, mülkiyet hakkının terkenden farklı olarak, sahipsiz hale gelmediği için terkin edilen irtifak hakkının işgal yoluyla kazanılması da mümkün değildir.

⁵² Deillon-Schegg, “Sachenrecht”, ZGB Art.964, N. 6; Pfammatter, “Das Grundbuch”, ZGB Art.964, N. 4; Kuster, “Grunddienstbarkeiten”, 255; Liver, *Die Dienstbarkeiten und Grundlasten*, ZGB Art.734, N. 19; Göksu, “Sachenrecht”, ZGB Art.734, N. 3; Tekinay vd., *Zilyetlik ve Tapu Sicili*, 342; Özakman, *Mecra İrtifakı*, 131; Gürsoy vd., *Eşya Hukuku*, 318; Ayan, *Sınırlı Aynı Haklar*, 71; Nomer - Ergüne, *Eşya Hukuku*, 154; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 283; Vardar Hamamcıoğlu, *Tasarruf İşlemi*, 215.

kının kurulmasına esas olan hukuki ilişkiden, diğer bir ifadeyle irtifak sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. İrtifak sözleşmesinde yer almasına rağmen, hakkın aynı ya da eşyaya bağlı muhtevasıyla ilgili olmayan hükümler şahsi (nisbi) sonuçlar doğurur. İrtifak hakkı sözleşmesiyle hak sahibi aleyhine kararlaştırılan bedel ya da belirli bir davranışta bulunma borcu, sadece sözleşmenin tarafları arasında hüküm doğuran nisbi bir alacak hakkından ibarettir. Taşınmaz maliki bu alacak hakkının ifasını ya da güvence altına alınmasını ancak alacak hakkına özgü kurallara göre sağlayabilir. İrtifak hakkının aynı içeriğine dâhil olmayan bu nisbi hakların, tapu sicili sistemi ilkeleri uyarınca korunması mümkün değildir⁵³. Dolayısıyla, irtifak hakkının devamında malikin irtifak sözleşmesinden doğan nisbi nitelikteki ekonomik çıkarının bulunması, onu TMK m.1014’de ifade edilen “*kaydın kendilerine hak sağladığı kimseler*”den biri haline getirmez. Bu nedenle, taşınmaz malikinin rızası alınmadan irtifak hakkının terkin edilmesi, geçerli bir terkinin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur⁵⁴. İrtifak hakkı sahibinin, malikin rızasını almadan hakkını feragat yoluyla sicilden terkin ettirmesi, sadece irtifak hakkının kurulmasına esas olan hukuki ilişkiden doğan yükümlülüklerine aykırılık teşkil eder. Bu aykırılığın yaptırımı ise, irtifak hakkının terkin edilmesi sebebiyle taşınmaz malikinin uğradığı zararların tazmin edilmesidir⁵⁵. Tazminat ödeme borcunun ortaya çıkması, irtifak hakkının feragat yoluyla sona erdirilmesine engel olmayacaktır.

4. Kişisel Hak Sahibi Olanların Rızası

İrtifak hakkının feragat yoluyla terkin edilmesi halinde, terkin kimlerin rıza göstermesi gerektiği tartışması genellikle malik ve sınırlı aynı hak sahipleri bakımından ele alınmaktadır. Terkin için, kişisel hak sahiplerinin de rızasının aranıp aranmayacağı üzerinde durulmamaktadır. Ancak irtifak hakkının terkininden, terkin talep edilen kişisel irtifakın sahibine ya da eşyaya bağlı irtifaklarda yararlanan taşınmaz malikine karşı kişisel hakka sahip olanların da menfaati etkilenebilir. Örneğin, lehine geçit irtifakı tesis edilen taşınmaz üzerinde bir başkası lehine alım hakkı (ki-

⁵³ Bununla birlikte, kanun koyucu bazı nisbi hakların tapu siciline şerh edilmek suretiyle üçüncü kişiler bakımından da etkili olmasına imkân tanımıştır (TMK m.1009). Şerh, hakkı aynı hakka dönüştürmez ancak hakkın ileri sürülebileceği çevrenin genişletilmesini sağlar. Alacaklı şerhin etkisiyle, taşınmaz üzerindeki nisbi hakkını sözleşmenin karşı tarafının yanı sıra, taşınmazın sonraki maliklerine ve o taşınmaz üzerinde şerhten sonra hak kazanan diğer kişilere karşı da ileri sürülebilme imkânını elde eder (TMK m.1009/f.2).

⁵⁴ Konuyu intifa hakkı bakımından değerlendiren Özen’e göre, “Malikin karşı edim elde etmek veya intifa konusunun bakımına ilişkin giderlerden kurtulmak amacıyla tanıdığı (malikin çıkarı esas alınarak kurulmuş) intifa hakkında, intifa hakkı sahibinin hakkından vazgeçmesi, malikin onayı olmasa bile, intifa hakkını sona erdirir. Bu olasılıkta intifa hakkı sahibinin, hakkından serbestçe vazgeçemeyecek olması, malikin onayı olmadan gerçekleşen vazgeçmenin etkisiz olması sonucunu doğurmaz.” (Burak Özen, *Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008), 162). Aynı yönde bkz. Gökçe Canarlan, *İntifa Hakkının Sona Ermesi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 110.

⁵⁵ İntifa hakkı bakımından Özen, *İntifa Hakkı*, 162; Canarlan, *Sona Erme*, 110.

şisel hak) tanınırsa, irtifakın feragat yoluyla terkininden alım hakkı sahibinin etkileneceği, onun zarara uğrayacağı söylenebilir. Zira alım hakkı kullanılır ve taşınmazın mülkiyeti alım hakkı sahibine devredilirse, alım hakkı sahibi, alım hakkı kurulurken mevcut bulunan ancak daha sonra terkin edilen geçit irtifakından yararlanamaz. Görüldüğü üzere, irtifakın terkini kişisel hak sahiplerine dolaylı da olsa zarar vermektedir. Bununla birlikte, bu kişilerin zarar görmeleri ya da menfaatlerinin olumsuz etkilenmesi, onların TMK m.1014 kapsamında kaydın kendilerine hak sağladığı kişilerden olduğunu kabul etmek için yeterli değildir. Yukarıda da açıkladığımız üzere, kişisel hakların (alacak haklarının) ifası ya da güvence altına alınması ancak bu haklara özgü kurallara göre sağlanabilir. Sınırlı aynı hak sahiplerinin aksine, kişisel hak sahipleri, yararlanan taşınmaz malikine ya da kişisel irtifakın sahibine karşı sadece sözleşmeden kaynaklanan haklara sahiptirler. Sözleşmenin taraflarının sözleşmeye uygun davranmasını ve dolayısıyla borçlarını tam ve gereği gibi ifa etmesini sağlamak tapu sicilinin görevlerinden biri değildir⁵⁶. Kaldı ki, tapu memurunun bu kişisel hakların sahiplerini bilmesi de beklenemez. Ayrıca, kişisel hakların kullanılması olasılığı (örneğin önalım, alım ve geri alım hakkında olduğu gibi) genellikle bir koşula bağlıdır. Söz konusu koşulun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği ise terkin anında belirli değildir. Bu yönüyle de, kişisel hak sahiplerinin rızasının aranması hak sahibinin tasarruf yetkisinin ölçsüz şekilde kısıtlanması sonucunu doğurur. Dolayısıyla terkinin gerçekleştirilmesi bakımından kişisel hak sahiplerinin rızası aranmamalıdır⁵⁷.

Kişisel hak sahiplerinin rızasının aranıp aranmaması bakımından, hakkın TMK m.1009 kapsamında tapu siciline şerh edilmiş olması da önemli değildir⁵⁸. Zira kanun koyucu kişisel hakların tapu siciline şerh edilmesine bu yönde bir etki tanımamıştır. Şerhin hukuki etkisi TMK m.1009/f.2'de düzenlenmiştir. Hükme göre kişisel haklar, "... şerh verilmekle o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir". Kişisel hakkın şerh edilmiş olması, sözleşmenin taraflarının konumları ve sahip oldukları hakların niteliğinde bir değişiklik meydana getirmez. Sözleşmeyi akdeden taraflar borçlu ve alacaklı sıfatlarını korurlar. Şerh, hakkın etkisini kuvvetlendirir ve ileri sürülebileceği çevreyi genişletir⁵⁹. Şerh, kişisel hakkı aynı hakka dönüştürmez. Dolayısıyla kişisel hakkın şerhinin etkisi, hakkın taşınmazın yeni maliklerine veya taşınmaz üzerinde sonradan sınırlı aynı hak kazanan kişilere karşı ileri sürülmesini sağlamaktan ibarettir⁶⁰. Bu nedenle taşınmaz lehine tesis edilen irtifak hakkından feragat edilmesi ve hakkın tapu sicilinden terkin ettirilmesi, taşın-

⁵⁶ Kuster, "Grunddienstbarkeiten", 257; Brückner - Kuster, *Grundstücksgeschäfte*, 155.

⁵⁷ Kähr, "Die Grunddienstbarkeiten", ZGB Art.734, N. 5; Brückner - Kuster, *Grundstücksgeschäfte*, 155; Özakman, *Mecra İrtifakı*, 133. Aynı yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 82 I 36, E. 1.

⁵⁸ Kuster, "Grunddienstbarkeiten", 256.

⁵⁹ Antalya - Topuz, *Eşya Hukuku*, C. IV/1, 664.

⁶⁰ Akipek - Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 317; Antalya - Topuz, *Eşya Hukuku*, C. IV/1, 665; Gökhan Şahan, *Tapu Sicilinde Kişisel Hakların Şerhi*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 50.

maz üzerinde şerh edilmiş kişisel hakka sahip olanların rızasına bağlı değildir. İrtifak hakkı sahibi, hakkını feragat yoluyla terkin ettirmeyeceğini kişisel hak sahibine karşı ayrıca taahhüt etmişse, ancak bu taahhüde aykırılıktan dolayı sorumlu olur.

5. Eşin Rızası

Evlilik birliği devam ederken, eşlerden birinin sahip olduğu hak üzerinde tasarrufta bulunması, kural olarak, diğer eşin rızasına bağlı değildir. Ancak kanun koyucu, ailenin huzurunu ve ekonomik güvenliğini korumak için bu kurala bazı istisnalar getirmiştir. Bu istisnai hükümlerden biri de aile konutuna ilişkindir. TMK m.194/f.1'e göre, "*Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutuyla ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz*". Hükme göre, aile konutu üzerinde eşlerden birinin aynı veya şahsi hakka sahip olması durumunda eşin söz konusu hukuki işlemleri gerçekleştirilmesi diğer eşin rızasına bağlıdır. Aile konutu olan yerde eşler, nisbi bir hakka sahip olabilecekleri gibi, aynı hakka da sahip olabilirler. Hükümde, aynı haklar bakımından sadece eşin mülkiyet hakkı dikkate alınarak düzenleme yapılmıştır. Ancak aile konutu olan yerin, eşlerden biri lehine tesis edilen irtifak hakkı kapsamında oturulan bir yer olması da mümkündür⁶¹. Örneğin eşlerden birinin intifa, oturma veya üst hakkına sahip olduğu taşınmazda yer alan konuttan aile konutu olarak yararlanılması mümkündür. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün Genelgesinde⁶², taşınmaz üzerinde intifa hakkına sahip olan kişinin eşinin talep etmesi halinde intifa hakkı üzerine de aile konutu şerhinin konulmasının mümkün olduğu açıkça belirtilmiştir (Genelge A/4,c). Doktrinde, taşınmazdan aile konutu olarak yararlanmasına imkân verecek başka bir irtifak hakkına (oturma ve üst hakkı) sahip olunması halinde, eşin bu irtifak hakları üzerine de aile konutu şerhi koydurabileceği kabul edilmektedir⁶³. Eşlerden biri lehine tesis edilen irtifak hakkına konu yerden aile konutu olarak yararlanılıyorsa, eşlerin bu irtifak hakkına ilişkin hukuki işlemleri de TMK m.194 kapsamında değerlendirilir. Dolayısıyla, hak sahibi eşin aile konutu olarak kullanılan yere ilişkin irtifak (intifa, oturma ve üst) hakkından feragat etmesi ve hakkını tapu sicilinden terkin ettirebilmesi de ancak diğer eşin rızası ile mümkün olur⁶⁴.

⁶¹ Mustafa Dural vd., *Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), 179; Murat Doğan, "Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müessese: Aile Konutu", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* VI/1-4 (2002), 290; İhsan Hüseyin, "Aile Konutu: Kavram, Üzerindeki Haklar ve Korunması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 67/3 (2018), 589.

⁶² 11.06.2014 tarih 1756 (2014/4) no.lu Genelge (<https://www.tkgm.gov.tr/aile-konutu-mal-rejimleri-cocuk-mallari-20144-ile-ilgili-genelge>).

⁶³ İlknur Serdar, "1756 (2014/4) Sayılı Genelge Kapsamında Aile Konutu Şerhi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21/2, (2019), 603, 604; Mahmut Kamacı, "Tapu Kütüğüne 'Aile Konutu Şerhi'nin Konulması, Şerhin İşlevi, Geçerlilik Süresi ve Terkini Sorunu", *Yargıtay Dergisi* 36/3 (2010), 46, 47.

⁶⁴ Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 318; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2019), 197; Şükran Şıpka, *Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası* (İstanbul: Beta Basım A.Ş., 2002), 125; Serdar, "Aile Konutu Şerhi", s. 600-604; Özen, *İntifa*

III. TERKİNİN ETKİSİ VE HÜKMÜ

İrtifak hakkının feragat dolayısıyla terkinin, hak sahibinin feragat taahhüdünü içeren bir borçlandırıcı işleme dayanabileceği gibi sadece hak sahibinin feragat iradesinin yer aldığı terkin talebi üzerine de gerçekleştirilebilir⁶⁵. İrtifak hakkı sahibinin feragat taahhüdünü ifa amacıyla gerçekleştirilen terkinin hukuki niteliği ve hakka etkisi hususunda doktrinde görüş birliği bulunmaktadır⁶⁶. Buna göre, hak sahibinin terkin (haktan feragat) taahhüdünde bulunması irtifak hakkını doğrudan etkilememekte ve hakkı sona erdirmemektedir. Borçlandırıcı işlem niteliğindeki terkin taahhüdünde bulunulmasıyla, irtifak hakkı sahibi hukuki işlemin karşı tarafında yer alan taşınmaz malike karşı irtifak hakkını sona erdirmeye, tapu sicilinden terkin ettirme borcu altına girer. Bu yönüyle terkin taahhüdünü içeren hukuki işlem, taşınmazın maliki lehine sadece bir nisbi hak sağlar. İrtifak hakkının şekli ve maddi hukuk bakımından sona ermesi, hak sahibinin talebi ya da terkine muvafakat beyanı üzerine gerçekleştirilen terkinle olur. Bu nedenle terkinin, terkin borcunu doğuran bir hukuki işleme dayanması halinde, hakkı sona erdirici, kurucu bir etkisi bulunmaktadır⁶⁷. İrtifak hakkı sahibinin borcuna aykırı davranması, diğer bir ifadeyle terkin talebinde bulunmaması ya da terkine muvafakat etmemesi halinde, taşınmaz malikinin hukuki işleme dayanarak terkin talebinde bulunması mümkün değildir. Taşınmaz maliki, bu durumda irtifak hakkının terkin edilmesini terkine zorlama davası ile mahkemeden talep edebilir⁶⁸ (TMK m.716). Mahkeme kararının kesinleşmesi ile irtifak hakkı sona erer. Mahkeme kararı uyarınca tapu sicilinde yapılacak terkin sadece açıklayıcı niteliktedir⁶⁹. Zira kararın kesinleşmesi, irtifak hakkını maddi hukuk bakımından sona erdirir.

Herhangi bir borçlandırıcı işleme dayanmayan tek taraflı feragat beyanı üzerine yapılan terkinin hakka etkisi ise doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre,

Hakki, 165; Hüseyin, "Aile Konutu", 589; Can Yalçın Armutçuoğlu, "Aile Konutuna Sağlanan Koruma ve Aile Konutu Şerhinin Hukuki Niteliği", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 17/1-2 (2011), 416, 417; Gürsel Öcal Dörtgöz, *Tapu İşlemleri* (Ankara: Dorlion Yayınları, 2017), 488.

⁶⁵ Göksu, "Sachenrecht", ZGB Art.734, N. 7; Pfammatter, "Das Grundbuch", ZGB Art.964, N.8.

⁶⁶ Eşyaya bağlı irtifaklar ve intifa hakkı dışındaki kişisel irtifaklar bakımından terkinin etkisi hususunda tartışma bulunmamaktadır. Ancak intifa hakkı bakımından terkinin etkisi tartışmalıdır. İntifa hakkı bakımından bkz. Özen, *İntifa Hakkı*, 163, 164; Gürsoy vd., *Eşya Hukuku*, 854; Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, 960, 961; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 601; Akipek - Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 693; Vardar Hamamcioğlu, *Tasarruf İşlemi*, 216-218; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 643.

⁶⁷ Bütün irtifak hakları bakımından Vardar Hamamcioğlu, *Tasarruf İşlemi*, 218. Eşyaya bağlı irtifak hakları bakımından Kähr, "Die Grunddienstbarkeiten", ZGB. Art.734, N.8; Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, 920, 921; Köprülü - Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, 66; Ercoşkun Şenol, "İrtifak Hakları ve Taşınmaz Yükü", 861. Üst hakkı bakımında Ünal, *Üst Hakkı*, 164. İntifa hakkı bakımından Köprülü - Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, 120; Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, 960; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 601; Ayan, *Sınırlı Ayni Haklar*, 104.

⁶⁸ Liver, *Die Dienstbarkeiten und Grundlasten*, Art.734, N. 26; Göksu, "Sachenrecht", ZGB Art.734, N. 4; Kähr, "Die Grunddienstbarkeiten", ZGB Art.734, N. 9.

⁶⁹ Köprülü - Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, 67; Ayan, *Sınırlı Ayni Haklar*, 104.

irtifak hakkından feragat ilişkiri iradenin açıklanmasıyla irtifak hakkının hak sahibine sağladığı yetkiler taşınmaz malikine geri döner. Hak sahibinin feragat beyanı, irtifak hakkını maddi hukuk bakımından sona erdirir⁷⁰. Bu görüşü savunan yazarlar, irtifak hakkından feragatin tek taraflı bir tasarruf işlemi niteliğinde olduğunu ve şekle bağlı olmadığını kabul etmektedirler⁷¹. Kanun koyucu hakkın kazanılması için bir şekil koşulu öngörmüş olsa bile, hakkın sona erdirilmesi şekle tabi değildir. İrtifak hakkı sahibinin, feragat iradesini herhangi bir şekilde -tapu memuru huzurunda olmasa dahi- açıklaması, hakkın sona ermesi için yeterlidir⁷². Bununla birlikte, hakkın şeklen de sona ermesi ve tescilin hukuki değerini kaybetmesi için tapu sicilinde terkinin yapılması zorunludur. Bu durumda, maddi hukuk bakımından sona eren hakkın terkinin taşınmaz maliki tarafından talep edilebilirse de, terkin için irtifak hakkı sahibinin de rızası gerekir. İrtifak hakkı sahibi, hakkından feragat etmiş ve hak maddi hukuk bakımından sona ermiş olmasına rağmen terkin talebinde bulunmaktan kaçınırsa, taşınmaz maliki yolsuz olan sicil düzeltilmesi için TMK m.1025 uyarınca dava açabilir⁷³. Sonuç olarak bu görüşte olan yazarlar, hak sahibinin feragati halinde tapu memuru tarafından yapılan terkinin, açıklayıcı nitelikte olduğunu kabul etmektedirler. Terkinin, hak sahibinin talebi ya da mahkeme kararı üzerine gerçekleşmiş olması terkinin niteliği bakımından etkili değildir.

İrtifak hakkı sahibinin feragat beyanı üzerine yapılan terkinin hakka etkisine ilişkin ileri sürülen ve kanaatimizce yerinde olan diğer görüşe göre ise, terkin kuruca etkilidir⁷⁴. Hak sahibinin feragat beyanında bulunmasının maddi hukuk bakımından irtifak hakkına etkisi bulunmamaktadır. Bu yöndeki beyan, irtifak hakkının sicil dışı sona ermesi için yeterli değildir. Hak sahibinin tapu memuruna yönelttiği tek taraflı feragat beyanının irtifak hakkını maddi olarak sona erdirdiğini kabul etmek, kamuya açıklık ilkesi gereği mümkün değildir. Aksinin kabulü, aynı haklara ve tapu siciline hâkim olan ilkelerin göz ardı edilmesini gerektirir. Zira kanunda düzenlenen istisnai haller hariç olmak üzere, aynı hakların kazanılması

⁷⁰ "Hak sahibinin tek taraflı feragatinde, hak terkinden önce sona ermiştir. Hakkın sicil dışı sona ermesi hallerinde yazılan terkin tescili, kütüğün durumunu gerçek hale getirdiği için, düzeltici niteliktedir" (Gürsoy vd., *Eşya Hukuku*, 315). İntifa hakkı bakımından Özen, *İntifa Hakkı*, 164. Eşyaya bağlı irtifaklar bakımından Kähr, "Die Grunddienstbarkeiten", ZGB Art.734, N. 8.

⁷¹ İntifa hakkı bakımından Özen, *İntifa Hakkı*, 164.

⁷² "Feragat açıkça veya zımni olarak yapılabilir ve bu nedenle de tapu idaresine beyan edilmesi gerekmez" (Göksu, "Sachenrecht", ZGB Art.734, N. 7). Aynı yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 127 III 440.

⁷³ Bu görüşe göre, irtifak hakkı sahibinin feragat iradesini açıklamasıyla birlikte tapu sicilindeki irtifak hakkına ilişkin tescil yolsuz hale gelir. Taşınmaz maliki tapu sicilindeki yolsuzluğun giderilmesi için tapu sicilinin düzeltilmesi davası açabilir (Liver, *Die Dienstbarkeiten und Grundlasten*, ZGB Art.734, N. 98). İntifa hakkı bakımından Özen, *İntifa Hakkı*, 164.

⁷⁴ Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, 919-921, 960; Özakman, *Mecra İrtifakı*, 137; Köprülü - Kaneti, *Sınırlı Aynı Haklar*, 66; Esener - Güven, *Eşya Hukuku*, 408; Ayan, *Sınırlı Aynı Haklar*, 72; Vardar Hamamcıoğlu, *Tasarruf İşlemi*, 218; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 626; Tek, *Sona Erme*, 231.

tescille gerçekleştiği gibi, hakkın sona ermesi de bu kapsamda terkinle gerçekleşmektedir. Kanun'da hak sahibinin tek taraflı iradesiyle hakkından feragat etmesinin hakkı sicil dışında sona erdireceği düzenlenmemiştir. Tartışmalı⁷⁵ olmakla birlikte intifa hakkının sona erme sebeplerini düzenleyen TMK m.796/f.2'nin bu yönde bir düzenleme olduğu kabul edilse dahi, hüküm intifa hakkına ilişkindir⁷⁶. Hükümün, Kanun'un sistematik yapısı içinde diğer kişisel irtifaklara ya da eşyaya bağlı irtifaklara uygulanabilir niteliği bulunmamaktadır. Bu nedenle, hak sahibinin tek taraflı feragatine dayanan terkin de, terkin borcunu doğuran bir hukuki işleme dayanan terkin gibi hakkı sona erdirici, kurucu bir etkiye sahiptir.

SONUÇ

İrtifak hakkı sahibinin hakkından feragat etmesi mümkündür. Haktan feragat, bir tasarruf işlemi niteliğinde olup, kural olarak, bu yöndeki iradenin açıklanmasıyla hak sona erer. Ancak bu kural, aynı haklara hâkim olan kamuya açıklık ve tapu siciline hâkim olan tescil/terkin ilkesi gereği taşınmazlar üzerindeki aynı haklardan feragat edilmesi halinde uygulama alanı bulmaz. Kanunda öngörülen

⁷⁵ Hak sahibinin intifa hakkından feragatinin hakkı sona erdirdiği, terkinin bildirici etkisinin bulunduğu yönünde bkz. Martin Bichsel - Kaspar Mauerhofer, "Nutzniessung und andere Dienstbarkeiten", *ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz vd. (Zürich: Orell Füssli Verlag, 2021), Art. 748, N. 7; Akipek - Akintürk, *Eşya Hukuku*, 693; Ayan, *Sınırlı Aynı Haklar*, 103, 104; Özen, *İntifa Hakkı*, 164. Bu görüşte olan Özen'e göre, "TMK m.796 hükmü, taşınmaz üzerindeki intifa hakkının maddi açıdan sona ermesi için, terkinin gerçekleşmesinin gerekli olmadığını açıkça göstermektedir. Söz konusu hüküm, vazgeçmenin intifa hakkını sona erdireceğini belirtmekte, terkin henüz gerçekleşmemiş olsa bile, intifa hakkı sahibinin hakkından vazgeçmesini bir sona erme sebebi olarak göstermektedir. İntifa hakkı sahibinin hakkından vazgeçmesiyle sona erecek olan intifa hakkı, malikin talebi ile sona erecektir. Ne var ki intifa hakkına ilişkin tescil tapuda halen mevcut olduğuna, bir başka deyişle maddi açıdan sona eren intifa hakkı, şeklen hala devam ettiğine göre, şeklen intifa hakkı sahibi olan kişinin de onayı olmadıkça, malikin talebi terkinin gerçekleştirilmeye yetmeyecektir. O halde terkinin gerçekleşmesi, intifa hakkı sahibi ile malikin birlikte hareket ederek, terkin talebinde bulunmasını gerektirir. İntifa hakkı sahibinin terkinine onay vermekten kaçınması durumunda, malik, tapu sicilinin düzeltilmesi davası açarak terkinin gerçekleştirilebilecektir" (Özen, *İntifa Hakkı*, 164). İntifa hakkı sahibinin feragatinin hak üzerinde aynı bir etkisinin bulunmadığı, terkinin kurucu (hakkı sona erdirici) nitelikte olduğu yönünde bkz. Gürsoy vd., *Eşya Hukuku*, s. 854; Köprülü - Kaneti, *Sınırlı Aynı Haklar*, 120; Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, 960; Sirmen, *Eşya Hukuku*, 601; Akçaal, *Eşya Hukuku*, 643; Vardar Hamamcıoğlu, *Tasarruf İşlemi*, 218. Bu görüşü savunan Oğuzman vd. göre, TMK m.796 hükmünde sayılan hallerde taşınmaz malikinin de terkin talebi yetkisi vardır. Ancak bu sebeplerin ortaya çıkması halinde yapılacak terkinin fonksiyonları birbirinden tamamen farklıdır. Ölüm ve sürenin sona ermesinde intifa hakkı hukuki değerini kaybeder. Taşınmaz maliki TMK m.1026 uyarınca tapu memurundan terkin talebi edebilir. Buna karşılık vazgeçme intifa hakkını terkin dışı sona erdirmez. Hakkın sona ermesi için terkinin yapılması gerekir. Malik, feragat dayanarak doğrudan tapu memurundan TMK m.1026 uyarınca intifa hakkının terkinini talep edemez. Yazarlara göre, TMK m.796/f.2 bu fark dikkate alınmadan kaleme alınmıştır. Bkz. Oğuzman vd., *Eşya Hukuku*, 959, 960.

⁷⁶ İntifa hakkının sona erme sebeplerini düzenleyen bu hüküm, oturma hakkı bakımından da uygulama alanı bulur. Zira TMK m.823/f.3'e göre, "*Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, intifa hakkına ilişkin hükümler oturma hakkına da uygulanır*".

istisnai haller dışında, aynı hak ancak tapu sicilinde yapılan terkin ile sona erer. Bu nedenle, hak sahibinin feragatinin irtifak hakkını sona erdirmesi de, hakkın tapu sicilinden terkin edilmesine bağlıdır.

Terkinin gerçekleştirilmesi bakımından istem/başvuru ilkesi uygulanır. Bu nedenle, irtifak hakkının feragat yoluyla sona ermesi için hak sahibinin feragat iradesini tapu memuruna yazılı olarak yöneltmesi, diğer bir ifadeyle terkin talep etmesi gerekir. Hak sahibinin feragatinin (terkin talebinin) bir hukuki sebebe (borçlandırıcı bir işleme) dayanması zorunlu değildir. Hak sahibi, feragat taahhüdü altına girmemiş olsa dahi hakkından feragat edebilir. Bu durumda, terkinin geçerliliği hukuki sebebin varlığına bağlı değildir. Ancak hak sahibi, üstlenmiş olduğu bir feragat taahhüdünü yerine getirmek amacıyla terkin talebinde bulunuyorsa, terkinin geçerli bir hukuki sebebe dayanması gerekir. Söz konusu hukuki sebebin sağlararası bir hukuki işlem olması halinde, hukuki işlemin tapu memuru tarafından düzenlenmesi gerekir. Hukuki sebep, ölüme bağlı tasarruf ise, ölüme bağlı tasarruflara özgü geçerlilik şekline uyulmuş olması yeterlidir. Feragat iradesinin usulüne uygun açıklanması ve hukuki sebep koşullarının gerçekleşmiş olması, kural olarak, hakkın tapu sicilinden terkin edilmesi için yeterlidir. Bununla birlikte, feragat yoluyla sona erdirilmek istenen irtifak hakkının terkininden olumsuz etkilenen hak sahipleri varsa, onların da terkinine rıza göstermiş olmaları gereklidir (TMK m.1014). Bu kapsamda, terkin edilecek olan irtifak hakkından sonra taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak kazanmış olan kişilerin, terkinine rıza göstermeleri gerekir. Aynı şekilde, irtifak hakkı eşlerden biri adına tescil edilmiş ve irtifak hakkına konu yer aile konutu olarak kullanılıyorsa, terkin için diğer eşin eşin rızası alınmalıdır. Buna karşılık terkinden dolayı menfaat elde eden taşınmaz malikinin veya sadece sözleşmeden kaynaklanan haklara sahip olan kişisel hak sahiplerinin terkinin gerçekleştirilmesi bakımından rızaları aranmaz.

Hak sahibinin sadece feragat iradesini açıklamış olması, irtifak hakkının sona ermesine sebep olmaz. İrtifak hakkı feragat iradesinin açıklanmasıyla değil, hakkın tapu sicilinden terkin edilmesiyle sona erer. Bu nedenle, irtifak hakkı sahibinin feragati üzerine yapılan terkin, irtifak hakkının sona erdirici özelliği bulunan kurucu nitelikte bir terkindir.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Pakize Ezgi. *Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Akcaal, Mehmet. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2. Baskı, 2022.
- Akipek, Jale G. - Akıntürk, Turgut. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık A.Ş., 2009.
- Antalya, O Gökhan - Topuz, Murat. *Eşya Hukuku*. C. IV/1. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, 2019.
- Armutçuoğlu, Can Yalçın. “Aile Konutuna Sağlanan Koruma ve Aile Konutu Şerhinin Hukuki Niteliği”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 17/1-2 (2011), 413-436.
- Ayan, Mehmet. *Eşya Hukuku I Zilyetlik ve Tapu Sicili*. Ankara: Adalet Yayınevi, 14. Baskı, 2020.
- Ayan, Mehmet. *Eşya Hukuku III Sınırlı Ayni Haklar*. Ankara: Adalet Yayınevi, 9. Baskı, 2020.
- Baygın, Cem - Nar, Ahmet. *Medeni Hukuk Dersleri - I Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 3. Baskı, 2022.
- Bichsel, Martin - Mauerhofer, Kaspar. “Nutzniessung und andere Dienstbarkeiten”. *ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz vd. 1795-1851. Zürich: Orell Füssli Verlag, 2021.
- Brückner, Christian - Kuster, Mathias. *Die Grundstücksgeschäfte Schweizer Immobiliarsachenrecht für Praktiker*. Zürich: Schulthess Verlag, 2. Auflage, 2021.
- Canarlan, Gökçe. *İntifa Hakkının Sona Ermesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Deillon-Schegg, Bettina. “Sachenrecht”. *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB*. Hrsg. Peter Breitschmid - Alexandra Jungo. 857-992. Zurich: Schulthess Verlag, 2016.
- Doğan, Murat. “Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müessese: Aile Konutu”. *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* VI/1-4 (2002), 285-300.
- Dörtgöz, Gürsel Öcal. *Tapu İşlemleri*. Ankara: Dorlion Yayınları, 2017.
- Dural, Mustafa vd. *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku*. C. III. İstanbul: Filiz Kitabevi, 15. Bası, 2021.
- Ercoşkun Şenol, Kübra. “İrtifak Hakları ve Taşınmaz Yükü”. *Gayrimenkul Davaları C. 1*, ed. Ayşe Havutcu vd. C.1. 843-914. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Eren, Fikret. *Mülkiyet Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 5. Baskı, 2020.
- Ertaş, Şeref. *Eşya Hukuku*. İzmir: Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, 15. Baskı, 2020.
- Esener, Turhan - Güven, Kudret. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 7. Baskı, 2017.
- Göksu, Tarkan. “Sachenrecht”, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB*. Hrsg. Peter Breitschmid - Alexandra Jungo. 415-450. Zurich: Schulthess Verlag, 2016.

- Gürsoy, Kemal T. vd. *Türk Eşya Hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2. Baskı, 1984.
- Hatemi, Hüseyin vd. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991.
- Hüseyin, İhsan. “Aile Konutu: Kavram, Üzerindeki Haklar ve Korunması”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 67/3 (2018), 577-604.
- Kähr, Michel. “Die Grunddienstbarkeiten”, *ZGB Kommentar; Schweizerisches Zivilgesetzbuch*. Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz vd. 1738-1769. Zürich: Orell Füssli Verlag, 2021.
- Kamacı, Mahmut. “Tapu Kütüğüne ‘Aile Konutu Şerhi’nin Konulması, Şerhin İşlevi, Geçerlilik Süresi ve Terkini Sorunu”. Yargıtay Dergisi 36/3 (2010), 23-60.
- Karabacak Furuncı, Semra. “Sınırlı Ayni Haklar Arasında Sıra İlişkisi”. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası LXXIV/2 (2016), 773-805.
- Kılıçoğlu, Ahmet. *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 4. Baskı, 2019.
- Köprülü, Bülent - Kaneti, Selim. *Sınırlı Ayni Haklar*. İstanbul Fakülteler Matbaası, 2. Baskı, 1982.
- Kuster, Mathias. “Die Löschung von Grunddienstbarkeiten im Grundbuch”. ZBGR 100/5 (2019), 253-264.
- Liver, Peter. *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), IV. Band, Das Sachenrecht, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten (Art. 730-792)*. Zürich: Schulthess Verlag, 2. Auflage, 1980.
- Nomer, Halûk Nami - Ergüne, Mehmet Serkan. *Eşya Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 9. Baskı, 2022.
- Oğuzman, M. Kemal vd. *Eşya Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 23. Baskı, 2021.
- Özakman, Cumhuri. *Türk Hukukunda Mecra İrtifakı*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1977.
- Özen, Burak. *Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.
- Öztaş, Bilge. *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 6. Bası, 2015.
- Pfammatter, Aron. “Das Grundbuch”. *ZGB Kommentar; Schweizerisches Zivilgesetzbuch*. Hrsg. Jolanta Kren Kostkiewicz vd. 2084-2236. Zürich: Orell Füssli Verlag, 2021.
- Serdar, İlknur. “1756 (2014/4) Sayılı Genelge Kapsamında Aile Konutu Şerhi”. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 21/2, (2019), 583-628.
- Sirmen, Lale. *Eşya Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 9. Baskı, 2021.
- Şahan, Gökhan. *Tapu Sicilinde Kişisel Hakların Şerhi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Şıpka, Şükran. *Türk Medeni Kanunu’nda Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası*. İstanbul: Beta Basım A.Ş., 2002.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi vd. *Eşya Hukuku Cilt I Zilyetlik ve Tapu Sicili*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989.
- Ünal, Mehmet. *Türk Medeni Hukukunda Yapı (Üst) Hakkı*. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınları, 1988.
- Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah. *Medeni Hukuk’ta Tasarruf İşlemi Kavramı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014.



Vasiyetname Düzenleme Ehliyeti İçin Gerekli Ayırt Etme Gücü^(*)

Discernment in Testamentary Dispositions

Dr. Öğr. Üyesi Nafiye YÜCEDAĞ^(**)

Öz

Vasiyetname ehliyeti açısından vasiyetçinin ayırt etme gücünün bulunması vasiyetnamenin iptali bakımından önemi haizdir. Bu nedenle bu çalışmada vasiyetname düzenlerken gerekli olan ayırt etme gücü ele alınmıştır. Vasiyetçi ayırt etme gücüne sahip değilse, Türk Medeni Kanunu m. 557 hükmüne göre, vasiyetnamenin iptali istenebilir. Vasiyetnamenin düzenlendiği an ile vasiyetnamenin iptali istenen an arasında uzun bir zamanın geçmiş olması ihtimali, ayırt etme gücünün ispat bakımından birtakım zorlukları da beraberinde getirmektedir. Bu çalışma kapsamında vasiyetname düzenlenirken gerekli ayırt etme gücünün zaman ve içerik bakımından göreceliliği değerlendirilecektir. Ayrıca ayırt etme gücüne ilişkin karineler, hâkimin varlığına ya da yokluğuna karar vereceği ayırt etme gücünün ispatı ve ispat araçlarına ilişkin sorunlar üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler

Vasiyetname, Ayırt Etme Gücü, İspat Yükü, Vasiyetnamenin İptali, İspat Araçları.

Abstract

In terms of testamentary capacity, the testator's discernment has importance to annul the testament. Therefore, in this study capacity of discernment is evaluated. If the testator does not have the capacity of discernment, according to the Turkish Civil Code Art. 557 annulment of the testament can be requested. The possibility that a long time has passed between the time the will is drawn up and the annulment request brings some difficulties in terms burden of proof. Within the scope of this study relativity of the discernment in terms of time and content of the testament will be examined. Moreover, problems related to the presumption regarding the discernment, the proof of discernment that the judge will decide on the presence or absence and the means of proof will be emphasized.

Keywords

Testamentary Dispositions, Discernment, Burden of Proof, Annulment of Testamentary Dispositions, Means of Proof.

^(*) Araştırma Makalesi / [Makale Geliş Tarihi](#): 07.12.2022 - [Makale Kabul Tarihi](#): 19.12.2022
[DOI](#): 10.56701/shd.1216067

^(**) İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye
[E-posta](mailto:nyucedag@istanbul.edu.tr): nyucedag@istanbul.edu.tr
[Orcid No](https://orcid.org/0000-0002-5526-0323): <https://orcid.org/0000-0002-5526-0323>

GİRİŞ

Vasiyetname düzenleme ehliyeti TMK m. 502’de düzenlenmiştir. Bu hükme göre; “*Vasiyet yapabilmek için ayırt etme gücüne sahip ve onbeş yaşını doldurmuş olmak gerekir*”. Vasiyet düzenleyebilmek için iki şart bir arada bulunmalıdır. Buna göre vasiyetçinin onbeş yaşını doldurmuş olması ve ayırt etme gücüne sahip olması gerekir.

Vasiyetname ehliyeti açısından vasiyetçinin ayırt etme gücünün bulunması vasiyetnamenin iptali bakımından önem taşır. Zira vasiyetçinin ayırt etme gücüne sahip olmaması Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 557 hükmüne göre bir iptal sebebi teşkil eder. Bu önemi nedeniyle bu çalışmada vasiyetname düzenlerken gerekli olan ayırt etme gücü ele alınmıştır. Aşağıda öncelikle ayırt etme gücü kavramı üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda vasiyetçinin vasiyetname düzenlerken ayırt etme gücüne sahip sayılması için hangi şartların bulunması gerektiği açıklanacaktır. İkinci olarak vasiyetname düzenlerken gerekli ayırt etme gücünün zamansal ve içeriğe ilişkin göreceliliği üzerinde durulacaktır. Üçüncü olarak ayırt etme gücünün bulunmaması nedeniyle açılan vasiyetnamenin iptali davalarında ispat yükü ele alınacaktır. Vasiyetçinin ölümünden sonra onun ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığını ispat, vasiyetnamenin düzenlenmesinden sonra genellikle uzunca bir zaman geçtiğinden ayrı bir zorluk taşır. Bu doğrultuda genel hayat tecrübesine göre ispat yükünün kimde olduğu açıklanacaktır. Son olarak ayırt etme gücünün ispatında başvurabilecek ispat araçlarına değinilecektir.

I. AYIRT ETME GÜCÜ KAVRAMI

TMK m. 13 hükmüne göre: “*Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir*”. Bu hükme göre ayırt etme gücünün bulunmaması için yaşının küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biri nedeniyle kişinin akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olması gerekir.

Ayırt etme gücünün bulunmaması için akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmak yeterli değildir. Kişinin aynı zamanda kanunda sayılan sebeplerle ya da onlara benzer objektif sebeplerle akla uygun biçimde davranamıyor olması gereklidir¹. Bir kimsenin hırs ya da kızgınlık nedeniyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun bulunması kanunda sayılan sebeplerden ya da benzer sebeplerden olmadığından, kişinin ayırt etme gücü bulunmadığı kabul edilmeyecektir².

¹ Regina E. Aebi-Müller, “Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht - unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis”, *successio*, 6 (2012), 7.

² Kemal Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), 57; Banu Atlı, *Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi*, (Ankara: Seçkin Kitabevi, 2017), 88.

Öte yandan sözlü vasiyetname yapılmışsa ortada olağanüstü bir durum var olmalıdır. Zira TMK m. 539 hükmüne göre mirasbırakan yakın ölüm tehlikesi, ulaşımın kesilmesi, hastalık savaş gibi olağanüstü durumlar nedeniyle resmi ya da el yazısı ile vasiyetname düzenleyemiyorsa sözlü vasiyetname yapabilecektir. Bazı olağanüstü durumlar ise korku, panik, heyecan gibi duygusal tepkileri de ortaya çıkarabilmektedir³. Bu durumlar akla uygun biçimde davranma yeteneğine etki etmeler de kanunda sayılan objektif nedenler ya da bunlara benzer nedenler kapsamında olmadıklarından, vasiyetçinin ayırt etme gücüne bir etkileri bulunmayacaktır⁴.

Akla uygun biçimde davranma, kişinin davranışlarının sebep ve sonuçlarını kavraması (bilinç) ve bu bilince uygun biçimde davranabilmesidir (irade)⁵. Kişi sadece içgüdü ile davranmıyor olmalıdır⁶. Bir kimse davranışlarının sonuçlarını öngörebilecek zihinsel faaliyette bulunamıyorsa, bu kimse akla uygun biçimde davranmıyor olacaktır⁷.

Vasiyetname düzenleme ehliyeti için de kişinin davranışlarının sebep ve sonuçlarını anlaması ve bu anlayışa uygun davranabilmesi gerekir. İlk olarak vasiyetçi davranışlarının sebep ve sonuçlarını anlamalı yani vasiyetname düzenleme hususunda gerekli bilince sahip olmalıdır. Bunun için de vasiyetçi ez azından malvarlığının miktarını ve içeriğini temel olarak biliyor olmalıdır⁸. Ayrıca vasiyetçi muhtemel hak sahiplerini (yasal mirasçılar, yakınlar ve arkadaşlar gibi) ve onlarla ilişkilerini, yasal mirasçılık rejiminden sapmayı gerektirecek bir durumun varlığını tespit edebilmelidir⁹. Bununla birlikte vasiyetçinin vasiyetnamenin amacı ve ortaya çıkaracağı hukuki sonuçlar hakkında da bir öngörüsü olması gereklidir¹⁰. Vasiyetçinin doğacak hukuki sonuçları tam anlamı ile kavraması beklenmemelidir.

Vasiyetçi bu bilince ayrıca uygun davranabilmelidir. Yani kişi oluşan kararını dış dünyaya da açıklayabilmelidir¹¹. Ayırt etme gücünün varlığını kabul etmek için bir kimsenin sadece iradesinin oluşması değil bu iradeye uygun davranabilmesi de gerekir. Kişinin iradesi serbest olmalıdır¹². Bir kimsenin dış etkenlere ola-

³ Atli, 88.

⁴ Atli, 88.

⁵ Oğuzman vd., 57; Mustafa Dural - Tufan Öğüz, *Kişiler Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), 57; Aebi Müller, 7.

⁶ Oğuzman vd., 58.

⁷ Oğuzman vd., 58.

⁸ Aebi Müller, 7.

⁹ Aebi Müller, 7.

¹⁰ Aebi Müller, 7.

¹¹ Oğuzman vd., 58.

¹² Dural-Öğüz, 57.

ğan ölçüde karşı koyabilmesi gerekir¹³. Eğer ki kişi kendi iradesi ile karar veremiyor, başka bir kimsenin iradesini tartarak değerlendirmeden kabul ediyorsa ya da bir karara vardığı halde başkasının etkisi ile bu karar yerine istemediği bir kararı uyguluyorsa kişinin ayırt etme gücü bulunduğu sonucuna varılamayacaktır¹⁴.

Bu açıdan vasiyetçinin dışarıdan gelen etkenlere karşı olağan ölçüde karşı koyabilmesi beklenir¹⁵. İrade vasiyetçinin iradesi olmalıdır. Vasiyetçinin başkalarının fikirlerini de dikkate alarak bağımsız şekilde karar verebilmesi durumunda akla uygun davrandığının kabulü gerekecektir. Bir başkasının iradesinin ağır bastığı ve vasiyetçinin kişiliğine uygun olmayan bir irade kendi içinde makul olsa da bilinçten söz etmek mümkün olmayacaktır¹⁶. Vasiyetçinin kendi iradesi başka yönde olmasına rağmen tamamen müstakbel mirasçının beklentilerini boşa çıkarmamak için hareket ettiği durumda akla uygun biçimde davranmadığı kabul edilebilir¹⁷. Bu açıdan vasiyetçinin iradesini sakatlayan ölçekte örneğin aldatma gibi bir durumun varlığı da gerekli değildir.

Vasiyetçinin vasiyetname düzenlemek için ayırt etme gücüne sahip olması yeterli görüldüğünden, vasiyetçinin kısıtlanmış olması onun vasiyetname yapma ehliyetine etki etmeyecektir¹⁸. TMK m. 405 hükmünde düzenlenmiş olan akıl hastalığı ya da akıl zayıflığı sebebiyle kişinin kısıtlanması özellikle önemi haktır. Vasiyetçi kısıtlanmışsa ancak ayırt etme gücü varsa vasiyetname yapma ehliyetine sahip olacaktır. Diğer yandan doktrinde hâkim görüş vasiyetçinin akıl hastalığı ya da akıl zayıflığı nedeniyle kısıtlanması durumunda ispat yükünün yer değiştireceği yönündedir. Bu durumda vasiyetçinin ayırt etme gücü bulunmadığı kabul edilir ve vasiyetçinin vasiyetnamenin düzenlendiği anda ayırt etme gücüne sahip olduğu ispatlanmalıdır¹⁹.

¹³ Oğuzman vd., 58; Dural-Öğüz, 57.

¹⁴ Oğuzman vd., 59.

¹⁵ Aebi Müller, 9.

¹⁶ Aebi Müller, 9.

¹⁷ Bkz. Aebi Müller, 9.

¹⁸ Fikret Eren, *Türk Medeni Hukukunda Ölümüne Bağlı Tasarrufların İptali Davası* (Ankara: Yargıçoğlu Matbaası, 1966), 21; Mustafa Dural - Turgut Öz, *Miras Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022), 59; Rona Serozan - Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 283; Atlı, 89 Canan Ruhi- Ahmet Cemal Ruhi, *Vasiyetname, Miras Sözleşmesi, Ölümüne Bağlı Tasarrufların İptali ve Tenkis Davası* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 39; Bilge Öztan, *Miras Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2021), 179.

¹⁹ Hasan İlgüzar vd., *Miras Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2019), 39; İmre-Erman, 64; Öztan, 181; Mehmet Ayan, *Miras Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 118; Süleyman Yılmaz, *Miras Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 37; Gamze Turan, *Ölümüne Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2009), 38. Öte yandan ispat yükünün yer değiştirmesi, vasiyetnamenin iptali ile sonuçlanabilir. Bu durumun ispat külfetini değiştiren bir hal olarak değil bir emare olarak dikkate alınması da düşünülebilir. Zira TMK m. 409 hükmüne göre alınmış bir sağlık raporu da bulunacağından, vasiyetçinin ayırt etme gücü, bu rapor ve diğer deliller de dikkate alınarak değerlendirilebilir.

Yine vasiyetçiye bir yasal danışman ya da kayyım atanması da onun vasiyetname yapma ehliyetine etki etmez²⁰. Bu halde ispat yükünün yer değiştirmesi de söz konusu olmaz.

Son olarak bir hukuki işlemin anlamsız ya da işlemi yapan kişinin menfaatine aykırı olması ayırt etme gücünün bulunmadığının kabulü için tek başına yeterli değildir²¹. Bu doğrultuda vasiyetçinin de makul olmayan şekilde hareket etmiş olmasının ayırt etme gücünün tespitinde bir önemi yoktur. Benzer şekilde davacının vasiyetçiye sağlığında bakmış, yakınlık göstermiş biri olmasına rağmen vasiyetçi bu kimse lehine bir tasarrufta bulunmamış olabilir²². Sağlığında vasiyetçiye yakınlık gösteren bir kişi yerine göstermeyen kişi lehine yapılan bir tasarrufun adil olmadığı düşünülebilir. Ayırt etme gücü değerlendirmesinde vasiyetçinin tasarrufunun adil olup olmadığı da önem taşımaz. Kural olarak hukuki işlemin sonuçları ya da içeriği üzerinden bir kimsenin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı değerlendirilmesi yapılamaz. Bu tür bir durum özellikle vasiyetçinin genel olarak ya da vasiyetnameyi düzenlediği anda ayırt etme gücünün varlığına ilişkin bir şüphe yoksa söz konusudur. Ancak vasiyetnamenin içeriği bazen vasiyetçinin akli durumuna ilişkin bir sonuca varmayı mümkün kılabilir²³. Vasiyetçinin vasiyetnameyi düzenlediği anda ayırt etme gücüne ilişkin bir şüphenin varlığı yerindeyse, vasiyetçinin tasarrufunun makul olup olmadığı vasiyetçinin ayırt etme gücünün yokluğu hususunda bir emare sayılabilir²⁴.

II. AYIRT ETME GÜCÜNÜN GÖRECELİ OLMASI

Ayırt etme gücü göreceli bir kavram olup, bir kişinin ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı her somut olaya göre değerlendirilmelidir²⁵. Ayırt etme gücünün göreceliliği bir kimsenin genel olarak akla uygun biçimde davranıp dav-

²⁰ O. Gökhan Antalya - İpek Sağlam. *Miras Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 212, dipnot 13; Atlı, 89; Turan, 38- 39. Ayrıca bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 1983/2735 (29 Mart 1983): “Olayda miras bırakana, yani vasiyetçiye kanunî müşavir tayin edilmiştir. MK.nun 379. maddesinde, hangi konularda kanunî müşavirin düşüncesine başvurulacağı gösterilmiştir. Bunlar arasında şahsa bağlı hak niteliğinde olan vasiyete yer verilmemiştir. Öyle ise kendisine kanunî müşavir tayin olunan kişi, müşavirin reyini [oyunu] almadan vasiyet yapabilir. O halde isteğin reddi zorunlu iken açıklanan yönler gözetilmeden olaya uymayan düşüncelerle kanunî müşavirin izni alınmadan ölüme bağlı tasarruf yapıldığından söz edilerek, vasiyetnamenin iptaline karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır”.

²¹ Oğuzman vd., 59.

²² İlhan Helvacı, “Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davasında Ayırt Etme Gücünün (Temyiz Kudretinin) İspatı”, *Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı* (2002), 1136.

²³ Aebi -Müller, 20.

²⁴ Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes (BGE) 124 III 5 E. 4c/cc; Ayrıca bkz. Dural-Öz, 59.

²⁵ Eren, 20; Fikret Eren- İpek Yücer Aktürk, *Türk Miras Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 64; Oğuzman vd., 63; Dural-Öğüz, 60; Mehmet Ayan - Nurşen Ayan, *Kişiler Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınları, 2020), 54; İmre-Erman, 63; Helvacı, 1138; Aebi Müller, 12.

ranmadığı değil o işlem açısından akla uygun biçimde davranıp davranmadığını tespit etmeyi gerektirir²⁶. Ayırt etme gücünün göreceliliği zamansal ve içeriğe ilişkin olarak iki ayrı şekilde ele alınmalıdır²⁷.

Bir kimsenin hukuki işlemi gerçekleştirdiği anda ayırt etme gücünün bulunması gerekir. Vasiyet ehliyeti için aranan şartların vasiyetnamenin yapıldığı anda bulunması gereklidir²⁸. Vasiyetçinin vasiyetnameyi düzenlediği anda ayırt etme gücünün bulunması gerekir. Bu anın kaide olarak tasarrufun son anı olan imza anı olduğu ifade edilmektedir²⁹. Öte yandan İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu bir olayda vasiyetçinin iradesinin açıklanması, danışma ve yasal yönlendirme ve noter tarafından metnin hazırlanması sabahtan, vasiyetçi tarafından tutanağın okunup onaylanması ise öğlenden sonra gerçekleşmiştir³⁰. Kararda vasiyetin oluşturulması, danışma ve esasen gerçekten iradenin olduğu aşamada aranacak ayırt etme gücü seviyesinin, sadece noter önünde vasiyetnamenin okunduğu ve onaylandığı aşamaya nazaran daha yüksek olması gerektiği kabul edilmiştir³¹. Zira bu son aşamada vasiyetçi halihazırda oluşmuş iradesini okumakta ya da bu irade ona okunmaktadır ve o da yalnızca bu iradeyi onaylamaktadır³².

Ayırt etme gücünün göreceliliği aynı zamanda işlemin içeriği ile de ilişkilidir. Bir kimse gündelik hayatına ilişkin hukuki işlemler bakımından ayırt etme gücüne sahip olabilir. Ancak aynı kimse karmaşık bir iş için ayırt etme gücüne sahip kabul edilmeyebilir³³.

Bir kimsenin gündelik hayata ilişkin hukuki işlemlerde bulunabilecek ölçüde ayırt etme gücünün bulunması onun vasiyetname düzenlemeye ayırt etme gücü bulunduğu anlamına gelmez. Ölümüne bağlı tasarruflar genellikle gündelik işlemlerden daha karmaşıktır³⁴. Bununla birlikte vasiyetnamelerin de zorluk dereceleri çeşitlidir. Vasiyetname düzenleme ehliyeti için aranacak ayırt etme gücünün vasi-

²⁶ Oğuzman vd., 63; Dural-Öğüz, 60.

²⁷ Aebi Müller, 12 vd.

²⁸ Dural-Öz, 59; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitapevi, 1987), 135; Bülent Köprülü, *Miras Hukuku Dersleri* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1985), 139; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Miras Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2021), 102; Öztan, 181; Erhan Günay, *Miras Hukukunda Ölümüne Bağlı Tasarrufların İptali Davaları* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 98; Ömer Arbek, *Miras Hukukunda Ölümüne Bağlı İşlemlerde İrade Serbestisi Sınırları ve Müeyyidesi* (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2013), 55.

²⁹ Bkz. Serozan-Engin, 282. Bu halde morfin etkisi altında notere vasiyetnameyi yazdırmış olan bir hasta birkaç saat sonra noterin hazırladığı metni okuyup imzalarken morfinin etkisi altında değilse vasiyetnamenin ehliyetsizlik nedeniyle iptali istenemeyecektir (Serozan-Engin, 282).

³⁰ BGer 5A_12/2009 E. 4.1.

³¹ BGer 5A_12/2009 E. 4.2.

³² BGer 5A_12/2009 E. 4.2.

³³ Oğuzman vd., 63; Dural-Öğüz, 60; Helvacı, 1139.

³⁴ Helvacı, 1139; BGer 5C.193/2004 E. 2.3.1.

yetnamenin hukuki karmaşıklığına göre tespiti daha yerinde olacaktır³⁵. Hukuken basit bir vasiyetname içeriği ile karmaşık bir vasiyetname içeriği için gerekli ayırt etme gücü farklıdır³⁶.

III. AYIRT ETME GÜCÜNÜN İSPATI

Ayırt etme gücünün bulunmaması nedeniyle açılan vasiyetnamenin iptali davalarında ispat yükünün kimde olduğunu belirlemek önemlidir. Zira vasiyetçinin ölümünden sonra onun ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığını ispat, aradan uzunca bir zaman geçmesi ihtimali de dikkate alındığında birtakım zorluklar barındırmaktadır. Asıl olan ayırt etme gücünün var olmasıdır. Ayırt etme gücünün var olduğu bir karinedir³⁷. Bir kimse kural olarak genel hayat tecrübesine göre ayırt etme gücüne sahip olarak kabul edildiğinden, bu kimsenin ayırt etme gücü bulunduğu ispat edilmek durumunda değildir³⁸. Bu karine hukuki bir karine değil, fiili bir karinedir³⁹. Söz konusu karine hayat tecrübelerinden kaynaklanır. Ayırt etme gücünün yokluğu istisnai bir haldir⁴⁰. Bu kapsamda ayırt etme gücünün var olmadığını iddia eden bunu ispatla yükümlüdür⁴¹.

Genel hayat tecrübesine göre ayırt etme gücüne sahip olarak kabul edilmeye ilişkin karinenin çürütülmesi gereklidir. Bir kimse yaşının küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun ise o kimsenin ayırt etme gücünü bulunmaması esastır. Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebepleri iddia eden ispat etmelidir⁴². Kişinin akıl hastası olduğunun ya da akıl zayıflığı bulunduğu ispatı yeterli olmaz. Genel olarak ayırt etme gücünü kaldıran bir akıl hastalığının varlığının ispat edilmesi gerekir⁴³.

Vasiyetçinin akıl hastalığı olması ya da akıl zayıflığı bulunması tıp ve psikoloji bilimleri kapsamında yapılmış nitelendirmeler olacaktır. Akıl hastalığı ya

³⁵ BGer 5C.193/2004 E. 2.3.1.

³⁶ BGer 5C.193/2004 E. 2.3.1. Öte yandan *Aebi Müller*'e göre vasiyetnamenin basit içerikte olması ayırt etme gücünün hemen kabul edilmesi sonucunu doğurmamalıdır. Ayırt etme gücünün belirlenmesinde vasiyetnamenin içeriği basit bir içerik olsa bile örneğin mirasçı atanması, malvarlığının içeriği ve miktarı da dikkate alınarak somut olaya göre bir değerlendirme yapılmalıdır (*Aebi Müller*, 13-14).

³⁷ Oğuzman vd., 66; Dural-Öğüz, 61; Aydın Tekdoğan, *Vasiyetnamenin Tenfizi ve İptali Davaları* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 107; Yılmaz, 36; Günay, 98.

³⁸ Dural-Öğüz, 61; Oğuzman vd., 66; Alexander Biri, *Testierfähigkeit und deren Beweis unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft*, (2016), Nr. 71; Aebi - Müller, 6; BGE 124 III 5 E. 1b.

³⁹ Dural-Öğüz, 61; Oğuzman vd., 66. Bu hususta bkz. Biri, Nr. 62 vd.; Aebi Müller, 16.

⁴⁰ Oğuzman vd., 66.

⁴¹ Antalya- Sağlam, 212; İşgüzar vd., 39.

⁴² Oğuzman vd., 66.

⁴³ Oğuzman vd., 67.

da akıl zayıflığı hukuki açıdan bir kimsenin ayırt etme gücünden yoksun bulunduğu anlamına gelmez. Bu tür durumlarda yapılan işleme göre bir kimsenin ayırt etme gücü bulunup bulunmadığı değerlendirilmelidir⁴⁴. Esasen ayırt etme gücünü engellediği iddia edilen sebebin varlığı genel hayat tecrübesine göre ayırt etme gücünü kaldırarak nitelikte ise kişinin ayırt etme gücünün bulunmadığı kabul edilir⁴⁵.

Bir kimsenin ileri yaşı ayırt etme gücünün bulunmadığının kabulü için yeterli değildir⁴⁶. Vasiyetçinin vasiyetname düzenlerken ayırt etme gücünden yoksun olduğu iddia ediliyorsa, bu kimsenin genel olarak ayırt etme gücünden yoksun olduğu ispat edilebilir. Bir kimsenin *açık, kesin ve sürekli* bir şekilde akli melekelerinin kaybı söz konusu ise hâkim artık bu kimsenin genel olarak ayırt etme gücünün bulunmadığını kabul edecektir⁴⁷. Bununla birlikte vasiyetçi sadece ileri yaşta olup, zayıf bir sağlık durumuna sahipse ve geçirdiği hastalık sonucu nadi-ren hafıza kaybı yaşıyorsa ya da yaşa bağlı hafıza kayıpları yaşıyorsa, bu kimsenin ayırt etme gücüne sahip olmadığı kabul edilemez⁴⁸. Ayırt etme gücünün varlığına ilişkin karinenin çürütülebilmesi için vasiyetçinin açık, kesin ve sürekli ayırt etme gücünden yoksun olduğunun ispat edilmesi gerekir. Bu yönde bir ispat gerçekleştirildiyse artık belirli bir işlemin yapıldığı sırada bu kimsenin ayırt etme gücüne sahip olduğunu, yani istisnai ayırt etme gücünü iddia eden bunu ispat etmelidir⁴⁹.

Vasiyetnamenin yapıldığı anda ayırt etme gücü bulunması gerekir. Vasiyetnamenin yapılmasından hemen önce ya da hemen sonra genel olarak ayırt etme gücünün bulunmadığı ispat edildiyse, bu durum ayırt etme gücünün bulunmamasına dair bir emare olarak dikkate alınır⁵⁰.

Ayırt etme gücünün yokluğunu ispat bakımından aranacak ispat ölçütü tam bir ispat değildir. Zira işin doğası gereği ölmüş bir kimsenin ayırt etme gücüne tam olarak sahip olup olmadığının ispatını değil; ağır basan bir ihtimal olarak ayırt etme gücünün varlığının ya da yokluğunun ispatını aramak yeterli olmalıdır⁵¹. Hâkim vasiyetname düzenleyen vasiyetname düzenlendiği esnada ayırt etme gücünün bulunmadığını “ağır basan bir ihtimal” (“überwiegende Wahrsche-

⁴⁴ Eren-Yücer Aktürk, 64.

⁴⁵ Kemal Oğuzman, *Miras Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995), 99; Oğuzman vd., 66-67.

⁴⁶ Biri, Nr. 72.

⁴⁷ Aebi Müller, 16; bkz. BGer 5C.259/2002 E. 1.3.

⁴⁸ BGer 5A_748/2008 E. 5.2.

⁴⁹ Oğuzman vd., 67.

⁵⁰ Kocayusufpaşaoğlu, 136; Mustafa Dural, *Miras Sözleşmeleri* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1980), 55; Dural-Öz, 59.

⁵¹ BGer 5A_12/2009 E. 3; ayrıca bkz. BGE 124 III 5 E. 1b; BGE 117 II 231 E. 2b.

inlichkeit”) olarak ya da “kuvvetle muhtemel” görüyorsa ölüme bağlı tasarrufun iptali mümkün olmalıdır⁵². Hâkim ayırt etme gücünün yokluğunun ispatı için katı şartlar aramamalıdır⁵³.

Eğer bir kimsenin genel durumu ayırt etme gücünün bulunmadığı kabulünü gerektiriyorsa, karine çürütülmüş ve ispat yükü yerine getirilmiş kabul edilmez. Ancak genel olarak sürekli şekilde ayırt etme gücünden yoksun kimsenin vasiyetnamenin düzenlendiği anda ayırt etme gücüne sahip olduğunu iddia eden bunu ispat edebilir⁵⁴. Bu hale *lucid interval* adı verilmektedir⁵⁵. Yani kişinin sürekli olarak ayırt etme gücüne sahip olmadığı ispat edildiyse, artık kişinin ayırt etme gücünün bulunmadığı karinesi işlerlik kazanacaktır. Vasiyetçinin vasiyetnameyi düzenlerken istisnai olarak ayırt etme gücüne sahip olduğu ispat edilirse vasiyetnamenin iptali mümkün olmaz. Burada da esas alınacak ispat kesin bir ispat değil kuvvetle muhtemel bir ispattır⁵⁶. Ancak uygulamada genel olarak ayırt etme gücünden yoksun bir kimsenin belirli bir işlemi yaptığı esnada ayırt etme gücüne sahip olduğunun ispatı oldukça güçtür⁵⁷.

Kişinin genel olarak ayırt etme gücünden yoksun olduğu ispatlanamıyorsa, geçici olarak ayırt etme gücünden yoksun olduğu iddia edilebilir. Ayırt etme gücünün görece olması sebebiyle söz konusu işlem yapılırken kişinin ayırt etme gücünden yoksun olduğunun ispatı yeterlidir. Bir kimsenin alkol ya da uyuşturucu madde etkisi altında akla uygun davranma yeteneğinden yoksun olduğu bir anda vasiyetname düzenlemiş olması böyle bir hale örnek teşkil eder.

IV. İSPAT ARAÇLARI

A. GENEL OLARAK

Ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığına karar verecek olan hakimdir⁵⁸. Ayırt etme gücünün ispatı herhangi bir şekilde bağlı değildir⁵⁹. Hâkim tanık beyanlarına başvurabilir⁶⁰. Ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığının tespitinde

⁵² Helvacı, 1141; BGer 5A_12/2009 E. 3; ayrıca bkz. BGE 124 III 5 E. 1b; BGE 117 II 231 E. 2b.

⁵³ Oğuzman vd., 67.

⁵⁴ Aebi Müller, 16; Biri, Nr. 76; Lucid intervalin ispat edilemediği sonucuna varılan bir karar için bkz. BGer 5C.282/2006 E. 3.

⁵⁵ *Lucid interval* bir kimsenin hastalık atakları ya da dönemleri arasında geçen sağlıklı zaman aralığı şeklinde ifade edilebilir. Bu hususta bkz. Gorman F. Warren, “Testamentary Capacity in Alzheimer’s Disease”, *Elder Law Journal* Sayı 4 Cilt 2 (1996), 234.

⁵⁶ Biri, Nr. 76; BGer 5A_204/2007 E. 5.2.

⁵⁷ Biri, Nr. 76.

⁵⁸ Dural-Öğüz, 61.

⁵⁹ Oğuzman vd., 67; Dural-Öğüz, 61.

⁶⁰ Oğuzman vd., 67.

tanık beyanları ile tıbbi kayıtlar önemli bir yer teşkil eder⁶¹. Tanık beyanlarına ihtiyatla yaklaşılması gerekebilir. Zira akut semptomlarla kendini göstermeyen ancak genel olarak akli melekelerde azalmaya yol açan akıl hastalıkları eğitimsiz bir kimsenin kolaylıkla gözünden kaçabilir⁶². Ancak bu durumun tersine bir kimsenin yakınları o kimsenin davranışlarındaki ufak değişimleri dahi fark edebilirler⁶³. Hayatı boyunca vasiyetçiyi iyi bir şekilde tanımış sorumluluk ve deneyim sahibi tanıkların ifadeleri doktorların ifadeleri kadar kıymetli olabilir⁶⁴. Bununla birlikte muhtemel mirasçı olan akrabaların kendi menfaatlerine uygun şekilde beyanda bulunma riskleri de vardır⁶⁵. Tanık beyanları değerlendirilirken somut olayın tüm koşulları dikkate alınmalıdır.

Bunun dışında hastanın tıbbi geçmiş kayıtları, doktor raporları ve hasta gözlem kayıtları da ispat yükünün yerine getirilmesi için önemlidir. Vasiyetçi özellikle vasiyeti düzenlediği an dahil olmak üzere aynı doktor tarafından uzun bir süre tedavi edilmişse ve vasiyetçinin detaylı bir tıbbi geçmiş dosyası varsa vasiyetçinin ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığının tespiti daha kolaylıkla yapılabilir⁶⁶.

Ayrıca uygulamada vasiyetçinin yaşamı boyunca yapılmış bazı tıbbi testler ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı değerlendirilmesi için delil olarak sunulmaktadır. Bu testler çoğu zaman vasiyetçi, bir vasiyetname düzenleyeceğinden ya da bir hastalık şüphesi bulunduğu için yapılmaktadır⁶⁷. Bununla birlikte miras hukuku açısından bir kimsenin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığını ölçecek bir test bulunmamaktadır⁶⁸. İsviçre doktrininde bir kimsenin ayırt etme gücü bulunup bulunmadığının yalnızca bu tür testler (örneğin mini mental testler, saat çizimi gibi) esas alınarak saptanamayacağı, bir kimsenin karar alma yetisinin yalnızca mantıklı, bilişsel ölçütlerle saptanması gerektiği, kişinin karar alma sürecine aynı zamanda duyu durumu ya da kişisel çevresi gibi unsurların da önemli ölçüde etki ettiği ifade edilmektedir⁶⁹. Öte yandan bu tür test sonuçlarının bir gösterge olarak dikkate alınmasına engel teşkil etmez⁷⁰.

⁶¹ Yargıtay 1. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2020/3296 (1 Temmuz 2020): “*Bu durumda, tarafların gösterdikleri, tüm delillerin toplanılması tanıklardan bu yönde açıklayıcı, doyurucu somut bilgiler alınması, varsa ehliyetsiz olduğu iddia edilen kişiye ait doktor raporları, hasta gözlem (müşahede) kağıtları, film graflerinin eksiksiz getirilmesi zorunludur*”.

⁶² BGE124 III 5 E.1c; Aebi -Müller, 17.

⁶³ Aebi -Müller, 18.

⁶⁴ Aebi -Müller, 18.

⁶⁵ Biri, Nr. 88.

⁶⁶ Aebi -Müller, 18.

⁶⁷ Biri, Nr. 102.

⁶⁸ Aebi -Müller, 19; Biri, Nr. 102.

⁶⁹ Aebi -Müller, 19; Biri, Nr. 103.

⁷⁰ Aebi -Müller, 19.

Hâkim bir uyuşmazlığın çözümünde özel ve teknik bilgiye ihtiyaç duyuyorsa, bilirkişiye başvurabilir. 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu m. 2(1)(b) bendinde bilirkişi genel olarak çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde oy ve görüş vermesi için başvurulmuş kişilerin şeklinde tanımlanmıştır. Ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 266(1) hükmünde de çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişi incelemesine başvurulacağı hakimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenebilecek konularda bilirkişiye başvurulamayacağı düzenlenmiştir. Bu kapsamda vasiyetçinin tıbbi durumuna ilişkin hukuki değerlendirme hâkim tarafından yapılmalıdır. Dolayısıyla bilirkişiden vasiyetçinin ayırt etme gücü bulunup bulunmadığına dair bir değerlendirme yapması istenemez. Bir kimsenin akli durumunun tespiti maddi bir olay olmakla birlikte ayırt etme gücünün tespiti hukuki bir olaydır⁷¹. Bu nedenle ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hususu hâkimin takdirindedir.

Ayırt etme gücünün varlığını tespit hem hukuki hem de tıbbi bir belirleme yapmayı gerektirir. Ayırt etme gücüne etki eden hallerden özellikle akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunması durumlarında, bilirkişi incelemesi yapılması elzemdir⁷². Esasen bu durumda konu teknik ve özel bir bilgiyi gerektirdiğinden hâkimin bilirkişi incelemesine başvurması gerekir⁷³. Hâkimin takdir yetkisi uyuşmazlık konusunun özel ya da teknik bir bilgiyi gerektirip gerektirmediğine ilişkindir. Uyuşmazlık konusu özel ve teknik bir bilgiyi gerektiriyorsa hâkimin bilirkişi incelemesine başvurması zorunludur. Bu açıdan vasiyetnamenin düzenlendiği

⁷¹ Dural-Öğüz, 62; Oğuzman vd., 64.

⁷² Helvacı, 1142.

⁷³ Helvacı, 1142; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (Yargıtay), K. 2007/556 (18 Temmuz 2007): “*Bu durumda, tarafların gösterecekleri, tüm delillerin toplanılması tanıklardan bu yönde açıklayıcı, doyurucu somut bilgiler alınması, varsa ehliyetsiz olduğu iddia edilen kişiye ait doktor raporları, hasta müşahade kağıtları, film graflerinin eksiksiz getirilmesi zorunludur. Bunun yanında, her ne kadar H.U.M.K.’nin 286 maddelerinde belirtildiği gibi bilirkişinin “rey ve mütaalası” hakimi bağlamaz ise de, temyiz kudretinin yokluğu, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk gibi salt biyolojik nedenlere değil, aynı zamanda bilinç, idrak, irade gibi psikolojik unsurlara da bağlı olduğundan, akıl hastalığı, akıl zayıflığı gibi biyolojik ve buna bağlı psikolojik nedenlerin belirlenmesi, çok zaman hakimlik mesleğinin dışında özel ve teknik bilgi gerektirmektedir. (...) Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu’na da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır*”. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (Yargıtay), K. 2010/83 (17 Şubat 2010): “*Öte yandan, her ne kadar H.U.M.K.’nin 286 maddelerinde belirtildiği gibi bilirkişinin “Rey ve mütaalası” hakimi bağlamaz ise de, temyiz kudretinin yokluğu, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk gibi salt biyolojik nedenlere değil, aynı zamanda bilinç, idrak, irade gibi psikolojik unsurlara da bağlı olduğundan, akıl hastalığı, akıl zayıflığı gibi biyolojik ve buna bağlı psikolojik nedenlerin belirlenmesi, çok zaman hakimlik mesleğinin dışında özel ve teknik bilgi gerektirmektedir. Ayırt etme gücünün nisbi bir kavram olması, kişiye eylem ve işleme göre değişmesi, bu yönde yetkili sağlık kurulundan rapor alınmasını da gerekli kılmaktadır. Esasen Medeni Kanun’un 409/2 maddesi akıl hastalığı veya akıl zayıflığının bilirkişi raporu ile belirleneceğini öngörmüştür*”. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2009/9175 (15 Eylül 2009).

esnada mahkeme tarafından ayırt etme gücü bulunup bulunmadığı sonucuna varılması için bilirkişiye başvurulması gerekir. Uygulamada genellikle bilirkişi incelemesi için Adli Tıp Kurumuna başvurulduğu görülmektedir⁷⁴.

Tanık beyanları ve vasiyetçinin tıbbi dosyayı bilirkişi incelemesi için bilirkişiye tevdi edilir. Bilirkişi raporu, hastalığın durumu, beyin fonksiyonlarının hastalık tarafından ne şekilde etkilendiği, ilaç tedavisinin herhangi bir yan etkisinin olup olmadığı hususlarında özellikle önem arz eder⁷⁵. Ayrıca bilirkişi, tanık beyanlarının içeriğini ve ilgisini değerlendirebilir. Bilirkişi raporunda, gerekli ise ile tanıkların değil ancak tanık beyanlarının güvenilirliğini de ortaya koymalıdır⁷⁶. Tanıklar maddi vakıaları belirleyebileceklerinden tıbbi nitelendirmenin hekimler tarafından yapılması gereklidir⁷⁷.

Hâkim bilirkişinin verdiği raporla bağlı değildir. Hâkimin kararını somut olayın bütün koşullarını değerlendirerek vermesi gerekir. Ancak hâkim bilirkişinin vardığı sonuçtan başka bir sonuca varıyorsa gerekçesini açıklamak durumundadır⁷⁸. Bilirkişi raporları arasında çelişki varsa, bu çelişkinin giderilmesi gerekir⁷⁹.

B. RESMİ VASİYETNAME AÇISINDAN

Resmi vasiyetnamenin düzenlenmesinde noterin sürece dahil olması ayırt etme gücünün varlığını tespit açısından dikkate alınabilir. Noterlik Kanunu m. 71 hükmüne göre, noterler iş yaptıracak kimselerin yeteneklerini tamamen öğrenmekle yükümlüdür. Bu kapsamda noterler vasiyetçinin ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığını yapacakları görüşme neticesinde belirleyebilirler. Hem noter hem de tanıklar resmi vasiyetname sürecinde vasiyetçinin ayırt etme gücü bulunup bulunmadığı hususunda gözlem yapma imkanına sahip olurlar. Ancak resmi vasiyetname düzenlenmiş olması, vasiyetçinin ayırt etme gücü bulunduğunu ispatlamaz. Resmi vasiyetname vasiyetname içeriğinin doğru olduğuna dair aksi

⁷⁴ Yargıtay 1. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2020/3296 (1 Temmuz 2020): “*Hele ayırt etme gücünün nispi bir kavram olması kişiye, eylem ve işleme göre değişmesi nedeniyle bu yönde en yetkili sağlık kurumundan, özellikle Adli Tıp Kurumu Dördüncü İhtisas Kurulundan rapor alınmasını da gerekli kılmaktadır. Esasen TMK’nin 409/2. maddesi akıl hastalığı veya akıl zayıflığının bilirkişi raporu ile belirleneceğini öngörmüştür*”. Hukuk Genel Kurulu, Esas 2013/3-1630, Karar 2015/1011, Tarih 11.3.2015: “*Ancak, hukuki ehliyet durumunun doktor raporu ile kanıtlanması esastır. Mahkemece, davacıdan murisin vasiyetname tarihindeki sağlık durumunu gösterir hastane kayıt, reçete, rapor, sağlık karnesi vs. gibi delilleri re’sen sorulup istenerek, vasiyetnamenin tanzim tarihinde alınan Sağlık Ocağı raporu da celp edildikten sonra, vasiyetnamenin tanzim tarihinde murisin hukuki ehliyete sahip olup olmadığı hususunda Adli Tıp Kurumundan rapor alınarak sonucu uyarınca bir karar verilmelidir*”. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2012/22707 (6 Kasım 2012).

⁷⁵ Aebi -Müller, 19.

⁷⁶ Bkz. Biri, Nr. 118.

⁷⁷ Dural, 56.

⁷⁸ Oğuzman vd., 68; Dural-Öğüz, 62.

⁷⁹ Antalya-Sağlam, 212.

ispat edilebilen bir karine yaratır⁸⁰. Vasiyetçinin ayırt etme gücüne sahip olması ise vasiyetnamenin içeriğine dahil bir husus değildir. Bu halde noterin senette yer alan vasiyetçiyi ehil gördüğüne dair beyanı onun kanaatine ilişkin olup, senedin sahteliğini öne sürmeye gerek bulunmayacaktır⁸¹. Noterlerin tıbbi eğitimleri olmadığı için yaptıkları ayırt etme gücü değerlendirmesi ancak ayırt etme gücünün var olduğuna dair dikkate alınacak bir husustan ibarettir⁸².

Uygulamada noterlerin resmi vasiyetname düzenlenirken vasiyetçinin ayırt etme gücünden kuşku duymaları halinde doktor raporu istedikleri görülmektedir. Ancak bu rapor kesin olarak vasiyetçinin ayırt etme gücü bulunduğunu ortaya koymaz⁸³. Zira raporun düzenlendiği an ile vasiyetnamenin noter tarafından düzenlendiği an arasında bir zaman dilimi geçmiş olacaktır⁸⁴. Öte yandan vasiyetçinin ayırt etme gücü bulunmaması iddiası akıl hastalığı ya da akıl zayıflığı sebeplerine dayanıyorsa, noter tarafından talep edilmiş ve vasiyetnamenin düzenlenmesinden hemen önce doktor tarafından verilmiş ayırt etme gücünün varlığına ilişkin bir rapor vasiyetçinin vasiyetnameyi düzenlediği esnada ayırt etme gücünün olmadığını ispatlamayı oldukça güçleştirir⁸⁵. Bu şekilde doktor tarafından verilmiş bir rapor aksi ispat edilinceye kadar ayırt etme gücünün varlığına karinedir⁸⁶. Yani vasiyetnamenin düzenlendiği esnada doktor tarafından verilmiş bir rapor aksi ispat edilinceye kadar vasiyetçinin ayırt etme gücü bulunduğu dair delil teşkil edecektir⁸⁷.

SONUÇ

Vasiyetname düzenleme ehliyeti için vasiyetçinin ayırt etme gücünün bulunması vasiyetnamenin iptali bakımından önem taşır. Vasiyetçi ayırt etme gücüne sahip değilse TMK m. 557 hükmüne göre vasiyetnamenin iptali istenebilir. Ayırt etme gücünün yokluğu vasiyetnamenin iptaline yol açabildiğinden uygulamadaki önemi nedeniyle bu çalışmada vasiyetname ehliyetinin şartlarından biri olan ayırt etme gücü ele alınmıştır.

Vasiyetname düzenlemede ayırt etme gücünün varlığı için kişinin davranışlarının sebep ve sonuçlarını anlaması ve bu anlayışa uygun davranabilmesi gerekir. Vasiyetçinin ez azından malvarlığının miktarını ve içeriğini temel olarak

⁸⁰ BGE 124 III 5, 9 E. 1c.

⁸¹ Kocayusufpaşaoğlu, 137.

⁸² Helvacı, 1146.

⁸³ Kocayusufpaşaoğlu, 137.

⁸⁴ Kocayusufpaşaoğlu, 137.

⁸⁵ Kocayusufpaşaoğlu, 137; Oğuzman, 100; Dural, 57; Dural-Öz, 59.

⁸⁶ Dural-Öz, 59.

⁸⁷ Antalya-Sağlam, 212.

biliyor olması, muhtemel mirasçılarını ve onlarla ilişkilerini, yasal mirasçılık rejiminden sapmayı gerektirecek bir durumun varlığını tespit edebilmesi gerekir. Vasiyetçinin vasiyetnamenin amacı ve ortaya çıkaracağı hukuki sonuçlar hakkında öngörüsü olması yeterli sayılmalı hukuki sonuçları tam anlamıyla kavraması beklenmemelidir. Ayrıca vasiyetçi dışarıdan gelen etkenlere karşı olağan ölçüde karşı koyabilmelidir.

Vasiyetçinin kısıtlanmış olması onun vasiyetname yapma ehliyetine etki etmez. Doktrinde hâkim görüş vasiyetçinin akıl hastalığı ya da akıl zayıflığı nedeniyle kısıtlanması durumunda ispat yükünün yer değiştireceği yönündedir. Ancak vasiyetçiye bir yasal danışman ya da kayyım atanması durumunda ispat yükünün yer değiştirmesi de söz konusu olmaz.

Ayırt etme gücü göreceli bir kavramdır. Ayırt etme gücünün göreceliliği zamansal ve içeriğe ilişkin olmak üzere ele alınmalıdır. Vasiyet ehliyeti için aranan şartların vasiyetnamenin yapıldığı anda bulunması gereklidir. Bu ayırt etme gücünün göreceliliğinin zamansal boyutuna ilişkindir. Ayırt etme gücünün içeriğe dair göreceliliği bakımından ise ölüme bağlı tasarruflar genellikle gündelik işlemlerden daha karmaşık niteliktedir. Bununla birlikte vasiyetname düzenleme ehliyeti için aranacak ayırt etme gücünün vasiyetnamenin hukuki karmaşıklığına göre tespiti gerekir.

Ayırt etme gücünün var olduğu fiili bir karinedir. Ayırt etme gücünü engellediği iddia edilen sebep genel hayat tecrübesine göre ayırt etme gücünü kaldıracak nitelikte ise kişinin ayırt etme gücünün bulunmadığı kabul edilir. Ayırt etme gücünün varlığına ilişkin karinenin çürütülebilmesi için vasiyetçinin açık, kesin ve sürekli ayırt etme gücünden yoksun olduğu ispat edilmelidir. Vasiyetçinin açık, kesin ve sürekli ayırt etme gücünden yoksun olduğunun ispat edildiyse artık belirli bir işlemin yapıldığı sırada ayırt etme gücünün varlığı ispat edilirse vasiyetnamenin iptali önlenebilir. Açık, kesin ve sürekli ayırt etme gücünden yoksunluk ispat edilemiyorsa, geçici ayırt etme gücü kaybı ispat edilebilir. Her durumda işin doğası gereği ölmüş bir kimsenin ayırt etme gücüne tam olarak sahip olup olmadığının ispatını değil; ağır basan bir ihtimal olarak ayırt etme gücünün varlığının ya da yokluğunun ispatını aramak gerekir.

Ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığına hâkim karar verir. Ayırt etme gücünün ispatı her türlü delille sağlanabilir. Ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığının tespitinde tanık beyanları ile tıbbi kayıtlar önemli bir yer teşkil eder. Ayırt etme gücüne etki eden hallerden özellikle akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunması durumlarında, akla uygun biçimde davranma yeteneğinin tespiti özel bir bilgiyi gerektirdiğinden bilirkişi incelemesi yapılması zorunludur. Hâkim bilirkişinin verdiği raporla bağlı olmamakla birlikte bilirkişinin vardığı sonuçtan başka bir sonuca varıyorsa gerekçesini açıklamak durumundadır. Resmi vasiyet-

name düzenlenmiş olması, vasiyetçinin ayırt etme gücü bulunduğunu ispatlamaz. Noterlerin tıbbi eğitimleri olmadığı için yaptıkları ayırt etme gücü değerlendirmesi ancak ayırt etme gücünün var olduğuna dair dikkate alınacak bir emare olarak görülebilir. Öte yandan vasiyetçinin ayırt etme gücü bulunmaması iddiası akıl hastalığı ya da akıl zayıflığı sebeplerine dayanıyorsa noter tarafından talep edilmiş ve vasiyetnamenin düzenlenmesinden hemen önce doktor tarafından verilmiş ayırt etme gücünün varlığına ilişkin bir rapor, vasiyetçinin vasiyetnameyi düzenlediği esnada ayırt etme gücünün olmadığını ispatlamayı oldukça güçleŐtirecektir.

KAYNAKÇA

- Aebi-Müller, Regina E. “Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht - unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis”. *successio* 6 (2012), 4-32.
- Antalya, O. Gökhan- Sağlam, İpek. *Miras Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Arbek, Ömer. *Miras Hukukunda Ölüme Bağlı İşlemlerde İrade Serbestisi Sınırları ve Müeyyidesi*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2013.
- Atlı, Banu. *Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi*. Ankara: Seçkin Kitabevi, 2017.
- Ayan, Mehmet- Ayan Nursen, *Kişiler Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınları, 2020.
- Ayan, Mehmet. *Miras Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Biri, Alexander. “Testierfähigkeit und deren Beweis unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung”. *Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft*, (2016), 23-51.
- Dural, Mustafa - Ögüz, Tufan. *Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Dural, Mustafa - Öz, Turgut. *Miras Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022.
- Dural, Mustafa. *Miras Sözleşmeleri*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1980.
- Eren, Fikret - Yücer Aktürk, İpek. *Türk Miras Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Eren, Fikret. *Türk Medeni Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası*. Ankara: Yargıçoğlu Matbaası, 1966.
- Gorman F. Warren, “Testamentary Capacity in Alzheimer’s Disease,” *Elder Law Journal* Sayı 4, Cilt 2 (1996).
- Günay, Erhan. *Miras Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davaları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Helvacı, İlhan. “Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davasında Ayıt Etme Gücünün (Temyiz Kudretinin) İspatı”. *Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı* (2002), 1113 - 1150.
- İşgüzar, Hasan vd. *Miras Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2019.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Miras Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2021.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip. *Miras Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1987.
- Köprülü, Bülent. *Miras Hukuku Dersleri*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1985.
- Oğuzman, Kemal. *Miras Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1995.
- Oğuzman, Kemal vd. *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Özcan, Bilge. *Miras Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2021.
- Ruhi, Canan- Ruhi. Ahmet Cemal, *Vasiyetname, Miras Sözleşmesi, Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali ve Tenkis Davası*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Serozan, Rona - Engin, Baki İlkay. *Miras Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Tekdoğan, Aydın. *Vasiyetnamenin Tenfizi ve İptali Davaları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Turan, Gamze. *Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2009.
- Warren F. Gorman. “Testamentary Capacity in Alzheimer’s Disease,” *Elder Law Journal* Sayı 4, Cilt 2 (1996), 225-246.
- Yılmaz, Süleyman. *Miras Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.



Mahkeme Kararı Aranmaksızın Adın Değiştirilmesi ve Düzeltmesine Dair Bazı Meseleler^(*)

Some Issues Concerning Name Change and Correction Without a Court Decision

Dr. Öğr. Üyesi Reyhan TUHAN BOZ^(**)

Öz

Öz ad ve soyadından oluşan ad, kişinin toplum içerisinde diğer kimselerden ayırt edilmesini sağlayan, özel bir korumaya sahip kişilik değeridir. Kural olarak adın değişmezliği esastır. Ancak bu kural, mutlak olmayıp mahkeme kararıyla adın değiştirilmesi veya düzeltilmesi talep edilebilir. Kanun koyucu, Nüfus Hizmetleri Kanunu'na eklenen geçici hükümler ile bazı koşullar altında mahkeme kararına gerek bulunmaksızın yani salt idarî yolla ad değişikliğine olanak tanımıştır. Adın mahkeme kararı aranmaksızın idarî yolla değiştirilmesi ve düzeltilmesi, bir taraftan yargı yükünü hafifletebilecek ve ada ilişkin mağduriyetleri hızlı biçimde çözüme kavuşturabilecekse de diğer taraftan bu yöntem düzenleniş ve uygulama yönüyle medenî hukuk açısından tartışılmaya açık meseleler barındırmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Öz ad, Soyadı, Ad Değiştirme, Ad Düzeltme, Nüfus Hizmetleri Kanunu.

Abstract

The name, which is composed of the forename and the surname, is a personality value that helps a person to stand out in society and is moreover exclusively protected by law. In a principle, the name is immutable. However, this principle is not absolute, and the court can be requested to change or correct the name. The legislature amended the Code of Civil Registry Services to include some temporary provisions that, in some situations, let name changes to be made only administ-

^(*) Araştırma Makalesi / [Makale Geliş Tarihi](#): 31.10.2022 - [Makale Kabul Tarihi](#): 02.12.2022
[DOI](#): 10.56701/shd.1197120

^(**) Trabzon Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, Trabzon - Türkiye
[E-posta](mailto:reyhantuhanboz@trabzon.edu.tr): reyhantuhanboz@trabzon.edu.tr
[Orcid No](https://orcid.org/0000-0002-6324-5860): <https://orcid.org/0000-0002-6324-5860>

rately without a court order. Even while using this method can reduce the strain on the court system and speed up the resolution of name-related complaints, it has points with regulation and application that are debatable under civil law.

Keywords

Forename, Surname, Name Change, Name Correction, Code of Civil Registry Services.

GİRİŞ

Ad, kişiyi diğerlerinden ayırmaya yarayan, TMK¹ m. 26 çerçevesinde özel bir korumaya sahip bir araç olup kimsenin adsız olması düşünülemez². Addan maksat kişinin öz adı ve soyadıdır³. Ad, kişinin manevî varlıklarına dâhildir⁴. Kişilerin birbirlerinden ayırt edilmelerini sağlamak ve sosyal düzeni sağlamak için ad kullanımı, zorunlu hâle getirilmiştir⁵. Aynı amaçla adın değişmezliği prensibi benimsenmiştir⁶. Ancak kişi, çeşitli sebeplerle⁷, mevcut adıyla tanınmak istemeyebilir. Bu durumda kişinin başvurabileceği iki çare söz konusudur: nam-ı müstear kullanmak ya da adını değiştirmek.

Nam-ı müstear ya da mahlâs, kişinin gerçek adı dışında kendine taktığı isimdir⁸. Doktrinde nam-ı müstearın da adın korunmasının kapsamında olduğu ka-

¹ TÜRK MEDENİ KANUNU, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22/11/2001, Yayımlandığı Resmî Gazete Tarihi ve Sayısı: 8/12/2001 - 24607.

² Rona Serozan, *Medeni Hukuk: Genel Bölüm/Kişiler Hukuku* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018), 480, 483; Mustafa Dural - Tufan Öğüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022), 169; Zafer Zeytin - Ömer Ergün, *Türk Medeni Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 97; Jale Akipek vd., *Kişiler Hukuku* (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2018), 433; İhsan Erdoğan - A. Dilşad Keskin, *Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku)* (Ankara: Gazi Kitabevi, 2020), 309; Hayrunnisa Özdemir, "Türk ve İsviçre Medeni Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 57/3 (2008), 563; Andrea Büchler, "Art. 29," *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch OFK - Orell Füssli Kommentar*, ed. Jolanta Kren Kostkiewicz et al., (Zürich: Orell Füssli Verlag AG, 2021), N. 1.

³ Hans Michael Riemer, *Personenrecht Des ZGB* (Bern: Stämpfli Verlag AG, 2002), 108; Bilge Öztan, *Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler* (Ankara: Yetkin Hukuk Yayınları, 2021), 400.

⁴ Jale Akipek - Turgut Akıntürk, *Türk Medenî Hukuku: Birinci Cilt - İkinci Cüz Şahsın Hukuku* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1996), 106; M. Kemal Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016), 110.

⁵ Riemer, *Personenrecht Des ZGB*, 111; Dural - Öğüz, *Kişiler Hukuku*, 171; Özdemir, "Ad Üzerindeki Hak ve Korunması," 565; Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku*, 110ff; Akipek vd., *Kişiler Hukuku*, 429.

⁶ Dural - Öğüz, *Kişiler Hukuku*, 171; Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku*, 122; Burak Özen, "Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması ve Bu Yolla Kazanılan Soyadında Değişiklik Yapılması," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 16/3-4 (2010), 172.

⁷ Ad değişikliği gerçekleştirilen kimselerin saikleri üzerinde detaylı inceleme için bkz. Vedat Çoban vd., "İnsanların Ad-Soyad Değiştirme ve Düzeltme Gereçlerinin Analizi," *Firat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 31/1 (2021), 411-415.

⁸ Dural - Öğüz, *Kişiler Hukuku*, 170; Özdemir, "Ad Üzerindeki Hak ve Korunması," 576; Erdoğan - Keskin, *Türk Medeni Hukuku*, 313ff.; Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku*, 111; Öztan, *Kişiler Hukuku*, 403; Hüseyin Hatemi, *Kişiler Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 59.

bul edilmektedir⁹. Ancak nam-ı müstear, resmî bir ad olmadığından kişi bilhassa resmî muamelelerde halâ kendi öz adı ve soyadını kullanmak zorunda kalacaktır¹⁰. Nitekim NHK¹¹ m. 10/I hükmünde kurumlarda kişiyle ilgili olarak yapılan işlemlerde nüfus kayıtlarının esas alınacağı hüküm altına alınmıştır.

Ad, kural olarak değiştirilemez¹². Ancak bu kuralın istisnası bulunmakla birlikte değişiklik sıkı kanunî şartlara bağlanmıştır. TMK m. 27/I gereğince bu şartlar, ad değişikliği için bir haklı sebebin mevcudiyeti ve ad değişikliği talebiyle açılmış bir dava¹³ neticesinde verilecek mahkeme kararıdır. TMK m. 39 çerçevesinde de yazım hatası bulunan adın düzeltilmesi yine mahkeme kararıyla mümkün kılınmıştır¹⁴. Esasen nüfus kütüklerinde yer alan kayıtların geneli bakımından kural, mahkeme kararı aranmaksızın idarî yolla değişiklik yapılamamasıdır. Bu husus, NHK m. 35/I hükmünün ilk cümlesinde “*Kesinleşmiş mahkeme hükmü olmadıkça nüfus kütüklerinin hiçbir kaydı düzeltilemez ve kayıtların anlamını ve taşıdığı bilgileri değiştirecek şerhler konulamaz.*” ifadeleriyle belirtilmiştir. Böylece mahkeme kararlarına dayanarak yapılacak değişiklikler bakımından da bu kararların kesinleşmesi şartı getirilmiştir. Ancak mahkeme kararı aranmaksızın nüfus kütüklerinde birtakım düzeltme ve değişikliklerin yapılabilirdiği istisnalar bulunmaktadır. Örneğin, NHK m. 35/I-c.2’de, olayların aile kütüklerine tescili esnasında yapılan maddî hataların, nüfus müdürlüğünce dayanak belgesine uygun olarak düzeltilceği, NHK m. 35/II’de aile kütüklerindeki din bilgisine ilişkin kayıtların, kişinin yazılı beyanıyla sunacağı talebine uygun olarak tescil edileceği, değiştirileceği, boş bırakılacağı ya da silineceği, NHK m. 38/I’de aile kütüklerine tescil edilmesi gereken bilgilerden; dayanak belgesinde bulunduğu hâlde nüfus kütüklerine hatalı veya eksik olarak tescil edilen ya da hiç yazılmayan bilgiler veya mükerrer kayıtların, yani maddî hataların Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü ya da

⁹ Riemer, *Personenrecht Des ZGB*, 108; Büchler, “ZGB Art. 29,” N. 3; Serozan, *Medeni Hukuk*, 483; Dural - Öğüz, *Kişiler Hukuku*, 170; Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku*, 112; Akipek vd., *Kişiler Hukuku*, 433; Özdemir, “Ad Üzerindeki Hak ve Korunması,” 567; Öztan, *Kişiler Hukuku*, 403.

¹⁰ Andrea Büchler, “Art. 30,” *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch OFK - Orell Füssli Kommentar*, ed. Jolanta Kren Kostkiewicz et al., (Zürich: Orell Füssli Verlag AG, 2021), N. 1.

¹¹ NÜFUS HİZMETLERİ KANUNU, Kanun Numarası: 5490, Kabul Tarihi: 25/4/2006, Yayımlandığı Resmî Gazete Tarihi ve Sayısı: 29/4/2006 - 26153.

¹² Riemer, *Personenrecht Des ZGB*, 111; Büchler, “ZGB Art. 30,” N. 2; Dural - Öğüz, *Kişiler Hukuku*, 182; Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku*, 122; Akipek vd., *Kişiler Hukuku*, 429; Zeytin - Ergün, *Türk Medeni Hukuku*, 98; Öztan, *Kişiler Hukuku*, 429; Özen, “Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması,” 181; Özdemir, “Ad Üzerindeki Hak ve Korunması,” 576.

¹³ Ad değişikliği davasının, kişinin yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki asliye hukuk mahkemesinde açılması gerekir. *Bkz.* Mehmet Ayan - Nurşen Ayan, *Kişiler Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 149. Öztan, *Kişiler Hukuku*, 434.

¹⁴ Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku*, 121; Erdoğan - Keskin, *Türk Medeni Hukuku*, 317. Bu davada, adın değiştirilmesi davasından (TMK m. 27/I) farklı olarak, kaydın düzeltilmesi için haklı sebebin varlığı aranmaz. *Bkz.* Öztan, *Kişiler Hukuku*, 430.

nüfus müdürlükleri tarafından düzeltileceği veya tamamlanacağı, NHK m. 39/I'de Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü tarafından, nüfus kayıtlarına göre vatandaşların hicrî veya Rumî tarihle yazılmış nüfus olaylarının tarihlerinin milâdî yıla çevirerek aile kütüklerine geçirileceği ve doğum tarihlerinin ay ve günü belli olmayanların da eksikliklerinin giderileceği, TMK m. 187/I'de evlenen kadının evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruya kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabileceği, NHK ek m. 3 hükmünde ise boşandığı eşinin soyadını kullanmasına izin verilen kadının evlenmeden önceki soyadını ya da eşinin soyadı ile birlikte önceki soyadını taşıyan kadının sadece eşinin soyadını, kullanmak istemine dair yazılı talepte bulunması hâlinde gerekli işlemlerin nüfus müdürlüğünce yapılacağı öngörülmüştür. Belirtilen örneklerden başka NHK, geçici maddeler yoluyla belirli bir süre içerisinde yapılan başvurular doğrultusunda nüfus kayıtlarında idare tarafından değişiklik ve düzeltme yapılabileceğini de düzenlenmiştir. Çalışmada söz konusu geçici düzenlemelerden öz adda veya soyadında mahkeme kararı aranmaksızın, salt idarî yolla değişiklik ve düzeltmeye müsaade edenler inceleme konusu yapılacaktır. Söz konusu düzenlemelerin esasına ilişkin meseleler incelendikten sonra bu hükümler çerçevesinde gerçekleştirilen işlemlerin yargısal denetimi ele alınacaktır.

I. İDAREYE ÖZ AD VE SOYADI DEĞİŞİKLİĞİ VE DÜZELTMESİ GERÇEKLEŞTİRME YETKİSİ TANIYAN DÜZENLEMELER

Mahkeme kararı aranmaksızın idarî yolla öz adda ve soyadında değişiklik ve düzeltmeye imkân tanınmasının çeşitli gerekçeleri bulunmaktadır. Doktrinde bu yöndeki düzenlemelerin, yargının iş yükünü hafifletmek ve yargılama maliyetlerini karşılayamama endişesiyle adını değiştiremeyen kimselere çözüm sunma bakımından olumlu olduğu ifade edilmektedir¹⁵. Nitekim, Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü'nden yapılan açıklamada “*Yaklaşık 5 yıldır yürürlükte olan, mahkemelerin iş yükünü azaltıp vatandaşlarımıza kolaylık sağlayan uygulama ile bugüne kadar 298 bin 670 kişi soyadını değiştirmiş, 134 bin 818 kişi ise ismini düzeltmiştir.*” ifadelerine yer verilmiştir¹⁶.

A. NÜFUS HİZMETLERİ KANUNU GEÇİCİ MADDE 8 HÜKMÜ

Mahkeme kararı aranmaksızın öz adda ve soyadında değişiklik ve düzeltmeyi mümkün kılan geçici düzenlemelerden ilki NHK'ya 7039 sayılı Kanun¹⁷ m.

¹⁵ Ali Demirbaş, “Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda Yapılan Son Değişiklikler,” *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14/179-180 (2019), 1447.

¹⁶ Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü, “Mahkeme Kararı Olmaksızın Ad ve Soyadı Değişikliği Uygulamasına İlişkin Kamuoyu Duyurusu” (Erişim Ekim 31, 2022).

¹⁷ NÜFUS HİZMETLERİ KANUNU İLE BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN, Numarası: 7039, Kabul Tarihi: 19/10/2017, Yayımlandığı Resmî Gazete Tarihi ve Sayısı: 3/11/2017-30229.

26 ile eklenen geçici m. 8 hükmüdür. Bu hükme göre, kişinin iki yıl içerisinde yerleşim yerinin bulunduğu nüfus müdürlüğüne yazılı olarak başvurması kaydıyla; SK¹⁸ m. 3'e aykırı, yani rütbe ve memuriyet, aşiret ve yabancı ırk ve millet isimleri ile genel edebe uygun düşmeyen ya da iğrenç veya gülünç olan, soyadları ile yazım ve imlâ hatası veya düzeltme işareti kullanılmamasından kaynaklanan anlam değişiklikleri bulunan öz adların ve soyadlarının 'mahkeme kararı aranmaksızın', il veya ilçe idare kurulunun vereceği kararla bir defaya mahsus olmak üzere değiştirilebilmesi mümkün kılınmıştır. Ayrıca soyadı değiştirilen erkek ise kendisi ile birlikte varsa karısının ve müracaat tarihinde ergin olmayan çocuklarının da soyadlarının değişeceği, eğer soyadı değiştirilen kadın ise kendisi ile birlikte ergin olmayan evlilik dışı çocukları varsa onların da soyadlarının değişikliğe uğrayacağı hüküm altına alınmıştır.

Söz konusu düzenlemeye göre öz ad ve soyadı değişikliği ve düzeltilmesinin gerçekleştirilebilmesi için ilk koşul, kişinin yazılı başvurusudur. Bu başvuru NHK geçici m. 8 hükmünün yürürlüğe girmesinden itibaren iki yıl içerisinde gerçekleştirilmelidir. 7039 sayılı Kanun m. 37, Kanun'un yayımı tarihinde yürürlüğe girdiğini öngörmüştür. Bu nedenle NHK geçici madde 8'de yer alan talepte bulunmak için getirilen iki yıllık süre, 19/10/2017 tarihinde başlamış ve 19/10/2019 tarihinde de dolmuştur.

B. NÜFUS HİZMETLERİ KANUNU GEÇİCİ MADDE 11 HÜKMÜ

Nüfus Hizmetleri Kanunu geçici m. 8 hükmünün öngördüğü sürenin dolmasının ardından yeni bir geçici düzenleme ihdas edilerek idareye ilgililerin talebi üzerine öz ad ve soyadlarında değişiklik ve düzeltme yapma yetkisi tanınmıştır. NHK'ya 7196 sayılı Kanun¹⁹ m. 61 ile eklenen geçici m. 11'e göre kişinin üç yıl içerisinde yerleşim yerinin bulunduğu nüfus müdürlüğüne yazılı olarak başvurusu kaydıyla; SK m. 3'e aykırı soyadları ile yazım ve imlâ hatası veya düzeltme işareti kullanılmamasından kaynaklanan anlam değişiklikleri bulunan, genel ahlaka uygun olmayan, toplum tarafından gülünç karşılandığı değerlendirilen öz ad ve soyadlarının, 'mahkeme kararı aranmaksızın', il veya ilçe idare kurulunun vereceği kararla bir defaya mahsus olmak üzere değiştirilebileceği öngörülmüştür. Ayrıca soyadı değiştirilen erkek ise kendisi ile birlikte varsa karısının ve müracaat tarihinde ergin olmayan çocuklarının da soyadlarının, eğer soyadı değiştirilen kadın ise kendisi ile birlikte ergin olmayan evlilik dışı çocukları varsa onların da soyadlarının değişeceği düzenlenmiştir.

¹⁸ SOYADI KANUNU, Kanun Numarası: 2525, Kabul Tarihi: 21/6/1934, Yayımlandığı Resmî Gazete Tarihi ve Sayısı: 2/7/1934-2741.

¹⁹ BAZI KANUNLARDA VE 375 SAYILI KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMEDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN, Kanun Numarası: 7196, Kabul Tarihi: 6/12/2019, Yayımlandığı Resmî Gazete Tarihi ve Sayısı: 24/12/2019-30988.

7196 sayılı Kanun, 96. maddesi gereğince yayımı tarihinde yürürlüğe girmiş olup bu kapsamda talepte bulunmak için getirilen üç yıllık süre 24/12/2019 tarihinde başlayacak ve 24/12/2022’de son bulacaktır. Diğer taraftan, NHK geçici m. 11, bu sürenin bir katına kadar uzatılması bakımından Cumhurbaşkanı’na yetkili kılmıştır.

II. DÜZENLEMELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Nüfus Hizmetleri Kanunu geçici m. 8 ve geçici m. 11 hükümleri, ad değişikliği noktasında kolaylık sağlamaktadır. Ancak gerek söz konusu düzenlemelerin içeriği ve bunlara dair ikincil mevzuat gerekse bunların uygulanması bakımından medenî hukuk kuralları çerçevesinde ele alınması gereken meseleler bulunmaktadır.

A. DEĞİŞİKLİK VE DÜZELTME SEBEPLERİ

Nüfus Hizmetleri Kanunu geçici m. 8’de yer alan düzenlemeye göre kişinin öz adını düzeltme ve değiştirebilme talebi ancak yazım ve imlâ hatası veya düzeltme işareti kullanılmamasından kaynaklanan anlam değişiklikleri bulunması hâlinde dinlenebilecektir. Bu noktada gülünç, iğrenç veya kişiyi toplum nezdinde zorda bırakacak öz adlara ilişkin idareye bir yetki tanınmamıştır. Soyadı değişikliği talepleri bakımından SK m. 3’e yapılan yollama sayesinde kişiler bu tarz soyadlarından idarî yolla hızlı biçimde kurtulabilmekteyken, kişinin sadece şahsına ait olan öz adı bakımından bu imkânın getirilmemiş olması bir eksikliklerdir. Söz konusu eksiklik, NHK geçici m. 11 hükmündeki düzenlemede giderilmiştir.

İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü’nün 08.01.2020 ve 3331 evrak sayılı genelgesinde (2020/2 no.lu Genelge) de belirtildiği üzere *“Kişilerin mevcut isimlerine ikinci/üçüncü isim eklenmesine veya mevcut iki/üç isminden birinin/ikisinin çıkarılmasına, evli kadının evlilik hanesinde sadece bekarlık soyadını kullanmasına, velayeti elinde bulunduran annenin çocuğuna bekarlık soyadını vermesine, medeni hali “dul” olarak koca hanesinde kayıtlı bulunan kadının bu hanede kendisinin ve ergin olmayan çocuklarının soyadını değiştirmesine ve Türk vatandaşlığını kazanan kişilerin ad/soyadının değişikliğine yönelik talepleri bu Kanunun kapsamı dışındadır.”*

B. DEĞİŞİKLİK VE DÜZELTME SAYISI

Nüfus Hizmetleri Kanunu geçici m. 8 ve geçici m. 11’de ad değişikliği veya düzeltilmesinin ‘bir defaya mahsus’ olduğu belirtilmiştir. Kanunda NHK geçici m. 8 çerçevesinde adı düzeltilmiş veya değiştirilmiş bir kimsenin NHK geçici m. 11 çerçevesinde yeniden başvuruda bulunması ihtimâline dair açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Burada kanunkoyucunun, NHK geçici m. 8 hükmünde öngörülen sürenin dolması üzerine bu süreyi uzatan bir kanun değişikliği yapabilecekken kapsam bakımından NHK geçici m. 8 hükmünden farklılıklar içeren NHK geçici m. 11 hükmünü ihdas etmiş olduğu göz önünde bulundurulmalıdır.

Dolayısıyla NHK geçici m. 8 hükmü kapsamında idarî yolla adı düzeltilmiş veya değiştirilmiş kimsenin şartlar oluşmuşsa NHK geçici m. 11 hükmü çerçevesinde yeniden başvuruda bulunabileceği kanaatindeyiz. Ancak NHK geçici m. 8 veya NHK geçici m. 11 çerçevesinde öz adı ya da soyadı değişmiş veya düzeltilmiş bulunan kimse, düzeltilen ya da değişen öz adı veya soyadı için aynı madde kapsamında yeniden başvuruda bulunamaz.

Bu noktada ele alınması gereken bir diğer ihtimâl, ilk başvurusunda adının tamamı değil yalnızca öz adı ya da soyadı düzeltilmiş veya değiştirilmiş bulunan kimsenin daha sonra adının geri kalan unsurlarından biri hakkında daha NHK'nın aynı maddesi çerçevesinde değişiklik veya düzeltme talebinde bulunmasıdır. Kanaatimizce kanunkoyucunun “*ad ve soyadları, mahkeme kararı aranmaksızın, il veya ilçe idare kurulunun vereceği kararlar bir defaya mahsus olmak üzere değiştirilebilir.*” ifadesiyle ortaya koyduğu irade, her bir öz ad veya soyadı için birer değişiklik değil kişinin adının bu yolla ancak bir defa değiştirilebilir olması yönündedir.

Adın mahkeme kararı ile değiştirilmesiyle idarî yolla değiştirilmesi ve düzeltilmesi arasında başvuru sayısı bakımından bir bağ bulunmamaktadır. Kişi, daha önce mahkeme kararıyla ad değiştirmiş dahi olsa şartları varsa NHK geçici m. 8 veya NHK geçici m. 11 hükmünden yararlanabilir. Benzer şekilde, bu hükümler çerçevesinde adı düzeltilmiş veya değiştirilmiş bir kimse, haklı sebebin varlığı hâlinde mahkemedен adının değiştirilmesini isteyebilir.

C. BAŞVURULARIN DİJİTAL ORTAMDA SMS DOĞRULAMASI İLE ALINMASI

Kanunkoyucu gerek NHK geçici m. 8'de gerekse NHK geçici m. 11'de ad düzeltilmesi veya değişikliği başvurusunun yazılı şekilde yapılmasını öngörmüştür. Söz konusu başvuru gerçekleştirilirken sistemde başvuruyu imzalamak için üç yöntem sunulmaktadır: Elektronik imza, mobil imza ve SMS²⁰ ile doğrulama²¹.

Bahsi geçen yöntemlerden elektronik imza ve mobil imza, EİK²² m. 5/I hükmü çerçevesinde elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğurur. Ancak SMS doğrulaması yani kişinin telefonuna SMS ile gönderilen şifrenin sisteme girilmesi yönteminin böyle bir niteliği bulunmamaktadır. Bu yöntem, bir ek güvenlik aracı olarak kullanılabilir ancak kanaatimizce kanunun yazılı şekle bağladığı ad düzeltme talebinin yapılması noktasında bir imza aracı değildir. Kaldı ki kişinin kullandığı GSM²³ hattı kendi adına kayıtlı dahi olmayabilir. NHK m. 12/I'de de

²⁰ Short Message Service (Kısa Mesaj Servisi).

²¹ Nüfus ve Vatandaşlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü, “E-Devlet,” *İl / İlçe İdare Kurulu Kararı ile Ad veya Soyadı Düzeltmesine İlişkin Başvuruların Alınması-Yeni Başvuru* (Erişim Ekim 20, 2022).

²² ELEKTRONİK İMZA KANUNU, Kanun Numarası: 5070, Kabul Tarihi: 15/1/2004, Yayımlandığı Resmî Gazete Tarihi ve Sayısı: 23/1/2004-25355.

²³ *Global System for Mobile Communications* (Mobil İletişim için Küresel Sistem).

“Nüfus kütüklerine düşülen kişisel durumla ilgili her kayıt ve açıklamanın bu Kanuna göre yetkili kılınmış görevlilerce, usûlüne ve örneğine uygun olarak düzenlenmiş belgelere dayandırılması zorunludur.” hükmü yer almaktadır. Bu itibarla, kişinin kendisinin ve ailesinin adını konu alan böyle önemli bir meselede, belge niteliğinde olmayan SMS doğrulamasıyla alınmış başvuruya dayanarak işlem yapılmasında hukuken isabet bulunmadığı kanaatindeyiz.

D. KANUNÎ TEMSİLCİNİN BAŞVURUDA BULUNMASI

Ad değişikliği talebi, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılmasıdır²⁴. Ancak doktrinde sınırlı ehliyetsizlerin bu yöndeki taleplerine kanunî temsilcilerinin katılmasının, sınırlı ehliyetsizlerin çıkarlarına daha uygun düşeceği savunulmaktadır²⁵. Bizim de katıldığımız görüşe göre ise kanunun öngördüğü sistem, sınırlı ehliyetsiz bu hakkı bizzat kullanmasını gerektirmektedir²⁶. Dolayısıyla ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar, kanunî temsilcilerinin rızasına gerek olmaksızın ad değişikliği talebinde bulunabilirler²⁷.

1. Kısıtlılar Bakımından

2020/2 no.lu Genelge’de “Ad kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan ilgili kişilerin yazılı talebi olmadan resen ad ve/veya soyadı düzeltilmeyecektir.” ifadesi yer almaktaysa da aynı Genelge’de TMK m. 407/1 gereğince hükümlülük dolayısıyla kısıtlanan kimselerin ad değişikliği veya düzeltilmesi talepleri kanunî temsilcilerinin yazılı iznine bağlanmıştır. Kanaatimizce, TMK m. 407/1’de yer alan kısıtlanma sebebi ayırt etme gücünün yokluğu anlamına gelmediğinden söz konusu uygulamada isabet bulunmamaktadır. TMK m. 407 çerçevesinde kısıtlanmış bulunan kimselerin ad değişikliği veya düzeltilmesi talep etmeleri kanunî temsilcilerinin iznine tâbi olmamalıdır. İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü’nün “Ad ve Soyadı Değişikliği” konulu, 11.12.2017 tarihli ve 137397 evrak sayılı Genelgesi (2017/3 no.lu Genelge) de benzer düzenlemeler içermektedir²⁸.

Diğer taraftan, kanunî temsile ilişkin olarak 2017/3 no.lu Genelge ile 2020/2 no.lu Genelge arasında farklılıklar bulunduğunu ifade etmek gerekir. 2017/3 no.lu Genelge döneminde TMK m. 408’de belirtilen ve ayırt etme gücüne sahip olup yaşlılığı, engelliliği, deneyimsizliği veya ağır hastalığı sebebiyle işlerini gerektiği gibi yönetemeyen kişilerin kendi istekleri üzerine verilen ve kesinleşmiş

²⁴ Büchler, “ZGB Art. 30”; Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku*, 128; Dural - Öğüz, *Kişiler Hukuku*, 184; Erdoğan - Keskin, *Türk Medeni Hukuku*, 317.

²⁵ Dural - Öğüz, *Kişiler Hukuku*, 184.

²⁶ Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku*, 128ff.

²⁷ Öztan, *Kişiler Hukuku*, 429; Erdoğan - Keskin, *Türk Medeni Hukuku*, 317; Büchler, “ZGB Art. 30,” N. 6.

²⁸ 2017/3 no.lu Genelge dönemindeki düzenlemeye yöneltilen benzer eleştiriler için bkz. Arif Barış Öz-bilen, “Mahkeme Kararına Dayanmayan Ad ve Soyadı Değişiklikleri (Nüfus Hizmetleri Kanunu Geçici Madde 8 Hükmüne Bir Bakış),” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 31/140 (2019), 209.

olan kısıtlama kararının bulunması halinde ad değişikliğine ilişkin dilekçelerinin kabul edilip işleme alınacağı, açıkça düzenlenmişti. 2020/2 no.lu Genelge ise bu kimselerin taleplerinin işleme alınabilmesini kanunî temsilcilerinin yazılı iznine bağlamıştır. 2017/3 no.lu Genelge döneminde dilekçeleri işleme alınacağı düzenlenen kısıtlılar bakımından, geçen sürede kanunî temsile dair herhangi bir kanun değişikliği olmadığı hâlde 2020/2 no.lu Genelge’de kanunî temsilcilerinin yazılı izninin aranmaya başlanmış olmasının hukukî bir gerekçesi bulunmamaktadır. Kaldı ki kanuna göre esas olan, kısıtlılık sebebi ne olursa olsun, ayırt etme gücüne sahip kimsenin kişiye sıkı sıkıya bağlı olan ad değişikliği talebinde bulunmayı tek başına gerçekleştirilebilmesidir²⁹. Ayrıca belirtilmelidir ki kısıtlama sebepleri bahsi geçen düzenlemelerde sayılanlarla sınırlı olmayıp örneğin, savurganlık sebebiyle kısıtlanan kimsenin durumuna yer verilmemiş olması da izaha muhtaçtır³⁰. Netice olarak ister genelgede sayılanlardan olsun ister başkaca bir sebeple kısıtlanmış ayırt etme gücüne sahip kısıtlının başvuruda bulunabilmesinin kanunî temsilcisinin yazılı iznine bağlı olmaması gerektiği, aksi yöndeki uygulamada hukuken isabet bulunmadığı kanaatindeyiz.

2. Tam Ehliyetsizler Bakımından

Tam ehliyetsizin adına ilişkin talepler bakımından ne 2017/3 no.lu Genelge’de ne de 2020/2 no.lu Genelge’de özel bir hüküm bulunmaktadır. Ad değişikliği talebi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak kullanımı niteliğinde olsa da doktrinde tam ehliyetsizin menfaatinin korunması amacıyla kanunî temsilcinin ad değişikliği talebinde bulunabileceği kabul edilmektedir³¹. Bu çözüm, mahkeme kararı aranmaksızın idarî yolla ad değişikliği ve düzeltilmesi bakımından da esas alınmalıdır³².

Tam ehliyetsizler bakımından idarî yolla ad değişikliği ve düzeltilmesi talebinde bulunma hakkının kime ait olduğu ayrıca incelenmelidir. Bilindiği üzere, TMK m. 336/I hükmüne göre evliliğin devamı süresince ana ve baba velâyeti birlikte kullanırlar. Velâyetin kapsamına dair TMK m. 339 hükmünde çocuğun adının konulması da yer almaktadır. TMK m. 339/V hükmünde çocuğun öz adının ana ve babası tarafından birlikte konulacağı öngörülmüştür. Ancak ana babadan birinin velâyet hakkına haiz olmaması durumunda velayet hakkına sahip olan ana veya baba çocuğun öz adını koyacaktır³³. Öz adın değiştirilmesi talebi de bu

²⁹ Özbilen, “Ad ve Soyadı Değişiklikleri,” 208.

³⁰ Özbilen, “Ad ve Soyadı Değişiklikleri,” 208.

³¹ Büchler, “ZGB Art. 30,” N. 6; Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku*, 129; Dural - Öğüz, *Kişiler Hukuku*, 184; Öztan, *Kişiler Hukuku*, 429; Erdoğan - Keskin, *Türk Medeni Hukuku*, 318.

³² Özbilen, “Ad ve Soyadı Değişiklikleri,” 210.

³³ Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku*, 119ff.; Mustafa Dural vd., *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2016), 347.

doğrultuda, kanunî temsilci tarafından gerçekleştirilecektir. Öte yandan Yargıtay, velisi tarafından çocuğun *Ruhiye* olan öz adının *Sude* olarak değiştirilmesi talebiyle mahkemeye yapılan başvuruda velâyete sahip olmayan babanın da davaya katılımının sağlanması gerektiğine hükmetmiştir³⁴.

Soyadı bakımından değerlendirildiğinde ise doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. *Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir*'e göre soyadı velâyet yetkisinin kapsamında olmayıp soybağına ilişkin olduğundan velâyet hakkı ana babadan birine aitse veli, tek başına soyadı değişikliği için mahkemeye başvuramaz³⁵. *Erdoğan* ise ayırt etme gücü bulunmayan küçüğün velâyeti ana babadan birine bırakılmışsa velâyet hakkını haiz olanın soyadının değişmesi için dava açabileceği görüşündedir³⁶.

Kanaatimizce hem öz ad hem de soyadı değişikliği talebinde bulunmak bakımından kanunî temsilci yetkili kabul edilmelidir. Zira tam ehliyetsizin adının değiştirilmesi ancak onun menfaatinin korumaya yönelik olmalıdır ve tam ehliyetsizin menfaati öncelikle kanunî temsilcisine emanet edilmiştir. Burada vasinin yetkisinin ayrıca ele alınması gerekir. TMK m. 462 ve 463 hükümlerinde vasinin kimi iş ve işlemleri vesayet ve denetim makamlarının iznine tabi kılınmışsa da ad değişikliği konusunda böyle bir denetim öngörülmemiştir ki zaten kural ad değişikliğinin mahkemeden istenilmesidir. Ancak NHK geçici m. 8 ve geçici m. 11 hükümleri ile getirilen istisna kapsamında vasinin başvuru yetkisinin vesayet ve denetim makamlarının iznine tabi kılınması kanaatimizce isabetli olurdu. Zira

³⁴ “Hukuk Genel Kurulu’ndaki görüşme sırasında, işin esasına girilmeden önce, küçüğün babasının davaya katılımının gerek olup olmadığı, diğer bir deyişle taraf teşkilinde eksiklik olup olmadığı, ön sorun olarak incelenmiştir. (...)”

Diğer taraftan 4721 sayılı TMK’nun 339/son maddesi, çocuğun adını ana ve babası koyar, hükmünü taşımaktadır.

Somut olaya gelince; adı değiştirilmek istenilen küçüğün anne ve babasının boşandıkları, küçüğün velayetinin davacı anneye verildiği, annenin de tek başına eldeki davayı açtığı anlaşılmaktadır. Taraflar boşanmış ve velayet davacı anneye verilmiş olsa da; bu durum eldeki davada dava dışı olan küçüğün babasının gerçekte onun babası olması durumu değiştirmez. Kaldı ki, velayet şartlarında daha sonradan oluşabilecek değişiklik nedeniyle velayetin babaya verilmesi de ihtimal dahilindedir. Yukarıda da belirtildiği üzere çocuğun adını anne ve baba birlikte belirlediklerinden değiştirilmesi talebini de yasal şartların oluşması halinde mahkemeden birlikte istemeleri gerekir. Anne ve babanın bu taleplerini birlikte yapmaları veya değişiklik üzerinde anlaşamamaları halinde birinin başvurusu üzerine diğerinin davada taraf olarak katılımı sağlanmalıdır. Taraf teşkiline ilişkin bu husus dava şartı olup, kamu düzenine ilişkin olmakla davanın her aşamasında mahkemece re’sen dikkat edilmesi gereken bir olgudur.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2010/18-643 K. 2010/648, 08.12.2010; Bahsi geçen kararda, çocuğun katılım hakkına riayet edilmemesi de eleştiri konusu yapılmış ancak bozma nedeni yapılmamıştır. Buradan karara konu çocuğun, ayırt etme gücüne sahip olabileceği anlaşılmaktadır. Ancak sınırlı ehliyetsiz bakımından hem ana hem babanın katılımı aranıyor ise aynı tutumun tam ehliyetsiz bakımından da söz konusu olacağı aşikârdır.

³⁵ Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku*, 129.

³⁶ İhsan Erdoğan, “Şahsiyeti İncitici Soyadı Meselesi,” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6/1-2 (1998), 712.

temsil olunanın yerleşim yerini dahi değiştirirken vesayet makamının iznine ihtiyaç duyan (TMK m. 462/I-14) kanunî temsilcinin idareye yapacağı başvuruda böyle bir denetime tabi olmaması düşünülemez.

3. Ayırt Etme Gücüne Sahip Küçükler Bakımından

Her şeyden önce öz ad ve soyadı üzerinde yapılacak herhangi bir değişiklik kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılmasını gerektirdiğinden ayırt etme gücüne sahip küçük adına gerçekleştirilen ad³⁷ değişikliği talebi, talep kendisinden geliyorsa dinlenebilir³⁸. Bu hususta ana baba veya kanunî temsilcinin rızası aranmayacağı gibi³⁹, kanunî temsilcilerin bu talepte bulunmaları da mümkün değildir. Bununla birlikte uygulamada, küçükler adına kanunî temsilcilerinin öz ad ve soyadı düzeltilmesi ve değişikliği talebinde bulunmaları idarece kabul edilmektedir. E-devlet sistemindeki başvuru ekranında da kişilere on sekiz yaşından küçük çocukları adına başvuru yapabilme imkânı getirilmiştir⁴⁰.

E. ÇOCUĞUN SOYADININ ANA BABASINDAN AYRI OLARAK DEĞİŞTİRİLMESİ

Türk Medenî Kanunu m. 321 hükmünün amacı, ailenin soyadında yeknesaklığı tesis etmektir⁴¹. NHK'nın da hem geçici m. 8 hem de geçici m. 11 hükmünde "*Soyadı değiştirilen erkek ise kendisi ile birlikte varsa karısının ve müraaat tarihinde ergin olmayan çocuklarının da soyadları düzeltilir. Soyadı değiştirilen kadın ise kendisi ile birlikte ergin olmayan evlilik dışı çocukları varsa onların da soyadları düzeltilir.*" düzenlemesi yer almıştır. Bu çerçevede, kocanın soyadını değiştirmesiyle karısı ve ergin olmayan çocuklarının soyadı da kendiliğinden değişir⁴². Çocuğun soyadını anadan alması durumunda ananın soyadını değiştirmesi bakımından da aynı kural geçerlidir. NHK m. 36/I-b hükmünde de mahkeme kararıyla gerçekleştirilecek soyadı değişikliğinde eşin ve ergin olmayan çocukların

³⁷ Çocuğun soyadını ana babasından bağımsız olarak değiştirmek üzere NHK geçici m. 8 ve geçici m. 11 hükümlerine başvurup başvuramayacağı ayrı bir mesele olup aşağıda ele alınacaktır.

³⁸ Ayırt etme gücüne sahip çocuğun ad değişikliği talebini kendisinin gerçekleştirebileceği yönündeki görüş için bkz. Özbilen, "Ad ve Soyadı Değişiklikleri," 209.

³⁹ Evlât edinenin evlat edindiği küçüğe yeni bir öz ad verme hakkına ilişkin düzenlemenin (TMK m. 314/III) karşılığı olan İsviçre Medenî Kanunu (ZGB) Art. 267a/I hükmünde bu hakkın kullanımı çocuğun dinlenmesine hatta on iki yaşını doldurmuş çocuğun rızasının alınmasına bağlanmıştır. Böylece ayırt etme gücüne sahip çocuğun adı üzerindeki hakkı bakımından daha etkili bir korunma getirilmiştir.

⁴⁰ Nüfus ve Vatandaşlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü, "E-Devlet," II / İlçe İdare Kurulu Kararı ile Ad veya Soyadı Düzeltmesine İlişkin Başvuruların Alınması-Kişi Seçimi (Erişim Ekim 20, 2022).

⁴¹ Özen, "Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması," 193.

⁴² 2020/2 no.lu Genelge'de bu hususta "*Soyadını değiştiren erkek ise kendisi ile birlikte eş ve ergin olmayan çocuklarının, soyadını değiştiren kadın; evli değil ise kendisi ile birlikte ergin olmayan evlilik dışı çocuklarının soyadları sistem tarafından değiştirilecektir. Adını değiştiren kişinin çocuklarının baba veya ana adı ergin olup olmadıklarına bakılmaksızın yine sistem tarafından değiştirilecektir. Bu nedenle il veya ilçe idare kurulunca bu durumdaki kişiler için ayrıca karar verilmesine gerek bulunmamaktadır.*" ifadelerine yer verilmiştir.

soyadının da değişeceği düzenlenmiştir. Diğer taraftan ergin çocuklar, kendi soy-larını sürdüreceğinden ana babalarının soyadı değişikliklerinden etkilenmezler⁴³. Bu çerçevede ergin olmayan çocuğun soyadının ergin oluncaya kadar nesebine uygun tutulması kanunkoyucu tarafından irade edilmiştir. Ancak kanaatimizce bu mutlak değildir. Çocuğun üstün yararı var ise mahkeme kararıyla ad değişikliği yoluyla çocuğun soyadı, ana babasından farklı hâle gelebilir⁴⁴. Ancak TMK m. 27/I çerçevesinde gerçekleştirilecek incelemede, çocuğun soyadının değiştirilmesini gerektiren haklı sebep ile çocuğun soybağı yoluyla aldığı soyadını taşıması kuralıyla amaçlanan menfaat her bir somut olayda ayrıca değerlendirilmelidir⁴⁵. Hâkim, karar verirken somut olayda çocuğun, ana babasından farklı bir soyadı almasını gerektirecek bir durum olup olmadığını da değerlendirmiş olacaktır.

Nüfus Hizmetleri Kanunu geçici m. 8 ve geçici m. 11 hükümleri çerçevesindeki ad değişikliği veya düzeltilmesi talepleri bakımından ise kanunkoyucu, bu hükümlerde sayılan nitelikteki adın değiştirilmesi için haklı sebebin var olduğunu peşinen kabul etmiş, değişiklik veya düzeltme talep edilen adın bu nitelikleri taşıyıp taşımadığını değerlendirmek konusunda idareye yetki tanımıştır. Diğer taraftan, idarenin somut olayda çocuğun nesebine uygun soyadını taşıması kuralından ayrılmayı gerektirecek derecede üstün yararını araştırma ve takdir etme olanağı ve yetkisi bulunmamaktadır. Bu itibarla, kanaatimizce, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin NHK geçici m. 8 ve geçici m. 11 hükümlerinde düzenlenen yola soyadları bakımından da başvurmaları mümkün değildir⁴⁶. Çocuğun soyadının değiştirilmesi veya düzeltilmesi ancak mahkemeden talep edilebilir.

F. EVLİ KADININ SOYADINA DAİR TALEBİ

Türk Medeni Kanunu m. 187/I gereğince evli kadın, kocasının soyadını alır. Kadının kocasının soyadını değiştirme veya düzeltme talebinde bulunması mümkün olmayıp bu hususta takdir kocanın kendisine aittir. Ancak doktrinde koca-

⁴³ Özen, "Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması," 193; Ana ve babanın adlarının değişmesi, ergin evlatların nüfus kayıtlarının ana adı ve baba adı kısımları bakımından etki doğurur.

⁴⁴ Tuba Birinci Uzun, "Aile Soyadı Çıkmazı," *Ankara Barosu Dergisi* 4 (2016), 107; Erdoğan da çocuğun ayırt etme gücüne sahip olması hâlinde kanunî temsilcinin rızasına gerek bulunmaksızın soyadını değiştirmek üzere dava açabileceği kanaatindedir. Bkz. Erdoğan, "Soyadı Meselesi," 711ff; Dural ve Öğüz aksi kanaattedir. Yazarlara göre ister velâyet ister vesayet altında olsun, babasının soyadını veya evlilik dışı doğup da anasının soyadını kullanmak zorunda olan çocuk ergin oluncaya kadar soyadını değiştiremez. Bkz. Dural - Öğüz, *Kişiler Hukuku*, 184; Çocuğun soyadının değiştirilmesine ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Esra Dursun, "Örnek Bir Karar Çerçevesinde Çocuğun Soyadının Değiştirilmesi Bakımından Yargıtay'ın Tutumunun Eleştirisi," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 28/1 (2022), 577ff.

⁴⁵ Çocuğun üstün menfaatini tespit etmek için her bir somut olayın ayrı ayrı değerlendirilmesi, 'otomatik değerlendirmelerden' kaçınılması gerekir. Bkz. Dursun, "Çocuğun Soyadının Değiştirilmesi," 581.

⁴⁶ Aksi görüşteki *Özbilen*, çocuğun gülünç veya iğrenç soyadını değiştirmek üzere NHK geçici m. 8 ile öngörülen yola başvurabileceğini ifade etmektedir. Söz konusu görüş için bkz. *Özbilen*, "Ad ve Soyadı Değişiklikleri," 209ff.

nın, haklı sebebin varlığına rağmen soyadını değiştirme talebinde bulunmaktan kaçınması ve hâlihazırdaki soyadının kullanılmasının evli kadın ve çocukların kişiliğine ağır zarar vermesi hâlinde TMK m. 2 hükmünden yararlanılarak bu kimselerin taleplerinin dinleneceği ileri sürülmektedir⁴⁷. Haklı sebebin varlığı hâlinde mahkeme kararıyla soyadının değişmesine dair bu görüşe iştirak etsek de kanaatimizce benzer bir çözümün adın idarî yoldan düzeltilmesine veya değiştirilmesine uygulanmasına imkân yoktur. Zira bu yolda, kadının soyadını değiştirmek bakımından haklı sayılan sebebin, kocasından yahut çocuklarından ayrı bir soyadını kullanmasını da haklı kılıp kılmadığını idarenin araştırma ve takdir etme olanağı ve yetkisi bulunmamaktadır.

Diğer taraftan kadın evli dahi olsa kendi baba veya anasından aldığı soyadının düzeltilmesini veya değiştirilmesini isteyebilir. Kanaatimizce, bunun için söz konusu soyadını hâlihazırda kullanıyor olması da şart değildir. Zira her an kadının bu soyadını, kocasının soyadının önünde kullanmaya hakkı olduğu gibi boşanma hâlinde de kadın bu soyadını kullanacaktır.

G. BOŞANDIĞI KOCASININ SOYADINI KULLANAN KADININ DURUMU

Türk Medeni Kanunu m. 173/II kadına belirli koşullar altında boşandığı kocasının soyadını kullanabilme olanağı tanımaktadır. Boşandığı kocasının soyadını kullanmakta olan kadının söz konusu soyadını kullanmasının temelinde bu soyadıyla tanınıyor olmak gibi bir menfaatinin korunması yatmaktadır. Fakat kadının hâlen bu soyadını kullanıyor olması, boşandığı kocasıyla bağlantısının sürdüğü anlamına gelmez. Hatta kadının daha sonra yeniden evlenmesi hâlinde yeni kocasının soyadının önünde eski kocasının soyadını kullanması dahi mümkündür⁴⁸. Dolayısıyla boşandığı kocasının soyadının değiştirilmesi ve düzeltilmesinden kanaatimizce kadın etkilenmez.

Ele alınması gereken bir diğer sorun ise boşandığı kocasının kullanmaya devam ettiği soyadındaki imlâ hatasının giderilmesini talep etmeye kadının yetkili olup olmadığıdır. Kanaatimizce kadına, buna menfaati olduğu ve bu değişikliğin boşandığı kocasının soyadını kullanmaktaki menfaatine halel getirmediği ölçüde eski kocadan bağımsız olarak izin verilmesi gerekir. Elbette ki değişiklik kadının soyadıyla sınırlı kalacak ve eski koca bu durumdan etkilenmeyecektir. Diğer taraftan kadının, eski kocasından aldığı soyadının değiştirilmesini isteme hakkı kanaatimizce basit imlâ düzeltmeleri ile sınırlı olup soyadının gülünç olması gibi bir sebeple tamamen değiştirilmesi bu kapsamda değildir. Kadının eski kocasının soyadı yerine yeni bir soyadı seçme olanağı bulunmamaktadır. Kadın ancak söz konusu soyadını kullanmayı bırakabilir.

⁴⁷ Erdoğan - Keskin, *Türk Medeni Hukuku*, 318; Erdoğan, "Soyadı Meselesi," 711.

⁴⁸ Detaylı bilgi için bkz. Dural - Öğüz, *Kişiler Hukuku*, 177.

H. ERGİN ALTSOY İLE BİRLİKTE BAŞVURU OLANAĞI

Ergin çocuklar, soyadlarını babalarıyla, soyadlarını analarından almışlarsa analarıyla, birlikte değiştirmek böylece ana babalarıyla aralarında soyadı farkının olmasını engellemek isteyebilirler. Elbette ki ergin çocuklar, kendi başına, babasının talebiyle paralel biçimde bir talepte bulunabilir. Ancak bunlar ayrı değerlendirilmeye alınacağından idarenin söz konusu taleplere farklı cevaplar verme ihtimâli her zaman söz konusudur.

Esasen ana veya baba ile ergin altsoyun aynı doğrultudaki taleplerinden birinin idarece kabul edilip diğerinin reddedilmesi hukuka uygun düşmez. Bu sonuç, yargı yoluyla düzeltilebilir. Ancak gereksiz bir yargı yükü doğurmamak ve doğabilecek ihtilafları önceden önleyebilmek adına, ikincil mevzuatla, altsoy-üstsoyun birlikte başvuruda bulunmasına olanak tanınarak söz konusu taleplerin birlikte değerlendirmeye alınmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz.

III. YARGI DENETİMİ

A. HUKUK MAHKEMELERİNİN GÖREVİ ALANINA GİREN DENETİM

Türk Medeni Kanunu m. 27/IV hükmüne göre ad değiştirilmesinden zarar gören kimse, bunu öğrendiği günden başlayarak bir yıl içinde değiştirme kararının kaldırılmasını dava edebilir. İtiraz, adını değiştiren kimseye yöneltilir⁴⁹. İspat yükü, davacıdadır⁵⁰.

Ad değişikliğine itiraz davası, esasen TMK m. 27/I'de düzenlenen haklı sebebin varlığı ve hâkimin kararıyla ad değişikliği neticesinde zarar gören kimsenin dava hakkına yöneliktir. Ancak kanaatimizce NHK geçici m. 8 ve geçici m. 11 hükümleri çerçevesindeki ad düzeltilmesinden zarar gören kimseler bakımından da bu hüküm kıyasen uygulanabilir.

B. İDARÎ YARGININ GÖREV ALANINA GİREN DENETİM

Nüfus Hizmetleri Kanunu geçici m. 8 ve geçici m. 11, il ve ilçe idare kullarının vereceği kararı kesin saymıştır. Belirtilmelidir ki bu kesinlik, adli bir kesinlik değil yalnızca idarî bir kesinliktir. Yani bu kararlar aleyhine bir vesayet makamına yahut hiyerarşik üste itiraz etme olanağı tanınmamıştır. Ancak Anayasa⁵¹ m. 125 idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğunu hükme bağlamıştır.

⁴⁹ Öztan, *Kişiler Hukuku*, 435.

⁵⁰ Öztan, *Kişiler Hukuku*, 436.

⁵¹ TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASI, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18/10/1982, Yayımlandığı Resmî Gazete Tarihi ve Sayısı: 9/11/1982-17863 (Mükerrer).

Ad değişikliği veya düzeltilmesi başvurusu idarece reddedilen kişiler, idarenin bu kararı aleyhine tebliğ tarihinden itibaren altmış gün içerisinde idare mahkemesinde iptal davası açabilirler (İYUK⁵² m. 2, 3, 7). Kanaatimizce, haklı sebebe dayanarak asliye hukuk mahkemesinden ad değişikliği talep edebilecek kimsenin bu uyuşmazlığı idarî yargıya taşınması imkânı verilmek yerine özel bir düzenlemeyle idarenin talebin reddi yönündeki işlemlerine karşı yargı yolu bakımından TMK m. 27 hükümlerinin uygulanacağını hükme bağlamak yerinde olurdu.

Karşılaşılabilecek bir diğer sorun ise idarenin, NHK geçici m. 8 ve geçici m. 11 hükümlerine aykırı olan ancak TMK m. 27/IV anlamında bir başkasına zarar verecek nitelikte olmayan bir ad değişikliği yapması hâlidir. Örneğin, imlâ hatası bulunmayan, gülünç, iğrenç, ahlâk ve edep kurallarına aykırı nitelikte olmayan ya da kişiyi toplum nezdinde zor duruma sokmayan bir öz ad veya soyadın değiştirilmesi talebinin idarece kabul edilmesi hâlinde, öz adını değiştiren çocuğuna o öz adı koyan ana baba⁵³ veya soyadını değiştiren babanın ergin evladı bu idarî işlemin iptalini isteyebilecek midir? Kanaatimizce, bu durum İYUK m. 2/I-a anlamında menfaat ihlâlî koşulunu sağlayacağından ana veya babanın bu davanın açılmasının önünde ehliyet yönünden bir engel bulunmamaktadır. Söz konusu örnekte hâkim kararı olmadan nüfus kütüğünde ismi değiştiren idarenin işlemi, kanaatimizce şekil ve sebep yönünden hukuka aykırı olacağından işlemin iptali gerekir.

Öte yandan ad değişikliği veya düzeltilmesi işlemini nüfus idaresi gerçekleştirdiğinden bu işleme karşı ne Nüfus Genel Müdürlüğü ne de nüfus müdürlükleri iptal davası açabilir. Kaldı ki bu kurumlar, söz konusu davanın davalısıdır.

SONUÇ

Ad, kişiliğin özel olarak korunan bir parçasıdır. Öz ad ve soyadından ibaret adın, herkes tarafından taşınması zorunludur. Ad, kural olarak değiştirilemez. Ancak kanunkoyucu haklı bir sebebin varlığı hâlinde mahkeme kararıyla adın değiştirilmesine müsaade etmiştir. Bunun yanında NHK geçici m. 8 ve geçici m.

⁵² İDARİ YARGILAMA USULÜ KANUNU, Kanun Numarası: 2577, Kabul Tarihi: 6/1/1982, Yayımlandığı Resmî Gazete Tarihi ve Sayısı: 20/1/1982-17580.

⁵³ Evlilik birliği içerisinde doğan çocuğun adının velayet hakkına sahip olan ana ve baba tarafından konulacağına ilişkin TMK m. 339/V hükmünün düzenleniş yeri ve tarzı ad koyma hakkının velayete bağlı olduğunu göstermektedir. Eğer ana veya babadan biri ayırt etme gücüne sahip değilse, ölmüşse ya da velayeti haiz değilse adı velayete sahip olan ebeveyn koyar. Eğer her ikisi de ölmüş ya da velayeti haiz değilse ise çocuğun adını vasi koyar (TMK m. 445/II). Evlilik dışı doğan çocuk bakımından ise velayet annede olacağından çocuğun adını anne koyar ancak anne ölmüş veya velayeti kaybetmiş ise çocuğun adını vasi atanmışsa vasi, velayet babaya bırakılmışsa baba koyar. Ana babası bilinmeyen, bulunmuş çocukların ya da zihinsel engelli kimselerin adını NHK m. 19 çerçevesinde nüfus memuru koyar. *Bkz.* Oğuzman vd., *Kişiler Hukuku*, 119-121. Evlat edinmede evlat edinen TMK m. 314/III çerçevesinde dilerse çocuğa yeni bir öz ad koyabilir. *Bkz.* Ayan - Ayan, *Kişiler Hukuku*, 143.

11 hükümleri yoluyla idarî yolla, mahkeme kararına gerek duyulmaksızın, ad değişikliği ve düzeltilmesine imkân tanınmıştır. Söz konusu düzenlemeler, yargının yükünü hafifletmek ve ad konusundaki mağduriyetleri hızlı bir biçimde gidermek amacına matuftur. Esasen doğru düzenlenmesi ve işlemesi kaydıyla mahkeme kararı aranmaksızın idarî yolla ad değişikliği ve düzeltilmesinin kalıcı hâle gelmesi tartışılmaya değer bir husustur. Nitekim bu usul NHK'da geçici maddelerle düzenlenmiş olmasına rağmen önemli bir süredir yürürlüktedir. Hatta NHK geçici m. 11 hükmünün yürürlüğü Cumhurbaşkanlığı kararıyla üç yıl daha uzatılabilecektir. Diğer taraftan mevcut düzenlemelerin içeriği ve uygulamasında medenî hukuk açısından üzerinde durulması gereken hususlar söz konusudur. Metin içerisinde çözüm aradığımız münferit problemlerin bu bağlamda göz önünde bulunmasının, mahkeme kararı aranmaksızın, idarî yolla ad değişikliği ve düzeltilmesi kurumuna katkı sağlayacağı düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

- Akipek, Jale - Akıntürk, Turgut. *Türk Medenî Hukuku: Birinci Cilt - İkinci Cüz Şahsın Hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2. Basım, 1996.
- Akipek, Jale vd., *Kişiler Hukuku*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 14. Basım 2018.
- Ayan, Mehmet - Ayan, Nurşen. *Kişiler Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 8. Basım, 2016.
- Birinci Uzun, Tuba. "Aile Soyadı Çıkmazı." *Ankara Barosu Dergisi* 4 (2016), 97-138.
- Büchler, Andrea. "Art. 29." *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch OFK - Orell Füssli Kommentar*. ed. Jolanta Kren Kostkiewicz et al. 173-175. Zürich: Orell Füssli Verlag AG, 4. Auflage, 2021.
- Büchler, Andrea. "Art. 30." *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch OFK - Orell Füssli Kommentar*. ed. Jolanta Kren Kostkiewicz et al. 176-178. Zürich: Orell Füssli Verlag AG, 4. Auflage, 2021.
- Çoban, Vedat vd. "İnsanların Ad-Soyad Değiştirme ve Düzeltme Gerekçelerinin Analizi." *Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 31/1 (2021), 405-417.
- Demirbaş, Ali. "Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda Yapılan Son Değişiklikler." *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14/179-180 (2019), 1435-1461.
- Dural, Mustafa vd. *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 12. Basım, 2016.
- Dural, Mustafa - Ögüz, Tufan. *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 8. Basım, 2022.
- Dursun, Esra. "Örnek Bir Karar Çerçevesinde Çocuğun Soyadının Değiştirilmesi Bakımından Yargıtay'ın Tutumunun Eleştirisi." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 28/1 (2022), 575-601.
- Erdoğan, İhsan. "Şahsiyeti İciticisi Soyadı Meselesi." *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6/1-2 (1998), 705-712.
- Erdoğan, İhsan - Keskin, A. Dilşad. *Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku)*. Ankara: Gazi Kitabevi, 2. Basım, 2020.
- Hatemi, Hüseyin. *Kişiler Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 6. Basım, 2017.
- Oğuzman, M. Kemal vd. *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 16. Basım, 2016.
- Özbilen, Arif Barış. "Mahkeme Kararına Dayanmayan Ad ve Soyadı Değişiklikleri (Nüfus Hizmetleri Kanunu Geçici Madde 8 Hükümüne Bir Bakış)." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 31/140 (2019), 193-220.
- Özdemir, Hayrunnisa. "Türk ve İsviçre Medeni Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 57/3 (2008), 561-598.
- Özen, Burak. "Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması ve Bu Yolla Kazanılan Soyadında Değişiklik Yapılması." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 16/3-4 (2010), 171-194.

- Öztan, Bilge. *Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler*. Ankara: Yetkin Hukuk Yayınları, 11. Basım, 2021.
- Riemer, Hans Michael. *Personenrecht Des ZGB*. Bern: Stämpfli Verlag AG, 2. Auflage, 2002.
- Serozan, Rona. *Medeni Hukuk: Genel Bölüm/Kişiler Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 8. Basım, 2018.
- Zeytin, Zafer - Ergün, Ömer. *Türk Medeni Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 5. Basım, 2020.



Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 9. Maddesinin Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi^(*)

The Impact of Article 9 of the Turkish Civil Procedure Code on the International Jurisdiction of Turkish Courts

Dr. Öğr. Üyesi Rumeysa PARTALCI^(**)

Öz

Bu çalışma kapsamında, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 9'un, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine etkisinin açıklanması amaçlanmaktadır. Bu amaçla üç ana bölümden oluşan bir sistem izlenmektedir. Öncelikle, Türk mahkemelerinin milletlerarası anlamda yetkisi üzerinde durulmaktadır. Bu kapsamda, genel kural olan 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) m. 40 ve diğer özel yetki kurallarına değinilmektedir. Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin belirlenmesi konusundaki açıklamalardan sonra, Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında genel yetkili mahkemeyi öngören HMK m. 9'un açıklanmasına geçilmektedir. Madde, iyi anlaşılabilmesi için, mülga 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) ile karşılaştırmalı bir şekilde ele alınmaktadır. Özellikle Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında açılacak malvarlığı davalarında ek yetki kuralı bakımından HMK m. 9 ile HUMK m. 16'nın karşılıklı değerlendirmesi yapılmaktadır. HUMK m. 16'nın değiştirilmesinin sonuçlarına ve bu hususta doktrinde yer alan görüşlere yer verilmektedir.

Anahtar Kelimeler

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, Türkiye'de Yerleşim Yeri Bulunmayanlar Hakkında Genel Yetkili Mahkeme.

^(*) Araştırma Makalesi / [Makale Geliş Tarihi](#): 31.05.2022 - [Makale Kabul Tarihi](#): 18.10.2022
[DOI](#): 10.56701/shd.1124285

^(**) Sakarya Üniversitesi, Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Sakarya - Türkiye
[E-posta](#): rbagci@sakarya.edu.tr
[Orcid No](#): <https://orcid.org/0000-0002-2357-5021>

Abstract

In this paper, it is aimed to explain the impact of art. 9 of Code of Civil Procedure No. 6100 on the international jurisdiction of Turkish courts. For this purpose, a system, which consists of three main parts, is followed. First of all, the international jurisdiction of Turkish courts is determined. In this context, art. 40 which is the general jurisdiction rule of Turkish Code of Private International and Procedural Law No. 5718 and the special jurisdiction rules are examined. After the explanations regarding the determination of the international jurisdiction of the Turkish courts, art. 9 of Code No. 6100, which is the general rule about persons who do not have a domicile in Turkey, is explained. Art. 9 is examined comparatively with the former Code of Civil Procedure No. 1086 for a better understanding. Especially, there is a comparative examination of art 9 of Code No. 6100 and art. 16 of former Code No. 1086 includes the additional rule about action in property rights of persons who do not have a domicile in Turkey. The results of the amendment of art.16 of former Code No. 1086 and the views in the doctrine on this issue are included.

Keywords

Turkish Code of Private International and Procedural Law, Turkish Code of Civil Procedure, Former Turkish Code of Civil Procedure, International Jurisdiction of Turkish Courts, General Jurisdiction Rule About Persons who do not have Domicile in Turkey.

GİRİŞ

Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında genel yetkili mahkemeyi belirten 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹ (HMK) m. 9, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun² (MÖHUK) m. 40’ın iç hukukun yetki kurallarına yaptığı yollama dolayısıyla, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi belirlenirken de gündeme gelmektedir. HMK m. 9, mülga 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu³ (HUMK) m. 9/1 ve m. 16’nın birleşiminden oluşan bir hükümdür.

Çalışma kapsamında, HMK m. 9’un Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi üzerindeki etkilerine değinilecektir. Özellikle malvarlığı davalarına ilişkin getirilen ek yetki kuralının Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi üzerinde önemli sonuçları olmuştur. Bu hususta HMK m. 9’da, mülga HUMK m. 16’dan çok farklı bir hüküm getirilmektedir. Yapılan değişiklik sonucunda, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini kısıtlayan önemli sonuçlar ortaya çıkmıştır. Çalışmada bu hususta doktrinde yer alan görüşlere de yer verilmekte ve bunlar ışığında değerlendirmeler yapılmaktadır.

¹ RG. 4.2.2011/27836.

² RG. 12.12.2007/26728.

³ RG. 2,3,4.7.1927/622,623,624.

I. TÜRK MAHKEMELERİNİN MİLLETLERARASI YETKİSİNİN BELİRLENMESİ

A. GENEL OLARAK TÜRK MİLLETLERARASI YETKİ SİSTEMİ

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine ilişkin kurallar, MÖHUK m. 40 ile 46 arasında düzenlenmektedir. MÖHUK m. 40, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi bakımından genel bir kural öngörmektedir⁴. Bu kurala göre, Türk mahkemelerinin bir davada milletlerarası yetkisinin bulunup bulunmadığı, iç hukukumuzdaki yer itibariyle yetki kuralları kapsamında belirlenecektir⁵. Ancak MÖHUK, iç hukuka yapılan bu atfın yanı sıra ayrıca bazı özel yetki kuralları da öngörmektedir. Bu özel yetki kuralları MÖHUK m. 41-46 arasında düzenlenmiştir. MÖHUK m. 41 Türklerin kişi hallerine ilişkin davaları için, MÖHUK m. 42 yabancıların kişi hallerine ilişkin bazı davalar için, MÖHUK m. 43 miras davaları için, MÖHUK m. 44 iş sözleşmesi ve iş ilişkisi davaları için, MÖHUK m. 45 tüketici sözleşmesine ilişkin davalar için ve MÖHUK m. 46 sigorta sözleşmesine ilişkin davalar için özel yetki kuralları düzenlemektedir. Böylece, MÖHUK'ta karma nitelikte bir milletlerarası yetki sistemi kabul edilmektedir⁶. Bu sistem ile amaç, milletlerarası yetkinin sadece iç hukukun yetki kurallarına göre belirlenmesinin yaratacağı sorunları bertaraf etmektir⁷.

Doktrinde özel yetki kurallarının, MÖHUK m. 40'da hüküm altına alınan genel yetki kuralı karşısında, nasıl uygulanacağı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlığın, MÖHUK'ta yer alan özel yetki kurallarının kapsamına girmesi durumunda, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi bu özel yetki kurallarına göre belir-

⁴ Aysel Çelikel and B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk: Genel Kurallar, Milletlerarası Özel Hukuk, Milletlerarası Usul Hukuku* (17th edn, Beta 2021) 566; Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9th edn, Beta 2021) 458; Işıl Özkan and Uğur Tütüncübaşı, *Uluslararası Usul Hukuku*, (2nd edn, Adalet 2020) 74.

⁵ Ergin Nomer, *Devletler Hususî Hukuku: Kanunlar İhtilâfî Hukuku, Milletlerarası Usul Hukuku, Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (23rd edn, Beta 2021) 454; Çelikel and Erdem (n 2) 566; Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019) 147; Gülören Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Bağlama Kuralları* (13th edn, Vedat 2020) 403; Gülören Tekinalp, Ergin Nomer and Ayşe Odman Boztosun, *Private International Law in Turkey* (Kluwer Law International BV 2012) 200; Şanlı, Esen and Ataman-Fıganmeşe (n 2) 458; Ceyda Süral, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi' (2012) 26(100) TBB Dergisi 167, 171; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7th edn, Savaş 2021) 61; Gülin Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (2nd edn, Yetkin 2021) 240; Hacı Can and Ekin Tuna, *Milletlerarası Usul Hukuku* (2nd edn, Adalet 2019) 86; Zeynep Derya Tarman, *Milletlerarası Özel Hukuk El Kitabı* (2nd edn, Vedat 2019) 26, Özkan and Tütüncübaşı (n 2) 75.

⁶ Çelikel and Erdem (n 2) 567; Nuray Ekşi, 'Devletler Özel Hukukunda Aşırı Yetki Kuralları' (1999) 11(1-3) MARUHAD 247, 247.

⁷ Çelikel and Erdem (n 2) 567; Ekşi, 'Aşırı Yetki' (n 4) 247.

lenmelidir⁸. Somut olayda söz konusu olan uyuşmazlığın öncelikle MÖHUK'ta yer alan özel yetki kurallarının kapsamında bulunup bulunmadığına dikkat edilmelidir⁹. Dolayısıyla uyuşmazlığın MÖHUK'ta bulunan özel yetki kurallarının kapsamına girmesi halinde, uyuşmazlık bakımından yetkili bir Türk mahkemesinin bulunup bulunmadığı sadece ilgili özel yetki kuralı çerçevesinde belirlenmektedir¹⁰. Kanaatimizce de, milletlerarası özel yetki kurallarının kapsamına giren bir ihtilaf hakkında, öncelikle MÖHUK m. 41-46 arasında belirtilen kurallara göre yetkili mahkeme belirlenmelidir. Bu uyuşmazlık hakkında MÖHUK m. 40'ın yollama yaptığı iç hukukun yetki kurallarının araştırılmasına gerek bulunmamaktadır¹¹.

Doktrinde bulunan diğer görüşe göre ise, milletlerarası özel yetki kurallarının kapsamına giren bir uyuşmazlık hakkında, MÖHUK m. 40 uyarınca iç hukukumuzdaki yetki kuralları da uygulanma imkânına sahiptir¹². Bu görüşe göre, milletlerarası yetkinin belirlenmesi konusunda öncelik ülke içi yetki kurallarındır¹³. Özel nitelikteki milletlerarası yetki kuralları, iç hukukun yer bakımından yetki kurallarına göre mahkemelerin milletlerarası yetkisinin kurulamadığı durumlarda istisnai olarak uygulanmaktadır¹⁴.

B. MÖHUK MADDE 40'DA DÜZENLENEN GENEL YETKİ KURALI VE HMK M. 6

MÖHUK m. 40 ile yabancılık unsuru bulunan ihtilaflar hususunda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, iç hukukun yer bakımından yetki kurallarına bağlanmıştır¹⁵. Usul hukuku bakımından yer itibarıyla yetkili bir mahkemenin bulunması, milletlerarası yetkinin varlığı için de zorunlu bir unsurdur¹⁶. Bir davada iç hukuka göre yetkili bir mahkeme yoksa milletlerarası yetkili bir

⁸ Çelikel and Erdem (n 2) 567; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 2) 458-459; Doğan (n 3) 61. MÖHUK m. 41 özelinde bu görüşü belirtenler de bulunmaktadır, bkz., Bilgin Tiryakioğlu, 'Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi' in *Tuğrul Arat'a Armağan* (Yetkin 2012) 1157; Mine Tan Dehmen, 'Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalar Bakımından 5718 Sayılı MÖHUK'ta Kabul Edilen Yetki Kuralı' (2013) 33(1) MHB 169, 171; Can and Tuna (n 3) 89.

⁹ Çelikel and Erdem (n 2) 567; Can and Tuna (n 3) 89.

¹⁰ Şanlı (n 3) 147; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 2) 458.

¹¹ MÖHUK m. 41'in uygulaması bakımından bunun pratik bir öneminin olmadığı belirtilmektedir, bkz., Tan Dehmen (n 17) 188. Zira MÖHUK m. 41 hükmü gereğince ilk olarak Türkiye'de yer itibarıyla yetkili bir mahkeme bulunup bulunmadığı tespit edilmektedir.

¹² Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (n 3) 473, 478; Nuray Ekşi, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi* (2nd edn, Beta 2000) 47.

¹³ Ekşi *Milletlerarası Yetki* (n 10) 47.

¹⁴ İbid.

¹⁵ Çelikel and Erdem (n 2) 566; Şanlı (n 3) 147; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 2) 458.

¹⁶ Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (n 3) 455; Tekinalp, Nomer and Odman Boztosun (n 3) 200, Özkan and Tütüncübaşı (n 2) 75.

mahkeme de mevcut değildir¹⁷. Doktrinde, iç hukukun yetki kurallarını esas alan bu milletlerarası yetki düzenlemesinin, uygulanması kolay bir sistem oluşturduğu belirtilmiştir¹⁸.

Mülga 2675 Sayılı MÖHUK¹⁹ m. 27 de, 5718 Sayılı MÖHUK m. 40 ile aynı doğrultuda bir düzenleme içermektedir. Böylece 2675 Sayılı MÖHUK döneminde de, Türk mahkemelerinin yabancılık unsuru taşıyan bir dava bakımından yetkili olup olmadığı hususu, iç hukuk hükümleri uyarınca o davaya bakabilecek yer bakımından yetkili bir mahkemenin bulunması şartına bağlıdır²⁰.

İç hukukumuzdaki yer bakımından yetki kuralları, başta HMK ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu²¹ (TMK) olmak üzere çeşitli kanunlarda düzenlenmiştir.

İç hukukun yer bakımından yetki kuralları incelenirken ilk ele alınması gereken, 6100 sayılı HMK m. 6'daki genel yetki kuralıdır²². HMK m. 6/1 uyarınca: “*genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir*”. Tüzel kişiler için maddede belirtilen yerleşim yeri, tüzel kişinin ana statüsünü gösteren belge, senet ya da tüzükte yer alan merkezinin bulunduğu yer mahkemesi olacaktır²³. Ancak bu ana statüde yerleşim yeri belirtilmemiş ise, tüzel kişinin idari işlerinin yoğunlaştığı yer yerleşim yeri sayılacaktır²⁴.

HMK m. 6/2'ye göre, yerleşim yeri TMK hükümleri uyarınca belirlenmelidir. TMK m. 19/1 gereğince; “*Yerleşim yeri bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir*”.

¹⁷ Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (n 3) 455; Şanlı (n 3) 148; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 2) 458; Süral (n 3) 171.

¹⁸ Çelikel and Erdem (n 2) 566.

¹⁹ RG. 22.05.1982/17701.

²⁰ Yılmaz Altuğ, *Türk Milletlerarası Usul Hukuku: Devletler Hususî Hukukunda Yargı Yetkisi* (3rd edn, İstanbul Fakülteler Matbaası 1983) 53; Ekşi, ‘Aşırı Yetki’ (n 4) 247; Ekşi *Milletlerarası Yetki* (n 10) 81.

²¹ RG. 8.12.2001/24607.

²² Çelikel and Erdem (n 2) 569.

²³ Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (n 3) 456; Çelikel and Erdem (n 2) 571; Rona Aybay and Esra Dardağan, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması: Kanunlar İhtilafı* (2nd edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008) 48; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 2) 467; Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan and Hülya Taş Korkmaz (eds), *Pekcanitez Usûl Medenî Usul Hukuku* (15th edn, On İki Levha 1/03, 2017) 271; Abdurrahim Karslı, *Medeni Muhakeme Hukuku* (5th edn, Filiz 2020) 198; Baki Kuru and Burak Aydın, *İstinâf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı* (4th edn, Yetkin 2020) 64; Şanal Görgün, Levent Börü, Barış Toraman and Mehmet Kodakoğlu, *Medenî Usûl Hukuku* (9th edn, Yetkin 2020) 163; Doğan (n 3) 65; Tarman (n 3) 27.

²⁴ Çelikel and Erdem (n 2) 571; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 2) 467; Tarman (n 3) 27.

II. TÜRKİYE’DE YERLEŞİM YERİ BULUNMAYANLAR HAKKINDA GENEL YETKİLİ MAHKEME

A. GENEL OLARAK

HMK m. 6 uyarınca, davalının yerleşim yeri mahkemesi genel olarak yetkili mahkemedir. Ancak davalının Türkiye’de bir yerleşim yeri yoksa uygulanması gereken madde, HMK m. 9 olmaktadır.

HMK m. 9/1’de, “*Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında genel yetkili mahkeme, davalının Türkiye’deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesidir*” denilmektedir. Dolayısıyla, Türkiye’de yerleşim yeri olmayanlara karşı açılacak davalarda genel yetkili mahkeme, bu kişilerin Türkiye’deki mutad meskenlerinin bulunduğu yer mahkemesidir²⁵.

6100 Sayılı HMK’den önce yürürlükte bulunan mülga HUMK’ta Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında yetkili mahkeme farklı düzenlenmiştir. Mülga 1086 Sayılı HUMK m. 9/1 gereğince, davalının ikametgâhı²⁶ belli değilse, davaya Türkiye’de son defa oturduğu yer mahkemesinde bakılmalıdır²⁷.

HMK m. 9, Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında genel yetkili mahkemeyi belirlerken, HUMK m. 9/1, davalının ikametgâhının belli olmaması halinde yetkili mahkemeyi göstermektedir. Ayrıca yetkilendirilen mahkeme de iki kanunda farklıdır. HMK m. 9, yetkili mahkeme olarak, davalının mutad meskeni mahkemesini, HUMK m. 9/1 ise, davalının son defa oturduğu yer mahkemesini yetkili kılmaktadır.

²⁵ Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (n 3) 459; Çelikel and Erdem (n 2) 572; Tekinalp, Nomer and Boztosun (n 3) 200; Şanlı (n 3) 151; Baki Kuru, Ramazan Arslan and Ejder Yılmaz, *Medenî Usul Hukuku* (25th edn, Yetkin 2014) 132; Pekcanitez (n 13) 271; Karslı (n 13) 198; Timuçin Muşul, *Medenî Usul Hukuku* (3rd edn, Adalet 2012) 82; Kuru and Aydın (n 13) 64; Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (Yetkin 2011) 37; Mustafa Kırmızı, *6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemelerinde Görev ve Yetki* (Seçkin 2011) 38, 57, 185; Haydar Karahacıoğlu and Aynur Parlar, *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (Bilge 2012) 97; Taylan Özgür Kiraz, *Gereççeli 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat* (Adalet 2012) 28; Görgün, Börü, Toraman and Kodakoğlu (n 13) 164; Doğan (n 3) 63; Süral (n 3) 172; Güngör (n 3) 242; Tarman (n 3) 27; Zeynep İstemi, *Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Milletlerarası Yetki* (Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi 2020) 57; Burak Huysal, ‘Milletlerarası Yetkinin Belirlenmesinde Mutad Meskenin Doğurduğu Sorunlar ve HMK Madde Dokuz Üzerine Bazı Öneriler’ in *Milletlerarası Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisine İlişkin Güncel Tartışmalar, Ulusal Konferans 20 Şubat 2021* (On İki Levha 2021) 98.

²⁶ HUMK’ta yer alan “ikametgah” kavramı, TMK ile uyumun sağlanması amacıyla HMK’da “yerleşim yeri” olarak değiştirilmiştir, Çelikel and Erdem (n 2) 570. Çalışmamızda HUMK dönemindeki duruma değinilirken, HUMK m. 9/1’in metni doğrultusunda, ikametgah terimi tercih edilmektedir.

²⁷ Altuğ (n 9) 54; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü* (6th edn, Demir Demir Yayıncılık 1/06, 2001) 406; H. Yavuz Alangoya, M. Kâmil Yıldırım and Nevhis Deren-Yıldırım, *Medenî Usul Hukuku Esasları* (8th edn, Beta 2011) 94.

B. “SON DEFA OTURULAN YER” İLE “MUTAD MESKEN” KAVRAMLARININ KARŞILAŞTIRILMASI

Mutad mesken, milletlerarası özel hukuka ilişkin antlaşmalarda ve devletlerin iç hukuklarında uygulanacak hukukun belirlenmesi ve mahkemelerin milletlerarası yetkisinin tespitinde çokça başvurulan bir bağlama noktasıdır²⁸. Türk hukukunda da milletlerarası özel hukuka ilişkin düzenlemelerde mutad mesken bağlama noktası kullanılmaktadır. 2011 tarihli HMK ile de artık Türk hukukunda kullanılan bir kavram olmuştur.

Mutad mesken bağlama noktasına bu kadar çok başvurulmasının nedeni, yerleşim yeri bağlama noktasının tayininde zorluklar yaşanmasıdır. Dolayısıyla mutad mesken, yerleşim yerinin tespitinde yaşanan güçlükler nedeniyle milletlerarası özel hukukunun ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla ortaya çıkan bir kavramdır²⁹. Yerleşim yerinin, genellikle gerçek ve fiili durumu yansıtmaması, farklı hukuk sistemlerinde farklı şekilde yorumlanması yaşanan güçlüklerden bazılarıdır³⁰. Mutad mesken kavramı ise, yerleşim yeri kavramından farklı olarak, gerçek ve fiili durumu yansıtmakta ve maddi bir gerçeği ifade etmektedir³¹.

Yaygın bir şekilde bağlama noktası olarak kullanılsa da, mutad mesken kavramının herkes tarafından oy birliği ile kabul edilen bir tanımı bulunmamaktadır³².

Doktrinde mutad mesken kavramı, “*fiilen oturulan yer*”³³, “*kişinin hayat ilişkilerinin merkezi*”³⁴, “*kişinin yaşamının ağırlık merkezinin bulunduğu yer*”³⁵ şeklinde ifade edilmiştir.

Doktrinde bulunan başka bir tanıma göre mutad mesken, “*gerçek hayat ilişkilerinin sürdüğü, kişinin fiilen oturduğu ve oturmak isteği ve iradesinde olduğu*

²⁸ Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (n 3) 120; Çelikel and Erdem (n 2) 188; Tekinalp (n 3) 57; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 2) 40; İlyas Arslan, *Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı* (On İki Levha 2014) 3; Huysal, *HMK Madde Dokuz* (n 24) 99.

²⁹ Ekşi, *Milletlerarası Yetki* (n 10) 91; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 2) 40; Arslan (n 28) 18.

³⁰ Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (n 3) 119; Çelikel and Erdem (n 2) 187; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 2) 39-41; Arslan (n 28) 17-18.

³¹ Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (n 3) 122; Çelikel and Erdem (n 2) 187-188; Tekinalp (n 3) 57; Ekşi, *Milletlerarası Yetki* (n 10) 92; Günseli Öztekin Gelgel, ‘Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırılmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler’ (2005) 4(8) İTÜSD 119, 132; Ziya Akıncı and Cemile Demir Gökyayla, *Milletlerarası Aile Hukuku* (Vedat 2010) 215; Faruk Kerem Giray, *Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonan Çocukların İadesi* (Beta 2010) 55; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 2) 41; Arslan (n 28) 45.

³² Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (n 3) 120; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 2) 44; Arslan (n 28) 40.

³³ Çelikel and Erdem (n 2) 187.

³⁴ Tekinalp (n 3) 57.

³⁵ Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (n 3) 121.

yerdir”³⁶. Bu hususta yine farklı bir tanıma göre mutad mesken, “*bir kimsenin belirli bir yerde, kendi istek ve iradesiyle, o yeri hayat ilişkilerinin merkezi yapmaya yetecek derecede kısa veya uzun bir süreliğine oturmasıdır*”³⁷.

Herkes tarafından üzerinde uzlaşılan genel bir tanımı olmasa da, doktrinde mutad mesken kavramının niteliği konusunda çoğunlukla benzer açıklamalar yapılmaktadır. Mutad mesken kavramının, bir yerde “makul bir süre” oturmayı içerdiği hususunda doktrinde görüş birliği bulunmaktadır³⁸.

Kanaatimizce, HMK m. 9’un uygulanması bakımından maddede mutad meskenin bir tanımının yer alması yararlı olabilecektir. Nitekim HMK tasarı aşamasındayken³⁹ bu doğrultuda görüş bildiren yazarlar olmuştur⁴⁰. Yazarlara göre, mutad mesken kavramı kabul edilecekse bir tarife ihtiyaç bulunmaktadır⁴¹. HMK yürürlüğe girdikten sonra doktrinde bu kavramı “*davalının oturduğu yer*” şeklinde açıklayanlar olmuştur⁴².

HUMK m. 9/1’de yer alan son defa oturulan yer kavramı da mutad mesken kavramı gibi gerçek ve fiili durumu yansıtmaktadır. Ancak ikisi de fiili bir kavram olarak karşımıza çıksa da, aralarında farklılıklar bulunmaktadır.

Doktrinde de belirtildiği gibi son defa oturulan yer, daha geniş bir kavramdır⁴³. Mutad mesken ve sakin olunan yer kavramları arasında, kişinin oturma süresi bakımından farklılık bulunmaktadır⁴⁴. Mutad mesken belli bir süre oturmayı gerektirirken, son defa oturulan yer kavramı daha kısa süreli oturmaları da kapsamaktadır⁴⁵. Ayrıca davanın açıldığı sırada hala Türkiye’de oturmayı da gerektirmemektedir⁴⁶. Dava açılmadan önce kısa bir süre de olsa Türkiye’de oturmuş olmak, HUMK m. 9/1’deki yetkinin doğumu için yeterli olmaktadır.

³⁶ Öztekin Gelgel (n 31) 132.

³⁷ Arslan (n 28) 172.

³⁸ Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (n 3) 120; Çelikel and Erdem (n 2) 188; Ekşi, *Milletlerarası Yetki* (n 10) 91; Işıl Özkan, *Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi* (Naturel 2003) 33; Öztekin Gelgel (n 31) 132; Giray (n 31) 55; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 2) 45; Süral (n 3) 172-173; Arslan (n 28) 49; Huysal, *HMK Madde Dokuz* (n 24) 99.

³⁹ Kanun tasarı aşamasındayken HMK m. 9’un metni m. 14’te yer almaktaydı. Tasarı metni için bkz. <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss393.pdf>> Erişim Tarihi 17 July 2021; Ali Cem Budak, *Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı* (2nd edn, On İki Levha 2009) 31; Yavuz Alangoaya, Kamil Yıldırım and Nevhis Deren-Yıldırım, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Önerileri* (Ufuk 2006) 20.

⁴⁰ Alangoaya, Yıldırım and Deren-Yıldırım, *Tasarı* (n 39) 20.

⁴¹ İbid.

⁴² Karanlı (n 13) 198.

⁴³ Süral (n 3) 173.

⁴⁴ Huysal, *HMK Madde Dokuz* (n 24) 108.

⁴⁵ Süral (n 3) 173.

⁴⁶ İbid.

HMK m. 9'da mutad mesken kavramının yer almasının sonucu olarak, artık Türkiye'de oturmeyen yabancı bir çiftin boşanma davası Türkiye'de görülmeyecektir⁴⁷. HUMK m. 9/1 döneminde olsaydı, bu çiftin Türkiye'de son defa oturdukları yer mahkemesi yetkili olacaktı. Türklerin kişi hallerine ilişkin olarak MÖHUK m. 41'de özel yetkili mahkemeler öngörüldüğü için, Türkler bakımından bu değişiklik bir sonuç doğurmamaktadır⁴⁸. Ancak hem Türklerin hem de yabancıların malvarlığı haklarına ilişkin davalarda yetkili mahkeme değişikliğe uğramıştır. İleride bu hususa ayrıntılı olarak değinilmektedir.

C. HUMK M.9/1'İN VE HMK M. 9'UN TMK M.20/2 İLE BİRLİKTE DEĞERLENDİRİLMESİ

1. HUMK m. 9/1'in ve TMK m. 20/2'nin Değerlendirilmesi

TMK m. 19/1, yukarıda da sözü edildiği üzere, yerleşim yerinin tanımını vermektedir. TMK m. 20/2 uyarınca ise, “*Önceki yerleşim yeri belli olmayan veya yabancı ülkedeki yerleşim yerini bıraktığı hâlde Türkiye’de henüz bir yerleşim yeri edinmemiş olan kimsenin hâlen oturduğu yer, yerleşim yeri sayılır*”.

1086 Sayılı HUMK döneminde, TMK m. 20/2’de yer alan bu hüküm ile HUMK m. 9/1 hükmü hakkında doktrinde bazı görüşler ileri sürülmüştür.

Bir görüşe göre, HUMK m. 9/1, TMK m. 20/2 hükmü ile paralel olarak düşünülmelidir⁴⁹. Yazar, HUMK m. 9/1’in TMK m. 20/2 hükmünü az bir farkla tekrarladığını düşünmektedir⁵⁰. Böylece, Türkiye dışında belli bir ikametgâhı bulunan davalı bakımından HUMK m. 9/1’in uygulanamayacağı savunulmuştur⁵¹. Bu görüşle aynı doğrultuda olan bir yazara göre, “*son defa oturuş yeri*” esasının uygulama alanının daraltılması gerekmektedir⁵². Yazar, HUMK m. 9/1’in aşırı yetki kuralı oluşturduğunu ve yabancılik unsuru içeren davalarda uygulanmasının çağdaş devletler özel hukuku anlayışına ters olduğunu savunmaktadır⁵³.

Doktrinde yer alan bir diğer görüşe göre ise, HUMK m. 9/1’de yer alan “*davalının ikametgâhı belli değilse*” ifadesinin, “*davalının Türkiye’de ikametgâhı yoksa*” şeklinde anlaşılması gerekmektedir⁵⁴. Bu görüşü savunan yazara göre, HUMK m. 9/1’in Türk vatandaşları hakkında uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Eğer, Türkiye dışında ikametgâhı bulunan yabancılarla da maddenin uygulama-

⁴⁷ İbid.

⁴⁸ Süral (n 3) 173; Huysal, *HMK Madde Dokuz* (n 24) 103-104.

⁴⁹ İlhan E. Postacıoğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (6th edn, Sulhi Garan 1975) 151.

⁵⁰ İbid.

⁵¹ İbid 152.

⁵² Ekşi, *Milletlerarası Yetki* (n 10) 89.

⁵³ İbid.

⁵⁴ Kuru (n 27) 407.

namayacağı kabul edilirse, maddenin uygulanma kabiliyeti tamamen ortadan kalkacaktır. Çünkü yazar, yabancıların kendi ülkelerinde genelde ikametgâhlarının bulunduğunu belirtmektedir⁵⁵.

Bu görüşler ışığında öncelikle, HUMK m. 9/1'in sadece yabancılar bakımından getirilen bir hüküm olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir.

Mülga 1587 Sayılı Nüfus Kanunu⁵⁶ m. 4, her Türk vatandaşının, Türkiye'de ikametgâhının bulunduğu nüfus memurluğuna kendisini kaydettirmeye mecbur olduğunu belirtmekteydi. Yine Mülga 403 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu⁵⁷ m. 38, (5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu⁵⁸ m. 36) nüfus kayıtlarının ilgilinin Türk vatandaşı olduğuna karine teşkil ettiğini belirtmektedir. İkinci görüşü savunan yazara göre⁵⁹, bu madde hükümleri gereğince, bir kimsenin nüfus siciline kayıtlı olduğu yer, ikametgâhı bakımından bir karine teşkil etmektedir. Dolayısıyla her Türk vatandaşının Türkiye'de ikametgâhı vardır. Yargıtay'ın da yazarın görüşü doğrultusunda kararı bulunmaktadır⁶⁰. Doktrinde ise, aynı⁶¹ veya farklı yönde⁶² görüş belirtenler bulunmaktadır.

Farklı yönde görüş belirtenlere göre⁶³, mülga 1587 Sayılı Nüfus Kanunu m. 4 uyarınca getirilen, aksi ispat edilebilir bir karinedir. Yani burada bir kesin karine değil, adi karine⁶⁴ söz konusudur. Böylece, Türk vatandaşının Türkiye'de yerleşim yerinin olmadığı kanıtlanabilecektir. Bu görüşle aynı doğrultuda Yargıtay kararları da bulunmaktadır⁶⁵.

Mülga 1587 Sayılı Nüfus Kanunu, 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu⁶⁶ ile yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece tartışmalar yeni bir boyut kazanmıştır. Çünkü 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda, mülga 1587 Sayılı Nüfus Kanunu m.

⁵⁵ İbid.

⁵⁶ RG. 16.5.1972/14189.

⁵⁷ RG. 22.2.1964/11638.

⁵⁸ RG. 12.6.2009/27256.

⁵⁹ Kuru (n 27) 405.

⁶⁰ Yargıtay 2 HD, 7706/8259, 21.9.1992, (1993) 19(1) Yargıtay Kararları Dergisi 18-19.

⁶¹ Umar (n 24) 38.

⁶² Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (n 3) 467; Zafer Ergün, 'Şahsın İkametgâhi' (1995) 21(1-2) Yargıtay Dergisi 100, 107; H. Yavuz Alangoya, M. Kamil Yıldırım and Nevhis Deren-Yıldırım, *Medenî Usul Hukuku Esasları* (4th edn, Alkım 2004) 97.

⁶³ Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (n 3) 467; Ergün (n 61) 107; Alangoya, Yıldırım and Deren-Yıldırım, *Usul Hukuku* (n 61) 98.

⁶⁴ Adi karine hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü* (6th edn, Demir Demir Yayıncılık 2/06, 2001) 2013-2016; Kuru, Arslan and Yılmaz (n 24) 359-360; Karslı (n 13) 521; Muşul (n 18) 325-326.

⁶⁵ Yargıtay 2 HD, 3581/4486, 2.5.1994; Yargıtay 2 HD, 938/3251, 18.3.1998, <<http://www.kazanci.com/>> Erişim Tarihi 30.5.2022.

⁶⁶ RG. 29.4.2006/26153.

4 benzeri bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla doktrinde, mülga Nüfus Kanunu ile getirilen karinenin artık dayanaksız kaldığı savunulmaktadır⁶⁷. Aynı yönde, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun da kararı bulunmaktadır⁶⁸. Bu durumda artık HUMK m. 9/1'in Türk vatandaşlarına uygulanmayacağı söylenemeyecektir. Türk vatandaşlarının da Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayabilecektir.

Kanaatimizce de, mülga 1587 Sayılı Nüfus Kanunu m. 4 aksı ispat edilebilir bir karine öngörmekteydi. Ancak 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun, 1587 Sayılı Nüfus Kanunu m. 4'ü yürürlükten kaldırmasıyla artık bu tartışmaya gerek kalmamıştır. Dolayısıyla HUMK m. 9/1'in Türk vatandaşlarına da uygulanma olanağı bulunmaktaydı. Aynı doğrultuda, HMK m. 9 da Türk vatandaşlarına uygulanabilmektedir⁶⁹.

HUMK m. 9/1'in sadece yabancılar için getirilmiş bir hüküm olup olmadığı konusundaki tartışmadan sonra, TMK m. 20/2 ile paralel bir düzenleme olup olmadığı değerlendirilebilecektir. Söz konusu maddelerde yer alan ifadelerin benzer olmasının, paralel bir düzenlemeye işaret ettiği söylenebilecektir. İki hükümde de “*ikametgâhın belli olmaması*” ifadesi yer almaktadır.

2. HMK m. 9'un ve TMK m. 20/2'nin Değerlendirilmesi

HMK m. 9, Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında genel yetkili bir mahkeme öngörmektedir. Ancak bir yandan da TMK m. 20/2 hükmü geçerliliğini korumaktadır.

Doktrinde bir görüşe göre, HMK m. 9, yurt dışında bir yerleşim yeri olan ama fiilen Türkiye'de oturan kişiler bakımından uygulanmalıdır⁷⁰. Bu görüşteki yazarlara göre, TMK m. 20/2, yerleşim yerinin tarifini veren bir düzenleme olması itibariyle önceliğe sahiptir⁷¹. Ayrıca TMK m. 20/2'deki “*halen oturulan yer*” kavramı “mutad mesken”den daha kolay sahip olunabilen bir statüdür⁷². Dolayısıyla TMK m. 20/2, yerleşim yeri belli olmayan veya yabancı ülkedeki yerleşim yerini bırakmış ama Türkiye'de daha yerleşim yeri edinmemiş kişiler bakımından; HMK m. 9 ise, yabancı ülkedeki yerleşim yerini bırakmamış ve Türkiye'de mutad meskene sahip kişiler bakımından uygulanmalıdır⁷³.

⁶⁷ Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (n 3) 458, 467; Çelikel and Erdem (n 2) 573.

⁶⁸ YHGK, 2-687/705, 8.11.2006, <<http://www.kazanci.com/>> Erişim Tarihi 30.5.2022.

⁶⁹ Şanlı (n 3) 163-164: “*Burada mahkemenin yerel ve uluslararası yetkisi, davalının Türkiye'de mutad meskeninin bulunması veya ihtilâf konusu şeyin Türkiye'de bulunması vakasına istinaden doğmaktadır. Tarafların vatandaşlığı, yetkinin doğumu bakımından önem taşımamaktadır*”.

⁷⁰ Şanlı (n 3) 152; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 2) 466; İstemi (n 24) 60-61; Huysal, *HMK Madde Dokuz* (n 24) 102.

⁷¹ Şanlı (n 3) 152; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 2) 466.

⁷² Şanlı (n 3) 152; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 2) 466.

⁷³ Huysal, *HMK Madde Dokuz* (n 24) 102.

Daha önce de belirtildiği gibi, HUMK m. 9/1’de açıkça “*ikametgâhı belli değilse*” denmektedir. Hatta bu ifade nedeniyle doktrinde yer bulan tartışmalara yukarıda yer verilmiştir⁷⁴. HUMK m. 9/1’de yer alan bu ifade nedeniyle, yurt dışında ikametgâhı olan kişilere bu maddenin uygulanamayacağı savunulmuştur. Hatta “son defa oturlan yer” kavramı dolayısıyla maddenin aşırı yetki oluşturduğu da düşünülmüştür. HMK m. 9 ise, “*Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayanlar*” şeklinde bir ifade tercih etmiştir. Kanaatimizce bu, HUMK dönemindeki tartışmalar doğrultusunda yapılan bilinçli bir tercihtir. Kanun koyucu “*ikametgâhı belli değilse*” yerine “*Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayanlar*” ifadesini kullanarak, maddenin yurt dışında yerleşim yeri bulunanlara uygulanıp uygulanmayacağı hususundaki belirsizliği gidermiştir. Ayrıca “*son defa oturlan yer*” kavramı yerine “*mutad mesken*” kavramını getirerek, aşırı yetki şüphelerini de bertaraf etmiştir. Ancak yukarıda da sözü edildiği gibi, “*mutad mesken*” kavramının tarifine yer verilmesi de yararlı olabilecektir. Böylece HMK m. 9’un, yerleşim yeri belli ama Türkiye’de olmayan kişiler bakımından uygulama olanağı bulunduğu söylenebilecektir. HMK m. 9, yabancı ülkede yerleşim yeri bulunan ve Türkiye’de mutad meskene sahip kişiler bakımından uygulanacaktır. Dolayısıyla, İngiltere’de yerleşim yeri bulunan ama fiili olarak Türkiye’de ikamet etmekte olan kişilere karşı HMK m. 9 uyarınca dava açılabilir.

III. MALVARLIĞI HAKLARINA İLİŞKİN DAVALARDA EK YETKİ KURALI

A. GENEL OLARAK

HMK m. 9, Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayan kişiler için genel yetki kuralı belirlemiş ve ayrıca malvarlığı haklarına ilişkin davalar için ek yetki kuralı getirmiştir.

HMK m. 9’da yer alan ek yetki kuralına göre, “*diğer özel yetki halleri saklı kalmak üzere, malvarlığı haklarına ilişkin bir dava, uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yerde de açılabilir*”. Bu kurala göre, yerleşim yeri Türkiye’de olmayan bir kişiye karşı malvarlığı haklarına ilişkin bir dava, o kişinin Türkiye’deki mutad meskeni mahkemesinde açılacağı gibi, ihtilaf konusu malvarlığının bulunduğu yerde de açılabilir⁷⁵.

HMK m. 9’da belirtilen davalar yalnız mal davaları olmayıp, malvarlığı haklarına ilişkin her türlü mal (taşınır, taşınmaz mallar) ve alacak davalarıdır⁷⁶. Ancak bu mal ve alacakların davaya konu olan uyuşmazlık ile ilgili olmaları gerekmektedir.

⁷⁴ Bkz., yuk. 463.

⁷⁵ Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (n 3) 459; Çelikel and Erdem (n 2) 577; Şanlı (n 3) 163; Tekinalp, Nomer and Boztosun (n 3) 200; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 2) 477; Doğan (n 3) 64; Kuru, Arslan and Yılmaz (n 24) 133; Pekcanitez (n 13) 272; Karlı (n 13) 198; Muşul (n 24) 83; Kırmızı (n 24) 38, 57, 185; Görgün, Börü, Toraman, Kodakoğlu (n 13) 164; Karahacıoğlu, Parlak (n 24) 97; Süral (n 3) 174; Tarman (n 3) 27.

⁷⁶ Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (n 3) 459; Kuru, Arslan and Yılmaz (n 24) 132.

1086 Sayılı HUMK döneminde, Türkiye’de bir yerleşim yeri olmayan kişiler aleyhindeki mal davaları için HMK’den farklı yetkili mahkemeler öngörülmüştür. HUMK m. 16 bu yetkili mahkemeleri göstermektedir. Dolayısıyla, HMK m. 9, HUMK m. 9/1 ve HUMK m. 16’nın birleşiminden oluşmaktadır⁷⁷.

HMK m. 9’un, HUMK m. 16’dan farklarını açıkça görebilmek için öncelikle söz konusu 16. madde metninin incelenmesi yararlı olabilecektir.

B. MÜLGA 1086 SAYILI HUMK M. 16’DAKİ KURAL

HUMK m. 16, HMK m. 9’a göre daha farklı düzenlenmiştir. Maddede, dört farklı yetkili mahkeme öngörülmüştür.

İlk yetkili mahkeme, Türkiye’de ikametgâhi olmayan kişinin sakın olduğu yer mahkemesidir⁷⁸. Öncelikle bu mahkemenin olup olmadığı belirlenmelidir⁷⁹. Kişinin Türkiye’de sakın olduğu yer mahkemesi bulunmaktaysa, artık maddede belirtilen diğer yetkili mahkemelere gidilmeyecektir⁸⁰. Bu bakımdan kademeli bir düzenleme getirilmiştir⁸¹.

Sakin olunan yer, fiili bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır⁸². İkametgâhtan farklı olarak sakın olunan yer için kişinin yerleşme iradesinin bulunması gerekmemektedir⁸³. Yine ikametgâhtan farklı olarak, sakın olunan yer açısından oturma süreklilik taşıması gerekli değildir ve bir kişinin birden fazla sakın olduğu yer bulunabilir⁸⁴. Sakin olunan yerin, mutad mesken kavramından farkı ise, bir yerde oturma makul bir süre şartına bağlı olmamasıdır⁸⁵.

Sakin olunan yer, HUMK m. 9/1’de yer alan son defa oturlan yer kavramından farklıdır⁸⁶. İki kavram arasındaki farklılık, davalının dava açıldığı anda Türkiye’de oturmasının gerekip gerekmediği noktasında oluşmaktadır. Sakin olunan yer, davalının Türkiye’de dava açıldığı anda oturmakta olduğunu ifade

⁷⁷ Kırmızı (n 24) 185.

⁷⁸ Çelikel and Erdem (n 2) 578; Aybay and Dardağan (n 13) 49; Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Yargılama Usulleri* (7th edn, AÜHF Yayınları 1960) 100; Necmeddin M. Berkin, *Medenî Usul Hukuku Esasları* (Hamle 1969) 81-82; Postacioğlu (n 48) 168; Necip Bilge and Ergun Önen, *Medenî Yargılama Hukuku Dersleri* (3rd edn, Sevinç 1978) 196; Altuğ (n 9) 55; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku* (7th edn, Nesil 2000) 229; Ekşi, *Milletlerarası Yetki* (n 10) 139; Kuru (n 22) 408; Alangoya, Yıldırım and Deren-Yıldırım, *Usul Hukuku* (n 61) 94; Süral (n 3) 174.

⁷⁹ Ekşi, *Milletlerarası Yetki* (n 10) 139.

⁸⁰ Alangoya, Yıldırım and Deren-Yıldırım, *Usul Hukuku* (n 61) 94.

⁸¹ İbid.

⁸² Ekşi, *Milletlerarası Yetki* (n 10) 87.

⁸³ İbid.

⁸⁴ İbid 87-88.

⁸⁵ Süral (n 3) 172.

⁸⁶ Ekşi, *Milletlerarası Yetki* (n 10) 139.

etmektedir⁸⁷. Buna karşılık son defa oturulan yer, davalının dava açıldığı sırada Türkiye’de oturmasını gerektirmemekte, davadan önceki dönemde Türkiye’de oturmuş olması yeterli olmaktadır⁸⁸. Dolayısıyla davalı kendisine karşı dava açıldığı sırada Türkiye’de oturmuyorsa, HUMK m. 16 bakımından Türk mahkemeleri yetkili olamayacaktır⁸⁹. Ancak davalının Türkiye’de son defa oturduğu yer bulunmaktaysa, HUMK m. 9/1’deki mahkemeye gitme olanağı hala bulunmaktadır⁹⁰. Çünkü HUMK m. 9/1, Türkiye’de ikametgâhı bulunmayan kişiye karşı açılacak davalarda genel yetkili mahkemeyi öngörmektedir.

Türkiye’de ne ikametgâhı ne de sakin olduğu yer bulunan kişiye karşı, üç farklı yetkili mahkemeden herhangi birinde dava açılabilir. Burada seçimlik yetki esasları kabul edilmiştir⁹¹. Bu üç yetkili mahkemeden ilki, kişinin emvalinin, yani malının, bulunduğu yer mahkemesidir⁹². İkincisi, uyuşmazlık konusu şeyin bulunduğu yer ve üçüncüsü de kişinin teminatının bulunduğu yer mahkemesidir⁹³.

Düzenlemeden açıkça görülebileceği gibi, kişinin Türkiye’de “*sakin olduğu bir yer mevcut değilse*”, uyuşmazlık konusu olsun veya olmasın bir malının ya da teminatının bulunması şartıyla, Türkiye’de kendisine karşı mal davası açılabilir. Bu bakımdan, HMK ile HUMK birbirinden farklıdır. HMK m. 9 sadece uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yer mahkemesini yetkili olarak belirtmektedir. Uyuşmazlık konusu olmayan bir malın Türkiye’de olması, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin doğması için yeterli değildir.

HUMK m. 16’da yer alan “*mal*” ifadesi, malvarlığı hukukundan doğan her türlü mal ve alacağı kapsamaktadır⁹⁴. Böylece davalı kişinin taşınır taşınmaz her türlü malı, üçüncü kişilerde bulunan alacakları, kıymetli evrak ve telif hakları bu bağlamda dava konusu mal olarak kabul edilebilecektir⁹⁵.

⁸⁷ İbid.

⁸⁸ Kuru (n 27) 409; Ekşi, *Milletlerarası Yetki* (n 10) 140.

⁸⁹ Ekşi, *Milletlerarası Yetki* (n 10) 140.

⁹⁰ İbid.

⁹¹ İbid.

⁹² Altuğ (n 9) 55; Çelikel and Erdem (n 2) 578; Aybay and Dardağan (n 13) 49; Berkin (n 76) 82; Postacıoğlu (n 48) 168; Bilge and Önen (n 76) 196; Üstündağ (n 76) 229; Ekşi, *Milletlerarası Yetki* (n 10) 140; Kuru (n 22) 408; Alangoya, Yıldırım and Deren-Yıldırım, *Usul Hukuku* (n 61) 94; Süral (n 3) 174.

⁹³ Altuğ (n 9) 55; Çelikel and Erdem (n 2) 578; Aybay and Dardağan (n 13) 50; Berkin (n 71) 82; Postacıoğlu (n 48) 168; Bilge and Önen (n 71) 196; Üstündağ (n 71) 229; Ekşi, *Milletlerarası Yetki* (n 10) 140; Kuru (n 27) 408; Alangoya, Yıldırım and Deren-Yıldırım, *Usul Hukuku* (n 61) 94; Süral (n 3) 174.

⁹⁴ Altuğ (n 9) 55; Çelikel and Erdem (n 2) 578; Aybay and Dardağan (n 13) 49; Ansay (n 76) 99-100; Postacıoğlu (n 48) 168; Bilge and Önen (n 76) 196; Ekşi, *Milletlerarası Yetki* (n 10) 139; Kuru (n 27) 407; Süral (n 3) 174.

⁹⁵ Altuğ (n 9) 55; Çelikel and Erdem (n 2) 578; Aybay and Dardağan (n 13) 49; Ansay (n 76) 99-100; Postacıoğlu (n 48) 168; Bilge and Önen (n 76) 196; Ekşi, *Milletlerarası Yetki* (n 10) 139; Kuru (n 27) 407; Süral (n 3) 174.

HUMK m. 16'da malların değeri bakımından bir alt sınır gösterilmemiştir. Bu nedenle HUMK m. 16'daki yetkinin doğması için malın değerinin bir önemi bulunmamaktadır⁹⁶.

Doktrinde bulunan bir görüşe göre, malın değeri yetkinin doğumu için önemli olmamakla beraber, haczi mümkün olmayan veya satış kabiliyeti bulunmayan bir mala dayanılarak Türkiye'de dava açılmamalıdır⁹⁷.

Başka bir görüşe göre, haczi mümkün olmayan veya değeri çok az olan bir mal da olsa, bunun bulunduğu yer mahkemesi HUMK m. 16 uyarınca yetkilidir⁹⁸. Yani malın değeri, davacının alacağını karşılamaya yetmeyecek olsa da bu malın bulunduğu yerde dava açılabilir⁹⁹.

Bir diğer görüşe göre ise, üzerinde durulmayacak derecede değersiz bir malvarlığı, HUMK m. 16 bakımından yetkinin doğması için yeterli olmamalıdır¹⁰⁰. Bu hususta örnek olarak Türkiye'ye gelen bir turist üzerinde bulunan tişört örnek gösterilmiştir¹⁰¹. Bu tişört HUMK m. 16 bakımından yetkinin doğması için yeterli değildir¹⁰². Ancak turist otomobili Türkiye'de ise, Türkiye'de HUMK m. 16 gereğince davanın açılması için yeterli malı var demektir¹⁰³.

C. HMK M. 9 İLE YAPILAN DEĞİŞİKLİĞİN GEREKÇESİ VE SONUÇLARI

1. "Aşırı Yetki" Gerekçesi

Türkiye'de yerleşim yerinin bulunmaması halinde yetkili mahkemeyi gösteren HMK m. 9'un gerekçesinde, HUMK m. 16'nın neden değiştirildiğine ilişkin olarak bazı açıklamalar yer almaktadır. Yapılan değişiklik ile Türk mahkemelerinin vermiş oldukları kararların yabancı ülkelerde tanınması veya tenfizi gerektiğinde, "aşkın yetki"¹⁰⁴ gerekçesiyle tanıma veya tenfiz talebinin reddinin engellenmek istendiği belirtilmiştir¹⁰⁵.

⁹⁶ Mustafa Reşit Belgesay, *Teorik ve Pratik Adliye Hukuku IV.: Devletler Hususî Hukukunda Adliye* (İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 67 1938) 102.

⁹⁷ İbid.

⁹⁸ Ansay (n 76) 100; Kuru (n 27) 408-409.

⁹⁹ Ansay (n 76) 100; Kuru (n 27) 408-409.

¹⁰⁰ Ergin Nomer and Cemal Şanlı, *Devletler Hususî Hukuku* (18th edn, Beta 2010) 439; Ekşi, *Milletlerarası Yetki* (n 10) 141.

¹⁰¹ Nomer and Şanlı (n 98) 439; Ekşi, *Milletlerarası Yetki* (n 10) 141.

¹⁰² Nomer and Şanlı (n 98) 439; Ekşi, *Milletlerarası Yetki* (n 10) 141.

¹⁰³ Ekşi, *Milletlerarası Yetki* (n 10) 141.

¹⁰⁴ Gerekçede "aşkın" yetki ifadesi kullanılmış olsa da, çalışmamızda "aşırı" yetki ifadesi tercih edilecektir. İki ifade de aynı anlama gelmektedir, Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (n 3) 517; Ergin Nomer, *Milletlerarası Usul Hukuku* (2nd edn, Beta 2018) 197.

¹⁰⁵ Kanun'un gerekçesi için bkz., <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss393.pdf>> Erişim Tarihi 17 July 2021; Kiraz (n 24) 28; Görgün, Börü, Toraman and Kodakoğlu (n 13) 165, dn. 5; Karslı (n 13) 198.

Doktrinde HMK m. 9'un gerekçesi eleştirilmektedir. Bu eleştirilere göre, milletlerarası yetki kuralları oluşturulurken devlet mahkemelerinin vereceği hükümlerin ileride başka devletlerde tenfiz edilip edilmeyeceği, bir kıstas olarak ele alınamaz¹⁰⁶. Çünkü her devlet, milletlerarası yetki kurallarını ülkesi üzerinde sahip olduğu münhasır egemenlik hakkına dayanarak oluşturmaktadır¹⁰⁷. Türkiye için de bu durum geçerlidir. Aşırı yetkiyi yasaklayan bir devletler hukuku kuralı bulunmamaktadır¹⁰⁸. Çünkü böyle bir kural, devletlerin kendi ülke sınırlarında sahip oldukları yargılama hakları ile bağdaşmayacaktır¹⁰⁹.

Gerekçenin anlaşılabilirliği için aşırı yetki kavramının açıklanması gerekmektedir. Aşırı yetki, devletlerin milletlerarası hukukta kabul görmüş olan olağan bağlanma noktalarını kullanmayıp; zayıf, geçici, sunî ve sübjektif esaslar doğrultusunda kendilerini yetkili görmeleridir¹¹⁰. Dava konusu veya taraflarla yeterli bir bağlantısı bulunmayan¹¹¹ devletlerin kendilerini bu şekilde yetkili görerek oluşturdukları kurallara, "aşırı yetki kuralları" denmektedir¹¹².

Aşırı yetki kuralları, doğal hâkim ilkesine uymamaktadır¹¹³. Bu nedenle adil ve makul bağlanma noktalarına dayanmamaktadır¹¹⁴. Bu kuralların amacının, devletlerin kendi vatandaşları için her zaman hazır bir mahkeme bulundurmak istemeleri olduğu belirtilmektedir¹¹⁵.

Birçok devletin hukukunda aşırı yetki kurallarına rastlanılmaktadır¹¹⁶. İngiliz hukukunda, davalının geçici bir süre de olsa ülkede bulunmasına dayanılarak kendisine tebligat yapılmasının, yetkinin doğması için yeterli görülmesi buna bir örnektir¹¹⁷.

¹⁰⁶ Çelikel and Erdem (n 2) 578.

¹⁰⁷ İbid.

¹⁰⁸ Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (n 3) 460.

¹⁰⁹ İbid.

¹¹⁰ Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (n 3) 518; Nomer, *Usul Hukuku* (n 97) 199; Çelikel and Erdem (n 2) 755-757; Şanlı (n 3) 291; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 2) 464; Ekşi, 'Aşırı Yetki' (n 4) 253; Ekşi, *Milletlerarası Yetki* (n 10) 55; Nuray Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (2nd edn, Beta 2020) 250; Güngör (n 3) 294; İstemi (n 18).

¹¹¹ Joseph Halpern, 'Exorbitant Jurisdiction' and the Brussels Convention: Toward a Theory of Restraint' (1983) 9(2) *The Yale Journal of World Public Order* 369, 379.

¹¹² Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (n 3) 518; Nomer, *Usul Hukuku* (n 97) 199; Çelikel and Erdem (n 2) 755-757; Şanlı (n 3) 291; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 2) 464; Can and Tuna (n 3) 285.

¹¹³ Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (n 3) 518; Nomer, *Usul Hukuku* (n 97) 199; Ekşi 'Aşırı Yetki' (n 4) 249; Ekşi, *Milletlerarası Yetki* (n 10) 50; Ekşi, *Tanım ve Tenfiz* (n 108) 251; Can and Tuna (n 3) 285.

¹¹⁴ Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (n 3) 518; Nomer, *Usul Hukuku* (n 97) 198-199; Ekşi 'Aşırı Yetki' (n 4) 249; Ekşi, *Milletlerarası Yetki* (n 10) 50; Ekşi, *Tanım ve Tenfiz* (n 108) 251; Can and Tuna (n 3) 285.

¹¹⁵ Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (n 3) 518; Nomer, *Usul Hukuku* (n 97) 199; Ekşi 'Aşırı Yetki' (n 4) 248; Ekşi, *Milletlerarası Yetki* (n 10) 55-56; Ekşi, *Tanım ve Tenfiz* (n 108) 252.

¹¹⁶ Mukayeseli hukukta aşırı yetki kuralları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Ekşi, *Tanım ve Tenfiz* (n 108) 256-281.

¹¹⁷ Halpern 'Exorbitant Jurisdiction' (n 105) 375; Kevin M. Clermont and John R. B. Palmer, 'Exorbitant Jurisdiction' (2006) 58(2) *Maine Law Review* 474, 477; Richard Frimpong Oppong, 'Mere Presence and International

Alman hukukunda da doktrinde aşırı olduğu kabul edilen kurallar bulunmaktadır. Bunlardan biri, Almanya'da yerleşim yeri bulunmayan bir kişiye karşı açılacak mal davalarının, bu kişinin mallarının veya uyumsuzluk konusunun bulunduğu yer mahkemesinde görülebileceğini düzenleyen kuraldır¹¹⁸. Bu düzenleme, HUMK m. 16 ile benzerdir.

Doktrinde HUMK m. 16'nın aşırı yetki kuralı olup olmadığı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır.

Bir görüşe göre, HUMK m. 16'nın malın değeri bakımından bir sınır koymaması ve malın dava konusu ile herhangi bir ilişkisini aramaması nedeniyle, aşırı yetki tesis edecek biçimde düzenlendiği söylenebilir denmiştir¹¹⁹.

Başka bir görüşe göre ise, HUMK m. 16'yı her somut olayda aşırı yetki kuralı olarak görmek mümkün değildir¹²⁰. Çünkü bu madde, ilamın icra edileceği yerde dava açılması amacıyla bir düzenleme getirmektedir¹²¹. Bu görüşe göre, HUMK m. 16, davalının yokluğunda ve kendini savunmadığı durumlarda aşırı yetki kuralı niteliği taşımaktadır¹²².

2. Değişikliğin Sonuçları ve Öneriler

HUMK m. 16'nın HMK m. 9'daki şekilde değiştirilmesi, belli sonuçlar ortaya çıkarmıştır. Şöyle ki, artık davalının son defa oturduğu yer Türkiye'de olsa da ya da uyumsuzluk konusu olmayan herhangi bir malı veya teminatı Türkiye'de bulursa da, Türk mahkemelerinin yetkili olması kabul edilmemiştir¹²³. Dolayısıyla Türkiye'de yerleşim yeri veya mutad meskeni olmayan davalı, Türkiye'de sakin de değilse, Türk mahkemelerinin yetkili olabilmesi için ancak dava konusu mal Türkiye'de bulunmalıdır¹²⁴. Böylece, HMK değişikliği ile Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin kısıtlandığı söylenebilecektir¹²⁵.

Competence in Private International Law' (2007) 3(2) Journal of Private International Law 325; Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (n 3) 517-518; Şanlı (n 3) 291; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 2) 668; Ekşi, 'Aşırı Yetki' (n 4) 253; Ekşi, *Milletlerarası Yetki* (n 10) 54; Ergin Nomer, 'Yabancı Mahkeme İlamlarının Tenfizinde Mahkemenin Yetkisi ve Kamu Düzeni' (2003) 23(1-2) MHB 565, 574; Ekşi, *Tanım ve Tenfiz* (n 108) 254.

¹¹⁸ Alman Medeni Yargılama Kanunu 23. madde metni için bkz., <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html#p0071> Erişim Tarihi 17.07.2021; Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (n 3) 517; Şanlı (n 3) 291; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 2) 667; Ekşi, 'Aşırı Yetki' (n 4) 252; Ekşi, *Milletlerarası Yetki* (n 10) 53; Ekşi, *Tanım ve Tenfiz* (n 108) 258.

¹¹⁹ Aybay and Dardağan (n 13) 50.

¹²⁰ Ekşi, 'Aşırı Yetki' (n 4) 256; Ekşi, *Milletlerarası Yetki* (n 10) 58; Ekşi, *Tanım ve Tenfiz* (n 108) 282-283.

¹²¹ Ekşi, 'Aşırı Yetki' (n 4) 256; Ekşi, *Milletlerarası Yetki* (n 10) 58; Ekşi, *Tanım ve Tenfiz* (n 108) 283; Süral (n 3) 175.

¹²² Ekşi, 'Aşırı Yetki' (n 4) 258.

¹²³ Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (n 3) 459; Çelikel and Erdem (n 2) 578; Tekinalp, Nomer and Boztosun (n 3) 201; Kırmızı (n 24) 38, 57.

¹²⁴ Kuru, Arslan and Yılmaz (n 24) 133; Görgün, Börü, Toraman and Kodakoğlu (n 13) 164-165.

¹²⁵ Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (n 3) 459; Çelikel and Erdem (n 2) 579; Alangoya, Yıldırım and Deren-Yıldırım, *Tasarı* (n 39) 20; Süral (n 3) 175, 208; Karslı (n 13) 198.

Doktrinde HUMK m. 16'nın değiştirilmesi ve Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin kısıtlanması eleştirilmiştir¹²⁶. Bazı yazarlara göre, HUMK m. 16, başka hiçbir kanun hükmüne göre davanın açılmadığı hallerde alacaklıyı koruyan bir düzenleme getirmekteydi¹²⁷. Bu değişiklik ile davacıya sadece yabancı bir ülkeden ilam alma olanağı getirilmiş ve bu ilamın Türkiye'de tenfizinde hukuki güçlüklerle karşılaşma olasılığı göz önüne alınmamıştır¹²⁸. Türkiye'de mutad meskeni bulunmayan ve sadece dava konusu olmayan mal ve alacakları bulunan borçluya karşı yetkili bir mahkemenin bulunmamasının, adil yargılanma hakkını düzenleyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6'ya aykırılık teşkil edeceği de belirtilmektedir¹²⁹. Ayrıca HUMK m. 16 hükmünün, davalının Türkiye'de bulunan dış fırçası veya ayakkabısı gibi bir malvarlığı ile hiçbir zaman mahkemeye yetki vermediği ve böylece aşırı yetki kuralı olarak kullanılmadığı üzerinde de durulmuştur¹³⁰.

Doktrinde HUMK m.16 ile ilgili olarak önerilere de yer verilmiştir. Buna göre, malvarlığının değerinin üzerinde durulmayacak derecede az olmasının önüne geçilerek HUMK m. 16'daki sorun giderilebilirdi¹³¹. Yani maddede yer alan malvarlığının değeri yönünden bir sınır çizilebilirdi¹³². Yetkinin kurulmasını sağlayan malvarlığı değerinin, davacıyı tatmin edecek şekilde dava konusu ile bağlantılı olması aranabilirdi¹³³.

Gerçekten de, HUMK m. 16'da malvarlığının değeri yönünden bir sınır çizilmesi şeklinde değişiklik yapılması, maddenin yol açabileceği sorunları çözebilecektir. Buna göre, davalının, uyuşmazlık konusu olsun veya olmasın, herhangi bir malının bulunduğu yerde davanın açılması kabul edilebilecektir. Ancak maddeye, bu malın değerinin dava konusunun değerinden az olmaması gerektiği şeklinde bir şart eklenebilecektir.

Doktrinde MÖHUK'a eklenecek bir hüküm ile malvarlığı haklarına ilişkin davalarda, davalının Türkiye'de bulunan ve dava talebine oranla önemli sayılabilecek değerde malvarlığının bulunduğu yerde dava açmasının sağlanabileceği de ifade edilmektedir¹³⁴.

¹²⁶ Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (n 3) 459-460; Çelikel and Erdem (n 2) 578-579; Huysal, *HMK Madde Dokuz* (n 24) 106; Burak Huysal, '6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler Işığında Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Konusunda Bazı Tespitler' (2012) 32(1) MHB 89-90.

¹²⁷ Çelikel and Erdem (n 2) 579.

¹²⁸ Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (n 3) 459-460.

¹²⁹ Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 2) 417.

¹³⁰ Çelikel and Erdem (n 2) 579.

¹³¹ Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (n 3) 466.

¹³² Süral (n 3) 176.

¹³³ Ekşi, 'Aşırı Yetki' (n 4) 256; Ekşi, *Milletlerarası Yetki* (n 10) 58; Ekşi, *Tanım ve Tenfiz* (n 108) 283.

¹³⁴ Huysal, *HMK Madde Dokuz* (n 24) 109.

SONUÇ

İnceleme konusu kapsamında, HMK m. 9'un Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine etkisi açıklanmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda, 1086 Sayılı mülga HUMK ile karşılaştırmalı bir açıklama yapılmıştır.

HMK m. 9'un, MÖHUK m. 40'taki kural gereğince, Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkındaki yetkili mahkemeyi gösterdiği belirtilmiştir. Madde, 1086 Sayılı HUMK m. 9/1 ve m. 16'nın birleşiminden oluşmaktadır. Bu nedenle, HUMK m. 9/1 ve HUMK m. 16 ile ilgili açıklamalara ve doktrinde yer alan tartışmalara yer verilmiştir.

HUMK m. 9/1'in, mülga 1587 Sayılı Nüfus Kanunu m. 4 nedeniyle, sadece yabancılara uygulanacağı yönündeki görüşlere yer verilmiştir. Bu çalışmada üstün tutulan görüşe göre, bu madde adi bir karine öngörmektedir. Bu nedenle Türk vatandaşlarının ikametgâhı, her zaman nüfusa kayıtlı oldukları yer olmayabilecektir. 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu böyle bir maddeye yer vermemiştir. Bu nedenle artık bu tartışmaya da gerek kalmamıştır. Dolayısıyla HMK m. 9 ve HUMK m. 9/1 aynı şekilde hem yabancılar hem de Türk vatandaşları için getirilmiştir.

Çalışmada, HUMK m. 9/1 ve TMK m. 20/2'nin karşılaştırmalı incelemesine yer verilmiştir. Doktrindeki görüşler de dikkate alınarak bu iki maddenin paralel düzenlemeler getirdiği söylenebilecektir.

HMK m. 9 ile TMK m. 20/2'nin karşılaştırmalı olarak incelenmesi sonucunda, doktrinde yer alan görüşler ışığında, HMK m. 9'un yerleşim yeri belli ama yabancı ülkede bulunan kişiler bakımından uygulama olanağı bulunduğu söylenebilecektir. TMK m. 20/2 ise, önceki yerleşim yeri belirsiz olan ya da yabancı ülkedeki yerleşim yerini terk ettiği halde Türkiye'de daha bir yerleşim yerine kaydedilmemiş olan kişiler hakkında uygulama olanağı bulacaktır. Bu sonuca, HUMK m. 9/1 ve HMK m. 9'da yer alan ifadelerin farklılığından ulaşılmıştır. HUMK m. 9/1'de, "*ikametgâhı belli değilse*" ifadesi yer almaktadır. HMK m. 9'da ise, "*Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayanlar*" denmektedir.

HMK m. 9'da ayrıca Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında açılacak malvarlığı haklarına ilişkin davalarda ek yetkili mahkeme gösterilmektedir. HUMK m. 16, bu maddeden farklı bir düzenlenme öngörmekteydi. HMK m. 9 sadece dava konusu malvarlığı hakkının bulunduğu yer mahkemesini yetkili kılmaktadır. HUMK m. 16 ise, dava konusu olsun veya olmasın davalının malvarlığının bulunduğu yer mahkemesini yetkili görmekteydi. HUMK m. 16, doktrinde aşırı yetki kuralı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. HMK gerekçesinde de bu aşırı yetki gerekçesine değinilmiştir. Ancak, HUMK m. 16'nın değiştirilmesi ile Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi kısıtlanmıştır. HUMK m. 16'ya, malvarlığının değeri yönünden dava konusundan az olmamasının gerektiği şeklinde bir sınır konularak aşırı yetki endişeleri bertaraf edilebilecektir.

KAYNAKÇA

- Akıncı Z and Demir Gökyayla C, *Milletlerarası Aile Hukuku* (Vedat 2010).
- Alangoya HY, Yıldırım MK and Deren-Yıldırım N, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Önerileri* (Ufuk 2006).
- Alangoya HY, Yıldırım MK and Deren-Yıldırım N, *Medenî Usul Hukuku Esasları* (4th edn, Alkım 2004).
- Alangoya HY, Yıldırım MK and Deren-Yıldırım N, *Medenî Usul Hukuku Esasları* (8th edn, Beta 2011).
- Altuğ Y, *Türk Milletlerarası Usul Hukuku: Devletler Hususi Hukukunda Yargı Yetkisi* (3rd edn, İstanbul Fakülteler Matbaası 1983).
- Ansay SŞ, *Hukuk Yargılama Usulleri* (7th edn, AÜHF Yayınları 1960).
- Arslan İ, *Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı* (On İki Levha 2014).
- Aybay R and Dardağan E, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması: Kanunlar İhtilafı* (2nd edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008).
- Belgesay MR, *Teorik ve Pratik Adliye Hukuku IV.: Devletler Hususî Hukukunda Adliye* (İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 67 1938).
- Berkin NM, *Medenî Usul Hukuku Esasları* (Hamle 1969).
- Bilge N and Önen E, *Medenî Yargılama Hukuku Dersleri* (3rd edn, Sevinç 1978).
- Budak AC, *Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı* (2nd edn, On İki Levha 2009).
- Can H and Tuna E, *Milletlerarası Usul Hukuku* (2nd edn, Adalet 2019).
- Clermont KM and Palmer JRB, 'Exorbitant Jurisdiction' (2006) 58(2) Maine Law Review 474-505.
- Çelikel A and Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk: Genel Kurallar, Milletlerarası Özel Hukuk, Milletlerarası Usul Hukuku* (17th edn, Beta 2021).
- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (7th edn, Savaş 2021).
- Ekşi N, 'Devletler Özel Hukukunda Aşırı Yetki Kuralları' (1999) 11(1-3) MARUHAD 247-258.
- Ekşi N, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi* (2nd edn, Beta 2000).
- Ekşi N, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (2nd edn, Beta 2020).
- Ergün Z, 'Şahsın İkametgahı', (1995) 21(1-2) Yargıtay Dergisi 100-108.
- Giray FK, *Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonan Çocukların İadesi* (Beta 2010).
- Görgün Ş, Börü L, Toraman B and Kodakoğlu M, *Medenî Usûl Hukuku* (9th edn, Yetkin 2020).
- Güngör G, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (2nd edn, Yetkin 2021).
- Halpern J, 'Exorbitant Jurisdiction' and the Brussels Convention: Toward a Theory of Restraint', (1983) 9(2) The Yale Journal of World Public Order 369-388.

- Huysal B, '6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler Işığında Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Konusunda Bazı Tespitler' (2012) 32(1) MHB 71-101.
- Huysal B, 'Milletlerarası Yetkinin Belirlenmesinde Mutad Meskenin Doğurduğu Sorunlar ve HMK Madde Dokuz Üzerine Bazı Öneriler' in *Milletlerarası Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisine İlişkin Güncel Tartışmalar, Ulusal Konferans 20 Şubat 2021* (On İki Levha 2021).
- İstemi Z, *Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Milletlerarası Yetki* (Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi 2020).
- Karahacıoğlu H and Parlar A, *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (Bilge 2012).
- Karlı A, *Medeni Muhakeme Hukuku* (5th edn, Filiz 2020).
- Kırmızı M, *6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemelerinde Görev ve Yetki* (Seçkin 2011).
- Kiraz TÖ, *Gerekçeli 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat* (Adalet 2012).
- Kuru B and Aydın B, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı* (4th edn, Yetkin 2020).
- Kuru B, Arslan R and Yılmaz E, *Medenî Usul Hukuku* (25th edn, Yetkin 2014).
- Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü* (6th edn, Demir Demir Yayıncılık 1/06, 2001).
- Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü* (6th edn, Demir Demir Yayıncılık 2/06, 2001).
- Muşul T, *Medenî Usul Hukuku* (3rd edn, Adalet 2012).
- Nomer E and Şanlı C, *Devletler Hususî Hukuku* (18th edn, Beta 2010).
- Nomer E, 'Yabancı Mahkeme İlamlarının Tenfizinde Mahkemenin Yetkisi ve Kamu Düzeni' (2003) 23(1-2) MHB 565-577.
- Nomer E, *Devletler Hususî Hukuku: Kanunlar İhtilâfi Hukuku, Milletlerarası Usul Hukuku, Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, (23rd edn, Beta 2021).
- Nomer E, *Milletlerarası Usul Hukuku* (2nd edn Beta 2018).
- Opping RF, 'Mere Presence and International Competence in Private International Law' (2007) 3(2) Journal of Private International Law 321-332.
- Özkan I and Tütüncübaşı U, *Uluslararası Usul Hukuku*, (2nd edn, Adalet 2020).
- Özkan I, *Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi* (Naturel 2003).
- Öztekin Gelgel G, 'Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırılmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler' (2005) 4(8) İTÜSBD 119-148.
- Pekcanitez H, Özkes M, Akkan M and Taş Korkmaz H (eds), *Pekcanitez Usul Medenî Usul Hukuku* (15th edn, On İki Levha 1/03, 2017).
- Postacıoğlu İE, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (6th edn, Sulhi Garan 1975).

- Süral C, 'Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi' (2012) 26(100) TBB Dergisi 167-216.
- Şanlı C, Esen E and Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9th edn, Beta 2021).
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019).
- Tan Dehmen M, 'Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalar Bakımından 5718 Sayılı MÖHUK'ta Kabul Edilen Yetki Kuralı' (2013) 33(1) MHB 169-211.
- Tarman ZD, *Milletlerarası Özel Hukuk El Kitabı* (2nd edn, Vedat 2019).
- Tekinalp G, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları* (13th edn, Vedat 2020).
- Tekinalp G, Nomer E and Odman Boztosun A, *Private International Law in Turkey* (Kluwer Law International BV 2012).
- Tiryakioğlu B, 'Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi' in *Tuğrul Arat'a Armağan* (Yetkin 2012).
- Umar B, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (Yetkin 2011).
- Üstündağ S, *Medeni Yargılama Hukuku* (7th edn, Nesil 2000).



Blokzincir Teknolojilerinin Uyuşmazlık Çözüm Sistemleri Üzerindeki Etkisi: Merkezi Olmayan Adalet Sistemi^(*)

The Impact on Blockchain Technologies on Dispute Resolution Systems: Decentralised Justice System

Dr. Öğr. Üyesi Serkan KAYA^(**)
Arş. Gör. Kadirhan MAVİŞ^(***)

Öz

Son yıllarda dijital ekonomi işlemlerinin hacmi artmaktadır. Bu büyük miktardaki dijital ticaret, neredeyse tamamen blokzincirine dayalı akıllı sözleşmeler tarafından gerçekleştirilmektedir. Akıllı sözleşmeler, sunmuş olduğu faydaların yanında ortaya çıkabilecek olası uyuşmazlıkların çözümü açısından zorluklar içermektedir. Dava ve tahkim gibi geleneksel uyuşmazlık çözüm yöntemleri bu uyuşmazlıkların ele alınmasında etkisiz kalmaktadır. Merkezi olmayan adalet, etkili çözüm sistemleri üretmek için blokzinciri, kitle kaynak kullanımı ve oyun teorisini birleştiren çevrim içi anlaşmazlık çözümü yeni bir yaklaşımdır. Bu makale, merkezi olmayan adaletin temel teorik ilkelerini gözden geçirdikten sonra, yasal zorlukları ve merkezi olmayan adaletle yönelik olası çözümleri eleştirel bir şekilde incelemektedir.

Anahtar Kelimeler

Akıllı Sözleşme Uyuşmazlıkları, Blokzincir Tabanlı Uyuşmazlık Çözümü, Çevrim İçi Uyuşmazlık Çözümü, Kleros, Merkeziyetsiz Adalet.

^(*) Araştırma Makalesi / [Makale Geliş Tarihi](#): 27.10.2022 - [Makale Kabul Tarihi](#): 21.11.2022
[DOI](#): 10.56701/shd.1195658

^(**) Boğaziçi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul - Türkiye
[E-posta](#): serkan.kaya@boun.edu.tr
[Orcid No](#): <https://orcid.org/0000-0003-2507-3372>

^(***) İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye
[E-posta](#): kadirhan.mavis@medeniyet.edu.tr
[Orcid No](#): <https://orcid.org/0000-0002-0371-8881>

Abstract

In recent years, the volume of digital economy transactions has increased. This vast amount of digital commerce is almost entirely driven by smart contracts based on the blockchain. In addition to the benefits smart contracts offer, they contain difficulties in terms of resolving potential disputes that may arise. Traditional dispute resolution methods, such as litigation and arbitration, are ineffective in handling these disputes across international borders. Decentralized justice is a new approach to online dispute resolution that combines blockchain, crowdsourcing and game theory to produce effective resolution systems. After reviewing the main theoretical principles of decentralised justice, this article critically examines legal challenges and possible solutions to decentralised justice.

Keywords

Blockchain Based Dispute Resolution, Decentralised Justice, Kleros, Online Dispute Resolution, Smart Contract Disputes.

GİRİŞ

Finansal işlemler, değer veya varlıklarla ilgili düzenlemeler dâhil olmak üzere birçok veriyi merkezi olmadan sürekli olarak şifreleyen ve bunları geri döndürülemez bir şekilde kaydeden bir yöntem olarak tanımlanan¹ blokzincir² sisteminde her gün bir milyondan fazla dijital ticari işlem gerçekleşmektedir.³

Bu işlemlerin neredeyse tamamı “akıllı sözleşmeler”⁴ adı verilen önceden belirlenen ve tarafların sözleşmedeki edim borçlarını kendiliğinden yerine getirilmesini

¹ Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi blokzinciri şu şekilde tanımlamıştır: “Dağıtık, şeffaf, değiştirilemez ve güvenli veri yapıları sağlayan teknolojiler bütünüdür. Üzerindeki işlem bilgileri; değişmez kayıtlar olarak ağdaki paydaşlar tarafından doğrulanır, kaydedilir ve paylaşılır.” Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, “Blokzincir Sözlüğü”, <<https://cbddo.gov.tr/sss/blokzincir-sozlugu/>> (Erişim 2 Eylül 2022); Farklı tanımlar için bkz. Larry A. DiMatteo, vd., *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms* (Cambridge: Cambridge University Press, 2019); Doğa Ekrem Doğancı, *Blokzincirine Dayalı Akıllı Sözleşmelerin Hukuki Nitelikleri, Kuruluşu, Yorumu, İfası ve Bazı Örnek Hukuki Uygulamalar* (İstanbul: On İki Levha, 2021) 31; Pınar Çağlayan Aksoy, Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları (İstanbul: On İki Levha, 2022) 18; Ece Su Üstün, *Akıllı Sözleşmeler: Blokzincir Teknolojisi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 21; Mete Tevetoğlu, “Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12/1, (2021), 195; Serkan Kaya, “Blokzincir Tabanlı Akıllı Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü”, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi* 18/52, (2022), 518-541.

² Literatürde, orijinali “blockchain” olan kelimenin Türkçesi olarak blokzincir, blok-zincir, blokzinciri gibi farklı kullanımlar olduğu gözlemlenmiştir. Bu makalede blokzincir ifadesi tercih edilmiştir. Tartışmalar için bkz. Ahmet Usta, “Blokzinciri’nin ABC’si”, *BLOKCHAIN TÜRKİYE 2022*, <<https://bctr.org/ahmet-usta-yazdi-blokzincirinin-abcsi-21345/>> (Erişim 25 Eylül 2022).

³ “Number of Ethereum transactions per day on the blockchain from August 2015 to September 21, 2022” *Statista 2022* <<https://www.statista.com/statistics/730818/average-number-of-ethereum-transactions/>> (Erişim 17 Ekim 2022).

⁴ Akıllı sözleşmelerin genel kabul görmüş bir tanımı mevcut değildir. Akıllı sözleşme ile ilgili tanımlar için bkz. Nick Szabo, “Smart Contracts” <<https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html>> (Erişim 3 Ekim 2022), Riccardo de Caria, “Definitions of Smart Contracts: Between Law and Code”, DiMatteo vd. *Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms* içinde, 22-23.

sağlayan kodlardan oluşan sözleşmeler tarafından gerçekleştirilmiştir.⁵ Akıllı sözleşmelerde edimlerin otomatik olarak icra edilmesi ve sürecin kendi kendine yürütülmesi sözleşmeden kaynaklanan hiçbir uyuşmazlık çıkmayacağı anlamına gelmemektedir.⁶ Akıllı sözleşmeler, tarafların fikirlerini değiştirmeleri nedeniyle, haksızlığa uğradıklarını düşünmeleriyle veya akıllı sözleşmelerdeki kodlamalar yapılırken meydana gelen hatalar sebebiyle kaçınılmaz olarak uyuşmazlıklara açık olacaktır.⁷

Akıllı sözleşmelerde taraflar gerçek kimlikleri gizleyebilmekte ve kod adlarıyla yer alabilmektedir. Bunun nedeni sürecin otomatik olarak işleyeceğine olan güven nedeniyle tarafların gerçek kimliklerine ulaşılmasına gerek duyulmayacağı düşüncesidir. Ancak akıllı sözleşmelerde yukarıdaki nedenlerle veya daha pek çok farklı nedenle çıkabilecek olası uyuşmazlıklarda tarafların gerçek kimliklerinin bilinmemesi geleneksel yargılama yollarına başvurma hususunda önemli bir engel teşkil edebilecektir.⁸

Bu tür sorunlar göz önüne alındığında, akıllı sözleşmeler çerçevesinde tarafların arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların geleneksel çözüm yöntemleriyle çözümlenir. Akıllı sözleşmeler ile hedeflenen yüksek hız, düşük maliyet ve süreci otomatik olarak yürütme isteğini boşa çıkaracağı görülmektedir.⁹ Bir başka ifadeyle, akıllı sözleşmeler özelliklerine uygun olan bir uyuşmazlık çözüm yöntemi mevcut olmadıkça kendilerinden beklenen kazanımları kaybedeceklerdir.¹⁰ Bu nedenle bazı girişimciler akıllı sözleşmelerden kaynaklanacak uyuşmazlıkları çözmek için uluslararası etkiye sahip olabilecek, hukuki çözümler sunabilecek merkezi olmayan verimli sistemler oluşturmayı hedeflemişlerdir.¹¹ Bu makale, merkezi olmayan adaletin temel teorik ilkelerini gözden geçirdikten sonra, bu sistemlerin olası zorluklarını ve muhtemel faydalarını eleştirel bir şekilde incelemektedir.

⁵ Serkan Kaya, "Blokzincir Tabanlı Akıllı Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü", 520.

⁶ Sir Geoffrey Vos, "LawTech, Smart Contracts and Artificial Intelligence", <<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2019/05/CHC-speech-LawTech-Smart-Contracts-and-Artificial-Intelligence.pdf>> (Erişim 25 Eylül 2022), 2; Orna Rabinovich-Einy - Ethan Katsh, "Blockchain and the Inevitability of Disputes: The Role for Online Dispute Resolution", *Journal Dispute Resolution*, 2, (2019), 59.

⁷ European Commission, Directorate-General for Communications Networks, Content and Technology, Tenge, E., Schäffner, M., Ypma, P., et al., "Study on Blockchains: Legal, Governance and Interoperability Aspects", *Publications Office*, 2020, <https://data.europa.eu/doi/10.2759/4240>, 78.

⁸ James Metzger, "The Current Landscape of Blockchain-Based, Crowdsourced Arbitration", *Macquarie Law Journal*, 19, (2019), 86; Rabinovich-Einy - Katsh, 73.

⁹ Yann Aouidef vd., "Decentralized Justice: A Comparative Analysis of Blockchain Online Dispute Resolution Projects", *Frontiers in Blockchain*, 4, (Mart 2021), 2.

¹⁰ Tonya M. Evans, "The Role of International Rules in Blockchain-Based Cross-Border Commercial Disputes", *Wayne Law Review*, 65/1, (2019), 9.

¹¹ Amy J. Schmitz - Colin Rule, "Online Dispute Resolution for Smart Contracts", *Journal of Dispute Resolution*, 2, (2019), 114.

I. MERKEZİYETSİZ ADALET KAVRAMI

Son birkaç yılda, “merkeziyetsiz adalet” kapsamında kurulan yeni sistemler, blokzincir tabanlı akıllı sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar için hızlı ve uygun fiyatlı bir uyuşmazlık çözüm süreci sağlamayı vaat etmektedir. Merkeziyetsiz adalet; çevrim içi uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin¹², blokzincirin, çoğunluk prensibinin ve uluslararası tahkimin bir araya gelmesiyle oluşan bir alan olarak değerlendirilmektedir.

Merkeziyetsiz adalet platformları, blokzincir teknolojisi ile desteklenen ve ekonomik teşviklerle adil kararlar vermesi beklenen hakemler tarafından uyuşmazlıkların çözülmesinin hedeflendiği dijital mahkemelerdir. Bu platformlar merkezi değildir, çünkü süreç merkezi bir yetkiye sahip olmayan hakemler tarafından yürütülmektedir, sistem blok zincir teknolojisi üzerine kuruludur ve herhangi bir aracı tarafından kontrol edilemez. Kendisine sunulan davalara adil çözümler sunduğunu iddia etmesi anlamında ise adalete yönelmiştir.¹³

Blokzincir tabanlı bir merkeziyetsiz adalet sisteminde belli sayıda hakem yer almaktadır. Hakemler, sisteme dahil olabilmek için kripto paraları ile sisteme özgü jetonu (token) alırlar.¹⁴ Her hakem eşit miktarda jetonu satın alıp yargılamaya dahil olduktan sonra birbirlerinden bağımsız şekilde karar vermektedir. Blokzincir tabanlı bu sistemler çoğunluk prensibini temel almaktadır. Buna göre, hakemlerin çoğunluğu hangi tarafı haklı görürse yargılama o taraf lehine sonuçlanacaktır.¹⁵ Sistemlerde hakemlerin doğru kararı vermeleri noktasında ise ekonomik teşviklere güvenilmektedir.¹⁶ Zira çoğunluğa uymayıp aykırı karar veren hakemler sisteme yükledikleri jetonları kaybedecek, bu jetonlar çoğunluğa uyumlu kararı veren hakemlere dağıtılacaktır. Bu nedenle her hakem kararını verirken daha dikkatli olacak ve daha adil kararı vermeye çalışmak zorunda kalacaktır.¹⁷

¹² Çevrim içi uyuşmazlık çözüm yöntemi ile detaylar için bkz Serkan Kaya, *Consumer Dispute Resolution in the Digital Age: Online Dispute Resolution* (İstanbul: On İki Levha, 2020); Dilek Aydemir - Serkan Kaya, “Çevrim içi (Online) Tahkime İlişkin Güncel Meseleler ve Küresel Salgın Döneminde Tahkim”, *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, 11/1, (2022), 93 -152.

¹³ Aouidef vd., 2.

¹⁴ Michael Buchwald, “Smart Contract Dispute Resolution: The Inescapable Flaws of Blockchain-Based Arbitration”, *University of Pennsylvania Law Review*, 168, (2020), 1389; Matthew Dylag - Harrison Smith, “From cryptocurrencies to cryptocourts: blockchain and the financialization of dispute resolution platforms”, *Information, Communication & Society*, < <https://doi.org/10.1080/1369118X.2021.1942958> > (Erişim 18 Ağustos 2022).

¹⁵ Dylag - Smith, 2 ve 7.

¹⁶ Darcy W. E. Allen vd., “The Governance of Blockchain Dispute Resolution”, *Harvard Negotiation Law Review*, 25/75, (2019), 80; Bronwyn E. Howell - Petrus H. Potgieter, “Uncertainty and Dispute Resolution for Blockchain and Smart Contract Institutions”, *Journal of Institutional Economics*, 17, (2021), 555.

¹⁷ Howell - Potgieter, 555.

Bir örnekle durumu somutlaştırmak gerekirse; bir merkeziyetsiz adalet sisteminde hakem olarak görevli olan A, B ve C adındaki hakemler X ve Y arasında ortaya çıkan bir uyuşmazlığı çözüme kavuşturacak olsun. A, B ve C sisteme hakem olarak dahil olabilmek için 100'er jeton satın almışlardır. Hakemlerden A ve B X'in, C ise Y'nin haklı olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bu durumda çoğunluk prensibi uyarınca A ve B'nin verdiği karar esas alınacaktır. Sistemde birikmiş olan 300 jeton ise sadece çoğunlukta olan hakemlere dağıtılacaktır. Son durumda A ve B 150'şer jeton alacakken çoğunlukla uyumlu kararı vermeyen C kripto para vererek satın alıp sisteme yüklediği jetonları kaybetmiş olacaktır.

Akıllı sözleşmelerin yürütülmesi kapsamında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları çözmek için uygulanan bu uyuşmazlık çözüm mekanizması, doğrudan akıllı sözleşmeye entegre edilmektedir.¹⁸ Bu yönüyle merkeziyetsiz adalet sistemlerinin akıllı sözleşmelerdeki otomatik işleyen sistem ile geleneksel çözüm yollarında etkili olan insan yargısı arasındaki mesafeyi kapatmış oldukları ifade edilmektedir.¹⁹

Merkeziyetsiz adalet sistemleri, güncel haliyle akıllı sözleşmelere özgü sorunları çözenin bir yolunu sağlamayı, böylece akıllı sözleşmelerin niteliğine uygun olarak işlem maliyetlerini düşürmeyi ve blokzincir üzerine kurulu birçok merkezi olmayan uygulamanın gelişmesini sağlamayı amaçlamaktadır.²⁰ Sistemlerin akıllı sözleşmeler haricinde ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözmek için de bir alternatif olarak kullanılıp kullanılamayacağı ise henüz bilinmemektedir.²¹

Merkeziyetsiz adalet sistemleri kapsamındaki her projenin ortak amacı, akıllı sözleşmeleri kullanarak işlemleri daha hızlı ve daha ucuz hale getirmektir. Örneğin bu platformların kullanılmasıyla belgelerin kurye ile gönderilmesi ve alınması gibi geleneksel çözüm yöntemlerinin uzun süren ve maliyetli olan süreçlerinin çoğu ortadan kalkmış olacaktır.²²

Merkeziyetsiz adalet platformları, yenilikçi mekanizma tasarımları sayesinde şimdiden özellikle e-ticaret, serbest çalışma (freelancing), kitlesel fonlama,

¹⁸ European Commission, Directorate-General for Communications Networks, Content and Technology, Tenge, E., Schäffner, M., Ypma, P., et al., "Study on Blockchains: Legal, Governance and Interoperability Aspects", *Publications Office*, 2020, <https://data.europa.eu/doi/10.2759/4240>, 78.

¹⁹ Evans, 2.

²⁰ Aouidef vd., 2.

²¹ Federico Ast - Bruno Deffains, "When Online Dispute Resolution Meets Blockchain: The Birth of Decentralized Justice", *Stanford Journal of Blockchain Law & Policy*, <<https://stanford-jblp.pubpub.org/pub/birth-of-decentralized-justice/release/1>> (Erişim 25 Eylül 2022), 16; André Janssen - Tom Vennmanns, "Smart Dispute Resolution in the Digital Age: The Potential of Smart Contracts and Online Dispute Resolution for Dispute Prevention and Resolution in Consumer Law Cases", *International Journal on Consumer Law and Practice*, 9/1, (2021), 72.

²² Evans, 2.

dijital ekonomi ve diğer birçok alanda uyuşmazlık çözüm yöntemleri sunma potansiyeline sahiptir.²³

Her bir merkeziyetsiz adalet sisteminin temelinde yatan mantık aynıdır. Buna göre, bir blokzincir tabanlı akıllı sözleşmenin uygulanmasında ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözmek için en etkili yöntem, yine blokzincir tabanlı bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Uygulamada başlıca Kleros, JUR, Aragon gibi Ethereum tabanlı merkeziyetsiz adalet platformları bulunmaktadır.²⁴ Çalışmada merkeziyetsiz adalet sistemlerine bir örnek olması açısından günümüzde en çok kullanılan blokzincir tabanlı adalet sistemi olan Kleros incelenecektir. Kleros'un çalışma prensibi, diğer merkeziyetsiz adalet sistemlerinin büyük çoğunluğuyla benzerlik göstermektedir.

II. MERKEZİYETSİZ ADALET SİSTEMLERİNE BİR ÖRNEK: KLEROS

Kleros, Ethereum blokzinciri üzerine kurulmuş, kitle kaynaklı merkezi olmayan bir çevrim içi uyuşmazlık çözüm hizmeti veren platformdur.²⁵ Sistemin Ethereum üzerine kurulması, platformla ilgili tüm işlemlerin Ethereum'un kripto para birimi olan ETH'yi içermesi gerektiği anlamına gelmektedir.²⁶ Kleros, oyun teorisini²⁷ baz alarak "hızlı, ucuz, şeffaf, güvenilir ve merkezi olmayan" alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemi sunmayı amaçlamaktadır.²⁸

Kleros'un bir uyuşmazlığı çözebilmesi için; tarafların yapacakları akıllı sözleşmelerde uyuşmazlığın konusuna göre mahkeme türüne ve hakem sayısı gibi çözüm sürecinin bazı temel özellikleri konusunda da anlaşarak uyuşmazlık çık-

²³ Aouidef vd., 2.

²⁴ Bu platformlarla ilgili detaylı bilgi için bkz Serkan Kaya, "Blokzincir Tabanlı Akıllı Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü"; Buchwald, 1373.

²⁵ Allen vd., 93; James Metzger, "Decentralized Justice in the Era of Blockchain", *International Journal on Online Dispute Resolution*, 5, (2018), 70.

²⁶ Metzger, "Decentralized Justice in the Era of Blockchain", 70.

²⁷ Kleros'un bu sistemi Thomas Schelling'in "Schelling Points" teorisine dayanmaktadır. "Oyun teorisini olan Thomas Schelling, "Schelling Points" ya da "Focal Points" olarak da adlandırılan odak noktaları kavramını, insanların iletişimin olmadığı durumlarda bile davranışlarını koordine etmek için kullanma eğiliminde olduğu için geliştirdi. Schelling bu teoriyi şu örnekle açıklamaya çalışmıştır: "Yarın NYC'de bir yabancıyla tanışmanız gerekiyor. Onunla nerede ve ne zaman tanışıyorsunuz?" Taraflar şehirdeki herhangi bir yerde ve zamanda buluşabilirken, verilen en yaygın cevap "öğlen Grand Central Terminal'deki bilgi standında". Aslında tarafların koordine olması şartıyla başka bir yerde ve zamanda buluşmaları mümkün iken, doğal buluşma yeri olarak Grand Central Terminal'de öğlen buluşmaları tarafların doğal odak noktasını oluşturmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Clement Lesaege, William George and Federico Ast "Kleros: Research Challenges in Decentralized Justice" (Kleros 2020) 2-3" (Serkan Kaya, "Blokzincir Tabanlı Akıllı Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü", 529-530, dn. 44).

²⁸ "Dispute Revolution: The Kleros Handbook of Decentralized Justice" (Kleros 2020) <<https://kleros.io/book.pdf>>

ması durumunda uyuşmazlığı çözecek mercii olarak Kleros'u belirlemesi gerekmektedir.²⁹

Sistemin işleyişinde başlangıç olarak hakkının ihlal edildiğini düşünen taraf, Kleros'ta anlaşmazlığın yapısını tanımlayan bir form doldurarak uyuşmazlığın çözüm sürecini başlatır. Bu formda Kleros tarafından belirlenmiş bazı uyuşmazlık türleri yer alır. İlgili taraf, bu listeden sorunun ne olduğuna veya sorunun hangi uyuşmazlık türlerine daha yakın olduğuna ilişkin seçimlerini yapar.³⁰ Daha sonra taraflar sisteme ellerinde bulunan delilleri yükleyecektir. Bu deliller şifrelenerek güvenli bir şekilde sisteme yüklenir ve gizliliği korumak adına bu deliller blokzincirde yayınlanmaz.³¹

Dolayısıyla bir uyuşmazlık ortaya çıktığında, tarafların yapması gereken ilk şey ilgili formu doldurarak uyuşmazlığın varlığını Kleros sistemine kaydettirmek olacaktır.³² Uyuşmazlığı kaydeden taraf aynı zamanda teminat olarak sisteme belirli bir miktarda kripto para (Kleros söz konusu olduğu için ETH) yatırır. Uyuşmazlığın karşı tarafı da teminat ücreti olarak eşit miktarda kripto parayla katkıda bulunur. Bu ücretler, anlaşmazlığın sonucunu bekleyene kadar teminat olarak tutulur.³³

Daha sonra bu uyuşmazlık blokzincirde yayınlanır ve potansiyel hakemler, kripto paralarıyla jeton satın alarak uyuşmazlığın çözümüne olan ilgilerini ortaya koyabilirler. Kleros uygulamasındaki potansiyel hakemler ise, dünyanın her yerinden Kleros'un tescilli 'token'i olan Pinakion'u (PNK) elinde bulunduran kişilerden oluşmaktadır.³⁴ Sonrasında sistem hakemleri seçer. Bu seçim, belirli bir özel alanda hakem olabilmek adına o özel mahkeme için jeton yatırmış olan hakemler arasında yapılır.³⁵ Seçimler, bu alana jetonlarını yatırmış olan hakemler arasında tamamen rastgele yapılmaktadır.³⁶ Örneğin internet sitesi tasarımlarından doğan uyuşmazlıklar için seçilmeye uygun olduklarını düşünen 100 hakem adayı Kleros'un bu alandaki özel mahkemesi için jetonlarını yatırmış olsun. Eğer uyuşmazlığın çözümü için 3 hakem seçilmesi gerekiyorsa, seçim bu 100 kişilik gruptan rastgele olacak şekilde yapılacaktır.

²⁹ Allen vd., 93; Metzger, "Decentralized Justice in the Era of Blockchain", 70; Howell - Potgieter, 555.

³⁰ Florence Guillaume - Sven Riva, "Blockchain Dispute Resolution for Decentralized Autonomous Organizations: The Rise of Decentralized Autonomous Justice", Bonomi, Andrea - Lehmann, Matthias (eds), "Blockchain and Private International Law" içinde, (Leiden: Brill Nijhoff, 2022), *Researchgate*, https://www.researchgate.net/publication/358889700_BLOCKCHAIN_DISPUTE_RESOLUTION_FOR_DECENTRALIZED_AUTONOMOUS_ORGANIZATIONS_THE_RISE_OF_DECENTRALIZED_AUTONOMOUS_JUSTICE (Erişim 18 Ağustos 2022), 45.

³¹ Guillaume - Riva, 45.

³² Metzger, "Decentralized Justice in the Era of Blockchain", 70.

³³ Metzger, "Decentralized Justice in the Era of Blockchain", 72.

³⁴ Allen vd. 93; Metzger, s. 70.

³⁵ Clement Lesaege vd., "Kleros: Long Paper v2.0.2", *Kleros*, (Erişim 13 Kasım 2022), 9.

³⁶ Lesaege vd., 11.

Bu süreçte daha fazla jeton yatıran hakem adaylarının seçilme şansı daha yüksek olmaktadır.³⁷ Durumu somutlaştırmak adına, taahhüt edilen her bir jetonu bir torbaya konan bir top gibi düşünmek mümkündür. Torbada diğerlerine göre üzerinde adı yazılı top sayısı daha fazla olan hakem adayının rastgele seçilme ve hakem olma şansı artmaktadır.³⁸ İlgili süreç kapsamında, daha önce de açıklandığı üzere Kleros bu alan için jeton yatırmış olan hakemler arasında herhangi bir uzmanlık veya meslek şartı aramaksızın seçim yapacaktır.³⁹

Kleros, anlaşmazlık çözüm süreçlerinde kitle kaynak kullanımına başka bir ifadeyle çoğunluk prensibine güvenmektedir. Kitle kaynak kullanımının karakteristik özelliği, anlaşmazlığın yasal olarak tüm yeterliliklere sahip olmasına gerek olmayan ancak kişisel deneyim ve teknik niteliklere dayalı olarak bir ihtilafa karşı tavır alabilecek kişilerden oluşan bir hakem heyeti tarafından çözülmesidir.⁴⁰

Bu noktada, seçilen hakemlerin tarafsızlığına ve doğru karar vermeye yönelik çabalarına nasıl güvenileceği sorunu gündeme gelmektedir. Kleros bu konuda sisteme jeton olarak dahil olan birkaç kişinin dürüstlüğüne değil, oyun teorisini baz alan ekonomik teşviklere güvenmektedir. Buna göre, diğer hakemlerle tutarsız oy kullanan hakemlerin jetonları, tutarlı oy kullanan çoğunlukta hakemlere dağıtılmaktadır.⁴¹

Böylece doğruya ulaşmak için yeterli çabayı göstermeyen veya tarafsız davranmayan hakemler jetonlarını kaybetmek suretiyle maddi zarara uğramış olacaktır. Dolayısıyla Kleros, doğru çözüm yoluna ulaşılabilmesi için, uyuşmazlığın çözümüne azınlıkta kalacak şekilde oy veren hakemlere ekonomik bir risk koyma özelliğine sahiptir. Hakemlere yalnızca çoğunluk ile oy vermeleri halinde ücret verilmektedir. Çoğunluğu oluşturan hakemlerden her biri aynı zamanda taraflarca ödenen tahkim ücretlerinin bir kısmını ve azınlıkta kalan hakemlerin hisselerinin bir kısmını alır. Bu nedenle, hakemlerin çoğunluk oyunu tahminleriyle tutarlı bir şekilde oy vermek için çifte ekonomik teşviki bulunmaktadır. Zira hakemler azınlıkta kalan bir oy verirlerse yalnızca para kazanamamakla kalmayıp aynı zamanda para kaybetmektedir.⁴²

Hakemler en son aşamada tarafların sisteme kaydettikleri kanıtları değerlendirdikten sonra taraflardan biri lehine oy vermekte ve bu kararı neden seçtiklerine dair bir neden sunmaktadır.⁴³ Verilen oyların daha sonrasında değiştirilmesi ise

³⁷ Howell - Potgieter, 555.

³⁸ Metzger, "Decentralized Justice in the Era of Blockchain", 72.

³⁹ Allen vd., 93; Metzger, "Decentralized Justice in the Era of Blockchain" 70, 77.

⁴⁰ Guillaume - Riva, 45.

⁴¹ Howell - Potgieter, 555.

⁴² Guillaume - Riva, 45.

⁴³ Howell - Potgieter, 555.

mümkün değildir. Sonrasında tüm oylar toplanır ve akıllı sözleşme çoğunluğun verdiği karara göre yürütülmektedir.⁴⁴

Modern hukuk sistemleri tarafından tanınan temel bir hak olan verilen karara itiraz etmek, Kleros sisteminde de mevcuttur. Kleros sisteminde taraflar, aleyhine verilen karara karşı birkaç kez davanın yeniden karara bağlanması için başvuru yapabilir.⁴⁵ Her başvuruda, bir önceki aşamadan iki kat daha fazla jüri üyesi ile yeni bir jüri oluşturulmaktadır.⁴⁶ Jüri üyelerinin sayısı, itiraz edildikçe katlanarak arttığı için; dolayısıyla tahkim ücretleri de temyiz sayısı ile birlikte katlanarak artmaktadır. Bu, çoğu durumda tarafların temyize gitmek istememesi veya yalnızca makul bir sayıda itirazda bulunması anlamına gelmektedir.⁴⁷

Kleros'un mevcut versiyonunda, gerekli temyiz ücretlerinin tahsil edilmesi için farklı modeller mevcut olup, ücretlerin ödenmemesi durumunda bunun farklı sonuçları belirlenmiştir.⁴⁸ Jüri üyelerinin ödüllendirilmesini ve kaybeden tarafın ödediği ücretlerin geri ödenmesini sağlamak için çoğu zaman her iki taraftan da bir sonraki oylama turu için ücretlere katkıda bulunmaları istenmektedir.⁴⁹ Kleros'taki bu temyiz sisteminin, jüri üyelerinin nihai kararının her zaman gerçeğe yaklaşmasını ve jüri üyelerinin ilk oylama turlarında baştan itibaren tutarlı bir şekilde oy kullanmalarını, cezalandırılmamasını sağladığı iddia edilmektedir.⁵⁰

III. MERKEZİYETSİZ ADALET UYGULAMALARI KAPSAMINDA ORTAYA ÇIKABİLECEK OLASI SORUNLAR

A. UYGULAMALARA DAHİL OLMANIN GÜÇLÜĞÜ

Merkeziyetsiz adalet uygulamalarının alternatif çözüm yöntemlerinden biri olmasındaki en büyük zorluklardan biri, uygulamalara dahil olmak için ilgili uygulamanın jetonlarına sahip olma zorunluluğunun bulunmasıdır.⁵¹ İlgili uygulamaların

⁴⁴ Howell - Potgieter, 555; Bu konuya ilişkin olası sorunlar aşağıda IV. C bölümünde "Hakemlere İlişkin Sorunlar" başlığı altında detaylı olarak ele alınmıştır.

⁴⁵ Kleros sisteminde, itirazın nasıl yapılacağı konusunda bilgi mevcut iken tarafların ne kadar itiraz hakkının bulunduğuna ilişkin bilgi bulunmamaktadır. "Dispute Revolution: The Kleros Handbook of Decentralized Justice" (Kleros 2020) 48. <<https://kleros.io/book.pdf>> (Erişim 16 Mayıs 2022).

⁴⁶ "Dispute Revolution: The Kleros Handbook of Decentralized Justice" (Kleros 2020) 48 <<https://kleros.io/book.pdf>> (Erişim 16 Mayıs 2022).

⁴⁷ Lesaege vd., 28.

⁴⁸ İlk temel model şu şekilde ifade edilmiştir: Temyiz durumunda, temyiz eden gerekli itiraz ücretlerini ödemek zorundadır. Bunun avantajı, bir önceki raundu kazanan tarafın, sadece temyiz ücreti ödemediği için jüri üyeleri tarafından başka bir karar verilmeden kaybetmesine neden olunamamasıdır. Farklı senaryolar için Bkz. Lesaege vd., 30.

⁴⁹ Lesaege vd., 28.

⁵⁰ Lesaege vd., 28.

⁵¹ Evans, 14.

kullanıcısı olmak isteyen bireyler için yasal paralar yerine bu jetonlara sahip olmak ilk olarak içerdiği sürecin uzunluğu nedeniyle zaman kaybı olarak görülebilecektir.⁵² Örneğin, Ethereum alabilmek için kripto para cüzdanı oluşturmak ve geçerli para birimleriyle Ethereum'ları satın almak gibi bir dizi adımın izlenmesi gerekmektedir.⁵³

Blokzincir tabanlı alternatif çözüm sistemlerinin dijital ortamlar bakımından çok sayıda ortaya çıktığı gözlemlenen küçük miktarlardaki uyuşmazlıkların çözümleri bakımından katılıma elverişli olup olmadıkları da sistemler hakkındaki soru işaretlerinden birisidir.⁵⁴ Bu sistemlerin sadece dijital ortamlarda ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümlerinde mi kullanılacakları yoksa geleneksel yollarla çözülen tüm uyuşmazlıklara mı adapte olacakları da henüz bilinmemektedir.⁵⁵ Güncel durum merkezizetsiz adalet sistemlerinin dijital ortamlarda ortaya çıkan uyuşmazlıklarda kullanılmasıdır.⁵⁶

Uygulamalarda katılımcı olarak yer alabilmek için aynı zamanda çok gelişmiş tarayıcılara ihtiyaç bulunmaktadır.⁵⁷ Microsoft Explorer, Google Chrome, Firefox gibi kurumsal olan tarayıcılar jetonların satın alınması için tek başlarına yeterli değildir.⁵⁸ İlgili alternatif çözüm yolunun merkezizetsiz yapısı nedeniyle jetonlara sahip olabilmek için Metamask gibi Web3 formatına uyumlu olacak tarayıcıların kullanılması gerekmektedir.⁵⁹ Bu durumun da uygulamalarda hakem olarak yer almak isteyen ancak teknolojiye önemli bir düzeyin üzerinde hakim olmayan birçok kişi için önemli bir engel teşkil edebileceği açıktır.⁶⁰

Akıllı sözleşmeler belirli bir programlama dilinde inşa edildiği için bu sözleşmenin teknik dil ve yasal tavsiye gerektiren belirli şartlar altında kurulması gerekecektir. *“Bu sözleşmelerin teknik dilinin olması sebebiyle tarafların bu sözleşme dilini ya anlaması gerekir ya da bu konuda hukuki tavsiye almaları gerekmektedir.”*⁶¹ Blokzincir teknolojisindeki akıllı sözleşmelerde ortaya çıkabilecek her olası senaryoyu kodlama gerekliliği karşılaşılabilecek diğer bir zorluğu teşkil etmektedir.⁶²

⁵² Swati Goyal, “The Difference Between Fiat Money and Cryptocurrencies”, *YAHOO FINANCE*, <https://finance.yahoo.com/news/difference-between-fiat-moneycryptocurrencies-132027811.html> (Erişim 20 Ağustos 2022).

⁵³ Metzger, “Decentralized Justice in the Era of Blockchain”, 73.

⁵⁴ Ast - Deffains, 15.

⁵⁵ Ast - Deffains, 16; Janssen - Venmanns, 72.

⁵⁶ Janssen - Venmanns, 72.

⁵⁷ Evans, 14.

⁵⁸ Metzger, “Decentralized Justice in the Era of Blockchain”, 74.

⁵⁹ Evans, 14.

⁶⁰ Rabinovich-Eviny - Katsch, 74.

⁶¹ Kaya, “Blokzincir Tabanlı Akıllı Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü”, 536.

⁶² Kaya, “Blokzincir Tabanlı Akıllı Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü”, 536.

Uygulamalara dahil olmanın bir başka zorluğu da yasal paralar yerine blok-zincir tabanlı jetonlara sahip olmanın gerekmesinin uygulamalara katılmak isteyenler için güvenilir bir yol olarak değerlendirilmeyebileceği gerçeğidir.⁶³ Bu durum da uygulamaları kullanmanın sıradaki olası riski ile yakından ilişkilidir.

B. KRİPTO PARALARDAKİ KURLARIN İSTİKRARSIZLIĞI

Merkeziyetsiz adalet uygulamalarına dahil olmak isteyen kişilerin karşılaşacağı en büyük endişelerden birisi de bu uygulamalarda hakem olarak yer alabilmek için alınan jetonların değerlerindeki istikrarsızlıklardır.⁶⁴ Örneğin, Kleros'a katılmak için gerekli kripto para türü olan Ethereum'un değeri, 1 Ocak 2022'de 3688 USD seviyesindeyken, 2022'nin Temmuz ayında 1050 USD'ye kadar gerilemiştir.⁶⁵

Kripto paralardaki bu istikrarsızlık, hakemlerin doğru karar verme motivasyonlarını ekonomik teşviklere bağlayan merkeziyetsiz adalet platformları söz konusu olduğunda daha büyük endişe vermektedir.⁶⁶ Zira sahip olunan kripto paraların değeri düştükçe, hakemlerin yaptıkları işi ciddiye alma seviyelerinde düşüş gözlenebilecektir.⁶⁷ Aynı zamanda bu kripto para değerlerinde sürekli düşüşler gözlenirse katılımcılar davalarda jetonlar kazansalar dahi finansal olarak daha zor duruma düşeceklerdir.⁶⁸

Merkeziyetsiz adalet sistemlerinde hakem olarak yer alan kişiler ile yapılan bir vaka çalışmasında katılımcılardan birisi de bu sistemlerin hakemlere kâr getirebilmesi için birçok davaya sahip olunması gerektiğini, bunun için de çok fazla sayıda jetona sahip olunması gerektiğini belirtmiştir. Katılımcı aynı zamanda belirtilen nedenle karlılığı belirleyen esas şeyin diğer hakemlerle uyumlu oy kullanıp davalardan jeton kazanmak yerine satın alınan fazla miktarda jetonun değerindeki artış ya da azalış olduğunu ifade etmiştir.⁶⁹ Aynı çalışmada kripto paralardaki kurların istikrarsızlığının hakemlerin karar verme hızlarını düşürebileceği öne sürülmüştür. Nitekim katılımcılardan biri kararını açıklama zamanını kurların hareketlerine göre yaparak daha fazla kar etmeye çalıştığını belirtmiştir. Ancak ilgili çalışmada da belirtildiği üzere kesin bir yargıya varmadan önce bu konuda hakemlerin çoğunluğunun bu şekilde hareket edip etmediği daha ayrıntılı şekilde araştırılmalıdır.⁷⁰

⁶³ Goyal, "The Difference Between Fiat Money and Cryptocurrencies", s. 3.

⁶⁴ Evans, 14-15.

⁶⁵ <https://www.coinspot.com.au/trade/eth> (Erişim 19 Ağustos 2022).

⁶⁶ Metzger, "Decentralized Justice in the Era of Blockchain", 74.

⁶⁷ Evans, 15.

⁶⁸ Metzger, "Decentralized Justice in the Era of Blockchain", 75.

⁶⁹ Luis Bergolla vd., "Kleros: A Socio-Legal Case Study of Decentralized Justice & Blockchain Arbitration", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 17, (2021), 37.

⁷⁰ Bergolla vd., 38.

Sisteme dahil olmak isteyenler bakımından ön plana çıkan bu büyük soruna çözüm olarak, bu tür platformların kur dalgalanmalarına karşı dayanıklı olacak şekilde inşa edilmesi gerektiği savunulmaktadır.⁷¹

C. HAKEMLERE İLİŞKİN ENDİŞELER

Merkeziyetsiz adalet platformlarında hakem olarak yer alacak kişiler bakımından duyulacak en büyük endişelerden biri, söz konusu hakemlerin önlerine gelecek hukuki sorunu çözebilecek bilgi ve kapasiteyi haiz olup olamayacaklarına ilişkindir.⁷² Bu tür platformlarda, sistem ile hakemlerin arasındaki tek bağ hakemlerin satın aldığı jetonlardır. Bunun ötesinde platformun hakemler ile ilgili kesin bilgilere erişmesi söz konusu değildir. Dolayısıyla hakemlerin bilgisini, hangi alanda deneyimlerinin olduğunu veya belli hususlarda ön yargılarının bulunup bulunmadığını tespit etmek mümkün olmamaktadır.⁷³

Bu soruna bir çözüm olarak merkeziyetsiz adalet platformlarının hakemlerden “gerekçeli karar” talep etmesi düşünülebilir. Ancak kararların gerekçeli olması da taraflara hakemlerle ve onların tarafsızlığı ile ilgili hiçbir veri sağlamayacaktır. Aynı zamanda bu platformlarda gerekçeler ne olursa olsun çoğunluk prensibi geçerli olacak, gerekçelere itiraz etme olanağı bulunmayacaktır.⁷⁴

Aynı zamanda her ne kadar Kleros gibi merkeziyetsiz adalet platformları uyuşmazlıkları konularına göre sınıflandırıp uygulama içerisinde bir nevi “özel alt mahkemeler” oluşturmaya çalışsalar da buralarda yer alacak hakemlerin gerçekten uyuşmazlık konusu hakkında bilgi sahibi olduklarını garanti edemeyeceklerdir.⁷⁵

Uyuşmazlık konularına göre uygulamalarda özel mahkeme benzeri oluşumların bulunmasıyla ilgili bir diğer sorun, bu yolun hakemlerin yaklaşımında gerçek anlamda birliği sağlamama olasılığıdır.⁷⁶ Zira blokzincir tabanlı bu platformlar merkeziyetsiz yapısı uyarınca tüm dünyadan katılıma açıktır. Bu durumda hakemlerin uzman oldukları alan aynı olsa dahi hukuki yaklaşımları arasında büyük farklar bulunabilecektir.⁷⁷ Bu farkları hakemlerin buldukları coğrafi bölgeler veya buldukları yerdeki hukuk kaynaklarının farklılıkları oluşturabilecektir. Örneğin Kleros’taki bir hakem Anglo-Sakson hukukunun yer ettiği Avustralya’dan, diğeri Kıta Avrupası hukukunun etkisi altındaki İsviçre’den, bir

⁷¹ Evans, 15.

⁷² Buchwald, 1404; Metzger, “Decentralized Justice in the Era of Blockchain”, 76.

⁷³ Metzger, “Decentralized Justice in the Era of Blockchain”, 77.

⁷⁴ Metzger, “Decentralized Justice in the Era of Blockchain”, 77.

⁷⁵ Metzger, “Decentralized Justice in the Era of Blockchain”, 77.

⁷⁶ Buchwald, 1407.

⁷⁷ Buchwald, 1407.

diğeri ise din odaklı hukukun uygulandığı Suudi Arabistan'dan olabilecektir. Bu durumda çoğunluğun kararını gerçekten adil bir yaklaşımın ortaya çıkardığını ifade etmek güçleşecektir.⁷⁸

Buna karşılık James Metzger'in aktardığına göre, Kleros yetkilileri tarafların akıllı sözleşmelerde uygulanacak hukuku seçmesi ile ilgili sorunun çözüleceğini ileri sürmektedir.⁷⁹ Ancak uygulanacak hukukun seçilmesi hakemlerin kendi bölgelerindeki hukuk anlayışını uyuşmazlığın çözümüne yansıtacaklarını garanti edemeyecektir.

Blokzincir tabanlı uyuşmazlık çözüm sistemleri, hakemlere karşı olan birçok endişeye karşı oyun teorisini ileri sürmektedir. Buna göre uyuşmazlık çözümü için kripto para öne sürmüş olan hakem yanlış karar vererek azınlıkta kalmak istemeyecektir. Böylece hem uzman olmadığı bir alanda uyuşmazlık çözümüne dahil olmak istemeyecek hem de dahil olduğu uyuşmazlık çözümlerinde en adil şekilde karar vermeye çalışacaktır.

Ancak oyun teorisinin de tek başına tüm endişeleri yok ettiğini söylemek güçtür. Örneğin yargılamada bu prensip baz alındığında, hakemlerin doğru karar vermeye odaklanmak yerine çoğunluğun vereceği kararı tahmin etmeye yoğunlaşması ihtimal dahilindedir.⁸⁰ Örneğin çoğunluğun vereceği karardan yana olmak isteyen hakem hakkaniyeti gözetmek yerine kimin mazlum durumda gördüğünü daha çok göz önüne alabilecektir. Böylece hakemler kendi çıkarlarını tarafların adalet arayışından çok daha üst bir konuma koyabileceklerdir.⁸¹ Bir başka ifadeyle, hakemlerin etik anlayışları yerine ekonomik teşviklere güvenilmesi bu tür ihtimaller gözetildiğinde sorunlu olabilecek bir yaklaşımdır.⁸²

Nitekim sisteme dahil olacak hakemlerin etik değerlere saygılı olup olmayacaklarına dair hiçbir bilginin alınması söz konusu değildir. Bu sistemde, hakemlerin kim olduğunun dahi bilinmesi söz konusu değildir.⁸³ Bu kişilerin sisteme sabıka kayıtlarına ilişkin herhangi bir belge eklemeleri de söz konusu değildir. Hakemlerle merkezizetsiz adalet sistemleri arasındaki tek bağ yüklenen jetonlardır. Dolayısıyla sisteme hakem olarak dahil olmuş hırsız veya dolandırıcılık gibi suçlara karışmış bir kişinin veri analizinde uzman olması halinde bu kişinin uzmanlığını kullanarak hangi durumlarda çoğunluğun nasıl hareket edeceğini hesaplaması ve buna göre kararlar verip hakkaniyeti hiçe sayması mümkün olacaktır.

⁷⁸ Metzger, "Decentralized Justice in the Era of Blockchain", 77.

⁷⁹ Metzger, "Decentralized Justice in the Era of Blockchain", 77.

⁸⁰ Buchwald, 1405.

⁸¹ Buchwald, 1405.

⁸² Ast - Deffains, 17.

⁸³ Buchwald, 1404; Metzger, "Decentralized Justice in the Era of Blockchain", 76.

Böyle durumların engellenmesi için merkeziyetsiz adalet sistemlerinin sisteme dahil olmak isteyen hakem adaylarının kimliklerine ulaşması gerektiği düşünülebilir. Ancak merkeziyetsiz adalet sistemlerinin temeli olan “merkeziyetsizlik” unsuru, tarafların veya hakemlerin bilgilerine ulaşım bu kişilere ilişkin bir değerlendirme yapılmasına aykırı olacaktır.⁸⁴ Aynı zamanda hakemlere ilişkin kimlik tespitinin ve sorgulamaların yapılması, merkeziyetsiz adalet sistemlerini merkeziyetsiz adalet sistemi olmaktan çıkarıp bir klasik çevrim içi uyuşmazlık çözüm sistemine dönüştürdü. Tüm bu nedenler göz önüne alındığında, merkeziyetsiz adalet sistemlerinin kendi özelliklerini korudukları müddetçe bahsi geçen türde erişimlerin olmasına dair endişelerin söz konusu olacağı ifade edilebilir.

Sistemlerde oyun teorisinin baz alınmasıyla ortaya çıkan bir diğer endişe de çoğunluğun kararının her zaman adil bir karar anlamına gelip gelmeyeceğine ilişkindir.⁸⁵ Yukarıda bahsedilen endişelerin hiçbirinin gerçekleşmediği bir somut olay ihtimalinde dahi çoğunluğun bir taraf lehine karar vermesinin o olayda adil bir karar verilmiş olduğu anlamına gelmeyeceği öne sürülmektedir.⁸⁶

Hakemlerle ilgili bir diğer endişe de sisteme yapılacak olası bir saldırı ile hakemlere ulaşılması ve rüşvet verme gibi girişimlerde bulunabilecek olmasıdır.⁸⁷ Blokzincir tabanlı uygulamalar son derece güvenli olduklarını öne sürseler de teknolojinin ve internet korsancılığının hangi seviyelerde olduğunu veya hangi seviyelere geleceğini tahmin etmek güçtür. Hatta nadiren de olsa artık blokzincir tabanlı sistemlere de siber saldırılar sonucu izinsiz girişlerin olduğu iddia edilmektedir.⁸⁸

Tüm bu endişelerin yanında, hakemlerin delillere ulaşımı noktasında da sorun çıkarabilecek hususlar bulunmaktadır. Örneğin yargılamada tarafların dışında üçüncü kişilerden delil elde edilmesi gerektiğinde blokzincir tabanlı uyuşmazlık çözüm sistemleri dahilinde üçüncü kişilere ulaşılması mümkün olmayacaktır. Merkeziyetsiz bu sistemlerde üçüncü kişileri delil sunmaya zorlayacak herhangi caydırıcı yöntemin bulunması da mümkün değildir.⁸⁹ Zira özellikle kurumsal yapılardan destek alınarak taraflara veya üçüncü kişilere yaptırım uygulama durumu söz konusu olursa ilgili sistemlerin esas unsuru olan merkeziyetsizlikten çok büyük bir taviz verilmiş olacaktır.⁹⁰

⁸⁴ Tarafların ve hakemlerin kimliğine ulaşamamasının merkeziyetsiz adalet sistemlerinin temel özelliklerinden biri olduğu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz: Buchwald, 1400-1403.

⁸⁵ Metzger, “Decentralized Justice in the Era of Blockchain”, 78.

⁸⁶ Metzger, “Decentralized Justice in the Era of Blockchain”, 78-79; Buchwald, 1404.

⁸⁷ Metzger, “Decentralized Justice in the Era of Blockchain”, 80.

⁸⁸ Rabinovich-Einy - Katsch, 72.

⁸⁹ Buchwald, 1401.

⁹⁰ Buchwald, 1402.

D. UYGULANACAK HUKUKUN BELİRSİZLİĞİ

Blokzincir tabanlı uyuşmazlık çözüm sistemlerine dair en büyük belirsizliklerden biri uyuşmazlıklara hangi hukuk kurallarının uygulanacağına ilişkindir.⁹¹ Zira günümüzde blokzincir tabanlı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin entegre edildiği akıllı sözleşmelerde tarafların nerede oldukları bir yana gerçek kimlikleri dahi bilinmemektedir.⁹² Uyuşmazlığın çözümünde tüm hakemlerin aynı hukuk kurallarını uygulaması kararların öngörülebilir ve en tatmin edici şekilde ortaya çıkması için şarttır.⁹³

Uygulanacak hukukun belirsizliğinin önlenmesi için önerilen çözüm yollarından biri, taraflardan uygulanacak hukuku seçmelerinin talep edilmesidir.⁹⁴ Ancak tarafların uyuşmazlığın öncesinde veya talep edildiği halde sonrasında uygulanacak hukuku seçmeme ihtimallerinin bulunduğu göz ardı edilemeyecektir.

Belirsizliği ortadan kaldırmanın bir başka yolu olarak da sistemdeki hakemlerin her bir uyuşmazlığın niteliğine göre uygulanacak hukuku belirlemelerine imkân verilmesi önerilmiştir.⁹⁵

Son olarak, blokzincir tabanlı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin güvenilir ve öngörülebilir sistemler olarak değerlendirilebilmesi için bu sistemlerin uluslararası yasaları ve yaptırım mekanizmalarını benimsemeleri gerektiği ifade edilmektedir.⁹⁶

E. BLOKZİNCİR SİSTEMİNDEN ÇIKAN KARARLARIN TANINABİLİRLİĞİ SORUNU

Blokzincir tabanlı merkezizsiz adalet sistemleri, geleneksel uyuşmazlık yöntemlerinden ve aynı zamanda Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Sözleşmesi'ndeki (United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards) tahkim anlayışından farklılaşan bir çözüm yöntemine sahiptir.⁹⁷ Türkiye'nin de taraf olduğu New York Sözleşmesi olarak bilinen bu anlaşmanın 5. maddesi uyarınca bir kararın üye ülkelerce tanınabilir olması için bazı şartlar mevcut olmalıdır.⁹⁸

⁹¹ Evans, 16; Ezgi Elife Pilavcı, *The Regulation of Smart Contracts: Law, Governance and Practice*, (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi, Lisansüstü Programlar Enstitüsü, Bilişim ve Teknoloji Hukuku Yüksek Lisans Programı (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2019), 71.

⁹² Pilavcı, 71; Rabinovich-Einy - Katsch, 73.

⁹³ Evans, 15.

⁹⁴ Buchwald, 1413.

⁹⁵ Buchwald, 1413.

⁹⁶ Evans, 16.

⁹⁷ Ast - Deffains, 16; Pietro Ortolani, "The impact of blockchain technologies and smart contracts on dispute resolution: arbitration and court litigation at the crossroads", *Uniform Law Review*, 24, (2019), 435-436.

⁹⁸ United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 10 June 1958), http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_e.pdf (Erişim 20 Temmuz 2022).

Merkeziyetsiz adalet sistemlerinden çıkan bir kararın ise New York Sözleşmesi kapsamında tanınıp tanınmayacağına dair kesin bir görüş veya bir yargı kararı bulunmamaktadır.⁹⁹ Bu kararların tanınması için mahkemeler tarafından yargı denetimi yapıp yapılmayacağı da başka bir sorun doğurmaktadır.¹⁰⁰ Kararların mahkemelerin denetimine tabi olacakları düşünüldüğünde merkeziyetsiz adalet sistemlerinin merkeziyetsizlik özelliği kaybolacak ve bu sistemlerden elde edilmek istenen avantajlar elde edilemez hale gelecektir.¹⁰¹

Tanınma ve tenfiz konusunda uluslararası düzeyde geçmişe göz atıldığında kanun koyucuların genel olarak çevrim içi yargılamaları tanımak için bir yol bulmaya eğilimli olduğu gözlemlenmektedir. Aynı durumun blokzincir tabanlı yargılamalarda da söz konusu olması muhtemel görünmektedir.¹⁰²

IV. MERKEZİYETSİZ ADALET SİSTEMLERİNİN SAĞLAYABİLECEĞİ AVANTAJLAR

Blokzincir tabanlı uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin akla gelen ilk avantajları uyuşmazlıkları geleneksel yöntemlere göre daha hızlı ve daha az masraflı şekilde çözebilme potansiyellerinin oluşudur. Örneğin bir uyuşmazlığın geleneksel yollarla çözümü yerine tamamen dijital ortamda çözülmesi seyahat, belge ve mahkeme/ tahkim kurumu masrafları gibi temel yargılama masraflarını oldukça azaltacaktır.¹⁰³

Bilindiği üzere tahkim kurumlarının en büyük amaçlarından biri uyuşmazlıkların devlet mahkemelerine göre daha hızlı çözüme kavuşturulmasıdır. Ancak geleneksel tahkim yöntemlerinin de artık mahkemeler gibi uyuşmazlıkları çözmekte yavaş kaldığı görülmektedir.¹⁰⁴ Blokzincir tabanlı uyuşmazlık çözümünde ise mahkeme veya tahkim kurumları için gerekli olan birçok prosedür ortadan kalkacağı için dijital ortamdaki yargılama sürecinin de mahkeme veya geleneksel tahkim yollarına nazaran çok daha hızlı ilerleyeceği öne sürülmektedir.¹⁰⁵ IBM'nin yayınladığı listeye göre blokzincir teknolojisi uyuşmazlık çözümlerine harcanan süreyi % 75 oranında azaltacaktır.¹⁰⁶

⁹⁹ Janssen - Vennmanns, 70; Ortolani, 435-436.

¹⁰⁰ Ast - Deffains, 16.

¹⁰¹ Rabinovich-Einy - Katsch, 73.

¹⁰² Rabinovich-Einy - Katsch, 73.

¹⁰³ Peter L. Michaelson - Sandra A. Jeskie, "Arbitrating Disputes Involving Blockchains, Smart Contracts and Smart Legal Contracts" *Dispute Resolution Journal*, 74/4, (Ekim 2020), 27 ve 31; Shantanu Pachahara - Chandan Maheshwari, "Dispute Resolution on Blockchain: An Opportunity to Increase Efficiency of Business Dispute Resolution?", *Conflict Studies Quarterly*, 39, (Nisan 2022), 75; Janssen - Vennmanns, 72; Pilavcı, 122-123.

¹⁰⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz: Ibrahim Shehata, "Three Potential Benefits of Blockchain for Arbitration", *Young Arbitration Review*, 31, (Ekim 2018), 36.

¹⁰⁵ Michaelson - Jeskie, 27 ve 31; Pachahara - Maheshwari, 75; Janssen - Vennmanns, 72; Shehata, 36.

¹⁰⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz: Shehata, 36.

İlgili sistemlerde belgelerin sunulmasına ilişkin masrafların azalmasının yanı sıra bu belgelere tarafların ve hakemlerin erişimi de geleneksel yöntemlere göre çok daha kolay olacaktır. Zira belgelere ilgili kişilerin erişimi için tarafların sadece blokzincire yükleme yapmaları yeterli olacaktır.¹⁰⁷ Aynı zamanda blokzincir teknolojisi yüklenen bu belgelerin kaynağını doğrulamaya da imkân vermektedir.¹⁰⁸

Bu noktada blokzincir üzerindeki belgelerin yargılamalarda delil olmaya elverişli olup olmadıklarına değinmekte fayda vardır.¹⁰⁹ Güvenilirliği ortaya koyulabildiği sürece çoğu hukuk sisteminde blokzincir üzerindeki bir delilin mahkemelerde sunulmasında herhangi bir sakınca yoktur. Nitekim blokzincir üzerindeki bir delil de herhangi başka bir elektronik kanıt niteliğindedir.¹¹⁰

Blokzincire yüklenmiş verilerin delil olarak kabul edilebilmesi, bir hukuk sisteminde elektronik imzanın kabul edilmesiyle de ilişkili olduğu öne sürülmektedir. Buna göre elektronik imzanın kabul edildiği ülkelerde blokzincir üzerindeki verilerin delil olarak kabul edilebilirliği daha olasıdır.¹¹¹ Zira blokzincir teknolojisinde gerçekleştirilen işlemler de dijital imza ile onaylanır. Ancak buradaki dijital imza, güvenli elektronik imza niteliği taşımamaktadır.¹¹²

Türk hukuku bakımından değerlendirme yapıldığında, blokzincir teknolojisindeki dijital imza güvenli elektronik imza ile aynı nitelikte olmadığı için blokzincirdeki veriler bir kağıda basılıp imzalanmadığı sürece HMK anlamında senet niteliğinde sayılamamakta ve kesin delil niteliği kazanamamaktadır. Öte yandan blokzincir üzerindeki veriler HMK m. 199 kapsamında belge niteliğinde sayılmaktadır. Bu doğrultuda, blokzincir üzerindeki verilerin HMK m. 202/2 uyarınca gerekli şartların sağlanması halinde delil başlangıcı olarak değerlendirilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.¹¹³

Özellikle kriptografiyle şifrelenmiş olmasıyla güvenli, değişmez ve ne zaman sisteme yüklendiğinin belirli olması özellikleriyle blockchain kayıtlarının, yargılama işlemlerinde delil olarak oldukça faydalı olabileceği ifade edilmektedir.¹¹⁴

¹⁰⁷ Michaelson - Jeskie, 30; Pachahara - Maheshwari, 75.

¹⁰⁸ Jeremy Barnett - Philip Treleaven, "Algorithmic Dispute Resolution-The Automation of Professional Dispute Resolution Using AI and Blockchain Technologies", *The Computer Journal*, 61/3, (2018), 406.

¹⁰⁹ Blokzincir sistemindeki belgelerin delil niteliğine ilişkin tartışmalar için bkz. Sylvia Polydor, "Blockchain Evidence in Court Proceedings in China - A Comparative Study of Admissible Evidence in the Digital Age", *Stanford Journal of Blockchain Law & Policy* 3/1 (2019); Fatih Bilgili - M. Fatih Cengil, "Medeni Usul Hukukunda İspat Aracı Olarak Blockchain Teknolojisi", *ticaretkanunu.net*, (Erişim 15 Kasım 2022); Asil Kocaçınar, "İspat Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20/2 (Temmuz 2021).

¹¹⁰ Polydor, 97.

¹¹¹ Polydor, 97.

¹¹² Bilgili - Cengil, 8.

¹¹³ Bilgili - Cengil, 8-9.

¹¹⁴ Polydor, 114-115.

Belgelerin sisteme kaydedilmesi ve bu belgelere herkes tarafından aynı zamanda erişilmesi, blokzincir tabanlı sistemlerin merkezi sistemlere göre daha şeffaf ve taraflar açısından daha denetlenebilir hale getirmektedir.¹¹⁵

Yargılama hangi kurum tarafından yapılacak olursa olsun, bir yargılamanın en önemli unsurlarından birisi gizliliğin korunmasıdır.¹¹⁶ Taraflara ilişkin özel bilgi ve belgeleri blokzincire kaydetmenin, sistemin kriptografik şifreleme yöntemine sahip olması ve kaydedilen verilerin değişikliğe kapalı olması nedeniyle aynı zamanda veri güvenliği ve gizlilik bakımından geleneksel yollara göre daha avantajlı olacağı savunulmaktadır.¹¹⁷

Geleneksel yöntemlerde kullanılan sistemler, blokzincir tabanlı sistemlere göre siber saldırıya daha açıktır.¹¹⁸ Bu durum da geleneksel yöntemler söz konusu olduğunda tarafların gizliliklerinin ihlal edilme ihtimalinin daha yüksek olduğunu göstermektedir.¹¹⁹ Hollanda, Kazakistan, Türkiye ve Venezuela'nın aralarında bulunduğu ülkelerde gerek devlet mahkemelerinin gerekse tahkim kurumlarının kullandığı internet sitelerine yapılan siber saldırılar sonucu tarafların gizli bilgilerine ulaşıldığı gözlemlenmiştir.¹²⁰

Türkiye'nin davalı taraf olduğu Uluslararası Yatırım Anlaşmazlıklarının Çözüm Merkezi'nde (International Centre for Settlement of Investment Disputes-ICSID) görülen "Libnanco v. Türkiye Cumhuriyeti" uyuşmazlığında siber saldırılar sonucu davacının bilgilerinin elde edildiği ortaya çıkmıştır.¹²¹ Buna karşılık blokzincir teknolojisinin kriptografiye dayalı şifreleme sistemi sayesinde, sistemdeki şifrelerin kırılmasının neredeyse imkânsız olduğu savunulmaktadır.¹²²

Merkeziyetsiz adalet sistemlerinin bir diğer avantajı da muhtemel insan hatalarını ortadan kaldırma potansiyelidir. Blokzincir tabanlı yargılama insan müdahalesine olan gereksinimi ortadan kaldırmaktadır. Sözleşmedeki hükümlerin ve ortaya çıkan kararların uygulanması tamamen otomatik olarak gerçekleşeceği için insan eliyle yapılan işlerdeki hata yapma olasılığı en aza inmektedir.¹²³

Birçok ülkede sürekli olarak artan mahkemelerin dava yükü göz önüne alındığında, blokzincir tabanlı hızlı alternatif çözüm yollarının tercih edilmesinde

¹¹⁵ Janssen - Venmanns, 65.

¹¹⁶ Shehata, 36; Michaelson - Jeskie, 29.

¹¹⁷ Michaelson - Jeskie, 30; Barnett - Treleaven, 403 ve 407; Pachahara - Maheshwari, 76; Janssen - Venmanns, 65.

¹¹⁸ Shehata, 34-35.

¹¹⁹ Pachahara - Maheshwari, 76.

¹²⁰ İlgili yargılamalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Shehata, 35.

¹²¹ ICSID ARB/06/8 (aktaran: Pachahara - Maheshwari, 76).

¹²² Michaelson - Jeskie, 30; Pachahara - Maheshwari, 76; Janssen - Venmanns, 65.

¹²³ Pachahara - Maheshwari, 75.

dava yükünün hafiflemesi gibi önemli bir avantaj da ortaya çıkacaktır.¹²⁴ Örneğin Çin’de kurulan blokzincir tabanlı internet mahkemeleri, 2019 yılında üç milyondan fazla uyuşmazlığı çözmüş bulunmaktadır.¹²⁵

Merkeziyetsiz adalet sistemlerinin uygulamaya getireceği bir diğer avantaj küçük miktardaki taleplere ilişkin uyuşmazlıklar hususunda öne çıkmaktadır. Küçük miktarlarda talebi bulunan kişiler çoğunlukla mahkemelerin gerektirdiği prosedürler, harçlar ve başka pek çok masraf nedeniyle yargılama yollarına başvurmaktan çekinmektedir.¹²⁶ Dijital ortamlarda da çok sayıda küçük miktarların talep konusu olduğu bilinmektedir.¹²⁷

Blokzincir tabanlı alternatif çözüm yolları, sürecin hızlı başlatılıp hızlı ilerletilebilmesi ve masrafsız olması nedeniyle küçük miktarlarda talepleri bulunan kişilerin rahatlıkla başvuracağı bir yol olma potansiyeline sahiptir. Bu yönüyle merkeziyetsiz adalet sistemlerinin adalete erişimi kolaylaştıracağı düşünülmektedir.¹²⁸ Blokzincir tabanlı bu sistemlerin ağırlıklı olarak talep miktarının daha az olduğu uyuşmazlıkları çözüme kavuşturacağı savunulmaktadır.¹²⁹

Blokzincir tabanlı uyuşmazlık çözüm yöntemleri aynı zamanda akıllı sözleşmelerin kullanımını yaygınlaştırma ve akıllı sözleşmeye taraf olan kişilerin sözleşmelerin işleyişine dair güvenini artırma noktasında yararlı olacağı düşünülmektedir. Zira akıllı sözleşmelerin bizzat kendilerine olan güvenin artması, bu sözleşmelerden her aşamada adil sonuçların çıkacağına dair güvene doğrudan bağlı olacaktır.¹³⁰

SONUÇ

Hızla değişen dünya ekonomisinde yapılan işlemlerin güvence altına alınması için yasal uygulamalarda köklü değişikliklerin yapılmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Bu kapsamda gelişen yeni teknolojilerin yargılama hukuku dâhil pek çok hukuk alanını etkisi altına alıp yön verdiği, artık aşikârdır. Uluslararası uyuş-

¹²⁴ Omar Puertas Alvarez vd., “Unlocking Blockchain Evidence in International Arbitration”, *Cuatrecasas* <<https://www.cuatrecasas.com/resources/kh-unlocking-blockchain-evidence-in-international-arbitration> 60255dd4f2d20388271178.pdf?v1.34.0.202209271053> (Erişim 8 Ağustos 2022), 4; Pilavcı, 123.

¹²⁵ Alvarez vd., 5.

¹²⁶ Janssen - Vennmanns, s. 52.

¹²⁷ Ast - Deffains, 15; Avrupa Parlamentosu’nun kabul ettiği 261/2004 sayılı Havayolu Yolcularının Haklarına İlişkin Yönetmelik kapsamında havayolu şirketleriyle müşterileri arasında çıkan uyuşmazlıkların müşteriler tarafından küçük miktarlı olarak görüldükleri için müşterilerin çoğunlukla mahkemeye gitmedikleri gözlemlenmektedir. İlgili yönetmelik ve uyuşmazlıklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Janssen - Vennmanns, 67.

¹²⁸ Janssen - Vennmanns, 67.

¹²⁹ Janssen - Vennmanns, 72.

¹³⁰ Schmitz - Rule, 125.

mazlıklarda, küçük meblağlı uyuşmazlıklarda, tarafların uyuşmazlığı çözmek için fiziksel ortamlarda bir araya gelmeleri yaşadığımız çağda gitgide azalmaktadır. Son birkaç yılda merkeziyetsiz adalet” kapsamında geliştirilen blokzincir tabanlı çevrim içi uyuşmazlık platformları klasik çevrim içi uyuşmazlık metotlarını geliştirerek blokzincir tabanlı yapılan akıllı sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkları çözmek için yöntemler geliştirmektedir. Bu platformların asıl amacı bu tür uyuşmazlıkları çözmenin yanı sıra blokzincir tabanlı akıllı sözleşmelerin kurulması ve bu sözleşmelerin sorunsuz yürütülmesine yardımcı olmaktır. Bu amaç ile kurulmuş olan kitle kaynaklı merkezi olmayan çevrim içi uyuşmazlık çözüm hizmeti veren bu platformların çoğu, oyun teorisi, iç görüşlerine ve bir rasyonalite varsayımına dayanmaktadır. Bu platformlar, yenilikçi mekanizma tasarımları sayesinde şimdiden özellikle kitlesel fonlama, dijital ekonomi ve diğer birçok alanda uyuşmazlık çözüm yöntemleri sunma potansiyeline sahiptir. Uygulamada başta Kleros olmak üzere JUR, Aragon gibi merkeziyetsiz adalet platformları bulunmaktadır. Henüz gelişim sürecinde olan bu sistemin sunmuş olduğu avantajların yanında bir dizi yasal ve prosedürel zorluklar barındırması bu sistemin beklenen seviyelere gelmemesine sebebiyet vermektedir.

KAYNAKÇA

- Allen, Darcy W. E. vd. “The Governance of Blockchain Dispute Resolution”. *Harvard Negotiation Law Review* 25/75, (2019), 75-101.
- Alvarez, Omar Puertas vd. “Unlocking Blockchain Evidence in International Arbitration”. *Cuatrecasas*. Erişim 8 Ağustos 2022. <https://www.cuatrecasas.com/resources/kh-unlocking-blockchain-evidence-in-international-arbitration-60255dd4f2d20388271178.pdf?v1.34.0.202209271053>.
- Aouidef, Yann vd. “Decentralized Justice: A Comparative Analysis of Blockchain Online Dispute Resolution Projects”. *Frontiers in Blockchain* 4, (Mart 2021), 1-8.
- Ast, Federico - Deffains, Bruno. “When Online Dispute Resolution Meets Blockchain: The Birth of Decentralized Justice”. *Stanford Journal of Blockchain Law & Policy*. Erişim 25 Eylül 2022. <https://stanford-jblp.pubpub.org/pub/birth-of-decentralized-justice/release/1>.
- Aydemir, Dilek - Kaya, Serkan. “Çevrim içi (Online) Tahkime İlişkin Güncel Meseleler ve Küresel Salgın Döneminde Tahkim”. *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi* 11/1, (2022), 93 -152.
- Barnett, Jeremy - Treleaven, Philip. “Algorithmic Dispute Resolution-The Automation of Professional Dispute Resolution Using AI and Blockchain Technologies”. *The Computer Journal* 61/3, (2018), 399-408.
- Bergolla, Luis vd. “Kleros: A Socio-Legal Case Study of Decentralized Justice & Blockchain Arbitration”. *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 17, (2021), 2-51.
- Bilgili, Fatih - Cengil, M. Fatih. “Medeni Usul Hukukunda İspat Aracı Olarak Blockchain Teknolojisi”. *ticaretkanunu.net*. Erişim 15 Kasım 2022. www.ticaretkanunu.net/medeni-usul-hukukunda-ispata-araci-olarak-blokchain-teknolojisi-fatih-bilgili-fatih-cengil/.
- Buchwald, Michael. “Smart Contract Dispute Resolution: The Inescapable Flaws of Blockchain-Based Arbitration”. *University of Pennsylvania Law Review* 168, (2020), 1369-1423.
- Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi, “Blokzincir Sözlüğü”, <<https://cbddo.gov.tr/sss/blokzincir-sozlugu/>> (Erişim 2 Eylül 2022).
- Çağlayan Aksoy, Pınar. Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları. İstanbul: On İki Levha, 2.Bası, 2022.
- DiMatteo, Larry A. vd. *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*. Cambridge: Cambridge University Press, 1. Bası, 2019.
- Dispute Revolution: The Kleros Handbook of Decentralized Justice” (Kleros 2020) <https://kleros.io/book.pdf>.
- Doğancı, Doğa Ekrem. *Blokzincirine Dayalı Akıllı Sözleşmelerin Hukuki Nitelikleri, Kuruluşu, Yorumu, İfası ve Bazı Örnek Hukuki Uygulamalar*. İstanbul: On İki Levha, 1. Bası, 2021.
- Dylag, Matthew - Smith, Harrison. “From cryptocurrencies to cryptocourts: blockchain and the financialization of dispute resolution platforms”. *Information, Communication & Society*, Erişim 18 Ağustos 2022. <https://doi.org/10.1080/1369118X.2021.1942958>.

- European Commission, Directorate-General for Communications Networks, Content and Technology, Tenge, E., Schäffner, M., Ypma, P., et al., “Study on Blockchains: Legal, Governance and Interoperability Aspects”, *Publications Office*, 2020, <https://data.europa.eu/doi/10.2759/4240>.
- Evans, Tonya M. “The Role of International Rules in Blockchain-Based Cross-Border Commercial Disputes”. *Wayne Law Review* 65/1, (2019), 1-16.
- Goyal, Swati. “The Difference Between Fiat Money and Cryptocurrencies”. *YAHOO FINANCE*. Erişim 20 Ağustos 2022. <https://finance.yahoo.com/news/difference-between-fiat-moneycryptocurrencies-132027811.html>.
- Guillaume, Florence - Riva, Sven. “Blockchain Dispute Resolution for Decentralized Autonomous Organizations: The Rise of Decentralized Autonomous Justice”. Bonomi, Andrea - Lehmann, Matthias (eds), “Blockchain and Private International Law” içinde, Leiden: Brill Nijhoff, 2022. *Researchgate*. Erişim 18 Ağustos 2022. https://www.researchgate.net/publication/358889700_BLOCKCHAIN_DISPUTE_RESOLUTION_FOR_DECENTRALIZED_AUTONOMOUS_ORGANIZATIONS_THE_RISE_OF_DECENTRALIZED_AUTONOMOUS_JUSTICE.
- Howell, Bronwyn E - Potgieter, Petrus H. “Uncertainty and Dispute Resolution for Blockchain and Smart Contract Institutions”. *Journal of Institutional Economics* 17, (2021), 545-559. <https://www.coinspot.com.au/trade/eth> Erişim 19 Ağustos 2022.
- Janssen, Andre - Vennmanns, Tom. “Smart Dispute Resolution in the Digital Age: The Potential of Smart Contracts and Online Dispute Resolution for Dispute Prevention and Resolution in Consumer Law Cases”. *International Journal on Consumer Law and Practice* 9/1, (2021), 52-73.
- Kaya, Serkan. “Blokzincir Tabanlı Akıllı Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümü”. *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi* 18/52, (2022), 518-541.
- Kaya, Serkan. *Consumer Dispute Resolution in the Digital Age: Online Dispute Resolution*. İstanbul: On İki Levha, 2020.
- Kocaçınar, Asil. “İspat Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler”. *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20/2 (Temmuz 2021), 471-488.
- Lesaege, Clement vd. “Kleros: Long Paper v2.0.2”. *Kleros*. Erişim 13 Kasım 2022. <<https://kleros.io/yellowpaper.pdf>>
- Metzger, James. “Decentralized Justice in the Era of Blockchain”. *International Journal on Online Dispute Resolution* 5, (2018), 69-81.
- Metzger, James. “The Current Landscape of Blockchain-Based, Crowdsourced Arbitration”. *Macquarie Law Journal* 19, (2019), 81-101.
- Michaelson, Peter L. - Jeskie, Sandra A. “Arbitrating Disputes Involving Blockchains, Smart Contracts and Smart Legal Contracts”. *Dispute Resolution Journal* 74/4, (Ekim 2020), 2-35.
- Ortolani, Pietro. “The impact of blockchain technologies and smart contracts on dispute resolution: arbitration and court litigation at the crossroads”. *Uniform Law Review* 24, (2019), 430-448.

- Pachahara, Shantanu- Maheshwari, Chandan. “Dispute Resolution on Blockchain: An Opportunity to Increase Efficiency of Business Dispute Resolution?”. *Conflict Studies Quarterly* 39, (Nisan 2022), 63-81.
- Pilavcı, Ezgi Elife. *The Regulation of Smart Contracts: Law, Governance and Practice*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi, Lisansüstü Programlar Enstitüsü, Bilişim ve Teknoloji Hukuku Yüksek Lisans Programı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- Polydor, Sylvia, “Blockchain Evidence in Court Proceedings in China - A Comparative Study of Admissible Evidence in the Digital Age”, *Stanford Journal of Blockchain Law & Policy* 3/1, (2019), 96-115.
- Rabinovich-Einy, Orna - Katsh, Ethan. “Blockchain and the Inevitability of Disputes: The Role for Online Dispute Resolution”. *Journal Dispute Resolution* 2, (2019), 47-75.
- Schmitz, Amy J - Rule, Colin. “Online Dispute Resolution for Smart Contracts”. *Journal of Dispute Resolution* 2, (2019), 103-125.
- Shehata, Ibrahim. “Three Potential Benefits of Blockchain for Arbitration”. *Young Arbitration Review* 31, (Ekim 2018), 32-37.
- Statista. “Number of Ethereum transactions per day on the blockchain from August 2015 to September 21, 2022” Erişim 17 Ekim 2022. <https://www.statista.com/statistics/730818/average-number-of-ethereum-transactions/>.
- Tevetoğlu, Mete. “Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12/1, (2021), 193-208.
- United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 10 June 1958). Erişim 20 Temmuz 2022. http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_e.pdf.
- Usta, Ahmet. “Blokzinciri'nin ABC'si”. *BLOKCHAIN TÜRKİYE* 2022. Erişim 25 Eylül 2022. <https://bctr.org/ahmet-usta-yazdi-blokzincirinin-abesi-21345/>.
- Üstün, Ece Su. *Akıllı Sözleşmeler: Blokzincir Teknolojisi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Vos, Sir Geoffrey. “LawTech, Smart Contracts and Artificial Intelligence”. Erişim 25 Eylül 2022. <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2019/05/CHC-speech-LawTech-Smart-Contracts-and-Artificial-Intelligence.pdf>.



Yargıtay Tarafından Hukuk Uyuşmazlıklarında Verilen “Dosyanın Mahalline İadesi” Kararı^(*)

The Decision of “Returning the File to the Lower Degree Court” in Civil Disputes by the Court of Cassation

Arş. Gör. Dr. Elif Irmak BÜYÜK^(**)

Öz

Temyize konu edilen kararlar ilgili hukuki denetim gerçekleştirecek Yargıtay’ın incelemeye aldığı dosyada çeşitli usuli eksikliklerin ve hataların bulunması söz konusu olabilir. Kanuni düzenlemelerimize baktığımızda temyiz aşamasında esasın incelemeye geçilerek nihai kararın verilmesine engel olan usuli eksikliklerin varlığı durumunda Yargıtay tarafından ne tür karar verileceğinin net olarak belirlenmediği, bu konuda mevzuatımızda yüksek mahkemeye takdir hakkı tanıyan ifadeler yer verildiği görülmektedir. Bu bağlamda Yargıtay’ın temyiz incelemesine konu dosyada bazı usuli hatalar veya noksanlıklar tespit etmesi durumunda dosyanın mahalline iade edilmesi yönünde bir uygulama geliştirildiği görülmektedir. Çalışmamızda herhangi bir kanuni düzenlemede yer almayan ve bu zamana kadar özel olarak incelenmemiş dosyanın mahalline iadesi kararının hangi durumlarda tesis edildiği, kararın özellikleri ve hukuka uygunluğu ele alınarak bu karar tipi çeşitli açılardan netleştirilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Yargıtay, Temyiz İncelemesi, Alt Derece Mahkemesi, Gönderme Kararı, Usuli Hatalar.

Abstract

There may be various procedural deficiencies and errors in the file that the Court of Cassation examines. Under Turkish legislation, it is seen that in the case of procedural deficiencies that prevent the meritorious examination at the appeal stage, which decision should be rendered by the Court of Cassation is not clearly determined. Our legislation gives discretion to the high court on

^(*) Araştırma Makalesi / [Makale Geliş Tarihi](#): 16.10.2022 - [Makale Kabul Tarihi](#): 19.11.2022
[DOI](#): 10.56701/shd.1189967

^(**) İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye
[E-posta](#): elifirmak.kilic@medeniyet.edu.tr
[Orcid No](#): <https://orcid.org/0000-0002-4088-6227>

this issue. In this context, it is seen that an original practice has been developed by the Court of Cassation by returning the file to the lower degree court when the high court detects some procedural errors or deficiencies in the file subject to the appeal review. In our study, “the decision of returning the file to the lower degree court”- which is not included in any legal regulation and has not been specifically examined before- will be clarified from various aspects by considering firstly conditions that gave rise to this decisions, and then the features of the decision and its legality will be analyzed.

Keywords

The Court of Cassation, Appellate Review, Lower Degree Court, Returning the File, Procedural Deficiencies.

GİRİŞ

Adliye mahkemelerince verilen nihaî kararları ve hükümleri son merci olarak inceleyip karara bağlayan Yargıtay, adli yargı alanındaki en yüksek mahkemedir (Yargıtay Kanunu, *Resmî Gazete* 17953 (8 Şubat 1983), Kanun No. 2797, md. 13). Temyiz incelemesi ile Yargıtay tarafından alt derece mahkemelerinde müzakere edilmiş dava malzemeleri ve verilen kararlar tetkik edilerek hukuk kurallarının doğru tatbik edilmediği kontrol edilir¹.

Temyiz bir vakıa-hüküm mahkemesi değildir. Temyiz incelemesinde alt derece mahkemesinin kararı yalnızca hukuka uygunluk bakımından incelenir². Temyiz kanun yolu ile hukukun yeknesak uygulanmasının ve içtihat birliğinin sağlanmasının amaçlandığı ifade edilmektedir³.

Temyiz incelemesi sürecinde ve incelemenin sonunda Yargıtay tarafından bazı kararlar verilir. Yargıtayca tesis edilen kararlardan bahsedildiğinde, önce-

¹ Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, (İstanbul: Demir-Demir Yayıncılık, 2001), 5/4498; İlhan E. Postacıoğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 6. Baskı, 1975), 719; Necip Bilge - Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, (Ankara: Sevinç Matbaası, 3. Baskı, 1978), 643; Selçuk Öztekin, *Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz*, (İstanbul: Yetkin Yayınları, 2021), 68; Muhammet Özkes, “Kanun Yolları”, *Pekcanitez Usul*, ed. Hakan Pekcanitez vd., (İstanbul: Oniki Levha Yayınevi, 15. Baskı, 2017), 3/ 2277; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 2/80-81; Saim Üstündağ, “Temyizin Nakzından Sonraki Hukuki Durumu”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 28/1, (Ağustos 1962), 133-134.

² Kuru, *Usul*, 4/4498; Öztekin, *İstinaf ve Temyiz*, 68; Bilge-Önen, *Usul*, 643; Özkes, “Kanun Yolları”, 3/2277; Tanrıver, *Usul*, 2/81; Abdurrahim Karslı, *Medeni Muhakeme Hukuku*, (İstanbul: Alternatif Yayınevi, 5. Baskı, 2020), 799; Recep Akcan, *Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Sebepleri*, (1999: Ankara, Nobel Yayınları), 15; Murat Yavaş, *Medeni Usul Hukukunda Temyiz*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2015), 21; Burhan Gürdoğan, “Temyiz Mahkemesinin Kontrolü Bakımından; Vakıa ve Hukuk”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 11/3, (Mart 1956), 272.

³ Mustafa Reşit Belgesay, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu*, (İstanbul: Nümune Matbaası, 1935), 2/187; Necmeddin Berkin, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, (İstanbul: Hamle Matbaası, 1969), 214, Kuru, 5/, 4943; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, (İstanbul: Nesil Matbaacılık, 7. Baskı, 2000), 819; Öztekin, *İstinaf ve Temyiz*, 68; Tanrıver, *Usul*, 2/81-82; Akcan, *Temyiz*, 16; Şanal Görgün vd., *Medeni Usul Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 10. Baskı, 2022), 681.

likle temyiz sebeplerinin geçerli görülmesi halinde verilen bozma kararı (Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK), *Resmî Gazete* 27836 (04 Mart 2011), Kanun No. 6100, md. 371), temyiz edilen kararın hukuka uygun görülmesi halinde verilen onama kararı (HMK md. 370/1) ve esas yönünden kanuna uygun olup da kanunun olaya uygulanmasında hata edilmiş olması halinde verilen düzelterek onama (HMK md. 370/2-3-4) kararları akla gelmektedir⁴. Zikrettiğimiz bu karar formları, temyiz talebinin kabul edilmesi ve esastan inceleme yapılması ile ortaya çıkar. Buna mukabil Yargıtay’ın kararları bu bahsettiklerimizden ibaret değildir. Örneğin temyiz kanun yolundaki ön inceleme aşamasında, ön incelemeye tabi hususlarla ilgili eksiklikler olması durumunda Yargıtay tarafından verilecek olan kararlar esasa ilişkin değil, usule ilişkin olacaktır⁵. Zira bu aşamada esasa dair herhangi bir inceleme yapılmamakta, uyuşmazlığın esası hakkında tahkikat yapılmasını ve karar verilmesini engelleyen usûlî bir eksiklik olup olmadığı ele alınmaktadır⁶. Yine Yargıtay’ın kanunlarda gösterilen bazı özel davaları ilk ve son derece merci⁷ olarak gördüğü durumlarda vereceği kararlar da klasik bir temyiz makamı olarak vereceği kararlardan ayrışacaktır.

Bu noktada herhangi bir kanuni düzenlemede açıkça zikredilmemiş olsa da Yargıtay’ın belli durumlarda “dosyanın mahalline iadesi” kararı tesis ettiği

⁴ Çalışmamızda yalnızca Yargıtay’ın hukuk uyuşmazlıklarıyla alakalı olarak gerçekleştirdiği temyiz incelemesi ele alınacak ve bu bağlamda HMK ve bağlantılı mevzuata yer verilecektir.

⁵ Belirtmek gerekir ki Yargıtay’ın özellikle ön inceleme aşamasında verdiği usul hukukuna ilişkin kararlarının hepsini ele almak bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Çalışmamız yalnızca “dosyanın mahalline iadesi kararı” ile sınırlıdır. Yargıtay’ın usuli kararları için ayrıntılı bilgi için bkz: Ozan Tok, *Fransız ve Türk Medeni Yargılama Hukuklarında Temyiz Mahkemesinin Yapısı ve İşlevi*, (İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2021), 300 vd.

⁶ HMK md. 366’daki atfı uyarınca HMK md. 352’de yer verilen istinafa ait ön inceleme hükümleri temyiz kanun yolunda da kıyasen uygulanacaktır. İstinafa ilgili bu yönde değerlendirme için bkz: Tolga Akkaya, *Medeni Usul Hukukunda İstinaf*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2009), 241.

⁷ İlgili kuralın dayanağı Anayasa’dır. Bkz: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, *Resmî Gazete* 17863 (9 Kasım 1982), Kanun No. 2709, md. 154. İlgili düzenleme ise Yargıtay Kanunu’nda yer bulmaktadır. Bkz: Yargıtay Kanunu md. 13/1-2: Yargıtayın görevleri şunlardır: 1. Adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümleri ilk ve son merci olarak inceleyip karara bağlamak, 2. Yargıtay Başkan ve üyeleri ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekili ve özel kanunlarında belirtilen kişiler aleyhindeki görevden doğan tazminat davalarına ve bunların kişisel suçlarına ait ceza davalarına ve kanunlarda gösterilen diğer davalara ilk ve son derece mahkemesi olarak bakmak. HMK’da, Yargıtay’ın ilk derece merci olarak göreceği bazı davalarla ilgili düzenlemeler de yer almaktadır. Bkz, HMK md. 47: Devlet aleyhine açılan tazminat davası, ilk derece ve bölge adliye mahkemesi hâkimlerinin fiil ve kararlarından dolayı, Yargıtay ilgili hukuk dairesinde; Yargıtay Başkan ve üyeleri ile kanunen onlarla aynı konumda olanların fiil ve kararlarından dolayı Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesinde ilk derece mahkemesi sıfatıyla görülür. Dava, bu dairenin Başkan ve üyelerinin fiil ve kararlarından dolayı ise yargılama Yargıtay Üçüncü Hukuk Dairesinde yapılır. HMK md. 286: Devlet aleyhine açılacak olan tazminat davası, gerçeğe aykırı bilirkişi raporunun ilk derece mahkemesince hükme esas alındığı hâllerde, bu mahkemenin yargı çevresi içinde yer aldığı bölge adliye mahkemesi hukuk dairesinde; bölge adliye mahkemesince hükme esas alındığı hâllerde ise Yargıtay ilgili hukuk dairesinde görülür.

görülmektedir. Herhangi bir kanuni düzenlemede yer almayan bu kararın hangi durumlarda ortaya çıktığı, hangi hukuki norma istinaden verildiği ve Yargıtay'ın ne tür bir uygulama geliştirdiği hukuki belirlilik açısından izaha muhtaçtır. Çalışmamızda bu kararın verildiği haller gruplandırılarak kararın niteliği incelenecek ve konuyla ilgili değerlendirmemize yer verilecektir.

I. DOSYANIN MAHALLİNE İADESİ KARARI VE KARARIN VERİLDİĞİ HALLER

Yargıtay'ın dosyanın mahalline iadesi kararını incelemeye geçmeden önce bu kararın lafzi değerlendirmesini yapmayı uygun bulmaktayız. Burada “mahal” ile kasdedilen merci, aleyhine temyiz başvurusu yapılan kararın verildiği alt derece mahkemesidir. Bu mahal bölge adliye mahkemesi olabileceği gibi⁸ HMK md. 373/1 hükmü gereği⁹ ilk derece mahkemesi de olabilir. Yine Yargıtay'ın bazı kararlarında “dosyanın mahkemesine-mahalline geri çevrilmesi” ifadesinin kullandığı da görülmektedir¹⁰.

Dosyanın mahalline iadesine yahut gönderilmesine ilişkin bir karar tipi ne HMK'da ne de Yargıtay Kanunu'nda yer bulmaktadır. Buna mukabil Yargıtay'ın incelediği dosyada bazı eksikliklerin bulunması üzerine, dosyayla ilgili herhangi bir ek inceleme yapmaksızın tespit ettiği eksikliklerin giderilmesi için dosyayı alt derece mahkemesine gönderme kararı verdiği, bu yönde bir uygulama geliştirdiği görülmektedir. Aşağıda Yargıtay'ın temyiz konusu dosyayı mahalline gönderilmesine karar verdiği durumlara çeşitli başlıklar altında yer verilmiştir.

A. YARGI YERİ BELİRLENMESİ İÇİN GEREKLİ ŞARTLARIN OLUŞMAMASI DURUMUNDA

HMK ve çeşitli kanunlarda mahkemelerin görevleri ve yetkileri ayrıntılı bir şekilde düzenlense de bazen ortaya çıkan fiili ya da hukuki bir engel sebebiyle davaya hangi mahkeme tarafından bakılacağı belli olmayabilir. Böyle durumlarda davayı görece mahkemenin tespiti yargı yolunun belirlenmesi (merci tayini) ile sağlanır¹¹. HMK md. 21'e göre: a) Davaya bakmakla görevli ve yetkili mah-

⁸ Bkz: HMK md. 361/1.

⁹ İlgili düzenleme şu şekildedir: Yargıtay ilgili dairesinin tamamen veya kısmen bozma kararı, başvurunun bölge adliye mahkemesi tarafından esastan reddi kararına ilişkin ise bölge adliye mahkemesi kararı kaldırılarak dosya, kararı veren ilk derece mahkemesine veya uygun görülecek diğer bir ilk derece mahkemesine, kararın bir örneği de bölge adliye mahkemesine gönderilir.

¹⁰ Örn: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (Yargıtay), K. 2013/1350, (18 Eylül 2013), Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (Yargıtay), K. 2013/912, (26 Haziran 2013). (Kararlar için bkz: <http://lexpera.com.tr>, E.T. 02 Nisan 2022).

¹¹ Kuru, *Usul*, 1/659; Postacıoğlu, *Medeni Usul*, 175; Üstündağ, *Yargılama*, 233; Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 4. Baskı, 2021), 1/869; Mine Akkan, “Mahkemeler”, *Pekcanitez Usul*, ed. Hakan Pekcanitez vd., (İstanbul: Oniki Levha Yayınevi, 15. Baskı, 2017), 1/332; Karlı, *Muhakeme*, 222-223; Murat Atalı vd., *Medeni Usul Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 3. Baskı, 2020), 207.

kemenin davaya bakmasına herhangi bir engel çıkarsa, b) İki mahkeme arasında yargı çevrelerinin sınırlarının belirlenmesi konusunda bir tereddüt ortaya çıkarsa, c) İki mahkeme de görevsizlik kararı verir ve bu kararlar kanun yoluna başvurulmaksızın kesinleşirse, ç) Kesin yetki hâllerinde, iki mahkeme de yetkisizlik kararı verir ve bu kararlar kanun yoluna başvurulmaksızın kesinleşirse, davaya bakacak mahkemenin tayini için yargı yeri belirlenmesi yoluna başvurulur. Yargı yerinin hangi sebeple belirlenmesinin istendiğine bağlı olarak, bu talep bölge adliye mahkemesi ya da Yargıtay’a yönlendirilir (HMK md. 22)¹².

Aşağıda yer vereceğimiz kararlarda da görüleceği üzere, yargı yeri belirlenmesi talebiyle Yargıtay’a başvuru, ancak yargı yeri belirleme koşullarının oluşmadığı tespit edilen çeşitli dosyalarda Yargıtay başka bir inceleme yapmaksızın “dosyanın mahalline iadesi” yönünde kararlar vermiştir. İlgili kararlardan bazıları şu şekildedir:

“... 18. Sulh Hukuk Mahkemesince esasa ilişkin verilen red kararının temyizi üzerine 18. Hukuk Dairesince asliye hukuk mahkemesinin görevli olduğundan bahisle görevsizlik kararı verilmesi gereğine değinilerek karar bozulmuş bilahare dosyanın gönderildiği sulh hukuk mahkemesince bozmaya uygun şekilde görevsizlik karar verildiği ve kararın kesinleştiği anlaşılmakla asliye hukuk mahkemesince verilen bir görevsizlik kararı bulunmamaktadır. Somut olayda; asliye hukuk mahkemesinin karşı görevsizlik kararı bulunmadığından yargı yeri belirleme koşulları oluşmamıştır. Bu durumda dava dosyasının mahalline iadesine karar vermek gerekmiştir.”¹³

“Somut olayda, Bursa 7. Aile Mahkemesince, davanın nüfus kayıt düzeltim davası olduğu ve görevli mahkemenin Bursa Nöbetçi Asliye Hukuk Mahkemesi olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verildiği, ancak Bursa Asliye Hukuk Mahkemesince verilmiş bir karşı görevsizlik kararı verilmediği anlaşıldığından mercii tayini koşulları bulunmayan dosyanın mahalline iadesine karar verilmiştir.”¹⁴

¹² HMK md. 22: Yetkili mahkemenin bir davaya bakmasına herhangi bir engel bulunduğu yahut iki mahkeme arasında yargı çevrelerinin sınırlarının belirlenmesinde tereddüt ortaya çıktığı takdirde, yetkili mahkemenin tayininde, ilk derece mahkemeleri için bölge adliye mahkemelerine, bölge adliye mahkemeleri için Yargıtay’a başvurulur. İki mahkemenin aynı dava hakkında göreve veya yetkiye ilişkin olarak verdikleri kararlar kanun yoluna başvurulmaksızın kesinleştiği takdirde, görevli veya yetkili mahkeme, ilgisine göre bölge adliye mahkemesince veya yargıtayca belirlenir. Buna karşılık 1086 S. HUMK’un yürürlükte olduğu dönemde yargı yerini belirleyecek merci yalnızca Yargıtay idi., Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, (İstanbul: Yetkin Yayınları, 2. Baskı, 2014), 105.

¹³ Yargıtay 20. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2017/3478, (19 Nisan 2017). (Kararlar için bkz: <http://lexpera.com.tr>. E.T. 08 Nisan 2022).

¹⁴ Yargıtay 20. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2015/9968, (22 Ekim 2015). (Kararlar için bkz: <http://lexpera.com.tr>. E.T. 08 Nisan 2022).

“Ankara 5. Tüketici Mahkemesince kararına itiraz edilen Kızılcahamam Tüketici Hakem Heyeti Başkanlığının yargı çevresi olarak Ankara Batı Adliyesi sınırları içerisinde yer aldığı gerekçesiyle yetkisizlik kararı verilmiştir. Ankara Batı 2. Tüketici Mahkemesi tarafından ise, davacının itiraz ettiği hakem heyeti kararının Kızılcahamam Tüketici Hakem Heyeti Başkanlığına ait olduğu, davalı tüketicinin yerleşim yeri adresinin Ankara ili, Kızılcahamam ilçesi olduğu, 6502 sayılı Kanununun 70/3. maddesi uyarınca, tüketici hakem heyeti kararlarına karşı ilgili hakem heyetinin bağlı bulunduğu Kızılcahamam Tüketici Mahkemesine itirazda bulunulması gerektiği gerekçesiyle yetkisizlik kararı verilmiştir. ... Somut olayda, mahkemeler arasında karşılıklı olarak verilmiş bir yetkisizlik kararı bulunmamakta olup, olumsuz yetki uyuşmazlığından bahsedilebilmesi için dosyanın gönderilmesine karar verildiği Kızılcahamam Asliye Hukuk Mahkemesinin de (Tüketici Mahkemesi sıfatıyla) karşı yetkisizlik kararı vermesi ve bu kararın kesinleşmesi gerektiğinden dosyanın mahalline iadesine karar vermek gerekmiştir...”¹⁵

B. TEMYİZ HARÇ VE GİDERLERİNİN YATIRILMAMASI DURUMUNDA

HMK md. 366'nın yapmış olduğu atıf gereği temyiz kanun yoluna başvuru için gerekli harçlar ve giderlerin ödenmesiyle ilgili HMK md. 344 uygulanacaktır¹⁶. HMK md. 344 uyarınca kanun yoluna başvuru için gerekli harçlar ve giderlerin tam olarak ödenmiş olması, temyiz başvurusunu alan mahkeme tarafından kontrol edilecektir. Gerekli harç ve giderlerin hiç ödenmediği veya eksik ödenmiş olduğu anlaşılırsa, kararı veren mahkeme bir haftalık kesin süre vererek bu süre içinde eksikliğin tamamlanması, aksi hâlde başvurudan vazgeçmiş sayılacağı hususunu başvurana yazılı olarak bildirecektir. Verilen kesin süre içinde harç ve giderler tamamlanmadığı takdirde, mahkeme başvurunun yapılmamış sayılmasına karar verecektir.

Bu aşamada temyiz dilekçesinin verildiği mahkemenin hataen temyiz harç ve giderlerinin yatırılıp yatırılmadığını incelemeyen dosyayı temyiz incelemesi için Yargıtay'a göndermesi durumunda, Yargıtay'ın temyiz harç ve giderlerine ilişkin eksikliklerin tamamlanması için dosyanın mahalline gönderilmesi kararını verdiği görülmektedir. İlgili kararların bazıları şu şekildedir:

“Yerel Mahkemenin yanlış ve eksik harç almış olması, temyiz incelemesi- ni yapacak olan Yargıtay'ın Daire veya Hukuk Genel Kurulunu bağlamaz.

¹⁵ Yargıtay 20. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2016/1617, (15 Şubat 2016). Benzer kararlar için bkz: Yargıtay 20. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2017/8207, (23 Ekim 2017), Yargıtay Yargıtay 20. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2016/8512, (6 Ekim 2016); Yargıtay 20. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2016/4689, (18 Nisan 2016), Yargıtay Yargıtay 20. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2015/11006, (12 Kasım 2015). (Kararlar için bkz: <http://lexpera.com.tr>. E.T. 12 Nisan 2022).

¹⁶ Öztekin, *İstinaf ve Temyiz*, 612-613, Tok, *Temyiz Mahkemesi*, 304.

Harç eksikliğinin saptandığı bütün durumlarda, bu eksikliğin tamamlanması için dosyanın geri çevrilmesi gerekir. Hal böyle olunca, Yerel Mahkemece, direnme kararını temyiz eden davalı vekilinden hüküm altına alınan dava değeri üzerinden nispi temyiz harcı istenilip tahsil edilmesi; şayet daha önce yatırılan temyiz harcı iade edilmemiş ve bu miktar yeterli görülmüş ise bu hususun tereddüde yer vermeyecek şekilde açıklanması suretiyle, eksik ikmal edildikten sonra dosyanın temyiz incelemesi yapılmak üzere Yargıtay’a yeniden gönderilmesi için, dosyanın mahalline geri çevrilmesi gerekir. Dosyanın, yukarıda açıklanan temyiz harcına ilişkin eksiklik tamamlandıktan sonra dizi pusulasına da bağlanarak yeniden gönderilmek üzere, Yerel Mahkemeye geri çevrilmesine, 28.01.2015 gününde oybirliği ile karar verildi.”¹⁷

“Temyiz edenin murafla giderini ödemediği anlaşılmakta ise de bu giderlerin Yargıtay’a gönderilmediği Yargıtay kaleminde düzenlenen ve bir örneği dosya arasına konulan tutanakla sabittir. Dairemizce muraflanın yapılabilmesi için gerekli olan giderin eklenerek gönderilmesi için dosyanın mahalline İADESİNE oybirliğiyle karar verildi.”¹⁸

“Mahkeme kararının Davalı ... Enerji Dağıtım ve Perakende Satış Hizmetleri A.Ş vekili tarafından temyiz edilmesi nedeniyle tahsil edilen nispi temyiz harcında 21.198,85 TL nispi temyiz karar harcı ile temyiz yoluna başvurma harcı noksanı bulunduğu anlaşılmıştır. Mahkemece temyiz harcı eksik yatırılan iş bu davalı yönünden noksan nispi temyiz karar harcı ile temyiz yoluna başvurma harcına ilişkin varsa yatırılmış olduğuna dair makbuzun dosyaya eklenmek suretiyle, harcın yatırılmamış olması durumunda ise, 6100 sayılı HMK’nın 366. maddesi delaletiyle aynı kanununun 344. maddesi uyarınca davalı vekiline bir haftalık kesin süre verilmesi, süresi içinde harç ikmal edildiği takdirde dosyanın temyiz incelemesi yapılmak üzere geri gönderilmesi, süresi içinde harç yatırılmadığı takdirde ise; kararın temyiz edilmemiş sayılmasına karar verilerek, ek kararın ilgiliye tebliğ edilmek üzere; Dosyanın mahalline geri çevrilmesine..”¹⁹

¹⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (Yargıtay), K. 2015/812 (28 Ocak 2015). (Kararlar için bkz: <http://lexpera.com.tr>. E.T. 15 Nisan 2022).

¹⁸ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2006/3259 (13 Mart 2006). (Kararlar için bkz: <http://lexpera.com.tr>. E.T. 15. Nisan 2022).

¹⁹ Yargıtay 21. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2017/3745 (9 Mayıs 2017). Benzer kararlar için bkz: Yargıtay 11. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2020/5720 (8 Aralık 2020); Yargıtay 14. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2015/2798 (13 Mart 2015); Yargıtay 14. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2017/8656, (21 Kasım 2017); Yargıtay 21. Hukuk Dairesi (Yargıtay) K. 2017/1983 (14 Mart 2017). (Kararlar için bkz: <http://lexpera.com.tr>. E.T. 30. Nisan 2022).

C. DOSYA VE EVRAK EKSİKLİĞİ DURUMUNDA

Yargıtay bazı kararlarında, dosyanın esastan incelenmesi için gerekli olan bazı belge ve vesikaların dosya içinde olmadığı gerekçesiyle, ilgili evrak eksikliğinin tamamlanması için başka bir işlem yapmaksızın dosyayı aleyhine temyiz yoluna başvuru kararı verildiği mahkemeye iade etmektedir. Yargıtay'ın bu gerekçeyle vermiş olduğu kararların bazıları aşağıdaki gibidir:

“Temyize konu dosya, Dairemizin 26.06.2015 tarihli ilamı ile mahalline iade edilmiş ise de; kararın gerekçesinde açıkça bir örneğinin dava dilekçesine ekli olarak dosyaya sunulduğu belirtilen ve iade kararımızla temin edilerek Dairemize gönderilmesi istenen sözleşme suretinin ibrazı için taraflara açıklama tebligat yapıldığı, sözleşmenin ibraz edilmemesi üzerine de davacı vekiline kaleme tutanakla süre verildiği, bu defa da sözleşmenin ibraz edilmemesi üzerine dosyanın mahalline iade kararının gereği yerine getirilmeden Dairemize gönderildiği anlaşılmaktadır. Bu defa, yeni bir yazışmaya veya herhangi bir ihmale sebebiyet verilmeden ilgili sözleşmenin gönderilmesi, ... iade kararının gereği yapılarak fiziki dava dosyası ile birlikte Dairemize gönderilmesi için dosyanın MAHALLİNE İADESİNE, 20.01.2016 tarihinde oybirliği ile karar verildi.”²⁰

“Mürafaa sırasında taraflarca belirtilen davacılar hakkındaki sorumluluk dava dosyasının temin edilerek incelenmek üzere gönderilmesi için dosyanın mahalline iadesi gerekmiştir.”²¹

“Elbirliği mülkiyetine konu olup borçlunun elbirliği halinde ortak olduğu taşınmazlarda, borçlu ortağın alacaklısı, İcra Hakimliğinden İcra İflas Kanununun 121. maddesine göre alacağı yetki belgesine dayanarak borçlunun ortağı olduğu taşınmaz için ortaklığın giderilmesi davası açabilir. Bunun için icra hakiminden yetki belgesi alınması zorunludur. Dosyada mevcut yetki belgesi ise icra müdürlüğünden alınmıştır. Yetki belgesinin İcra hakiminden alınması zorunlu olduğundan mahkemece icra hakiminden alınacak yetki belgesinin temin edilerek Dairemize gönderilmesi için dosyanın mahalline iadesine karar verilmişse de gereği yerine getirilmemiştir. Davacıya İcra Hakimliğinden yetki belgesi alıp ibrazı için süre verilmesi, yetki belgesi geldikten sonra Dairemize gönderilmesi için dosyanın MAHALLİNE İADESİNE..”²²

²⁰ Yargıtay 14. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2016/619 (20 Ocak 2016). (Kararlar için bkz: <http://lexpera.com.tr>. E.T. 22 Nisan 2022).

²¹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2000/1418 (22 Şubat 2000). (Kararlar için bkz: <http://lexpera.com.tr>. E.T. 02 Nisan 2022).

²² Yargıtay 14. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2016/10227 (12 Aralık 2016). (Kararlar için bkz: <http://lexpera.com.tr>. E.T. 30. Nisan 2022).

“Dava dışı şirkete ait imalathanede kaçak atık su kullanıldığının tespit edildiğinin ileri sürüldüğü 13.12.2006 tarihinde davalının şirket yönetim kuruluunda yer aldığına ve yetkili temsilci olduğuna dair belgeler dosya arasında bulunmamaktadır. Bu durumda davalının pasif husumet ehliyetinin belirlenmesi için söz konusu belgeler eklendikten sonra Kurulumuza gönderilmesi için dosyanın geri çevrilmesi gerekmiştir.”²³

D. ELEKTRONİK OLARAK GÖNDERİLEN DAVA DOSYASININ FİZİKİ OLARAK GÖNDERİLMESİ GEREKTİĞİNDE

Yargıtay bazı kararlarında, UYAP vasıtasıyla gönderilen ancak eksik evrak barındırdığı anlaşılan ya da HMK md. 445’te öngörülen şekilde hazırlanmayan temyize konu dosyaların bir de fiziki olarak gönderilmesini sağlamak için dosyanın derece mahkemesine iadesine karar vermektedir. Şüphesiz eksiksiz ve hukuka uygun bir temyiz incelemesinin yapılabilmesi için, temyize konu edilen dosyanın elektronik ortamda da olsa tam ve usulüne uygun bir şekilde taranarak Yargıtay’ın önüne gelmesi gerekir. İlgili kararlar şu şekildedir:

“Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) kullanılarak Yargıtay’a elektronik ortamda gönderilen dosyaların elektronik ortamda incelenebilmesi için dosyadaki tüm evrakların “taranma” suretiyle okunaklı biçimde elektronik ortama aktarılmış olması zorunludur. (HMK’nin 445. maddesi). Hiç kaydedilmemiş veya sisteme kaydedildiği halde taranmamış, eksik ya da hatalı taranmış veya usulüne uygun tarandığı halde doğru isimlendirilmemiş evrak barındıran dosyaların elektronik ortamda incelenebilmesi mümkün değildir. Açıklanan sebeple, fiziki imkansızlık sebebiyle taranmayan belge var ise, dosyanın elektronik ortamda değil, fiziki olarak gönderilmesi gerekmektedir. Temyize konu, dairemize elektronik ortamda gönderilen ve sisteme kaydedilen dosyanın yapılan ön incelemesinde yukarıdaki esaslara uyulmadığı görülmektedir. (Örn: Tebligatların şerhli bölümleri, harç tahsil makbuzları ve bunun gibi bir kısım evraklar dosyada görülmediği gibi var olan bir kısım evrakların okunaklı olmadığı görülmüştür.) Bu halde dosyanın elektronik ortamda incelenebilmesi mümkün değildir. Temyiz denetiminin sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi için dosyanın fiziken incelenmesi gerektiğinden dava dosyasının tümünün fiziken gönderilmesi için dosyanın mahalline geri çevrilmesine karar vermek gerekmiştir.”²⁴

²³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (Yargıtay), K. 2014/859 (5 Kasım 2014). Benzer Kararlar İçin Bkz: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (Yargıtay), K. 2015/2653 (18 Kasım 2015); Yargıtay 13. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2016/12769 (10 Mayıs 2016); Yargıtay 14. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2014/11686, (24 Ekim 2014); Yargıtay 14. Hukuk Dairesi (Yargıtay) K. 2014/6742, (22 Mayıs 2014); Yargıtay 14. Hukuk Dairesi (Yargıtay) K. 2015/7422 (2 Temmuz 2015); Yargıtay 14. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2016/6224 (24 Mayıs 2016); Yargıtay 14. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2015/5022 (5 Mayıs 2015). (Kararlar için bkz: <http://lexpera.com.tr>. E.T. 02 Mayıs 2022).

²⁴ Yargıtay 17. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2015/1459 (21 Aralık 2015). (Kararlar için bkz: <http://lexpera.com.tr>. E.T. 02 Mayıs.2022).

“Temyiz dilekçesinde temyiz eden davalı vekili Av. H. P. ’nun imzası bulunmamaktadır. Dilekçenin elektronik imzayı ihtiva ettiği de belirtilmemiştir. Hükmü veren mahkemeye temyiz dilekçesinin UYAP işletim sistemi kullanılarak elektronik ortamda verilmesi, ya da fiziki olarak verilen belgenin elektronik ortama aktarılması mümkün ise de; birinci halde temyiz dilekçesinin güvenli elektronik imza ile imzalanmış olması ve bunun dilekçede açıkça belirtilmiş bulunması, ikinci halde de, başka bir ifade ile elektronik ortamdaki fiziki örnek çıkartılmışsa, bunun aslının aynı olduğunun hakim veya görevlendirdiği yazı işleri müdürü tarafından imzalanıp, mühürlenmiş olması gerekir (HMK md.445). Temyiz dilekçesinin üzerine “Uyap çıktısı” notu düşülmüş ise de, aslının aynı olduğuna dair hakim veya görevlendirdiği yazı işleri müdürünün herhangi bir imzası ve mühürü bulunmamaktadır. Bu haliyle temyiz dilekçesinin incelenmesi mümkün değildir. Dilekçe; a) Fiziki olarak verilmiş ise imza noksanlığının dilekçeyi veren vekile tamamlattırılması, b) Elektronik ortamdan alınan çıktı ise, aslına uygun olduğunun hakim veya görevlendirdiği yazı işleri müdürü tarafından imzalanıp mühürlenmesinden sonra gönderilmek üzere dosyanın mahalli mahkemesine (İADESİ-NE), oybirliğiyle karar verildi.”²⁵

E. VEKALETNAME EKSİKLİĞİ DURUMUNDA

Temyiz incelemesine konu dosyada vekile ait vekaletnamenin ya da yetki belgesinin bulunmadığı bazı hallerde Yargıtay, vekaletname eksikliğinin tamamlanması için dosyayı derece mahkemesine çevirme kararı vermiştir. Örneğin:

“Vekil ile takip edilen davalarda vekaletnamenin ibrazını düzenleyen 6100 sayılı HMK ’nun 76., vekaletnamesiz dava açılması ve işlem yapılması halini düzenleyen HMK ’nun 77. ve dava şartlarını düzenleyen HMK ’nun 114/f maddeleri uyarınca usulüne uygun düzenlenmiş vekaletnamenin dosya içerisinde bulunması zorunludur. Dosya içerisinde yapılan incelemede mahkemenin 21/11/2012 günlü direnme kararını temyiz eden davalı Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı vekili Av. ... ’ın vekaletnamesi ya da usulünce düzenlenmiş yetki belgesi dosya arasında bulunamamış, bu eksikliğin giderilmesi dosyanın mahkemesine geri çevrilmesi gerekmiştir. S O N U Ç: Yukarıda yazılı noksanlığın tamamlanması için dosyanın mahkemesine geri çevrilmesine, 26/06/2013 gününde oybirliği ile karar verildi.”²⁶

²⁵ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Yargıtay) K. 2015/5713, (26 Mart 2015). Benzer kararlar için bkz: Yargıtay 8. Hukuk Dairesi (Yargıtay) K. 2016/13617, (12 Ekim 2016); Yargıtay Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2016/1838 (9 Mart 2016); Yargıtay 2. Hukuk Dairesi (Yargıtay) K. 2017/4357, (17 Nisan 2017); Yargıtay 6. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2016/7574 (15 Aralık 2016). (Kararlar için bkz: <http://lexpera.com.tr>. E.T. 19 Mayıs 2022).

²⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (Yargıtay), K. 2013/912 (26 Haziran 2013). (Kararlar için bkz: <http://lexpera.com.tr>. E.T. 20 Mayıs 2022).

“Dosya içerisinde yapılan incelemede mahkemenin 20.08.2013 günlü direnme kararını temyiz eden davacı vekili Av. N.. D..’nin vekaletnamesi ya da usulünce düzenlenmiş yetki belgesi dosya arasında bulunamamış, bu eksikliğin giderilmesi dosyanın mahkemesine geri çevrilmesi gerekmiştir. Yukarıda yazılı noksanlığın tamamlanması için dosyanın mahkemesine geri çevrilmesine, 12.02.2014 gününde oybirliği ile karar verildi..”²⁷

“Kararda davalı vekili olarak gösterilen ve kararı temyiz eden Avukat ... adına düzenlenen vekâletname dava dosyası içinde yer almadığından, davalı tarafından bu avukat adına düzenlenen vekâletnamenin ibraz ettirilmesi, aksi takdirde kararın davalı asıla tebliği ile temyiz süresi de beklenerek gerekli işlemlerin ikmâl edilmesi...20.11.2007 tarihli hakediş evrakının davalıdan temin edilerek dosya arasına alınması, bu eksiklikler giderildikten sonra temyiz incelemesi yapılması için dosyanın mahalline GERİ ÇEVİRİLMESİNE, 18.04.2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.”²⁸

F. TEBLİGAT HATASI VEYA EKSİKLİĞİ DURUMUNDA

Yargıtay’ın dosyayı mahalline iade kararlarının bazıları tebligatla alakalıdır. Yüksek mahkeme temyize konu alt derece mahkemesinin gerekçeli nihai kararının ve/veya tarafların temyiz dilekçesinin usulüne uygun olarak tebliğ edilmeden dosyanın Yargıtay’a gönderildiği durumlarda, ilgili vesaiğin usulüne uygun bir şekilde yeniden taraflara tebliğ edilmesi ve temyiz süresi beklenildikten sonra dosyanın tekrar ilgili Yargıtay dairesine gönderilmesi için dosyayı alt derece mahkemesine gönderme kararı vermektedir. İlgili kararların bazıları şu şekildedir:

“Daha önce Dairemizin ... karar sayılı mahalline iade kararı ile davalı ...’in karardan sonra, 15.01.2013 tarihinde vefat ettiği anlaşıldığından adı geçen kişinin mirasçılık belgesi temin edilmek suretiyle gerekçeli kararın mirasçılara tebliğ edilmesi ve temyiz süresi beklendikten sonra Dairemize gönderilmesi için dosyanın mahalline iadesine karar verilmişti... Davalı... mirasçılarında doğum tarihlerine nazaran reşit olmadıkları anlaşılan... ve ...’nin kanuni mümessillerine değil, bizzat kendi adlarına tebligat çıkarıldığı gibi tebliğin muhataplar yerine 1999 doğumlu ...’e yapıldığı görülmektedir. Gerekçeli karar adı geçenlere 7201 sayılı Tebligat Kanununun 11/3. ve 22. maddeleri gereğince usulüne uygun olarak tebliğ edilmemiştir. Davalı...’in mirasçılara gerekçeli kararın usulüne uygun şekilde tebliğ edilmesi ve temyiz süresi beklendikten sonra Dairemize gönderilmesi için dosyanın MAHALLİNE İADESİNE, ... oybirliği ile karar verildi.”²⁹

²⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (Yargıtay), K. 2014/105 (12 Şubat 2014). (Kararlar için bkz: <http://lexpera.com.tr>. E.T. 20. Mayıs 2022).

²⁸ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2016/233 (18 Nisan 2016). (Kararlar için bkz: <http://lexpera.com.tr>. E.T. 02 Mayıs 2022).

²⁹ Yargıtay 14. Hukuk Genel Kurulu (Yargıtay), K. 2014/12435 (6 Kasım 2014). (Kararlar için bkz: <http://lexpera.com.tr>. E.T. 12 Haziran 2022).

“davalı ...’ya gönderilen gerekçeli karar ve (gerekçeli kararın) temyiz dilekçesinin bila tebliğ dönmesi üzerine, aynı adrese, 7201 Sayılı Kanunu’nun 35. maddesine göre tebligat yapıldığı, ancak davalı ...’nin mernis adresinin olup olmadığı hususunun araştırıldığına dair dosyada herhangi bir kayıt olmadığı, buna göre davalı ...’nin 24.12.2015 tarihinde mernis adresinin olup olmadığı araştırılarak şayet varsa, gerekçeli karar ve (gerekçeli kararın) temyiz dilekçesinin çıkarılacak tebligata 7201 Sayılı TK’nun 21/2. maddesine göre yapılması gerektiği yönünde bir şerh yazılarak tebliğ edilmesinin sağlanması (ve tebligat parçası aslının birlikte gönderilmesi) için, dosyanın mahalline GERİ ÇEVİRİLMESİNE”³⁰.

“Mahkemece geri çevirme kararının gereği yerine getirilmek üzere, davacı vekilinin direnmeye ilişkin temyiz dilekçesi davalı ... G. Gıda Ürünleri Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi’ne tebliğe çıkarılmış ise de; Posta İdaresinin tebligata ilişkin belgesinde başka hiçbir açıklamaya yer verilmeksizin “10.01.2014 tarihinde aynı adreste daimi çalışan şirketin işçisine” tebliğ edildiği; buna göre yapılan bu tebligat, konuya ilişkin yukarıda açıklanan yasal düzenlemelere uygun değildir. Bunun yanında, iki ayrı geri çevirme kararında direnme kararının da davalı şirkete tebliğe çıkarılması gerektiği belirtilmesine rağmen bu işlemin gereğinin yerine getirilmediği de belirgindir. O halde, mahkemece yapılacak iş; öncelikle direnme kararı ile davacı vekilinin direnmeyi temyiz dilekçesini davalı B.G. Gıda Ürünleri Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi’ne yukarıda açıklanan yasal düzenlemeler de gözetilerek yöntemine uygun olarak tebliği ile temyiz süresinin geçmesi beklenmesi; direnme kararının temyiz edilmemesi halinde bu şekilde, temyizi halinde ise devamı işlemler de tamamlanarak, dosyanın usulüne uygun tebliğ işlemi için üçüncü kez geri çevrildiği de gözetilmek suretiyle yeni bir geri çevirmeye mahal verilmeyecek şekilde geri çevirmenin gereklerinin yerine getirilmesi konusunda özenli davranılması ve dosyanın temyiz incelemesi yapılmak üzere Hukuk Genel Kurulu’na gönderilmesi olmalıdır. Açıklanan nedenlerle; dosyanın, belirtilen eksiklikler giderilerek ve gönderme formunu imzalayan hakimce son kontrolünün de sağlanarak temyiz incelemesi yapılmak üzere Yargıtay’a gönderilmesi için, Y**** *** geri çevrilmesi gerekir.”³¹

³⁰ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2016/7349 (14 Mart 2016). (Kararlar için bkz: <http://lexpera.com.tr>. E.T. 02 Haziran 2022).

³¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (Yargıtay), K. 2014/1005 (3 Aralık 2014). Benzer kararlar için bkz: Yargıtay 11. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2001/7179 (27 Eylül 2001). (Kararlar için bkz: <http://lexpera.com.tr>. E.T. 02 Haziran 2022).

G. DİĞER HALLER

Yukarıda başlıkladığımız sınıflandırmalara girmeyen münferit bazı hallerde de Yargıtay’ın yine dosyayı incelemeye almaksızın mahalline geri gönderdiği görülmektedir. Örneğin bir kararında Yargıtay: “*miras ortaklığı temsilcisinin (TMK m. 640/3) şahsına yönelik itiraza ilişkin dilekçenin görev yönünden reddiyle yukarıda açıklanan kurallar çerçevesinde değerlendirilip gereği yapılmak üzere dosyanın mahalline iadesine karar vermek gerekmiştir*”³² diyerek kararında yer verdiği hususların uygulanarak işlem yapılması için dosyayı mahalline iade etmiştir. Yine Yargıtay tarafın dava açmak için almak zorunda olduğu yetki belgesini yanlış merciden aldığını gerekçe göstererek, dosyanın doğru makamdan alınması için dosyanın mahalline iadesi kararını vermiştir³³. Başka bir kararında ise vekilin davaya konu işlemi yapması için vekaletnamesinde özel yetki bulunmadığından bahisle, ilgili yetkiyi içeren özel vekaletnamelerin temin edilerek Daire’ye gönderilmesi için dosyanın mahalline iadesine kararını vermiştir³⁴.

II. DEĞERLENDİRME

A. YARGITAY’IN YARGI YOLU BELİRLENMESİ TALEBİ ÜZERİNE VERDİĞİ DOSYANIN MAHALLİNE İADESİ KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Yargıtay’ın dosyayı mahalline iadesi kararı, HMK’da ya da diğer kanuni düzenlemelerde yer bulmayan, yüksek mahkemenin fiili uygulamasıyla ortaya çıkan bir karar çeşidi olduğu için, bu karar türünü daha iyi tanımak ve özelliklerini belirlemek için belli yönlerden mercek altına almak gereklidir. Bu noktada sınıf-

³² Yargıtay 14. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2015/5381 (12 Mayıs 2015). (Kararlar için Bk: <http://lexpera.com.tr>. E.T. 14 Haziran 2022).

³³ “*Elbirligi mülkiyetine konu olup borçlunun elbirligi halinde ortak olduğu taşınmazlarda, borçlu ortanın alacaklısı, icra hakimliğinden icra iflas kanununun 121. maddesine göre alacağı yetki belgesine dayanarak borçlunun ortağı olduğu taşınmaz için ortaklığın giderilmesi davası açabilir. bunun için icra hakiminden yetki belgesi alınması zorunludur. dosyada mevcut yetki belgesi ise icra müdürlüğünden alınmıştır. yetki belgesinin icra hakiminden alınması zorunlu olduğundan mahkemece icra hakiminden alınacak yetki belgesinin temin edilerek dairemize gönderilmesi için dosyanın mahalline iadesine karar verilmişse de gereği yerine getirilmemiştir. davacıya icra hakimliğinden yetki belgesi alıp ibrazı için süre verilmesi, yetki belgesi geldikten sonra dairemize gönderilmesi için dosyanın MAHALLİNE İADESİNE, 12.12.2016 tarihinde oybirliği ile karar verildi.*” Yargıtay 14. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2016/10227 (12 Aralık 2016). (Kararlar için bkz: <http://lexpera.com.tr>. E.T. 12. Haziran 2022).

³⁴ Yargıtay 14. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2015/6497 (11 Haziran 2015): “*davacılar vekili tmk’nın 605. maddesi gereğince mirasın reddini talep etmiş ise de türk medeni kanununun velayet, vesayet ve miras hükümlerinin uygulanmasına ilişkin tüzüğünün 39. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca vekilin vekaletnamesinde mirasın reddi yetkisi bulunmadığı anlaşıldığından bu yetkiyi içeren özel vekaletnamelerin temin edilerek dairemize gönderilmesi için dosyanın MAHALLİNE İADESİNE, 11.06.2015 tarihinde oybirliği ile karar verildi.*” (kararlar için bkz: <http://lexpera.com.tr>. E.T. 12. Haziran 2022).

landırmanın daha sağlıklı yapılabilmesi için Yargıtay tarafından yargı yolunun belirlenmesi sebeplerinin oluşmadığı gerekçesiyle verilen dosyanın mahalline iadesi kararları ayrı bir parantezde değerlendirilmelidir. Zira dosyanın mahalline gönderilmesine sebebiyet veren diğer tüm durumlarda, Yargıtay esasen nihai bir karara karşı temyiz incelemesi yapmakta ve bu aşamadaki belli usuli eksikliklere istinaden dosyayı derece mahkemesine geri göndermektedir. Buna mukabil yargı yolu belirlenmesi şartlarının oluşmadığı gerekçesiyle dosyanın mahkemeye iade edilmesi durumlarında Yargıtay bir temyiz incelemesi yapmamaktadır³⁵. Bu noktada Yargıtay'ın görevi, uyuşmazlık konusu davaya bakacak mahkemeyi tayin etmektir. Dolayısıyla burada Yargıtay'ın temyiz incelemesi makamı olarak değil, söz konusu uyuşmazlığı çözmekle görevlendirilmiş bir merci olarak hareket ettiği söylenebilir. Yargı yolu belirlenmesi talebi, genel itibariyle bir hukuki çare başlığı altında değerlendirilebilir.

Yargıtay kararına konu olan hemen tüm olaylarda, iki mahkemenin aynı dava hakkında göreve veya yetkiye ilişkin olarak verdikleri kararların kanun yoluna başvurulmaksızın kesinleştiği iddia edilerek, görevli veya yetkili mahkemenin belirlenmesi talep edilmektedir. Bu noktada Yargıtay yapmış olduğu inceleme neticesinde, HMK md. 21'de gösterilen yargı yolu belirlemesi sebeplerinin oluşmamasına rağmen, yargı yolu belirlemesinin talep edildiğini tespit etmesi halinde, dosyanın mahalline iadesine karar vermektedir. Yukarıda yer verdiğimiz Yargıtay kararlarında da görmekteyiz ki, yargı yolu belirlenebilmesi için aynı dosya için *iki farklı mahkeme tarafından* verilmiş görevsizlik ya da yetkisizlik kararı gerekirken, tek bir mahkeme tarafından verilmiş görevsizlik kararına dayanan yargı yolu belirleme istemi, ilgili talebin karşılanması için yeteri görülmemekte, dosya bu sebeple mahalline iade edilmektedir. Bu karar bir yönüyle aleyhine kanun yoluna başvuru kararının kesin olması üzerine, istinaf/temyiz dilekçesinin reddi kararına da (HMK md. 346, md. 352) benzetilmektedir. Zira bu halde de istinafa ya da temyize elverişli bir karar olmadığından kanun yolu incelemesine geçilememektedir. Yargı yolu belirlenmesi için gerekli şartların karşılanmadığı durumlarda ise Yargıtay talebi reddetmek yerine dosyayı derece mahkemesine çevirmeyi tercih etmiştir. Bu karar bu haliyle usule ilişkin bir nihai karar niteliğindedir.

Çalışmamızın devam bölümlerinde ise Yargıtay'ın temyiz incelemesi sırasında tespit ettiği bazı noksanlara istinaden vermiş olduğu dosyanın mahalline iadesi kararı incelenecektir.

³⁵ Kuru, *Usul*, 1/670.

B. YARGITAY’IN TEMYİZ İNCELEMESİ YAPARKEN VERDİĞİ DOSYANIN MAHALLİNE İADESİ KARARLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Kararın Dayanağı ve Verilme Zamanı

Dosyanın mahalline iadesi kararı usule ilişkin bir karardır³⁶. Bu karar ile temyize konu uyuşmazlığın maddi hukuk bakımından çözüme ulaştırılması değil, dosyadaki evrak eksikliği, tebligat hatası, harç ve giderlerin yatırılmaması gibi usule ilişkin hataların, bu hatanın muhatabı merciye gönderilmesi suretiyle çözümlenmesi amaçlanır. Yukarıda yer verdiğimiz kararlardan anlaşılacağı üzere, söz konusu eksiklikler taraflara ya da temyiz incelemesi yapacak Yargıtay’a izafe edilememekte, bilakis aleyhine temyiz yoluna başvuru derece mahkemesinin yapması gereken işleri tam olarak yerine getirememesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla dosyanın mahalline geri çevrilmesi kararıyla dosyanın ilgili noksanlıklarını giderebilecek merciye tevdi edilmesi ve söz konusu eksikliklerin tamamlanması üzerine dosyanın tekrardan Yargıtay’a gönderilmesi hedeflenir.

Her ne kadar HMK’da dosyanın mahalline gönderilmesi şeklinde bir karar türüne yer verilmese de ilgili kararın hangi hukuki dayanağa istinaden verildiği düşünüldüğünde, akla öncelikli olarak temyiz ön incelemesi ve bu aşamada verilebilecek kararlar gelmektedir³⁷.

Temyizdeki ön inceleme, temyiz talebinin esası hakkında inceleme yapılabilmesi için gerekli olan şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin temyiz incelemesinin başında ele alındığı bir safhadır. Eğer uyuşmazlığın esasına girilmesine engel bir husus varsa, inceleme ilerlemeden sürecin başında bu husus tespit edilerek gereksiz yere emek ve zaman harcanmasının önüne geçilir³⁸.

HMK md. 366’daki atıf uyarınca HMK md. 352’de³⁹ yer verilen istinafa ait ön inceleme hükümleri temyiz kanun yolunda da kıyasen uygulanacaktır. Bu

³⁶ Tok, *Temyiz Mahkemesi*, 300 vd.

³⁷ Tok’a göre her ne kadar dosyanın iadesi veya geri çevrilmesi şeklinde bir karar tipi Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda yer almasa da, temyiz mahkemesi’nin verebileceği usul hukukuna ilişkin bütün karar tiplerinin Kanun’da düzenlenmesi gerektiği sonucuna varılamayacaktır. Bu görüşe göre Kanun’da bölge adliye mahkemesi ve Yargıtay tarafından yapılacak ön incelemede gereken kararların verileceği düzenlenmektedir ancak bu gerekli kararın ne olacağını belirtilmemektedir. Buna göre Kanun’da açıkça düzenlenmemiş usule ilişkin karar tiplerinin varlığı ilgili hüküm tarafından kabul edilmektedir. Bkz: Tok, *Temyiz Mahkemesi*, 305-306.

³⁸ Öztekin, *İstinaf ve Temyiz*, 299; Yavaş, *Temyiz*, 125; Akkaya, *İstinaf*, 240-241, Efe Direnisa, *Medeni Yargılamada Ön İnceleme Aşaması*, (İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2021), 46, Çağatay Serdar Şahin, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Uyarınca İstinaf Yargılamasında Ön İnceleme Aşaması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, 21/ Özel S., (Mayıs 2019), 2268.

³⁹ İlgili düzenleme şu şekildedir: HMK md. 352: (1) Bölge adliye mahkemesi hukuk dairesince dosya üzerinde yapılacak ön inceleme sonunda aşağıdaki durumlardan birinin tespiti hâlinde öncelikle gerekli karar verilir:

aşamada esastan incelemeye geçilmeden önce temyiz kanun yolu başvurusunun caizliğine yönelik hususlar incelenecektir⁴⁰. HMK md. 352'nin yanı sıra Yargıtay Kanunu md. 40'ta da temyiz aşamasındaki ön incelemeyle ilgili ayrıca bir düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre Yargıtay incelemesi için dairelere gelen dosyalar bekletilmeksizin görev ve iş bölümü, temyiz kabiliyetinin bulunup bulunmadığı, temyiz isteminin süresi içinde olup olmadığı, temyiz şartı ve diğer usul eksiklikleri yönlerinden ön incelemeye tabi tutulur. Temyiz aşamasındaki ön incelemede nelerin inceleneceğini gösteren HMK md. 352 ve Yargıtay Kanunu md. 40/3 düzenlemelerinin lafzen neredeyse birebir örtüştüğü görülmektedir⁴¹.

Ön inceleme aşamasında ele alınacak konularla ilgili herhangi bir eksikliğin görülmemesi üzerine tahkikat aşamasına geçilecektir. Buna karşılık ön inceleme-ye tabi hususlarla ilgili herhangi bir eksiklik tespit edildiğinde nasıl karar verilmesi gerektiği de ele alınmalıdır. Zira ilgili düzenlemelerde incelenmesi gereken hususlar gösterilmekle birlikte bunların eksikliği halinde nasıl karar verilmesi gerektiği her durum için açıkça düzenlenmemiş, “*gerekli karar verilir*”, “*incelenip karara bağlanır*” gibi ifadeler kullanılmıştır. Buna göre tespit edilen eksikliğin türüne göre, farklı kararlar ortaya çıkabilecektir⁴².

Yukarıda yer verdiğimiz kararlar ışığında, dosyanın mahalline gönderilmesi kararının çoğunlukla ön incelemede incelenecek “*başvuru şartlarının yerine getirilmemesi*”⁴³, “*temyiz şartının yerine getirilmemesi*”, “*diğer usul eksiklikler*”⁴⁴ sebeplerine istinaden tesis edilen bir karar olduğunu söylemek gerekir. Yargıtay'ın ilgili kararlarını incelediğimiz zaman, dosyanın mahalline iadesi kararının genel olarak dosyanın esastan incelenmesine engel olan belli eksiklikler

A) *İncelemenin başka bir dairece veya bölge adliye mahkemesince yapılmasının gerekli Olması*

B) *Kararın kesin olması*

C) *Başvurunun süresi içinde yapılmaması*

Ç) *Başvuru şartlarının yerine getirilmemesi*

D) *Başvuru sebeplerinin veya gerekçesinin hiç gösterilmemesi*

(2) *Ön inceleme heyetçe veya görevlendirilecek bir üye tarafından yapılır ve ön inceleme Sonunda karar heyetçe verilir.*

(3) *Eksiklik bulunmadığı anlaşılan dosya incelemeye alınır.*

⁴⁰ İstinaf aşaması için yapılan bu değerlendirme için bkz: Akkaya, *İstinaf*, 242.

⁴¹ Bu noktada her iki düzenleme arasında minör ifade farklılıklarının da olduğunu belirtmek gerekir. Örneğin: HMK md. 352/1-ç'de incelenmesi işaret edilen “başvuru şartları” Yargıtay Kanunu md. 40'ta “Temyiz Şartı” olarak zikredilmiş, HMK md. 352/1-b'de “kararın kesin olması” ifadesi tercih edilirken Yargıtay Kanunu md. 40'ta “temyiz kabiliyetinin bulunup bulunmadığı” düzenlemesine yer verilmiş ve yine Yargıtay Kanunu md. 40'ta ek olarak dosyanın “diğer usul eksiklikleri yönlerinden” de ön incelemeye tabi tutulacağı ifade edilmiştir.

⁴² Akkaya, *İstinaf*, 318.

⁴³ Bkz: HMK md. 352/1-C.

⁴⁴ Bkz: Yargıtay Kanunu md. 40/c.

ve durumlar üzerine verildiği anlaşılmaktadır. Örneğin temyiz harç ve giderlerinin tam yatırılması temyiz dilekçesini alan merci tarafından kontrol edilmesi gereken bir şartken, bu hususun mahkeme tarafından ihmal edilmesi sebebiyle dosyanın temyiz harç ve giderlerinin hiç yatırılmamış ya da eksik yatırılmış bir şekilde Yargıtay’a gelmesi durumunda, bu eksikliğin tetkiki ön inceleme aşamasında gerçekleştirilecektir. Yargıtay bu durumda HMK md. 344’teki prosedürün işletilmesi için dosyayı mahalline geri çevirme kararını vermektedir. Yine esastan inceleme yapılabilmesi için gerekli belge ya da diğer ispat vasıtalarının dosya kapsamında bulunmaması halinde de bu eksikliklerin giderilmesi için Yargıtay dosyayı mahalline iade etmektedir⁴⁵. Görüldüğü gibi söz konusu kararlar dosyanın esastan incelenmesini, karar verilmesini engelleyen bir eksikliğin varlığı üzerine verilen usuli nitelikte bir karardır⁴⁶.

Bununla birlikte yukarıda yer verdiğimiz kararları incelediğimizde dosyanın mahalline iadesi kararının yalnızca temyiz incelemesinin başında gerçekleştirilen ön inceleme aşamasında verilmediği, temyiz incelemesi devam ederken karşılaşılan bazı usuli sorunlarda da tesis edildiği görülmektedir. Nitekim bazı kararlarda, mürafa sırasında belirtilen bazı dosyaların derece mahkemesinden temin edilmesi için⁴⁷, temyiz incelemesi yapılırken ortaya çıkan bazı özel durumların araştırılması için⁴⁸ dosyanın mahalline iade edilmesi kararları verilmiştir. Bu kararlar ön inceleme aşamasında değil, esastan inceleme aşamasında tesis edilmiştir. Esasen tüm bu eksiklikleri “başvuru şartlarının yerine getirilmemesi” ve

⁴⁵ Bkz: II, C.

⁴⁶ Tok, *Temyiz Mahkemesi*, 305-306.

⁴⁷ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2000/1418 (22 Şubat 2000): “... sayılı kararın yargıtay’a incelenmesi duruşmalı olarak davacı k1 vekili tarafından istenmiş olmakla duruşma için belirlenen 22.2.2000 günde davacılar avukatı k2 ve k3 ile davalı avukatı k4 gelip, temyiz dilekçesinin de süresinde verildiği anlaşıldıktan ve duruşmada hazır bulunan taraflar avukatları dinlendikten sonra duruşmalı işlerin yoğunluğu ve süre darlığından ötürü işin incelenerek karara bağlanması ileriye bırakılmıştı. dava dosyası için tetkik hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü: mürafa sırasında taraflarca belirtilen davacılar hakkındaki sorumluluk dava dosyasının temin edilerek incelenmek üzere gönderilmesi için dosyanın mahalline iadesi gerekmiştir.” (Kararlar için bkz: <http://lexpera.com.tr>. E.T. 15 Haziran 2022).

⁴⁸ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi (Yargıtay), K. 2001/7179 (27 Eylül 2001): “tetkikatın evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten temyiz dilekçesinin de süresinde verildiği anlaşıldıktan ve dava dosyası için tetkik hakimi k1 tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü: davalılardan aleyhine hüküm kurulan k2’nun 18.1.2001 tarihi itibarıyla 4 sene hürriyeti bağlayıcı ceza aldığına ilişkin kartal ı.ış mahkemesi’nin 2000/412 e. sayılı dava dosyasındaki 18.1.2001 tarihli celse zabıt fotokopisi ibraz edildiğine göre, evveleminde mahkemece bu yön üzerinde araştırma yapılması, adı geçen davalının tutuklu veya hükümlü olup olmadığının tespiti ile gerektiğinde kararın atanmış vasisi varsa vasisine tebliği ve bu hususun açıklığa kavuşturulması için dosyanın mahalline iadesine karar vermek gerekmiştir.” (Kararlar için bkz: <http://lexpera.com.tr>. E.T. 18 Haziran 2022).

“diğer usuli eksiklikler” kapsamında, ön inceleme aşamasında değerlendirilmesi gereken ancak bu safhada hâkimin gözünden kaçan ya da sonradan ortaya çıkan eksiklikler olarak mütalaa edebiliriz. Ön inceleme aşamasında ele alınacak konular mahkemece re’sen gözetileceğinden⁴⁹, hâkimin esastan inceleme aşamasında da bu tür eksiklikleri tespit ettiğinde gerekli kararı verebileceğini söylemeliyiz. Bu sebeple diyebiliriz ki çoğunlukla ön incelemeye aşamasında olmakla birlikte, yargılamanın devamında tespit edilen ve esasa ilişkin karar verilebilmesi için çözümlenmesi gereken usule ilişkin sorunlarla alakalı da dosyanın mahalline iadesi kararı verilebilmektedir.

2. Kararın Niteliği

Dosyanın mahalline iadesi kararının bir ara karar mı yoksa bir nihai karar mı olduğunun da değerlendirilmesi gerekir. Mahkemenin dosyadan el çekmesini gerektiren ve yargılamaya son veren kararlar nihai karar olarak tanımlanır⁵⁰. Buna karşılık hâkimin davadan elini çekmesi sonucunu doğurmayan, yargılamayı ilerleten kararlar ise ara kararlardır⁵¹. Dosyanın mahalline iadesi kararının hangi karar türüne ait olduğunu belirlemek için, her somut olay özelinde ayrı değerlendirilme yapılması gerekir. Alt derece mahkemesinin gerekçeli kararının veya temyiz dilekçesinin usulsüz bir şekilde tebliğ edilmesine rağmen dosyanın temyiz incelemesine gelmesi sebebiyle dosyanın mahalline gönderilmesi durumunda, olaya konu kararın ya da dilekçenin alt derece mahkemesince yeniden tebliğ edilmesi ve usulüne uygun olarak gerçekleştirilen tebligat üzerine yeniden temyiz sürecinin başlatılması hedeflenmektedir. Bu halde de verilen kararın bir nihai karar olduğu anlaşılmaktadır. Zira bu durumlarda hâkim dosyadan el çekmektedir ve eksikliğin giderilmesi durumunda temyiz süreci yeniden başlatılacaktır.

Buna karşılık dosya eksikliği, vekaletname eksikliği sebeplerine dayanan dosyanın iadesi kararının bir nihai karar olduğunu söylemek kanaatimizce pek mümkün değildir. Yargıtay bu durumlarda ilgili eksikliğin giderilmesini ve dosyanın eksikliğin giderilmiş haliyle tekrar kendisine gönderilmesini alt derece mahkemesinden istemektedir. Bu aşamada Yargıtay’ın: “*iade kararının gereği yapılarak fiziki dava dosyası ile birlikte Dairemize gönderilmesi için dosya-*

⁴⁹ Akkaya, *İstinaf*, 243.

⁵⁰ Kuru, *Usul*, 3/3004, Üstündağ, *Yargılama*, 788, Murat Atalı, “Karar ve Hüküm”, *Pekcanitez Usul*, ed. Hakan Pekcanitez vd., (İstanbul: Oniki Levha Yayınevi, 15. Baskı, 2017), 3/1973, Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2. Baskı, 2018), 1/1030, Görgün vd., *Medeni Usul*, 630, Nilüfer Boran Güneysu, *Medeni Usul Hukukunda Karar*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2014), 106, Tuna Acar, *Türk ve Mukayeseli Medenî Yargılama Hukuku Açısından Ara Karar*, (İstanbul: Yetkin Yayınları, 2022), 45, Timuçin Muşul, “Medeni Usul Hukukunda Ara Kararları”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4/4, (Ekim 1988), 218.

⁵¹ Üstündağ, *Yargılama*, 788; Atalı, Pekcanitez “Karar ve Hüküm”, 3/1971; Tanrıver, *Usul*, 1/1028; Muşul, *Ara Karar*, 218; Acar, *Ara Karar*, 52 vd.; Boran Güneysu, *Karar*, 47.

nın mahalline iadesine”⁵², “dava dosyası elektronik ortamda gönderilmiş hali ile yeterli olmamakla dosyanın ilgili yerden istenmesi ve fiziki olarak dairemize gönderilmesi için dosyanın mahalline iadesine”⁵³ şeklindeki ifadelerden, dosya kendisine iade edilen alt derece mahkemesinin söz konusu eksikliği gidermesi durumunda Yargıtay’ın mevcut incelemesine devam edeceği sonucu çıkmaktadır. Bu hallerde Yargıtay temyiz incelemesinden elini çekmemekte, ilgili eksiklik giderilinceye kadar adeta temyiz incelemesini askıya almaktadır. Bu gerekçelerle her ne kadar Yargıtay’ın ara karar vermesinin istisna teşkil ettiği ileri sürülse de⁵⁴, dosya eksikliği-vekaletname eksikliği gibi basit evrak eksikliklerine dayanan dosyanın mahalline iadesi kararlarının bir ara karar teşkil ettiği, kararın yerine getirilmesi üzerine temyiz incelemesine devam edileceği kanaatindeyiz⁵⁵.

Yine temyiz harç ve giderlerinin eksik yatırılması ya da hiç yatırılmamış olması durumunda verilen dosyanın mahalline iadesi kararı, kanaatimizce bir ara karar teşkil etmektedir. Yargıtay’ın temyiz harç ve giderlerinin eksik yatırılması üzerine kararlarında yer verdiği: “mahalline iade kararımız dikkatlice okunarak ve yeni bir yazışmaya neden olunmaksızın temyiz dilekçelerinin temyiz defterine kaydedilmesinden sonra yapılması gereken işleri düzenleyen HUMK’nın 434/3 maddesi uyarınca

⁵² Yargıtay, K. 2016/619. (Kararlar için bkz: <http://lexpera.com.tr>. E.T. 12 Haziran 2022).

⁵³ Yargıtay, K. 2016/6224. (Kararlar için bkz: <http://lexpera.com.tr>. E.T. 22 Haziran 2022).

⁵⁴ Tok, *Temyiz Mahkemesi*, 299.

⁵⁵ Nitekim Yargıtay’ın bazı kararlarına baktığımızda, daha önceden verilen dosyanın mahalline iadesi kararının yerine getirilmemesi ya da eksik getirilmesi yüzünden dosyanın mevcut haliyle temyiz incelemesinin gerçekleştirilemeyeceği, ancak iade kararının tam olarak yerine getirilmesiyle birlikte incelemeye devam edileceği sonucu çıkmaktadır. Örneğin: “doğru olan akit tablosunun ve tapu kayıtlarının istenilmesi, daha sonra Dairemize gönderilmesi için dosyanın mahalline iadesine karar verilmişti. Ne var ki, karar gereğinin 145 parsel sayılı taşınmaz yönünden yerine getirildiği, 146 parsel sayılı taşınmaz yönünden ise yerine getirilmediği görülmektedir. Mahalline iade kararı dikkatle okunarak, bir daha yazışmaya sebebiyet verilmemesi için gerekli özenin gösterilmesi; 14.03.1969 tarihli ve 355 yevmiye no’lu ipotek akit tablosu ile dava konusu 606 ada 146 parsel sayılı taşınmazın tapu kaydının ipoteğin konulduğu hisse bilgisi kısmı arasındaki uyumsuzluğun belirtilen şekilde giderilmesinden sonra Dairemize gönderilmesi için dosyanın MAHALLİNE İADESİNE..” Yargıtay, K. 2014/11686; “Davada ... Asliye Hukuk Mahkemesinin 24.05.2011 günlü ve 2010/622 Esas, 2011/646 Karar sayılı davanın yargılamanın yenilenmesi istenmiş olup yukarıda anılan dava dosyası elektronik ortamda gönderilmiş hali ile yeterli olmamakla dosyanın ilgili yerden istenmesi ve fiziki olarak Dairemize gönderilmesi için dosyanın MAHALLİNE İADESİNE..” Yargıtay, K. 2016/6224; “Dava dışı şirkete ait imalathanede kaçak atık su kullanıldığına tespit edildiğinin ileri sürüldüğü 13.12.2006 tarihinde davalının şirket yönetim kurulunda yer aldığına ve yetkili temsilci olduğuna dair belgeler dosya arasında bulunmamaktadır. Bu durumda davalının pasif husumet ehliyetinin belirlenmesi için söz konusu belgeler eklendikten sonra Kurulumuza gönderilmesi için dosyanın geri çevrilmesi gerekmiştir..” Yargıtay, K. 2014/859. Kanaatimizce temyiz incelemesinin devamına engel olan eksiklik Yargıtay’ın bir ara kararıyla giderilebilecek nitelikteyse, bu hallerde temyiz incelemesine en baştan başlamakta bir fayda yoktur. Gerçekten eksik belgenin getirilmesi için tesis edilen ara kararın gereğinin alt derece mercince yerine getirilmesi ve bunun üzerine Yargıtay’ca temyiz incelemesine kaldığı yerden devam edilmesi, usul ekonomisine de hizmet edecektir. (Kararlar için bkz: <http://lexpera.com.tr>. E.T. 22 Haziran 2022).

gerekli işlemlerin yapılmasından sonra yeniden Dairemize gönderilmesi için dosyanın MAHALLİNE İADESİNE..⁵⁶, “Mahkeme kararının ... temyiz edilmesi nedeniyle tahsil edilen nispi temyiz harcında 21.198,85 TL nispi temyiz karar harcı ile temyiz yoluna başvurma harcı noksanı bulunduğu anlaşılmıştır. Mahkemece temyiz harcı ek-sik yatırılan iş bu davalı yönünden noksan nispi temyiz karar harcı ile temyiz yoluna başvurma harcına ilişkin varsa yatırılmış olduğuna dair makbuzun dosyaya eklen-mek suretiyle, harcın yatırılmamış olması durumunda ise, 6100 sayılı HMK'nın 366. maddesi delaletiyle aynı kanunun 344. maddesi uyarınca davalı vekiline bir haftalık kesin süre verilmesi, süresi içinde harç ikmal edildiği takdirde dosyanın temyiz ince-lemesi yapılmak üzere geri gönderilmesi, süresi içinde harç yatırılmadığı takdirde ise; kararın temyiz edilmemiş sayılmasına karar verilerek, ek kararın ilgiliye tebliğ edilmek üzere; Dosyanın mahalline GERİ ÇEVİRİLMESİNE..⁵⁷ ifadelerinden ve mu-rafaa giderlerinin eksik olması durumunda: “Temyiz edenin muraflaa giderini ödediği anlaşılmakta ise de bu giderlerin Yargıtay’a gönderilmediği Yargıtay kaleminde dü-zenlenen ve bir örneği dosya arasına konulan tutanakla sabittir. Dairemizce mura-faanın yapılabilmesi için gerekli olan giderin eklenerek gönderilmesi için dosyanın mahalline İADESİNE oybirliğiyle karar verildi.”⁵⁸ yönündeki görüşünden anlaşılabil-diği üzere, bu durumda alt derece mahkemesince eksikliğin tamamlanması halinde temyiz incelemesine kaldığı yerden devam edilecektir.

3. Bozma Kararından Farkı

Dosyanın mahalline iadesi kararını etraflıca değerlendirebilmek için, Yargıtay’ın bozma kararıyla mukayese ederek ele almamız gerekir. Temyiz incelemesi sonucu, taraflarca ileri sürülen ya da re’sen tespit edilen usuli ya da maddi temyiz sebeplerinin varit görülmesi halinde karar kısmen ya da tamamen bozulur⁵⁹. Buna karşılık dosyanın mahalline iadesi kararı, temyize konu edilen kararın içerik yönünden hukuka aykırılığının tespiti halinde verilen bir karar değildir. Bilakis ilgili kararın hukuka uygunluğuyla ilgili incelemenin yapılabilmesi için tamamlanması gereken usuli ek-sikliklerin, incelemeye konu kararı veren mahkeme tarafından giderilmesi için tesis edilir. Bu sebeple bozma kararı esastan yapılan inceleme sonucu hâkimin dosyayla ilgili nihai kanaati iken, dosyanın mahalline iadesi kararı nihai kararın ortaya çıkma-sına yönelik bir karar niteliğindedir. Bozma kararının bu yönüyle esasa ilişkin bir karar olduğu açıkken, dosyanın mahalline iadesi kararı usuli bir karardır.

⁵⁶ Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, (Yargıtay), K. 2015/2799 (13 Mart 2015). (Kararlar için bkz: <http://lexpera.com.tr>. E.T. 15. Nisan 2022).

⁵⁷ Yargıtay, K. 2017/3745. (Kararlar için bkz: <http://lexpera.com.tr>. E.T. 15. Nisan 2022).

⁵⁸ Yargıtay, K. 2006/3259. (Kararlar için bkz: <http://lexpera.com.tr>. E.T. 15. Nisan 2022).

⁵⁹ Kuru, *Usul*, 5/4646; Üstündağ, *Yargılama*, 880; Bilge-Önen, *Usul*, 666; Yavuz Alangoya vd., *Medeni Usul Hukuku Esasları*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 8. Baskı, 2011), 479; Yılmaz, *Şerh*, 4/5085; Yavaş, *Temyiz*, 134; Tanrıver, *Usul*, 2/100; Tok, *Temyiz Mahkemesi*, 322.

Bir diğer fark ise bozma kararıyla alt derece mahkemesinin bağılılığıyla alakalıdır. Türk usul hukukunda alt derece mahkemesi Yargıtay’ın bozma kararıyla bağılı değildir⁶⁰. Bozma kararı üzerine kararın hukuka uygun olduğu kanaatinde olan alt derece mahkemesi, önceki kararında direnebilir (HMK md. 373). Buna karşılık Yargıtay’ın dosyanın mahalline iadesine hükmettiği kararlarına baktığımızda, alt derece mahkemesine bu karara uymakla ilgili bir takdir hakkı tanınmadığı, hatta ilgili kararın yerine getirilmediği durumlarda sorumlular hakkında yasal yollara başvurulacağına ihtar edildiğini görmekteyiz⁶¹. Yargıtay muhtemeldir ki dosyanın mahalline kararına konu olan olayların tartışılmaya açık olmayan net ihmaller olduğu kanaatinde ve bu sebeple alt derece mahkemesine bu konuda takdir hakkı sunmayan bir tavır geliştirmiştir. Bu yönüyle dosyanın mahalline iadesi kararı, HMK md. 353/1-a’daki hallerin varlığında tesis edilen ve verildiği anda kesin olan bölge adliye mahkemesi kararlarına yaklaşmaktadır.

4. Kararların İçeriğinin Değerlendirmesi

Yukarıdaki bilgilerden sonra dosyanın mahalline iadesine yönelik kararların içerik yönünden isabetliliğinin değerlendirilmesi gerekir. Genel olarak dosyanın mahalline iadesi kararının gerek ön inceleme aşamasında, gerekse temyiz incelemesinin daha ileri safhalarında tespit edilen, esastan inceleme yapılabilmesi için

⁶⁰ Postacıoğlu, *Medeni Usul*, 750; Özkes, “Kanun Yolları”, 3/2312; Karslı, *Muhakeme*, 815.

⁶¹ Bkz: “dosyanın usulüne uygun tebliğ işlemi için üçüncü kez geri çevrildiği de gözetilmek suretiyle yeni bir geri çevirmeye mahal verilmeyecek şekilde geri çevirmenin gereklerinin yerine getirilmesi konusunda özenli davranılması ve dosyanın temyiz incelemesi yapılmak üzere hukuk genel kurulu’na gönderilmesi olmalıdır... gerekli özen ve dikkat gösterilmediği takdirde sorumlular hakkında işlem yapılması yoluna gidileceğinin ihtarına, 03.12.2014 gününde oybirliği ile karar verildi.” Yargıtay, K. 2014/1005; “dosyanın mahalline iade kararının gereği yerine getirilmeden dairemize gönderildiği anlaşılmaktadır. bu defa, yeni bir yazışmaya veya herhangi bir ihmale sebebiyet verilmeden ilgili sözleşmenin gönderilmesi, gönderilmediği takdirde mahkeme hakimi hakkında suç duyurusunda bulunulacağı da dikkate alınarak iade kararının gereği yapılarak fiziki dava dosyası ile birlikte dairemize gönderilmesi için dosyanın MAHALLİNE İADESİNE, 20.01.2016 tarihinde oybirliği ile karar verildi” Yargıtay 14. Hukuk Dairesi (Yargıtay) K. 2016/619 (20 Ocak 2016); “dairemize gönderilmesi için dosyanın mahalline iadesine karar verilmişti. ne var ki, karar gereğinin 145 parsel sayılı taşınmaz yönünden yerine getirildiği, 146 parsel sayılı taşınmaz yönünden ise yerine getirilmediği görülmektedir. mahalline iade kararı dikkate alınarak, bir daha yazışmaya sebebiyet verilmemesi için gerekli özenin gösterilmesi; 14.03.1969 tarihli ve 355 yevmiye no’lu ipotek akıt tablosu ile dava konusu 606 ada 146 parsel sayılı taşınmazın tapu kaydının ipotekün konulduğu hisse bilgisi kısmı arasındaki uyumsuzluğun belirtilen şekilde giderilmesinden sonra dairemize gönderilmesi için dosyanın MAHALLİNE İADESİNE, 24.10.2014 gününde oybirliği ile karar verildi.” Yargıtay 14. Hukuk Dairesi (Yargıtay) K. 2014/11686 (24 Ekim 2014); “dosyanın mahalline geri çevrilmesine karar verilmiş olup gönderilen dosyanın incelenmesinde; belirtilen bilgi ve belgelerin gönderilmediği, uyarı ortamına da herhangi bir belge girişinin yapılmadığı anlaşılacakla yargılamanın gereksiz uzamasına mahal vermeyecek şekilde geri çevirme kararının titizlikle yerine getirilmesi için dosyanın yeniden mahalline geri çevrilmesine karar vermek gerekmiştir. sonuç: yukarıda Açıklanan Nedenlerle Dosyanın Mahalline GERİ ÇEVİRİLMESİNE, 10/05/2016 Gününde Oybirliğiyle Karar Verildi.” Yargıtay 13. Hukuk Dairesi (Yargıtay) K. 2016/12769 (10 Mayıs 2016). (Kararlar için bk: <http://lexpera.com.tr>. E.T. 01 Temmuz 2022).

temyize konu kararı veren hüküm mahkemesi tarafından halli gereken usuli sorunların yine hüküm mahkemesi tarafından giderilmesi için tesis edilen bir karar çeşididir. Bu noktada Yargıtay'ın dosyanın mahalline geri çevrilmesi için gerekçe gösterdiği olayların gerçekten bu kararın ortaya çıkmasını haklı kılıp kılmadığı da incelenmesi gerekir.

Kanaatimizce Yargıtay'ın dosyanın mahalline iadesine gerekçe gösterdiği sebeplerden bazıları gerçekten dosyanın derece mahkemesine gönderilmesini haklı kılmaktadır. Örneğin temyiz aşamasında esastan inceleme yapabilmesi için gerekli olan evrak, sözleşme, kroki gibi belgelerin dosyada bulunmadığını tespit edilmesi halinde, Yargıtay'ın ilgili evrakı elinde bulunduran ya da o evrakı temin etmekle yükümlü derece mahkemesine söz konusu eksikliği gidermesi için dosyayı iadesi isabetli bir yaklaşımdır. Bu halde esasa geçilmesi için halli gereken bir ön sorun söz konusudur ve ilgili sorunun çözümü, eksikliği tamamlayacak ve dosyayı tam haliyle Yargıtay'a geri gönderebilecek merciye havale edilmektedir. Keza elektronik ortamda usulüne uygun bir şekilde gönderilmeyen temyize konu dosyanın da bir de fiziki olarak gönderilmesi yalnızca temyize konu kararı veren mahkeme tarafından sağlanabileceği için, dosyanın mahalline iadesi kararı bu halde de yerindedir.

Keza temyize ilişkin harç ve giderlerinin yatırılmamasına rağmen yapılan temyiz başvurusu üzerine, HMK md. 344'teki prosedürün uygulanması için Yargıtay'ın dosyayı derece mahkemesine göndermesi kararını da mevzuatımızca uygun bulmaktayız. Zira HMK md. 344'e göre, kanun yoluna başvuru için gerekli gerekli harçlar ve giderlerin hiç ödenmediği ya da eksik ödenmesi durumunda *kararı veren mahkeme tarafından* verilecek bir haftalık kesin süre içinde bu eksikliğin tamamlanması, aksi hâlde başvurudan vazgeçmiş sayılacağı hususu başvurana yazılı olarak bildirilecektir. Görüldüğü gibi burada eksik meblağın tamamlanması ve tamamlanmadığı takdirde başvurunun yapılmaması kararı, kanun yolu incelemesine tabi kararın ait olduğu mahkemeye tanınmıştır. Bir an usul ekonomisi açısından bizzat Yargıtay'ın eksik miktarın ödenmesi için süre vermesi ve süre içerisinde ilgili talebin karşılanmaması durumunda başvurunun yapılmamış sayılması kararı verebilmesinin daha uygun olacağı akla gelebilse de, bölge adliye mahkemesi tarafından verilecek başvurunun yapılmamış sayılması kararına karşı temyiz kanun yolunun açık olduğu (HMK md. 344/HMK md. 346/2), buna karşılık bu kararın Yargıtay tarafından tesis edilmesi durumunda söz konusu karara karşı kanun yolunun kapanacağı düşünüldüğünde, hak arama özgürlüğü gereği ilgili kararın bölge adliye mahkemesi tarafından verilmesi gerektiği, bunun için dosyanın alt derece merciine iadesi kararının isabetli olduğu kanaatine varmaktayız⁶².

⁶² Yavaş, *Temyiz*, 126; Tok, *Temyiz Mahkemesi*, 307.

Yine Yargıtay temyize konu edilen kararın, direnme kararının veya temyiz dilekçesinin derece mahkemesi tarafından tebliğ edilmediği ya da usulsüz tebliğ edildiğini tespit ettiği durumlarda, söz konusu vesikanın usulüne uygun bir şekilde tebliğ edilmesi ve temyiz süresi beklenildikten sonra tekrar Yargıtay’a gönderilmesi için dosyayı mahalline iade etmektedir⁶³. Bu noktada önce temyize konu kararın ve temyiz dilekçesinin tebliğiyle ilgili yasal düzenlemelere bakmak gerekir. HMK md. 366’nın atfı gereği temyiz aşamasında da uygulanan HMK md. 347’e göre temyiz dilekçesi, kararı veren mahkeme tarafından karşı tarafa tebliğ edilir. Kararı veren mahkeme, dilekçeler verildikten veya bunun için belli süreler geçtikten sonra, dosyayı Yargıtay’ın ilgili dairesine gönderir. Bu aşamada tebligata ilişkin usulsüzlüklerin varlığının Yargıtay tarafından yapılan incelemede tespit edilmesi halinde, bu usuli sorunun aşılması için dosyanın mahalline iade edilmesi kanaatimizce doğru bir yaklaşımdır⁶⁴. Zira bu noktada bozma kararı verilmesi için geçerli bir sebep yoktur. Tespit edilen hukuka aykırılık alt derece mahkemesinin kararıyla ilgili değil, yalnızca verilen kararın tebliği ile alakalıdır. HMK md. 347 gereği ilgili vesikanın tebliği alt derece mahkemesi tarafından gerçekleştirileceğinden, henüz esastan incelemeye girmeksizin gerekçeli kararın ve-veya temyiz dilekçesinin mevzuata uygun bir şekilde tebligata çıkarılması en hızlı bir şekilde dosyanın kararı veren mahkemeye çevrilmesiyle sağlanır.

Buna karşılık Yargıtay’ın dosyanın mahalline iadesine hükmettiği bazı kararlarındaki gerekçeleri incelediğimizde, söz konusu durumlar üzerine dosyanın alt dereceye iadesine değil, doğrudan “bozmaya” hükmedilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Örneğin çalışmamızda “diğer haller”⁶⁵ başlığı altında ele aldığımız bir kararda Yargıtay: “*Miras ortaklığı temsilcisi (TMK m. 640) özel kayyım niteliğindedir. TMK’nın 431. maddesi uyarınca vasi tayininde usul kayyım (mümessil) için de uygulanır. TMK’nın 422. maddesi gereğince vasinin sıfatına karşı yapılan itirazları veya vasinin ileri sürdüğü kaçınma sebeplerini (özürleri) inceleme görevi ile ilgili yasal hükümlerin mümessile yapılan itirazın ya da kaçınma sebeplerinin incelenmesinde de gözetilmesi zorunludur... dilekçenin görev yönünden reddiyle yukarıda açıklanan kurallar çerçevesinde değerlendirilip gereği yapılmak üzere dosyanın mahalline iadesine karar vermek gerekmiştir*” demek suretiyle temyiz dilekçesini görev yönünden reddedip kararında yer verdiği diğer bilgiler doğrultusunda inceleme yapılması için dosyayı mahalline iade etmiştir. Karara baktığımızda uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kurallarıyla ilgili alt derece mahkemesine yol gösterildiğini görmekteyiz. Olması gereken hukuk bakımından bu-

⁶³ Bkz: I, E.

⁶⁴ Aynı yönde bkz: Öztekin, *İstinaf ve Temyiz*, 614-615; Zeki Gözütok, *Hukuk Davalarında İstinaf ve Temyiz Uygulama Rehberi*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2. Baskı, 2017), 276.

⁶⁵ Bkz: I, F.

rada “gereğinin yapılması için” dosyanın mahalline iadesi değil, bozma kararının verilmesi gerekir. Zira kararda her ne kadar Yargıtay dosyanın mahalline iadesine karar vermiş gibi görünse de, aslında hükmü “sınırlayıcı ve yol gösterici”⁶⁶ olarak bozmuştur. Dolayısıyla burada lafzi olarak dosyanın mahalline iadesi kararı var olmasına rağmen, özde bir bozmanın olduğu görüşündeyiz. Hukuku doğru uygulamak ve kafa karışıklığı yaratmamak adına bozma kararı verilecek yerde başka bir kararın zikredilmemesi gerekir.

Yine aynı başlık altında ele aldığımız bir başka kararında Yargıtay⁶⁷, mirasın reddini talep eden davacı vekilinin vekaletnamesinde, özel yetki verilmesini gerektiren mirasın reddi yetkisinin bulunmadığını tespit etmesi üzerine, bu yetkiyi içeren özel vekaletnamelerin temin edilerek Daire’ye geri gönderilmesi için dosyanın mahalline iadesine karar vermiştir. Belirtmek gerekir ki müvekkil vekil tarafından yetkisiz olarak yapılmış olan işleme icazet vererek o işlemin geçerli kılmamışsa, yetkisiz vekilin yapmış olduğu işlemler müvekkil açısından bağlayıcı sonuç doğurmaz⁶⁸. İlk derece mahkemesi bu hususu dikkate almaksızın yargılama yapıp hüküm vermişse, yani geçersiz bir işlemi geçerli kabul ederek hüküm kurmuşsa, bu durumu tespit eden temyiz mahkemesinin kararı bozması gerekmektedir. Bu aşamada mirasın reddi için özel yetkili vekaletnamenin alt derece mahkemesinden temin edilerek söz konusu işleme geçerlilik kazandırılmasının kanaatimizce hukuki bir temeli yoktur. Nitekim Yargıtay başka bir kararında mirasın reddi için gerekli özel yetkili vekaletname eksikliğini bir bozma sebebi olarak mütalaa etmiştir⁶⁹.

Yargıtay yine “diğer haller” başlığında yer verdiğimiz bir kararında, borçlunun ortağı olduğu taşınmaz için ortaklığın giderilmesi davası açan borçlu ortağın alacaklısının İcra ve İflas Kanunu (İİK), *Resmî Gazete* 2128 (19 Haziran 1932), Kanun No. 2004 md. 121’e göre yetki belgesini icra hakimliği yerine icra müdürlüğünden aldığını gerekçe göstererek, davacıya icra hakimliğinden yetki belgesi alması ve ibrazı için süre verilmesi, yetki belgesi geldikten sonra dosyanın Daire’ye gönderilmesi için dosyanın mahalline iadesine karar vermiştir. Belirtmek gerekir ki alacaklı, mahkemeden almış olduğu yetki ile medeni usul hukuku

⁶⁶ Alangoya vd., *Esasları*, 478; Yavaş, *Temyiz*, 134 vd.

⁶⁷ Bkz: Yargıtay, K. 2015/5381. (Kararlar için bk: <http://lexpera.com.tr>. E.T. 11 Temmuz 2022).

⁶⁸ Seyhan Selçuk, *Medeni Usul Hukukunda Dava Vekaletnameleri*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2011), 145-146.

⁶⁹ Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, K. 2019/7639 (28 Ocak 2020): “*davacılarından ..., ... ve ...’nun av. ...’na verdikleri vekaletnamede mirasın reddini içeren özel yetki bulunmadığından davacılar vekiline özel yetkiyi içeren vekaletname sunması için süre verilmesi ve bu eksikliğin tamamlattırılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir. mahkemece, belirtilen hususlar üzerinde durulmadan eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bu nedenlerle hükmün bozulması gerekmiştir*”. (Kararlar için bk: <http://lexpera.com.tr>, E.T. 03 Temmuz 2022).

anlamında dava takip yetkisine kavuşmuş olur⁷⁰. Yanlış merciden alınan yetki belgesi borçluya dava takip yetkisi kazandırmaz. Yargıtay’ı kararına konu olayda davacı aslında dava takip yetkisine sahip olmadan davayı yürütmüş ve bu eksiklik gözetilmeden hüküm verilmiştir. Tarafın yargılamada dava takip yetkisine sahip olması bir dava şartı olduğundan ve Yargıtay tarafından temyiz incelemesinin her aşamasında re’sen gözetileceğinden, olması gereken hukuk bakımından bu durumda yetki belgesinin yanlış makamdan alınmasının bir dava takip yetkisi eksikliği ortaya koyduğundan bahisle hükmün bozulması gerekir.

Bu noktada Yargıtay’ın temyiz incelemesine konu dosyada dava vekaletnamesinin bulunmadığını saptadığı hallerde, bu eksikliğin giderilmesi için dosyayı alt dereceye mahkemesine çevirme kararları ayrıca ele alınmalıdır⁷¹. Kararlara baktığımızda temyiz dosyasında vekile ait vekaletnamenin yer olmadığı belirtilmekte, ancak bu eksikliğin hangi aşamada ortaya çıktığı tam anlaşılamamaktadır. Bu noktada eğer temyize konu kararın verildiği yargılamada taraf vekillerine ait dava vekaletnameleri usulüne uygun bir şekilde ibraz edilmiş ve *yalnızca* temyize başvurulurken vekaletname eklenmesi ihmal edilmişse, bu aşamada eksik vekaletnamenin dosyaya dahil edilmesi için dosyanın alt derece mahkemesine iade edilmesi yerindedir⁷².

Buna karşılık eğer ki Yargıtay’ca temyize konu edilen kararın verildiği yargılamada taraf vekillerine ait dava vekaletnamelerinin olmadığı tespit edilmişse, bu eksikliğin giderilmesinin dosyanın mahalline iadesi kararıyla sağlanması mümkün değildir. Vekil aracılığıyla takip edilen davalarda, vekilin usulüne uygun düzenlenmiş bir vekâletnamesinin bulunması bir dava şartıdır (HMK md. 114-f). Dava şartlarına aykırılık HMK md. 371’de bir bozma sebebi olarak düzenlenmiş-

⁷⁰ Anıl, Köroğlu, *Medenî Usûl Hukuku Bakımından Ortaklığın Giderilmesi Davası*, (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2020), 139, konuyla ilgili olarak bkz: Buse Dişel, *Dava Takip Yetkisi*, (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2020), 255 vd.

⁷¹ Bkz: I, D.

⁷² Bu aşamada her ne kadar dosyada vekaletnamenin bulunmaması dava şartı teşkil etse de, usul ekonomisi bakımından söz konusu eksikliğin tamamlanabilir nitelikte olduğu gözetilerek, HMK md. 115’te de öngörüldüğü üzere böyle bir durumda öncelikle bizzat Yargıtay tarafından ilgili tarafa vekaletnamenin ibrazı için kesin süre verilmesi, verilen kesin süre içerisinde vekaletname halen ibraz edilmemişse, dava şartı eksikliğine dayanarak temyiz dilekçesinin reddi kararının verilmesi düşünülebilir. Bu şekilde hem dosyanın derece mahkemesine gitmesi, akabinde Yargıtay’a dönmesi gibi masraf ve süre kaybı doğuracak süreç yaşanmamış olurdu. Buna karşılık Yargıtay’ın bir tahkikat mahkemesi olmadığı, incelemesinde hukuki denetimle yetindiği ve istinaf aşaması için HMK md. 360’da Öngörülen: “*Bu bölümde aksine hüküm bulunmayan hâllerde, ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usulü bölge adliye mahkemesinde de uygulanır*” düzenlemesinin temyiz aşamasında geçerli olmadığı düşünüldüğünde, şu anki düzenlemeler ışığında Yargıtay’ın re’sen böyle bir karar veremeyeceği ve ancak dosyayı mahalline çevirebileceği sonucu çıkmaktadır. Yine de özellikle Yargıtay’ın süre vermesiyle bizzat taraflarca hızla giderilebilecek eksiklikler için dosyanın mahalline iadesi yerine Yargıtay’ın kesin süre vermesini sağlayabilecek bir kanuni düzenlemenin yapılmasının isabetli olacağı kanaatindeyiz.

tir ve mutlak temyiz sebebi olarak tanımlanmaktadır⁷³. Gerçekten de dava şartı eksikliğinin bozma sebebi olarak kabul edilmeleri için hükmün sonucu etkilemiş olup olmadıkları araştırılmaz; bu yanlış uygulamanın verilen kararı mutlaka etkilediği varsayılır ve karar bozulur⁷⁴. Kanun'daki düzenlemelerin netliği gereği, bir dava şartı eksikliği durumunda Yargıtay'a bozma kararından başka bir karar verme hakkının tanınmadığını düşünmekteyiz.

SONUÇ

Yargıtay'ın esastan yapacağı temyiz incelemesi sonucu vereceği bozma, onama ve düzelterek onama kararlarına açıkça HMK'da yer verilmiştir. Buna karşılık ön incelemeye tabi konular hakkında verilecek usuli kararların neler olduğu kanunlarda açıkça düzenlenmemiş, ilgili eksikliğin varlığı halinde kanuni düzenlemelerde “*gerekli karar verilir*”, “*öncelikle incelenip karara bağlanır*” gibi, hâkime takdir yetkisi tanıyan ifadeler kullanılmıştır. Bu sebeple söz konusu eksikliğe göre farklı kararlar ortaya çıkabilecektir. Bu bağlamda Yargıtay'ın temyiz incelemesinde tespit ettiği bazı usuli eksiklikler üzerine dosyayı temyiz konusu kararı veren alt derece mahkemesine iade ettiği görülmektedir. Bu karar Yargıtay'ın uygulamasıyla ortaya çıkan, herhangi bir kanuni düzenlemede yer almayan bir karar türüdür.

Çalışmamızda dosyanın mahalline iadesi kararının iki başlık altında incelenmesi uygun görülmüştür. Zira Yargıtay'ın yargı yolu belirlenmesi talep edilmesine rağmen, yargı yolu belirlenmesi koşulları oluşmadığı gerekçesiyle verdiği dosyanın mahalline iadesi kararı ile temyiz incelemesi gerçekleştirirken vermiş olduğu dosyanın mahalline çevrilmesi kararları birbirinden farklıdır. İlk durumda Yargıtay bir temyiz incelemesi gerçekleştirilmemesinde, sadece kanunda kendisine verilen görev gereği, ilgili uyuşmazlığın hangi mahkeme tarafından görüleceğini belirlemektedir. İşte yargı yolu belirlenmesi talebiyle kendisine başvurulduğunda Yargıtay, eğer ilgili talebin karşılanması için gerekli şartların oluşmadığını tespit etmişse, örneğin aynı uyuşmazlık için iki farklı mahkemece verilmiş görevsizlik veya yetkisizlik kararı olmamasına rağmen yargı yolu belirlenmesi talep edilmişse, koşulların oluşmadığı gerekçesiyle dosyayı mahalline iade ederek talebi inceleme almamaktadır.

Yargıtay'ın temyiz merci olarak hareket ederken verdiği dosyanın mahalline iadesi kararlarını incelediğimizde, esastan temyiz incelemesine geçilmesine ya da mevcut incelemeye devam edilmesine engel olan eksikliklerin, söz konusu kararın ortaya çıkmasında gerekçe teşkil ettiği görülmektedir. İlgili eksiklikler

⁷³ Kuru, *Usul*, 5/4540; Tanrıver, *Usul*, 2/86; Karslı, *Muhakeme*, 808; Yavaş, *Temyiz*, 88; Görgün vd., *Medeni Usul*, 687.

⁷⁴ Öztekin, *İstinaf ve Temyiz*, 670.

veya hatalar taraflardan ya da Yargıtay’dan değil, bizzat temyize konu kararı veren mahkemeden kaynaklanmaktadır. Bu aşamada Yargıtay dosyanın mahalline iadesi kararını vererek, tespit ettiği eksikliğin kararı veren mahkeme tarafından giderilmesini amaçlamaktadır.

Dosyanın mahalline iadesi kararı, bu kararın verilmesine gerekçe gösterilen sebeplere göre bir ara karar veya nihai karar teşkil etmektedir. Şöyle ki; eğer dosyanın mahalline iadesi kararı üzerine temyiz incelemesi sona ermiyor, dosya kendisine iade edilen mahkemenin ilgili eksikliği gidermesi üzerine temyiz incelemesi kaldığı yerden devam ediliyorsa, bu halde verilen dosyanın mahalline iadesi kararı bir ara karar niteliğindedir. Özellikle sözleşme, kroki, harita gibi evrakların gönderilmesi ve elektronik ortamda iletilen dosyanın fiziki halinin de talep edilmesi için tesis edilen dosyanın mahalline iadesi kararlarının bir ara karar olduğu kanaatindeyiz. Buna karşılık bazı durumlarda dosyanın mahalline iade edilmesiyle söz konusu temyiz incelemesinin sona erdiği, karar gerekçe gösterilen eksikliklerin giderilmesi üzerine yeni bir temyiz incelemesinin başlayacağı sonucu çıkmaktadır. Örneğin tebligat hatası sebebiyle dosyanın derece mahkemesine gönderilmesi halinde, yeniden usulüne uygun bir şekilde tebligat gerçekleştirilmesi ve bunun üzerine yeniden temyiz süresinin başlatılması istenmektedir. Bu halde dosyanın hüküm mahkemesine gönderilmesiyle Yargıtay temyiz incelemesinden elini çekmekte ve ilgili eksikliklerin alt derece mahkemesi tarafından giderilmesi üzerine yeni bir temyiz incelemesi başlamaktadır. Bu gerekçelerle bu kararın bir nihai karar olduğu kanaatindeyiz.

Dosyanın mahalline iadesi kararı bozma kararından ayrılmaktadır. Bozma kararı temyiz konusu karardaki usuli ve maddi hukuka aykırılıklar halinde verilen, Yargıtay’ın temyiz incelemesiyle ilgili nihai kanaatini belirten bir karar formudur. Türk hukukunda bozma kararı üzerine alt derece mahkemeleri direnme kararı verebilmektedir. Buna karşılık dosyanın mahalline iadesi kararı henüz esastan temyiz incelemesine girilmeden, temyiz incelemesine engel olan hataların ya da noksanlıkların izale edilmesi için tesis edilen bir karardır. Yine Yargıtay dosyayı kendisine gönderdiği mahkemeye bu karara karşı koyma hakkı tanımamaktadır.

Çalışmamızda Yargıtay’ın bu kararı vermesine gerekçe teşkil ettiği sebepler başlıklandırılarak verilmiştir. Kanaatimizce gösterilen gerekçelerden büyük çoğunluğu, dosyanın mahalline iadesi kararı verilmesini haklı kılmaktadır. Özellikle dosya ve evrak eksikliği ve temyiz harç ve giderlerinin eksik yatırılması gerekçelerine baktığımızda, ilgili noksanlıkların temyize konu kararı veren hüküm mahkemesi tarafından giderilmesi gerekmekte, bunun sağlanması ise dosyanın mahalline iadesi kararıyla olmaktadır. Bu noktada kanaatimizce özellikle evraklara ilişkin bazı eksikliklerin bizzat Yargıtay’ca taraflara kesin süre verilmesi ve tarafların o süre içinde ilgili evrakı Yargıtay’a getirmesiyle de giderilebil-

mesi mümkündür. Aslında Yargıtay tarafından taraflara kesin süre verilmesiyle giderilebilecek bir eksiklik için dosyanın hüküm mercine iade edilmesi, sonra Yargıtay'a dosyanın tekrar geri gönderilmesiyle her şeyden önce zaman ve masraf kaybıdır. Bu noktada taraflarca giderilebilecek eksiklikler için Yargıtay'a taraflara kesin süre verebilmesini sağlayacak bir düzenlemenin yapılmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Son olarak Yargıtay'ın bazı kararlarındaki gerekçelere baktığımızda esasen somut olayda dosyanın mahalline iadesi yerine “bozma kararı” verilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Özellikle dava şartına aykırılık teşkil eden durumlarda dosyanın mahalline iadesi kararı verilmesi doğru değildir. Dava şartına aykırılık mutlak bir temyiz sebebidir ve varlığı halinde söz konusu eksikliğin kararı etkileyip etkilemediğine bakılmaksızın bozma kararı verilmesi gerekir. Kanaatimizce Yargıtay uygulamasıyla geliştirilen, herhangi bir kanuni düzenlemede yer almayan dosyanın mahalline iadesi kararlarının gerçekten alt derece mahkemesi tarafından giderilebilecek usuli noksanlıklarla sınırlı tutulması ve kararın bozulmasını gerektiren hallerde kullanılmaması gerekir. Bu husus dosyanın mahalline iadesi kararının fonksiyonlarının daha iyi anlaşılması ve her şeyden önce hukuka uygunluğun sağlanması bakımından önemlidir.

KAYNAKÇA

- Acar, Tuna. *Türk ve Mukayeseli Medenî Yargılama Hukuku Açısından Ara Karar*. İstanbul: Yetkin Yayınları, 2022.
- Akcan, Recep, *Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Sebepleri*. Ankara: Nobel Yayınları, 1999.
- Akkan, Mine. “Mahkemeler”. *Pekcanitez Usul*, 3 Cilt. ed. Hakan Pekcanitez vd. 1/110-339. İstanbul: Oniki Levha Yayınevi, 15. Baskı, 2017.
- Akkaya, Tolga, *Medeni Usul Hukukunda İstinaf*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.
- Alangoya, Yavuz vd. *Medeni Usul Hukuku Esasları*. İstanbul: Beta Yayınevi, 8. Baskı, 2011.
- Atalı, Murat vd., *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 3. Baskı, 2020.
- Atalı, Murat. “Karar ve Hüküm”. *Pekcanitez Usul*, 3 Cilt. ed. Hakan Pekcanitez vd. 3/1967-2085. İstanbul: Oniki Levha Yayınevi, 15. Baskı, 2017.
- Belgesay, Mustafa Reşit. *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu*. 2 Cilt. İstanbul: Nümune Matbaası, 1935.
- Berkin, Necmeddin. *Medeni Usul Hukuku Esasları*. İstanbul: Hamle Matbaası, 1969.
- Bilge, Necip- Önen, Ergun. *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*. Ankara: Sevinç Matbaası, 3. Baskı, 1978.
- Boran Güneysu, Nilüfer. *Medeni Usul Hukukunda Karar*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.
- Direnisa, Efe. *Medeni Yargılamada Ön İnceleme Aşaması*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2021.
- Dişel, Buse. *Dava Takip Yetkisi*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2020.
- Görgün, L. Şanal vd. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 10. Baskı, 2022.
- Gözütok, Zeki. *Hukuk Davalarında İstinaf ve Temyiz Uygulama Rehberi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2. Baskı, 2017.
- Gürdoğan, Burhan. “Temyiz Mahkemesinin Kontrolü Bakımından; Vakıa ve Hukuk”. *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 11/3, (Mart 1956), 258-285.
- Karlı, Abdurrahim. *Medeni Muhakeme Hukuku*. İstanbul: Alternatif Yayınevi, 5. Baskı, 2020.
- Koroğlu, Anıl. *Medenî Usul Hukuku Bakımından Ortaklığın Giderilmesi Davası*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2020.
- Kuru, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usulü*. 6 Cilt. İstanbul: Demir-Demir Yayıncılık, 2001.
- Muşul, Timuçin. “Medeni Usul Hukukunda Ara Kararları”. *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4/4, (Ekim 1988), 217-262.
- Özekes, Muhammet. “Kanun Yolları”. *Pekcanitez Usul* 3 Cilt. ed. Hakan Pekcanitez vd. 3/2150-2345. İstanbul: Oniki Levha Yayınevi, 15. Baskı, 2017.
- Öztek, Selçuk. *Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz*. İstanbul: Yetkin Yayınları, 2021.

- Postacıoğlu, İlhan E. *Medeni Usul Hukuku Dersleri*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 6. Baskı, 1975.
- Selçuk, Seyhan: *Medeni Usul Hukukunda Dava Vekaletnameleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2011.
- Şahin, Çağatay Serdar, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Uyarınca İstinaf Yargılamasında Ön İnceleme Aşaması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan*. 21/ Özel S., (Mayıs 2019), 2659-2701.
- Tanrıver, Süha. *Medeni Usul Hukuku*. C. 2, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Tanrıver, Süha. *Medeni Usul Hukuku*. C. I. Ankara: Yetkin Yayınları, 2. Baskı, 2021.
- Tok, Ozan, *Fransız ve Türk Medeni Yargılama Hukuklarında Temyiz Mahkemesinin Yapısı ve İşlevi*. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2021.
- Umar, Bilge. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*. İstanbul: Yetkin Yayınları, 2. Baskı, 2014.
- Üstündağ, Saim. “Temyizin Nakzından Sonraki Hukuki Durumu”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*. 28/1, (Ağustos 1962), 133-192.
- Üstündağ, Saim. *Medeni Yargılama Hukuku*. İstanbul: Nesil Matbaacılık, 7. Baskı, 2000.
- Yavaş, Murat. *Medeni Usul Hukukunda Temyiz*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2015.
- Yılmaz, Ejder. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 4 Cilt. Ankara: Yetkin Yayınları, 4. Baskı, 2021.

Kullanılan Mevzuat

- Yargıtay Kanunu (Kanun No. 2797). *Resmî Gazete* 17953 (8 Şubat 1983). Erişim Tarihi: 1 Nisan 2022.
<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2797.pdf>.
- HMK, Hukuk Muhakemeleri Kanunu (Kanun No. 6100). *Resmî Gazete* 27836 (04 Mart 2011). Erişim Tarihi: 1 Nisan 2022.
<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6100.pdf>.
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasası. *Resmî Gazete* 17863 (9 Kasım 1982). Erişim Tarihi: 10 Nisan 2022.
<https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/anayasa/>.
- İİK, İcra ve İflas Kanunu (Kanun No. 2004). *Resmî Gazete* 2128 (19 Haziran 1932). Erişim Tarihi: 5 Mayıs 2022.
<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.3.2004.pdf>.

Elektronik Kaynak

- Lexpera İçtihat Bankası, www.lexpera.com.tr. Erişim Tarihi: 22 Haziran 2022.



Kamu Asıl İşvereni ile Alt İşverene Yüklenen İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri ve Sorumluluk^(*)

Occupational Health and Safety Liabilities and Responsibilities of Public Employer and Sub-Employer

Arş. Gör. Dr. Metin PEHLİVAN^(**)

Öz

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile çalışanların bilgilendirilmesi, çalışanlara eğitim verilmesi, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun kurulması ve koordinasyonun sağlanması, risk değerlendirilmesinin yapılması gibi yükümlülükler yüklenmektedir. Alt işverenlik ilişkisinde asıl işveren ve alt işveren fiili olarak aynı işyerini kullansa da hukuken iki ayrı işyeri bulunmaktadır. Her işverenin kendi faaliyetini yürüttüğü alan ile işyerinin tamamına yönelik risklere karşı alınacak iş sağlığı ve güvenliği yükümlülükleri bulunmaktadır. Alt işverenlik ilişkisinde hangi işverenin hangi yükümlülüklerinin bulunduğu, yükümlülükler aykırılığın dolayısıyla kusur ve sorumluluğun tespiti bakımından önem arz etmektedir. Asıl işveren ve alt işveren ile çalışanlarca alınması gereken yükümlülüklerin hiç ya da gereğince yerine getirilmemesi, asıl işveren ve alt işvereni ile çalışanların sorumluluklarına neden olacaktır. Çalışmamızın amacı genelde tüm işyerleri, özelde kamu işyerlerindeki alt işverenlik ilişkilerinde anılan yükümlülüklerin hangi işverence ne şekilde yerine getirileceğini, yükümlülüklerle aykırı davranan kamu asıl işveren ve alt işverenin hangi oranda sorumlu olacaklarını doktrin ve yargı kararları da dikkate alınarak tespit etmektir.

Anahtar Kelimeler

Kamu işyerleri, Alt işverenlik ilişkisi, İş Sağlığı ve Güvenliği, Yükümlülükler, Sorumluluk.

^(*) Araştırma Makalesi / Makale Geliş Tarihi: 04.11.2022 - Makale Kabul Tarihi: 17.12.2022
DOI: 10.56701/shd.1199619

^(**) Kırklareli Üniversitesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Kırklareli -Türkiye
E-posta: metinpehlivan@klu.edu.tr
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-7214-9563>

Abstract

In addition to occupational health and safety liabilities, in accordance with the occupational health and safety law no 6331, employers are responsible for informing, educating, and training employees; establishing and coordinating occupational health and safety committee, and performing a risk assessment. In subcontracting relations, even if the employer and the sub-employer share the same workplace, they are, by law, two different ones. Each employer has his/her own occupational health and safety liabilities with respect to his/her workplace and occupation. In subcontracting relations, defining the liabilities of each employer is highly important in order to determine what the fault is and who is responsible for it. If public employers, sub-employers, and employees do not perform their occupational health liabilities at all or the way they are supposed to be, they will be responsible for them. The aim of this study is to determine which employer is supposed to meet the requirements of the liabilities in subcontracting relations in workplaces, in public workplaces particularly. Depending on the doctrine and judicial decisions, it also aims to find out to what extent these employers are responsible if these requirements are met either partially or not at all.

Keywords

Public Workplaces, Employer Sub-Employer Relation, Occupational Health and Safety, Liabilities, Responsibility.

GİRİŞ

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kamu veya özel sektör işyerleri ayırımı olmaksızın tüm işyerindeki çalışanlara, kanunda belirtilen istisnalar dışında, uygulanmaktadır. Alt işverenlik ilişkisinde alt işveren, asıl işverenin işyerinde sözleşmenin gereği olan edimi yerine getirmektedir. Bu bağlamda alt işverenlik ilişkisinde fiili olarak aynı işyerini kendi işçileriyle kullanan iki işveren bulunmaktadır. Her ne kadar fiilen tek bir işyeri olsa da asıl işveren ve alt işveren için hukuken iki ayrı işyeri bulunmaktadır. Her işverenin kendi faaliyetini yürüttüğü alana ve işyerinin tamamına yönelik risklere karşı alınacak iş sağlığı ve güvenliği yükümlülükleri bulunmaktadır.¹ Alt işverenlik ilişkisinde hangi işverenin hangi yükümlülüklerinin bulunduğu, yükümlülükler aykırılık ve dolayısıyla kusur ve sorumluluğun tespiti bakımından önem arz etmektedir. Asıl işveren ve alt işveren ile çalışanlarca alınması gereken yükümlülüklerin hiç ya da gereğince yerine getirilmemesi, asıl işveren ve alt işvereni ile çalışanların sorumluluklarına neden olacaktır.²

6331 sayılı kanun md.4'te işverenlere yüklenen genel yükümlülükler düzenlenmiştir.³ Genel yükümlere, işverenin iş yerinde iş sağlığı ve güvenliğini sağla-

¹ Muzaffer Koç, "İş Sağlığı ve Güvenliği Bağlamında Asıl İşverenin Yükümlülükleri" (8. İş Sağlığı ve Güvenliği Konferansı, İstanbul: ÇSGB, 2016), 76; İbrahim Aydın, *İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, 2. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 120; Huriye Karataş, *İş Kazası ve Meslek Hastalığında İşverenin Hukuki Sorumluluğu* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 52.

² Fatih Gültekin, "Alt İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Faaliyetleri ve Yükümlülükleri", *Legal İSGHD* 15, sy 58 (2018): 431.

³ 6331 sayılı İSGK md.4'e göre, "(1) İşveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup bu çerçevede; a) Mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü

ması için gerekli olan her türlü tedbirler dahildir.⁴ İşverenin alması gereken genel yükümlülükleri yerine getirirken göz önünde bulunduracağı ilkeler ise 5. maddede hüküm altına alınmıştır. 6331 sayılı kanun ve yönetmeliklerle⁵ asıl işveren ve alt işverene, çalışanların bilgilendirilmesi ve eğitilmesi, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği kurulunun oluşturulması ve koordinasyonun sağlanması, risklerin değerlendirilmesi gibi genel yükümlülüklerin haricinde alt işverenlik ilişkisinden kaynaklanan bazı özel yükümlülükler yüklenmiştir. Çalışmamızda, genelde tüm işyerleri özelde kamu işyerlerindeki alt işverenlik ilişkilerinde anılan yükümlülüklerin hangi işverence ne şekilde yerine getirileceğine yönelik önem arz eden hususlara değinilecektir. Belirtmek gerekir ki alt işverenlik ilişkisinde taraflar alt işverenlik sözleşmesine koyacakları hükümlerle de somut olarak işyerinde iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin alınması, uygulanması ve aykırılığın hukuki sonuçlarından iç ilişkide kimin ne derece sorumlu olacağını belirleyebilirler. Sözleşmeye iş sağlığı ve güvenliği mevzuatının asıl işveren ve alt işverene yüklediği yükümlülükleri ortadan kaldıracak veya azaltacak hükümler de koyabilirler. Çalışma mevzuatı hükümleri çerçevesinde tarafların sözleşmeye koyacakları anılan yöndeki hükümler yalnızca kendi aralarında geçerli olacaktır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md.61 ve devamı gereği tarafların kendi aralarında yaptıkları anlaşma, sigortalı veya hak sahipleri ile kurum ve 3. kişilere karşı hüküm ifade etmeyecektir.⁶ Yargıtay kararları alt işverenlik ilişkisi taraflarının kendi aralarında yapmış oldukları sorumsuzluk anlaşmalarının alt işverenlik sözleşmesinin tarafı olmayan sigortalı ya da hak sahiplerini bağlamayacağı yönündedir.⁷

tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapar. b) İşyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar.

c) Risk değerlendirmesi yapar veya yaptırır. ç) Çalışana görev verirken, çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden işe uygunluğunu göz önüne alır. d) Yeterli bilgi ve talimat verilenler dışındaki çalışanların hayati ve özel tehlike bulunan yerlere girmemesi için gerekli tedbirleri alır.

(2) İşyeri dışındaki uzman kişi ve kuruluşlardan hizmet alınması, işverenin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz.

(3) Çalışanların iş sağlığı ve güvenliği alanındaki yükümlülükleri, işverenin sorumluluklarını etkilemez.

(4) İşveren, iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin maliyetini çalışanlara yansıtamaz.”

⁴ Erdem Özdemir, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Dersleri* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020), 221; Levent Akın, *İş Sağlığı Güvenliği ve Alt İşverenlik*, 2. bs (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013), 90-91; Seda Arslan, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’na Göre İşverenin Genel Yükümlülükleri”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 20, sy 1 (2014): 774-79.

⁵ Çıkarılan yönetmelikler için bkz: Erdem Özdemir, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014), 280-87.

⁶ Levent Akın, “İşyerlerinde ve İşletmelerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hiyerarşisi”, *Sosyal Güvenlik Dergisi* 7, sy 2 (2017): 14-16.

⁷ Yargıtay 21. HD., 2016/18426 E. 2017/7576 K. ; 21. HD. 2016/12990 E. 2018/5316 K.; 21. HD. 2018/1544 E.2019/2893 K. “Asıl işveren ile alt işveren arasında yapılan sözleşme ile iş kazası veya meslek hastalığı

I. ÇALIŞANLARIN BİLGİLENDİRİLMESİ VE EĞİTİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Çalışanların işverenler tarafından bilgilendirme yükümlülüğü, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 4. maddesinde işverenin genel yükümlülükleri arasında sayılmaktadır. Benzer düzenleme 6331 sayılı Kanun madde 16'da hüküm altına alınmıştır. Anılan hükme göre, “İşyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve sürdürülebilmesi amacıyla işveren, çalışanları ve çalışan temsilcilerini işyerinin özelliklerini de dikkate alarak aşağıdaki konularda bilgilendirir.” Hükümden anlaşıldığı üzere işverenlerin, işyerinin güvenli ve çalışanların sağlıklı olması için çalışan ve çalışan temsilcilerini işyerindeki tehlike ve risklere ilişkin bilgilendirmesi gerekir. İşveren işyerindeki tehlike ve risklerin neler olduğu, ilkyardım ve müdahalenin nasıl gerçekleşeceği, çalışanların hak ve yükümlülüklerinin neler olduğunu gibi hususları bilgilendirmekle yükümlüdür.⁸ Eğer alt işveren ve çalışanları ciddi ve yakın tehlikeye maruz kalacak ya da kalabilecekse, asıl işveren tehlike ve risklere ilişkin alınmış ya da alınacak önlemlere yönelik derhal bilgilendirmede bulunmakla da yükümlüdür.⁹

Alt işverenlik ilişkisinde kamu ve özel sektör asıl işvereni ile alt işverenler 16. madde hükmünde sıralanan hususlarda çalışanlarını bilgilendirmekle yükümlüdür. 6331 sayılı Kanun md. 16'ya göre, “başka işyerlerinden çalışmak üzere kendi işyerine gelen çalışanların birinci fıkrada belirtilen bilgileri almalarını sağlamak üzere, söz konusu çalışanların işverenlerine gerekli bilgileri verir.” Asıl işverenin bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamına alt işveren ve çalışanları da girmektedir.¹⁰ Hükümün lafzından yola çıkarak doktrinde asıl işverenin yalnızca alt işvereni bilgilendirmesinin yeterli¹¹ olup olmayacağı, alt işveren işçilerine de bilgilendirme

ğına bağlı maddi ve manevi tazminat sorumluluğunun alt işverene ait olduğunun kararlaştırılması; bu sözleşmenin tarafı olmayan işçi veya mirasçıları da bağlamaz.” www.lexpera.com E.T.03.07.2022.

⁸ Özdemir, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, 276; Fatih Yılmaz, “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda Önleyici Yaklaşım ve İşverenlerin Yükümlülükleri”, *TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi* 24, sy 6 (2013): 57; Haluk Hadi Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, 5. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 174-75.

⁹ Ender Demir, “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Kapsamında İşverenin Yükümlülükleri ve Sorumluluğu”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, sy 1 (2014): 139-41; Alper Yılmaz, *İşveren Vekilinin İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Bakımından Sorumluluğu* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 51; Akın, *İş Sağlığı Güvenliği ve Alt İşverenlik*, 94-96; Demet Belverenli, “Alt İşveren İlişkisinde Doğan İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri”, *İÜHFH* 74, sy Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan (2016): 182; İbrahim Aydın, “6331 Sayılı Kanun'da Düzenlenen İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Alt İşveren İlişkisinde Gösterdiği Özellikler ve Hukuki Sorumluluk”, *Sicil*, sy 30 (2013): 39.

¹⁰ Nurşen Caniklioğlu, “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri” (Çalışma Mevzuatı Semineri, Antalya: Toprak İşveren Sendikası, 2012), 65; Arslan, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na Göre İşverenin Genel Yükümlülükleri”, 789; Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, 789; Deniz Boz Eravcı, “İşverenin Alt İşverenin İşçileri Üzerindeki Koruma Yükümlülüğünün Değerlendirilmesi”, *Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 21, sy 2 (2020): 30.

¹¹ Aydın, “6331 Sayılı Kanun'da Düzenlenen İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Alt İşveren İlişkisinde Gösterdiği Özellikler ve Hukuki Sorumluluk”, 37-39; Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, 169.

yapılması gerekip¹² gerekmediği tartışılmakla birlikte kanaatimizce her somut olayda bilgilendirme yapılacak hususa göre taraflardan sadece birine ya da her ikisi ile alt işveren çalışanına yapılması yerinde olacaktır. Kanun hükmünde asıl işveren ve alt işveren ile alt işveren çalışanlarını bilgilendirme yükümlülüğünü ne zaman ve nasıl yerine getireceğine yönelik bir ifade bulunmamaktadır. Asıl işverenin sorumluluklardan kurtulmak için alt işveren ve alt işveren çalışanından bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirdiğine dair imza alması yerinde olacaktır. Bilgilendirmenin risklerin gerçekleşmesine mahal vermeden önce yapılması durumunda işyerinde iş sağlığı ve güvenliği sağlanmış olacaktır.

İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği md.16'ya göre, “İşyerinde çalışanlar, çalışan temsilcileri ve başka işyerlerinden çalışmak üzere gelen çalışanlar ve bunların işverenleri; işyerinde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik riskleri ile düzeltici ve önleyici tedbirler hakkında bilgilendirilir.” Kamu ya da özel sektör asıl işvereni, alt işveren ve çalışanlarını işyerinde ortaya çıkabilecek sağlık ve güvenlik risklerine karşı bilgilendirmekle yükümlüdür. Bilgilendirme yükümlülüğüne ortaya çıkan riskleri düzeltici ve önleyici tedbirlerin neler olabileceği de dahildir.¹³

İşyerlerinde Acil Durumlar Hakkında Yönetmelik md. 5/1-g'ye göre, “Varsa alt işveren ve geçici iş ilişkisi kurulan işverenin çalışanları, müşteri ve ziyaretçiler ile işyerinde toplantı, seminer, konferans ve eğitim gibi toplu halde gerçekleştirilen faaliyetler için bulunan katılımcılar ve diğer kişilerin acil durumlar, tahliye planı, kaçış yolları, toplanma yerleri ve acil durum ekipleri hakkında bilgilendirilmesini sağlar.” Asıl işveren, alt işveren ve çalışanlarının asıl işverenin işyerinde acil bir durumun meydana gelmesi durumunda işyerine ait tahliye planı, kaçış için hangi yolların kullanılacağı, işyeri dışında nerede toplanılacağı, oluşturulan acil durum ekiplerinin kimler olduğuna ilişkin bilgilendirme yapmakla yükümlüdür.¹⁴ Bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilebilmesi için acil durum planının hazır olması gerekir. Yönetmelik madde 18'e göre, asıl işverenin işyerinin bütününe, alt işveren ise asıl işverenden devraldığı iş ve çalışma alanına ilişkin acil eylem planını hazırlamakla yükümlüdür.

6331 sayılı Kanun md. 17'ye göre, “İşveren, çalışanların iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerini almasını sağlar. Bu eğitim özellikle; işe başlamadan önce, çalışmaya yeri veya iş değişikliğinde, iş ekipmanının değişmesi hâlinde veya yeni tekno-

¹² Belverenli, “Alt İşveren İlişkisinde Doğan İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri”, 180-82; Eren Yıldız, *Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri* (İstanbul: Oniki Levha, 2022), 85.

¹³ Saim Ocak, “Alt İşveren İlişkisinde İş Sağlığı ve Güvenliği Uygulamaları Genel Bakış”, içinde Prof. Dr. Turhan Esener III. *İş Hukuku Uluslararası Kongresi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 117-18.

¹⁴ Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, 66; Özgür Oğuz, *AB Direktifleri ve Türk İş Hukukunda İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenlerin Yükümlülükleri ve İşçilerin Hakları* (İstanbul: Legal Yayınevi, 2011), 109.

loji uygulanması hâlinde verilir. Eğitimler, değişen ve ortaya çıkan yeni risklere uygun olarak yenilenir, gerektiğinde ve düzenli aralıklarla tekrarlanır.” İşverenler işe girişlerde, işin, çalıştığı yerin ya da işyerinde kullandığı ekipmanların teknolojik vb. nedenlerle değiştirilmesi durumunda çalışanların eğitim almasını sağlamakla yükümlüdür.¹⁵ Çalışanlar işyerinde iş kazasına uğradıklarında veya meslek hastalıklarına yakalandıklarında tedavileri sonucunda işe tekrar başlamadan önce gerekli iş sağlığı ve güvenliği eğitimleri işveren tarafından verilir.¹⁶

İşverenlerin çalışanların iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerinde takip edecekleri usul ve esaslar “Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik”¹⁷ le belirlenmiştir. Kamu veya özel sektör işyeri ayırımı olmaksızın alt işverenlik ilişkisinin gerçekleştirildiği işyerlerinde çalışanların eğitimlerine yönelik usul ve esaslar da anılan yönetmelikte hüküm altına alınmıştır. Yönetmelik madde 5/3’e göre, “İş Kanununun 2 nci maddesinin yedinci fıkrasında belirtilen asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulan işyerlerinde, her işveren kendi çalışanlarının iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerinin verilmesinden sorumludur. Bu işyerlerinde alt işverenin çalışanlarının eğitimleri ile ilgili asıl işveren alt işverence bilgilendirilir. Asıl işveren, alt işverenin çalışanlarının iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerine dair belgeleri kontrol etmekle yükümlüdür. Ayrıca asıl işveren, alt işverenin çalışanlarına işe başlamadan önce işyerine özgü risklere ilişkin bilgi verir.” Taraflar kendi çalışanlarına işyeri ve edimlerine ilişkin eğitimleri vermekle yükümlüdür.¹⁸ Bu bağlamda asıl işveren alt işveren işçilerinin iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerini vermekle yükümlü değildir.¹⁹ Bununla birlikte alt işverenin işçilerine iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerini verip vermediğini denetleme yükümlülüğü asıl işverene verilmiştir. Kamu veya özel sektör ayırımı olmaksızın asıl işveren, alt işverenlik ilişkisinin başlamasıyla birlikte alt işverenden çalışanlarına ilgili mevzuattan kaynaklanan eğitimlerin verilip verilmediğine yönelik belgelerin kontrolünü sağlamakla yükümlüdür.

Asıl işveren, alt işveren çalışanlarına işyerinde çalışma ortamından kaynaklanan riskler hakkında bilgi vermekle yükümlüdür. Alt işveren de kendi çalışanla-

¹⁵ Akın, *İş Sağlığı Güvenliği ve Alt İşverenlik*, 158; İlkur Kılıç ve Seçil Demir, “İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimi Verme Yükümlülüğü Üzerine Bir İnceleme”, *Çalışma İlişkileri Dergisi* 3 (2012): 25-26; Mehmet Karakoç, “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununa Göre İşverenin Eğitim Verme Yükümlülüğü”, sy Mayıs-Haziran (2013): 281; Yılmaz, *İşveren Vekilinin İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Bakımından Sorumluluğu*, 48.

¹⁶ Aslıhan Limon, “Türk Hukuk Sisteminde İş Sağlığı ve Güvenliği”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, sy 1 (2020): 223-24; Barış Duman, “İş Hukukumuzda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimi Verme Yükümlülüğüne İlişkin Temel Esaslar”, *Terazi Hukuk Dergisi* 14, sy 153 (2019): 1001.

¹⁷ 28648 Sayılı Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik.

¹⁸ Kılıç ve Demir, “İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimi Verme Yükümlülüğü Üzerine Bir İnceleme”, 34.

¹⁹ Arslan, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’na Göre İşverenin Genel Yükümlülükleri”, 786.

rına verilen eğitime yönelik asıl işvereni bilgilendirmekle yükümlüdür. Genel olarak iş sağlığı ve güvenliği eğitimleri çalışan işe başladıktan sonra, çalışmaya devam ederken verilmektedir. Tehlike sınıfları bakımından özellikle çok tehlikeli veya tehlikeli işyerlerinde çalışacaklar bakımından ise ilgili eğitimler alınmaksızın işe başlatılmamaktadır.²⁰ 6331 sayılı Kanun md. 17’de hüküm altına alındığı üzere, “*Tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde; yapılacak işlerde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik riskleri ile ilgili yeterli bilgi ve talimatları içeren eğitimin alındığına dair belge olmaksızın, başka işyerlerinden çalışmak üzere gelen çalışanlar işe başlatılamaz.*” Anılan yönetmelik md 5’teki benzer düzenlemeye göre, “*İşveren, tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde; yapılacak işlerde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik riskleri ile ilgili yeterli bilgi ve talimatları içeren eğitimin alındığına dair belge olmaksızın, başka işyerlerinden çalışmak üzere gelen çalışanları işe başlatamaz.*” Her iki hükümden anlaşıldığı üzere, alt işveren çalışanları tehlike sınıflarına göre gerekli eğitimleri almaksızın çalışmaya başlayamayacaktır.²¹ Alt işverenlik ilişkisinin olduğu işyerlerinde asıl işveren, alt işveren çalışanlarını işe başlatmadan önce gerekli eğitimleri alıp almadıklarını kontrol edecektir. Anılan düzenlemelerle asıl işverene, her ne kadar alt işveren çalışanlarına eğitim verme yükümlülüğü olmasa da, alt işveren tarafından gerekli eğitimlerin verilip verilmediğini kontrol etme yükümlülüğü yüklenmiştir²².

Alt işveren çalışanlarına verilmesi gereken iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerinin asıl işverence yerine getirilmesi, eğitim ücretleri vb. hususların bizzat asıl işverence karşılanması geçersiz alt işverenlik ilişkisi olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışmalıdır. Doktrinde Akın ve Erdoğan’a göre, alt işverene ait olan iş sağlığı ve güvenliği eğitimi yükümlülüğünün asıl işverence gerçekleştirilmesi mümkündür. Anılan eğitim verme yükümlülüğünün işyerinin tamamından sorumlu olan, eğitimle birlikte denetleme ve gerekli önlemleri alma yükümlülüğü bulunan asıl işveren tarafından yerine getirilmesi, aradaki ilişkinin geçerliliğini etkilemeyecektir.²³ Kanaatimizce taraflar sözleşme serbestliği gereği iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerinin asıl işverence organize edilip, gerçekleştirilmesi hususunda anlaşabilmelidirler. Kendi aralarında yapmış oldukları anlaşma, sözleşme dışındakilere karşı hüküm ifade etmeyecek, tarafların sorumluluklarını

²⁰ Esra Yiğit, “Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Paylaştırılması”, *Sicil*, sy 41 (2019): 212-13.

²¹ Gizem Sarıbay Öztürk, *İş Sağlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2015), 29; Zehra Gizem Ateş, “Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Eğitimeleri”, *SÜHFD* 28, sy 2 (2020): 724.

²² Recep Güner, “Asıl İşverenin (Taşeron) İşçilerinin İş Sağlığını ve Güvenliğini Sağlama Sorumluluğunun Kapsamı ve Sınırı”, *Terazi Hukuk Dergisi* 10, sy 105 (2015): 78; Karakoç, “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununa Göre İşverenin Eğitim Verme Yükümlülüğü”, 283.

²³ Akın, *İş Sağlığı Güvenliği ve Alt İşverenlik*, 163; Nilay Erdoğan, *Sosyal Güvenlik Hukuku’nda Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluk* (İstanbul: Oniki Levha, 2019), 169-71.

ortadan kaldırmayacaktır. İş sağlığı ve güvenliği eğitimlerinin asıl işveren tarafından verilmesi eğitimlerin alt işverence verilmesine engel teşkil etmeyecektir. Çalışanlara eğitim vermekle yükümlülüğü alt işverene ait olsa da asıl işveren, fiili olarak kendi işyerinde alt işverence gerçekleştirilen iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerini denetlemekle yükümlüdür.²⁴

Çalışanların eğitimine ilişkin yönetmelik md. 9'a göre, "Çalışanlar uygulamaya konulan eğitim programı çerçevesinde iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerine katılır, eğitimlerde edindiği bilgileri yaptığı iş ve işlemlerde uygular ve bu konudaki talimatlara uyarlar." Alt işverenlik ilişkisinde asıl işveren ya da alt işveren tarafından verilen iş sağlığı güvenliği eğitimlerine alt işveren çalışanları katılmakla yükümlüdür. Eğitim eksikliğinden kaynaklanan kendisinde ya da diğer çalışanlarda meydana gelen zararlardan, eğitim alma yükümlülüğünü hiç ya da gereği gibi yerine getirmeyen çalışan sorumludur.²⁵ Alt işveren, eğitim yükümlülüğünü yerine getirmeyen, kendisi ya da diğer çalışanlara zarar veren çalışana disiplin cezası uygulayabileceği gibi diğer unsurların da varlığıyla birlikte geçerli ya da haklı nedenle fesih yolunu seçebilecektir.²⁶

II. İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ KURULUNUN OLUŞTURULMASI VE KOORDİNASYONUN SAĞLANMASI YÜKÜMLÜLÜĞÜ

6331 sayılı Kanun md. 22'de her bir işverenin iş sağlığı ve güvenliğine yönelik kurul oluşturma yükümlülüğü hüküm altına alınmıştır. Anılan hükme göre, "Elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu ve altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde işveren, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalarda bulunmak üzere kurul oluşturur." Elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu işyerlerinde, altı aydan fazla süren sürekli işlerde işveren, iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurmakla yükümlüdür. Alt işverenlik ilişkisinin varlığı halinde kurulun nasıl oluşturulacağına yönelik düzenleme anılan hükmün devamında yer almaktadır.²⁷

²⁴ Geçersizlik tespiti yapılan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararlarına göre, "Asıl işverenin alt işverenlik sözleşmesi kapsamında bizzat alt işveren işçilerine iş güvenliği eğitimi vermesi mümkündür. Burada asıl işveren kendi işçileri ile alt işveren işçilerini ayırmayabilir. Ayrıca asıl işveren tarafından iş güvenliği konusunda alt işveren işçileri dâhil tüm işçilere eğitim vermesi alt işveren tarafından eğitim verilmesine engel değildir." Alt işverene ait olan iş sağlığı ve güvenliği eğitimleri verme yükümlülüğün aralarında yaptıkları anlaşmayla asıl işveren tarafından gerçekleştirilmesi tek başına geçersizlik yaptırımına neden olmayacaktır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2015/772 E.. 2015/1280 K.; 2010/497 E. 2010/590 K.; E. 2015/1931 K. 2015/1815; 2015/2116 E. 2015/2000 K. www.lexpera.com E.T.05.07.2022.

²⁵ Ulaş Baysal, *Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2019), 53-57; Ateş, "Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Eğitilmeleri", 728.

²⁶ Kübra Demir, "Çalışanların 6331 Sayılı Kanundan Doğan Yükümlülükleri ve Yükümlülükleri İhlalin Sonuçları", *Sosyal Güvenlik Dergisi* 10, sy 2 (2020): 406-7; Cem Baloğlu, "Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri ve Aykırılığın İş İlişisine Etkisi", *Kamu-İş* 14, sy 1 (2015): 24-25.

²⁷ 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu md. 22/2 ve devamında "Altı aydan fazla süren asıl işveren-alt işveren ilişkisinin bulunduğu hallerde; a) Asıl işveren ve alt işveren tarafından ayrı ayrı kurul oluş-

Anılan hükme göre, alt işverenlik ilişkisinin olduğu işyerlerinde taraflardan her biri kendi kurulunu oluşturabileceği gibi, yalnızca bir iş sağlığı ve güvenliği kurulu da kurabilecektir.²⁸

Alt işverenlik ilişkisi taraflarından her birinin iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturma yükümlüğünün doğabilmesi için alt işverenlik ilişkisinin altı ayı aşan bir süre kararlaştırılması, işverenlerin kendi işçilerinin toplamı elli veya üzerinde olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, alt işverenlik ilişkisinin altı aydan daha az sürmesi ya da asıl işverenin veya alt işverenin işçi sayısı ellinin altında olması durumunda taraflar iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurmakla yükümlü değildir. Kanaatimizce, bir işyerinde kurulun varlığı, işveren ve çalışanların lehine olmasına rağmen altı aydan az süreli alt işverenlik ilişkilerinin bu düzenlemenin dışında bırakılması yerinde değildir.²⁹ Her ne kadar, iki işveren de kurul kurma hak ve yükümlülüğüne sahip olsa da bir işyerinde birden fazla kurulun bulunması, kurulların ayrı kararlar alması, aynı işyerine ait farklı kurul kararlarının uygulanması bütünlüğü sağlanmayacaktır. Bundan dolayı iki kurulu koordineli şekilde yönetmek, ortak alanın kullanıldığı bir işyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini kolayca uygulamak için asıl işverene koordine etme yükümlülüğü yüklenmiştir.³⁰ Birden fazla alt işverenlik ilişkisi kurulduğu işyerlerinde, her bir tarafın şartları haiz olarak kurul kurması ihtimalinde asıl işverenin koordine etmeyle yükümlü kılınması, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması bakımından işverenler ve çalışanların lehine bir düzenlemedir.

turulmuş ise, faaliyetlerin yürütülmesi ve kararların uygulanması konusunda iş birliği ve koordinasyon asıl işverence sağlanır. b) Asıl işveren tarafından kurul oluşturulmuş ise, kurul oluşturması gerekmeyen alt işveren, koordinasyonu sağlamak üzere vekâleten yetkili bir temsilci atar. c) İşyerinde kurul oluşturması gerekmeyen asıl işveren, alt işverenin oluşturduğu kurula iş birliği ve koordinasyonu sağlamak üzere vekâleten yetkili bir temsilci atar. ç) Kurul oluşturması gerekmeyen asıl işveren ve alt işverenin toplam çalışan sayısı elliden fazla ise, koordinasyonu asıl işverence yapılmak kaydıyla, asıl işveren ve alt işveren tarafından birlikte bir kurul oluşturulur. (3) Aynı çalışma alanında birden fazla işverenin bulunması ve bu işverenlerce birden fazla kurulun oluşturulması hâlinde işverenler, birbirlerinin çalışmalarını etkileyebilecek kurul kararları hakkında diğer işverenleri bilgilendirir.”

²⁸ Teoman Akpınar, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku* (Bursa: Ekin, 2018), 333; Boz Eravcı, “İşverenin Alt İşverenin İşçileri Üzerindeki Koruma Yükümlülüğünün Değerlendirilmesi”, 31-32; Deniz Boz Eravcı, “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve İlgili Yönetmelikleri Çerçevesinde İşverenin Yükümlülükleri”, *Emek ve Toplum Dergisi* 8, sy 22 (2019): 343; Ömer Ekmekçi, Ayşe Köme Akpulat, ve Ayşe Ledün Akdeniz, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, 1. bs (İstanbul: Onikilevha, 2021), 148.

²⁹ Şükran Ertürk, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda İşverene Getirilen Yükümlülükler”, *Sicil*, sy 27 (2012): 22; Sarıbay Öztürk, *İş Sağlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları*, 36-38.

³⁰ Tankut Centel, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının İşleyişi”, *Sicil*, sy 29 (2013): 16; Cansu Öztürk, “Alt İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği ile İlgili Yükümlülükleri”, *İstanbul Barosu Dergisi* 91, sy 5 (2017): 67-69; Aydın, “6331 Sayılı Kanun’da Düzenlenen İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Alt İşveren İlişkisinde Gösterdiği Özellikler ve Hukuki Sorumluluk”, 38; Hatice Duygu Özer, “İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu Oluşturma Yükümlülüğü” 15, sy 60 (2018): 1417-18.

6331 sayılı Kanun md. 22'deki elli veya daha fazla çalışana sahip olma şartı asıl işveren ve alt işverence sağlanmıyor, kurulun kurulması her iki işverenin çalışan toplamıyla gerçekleşebiliyorsa taraflar, iş sağlığı ve güvenliği kurulunu birlikte kurabilecektir. Tek kurul kurulması durumunda koordinasyon asıl işverence sağlanacaktır. İş sağlığı ve güvenliği kurulunun kurulmasının işverene getireceği yükü bertaraf etmek için birçok işverenin sayıları daha az gösterme gibi farklı yollar aradığı göz önüne alındığında kurulun toplam sayı dikkate alınarak da kurulabilmesi lehe bir düzenlemedir.³¹

Alt işverenlik ilişkisinde kamu ya da özel sektör işyeri ayırımı olmaksızın elli ya da daha fazla çalışana olan asıl işverenin çalışan sayısı yeterli iken alt işverenin kurul için gerekli çalışanı mevcut değilse, işyerinde sadece asıl işverenin iş sağlığı ve güvenliği kurma yükümlülüğü bulunmaktadır. Alt işveren iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurmak zorunda değildir. 6331 sayılı Kanun md.22'nin gereği kurulun sadece asıl işveren tarafından kurulması durumunda, alt işveren kendi çalışanları arasından bir temsilciyi yetkilendirecektir. Alt işveren temsilcisi aynı işyerinde faaliyette bulunan alt işveren ve çalışanları için işyerindeki iş sağlığı ve güvenliğine yönelik tehlikeler ve riskler ile alınması gereken tedbirleri kurula iletebilecektir.³²

Birçok kamu işyerinde asıl işverenin az sayıda çalışana olmasına rağmen alt işverenin çalışan sayısı fazla olabilmektedir. Bu durumda tek bir iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurulabileceksen de kurulun koordinasyonunun çalışan sayısı fazla olan alt işveren tarafından mı yoksa asıl işverence mi sağlanacağı anılan hükümden açıkça anlaşılmamaktadır.³³ Kanaatimizce asıl işveren fiili olarak işyerinin tamamına ilişkin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almakla yükümlü olduğu için, kurulun kuruluşu ile koordinasyonundan da sorumlu olması yerinde olacaktır. Bununla birlikte kurul alt işveren tarafından kurulmuşsa asıl işveren de kurula temsilci göndermekle yükümlüdür.³⁴

6331 sayılı Kanun md.23'teki işyerinde iş sağlığı ve güvenliği için asıl işveren ile alt işveren arasında koordinasyonun sağlanmasına yönelik hükümden, aynı işyerinde asıl işveren ve alt işveren gibi birden fazla işverenin çalışanlarıyla faaliyette bulunması halinde işverenlerin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin

³¹ Yiğit, "Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Paylaştırılması", 209; Caniklioğlu, "6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri", 83; Belverenli, "Alt İşveren İlişkisinde Doğan İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri", 197.

³² Yıldız, *Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri*, 108; Özdemir, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, 324; Öztürk, "Alt İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği ile İlgili Yükümlülükleri", 70.

³³ Erol Akı, "6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve Çalışma Yaşamına Etkileri", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, sy Özel (2013): 16-18.

³⁴ Lütfi Alpsoy, "İşyerinde İstihdam Edilen Çalışan Sayısına Bağlı Olarak İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri", *Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi*, sy 143 (2015).

alınması ve uygulanması hususunda koordinasyon içerisinde olma yükümlülükleri bulunmadığı anlaşılmaktadır.³⁵ Kanunda koordinasyonun hangi işveren tarafından sağlanacağına yönelik hüküm bulunmamasıyla birlikte koordinasyonun işyerinin genel yönetimine hakim olan asıl işverence sağlanması işyerinde iş sağlığı ve güvenliği kültürü oluşması açısından yerinde olacaktır. Alt işverenlik ilişkisine konu olan işyerinin genelinde var olabilecek riskleri, mücadele yollarını en iyi bilecek olan taraf asıl işverendir. Kanun maddesinde doğrudan asıl işverene koordine etme yükümlülüğü yüklenmemiş olsa da bazı yönetmeliklerde koordinenin asıl işveren tarafından sağlanacağı hüküm altına alınmıştır.³⁶ Kamu işyerlerinde çalışan olarak memur, sözleşmeli personel ve işçiler bulunmaktadır. Karma istihdamın olduğu bu işyerlerinde koordinasyonun kamu asıl işverenince sağlanması kaçınılmaz olacaktır.

III. RİSK DEĞERLENDİRMESİ YAPTIRMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

6331 sayılı Kanun md.10'a göre, “İşveren, iş sağlığı ve güvenliği yönünden risk değerlendirmesi yapmak veya yaptırmakla yükümlüdür.” İşverene işyerinde mevcut ve muhtemel risklerin neler olduğu, risklere karşı nasıl tedbir alınacağına yönelik risk değerlendirmesi yapma ya da dışarıdan hizmet satın alarak yaptırma yükümlülüğü yüklenmiştir.³⁷ Anılan kanun maddesi hükmüne istinaden çıkarılan İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliğine³⁸ göre, işveren risk değerlendirmesini dışarıdan hizmet satın alarak gerçekleştiriyorsa, risk değerlendirmesi yapanlara işyerine ait talep edilen kayıt ve belgeleri vermekle yükümlüdür.

6331 sayılı Kanun'da işverenlere yönelik risk değerlendirmesi yapma ya da yaptırma yükümlülüğü hüküm altına alınmasına rağmen alt işverenlik ilişkisinin varlığı halinde risk değerlendirmesinin hangi işveren tarafından ne şekilde gerçekleştirileceğine yönelik bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte Risk Değerlendirme Yönetmeliğinde alt işverenlik ilişkisinin varlığı halinde risk de-

³⁵ Gülsevil Alpagut, “6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun Genel Esasları”, *İÜHFİM* 72, sy 2 (2014): 42; Belverenli, “Alt İşveren İlişkisinden Doğan İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri”, 199; Öztürk, “Alt İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği ile İlgili Yükümlülükleri”, 71; İbrahim Aydın, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı'nda ve/veya Kanunu'nda Alt İşveren'... Başka İşyerlerinden Çalışmak Üzere Gelen Çalışanlar...’ Kavramının Anlamı Üzerine Genel Değerlendirme”, *Sicil*, sy 26 (2012): 21; Bülent Demir ve Nalan Demir, “Kamu Sektöründe 6631 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Yasasının Uygulanması ve Mevcut Yükümlülükler”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Dergisi*, sy 29 (2016): 188-89.

³⁶ 28786 Sayılı Yapı İşlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği md.5, 28633 Sayılı Çalışanların Patlayıcı Ortamların Tehlikelerinden Korunması Hakkında Yönetmelik md. 8.

³⁷ Levent Akın, “Risk Değerlendirme Yönetmeliği'nin İş Sağlığı ve Güvenliğine Katkısı”, *Sicil*, sy 25 (2012): 36; Binnur Tulucuk, “İşverenin Risk Değerlendirmesi Yükümlülüğünün Hukuki Boyutu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 24, sy 1 (2014): 724; Boz Eravcı, “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve İlgili Yönetmelikleri Çerçevesinde İşverenin Yükümlülükleri”, 334-37.

³⁸ RG. 29.12.2012, 28512 www.resmigazete.gov.tr E.T. 05.07.2022.

ğerlendirmesinin hangi işveren veya işverenler tarafından nasıl gerçekleştirileceğine yer verilmiştir. Anılan yönetmeliğin 15. maddesine göre, kamu veya özel sektör işyerleri ayırımı olmaksızın bir işyerinde bir veya birden fazla alt işverenlik ilişkisi mevcutsa, her bir işveren asıl işveren işyerinde gerçekleştirdiği faaliyete yönelik risk değerlendirmesi kendi yapmak veya yaptırmakla yükümlüdür.³⁹ Fiili olarak tek bir işyeri birden fazla işveren ve çalışanlarıyla kullanıldığı için ortak çalışma ve kullanım alanlarındaki tehlike ve risklere yönelik yapılacak risk değerlendirmesi için gereken bilgi ve belgelerin ilgili alt işverene teslim edilmesi yükümlülüğü asıl işverene aittir.⁴⁰ Asıl işverenin işyerindeki tehlike ve riskler ilişkin bilgi ve belgelere sahip olmasından dolayı bilgi ve belgelerin teminiyle yükümlü olması olağandır.

Asıl işveren, alt işveren veya alt işverenlerce gerçekleştirilen risk değerlendirmelerini denetlenmek, alt işverenlerce yapılan/yaptırılan risk değerlendirmelerini koordine etmekle yükümlüdür.⁴¹ Alt işverenlik ilişkisinde her işveren kendi risk değerlendirmesini yapacak olmakla birlikte asıl işveren, kendi işyerinde faaliyette bulunan alt işverence gerçekleştirilen risk değerlendirmesi, işyerinin bütünündeki tehlikeler ve riskleri de dikkate alarak, uygulamasını denetleyerek aykırı uygulamaların düzeltilmesini sağlayacaktır.⁴²

IV. ALT İŞVERENLİK İLİŞKİSİNDEN KAYNAKLANAN YÜKÜMLÜLÜKLERDEN SORUMLULUK

6331 Sayılı Kanun ile anılan yönetmeliklerde işverenlere iş sağlığı ve güvenliğine yönelik birçok yükümlülükler yüklenmiş, yükümlülükleri hiç ya da gereği gibi yerine getirmeyenlerin sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler yer verilmiştir.

Kamu işyerlerinde alt işverenlik uygulamasında, yukarıda belirtilen bilgilendirme ve eğitim verme, kurul kurma ve koordine etme, risk değerlendirmesi yapma yükümlülükleri yerine getirmemenin sonuçlarından asıl işveren ile alt iş-

³⁹ Berrin Filizöz ve Ayşe Kocabacak, *Türkiye’de İş Sağlığı ve Güvenliği Uygulamaları* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 173; Özdemir, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, 235; Yiğit, “Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Paylaşılması”, 215; Öztürk, “Alt İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği ile İlgili Yükümlülükleri”, 65; Tulucucu, “İşverenin Risk Değerlendirmesi Yükümlülüğünün Hukuki Boyutu”, 725.

⁴⁰ Yönetmelik madde 15’teki “*Alt işverenlerin risk değerlendirmesi çalışmalarını konusunda asıl işverenin sorumluluk alanları ile ilgili ihtiyaç duydukları bilgi ve belgeler asıl işverence sağlanır.*” hükmünden de asıl işverenin alt işveren tarafından risk değerlendirmesi için talep evrakları temin etmekle yükümlülüğü olduğu anlaşılmaktadır. Aydın, *İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, 127.

⁴¹ Arslan, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’na Göre İşverenin Genel Yükümlülükleri”, 800.

⁴² Özdemir, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, 357; Yıldız, *Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri*, 126; Belverenli, “Alt İşveren İlişkisinde Doğan İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri”, 202-4.

verenin sorumlulukları bulunmaktadır.⁴³ Alt işverenlik ilişkisinde asil işveren ve alt işveren çalışanları aynı işyerinde faaliyette bulunmaktadırlar. Anılan yükümlülükleri hiç ya da gereği gibi yerine getirmemenin neticesinde asil işveren veya alt işveren çalışanlarının iş kazasına uğraması veya meslek hastalığına yakalanması durumunda hangi işverenin ne miktarda sorumlu olacağı meselesi önem arz etmektedir. Tarafların hukuki ve idari sorumlulukları yanında özellikle kamu asil işverenleri bakımından işveren vekillerinin cezai sorumluluğu bulunmaktadır.⁴⁴

A. HUKUKİ SORUMLULUK

Kamu veya özel sektör işvereni ayırımı olmaksızın tarafların yükümlülüklerine aykırı uygulamalarından dolayı çalışanlar ruhen veya bedenen zarara uğramışsa, taraflar sigortalı ya da hak sahiplerine yapılacak yardımlar ve ödenecek tazminatlardan 4857 sayılı İş Kanunı md.2 hükmüne istinaden birlikte sorumludur.⁴⁵ Alt işverenlik ilişkisinde, alt işveren çalışanın zarara uğramasında, alt işverenin sorumluluğu doğduğu anda birlikte sorumluluk hükümleri uygulanabilmektedir. Çalışan ya da hak sahiplerinin taleplerini asil işverene yönetebilmesi için asil işverenin meydana gelen olayda kusurlu olması gerekmez. Tarafların kendi aralarında yapacakları sözleşmeye alt işveren çalışanın hak kazandığı tazminat taleplerinden sorumluluğun yalnızca asil işveren veya alt işverene ait olacağına ilişkin hüküm koymaları, sigortalı ya da hak sahipleri için bağlayıcı olmayacaktır.⁴⁶ Yargıtay kararlarında vurgulandığı üzere zarara uğrayan alt işveren çalışana ya da ölüm gerçekleşmişse hak sahipleri, davayı alt işverenlik ilişkisinin her iki tarafını birlikte davalı göstererek açabilecekleri gibi taleplerini sadece asil işve-

⁴³ Alt işverenlik ilişkisinden alt işveren çalışanlarının iş sağlığı ve güvenliğine yönelik yükümlülükler ve yükümlülüklere aykırılıklardan asil işverenin sorumluluğunun hukuki niteliğine yönelik farklı görüşler: Akın, *İş Sağlığı Güvenliği ve Alt İşverenlik*, 174-77; Hande Bahar Aykaç, *İş Hukukunda Alt İşveren* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2011), 221-24; Sarıbay Öztürk, *İş Sağlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları*, 115-18; Belverenli, "Alt İşveren İlişkisinden Doğan İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri", 208-10.

⁴⁴ Ahmet Melik Şener, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na Göre İşverenin Sorumluluğu", *Legal İSGHD* 11, sy 42 (2014): 124-26; Akın, *İş Sağlığı Güvenliği ve Alt İşverenlik*, 141.

⁴⁵ Aynı şekilde Türk Borçlar Kanunu madde 61'deki "Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır." hükmünden anlaşıldığı üzere kamu veya özel sektör işyeri ayırımı olmaksızın alt işverenlik ilişkisinin tarafları anılan yükümlülükleri hiç veya gereği gibi yerine getirmemeleri durumunda meydana gelen zararın tazmininden müteselsil sorumlu olacaktırlar.

⁴⁶ İstanbul BAM, 31. HD., E. 2017/4380 K. 2019/251 T. 21.2.2019 "Hizmet alım sözleşmesindeki düzenleme ancak sözleşmenin tarafları arasındaki ilişki bakımından bağlayıcı olup sözleşmede taraf olmayan davacıya karşı ileri sürülemez."; Gaziantep BAM, 10. HD., E. 2018/793 K. 2020/482 T. 17.6.2020 "Asıl işveren ile alt işveren arasında yapılan sözleşme ile iş kazası veya meslek hastalığına bağlı sorumluluğun alt işverene ait olduğunun kararlaştırılması ya da anahtar teslim iş olduğu ibaresinin konulmuş olması; bu sözleşmenin tarafı olmayan Kurumu bağlamaz." www.lexpera.com E.T.07.08.2022.

ren ya da alt işverene de yöneltebilecekler.⁴⁷ Asıl işverenden aldığı, kendisi için de asıl iş olan, işin bir bölümünü ya da yardımcı işi diğer bir alt işverene veren alt işveren, anılan iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini hiç ya da gereği gibi yerine getirmediği için kendi çalışanın iş kazası sonucu ölmesi veya yaralanması durumunda sigortalı ya da hak sahipleri, tazminat taleplerini birlikte sorumluluk hükümlerine istinaden taraflara yöneltebilecektir.

Alt işverenlik ilişkisinde bilgilendirme ve eğitim verme, kurul kurma ve koordine etme yükümlülüklerinin yerine getirilmemesinde her bir işverenin kusuru olabilir. Yükümlülükler aykırılıktan dolayı zarara uğrayan çalışan, her iki işverene karşı zararın tazmini talebinde bulunabilir. Alt işveren ilişkisinin taraflarının kusur oranları, çalışan veya hak sahiplerinin zararını tazmin eden tarafın diğer tarafa rücu edeceği durumda dikkate alınacaktır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 62'ye göre, *“Tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaştırılmasında, bütünü durum ve koşullar; özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur. Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur.”* Hükümden anlaşıldığı üzere iç ilişkide tarafların kusurları oranında ödediği miktarın kendi payına düşenden fazlası için diğer tarafa rücu edebileceği anlaşılmaktadır.⁴⁸

Alt işverenlik ilişkisinin tarafları, anılan iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinin yerine getirmemesinin sonucu ortaya çıkan zarardan Kurum'a karşı da sorumludur. Kurum, çalışan ya da hak sahiplerine anılan yükümlülere aykırılıktan dolayı oluşan zararları telafi için yapılan ödemeleri alt işverenden talep edebilecektir. Asıl işveren, kusuru olmasa dahi SSGSSK md.12/6 hükmüne istinaden Kurumun rücu edebileceğinin miktarın muhatabı olabilecektir.⁴⁹ Kurumun rücu talebinin muhatabı yalnızca asıl işverense, asıl işvereni sorumlu olacağı miktar, alt işverenin kusur oranında göre belirlenecektir. Alt işverenin, çalışanın iş kazasına uğraması veya meslek hastalığına yakalanmasında kusuru yoksa Kurum birlikte sorumlu olan asıl işverene de rücu edemeyecektir.⁵⁰ Belirtmek gerekir ki asıl işveren ile alt işverenin

⁴⁷ Yargıtay 21. HD., 21. HD., E. 2018/6559 K. 2019/5647 T. 1.10.2019; 21. HD., E. 2018/6559 K. 2019/5647 T. 1.10.2019; E. 2018/3064 K. 2018/7398 T. 15.10.2018; 21. HD., E. 2016/20395 K. 2017/7819 T. 16.10.2017; 21. HD., E. 2017/1856 K. 2018/7866 T. 30.10.2018, www.lexpera.com E.T.07.08.2022.

⁴⁸ Akin, *İş Sağlığı Güvenliği ve Alt İşverenlik*, 242-43.

⁴⁹ Ersun Civan, “İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Rücu Davalarında Sosyal Güvenlik Kurumu Karşısında Sorumluluğun Kapsamı ve Müteselsil Sorumluluk”, *AÜHF* 4, sy 64 (2015): 554; Nihat Seyhun Alp, *Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Kapsamında Rücu Davaları* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 162-64; Özgür Oğuz, “İş Kazası ve Meslek Hastalıklarında Kurumun İşverene Rücu Hakkı”, *TBB Dergisi*, sy 140 (2019): 421.

⁵⁰ Ankara BAM, 7. HD., E. 2018/4658 K. 2019/368 T. 12.2.2019 “... kazanın oluşumunda alt işveren kusursuz olduğundan asıl işveren konumunda olan davalı ... Belediye Başkanlığı yönünden davanın reddine karar verilmesinde isabetsizlik yoktur.” www.lexpera.com E.T.07.08.2022.

anılan yükümlülüklerle aykırı davranışları ile zararın oluşmasında kusurlu olduklarından bahsedilebilecektir. Bu nedenle öncelikle tarafların hangi yükümlülükten ne oranda sorumlu olduklarının tespit edilmesi gerekecektir. Böylece Kurum, çalışan veya hak sahiplerinin talepleri, birlikte sorumluluğun kapsam ve miktarı, tarafların ya da üçüncü kişilerin kusur oranları dikkate alınarak yapılacak tespite göre belirlenecektir. Kurum, alt işverenin asıl işverenden devraldığı bir işi geçerlilik koşullarına uygun şekilde diğer bir alt işverene devrettiği durumda, son alt işveren çalışanına meydana gelen iş kazasından dolayı yapılan yardımlara yönelik hem asil işverene hem de diğer alt işverene rücu edebilecektir.

Alt işverenlik ilişkisinde tarafların yükümlülüklerle aykırı davranışları, çalışanlara da bir takım haklar sağlamaktadır. Çalışanlara sağlanan haklardan birisi, çalışmaktan kaçınma hakkıdır.⁵¹ Kamu veya özel sektör işyeri ayırımı olmaksızın tarafların anılan yükümlülüklerle aykırılıkları ciddi ve yakın bir tehlikeyi ortaya çıkarmışsa, her iki işverenin çalışanları çalışmaktan kaçınma haklarını 6331 Kanun md.13'teki usul takip edilerek kullanabilecektir.⁵² Alt işveren çalışanları asıl işveren ve çalışanlarıyla fiili olarak aynı işyerinde faaliyette bulunabilmektedir. Alt işverenlik ilişkisinde de yükümlülüklerle aykırılıktan dolayı ortaya çıkan ciddi ve yakın tehlikeden zarar görme ihtimali olan alt işveren çalışanları, iş sağlığı ve güvenliği kurulundan ya da işverenden tehlikenin tespiti ile tedbirlerin alınmasını isteyebilirler. Kurul veya işveren çalışan talepleri yönünde karar vermesi durumunda çalışanlar çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilecektir.⁵³ Alt işveren çalışanı

⁵¹ 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu madde 13'te "(1) Ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar kurula, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir. Kurul acilen toplanarak, işveren ise derhâl kararını verir ve durumu tutanakla tespit eder. Karar, çalışana ve çalışan temsilcisine yazılı olarak bildirilir. (2) Kurul veya işverenin çalışanın talebi yönünde karar vermesi hâlinde çalışan, gerekli tedbirler alınıncaya kadar çalışmaktan kaçınabilir. Çalışanların çalışmaktan kaçındığı dönemdeki ücreti ile kanunlardan ve iş sözleşmesinden doğan diğer hakları saklıdır. (3) Çalışanlar ciddi ve yakın tehlikenin önlenemez olduğu durumlarda birinci fıkradaki usule uymak zorunda olmaksızın işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek belirlenen güvenli yere gider. Çalışanların bu hareketlerinden dolayı hakları kısıtlanamaz. 11654 (4) İş sözleşmesiyle çalışanlar, talep etmelerine rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı durumlarda, tabii oldukları kanun hükümlerine göre iş sözleşmelerini feshedebilir. Toplu sözleşme veya toplu iş sözleşmesi ile çalışan kamu personeli, bu maddeye göre çalışmadığı dönemde fiilen çalışmış sayılır. (5) Bu Kanunun 25'inci maddesine göre işyerinde işin durdurulması hâlinde, bu madde hükümleri uygulanmaz" hükmünde çalışanın çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesi için takip etmesi gereken usul belirtilmiştir.

⁵² Lütfi İnciroğlu, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Çalışanın Çalışmaktan Kaçınma Hakkı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, sy 20 (2014): 818-19; Gaye Baycık, "Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler", *Ankara Barosu Dergisi*, sy 3 (2013): 116; Aydın, "6331 Sayılı Kanun'da Düzenlenen İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Alt İşveren İlişkisinde Gösterdiği Özellikler ve Hukuki Sorumluluk", 40.

⁵³ Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, 203-4; Betül Erkanlı Başbüyük, *İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 190; Cem Baloğlu, "İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri ve Aykırılığın İş İlişkisine Etkisi", *TBB Dergisi*, sy 118 (2015): 308-9; Sami Narter, *İş Sağlığı*

ciddi ve yakın tehlikenin varlığını gerek alt işveren veya alt işverene bağlı kurula gerekse asıl işverene bağlı kurula bildirimde bulunarak tedbirlerin alınmasını talep edebilecektir. Asıl işveren veya alt işveren ile kurullar çalışan talebi yönünde karar verirse, alt işveren çalışanı alt işverene karşı çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilecektir. Asıl işverence yerine getirilmesi gereken yükümlülükler aykırılıktan dolayı ciddi ve yakın tehlike ortaya çıkarsa kanun maddesindeki usul takip edilerek asıl işveren veya alt işveren karşı çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilecektir.⁵⁴ 6331 Sayılı Kanun md. 13/2'ye göre, “Çalışanların çalışmaktan kaçındığı dönemdeki ücreti ile kanunlardan ve iş sözleşmesinden doğan diğer hakları saklıdır.” Hükümden anlaşıldığı üzere, çalışmaktan kaçınma haklarını kullanan alt işveren çalışanlarının ücretleri ile kanunlar ve iş sözleşmesinden doğan haklarını asıl işveren ile alt işverenden veya her ikisinden birlikte sorumluluk hükümlerine istinaden talep edebilecektir.⁵⁵ Eğer alt işveren çalışanlarınca bildirilen ciddi ve yakın tehlike önlenemeyecek boyuttaysa, kurul ya da işverene bildirimde bulunmadan güvenli yere gidilerek, çalışılmayan süreler için talep edilebilecek ücret ve diğer haklar da birlikte sorumluluk kapsamında olacaktır.

İş sözleşmesinin fesih hakkı da alt işverenlik ilişkisinin taraflarının yükümlülükler aykırılıklarının sonucu çalışanlara sağlanan haklardandır. 6331 sayılı Kanun md. 13'teki hükümden anlaşıldığı üzere, işçi ciddi ve yakın tehlikenin giderilmesini talep etmesine rağmen gerekli tedbirleri almayan işverenle olan iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilecektir.⁵⁶ Alt işverenlik ilişkisinde asıl işveren veya alt işverenin anılan iş yükümlülükleri gerçekleştirmediklerinden dolayı ortaya çıkan ciddi ve yakın tehlikenin, çalışanlarca talep edilmesine rağmen asıl işveren veya alt işveren tarafından giderilmemesi halinde kanun maddesine uygun şekilde iş sözleşmesi feshedilebilecektir. Ciddi ve yakın tehlike asıl işverenin yükümlülükler aykırı davranışından ortaya çıksa, tehlike asıl işverence giderilmese de alt işveren çalışanı fesih bildirimini alt işverene karşı kullanabilecektir.

ve Güvenliği Hukukunda İdari, Cezai ve Hukuki Sorumluluk, 5. bs (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 299; Işık Aslı Han, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 13. Maddesi Kapsamında İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı”, *TAAD* 10, sy 37 (2019): 188-91; Demir ve Demir, “Kamu Sektöründe 6631 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Yasasının Uygulanması ve Mevcut Yükümlülükler”, 184.

- ⁵⁴ Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, 207; İnciroğlu, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Çalışanın Çalışmaktan Kaçınma Hakkı”, 819; Sarıbay Öztürk, *İş Sağlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları*, 118-21; İbrahim Aydın, “İşverenin İşyerinde ‘Çalışan’ İşçilerin İş Görmekten Kaçınma Hakkı”, *Çimento İşveren Dergisi* 19, sy 4 (2005): 21-24; Erkanlı Başbüyük, *İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı*, 200.
- ⁵⁵ Banu Özden, *İş Sağlığı ve Güvenliği Yönünden Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2021), 180-81; Han, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 13. Maddesi Kapsamında İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı”, 200; Limon, “Türk Hukuk Sisteminde İş Sağlığı ve Güvenliği”, 217; İnciroğlu, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Çalışanın Çalışmaktan Kaçınma Hakkı”, 818.
- ⁵⁶ Baycık, “Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler”, 119-21; İnciroğlu, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Çalışanın Çalışmaktan Kaçınma Hakkı”, 816.

Alt işverenlik ilişkisi bağlamında işçilerin karşılaştıkları tehlike asıl işverenin anılan yükümlülüklerle aykırılıkları nedeniyle ortaya çıkmışsa işçiler tehlikenin ortadan kaldırılması talebini asıl işverene değil kendi işverenleri olan alt işverene yöneltebilirler. Asıl işveren ile aralarında iş sözleşmesi olmadığından sözleşmenin tarafı olmayan bir işverene böyle bir talebin iletilmesi yerinde olmayacaktır. Tehlikenin giderilmesi talebi, alt işverence iletilebilecektir. Bütün bunlara karşın asıl işveren veya alt işveren tehlikeyi bertaraf etmezse alt işveren işçileri belirtilen madde hükmünü ileri sürerek derhal fesih haklarını kullanabilecektir.

B. İDARİ SORUMLULUK

Alt işverenlik ilişkisinde tarafların anılan iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine aykırılıklarının idari yaptırımları da bulunmaktadır. Asıl işveren ve alt işveren kendi çalışanlarına yönelik alması gerektiği yükümlülüklerini hiç veya gereği gibi yerine getirmedikleri durumda taraflara idari para cezası uygulanabilecektir. Asıl işveren bilgilendirme ve eğitim yükümlülüğü kapsamında alt işveren çalışanlarını bilgilendirmemiş veya eğitim alıp almadıklarını denetlemeden işyerinde çalıştırmaya başlamışsa, zararın doğup doğmadığına bakılmaksızın idari para cezası uygulanacaktır. Alt işveren, asıl işverenle birlikte iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurulması yükümlülüğünü yerine getirmemiş, asıl işverenin tehlikeli veya çok tehlikeli işyerindeki çalışanlarının gerekli eğitimleri almasını sağlamamışsa, idari para cezası yaptırımını uygulanabilecektir.⁵⁷ Belirtmekte gerekir ki anılan yükümlülükler alt işverenlik ilişkisinden kaynaklanan yükümlülükler olsa da aynı zamanda asıl işveren ve alt işverenin işveren sıfatıyla yerine getirmeleri gereken yükümlülüklerdir. Anılan yükümlülükleri hiç veya gereği gibi yerine getirmeyen taraf idari para cezası ödemekle yükümlü olacaktır.⁵⁸

Alt işverenlik ilişkisinde, kamu veya özel sektör ayırımı olmaksızın, taraflardan birine verilen idari para cezasının birlikte sorumluluk kapsamında olduğuna yönelik bir hüküm mevcut değildir. Yargıtay kararlarına göre, alt işverenlik ilişkisinde hukuki sorumluluktaki birlikte sorumluluk hükümlerinin cezai sorumluluklar bakımından uygulanmayacak, asıl işveren kesilen idari para cezasından sorumlu olamayacaktır.⁵⁹ Alt işverene kesilen idari para cezasından tarafların birlikte sorumluluklarına yönelik düzenlemenin mevcut olmaması, ceza hukukunun

⁵⁷ Erdoğan, *Sosyal Güvenlik Hukuku'nda Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluk*, 230.

⁵⁸ Ali Rıza Okur, Ali Güzel, ve Nurşen Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 19. bs (İstanbul: Beta Yayınevi, 2021), 205; Serdar Solak, *Türk Hukukunda İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğu* (İstanbul: Legal Yayınevi, 2020), 204; Narter, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukukunda İdari, Cezai ve Hukuki Sorumluluk*, 333. Anılan yükümlülükleri yerine getirmeyen işverenleri ödeyeceği idari para cezaları için ayrıca bkz: Aydınlı, *İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, 458-68.

⁵⁹ Yargıtay 10. HD., E. 2016/18739 K. 2016/15219 ; Ankara BAM, 11. HD., E. 2018/3298 K. 2019/674 ; 10. HD., E. 2015/24640 2018/2685 K. www.lexpera.com E.T.08.08.2022.

genel ilkelerinden olan kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesiyle cezaların şahsiliği ilkesi birlikte değerlendirildiğinde, idari para cezasının alt işverenin şahsi sorumluluğu kapsamında olduğu sonucuna ulaştırmaktadır.⁶⁰

Alt işverenlik ilişkisinde anılan yükümlülüklerin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinin diğer bir idari yaptırım şekli, özellikle işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasını amaçlayan, işin durdurulmasıdır. 6331 sayılı Kanun md.25'e göre, "İşyerindeki bina ve eklentilerde, çalışma yöntem ve şekillerinde veya iş ekipmanlarında çalışanlar için hayati tehlike oluşturan bir husus tespit edildiğinde; bu tehlike giderilinceye kadar, hayati tehlikenin niteliği ve bu tehlikeden doğabilecek riskin etkileyebileceği alan ile çalışanlar dikkate alınarak, işyerinin bir bölümünde veya tamamında iş durdurulur. Ayrıca çok tehlikeli sınıfta yer alan maden, metal ve yapı işleri ile tehlikeli kimyasallarla çalışılan işlerin yapıldığı veya büyük endüstriyel kazaların olabileceği işyerlerinde, risk değerlendirmesi yapılmamış olması durumunda iş durdurulur." İşin durdurulabilmesi için takip edilecek usul ve esaslar aynı maddenin diğer fıkralarında hüküm altına alınmıştır. İşyerinde çalışanların hayatı için tehlike arz bir durum tespit edildiğinde, işyerinin tamamında ya da bir bölümünde işin durdurulmasına karar verilebilecektir.⁶¹ Benzer şekilde işveren tarafından anılan çok tehlikeli veya tehlikeli işyerlerinde risk değerlendirilmesi yapılmaması tek başına işin durdurulması nedenidir.⁶²

İşin durdurulması durumunda işverenin çalışanların ücretlerini ödeme yükümlülüğüne yönelik düzenleme 6331 sayılı kanun md.25/6'da hüküm altına alınmıştır. Madde 25/6'ya göre, "İşveren, işin durdurulması sebebiyle işsiz kalan çalışanlara ücretlerini ödemekle veya ücretlerinde bir düşüklük olmamak üzere meslek veya durumlarına göre başka bir iş vermekle yükümlüdür." Bu bağlamda anılan yükümlülükler aykırılıktan dolayı iş tamamen durdurulmuşsa, işveren iş görme edimini yerine getiremeyen çalışanların ücretini ödemekle yükümlü olacağı gibi mevcut çalışma koşullarında ve ücrette değişiklik yapmadan diğer bir işte de çalıştırabilecektir.⁶³

⁶⁰ Ercan Akyiğit, "Alt İşverenlik İlişkisinde İdari Para Cezalarından Sorumluluk", *Sicil*, 2010, 244; Nüvit Gerek, "Alt İşverenlerin İdari Para Cezalarından Asıl İşverenlerin Sorumluluğu", *Sicil*, sy 19 (2010): 183; Ufuk Aydın ve Burcu Ezer, "İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatına Aykırılık Sebebiyle Uygulanan İdari Para Cezalarına İlişkin Sorunlar", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, sy 4 (2014): 21-22; Fevzi Demir, "İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerinin Alınmasından İşverenin Sorumluluğu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 20, sy 1 (2014): 701-3.

⁶¹ Asiye Şahin Emir, *İşyerinde Tehlike Hâlinde Alınması Gereken Önlemlerin Hukukî Çerçevesi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015), 183 vd.; Sarıbay Öztürk, *İş Sağlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları*, 263; Limon, "Türk Hukuk Sisteminde İş Sağlığı ve Güvenliği", 237.

⁶² Alpagut, "6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun Genel Esasları", 35.

⁶³ Selmin Burcu Öztekin, "İş Sağlığı ve Güvenliği ile İlgili Yükümlülükler Aykırılık Durumunda İşin Durdurulması", *TBB Dergisi*, sy 133 (2017): 668-70; Ali Cengiz Köseoğlu, *İşyerinin Kapanmasının İş Söz-*

Alt işverenlik ilişkisinde anılan yükümlülükler aykırılıklardan dolayı asıl işveren veya alt işveren faaliyet alanında işin durdurulmasına karar verilebilir. Eğer asıl işveren faaliyet alanında durdurma kararı verilmişse, durdurma kararının alt işverenin faaliyet alanını doğrudan etki edip etmediğine bakılacaktır. Fiili olarak aynı işyerinin bir bölümde verilen durdurma kararı, alt işveren faaliyetlerini etkilemiyorsa çalışanlar çalışmaya devam edebilecektir. Bununla birlikte çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde asıl işveren ya da alt işveren tarafından risk değerlendirilmesinin yapılmamış olması tek başına işin durdurulmasına neden olacaktır.⁶⁴

İşyerinin tamamında veya alt işverenin faaliyet alanında işin durdurulmasına karar verilmişse, alt işveren çalışanlarının ücretlerinin ödenmesinden taraflar birlikte sorumlu olur.⁶⁵ Bununla birlikte alt işverene ait işçilerin benzer çalışma koşullarında çalışabilecekleri farklı bir iş ve işyeri mevcutsa, anılan iş ve işyerinde çalışmaya devam edebilecektir.⁶⁶ Asıl işveren ya da alt işveren işin durdurulması kararına rağmen durdurma kararı verilen iş yerinde çalışanlarını çalıştırmaya devam ettirirse, hapis cezası ile cezalandırılabilir.⁶⁷

Alt işverenlik ilişkisi taraflarının yükümlülükler aykırı davranışlarından dolayı muhatap olacakları diğer bir idari yaptırım şekli, kamu işverenlerince gerçekleştirilen ve alt işverenlik ilişkisinin kurulmasını sağlayan kamu ihalesine katılımın yasaklanmasıdır. 6331 sayılı Kanunu'na 6645 sayılı kanunla eklenen 25/A'daki düzelemeye göre, “Ölümlü iş kazası meydana gelen maden işyerlerinde kusuru yargı kararı ile tespit edilen işveren, mahkeme tarafından iki yıl süreyle kamu ihalelerine katılmaktan 5/1/2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 26 ncı maddesinin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yasaklanır. Kararın bir örneği işverenin siciline işlenmek üzere Kamu İhale

İşmelerine Etkisi (İstanbul: Beta Yayınevi, 2004), 226; Şahin Emir, *İşyerinde Tehlike Hâlinde Alınması Gereken Önlemlerin Hukukî Çerçevesi*, 193; Solak, *Türk Hukukunda İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğu*, 208; Aydınli, *İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, 439-40.

⁶⁴ Şahin Emir, *İşyerinde Tehlike Hâlinde Alınması Gereken Önlemlerin Hukukî Çerçevesi*, 187-89; Öztekin, “İş Sağlığı ve Güvenliği ile ilgili Yükümlülükler Aykırılık Durumunda İşin Durdurulması”, 661; İftar Urhanoğlu Cengiz, “İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerine Aykırı Davranışının Yaptırımı Olarak İşin Durdurulması veya Kapatılması”, içinde *Sarper Süzek'e Armağan*, c. 2 (İstanbul: Beta Yayınevi, 2011), 1973; Sami Narter, *İş Kazası ve Meslek Hastalığında Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, 3. bs (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), 681; Narter, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukukunda İdari, Cezai ve Hukuki Sorumluluk*, 344.

⁶⁵ Öztekin, “İş Sağlığı ve Güvenliği ile ilgili Yükümlülükler Aykırılık Durumunda İşin Durdurulması”, 670-72; Baycık, “Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler”, 125-27; Sarıbay Öztürk, *İş Sağlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları*, 288; Aydınli, *İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, 441-42.

⁶⁶ Haluk Hadi Sümer, “İş Sağlığı ve Güvenliği Yaptırımı Olarak İşin Durdurulması”, *Terazi Hukuk Dergisi* 12, sy 131 (2017): 101-3.

⁶⁷ Narter, *İş Kazası ve Meslek Hastalığında Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, 666.

Kurumuna gönderilir ve Kurumun internet sayfasında ilan edilir.” Hükümden anlaşıldığı üzere madenlerde meydana gelen ölümlü iş kazalarında yargı mercii işverenin kusurlu olduğu yönünde karar verirse, işverenin iki yıl süreyle kamu ihalelerine katılması yasaklanabilecektir.⁶⁸

Maden çıkarma, işleme gibi faaliyetlerin gerçekleştirildiği kamu işyerlerinde alt işverenlik ilişkisine istinaden faaliyette bulunan alt işveren yükümlülüklerine aykırı kusurlu davranışıyla ölümlü iş kazasının meydana geldiği, alt işveren kusurunun mahkemece tespit edildiği durumda ihaleye katılımının yasaklanıp yasaklanamayacağına ilişkin düzenleme bulunmamaktadır. 6331 sayılı Kanun madde 25’teki hüküm, anılan işyerlerinde kusurlu davranışıyla çalışanın iş kazası sonucunda ölümüne neden olan işverene yöneliktir. Kamudaki maden işyerinde taraflar anılan iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini hiç veya gereği gibi yerine getirmeyerek kusurlu davranışıyla kendisinin ya da diğer taraf çalışanın ölümüne de neden olabilir. Kamu maden işyerinde ihale yoluyla asıl işin bir bölümünü ya da asıl işe yardımcı işe devralan alt işveren, anılan iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirmeyerek kusurlu davranışıyla çalışanın iş kazası sonucunda ölmesine neden olur, kusuru mahkeme kararıyla tespit edilirse, mahkemenin alt işverenin iki yıl süre ile kamu ihalelerine katılmasını yasaklayacağı kanaatindeyiz. İhaleye katılmasının yasaklanması hükmü alt işveren için geçerli olacaktır. Kanaatimizce alt işveren çalışanın iş kazası sonucu ölümüne asıl işverenin kusurlu davranışı neden olmuş alt işverenin herhangi bir kusuru tespit edilmezse, mahkeme alt işverenin ihaleye katılmasının yasaklanmasına karar veremeyecektir.

C. CEZAI SORUMLULUK

Kamu veya özel sektör işyerleri ayırımı olmaksızın alt işverenlik ilişkisinde tarafların iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine aykırı davranışından kaynaklanan diğer bir sorumluluk hali, cezai sorumluluktur. İşverenin eğitim ve bilgilendirilme, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun kurulması ile koordinasyonun sağlanması gibi yükümlülükleri hiç veya gereği yerine getirmemesi durumunda meydana gelen iş kazasında cezai sorumluluğu olacaktır. Bu bağlamda işverenin anılan yükümlülüklerine aykırılıklar sonucunda meydana gelen iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle cezai sorumluluğundan söz edilebilmesi için kusurlu olması gerekir. Çalışanların ölümü veya yaralanmaları sadece bir kişinin değil birden fazla kişi ya da kişilerin kusuru neticesinde gerçekleşebilmektedir. Bu halde çalışanın ölüm ya da yaralanmasına neden olan, anılan yükümlüğü yerine getirmekle sorumlu olan kişilerden her birerinin cezai sorumluluğu kusurları oranında olacaktır.⁶⁹

⁶⁸ Narter, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukukunda İdari, Cezai ve Hukuki Sorumluluk*, 357; Aydın, *İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, 442-43; Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, 261.

⁶⁹ Lütfi İnciroğlu, *Kamu İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Bakımından Sorumluluğu*, 2. bs (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), 141; Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, 271.

Alt işverenlik ilişkisinin olduğu kamu işyerinde, iş kazaları çalışanların ölümlü veya yaralanmasıyla sonuçlanabilmektedir. İş kazası veya meslek hastalığı taraf çalışanlarının ölüm veya yaralanmaları hali, ölüm ya da yaralanmaya neden olma suçlarını oluşturabilmektedir.⁷⁰ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu madde 20'ye göre, “Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz. Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.” Hükümden anlaşıldığı üzere bir kimse, cezaların şahsiliği ilkesi gereği, diğer bir kimsenin işlediği suçtan dolayı cezalandırılmaz.⁷¹ Suç isnat edilecek kişi, gerçek kişidir. Anılan yükümlülüklerden taraflar belirli oranlarda sorumlu olabildikleri gibi her ikisinin birlikte sorumlu oldukları yükümlülükler de bulunmaktadır. İş kazası ya da meslek hastalığından ceza sorumluluklarının tespiti, asıl işveren veya alt işveren, işveren vekili ve işyeri hekimi ile iş sağlığı güvenliği uzmanlarının bireysel olarak hangi oranda kusurlu olduklarına göre yapılacaktır.⁷² Diğer bir ifadeyle ölümlü ya da yaralanmalı iş kazasından veya meslek hastalığından kusura dayalı cezai sorumluluklar, anılan yükümlülükleri kimlerin yerine getirmediğinin açıkça tespit edilmesine bağlıdır.⁷³ Alt işverenlik ilişkisinde iş kazası sonucunda alt işveren çalışanın ölüm veya yaralanması alt işverenin kusurundan dolayı meydana gelmişse, asıl işverenin cezai sorumluluğu doğmayacaktır.⁷⁴ Bununla birlikte asıl işveren anılan yükümlülükleri hiç ya da gereği gibi yerine getirmediklerinden dolayı alt işveren çalışanın ölüm veya yaralanmasına neden olmuşsa doğrudan asıl işverenin cezai sorumluluğu doğacaktır. Alt işverene devredilen işin bir bölümü ya da yardımcı işi diğer bir alt işverene devredildiğinde, asıl işveren ve alt işverenlerin anılan yükümlülüklerle aykırılıktan dolayı meydana gelen alt işveren çalışanın ölüm ya da yaralanmalı iş kazasından kusurları oranından cezai sorumlulukları olacaktır.⁷⁵ Anılan şekilde kurulan alt işverenlik ilişkilerinde, asıl işveren ve alt işverenlerin hangi iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüğünden

⁷⁰ Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, 263; Mustafa Özen, “İş Kazalarında Hukuki, Cezai ve İdari Sorumluluk”, *Ankara Barosu Dergisi*, sy 2 (2015): 234-38.

⁷¹ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 731.

⁷² İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. bs (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 264-65; Özen, “İş Kazalarında Hukuki, Cezai ve İdari Sorumluluk”, 233.

⁷³ Halid Özkan, “İş Kazalarından Doğan Ceza Sorumluluğunda Kusur Tespiti”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20, sy 1 (2016): 523; Ahmet Terzioğlu ve Ali Burak Aksungur, “İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu”, *Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi* 3, sy 6 (2019): 49-51.

⁷⁴ Mahmut Kabakçı, *Avrupa Birliği İş Hukukunda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği ile İlgili Temel Yükümlülükleri ve Türk Mevzuatının Uyumu* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2009), 255-57.; Özen, “İş Kazalarında Hukuki, Cezai ve İdari Sorumluluk”, 219-20.

⁷⁵ Özen, *İş Sağlığı ve Güvenliği Yönünden Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi*, 370.

sorumlu olduğu, ölümlü ya da yaralamalı iş kazasının meydana gelmesinde hangisinin yükümlülüğü hiç ya da gereği gibi yerine getirmediğinin açık ve net bir şekilde tespit edildiği durumda tarafların cezai sorumlulukları ortaya çıkacaktır.

Kamu işyerlerinde asıl işvereni temsil, işyerini sevk ve idareyle yetkili olan kişiler ve yardımcıları kamu asıl işveren vekilidir. Kamu asıl işveren vekilleri, 6331 sayılı Kanun ve ilgili yönetmeliklerce yüklenen iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirmekle yükümlüdür. Kamu işyerlerinde asıl işvereni temsile yetkili vekil, asıl işverenin tek başına ya da alt işverenle birlikte yerine getirme yükümlülüğü olduğu iş sağlığı güvenliği yükümlülüklerinin hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi nedeniyle meydana gelen ölümlü ya da yaralanmalı iş kazasından kusuru oranında sorumlu olacaktır.⁷⁶ Kamu asıl işveren vekili haricinde yetkilendirilen iş sağlığı ve güvenliği uzmanları ile işyeri hekimleri de ölüm veya yaralanma suçunun meydana gelmesinden ayrı ayrı, kusurları oranında cezai sorumlulukları doğacaktır.⁷⁷ Yetkili kamu asıl işveren vekili aynı zamanda bir kamu çalışanı olduğu için kusurlu hareketiyle asıl işveren ya da alt işveren çalışanlarının ölüm veya yaralanmasına neden olur kamu asıl işvereni zarara uğrattırsa, adli soruşturmaya ek olarak idari soruşturma da açılacaktır (TCK md.257).⁷⁸ Örneğin alt işverenlik ilişkisini yaygın olduğu belediyelerde temizlik işlerinden sorumlu müdürün yetkilendirildiği yetkilendiği yükümlülükleri yerine getirmemesi nedeniyle asıl işveren ya da alt işveren çalışanın yaralanması veya ölümüne neden olması durumunda, cezaların şahsiliği ilkesi gereği cezai sorumluluğu doğacak⁷⁹, aynı zamanda hakkında disiplin soruşturması açılacaktır.

⁷⁶ İnciroğlu, *Kamu İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Bakımından Sorumluluğu*, 138-42; Özgür Memişoğlu ve Çınar Çağatay, "İşverenin İş Kazasından Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu", *Legal İSGHD* 9, sy 33 (2012): 49; Çağla Erdoğan, *İşveren ve İşveren Vekilinin İş Kazasından Doğan Cezai Sorumluluğu* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2016), 105; Solak, *Türk Hukukunda İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğu*, 146; Seda Ergüneş, "İşveren Vekilinin İş Kazasından Kaynaklı Cezai Sorumluluğu", *Legal İSGHD* 10, sy 39 (2013): 155-56. İş kazasına uğrayan işçi asıl işveren veya alt işveren işçisi de olsa, kamu işyerlerinde asıl işveren adına iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüğüne aykırı davranan kişiler işveren vekilidir. Taksirle yaralama ya da ölüm gerçekleşirse, taksirle öldürme suçlarından suçun şahsiliği ilkesi gereği de kamu asıl işvereni adına ilgili kamu kurum ve kuruluş adına sorumlu işveren vekili yargılanabilecektir. Yılmaz, "6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda Önleyici Yaklaşım ve İşverenlerin Yükümlülükleri", 46-49; Özdemir, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, 630.

⁷⁷ Narter, *İş Kazası ve Meslek Hastalığında Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, 636-38.

⁷⁸ İnciroğlu, *Kamu İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Bakımından Sorumluluğu*, 142; Yılmaz, *İşveren Vekilinin İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Bakımından Sorumluluğu*, 119; Narter, *İş Kazası ve Meslek Hastalığında Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, 668.

⁷⁹ Yargıtay 12. CD., E. 2017/6682 K. 2019/898 T. 21.1.2019 "... yapı alanında asıl işveren adına işin yürütümünden ve iş güvenliğinden sorumlu işveren vekilinin kazada asli kusurlu olduğunun tespiti karşısında; mahkemece ... ve ismi tespit edilemeyen yapı alanında asıl işveren adına işin yürütümünden ve iş güvenliğinden sorumlu işveren vekili hakkında suç duyurusunda bulunulduğu anlaşılmakla, bu kişilerin söz konusu kazada sorumlu oldukları.." www.lexpera.com E.T.08.08.2022.

Yargıtay kararlarında alt işverenlik ilişkisinin taraflarından hangisinin yükümlülüğe aykırı davranışıyla ölümlü ya da yaralamalı iş kazasının meydana gelmesine neden olduğuna göre cezai sorumluluğun tespit edilebileceği vurgulanmıştır.⁸⁰ Asil işveren kusurlu davranışıyla anılan yükümlülükleri yerine getirmeyerek alt işveren çalışanının iş kazası sonucu ölüm ya da aralanmasına neden olmuşsa, asil işveren ve alt işveren kusurları oranında cezai sorumlulukları doğacaktır. Eğer anılan iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüğünü yerine getirme yalnızca alt işverene aitse, o alt işveren cezaların şahsiliği ilkesi gereği sorumlu olacakken, asil işverene veya her ikisi birlikte yükümlüyse, her işveren kusurları oranında cezai sorumlu olacaktır.

Kamu veya özel sektör ayırımı olmaksızın taraflarca alt işverenlik ilişkisine konu olan sözleşmelere anılan yükümlülükler ile yükümlülükler aykırılıktan dolayı ortaya çıkan hukuki, idari ve cezai sorumluluklardan taraflardan sadece birinin özellikle de alt işverenin sorumlu olacağına ilişkin sorumsuzluk kayıtları koyulabilmektedir.⁸¹ Tarafların anılan yükümlülükler aykırılıklardan sorumlu-

⁸⁰ Yargıtay 12. Ceza Dairesi 2019/5134 E. 2020/980 K.; Yargıtay 12. Ceza Dairesi 2017/5077 E. 2019/1949 K.; İstanbul BAM, 19. CD., 2018/4241 E. 2020/8 K. “İş kazası olarak tanımlanan bir olayda hukuki sorumluluk ve cezai sorumluluk olarak iki ayrı sorumluluk türü ortaya çıkabilir. Bu iki sorumluluk şekli farklı olup, taksire dayalı cezai sorumluluk hukuki sorumluluğa göre daha dar kapsamlı olarak düzenlenmiş ve bunun çerçevesi TCK’nın 22. maddesinde çizilmiştir. Bir olayda hukuki sorumluluğunun bulunması, cezai yönden de sorumlu olunacağı anlamına gelmemektedir. Öncelikle cezai sorumluluk ... ihlal eden ve bu hareketiyle öngörülebilir zararlı neticeye sebep olan kişinin taksirle işlenen suçlara ilişkin cezai sorumluluğu benimsenmiştir.” İzmir BAM, 14. HD., 2018/368 E. 2018/258 K. “... üzerindeki kontrol yetkisinin asil işverende olduğunu, asil işverenin meydana gelen iş kazasından sorumluluğunun bulunduğunu.”; Ankara BAM, 10. HD., E. 2018/2701 K. 2019/153 T. 5.2.2019 “İşverenin ve diğer kişilerin iş kazasındaki kasit veya kusurunun tespiti amacıyla; iş kazasının oluşumuna ilişkin maddi olguların eksiksiz biçimde saptanması, sorumluluğu gerektiren her koşulun, kendi özelliği çerçevesinde araştırılıp irdelenmesi, işveren ve diğer ilgililerin kusur oran ve aidiyetlerinin belirlenmesi gerekir.” www.lexpera.com E.T.08.08.2022.

⁸¹ Yargıtay’ın taraflarca koyulan sorumsuzluk kayıtlarına itibar ederek asil işveren veya alt işverenin cezai sorumluluğu olmayacağına ilişkin kararları bulunmaktadır. Yargıtay 12. CD., E. 2019/5134 K. 2020/980 T. 3.2.2020 “... Tur. Müh. Mim. San. ve Tic. A.Ş. unvanlı firma ile ... Dekorasyon Yapı Ürün. İnş. Taah. Ltd. Şti. unvanlı firma arasında düzenlenen taşeronluk sözleşmesinde yer alan “Taşeronun sözleşme konusunu ifa için görevlendirdiği personeller ile ilgili ve iş yerinde meydana gelebilecek her türlü kazalardan, ... hukuki veya cezai sorumluluk doğuracak diğer her türlü olaydan taşeron tek başına sorumludur. Herhangi bir nedenle işveren bu nedenlerden herhangi biriyle sorumlu tutulacak olursa bu sorumluluğu taşeron üstlenecek, buna ilişkin uyumsuzluğa taraf olacak ve sorumluluğun işverenin üzerinden kalkmasını temin edecektir.” hükmü gereğince asil işveren firma olan... Tur. Müh. Mim. San. ve Tic. A.Ş.’nin sorumluluğu bulunmadığından, ortağı ve yönetim kurulu üyesi olan sanık hakkında beraat kararı verilmesi gerektiği gözetilmeksizin, yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi; Kanuna aykırı olup” 12. CD., E. 2017/6140 K. 2019/6221 T. 15.5.2019 “müteveffayı çalıştıran ... Ltd. Şti’nin sorumlusu olan ...’ın işe alarak demir işinde çalıştırdığı müteveffanın iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak için yüksek yerlerde çalışırken nasıl hareket etmesi gerektiği konusunda uyarılamaması ve iş güvenliğini sağlamaması, 1475 sayılı Yasa’ya göre çıkarılmış İş Sağlığı ve Güvenliği Tüzüğü’nün 4. maddesine göre işçilerin başında teknik eleman bulundurmadığı, yüksekteki çalışmalarda işçisine emniyet kemeri vermediği ve kullandırmadığından asli kusurlu olduğu; diğer sanık ...’ın ise; 4857

luklarına yönelik kanun hükümleri, emredici niteliktedir. Tarafların kendi aralarından yapacakları sözleşme ile emredici nitelikteki cezai sorumluluğa ilişkin hükümlerin aksini kararlaştırmalarının geçerli olmayacağı kanaatindeyiz. Bu yöndeki sorumsuzluk anlaşmalarının kabulü, geçersizlik yaptırımı uygulanabilecek alt işverenlik ilişkilerinin kurulmasının önünü açacaktır.

Kamu işyerlerinde alt işverenlik ilişkisinde tarafların iş sağlığı ve güvenliği yükümlülükleri ve aykırılıkların yaptırımına ilişkin hükümler, hukuka uygun şekilde kurulan alt işverenlik ilişkileri için geçerlidir. Geçersizlik yaptırımı uygulanacak alt işverenlik ilişkisinde tarafların yükümlülüklerine aykırılıklardan sorumluluklarına yönelik açık bir hüküm mevcut değildir. Baştan itibaren asıl işveren işçisi olarak hüküm kurulacağı durumda, anılan yükümlülüklerine aykırılıklardan ortaya çıkan hukuki sorumlukta: iş kazasıyla alt işveren işçisinin çalışma gücü kaybı oluşmuş ya da ölüm gerçekleştirmişse çalışan veya hak sahipleri maddi, manevi ya da destekten yoksun kalma tazminatlarıyla, kurumun rücu taleplerinin asıl işverene mi alt işverene mi yoksa her ikisine de mi yöneltileceği önemlidir. Bir Yargıtay kararına göre, kanuna aykırılık, muvazaa nedeniyle geçersizlik yaptırımı uygulanacak bir alt işverenlik ilişkisi mevcutsa, sorumluluğun tespitinden önce gerçek ve görünürdeki işverenin tespit edilmesi gerekir.⁸² İşverenin tespit edilmesinden sonra somut olayda gerçek ve görünürdeki işverenlerin kusurları oranında sorumluluklarına gidilebilecektir. Sonuçta alt işverenlik ilişkisinde kanuna aykırılık ya da muvazaa da olsa aynı işyerini paylaşan birden fazla kişi bulunmaktadır. Türk Borçlar Kanunu md. 61'e göre, "*Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır.*" Hükümden anlaşıldığı üzere meydana gelen iş kazasından kaynaklanan tazminat ve rücu taleplerinden gerçek işverenin hukuki sorumluluğu bulursa da iş kazasının meydana gelmesinde kusuru bulunan görünürdeki alt işverenin sorumluluğuna, birlikte sorumluluk hükmüne istinaden, gidilebilecektir.⁸³ Kanuna aykırı şekilde kurulan alt işverenlik ilişkisinde anılan yükümlülüklerine aykırı davranan gerçek işveren işin durdurulması ile idari para cezası uygulamasında sorumlu olacaktır. İşyerinde anılan yükümlülükleri hiç veya gereği gibi yerine getirmemekten ciddi

sayılı kanunun 2/6 fıkrasına göre, asıl işveren konumunda olup, alt işveren konumunda olan sanık ...a bu ilişki kapsamında o işyeri ile ilgili olarak bu kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte hukuki olarak sorumludur, dendiğinden asıl işveren ... Otelcilik ve Turizm A.Ş'nin şantiye şefi olarak herhangi bir cezai sorumluluğunun bulunmadığı" www.lexpera.com E.T.08.08.2022.

⁸² Yargıtay Kararı - 10. HD., E. 2016/597 K. 2018/2289: "*davalı şirket vekilinin muvazaa iddiası da gözeltmek suretiyle, işverenlik sıfatı belirlenip, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.*" www.lexpera.com E.T.08.08.2022.

⁸³ Özden, *İş Sağlığı ve Güvenliği Yönünden Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi*, 370; Özdemir, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, 365-67.

ve yakın tehlike ortaya çıkmışsa, çalışmaktan kaçınma hakkı da gerçek işverene karşı kullanılabilir. Geçersiz alt işverenlik ilişkisinde görünürdeki işveren çalışanlarının uğradığı iş kazasından dolayı cezai sorumluluk gerçek işverene aittir. Bununla birlikte iş kazasının meydana gelmesinde görünürdeki işverenin de kusuru varsa, görünürdeki işveren de kusuru oranında cezai sorumlu olacaktır.⁸⁴

SONUÇ

6331 sayılı Kanun ve yönetmeliklerle asıl işveren ve alt işverene işyerinde iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yükümlülükler yüklenmiştir. Asıl işveren ve alt işverenin çalışanların bilgilendirilmesi ve eğitilmesi, iş sağlığı ve güvenliği kurulunun kurulması ve koordinasyonun sağlanması, risk değerlendirilmesinin yapılması gibi yükümlülükleri bulunmaktadır. Anılan yükümlülüklerden kimlerin hangi oranda sorumlu olacağını tespit edilebilmesi için öncelikle yükümlülüklerin asıl işverene mi alt işverene mi yoksa her iki işverene mi ait olduğu mevzuatta açıkça belirtilmelidir. Diğer bir ifadeyle, yükümlülüklerin alt işverenlik ilişkisinin tarafları için ne anlama geldiği kapsamının ne olduğunun anlaşılır olması, asıl işveren ve alt işverenin yükümlülüklerinin neler olduğu ile ayrırlıkla ortaya çıkan zarardan tarafların sorumluluklarının tespitine katkı sağlayacaktır. Özellikle de anılan yönetmeliklerde, asıl işveren ve alt işverenin bilgilendirme yapılması ve eğitim verilmesi, kurul kurulması, koordinasyonun sağlanması, risk değerlendirilmesinin yapılmasına ilişkin yükümlülüklerine yer verilmiştir.

İş kazası veya meslek hastalığına bağlı olarak meydana gelen zarar ile yapılan ödemelerin rücu tazmininde, yükümlülüğüne aykırı davranan tarafın sorumluluğuna gidilecektir. Kamu ya da özel sektör ayırımı olmaksızın alt işverenlik ilişkisinin kurulduğu işyerlerinde yükümlülüklerin hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesinden dolayı meydana gelen iş kazası ya da meslek hastalığından kaynaklanan tazminatlara yönelik çalışan veya hak sahipleri ile Kurumun rücu taleplerinden taraflar birlikte sorumlu olacaktır. Yükümlülüğe aykırılık alt işverenin kusurundan kaynaklansa da talepler alt işverene veya kusuru bulunmayan asıl işverene yöneltilebilecektir. İş kazası veya meslek hastalığı, yükümlülüklere aykırı davranan tarafların kusuru ile meydana gelmişse, tazminat ve rücu taleplerinden taraflar birlikte sorumlu olacaktır.

6331 sayılı Kanun ve ilgili yönetmeliklerce yüklenen yükümlülükleri hiç ve gereği yerine getirmemenin hukuki yaptırımları dışında idari para cezası, işin durdurulmasına karar verilmesi ile kamu ihalesine katılmasının yasaklanması gibi idari yaptırımlar ile cezai yaptırımları da bulunmaktadır. Alt işverenlik ilişki-

⁸⁴ Gülsüm Tatar, "Sosyal Güvenlik Hukukunda Mütessesil Sorumluluk", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, sy 55 (2017): 2156; Yıldız, *Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri*, 205-7; Erdoğan, *Sosyal Güvenlik Hukuku'nda Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluk*, 116-18.

sinde cezaların şahsiliği ilkesinin bir sonucu olarak taraflardan birine uygulanan idari para cezasından diğer taraf sorumlu değildir. Yükümlülükleri yerine getirmeyen alt işverene uygulanacak idari para cezasından asıl işverenin sorumluluğuna gidilemeyecektir. Fiili olarak aynı işyerinde faaliyette bulunan taraflardan biri ve çalışanlar için risk ve tehlike arz eden durum, diğer taraf ve çalışanlarını doğrudan veya dolaylı olarak etkileyecektir. Asıl işveren işyeri için verilen işin durdurulması kararı, alt işveren ve çalışanları etkilemesi olasıdır. Bu durumda alt işveren çalışanlarını farklı bir işyerinde çalıştırmazsa, işin durdurulmasından kaynaklanan boşta geçen süreye ilişkin ödenecek ücretlerden taraflar birlikte sorumlu olacaktır. Kamu maden işyerlerinde ihale yoluyla kurulan alt işverenlik ilişkilerinde, iş sağlığı güvenliği yükümlülüklerini yerine getirilmemesinden dolayı meydana gelen ölümlü iş kazasından kusuru olan taraf için kamu ihalesinden yasaklanma kararı verilecektir. Uygulamada ihale makamının kamu asıl işvereni olduğu, ölümlü iş kazasının meydana gelmesinde alt işverenin kusurlu olduğu durumda kamu ihalesine katılımın yasaklaması kararı, kusurlu olan alt işverene uygulanacaktır.

İş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine aykırılık nedeniyle meydana gelen ölümlü ya da yaralamalı iş kazasından cezai sorumluluk, cezaların şahsiliği ilkesi gereği kusurlu olan tarafa aittir. Bu nedenle tarafların cezai sorumluluğunda, iş kazası ya da meslek hastalığının meydana gelmesinde alt işverenlik ilişkisinin taraflarından hangisinin ne oranda kusurlu olduğu açık ve kesin şekilde tespit edilmelidir. Kamu asıl işvereni adına iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini yerine getirmeyen işveren vekillerinin de kusurları oranında cezai sorumlulukları doğacaktır. Özellikle kamu işyerlerinde sıkça rastlanan hukuki ve cezai sorumluluk kayıtları cezai sorumlulukta geçerli olmayacak, birlikte sorumluluk hükümleri cezai sorumlulukta uygulanmayacaktır. Kamu veya özel sektör ayırımı olmaksızın hukuki, idari ve cezai sorumluluk hükümleri geçerli alt işverenlik ilişkileri hüküm ifade etmektedir. Geçersizlik yaptırımı uygulanan alt işverenlik uygulamasında iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinden doğrudan asıl işveren sorumlu olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akı, E. 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve Çalışma Yaşamına Etkileri. D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, 15(Özel), (2013), 3-24.
- Akın, L. İş Sağlığı Güvenliği ve Alt İşverenlik (2. bs.). Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.
- Akın, L. İşyerlerinde ve İşletmelerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hiyerarşisi. Sosyal Güvenlik Dergisi, 7(2), 2017, 8-33.
- Akın, L. Risk Değerlendirme Yönetmeliği'nin İş Sağlığı ve Güvenliğine Katkısı. Sicil, (25), (2012), 33-43.
- Akpınar, T. İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku. Bursa: Ekin, 2018.
- Akyiğit, E. Alt İşverenlik İlişkisinde İdari Para Cezalarından Sorumluluk. Sicil, (2010), 224-249.
- Alp, N. S. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Kapsamında Rücu Davaları. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Alpagut, G. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun Genel Esasları. İÜHFMD, 72(2), (2014), 30-47.
- Alpsoy, L. İşyerinde İstihdam Edilen Çalışan Sayısına Bağlı Olarak İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri. Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, (143), (2015).
- Arslan, S. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na Göre İşverenin Genel Yükümlülükleri. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 20(1), (2014), 766-809.
- Ateş, Z. G. Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Eğitilmeleri. SÜHFD, 28(2), (2020), 712-745.
- Aydın, U. ve Ezer, B. İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatına Aykırılık Sebebiyle Uygulanan İdari Para Cezalarına İlişkin Sorunlar. Çalışma ve Toplum Dergisi, (4), (2014), 11-32.
- Aydınlı, İ. 6331 Sayılı Kanun'da Düzenlenen İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Alt İşveren İlişkisinde Gösterdiği Özellikler ve Hukuki Sorumluluk. Sicil, (30), (2013), 37-42.
- Aydınlı, İ. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı'nda ve/veya Kanunu'nda Alt İşveren"... Başka İşyerlerinden Çalışmak Üzere Gelen Çalışanlar..." Kavramının Anlamı Üzerine Genel Değerlendirme. Sicil, (26), (2012), 19-25.
- Aydınlı, İ. İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk (2. bs.). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Aydınlı, İ. İşverenin İşyerinde "Çalışan" İşçilerin İş Görmekten Kaçınma Hakkı. Çimento İşveren Dergisi, 19(4), (2005), 15-30.
- Aykaç, H. B. İş Hukukunda Alt İşveren. İstanbul: Beta Yayınevi, 2011.
- Baloğlu, C. Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri ve Aykırılığın İş İlişkisine Etkisi. Kamu-İş, 14(1), (2015a).
- Baloğlu, C. İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri ve Aykırılığın İş İlişkisine Etkisi. TBB Dergisi, (118), (2015b), 297-312.

- Baycık, G. Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler. Ankara Barosu Dergisi, (3), (2013), 104-171.
- Baysal, U. Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri. İstanbul: Beta Yayınevi, 2019.
- Belverenli, D. Alt İşveren İlişkisinden Doğan İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri. İÜHFİM, 74(Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan), (2016), 170-222.
- Boz Eravcı, D. 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve İlgili Yönetmelikleri Çerçevesinde İşverenin Yükümlülükleri. Emek ve Toplum Dergisi, 8(22), (2019), 330-355.
- Boz Eravcı, D. İşverenin Alt İşverenin İşçileri Üzerindeki Koruma Yükümlülüğünün Değerlendirilmesi. Anadolu Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 21(2), (2020), 19-34.
- Canıklıoğlu, N. 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri (ss. 26-85). Çalışma Mevzuatı Semineri, sunulmuş bildiri, Antalya: Toprak İşveren Sendikası, 2012.
- Centel, T. (2013). İş Sağlığı ve Güvenliği Kurullarının İşleyişi. Sicil, (29), 12-25.
- Civan, E. İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Rücu Davalarında Sosyal Güvenlik Kurumu Karşısında Sorumluluğun Kapsamı ve Müteselsil Sorumluluk. AÜHFİD, 4(64), (2015), 1014-1071.
- Demir, B. ve Demir, N. Kamu Sektöründe 6631 Sayılı İş Sağlığı Güvenliği Yasasının Uygulanması ve Mevcut Yükümlülükler. İstanbul Aydın Üniversitesi Dergisi, (29), (2016), 167-194.
- Demir, E. 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Kapsamında İşverenin Yükümlülükleri ve Sorumluluğu. İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 13(1), (2014), 126-271.
- Demir, F. İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerinin Alınmasından İşverenin Sorumluluğu. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 20(1), (2014), 674-704.
- Demir, K. Çalışanların 6331 Sayılı Kanundan Doğan Yükümlülükleri ve Yükümlülükleri İhlalin Sonuçları. Sosyal Güvenlik Dergisi, 10(2), (2020), 393-412.
- Duman, B. İş Hukukumuzda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimi Verme Yükümlülüğüne İlişkin Temel Esaslar. Terazi Hukuk Dergisi, 14(153), (2019), 990-1013.
- Ekmekçi, Ö. Köme Akpulat, A. ve Akdeniz, A.L. *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, 1. Bs, İstanbul: Onikilevha, 2021.
- Erdoğan, Ç. İşveren ve İşveren Vekilinin İş Kazasından Doğan Cezai Sorumluluğu. Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.
- Erdoğan, N. Sosyal Güvenlik Hukuku'nda Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluk. İstanbul: Oniki Levha, 2019.
- Ergüneş, S. İşveren Vekilinin İş Kazasından Kaynaklı Cezai Sorumluluğu. Legal İSGHD, 10(39), (2013), 135-162.

- Erkanlı Başbüyük, B. İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Ertürk, Ş. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda İşverene Getirilen Yükümlülükler. Sicil, (27), (2012), 12-25.
- Filizöz, B. ve Kocabacak, A. Türkiye’de İş Sağlığı ve Güvenliği Uygulamaları. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Gültekin, F. Alt İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Faaliyetleri ve Yükümlülükleri. Legal İSGHD, 15(58), (2018), 420-451.
- Güner, R. Asıl İşverenin (Taşeron) İşçilerinin İş Sağlığını ve Güvenliğini Sağlama Sorumluluğunun Kapsamı ve Sınırı. Terazı Hukuk Dergisi, 10(105), (2015), 75-82.
- Han, I. A. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 13. Maddesi Kapsamında İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı. TAAD, 10(37), (2019), 181-202.
- İnciroğlu, L. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Çalışanın Çalışmaktan Kaçınma Hakkı. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, (20), (2014), 809-822.
- İnciroğlu, L. Kamu İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Bakımından Sorumluluğu (2. bs.). Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- Kabakçı, M. Avrupa Birliği İş Hukukunda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği ile İlgili Temel Yükümlülükleri ve Türk Mevzuatının Uyumu. İstanbul: Beta Yayınevi, 2009.
- Karakoç, M. 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununa Göre İşverenin Eğitim Verme Yükümlülüğü, (Mayıs-Haziran), (2013), 277-286.
- Karataş, H. İş Kazası ve Meslek Hastalığında İşverenin Hukuki Sorumluluğu. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Kılıkış, İ. ve Demir, S. İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimi Verme Yükümlülüğü Üzerine Bir İnceleme. Çalışma İlişkileri Dergisi, 3, (2012), 24-48.
- Koca, M. ve Üzülmez, İ. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (12. bs.). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Koç, M. İş Sağlığı ve Güvenliği Bağlamında Asıl İşverenin Yükümlülükleri. 8. İş Sağlığı ve Güvenliği Konferansı, sunulmuş bildiri, İstanbul: ÇSGB, 2016.
- Köseoğlu, A. C. İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi. İstanbul: Beta Yayınevi, 2004.
- Limon, A. Türk Hukuk Sisteminde İş Sağlığı ve Güvenliği. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, (1), (2020), 209-242.
- Memişoğlu, Ö. ve Çağatay, Ç. İşverenin İş Kazasından Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu. Legal İSGHD, 9(33), (2012), 31-70.
- Narter, S. İş Kazası ve Meslek Hastalığında Hukuki ve Cezai Sorumluluk (3. bs.). Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- Narter, S. İş Sağlığı ve Güvenliği Hukukunda İdari, Cezai ve Hukuki Sorumluluk (5. bs.). Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.

- Nüvit Gerek. Alt İşverenlerin İdari Para Cezalarından Asıl İşverenlerin Sorumluluğu. *Sicil*, (19), (2010), 169-175.
- Ocak, S. Alt İşveren İlişkisinde İş Sağlığı ve Güvenliği Uygulamaları Genel Bakış. Prof. Dr. Turhan Esener III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi içinde (ss. 99-142). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Oğuz, Ö. AB Direktifleri ve Türk İş Hukukunda İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenlerin Yükümlülükleri ve İşçilerin Hakları. İstanbul: Legal Yayınevi, 2011.
- Oğuz, Ö. İş Kazası ve Meslek Hastalıklarında Kurum İşverene Rücu Hakkı. *TBB Dergisi*, (140), (2019), 393-424.
- Okur, A. R., Güzel, A. ve Caniklioğlu, N. Sosyal Güvenlik Hukuku (19. bs.). İstanbul: Beta Yayınevi, 2021.
- Özdemir, E. İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Dersleri. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.
- Özdemir, E. İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.
- Özden, B. İş Sağlığı ve Güvenliği Yönünden Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi. İstanbul: Beta Yayınevi, 2021.
- Özen, M. İş Kazalarında Hukuki, Cezai ve İdari Sorumluluk. *Ankara Barosu Dergisi*, (2), (2015), 215-253.
- Özer, H. D. İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulu Oluşturma Yükümlülüğü, 15(60), (2018), 1401-1458.
- Özgenç, İ. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (17. bs.). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Özkan, H. İş Kazalarından Doğan Ceza Sorumluluğunda Kusur Tespiti. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20(1), (2016), 511-572.
- Öztekin, S. B. İş Sağlığı ve Güvenliği ile İlgili Yükümlülüklerle Aykırılık Durumunda İşin Durdurulması. *TBB Dergisi*, (133), (2017), 649-676.
- Öztürk, C. Alt İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği ile İlgili Yükümlülükleri. *İstanbul Barosu Dergisi*, 91(5), (2017), 55-73.
- Sarıbay Öztürk, G. İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları. İstanbul: Beta Yayınevi, 2015.
- Solak, S. Türk Hukukunda İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğu. İstanbul: Legal Yayınevi, 2020.
- Sümer, H. H. İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku (5. bs.). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Sümer, H. H. İş Sağlığı ve Güvenliği Yaptırımı Olarak İşin Durdurulması. *Terazi Hukuk Dergisi*, 12(131), (2017), 91-104.
- Şahin Emir, A. İşyerinde Tehlike Hâlinde Alınması Gereken Önlemlerin Hukukî Çerçevesi. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Şener, A. M. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na Göre İşverenin Sorumluluğu. *Legal İSGHD*, 11(42), (2014), 113-137.
- Tatar, G. Sosyal Güvenlik Hukukunda Müteselsil Sorumluluk. *Çalışma ve Toplum Dergisi*, (55), (2017), 2132-2171.

- Terzioğlu, A. ve Aksungur, A. B. İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu. Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi, 3(6), (2019), 12-54.
- Tulukcu, B. İşverenin Risk Değerlendirmesi Yükümlülüğünün Hukuki Boyutu. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 24(1), (2014), 711-747.
- Urhanoglu Cengiz, İ. İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerine Aykırı Davranışının Yaptırımı Olarak İşin Durdurulması veya Kapatılması. Sarper Süzek'e Armağan içinde (C. 2, ss. 1956-1982). İstanbul: Beta Yayınevi, 2011.
- Yıldız, E. Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri. İstanbul: Oniki Levha, 2022.
- Yılmaz, A. İşveren Vekilinin İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Bakımından Sorumluluğu. Ankara: Seçkin Yayıncılık, (2021).
- Yılmaz, F. 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda Önleyici Yaklaşım ve İşverenlerin Yükümlülükleri. TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 24(6), (2013), 43-70.
- Yiğit, E. Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Paylaştırılması. Sicil, (41), (2019), 206-220.



Mavi Kart Sahibi Olanların Kişi Hallerine İlişkin Davalarda MÖHUK m. 41'in Uygulama Alanı Hakkında Yargıtay 20. Hukuk Dairesinin 27.7.2020 Tarihli Kararının İncelemesi^(*)

Review of Turkish Court of Cassation 20th Circuit's Judgement of 20.7.2020 on the Application of Art. 41 of the PILA in Claims Relating to the Personal Status of Blue Card Holders

Arş. Gör. Dr. Nazlı ALBAYRAK CEYLAN^(**)

Öz

Yabancılık unsuru barındıran uyuşmazlıkların çözümünde belirli bir ülke mahkemesinin yetkisinin varlığı, milletlerarası yetki kavramı ile ifade edilmektedir. Uyuşmazlığın çözümü bakımından ilgili ülke mahkemesinin yetkili olup olmadığı veya hangi koşulların yerine getirilmiş olduğu hallerde yetkiye sahip olduğu milletlerarası yetkinin konusunu oluşturmaktadır. Devletlerin iç hukukunun parçasını teşkil eden milletlerarası yetkiye dair kurallar aracılığıyla, yabancılık unsuru barındıran bir uyuşmazlığın, o ülke mahkemeleri tarafından görülüp görülmeyeceği devletlerce serbestçe tayin edilmektedir. Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davalar bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, MÖHUK m. 41'de yer alan özel bir yetki kuralı ile düzenlenmiştir. Bu yetki kuralı aracılığıyla kanun koyucu, Türk vatandaşının kişi hallerine ilişkin yabancılık unsuru barındıran bir davanın yabancı ülke mahkemesinde açılmadığı veya açılmadığı durumlara özgü olmak üzere, Türkiye'de bu davalar bakımından yetkili bir mahkemenin mevcut bulunmasını sağlamıştır. Çalışmamızda, hukuki statüleri TVK m. 28 aracılığıyla düzenleme altına alınmış olan, doğumla Türk vatandaşı olup çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin kişi hallerine ilişkin davalarda MÖHUK m. 41 uyarınca Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tesis edilip edilemeyeceği, Yargıtay 20. Hukuk Dairesi'nin kararı doğrultusunda incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Milletlerarası Yetki, Kişi Hallerine İlişkin Davalar, Vatandaşlık, Çekişmesiz Yargı, Mavi Kartlılar.

^(*) Araştırma Makalesi / Makale Geliş Tarihi: 12.11.2022 - Makale Kabul Tarihi: 26.11.2022
DOI: 10.56701/shd.1203166

^(**) Sakarya Üniversitesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Sakarya - Türkiye
E-posta: nceylan@sakarya.edu.tr
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0001-8223-9573>

Abstract

International jurisdiction can be described as the jurisdiction of a court with regard to the settlement of disputes with a foreign element. Through rules of international jurisdiction, that constitute a part of the domestic law of the states and are independently established by the countries, it is determined whether a dispute containing a foreign element will be heard by the courts of that country. The rule on international jurisdiction of Turkish courts with respect to cases concerning the personal status of Turkish citizens appears in the form of a special rule of jurisdiction under Article 41 of the PILA. Through this rule of jurisdiction, the legislator has ensured that there is a competent court in Turkey to adjudicate disputes regarding the personal status of a Turkish citizen, where such cases, are not or cannot be filed before a foreign court. In this study, whether the international jurisdiction of the Turkish courts can be established pursuant to Art. 41 of the PILA, in cases concerning the personal status of Turkish citizens by birth whom lost Turkish citizenship by obtaining a renunciation permit will be examined in light of the decision of the Turkish Court of Cassation.

Keywords

International Jurisdiction, Cases in Relation to Personal Status, Citizenship, Non-Contentious Jurisdiction, Blue Card Holders.

GİRİŞ VE İNCELEME KONUSU KARAR

Türk hukukunda yabancılık unsuru barındıran işlem ve ilişkiler hakkında uygulama alanı bulacak kurallar, 2007 tarih ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun¹(MÖHUK) aracılığıyla düzenlenmiştir². MÖHUK m. 1’de “*Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi bu Kanunla düzenlenmiştir.*” demek suretiyle, Türk mahkemeleri önüne gelen ve yabancılık unsuru barındıran özel hukuk işlem ve ilişkileri hakkında MÖHUK hükümlerinin uygulama alanı bulacağı açıkça hükme bağlanmıştır³.

Yabancılık unsuru barındıran uyuşmazlıkları konu edinen davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, bu hususu düzenleyen temel kanun olan MÖHUK m. 40 ile 47 arasında kural altına alınmıştır. Kanun koyucu, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi hakkında m. 40 aracılığıyla genel kural bir düzenleme sevk ettikten sonra MÖHUK m. 41-46 arasında yer verilen haller ba-

¹ RG 12.12.2007, 26728.

² Yabancılık unsuru barındıran işlem ilişkilere uygulanacak hukuka ve milletlerarası usul hukukuna ilişkin olmak üzere MÖHUK yanında diğer bazı kanunlarda da hükümler yer almaktadır. Aysel Çelikel - Bahadır Erdem *Milletlerarası Özel Hukuk*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2022), 45.

³ MÖHUK m. 1 f. 2’de yer alan “*Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır.*” kuralı doğrultusunda, uyuşmazlık konusu işlem veya ilişki hakkında Türkiye’nin taraf olduğu iki veya çok taraflı milletlerarası sözleşmelerde hüküm bulunması halinde, bu sözleşmelerde yer alan hükümler MÖHUK hükümlerine nazaran öncelikli uygulama alanı bulacaktır. Cemal Şanlı vd., *Milletlerarası Özel Hukuk*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2022), 20, dn. 46.

kımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis etmek üzere özel kurallara yer vermiştir. Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tayin eden genel kural olan MÖHUK m. 40 uyarınca, milletlerarası yetkinin tayininde iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarının uygulanacağı öngörülmüş olmakla birlikte, kanun koyucu MÖHUK m. 41-46 arasında yer verilen haller bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis etmek üzere birtakım kurallara yer vermiştir. Öğretide ağırlıklı olarak, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tesisi bakımından özel hüküm niteliğini haiz olduğu kabul edilen⁴ bu hükümlerden biri de MÖHUK m. 41'de yer alan, Türklerin kişi hallerine ilişkin davalarda yetkili mahkemeyi gösteren kuraldır. MÖHUK m. 41 uyarınca, *“Türk vatandaşlarının kişi hâllerine ilişkin davaları, yabancı ülke mahkemelerinde açılmadığı veya açılmadığı takdirde Türkiye’de yer itibariyle yetkili mahkemede, bulunmaması hâlinde ilgilinin sâkin olduğu yer, Türkiye’de sâkin değilse Türkiye’deki son yerleşim yeri mahkemesinde, o da bulunmadığı takdirde Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinde görülür.”*

MÖHUK m. 41 hükmü aracılığıyla milletlerarası yetkinin tesis edilebilmesi için aranan şartlara aşağıda değinilecek olmakla birlikte bu şartlar arasında yer alan davanın, Türk vatandaşının kişi hallerine ilişkin olması hali, Yargıtay 20. Hukuk Dairesi tarafından 2020 yılında verilen karar⁵ dikkate alınmak suretiyle ele alınacaktır. Yargıtay, doğumla Türk vatandaşı olup çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığından ayrılan davacının açtığı ad düzeltme davasının görülmesi sırasında ilk derece mahkemesi nezdinde, yetkili mahkemenin belirlenmesi hususunda ilişkin olarak ortaya çıkan uyuşmazlığı karara bağlarken, bu kişiler bakımından da MÖHUK m. 41 hükmünün uygulama alanı bulacağı sonucuna varmıştır. Çalışmamızda, doğumla Türk vatandaşı olup çıkma izni almak suretiyle

⁴ Bu görüş doğrultusunda, yabancılık unsuru barındıran bir uyuşmazlık hakkında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin varlığı tespit edilirken, öncelikle uyuşmazlığın MÖHUK m. 41 ile 46 arasında düzenlenen özel yetki kurallarının kapsamına girip girmediğinin belirlenmesi gerekmektedir. Bir başka deyişle, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tespitinde, öncelikle MÖHUK'ta yer alan özel yetki kuralının uygulama alanına giren bir uyuşmazlık olup olmadığına bakılacak, uyuşmazlık konusuna ilişkin özel bir yetki kuralının tayin edilmemiş olması halinde genel yetki kuralı olan MÖHUK m. 40 doğrultusunda, iç hukukta bulunan yer itibariyle yetki kuralları uygulama alanı bulacaktır. Çelikel - Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 567; Sibel Özel vd., *Milletlerarası Özel Hukuk*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 575-576; Şanlı vd., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 458-460; Zeynep Derya Tarman, “The International Jurisdiction of the Turkish Courts on Special Status of Turkish Nationals” *Yearbook of Private International Law* 14 (2012/2013) 478; Bilgin Tiryakioğlu, “Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”, içinde *Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2012) 1141. MÖHUK m. 41-46 arasında yer alan yetki kurallarının MÖHUK m. 40'ta öngörülen yetki kuralı yanında tamamlayıcı nitelikte olduğu ve uyuşmazlık bakımından doğrudan uygulama bulmayacağı yönünde bkz. Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayınevi 2021), 477 vd.

⁵ Yargıtay 20. HD., E. 2020/429 K. 2020/1074 T. 27.7.2020, www.lexpera.com E.T.20.010.2022.

Türk vatandaşlığını kaybedenlerin 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu⁶ (TVK) m. 28 uyarınca sahip oldukları statünün⁷, MÖHUK m. 41’de aranan şartların sağlanması bakımından yeterli olup olmadığı ilgili karar çerçevesinde ele alınacaktır.

Yargıtay 20. Hukuk Dairesine konu olan davada yüksek mahkeme,
 “... davacının, Mavi Kartlılar Kütüğünde “...” olan isminin “...” olarak değiştirilmesi istemine ilişkindir. Mersin 2. Asliye Hukuk Mahkemesince nüfus kaydına göre davacının Türk vatandaşlığından çıktığı ve Türkiye’de oturduğuna yani ikamet ettiğine ilişkin herhangi bir kaydın bulunmadığı anlaşılmıştır. Davacının nüfusa kaydolduğu yer ... olup bu yer karine olarak ikametgah yeri olup yetkili mahkemesinin de karine olarak ikametgah yeri olan ... Asliye Hukuk Mahkemesidir. 6100 sayılı HMK’nın 114/1-ç maddesi uyarınca kesin yetkinin dava şartlarından olduğu gerekçesi ile yetkisizlik kararı verilmiştir.

... Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından ise “Dava; davacının, Mavi Kartlılar Kütüğünde “...” olan isminin “...” olarak değiştirilmesine yöneliktir. 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu m 28/1, Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk Vatandaşlığını kaybeden kişilerin (mavi kartlılar), Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edeceklerini düzenlemiştir. Bu durumda yetkili mahkemenin belirlenmesi konusunda genel kuralın (5490 sk m.36) uygulanacağı açıktır. 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununun 36. maddesindeki ilgilinin yerleşim yeri mahkemesinin yetkisi, kesin yetki kuralı olmamakla birlikte tarafların Mersin 2. Asliye Hukuk Mahkemesine herhangi bir yetki itirazında da bulunmadığı görülmüştür. 5490 sayılı Nüfus Kanununun 36. maddesinde belirtilen ilgilinin oturduğu yer mahkemesi yetkisinin, kesin ve kamu düzenine ilişkin bir yetki kuralı olmadığı gerekçesiyle yetkisizlik kararı verilmiştir.

5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununun 36/1-a maddesinde, nüfus kayıtlarına ilişkin düzeltme davalarının düzeltmeyi isteyen şahsın yerleşim yeri adresinin bulunduğu yerdeki görevli asliye hukuk mahkemesinde açılacağı hükme bağlanmıştır. Nüfus kayıtlarındaki düzeltme ilişkin uyumsuzluklarda ki yetki Nüfus Hizmetleri Kanununun 36/1-a maddesi uyarınca kesin yetkidir.

⁶ RG 12.6.2009, 27256.

⁷ Doğumla Türk vatandaşı olup, sonradan çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin hukuki statüsü TVK m. 28’de kural altına alınmıştır. İlgili kural kapsamındaki kişileri anlatmak üzere kullanılan “Mavi kartlılar” ifadesi, bu kişilere talepleri halinde verilen ve maddede yer alan haklardan yararlanabileceklerini gösteren “Mavi Kart” uygulamasına dayanmaktadır. Ayrıca bu kişilerce beyan edilen nüfus olaylarının kaydı ve takibi amacıyla, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 8/A’ya dayalı olarak “Mavi Kartlılar Kütüğü” oluşturulmuştur. Bkz. Mavi Kartlılar Kütüğü ve Beyan Edilen Nüfus Olaylarının Tutulması Hakkında Yönerge, <https://www.nvi.gov.tr/kurumlar/nvi.gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/yonerge/MaviKartlilarKutuguveNufusOlaylarininTutulmasiYonergesi.pdf>, E.T. 1.11.2022.

Türk Vatandaşlığı Kanunu m.28/1, Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybeden kişilerin (mavi kartlılar), Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edeceklerini düzenlemiş, kolluk araştırması sonucunda davacının Türkiye'de ki ikamet adresi tespit edilemediği gibi Türkiye'de ikamet etmiyor ise Türkiye'de ki en son ikamet adresinin tespit edilemediği anlaşılacakla 5718 sayılı MÖHUK m. 41 uyarınca Türk vatandaşlarının kişi hâllerine ilişkin davaları, yabancı ülke mahkemelerinde açılmadığı veya açılmadığı takdirde Türkiye'de yer itibariyle yetkili mahkemede, bulunmaması hâlinde ilgilinin sâkin olduğu yer, Türkiye'de sâkin değilse Türkiye'deki son yerleşim yeri mahkemesinde, o da bulunmadığı takdirde Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinde görülür.

Dosya kapsamından, davacının vekaletname üzerindeki adresinin "MERSİN" olduğu anlaşılacakla uyuşmazlığın Mersin 2. Asliye Hukuk Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekir..." şeklinde hüküm kurmuştur.

I. MÖHUK M. 41 DOĞRULTUSUNDA TÜRK MAHKEMELERİNİN MİLLETLERARASI YETKİSİ

MÖHUK m. 41 kuralı aracılığıyla Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin varlığı, çeşitli koşulların yerine getirilmiş olmasına bağlanmıştır. Buna göre, öncelikle davanın taraflarından birinin veya her iki tarafının Türk vatandaşı olması, ikinci olarak davanın Türk vatandaşının kişi hallerine ilişkin olması ve son olarak davanın yabancı ülke mahkemelerinde açılmamış veya açılmamış olması gerekmektedir⁸. Ayrıca, MÖHUK hükümlerinin uygulama alanı bulabilmesi, yabancılık unsurunun varlığına bağlanmış olduğundan, MÖHUK m. 41'in uygulanması suretiyle yetkili mahkemenin tesis edilebilmesi için öncelikle, Türk mahkemeleri nezdinde çözüme kavuşturulacak uyuşmazlığın yabancılık unsuru barındırması gerekmektedir⁹. Yabancılık unsurunun, davanın tarafları bakımından mevcut bulunması ise zorunlu değildir. Örnek olarak, davanın taraflarının her ikisinin de Türk vatandaşı olduğu ancak yerleşim yerinin Türkiye dışında olduğu uyuşmazlıklar hakkında da diğer koşullarında sağlanmış olduğu hallerde, MÖHUK m. 41 uygulama alanı bulacaktır¹⁰.

⁸ Çelikel - Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 622; Rifat Erten, *Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), s. 79-80; Şanlı vd., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 488-492; Mine Tan Dehmen, "Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalar Bakımından 5718 Sayılı MÖHUK'ta Kabul Edilen Yetki Kuralı", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 33/1 (2013), 173, 172 vd.; Tiryakioğlu, "Milletlerarası Yetki", 1150-1153.

⁹ Nuray Ekşi, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2000), 154; Erten, *Yetki*, 78; Tan Dehmen, "Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalar", 186-187. Yabancılık unsuru barındırmayan uyuşmazlıkların hallerinde de Türk mahkemelerinin yetkisinin MÖHUK m. 41 uyarınca tesis edilebileceği hakkında bkz. Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 476.

¹⁰ Ekşi, *Yetki*, 154. MÖHUK'ta yer alan milletlerarası usul hukukuna ait kuralların uygulama alanı bulması için taraflardan birinin yabancı ülke vatandaşı olması, hukuki olay veya ilişkinin yabancı ülkede mey-

A. TARAF LARDAN BİRİNİN TÜRK VATANDAŞI OLMASI

MÖHUK m. 41 uyarınca Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tesisi için aranan ilk şart davanın bir Türk vatandaşının kişi hallerine ilişkin olmasıdır¹¹. Türk vatandaşlığına sahip tarafın davacı veya davalı sıfatına sahip olması önem arz etmemekle birlikte, dava sonucunda Türk vatandaşının kişisel statüsünde değişiklik meydana gelmesi gereklidir¹². Zira kanun koyucu ilgili hükmü ihdas ederken, Türklerin kişi hallerine dair uyuşmazlıkları çözmek üzere daima yetkili bir mahkemenin mevcut bulunmasını amaçlamıştır¹³. İlgili koşulun sağlanması bakımından dava sonucunda kişisel statüsünde değişiklik meydana gelecek tarafın Türk vatandaşı olup olmadığının tespiti ise Türk hukuku uyarınca gerçekleştirilecektir¹⁴. Kişinin davanın açıldığı anda Türk vatandaşı olması gerekmektedir. Davanın açıldığı tarihten sonra ilgili Türk vatandaşlığını kaybetmesi ya da Türk vatandaşlığı haricinde başka bir ülkenin vatandaşlığına da sahip olması, MÖHUK m. 41 aracılığıyla Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisinin tesisi bakımından engel teşkil etmeyecektir¹⁵.

Bu doğrultuda Türkiye’de bulunan vatansızlar ile mülteciler bakımından MÖHUK m. 41 uygulama alanı bulmayacaktır¹⁶. Çalışmamıza konu teşkil eden Yargıtay kararı örneğinde olduğu gibi doğumla Türk vatandaşı olup, çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler bakımından MÖHUK m. 41’de aranan şartın gerçekleşip gerçekleşmediği aşığıda ele alınacaktır.

B. DAVANIN KİŞİ HALLERİNE İLİŞKİN OLMASI

MÖHUK m. 41 uyarınca milletlerarası yetkinin söz konusu olması için aranan ikinci şart, davanın Türk vatandaşının kişi hallerine ilişkin olmasıdır. Hangi uyuşmazlıkların kişi hallerine ilişkin olduğunun tespiti, Türk hukuku uyarınca gerçekleştirilecektir. Diğer bir ifadeyle, mahkeme uyuşmazlık konusunun kişi

dana gelmiş olması gibi uyuşmazlık konusu olay veya ilişkiyi hakim in hukuku dışında bir başka ülkenin hukuk sistemiyle bağlantılı hale getiren bir yabancılık unsurunun varlığının mevcut bulunması gerektiği hakkında bkz. Mesut Aygün, “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Hakan Pekantez’e Armağan* 16/Özel Sayı (2015), 1029.

¹¹ Çelikel - Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 625; Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 676; Özel vd., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 604; Şanlı vd., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 489; Tan Dehmen, *Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalar*, s. 172; Tarman, “Jurisdiction”, 480.

¹² Çelikel - Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 625; Ekşi, *Yetki*, 154; Erten, *Yetki*, 80-81; Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 476; Şanlı vd., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 489,-490; Tan Dehmen, “Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalar”, 172; Tarman, “Jurisdiction”, 480.

¹³ Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 476; Şanlı vd. *Milletlerarası Özel Hukuk*, 489.

¹⁴ Çelikel - Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 624; Erten, *Yetki*, 81; Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 476; Tan Dehmen, “Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalar”, s. 173.

¹⁵ Erten, *Yetki*, 83, Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 476-477; 94; Özel vd., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 604; Şanlı vd., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 489, dn. 143; Tan Dehmen, “Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalar”, 173; Tarman, “Jurisdiction”, 480-481.

¹⁶ Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 477.

halleri kapsamında olup olmadığına, Türk hukuku uyarınca yapacağı vasıflandırma sonucunda karar verecektir¹⁷.

Kanun koyucu MÖHUK m. 41 hükmünde hangi hallerin kişi hallerinden olduğuna dair açıklama yapmamış, kişi hallerine ilişkin davalar ifadesine yer vermekle yetinmiştir. Doktrinde ise kişinin statüsü ve ehliyetini konu eden kişinin hukuku ile aile hukukuna ilişkin vesayet, evlat edinme, soybağı, evlenmenin butlanı, boşanma gibi uyuşmazlıkların söz konusu olduğu hallerde, kişi hallerine ilişkin dava olma şartının gerçekleştiği ifade edilmektedir¹⁸. Buna karşılık, kişinin hukuku yahut aile hukukuna ilişkin olmakla birlikte, niteliği itibarıyla kişinin şahsi statüsüne ilişkin olmayan, örneğin mal rejimi davaları ya da maddi veya manevi tazminat davalar gibi davalar bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi MÖHUK m. 41 uyarınca tesis edilemeyecektir¹⁹.

Çalışmamıza konu Yargıtay kararında davacı, Mavi Kartlılar Kütüğünde yer alan adının değiştirilmesi talebiyle dava açmıştır. Ad değişikliğine yönelik davalar, kişinin şahsi statüsüne ait unsurlardan biri bakımından değişiklik meydana gelmesi sonucunu doğurmaları itibarıyla, kişi hallerine ilişkindir²⁰. Dolayısıyla, ad değişikliğine yönelik davalar MÖHUK m. 41'de kapsamında yer almakta olup, bu davalar bakımından ilgili şart gerçekleşmiş bulunmaktadır²¹.

Ad değişikliği talepleri 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)²² m. 382 f. 2'de sayılan çekişmesiz yargı işlerindedir. Bu itibarla, ilgili talepler bakımından MÖHUK m. 41 aracılığıyla Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tesis edilip edilemeyeceği belirlenirken değerlendirilmesi gereken bir diğer husus, çekişmesiz yargı işlerinin MÖHUK m. 41 hükmünde yer alan “*dava*” ifadesini karşılayıp karşılamadığıdır. Öğretide ağırlıklı olarak savunulan ve bizim de katıldığımız ilk görüş uyarınca, MÖHUK m. 41'de “*Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davalar*” ifadesine yer verilmiş olmakla birlikte, hükümde yer alan “*davalar*” ifadesi çekişmesiz yargı işlerini de kapsamına almaktadır²³. Şöyle

¹⁷ Gülin Güngör, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021) 245; Özel vd., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 605; Şanlı vd., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 490; Tan Dehmen, “Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalar”, 175; Tiryakioğlu, “Milletlerarası Yetki”, s. 1145.

¹⁸ Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, Tiryakioğlu, “Milletlerarası Yetki”, 1145.

¹⁹ Erten, *Yetki*, 100; Şanlı vd., Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 476; Şanlı vd., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 490; Tiryakioğlu, “Milletlerarası Yetki”, 1145.

²⁰ Hatice Selin Pürselim Arning, *Türk, Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuklarında Ad* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2014) 273-274; Şanlı vd., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 490.

²¹ Şanlı vd., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 490.

²² RG 4.2.2011, 27836.

²³ Güngör, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 245; Hatice Selin Pürselim, “MÖHUK Kapsamında İddet Müddetinin Soybağının Reddi ve Babalık Davalarına Etkileri” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 27/1, (Haziran 2021, 530; Özel vd., *Milletlerarası Özel Hukuk* 606; Tan Dehmen, “Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalar”, 174-175.

ki; HMK’da çekişmesiz yargı işi niteliğini haiz olduğu kabul edilen talepler de medeni yargılamanın parçasını teşkil etmektedir²⁴. Bu itibarla, Kanun’da “*dava*” yerine “*iş*” ifadesine yer verilmiş olmakla birlikte, bu taleplerin de mahkeme nezdinde bir yargılama faaliyetine konu edildikleri dikkate alındığında, Türklerin kişi hallerine ilişkin çekişmesiz yargı işleri hakkında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin MÖHUK m. 41 uyarınca tayini söz konusu olmalıdır²⁵.

Aksi yöndeki görüş uyarınca ise MÖHUK m. 41’de yer alan ve HMK uyarınca çekişmeli yargı işlerine özgülenmiş “*dava*” ifadesinin varlığı, ilgili madenin çekişmesiz yargı işlerini de kapsayacak şekilde yorumlanmasını engellemektedir. Bu bağlamda, Türk vatandaşlarının kişi halleri hakkındaki çekişmesiz yargı işlerinde Türk mahkemesinin milletlerarası yetkiye sahip olup olmadığı, MÖHUK m. 41 aracılığıyla değil, MÖHUK m. 40 doğrultusunda, iç hukukta yer alan yer itibarıyla yetki kuralları uyarınca belirlenmelidir²⁶.

Çalışmamıza konu kararda da olduğu gibi Yargıtay kararlarında, MÖHUK m. 41’in uygulanmasına ilişkin olarak değerlendirmede, uyumsuzluğun çekişmeli yargı veya çekişmesiz yargının konusunu oluşturması açısından herhangi bir ayırım yapılmadığı görülmektedir²⁷. HMK hükümleri uyarınca çekişmesiz yargı işlerinden olan kişi hallerine dair taleplere ilişkin çeşitli kararlarda Yargıtay çekişmesiz yargı işlerinin MÖHUK m. 41’de yer alan “*dava*” ifadesini karşılayıp karşılamadığına ilişkin herhangi bir yönde bir değerlendirmede bulunmaksızın, MÖHUK m. 41 uygulamak suretiyle mahkemelerin yetkisinin tesis edileceği sonucuna ulaşmıştır²⁸.

Yukarıda da ifade etmiş olduğumuz üzere ad değiştirmeye yönelik talepler, HMK m. 382 f. 2 uyarınca çekişmesiz yargı işi olarak nitelendirilmiştir. Bu itibarla, burada bir dava değil çekişmesiz yargı işi söz konusudur. Bununla birlikte, diğer bazı çekişmesiz yargı işlerinde olduğu gibi ad değişikliğine ilişkin talepler de uygulamada nüfus idaresi kanuni hasım olarak gösterilmek suretiyle dava olarak açılmaktadır²⁹. Bizim de katıldığımız, ileri sürülen ilk görüş uyarınca, MÖHUK m. 41’de yer verilen “*dava*” kavramı çekişmesiz yargı işlerini de kapsamına ala-

²⁴ Baki Kuru vd., *Medeni Usul Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2011), 70-71; Güngör, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 245; Murat Atalı, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), s. 2108; Tan Dehmen, “Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalar”, 174-175.

²⁵ Güngör, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 245; Tan Dehmen, “Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalar”, 174-175.

²⁶ Erten, *Yetki*, 116-117.

²⁷ Erten, *Yetki*, 118 vd.; Özel vd., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 607.

²⁸ Yargıtay 20. HD, E. 2021/6966 K. 2021/11558, 18.10.2021; Yargıtay 5. HD, E. 2021/4161 K. 2021/8018, 31.5.2021; Yargıtay 20. HD, E. 2020/640 K. 2020/1065, 27.2.2020; Yargıtay 20. HD, E. 2018/5565 K. 2018/7548, 26.11.2018, www.kazanci.com.tr E.T. 25.10.2022.

²⁹ Pürselim Arning, *Ad*, 278.

cak şekilde geniş yorumlanmalıdır. Dolayısıyla, yabancılık unsuru barındıran ad değiştirme talepleri her ne kadar çekişmesiz yargı işi niteliğini haiz olsa da bu talepler bakımından yetkili mahkeme, MÖHUK m. 41 uygulanmak suretiyle belirlenebilecektir³⁰.

C. DAVANIN YABANCI BİR DEVLET MAHKEMESİNDE AÇILMAMIŞ VEYA AÇILAMAMIŞ OLMASI

MÖHUK m. 41'de aranan son şart, davanın daha öncesinde yabancı bir ülke mahkemesinde açılmamış veya açılmamış olmasıdır³¹. Davanın yabancı bir ülke mahkemesinde açılmamış olmasından anlaşılması gerekenin ne olduğu hakkında öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. İleri sürülen ilk görüş uyarınca, davanın yabancı ülke mahkemesinde açılmamış olmasıyla ifade edilen, davanın haliha-zırda yabancı bir ülke mahkemesinde görülmüyor olmasıdır³². Bir başka görüşe göre ise yabancı ülke mahkemelerinde dava açılmamış olması hali sadece derdest davaları değil, aynı konu hakkında yabancı mahkemeler tarafından esasına girilerek karara bağlanan davaları da içermektedir³³. Bu itibarla bu görüş uyarınca, daha önce yabancı ülke mahkemesince karara bağlanmış bir davanın mevcut bulunması da milletlerarası yetkinin MÖHUK m. 41 uyarınca doğmasına engel teşkil edecektir.

Türklerin kişi hallerine ilişkin davanın, yabancı bir ülke mahkemesi önünde *açılmamış* olması, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine imkan tanıyan bir diğer sebebi teşkil etmektedir. Madde metninde yer alan “*açılmamış*” olma ifadesiyle ne anlatılmak istediği hakkında öğretide farklı görüşler yer almaktadır. İleri sürülen ilk görüşe göre, davanın yabancı ülke mahkemelerinde “*açılmamış*” olması hali, söz konusu davanın yabancı mahkemeler önünde açılmasının

³⁰ Ad değişikliğine ilişkin talebin çekişmesiz yargı işi olması sebebiyle MÖHUK m. 41'de aranan “*dava*” olma koşulunu sağlamadığı, bu itibarla bu talepler bakımından milletlerarası yetkinin MÖHUK m. 41 aracılığıyla değil, MÖHUK m. 40 uyarınca belirlenmesi gerektiği hakkında bkz. Erten, *Yetki*, 151.

³¹ MÖHUK m. 41'de yer alan davanın yabancı bir ülke mahkemesinde açılmamış veya açılmamış olması koşulu, doktrindeki ağırlıklı görüş uyarınca hukukumuzda milletlerarası derdestliğin dikkate alındığı hallerden biridir. Ziya Akıncı, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002) 50-51; Melis Avşar, “Evlat Edinme Davalarında Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”, *Public and Private International Law Bulletin Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan*, 40/2 (2020), 1162; Çelikel- Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 624; Ekşi, *Yetki*, 156; Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 478; Özel vd. *Milletlerarası Özel Hukuk*, Şanlı vd., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 492-493;. Bununla birlikte, davanın yabancı devlet mahkemesi önünde açılmış olmasının Türk mahkemesi önünde ilk itiraz olarak taraflarca mı ileri sürüleceği yoksa, mahkeme tarafından re'sen mi dikkate alınacağı hususunda ise doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır.

³² Çelikel- Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 624; Erten, *Yetki*, 123; Özel vd., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 607; Şanlı vd., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 493; Tan Dehmen, “Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalar”, 178-179.

³³ Ekşi, *Yetki*, 156-157; Tiryakioğlu, “Milletlerarası Yetki”, 1155. Tarman, “Jurisdiction”, 481; Aksi yönde bkz. Yargıtay 2 HD, E. 1985/11103 K. 1986/97, 14.1.986, www.kazanci.com.tr E.T. 27.10.2022.

mümkün olmamasını ifade etmektedir³⁴. İkinci görüş uyarınca ise davanın “açılmamış” olması ile anlatılmak istenen, yabancı mahkemenin yetkisizlik kararı neticesinde davanın yabancı ülke mahkemesinde görülmemiş olması halidir³⁵. İki görüşü de bünyesinde barındıran üçüncü görüşe göre ise davanın “açılmamış” olması ifadesi, davanın yabancı ülke mahkemesinde ikamesinin mümkün olmadığı haller yanında, davanın yabancı ülke mahkemesinde açılmasına rağmen yetkisizlik sebebiyle reddedildiği halleri de içerisine almaktadır³⁶. Yine bir başka yazar tarafından davanın “açılmamış” olması, davanın yabancı ülke mahkemesinde açılmış olsa bile esasına girilmeksizin usulden reddedilmiş olması şeklinde tarif edilmiştir³⁷. Kanımızca, kanun koyucunun MÖHUK m. 41’i ihdas ederken sahip olduğu, Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin uyuşmazlıklar bakımından daima milletlerarası yetkiye sahip bir Türk mahkemesinin mevcut bulunması amacı dikkate alındığında, davanın “açılmamış” olması halinin, davanın yabancı ülke mahkemesinde ikamesinin mümkün olmadığı haller yanında, davanın yabancı ülke mahkemesi nezdinde açılmış olmakla birlikte, esasına girilmeksizin usulden reddedilmiş olduğu halleri kapsamına alacak şekilde yorumlanması yerinde olacaktır.

Yargıtay 20 Hukuk Dairesi önüne gelen dava, davacının Mavi Kartlılar Kütüğünde yer alan adının değiştirilmesi talebine ilişkindir. Kararda, MÖHUK m. 41’in uygulama alanı bulunup bulunmadığı tespit edilirken Mahkeme, davanın daha önce yabancı bir ülke mahkemesinde açılmamış veya açılmamış olması koşulu bakımından bir değerlendirme yapılmamıştır. Bununla birlikte, belirttiğimiz üzere, davanın Türkiye’de yer alan Mavi Kartlılar Kütüğünde yer alan kaydın değiştirilmesine yönelik olduğu dikkate alındığında, ilgili koşul bakımından değerlendirme yapılmasına pratikte gerek bulunmamaktadır.

D. MÖHUK M. 41 UYARINCA YETKİLİ MAHKEME

MÖHUK m. 41 uyarınca, “Türk vatandaşlarının kişi hâllerine ilişkin davaları... Türkiye’de yer itibariyle yetkili mahkemede, bulunmaması hâlinde ilgilinin sâkin olduğu yer, Türkiye’de sâkin değilse Türkiye’deki son yerleşim yeri mahkemesinde, o da bulunmadığı takdirde Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinde görülür.” Kanun koyucu bu hükümde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, basamaklı bir kural aracılığıyla tesis edilmesini öngörmüştür. Bu

³⁴ Akıncı, *Derdestlik*, 50; Avşar, “Evlat Edinme”, 1162. Yargıtay 2. HD tarafından 1986 yılında verilen kararda, “davanın açılmaması” ifadesinin hukuki engeller sebebiyle bu ülkede dava açma imkanının mevcut bulunmaması halini ifade ettiği belirtilmiştir. Yargıtay 2. HD, E. 1985/11103 K. 1986/97, 14.1.1986.

³⁵ Tiryakioğlu, “Milletlerarası Yetki”, 1152.

³⁶ Özel vd., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 609.

³⁷ Erten, *Yetki*, 123-125.

itibarla, söz konusu davalar bakımından yetki tesis edilirken ilgili sıranın takip edilmesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle ancak ilgili basamaktaki koşul itibariyle yetkili mahkemenin tayin edilememesi halinde bir sonraki basamağa geçilebilecektir³⁸. Kanun koyucu son basamakta, ilk üç basamakta yer verilen koşullar aracılığıyla Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin doğmadığı hallerde davanın Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemeleri nezdinde açılabilceğini belirtmek suretiyle, Türk vatandaşlarının kişi hallerine dair davaları görmek üzere yetkili bir Türk mahkemesinin her zaman mevcut bulunmasını temin etmiştir³⁹.

Kuralın basamaklı yapısı gereği, Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisinin bulunup bulunmadığının tespitinde ilk olarak Türkiye’de yer itibariyle yetkili bir mahkemenin mevcut olup olmadığına bakılacaktır. Yukarıda değinmiş olduğumuz üzere ad değiştirme talepleri çekişmesiz yargı işlerindedir. HMK m. 384’te ise çekişmesiz yargı işlerinde yetkili mahkemeye ilişkin genel kural sevk edilmiştir. Buna göre, aksine düzenleme bulunmayan hallerde çekişmesiz yargı işleri bakımından yetkili mahkeme, talepte bulunanın yahut ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesidir. Bununla birlikte, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu⁴⁰ (NHK) m. 36 f. 1’de nüfus davaları bakımından yetkili mahkemeyi tesis eden özel bir yetki kuralına yer verilmiş bulunmaktadır. Adın değiştirilmesine yönelik talepleri de kapsamına alan bu düzenleme uyarınca, nüfus kayıtlarının düzeltilmesi talebiyle açılacak davalarda yetkili mahkeme düzeltme talebinde bulunan kişinin yerleşim yeri mahkemesidir⁴¹.

Yukarıda ifade etmiş olduğumuz üzere, “*Nüfus davları*” kenar başlıklı NHK m. 36 f. 1 hükmü, ad değişikliğine ilişkin talepleri de kapsamaktadır. Bu itibarla, MÖHUK m. 41’in ilk basamağında milletlerarası yetkiye sahip olacağı öngörülen Türkiye’de yer itibariyle yetkili mahkeme, ad değişikliği talepleri bakımından NHK m. 36 f. 1 b. (a) aracılığıyla tayin edilecektir.

Yargıtay 20. Hukuk Dairesi tarafından verilen kararda da bu hususa değinilmiştir. Yüksek mahkeme, NHK m. 36 f. 1 b. (a) düzenlemesi uyarınca düzeltme talebinde bulunan kişinin yerleşim yeri mahkemesinin kesin yetkili olduğunu ifade ettikten sonra, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu⁴² (TVK) m. 28 f. 1’de öngörülen doğumla Türk vatandaşı olan ancak daha sonra çıkma izni alarak Türk vatandaşlığını kaybedenlerin, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanma-

³⁸ Çelikel - Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 622-623; Erten, *Yetki*, 127; Özel vd., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 609; Tan Dehmen, “Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalar”, 187; Şanlı vd., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 492.

³⁹ Çelikel - Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 622; Özel vd., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 610.

⁴⁰ RG 29.4.2006, 26153.

⁴¹ Pürselim Arning, *Ad*, 277.

⁴² RG 12.6.2009, 27256.

ya devam edeceklerine dair kurala değinmiş ve davacının Türkiye’de ikamet yerinin veya son ikamet adresinin tespit edilememesi sebebiyle, MÖHUK m. 41’in ikinci basamağında yer alan davacının sakin olduğu yer mahkemesinin yetkili olduğuna işaret etmiştir. Mahkeme, davacı tarafından düzenlenen vekaletname üzerinde yer alan adresinden yola çıkarak, oybirliğiyle daha önce yetkisizlik kararı veren Mersin 2. Asliye Mahkemesinin ilgili dava bakımından yetkili olduğu sonucuna varmıştır.

Karar metninden açık olarak anlaşılammakla beraber kanımızca Mahkeme tarafından, davacının çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybetmiş bir kişi olması MÖHUK hükümlerinin, dolayısıyla MÖHUK m. 41’de yer alan yetki kuralının uygulanmasına imkan veren yabancılık unsuru olarak kabul edilmiştir. Zira, yabancılık unsurunun varlığına dair bir değerlendirmede bulunulmamış olmakla birlikte, bu kişilerin Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanmaya devam edeceğine ilişkin TVK m. 28 f. 1 kuralı tekrar edildikten sonra, MÖHUK m. 41 uygulanmak suretiyle Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisini tesis edilmiştir. TVK m. 28 kapsamındaki kişiler hakkında MÖHUK m. 41’in uygulama alanı bulup bulmayacağı aşağıda ele alınacaktır. Bununla birlikte, MÖHUK hükümlerinin uygulanmasına dayanak teşkil eden yabancılık unsuru olan, talepte bulunanın yabancı ülke vatandaşı olması halinin, MÖHUK m. 41 hükmünün uygulanması için aranan davanın Türk vatandaşlarının kişi hallerine dair olması koşuluna dair değerlendirmede göz ardı edilmesi, kanımızca çelişki teşkil eder niteliktedir.

Kararda MÖHUK m. 41’in uygulanması bakımından dayanılan yabancılık unsuruna açıklık getirilmemiş olduğu dikkate alındığında, yabancılık unsuru olarak yine kararda yer verilen davacının Türkiye’de yerleşim yeri bulunmaması ve son yerleşim yerinin de tespit edilememiş olmasına dayanılmış olması ihtimalini de değerlendirmek gerekmektedir. Kararda MÖHUK m. 41 aracılığıyla Türk mahkemesinin yetkisinin tayini yoluna başvurulmasına imkan veren yabancılık unsuru hakkında Yüksek Mahkeme herhangi bir değerlendirmede bulunulmadığı görülmektedir. Mahkeme, sadece davacının Türkiye’deki yerleşim yerinin veya son yerleşim yerinin tespit edilemediğini belirtmekle yetinmiş, davacının yerleşim yeri ya da mutad meskeninin yabancı bir ülkede bulunduğuna dair bir bilgiye yer vermemiştir. Bu itibarla, kanımızca Mahkeme tarafından MÖHUK m. 41’in uygulanmasına dayanak teşkil eden yabancılık unsuru olarak davacının Türk vatandaşı olmaması hali dikkate alınmıştır.

II. TVK M. 28 KAPSAMINDAKİ KİŞİLERİN HUKUKİ STATÜSÜ

TVK m. 28 uyarınca, *“Doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve üçüncü dereceye kadar olan altsoyları, bu maddede belirtilen istisnalar dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan ay-*

nen yararlanmaya devam ederler.” Kanun koyucu, “Mavi kartlılar”⁴³ veya “imtiyazlı yabancılar”⁴⁴ olarak da anılan bu kişiler bakımından ayrıksı bir durum yaratmış ve anılan kural aracılığıyla bu kişiler özel bir hukuki statüye kavuşturulmuştur⁴⁵.

Esasen ilgili düzenleme kaynağını, 2009 yılında TVK'nın yürürlüğe girmesiyle mülga hale gelen, 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu⁴⁶ m. 29'dan almaktadır. 1995 tarih ve 4112 sayılı “*Türk Vatandaşlığı Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun*”⁴⁷ m. 2 aracılığıyla 403 sayılı Kanun m. 29'da değişiklik yapılmış ve ilgili dönemde mevcut bulunan 29. maddenin⁴⁸ çıkma izni olarak Türk vatandaşlığından çıkanlar aleyhine doğurduğu sonuçların iyileştirilmesi amaçlanmıştır. Daha önce Türk vatandaşlığını kaybeden kişilerin, vatandaşlığı kayıp sebebi dikkate alınmaksızın, kayıp tarihinden itibaren yabancılar ile aynı hukuki statüye sahip olacağını öngören kural, 4112 sayılı Kanun m. 2 aracılığıyla doğumla Türk vatandaşı olup, daha sonra çıkma izni olarak Türk vatandaşlığını kaybedenler açısından yumuşatılmıştır. Yapılan değişiklikle bu kişilerin ve kanuni mirasçılarının, kamu düzeni ve milli güvenliğe dair hükümler saklı olmak suretiyle, Türkiye’de ikamet ve seyahat etme, çalışma, miras, taşınır ve taşınmaz mal edinimi ve devri gibi hususlarda Türk vatandaşlarının sahip oldukları haklardan yararlanmaya devam edecekleri öngörülmüştür. Söz konusu değişikliğe gerekçe olarak ise yurtdışında bulunan, özellikle Almanya, Hollanda, İsveç gibi ülkelere işçi olarak giden ve orada yaşamaya devam eden Türk vatandaşlarının bu ülke vatandaşlığını kazanmak amacıyla çıkma izni olarak Türk vatandaşlığını kaybetmek istemeleri halinde, Türkiye’de yabancı muamelesine tabi olmalarının yarattığı sıkıntıların giderilmesi gerekliliği gösterilmiştir⁴⁹. 2004 yılında mülga

⁴³ Bkz. dn. 6.

⁴⁴ TVK m. 28 kapsamında yer alan, doğumla Türk vatandaşı olup çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığından ayrılanlar hakkında imtiyazlı yabancılar ifadesinin kullanılmasına örnek olarak bkz. Ergin Nomer, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019), 128-129; Tan Dehmen, “Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalar”, 173.

⁴⁵ Aygün, “Yabancılık Unsuru”, 1039-1040; Gülin Güngör, *Tâbiyet Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), s.182; Nomer, *Vatandaşlık Hukuku*, 128-129; Uğur Tütüncübaşı, “Türk Vatandaşlığından Çıkma ve 6304 Sayılı Kanun Kapsamında Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları (Yeni “Mavi Kart” Uygulaması)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 13/2 (2011), 170.

⁴⁶ RG 22.2.1964, 11638.

⁴⁷ RG 12.6.1995, 22311.

⁴⁸ 4112 sayılı Kanun aracılığıyla yapılan değişiklik öncesinde 403 sayılı Kanunun 29. Maddesi “*Bu Kanun gereğince Türk vatandaşlığını kaybeden kişiler, kayıp tarihinden başlayarak yabancı muamelesine tabi tutulur. İkamet, gayrimenkul edinme ve ferağ, miras ve çalışma gibi konularda ancak Türk kanunlarının yabancıları tanıdığı haklardan faydalanabilirler. 33. ve 35. maddeler hükümleri saklıdır.*” hükmünü içermekteydi.

⁴⁹ Turgut Turhan, “Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 46/1 (1997), 42-44; Tütüncübaşı, “Türk Vatandaşlığından Çıkma”, 172-173; Vahit Doğan, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2019), 128-129; B. Bahadır Erdem, *Türk Vatandaşlık Hukuku* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2019), 247-248.

Türk Vatandaşlığı Kanunu m. 29’da tekrar değişikliğe gidilmiş⁵⁰ ve doğumla Türk vatandaşı olup, daha sonra çıkma izni alarak Türk vatandaşlığını kaybedenler ile bu kişilerin çıkma belgesine kayıtlı, ergin olmayan çocuklarının faydalanmayacağı haklar sayılmak suretiyle madde metni yeniden kaleme alınmıştır.

Doğumla Türk vatandaşı olup, çıkma izni alarak Türk vatandaşlığını kaybedenlerin hukuki statüsüne yönelik olarak 403 sayılı Mülga Türk Vatandaşlığı Kanunu m. 29’a benzer bir düzenleme, yürürlükte bulunan TVK m. 28’de de yer almaktadır⁵¹. Bununla birlikte, TVK m. 28, mülga Kanun’daki düzenlemeden farklı hususları da içermektedir. 5901 sayılı TVK’nın yürürlüğe girdiği tarihten üç yıl sonra TVK m. 28’de değişikliğe gidilmiştir⁵². İlgili değişiklik aracılığıyla, “*Doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve kendileri ile birlikte işlem göre çocukları...*” şeklindeki hükmün kapsamı genişletilmiş ve Türk vatandaşlığını kaybedenler yanında, üçüncü dereceye kadar altsoylarının⁵³ da maddede yer verilen haklardan yararlanabileceği ifade edilmiştir. Yine ilk yürürlüğe girdiği tarihte tek fıkra olarak kaleme alınan hüküm, daha detay bir şekilde ve on fıkra halinde yeniden düzenlenmiştir⁵⁴. Buna göre, TVK m. 28 kapsamındaki kişiler, maddenin ikinci ve üçüncü fıkrasında sayılan istisnalar hariç olmak üzere⁵⁵ Türk vatandaşlarının sahip olduğu haklardan istifade edecektir.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, ilgili düzenleme ile bu kişiler bakımından yaratılan imtiyazlı halin, bir başka ifadeyle Türk vatandaşı gibi haklardan faydalanmaya devam edebiliyor olmalarının bu kişilerin sahip olduğu yabancı statüsünü ortadan kaldırmıyor olmasıdır. Zira, TVK m. 28’de yer alan istisnalar haricinde Türk vatandaşlarına tanınan haklardan faydalanmaya devam edebiliyor olmakla birlikte, bu kişiler Türk vatandaşlığına sahip değillerdir⁵⁶.

⁵⁰ 5203 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, m. 1, RG 6.7.2004, 25514.

⁵¹ Doğan, *Vatandaşlık Hukuku*, 129.

⁵² Bkz. 2012 tarih ve 6304 sayılı Kanun m. 12, RG 18.5.2012, 28296.

⁵³ Ayrıca, Bakanlar Kuruluna (2018 tarihinde yapılan değişiklikle Bakanlar Kurulu ifadesinin yerini Cumhurbaşkanlığı ifadesi almıştır.) Türk vatandaşlığından çıkanların kaçınıcı dereceye kadar altsoylarının hükümden yararlanacağını belirleme yetkisi verilmiştir.

⁵⁴ Erdem, *Vatandaşlık Hukuku*, 248-249; Tütüncübaşı, “Türk Vatandaşlığından Çıkma”, 181 vd.

⁵⁵ TVK m. 28 hükmü uyarınca “(1) Doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve üçüncü dereceye kadar olan altsoyları, bu maddede belirtilen istisnalar dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler. Millî güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklıdır. (2) Bu madde kapsamında bulunan kişilerin, seçme ve seçilme, muafin araç veya ev eşyası ithal etme hakları ile askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü yoktur. Bu kişilerin sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı olup bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tabidirler. (3) Bu madde kapsamında bulunan kişiler, bir kadroya dayalı ve kamu hukuku rejimine tabi olarak asli ve sürekli kamu hizmeti görevlerinde bulunamazlar. Ancak kamu kurum ve kuruluşlarında işçi, geçici veya sözleşmeli personel olarak çalıştırılabilirler...”

⁵⁶ Aygün, “Yabancılık Unsuru”, 1040.

III. MAVİ KART SAHİPLERİNİN KİŞİ HALLERİNE İLİŞKİN DAVALARDA TÜRK MAHKEMELERİNİN MİLLETLERARASI YETKİSİNİN MÖHUK M. 41 UYARINCA TESISİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yargıtay 20. Hukuk Dairesi tarafından verilen kararda, Mavi Kartlılar Kütüğünde yer alan adının değiştirilmesi talebinde bulunan kişi doğumla Türk vatandaşı olup, sonradan çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybetmiştir. Mahkeme, TVK m. 28 düzenlemesi uyarınca davacının sahip olduğu statüye vurgu yaparak, söz konusu talebe ilişkin yetkili mahkemenin tayininde, Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davalara ilişkin yetki kuralı olan MÖHUK m. 41'in uygulanacağı sonucuna ulaşmıştır.

İnceleme konusu kararda Yargıtay, yabancılık unsuru barındıran işlem ve ilişkiler hakkında kuralları içeren MÖHUK hükümlerinin uygulanmasını öngörmüş ancak söz konusu kuralların tatbikini sağlayan yabancılık unsurunun olduğu hakkında herhangi bir değerlendirmede bulunmamıştır. Bir hukuki olay veya ilişkide yabancılık unsurunun çeşitli şekillerde ortaya çıkması mümkündür. Karar konusu talep de doğumla Türk vatandaşı olup, çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybeden, diğer bir ifadeyle Türk vatandaşlığına sahip olmayan kişinin, Mavi Kartlılar Kütüğündeki adının değiştirilmesine ilişkindir. Mahkemenin, Türk vatandaşı olmayan bir kişinin kişisel statüsünde değişiklik yapılmasına yönelik bir taleple karşı karşıya kalmış olması itibarıyla, olayda taraf bakımından yabancılık unsuru bulunmaktadır. Dolayısıyla, talep bakımından Türk mahkemelerinin yetkisinin tayininde HMK hükümlerine değil, MÖHUK hükümlerine başvurulması gerekmektedir. Belirttiğimiz üzere Yargıtay herhangi bir dayanak göstermemiş olmakla birlikte olayda yetkili mahkemenin tayininde MÖHUK hükümlerinin uygulanacağı sonucuna ulaşmış, ancak TVK m. 28 uyarınca sahip olduğu statüyü gerekçe göstererek, davacının vatandaşlığı bakımından mevcut bulunan yabancılık unsurunu göz ardı etmiştir.

TVK m. 28'de, bu hüküm kapsamındaki kişilerin taraf olduğu davalar veya ilgili oldukları işler bakımından herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Bununla birlikte öğretilde, TVK m. 28'de öngörülen statüye sahip olanların kişi hallerini konu edinen davalarda milletlerarası yetkinin, MÖHUK m. 41 uyarınca tesis edilemeyeceği kabul edilmektedir⁵⁷. Yargıtay kararlarında ise aksi yönde bir yaklaşım benimsendiği, TVK m. 28'de yer alan *“Doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ... bu maddede belirtilen istisnalar dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler...”* ifadesine yer verilerek, bu kişilerin kişi hallerine yönelik davalarda MÖ-

⁵⁷ Erten, *Yekti*, 83 vd.; Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, s. 476-477; Özel vd., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 604; Şanlı vd., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 488, dn. 139; Tan Dehmen, “Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalar”, 173-174; Tarman, “Jurisdiction”, 480-481.

HUK m. 41 aracılığıyla yetkili mahkemenin belirlendiği görülmektedir⁵⁸. Kanımızca burada Yargıtay tarafından, TVK m. 28'deki "... *Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler...*" ifadesi yanlış yorumlanmaktadır. Şöyle ki; mülga Türk Vatandaşlığı Kanunu m. 29 hükmü ihdas edilirken, hüküm kapsamındaki kişilerin Türkiye'ye giriş ve çıkışları, ikamet ve çalışma imkanları, taşınmaz mal edinme ve miras hususlarında Türk vatandaşı oldukları sırada sahip oldukları haklardan faydalanmayı sürdürmelerinin sağlanması amaçlanmıştır. Madde hükmü, yürürlükteki Kanun döneminde de kişi bakımından kapsadığı alan genişletilmek suretiyle varlığını korumuştur⁵⁹. Öğretide de ileri sürüldüğü üzere, MÖHUK m. 41'deki kural, Türk vatandaşlarına bir hak tanınmasını niteliğini değil, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin, Türk vatandaşlığı dikkate alınması yoluyla tesis edildiği bir usul hükmü niteliğini haizdir⁶⁰.

TVK m. 28 kapsamındaki kişilere tanınan bu ayrıcalıklı statünün "*Türk vatandaşı*" ifadesini karşılamadığı ise açıktır. TVK m. 3'te Türk vatandaşı, "*Türkiye Cumhuriyeti Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan kişi*" olarak tanımlanmıştır. TVK m. 28'deki statü ise doğumla Türk vatandaşlığına sahip olmakla birlikte, daha sonra çıkma izni almak yoluyla Türk vatandaşlığını kaybeden, bir başka deyişle Türk vatandaşı olmayan, kişiler bakımından öngörülmektedir. Buna karşılık, MÖHUK m. 41'de açıkça "*Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davalar*" ifadesine yer verilmiştir.

Yirminci yüzyılın ikinci yarısından sonra çalışmak amacıyla Avrupa ülkelerine giden, yaşamlarını orada devam ettiren ve zaman içinde buldukları ülkenin vatandaşlığına geçen Türk vatandaşları ile onların günümüzde üçüncü kuşağa denk gelen altsöyları bakımından öngörülen bu düzenlemenin, devletin bu kişilerin Türkiye ile olan bağlarının devamlılığını sağlamak doğrultusundaki politikası açısından yerine getirdiği işlev önem arz etmektedir. Bununla birlikte, söz konusu düzenlemenin varlığı kanımızca bizi Türk mahkemelerinin yetkisine ilişkin bir hükmün geniş yorumlanması sonucuna ulaştırmamaktadır.

Yapılan açıklamalar ışığında, Yargıtay 20. Hukuk Dairesi önüne gelen TVK m. 28'de öngörülen hukuki statüye sahip davacı tarafından açılan, Mavi Kartlılar Kütüğünde yer alan adının değiştirilmesine yönelik davada, yetkili mahkemenin belirlenmesi amacıyla MÖHUK m. 41 hükmüne başvurulması kanımızca mümkün değildir. Zira, MÖHUK m. 41, Türk vatandaşlarının kişi hallerini konu edinen davalar bakımından yetkili mahkemeyi düzenlemektedir. İnceleme konusu davada ise bu şart

⁵⁸ Yargıtay 5. HD, 2021/6966 E. 2021/11558 K. 18.10.2021, www.yargitay.gov.tr, E.T. 6.11.2022; Yargıtay 2. HD, E. 2012/23566 K. 2013/8998, 1.4.2013; Yargıtay 2. HD, E. 2015/24523 K. 2016/7966, 19.4.2016, Erten, *Yetki*, 84-87.

⁵⁹ Erdem, *Vatandaşlık*, 246-247; Tütüncübaşı, "Türk Vatandaşlığından Çıkma", 172-173, 183 vd.

⁶⁰ Tan Dehmen, "Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalar", 173-174.

gerçekleşmemiştir. Dolayısıyla, söz konusu davada milletlerarası yetkinin MÖHUK m. 41 uygulama aracılığıyla değil, yabancılık unsuru barındıran davalara ilişkin genel yetki kuralı olan MÖHUK m. 40 aracılığıyla belirlenmesi gerekmektedir.

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tesisine ilişkin genel kural olan MÖHUK m. 40'da iç hukukumuzun yer itibariyle yetki kurallarına gönderme yapılmaktadır. Bu itibarla, davanın görülmesi bakımından iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları aracılığıyla yetkili bir mahkemeye ulaşılabildiği hallerde, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinden söz edilebilecektir⁶¹. İnceleme konusu dava, mavi kart sahibi yabancının Mavi Kartlılar Kütüğündeki adının değiştirilmesine ilişkin olup, daha önce de değinmiş olduğumuz üzere bu talepler bakımından yetkili mahkeme NHK m. 36 f. 1 b. (a)'da düzeltme talebinde bulunan kişinin yerleşim yeri mahkemesi olarak öngörülmüştür⁶².

Burada değerlendirilmesi gereken hususlardan biri de söz konusu yetki kurallının niteliğidir. İnceleme konusu olayda Yargıtay, "...5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununun 36/1-a maddesinde, nüfus kayıtlarına ilişkin düzeltme davalarının düzeltmeyi isteyen şahsın yerleşim yeri adresinin bulunduğu yerdeki görevli asliye hukuk mahkemesinde açılacağı hükme bağlanmıştır. Nüfus kayıtlarındaki düzeltme ilişkin uyuşmazlıklardaki yetki Nüfus Hizmetleri Kanununun 36/1-a maddesi uyarınca kesin yetkidir..." demek suretiyle, söz konusu kuralın kesin yetki kuralı olduğu sonucuna varmıştır. Bu kabul ise inceleme konusu olayda olduğu gibi, ad değişikliği talebinde bulunan tarafın Türkiye'de yerleşim yerinin bulunmadığı hallerde, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tesis edilememesi ihtimalini beraberinde getirmektedir. Zira iç hukukumuzda öngörülen yetki kurallarının kesin yetki kuralı niteliğini haiz olduğu hallerde, dava sadece ilgili kuralda anılan mahkemede görülebilmektedir⁶³.

Yukarıda ifade etmiş olduğumuz üzere, ad değişikliğine ilişkin talepler HMK m. 382'de yer verilen çekişmesiz yargı işlerindedir. Çekişmesiz yargı işlerinde mahkemelerin yetkisini düzenleyen kuralların kesin yetki kuralı niteliğine sahip olup olmadığı ise öğretilerde tartışmalıdır. Doktrinde yer alan ilk görüş uyarınca çekişmesiz yargı işlerini karara bağlama hususunda mahkemenin sahip olduğu yetki kamu düzenindedir. Dolayısıyla, çekişmesiz yargı işleri hakkında mahkemenin yetkisini tesis eden kurallar, kesin yetki kuralı niteliğine sahiptir⁶⁴. Bizim

⁶¹ Güngör, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 231; Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 464; Şanlı vd., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 458; Tan Dehmen, "Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalar", 171.

⁶² Pürselim, *Ad*, 277.

⁶³ Mine Akkan Pekcanitez *Usul Medeni Usul Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 293; Kuru vd., *Medeni Usul Hukuku*, 63.

⁶⁴ Ali Cem Budak, "Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı", içinde *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı IV*, (Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2005), 152; Baki Kuru, *Nizasız Kaza*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961), 136-137.

de katıldığımız karşı görüş uyarınca ise çekişmesiz yargı işi bakımından yetkinin özel olarak düzenlenmiş olması, kendiliğinden kuralın kesin yetki kuralı olması sonucunu doğurmayacaktır. Çekişmesiz yargı işi bakımından mahkemenin kesin yetkili olduğunun açıkça öngörüldüğü istisnalar haricinde, ilgili yetki kuralı kesin yetki kuralı niteliğine sahip olmayacaktır⁶⁵.

NHK m. 36 f. 1 b. (a)'nın kesin yetki kuralı olarak nitlendirilmesi halinde, ad değişikliği talebinde bulunanın Türkiye'de yerleşim yerinin bulunmaması Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin doğmamasına sebep olacaktır. Buna karşılık, bu kuralın kesin yetki kuralı niteliğine sahip olmadığı görüşünün kabul edildiği hallerde ise genel yetki kuralları aracılığıyla ya da yetki itirazında bulunulmadığı hallerde⁶⁶ Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi söz konusu olabilecektir. NHK m. 36 f. 1 b. (a)'da, ad değişikliği talepleri bakımından talepte bulunanın yerleşim yeri mahkemesinin yetkili olduğu kural altına alınmış ancak mahkemenin ilgili talep bakımından kesin yetkiye sahip olduğu hususunda herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir. Bu itibarla, Yargıtay tarafından varılan sonucun aksine kanımızca inceleme konusu olayda ad değişikliği talebinde bulunan tarafın yerleşim yeri mahkemesi, bu talebin karara bağlanması bakımından kesin yetkiye sahip bulunmamaktadır.

Kararda Mavi Kart sahibi talepte bulunanın, Türkiye'deki yerleşim yerinin tespit edilemediği ifade edilmiştir. Bu bağlamda, MÖHUK m. 40 atfıyla ulaşılan NHK m. 36 f. 1 b. (a) uyarınca Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tesisi mümkün olmayacaktır. Buna karşılık, genel yetki kuralları aracılığıyla ya da uygulamada çekişmesiz yargı işleri bakımından öngörülen usule aykırı olarak nüfus idaresi kanuni hasım gösterilmek suretiyle açılan davalarda⁶⁷ yetki itirazında bulunulmaması koşuluyla⁶⁸ Türk mahkemesi milletlerarası yetkiye sahip olacaktır.

SONUÇ

Çalışmamızın konusunu oluşturan Yargıtay 20. Hukuk Dairesi tarafından verilen kararda, TVK m. 28'de öngörülen hukuki statüye sahip davacı tarafından açılan, Mavi Kartlılar Kütüğünde yer alan adın değiştirilmesi talebi bakımından

⁶⁵ Atalı, *Pekcanitez Usul*, 2135.

⁶⁶ Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis eden iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarının kesin yetki kuralı niteliğine sahip olmadığı ve yetkisiz mahkemede açılan davaya karşı süresi içinde yetki itirazında bulunulmadığı hallerde, davanın açılmış olduğu mahkemenin milletlerarası yetkili hale geleceği yönünde bkz. Güngör, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 237; Şanlı vd., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 486.

⁶⁷ Pürselim, "Ad", 278.

⁶⁸ Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis eden iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarının kesin yetki kuralı niteliğine sahip olmadığı ve yetkisiz mahkemede açılan davaya karşı süresi içinde yetki itirazında bulunulmadığı hallerde, davanın açılmış olduğu mahkemenin milletlerarası yetkili hale geleceği yönünde bkz. Güngör, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 237; Şanlı vd., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 486.

yetkili mahkemenin MÖHUK m. 41 uyarınca belirleneceği sonucuna ulaşılmıştır. Mahkeme, Türk vatandaşlarının kişi hallerini konu edinen davalar bakımından yetkili mahkemeyi düzenleyen MÖHUK m. 41'in uygulanabilmesi için aranan; uyumsuzluğun yabancılık unsuru barındırması, uyumsuzluk konusunun kişi hallerine ilişkin olması, kişi hallerinde değişiklik meydana gelecek tarafın Türk vatandaşı olması ve davanın daha önce yabancı bir ülke mahkemesi önünde açılmamış veya açılmamış olması koşulları bakımından değerlendirmede bulunmaksızın Türk mahkemesinin yetkisinin MÖHUK m.41 aracılığıyla tayin edileceği sonucuna ulaşmıştır.

Yargıtay kararına konu davada yabancılık unsurunun mevcudiyeti, uyumsuzluğun kişi hallerine ilişkin olması ve davanın yabancı bir ülke mahkemesinde açılmamış veya açılmamış olması şartları, yukarda da incelemiş olduğumuz üzere mevcut bulunmaktadır. Bununla birlikte ilgili maddenin tatbiki için aranan, dava neticesinde kişi hallerinde değişiklik meydana gelecek tarafın Türk vatandaşı olması koşulu ise ad değişikliği talebinde bulunan kişinin Türk vatandaşı olmayıp, doğumla Türk vatandaşlığına sahip olup çıkma izni almak suretiyle vatandaşlığı kaybeden ve TVK m. 28 aracılığıyla ayrıcalıklı bir hukuki statüye kavuşturulmuş olan bir kimse olması sebebiyle sağlanamamıştır. Bu itibarla, söz konusu davada Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin MÖHUK m. 41 aracılığıyla değil, yabancılık unsuru barındıran davalara ilişkin genel yetki kuralı olan MÖHUK m. 40 aracılığıyla tesis edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Ziya. *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002.
- Akkan, Mine. *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 15. Bası, 2017.
- Atalı, Murat. *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 15. Bası, 2017.
- Avşar, Melis. “Evlat Edinme Davalarında Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”. *Public and Private International Law Bulletin Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan*, 40/2 (2020), 1151-1173.
- Aygün, Mesut. “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan* 16/Özel Sayı (2015), 1025-1066.
- Budak, Ali Cem. “Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı”, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı IV*. 129-187. Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2005.
- Çelikel Aysel- Erdem, B. Bahadır. *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul: Beta Yayınevi, Yenilenmiş 17. Bası, 2022.
- Doğan, Vahit. *Türk Vatandaşlık Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, Güncellenmiş 16. Baskı, 2019.
- Ekşi, Nuray. *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2. Bası, 2000.
- Erdem, B. Bahadır. *Türk Vatandaşlık Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 7. Bası, 2019.
- Erten, Rifat. *Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Güngör, Gülin. *Milletlerarası Özel Hukuk*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Güngör, Gülin. *Tâbiyet Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 9. Bası, 2021.
- Kuru, Baki vd., *Medeni Usul Hukuku*, Ankara: Yetkin Yayınları, 22. Baskı, 2011.
- Kuru, Baki. *Nizasız Kaza*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961.
- Nomer, Ergin. *Devletler Hususi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, Yenilenmiş 21. Bası, 2021.
- Nomer, Ergin. *Türk Vatandaşlık Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 26. Bası, 2019.
- Özel, Sibel vd., *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Pürselim Arning, Hatice Selin. *Türk, Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuklarında Ad*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.
- Pürselim, Hatice Selin. “MÖHUK Kapsamında İddet Müddetinin Soybağının Reddi ve Babalık Davalarına Etkileri”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 27/1, (Haziran 2021), 513-542.
- Tan Dehmen, Mine. “Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalar Bakımından 5718 Sayılı MÖHUK’ta Kabul Edilen Yetki Kuralı”. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 33/1 (2013), 169-211.

- Tarman, Zeynep Derya. “The International Jurisdiction of the Turkish Courts on Special Status of Turkish Nationals”. *Yearbook of Private International Law* 14 (2012/2013), 477-491.
- Tiryakioğlu, Bilgin. “Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”. *Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan*. ed. Bilgin Tiryakioğlu- Gülin Güngör. 1141-1165. Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.
- Turhan, Turgut. “Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 46/1 (1997), 41-65.
- Tütüncübaşı, Uğur. “Türk Vatandaşlığından Çıkma ve 6304 Sayılı Kanun Kapsamında Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları (Yeni “Mavi Kart” Uygulaması)”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13/2 (2011), 153-194.



Bir Hukuki İşlemden Birden Çok Geçersizlik Nedeninin Bulunması ve Sonuçları^(*)

The Existence of Many Invalidity Reasons in a Legal Act and Its Conclusions

Arş. Gör. Dr. Seda BAŞ^(**)

Öz

Bir hukuki işlemde birden çok geçersizlik nedeninin aynı anda ve bir arada bulunması mümkündür. Geçersizlik nedenleri kesin hükümsüzlük veya iptal edilebilirlik yaptırımlarına ilişkin olabilir. Kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik nedenlerinin bir arada bulunması, Alman hukukçu Theodor Kipp tarafından “çifte etki teorisi” çerçevesinde açıklanmaya çalışılmıştır. Kipp’e göre, kesin hükümsüzlük iptal edilebilirliği dışlamaz ve her iki yaptırım arasında bir yarışma durumu söz bulunur. İleri sürüldüğü dönemde yoğun eleştirilere maruz kalan bu teori, günümüzde önem kazanmaya başlamıştır. Bir hukuki işlemde birden çok iptal nedeninin bir arada bulunması da mümkündür. Bu durumda çoklu iptal söz konusu olur. Çoklu iptal halinde iptal nedeni kadar iptal hakkı mevcuttur. Çoklu iptal, beyanda bulunurken sebep gösterilmesi, iptal haklarının sona ermesi ve onamanın sınırlandırılması bakımından önemlidir.

Anahtar Kelimeler

Çifte Etki Teorisi, Kesin Hükümsüzlük, İptal Edilebilirlik, Çoklu İptal, Geçersizlik Nedenleri.

Abstract

It is possible for many invalidity reasons to exist simultaneously and together in a legal action. Invalidity reasons may relate to sanction of nullity or annulability. Simultaneously existence of the reasons of absolute nullity and annulability was tried to explain by German jurist Theodor Kipp

^(*) Araştırma Makalesi / [Makale Geliş Tarihi](#): 02.11.2022 - [Makale Kabul Tarihi](#): 22.12.2022
[DOI](#): 10.56701/shd.1198680

Bu çalışma, yazarın Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı doktora programı kapsamında hazırladığı “*Türk Borçlar Hukukunda İptal Edilebilirlik Yaptırımının Teorik Temelleri*” başlıklı doktora tezinden üretilmiştir.

^(**) Çukurova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Adana - Türkiye
[E-posta](#): yildizs@cu.edu.tr
[Orcid No](#): <https://orcid.org/0000-0001-5382-2663>

in the frame of “the theory of the double effect”. According to Kipp, absolute invalidity does not exclude annullability and between these both sanctions there is a state of competition. The theory of the double effect, which was subjected to intense criticism at that time it was put forward, has started to gain importance. It’s also possible that there is a coexistence of more reasons for annulment in a legal act. In this case, multiple annulments occur. In the case of multiple annulments, there is a right of annulment as much as the annulment reason. Multiple annulments are important in terms of stating a reason when making a statement, expiration of the right of annulment, and limitation of approval.

Keywords

The Theory of the Double Effect, Nullity, Annulability, Multiple Annulments, Reasons of Invalidity.

GİRİŞ

Bir hukuki işlemin geçerli olabilmesi kurucu unsurları ve geçerlilik şartlarını taşımasına bağlıdır. Hukuki işlemin kurucu unsurlarındaki eksiklik, yokluk yaptırımına neden olur. Bir hukuki işlemin kurucu unsurları tamam olmakla birlikte geçerlilik unsurlarında bir eksiklik mevcut ise, bu durumda kesin hükümsüzlük ya da iptal edilebilirlik yaptırımları gündeme gelir.

Kesin hükümsüzlük, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 27’de düzenlenmiştir. Kesin hükümsüzlük yaptırımının kavramsal tanımlamasına kanunda yer verilmemesine karşın, kesin hükümsüzlük sebepleri kanunda düzenlenmiştir. TBK m. 27/1’e göre, “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*”. İptal sebepleri ise TBK’da dört ayrı hükümde düzenlenmiştir. Bu sebeplerden üçü irade bozukluklarına ilişkindir. Yanılma (TBK m. 30 vd.), aldatma (TBK m. 36) ve korkutma (TBK m. 37), bir hukuki işlemin iptaline neden olan irade bozukluğu halleridir. TBK’da düzenlenen diğer iptal sebebi ise aşırı yararlanmadır (TBK m. 28).

Bir hukuki işleminde birden çok geçersizlik nedeninin bulunması mümkündür. Bir sözleşme hem şekil şartlarına uyulmaksızın hem irade bozukluğu etkisi altında kurulabilir. Ya da sözleşmenin kurulması sırasında birden fazla irade bozukluğu ve aşırı yararlanma hali bir arada bulunabilir. Birinci ihtimalle ilgili olarak kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik yaptırımlarının bir arada bulunup bulunamayacağı, kesin hükümsüzlüğün iptal edilebilirliği önleyip önlemediği ve bu iki yaptırım arasında bir yarışma durumunun söz konusu olup olmadığı ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Çoklu iptalin mevcut olduğu ikinci ihtimalde ise iptal beyanında bulunurken iptalin hangi sebebe dayandırıldığı, iptal haklarının sona ermesi ve onamanın sınırlandırılması hususları üzerinde durulmalıdır.

I. KESİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜN VE İPTAL SEBEPLERİNİN BİR ARADA BULUNMASI

A. KESİN HÜKÜMSÜZ BİR HUKUKİ İŞLEMİN AYNI ZAMANDA İPTAL EDİLEBİLİR OLMASI

Bir hukuki işlemde kesin hükümsüzlük ve/veya iptal sebeplerinin aynı anda bulunması mümkündür. Bu durumda kesin hükümsüzlüğün iptal edilebilirliği önleyip önlemediği, kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik yaptırımları arasında yarışma olup olmayacağı soruları akla gelebilir.

Hukuki işlemi iptal etme yetkisi bulunan kişi açısından düşünüldüğünde, batıl bir hukuki işlemin iptale konu olup olamayacağı tartışmalıdır¹. Bu meselenin özünü, *Riezler*'in batıl bir işlemin iptal edilemeyeceğine yönelik görüşü² oluşturmaktadır³. *Riezler* bu görüşünü kesin hükümsüzlüğün iptal edilebilirlikten derece olarak daha güçlü bir geçersizlik olduğunu ileri sürerek kanıtlamaya çalışmıştır⁴. Ancak *Riezler*, batıl bir işlemin iptal edilemeyeceğine yönelik ifadesini esasen gerekçelendirememiş ve bu nedenle eleştirilmiştir⁵. Diğer yandan *Riezler*'in savını çürütebilmek için, bir hukuki işlemde mevcut olabilecek ve kesin hükümsüzlüğe rağmen işlemin iptalinde fayda olan somut durumların gösterilmesi gerekir. Bu hususta şöyle bir örnek verilebilir⁶: A, B'ye bir taşınmazı satar, taşınmazın

¹ Herbert Roth, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsrecht und Nebengesetzen, Buch I, Allgemeiner Teil* (Berlin: Sellier de Gruyter, 2015), 110, Rn.27.

² "Alman Medeni Kanunu'nun hata nedeniyle iptal hükmü, iptal edilebilir işlem için farklı bir gerekçeden başka, batıl olmayan hukuki işlemin varlığını şart koşar. Bununla birlikte işlem başka bir nedenden dolayı batılsa veya taraflardan biri için hüküm ifade etmiyorsa, bu daha güçlü sakatlık, hatanın sebep olduğu daha zayıf derecedeki sakatlığın meydana gelmesine izin vermez. Zaten batıl olan işlemin hataya dayanarak iptali gerekmez ve bu işlem iptal edilemez.", E. Riezler, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil Bd. I* (1936), 415 (Çeviri, yazara aittir).

³ Kurt Kubaschewski, *Die Anfechtbarkeit des nichtigen Rechtsgeschäfts* (Berlin: 1911), 15.

⁴ İptal edilebilirliğin, "daha güçlü hükümsüzlüğe kıyasla daha zayıf bir hükümsüzlük derecesi" olduğu görüşü hakkında bkz., Carl Crome, *System des deutschen bürgerlichen Rechts, Band I* (Tübingen: 1900) 348; Alfred Manigk, *Willenserklärung und Willensgeschäft* (Berlin: Verlag von Franz Vahlen, 1907), 171; Franz Leonhard, *Die Beweislast* (Berlin: Verlag von Franz Vahlen, 1926), 190; Paul Oertmann, "Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit", *Jherings Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, Band 66, 277; Staudinger/Riezler, *Kommentar*, 415. Türk öğretisinde iptal için "butlanın cılız, çelimsiz kardeşi" benzetmesi yapılmaktadır. Bu hususta bkz., Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007), 146. Burada "daha güçlü hükümsüzlük" ile kast edilen kesin hükümsüzlüktür. Kesin hükümsüzlüğün en yüksek dereceye sahip hükümsüzlük olduğu yönünde bkz., Staudinger/Roth, *Kommentar*, 105, Rn.4. İlaveten daha güçlü hükümsüzlük olan kesin hükümsüzlük de unsurları ve sonuçları itibarıyla çeşitli sınırlamalara tabi tutulabilir. Bu hususta bkz., Helmut Köhler, "Hukuki İşlemlerde Butlan Yaptırımına Getirilen Sınırlamalar", Çev.: Neslihan Çil, *Rechtsbrücke*, S. 10, 2016, 193-203.

⁵ Kubaschewski, *Die Anfechtbarkeit*, 16.

⁶ Kubaschewski, *Die Anfechtbarkeit*, 16, 17.

devri ve tescil gerçekleşir. Satış işlemi sırasında B, taşınmazın bulunduğu bölgenin imar planının durumu konusunda A'yı aldatmıştır. B, akıl hastalığı nedeniyle kısıtlıdır. A ile B arasındaki hukuki işlem B'nin ehliyetsizliği nedeniyle kesin hükümsüzken, A'nın aldatılması nedeniyle iptal edilebilir niteliktedir. Daha sonra taşınmaz B'nin vasisi tarafından C'ye devredilmiştir. C, A'nın aldatıldığını ve A ile B arasındaki hukuki işlemin aldatma nedeniyle iptal edilebilir olduğunu bilmektedir. Buna karşın C, B'nin ehliyetsizliğini ve A ile B arasındaki devrin kesin hükümsüz olduğunu bilmemektedir. C, tüm bunlardan A'nın satış işlemini iptal ederek taşınmazın kendi adına tescilini talep etmesiyle haberdar olmuştur. C, devir anında işlemin iptal edilebilir nitelikte olduğunu bildiğini kabul eder; ancak B'nin ehliyetsizliği nedeniyle hukuki işlemin kesin hükümsüz olduğunu bilmediğini söyler. Buna ek olarak kesin hükümsüz bir işlemin iptal edilebilmesine karşı çıkar. A ile B arasındaki satış kesin hükümsüzdür. C'nin burada hükümsüzlük sebebini bilmiyor oluşu iyiniyetli olarak taşınmazın mülkiyetini kazanabilmesine engel teşkil etmez. Bunun sonucu olarak kesin hükümsüz bir işlemin iptal edilemeyeceği kabul edilecek olursa, iptal edilebilirliğin iyiniyetli edinimi engellemediği söylenebilir. Böyle bir ihtimalde ise C, taşınmazı tam ehliyetli birinden edinmiş gibi, çok daha avantajlı bir konuma sahip olur. Bu somut olay kesin hükümsüz bir hukuki işlemde iptalin de söz konusu olabileceğini kabul etmenin bir gereklilik olduğunu ortaya koymaktadır.

B. KESİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜN İPTAL EDİLEBİLİRLİĞİ ÖNLEYİP ÖNLEMEDİĞİ MESELESİ

Kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik sebepleri tek ve aynı hukuki işlemde bulunabilir. Bu durumda kesin hükümsüzlüğün iptal edilebilirliği önleyip önlemediği sorusu akla gelebilir. Bir görüşe göre, bu durumda sözleşme iptal edilemez⁷. Nitekim iptal beyanı geçerli olan bir hukuki ilişkiyi ortadan kaldırır; bu sebeple geçersiz olan bir hukuki işlemin iptaline lüzum yoktur. Bir başka ifadeyle kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik sebepleri aynı hukuki işlemde bulunuyorsa, sözleşmenin hükümsüzlüğü öncelikli olarak uygulanarak iptal edilebilirliğin dışlanması gerekir⁸. Kesin hükümsüz işlemin iptalini kabul etmenin bir gereklilik olduğu yönündeki görüşe yukarıda değinilmişti. Bu konuda ayrıca kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik yaptırımları arasındaki yarışma meselesi üzerinde de durmak gerekir.

⁷ Mustafa Fadıl Yıldırım, *Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile* (Ankara: Nobel Yayın, 2002), 96.

⁸ Yıldırım, *Hile*, 96.

C. KESİN HÜKÜMSÜZLÜK VE İPTAL EDİLEBİLİRLİK YAPTIRIMLARININ YARIŞMASI

1. Çifte Etki (*Doppelwirkung*) Teorisi

Çifte etki ya da çifte hüküm teorisi olarak ifade edilen “*Doppelwirkung*”, Alman hukukçu *Theodor Kipp* tarafından ortaya atılmıştır⁹. *Kipp* geçersiz bir irade beyanının iptale konu olup olamayacağı meselesi üzerine bu teoriyi geliştirmiştir¹⁰. *Kipp*, irade beyanlarının kesin hükümsüzlüğü ve iptal edilebilirliği arasındaki yarışma olasılığıyla ilgilenecek geçersiz bir hukuki işlemin de iptal edilebileceği teorisini ortaya koymuştur¹¹. Bu teoriyle, hukuki işlemde aynı zamanda var olan şekle aykırılık ve korkutma nedeniyle art arda ortaya çıkan iki farklı sebeple geçersizliğin mümkün olabileceği ileri sürülmektedir¹².

Kipp'in teorisini geliştirmesine neden olan olay kısaca şöyle özetlenebilir: Reşit olmayan (küçük) A, bir malı B'ye satar ve teslim eder. B, A'yı aldatmıştır. A'nın yasal temsilci, sözleşmeye onay vermez, bu yüzden sözleşme kesin olarak hükümsüz olur. Daha sonra B malı, A'nın küçük olduğunu bilmeyen, ancak B'nin aldatması hakkında bilgi sahibi olan C'ye devreder. Bu durumda A, malı C'den talep edebilir mi? *Kipp*, döneminde ağır basan görüşe¹³ göre bu sorunun olumsuz olarak yanıtlanması gerektiğini belirtmektedir¹⁴. Bir başka deyişle somut olayda işlem zaten hükümsüz olduğu için iptal söz konusu olmaz¹⁵. Bu nedenle C'ye hukuki işlemin hükümsüzlüğünün iptal aracılığıyla gerçekleştiğini biliyormuş gibi muamele edilmemesi gerekir¹⁶. Bu durumda C maliktir ve malik olarak kalır. *Kipp*, iyiniyetin korunması ve kanunun ruhu gibi düşüncelerle dahi bu sonucun kabul edilemez olduğunu ileri sürmektedir¹⁷.

Yukarıda bahsedilen somut olayda açıkça görüleceği üzere, hukuki işlemin hem ehliyet yönünden hem de irade sakatlığı nedeniyle geçersiz olabilme ihtimali

⁹ Theodor Kipp, “Über Doppelwirkungen im Recht, insbesondere über die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit”, *FS für Ferdinand von Martitz zum Fünfzigjährigen Doktorjubiläum* (Berlin: Verlag von Otto Liebmann, 1911), 211 vd.; Bernd Oellers, “Doppelwirkungen im Recht?”, *AcP* 169/1 (1969), 67; Manfred Herbert, “100 Jahre Doppelwirkungen im Recht”, *Juristenzeitung* 10/2011, 503.

¹⁰ Stephan Lorenz, “Grundsatz der Doppelwirkung und Verbraucherschutz bei der Vertragsanbahnung”, <https://lorenz.userweb.mwn.de/person/gswolf.pdf>, (Erişim Tarihi: 30.09.2022), 77; Herbert, “Doppelwirkungen”, 503.

¹¹ Kipp, “Doppelwirkungen”, 212; Pan. J. Zepos, “Die Unmöglichkeit von Doppelwirkungen im Recht”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 24/4 (1934), 480, 489; Herbert, “Doppelwirkungen”, 503.

¹² Kipp, “Doppelwirkungen”, 224.

¹³ Bu görüş hakkında ayrıca bkz., Schefold, “Über Nichtigkeit und Anfechtbarkeit in der nichtstreitigen Rechtspflege”, *AcP* 87/2-3 (1897), 453 vd.; Staudinger / Riezler, *Kommentar*, 415.

¹⁴ Kipp, “Doppelwirkungen”, 227; Oellers, “Doppelwirkungen”, 68.

¹⁵ Kipp, “Doppelwirkungen”, 226.

¹⁶ Kipp, “Doppelwirkungen”, 227.

¹⁷ Kipp, “Doppelwirkungen”, 227; Oellers, “Doppelwirkungen”, 68.

mevcuttur. Ancak *Kipp*'ten önce hâkim görüş, geçersiz bir hukuki işlemin iptal edilemeyeceği yönündeydi¹⁸. Gerekçe olarak hiçbir hukuki etkinin mevcut olmadığı yerde iptalin konusunun da olamayacağı gösterilmekteydi. Nitekim batıl bir hukuki işlemde iptal aracılığıyla ortadan kaldırılacak bir etki mevcut değildir.

Kipp'in açıklanan hâkim görüşe temel eleştirisi, “*adeta bir resim gibi çok mecazi oluşu, yani mekanik-bilimsel bakış açısının etkilerinin bir sonucu*” olmasıdır. Ortadan kaldırılmış bir hak, ancak bir ölünün tekrar öldürülebileceği ile aynı derecede yeniden ortadan kaldırılabilir. Öte yandan *Kipp* “*ağacın olmadığı yerde kesilecek bir şeyin olamayacağını, duvarın olmadığı yerde böyle bir duvarda gedik açılmayacağını*”¹⁹’nı kabul ederken, geçersiz bir hukuki işlemin iptale konu edilmemesini isabetli bulmamaktadır¹⁹. *Kipp*'e göre hukuki etkiler bilimsel olarak değerlendirilmemeli; aksine “*varsayımsal bir zorunluluğun koşulsuz hale gelmesi veya bundan kurtulma*” olarak görülmelidir²⁰. Bu sebeptendir ki batıl olan bir hukuki işlem aynı zamanda iptal edilebilir niteliğe de sahip olabilir²¹.

Çifte etki teorisi, ilk olarak teoriyi mantıksal çerçevede açıklamaya çalışan *Karl Peter* ve Alman hukukunda çifte etkinin söz konusu olduğu durumlara dik-kat çekmek isteyen *Gerhard Hubernagel* tarafından desteklenmiştir²². *Schmelz* iptal hakkı sahibinin mahkeme dışı bir beyanla hukuki durumunu özgürce şekillendirebilme hakkına sahip olmasını isabetli bularak bu hakkın başka hükümsüzlük sebeplerinin varlığı gerekçe gösterilerek hak sahibinden geri alınmaması gerektiğini savunmaktadır²³. *Schreiber* ise bir hukuki işlemin birden çok nedenle geçersiz olabildiğini, günümüz hukuki işlem teorisi anlayışıyla tamamen uyumlu bulmakta ve çifte etki teorisinin geçerliliğinden hiçbir şey kaybetmediğini vurgulamaktadır²⁴. Diğer yandan çifte etki teorisini reddeden görüşler de mevcuttur²⁵.

¹⁸ Bu hususta bkz., Kubaschewski, *Die Anfechtbarkeit*, 49 vd.

¹⁹ *Kipp*, “Doppelwirkungen”, 224.

²⁰ *Kipp*, “Doppelwirkungen”, 219 vd.

²¹ Oellers, “Doppelwirkungen”, 68.

²² *Karl Peter*, “Die Möglichkeit mehrerer Gründe derselben Rechtsfolge und mehrerer gleicher Rechtsfolgen. Ein Beitrag zu dem Problem der Doppelwirkungen”, *AcP* 132/1 (1930), 1 vd.; *G. Hubernagel*, “Doppelwirkungen und Konkurrenzen”, *AcP* 137/2 (1933), 205 vd.; *G. Hubernagel*, “Doppelwirkungen im Zivilrecht”, *AcP* 138/2 (1934), 224 vd. Çifte etki teorisi Avusturyalı hukukçu *Ehrenzweig* tarafından da benimsenmiştir. Bu hususta bkz., *Armin Ehrenzweig*, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts* (Wien: 6. Auflage, 1925), 55. Teorinin Almanya dışında ilgili görmemesi eleştirilerek çifte etkinin sadece Alman hukukuna özgü bir sorun olmadığı da ifade edilmektedir. Bu hususta bkz., *Zepos*, “Doppelwirkungen”, 481.

²³ *Christoph Schmelz*, “Die Lehre von der Doppelwirkung im Recht - eine rechtspraktikable Betrachtung”, *Juristische Arbeitsblätter* 21 (2006), 22.

²⁴ *Christoph Schreiber*, “Nichtigkeit und Gestaltungsrechte - Zur Dogmatik der Doppelwirkungen im Recht”, *AcP* 211/1 (2011), 37.

²⁵ *Hans Albrecht Fischer*, “Fiktionen und Bilder in der Rechtswissenschaft”, *AcP* 117/2 (1919), 183 vd.; *Rudolf Henle*, “Das Anwendungsgebiet der Anfechtbarkeit wegen Drohung”, *FS für Ernst Zitelmann*,

Öğretideki bu tartışmalara rağmen, *Kipp*'in görüşlerinin bir sonucu olarak, günümüzde geçersiz bir hukuki işlemin iptale konu olabileceğinin kabulü gittikçe önem kazanmaya başlayan bir görüş haline gelmiştir²⁶.

Hükümsüzlük sebepleri, hükümsüzlüğün sonuçları üzerinde farklı etkilere sahiptir. Bu sebeple çeşitli hükümsüzlük sebeplerinin aynı anda var olması hukuki açıdan önemlidir²⁷. *Kipp*'e göre, özel hukukta²⁸, geçersiz bir hukuki işlemin iptal edilebilirliğini kabul etmek büyük bir öneme sahiptir²⁹. Nitekim yazara göre iptal, bir hukuki işlemin fiziksel olarak ortadan kaldırılmasından çok iptal hakkı sahibi kişinin hukuki çıkarlarına hizmet eder³⁰. Bu sebeple çifte etki teorisi çerçevesinde, başka nedenlerle hükümsüz olmasına rağmen işlemin iptal edilebileceğini kabul edilmelidir. Öğretide cevaplanması gereken sorulardan biri olarak, çifte etki teorisinin iptal dışındaki haklar yoluyla geçersiz hukuki işlemleri de etkileyip etkilemeyeceği gösterilmektedir³¹. Önemle eklemek gerekir ki, çifte etki teorisinin uygulama alanı yalnızca kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirlikle sınırlı değildir. *Kipp* teorisini iptal dışındaki haklara da taşımaya çalışmıştır. Bu bağlamda çifte etki teorisi, sözleşmeden dönme ve fesih için de uygulama alanı bulur³².

München und Leibzig: Duncker & Humblot, 1913), 40; Paul Oertmann, *Kommentar zum Allgemeinen Teil des BGB* (1927), 506-507; Zepos, "Doppelwirkungen", 480 vd.

²⁶ Max Zauderer, *Anfechtbarkeit und relative Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften* (Marburg: 1931), 24; Lorenz, "Doppelwirkung", 78; Oellers, "Doppelwirkungen", 69; Herbert, "Doppelwirkungen", 503; Hans Brox, *Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung* (Karlsruhe: Verlag C. F. Müller, 1960), 199 vd.; Schmelz, "Doppelwirkung", 22.

²⁷ Lorenz, "Doppelwirkung", 78. Çifte etki teorisinin çifte sebepler (*Doppelgründen*) ve çifte sonuçlar (*Doppelfolgen*) olmak üzere iki anlama geldiği yönünde bkz., Peter, "Doppelwirkungen", 4; Zepos, "Doppelwirkungen", 481.

²⁸ *Serick*, 1956 tarihli makelesinde, uluslararası özel hukukta çifte etki teorisinin kanunlar ihtilafı kuralları kapsamında değerlendirilmesi gereken durumlarda, "paralel etkiler" in (*parallel Wirkungen*) meydana geleceğini ortaya koymuştur. Bu hususta bkz., Rolf Serick, "Parallel Wirkungen im Internationalen Privatrecht: Ein Beitrag zur Lehre von den Doppelwirkungen", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2 (1956), 210 vd., özellikle 242. Paralel etki, "*bir hukuki kurumun eşit şartlarda bir arada var olan farklı hukuk sistemlerine göre değerlendirme yapılması durumunda ortaya çıkar*". Bu etkilerin birbiriyle kesişmesi asla söz konusu olmaz. Bu hususta bkz., Serick, "Doppelwirkungen", 219. Yazar uluslararası özel hukukta milliyet, ifa yeri gibi kurallar ön plana çıktığından çifte etkilerin mümkün olmadığını kabul etmekle birlikte bir hukuki kurumun farklı bölümlerinin kanunlar ihtilafı bağlamında ayrı bir şekilde ilişkilendirilmesi gerekiyorsa çifte etkinin söz konusu olabileceğini ifade etmektedir. Örneğin, iki İtalyan'ın İtalya'da akdettiği ve hukuki işlem ehliyetinden yoksunluk ve şekil eksikliği bulunan bir borçlar hukuku sözleşmesinin geçerliliği Almanya'da Alman hâkim tarafından incelenebilir. Alman hâkim bu sözleşmeyi değerlendirirken gerçek anlamda çifte etki teorisi meselesi ortaya çıkar. Bu hususta bkz., Serick, "Doppelwirkungen", 241, 242.

²⁹ *Kipp*, "Doppelwirkungen", 226.

³⁰ *Kipp*, "Doppelwirkungen", 224 vd.

³¹ Schreiber, "Doppelwirkungen", 37.

³² *Kipp*, "Doppelwirkungen", 228-230. Aynı yönde, Zepos, "Doppelwirkungen", 481; Hubernagel, "Konkurrenzen", 218-220. Alman Federal Mahkemesi, bir kararında geçersiz bir sözleşmenin iptale konu

Çifte etki teorisi, bir hukuki işlemin kesin hükümsüzlük nedeniyle “hiç var olmamış gibi” görülmesinden ziyade sadece ilgili hükümsüzlük sebebi konusunda geçerliliğini yitirdiği düşüncesine dayanır³³. Teoriyi bir hukuki işlemin geçerlilikten yoksun olmasına başka bir neden eklenmesi şeklinde açıklayanlar da vardır³⁴. Burada “geçerlilikten yoksunluğa başka bir neden eklenmesi” ile kastedilen, hukuki işlemin “geçersizliğine başka bir neden eklenmesi” değildir. Geçersizliğe başka bir neden eklenmesi denildiğinde, hukuki işlemde birden fazla kesin hükümsüzlük sebebi olabileceği düşünülebilir. Ancak çifte etki teorisinin esası, hukuki işlemin geçersiz olmasına rağmen iptal edilebileceği fikrine dayanır.

2. Çifte Etki Teorisinin Eleştirisi

Çifte etki teorisi; teoriyle elde edilen sonucun ikna edici ve tatmin edici olmaksızın uzak olduğu ve bu teorisinin lüzumsuz olabileceği gerekçeleriyle eleştirilmiştir³⁵.

Kipp'in çifte etki teorisini geliştirmesine neden olayı değiştirerek yeni bir somut olay kurgulanabilir. Şöyle ki: Reşit olmayan A aslında B tarafından aldatılmamış olsun. Aynı zamanda C, A'nın aldatıldığını düşünerek B'den malı satın alsın. A ile B arasındaki işlem, C'nin düşündüğü gibi yalnızca iptal edilebilir olmakla kalmayıp aynı zamanda geçersizdir. Bu durum C'nin malı iktisap edemesine neden olur. A ile B arasındaki işlemin hükümsüzlüğü ile yarışan bir iptal edilebilirlik ihtimali kurgulanan bu yeni olayda mevcut değildir. Bu sebeple çifte etki teorisi buradaki sorunu çözmede istenen etkiye sahip değildir³⁶. Bu örnek olay, çifte etki teorisinin her zaman tatmin edici sonuçlara ulaştırmayacağını kanıtı olarak gösterilebilir.

Çifte etki teorisine getirilen bir başka eleştiri; çifte etki teorisinin başvurulması beklenen diğer tüm durumların kanunun anlamlı bir şekilde yorumlanmasıyla çözüme kavuşturulacağı düşüncesidir³⁷. Örneğin tam ehliyetli A, B ile yaptığı sözleşmeyi yanılma hükümlerine dayanarak iptal eder. Bu durumda A aleyhine bir tazminat yükümlülüğü doğar. Ancak A, sözleşme kurulurken B'nin

olabileceği gibi tüketiciciyi koruma amacıyla geri almanın da mümkün olduğu sonucuna varmıştır. Bu hususta, bkz., BGH, Urteil vom 25.11.2009 - VIII ZR 318/08 (LG Aurich). Karar hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz., Mirko Möller, “Widerrufs- und Rückgaberecht bei nichtigem Fernabsatzvertrag-Radarwarngerät”, *NJW* (2010), 610 vd.; Erik Hahn, “Das Verbraucherwiderrufsrecht und die Kippsche Doppelwirkung im Recht”, *NJ* (2010), 282 vd. Aynı yönde, Markus Würdinger, “Doppelwirkungen im Zivilrecht - Eine 100-Jährige juristische Entdeckung”, *Juristische Schulung* (2011), 771 vd. Çifte etkinin geri almada kullanılmayacağı yönünde bkz. Staudinger / Roth, *Kommentar*, 110, Rn.30.

³³ Lorenz, “Doppelwirkung”, 78.

³⁴ Lorenz, “Doppelwirkung”, 80; Schreiber, “Doppelwirkungen”, 41.

³⁵ Oellers, “Doppelwirkungen”, 70; Zepos, “Doppelwirkungen”, 487; Herbert, “Doppelwirkungen”, 507.

³⁶ Oellers, “Doppelwirkungen”, 71.

³⁷ Staudinger / Roth, *Kommentar*, 110, Rn.29; Oellers, “Doppelwirkungen”, 72. Benzer yönde bkz., Zepos, “Doppelwirkungen”, 489 vd.

tanımadığı üçüncü bir kişi tarafından tehdit edilmiştir. Bu durumda A'nın yine de tazminatla yükümlü tutulması hakkaniyete aykırı olur. Bu nedenle A'nın tehdide neden olan fiillerin sona ermesinden itibaren korkutmaya dayanarak sözleşmeyi iptal etmesi gerekir.

II. BİRDEN ÇOK İPTAL SEBEBİNİN BULUNMASI: ÇOKLU İPTAL

A. ÇOKLU İPTAL (MEHRFACHE ANFECHTBARKEIT) KAVRAMI

Bir hukuki işlemde birden fazla iptal sebebinin bir arada bulunması da mümkündür. Bu durumda “çoğul / çoklu iptal (*mehrfache Anfechtbarkeit*)” gündeme gelir. Hem aldatma hem korkutma etkisi altında kurulan bir hukuki işlemin ayrı ayrı bu iki nedene dayanarak iptal edilip edilemeyeceği üzerinde düşünülmesi gereken meselelerden biridir.

Öğretide bir görüş, çoklu iptali reddetmektedir³⁸. Bu görüşe göre iptal birkaç nedene dayanıyorsa her nedenin ayrıca ileri sürülmesi gerekli değildir. Hukuki işlem bir nedenden dolayı iptal edilemediği takdirde diğerine dayanarak iptal edilmiş sayılmalıdır³⁹. Diğer yandan her bir iptal sebebi farklı hukuki sonuçlara neden oluyorsa, çoklu iptale izin verilmesi gerektiğini ileri süren görüşler de mevcuttur⁴⁰.

Çoklu iptalin kabul edilmesi teorik açıdan önem taşımaktadır. Nitekim birden fazla iptal nedeninin mevcut olduğu bir hukuki ilişkide, bir iptal nedeninin herhangi bir nedenle sona ermesi durumunda, diğer sebebe dayanarak iptal imkanının korunması ancak çoklu iptal sayesinde mümkün olabilir. Bir sözleşme ilişkisinde iradesi sakatlanmış taraf, sözleşme kurulurken yanıltıldığını zannederken daha sonra aldatıldığını da fark etmiş olabilir. Örneğin, satın aldığı motorlu aracın yaşı konusunda yanıltığına düşen kişi ayrıca kazasızlık hususunda aldatılmış olabilir. Bu kimsenin aldatma nedeniyle sözleşmeyi iptal etmesi, yanıltma nedenine dayanmasından daha avantajlıdır. *Kocayusufpaşaoğlu* böyle bir durumda iptal beyanında bulunan kimsenin “*en ziyade yararına olan hukuki sonuçlara üstünlük*” tanınması gerektiğini ifade etmektedir⁴¹.

Çoklu iptalde, iptal sürelerinin başlangıç anı da farklılık gösterebilir. Yanılmaya dayanarak iptali ileri sürme hakkı sona ermiş olmasına rağmen, aldatma nedeniyle iptalin ileri sürülmesi için hala süre sona ermemiş olabilir. İptal beyanının ileri sürülmesi açısından, biri süresi sona eren birden fazla iptal sebebinin bu-

³⁸ Henle, “Anfechtbarkeit”, 43; Hubernagel, “Konkurrenzen”, 217-218.

³⁹ Zepos, “Doppelwirkungen”, 493.

⁴⁰ Zepos, “Doppelwirkungen”, 493; Michael Becker, “Gestaltungsrecht und Gestaltungsgrund”, *AcP* 188/1 1988, 45.

⁴¹ Necip Kocayusufpaşaoğlu vd., *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014), 466.

lunması, diğer sebeplere dayanmak koşuluyla, iptal hakkının ileri sürülebileceği sürenin sona ermediği anlamına gelir. Bu durumda iptal süresinin ve dolayısıyla iptal hakkının mevcudiyetinin korunması bakımından çoklu iptalin kabul edilmesi önem arz etmektedir⁴².

B. ÇOKLU İPTALDE İPTAL SEBEBİNİN BELİRTİLMESİ GEREKLİLİĞİ

İptal hakkı sahibinin iptal beyanında bulunurken iptal nedenini belirtmek zorunda olup olmadığı hususu tartışmalıdır⁴³. Esasen iptal beyanında iptal sebebinin gösterilmesi gerekmez⁴⁴. Nitekim iptal beyanında bulunurken sebebin gösterilmesi gerekliliği hususunda emredici bir hüküm yoktur⁴⁵. İptal beyanında sebebin gösterilmemesi, iptal beyanın geçerliliğini etkilemez⁴⁶. Sebep gösterilmemesine rağmen iptal, hüküm ve sonuç doğurur⁴⁷.

⁴² Becker, "Gestaltungsrecht", 45, 46.

⁴³ Bu tartışmanın esasen maddi hukuk ve usul hukuku olmak üzere iki boyutu vardır. Burada meselenin maddi hukuk boyutu ele alınmış olup meselenin usul hukuk açısından değerlendirilmesi ayrı bir çalışma konusudur. Bir görüşe göre iptal beyanında mutlaka sebebin gösterilmesi gerekir; aksi takdirde iptal hukuki sonuç doğurmaz. Bu hususta bkz., Andreas von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt 1-2*, Çev.: Cevat Edege, (Ankara:Olgaç Matbaası, 1983), 304; Zekeriya Kurşat, *Borçlar Hukuku Alanında Hile* (İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 2003), 83, 84. İptal beyanında bulunulurken danyılan fiili durumların belirtilmesi gerektiği hakkındaki görüş için bkz., Jürgen Ellenberger, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch* (München: C. H. Beck, 2018), BGB § 143, Rn.3; Josef Fenkart, *Wesen und Ausübung der Gestaltungsrechte im schweizerischen Privatrecht* (Bern: Verlag von Stämpfli, 1925), 83. Bu görüş öğretide, fiili durumların belirtilmesinin "gevşetilmiş veya zayıflatılmış bir sebep bildirme" niteliğinde olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bu hususta bkz., Ulrich Büdenbender, "Begründung von Gestaltungsrechten als Wirksamkeitsvoraussetzung?", *AcP* 210/5 (2010), 623. Bir başka görüş; iptal sebebine dair bir açıklık yoksa karşı tarafın iptal nedenini sorma ve iptal edeni daha ayrıntılı açıklamalar yapmaya teşvik etmesi imkânı karşısında, fiili koşulların bildirilmesi gerekliliğinin açıkça reddedilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu hususta bkz., Heinz Palm, *Erman Bürgerliches Gesetzbuch* (Köln: Otto Schmidt Verlag, 2008), BGB § 143, Rn.1, fn.7. Karşı tarafın iptal sebebinin bilmesinin kendisinden beklenemeyeceği durumlarda, iptal hakkı sahibinin iptal nedenini mutlaka belirtmesi gerektiği hakkında bkz., Max Waiblinger, *Begriff und Ausübung der Anfechtungsrechte im schweizerischen Privatrecht, unter besonderer Berücksichtigung der Anfechtung des ehelichen Kindesverhältnisses* (Bern: Verlag von Stämpfli & Cie, 1928), 49.

⁴⁴ Arnd Arnold, *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*, (Köln: Otto Schmidt Verlag, 2017), 411, Rn.2; Friedrich Lent, "Die Notwendigkeit einer Begründung bei Ausübung von Gestaltungsrechten", *AcP* 152/5 (1952/1953), 401; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 477; Yıldırım, *Hile*, 228; Kurşat, *Hile*, 83; Ethem Saba Özmen-Müge Ürem, "Geçerli Sebebe Dayanmaksızın Kullanılan Bozucu Yenilik Doğuran Hakkın Hukuki Sonuçları ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Eleştirisi", *İstanbul Barosu Dergisi* 90/3 (2016), 209; Erhan Kanışlı, *İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 546.

⁴⁵ Becker, "Gestaltungsrecht", 47; Lent, "Gestaltungsrecht", 623.

⁴⁶ Becker, "Gestaltungsrecht", 36, 37; Özmen/Ürem, "Eleştiri", 209. Sebep bildirmenin beyanın hüküm ve sonuç doğurması için bir ön koşul olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği yönünde ayrıntılı açıklamalar için bkz., Büdenbender, "Begründung", 612 vd.

⁴⁷ Lent, "Gestaltungsrecht", 405; Kurşat, *Hile*, 83; Özmen/Ürem, "Eleştiri", 209.

Çoklu iptal, yukarıda da değinildiği üzere, birden fazla iptal sebebinin bir arada bulunduğu hukuki ilişkilerde söz konusu olur. Bu durumda iptal sebebi kadar iptal hakkının mevcut olduğu kabul edilmektedir⁴⁸. Bir başka ifadeyle her iptal sebebi, ayrı bir iptal hakkı meydana getirir. Bu nedenle çoklu iptalin söz konusu olması durumunda, iptal beyanında bulunulurken, sebebin gösterilmesi gerekir⁴⁹. Sebep gösterilmediği takdirde, hangi sebebe dayanarak iptal beyanında bulunulduğunun tespiti mümkün olmaz⁵⁰. Birden fazla iptal hakkı mevcut olduğunda, bunların hepsini aynı anda ileri sürme zorunluluğu bulunmamaktadır⁵¹.

Çoklu iptalin söz konusu olduğu durumlarda, iptal hakkı sahibinin, başka bir sebebi gizlemek amacıyla iptal beyanında bulunurken özellikle bir sebebe işaret etmesi mümkündür⁵². Bu şekilde bir hareket, ancak, beyan sahibinin diğer sebebi belirtmeyi gereksiz görmesi durumunda haklı olabilir⁵³.

İptal hakkı sahibinin, iptali beyanında bulunduğu anda bildiği, ancak ileri sürmediği sebepler de söz konusu olabilir. Bu sebeplerin sonradan ileri sürülebilmesi, hak sahibinin sebepleri açıklamadaki menfaatiyle ilgilidir. İptal hakkı sahibinin karşı tarafı zarara uğratmak maksadıyla sakladığı sebebi daha sonra ileri sürmesi kabul edilemez⁵⁴. Böyle bir beyanın ileri sürülmesi, BGB § 226 kapsamında “*sırf başkasına zarar vermek amacıyla hakkın kullanılması yasağı*” ile önlenmektedir⁵⁵. Türk hukukunda bu yönde açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce, BGB § 226’nın sağladığı bu özel koruma, TMK m. 2 kapsamında hakkın kötüye kullanılması yasağıyla sağlanabilir.

C. ÇOKLU İPTALDE İPTAL HAKLARININ SONA ERMESİ

Yenilik doğuran haklar, beyanın muhataba varmasıyla hukuki sonuç doğurur. Hukuki sonuç, belirli bir amacın elde edilmesine yöneliktir. Bu amaca ulaşılmasıyla hakkın “*hikmeti vücudu*”, bir başka deyişle varlığı sona erer⁵⁶. Hakkın kullanılmasıyla amaç sağlanmış olacağından yenilik doğuran haklar, bir kez kullanmakla sona erer. Bu sayede yenilik doğuran beyanın sağlamış olduğu hak tükenir.

⁴⁸ Vedat Buz, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2005), 211.

⁴⁹ Lent, “Gestaltungsrecht”, 407.

⁵⁰ Lent, “Gestaltungsrecht”, 408. Bu tespit, hakkın kullanılmasında süre ve haktan feragat açısından önem taşımaktadır. Yenilik doğuran hakların kullanılması hak düşürücü süreye tabi olduğundan, her bir yenilik doğuran hak için ayrı bir sürenin işlenmesi söz konusu olur. Ayrıca bir iptal sebebi nedeniyle mevcut olan iptal hakkından feragat, var olan tüm iptal haklarından feragat şeklinde yorumlanamaz. Bu hususta bkz., Lent, “Gestaltungsrecht”, 407-408.

⁵¹ Lent, “Gestaltungsrecht”, 409.

⁵² Lent, “Gestaltungsrecht”, 408.

⁵³ Lent, “Gestaltungsrecht”, 409.

⁵⁴ Buz, *Yenilik Doğuran Haklar*, 225-226.

⁵⁵ Becker, “Gestaltungsrecht”, 49.

⁵⁶ Buz, *Yenilik Doğuran Haklar*, 256.

İptal hakkı hukuki niteliği itibarıyla bir bozucu yenilik doğuran haktır ve kullanılmakla tükenir. Çoklu iptal durumunda her bir sebebe dayalı olarak mevcut olan iptal haklarının sona ermesi özellik arz etmektedir. Çoklu iptalde birden fazla iptal sebebi bir arada bulunmaktadır. Bu sebeplerden birine dayalı olarak ileri sürülen iptal, ilgili sebebin sağladığı hakkı sona erdirir. Ancak diğer sebeplerin bahsettiği iptal hakkı varlığını korur. Öğretide diğer iptal haklarının varlığını korumasının anlamlı sonuçlar ortaya çıkarmayacağı ileri sürülmektedir⁵⁷. Nitekim iptal hakkının kullanılmasıyla sözleşme ilişkisi geçmişe etkili bir biçimde ortadan kalkar. Böylece diğer haklar da konusuz kaldıkları için sona ermiş olur⁵⁸. Bu sonuç aynı amaca hizmet eden iptal haklarının bir arada bulunması halinde sorun teşkil etmez. Buna karşılık farklı hukuki sonuçlar doğuran iptal haklarının söz konusu olduğu durumlarda, bir hakkın kullanılmasıyla diğerlerinin de sona ereceğinin kabulü, hak sahibinin menfaatlerine zarar verebilir. Şöyle ki; bir kimse hem yanılma hem de muhatabın hileli davranışları sonucu bir sözleşme akdetmiş olabilir. Bu durumda yanılma nedeniyle sözleşmeyi iptal eden tarafın aldatmayı fark etmesi durumunda aldatma nedeniyle mevcut olan iptal hakkının varlığını koruması önemlidir. Aldatma nedeniyle ileri sürülen iptal, yanılma ile kıyaslandığında, hak sahibi açısından daha avantajlı sonuçlar doğurur. Yanılma nedeniyle ileri sürülen iptalde, hak sahibi tazminat yükümlüsü olabilirken; aldatma nedeniyle sözleşmeyi iptal etmesi durumunda tazminat talep edebilir. Bu durumda yanılma nedeniyle iptal edilen ve sona eren bir sözleşmenin aldatmaya dayanarak ikinci kez iptalinin mümkün olup olmadığı meselesi gündeme gelecektir. Bu mesele, yukarıda ayrıntılı bir şekilde açıklanan çifte etki teorisi bağlamında değerlendirildiğinde, ikinci kez iptalin mümkün olduğu sonucuna varılır. Öğretide daha önce iptal edilmiş bir sözleşmenin iptalinin kabul edilmesi için bu teoriye başvurmaya gerek olmadığı ifade edilmektedir⁵⁹. Yukarıdaki örnekte hak sahibi ilk iptal beyanını saik hatası nedeniyle iptal edince, kendisi için daha avantajlı sonuçlar doğuran aldatma nedeniyle iptal için önünde herhangi bir engel kalmayacaktır. Bu durumda iptal beyanının kendisinde bir irade sakatlığı mevcut olduğundan iptal beyanına yönelik yeni bir iptalin varlığı söz konusudur⁶⁰.

D. ÇOKLU İPTALDE ONAMANIN SINIRLANDIRILMASI

İptal edilebilir bir hukuki işlem söz konusu olduğunda, iptal hakkı sahibinin iki farklı alternatifini vardır. Bunlardan birincisi, iptal beyanında bulunarak hukuki işlemi geçmişe etkili bir biçimde ortadan kaldırmaktır. İkincisi ise işlemi onayarak geçerliliğini kesinleştirmektir. Onama da iptal beyanı gibi yenilik doğuran

⁵⁷ Buz, *Yenilik Doğuran Haklar*, 212.

⁵⁸ Buz, *Yenilik Doğuran Haklar*, 212.

⁵⁹ Buz, *Yenilik Doğuran Haklar*, 213.

⁶⁰ Buz, *Yenilik Doğuran Haklar*, 452.

hak niteliğine sahiptir. Onama beyan edildikten sonra artık bu beyandan geri dönülemez. Bu sebeple işlemin onanması, iptal hakkının kaybına neden olur. Bu özelliğinden dolayı öğretide onamanın, “*iptal hakkından feragat*” anlamını taşıdığı da ifade edilmektedir⁶¹.

Çoklu iptal durumunda onama beyanının belirli bir iptal sebebi için açıklanması mümkündür. Bir başka deyişle birden fazla iptal sebebinin mevcut olduğu bir hukuki ilişkide, onama tek bir sebeple sınırlandırılabilir⁶². Bu durumda diğer sebeplere dayanarak sözleşmeyi iptal hakkı mevcudiyetini korur. İptal hakkına sahip birden fazla kişinin varlığı halinde, onama yalnızca beyanda bulunan kimse için geçerlidir⁶³. Diğerlerinin sözleşme ilişkisi, beyan edilen onamadan etkilenmez.

SONUÇ

Hukuki işlemin geçerli olabilmesi için kurucu unsurları ve geçerlilik şartlarını taşıması gerekir. Geçerlilik şartlarındaki eksikliğin kamu düzenini ilgilendiren sebeplerden kaynaklanması kesin hükümsüzlük yaptırımıyla sonuçlanırken, bireysel çıkarları ilgilendiren düzeydeki sebepler iptal edilebilirlik yaptırımını gündeme getirir. Kesin hükümsüzlük sebepleri, esas olarak TBK m. 27’de öngörülmüştür. İptal sebepleri ise, tek bir hükümde toplanmamıştır. TBK’da iptal sebepleri olarak aşırı yararlanma, yanılma, aldatma ve korkutma düzenlenmiştir.

Bir hukuki işlemde birden çok geçersizlik nedeninin bulunması iki farklı şekilde ortaya çıkabilir: Ya geçersizlik sebeplerinden biri kesin hükümsüzlük, diğeri iptal sebebidir. Ya da geçersizlik sebeplerinin hepsi iptal sebebidir. Birinci durumda kesin hükümsüzlüğün iptal edilebilirliği önleyip önlemediği ve her iki yaptırım türü arasında yarışma olup olmayacağı meseleleri ortaya çıkar. Alman hukukunda kesin hükümsüzlüğün iptal edilebilirliği önlemediğinden hareketle her iki yaptırım arasında yarışma imkanını ele alan Kipp, “çifte etki teorisi” olarak anılan bir görüş ileri sürmüştür. Bu teori, geçersizlik sebeplerinin hukuki işlem üzerinde farklı sonuçlar doğuracağı esasını ön plana çıkararak, geçersiz bir hukuki işlemin de iptal edilebileceğini açıklar. Bir hukuki işlemde birden çok iptal sebebinin bir arada bulunması ihtimalinde ise, çoklu iptal söz konusudur. Çoklu iptalin en önemli özelliği, iptal hakkı sahibinin iptal sebebi kadar çok iptal hakkına sahip olmasıdır. Çoklu iptal; iptal sürelerinin işlemeye başladığı anlarda yarattığı farklılık, iptal hakkı sahibinin menfaatleri, iptal nedeninin belirtilmesi gerekliliği gibi teorik açıdan önem taşıyan birçok konuda işleve sahiptir.

⁶¹ Staudinger/Roth, Kommentar, 128, Rn.2; Rudolf Schlottmann, *Die Anfechtbarkeit nach Römischem Recht und dem Bürgerlichen Gesetzbuche* (Guben: A. Koenig, 1901), 78, 79; Eren, *Borçlar Genel*, 478; Kanişlı, *Yanılma*, 624-626.

⁶² Palandt/Ellenberger, *Kommentar*, BGB § 144, Rn.3; Erman BGB/Arnold, 413, Rn.4.

⁶³ Erman BGB/Arnold, 413, Rn.4.

Çifte etki teorisi ve çoklu iptalin kabul edilmesi önemlidir. Çifte etki teorisine kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi bir işlemin iptali amaçlanmaktadır. Bu teori, ortaya atıldığı dönemde destekten çok eleştiri almasına rağmen günümüzde teorinin önemi anlaşılmış ve gittikçe daha çok taraftar toplayan bir görüş haline gelmiştir. Çoklu iptal de iptal süresinin ve iptal hakkının varlığını koruması açısından önem taşımaktadır. İptal hakkı sahibi, ileri sürdüğü bir iptal sebebinin kendisi için dezavantajlı olduğunu fark ettikten sonra daha avantajlı olan diğer sebebe dayanmak isteyebilir. Bu sebeplerle çoklu iptalin benimsenmesi de teorik açıdan isabetli bir tercih olur.

KAYNAKÇA

- Arnold, Arnd. *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*. Köln: Otto Schmidt Verlag, 15. Auflage, 2017.
- Baş, Seda. *Türk Borçlar Hukukunda İptal Edilebilirlik Yaptırımı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Becker, Michael. "Gestaltungsrecht und Gestaltungsgrund". *AcP* 188/1 1988, 24-68.
- Brox, Hans. *Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung*. Karlsruhe: Verlag C. F. Müller, 1960.
- Buz, Vedat. *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2005.
- Büdenbender, Ulrich. "Begründung von Gestaltungsrechten als Wirksamkeitsvoraussetzung?". *AcP* 210/5 2010, 611-653.
- Crome, Carl. *System des deutschen bürgerlichen Rechts, Band I*. Tübingen: 1900.
- Ehrenzweig, Armin. *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*. Wien: 6. Auflage, 1925.
- Ellenberger, Jürgen. *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*. München: C. H. Beck, 77. Aufl., 2018.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 26. Baskı, 2021.
- Fenkart, Josef. *Wesen und Ausübung der Gestaltungsrechte im schweizerischen Privatrecht*. Bern: Verlag von Stämpfli, 1925.
- Fischer, Hans Albrecht. "Fiktionen und Bilder in der Rechtswissenschaft". *AcP* 117/2 1919, 143-192.
- Hahn, Erik. "Das Verbraucherwiderrufsrecht und die Kippsche Doppelwirkung im Recht". *NJ* 2010, 281-284.
- Henle, Rudolf. "Das Anwendungsgebiet der Anfechtbarkeit wegen Drohung", *FS für Ernst Zitelmann*. München und Leipzig: Duncker & Humblot, 1913, 3-61.
- Herbert, Manfred. "100 Jahre Doppelwirkungen im Recht". *Juristenzeitung* 10/2011, 503-513.
- Hubernagel, G. "Doppelwirkungen im Zivilrecht", *AcP* 138/2 1934, 224-235.
- Hubernagel, G. "Doppelwirkungen und Konkurrenzen". *AcP* 137/2 1933, 205-236.
- Kanışlı, Erhan. *İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Kipp, Theodor. "Über Doppelwirkungen im Recht, insbesondere über die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit". *FS für Ferdinand von Martitz zum Fünfzigjährigen Doktorjubiläum*. Berlin: Verlag von Otto Liebmann, 1911, 211-233.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip vd. *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 6. Tıpkı Bası, 2014.
- Köhler, Helmut. "Hukuki İşlemlerde Butlan Yaptırımına Getirilen Sınırlamalar". Çev.: Neslihan Çil, *Rechtsbrücke*. 10 2016, 191-205.
- Kubaschewski, Kurt. *Die Anfechtbarkeit des nichtigen Rechtsgeschäfts*. Berlin: 1911.

- Kurşat, Zekeriya. *Borçlar Hukuku Alanında Hile*. İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 2003.
- Lent, Friedrich. “Die Notwendigkeit einer Begründung bei Ausübung von Gestaltungsrechten”. *AcP* 152/5 1952/1953, 401-419.
- Leonhard, Franz. *Die Beweislast*. F. Vahlen, 2. Auflage, 1926.
- Lorenz, Stephan. “Grundsatz der Doppelwirkung und Verbraucherschutz bei der Vertragsanbahnung”. <https://lorenz.userweb.mwn.de/person/gswolf.pdf>, 77-89 (Erişim Tarihi: 30.09.2022).
- Manigk, Alfred. *Willenserklärung und Willensgeschäft*. Berlin: Verlag von Franz Vahlen, 1907.
- Möller, Mirko. “Widerrufs- und Rückgaberecht bei nichtigem Fernabsatzvertrag-Radarwarngerät”. *NJW* 2010, 610-612.
- Oellers, Bernd. “Doppelwirkungen im Recht?”. *AcP* 169/1 1969, 67-79.
- Oertmann, Paul. “Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit”. *Jherings Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, Band 66, 130-308.
- Oertmann, Paul. *Kommentar zum Allgemeinen Teil des BGB*. 3. Auflage, 1927.
- Özmen, Ethem Saba-Ürem, Müge. “Geçerli Sebebe Dayanmaksızın Kullanılan Bozucu Yenilik Doğuran Hakkın Hukuki Sonuçları ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Eleştirisi”. *İstanbul Barosu Dergisi* 90/3 2016, 193-218.
- Palm, Heinz. *Erman Bürgerliches Gesetzbuch*. Köln: Otto Schmidt Verlag, 12. Auflage, 2008.
- Peter, Karl. “Die Möglichkeit mehrerer Gründe derselben Rechtsfolge und mehrerer gleicher Rechtsfolgen. Ein Beitrag zu dem Problem der Doppelwirkungen”. *AcP* 132/1 1930, 1-69.
- Riezler, E. *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil Bd. I*, 1936.
- Roth, Herbert. *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsrecht und Nebengesetzen, Buch I, Allgemeiner Teil*. Berlin: Sellier de Gruyter, 2015.
- Schefold. “Über Nichtigkeit und Anfechtbarkeit in der nichtstreitigen Rechtspflege”. *AcP* 87/2-3 1897, 453-466.
- Schmelz, Christoph. “Die Lehre von der Doppelwirkung im Recht - eine rechtspraktikable Betrachtung”. *Juristische Arbeitsblätter* 21 2006, 21-22.
- Schreiber, Christoph. “Nichtigkeit und Gestaltungsrechte - Zur Dogmatik der Doppelwirkungen im Recht”. *AcP* 211/1 2011, 35-57.
- Serick, Rolf. “Parallel Wirkungen im Internationalen Privatrecht: Ein Beitrag zur Lehre von den Doppelwirkungen”. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2 1956, 207-242.
- Serozan, Rona. *Sözleşmeden Dönme*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2. Bası, 2007.

- Von Tuhr, Andreas. *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt 1-2*. Çev.: Cevat Edege, Ankara: Olgaç Matbaası, 1983.
- Waiblinger, Max. *Begriff und Ausübung der Anfechtungsrechte im schweizerischen Privatrecht, unter besonderer Berücksichtigung der Anfechtung des ehelichen Kindesverhältnisses*. Bern: Verlag von Stämpfli & Cie, 1928.
- Würdinger, Markus. “Doppelwirkungen im Zivilrecht - Eine 100-Jährige juristische Entdeckung”. *Juristische Schulung* 2011, 769-774.
- Yıldırım, Mustafa Fadil. *Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile*. Ankara: Nobel Yayın, 2002.
- Zauderer, Max. *Anfechtbarkeit und relative Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften*, Marburg: 1931.
- Zepos, Pan. J. “Die Unmöglichkeit von Doppelwirkungen im Recht”. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 24/4 1934, 480-498.



Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair Lahey İlkeleri Uyarınca Örtülü Hukuk Seçimi^(*)

Tacit Choice of Law under the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts

Arş. Gör. Gamze AYDOĞDU^(**)

Öz

Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı (HCCH) tarafından 19 Mart 2015 tarihinde kabul edilen Lahey İlkeleri, milletlerarası ticari sözleşmelerde hukuk seçimine ilişkin genel esasları düzenlemektedir. Lahey İlkeleri HCCH'nin bağlayıcı olmayan ilk hukuk aracıdır. İlkelerin 4. maddesinde tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku açık ya da örtülü olarak kararlaştırabilecekleri kabul edilmektedir. Örtülü hukuk seçiminin sözleşmenin hükümlerinden ya da koşullardan açıkça anlaşılması gerekmektedir. Yetki anlaşması ya da tahkim anlaşması tek başına taraflarca örtülü hukuk seçimi yapıldığının göstergesi değildir. İlkelerin yorumunda örtülü hukuk seçimine işaret eden kriterler örnekler üzerinden açıklanmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Lahey İlkeleri, HCCH, Hukuk Seçimi, Örtülü Hukuk Seçimi, Sözleşmenin Hükümleri, Yetki Anlaşmaları.

Abstract

The Hague Principles, adopted by the Hague Conference on Private International Law (HCCH) on 19 March 2015, regulate the general principles regarding the choice of law in international commercial contracts. The Hague Principles are HCCH's first non-binding legal instrument. In Article 4 of the Principles, it is accepted that the parties can decide on the law to be applied to the contract, either explicitly or implicitly. The tacit choice of law must be appear clearly from the provisions of the contract or the circumstances. The jurisdiction agreement or the arbitration agreement is

^(*) Araştırma Makalesi / Makale Geliş Tarihi: 17.10.2022 - Makale Kabul Tarihi: 10.11.2022
DOI: 10.56701/shd.1190810

^(**) Kırıkkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Kırıkkale - Türkiye
E-posta: g.aydogdu@kku.edu.tr
Orcid No: https://orcid.org/0000-0002-7498-2575

not sufficient on its own to accept that the parties have made an tacit choice of law. In the commentary of the Principles, the criterias pointing to the tacit choice of law are explained through examples.

Keywords

Hague Principles, HCCH, Choice of Law, Tacit Choice of Law, Provisions of the Contract, Jurisdiction Agreements.

GİRİŞ

Teknolojik gelişmelere bağlı olarak sınır ötesi ulaşım ve iletişim imkanlarında meydana gelen artış, milletlerarası ticari ve ekonomik ilişkilerin yoğunlaşmasını ve gelişmesini sağlamaktadır. Milletlerarası ticari ve ekonomik ilişkilerin hukuki temelinde milletlerarası niteliği haiz sözleşmeler bulunmaktadır. Günümüzde bu sözleşmelerin kurulması, ifası, yorumlanması, sona ermesi ve bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin yeknesak kurallar öngören bir “Milletlerarası Ticaret Kanunu” veya “Milletlerarası Borçlar Kanunu” bulunmaktadır¹. Her devlet bu alanda taraf olduğu ve iç hukukunun parçası haline getirdiği milletlerarası sözleşme hükümlerini ve kendi milli mevzuatını uygulamaktadır. Dolayısıyla söz konusu sözleşmeler milletlerarası özel hukukun da en önemli alanlarından birisini oluşturmaktadır. Zira tarafların mutad meskenleri, ikametgahları ya da işyerlerinin farklı ülkelerde bulunması, sözleşmenin kurulduğu yerin, ifa yerinin ya da sözleşme konusunun yabancı bir ülkede bulunması yahut sözleşmenin milletlerarası ticaretin menfaatlerini ilgilendiriyor olması² gibi nedenlerle birden fazla ülke hukuku ile irtibatlı hale gelen bu sözleşmelere hangi ülke hukukunun uygulanacağını tespit edilmesi gerekmektedir.

Milletlerarası nitelikli sözleşmelere uygulanacak hukukun tespiti bakımından maddi hukuktaki “irade muhtariyeti ilkesi”nin bir uzantısı olarak taraf iradelerine öncelik tanınması neredeyse tüm milli hukuklarda ve milletlerarası ve bölgesel nitelikli düzenlemelerde kabul edilen evrensel bir ilke haline gelmiştir³. Tarafların aralarındaki sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanmak üzere hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde uygulanacak hukuk bu düzenlemelerde öngö-

¹ Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (İstanbul: Beta, 2019), 10; Cemal Şanlı vd., *Milletlerarası Özel Hukuk* (İstanbul: Beta, 2021), 318.

² Doktrinde kişi ya da yer yönünden (objektif açıdan) yabancı unsur içermemekle birlikte milletlerarası ticareti ilgilendiren ya da milletlerarası ticaretin menfaat alanına giren sözleşmeler de milletlerarası unsurlu kabul edilmekte ve milletlerarası özel hukukun uygulama alanı içinde değerlendirilmektedir. Bkz. Aslı Bayata Canyaş, “Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 1/1 (2011), 111; Aysel Çelikel - Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (İstanbul: Beta, 2021), 385; Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitler*, 9; Şanlı vd., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 333; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (Ankara: Savaş, 2022), 7.

³ Çelikel - Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 381, 642; Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitler*, 52.

rülen objektif bağlama kurallarına göre tespit edilmektedir. Sözleşmeler hukuku alanında hukuk seçimini öngören milletlerarası ve bölgesel nitelikli düzenlemelere örnek olarak Avrupa Birliği tarafından kabul edilen “Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin 593/2008 Sayılı Tüzük” (Roma I Tüzüğü)⁴, Milletlerarası Mal Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Sözleşme (Lahey Satış Sözleşmesi)⁵, Milletlerarası Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Hakkında Amerika Kıtası (Amerikan) Sözleşmesi (Meksika Sözleşmesi)⁶ gösterilebilir. Bu alanda, Türkiye’nin de üyesi olduğu Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı (*Hague Conference on Private International Law-HCCH*) tarafından 2015 yılında kabul edilen “Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair Lahey İlkeleri”⁷ önem arz etmektedir. Zira *HCCH*’nin ortaya koymuş olduğu bağlayıcılığı bulunmayan ilk hukuk aracı olan Lahey İlkeleri, milletlerarası ticari sözleşmelerde hukuk seçimine ilişkin mevcut en iyi uygulamaların bir araya getirildiği milletlerarası bir kod olarak nitelendirilmekte ve bu alanda gelecekte yapılacak olan karşılaştırmalı araştırmaları güçlü bir şekilde etkileyeceği düşünülmektedir⁸.

Lahey İlkeleri’nin hazırlık sürecinde hukuk seçiminin örtülü olarak yapıp yapılamayacağı uzun süren tartışmalara neden olmakla⁹ birlikte nihayetinde milli ve milletlerarası düzenlemelerdeki genel yaklaşıma uygun olarak tarafların aralarındaki milletlerarası ticari sözleşmeye uygulanacak hukuku açık ya da örtülü olarak seçebilecekleri kabul edilmiştir. İlkelerin 4. maddesi uyarınca hukuk seçiminin “sözleşme hükümlerinden ya da halin şartlarından açıkça anlaşılması” halinde örtülü hukuk seçiminin varlığından söz edilir. 4. Madde ile örtülü hukuk seçimini kabul eden diğer düzenlemelerden çok da farklı bir hüküm ge-

⁴ 17 Haziran 2008 tarihli Tüzük’ün İngilizce orijinal metni için bkz. European Union (EU), “Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I)” (Erişim 10 Eylül 2022).

⁵ 22 Aralık 1986 tarihli Sözleşme’nin İngilizce orijinal metni için bkz. Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü (DİABGM), “Convention on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods”, (Erişim 10 Eylül 2022).

⁶ 17 Mart 1994 tarihli Sözleşme’nin İngilizce orijinal metni için bkz. Organization of American States (OAS), “Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts” (Erişim 10 Eylül 2022).

⁷ İlkelerin orijinal metni için bkz. Hague Conference on Private International Law (HCCH), *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts* (Hague: The Hague Conference on Private International Law Permanent Bureau, 2015).

⁸ Yorum I. 15. Bkz. HCCH, *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*, 25; Jan L Neels, “The Nature, Objective and Purposes of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts”, *Journal of South African Law* 2015/4 (2015), 782, 783.

⁹ Marta Pertegas - Brooke Adele Marshall, “Party Autonomy and Its Limits: Convergence through the New Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts”, *Brooklyn Journal of International Law* 39/3 (2014), 984.

tirilmemektedir. Ancak İlkelerin “Yorum (*Commentary*)” kısmında söz konusu düzenlemelerde yer verilmeyen “Sözleşme hükümlerinden ya da halin şartlarından açıkça anlaşılma” ifadesi ile neyin kastedildiği, yetki sözleşmesi ile tahkim anlaşmasının örtülü hukuk seçimi ile ilişkisi, örtülü hukuk seçimine işaret eden durumlar, seçilen hukukun örtülü olarak değiştirilmesi gibi hususlar örnekler ile açıklanmaktadır. İlkeler, doktrinde üzerinde sıklıkla durulan ve tartışılan bu hususlar bakımından aydınlatıcı bir niteliği haizdir.

Bu çalışmada öncelikli olarak Lahey İlkeleri’nin hazırlık süreci ve uygulama alanı hakkında kısa bir bilgi verilecektir. Ardından İlkelerin 4. maddesinde öngörülen örtülü hukuk seçimi “Giriş, Dibace ve Yorum” kısımlarındaki açıklamalardan ve yer geldikçe doktrin görüşlerinden faydalanılarak ele alınacaktır.

I. LAHEY İLKELERİNE GENEL BAKIŞ

A. HAZIRLIK SÜRECİ VE KABULÜ

Lahey İlkeleri’nin hazırlık çalışmaları 2006 yılında Lahey Konferansı Genel İşler ve Politika Konseyi’nin (*the Council on General Affairs and Policy of the Hague Conference*), Daimi Büro’yu (*the Permanent Bureau*) milletlerarası sözleşmelerde hukuk seçimine dair bir belgenin geliştirilmesi hususunda bir fizibilite çalışması hazırlamaya davet etmesi ile başlamıştır. 2007 yılında Daimi Büro, bu tarz bir belgenin geliştirilmesine yönelik pratik ihtiyaçları incelemek için üye devletlere ve milletlerarası ticari tahkim alanındaki aktörlere anketler dağıtmış ve bu anketlerin yanıtlarına dayalı olarak çalışmalarını yürütmüştür. 2009 yılında Konsey, Daimi Büro’yu hukuk seçimi konusunda bağlayıcılığı bulunmayan bir belge taslağı geliştirmek üzere milletlerarası özel hukuk, milletlerarası ticaret hukuku ve milletlerarası tahkim hukuku alanlarında uzmanlaşmış kişilerden oluşan bir Çalışma Grubu (*Working Group*) kurmaya davet etmiştir. Çalışma Grubu 2010 ve 2012 yılları arasında İsviçreli *Daniel Girsberger*’in başkanlığında düzenli aralıklarla toplanmış ve 12 maddelik bir taslak hazırlamıştır. Ardından Kasım 2012’de taslak maddelerin gözden geçirilmesi için Özel Komisyon toplantısı yapılmıştır. Komisyon bu maddeleri onaylamış ve Çalışma Grubu’na maddelere ilişkin yorumların hazırlanması görevini vermiştir. Çalışma Grubu 2014 yılında beşinci kez toplanmış ve Yorum metnini tamamlamıştır. Aynı yıl Çalışma Grubu bünyesinde oluşturulan Yayın Kurulu tarafından “Giriş, Dibace, Maddeler ve Yorum” kısımlarından oluşan bir paket hazırlanmıştır. Nihayet 19 Mart 2015 tarihinde HCCH üyeleri, Lahey İlkeleri’ni resmi olarak onaylamıştır¹⁰.

¹⁰ Bu maddedeki bilgiler için bkz HCCH, Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, 7-12. Lahey İlkeleri’nin hazırlık süreci hakkında ayrıca bkz. Lale Ayhan İzmirli, “Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair Lahey Prensiplerinin Yapısı ve Kapsamı”, *ERÜHFD* 15/2 (2020), 345, 346; Michael Douglas - Nicholas Loadsman. “The Impact of the Hague Principles on

B. İLKELERİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE AMACI

Lahey İlkeleri resmi bağlayıcılığı bulunmayan, “*soft-law*” (esnek hukuk) olarak nitelendirilen bir hukuk aracıdır¹¹. Bu özelliği ile HCCH'nin daha önce kabul etmiş olduğu milletlerarası sözleşmelerden ayrılmaktadır. Bağlayıcı olmadığından milli, bölgesel ve milletlerarası düzeyde hukuk seçimi rejimlerinin oluşturulması, reforme edilmesi ya da yorumlanmasında kullanıcılara rehberlik etmek üzere oluşturulan kapsamlı bir plan olarak nitelendirilmektedir¹². İlkelerin bağlayıcı olmayışının en büyük avantajı, devletlere iç hukuklarının bir parçası haline getirmeye hazır olmadıkları ancak faydalı gördükleri bu ilkelere yararlanma olanağı sağlamasıdır¹³. Ancak bu niteliği nedeniyle İlkeler, *lex fori*'nin buna izin verdiği ölçüde uygulanabilecektir¹⁴. Zira Türk hukuku da dahil olmak üzere pek çok hukuk düzeninde tarafların milli karakteri haiz olmayan kuralların/devlet dışı normların (*non-state/non-national rules*) uygulanmasını kararlaştırmaları hukuk seçimi olarak kabul edilmemektedir¹⁵. Diğer bir deyişle tarafların ancak “belirli bir devlet hukukunu” seçmeleri halinde mahkemenin hukuku uyarınca geçerli bir hukuk seçiminden söz edilebilir¹⁶.

Milletlerarası ticari sözleşmelerde hukuk seçimine ilişkin genel esasları ortaya koyan Lahey İlkeleri'nin esas amacı bu sözleşmelerde hukuk seçimini teşvik etmek ve hukuk seçimini kısıtlı sınırlamalara tabi tutarak seçilen hukukun en geniş uygulama alanına sahip olmasını sağlamaktır¹⁷. Bu noktada tarafların aralarındaki sözleşme için hangi hukuk kurallarının en uygun olduğuna bizzat kendilerinin en iyi şekilde karar verecekleri düşüncesinden hareket edilmektedir. Ayrıca hukuk seçiminin milletlerarası ticari ilişkiler bakımından önem arz eden hukuki öngörülebilirlik ve belirliliği artıracığı ifade edilmektedir¹⁸.

Choice of Law in International Commercial Contracts”, *Melbourne Journal of International Law* 19/1 (2018), 2; Symeon C. Symeonides, “The Hague Principles on Choice of Law for International Contracts: Some Preliminary Comments”, *American Journal of Comparative Law* 61/ 3 (2013), 874, 894.

¹¹ Giriş 1. paragraf. Bkz. HCCH, *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*, 7.

¹² Giriş 5. paragraf. Bkz. HCCH, *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*, 8.

¹³ Ayhan İzmirli, “Lahey Prensipleri”, 348; Genevieve Saumier, “The Hague Principles and the Choice of Non-State Rules of Law to Govern an International Commercial Contract”, *Brooklyn Journal of International Law* 40/1 (2014), 28.

¹⁴ Ayhan İzmirli, “Lahey Prensipleri”, 349.

¹⁵ Ayhan İzmirli, “Lahey Prensipleri”, 349; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (İstanbul: Beta, 2021), 324; Gülören Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk: Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları* (İstanbul: Vedat, 2020), 282; Ole Lando, “Dicey&Morris, The Conflict of Laws: A Review”, *International & Comparative Law Quarterly* 47/2 (1998), 400; Şanlı vd., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 329.

¹⁶ Hakem mahkemelerinde böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Ayhan İzmirli, “Lahey Prensipleri”, 349; Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 324; Vahit Doğan, *Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif* (Ankara: Savaş, 2016), 151 vd.

¹⁷ Dibace 1. paragraf, Yorum I. 11. Bkz. HCCH, *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*, 18, 24.

¹⁸ Giriş 3. paragraf. Bkz. HCCH, *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*, 7.

İkinci olarak ilkelerin milli, bölgesel, milletlerüstü ve milletlerarası belgelere model olması amaçlanmaktadır¹⁹. İlkeler hukuk seçimine ilişkin yeni oluşturulacak kurallara model olmanın yanı sıra daha da iddialı olarak hali hazırda hukuk seçimini kabul eden ülkelerde “milletlerarası özel hukuk kurallarını yorumlamak, tamamlamak ve geliştirmek” için kullanılmayı hedeflemektedir²⁰. Örneğin devlet dışı hukuk kurallarının (*rules of law*) seçiminin mümkün kılındığı 3. madde ile hukuk seçimine ilişkin genel işlem koşullarının çatışmasını (*battle of forms*) düzenleyen 6. madde²¹ İlkelerin getirdiği önemli yeniliklerdendir. Özellikle bu hususlarda hukuk seçimini konu alan diğer düzenlemeleri etkilemesi mümkündür.

Son olarak İlkelere mahkeme ve tahkim yargılamalarında başvurulması amaçlanmaktadır²². Ancak Lahey İlkeleri kanuni bir düzenleme ya da milletlerarası bir anlaşma niteliği taşımadığından mahkemelerin bu ilkeleri ne şekilde uygulayacağı tereddüt yaratmaktadır. Ekşi’ye göre İlkeler milletlerarası ticari sözleşmelerde hukuk seçimine ilişkin kanuni boşlukların doldurulmasında kullanılabilir²³. Ayrıca tarafların aralarındaki milletlerarası ticari sözleşmeye uygulanacak hukuku seçtikten sonra, bu hukuk seçiminin sonradan değiştirilmesi, seçilen hukukun uygulama alanı gibi hususlarda Lahey İlkeleri’nin uygulanmasını kararlaştırabilecekleri ve bu halde mahkemenin Lahey İlkeleri’ni sözleşmenin bir hükmü olarak uygulamak durumunda olduğunu belirtmektedir²⁴.

Doktrinde Lahey İlkeleri’nin yukarıda belirtilen amaçları doğrultusunda uygulanabilirliği bakımından bazı değerlendirmelerde bulunmaktadır. İlkeler taraflarca hukuk seçimi yapılmaması halinde uygulanacak hukuka ilişkin kurallar

¹⁹ Dibace 2. paragraf. Bkz. HCCH, *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*, 17. İlkeler, hukuk seçiminin kabul edilmediği Paraguay’ın kanun koyucusuna milletlerarası sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin bir kanunun hazırlanmasında model olmuştur (Giriş 5. paragraf. Bkz. HCCH, *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*, 8. Ayrıca bkz. Ayhan İzmirli, “Lahey Prensipleri”, 347; Jonathan Levin, “The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts: Enhancing Party Autonomy in a Globalized Market”, *New York University Journal of Law and Business* 13/1 (2016), 293).

²⁰ Symeonides, “The Hague Principles”, 876; Dibace 3. paragraf. Bkz. HCCH, *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*, 17.

²¹ Hukuk seçimine ilişkin genel işlem şartlarının çatışması ve bu hususta Lahey İlkeleri’nin getirdiği çözüm hakkında bkz. Alper Çağrı Yılmaz, “Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine İlişkin Genel İşlem Şartlarının Çatışması ve Lahey İlkeleri”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 6/11 (2018), 481-511.

²² Dibace 4. paragraf. Bkz. HCCH, *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*, 17.

²³ Nuray Ekşi, “Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine İlişkin Lahey İlkeleri ve Bu İlkelerin Türkçe Tercümesi”, *Banka ve Finans Hukuku Dergisi (Prof. Dr. Ali Necip Ortan’a Armağan)* 8/32 (2009), 910.

²⁴ Ekşi, “Lahey İlkeleri”, 910.

içermeyip yalnızca hukuk seçimine ilişkin kurallar öngördüğünden²⁵, bu ilkelerin en yakın muhataplarının milletlerarası ticari sözleşmelerin tarafları ve onların ve-killeri olduğu belirtilmektedir²⁶. Pek tabii tarafların hukuk seçimi yapmadıkları ya da seçim üzerinde anlaşamadıkları sözleşmeler bakımından pratik bir önemi bulunmayacaktır. Mahkemeler açısından bakıldığında, mahkemenin hukukunun kanunlar ihtilafı kuralları ne kadar az ayrıntılı ise Lahey İlkeleri'nin etkinliğinin de o kadar artacağı belirtilmektedir²⁷. Örneğin Çinli bir hakim, Çin hukukunda hukuk seçimi anlaşmasının şekli geçerliliğine ilişkin bir hüküm öngörülmediğinden bu hususta İlkelerin hukuk seçimini herhangi bir şekle tabi tutmayan 4. maddesini dikkate alabilir²⁸. Fakat Avrupa Birliği üyesi devletler hali hazırda üzerinde uzun yıllar çalışılarak oluşturulmuş detaylı kanunlar ihtilafı kurallarına²⁹ sahip olduğundan bu devletlerde fazla etki doğurmayacağı düşünülmektedir³⁰. Bunun yanı sıra nadiren de olsa sözleşmeler alanında hukuk seçimini kabul etmeyen ülke hukuklarında da uygulanabilirliği bulunmamaktadır³¹.

C. İLKELERİN UYGULAMA ALANI

Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair Lahey İlkeleri adından da anlaşılacağı üzere sınırlı bir uygulama alanına sahiptir. 1. maddenin ilk fıkrasına göre “*Bu ilkeler taraflardan³² her birinin ticaretini ya da mesleğini icra ederken yapmış olduğu milletlerarası sözleşmelerdeki hukuk seçimine uygulanır*”. Buna göre İlkelerin uygulama alanını belirleyen ve bir arada bulunması

²⁵ Lahey ilkeleri'nde tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde sözleşmeye uygulanacak hukuku gösteren objektif bağlama kurallarına yer verilmemesinin iki nedeni olduğu belirtilmektedir. Birincisi ilkelerin asıl amacının milletlerarası ticaret alanında irade muhtariyetini güçlendirmek olmasıdır. İkincisi ise hukuk seçimi yapılmaması halinde uygulanacak hukuk kurallarına ilişkin hukuk sistemlerinde hala bir fikir birliğinin bulunmamasıdır (Yorum, I. 14. Bkz. HCCH, *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*, 25). Roma I Tüzüğü'nün uygulandığı Avrupa Birliği üyesi ülkeler ve Tüzük'teki sistemden etkilenen ülkeler arasında birlik olmakla birlikte diğer hukuk düzenleri bakımından aynı durum söz konusu değildir (H. Akif Karaca, “Uluslararası Ticari Sözleşmelerden Kaynaklı Devlet Mahkemelerindeki Yargılamalarda “Hukuk Kuralları”nın Seçimi: Lahey Prensipleri m. 3”, *Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler*, ed. Sibel Özel - Mustafa Erkan (İstanbul: On İki Levha, 2018), 117; Symeonides, “The Hague Principles”, 877).

²⁶ Jürgen Basedow, “The Hague Principles on Choice of Law: Their Addressees and Impact”, *Uniform Law Review* 22/2 (2017), 307.

²⁷ Basedow, “The Hague Principles”, 308.

²⁸ Basedow, “The Hague Principles”, 308.

²⁹ Roma I Tüzüğü, Sözleşme Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka Dair 867/2007 sayılı Tüzük (Roma II Tüzüğü) gibi.

³⁰ Basedow, “The Hague Principles”, 304, 308.

³¹ Örneğin İnan ve Uruguay. Bkz. Basedow, “The Hague Principles”, 309.

³² Sözleşmenin tarafları gerçek veya tüzel kişiler olabilir. Örneğin şirketler, vakıflar, bağımsız yükleniciler, ortaklıklar, tüzel kişiliği olmayan kuruluşlar ya da kamu kuruluşları (Yorum, I. 7. Bkz. HCCH, *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*, 30).

gereken üç önemli kriter mevcuttur. Hukuk seçimi anlaşmasının (i) sözleşmesel bir ilişkide yapılmış olması, (ii) sözleşmenin “ticari” nitelikli olması, (iii) sözleşmenin “milletlerarası” nitelikli olması gerekmektedir³³.

“Ticari sözleşme” kavramı Lahey İlkeleri’nin isminde ve dibacesinde kullanılmakla birlikte bu kavrama 1. madde metninde yer verilmemektedir. Bunun yerine bu kavramı açıklayacak biçimde sözleşmenin taraflardan her birinin ticaretini veya mesleğini icra ederken yapılmış olması şartı öngörülmektedir³⁴. “Ticari” kelimesi çeşitli hukuk düzenlerinde farklı anlamlara gelebileceğinden belirsizliği önlemek adına bu tarz bir düzenlemenin tercih edildiği söylenebilir³⁵.

İlkeler m. 1/1 son cümlede iş sözleşmeleri ve tüketici sözleşmelerinin İlkelerin kapsamında yer almadığı açıkça öngörülmektedir. Bu sözleşmelerin kapsam dışı bırakılmasının nedeni devletlerin maddi hukuklarında zayıf taraf olan işçiyi ve tüketiciyi sözleşme özgürlüğünün kötüye kullanılmasına karşı koruyan emredici hükümler öngörmesi ve bu yaklaşımın milletlerarası özel hukuktaki uzantısı olarak hukuk seçimi imkanının da söz konusu sözleşmeler bakımından sınırlandırılması gerçeğine dayanmaktadır³⁶. İlkelerin kapsamında sigorta sözleşmelerinin yer alıp almadığına ilişkin bir hükme ise yer verilmemektedir. Tarafların mesleki veya ticari faaliyeti uyarınca yaptığı sigorta sözleşmelerinin (örneğin reasürans sözleşmeleri) İlkelerin kapsamında yer aldığını söylemek mümkündür³⁷. Ancak bir tarafın tüketici sıfatını taşıdığı (örneğin hayat sigortaları) sigorta sözleşmeleri İlkelerin uygulama alanı dışında kabul edilmelidir.

Lahey İlkeleri m. 1/1’de ikinci şart olarak öngörülen sözleşmenin milletlerarası nitelikli olması, İlkelerin uygulama alanını milletlerarası özel hukuk kurallarının uygulanacağı yani yabancı unsur taşıyan uyuşmazlıklar ile sınırlandırmaktadır³⁸. Maddenin 2. fıkrasında aslında salt “milli karakterli sözleşme”nin sınırları çizilerek “milletlerarası sözleşme” kavramı bakımından negatif bir tanımlama yoluna gidilmektedir³⁹. Bir sözleşmenin milletlerarası nitelikli kabul edilebilmesi

³³ Yorum I. 1. Bkz. HCCH, *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*, 28.

³⁴ Bir tarafın ticaretini veya mesleğini icra ederken hareket edip etmediği yalnızca tarafların statüsüne değil aynı zamanda sözleşmenin koşullarına bağlıdır. Bu nedenle aynı kişi bazı hukuki işlemler bakımından tacir ya da profesyonel olarak bazıları için tüketici olarak hareket edebilir. İlkelerde verilen örneğe göre avukat olan taraf (A) ile bir şirket olan taraf (B) aralarında bir avukatlık sözleşmesi (hukuki hizmet sözleşmesi) akdettiklerinde (A) mesleğini icra ederken hareket etmektedir. Ancak (A) tatilini geçireceği bir daire için kira sözleşmesi yaptığında (A) mesleğinin dışında hareket etmektedir (Yorum I. 8. Bkz. HCCH, *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*, 30).

³⁵ Douglas - Loadsman. “Hague Principles”, 7.

³⁶ Yorum, I. 10. Bkz. HCCH, *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*, 30.

³⁷ Ekşi, “Lahey İlkeleri”, 907.

³⁸ Douglas - Loadsman. “Hague Principles”, 2.

³⁹ Daniel Girsberger - Neil B. Cohen, “Key Features of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts”, *Uniform Law Review* 22/2 (2017), 318, 319; Symeonides, “The Hague Principles”, 879.

için tarafların işyerlerinin (*establishment*)⁴⁰ aynı ülkede bulunmaması ve hukuki ilişkinin tarafları ile diğer tüm ilgili unsurların, seçilen hukuktan bağımsız olarak, yalnızca bir devlet ile bağlantılı olmaması gerekir (m. 1/2). Diğer bir deyişle işyerleri farklı devletlerde bulunan taraflar arasında kurulan ve objektif olarak birden fazla devlet hukuku ile bağlantılı olan sözleşmeler milletlerarası olarak kabul edilmektedir.

İlkelerin kapsamı 1 ve 2. fıkralarda belirlendikten sonra kapsam dışında kalan haller 3. fıkrada tek tek sayılmaktadır. Bunlar: gerçek kişilerin ehliyeti, tahkim anlaşmaları ve mahkeme seçimine ilişkin anlaşmalar, şirketler ya da diğer kolektif kuruluşlar ile tröstler, iflas, sözleşmelerin mülkiyet üzerindeki etkileri, temsilcinin üçüncü kişilerle temsil olunanı bağlayıcı işlemler yapıp yapmayacağıdır.

II. ÖRTÜLÜ HUKUK SEÇİMİ

A. GENEL OLARAK

Tarafların aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere belirli bir hukuku seçtiklerini açık bir irade beyanı ile ortaya koymaları halinde “açık hukuk seçimi” söz konusudur⁴¹. Açık hukuk seçiminde tarafların aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku kararlaştırdıklarının herhangi bir yoruma gerek duyulmaksızın anlaşılması gerekir⁴². Taraflar açık hukuk seçimini esas sözleşmeye bir hukuk seçimi hükmü ekleyerek ya da bağımsız bir hukuk seçimi sözleşmesi akdederek yapabilecekleri gibi sözleşmeden kaynaklanan bir uyuşmazlık çıkması halinde mahkeme huzurunda sözlü olarak da yapabilirler.

Tarafların aralarındaki sözleşme bakımından hukuk seçimi yaptıklarının net bir şekilde tespit edilemediği ancak sözleşmenin hükümlerinin ya da sözleşme dışındaki koşulların yorumlanması neticesinde hukuk seçimi yapıldığının anlaşılabilirdiği hallerde “örtülü hukuk seçimi”nden (*tacit/implicit choice of law*) söz edilir⁴³. Örtülü hukuk seçiminde tarafların belirli bir hukukun seçilmesine yönelik gerçek bir iradeleri mevcut olup bu irade açıklanmamıştır⁴⁴.

Açık hukuk seçiminin yanında tarafların örtülü (zımnî) olarak yaptıkları hukuk seçiminin de geçerli olduğu hemen hemen tüm hukuk düzenlerinde kabul

⁴⁰ Çalışma Grubu taslağında kullanılan “iş yeri (*place of business*)” kavramının yerine Özel Komisyon toplantısında “*establishment*” kavramı tercih edilmiştir (Symeonides, “The Hague Principles”, 879, dn. 26).

⁴¹ Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 326.

⁴² Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 401; Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 326; Şanlı vd., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 325.

⁴³ Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 401.

⁴⁴ Bayata Canyaş, “Örtülü Hukuk Seçimi”, 112; Gülin Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2021), 180; Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 284; Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 326.

edilmektedir⁴⁵. Ancak taraflarca örtülü hukuk seçimi yapıldığının kabul edilebilmesi için gereken şartlar hukuktan hukuka farklılık gösterebilmektedir. Avrupa Birliği'ne üye ülkelerde doğrudan uygulanan Roma I Tüzüğü'nde örtülü hukuk seçimine “sözleşmenin hükümlerinden veya durumun koşullarından (somut olayın şartlarından) açıkça anlaşılabilen” seçim olarak yer verilmektedir (m. 3/1)⁴⁶. Hükümden örtülü hukuk seçiminin varlığına kanaat getirebilmek için yalnızca sözleşme hükümlerine ya da yalnızca somut olayın koşullarına bakmanın yeterli olup olmayacağı açık değildir. Hükümde “sözleşme hükümleri” ile “durumun koşulları” ifadeleri arasında “veya” bağlacı kullanılsa da doktrinde örtülü hukuk seçiminin tespiti için bu iki hususun kümülatif olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁴⁷.

Lahey Satış Sözleşmesi'ne göre hukuk seçimi anlaşması sözleşmenin hükümleri ile tarafların davranışları bir bütün olarak değerlendirildiğinde açıkça anlaşılmalıdır (m. 7/1). Hükümde örtülü hukuk seçiminin kabulü için yalnızca sözleşme hükümlerinin ya da yalnızca tarafların davranışlarının değerlendirilmesinin yeterli olmadığı açık bir şekilde öngörülmektedir. Bu düzenleme ile yukarıda bahsi geçen Roma I Tüzüğü m. 3/1'de kullanılan “veya” bağlacının yaratmış olduğu tereddüt engellenmektedir.

İsviçre hukukunda Milletlerarası Özel Hukuka Dair Federal Kanun (*Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht-IPRG*) uyarınca “sözleşme hükümlerinden ya da koşullardan kesin bir biçimde çıkarılabilen hukuk seçimi” örtülü hukuk seçimi olarak kabul edilmektedir (m. 116/2)⁴⁸. Amerikan hukukuna bakıl-

⁴⁵ Pertegas - Marshall, “Party Autonomy and Its Limits”, 985. Çin, Tayland ve Peru hukuklarında kanun koyucu taraflara yalnızca açık hukuk seçimi imkanı tanımaktadır. Çin hukukunda istisnaen tarafların mahkeme önünde aynı yabancı hukuka dayanarak iddia ve savunmalarını dile getirmeleri halinde örtülü bir hukuk seçimi yaptıkları (taraflar aksini açıkça belirtmedikçe) kabul edilmektedir. Bkz. Andreas Schwartze, “New Trends in Parties’ Options to Select the Applicable Law - The Hague Principles of Choice of Law in International Contracts in a Comparative Perspective”, *University of St. Thomas Law Journal* 12/1 (2015), 97; Laura Gama Jr., “Tacit Choice of Law in the Hague Principles”, *Uniform Law Review* 22/2 (2017), 341, 342; Pertegas - Marshall, “Party Autonomy and Its Limits”, 984; Yuko Nishitani, “Party Autonomy in Contemporary Private International Law: The Hague Principles on Choice of Law and East Asia”, *Japanese Yearbook of International Law* 59 (2016), 333.

⁴⁶ Tüzük m. 3/1: “A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case. By their choice the parties can select the law applicable to the whole or to part only of the contract”. Hükümde kullanılan *clearly* (açıkça) kelimesinin çevirisi, “tereddüde yer vermeyecek biçimde” şeklinde de yapılmaktadır. Bkz. Çelikel - Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 387.

⁴⁷ İlyas Arslan, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zimni Hukuk Seçimi”, *MHB* 33/2 (2013), 21; Jonathan Hill, “Choice of Law in Contract under the Rome Convention: The Approach of the UK Courts”, *International and Comparative Law Quarterly* 53/2 (2004), 327, 328.

⁴⁸ *IPRG* metni için bkz. Fedlex, “Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht” (Erişim 12 Eylül 2022).

dığında *Restatement II*'nin sözleşmelerde hukuk seçimini öngören 187. paragrafında hukuk seçiminin örtülü olarak yapıp yapılamayacağına ilişkin bir hükme yer verilmemektedir⁴⁹. Bu hususta herhangi bir kısıtlama getirilmediğinden örtülü hukuk seçimi mümkündür. Nitekim 187. paragrafın şerhinde taraflar uygulanacak hukuku açıkça belirlememiş olsalar bile hâkimin sözleşmenin hükümlerinden tarafların belirli bir devletin hukukunun uygulanmasını istedikleri sonucuna varabileceği belirtilmektedir⁵⁰.

Türk hukukunda ise örtülü hukuk seçimi 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun⁵¹ ile düzenlenmektedir. MÖHUK m. 24/1'e göre "*Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir*". Mülga MÖHUK'ta tarafların yalnızca açık hukuk seçimi yapabilecekleri öngörülmekte örtülü hukuk seçimi kabul edilmemekteydi⁵². MÖHUK m. 24/1 hükmü çağdaş milli ve milletlerarası düzenlemeler ile uyum sağlanması ve sözleşmeler hukuku alanında hakim olan irade muhtariyeti ilkesine hizmet etmesi açısından önemli bir yeniliktir⁵³. Ancak yukarıda bahsi geçen düzenlemelerde olduğu gibi MÖHUK m. 24/1'de de "sözleşme hükümleri" ile "halin şartları" ifadelerinden ne anlaşılması gerektiği diğer bir deyişle örtülü hukuk seçiminin kabulü için aranan somut göstergelerin neler olduğu açıklanmamaktadır. Doktrinde tarafların aralarındaki uyuşmazlığın çözümü için yabancı bir ülke mahkemelerini yetkilendirmeleri, sözleşmede belirli bir ülke hukukunun maddi hukuk hükümlerinin kullanılması veya o ülke hukukunda kullanılan usullere göndermede bulunulması, belirli bir ülke hukukuna dayanılarak oluşturulmuş standart sözleşme şartlarının kabul edilmesi, taraflar arasında açık hukuk seçimi yapılmış önceki bir sözleşmeye gönderme yapılması, tarafların iddia ve savunmalarını belirli bir ülke hukukuna göre beyan etmeleri, tarafların tabiiyeti, sözleşmenin dili, belirli bir ülke parasıyla ödemenin kararlaştırılması, tarafların yerleşim yerleri ya da

⁴⁹ Amerikan Hukuk Enstitüsü (*American Law Institute*) hazırlanan ve ABD hukukunun ikincil kaynaklarından olan *Restatement II*'nin 187. paragrafı ve şerhi için bkz. Chicago-Kent College of Law, "*Restatement (Second) of Conflict of Laws s 187 (1969 Main Vol.)*" (Erişim 12 Eylül 2022).

⁵⁰ Sözleşmenin belirli bir devletin milli hukukuna özgü hukuki ifadeler içermesi ya da doktrin görüşlerine atıfta bulunması tarafların bu devletin hukukunun uygulanmasını istediklerini gösteren ikna edici kanıtlar olarak gösterilmektedir (§ 187 Şerhi (a) bendi).

⁵¹ 27.11.2007 tarihli Kanun (RG. 12.12.2007-26728).

⁵² 20.05.1982 tarih ve 2675 sayılı Kanun (RG. 22.05.1982-17701).

⁵³ Ancak örtülü hukuk seçiminin tespiti bakımından "tereddüde yer vermeyecek" biçimde anlaşılabilir olma şartının getirilmesi doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir. Zira bu derece yüksek bir kesinlik derecesi öngörülerek örtülü hukuk seçiminin şartları ağırlaştırılmakta, neredeyse açık hukuk seçimi ile eşdeğer bir netlik aranmaktadır (Arslan, "*Zimni Hukuk Seçimi*", 27, 28; Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, 180; Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 327; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Özel Hukuk* (İstanbul: Vedat, 2020), 55).

mutad meskenleri gibi hususlardan yola çıkılarak örtülü hukuk seçimi yapıldığı sonucuna varılabileceği kabul edilmektedir⁵⁴. Ancak genel olarak bu kriterlerin hiçbirisinin tek başına hukuk seçimi yapıldığının göstergesi olmadığı, birden fazla kriterin aynı hukuka işaret etmesi halinde örtülü hukuk seçiminin varlığından söz edilebileceği savunulmaktadır⁵⁵. Örneğin bir İtalyan hazır giyim firması (İ) ile iplik ve kumaş ihraç eden Türk firması (T) arasında imzalanan satım sözleşmesinin dili İtalyanca olup bedel euro cinsinden belirlenmiştir. Sözleşmede İtalyan borçlar hukuku hükümlerine atıfta bulunulmuştur. Ayrıca (A) ile (T) aralarında çıkan daha önceki bir uyuşmazlık için İtalyan mahkemelerine başvurmuş ve mahkeme huzurunda uyuşmazlığın İtalyan hukukuna göre karara bağlanmasını talep etmişlerdir. Bu hususlar bir bütün olarak değerlendirildiğinde hâkimin, tarafların İtalyan hukukunu seçmiş olduklarına karar vermesi mümkündür. Elbette hakimin hukuk seçiminin tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılacağına kanaat getirmiş olması gerekir.

B. LAHEY İLKELERİ'NDE ÖNGÖRÜLEN ÖRTÜLÜ HUKUK SEÇİMİ KURALI

Lahey İlkeleri m. 2/1 uyarınca taraflar aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku kararlaştırabilirler. 2. maddede seçimin kısmi olarak yapılabileceği, seçimin her zaman yapılabileceği ve değiştirilebileceği, seçilen hukuk ile taraflar ya da hukuki ilişki arasında bir bağlantı olmasının gerekmediği hususları öngörülmektedir. Hukuk seçiminin yapılış şekli ise ayrı bir madde altında düzenlenmektedir. “Açık ve örtülü seçim (*Express and tacit choice*)” başlıklı 4. maddeye göre⁵⁶:

“Hukuk seçimi veya hukuk seçimindeki değişiklik ya açık olarak yapılmalı ya da sözleşmenin hükümlerinden veya koşullardan açıkça anlaşılmalıdır. Taraflar arasında sözleşmeden doğan uyuşmazlıkları karara bağlamak için bir mahkeme ya da hakem heyetine yetki veren anlaşmalar tek başına bir hukuk seçimine eşdeğer değildir.”

⁵⁴ Arslan, “Zimni Hukuk Seçimi”, 13; Bayata Canyaş, “Örtülü Hukuk Seçimi”, 113; Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 402; Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, 180.

⁵⁵ Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 402; Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, s. 329; Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 284.

⁵⁶ İlkelerin 4. maddesinde hukuk seçimi iradesinin ortaya konulma ya da beyan edilme biçimi (açık ya da örtülü) düzenlenirken 5. maddesinde hukuk seçimi anlaşmasının şekli geçerliliğine ilişkin bir hüküm öngörülmektedir. 5. maddeye göre “Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, hukuk seçimi şekil bakımından herhangi bir şarta bağlı değildir”. Hüküm uyarınca hukuk seçimi anlaşması yazılı ya da sözlü olarak yapılabilir. Bu hüküm, sözleşmenin hükümlerinden veya koşullardan açıkça anlaşılacak örtülü bir hukuk seçimine etki eden 4. maddedeki hükmün mantıksal bir sonucu olarak değerlendirilmektedir (Girsberger - Cohen, “Key Features of the Hague Principles”, 323; Nishitani, “Party Autonomy”, 333).

“Bu sözleşme X Devleti hukukuna tabidir”, “Bu Sözleşme Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT Prensipleri’ne tabidir”⁵⁷, “Bu sözleşme satıcının işyeri hukukuna tabidir” şeklindeki hukuk seçimi kayıtları açık hukuk seçimine örnektir⁵⁸. Örtülü hukuk seçiminde ise sözleşmede açıkça belirtilmese de tarafların belirli bir hukukun uygulanmasına yönelik gerçek bir iradeleri vardır. Hakimın tarafların örtülü hukuk seçimi yaptıklarını tespit etmesi ile hiç hukuk seçimi yapmadıklarına karar vermesi arasında ince bir çizgi bulunduğundan diğer hukuki düzenlemelerde kabul edildiği gibi Lahey İlkeleri’nde de tarafların farazi iradelerinin değil gerçek iradelerinin açığa çıkarılması gerektiği kabul edilmektedir⁵⁹.

İlkeler m. 4’e göre tarafların hukuk seçimine yönelik bu iradelerinin sözleşmenin hükümlerinden ya da koşullardan “açıkça (*clearly*)” anlaşılması gerekmektedir (m. 4)⁶⁰. Yorum kısmında ise örtülü hukuk seçiminin tespitinde hem sözleşmenin hükümlerinin hem de somut olayın koşullarının dikkate alınması gerektiği, bununla birlikte bunlardan birisinin kesin olarak örtülü bir hukuk seçimini gösterebileceği belirtilmektedir⁶¹. 4. maddede hukuk seçiminin “açıkça anlaşılması” şeklinde yüksek bir kesinlik derecesinin öngörülmesinin nedeni taraflar arasında bir hukuk seçimi anlaşmasının olup olmadığı konusunda anlaşmazlık

⁵⁷ Lahey İlkeleri yalnızca hukuk seçimine değil aynı zamanda m. 3 uyarınca “hukuk kuralları (rules of law)” seçimine de izin verdiği için taraflar açık ya da örtülü olarak hukuk kurallarını da seçebilirler. Lahey ilkeleri kapsamında hukuk kuralları seçimi hakkında detaylı bilgi için bkz. Ayhan İzmirli, “Lahey Prensipleri”, 359 vd.; Girsberger - Cohen, “Key Features of the Hague Principles”, 325 vd.; Karaca, “Lahey Prensipleri m. 3”, 113-137; Levin, “The Hague Principles”, 288 vd.; Michaels Ralf, “Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”, *Varieties of European Economic Law and Regulation* (2014), 43 vd.; Saumier, “The Hague Principles”, 1 vd.

⁵⁸ Yorum, 4. 3, 4. 4. Bkz. HCCH, *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*, 43, 44. “Bu sözleşme İsviçre hukukuna göre yorumlanacak ve yönetilecektir” şeklindeki bir hukuk seçimi hükmü “basit hukuk seçimi maddesi (*simple choice of law clause*)” olarak nitelendirilirken, “Bu sözleşme kanunlar ihtilafı kuralları dikkate alınmaksızın, ancak gerektiğinde UNIDROIT ilkeleri ile tamamlanan 1980 Milletlerarası Mal Satışına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi dahil olmak üzere, New York Eyaleti hukukuna tabi olacaktır” şeklindeki bir hukuk seçimi hükmü ise “karmaşık hukuk seçimi maddesi (*complex choice of law clause*)” olarak nitelendirilmektedir (Gama Jr., “Tacit Choice of Law”, 341).

⁵⁹ Yorum 4.6. Bkz. HCCH, *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*, 44; Gama Jr., “Tacit Choice of Law”, 339, 341.

⁶⁰ Aynı derecede kesinlik koşulu arayan düzenlemeler için bkz. Meksika Sözleşmesi m. 7/1 (“*clearly*” kelimesi yerine aynı anlama gelen “*evident*” kelimesi kullanılmıştır), Roma I Tüzüğü m. 3/1, Lahey Satış Sözleşmesi m. 7/1. 2002 Rusya Medeni Kanunu’nda da aynı yönde bir hüküm yer almaktadır (Jan L Neels - Eesa a Fredericks, “Tacit Choice of Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”, *De Jure* 44/1 (2011), 105, dn. 24; Schwartze, “New Trends in Parties’ Options to Select the Applicable Law”, 97).

⁶¹ Yorum 4.7. Bkz. HCCH, *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*, 44. Quebec Medeni Kanunu’nda yalnızca “sözleşmenin hükümleri” ne atıfta bulunmaktadır (Neels - Fredericks, “Tacit Choice”, 106, dn. 34).

ihtimalini en aza indirerek bu husustaki öngörülebilirliği artırmaktır⁶². Bu yönüyle İlkeler, Lahey Satış Sözleşmesi ve Roma I Tüzüğü gibi etkili emsalleri takip etmektedir⁶³.

1. Örtülü Hukuk Seçiminin Sözleşmenin Hükümlerinden Anlaşılması

Lahey İlkeleri m. 4'te hukuk seçiminin sözleşmenin hükümlerinden açıkça anlaşılması gerektiği öngörülmekte fakat bu derece güçlü bir çıkarımın yapılmasında dikkate alınacak kriterlere ya da hangi tür sözleşme hükümlerinin örtülü hukuk seçiminin göstergesi olacağına madde metninde yer verilmemektedir⁶⁴. Taraflarca örtülü hukuk seçimi yapıldığının sözleşmenin hükümlerinden açık olarak anlaşılıp anlaşılmadığı her somut olayın özelliğine göre değerlendirilecektir. İlkelerin yorumunda bu değerlendirme bakımından dikkate alınabilecek bazı kriterlere ve örneklere yer verilmektedir⁶⁵.

Yaygın olarak kabul edilen bir örnek tarafların aralarındaki sözleşmenin kurulmasında belirli bir hukuk düzenine ait standart bir formu kullanmalarıdır. Bu hal, tarafların aralarındaki sözleşmenin söz konusu hukuk düzenine tabi olmasını amaçladıklarını gösterebilir. Örneğin (A) ve (B) *Lloyd's* deniz sigortası poliçesi şeklinde bir deniz sigorta sözleşmesi akdederler. Bu sözleşme şekli İngiliz hukukuna dayandığından tarafların aralarındaki sözleşmeyi İngiliz hukukuna tabi kılmak istedikleri sonucuna varılabilir⁶⁶.

Tarafların sözleşmeyi belirli bir hukuk düzeninin terminolojisini kullanarak hazırlamaları ya da bu hukuk düzeninin aralarındaki sözleşmeyi söz konusu hukuka tabi kılmak niyetinde olduklarını açıkça ortaya koyan milli hükümlerine atıfta bulunmaları da örtülü hukuk seçiminin göstergesi olabilir⁶⁷. Ancak belirli bir devletin hukuk terminolojisini kullanmaksızın yalnızca sözleşmenin o devletin dilinde hazırlanmış olmasının örtülü hukuk seçimine işaret etmediği kabul edilmektedir⁶⁸.

⁶² Yorum 4. 1. Bkz. HCCH, *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*, 43.

⁶³ Gama Jr., "Tacit Choice of Law", 342, 343.

⁶⁴ Schwartz, "New Trends in Parties' Options to Select the Applicable Law", 97.

⁶⁵ Quebec, Rusya, Arjantin ve Kore hukuklarında da hakim ya da hakemlerin örtülü hukuk seçiminin tespitinde kullanacağı kriterler öngörülmektedir. Bkz. Gama Jr., "Tacit Choice of Law", 342, dn. 16-19.

⁶⁶ Yorum 4. 9. Bkz. HCCH, *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*, 45. Bu konuda doktrinde sıklıkla yer verilen emsal bir karar için bkz. Justis, "*Amin Rasheed Shipping Corporation. v. Kuwait Insurance Company (1984) AC 50*" (Erişim 02.03.2022). Ayrıca bkz. Maria Hook, *The Choice of Law Contract* (Hart Publishing 2016), 153.

⁶⁷ Yorum 4. 10. Bkz. HCCH, *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*, 45.

⁶⁸ Yorum 4.14. Bkz. HCCH, "Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", 47.

a. Yetki Anlaşmasının Örtülü Hukuk Seçimi ile İlişkisi

Milletlerarası özel hukukta irade muhtariyeti ilkesi uyarınca taraflar aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku kararlaştırabilecekleri gibi bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların hangi ülke mahkemelerinde görüleceğini bir yetki anlaşması yaparak belirleyebilirler. Bu yetki anlaşmasını esas sözleşmeye bir hüküm ekleyerek ya da bağımsız bir yetki sözleşmesi akdederek yapabilirler.

Milli ve milletlerarası düzenlemelerde ve doktrinde belirli bir devletin mahkemelerinin yetkili kılınmış olmasının aynı zamanda o devlet hukukunun da seçilmiş olduğu anlamına gelip gelmeyeceği hususunda tam bir birlik söz konusu değildir. Örneğin MÖHUK'ta ve IPRG'de yetki anlaşmasının tek başına örtülü hukuk seçiminin varlığının kabulü için yeterli olup olmadığına ilişkin bir hükme yer verilmemektedir. Türk hukukunda ağırlıklı görüş tarafların belirli bir devlet mahkemesini yetkilendirmiş olmalarının tek başına, o mahkemenin hukukunun da seçilmiş olduğu anlamına gelmeyeceği yönündedir⁶⁹. Roma I Tüzüğü'nün dibacesinde ise sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar bakımından üye devletlerden herhangi birinin mahkemelerine münhasıran yetki verilmesinin, söz konusu devlet hukukunun seçilmiş olduğuna karine teşkil eden önemli faktörlerden biri olduğu ifade edilmektedir (12. paragraf). Karşılaştırmalı hukuktaki iki farklı görüşten ilkinde göre genel olarak iş insanları yetkili mahkeme ile yetkili hukuku bir tuttuklarından, hakimler kendi hukuklarını uygulama eğiliminde olduklarından ve taraflar mahkemenin hukukunun uygulanmasının daha zahmetsiz ve maliyetsiz olacağını bildiklerinden yetki anlaşması aynı zamanda hukuk seçimi yapıldığına makul bir gerekçedir. Eğer ki taraflar mahkemenin hukukunun uygulanmasını istemiyorlarsa bunu ayrıca belirtmelidirler. Aksi yöndeki görüşe göre ise taraflar yetkili mahkemeyi belirlerken her zaman hukuk seçimi iradesini taşımazlar⁷⁰.

Lahey İlkeleri'nde ise tarafların aralarındaki sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların çözümü için belirli bir mahkemeyi yetkilendirdikleri anlaşmanın tek başına hukuk seçimi ile eşdeğer olmadığı açıkça öngörülmektedir (m. 4)⁷¹. Mahkemeler ve hakemler bazen hukuk seçimi ile mahkeme seçimini karıştırdıklarından ya da eşdeğer gördüklerinden örtülü hukuk seçiminin tespitinde yetki anlaşmasının rolüne değinen böyle bir hükmün eklenmesi faydalı bulunmaktadır⁷². İlkelerin yorumunda taraflar arasındaki yetki anlaşmasının, yetkilendirilen mahkemenin

⁶⁹ Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 402; Bayata Canyaş, "Örtülü Hukuk Seçimi", 113; Şanlı vd., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 325; Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 284.

⁷⁰ Bu görüşler için bkz. Ole Lando, "Some Issues Relating to the Law Applicable to Contractual Obligations", *King's College Law Journal* 7 (1996-1997), 66.

⁷¹ Lahey İlkeleri bu hususta, Meksika Sözleşmesi'nde benimsenen yaklaşımı takip etmektedir. Meksika Sözleşmesi m. 7/2: "Taraflarca belirli bir mahkemenin seçilmesi, mutlaka uygulanacak hukukun seçimini gerektirmez" (Gama Jr., "Tacit Choice of Law", 346).

⁷² Neels - Fredericks, "Tacit Choice", 107.

hukukunun uygulanmasını isteyip istemediklerini değerlendirirken dikkate alınması gereken faktörlerden birisi olduğu belirtilmektedir⁷³. Eğer ki sözleşmenin hükümlerine ya da durumun koşullarına bakıldığında tarafların o mahkeme hukukunun uygulanması yönünde iradelerinin olduğuna işaret eden başka hususlar mevcutsa örtülü hukuk seçimi yapıldığı kabul edilebilir. Örneğin taraflar aralarındaki sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar bakımından X devleti mahkemelerini yetkili kılmalarının yanı sıra alıcının ve satıcının edimlerini X devletinde ifa edeceğini ve alıcının para borcunu X devletinin para birimi ile ödeyeceğini kararlaştırmış olabilirler.

Kanaatimizce İlkelerin yetki anlaşmasını örtülü hukuk seçimi yapıldığının kabulü bakımından tek başına yeterli görmemesi yerinde bir düzenlemedir. Zira tarafların aralarındaki uyuşmazlığın belirli bir devlet mahkemesinde görülmesinde menfaatleri bulunabilir. Ancak her durumda uyuşmazlığın söz konusu mahkemenin hukukuna göre çözüme kavuşturulması yönünde bir iradeleri bulunmayabilir⁷⁴. İlkelerin yorumunda belirtildiği üzere taraflar tarafsız olacağını düşündükleri ya da belirli bir konuda tecrübeli gördükleri bir devlet mahkemesini yetkilendirmiş olabilirler⁷⁵. Örneğin İngiliz mahkemeleri karmaşık davaları sonuçlandırmadaki deneyimleri ve kaliteleri ile ticari uyuşmazlıklar, sigorta ve denizcilik davalarındaki özel uzmanlıkları nedeniyle tercih edilebilir.⁷⁶ Ya da taraflar belirli bir devlet mahkemesini, sahip olduğu usul kuralları (örneğin o uyuşmazlık bakımından öngörülen yargılama usulü) sayesinde daha hızlı çözüme ulaşacakları inancı ile seçmiş olabilirler. Başka bir ihtimal ise işyerleri farklı devletlerde bulunan taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın belirli bir devlet mahkemesinde görülmesini yalnızca o devlet coğrafi olarak her iki tarafa da eşit mesafede olduğu için istemiş olabilirler. Bu gibi hallerde tarafların aynı zamanda hukuk seçimi iradelerinin de bulunduğunu söylemek oldukça güçtür.

b. Tahkim Şartının Örtülü Hukuk Seçimi ile İlişkisi

Taraflar irade muhtariyeti ilkesi uyarınca aralarında doğmuş ya da doğabilecek -tahkime elverişli- uyuşmazlıkların mahkemeler aracılığıyla değil hakem ya da hakemler aracılığıyla çözüme kavuşturulmasını kararlaştırabilirler⁷⁷. Taraflara pek çok açıdan sağladığı avantajlar nedeniyle günümüzde milletlerarası ticari uyuşmazlıklar bakımından en çok tercih edilen uyuşmazlık çözüm yolu tahkimdir⁷⁸.

⁷³ Yorum 4. 11. Bkz. HCCH, *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*, 45.

⁷⁴ Lando, "Contractual Obligations", 66.

⁷⁵ Yorum 4. 12. Bkz. HCCH, *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*, 45.

⁷⁶ Gama Jr., "Tacit Choice of Law", 347.

⁷⁷ Çelikel - Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 376; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (İstanbul: Vedat, 2021), 5.

⁷⁸ Şanlı vd., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 658.

Lahey İlkeleri'nde yetki anlaşmalarının yanı sıra tahkim heyetinin yetkilendirilmesine ilişkin anlaşmaların da tek başına hukuk seçimine eşdeğer kabul edilmeyeceği öngörülmektedir (m. 4). Zira yetki anlaşmalarında olduğu gibi tarafların belirli bir hakem heyetini yalnızca tarafsızlığı ya da uzmanlığı nedeniyle seçmiş olabilecekleri belirtilmektedir. Ancak her ne kadar tahkim anlaşması örtülü hukuk seçiminin kabulü için tek başına yeterli görülmesi de diğer kriterlerle bir araya geldiğinde örtülü hukuk seçimi yapıldığına kanıt olabileceği eklenmektedir⁷⁹.

Lahey İlkeleri'nin yetki ve tahkim anlaşmalarını tek başına örtülü seçimin varlığı için yeterli görmeyen 4. madde hükmünün, Anglo-Amerikan hukukundaki yaklaşıma bir tepki olarak değerlendirilebileceği ifade edilmektedir⁸⁰. 1968 yılında *Tzortzis* davasında⁸¹ İngiliz Temyiz Mahkemesi hakimi *Lord Denning* "açık bir mahkeme seçiminin örtülü bir hukuk seçimi" olduğunu belirtmiştir. Yine Avustralya'da belirli bir mahkemenin ya da hakem heyetinin yargı yetkisine sahip olması, tarafların sözleşmeyi o ülke hukukuna tabi kılmak istediklerine dair güçlü bir karine olarak kabul edilmektedir. Benzer durum tahkim anlaşmaları bakımından da geçerlidir. 1971 tarihli dönüm noktası niteliğindeki *Compagnie Tunisienne de Navigation SA v Compagnie d'Armement Maritime SA* davasında⁸², sözleşmede aksini belirten bir hüküm bulunmadıkça tarafların genellikle tahkim anlaşmasının aynı zamanda hukuk seçimi anlaşması olarak da işlev görmesini amaçladıkları ifade edilmiştir. Bu emsal karara karşı çok sayıda eleştiri yöneltilmesine rağmen Kanada gibi çeşitli Anglo-Amerikan hukuku ülkelerinde sözü edilen karine yürürlüktedir. Lahey İlkeleri, tahkim ve yetki anlaşmalarının hukuk seçimine ilişkin örtülü iradenin ortaya çıkarılmasındaki rollerini göz ardı etmemekle birlikte, Anglo-Amerikan hukukunda kabul edilen güçlü karine anlayışını da reddetmektedir⁸³.

2. Örtülü Hukuk Seçiminin Durumun Koşullarından Anlaşılması

Lahey İlkeleri m. 4 uyarınca tarafların örtülü hukuk seçimi yaptıkları sonucuna yalnızca sözleşme hükümlerinden değil somut olayın koşullarından (sözleşme dışı unsurlardan) yola çıkılarak da varılabilir⁸⁴. Elbette hukuk seçiminin somut olayın koşullarından "açıkça" anlaşılması gerekir. Ancak madde metninde

⁷⁹ Yorum 4. 12. Bkz. HCCH, *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*, 46.

⁸⁰ Gama Jr., "Tacit Choice of Law", 347.

⁸¹ 24.01.1968 tarihli karar için bkz. Vlexjustis, "Tzortzis v Monark Line A/B", (Erişim 30 Ekim 2022).

⁸² 14 Temmuz 1970 tarihli karar için bkz. Vlexjustis, "Compagnie Tunisienne de Navigation S.A. v Compagnie d'Armement Maritime S.A.", (Erişim 30 Ekim 2022).

⁸³ Paragraftaki açıklamalar için bkz. Gama Jr., "Tacit Choice of Law", 347, 348.

⁸⁴ Lahey İlkeleri bu hususta Roma I Tüzüğü (m. 3/1) ve IPRG (m. 116) örneklerini benimsemektedir (Gama Jr., "Tacit Choice of Law", 348).

bahsi geçen “koşullardan” ne anlaşılması gerektiği belirtilmemektedir. İlkelerin yorumunda tarafların davranışları ya da sözleşmenin akdedilmesini çevreleyen diğer faktörlerin özellikle belirleyici olduğu ifade edilmektedir⁸⁵. Buna ilişkin şöyle bir örnek verilmektedir: (A) ve (B) önceki iş ilişkilerinde, sözleşmelere uygulanacak hukuk olarak sürekli X Devleti hukukunu açık olarak seçmişlerdir. Eğer ki koşullar mevcut sözleşmede bu uygulamayı değiştirmeyi amaçladıklarını göstermiyorsa, mahkeme ya da tahkim heyeti bu hususta açık bir hüküm bulunmasa dahi tarafların sözleşmeye X Devleti hukukunun uygulanmasını istedikleri sonucuna varabilir.

Lahey İlkeleri’nde açıklanmamakla birlikte doktrinde tarafların dava sırasında iddia ve savunmalarını karşılıklı olarak belirli bir ülkenin hukukuna dayanarak beyan etmeleri de “tarafların davranışları” kapsamında örtülü hukuk seçimi yapıldığına işaret eden bir kriter olarak gösterilmektedir⁸⁶. Ancak bir görüşe göre tarafların yargılamada aynı ülkenin maddi hukuk hükümlerine dayanmaları tek başına örtülü hukuk seçim yapıldığını gösteren irade beyanı olarak kabul edilemez⁸⁷. Diğer bir görüşe göre ise tarafların bu yöndeki davranışlarının örtülü hukuk seçiminin göstergesi olabilmesi için tarafların ortada kanunlar ihtilafına ilişkin bir sorun olduğunun, bir başka deyişle sözleşmeye hangi hukukun uygulanacağına tespit edilmesi gerektiğinin bilincinde olması şarttır⁸⁸.

SONUÇ

Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair Lahey İlkeleri, Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı’nın hazırlamış olduğu bağlayıcılığı bulunmayan ilk esnek hukuk (*soft-law*) aracıdır. Milletlerarası ticari sözleşmelerde hukuk seçimine ilişkin genel esasları ortaya koyan Lahey İlkeleri’nin milletlerarası ticaret alanında hukuk seçimini teşvik etmek, yeni oluşturulacak milli, bölgesel, milletlerarası ve milletlerüstü düzeyde hukuk seçimine ilişkin düzenlemelere model olmak, mevcut düzenlemelerin iyileştirilmesini sağlamak ve uygulayıcılara rehberlik etmek gibi amaçları bulunmaktadır.

Lahey İlkeleri m. 4’te milletlerarası ve milli düzenlemelerdeki yaklaşıma uygun olarak tarafların aralarındaki milletlerarası ticari sözleşme bakımından açık ya da örtülü hukuk seçimi yapabilecekleri öngörülmektedir. Sözleşmenin

⁸⁵ Yorum 4. 13. Bkz. HCCH, *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*, 46.

⁸⁶ Arslan, “Zımnî Hukuk Seçimi”, 11; Bayata Canyaş, “Örtülü Hukuk Seçimi”, 113; Şanlı vd., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 325.

⁸⁷ Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 329.

⁸⁸ Arslan, “Zımnî Hukuk Seçimi”, 12; 43; Berk Demirkol, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (İstanbul: Vedat, 2014), 204; Cüneyt Çilingiroğlu, “Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri”, *MHB* 9/2 (1989), 110.

hükümlerinden ya da koşullardan açıkça anlaşılabilen hukuk seçimi örtülü hukuk seçimi olarak kabul edilmektedir. Meksika Sözleşmesi, Roma I Tüzüğü, *IPRG*, *MÖHUK* gibi düzenlemelerde olduğu gibi Lahey İlkeleri'nde de örtülü hukuk seçiminin kabulü bakımından yüksek bir kesinlik derecesi aranmaktadır. Bunun nedeni hukuk seçimi yönündeki gerçek taraf iradelerinin güçlü kriterler yoluyla ortaya çıkarılmasını sağlayarak taraflar arasında bir hukuk seçimi anlaşmasının bulunup bulunmadığı tereddüdünü ortadan kaldırmak, böylece hukuki öngörülebilirliği temin etmektir. İlkeler ayrıca taraflar arasındaki yetki anlaşması ya da tahkim anlaşmasının tek başına örtülü hukuk seçimi yapıldığının göstergesi olmadığını öngörerek (m. 4, 2. cümle) bu husustaki tartışmalara ışık tutmaktadır.

İlkelerin yorumunda “sözleşmenin hükümlerinden” ve “koşullardan” ne anlaşılması gerektiğine ilişkin açıklamalar ve verilen örnekler önem arz etmektedir. Zira örtülü hukuk seçimini kabul eden yukarıda bahsi geçen milli ve milletlerarası düzenlemelerde bu hususlar somutlaştırılmadığından doktrin ve uygulamada tereddütler meydana gelmektedir. İlkelerin yorumuna göre örneğin sözleşmenin kurulmasında belirli bir devlete ait standart bir formun kullanılması ya da sözleşmede belirli bir devletin hukuk terminolojisinin kullanılması örtülü hukuk seçiminin göstergesi olabilir. Ancak örneğin sözleşmenin İngilizce dilinde hazırlanmış olması tek başına İngiliz hukukunun seçildiği anlamına gelmemektedir.

Taraflar aralarındaki milletlerarası ticari sözleşmeye uygulanacak hukuku açıkça kararlaştırmamışlarsa ya da yukarıda açıklanan kriterler göz önüne alındığında sözleşmenin hükümlerinden ya da somut olayın koşullarından tarafların seçim yaptıkları açık olarak anlaşılamiyorsa bir hukuk seçimi anlaşması bulunmamaktadır. Dolayısıyla sözleşmeye uygulanacak hukuk Lahey İlkeleri kapsamında belirlenemez⁸⁹.

Lahey İlkeleri'nin devletleri bağlayıcı bir özelliği bulunmamakla birlikte madde metinleri ve özellikle yorumları, hukuk seçimine ilişkin genel esaslar bakımından kanun koyucular ve uygulayıcılar için rehber niteliğindedir. Farklı ülkelerden, alanında uzman hukukçular tarafından hazırlanmış bu ilkeler Türk hukuku açısından da önem arz etmektedir. Zira *MÖHUK*'un sözleşmelerde hukuk seçimine ilişkin genel kural niteliğindeki 24. maddesinde seçim anlaşmasının şekli geçerliliği, seçilen hukuk ile taraflar ve sözleşme arasında bağlantının gerekip gerekmediği, milli karakteri haiz olmayan hukuk kurallarının seçiminin hukuk seçimi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, yetki anlaşmasının örtülü hukuk seçimi sayılıp sayılmayacağı hususları düzenlenmemektedir. Lahey İlkeleri'nin hakimler tarafından bu boşlukları doldurmada kullanılabileceği, ancak bunun için Türk hukukunda farkındalık yaratılması gerektiği ifade edilmekte ve akademik çalışmalarda incelenebilecek önemli bir konu olduğu ifade

⁸⁹ *HCCH*, “Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts”, 47.

edilmektedir⁹⁰. MÖHUK m. 24'te örtülü hukuk seçiminin kabulü için gereken kriterlerin neler olduğu öngörülmediğinden ve bu hususta doktrinde farklı görüşler bulunduğundan Lahey İlkeleri'nin konuya ilişkin 4. maddesinin ve yorumlarının incelenmesi bu bakımdan değer arz etmektedir. Bu çalışma ile konuya katkı sağlanması amaçlanmıştır.

⁹⁰ Ekşi, "Lahey İlkeleri", 915.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Ziya. *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul: Vedat, 2020.
- Akıncı, Ziya. *Milletlerarası Tahkim*. İstanbul: Vedat, 6. Basım, 2021.
- Arslan, İlyas. “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımnî Hukuk Seçimi”. *MHB* 33/2 (2013), 1-41.
- Ayhan İzmirli, Lale. “Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair Lahey Prensiplerinin Yapısı ve Kapsamı”. *ERÜHFD* 15/2. 2020, 341-392.
- Basedow, Jürgen. “The Hague Principles on Choice of Law: Their Addressees and Impact”. *Uniform Law Review* 22/2 (2017), 304-315.
- Bayata Canyaş, Aslı. “Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi”. *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 1/1 (2011), 110-121.
- Chicago-Kent College of Law. “Restatement (Second) of Conflict of Laws s 187 (1969 Main Vol.)”. Erişim 12 Eylül 2022. <http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest187.html>.
- Çelikel, Aysel - Erdem, Bahadır. *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul: Beta, 17. Bası, 2021.
- Çilingiroğlu, Cüneyt. “Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri”. *MHB* 9/2 (1989), 103-120.
- Demirkol, Berk. *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*. İstanbul: Vedat, 2. Basım, 2014.
- DİABGM, Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü. “Convention on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods”. Erişim 10 Eylül 2022. https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/sozlesmeler/coktaraflioz/lahey/lah31_ing.pdf.
- Doğan, Vahit. *Milletlerarası Özel Hukuk*. Ankara: Savaş, 8. Basım, 2022.
- Doğan, Vahit. *Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif*. Ankara: Savaş, 4. Basım, 2016.
- Douglas, Michael - Loadman, Nicholas. “The Impact of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts”. *Melbourne Journal of International Law* 19/1 (2018), 1-23.
- Ekşi, Nuray. “Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine İlişkin Lahey İlkeleri ve Bu İlkelerin Türkçe Tercümesi”. *Banka ve Finans Hukuku Dergisi (Prof. Dr. Ali Necip Ortan'a Armağan)* 8/32 (2009), 903-922.
- EU, European Union. “Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I)”. Erişim 10 Eylül 2022. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32008R0593>.
- Fedlex. “Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht”. Erişim 12 Eylül 2022. https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/de.

- Gama Jr., Laura. "Tacit Choice of Law in the Hague Principles". *Uniform Law Review* 22/2 (2017), 336-350.
- Girsberger, Daniel - Cohen, Neil B. "Key Features of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", *Uniform Law Review* 22/2 (2017), 316-335.
- Güngör, Gülin. *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2. Basım, 2021.
- HCCH, Hague Conference on Private International Law. *Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*. Hague: The Hague Conference on Private International Law Permanent Bureau, 2015. <https://assets.hcch.net/docs/5da3ed47-f54d-4c43-aaef-5eafc7c1f2a1.pdf>.
- Hill, Jonathan, "Choice of Law in Contract under the Rome Convention: The Approach of the UK Courts". *International and Comparative Law Quarterly* 53/2 (2004), 325-350.
- Hook, Maria. *The Choice of Law Contract*. Hart Publishing, 2016.
- Justis. "Amin Rasheed Shipping Corporation. v. Kuwait Insurance Company (1984) AC 50". Erişim 02.03.2022. <https://app.justis.com/case/amin-rasheed-shipping-corporation-v-kuwait-insurance-company/overview/c4yJmYuZmZWca>.
- Karaca, H. Akif. "Uluslararası Ticari Sözleşmelerden Kaynaklı Devlet Mahkemelerindeki Yargılamalarda "Hukuk Kuralları"nın Seçimi: Lahey Prensipleri m. 3". *Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler*. ed. Sibel Özel - Mustafa Erkan. 113-137. İstanbul: On İki Levha, 2018.
- Lando, Ole. "Dicey&Morris, The Conflict of Laws: A Review". *International & Comparative Law Quarterly* 47/2 (1998), 394-408.
- Lando, Ole. "Some Issues Relating to the Law Applicable to Contractual Obligations". *King's College Law Journal* 7 (1996-1997), 55-74.
- Levin, Jonathan. "The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts: Enhancing Party Autonomy in a Globalized Market". *New York University Journal of Law and Business* 13/1 (2016), 271-294.
- Neels, Jan L - Fredericks, Eesa A. "Tacit choice of law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts". *De Jure* 44/1 (2011), 101-110.
- Neels, Jan L. "The Nature, Objective and Purposes of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts". *Journal of South African Law* 2015/4 (2015), 774-783.
- Nishitani, Yuko. "Party Autonomy in Contemporary Private International Law: The Hague Principles on Choice of Law and East Asia". *Japanese Yearbook of International Law* 59 (2016), 300-344.
- Nomer, Ergin. *Devletler Hususi Hukuku*. İstanbul: Beta, 23. Basım, 2021.
- OAS, Organization of American States. "Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts". Erişim 10 Eylül 2022. <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-56.html>.

- Pertegas, Marta - Marshall, Brooke Adele. "Party Autonomy and Its Limits: Convergence through the New Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts". *Brooklyn Journal of International Law* 39/3 (2014), 975-1004.
- Ralf, Michaels. "Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts". *Varieties of European Economic Law and Regulation* (2014), 43-69.
- Saumier, Genevieve. "The Hague Principles and the Choice of Non-State Rules of Law to Govern an International Commercial Contract". *Brooklyn Journal of International Law* 40/1 (2014), 1-30.
- Schwartz, Andreas. "New Trends in Parties' Options to Select the Applicable Law - The Hague Principles of Choice of Law in International Contracts in a Comparative Perspective". *University of St. Thomas Law Journal* 12/1 (2015), 87-99.
- Symeonides, Symeon C. "The Hague Principles on Choice of Law for International Contracts: Some Preliminary Comments". *American Journal of Comparative Law* 61, 3 (2013), 873-899.
- Şanlı, Cemal vd. *Milletlerarası Özel Hukuk*. İstanbul: Beta, 9. Basım, 2021.
- Şanlı, Cemal. *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*. İstanbul: Beta, 7. Basım, 2019.
- Tekinalp, Gülören. *Milletlerarası Özel Hukuk: Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları*. İstanbul: Vedat, 13. Basım, 2020.
- Vlexjustis. "Compagnie Tunisienne de Navigation S.A. v Compagnie d'Armement Maritime S.A.". Erişim 30 Ekim 2022. <https://vlex.co.uk/vid/compagnie-tunisienne-navigation-s-792824629>.
- Vlexjustis. "Tzortzis v Monark Line A/B". Erişim 30 Ekim 2022. <https://vlex.co.uk/vid/tzortzis-v-monark-line-793339889>.
- Yılmaz, Alper Çağrı. "Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine İlişkin Genel İşlem Şartlarının Çatışması ve Lahey İlkeleri". *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 6/11 (2018), 481-511.



Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki Kısmi İfa İmkansızlığı^(*)

Subsequent Partial Impossibility of Performance when the Obligator is not Responsible

Arş. Gör. Makbule ALTINDAL^(**)

Öz

Borçlunun sorumlu olmadığı bir nedenle borcun bir kısmının imkansızlaşmasının borç ilişkisini ne şekilde etkileyeceğine ilişkin bir düzenleme ilk kez Türk Borçlar Kanunu m.137'de düzenlenmiştir. Bölünebilir bir edimin bir kısmının ifası, borçlunun sorumlu olmadığı bir nedenle sözleşmenin kurulmasından sonra ancak borcun ifasından önce, sürekli ve objektif bir biçimde, hem borçlu hem üçüncü kişiler tarafından yerine getirilemiyorsa, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki ifa imkansızlığı vardır. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde kısmi imkansızlık sonucu borcun imkansızlaşan kısmı sona ererken karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, alacaklı kısmi ifaya razı olmadığı takdirde veya karşı edim bölünemez olduğu halde tam imkansızlık hükmü uygulanacaktır.

Anahtar Kelimeler

Borçlu, Kısmi İfa, Bölünebilir Edim, Objektif Neden, Sonraki İmkansızlık.

Abstract

A regulation on how the partial impossibility of a debt due to a reason that the obligator is not responsible will affect the debt relationship is regulated for the first time in the Turkish Code of Obligations Art.137. There is a subsequent impossibility of performance for which the obligator is not responsible, if the performance of a part of a divisible performance cannot be fulfilled continuously and objectively by the obligator or third parties, after the establishment of the contract and before the fulfillment of the debt, for a reason which the obligator is not responsible. In unilateral contracts, the part of the debt that becomes impossible as a result of partial impossibility is terminated, whereas in bilateral contracts, if the creditor does not agree to partial performance or the counter performance is indivisible, the provision of complete impossibility will be applied.

^(*) Araştırma Makalesi / [Makale Geliş Tarihi](#): 02.04.2021 - [Makale Kabul Tarihi](#): 24.06.2021

^(**) Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Deniz Hukuku Anabilim Dalı, Sakarya - Türkiye
[E-posta](mailto:makbulecetin@sakarya.edu.tr): makbulecetin@sakarya.edu.tr
[Orcid No](https://orcid.org/0000-0002-2662-4095): <https://orcid.org/0000-0002-2662-4095>

Keywords

Obligator, Partial Performance, Divisible Obligation, Objective Reason, Subsequent Impossibility.

GİRİŞ

Edimin ifasının tamamen veyahut kısmen mümkün olup olmamasına göre tam imkansızlık kısmi imkansızlık ayrımı yapılmaktadır. Borçlanılan edimin ifa imkanının tümden ortadan kalktığı hallerde tam imkansızlık, ifa imkanının kısmen ortadan kalktığı hallerde ise kısmi imkansızlık vardır.

Sözleşme kurulduktan ancak edim henüz ifa edilmeden önce meydana gelen imkansızlığa ilişkin düzenlemeler Türk Borçlar Kanunu m.112 ile 136-137’de borçlunun bu imkansızlıktan sorumlu olup olmadığına göre farklı sonuçlara tabi tutularak yapılmıştır. TBK, sonraki imkansızlığı borçlunun sorumlu olduğu ve olmadığı imkansızlık olarak ikiye ayırmakta; ancak bu imkansızlık türlerine ilişkin bir tanıma yer vermemektedir.

Borçlunun sorumlu olmadığı bir nedenle borcun bir kısmının imkansızlaşmasının borç ilişkisini ne şekilde etkileyeceğine ilişkin 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda açık bir düzenleme bulunmamakta ve başlangıçtaki kısmi imkansızlığa ilişkin TBK m.27/f.2’den kıyasen yararlanılarak çözüm üretilmekteydi. Konu ilk kez TBK m.137’de doktrinde kabul edilen prensiplere uygun olarak ele alınmış ve açık bir kanuni düzenlemeye kavuşturulmuştur.

Çalışmamızda öncelikle borçlunun sorumlu olmadığı kısmi ifa imkansızlığının kavram ve unsurlarına yer verilecek, sonrasında ise borçlunun sorumlu olmadığı kısmi ifa imkansızlığının sonuçları ele alınacaktır.

I. GENEL OLARAK BORÇLUNUN SORUMLU OLMADIĞI SONRAKİ KİSMİ İFA İMKANSIZLIĞI

Bölünebilir bir edimin bir kısmının ifası, borçlunun sorumlu olmadığı bir nedenle sözleşmenin kurulmasından sonra ancak borcun ifasından önce, sürekli ve objektif bir biçimde, hem borçlu hem de üçüncü kişiler tarafından yerine getirilemiyorsa, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki ifa imkansızlığı vardır¹. 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda bu konuda hüküm bulunmamaktaydı. Bununla beraber 6098 sayılı Borçlar Kanunu’nda borçlunun sorumlu olmadığı sonraki kısmi imkansızlık için özel bir hüküm getirilmiş ve hüküm esasen “yararlı bölüm yararsız bölümden etkilenmez” kuralının uygulanmasının bir görünümü olarak TBK m.137’de yer almıştır².

¹ Fikret EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, 24. Baskı, Ankara, 2019, s.1164, H. Kübra ERCOŞKUN ŞENOL, **Borçlar Hukukunda Kısmi İmkansızlık**, On İki Levha, İstanbul, 2016, s. 238-239, Hüseyin HATEMİ, Emre K. GÖKYAYLA, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Vedat Kitapçılık, 4. Bası, İstanbul, 2017, s.334.

² Haluk N. NOMER, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta, 16. Bası, İstanbul, 2018, s.357.

Her ne kadar TBK m.112’de borçlunun sorumlu olabilmesi için kusurlu olması gerektiği ifade edilmiş ve sorumluluktan kurtulabilmesi için kusursuzluğu ispat borçluya bırakılmış olsa da bazı hallerde borçlu kusuru olmasa da ortaya çıkan zarardan sorumlu olabilir. Örneğin ifa yardımcısı kullanan borçlu, kendisi kusursuz olsa dahi bu kişinin fiillerinden sorumludur. Bazı hallerde ise kusuru olsa da sorumluluk altına girmeyebilir. Yine borçlu kusurlu olsa dahi, alacaklının temerrüde düşmesi halinde imkansızlıktan sorumlu tutulamaz. Bu nedenle “borçlunun kusurlu olmadığı imkansızlık” kavramını değil de “borçlunun sorumlu olmadığı imkansızlık” kavramını kullanmak daha uygun görülmektedir³. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi de verdiği bir kararda bu görüşü desteklemiştir; “... *imkansızlık, borçlunun kusuruna dayanıp dayanmamasına değil, genel olarak borçlunun bu imkansızlıktan sorumlu tutulup tutulmayacağına göre tasnif edilmelidir. Nitekim kanunda kullanılan tabirler de bu görüşü desteklemektedir. Yani, kanun kusursuz olmayı değil, sorumlu olmamayı aramaktadır.*”⁴

A. EDİMİN BÖLÜNEBİLİR OLMASI

İfa imkansızlığı bölünemeyen ve bölünebilen tüm edimlerde mümkün iken, kısmi imkansızlık yalnızca bölünebilen edimlerde söz konusu olabilmektedir⁵. Edimin maddi olarak bölünebilmesi; edim konusu şeyin fiilen bölünebilir olması ya da borçlanılan edimin birden çok asli edim olması hallerinde ortaya çıkar. Fiilen bölünebilir olma, edimin değerinde esaslı bir azalma olmadan, karakteristik özelliklerini ve özgülenme amacını kaybetmeden parçalara ayrılabilirliği ifade eder. Birden çok asli edimin borçlanılmış olması halinde ise tarafların anlaşmasından veya sözleşmeden aksi anlaşılmadıkça, edimlerden birinin ifasının im-

³ Mustafa DURAL, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976, s.109-110, ŞENOL, **a.g.e.**, s.322, Buna rağmen, bazı yazarlar, sonraki imkansızlık bakımından borçlunun kusurlu olduğu ve borçlunun kusurlu olmadığı sonraki imkansızlık ayırımı yapmaktadırlar. Bkz. Fatih BİLGİLİ, Ertan DEMİRKAPI, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Dora Basım, 9. Baskı, Bursa, 2016, s.188-189, Gamze TURAN BAŞARA, “Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık Sebebiyle Borcun Sona Ermesi”, **ÇUJL**, C.20, S.1, 2010, s.6-7, Mustafa ARIKAN, Eser Sözleşmesinde İfa İmkansızlığı ve Sonuçları, **SÜHFD**, C.17, S.2, 2008, s.267, 271, Turgut AKINTÜRK, Derya ATEŞ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri**, Beta, 25. Baskı, İstanbul, 2016, s.124.

⁴ Yargıtay 8. HD., T. 14.10.2014, E. 2014/6935, K. 2014/18281 (www.kazancı.com, erişim tarihi: 10.12.2019).

⁵ Bölünebilen bir edimin bir kısmının ifa edilememesinin kısmi imkansızlık oluşturacağı hususunda bir tereddüt yokken; edimin belirli bir yerde ifa edilmesi gerekirken o yerde ifa edilmemesi ile belirli bir zamanda ifada bulunmak gerekirken, o zamanda ifada bulunmamanın kısmi imkansızlığa yol açıp açmayacağı tartışmalıdır. Detaylı bilgi için bkz. DURAL, **a.g.e.**, s.90 vd., Aynı şekilde yazarların çoğu imkansızlıktan bahsederken yalnızca miktar yani nicelik bakımından kısmi imkansızlığı ele almış, nitelik bakımından kısmi imkansızlığa ise yer vermemiştir. Doktrindeki hakim görüş yalnızca nicelik bakımından kısmi imkansızlığın mümkün olduğunu söylemiş olsa da aksi yöndeki görüş için bkz. Fatih GÜNDOĞDU, **Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları**, On İki Levha, İstanbul, 2014, s. 116-117.

kansız hale gelmesi diğer edimleri de imkansız hale getirmez, kısmi imkansızlık oluşur⁶.

Maddi bir varlığa sahip olmayan ve verme borcu dışında kalan yapma ve yapmama edimlerinin bölünebilir olup olmadığı hususunda doktrinde görüş birliği yoktur. Bir görüşe göre; yapma ve yapmama borçları bakımından edimin miktarından bahsedilemeyeceği için, bu borçlarda bölünebilir bölünemez ayrımını yapmak mümkün değildir⁷. Bu görüşe karşı diğer bir görüş tarafından ise; yapmama edimlerinin nitelikleri itibariyle bölünemeyen edimler⁸ olduğu ancak yapma edimlerinin bölünebilir olup olmadıklarının tespitinde, edim fiilinin mi yoksa edim sonucunun mu borçlanılmış olduğuna göre bir değerlendirme yapılması gerektiği ileri sürülmektedir⁹. Yalnızca edim fiilinin borçlanıldığı sözleşmelerde tek bir davranış söz konusu ise edimin bölünemez olduğu, birden fazla davranışın söz konusu olduğu hallerde ise edimin bölünebilir olduğu kabul edilmektedir. Borçlunun edim sonucunu da üstlendiği hallerde ise; hedeflenen sonuca bakıldığında başarısız faaliyet tek başına bir değer ifade etmiyorsa edimin bölünemez olduğu, aksi halde bölünebilir olduğu kabul edilmektedir¹⁰.

B. KISMİ İFANIN TARAF MENFAATLERİNE UYGUN OLMASI

Borçlunun hukuken bölünmesi mümkün olan bir edimin bir kısmını ifa etmesi mümkün değilse kısmi imkansızlık söz konusu olmakla beraber, kısmi imkansızlığın kabulü için edimin maddi olarak bölünebilir olmasının yanında kısmi ifanın taraf menfaatlerine de uygun olması gerekmektedir. Nitekim kanun koyucu bu durumu TBK m.137/f.1'de “... kısmi ifa imkansızlığı önceden öngörülseydi taraflarca böyle bir sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, borcun tamamı sona erer” şeklinde ifade etmiştir. Yani kısmi ifanın, tarafların sözleşmeyi kurdukları esnadaki iradelerine ve sözleşmenin amacına aykırı olmaması gerekmektedir. Taraflardan en az birinin kısmi ifada menfaati yoksa, kısmi değil tam bir imkansızlık olduğu kural olarak kabul edilmektedir¹¹.

⁶ L. Müjde KURT, **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (TBK m. 136)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s.133.

⁷ Mustafa Alper GÜMÜŞ, “Kısmi İfa”, **Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan**, Beta, İstanbul, 2003, s. 605.

⁸ EREN, **a.g.e.**, s.1169, GÜNDOĞDU, **a.g.e.**, s.114-115.

⁹ GÜNDOĞDU, **a.g.e.**, s.115.

¹⁰ ŞENOL, **a.g.e.**, s.123 Örneğin müvekkili adına uzaktan kumandalı bir model arabayı satın almayı taahhüt eden vekilin borcu bölünemez, zira uzaktan kumandalı olmayan bir model arabanın satın alınıp müvekkile teslim edilmesi, bu borcun ifası anlamına gelmez. Ancak vekilin borcu, 100 kilo buğdayı müvekkili adına satın alarak teslimi olsaydı, bu borcun bölünebilir olduğu kabul edilebilirdi.

¹¹ KURT, **a.g.e.**, s.134, Objektif ölçütlere göre alacaklının kısmi ifada menfaatinin bulunmadığı sonucuna varılan, fakat alacaklının buna rağmen kısmi ifaya rıza gösterdiği istisnai durumlar saklıdır. Ayrıca kısmi ifada taraf menfaatleri hakkında detaylı açıklama için bkz. KURT, **a.g.e.**, s.135-136.

II. BORÇLUNUN SORUMLU OLMADIĞI SONRAKI İFA İMKANSIZLIĞININ SONUÇLARI

A. BORÇ İLİŞKİSİNE ETKİSİ

Genel anlamda kısmi imkansızlığın sonuçlarını düzenleyen TBK m.137/f.1, kısmi kesin hükümsüzlüğün borç ilişkisine etkisine ilişkin olan TBK m.27/f.2'ye¹² paralel olarak düzenlenmiştir. Hükme göre edimin ifası borçlunun sorumlu olmadığı bir nedenle kısmen imkansız hale geldiğinde, ifası imkansız hale gelen kısım kanun gereği kendiliğinden sona erecek, alacaklı imkansızlaşmayan kısmın ifası ile yetinecektir¹³. Kısmi imkansızlığın, sözleşme yapılırken taraflarca öngörülmesi halinde böyle bir sözleşmenin hiç yapılmayacağı taraflarca söylenebiliyorsa, tüm borç sona erecektir¹⁴. Yani taraflar, daha sözleşmeyi yaparken, edimin ifa edilebilir kısmı bakımından aralarındaki borç ilişkisinin devam edeceği veya kısmi imkansızlığa rağmen aralarındaki tüm borç ilişkisinin sona ereceği hususunda bir anlaşmaya varmışlarsa buna riayet edilmelidir. Zira bu hallerde TBK m.137'de de zikredildiği gibi tarafların iradeleri açıkça ortadadır.

Diğer yandan, doktrinde, borçlunun edimin halen ifası mümkün olan kısmını ifa etmekte veya alacaklının edimin halen ifası mümkün olan kısmını elde etmekte menfaati yoksa, ifada menfaati bulunmayan tarafın kısmi imkansızlığı öngörmüş olsaydı sözleşmeyi kurmayacağı kabul edilmektedir¹⁵. Taraflardan birinin kısmi ifada menfaatinin olup olmadığı, taraf iradeleri ve sözleşme amacının iş hayatında geçerli kabuller ve dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilmesi sonucunda belirlenmektedir. Örneğin antika bir yemek takımının satışında tabaklar alıcıya teslim edilmeden önce borçlunun sorumlu olmadığı bir nedenle kırılmışsa, sadece bardakların tesliminde alacaklının bir menfaati bulunmamaktadır. Taraflardan birinin kısmi ifada menfaati yoksa, diğer bir ifade ile kısmi imkansızlığı öngörse idi sözleşmeyi kurmayacak olduğu kabul ediliyorsa, tam imkansızlık hükmü olan TBK m.136 uygulanacaktır¹⁶.

Taraflardan birinin kısmi imkansızlığı öngörmesi durumunda sözleşmeyi hiç yapmak istemeyeceği değil de, başka şartlarla yapmak isteyeceği durumlarda ise ne yapılacağı hususunda kanunda yer alan bir hüküm yoktur. Doktrindeki bir görüşe göre, bu durumlarda kural olarak tüm borcun sona erdiği kabul edilmelidir. Ancak bir tarafın sonraki kısmi imkansızlığı öngörmesi halinde, sözleşme

¹² "Kesin hükümsüzlük" başlıklı TBK m.27/f.2 şu şekildedir: "...Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur."

¹³ KURT, a.g.e., s.294.

¹⁴ ŞENOL, a.g.e., s.331-332.

¹⁵ KURT, a.g.e., s.295.

¹⁶ KURT, a.g.e., s.295.

yapmak için arayacağı şartları karşı tarafın derhal kabul etmesi halinde, TBK m.34/f.2'ye¹⁷ kıyasen sözleşme bu şartlarla kurulmuş gibi devam etmelidir¹⁸.

B. KARŞILIKLI BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERDE DURUM

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, tarafların farazi iradesi kısmi ifa yönünde olsa dahi, imkansızlığın tam imkansızlığa mı yoksa kısmi imkansızlığa göre mi hukuki sonuç doğuracağı hususundaki karar verme yetkisi alacaklıya verilmiştir¹⁹. TBK m.137/f.2'de düzenlenen ilgili hüküm: *“Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, bir tarafın borcu kısmen imkansızlaşır ve alacaklı kısmi ifaya razı olursa, karşı edim de o oranda ifa edilir. Alacaklının böyle bir ifaya razı olmaması veya karşı edimin bölünemeyen nitelikte olması durumunda, tam imkansızlık hükümleri uygulanır.”* şeklindedir. Buna göre, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde kısmi imkansızlık hükmünün uygulanabilmesi için alacaklının kısmi ifaya razı olması ve karşı edimin bölünebilir nitelikte olması gerekmektedir. Aksi halde tam imkansızlık hükmü olan TBK m.136 uygulanacaktır.

Kanun koyucunun, sözleşmenin kaderini yalnızca alacaklının iradesine bırakmış olması, doktrindeki bazı yazarlar²⁰ tarafından eleştirilmektedir. Yazarlara göre, ilgili hüküm borçluyu alacaklının keyfine tabi kılmakta ve hakkın kötüye kullanılmasına imkan sağlamaktadır. Bu nedenle hükümde mutlaka amaca uygun bir sınırlamaya gidilmesi gerekmektedir. Ancak diğer görüşteki yazarlara göre ise bu düzenleme bir bakıma zorunluluktan kaynaklanmaktadır. Zira sözleşmede edimin hiç veya kısmen ifa edilmemesinden en çok etkilenecek olan taraf alacaklıdır, bu yüzden kısmi ifada sözleşme amacının elde edilip edilemeyeceği belirlenirken alacaklının menfaati dikkate alınmalıdır²¹.

Alacaklı kısmi ifaya razı oluyorsa ve imkansızlaşmayan edim bölünebilir bir edimse, diğer bir deyişle ifası kısmen imkansız hale gelen edim yalnızca kısmen

¹⁷ “Yanılmada dürüstlük kuralları” başlıklı TBK m. 34 şu şekildedir: *“Yanılan yanıldığını dürüstlük kurallarına aykırı olarak ileri süremez.*

Özellikle diğer tarafın, sözleşmenin yanılanın kastettiği anlamda kurulmasına razı olduğunu bildirmesi durumunda, sözleşme bu anlamda kurulmuş sayılır.”

¹⁸ Kemal OĞUZMAN, Turgut ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1**, Vedat Kitapçılık, 12. Bası, İstanbul, 2014, s.577.

¹⁹ NOMER, a.g.e., s.358, Bkz. Başak BAŞOĞLU, “Borcun İfasında İmkansızlık”, **Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s.342 Yazar karar verme yetkisinin alacaklıya verilmesinin her zaman hakkaniyete uygun bir çözüm getirmediğini, karşı edimin para olduğu hallerde bu çözüm tarzının isabetli olduğu savunulabilse de, karşı edimin para dışında bir şey olduğu hallerde, borçlunun karşı edime kısmen kavuşmak zorunda kalmasının her zaman borçluyu tatmin edemeyebileceğini ifade etmiştir.

²⁰ Rona SEROZAN, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, Filiz Kitabevi, 6. Bası, İstanbul, 2014, s.195.

²¹ ŞENOL, a.g.e., s.333, DURAL, a.g.e., s.92.

ifa edilecekse karşı edim de o oranda ifa edilir. Burada satış bedelinin ayıplı ifadan dolayı indirilmesinde izlenen yöntem olan TBK m.227'nin²² esas alınması gerektiği kabul edilmektedir²³.

TBK m.137/f.2'nin son cümlesine göre, alacaklının kısmi ifaya razı olmasına rağmen, karşı edimin bölünemeyen nitelikte olması halinde tam imkansızlık hükümleri uygulanacaktır. Doktrinde bir görüş²⁴ bu hükmü eleştirmektedir. Zira bu hüküm alacaklıya tanınan kısmi ifayı kabul veya reddetme hakkını, kendi ediminin niteliğine bağlı olarak önemli ölçüde sınırlandırmaktadır.

1. Alacaklının Kısmi İfaya Razı Olması

TBK m.137/f.2'de alacaklının kısmi ifaya razı olmaması halinde tam imkansızlık hükmünün uygulanacağı öngörülmüştür. Doktrinde alacaklının kısmi ifayı reddetmekte tümüyle serbest olup olmadığı tartışma konusu olmuştur. Bir görüşe göre, alacaklı kısmi ifayı reddetmek ile kabul etmek arasında serbestçe seçim yapma hakkına sahiptir²⁵. Diğer bir görüşe göre, kısmi ifa ancak bölünebilir edimler bakımından söz konusu olduğundan, borcun ifasının imkansız hale gelen kısmi kanun gereği sona erer. Geriye kalan kısmın ifası ise artık bir kısmi ifa değil, tam ifa teşkil ettiğinden, alacaklı borcun halen mümkün olan kısmının ifasını reddedemez²⁶. Başka bir görüşe göre ise, somut olayın şartlarına göre değerlendirme yapılmalıdır. Kısmi ifayı elde etmekte alacaklının menfaati varsa, alacaklı kısmi ifaya razı olmak zorundadır²⁷. Bazı yazarlar²⁸ ise, karşı edim hasarının borçluda olup olmadığına göre ayırım yapmaktadır. Karşı edim hasarı sözleşme veya kanun gereği alacaklıda ise, alacaklı kısmi ifayı kabul etmek ve karşı edimi tam olarak ifa etmek zorundadır. Ancak karşı edim hasarı borçluda ise, alacaklının kısmi ifaya rıza gösterip göstermediği esas alınacaktır. Örneğin iki adet antika vazunun konu edinildiği bir satış sözleşmesinde taraflar karşı edim hasarının alacaklıda olduğunu kararlaştırmışlardır. Vazolardan biri satıcının aldığı tüm önlemlere rağmen kırılmışsa, alıcı geriye kalan diğer vazoyu teslim almak ve sözleşme ile kararlaştırılan bedelin tamamını alıcıya ödemek zorundadır. Ancak karşı edim hasarının satıcıda olduğu halde alıcı kısmi ifayı kabul edip etmemek hususunda serbesttir.

²² "Alıcının seçimlik hakları" başlıklı TBK m. 227 şu şekildedir: "Satıcının satılanın ayıplarından sorumlu olduğu hallerde alıcı, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir:...2.Satılanı alıkoyup ayıp oranında satış bedelinde indirim isteme"

²³ DURAL, a.g.e., s.177-178, SEROZAN, a.g.e., s.194.

²⁴ ŞENOL, a.g.e., s.334.

²⁵ KURT, a.g.e., s.296.

²⁶ KURT, a.g.e., s.296.

²⁷ SEROZAN, a.g.e., s.159-160.

²⁸ DURAL, a.g.e., s.181, Dural, alacaklı menfaati olduğu halde kısmi ifaya rıza göstermezse, ifayı reddetme hakkının, hakkın kötüye kullanılması yasağı (TMK m.2/f.2) ile sınırlandırılacağını ifade etmiştir, OĞUZMAN, ÖZ, a.g.e., s.598.

TBK m.137/f.2 hükmü yalnızca lafzi bir değerlendirmeye tabi tutulacak olduğunda, alacaklının kısmi ifayı elde etmekte menfaati olsa dahi kısmi ifayı reddedebileceği anlamı çıkarılabilir. Ancak borçlunun sorumlu olmadığı kısmi imkansızlıkta, karşılıklı borçların akıbetinin ne olacağını yalnızca alacaklının keyfine bırakmak, hakkın kötüye kullanılmasına yol açabileceği gibi, kısmi ifa imkansızlığı bakımından geçerli olan “yararlı bölüm yararsız bölümden etkilenmez” ilkesine de aykırılık oluşturmaktadır. Bu nedenle alacaklının yalnızca kısmi ifade menfaati bulunmayan hallerde kısmi ifaya rıza göstermeyeceği kabul edilmelidir²⁹.

2. Karşı Edimin Bölünebilir Olması

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde kısmi imkansızlık sonuçlarının uygulanabilmesi için, ifası kısmen imkansız hale gelen edimin bölünebilir olmasının yanında karşı edimin de bölünebilir olması gereklidir. Kısmen ifası imkansız hale gelen edim bölünebilir nitelikte olsa dahi karşı edim bölünemez ise tam imkansızlık hükmü olan TBK m.136 uygulama alanı bulur. Bu durum özellikle trampa sözleşmeleri veya trampa benzeri isimsiz sözleşmelerde karşımıza çıkmaktadır³⁰. Örneğin bir tarafın sınırlı bir stoktan 15 adet dizüstü bilgisayar, diğer tarafın ise kullandığı otomobili borçlandığı bir sözleşmede, bilgisayarların bir kısmının depodan borçlunun gerekli tüm güvenlik önlemlerini almasına rağmen çalınması ve yalnızca 5 bilgisayarın kalması halinde, karşı edim olan otomobil bölünemez olduğundan tam imkansızlık hükmü olan TBK m.136 uygulanır³¹.

3. Karşı Edimin Durumu

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde kısmi imkansızlık halinde, borçlunun ifası imkansız hale gelen kısmi kanun gereği kendiliğinden sona ererken, alacaklının karşı edim borcunun durumu ise, karşı edim hasarına hangi tarafın katlanmak zorunda olduğuna göre bir ayırım yapılarak belirlenmektedir.

a. Karşı Edim Hasarına Borçlunun Katlanması Gereken Hallerde

TBK m.137/f.2/c.1 gereği karşı edim hasarına borçlunun katlanması gereken durumlarda borçlu, yalnızca kendi ifasının halen mümkün olan kısmına karşılık gelen karşı edim tutarına hak kazanmaktadır. Yani alacaklının karşı edim borcu, imkansızlık nedeniyle elde edemediği edim kısmı ile orantılı bir indirim tabi tutulmaktadır³². Burada TBK m.227'deki satıcının ayıplı ifade bulunması halinde satış bedelinden indirim yapılırken kullanılan nispi metoda başvurulmaktadır³³.

²⁹ KURT, a.g.e., s.297, SEROZAN, a.g.e., s.194-195.

³⁰ KURT, a.g.e., s.299.

³¹ KURT, a.g.e., s.299.

³² DURAL, a.g.e., s.178, OĞUZMAN, ÖZ, a.g.e., s.598, SEROZAN, a.g.e., s.194.

³³ Bunu söyleyen yazarlar için bkz. dp. 23.

İndirilmiş karşı edim tutarı: indirilmiş karşı edim tutarı = (edimin ifası halen mümkün olan kısmının objektif değeri x karşı edimin sözleşmede kararlaştırılmış olan tutarı) / edimin tamamının objektif değeri, şeklinde hesaplanmaktadır³⁴.

Aynı zamanda borçlu, edimin ifası imkansız hale gelen kısmı için herhangi bir kaim değer (örneğin, sigorta bedeli veya haksız fiil tazminatı) elde etmişse, alacaklı kısmi ifanın yanında bu kaim değeri de borçludan talep etme hakkına sahiptir. Ancak bu durumda alacaklının karşı edimi borçluya tam olarak ifa etme zorunluluğu vardır³⁵. Kaim değer borçludan istenebileceği hususunda kanunda açık düzenleme yoktur. Doktrinde ise bu konuda görüş birliği olmakla beraber Yargıtay da kanunun ruhunun bunu haklı gösterdiği savunmuştur. Yargıtay 13. HD 17.11.1986 tarihli kararında taşınmaz kamulaştırma bedelinin ikame değer olduğunu ifade etmiş, taşınmazın temlik yerine onun değerinin alacaklıya verilmesi yönünde karar vermiştir³⁶. Yine Yargıtay 14. HD de 19.04.1983 tarihli kararında aynı yönde karar vermiştir³⁷.

b. Karşı Edim Hasarına Alacaklının Katlanması Gereken Durumlarda

Kanun veya sözleşme gereği karşı edim hasarına katlanma yükümlülüğünün alacaklıda olduğu durumlarda, borçlu sadece kısmi ifada bulunabilse de alacaklı kendi edimini tümüyle ifa etmek zorundadır³⁸. Karşı edim hasarına alacaklı katlanmak zorunda olduğundan, kısmi imkansızlığın meydana gelmesi halinde bu hasar kısmen de olsa borçluya yüklenemeyecektir. Örneğin; satım konusunun 4 adet el yazması eser olduğu farazi bir satım sözleşmesinde, satıcının sorumlu olmadığı bir nedenle borcun ifa edilememesi durumunda dahi alıcının kendi edimini tam olarak yerine getireceği kararlaştırılmış ve eserlerden ikisi satıcının aldığı tüm önlemlere rağmen yanmışsa, alacaklı borçlunun kısmi edimine razı olup sözleşmede kararlaştırılan bedelin tamamını ödemek durumunda kalır³⁹.

Borçlu ifası imkansız hale gelen kısım için bir kaim değer elde etmişse, alacaklı kısmi ifanın yanında bu kaim değeri de borçludan talep edebilecektir⁴⁰.

³⁴ KURT, a.g.e., s.300, Örneğin, satıcı her birinin piyasadaki objektif değeri 10.000 TL olan üç adet tabloyu alıcıya toplam 45.000 TL ye satmıştır. Tablolardan ikisi alıcıya tesliminden önce satıcının almış olduğu tüm önlemlere rağmen çalınmıştır. Bu durumda alacaklının, teslimi halen mümkün olan bir adet tablo için ödeyeceği indirilmiş karşı edim tutarı $(10.000 \times 45.000) / 30.000 = 15.000$ TL'dir.

³⁵ DURAL, a.g.e., s.179-180.

³⁶ Yargıtay 13.HD. T. 17.11.1986 E. 1986/4826 K. 1986/5536, OĞUZMAN, ÖZ, a.g.e., s.562, Mustafa Reşit KARAHASAN, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler Öğreti Yargıtay Kararları İlgili Mevzuat 2**, Beta, İstanbul, 2003, s.883.

³⁷ Yargıtay 14.HD T.19.04.1983 E.1983/2799 K.1983/3145, OĞUZMAN, ÖZ, a.g.e., s.562.

³⁸ DURAL, a.g.e., s.181, KURT, a.g.e., s.300, OĞUZMAN, ÖZ, a.g.e., s. 598.

³⁹ KURT, a.g.e., s.300-301.

⁴⁰ DURAL, a.g.e., s.179-180, KURT, a.g.e., s.301.

Kanun veya sözleşme gereği karşı edim hasarı üzerinde bulunan alacaklı, kısmi ifada menfaati bulunmadığı gerekçesi ile kısmi ifayı reddetse dahi kendi edimini tam olarak yerine getirmek zorundadır⁴¹.

4. TBK m.137'nin 1. ile 2. Fıkraları Arasındaki Bağlantı

TBK m. 137'nin 1. ve 2. fıkraları arasındaki bağlantı konusunda doktrinde; 1. fıkroda belirtilen, borçlunun kısmi imkansızlığı öngörse idi karşılıklı edimler içeren bir sözleşmeyi hiç yapmayacak olması durumunda, 2. fıkroda düzenlenen alacaklının kısmi ifaya razı olması halinde, buna uymaya mecbur olup olmadığı sorusu ortaya atılmıştır⁴². Buna göre 2. fıkranın 1. fıkradan bağımsız olduğu kabul edilecek olursa, karşılıklı edimler içeren bir sözleşmede, kısmi imkansızlığı öngörseydi bu sözleşmeyi hiç yapmayacak olan borçlu, alacaklının kısmi ifaya razı olması halinde buna uymaya mecburdur. Ancak görüşe göre bu sonuç isabet-siz bir sonuçtur, daha isabetli görünen yorum şöyledir: karşılıklı edimler içeren bir sözleşmede, borçlunun kısmi imkansızlığı öngörmesi halinde kesinlikle bu sözleşmeyi yapmayacağı söylenebiliyorsa, alacaklı kısmi ifayı kabul ettiğini ve kendi edimini de aynı oranda ifa edeceğini bildirirse bile, tam imkansızlık hükümleri uygulanmalı ve tüm borç ilişkisi sona ermiş sayılmalıdır. Yani bu görüş, TBK m.137'nin 2. fıkrasını 1. fıkrası ile bağlantılı tutmamıştır⁴³. Diğer bir görüş ise edimin kısmen veya hiç ifa edilmemesinden en çok etkilenecek taraf olan alacaklı olduğundan, kısmi imkansızlık nedeni ile yapılacak olan kısmi ifa nedeniyle sözleşmenin amacının elde edilip edilemeyeceği belirlenirken, alacaklının menfaatinin dikkate alınması gerektiğinden 1. fıkranın 2. fıkrayla bağlantılı olarak yeniden düzenlenmesi gerektiğini savunmuştur⁴⁴.

Kanaatimizce; ikinci fıkranın uygulanabilmesi için, birinci fıkradaki şartın gerçekleşmemesi gerekmektedir. Yani borçlunun kısmi imkansızlığı öngörseydi sözleşmeyi yapmayacak olduğunun söylenebildiği durumlarda, alacaklının kısmi ifaya razı olması imkansızlığın kısmi imkansızlık olarak sonuç doğurmasına engel olmamalı ve edimin ifasının tamamen imkansızlaştığı kabul edilerek tam imkansızlık hükmü TBK m.136 uygulanmalıdır.

SONUÇ

TBK başlangıçtaki imkansızlığı sözleşmenin geçerli bir biçimde kurulmasına engel olan hallerden biri olarak kabul ederken, sonraki imkansızlığı bir ifa engeli olarak kabul etmektedir.

⁴¹ DURAL, a.g.e., s.181.

⁴² OĞUZMAN, ÖZ, a.g.e., s.578.

⁴³ OĞUZMAN, ÖZ, a.g.e., s.578, ŞENOL, a.g.e., s.335, GÜNDOĞDU, a.g.e., s.122.

⁴⁴ ŞENOL, a.g.e., s.335.

Kısmi imkansızlık tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, imkansızlaşan kısmın borcunun sona ermesi sonucunu doğurmaktadır. Alacaklı imkansızlaşmayan kısım ile yetinmek zorundadır. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ise alacaklının imkansızlaşmayan kısmı kabul etme zorunluluğu yoktur. Alacaklı kısmi ifaya razı olmadığı takdirde veya karşı edimin bölünemez olduğu halde tam imkansızlık hükmü uygulanacaktır. Ancak alacaklının razı olması halinde, karşı edim de o oranda ifa edilecektir. Burada satış bedelinin ayıplı ifadan dolayı indirilmesinde izlenen yöntem olan TBK m.227 esas alınmaktadır.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde kısmi ifanın alacaklının rızasına bırakılmış olması doktrinde yazarlarca eleştirilmekte ve buna ilaveten kanaatimizce de hakkaniyete uygun bulunmamaktadır. Zira borçlunun karşı ediminin para dışında bir şey olduğu hallerde, borçlunun karşı edime kısmen kavuşması her zaman kendisini tatmin etmeyebilir. Bu nedenle borçlunun kısmi ifada menfaati bulunuyorsa ikinci aşamada alacaklının kısmi ifayı elde etmekte menfaatinin bulunup bulunmadığına göre ayırım yapılmalıdır. Somut olayın özellikleri, tarafların sözleşmeyi kurdukları esnada iradelerinin hangi yönde olduğu ve sözleşmenin amacına bakılarak yapılacak olan değerlendirmede alacaklının kısmi ifada menfaatinin olduğu söylenebiliyorsa, alacaklı kısmi ifaya razı olmadığını belirterek kısmi imkansızlık hükmünün uygulanmasına engel olmamalıdır. Zira alacaklının kısmi ifayı reddetmesinde bir menfaati bulunmuyorsa, TMK m.2/f.2 uyarınca kısmi ifayı reddetme hakkının kötüye kullanılması teşkil eder.

KAYNAKÇA

- AKINTÜRK Turgut, ATEŞ Derya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri*, 25. Baskı, Beta, İstanbul, 2016.
- ARIKAN Mustafa, Eser Sözleşmesinde İfa İmkansızlığı ve Sonuçları, SÜHFD, C.16, S.2, 2008, s. 265-285.
- BAŞOĞLU Başak, “Borcun İfasındaki İmkansızlık”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s.307-346.
- BİLGİLİ Fatih, DEMİRKAPI Ertan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 9. Basım, Dora, Bursa, 2016.
- DURAL Mustafa, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976.
- ERCOŞKUN ŞENOL, H. Kübra, *Borçlar Hukukunda Kısmi İmkansızlık*, On İki Levha, İstanbul, 2016.
- EREN Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- GÜMÜŞ Mustafa Alper, “Kısmi İfa”, Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan, Beta, İstanbul, 2003, s.603-631.
- GÜNDOĞDU Fatih, *Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları*, 12 Levha, İstanbul, 2014.
- HATEMİ Hüseyin, GÖKYAYLA K. Emre, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- KARAHASAN Mustafa Reşit, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler Öğreti Yargıtay Kararları İlgili Mevzuat 2*, Beta, İstanbul, 2003.
- KURT L. Müjde, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- NOMER Haluk N., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Beta, İstanbul, 2018.
- OĞUZMAN Kemal, ÖZ Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt-1, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- REİSOĞLU Safa, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Bası, Beta, İstanbul, 2012.
- SEROZAN Rona, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- TURAN BAŞARA Gamze, “Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık Sebebiyle Borcun Sona Ermesi”, ÇUJL, C.20, S.1, 2010, s.1-22.
- UYGUR Turgut, *Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Genel Hükümler 2. Cilt*, 1990. karararama.yargitay.gov.tr.
www.kazancı.com.
www.lexpera.com.tr.



İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Kadınlar ve Gençler^(*)

Women and Youth in Terms of Occupational Health and Safety

Arş. Gör. Muhammed Enes YILDIZ^(**)

Öz

Çocuk ve genç işçiler ile kadınlar iş sağlığı ve güvenliği bakımından özel olarak korunması gereken kişilerdir. Çocuklar ve gençler tecrübesiz olmaları ve vücut gelişimlerinin henüz tamamlanmamış olması nedeniyle iş kazasına ve meslek hastalığına karşı korunması gereken grubun başında gelmektedir. Kadın işçiler de özellikle hamilelik sürecinde iş sağlığı ve güvenliği bakımından özel olarak korunması gerekenler arasında yer alır. Hukukumuzda İş Kanunu ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu başta olmak üzere iş hayatındaki kadınları ve gençleri koruma altına alan çok sayıda yasal düzenlemeye yer verilmiştir. Ancak günümüzde özellikle kadınlar için öngörülen bazı çalışma yasalarının eşitlik ilkesine aykırılığı illeri sürülebilir.

Anahtar Kelimeler

İş Sağlığı ve Güvenliği, Kadın İşçiler, Genç İşçiler, Çocuk İşçiler, Özel Politika Gerektiren Gruplar.

Abstract

Child and young workers and women are the people who need special protection in point of occupational health and safety. Children and young people are at the forefront of the group that needs to be protected against work accidents and occupational diseases because they are inexperienced and their physical development has not yet been completed. Women workers are also among those who need special protection in point of occupational health and safety, especially during pregnancy. In our law, there are many legal regulations that protect women and young people in working life, especially the Labor Law and the Occupational Health and Safety Law. However, it can be argued that some work bans, especially for women, are contrary to the principle of equality.

Keywords

Occupational Health and Safety, Women Workers, Young Workers, Child Workers, Groups Requiring Special Policy.

^(*) Araştırma Makalesi / [Makale Geliş Tarihi](#): 05.10.2022 - [Makale Kabul Tarihi](#): 11.11.2022
[DOI](#): 10.56701/shd.1184938

^(**) Yalova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Yalova - Türkiye
[E-posta](#): muhammed.yildiz@yalova.edu.tr
[Orcid No](#): <https://orcid.org/0000-0001-9803-8661>

GİRİŞ

Çalışma hayatında özellikle teknolojik gelişmelerle birlikte iş sağlığı ve güvenliğinin önemi her geçen gün daha iyi anlaşılmakta ve gün geçtikçe daha çok tartışılmaktadır. Ülkemizde iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin en temel kaynak 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'dur. (Kanun)¹. Bu Kanunda işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin tesis edilmesi ile mevcut sağlık ve güvenlik şartlarının iyileştirilmesi için işveren ve çalışanların görevleri, yetkileri ile sorumluluklarının yanında hak ve yükümlülükleri de düzenlenmektedir.

İşyerlerinde iş kazalarının meydana gelmesi veya işçilerin çeşitli meslek hastalıklarına yakalanmaları yalnızca yapılan işe veya işyerinin koşullarına bağlı değildir. Birçok iş kazasının gerçekleşme olasılığı, çalışanların kişisel özellikleri ile doğrudan veya dolaylı olarak artmakta veya azalmaktadır. Bazı işçilerin sahip oldukları birtakım objektif ve subjektif niteliklerden ötürü, diğer çalışanlara kıyasen iş kazasına uğrama ihtimali ve bu iş kazası neticesinde göreceği zararın boyutu daha yüksek olmaktadır. Bu nedenle bu kişilerin özellikle iş sağlığı ve güvenliği bakımından özel olarak korunması gerekmekte ve genel itibariyle bu gruba giren kişiler “çalışma yaşamında özel gruplar” veya “özel politika gerektiren gruplar” olarak ifade edilmektedir.

Çalışma hayatındaki özel politika gerektiren bu kişiler, başta kadınlar ve çocuklar olmak üzere, yaşlılar, yabancı işçiler ve engelli işçilerdir. Bu kişiler birtakım dezavantajlı özelliklerinden dolayı sürekli olarak veya özellikle bazı zaman dilimlerinde iş görme edimlerini yerine getirirken işyerindeki risklerden diğer çalışanlardan çok daha fazla olumsuz etkilenmektedir. Örneğin kadın çalışanların fiziki olarak genelde erkeklerden daha az bir güce sahip olması nedeniyle ve hamilelik halinde veya yeni doğum yapılmış olması durumunda özel olarak korunmaları gerekmektedir. Yine çocuk ve genç işçilerin tecrübelerindeki eksiklik ve vücut gelişimlerinin henüz tamamlanmamış olması, onları işyerlerindeki risklere karşı daha kırılgan hale getirebilmektedir.

Çalışmamızda özel politika gerektiren grup içerisinde sayılan kadın işçilerin yanında, çocukların ve genç işçilerin iş sağlığı ve güvenliği konusu üzerinde durulmuştur. Bu çalışanların taşıdıkları niteliklerden ötürü sahip oldukları dezavantajlara değinilmiş, ardından çalışma mevzuatında bu çalışanlar için öngörülen iş sağlığı ve güvenliği önlemleri açıklanmıştır.

¹ RG, 30.6.2012, 28339.

I. GENEL OLARAK İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ VE ÇALIŞMA YAŞAMINDA ÖZEL GRUPLAR

A. İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ

İş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması, iş hukuku açısından endüstrileşmiş ülkelerin en temel amaçlarından biri olmuştur. Hukukumuz açısından daha önceleri bu husus ‐işçi sağlığı ve iş güvenliği‐ olarak ele alınmış, yeni düzenlemelerde ise ‐iş sağlığı ve güvenliği‐ ifadesi kullanılmış ve yürürlükteki 6331 sayılı Kanunda da iş sağlığı ve güvenliği kavramı kullanılmıştır².

İş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması, işverenin gözetme borcunun kapsamı içinde yer alan en temel borçtur. İşveren, işçinin sağlığını, yaşamını ve beden bütünlüğünü işyeri tehlikelerine karşı korumakla yükümlüdür³. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na (TBK)⁴ göre işveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin tesisi için gerekli olan bütün önlemleri almakla yükümlüdür. Yine iş sağlığı ve güvenliğinin tesisi için gereken araç ve gereçler, işyerinde işverence eksiksiz bir şekilde hazır bulundurulmak zorundadır. Bununla birlikte işçiler de iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine riayet etmelidir (m. 417/2).

İş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma borcu kapsamında işverenin, işyeri hekimi ile iş güvenliği uzmanı istihdam etme, eğitim verme, bilgilendirme, sağlık gözetimi yapma, iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturma, çalışanların görüşlerini alma ve risk değerlendirmesi yapma yükümlülükleri bulunmaktadır⁵. Bu yükümlülüklerin, özellikle risk değerlendirmesi yapma yükümlülüğünün icrası esnasında salt işyerinden veya yapılan faaliyetten kaynaklanan risklerin değil, işçilerin sübjektif özelliklerinin de göz önünde bulundurulması gerekir. Zira işçilerin bireysel özelliklerinin o işyerinde tek başına bir risk faktörü oluşturabilmesi dahi ihtimal dahilindedir⁶.

İşverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma borcuna aykırı davranışından doğan sorumluluğunun hukuki niteliği hakkında öğretilerde bir görüş birliği bulunmamaktadır. Yine Yargıtay'ın bu husustaki görüşü yakın tarihte sabit bir istikamet de izleyememiştir. Öğretilerde kimi yazarlarca işverenin bu borca aykırılıktan doğan sorumluluğunun bir kusur sorumluluğu olduğu ifade edilmiş, kimi yazarlar tarafından ise işverenin sorumluluğunda kusur unsurunun varlığına ge-

² Erdem Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Dersleri (İstanbul Vedat Kitap, 2020), 5.

³ Sarper Süzek, İş Hukuku (İstanbul Beta Yayıncılık, 2020), 409.

⁴ RG, 11.1.2011, 27836.

⁵ Bkz. Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, 77 vd.

⁶ Çalışanların niteliklerinin doğurduğu risk faktörleri hakkında bkz. Zeliha Güler, ‐Özel Politika Gerektiren Grupların İş Yaşamındaki Sağlık ve Güvenlik Riskleri ile Kontrol Tedbirleri‐, *Çalışma Dünyası Dergisi*, 2 (2015) 118 vd.

rek olmadığı ileri sürülmüştür⁷. Yargıtay, 6098 sayılı Kanun'un yürürlüğünden önceki ve sonraki tarihlerde birbirinden farklı istikamette kararlara imza atmıştır. Ancak daha yeni tarihli kararlardan Yargıtay'ın, işverenin iş kazasından doğan sorumluluğunu bir kusur sorumluluğu olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır⁸.

İş sağlığı ve güvenliği önlemlerini yerine getirmeyen işverenin, bu önlemleri almaması nedeniyle bir işçinin iş kazasına maruz kalarak zarara uğraması halinde, maddi ve manevi tazminat sorumluluğu doğabilmektedir. Bu hukuki yaptırımların yanında, ihmali eylemlerinin bir suç teşkil etmesi durumunda ceza hukuku anlamında da sorumluluğu gündeme gelebilmektedir. Yine mevzuatta öngörülen idari para cezalarıyla da işverenin bu yükümlülüğüne riayet etmesi sağlanmaya çalışılmıştır. Bu açıdan meydana gelen bir iş kazası yalnızca işçi ile işveren arasında değil, işveren ve devlet arasında da birtakım sonuçlar doğurabilmektedir⁹.

B. ÇALIŞMA YAŞAMINDA ÖZEL GRUPLAR

Bireyler çalışma hayatında çok sayıda riske maruz kalmakta ve her an bir iş kazası gerçekleşme tehlikesi altında işlerini sürdürmektedirler. Bu tehlikenin en aza indirilmesi suretiyle çalışanların iş sağlığı ve güvenliğinin tesisi için Anayasa başta olmak üzere çeşitli kanunlarda ve diğer düzenleyici işlemlerde birtakım düzenlemelere yer vermiştir. Ayrıca iş hayatında bireysel özelliklerinden ötürü özel olarak korunması gereken çalışanlar da bulunmaktadır. Çalışma yaşamında özel gruplar olarak ifade edebileceğimiz bu kişiler için mevzuatta özel düzenlemelere yer verilmiştir.

89/391EEC sayılı AB direktifinde hassas risk grubunda sayılabilecek çalışanların kendilerine özgü tehlikelere karşı özel olarak korunmalarının gerektiği açık bir biçimde ifade edilmiştir (m. 15). Ancak direktifte hassas risk grubunun ne anlama geldiği hakkında bir tanıma ve hangi çalışanların bu gruba dahil olduğuna ilişkin bir sınırlamaya yer verilmemiştir.

Anayasada kişilerin yaşına, gücüne ve cinsiyetine uygun olmayan işlerde çalıştırılmayacağı açık bir şekilde ifade edilmiştir. Yine küçükler, kadınlar ve ruhi ve bedeni yetersizliği olanların çalışma koşulları açısından özel önlemler aracılığıyla korunacağına işaret edilmiştir (m. 50). 6331 sayılı Kanunda da işverenin, risk değerlendirmesi yaparken genç, yaşlı, engelli, gebe veya emziren çalışanlar gibi özel politika gerektiren gruplar ile kadın çalışanların durumunu gözetmesi gerektiği ifade edilmiştir (m.10/1-ç). Ayrıca Kanunun 30/1-a maddesi-

⁷ Nuri Çelik vd., İş Hukuku Dersleri (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021), 435 vd. Bkz. oradaki eserler; Süzek, İş Hukuku, 413 vd. Bkz. oradaki eserler.

⁸ Yargıtay HGK, K. 2013/386, (20 Mart 2013).

⁹ 6331 sayılı Kanuna ilişkin idari para cezalarının güncel tutarları hakkında bkz. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı (ÇSGB), (Erişim 6 Eylül 2022).

ne dayanılarak özel grupların korunması amacına hizmet etmek üzere çok sayıda yönetmelik de yürürlüğe girmiştir¹⁰.

Mevzuatımızda özel grupların tanımına yer verilmemiş, yalnızca özel olarak korunması gerekenlerin kimler olduğu örnekleme suretiyle sayılmıştır (İSGK m. 10/1-ç). Bu grubun sınırlayıcı bir biçimde sayılarak belirtilmemesiyle, ihtiyaç duyulması halinde farklı nitelikteki kişi gruplarının da buraya dahil edilebilmesine imkân tanınarak hükmün dinamizmi korunmuştur¹¹.

Çalışma yaşamında özel gruplar veya özel politika gerektiren gruplar, özellikle iş sağlığı ve güvenliği açısından özel olarak korunması gereken bazı çalışanları ifade eder. Bu işçiler, diğer işçilere kıyasen iş kazasına uğrama ihtimalleri daha yüksek olan ve içinde buldukları bu durumu değiştirebilecek güçte olmayan işçilerdir. Genelde diğer çalışanlara kıyasla daha dezavantajlı olan bu kişiler arasında, kadınlar, çocuk ve gençler, engelliler ve yaşlılar sayılabilir. Yine geçici yani güvencesiz işçiler de bu gruba dahil edilebilir¹².

II. İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ AÇISINDAN KADIN ÇALIŞANLAR

A. KADIN ÇALIŞANLAR VE KADIN ÇALIŞANLARA ÖZGÜ RİSKLER

Kadınlar da erkekler gibi sanayi devrimi ile birlikte işçi sınıfının tam anlamıyla oluşumu neticesinde fabrikalarda çalışmaya başlamışlardır. Bu zaman zarfında kızışan rekabet ortamında işyerleri için ucuz kadın emeğinin kullanılması cazip olmuştur. Yine yirminci yüzyılın ilk yarısında gerçekleşen savaşlar neticesinde kadınların istihdamdaki payı giderek artmıştır¹³.

Türkiye İstatistik Kurumu verilerine göre ülkemizde 2020 yılında 26.812.000 kadın çalışan istihdamda yer almıştır¹⁴. İş kazası ve meslek hastalığına ilişkin Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) verileri ele alındığında toplam 69.365 kadın çalışanın iş kazasına uğradığı, 184 kadının ise meslek hastalığına tutulduğu göze çarpmaktadır¹⁵.

Kadınlar, iş sağlığı ve güvenliği bakımından özel olarak korunması gerekenler arasında yer alır. İstatistik veriler incelendiğinde kadın çalışanların erkek çalışanlara kıyasen daha az iş kazası geçirdiği görülmektedir. Ancak yapılan araştırmalar neticesinde kadınların kol, boyun, omuz veya elleri etkileyen kas ve

¹⁰ Orhan Ersun Civan, "İş Sağlığı ve Güvenliğinde Özel Politika Gerektiren Gruplar", *Ankara Barosu Dergisi* 75/4 (2017), 207.

¹¹ Civan, "Özel Gruplar", 208.

¹² Özdemir, *İş Sağlığı ve Güvenliği*, 64; Civan, "Özel Gruplar", 208; Güler, "Özel Politika Gerektiren Gruplar", 119.

¹³ Mustafa Şen - Yusuf Erdem Tunç, "Türkiye'de Çalışma Yaşamında Özel Grupların İş Sağlığı ve Güvenliği Kapsamında Değerlendirilmesi", *HAK-İŞ Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi*, 6/16 (2017), 577.

¹⁴ Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK), (Erişim 1 Ekim 2022).

¹⁵ Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK), (Erişim 1 Ekim 2022).

iskelet bozukluklarının, enfeksiyon hastalıkları, baş ağrısı, göz yorgunluğu ve strese erkeklere kıyasen çok daha fazla oranda maruz kaldıkları ortaya koyulmuştur¹⁶. Yine hamile işçiler ile yakın zamanda doğum yapmış olan kadın işçilerin işyerlerindeki diğer işçilere göre fiziksel, kimyasal ve biyolojik risklere daha fazla maruz kaldığı ve bunlara karşı duyarlılıklarının da arttığı bilinmektedir¹⁷.

Kadın işçiler bakımından en mühim risk faktörü olan hamilelik ve yeni doğum yapmış olma durumlarının yanında kadın çalışanların erkeklere kıyasla daha kuvvetsiz olduğu ve vücut yapıları bakımından daha narin oldukları kabul edilmektedir¹⁸. Bu hâl kadın işçilerin daha az fiziksel güç gerektirecek işlerde çalışmaları yönünde bir eğilim yaratmaktadır. Ancak kadın işçilerin en çok istihdam edildiği iş alanlarında dahi kas ve iskelet sistemi sorunları gibi sağlık problemleri ortaya çıkabilmektedir. Yine kadınların en çok istihdam edildiği çağrı merkezlerinde müşterilerin nezaketsiz tutumları nedeniyle psikolojik rahatsızlıkların meydana gelebilmesi çok muhtemeldir¹⁹. İşyerindeki çalışmanın haricinde günümüzde dahi halen ne yazık ki ev işlerinin doğurduğu yükün eşler arasındaki paylaşımında kadınların yükü genelde daha ağır olmaktadır. Kadınlar tarafından işyerindeki yoğun çalışmanın ardından ev işlerinin yerine getirilmesi de üstlenildiğinde, bahse konu rahatsızlıklara davetiye çıkartılmaktadır²⁰.

TUİK'e göre kadın çalışanların işe bağlı başlıca sağlık sorunları arasında bacakları, ayakları, kalçayı, sırtı ve beli etkileyen kemik eklem ve kas sorunları yer almaktadır. Yine stres, anksiyete ve depresyon sorunları da kadın çalışanlar en yaygın hastalıkları arasında yer almaktadır²¹.

B. KADIN ÇALIŞANLARIN İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİNE İLİŞKİN ÖNLEMLER

6331 sayılı Kanunda, risk değerlendirmesi yapılması sürecinde gebe ve emziren çalışanlar başta olmak üzere kadın çalışanların durumunun gözetilmesi gerektiğini açık bir biçimde ifade edilmiştir (m. 10/1-ç). Yine İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği'nde²² de işverenler için öngörülen bu yükümlülük tekrar edilmiştir (m. 8/1-1).

Çalışanların İSG Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte²³ iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerinde gebe ve emziren işçilerin ve özel politika ge-

¹⁶ Şen-Tunç, "Özel Gruplar", 578; Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, 64.

¹⁷ Şen-Tunç, "Özel Gruplar", 578.

¹⁸ Civan, "Özel Gruplar", 212; Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, 64.

¹⁹ Civan, "Özel Gruplar", 213.

²⁰ Civan, "Özel Gruplar", 213.

²¹ Civan, "Özel Gruplar", 214.

²² RG. 29.12.2012, 28512.

²³ RG. 15.05.2013, 28648.

rektiren diğer çalışanların özellikleri dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir (m. 7/1). Ayrıca İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik'te²⁴ işyeri hekiminin hamile çalışanların sağlık kontrolünü en geç altı ayda bir kez olacak şekilde gerçekleştirmesi ve işyeri hekiminin uygun bulması durumunda bu sürenin daha da kısaltılması gerektiği ifade edilmiştir (m. 9).

Risk değerlendirmesi yapılması, iş sağlığı ve güvenliği eğitimleri verilmesi ve işyeri hekimi istihdam edilmesi yükümlülüklerinin yanında kadın çalışanların iş sağlığı ve güvenliği ile yakından ilgili olan bir kavram da bu işçilerin hangi işlerde ve hangi çalışma koşullarına göre çalışabilecekleridir. Zira bazı işler kadın ve özellikle gebe veya yakın bir tarihte doğum yapmış işçiler açısından iş sağlığı ve güvenliği riskleri doğurabilecektir. Yine her ne kadar işin kendisi doğrudan bu kadın çalışanlar için risk teşkil etmese de çalışma sürelerinin uzunluğu gibi birtakım unsurlar iş sağlığı ve güvenliği bakımından bir risk teşkil edebilecektir. Nitekim Kanunda kadın işçilerin yer veya su altında çalıştırılması yasaklanmıştır (İK m. 72).

Kadınların yer altında ve su altında yapılan işlerde çalıştırılmayacağına ilişkin yasağın kaynağı 1935 tarihli ILO'nun 45 sayılı Yeraltı İşleri Sözleşmesi'dir. Sözleşme'ye göre, kadınların yaşına bakılmaksızın maden ocaklarında yer altı işlerinde çalıştırılması mümkün değildir (m. 2). Sözleşme'de kadınların çalıştırılmayacağı alan yer altı maden işleri olarak belirgin bir şekilde sınırlandırılmışken, Kanun hükmü "*maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında*" yapılacak işlerin tamamı yasak kapsamında değerlendirilmeye müsait bir şekilde kaleme alınmıştır (İK m. 72). Bu durum, öğretide de ifade edildiği üzere, kadın işçilerin örneğin metroda vatman, güvenlik ya da temizlik görevlisi olarak çalışıp çalışamayacağını tartışılabilir hale getirmektedir²⁵. Ayrıca günümüzde salt kadın olması nedeniyle bir kişinin yer altında veya su altında çalıştırılmasının yasaklanması kanımızca doğru bir tutum değildir. Kanımızca yapılacak bir yasal düzenlemeyle işyeri hekiminin uygun görmesi halinde veya bir sağlık kurulundan alınacak rapor ile isteyen kadın işçilerin de bu işlerde çalıştırılabilmesi mümkün kılınmalıdır.

Mevzuatımızda eski uygulamalardan farklı olarak halihazırda kadın işçilerin gece veya çok tehlikeli işlerde çalıştırılmasını engelleyen bir düzenleme bulunmamaktadır. İş Kanununda on sekiz yaşını doldurmuş kadın işçilerin gece vardiyasında çalıştırılması ile ilgili esasların yönetmelik ile düzenleneceği ifade edilmiştir (m. 73/2). Bunun üzerine çıkarılan Kadın Çalışanların Gece Postala-

²⁴ RG. 20.07.2013, 28713.

²⁵ Nurşen Caniklioğlu, "4857 Sayılı Kanuna Göre Kadınların Hakları", *Kadın Hakları Ulusal Sempozyumu* (İstanbul: Yeni Yüzyıl Üniversitesi online erişime açık Bildiri Kitabı 2020), 1/35.

rında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik'e²⁶ göre kadın işçilerin gece vardiyasında çalıştırılmalarında mani bir hâl bulunmadığına ilişkin hekim raporu alınması şarttır (m. 7/1). İşyeri hekiminin kadın işçinin o işyerinde gece çalışması yapmasının onun sağlığı açısından uygun olduğuna ilişkin düzenleyeceği rapor kadın çalışanın gece postasında çalıştırılması için yeterli olacaktır. Bu açıdan kadınların gece postalarında çalıştırılmaları yasaklanmamış bu hususta işyeri hekiminin rolü oldukça artırılmıştır²⁷.

İş Kanununun 74. maddesinde ve Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik'te²⁸ gebe, yeni doğum yapmış ve emziren kadın işçiler bakımından önemli düzenlemelere yer verilmiştir. İş Kanununa göre kadın işçilerin doğumdan önce ve sonraki sekiz haftalık zaman diliminde çalıştırılmazlar²⁹. Çoğul gebelik halinde doğumdan önceki sekiz haftalık süreye iki hafta daha eklenir. Yine hamilelik süresince kadın işçiye periyodik sağlık kontrolleri için ücretli izin verilmesi şarttır. Ayrıca hekim raporu ile gerekli görüldüğünde hamile kadın işçi sağlığına uygun daha hafif işlerde çalıştırılmalıdır. Toplamda on altı haftalık analık izninin tamamlanmasının ardından kadın işçi dilerse altı aya kadar ücretsiz izin kullanma hakkına da sahiptir. Kanunda bu ücretsiz izin hakkının kullanımı için işverenin rızası aranmadığından işçinin talebi üzerine işveren ücretsiz izin hakkını kullanırdır³⁰. Yine doğumdan sonra çalışmaya dönen kadın işçinin bir yaşını doldurmamış bebeklerini emzirmeleri için günlük bir buçuk saat süt izni kullanma hakları bulunmaktadır. İşçi bu sürenin çalışma süresinin başında veya sonunda kullanmayı ve tek parça veya bölerek kullanmayı tek taraflı olarak belirleme hakkına da sahiptir. Ayrıca Kanun'da süt izni sürelerinin çalışma süreleri içerisinde sayıldığı açık bir biçimde belirtilmiştir (m. 74).

İş Kanunu'nda sadece kadın işçiye tanınan analık izni ve altı aya kadar ücretsiz iznin dışında ayrıca çocuğun bakımı ve büyütülmesi gayesiyle çocuğun yaşaması şartıyla kadın işçi veya üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçilere istekleri üzerine ilk doğumda altmış, ikincisinde yüz yirmi sonrakilerde ise yüz seksen gün boyunca haftalık çalışma süresinin yarısı oranında ücretsiz izin verilir. Çoğul doğumlarda ise bu süreler otuzar gün eklenir. Çocuğun engelli olması halinde ise bu süre her halükârda üç yüz altmış gün olarak uygulanacaktır (m. 74/2). Ayrıca Kanun'da bahsi geçen izinlerin bitimin-

²⁶ RG. 24.07.2013, 28717.

²⁷ Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, 68.

²⁸ RG. 16.08.2013, 28737.

²⁹ Kanunda bu sürelerin "analık izni" olarak adlandırıldığı ancak bu hâlin aslında bir izin değil, çalışma yasağı olduğu yönünde bkz. Caniklioğlu, "4857 Sayılı Kanuna Göre Kadınların Hakları", 1/38.

³⁰ Çelik vd., *İş Hukuku*, 867; Süzek, *İş Hukuku*, 868; Asiye Şahin Emir, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Analık*, (İstanbul: Adalet, 2019), 137; Yargıtay. 22. HD, K. 2017/125, (6.1.2017).

den itibaren zorunlu ilköğretim zamanının başladığı dönemi izleyen aya kadar anne veya babanın kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışma talebinde bulunması mümkündür. Bu hak da tıpkı diğer izinler gibi işverenin inisiyatifinde olmayan ve işçinin talebi üzerine kullandırılmak zorunda olan bir haktır. Bu nedenle işçi tarafından kısmi süreli çalışmaya geçme talebinde bulunulması geçerli bir fesih sebebi olarak görülemeyeceği gibi bu hakkın kullandırılmaması halinde işçi de iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir³¹.

Yönetmelik'te işçinin gebelik durumunu veya hali hazırda emziriyor olduğunu işverene bildirmesi gerektiği belirtilmiştir (m. 6/1). Ancak süt izni bakımından kadın işçinin bu zaman diliminde bebeği fiilen emziriyor olması gerekmez. Burada yapılacak bildirim konusu yalnızca bir yaşın altında sağ bir çocuğa sahip olunmasıdır. Yoksa işverenin emzirme olayını denetleme imkânı da bulunmamaktadır³². Bu bildirim alan işveren kadın işçinin çalışma koşullarını ve çalışma süresini değiştirmek için gereken önlemleri almakla yükümlüdür. Zira gebe veya emziren işçinin günlük yedi buçuk saatin üzerinde çalıştırılması da mümkün değildir (m. 9).

İşveren işyerindeki riskleri gebe veya emziren kadın açısından değerlendirmeli ve Yönetmelik ekinde belirtilen uygun önlemlere başvurmalıdır. Bu sayede bahse konu kadın işçi, kendisi ve bebeği için tehlikeli olabilecek fiziksel, kimyasal ve biyolojik etkenlerden korunabilecektir (m. 6/2). İşyerlerinde çalışma sürelerinin ve koşullarının uyarlanabilmesi her zaman mümkün olmayabilir. Bu halde işveren işçiyi farklı bir işe nakletmek için gereken önlemleri almalıdır. Hekim raporunda belirtilmesi halinde sağlığına uygun daha hafif bir iş verilmesi bunun da mümkün olmaması veya sağlığına zararlı olması halinde işçinin isteği üzerine ücretsiz izne çıkarılması sağlanmalıdır (m. 7/2-3). Kanımızca ücretsiz izne ilişkin düzenleme hamile kadın çalışanın korunması bakımından yersiz olmuştur. Burada yapılacak bir değişiklikte bu hususun kadın işçiye en azından ücretinin belirli bir kısmının ödeneceği bir biçimde düzenlenmesi daha hakkaniyetli olacaktır.

Doğrudan kadın çalışanların iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin önlemlerin yanında Yönetmelik'te ayrıca işyerinde yüzden fazla kadın çalışanın bulunması halinde emzirme odalarının kurulması, yüz elliden fazla kadın çalışanın olduğu işyerlerinde ise kreşlerin kurulması gerektiği öngörülmüştür (m. 13). Bu sayede kadın çalışanların çalışırken çocuklarının akıbeti hakkında bir kaygı duymamaları amaçlanmıştır. Kanımızca işverenler bakımından öngörülen bu yükümlülüğün sadece işyerindeki kadın çalışan sayısına göre belirlenmesi doğru olmamıştır.

³¹ Şahin Emir, *Analık*, 36; Süzek, *İş Hukuku*, 873; Çelik vd., *İş Hukuku*, 225.

³² Ebru Erener Yılmaz, "Türk İş Hukukunda Süt İzni", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 26/1 (Haziran 2020), 386.

Cinsiyet ayrımı gözetilmeksizin işyerindeki tüm çalışan sayısına göre böyle bir yükümlülüğün öngörülmüş olması daha doğru olacaktır³³.

III. İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ AÇISINDAN ÇOCUK VE GENÇ ÇALIŞANLAR

A. ÇOCUK VE GENÇ ÇALIŞANLAR VE BU GRUBA ÖZGÜ RİSKLER

Tıpkı kadın çalışanlar gibi çocuk ve genç çalışanların sayısı da sanayi devrimi ile birlikte oldukça artmıştır. Çalışma ortamında çocuk ve genç işçi sayısının giderek artması, bu çalışanların sağlıkları ve gelişimleri için mühim sorunları da beraberinde getirmiştir³⁴. Zira genç işçilere özgü risk faktörleri, işyerindeki tehlikelerden zarar görme ihtimallerini artırmaktadır. Ancak bazı işverenler özellikle ekonomik çıkarlarından dolayı çocuk işçiliğe yönelebilmektedirler³⁵. Bu işçiler, diğer işçilere kıyasen genelde fiziksel ve psikolojik gelişimleri henüz tamamlanmamış ve düşük bir deneyim veya beceri seviyesine sahip işçilerdir³⁶. Bu nedenle çocuk ve genç işçilerinin iş kazası ve meslek hastalıklarına karşı korunmaları büyük önem taşımaktadır³⁷.

Çocuk ve genç işçilerinin dezavantajlı özellikleri gereği İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Çocuk Hakları Bildirgesi, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı gibi önemli uluslararası belgelerde bu konuda düzenlemeler yapılmıştır. Uluslararası Çalışma Örgütüne göre 15-24 yaş aralığındaki çalışanlar genç işçi olarak kabul edilmekte, 15 yaşın altında olup çalışan işçileri ise çocuk işçi kabul etmektedir³⁸. 138 sayılı ILO Sözleşmesi'nde de asgari çalışma yaşının, zorunlu öğrenim yaşının tamamlanmasına ve her durumda 15 yaşın altında olmaması gerektiğine işaret edilmiştir (m. 2)³⁹. Çocuk ve genç işçi kavramının kapsamının belirlenmesine ve bu kapsamdakilerin korunmasına ilişkin düzenlemelerin genelinin amacı, fiziksel ve zihinsel gelişmelerini henüz tamamıyla bitirmemiş olan kişilerin gelişimleri için

³³ Burcu Savaş Kutsal, "İşverenin Kreş Açma Yükümlülüğü: Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Konu ile İlgili İki Farklı Kararının Düşündürdükleri", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (2019), 519; Erener Yılmaz, Süt İzni, 391.

³⁴ Adnan Tuğ - Ulaş Baysal, "İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması", *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan*, 2 (2011), 1870.

³⁵ Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, "Mevzuatımızda Çocuk ve Genç İşçilerin Çalışma Yaşamında Korunmasına İlişkin Düzenlemelere Genel Bir Bakış", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15/Özel Sayı (2013), 490.

³⁶ Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, 69.

³⁷ Civan, "Özel Gruplar", 225.

³⁸ Sevgi Işık Erol, "Nedenleri, Sonuçları ve Hukuki Düzenlemeleriyle Türkiye'de Çocuk İşçiliği", *Çimento İşveren Dergisi* 29/5 (Eylül 2015), 21; International Labour Organization (ILO), "Genç İstihdamı", (Erişim 5 Ekim 2022).

³⁹ (ILO), "Asgari Yaş Sözleşmesi", (Erişim 5 Ekim 2022).

elzem olan aile, okul ve oyun alanları gibi ortamlar yerine ağır çalışma koşulları altında ezilmelerinin önlenmesinin sağlanmasıdır⁴⁰.

İş hukuku mevzuatımızda çocuk ve genç işçiler için farklı yaş aralıkları belirlenmiştir. İş Kanununun 71. maddesine ve ilgili Yönetmelikte on beş yaşını tamamlayan ancak on sekiz yaşını tamamlamamış olanlar genç işçi olarak belirlenmiştir. Yine on dört yaşını tamamlamış olmasına rağmen on beş yaşını doldurmamış olan ve zorunlu ilköğretimini bitirmiş olan kişiler ise çocuk işçi olarak ifade edilmiştir (Yön m. 4). 6331 sayılı Kanunda da genç çalışan kavramı İş Kanununda olduğu gibi tanımlanmıştır. Her ne kadar kural olarak mevzuatımızda çalışma yaşının on beş yaşını tamamlanması olarak kabul edilse de on dört yaşını doldurmamış çocukların bazı faaliyetlerde belirli koşullar altında çalıştırılabilmesi sağlanmıştır. ILO'dan farklı olarak İş Kanununda genç işçilik 15-24 yaş arası değil, 15-18 yaş arası olarak belirlenmiştir. Ancak çocuk ve genç işçiliğin özel olarak korunması gereken grup içerisinde yer almasının nedeni onların reşit sayılıp sayılmadığı gerekçesine değil, fiziksel ve psikolojik gelişim durumlarına dayanmaktadır. Bu nedenle ILO metinlerinde olduğu gibi genç işçi kavramının 15-24 yaş olarak ele alınması daha isabetli olacaktır⁴¹.

B. ÇOCUK VE GENÇ ÇALIŞANLARIN İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİNE İLİŞKİN ÖNLEMLER

Mevzuatımızda çocuk ve genç işçilerin iş sağlığı ve güvenliği bakımından özel olarak korunmasına ilişkin en temel düzenlemeler Anayasada yer almaktadır. Bu hükme göre kimse yaşına ve kuvvetine uygun olmayan işlerde çalıştırılmaz (m. 50). Yine kanun önünde eşitlik ilkesinin düzenlenmiş olduğu 10. maddede de çocukların korunması adına alınacak önlemlerin eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiğinin ileri sürülmesinin önüne geçilmiş, çocuklar bakımından pozitif ayrımcılığa izin verilmiştir.

Çalışma mevzuatında, Anayasa'da öngörüldüğü üzere çocuk ve genç işçilere ilişkin çok sayıda özel düzenlemeye yer verilmiştir. Çocuk ve genç işçilerin korunması ile ilgili bu düzenlemelerde bulunan önlemler genel itibariyle çalışma ve dinlenme sürelerine ilişkin özel düzenlemeler yapılması, bu kişilerin belirli birtakım işlerde çalışmamaları, sağlık raporu alınması ve niteliklerine uygun işte çalıştırılmasının sağlanmasına ilişkindir⁴².

⁴⁰ Barış Şahin, *Çocuk İşçilerin Korunması* (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2010), 24; İftar Urhanoğlu Cengiz, "4857 Sayılı İş Kanununa Göre Çocuk ve Gençlerin İş Sözleşmesi Ehliyetlerinin Sınırlanmasına Yönelik Düzenlemeler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 98 (2012), 212.

⁴¹ Genç işçi tanımının kapsamının uluslararası metinlere uygun biçimde 15-24 yaş olarak ele alınmasının daha uygun olacağı görüşü hakkında bkz. M. Engin Sanal, "Küresel Ekonomik Kriz ile Dünyada ve Türkiye'de Artan Genç İşsizliği", *Toprak İşveren Dergisi* 88, (2010), 6; Civan, "Özel Gruplar", 227.

⁴² Küçüklerin çalıştırılmasına ilişkin yasaklar hakkında bkz. Ercüment Özkaraca - Canan Ünal, "Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak ve Sınırlamalar ile Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu", *Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 20/1 (2014), 355 vd.

Çocuk ve genç çalışanlara ilişkin ilk iş sağlığı ve güvenliği önlemi aslında İş Kanununun 71. maddesinde ve ilgili Yönetmelik'te düzenlenen çalışma yaşına ilişkin sınırlamalardır. Buna göre on beş yaşını doldurmamış kişiler kural olarak bir iş sözleşmesi ile çalıştırılmazlar. Ancak aynı hükümde on dört yaşını tamamlamış ve ilköğretim eğitimini bitirmiş çocukların zihinsel, fiziksel, sosyal ve ahlaki gelişimlerine ve okula devam eden çocukların okuluna engel olmayacak ağır olmayan nitelikteki işlerde istihdam edilebileceği ifade edilmiştir. Kanun koyucu on dört yaşını dolduranlar bakımından bu kişilerin çalışma koşullarında ve çalışabileceği alanlarda birtakım sınırlamalar yaparak istisnai bir biçimde çalışmalarına olanak tanımıştır⁴³.

İş sağlığı ve güvenliği açısından çocuk ve genç işçilerin çalışma yaşına ve çalışma şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi isabetlidir. Ancak çalışma yaşına ilişkin sınırlamaların TBK veya İSGK yerine özel kanun niteliğindeki İş Kanunu'nda öngörülmüş olması isabetli olmamıştır. Zira bu halde İş Kanunu'na tabi olmayan iş ilişkilerinde bu yaş sınırlamalarına uyulmaksızın iş ilişkilerinin kurulabileceği yönünde bir yoruma fırsat verilmektedir. Ancak kanımızca yaş şartına ilişkin bu sınırlamalar mevcut durumda dahi sadece İş Kanunu kapsamındaki ilişkilere değil tüm iş ilişkileri bakımından uygulanması gerekir.

İş Kanunu'nda çocuk ve genç işçilerin çalışma şartları bakımından getirilen temel sınırlamalar arasında bu kişilerin hiçbir şekilde çalıştırılmayacağı işler ve zamanlar bulunmaktadır. Buna göre maden ocağı, kablo döşeme, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılması gereken işlerde on sekiz yaşını tamamlamamış erkek ve her yaşta kadınların çalıştırılması yasaktır (m. 72). Kanun koyucu on sekiz yaşını tamamlamamış kişilerin çalışamayacağı işleri tek tek sayma yoluyla değil örnekleme yoluyla belirtmiştir. Bu nedenle yalnızca hükümde sayılan değil, yer ve su altında yapılan işlerin tamamı yasak kapsamında değerlendirilmelidir⁴⁴. Ayrıca çocuk ve genç işçilerin gece çalıştırılması yasaklanmıştır.

Çocuk ve genç işçilerin daha spesifik olarak hangi işlerde istihdam edilebileceği ilgili Yönetmelik'te düzenlenmiştir. Yönetmelik'in tanımlar başlıklı 4. maddesine göre hafif iş; yapısı, niteliği ve icrası sırasındaki özel koşullara göre çocukların gelişimlerine veya sağlık ve güvenliklerine zararlı etki ihtimali taşımayan, okula devama ve mesleki eğitime mâni olmayan işler olarak tanımlanmıştır. Ayrıca çocukların Yönetmelik'in bir numaralı ekinde, genç işçilerin bir ve iki numaralı ekinde ve on altı yaşını doldurmuş ancak on sekiz yaşını doldurmamış genç işçilerin ise bir, iki ve üç numaralı ekinde öngörülen işler dışındaki herhangi bir işte çalıştırılmayacağı açık bir biçimde ifade edilmiştir (m. 5/3).

⁴³ Çocuk ve genç işçilerin iş sözleşmesi yapma ehliyeti hakkında bkz. Urhanoğlu Cengiz, Ehliyet, 209 vd.

⁴⁴ Tuğ-Baysal, "Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması", 1876; Civan, "Özel Gruplar", 232.

Çocuk veya genç işçiler yaşına uygun ek listedeki faaliyetlerde olsa dahi bağımlılığa yol açan maddelerin üretimine ilişkin, tehlikeli maddelerin bulunduğu, gürültünün yüksek olduğu, aşırı sıcağa veya soğuğa maruz kalınan işyerleri gibi çok sayıda işyerinde çalıştırılmaları mümkün değildir (Yön m. 5/6).

Çocuk ve genç işçilerin Kanun'daki ve Yönetmelik'teki yasaklara aykırı bir biçimde iş sözleşmesi ile çalıştırılması halinde yapılan iş sözleşmesi geçersiz sayılacaktır. Ancak TBK m. 394/3'ün amaca uygun yorumu neticesinde iş sözleşmelerinin geçersizliği geçmişe etkili olmayacak, geçersizliğin tespiti anından sonraya etkili olacak sonuç doğuracaktır. Zira aksi durumun kabulüyle borçlar hukuku anlamındaki geçersizliğin kabul edilmesi işçinin aleyhine sonuçlar doğuracak, yasağa aykırı davranan işverenin ise ödüllendirilmesi anlamına gelecektir⁴⁵.

İş Kanunu'nda çocuk ve genç işçilerin günlük ve haftalık çalışma sürelerini sınırlandıran düzenlemelere de yer verilmiştir. Buna göre zorunlu ilköğretim dönemini bitirmiş ve örgün eğitimini sürdürmeyen çocukların çalışma süresi günde yedi, haftada ise otuz beş saati aşamaz. Sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde ise çocuk işçinin günde beş ve haftada otuz saatten fazla çalıştırılabilmesi mümkün değildir. Çalışma süresinin on beş yaşını tamamlamış olan genç işçiler için günde sekiz ve haftada kırk saate kadar çıkarılabilmesi mümkündür. Okul öncesi çocuklar ile okula devam eden çocukların eğitim dönemlerindeki çalışmaları ise okul saatleri dışında kalmak şartıyla en fazla günde iki saat haftada ise on saat olacaktır (m. 71/4-5).

Çocuk ve genç işçilerin salt Kanun'daki yaş kriterlerine uygun işlerde ve uygun sürelerle çalışmaları iş sağlığı ve güvenliğinin tesisi için yeterli değildir. Mevzuatımızda özel politika gerektiren bu alan hakkında çok sayıda iş sağlığı ve güvenliği önlemine yer verilmiştir. Kadın çalışanlar bakımından da ifade edildiği üzere 6331 sayılı Kanun'a göre işyerinde risk değerlendirmesi yapılırken çocuk ve genç işçilerin özel olarak dikkate alınması gerekmektedir (10/1-ç). Risk Değerlendirmesi Yönetmeliğinde de aynı hususa işaret edilmiştir (m.8/1-ı).

Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te de işverenlerin, çocuk ve genç işçilerin deneyim noksanlığı, işyerinde halihazırda bulunan veya sonradan ortaya çıkabilecek riskler hakkında bilgisiz olmaları veya gelişimlerini tamamlamamış olmaları nedeniyle gelişimlerini, sağlık ve güvenliklerini tehlikeye atabilecek her türlü riske karşı korunmalarını sağlamaları gerektiğine işaret edilmiştir (m. 5/3). Bu hüküm gereği risk değerlendirmesi sırasında işçilerin yaşı itibarıyla taşıdıkları özellikler göz önünde bulundurulacak ha-

⁴⁵ Özkaraca - Ünal, "Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak ve Sınırlamalar ile Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu", 401 vd.; Süzek, *İş Hukuku*, 332 vd.; Çelik vd., *İş Hukuku*, 308; Civan, "Özel Gruplar", 234; Urhanoglu Cengiz, Ehliyet, 223.

reked edilmesi gerekmektedir⁴⁶. Bu açıdan özellikle işe yeni başlamış, az tecrübeli çocuk ve genç işçilerin iş kazasına maruz kalma ihtimalleri daha yüksek olacaktır. Bu nedenle risk değerlendirilmesinin ardından işçiye işyerinin gezdirilerek tanıtılması, tehlike unsurlarının gösterilmesi ve risklerin sade ve basit bir biçimde anlatılması isabetli olacaktır⁴⁷.

Yönetmelik'e göre işveren, çocuk veya genç işçinin velisine veya vasisine çalışılacak iş, karşılaşılabilecek riskler ve alınan önlemler hakkında da bilgi vermekle yükümlüdür (m. 12/1). Kanımızca bilgilendirme yükümlülüğünün yalnızca veliye karşı olması isabetsiz olmuştur. Burada olması gereken, ayırt etme gücüne sahip küçüğün de bilgilendirme yükümlülüğüne muhatap kılınmasıdır. Bu sayede iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili risklerle kendisi muhatap olacak ayırt etme gücüne sahip işçinin doğrudan bilgilendirilmesi daha mümkün olacaktır. Yine Yönetmelik'te Bakanlık'ın çocuk ve gençlerle ilgili konularda ailelerin, sendikaların ve işverenlerin bilgilendirilmesi amacıyla eğitim programları düzenlemesi gerektiği de öngörülmüştür (m. 14).

İş sağlığı ve güvenliği eğitimlerine ilişkin Yönetmelik'te işyerlerinde genç çalışanların özellikleri dikkate alınarak eğitimlerin verilmesi gerektiği belirtilmiştir (m. 7/1). Bu düzenleme gereği işveren, henüz işe başlamadan önce çocuk ve genç işçilerin niteliklerine uygun iş başı eğitimlerini almalarını sağlamalıdır (m. 13). Ancak eğitimlerin sıklığı hakkında özel bir düzenlemeye yer verilmediğinden, işveren tıpkı diğer işçiler gibi çocuk ve genç işçilerin de işyerinin girdiği tehlike sınıfına göre en geç bir ile üç yıllık aralıklarla eğitime tabi tutulmalarını sağlayacaktır (m. 6/4).

İlgili Yönetmelik'te çocuk ve genç çalışanlar için azami altı ayda bir periyodik sağlık muayenesi yapılması gerektiği ve bu kişilerin uygun işlere yerleştirilebilmeleri için hekimlerin rapor düzenlemesi gerektiği ifade edilmiştir (m. 9/2-c).

Çocuk ve genç işçilerin çalıştırılmasına ilişkin bir sınırlama da işyerinden veya işin özelliğinden kaynaklanmayan ancak doğrudan işverenden kaynaklanan sebeplerle düzenlenmiştir. İlgili Yönetmelik'e göre çocuklara karşı suçlardan hüküm giyen ve yüz kızartıcı suçlardan hüküm giyen işveren ve işveren vekilleri, çocuk ve genç işçi çalıştıramaz (m. 11). Düzenlemenin kanunla değil yönetmelikle getirilmiş olması yerinde olmamıştır. Ancak getirilen düzenleme içerik bakımından yerinde bir düzenlemedir⁴⁸.

⁴⁶ Şahin, *Çocuk İşçiler*, 183.

⁴⁷ Civan, "Özel Gruplar", 235; Health and Safety Executive (HSE), "New to the Job Health and Safety", (Erişim 14 Eylül 2022).

⁴⁸ Bozkurt Gümrükçüoğlu, "Çocuk ve Genç İşçiler", 523.

SONUÇ

İşyerlerinde iş kazalarının meydana gelmesi ve işçilerin çeşitli meslek hastalıklarına yakalanmalarında çalışanların kişisel özellikleri çoğu zaman etkili olmaktadır. Bazı işçilerin diğerlerine kıyasen işlerinde buldukları durumu değiştirecek güçte olmamaları nedeniyle iş kazasına uğrama ihtimali daha yüksektir. Bu nedenle bu kişilerin özellikle iş sağlığı ve güvenliği bakımından özel olarak korunması gerekmektedir ve genel itibarıyla bu gruba giren kişiler “çalışma yaşamında özel gruplar” veya “özel politika gerektiren gruplar” olarak ifade edilmektedir. Kadın çalışanlarla çocuk ve genç çalışanlar da özel olarak korunması gereken gruplar arasındadır.

Mevzuatta kadın çalışanların bazı işlerde çalışması tamamen yasaklanmıştır. Yine gece saatlerinde çalışabilmeleri için işyeri hekiminin uygun görmesi şartı öngörülmüştür. Hamilelik dönemlerinde ve emzirme sürecinde ise çalışma saatlerine ve koşullarına ilişkin Kanun’da ve yönetmeliklerde özel düzenlemelere yer verilmiştir. Kanımızca kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu işlere ilişkin mutlak yasak ortadan kaldırılmalı, sağlığı açısından uygun görülen tüm işlerde kadın işçiler çalışabilmelidir. Bu açıdan yer ve su altında yapılan işlerde kadınların çalıştırılmayacağına ilişkin kuralın doğru olmadığını kabul etmek gerekir.

İlgili Yönetmelik’te gebe çalışanın yaptığı işin sağlığına uygun olmaması halinde çalışma koşullarının değiştirileceği, mümkünse ona başka bir iş verileceği o da mümkün değilse işçinin de isteği üzerine ücretsiz izne çıkarılabileceği öngörülmüştür. Kanımızca böyle bir durumda kadın işçi için ücretsiz değil, ücretli bir izin hakkı öngörülmelidir. Bu sayede kadın işçinin gebelik dönemini ekonomik sıkıntılardan uzak ve stressiz bir şekilde geçirebilmesine yardımcı olunabilecektir.

Çocuk ve genç işçi kavramı mevzuatımızda ILO’dan farklı olarak on sekiz yaşından küçükler için kullanılmaktadır. ILO’ya göre ise genç çalışanlar on beş ile yirmi dört yaş arasındaki çalışanlardır. Kanımızca mevzuatımızda da genç çalışan yaşı on sekiz ile sınırlandırılmamalı bu yaş sınırı en az yirmi dörde çekilmelidir. Zira bu kişiler her ne kadar on sekiz yaşından büyük olsa da henüz fiziksel ve psikolojik gelişimlerini tam olarak tamamlanmamıştır. Yine tecrübe eksikliklerinden dolayı da işyerlerinde iş kazasına uğramaları diğer işçilere göre çok daha olasıdır.

Kanun ve ilgili yönetmeliklerde çocuk ve genç işçilerin çalışma koşullarına ve çalışma alanlarına ilişkin çok sayıda sınırlamaya yer verilmiştir. Ancak çalışma yaşına ilişkin sınırlamaların TBK veya Kanun yerine özel kanun niteliğindeki İş Kanunu’nda öngörülmüş olması isabetsiz olmuştur. Yaş ile ilgili sınırlamaların İş Kanunu’nda öngörülmesi aksi yönde yoruma fırsat veremekteyse de yalnızca bu Kanun kapsamındaki iş ilişkilerini değil, iş ilişkilerinin tamamını kapsayacak şekilde yorumlanmalıdır.

KAYNAKÇA

- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Y. “Mevzuatımızda Çocuk ve Genç İşçilerin Çalışma Yaşamında Korunmasına İlişkin Düzenlemelere Genel Bir Bakış”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15/Özel Sayı (2013), 481-546.
- Caniklioğlu, N. “4857 Sayılı Kanuna Göre Kadınların Hakları”, *Kadın Hakları Ulusal Sempozyumu* 1/30-91. (İstanbul: Yeni Yüzyıl Üniversitesi online erişime açık Bildiri Kitabı 2020).
- Civan, O. E. “İş Sağlığı ve Güvenliğinde Özel Politika Gerektiren Gruplar”, *Ankara Barosu Dergisi* 75/4 (2017), 203-290. <https://doi.org/10.30915/abd.463970>.
- Çelik, N. vd. İş Hukuku Dersleri. İstanbul: Beta, 34. Baskı, 2021.
- Erener Yılmaz, E. “Türk İş hukukunda Süt İzni”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 26/1 (Haziran 2020), 392-399. <https://doi.org/10.33433/maruhad.716525>.
- Güler, Z. “Özel Politika Gerektiren Grupların İş Yaşamındaki Sağlık ve Güvenlik Riskleri ile Kontrol Tedbirleri”, *Çalışma Dünyası Dergisi*, 2 (2015), 117-134.
- İşık Erol, S. “Nedenleri, Sonuçları ve Hukuki Düzenlemeleriyle Türkiye’de Çocuk İşçiliği”, *Çimento İşveren Dergisi* 29/5 (Eylül 2015), 18-35.
- Özdemir, E. İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Dersleri. İstanbul: Vedat Kitap, 1. Baskı, 2020.
- Özkaraca, E. - Ünal, C. “Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak ve Sınırlamalar ile Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu”, *Prof. Dr. Ali Rıza Okur’ a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 20/1 (2014), 355-410. <https://doi.org/10.33433/maruhad.559973>.
- Sanal, M. E. “Küresel Ekonomik Kriz ile Dünyada ve Türkiye’de Artan Genç İşsizliği”, *Toprak İşveren Dergisi* 88, (2010), 1-11.
- Savaş Kutsal, B. “İşverenin Kreş Açma Yükümlülüğü: Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin Konu ile İlgili İki Farklı Kararının Düşündürdükleri”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2 (2019), 507-536.
- Süzek, S. İş Hukuku, İstanbul: Beta Yayıncılık, 20. Baskı, 2020.
- Şahin Emir, A. İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Analık, İstanbul: Adalet, 1. Baskı, 2019.
- Şahin, B. Çocuk İşçilerin Korunması, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2010.
- Şen, M. - Tunç, Y. E. “Türkiye’de Çalışma Yaşamında Özel Grupların İş Sağlığı ve Güvenliği Kapsamında Değerlendirilmesi”, *HAK-İŞ Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi*, 6/16 (2017), 568-596.
- Tuğ, A. - Baysal, U. “İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması”, *Prof. Dr. Sarp Süzek’e Armağan*, 2 (2011).
- Urhanoglu Cengiz, İ. “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Çocuk ve Gençlerin İş Sözleşmesi Ehliyetlerinin Sınırlandırılmasına Yönelik Düzenlemeler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 98 (2012), 203-230.

İnternet Kaynakları

ÇSGB, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı. Erişim 6 Eylül 2022. <https://www.csgb.gov.tr/para-cezalari/idari-para-cezalari/>.

HSE, Health and Safety Executive. “New to the Job Health and Safety”. (Erişim 14 Eylül 2022). <https://www.hse.gov.uk/vulnerable-workers/new-to-the-job.htm>.

ILO, International Labour Organization. “Asgari Yaş Sözleşmesi”. (Erişim 5 Ekim 2022). https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377287/lang--tr/index.htm.

ILO, International Labour Organization. “Genç İstihdamı”. (Erişim 5.Ekim 2022). <https://www.ilo.org/ankara/areas-of-work/youth-employment/lang--tr/index.htm>.

SGK, Sosyal Güvenlik Kurumu. (Erişim 1 Ekim 2022). <https://www.sgk.gov.tr/>.

TUIK, Türkiye İstatistik Kurumu. (Erişim 1 Ekim 2022). <https://www.tuik.gov.tr/>.

KAMU HUKUKU



Liberal Demokrasinin Meşruiyet Krizine Bir Çözüm Önerisi Olarak Akışkan Demokrasi: Değeri ve Ulusal Ölçekte Uygulanabilirliği^(*)

*Liquid Democracy as a Solution to the Legitimacy Crisis of
Liberal Democracy: Its Value and Applicability at the
National Scale*

Dr. Öğr. Üyesi A. Ersin BAYRA^(**)

Öz

Demokrasi, kökenleri M.Ö. V. yüzyıla dayanan bir kavramdır. Ancak içeriğine yönelik tartışmalar güncelliğini korumaktadır. Bu kapsamda Antik Yunan'da uygulanan demokrasi ile günümüzde hâkim olan liberal demokrasi yaklaşımı arasında büyük farklar bulunmaktadır. Bunlardan en belirgin olanı çağımızda doğrudan demokrasi uygulamalarının oldukça sınırlı kalması ve temsili demokrasinin yaygınlık kazanmasıdır. Bu büyük ayrışma demokrasinin hem kavramsal sınırlarının tam olarak çizilemediğini hem de hala değişme potansiyeline sahip olduğunu göstermektedir. Öyle ki seçimlere olan ilginin azalması liberal demokrasinin meşruiyet krizine dair tartışmaları artırmaktadır. Bu noktada XXI. yüzyılda Korsan Parti hareketi ile gündeme gelen akışkan demokrasi modelinin liberal demokrasinin krizine çare olacağı savunulmaktadır. Zira bu yeni demokrasi tipi vatandaşlara demokratik süreçlere sadece temsilciler aracılığı ile değil, doğrudan katılım imkânı da sunmaktadır. Diğer taraftan oyların geçişliliği ya da herhangi bir seçim dönemi beklenmeksizin geri çekilebilmesi gibi özellikleri ile aktif bir siyasal yaşam vaat etmektedir. Ancak içinde kendine özgü riskleri de barındırmaktadır. Bu doğrultuda çalışmada akışkan demokrasi teorisinin genel çerçevesi ve ulusal ölçekte liberal demokrasinin meşruiyet krizine çözüm olup olamayacağı sorusu tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Delege Demokrasisi, Korsan Parti, Likid Demokrasi, Meşruiyet Krizi, Temsili Demokrasi.

^(*) Araştırma Makalesi / [Makale Geliş Tarihi](#): 31.10.2022 - [Makale Kabul Tarihi](#): 27.11.2022
[DOI](#): 10.56701/shd.1197279

^(**) İstanbul Medipol Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye
[E-posta](#): aebayra@medipol.edu.tr
[Orcid No](#): <https://orcid.org/0000-0002-3391-6707>

Abstract

Democracy is a concept that dates back to the fifth century BC. Nevertheless the arguments over its ideas are still relevant today. The democratic practices of Ancient Greece and the liberal democratic approach differ significantly in this regard. The most obvious of these is how little direct democracy is practiced now and representational democracy has become widespread. This demonstrates that democracy's conceptual limits have not yet been fully defined and has the possibility to alter. The decrease in the interest in the elections increases the discussions about the legitimacy crisis of liberal democracy. The liquid democracy model, which gained popularity with Pirate Party, will provide a remedy for this dilemma. Because it allows citizens to participate in democratic processes not only through representatives but also directly. With features like transitivity of votes or withdrawal without waiting for an election, on the other hand, it offers a political life that is dynamic. Nevertheless, despite all positive features, liquid democracy strips politics of its moral foundations and reduces it to daily life. However, it also carries its own risks. In this regard, idea of liquid democracy and whether may provide a remedy for the legitimacy issue on a national level will be discussed.

Keywords

Direct Democracy, Legitimacy Crisis, Liberal Democracy, Liquid Democracy, Representative Democracy.

GİRİŞ

Bugün dünyada yönetim biçimi ne olursa olsun kendisini demokratik olarak tanımlamayan az sayıda devlet bulunmaktadır. Öyle ki günümüzde demokratik sıfatı -hukuki terminolojideki tanımı göz ardı edilerek- devletin yönetim biçiminin modern sistemin değerleri ile uyum içinde olduğunu belirtmek amacıyla kullanılmaktadır. Nitekim anayasalarında; komünizm vurgusu bulunan hatta halkını kapitalizme karşı çıkmak için eğiteceğini beyan eden Çin de, sosyalist bir devlet olduğu yazan Kuzey Kore de kendisini demokratik halk cumhuriyeti olarak tanımlamaktadır. Aslına bakılırsa bu, insanlık tarihinde alışılmadık bir durumdur. Nitekim tarihte uzunca bir süre -Antik Yunan ve Roma Cumhuriyeti dışında- demokrasinin örneği olmamıştır.¹ Diğer taraftan tarih boyunca muhtelif zaman ve coğrafyalarda demokrasiden anlaşılan hep farklı olmuştur. Nitekim demokrasi üzerindeki tartışmalar yaklaşık iki bin beş yüz yıldır sürmektedir. Çalışmamızın esasını oluşturan akışkan demokrasi teorisi de bu tartışmalar üzerine inşa edilmiştir.

Bu nedenle oldukça karmaşık bir içeriği bulunan akışkan demokrasinin anlaşılabilmesi adına demokrasi kavramının gelişim sürecini irdelemek gerekmektedir. Bu kapsamda çalışmada demokrasinin gelişme süreci Antik Yunan, Roma, modern demokrasi olarak üç aşamada incelenecek ve ardından akışkan demokrasi konusu ele alınacaktır. Antik Yunan'da M.Ö. VI. yüzyıldan itibaren demokrasi adlı bir yönetim biçiminin temellerinin atılmaya başlandığı bilinmektedir. Ancak

¹ Anthony Giddens, *Sosyoloji Kısa Fakat Eleştirel Bir Giriş*, çev. Ülgen Yıldız Battal (Ankara: Siyasal Kitabevi, 2010), 14; Anthony Giddens, *Ulus Devlet ve Şiddet* (İstanbul: Kalkedon Yayınları, 2008), 225.

Antik Yunan uygulamasından bir hayli farklı olmasına karşın Roma Cumhuriyeti içinde de demokratik unsurlar bulunmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri başkanı Abraham Lincoln ve ünlü Fransız yazar Alexis de Tocqueville ise Amerika'daki sistemi demokrasi olarak tanımlamaktadır. Yaklaşık yirmi beş asır sonra XXI. yüzyıla gelindiğinde ise birçok devletin -farklı siyasal sistemlere ve hükümet biçimlerine sahip olsalar da- demokratik olduğu düşünülmektedir.²

Bu durum demokrasi kavramının sınırlarının tam olarak çizilmediği ya da çizilemediğini göstermektedir. Elbette Aydınlanma felsefesi altında yeşeren demokrasi düşüncesi, iki bin beş yüz yıl öncesine göre bir hayli değişmiştir.³ Örneğin çağımızda doğrudan demokrasinin uygulanması oldukça sınırlıdır, hatta temsili demokrasilerde seçimlere katılım oranlarında dahi büyük düşüş yaşanmaktadır. Tabi ki bu sadece halkın siyasete olan ilgisizliğinden değil, siyasilere duyulan güvensizlikten de kaynaklanmaktadır.⁴ Ancak temsili demokrasiyi daha da ileriye taşıyabilmek için evvela onun bazı sorunlarla karşı karşıya olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Nitekim temsili demokrasinin açmazları, toplumlara yeni bir siyasi katılım ve örgütlenme biçimi aramaya itmiştir. Bu sorunun olası çözümlerinden biri, Avrupa'daki *Korsan Partiler (Pirate Parties)* tarafından temsil edilen *akışkan demokrasi (liquid democracy)* modelidir.⁵ Öyle ki 2006 yılında İsveç'te kurulan Korsan Parti ile birlikte doğrudan demokrasi ile temsili demokrasi arasında konumlandırılan ve akışkan demokrasi olarak adlandırılan yeni bir demokrasi modeli gündeme gelmiştir. Bu modele göre siyasi topluluğun üyeleri, politik alana dâhil olan her konuda doğrudan oy kullanabilir ya da oylarını bir temsilciye devredebilir. Hatta devir yoluyla toplanan bu oylar başka temsilcilere de aktarılabilir. Üstelik her yurttaş devrettiği oyu istediği zaman geri çekebilir. Dolayısıyla tüm yurttaşların politik alana doğrudan dâhil olması da sistemin tamamen temsili demokrasiye dönmesi de ihtimal dâhilindedir.⁶

İfade etmek gerekir ki adını bu dinamik süreçten alan akışkan demokrasi modeli sayesinde doğrudan demokrasi ile temsili demokrasiye ait unsurlar bir potada eritilerek hibrit bir model yaratılmıştır. Böylece doğrudan demokrasinin büyük ölçekli toplumlarda da uygulanabilir hale gelmesi amaçlanmıştır. Akışkan demokrasi bu yönüyle temsili demokrasinin -aşağıda detaylı olarak izah edeceğimiz- bazı aç-

² Robert A. Dahl, *Demokrasi Üzerine* (Ankara: Phoenix Yayınevi, 2015) 9-10.

³ Nihat Bulut, "Demokrasiyi İdeal Anlamına Yaklaştırma Çabası Olarak Radikal Demokrasi", *AÜEHFD*, 7/1-2 (Haziran 2003), 41.

⁴ Anthony Giddens, "Lecture 5: Democracy Transmission", *BBC* (Erişim 28 Ekim 2022).

⁵ Anna Litvinenko, "Social Media and Perspectives of Liquid Democracy: The Example of Political Communication in the Pirate Party in Germany", *Proceedings of the European Conference on e-Government*, ed. Mila Gasco, (Barcelona: ECEG, 2012), 404.

⁶ Sezen Kama Işık - Alper Işık, "Yeni Bir Siyasi Parti Türü Olarak Elektronik Siyasi Partiler", *İstanbul Hukuk Mecmuası* 79/2 (Mart 2021), 686.

mazlarına çare sunmaktadır. Bu kapsamda çalışmanın amacı akışkan demokrasinin temsili demokrasinin çıkmazlarına ne ölçüde yanıt verebileceği sorusunun cevabını aramaktadır. Bunun için akışkan demokrasi anlayışına genel hatlarıyla değinilecek ve akışkan demokrasinin teknik yönü tamamen kapsam dışı bırakılacaktır. Zira konuya dair çalışmaların büyük çoğunluğu meseleyi yapay zekâ modellemesine ilişkin bir alan olarak görmekte ve bu doğrultuda oyların temsilcilere devredilme yöntemlerine dair bir yazılım oluşturmayı hedeflemektedir.

Bunun en önemli nedeni, akışkan demokrasinin siyasi ve hukuki düzeyde henüz tamamlanmamış bir teori olmasıdır. Nitekim konu daha çok Korsan Partiler'e ilişkin bir mesele olarak görülmekte ve akışkan demokrasinin şimdiye kadar parti içi demokrasi dışında bir uygulama alanı bulunmamaktadır. Bu kapsamda çalışmada öncelikle Antik Yunan'dan günümüze demokrasi kavramındaki değişime ve bugün aldığı anlama değinilecektir. Çalışmanın devamında modern demokrasinin içinde bulunduğu açmazlara ve akışkan demokrasiyi gündeme getiren koşullara yer verilecektir. Bunun ardından akışkan demokrasi modelinin gelişim süreci ve teorisi ortaya koyularak modern demokrasinin açmazlarına sunduğu çözümler ele alınacaktır.

I. DEMOKRASİNİN KAVRAMSAL GELİŞİMİ VE TEORİK ÇERÇEVESİ

Günümüzde demokrasi; özgürlük, liberalizm ve bireycilik gibi kavramlarla bir arada düşünülen; hatta çoğu halde doğrudan bu kavramların yerine kullanılan bir terimdir. Aslına bakılırsa demokratik bir devlette bireyin devlete karşı yasalarla korunması zorunluluğu ile bir arada düşünüldüğünde bu yaklaşım yanlış olmamakla birlikte eksiktir. Nitekim demokrasinin bu şekilde ele alınması ne etimolojik kökenini ne de hukuki ve siyasi çerçevesini karşılamaktadır. Zira demokrasinin, yani vatandaşların siyasi tartışmalar yoluyla kendilerini yönetmesi geleneğinin kökenleri Antik Yunan şehir devletine (polis ya da site) ve Roma Cumhuriyeti'ne dayanmaktadır.⁷

Bu kapsamda doğrudan ve temsili demokrasi arasında bir noktada yer alan akışkan demokrasiyi kavrayabilmek için demokrasi kavramının izi Antik döneme kadar takip edilmelidir. Öyle ki bu dönemde demokrasi uygulaması, halkın iktidarda doğrudan söz sahibi olması ile gerçekleştirilmiştir. İfade etmek gerekir ki demokrasi ilk ortaya çıktığı manası ile siyasal bir kavramdır. Oysa -aşağıda detaylı olarak izah edeceğimiz üzere- bugün siyasallığı ikinci plana atılan, hatta siyasal olmayan bir demokrasi anlayışı bulunmaktadır.⁸ Elbette yaklaşık iki bin beş yüz yıllık bir geleneğe sahip olan bir kavramın farklı ideallere atfedilmesi ve

⁷ Bernard Crick, *Democracy, A Very Short Introduction* (New York: Oxford University Press, 2002), 13.

⁸ Giovanni Sartori, *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*, çev. Tunçer Karamustafaoglu (İstanbul: Sentez, 2014), 25.

anlamının değişmesi anlaşılır bir durumdur. Bu sebeple günümüz demokrasisi ile Antik Yunan demokrasisinin çok fazla benzerlik taşımaması şaşırtıcı değildir.⁹

Çalışma kapsamında demokrasinin Antik izinin takip edilmesinin diğer bir sebebi, demokrasinin yanı sıra modern devletin kurumsal ve ideolojik kökenlerinin de Antik Yunan şehir devletlerine dayanmasıdır. Bu sebeple modern demokrasi kavramının içeriğinin anlaşılması için kelimenin etimolojik kökenlerine değinmekte fayda vardır. Nitekim M.Ö. V. yüzyıldan IV. yüzyıla kadarki süreçte Antik Yunan şehir devletinde yaşayan insan topluluğunun kendi kendini idare edebileceği düşüncesine özgülünen *demokratia* (δημοκρατία) fikri *demos* (δημος) ve *kratos* (κράτος) sözcükleri birleştirilerek türetilmiştir.¹⁰ Bu noktada belirtmek gerekir ki doktrinde genel olarak *demos* sözcüğünün karşılığının *halk/topluluk*, *kratosun* ise *iktidar* olduğu, bu sebeple demokrasinin *halkın iktidarı* anlamına geldiği ifade edilmektedir.¹¹ Ancak bu anlatım birçok yönüyle eksiktir. Öyle ki bu tanımlama ne Antik Yunan şehir devletlerinin yapısı ne de kelimenin etimolojik kökeni ile tam olarak uyuşmaktadır.

Nitekim her ne kadar *demokratia* kavramında *kratos*¹² ile kastedilen iktidar olsa da *demos* sözcüğünün içeriği insan topluluğunu aşmaktadır. Zira *demos* sadece toprak üzerinde yaşayan halk ya da insan topluluğu değildir, toprağın kendisini de kapsamaktadır.¹³ Tabi ki Antik Yunan şehir devleti ile modern devletin siyasi ve idari yapısı oldukça farklıdır. Ancak anakronizme düşmeden ifade etmeye çalışacak olursak, *demos* modern devletin üç unsurundan ikisini yani ülke ve halk unsurunu karşılamaktadır. Lakin tekrar altını çizmek gerekir ki polis bir devlet değil, şehir topluluğudur. Hatta Giovanni Sartori'nin aktardığı üzere Antik Yunan şehir devleti aslında “*polis olan insanlardır*”.¹⁴

Burada aynı dine ve dile sahip insanların birbirine sıkıca kenetlenmesi ile oluşan siyasi ve hukuki bir düzen söz konusudur.¹⁵ Dolayısıyla Antik Yunan polisinde iktidar *demostan* ayrı düşünülemez. Öyle ki M.Ö. V. yüzyılda demok-

⁹ Sartori, *Demokrasi Teorisi*, 340.

¹⁰ Bihterin Dinçkol, “Atina Demokrasısından Roma Cumhuriyetine - Demos'tan Populus Romanus'a”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan*, 23/3 (2017), 751-753.

¹¹ Manfred G. Schmidt, *Demokrasi Kuramlarına Giriş*, çev.: M. Emin Köktaş (Ankara: Vadi Yayınları, 2002), 13; Crick, *Democracy*, 11.

¹² Κράτος sözcüğü Antik Yunanca-İngilizce sözlüğüne göre güç, kudret, iktidar ve egemenlik anlamlarına gelmektedir. Bk. Henry G. Liddell (ed.), *An Intermediate Greek-English Lexion, Liddell and Scott's Greek-English Lexicon*, (Chicago: American Book Company, 1882), 449.

¹³ Nitekim δημος kelimesinin sözlük anlamlarına bakıldığında bir ülkenin insanları yani halk dışında bölge, ülke ve arazi gibi anlamları da bulunmaktadır. Bk. Liddell, *Greek-English Lexion*, 183.

¹⁴ Sartori, *Demokrasi Teorisi*, 340.

¹⁵ Dinçkol, “Atina Demokrasısından Roma Cumhuriyetine”, 754.

rasi kavramının yeşerdiği Antik Yunan düşüncesinde birey-devlet ikiliği bulunmamaktadır.¹⁶ Yani *demosu* oluşturan insanlar, siteye bağlı bir yaşam sürmeleri bakımından ancak polis içinde anlam ve varlık kazanır. Bu yüzden Antik Yunan döneminde -Aristoteles'in deyimi ile-¹⁷ siyasal bir hayvan olan insan, site dışında anlamını hatta insani değerini yitirmektedir. Bu sebeple bireyin siteden ayrı olarak düşünülmesi mümkün değildir.

Bunun doğal sonucu olarak birey, site karşısında hak ve yetkilere sahip değildir.¹⁸ Bireyin siyasal düzen içinde sahip olduğu haklar polisin çıkarları ile sınırlanmıştır, zira bu haklara sahip olmasının yegâne sebebi polisin varlığıdır. Böylece bireyin özel çıkarları polisin menfaatleri içinde erimiş, bireyin varlığı site içinde kaybolmuştur.¹⁹ Ancak bu noktada ifade etmek gerekir ki Antik Yunan demokrasisi sadece özgür erkek yurttaşlara özgülenen azınlıkçı bir demokrasidir.²⁰ Dolayısıyla Antik Yunan'da demokrasi, *demosun* kapsamından ziyade gücü ile ilintilidir.²¹

Roma Cumhuriyeti'nde görülen demokrasi ise Antik Yunan geleneğinden birçok yönüyle ayrılmaktadır. Bu farklılık evvela Roma'da insanın ve dolayısıyla da toplumun ele alınma biçiminden kaynaklanmaktadır.²² Nitekim Roma'da şehir devleti değil, *civitas* bulunmaktadır. Burada *civitas* ile ortak hukuk altında toplanmış yurttaşlar ifade edilmektedir. Roma düşüncesinde bireyler hukuk aracılığı ile *civitas*a erişmiş olan insan topluluğu olarak görülmektedir. Bu yönüyle Antik Yunan'daki *demosun* yerini Roma'da *populus* almıştır.²³ Hatta Sartori'ye göre Roma'da *populusun* yalnızca Roma anayasacılığı çerçevesinde anlaşılabilir bir kavram olması nedeniyle, bugün halkın egemenliği şeklindeki yaklaşımın kökeni Antik Yunan'da değil, Roma geleneğinde bulunmaktadır. Zira hem Orta Çağ'ın hâkim dili Roma'daki gibi Latince'dir²⁴ hem de Orta Çağ'da pozitif hukukun kökeni Roma'dan gelmektedir. Bu bakımdan siyasi ve hukuki düzende halkın egemenliği yaklaşımının yerleşmesinde Roma geleneğinin payı büyüktür.

¹⁶ Recai G. Okandan, *Umumî Âme Hukuku, Devletin Doğuşu, Pozitif ve Teorik Gelişmesi, Unsurları* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976), 121.

¹⁷ Aristoteles, *Politika*, çev. Mete Tunçay (İstanbul: Remzi Kitabevi, 1993), 9.

¹⁸ Tabi ki Antik Yunan şehir devletlerinde siyasal yapıyı belirleyen *isegoria* (konuşma eşitliği) ve *isonomia* (kanun önünde eşitlik) gibi özgürlükler bulunmaktadır. Ancak bunlara kişisel özgürlüklerden çok siyasi yapının işleyişine ilişkindir. Zira Antik Yunan dönemi bireysellikten ya da hak ve özgürlüklerden söz etmek için oldukça erken bir çağdır. Detaylı bilgi için bk. Dinçkol, "Atina Demokrasısından Roma Cumhuriyetine", 751-765.

¹⁹ Okandan, *Umumî Âme Hukuku*, 121

²⁰ Mehmet Akad vd., *Genel Kamu Hukuku* (İstanbul: Der Yayınları, 2022), 8.

²¹ Dinçkol, "Atina Demokrasısından Roma Cumhuriyetine", 753.

²² Crick, *Democracy*, 12.

²³ Dinçkol, "Atina Demokrasısından Roma Cumhuriyetine", 758-762.

²⁴ Sartori, *Demokrasi Teorisi*, 340.

Demokrasinin Antik Çağ'ın ardından bir kez daha öne çıkışı Orta Çağ'da gerçekleşmiştir. XII. yüzyıl İspanyol temsil kurulları, İngiltere'deki 1295 Parlatentosu ve Fransa'da XIV. yüzyıldaki Tabakalar Meclisi bu yeni sürecin başlangıcını temsil etmektedir. Ancak ifade etmek gerekir ki Orta Çağ liberal hak ve özgürlük anlayışının yerleşmesi için erken bir dönemdir.²⁵ XVII. yüzyıldan itibaren ise demokrasi düşünsel alanda tesirini oldukça artırmıştır. İfade etmek gerekir ki bu zaman diliminde demokrasinin önce teorisinde sonra da uygulamasında pek çok farklılık oluşmuştur.²⁶ Öyle ki XVIII. yüzyıla gelindiğinde -önce Amerikan, sonrasında Fransız devrimleri İngiliz geleneğini takip ederek- demokrasinin modern devlete uygulanabilecek yeni bir biçimi yaratılmıştır. Nitekim doğrudan demokrasi modeli modern devlet için uygulanabilir değildir. Ancak yurttaşların tümünün yönetimde -dolaylı olarak da olsa- söz sahibi olması mümkündür. Böylece egemenliğin gerçek sahibi olan yurttaşların iktidarı seçtikleri temsilciler aracılığı ile kullandıkları yeni bir model geliştirilmiştir. Bu model, temsili demokrasidir. Bu kapsamda zamanla genel oy, eşit oy, seçimlerin adil olması, partiler arası rekabet gibi ilkeler demokrasinin ruhuna işlenmiştir.²⁷

Bu yaklaşım XIX. yüzyıldan itibaren Batılı anayasalarda yer alır olmuştur. Dolayısıyla modern demokrasi yaklaşımı altında halkın iktidarı düşüncesi ile yasal olarak garanti altına alınmış kişisel hak ve özgürlükler fikri bir araya getirilmiştir.²⁸ Öyle ki Amerika Birleşik Devletleri başkanı Abraham Lincoln 1863 yılında Amerikan İç Savaşı sırasında gerçekleştirdiği ünlü Gettysbury konuşmasında -her ne kadar doğrudan demokrasi ifadesine yer vermemiş olsa da- bu yaklaşımı en sarih haliyle şu şekilde ifade etmiştir: "*Tanrı'nın şahitliğindeki bu ülkenin yeni bir özgürlük doğuşu yaşamasını sağlayalım ve halkın, halk tarafından halk için yönetimi olduğu bu devlet yeryüzünden silinmesin.*"²⁹ Dolayısıyla topluluğun kendi kendini yönetmesi teorisi, düşünsel olarak çok daha eskiye dayanmasına karşın modern devlet ile birlikte farklı bir anlam kazanmıştır. Öyle ki modern demokrasi fikri, şiddet tekeli ele geçirmiş ve merkezileşmiş bir hukuk devleti içinde yeşermiştir.³⁰

²⁵ Sartori, *Demokrasi Teorisi*, 58.

²⁶ Oktay Uygun, *Demokrasi, Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutları* (İstanbul: On İki Levha, 2017), 113.

²⁷ Maurice Duverger, *Siyasal Rejimler*, çev. Teoman Tunçdoğan (İstanbul: İletişim Yayınları, 1994), 14-16.

²⁸ Crick, *Democracy*, 12-13.

²⁹ Bu noktada ifade etmek gerekir ki doktrinde genel olarak Abraham Lincoln'un bu konuşmasında demokrasinin tanımı yaptığı ifade edilse de, Lincoln'un konuşmasında demokrasi ifadesi geçmemektedir. Bununla birlikte konuşma demokratik yaklaşımı en açık anlamıyla ifade eden konuşmalardan biri olarak kabul edilmektedir. Bk. Gordon Leidner (ed.), *Abraham Lincoln, Quotes, Quips, and Speeches* (Naperville: Cumberland House, 2009), 128.

³⁰ Paul Hirst vd., *Globalization in Question* (Cambridge-Malden: Polity, 2009), 302-303.

Böylece Atina'da demokrasinin, Roma'da ise cumhuriyetin ortaya çıkışından bu yana geçen yaklaşık yirmi beş yüzyıllık zaman diliminde daha önce eşi benzeri görülmemiş bir siyasal düzen ortaya çıkmıştır. Hatta Robert Dahl, tarihsel açıdan eşsiz olan bu modern ve geniş ölçekli demokratik sistemi -çok kişinin yönetimi manasıyla- poliarşi olarak adlandırmaktadır.³¹ Keza Antik Yunan demokrasisinde iktidar bizzat halk tarafından kullanılmaktadır. Bu anlayışta *demos*-ki sadece yetişkin erkek nüfusun küçük bir kısmından oluşmaktadır- kamusal işlerin yürütülmesinde doğrudan söz sahibidir. Oysa bugün -XX. yüzyılın ilk yarısından itibaren kadınların da dâhil edilmesiyle birlikte- belli bir yaşın altında olan küçükler, akıl hastaları ve hükümlüler hariç olmak üzere tüm vatandaşların oy kullanma hakkına sahip olduğu düşüncesi yerleşmiştir.³²

Ancak Antik Yunan şehir devletlerinde uygulanan demokrasi modeli ulus devlet bakımından uygulanabilir değildir. Bu yüzden liberal demokrasi modeli, temsili sistem üzerine inşa edilmiştir.³³ Bu bakımdan demokrasi, modern siyasal düzenler açısından bir üst kavram haline gelmiş olmasına karşın, bünyesinde doğrudan demokrasiye ait unsurlardan büyük ölçüde arındırılmıştır. Zira günümüzde demokrasiden anlaşılan, halkın iktidarı doğrudan kullandığı referandum benzeri uygulamalar değil; sadece egemenliğin halka ait olması ve bunu seçimler kanalıyla ve vekiller aracılığıyla kullanmasıdır.³⁴ Bu noktada modern demokrasi, halkın iktidarının doğrudan uygulandığı Antik demokrasi geleneğinden temsili bir yönetim sistemi olması bakımından ayrılmaktadır. Nitekim modern demokrasi, her bir yurttaşın yönetime doğrudan katılmasının mümkün olmadığı bir yapı olan ulus devlet altında uygulamaya geçmiştir. Bu yapı altında demokrasiden kasıt, yurttaşların iktidarı doğrudan kullanmasından ziyade, egemenliğin kaynağının halka ait olmasıdır. Yani iktidarın kullanımı, halk adına olması kaydı ile meşruiyet kazanmaktadır.³⁵

Bu bakımdan halkın iradesi iktidarın kullanılmasıyla değil, bir onama/rıza şeklinde ortaya çıkmaktadır. Zaten modern demokrasi fikri halkın sınırsız ve aracısız iradesi yerine hukukun üstünlüğü fikri üzerine inşa edilmektedir. Bu da modern demokrasinin, Antik Yunan kökenlerinin aksine, siyasi olmaktan çok hukuki bir kavram olduğunu göstermektedir.³⁶ Zira modern demokrasi yaklaşımı -yukarıda izah edildiği üzere- büyük ölçüde liberal anayasacılık süreci ile birlikte

³¹ Dahl, *Demokrasi Üzerine*, 103-104.

³² Sartori, *Demokrasi Teorisi*, 41.

³³ Schmidt, *Demokrasi Kuramlarına Giriş*, 245; Benzer yönde bk. Anthony Giddens, *Kapitalizm ve Modern Sosyal Teori* (İstanbul: İletişim Yayınları, 2010), 284.

³⁴ Schmidt, *Demokrasi Kuramlarına Giriş*, 14.

³⁵ Ezgi Germeç Tanrıverdi, "Giddens ve Küresel Demokrasi", *Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi* 6/1 (2009), 861.

³⁶ Sartori, *Demokrasi Teorisi*, 50.

yerleşmiştir. Dolayısıyla modern demokrasinin daha iyi anlaşılabilmesi için liberalizm ile demokrasi arasındaki ilişki somut bir düzeye indirgenerek ele alınmalıdır. Bu doğrultuda genel olarak ifade edecek olursak, liberalizm bir iktidar sınırlama tekniği iken demokrasi halkın iktidar üzerinde doğrudan ya da dolaylı olarak söz sahibi olmasıdır. Keza liberalizm iktidarı denetlemek isterken demokrasinin amacı onu kullanmaktır.³⁷

Öte yandan liberalizm, özgürlüğü merkeze alırken eşitlik düşüncesini sadece hukuksal ve fırsat eşitliği üzerinden sınırlandırmaktan yanadır.³⁸ Bu doğrultuda modern demokrasinin temel hedefi özgürlük ve eşitliğin bir arada sağlanmasıdır. Bu bakımdan iktidarın anayasal olarak sınırlanması söz konusudur.³⁹ Bu yönüyle modern demokrasi -Antik geleneğin aksine- insan haklarının tanındığı ve koruma altına alındığı bir düzeni temsil etmektedir.⁴⁰ Diğer taraftan modern demokrasi anlayışın içinde kuvvetler ayrılığı ve hukukun üstünlüğü gibi ilkeler öne çıkmaktadır. Bu doğrultuda modern demokrasi ayrıca çoğulculuk, seçimlerin serbest olması, partiler arası rekabet ve iktidarın temsil yoluyla devredilmesi gibi ilkelere dayanmaktadır.⁴¹

Dolayısıyla egemenliğin halka ait olması demokratik meşruiyetin kaynağı olarak görülse de halk iktidarı ifadesi modern demokrasiyi tanımlamak için yeterli değildir. Nitekim günümüzde kuvvetler ayrılığı ve iktidarın sınırlandırılması gibi ilkeler de demokrasinin kavramsallaştırılma sürecine dahil edilmiştir.⁴² Bu doğrultuda en genel tanımıyla modern demokrasi; tüm yurttaşların oy kullanma ve siyasal olarak örgütlenme hakkına sahip olduğu, birey ile devlet arasındaki ilişkide hukukun üstünlüğü ilkesinin gözetildiği, bireysel hak ve özgürlüklerin anayasa ile güvence altında alındığı bir sistemdir. Bununla birlikte günümüzde demokrasinin bir meşruiyet krizi içinde olduğu da bir gerçektir.⁴³ Bunun en belirgin örneği 1990'dan beri seçimlere katılım oranının sürekli düşme eğilimi göstermesidir.⁴⁴ Bu kapsamda çalışmanın devamında -akışkan demokrasi fikrinin ortaya çıkmasını sağlayacak koşulları yaratması bakımından- temsili demokrasinin içinde bulunduğu krize değinilecektir.

³⁷ Sartori, *Demokrasi Teorisi*, 467.

³⁸ Jürgen von Kempski vd., *Günümüzde Felsefe Disiplinleri*, çev. Doğan Özlem (İstanbul: Ara Yayıncılık, 1990) 469.

³⁹ Anthony Giddens, *Mahremiyetin Dönüşümü*, çev. İdris Şahin (İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2010), 171.

⁴⁰ Nesrin Demir, "Demokrasinin Temel İlkeleri ve Modern Demokrasi Kuramları", *Ege Akademik Bakış* 10/2 (2010), 598-601.

⁴¹ Schmidt, *Demokrasi Kuramlarına Giriş*, 20.

⁴² Yarıç - Taşkesen, "İki farklı demokrasi Pratiği", 561.

⁴³ Bulut, "Radikal Demokrasi", 43.

⁴⁴ Hakan Mehmet Kiriş, "Türkiye'de 'Seçim Sandığı' Tartışmaları: Seçime Katılma Oranlarının Anlamı ve Önemi", *Toplum ve Demokrasi* 9/19 (2016), 35-39.

II. TEMSİLİ DEMOKRASİNİN MEŞRUIYET KRİZİ

Doğrudan ve temsili demokrasi arasında bir noktada konumlanan akışkan demokrasi, temsili demokrasinin düşük katılım sorununa ve buradan doğan meşruiyet krizine bir yanıt olarak ortaya atılmış bir modeldir. Bu bakımdan çalışmanın bu bölümünde modern demokrasinin sadece bu iki çıkmazı ele alınacaktır. Buna bağlı olarak çalışmanın ana hedefinden sapmamak adına temsili demokraside görülen bu aksaklıklara ilişkin olarak iki ayrı ucu temsil eden demokrasi modellerine, yani seçkinci ve katılımcı demokrasi görüşlerine kısaca yer vermekle yetinilecektir. Bu bağlamda seçkinci yaklaşım, demokrasiyi sadece bir yönetici seçme süreci olarak görmekte ve neredeyse halksız bir demokrasi modeli tasarlamaktayken⁴⁵ katılımcı demokrasi savunucuları, demokrasinin ancak yurttaşların siyasete aktif katılımının sağlanmasıyla hayatta kalabileceğini ifade etmektedir.⁴⁶

Bu noktada Maurice Duverger'in demokrasiye ilişkin görüşleri oldukça dikkat çekicidir. Nitekim Fransız düşünür demokrasiyi -uygulaması üzerinden- en açık ve yalın hali ile tanımlamıştır. Bu tanıma göre demokrasi yönetenlerin yönetilenler tarafından seçimle işbaşına getirildiği bir sistemdir. Bu bakımdan demokrasi yurttaşların yönetime bizzat katıldığı bir rejim değil, kendilerini yönetecek kişileri seçtiği bir düzendir. Dolayısıyla Duverger demokrasiyi halkın kendi kendisini yönettiği bir sistem olarak görmemektedir.⁴⁷ Giddens konunun oldukça tartışmalı olduğunu belirttikten sonra demokrasinin tanımını seçimler üzerinden gerçekleştirmiştir. Zira Giddens'e göre demokrasilerde nüfusun tüm üyelerinin katılabileceği düzenli ve adil seçimler olur. Bu çerçevede demokrasi ise siyasi partilerin iktidar için gerçekleştirdikleri mücadele ve rekabeti içeren sistemdir.⁴⁸ Her iki düşünür de nihayetinde siyasi partilerin günümüzde temel temsil mekanizması haline geldiğini⁴⁹ vurgulamaktadır.

Bu görüşlere paralel olarak seçkinci görüşü benimseyen yazarlar demokrasinin ideali ile uygulaması arasındaki farka dikkat çekmektedir. Bu görüşe göre en açık tanımını Lincoln'un *halkın halk tarafından halk için yönetimi* şeklindeki ifadesinde bulan klasik demokrasi yaklaşımı geçerliliğini yitirmiştir.⁵⁰ Bu yaklaşıma karşı çıkan seçkinci kurama göre demokrasi sadece bir yönetici seçme süre-

⁴⁵ Demokratik seçkincilik konusunda detaylı bilgi bk. Bulut, "Radikal Demokrasi", 42-48; Uygun, *Demokrasi*, 179-190.

⁴⁶ Uygun, *Demokrasi*, 181-182.

⁴⁷ Duverger, *Siyasal Rejimler*, 14-15.

⁴⁸ Anthony Giddens, *Runaway World: How Globalization Is Reshaping Our Lives* (New York: Routledge, 2000), 86.

⁴⁹ Alexandros Kioupkiolis - Giorgos Katsambekis (drl.), *Radikal Demokrasi: Kitlenin Biyopolitikası, Halkın Hegemonyası*, çev. Esmâ Kartal - Hayrullah Doğan (İstanbul: Koç Üniversitesi Yayınları, 2016), 279.

⁵⁰ Uygun, *Demokrasi*, 179.

cidir. Hatta halkın seçim sürecindeki rolü aktif bile değildir. Tek görevi kendisine sunulan adaylar arasında bir tercihte bulunmak olan halk, bu kapsamda sadece seçim dönemlerinde işlev kazanmaktadır.⁵¹ Bunun yanı sıra seçkincilik taraftarları -çağın koşulları gereği- günümüz insanının siyasal alana ilgisini kaybettiğini belirtmektedir. Öyle ki Antik dönemin aksine yurttaşın belirleyici özelliği artık siyasal değil, hukuki bir varlık olmasıdır.⁵² Bu yönüyle demokratik rejimler, halkın iktidarı doğrudan kullandığı sistemler olmaktan çıkarak yöneticilerin halk tarafından onaylandığı düzenlere dönüşmüştür.⁵³

Halkın demokratik sistemlerdeki etkisizliği ise yönetici seçkinlerin rolünün artmasına yol açmıştır. Bu minvalde çağımızın demokrasileri, yönetici seçkin grupların iktidar yarışı haline gelmiştir.⁵⁴ Diğer taraftan seçkinci görüşü savunanlar için halkın demokrasideki rolünün niceliksel anlamda da önemi bulunmamaktadır. Bu doğrultuda seçimlere katılım oranının yüksek ya da düşük olmasının sistemin işleyişi açısından bir değeri yoktur.⁵⁵ Hatta bu konuda bir adım daha ileri gidilerek, halkın seçimlere katılma oranının artırılmasının sadece faydasız değil, aynı zamanda tehlikeli olabileceğini ifade edilmektedir. Keza bu fikre göre kitleler hem otoriter eğilimlere sahip olmaya yatkındır hem de manipülasyona açıktır. Bu sebeple seçime katılan bireylerin sayısı arttıkça rejimin varlığı daha çok tehlike altına girmektedir.⁵⁶

Özetle seçkinci görüş demokrasiyi doğrudan siyasal bir amaç olarak görmekte ve demokratik meşruiyeti sadece halkın yöneticileri seçebilmesine bağlamaktadır. Demokrasinin bu şekilde bir kamusal karar alma sürecine indirgenmesi siyasetin sadece bireysel çıkarlara ait bir mesele olarak görülmesi anlamına gelmektedir. Öyle ki bu anlayışa göre siyaset, kişilerin çıkarlarını siyasal aygıtta aktarılması ve böylece özel çıkarların birbiriyle eşgüdümlü hale getirilmesi sürecidir. Bu yaklaşım siyasetin aslında değere yönelik bir faaliyet olduğunu dikkate almamaktadır. Bu bağlamda demokrasinin içinin boşaltılmasına; özgürlük, eşitlik ve çoğulculuk gibi değerlerden uzaklaşmasına yol açmaktadır. Demokrasinin iyi toplum idealinden arındırılarak salt bir yönetim metodu haline getirilmesi ise çağımız demokrasilerinin bir meşruiyet krizi yaşamasına sebebiyet vermektedir.⁵⁷

⁵¹ Bulut, "Radikal Demokrasi", 46.

⁵² Uygun, *Demokrasi*, 179-183.

⁵³ Bulut, "Radikal Demokrasi", 46.

⁵⁴ Uygun, *Demokrasi*, 183-188.

⁵⁵ Bulut, "Radikal Demokrasi", 47.

⁵⁶ Konuya ilişkin tartışmalar için bk. Uygun, s.181; Carole Pateman, *Participation and Democratic Theory*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1976), 10.

⁵⁷ Bulut, "Radikal Demokrasi", 48-60.

Bu noktada ifade etmek gerekir ki modern demokrasinin içinde bulunduğu kriz herhangi bir demokrasi teorisinden değil, Batılı toplumsal ve siyasal örgütlenme biçimine meşruluk veren, liberal ve demokratik değerler ile siyasal rejimin işleyişi arasındaki farklılıktan kaynaklandığı düşünülmektedir.⁵⁸ Ancak -yukarıda da ifade edildiği üzere- demokrasinin ne olduğu ve ne olması gerektiğine dair görüşler birbirine karışmıştır. Bu da modern demokrasinin krizinin, sistemin işleyişinden çok tanıma dair bir sorun gibi gözükmesine yol açmıştır.⁵⁹ Öyle ki seçkin görüşte halk demokrasi içinde işlevsiz bir konuma itilirken katılımcı demokrasi taraftarlarına göre insan ahlaki değere sahip bir varlık olarak ancak siyasal karar alma süreçlerine aktif biçimde katılarak özgürleşebilmektedir. Temsili demokrasinin meşruluğu da kurumsal olarak katılımcı demokrasinin savunduğu bu temele dayanmaktadır. Ancak uygulamada parlamentoların, siyasal partilerin ve baskı gruplarının yapılışları bu meşruluk zeminiyle uyum içinde değildir.⁶⁰

Nitekim Carl Schmitt de liberal düşünce ile demokrasi oluşturan özdeşlikler arasında bir tezatlık bulunduğunu ifade etmektedir. Öyle ki Schmitt'e göre demokrasi yönetenlerle yönetilenlerin, yani devlet otoritesinin öznesi ile nesnesinin, dolayısıyla da devlet ile oy veren halk arasındaki özdeşliğe dayanmaktadır. Oysa liberalizmin temelinde yer alan bireycilik olgusu ile bu özdeşlikler arasında daima bir mesafe kalmaktadır.⁶¹ Bu bakımdan parlamenter demokrasinin krizi aslında temsiliyete ilişkin bir krizdir. Keza temsili demokrasi için halkın iradesinin iktidara bir özdeşlik içinde yansıtılması mümkün olmamaktadır.⁶² Üstelik günümüzde yurttaşların siyasette pasif bir rol oynadığı ve sadece önlerine getirilenlere oy verdiği gibi bir gerçeklik bulunmaktadır. Diğer taraftan çıkar gruplarının faaliyetlerine geniş özgürlük tanındığı için siyaseten kapitalist ekonomiye zarar verecek eylemlerden büyük ölçüde kaçınıldığı da yadsınamaz. Hatta kimi zaman halkın seçim dönemlerinde çıkar grupları tarafından manipüle edildiği de görülmektedir.⁶³

Modern demokrasinin bu tip sorunlarla karşı karşıya olduğu muhakkaktır. Ancak demokratik meşruiyet için evvela iktidarın alacağı kararlardan etkilenecek olanların, karar alma süreçlerine özgürce ve eşit olarak katılabilmeleri gerekmektedir. Öyle ki katılımcı demokrasi kuramına göre de sistemin meşruluğu,

⁵⁸ Levent Köker, *İki Farklı Siyaset, Bilgi Teorisi-Siyaset Bilimi İlişkileri Açısından Pozitivizm ve Eleştirel Teori* (İstanbul: Ayrıntı, 1990), 14-15.

⁵⁹ Sartori, *Demokrasi Teorisi*, 16-23.

⁶⁰ Köker, *İki Farklı Siyaset*, 14-15.

⁶¹ Carl Schmitt, *Parlamenter Demokrasinin Krizi*, çev. A. Emre Zeybekoğlu (Ankara: Dost, 2014), 36-42.

⁶² Murat Yiğit, "Post-Demokratik Bir Siyasi Hareket Olarak Korsan Parti", *Bingöl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 11/22 (Güz/Autumn 2021), 538.

⁶³ Colin Crouch, *Post Democracy* (Londra: Polity Press, 2004), 4.

halkın siyasi alana mümkün olan en yoğun şekilde katılmasına dayanmaktadır.⁶⁴ Bu noktada liberal demokrasiyi meşruiyet krizine iten en önemli nedenlerden birisi de katılım eksikliğidir. Öyle ki halk temsili demokrasi modelindeki en büyük rolünü, yani kendisini yönetecek ve siyasal kararları alacak yöneticileri seçme görevini yerine getirmemektedir.⁶⁵ Diğer yandan bu ilgisizlik seçimlerle sınırlı kalmamakta, katılımcı demokrasinin en önemli unsurlarını olan kararların alınması, uygulanması ve denetlenmesi süreçlerine⁶⁶ de yansımaktadır.

Halkın demokratik süreçlere kayıtsızlığı katılımcı demokrasi düşüncesinden bir hayli uzaklaştığını göstermektedir. Dolayısıyla demokrasinin ideali ile uygulaması arasında bir fark ortaya çıkmaktadır. Ancak Sartori'nin de altını çizdiği üzere demokrasi nedir ya da ne olmalıdır gibi soruları birbirinden ayırmaya olanak yoktur. Zira demokrasi ancak idealleri ve değerleri ile anlam ve varlık kazanabilmektedir.⁶⁷ Bu bakımdan hem seçkinci görüşün tespitleri hem de katılımcı demokrasi modeli taraftarlarının savunduğu değerler akılda tutularak demokraside olan ve olması gereken bir araya getirilmelidir. Bu çerçevede doğrudan demokrasiye ilişkin unsurlarıyla katılımcı teoriye, uzman temsilcileri siyasal sürece dâhil etmeye yönelik çabasıyla da seçkinci görüşe yaklaşan akışkan demokrasi modeli, modern demokrasinin meşruiyet krizine çözüm sunan bir tasarı olarak öne çıkmaktadır.

III. AKIŞKAN DEMOKRASİNİN GÜNDEME GETİRİLMESİNE ZEMİN HAZIRLAYAN ŞARTLARA GENEL BİR BAKIŞ

İlk kez Antik Yunan şehir devletinde ortaya çıkan demokrasi kavramı günümüze kadarki süreçte teori ve uygulamada çeşitli dönüşümlere uğramıştır. Bu kapsamda demokrasi teorisine ilişkin olarak doktrinde birçok ayırım bulunmaktadır. Ancak çalışma kapsamında sadece halkın yönetime katılım şekli bağlamında ifade edilen ayrıma değinmekle yetinilecektir. Zira bu doğrultuda gerçekleştirilen ayırimda doğrudan ve temsili demokrasi modellerine ulaşılmaktadır. Bu modellerden doğrudan demokraside halk, iktidarı hiçbir aracı ve kurum olmadan, yani temsilcilere başvurmadan bizzat kullanmaktadır.⁶⁸ Dolayısıyla bu modelin en büyük artısı halkın alınacak her karara görüşlerini doğrudan yansıtabilmesidir.⁶⁹

⁶⁴ Demir, "Demokrasinin Temel İlkeleri", 606.

⁶⁵ Bulut, "Radikal Demokrasi", 48-60.

⁶⁶ Fatih Turan Yaman, "Katılımcı Demokrasi: Kapsam ve Unsurlar", *Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi E-Dergi*, 6/2 (2017), 136-160.

⁶⁷ Sartori, *Demokrasi Teorisi*, 16-23.

⁶⁸ Yarcı - Taşkesen, "İki farklı demokrasi Pratiği", 557.

⁶⁹ Angel Tchorbadjiiski, *Liquid Democracy*, (Aachen: Rheinisch-Westfälische Teknik Üniversitesi, Informatik 4 ComSys, Lisans Tezi, 2012), 5.

Bu noktada alınan kararların şahısların değil, toplumun yararına olması için de alınacak kararlarda ortak iyinin aranması beklenmektedir.⁷⁰ Bununla birlikte doğrudan demokrasi modelinin ulusal ölçekte hayata geçirilmesi mümkün görünmemektedir.⁷¹ Her ne kadar İsviçre Konfederasyonu liberal hukuk devleti modeli içerisinde bu sisteme örnek olarak gösterilse de, aslına bakılırsa burada doğrudan demokrasiye ait unsurlara sınırlı ölçekte yer verilmektedir.⁷² Bu bakımdan İsviçre hukuk düzeninde yer alan halk inisiyatifleri temsili demokrasi modeli içinde doğrudan demokrasiye yönelik uygulamalardır.⁷³

Nitekim temsili demokrasi halkın iradesinin seçimler kanalıyla temsilcilere iletilmesi ve temsilciler tarafından belirli bir süre boyunca iktidarın halk adına kullanılması esasına dayanmaktadır.⁷⁴ Dolayısıyla burada iktidarın asıl sahibi olduğu düşünülen vatandaşların gücü seçimlere indirgenmektedir. Bunun klasik demokrasi modelinden bir kopma olduğunu ifade edilmektedir. Zira bu görüşe göre modern ve liberal demokrasi modeli; kuvvetler ayrılığına ilişkin bir güç dengesi yaratmakta, hak ve özgürlüklere ilişkin bir koruma mekanizması sağlamakta ama -Antik Yunan klasik demokrasi modelini aksine- doğrudan katılımı ve ortak iyi arayışı içermeyen bir sistemi yansıtmaktadır.⁷⁵

Diğer taraftan temsili demokraside seçimler önceden belirlenmiş aralıklarla yapıldığı ve bu süre zarfı boyunca seçilenler yönetimde kaldığı için halkın iktidar

⁷⁰ Philip Dingeldey, "A Fourth Transformation of Democracy: Liquid Democracy, Supra-National Democracy and the Fate of Participation, Law", *Democracy and Development* 23 (2019), 184.

⁷¹ Dingeldey, "Liquid Democracy", 185; Tchorbadjiiski, *Liquid Democracy*, 6; Yarcı - Taşkesen, "İki farklı demokrasi Pratiği", 557.

⁷² Doğrudan demokrasi bakımından İsviçre ile diğer anayasal demokrasiler arasındaki mesafenin ne kadar büyük olduğunu referandumların sayısı gösterir. Zira içinde bulunduğu coğrafya üzerinde değerlendirdiğimizde, İsviçre'de ortalama olarak tüm Avrupa'nın toplamının iki katından fazla referandum gerçekleştirilmektedir. Bu referandumlara örnek verecek olursak ilk olarak; elli bin vatandaş veya sekiz kanton tarafından imzalanarak belgelenen bir talep söz konusu olduğu takdirde, parlamento tarafından hazırlanan yasalar onay almak için halk oylamasına sunulmaktadır. İkinci olarak halk inisiyatif adı altında yüz bin vatandaşın imzası toplanırsa anayasa değişikliği talep edilebilmektedir. Böyle bir halk inisiyatif gündeme gelirse parlamento ve hükümetin anayasa değişikliği teklifini görüşmesi gerekmektedir. Lüzum görüldüğü takdirde karşı bir teklif de hazırlanarak değişiklik halkoyuna sunulmaktadır. Üçüncü olarak İsviçre'nin imza altına aldığı uluslararası sözleşmeler, hangi uluslararası örgütlere gireceğini öngören veya çok yönlü bir hukuk birliğine katılmayı sağlayan belgeler halkoyundan geçmelidir. Son olarak parlamento tarafından kabul edilen anayasa değişikliklerinin ise hem halkın hem de kantonlarından yarısından fazlasının onayını alması gerekmektedir. Detaylı bilgi için bk. Schmidt, *Demokrasi Kuramlarına Giriş*, 247-251; Arjen Nijeboer, "Liquid Democracy versus Direct Democracy through Initiative and Referendum: Which is Best?", *Democracy International* (Erişim 18 Ekim 2022).

⁷³ Jüri Ruus, "Direct Democracy: Country-Report on Estonia", *Zora* (Erişim 18 Ekim 2022).

⁷⁴ Jan Behrens vd., *The Principles of Liquid Feedback* (Berlin: Interaktive Demokratie, 2014), 14; Yarcı - Taşkesen, "İki farklı demokrasi Pratiği", 557.

⁷⁵ Dingeldey, "Liquid Democracy", 184-185.

üzerindeki denetimi azalmakta ve yöneticiler bir kez seçildikten sonra yönetenlerin iradelerine aykırı kararlar alabilmektedir. Dolayısıyla siyasi denetim sadece seçimden seçime gerçekleştirilebilir. Yalnızca seçimlerde siyasi alana dâhil olan vatandaşlar siyasete yabancılaştıklarından siyasi partiler demokratik sisteme tamamen hâkim olmaktadır.⁷⁶ Bu durum ayrıca seçimlere katılım oranlarının düşmesine, böylece temsili demokraside bir meşruiyet krizi yaşanmasına yol açmaktadır.⁷⁷

Bu bakımdan her iki demokrasi modelinin de artı ve eksi yönleri bulunmaktadır. Üstelik nüfus arttıkça ve coğrafi alan genişledikçe doğrudan demokrasi modelinin fiilen uygulanması da zorlaşmaktadır.⁷⁸ Bu bakımdan temsili demokrasi modeli içinde halk oylaması gibi doğrudan demokrasiye ilişkin uygulamalar hayata geçirilmektedir. Bu sayede önemli meseleler söz konusu olduğunda etkin katılım temin edilerek, vatandaşların siyasetin aktif unsuru haline getirilmelerinin yanı sıra, alınacak kararların meşruiyetinin sağlanması da temin edilmektedir. Bununla birlikte her ne kadar teorisi çok daha eskiye dayansa da doğrudan ve temsili demokrasi modellerini bir araya getirmek üzere XXI. yüzyıldan itibaren yeni fikirler ortaya atılmaya başlanmıştır.⁷⁹

Bu doğrultuda genel olarak dört farklı yaklaşım bulunmaktadır. Bunların ilki temsili demokrasinin krizine karşı çareyi demokratik olmayan rejimlere yönelmede bulmakta, ikincisi ise çözümü doğrudan demokrasiye dönüştürmekte, üçüncüsü ise Antik Yunan'a, belirli yönleriyle Roma Cumhuriyeti'nin ve İsviçre sisteminin uygulamalarına dayanmaktadır. Bu görüşün taraftarları genel olarak lidersiz, kendi kendini organize eden, yüz yüze müzakerenin yerleştiği ve küçük ölçekli yapıların birleşiminden oluşan siyasi birimler ile demokrasinin doğrudan uygulanmasının mümkün olduğunu düşünmektedir. Dijital demokrasiyi savunan üçüncü grup ise yeni teknolojiler -özellikle de internet- vasıtasıyla doğrudan demokrasiyi ulus ölçeğinde uygulamanın mümkün hale geldiğini öne sürmektedir. Bu noktada Korsan Parti hareketi ile doğan dördüncü grup ise -dijital olsun ya da olmasın- akışkan demokrasi modeli ile temsili ve doğrudan demokrasinin bir araya gelmesinin mümkün olduğunu savunmaktadır.⁸⁰

Çalışma kapsamında ele alacağımız son grup -her ne kadar henüz parti içi demokrasi dışında bir uygulaması da bulunmasa da- akışkan demokrasinin teorisinde siyasetin gidişatını değiştirme potansiyeline sahip olduğunu savunmaktadır.⁸¹

⁷⁶ Nijeboer, "Liquid Democracy", 1.

⁷⁷ Yiğit, "Korsan Parti", 552.

⁷⁸ Dahl, *Demokrasi Üzerine*, 125.

⁷⁹ Dingeldey, "Liquid Democracy", 183.

⁸⁰ Helene Landemore, *Open Democracy, Reinventing Popular Rule for the Twenty-First Century* (New Jersey: Princeton University Press, 2020), 53-54.

⁸¹ Behrens vd., *The Principles of LiquidFeedback*, 16.

Zira -aşağıda detaylı izah edeceğimiz üzere- bu model içinde vatandaşlar ister siyasi meseleler üzerinde doğrudan karar alabilmekte, isterse oylarını bölerek her karar için farklı vekil seçebilmektedir. Yani vatandaşlar bazı konularda doğrudan oy kullanabilirken, başka meselelerde bir vekil tarafından temsil edilebilmektedir. Üstelik oy aktarma geçişli olduğundan seçilen vekiller kendi temsilcilerini belirleyebilmektedir. Dolayısıyla devralınan her oy yeni bir temsilciye aktarılabilir. Bu doğrultuda bazı temsilciler çok sayıda kişiyi temsil etme gücüne erişebilmektedir. Ancak istenilen her an -herhangi bir seçim süresi beklenmeksizin- tüm bu süreç sonlandırılarak oylar ilk sahiplerine dönebilmektedir.⁸²

Bu noktada ifade etmek gerekir ki akışkan demokrasi modeli henüz teorisi tamamlanmamış karmaşık bir modeldir. Bu sebeple akışkan demokrasinin doktrinde ortak bir tanımı bulunmamaktadır. Bu durum akışkan demokrasi modelinin kavramsal çerçevesinin çizilmesini zorlaştırmaktadır.⁸³ Bu doğrultuda akışkan demokrasinin dijital demokrasi ve yapay zekâyâ ilişkin yönleri çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Zira çalışma bağlamında öncelikle konuyu gündeme taşıyan Korsan Parti hareketine kısaca değinilecek, ardından da akışkan demokrasinin teorik çerçevesi ve işleyişi incelenerek temsili demokrasinin açmazlarına çare olup olamayacağı hususu tartışılacaktır.

IV. DOĞRUDAN VE TEMSİLİ DEMOKRASİNİN ARA FORMU: AKIŞKAN DEMOKRASİ

A. KORSAN PARTİLER VE AKIŞKAN DEMOKRASİ FİKRİNİN DOĞUŞU

Yukarıda ifade edildiği üzere temsili demokrasinin içinde bulunduğu kriz, toplumu yeni bir siyasi katılım ve örgütlenme biçimi aramaya itmiştir. Bu soruna ilişkin çözüm önerilerinden biri olan *akışkan demokrasi* Avrupa'daki Korsan Partiler tarafından gündeme getirilmiştir.⁸⁴ Bu noktada -her ne kadar çalışmanın kapsamı dışında bırakılmış olsa da- sadece akışkan demokrasi modeli bağlamında Korsan Partiler'e kısaca değinmekte yarar vardır. Nitekim ilk Korsan Parti, internet üzerinden verilerin ücretsiz olarak paylaşılmasına imkân tanıyan bir site olan The Pirate Bay için İsveç polisi tarafından yürütülen operasyona karşı

⁸² Nijeboer, "Liquid Democracy", 1.

⁸³ Nitekim konuya ilişkin çalışmaların büyük çoğunluğu konuyu dijital demokrasiye yahut yapay zekâyâ dayandırarak tartışmanın temelinde bu konuları almaktadır. Bu noktada diğer bir yaklaşım da akışkan demokrasiye gündeme gelmesine olanak sağlayan Korsan Parti hareketine paralel olarak incelemektir. Bununla birlikte bizim de yer aldığımız diğer görüş ise dijital demokrasiyi akışkan demokrasinin sadece bir uygulaması olarak görmekte ve bu bağlamda daha çok akışkan demokrasi kavramının içeriğine yoğunlaşmaktadır. Detaylı bilgi için bk. Chiara Valsangiacomo, "Clarifying and Defining the Concept of Liquid Democracy", *Swiss Polit Sci Rev.* 28/1 (2022), 72.

⁸⁴ Litvinenko, "The Pirate Party in Germany", 404.

gerçekleştirilen protestoların ardından 2006 yılında kurulmuş ve tüm Avrupa'ya yayılmıştır.⁸⁵

Korsan Partisi ilk seçim başarısını da kurulduğu ülkede, İsveç meclisinde iki ve Avrupa Parlamentosu'nda bir sandalye kazandığı 2009 seçimlerinde elde etmiştir.⁸⁶ Bir diğer başarı ise 2011'de bu kez Almanya'da Berlin Eyalet Parlamentosu'nda kazanılan on beş sandalye ile gelmiştir.⁸⁷ 2014 yılında bu sayı tüm eyaletlerde iki yüz elli bire ulaşmıştır. Korsan Partisi İzlanda'da 2016'da genel seçimler sonucu üçüncü siyasi parti konumuna gelmiştir.⁸⁸ Diğer taraftan Çekya'da 2017 yılında gerçekleştirilen parlamento seçimleri ile mecliste yirmi iki vekil, 2020 yılında yapılan seçimlerden sonra ise Senato'da üç senatör koltuğu kazanmıştır. Öte yandan Zdeněk Hřib 2018 yılında Korsan Parti adayı olarak girdiği seçim sonucunda Prag belediye başkanlığını kazanmıştır ve bu görevini halen yürütmektedir.⁸⁹

Aslına bakılırsa Korsan Partiler esas olarak fikri mülkiyet hakkı rejimine ve onun ulusal ve uluslararası uygulamalarına karşı çıkmak üzere kurulmuştur. Zira ilk Korsan Parti çevrimiçi dosya paylaşımının suç sayılmasına karşı gerçekleştirilen protestolar sonucu ortaya çıkmıştır.⁹⁰ Bu minvalde korsanların siyasi alana geçişi, bir sivil toplum örgütü olarak sosyal ve ekonomik taleplerini elde edemeyecekleri düşüncesi üzerine gerçekleşmiştir.⁹¹ Teknoloji kullanımının temel bir insan hakkı olduğunu savunan partinin kuruluş sloganı ise “*özgürlük, demokrasi ve paylaşım*”dır.⁹²

Bu doğrultuda Korsan Partiler -en başta internet ortamında olmak üzere- fikri mülkiyetin tamamen ortadan kaldırılması ya da en azından kamulaştırılması gerektiğini savunmaktadır.⁹³ Bilgiye erişimin ücretsiz olması gerektiğini belirten parti taraftarları, tüketici ve yazar haklarına yönelik bir reform talep etmektedir.⁹⁴ Ancak korsanlar internet konularına dar bir şekilde odaklanmaları nedeniyle

⁸⁵ Christian Blum - Christina Isabel Zuber, “Liquid Democracy: Potentials, Problems, and Perspectives”, *The Journal of Political Philosophy* 24/2 (Haziran 2016), 162.; Johanna Jââsaari - Jockum Hilden, *European Pirate Parties and the Politics of Communication* (Helsinki: University of Helsinki, 2015), 9; Johanna Jââsaari - Jockum Hilden, “From File Sharing to Free Culture: The Evolving Agenda of European Pirate Parties”, *International Journal of Communication* 9 (2015), 870.

⁸⁶ Alper Işık, *Dijital Demokrasi* (İstanbul: On İki Levha, 2020) 152.

⁸⁷ Jââsaari - Hilden, *European Pirate Parties*, 8.

⁸⁸ Jorge Francisco - Aguirre Sala, “The Liquid Proposal Facing Democratic Challenges”, *JeDEM* 14/1 (2022), 90.

⁸⁹ Yiğit, “Korsan Parti”, 545.

⁹⁰ Jââsaari - Hilden, *European Pirate Parties*, 28.

⁹¹ Yiğit, “Korsan Parti”, 552.

⁹² Kama Işık - Işık, “Elektronik Siyasi Partiler”, 686.

⁹³ Yiğit, “Korsan Parti”, 547.

⁹⁴ Jââsaari - Hilden, *European Pirate Parties*, 8.

sıklıkla eleştirilmiş; bu minvalde odak noktalarını özel hayatın gizliği, iletişim özgürlüğü, kendi kaderini tayin etme hakkı gibi daha kapsayıcı konulara yöneltmiştir.⁹⁵ Hatta bazı Korsan Partiler programlarını dijital haklardan sürdürülebilir tarıma varıncaya dek çeşitlendirmiştir.⁹⁶ Bu durum Korsan Partiler'in ideolojik idealizm ile siyasi pragmatizm arasında sıkışıp kaldığını göstermektedir.⁹⁷

Bu noktada ifade etmek gerekir ki Korsan Partiler, kişisel özgürlüklerin sınırı nedir ya da kolektif sorumluluklar nerede başlar gibi soruları cevapsız bırakmaktadır. Zira dijital çağda özgürlük, mahremiyet ve bilgiye erişim ile ilgili tartışmalı meseleleri gündeme getirirler de ideolojik konularını netleştirme konusunda isteksiz görünmektedir. Bu doğrultuda sağ ya da sol olarak herhangi bir ideolojik pozisyonlarının olmadığı vurgulanmaktadır.⁹⁸ Bu bakımdan Korsan Partiler ideolojik tutumları nedeniyle geleneksel olarak sağ ya da sol çerçeveye oturmamaktadır. Parti üyeleri bu durumu “*bizler ideolog değil, araştırmacıyız*” şeklinde ifade etmektedir.⁹⁹ Ancak yine de doktrinde iddia ve beklentileri nedeniyle Korsan Partiler'in sol popülist çizgide yer aldığı belirtilmektedir.¹⁰⁰

Özetle Korsan Partiler başlangıçta genel olarak internet ve fikri mülkiyete ilişkin konularla ilgilenmekle yetinmiştir. Ancak çağdaş siyasetten duydukları hoşnutsuzluk ve geleneksel partilerin temsil ettikleri değerlere karşı çıkmaları nedeniyle toplum nezdinde yeni bir siyasi kültür oluşturulması gerektiğine inanmaktadır. Zira Korsan Partiler'e göre demokrasinin demokratikleşmesi için siyasi alana katılımın artırılması gerekmektedir. Bu doğrultuda “*daha fazla katılım, daha fazla demokrasi*” düsturunu benimsemiştir.¹⁰¹ Dolayısıyla korsanlar daha katılımcı bir demokrasi biçiminin desteklenmesi gerektiği düşüncesindedir.¹⁰²

Bu kapsamda Korsan Partiler dijital hakları ve bireysel özgürlükleri savunmakta, ancak aynı zamanda temsili demokrasiyi eleştirmekte ve yenilenme çağrısında bulunmaktadır. Dolayısıyla korsanların hareket çerçevesi zamanla değişmiştir. Hatta günümüzde korsanlar telif hakkı ve fikri haklardan çok temsili demokrasinin krizine odaklanmaktadır. Bu bağlamda siyasetin halktan uzaklaştığı ve gündelik hayattan koptuğu vurgulanmaktadır. Bunun için temsili demok-

⁹⁵ Jââsaari - Hilden, *European Pirate Parties*, 31.

⁹⁶ Yiğit, “Korsan Parti”, 547.

⁹⁷ Dmytro Khutkyy, “Pirate Parties: the Social Movements of Electronic Democracy”, *Journal of Comparative Politics* 12/2 (2019), 50.

⁹⁸ Bart Cammaerts, “Pirates on the Liquid Shores of Liberal Democracy: Movement Frames of European Pirate Parties”, *Javnost-the Public* 22/1 (2015), 19-33.

⁹⁹ Litvinenko, “The Pirate Party in Germany”, 404-405.

¹⁰⁰ Yiğit, “Korsan Parti”, 552.

¹⁰¹ Litvinenko, “The Pirate Party in Germany”, 404-405.

¹⁰² Khutkyy, “Pirate Parties”, 51.

rasi modelinin yeni bir alternatifle değiştirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.¹⁰³ Korsan Partiler'in bu konuda önerdiği alternatif ise aşağıda detaylı olarak izah edeceğimiz akışkan demokrasi modelidir. Ancak bu noktada ifade etmek gerekir ki akışkan demokrasi, Korsan Partiler ile rağbet görse de teori olarak çok daha eskiye dayanan bir modeldir. Bu doğrultuda oldukça karışık bir teori olan akışkan demokrasinin daha iyi anlaşılabilmesi adına -korsanların çerçevesini çizdiği bağlama değinmeden evvel- teorinin tarihsel kökenine inilecektir.

B. AKIŞKAN DEMOKRASİ FİKRİNİN KÖKENLERİ

Akışkan demokrasi, kavram olarak ilk kez XXI. yüzyılın hemen başında *Sayke* rumuzlu bir internet blog yazarı tarafından "The Liquid Democracy Voting System" bahsi ile dillendirilmiş olsa da¹⁰⁴ asıl şöhretini Korsan Parti hareketiyle kazanmıştır. Bununla birlikte bir demokrasi modeli olarak -yukarıda izah edildiği üzere- kökenleri oldukça eskiye dayanmaktadır. Nitekim daha çok *Alice Harkalar Diyarında* adlı kitabında kullandığı mahlası "Lewis Carroll" ile tanınan İngiliz yazar Charles Dodgson, 1884 tarihinde kaleme aldığı "*The Principles of Parliamentary Representation*" başlıklı çalışmasında akışkan oylama fikrinden bahsetmektedir.¹⁰⁵

Bu çalışmasında Dodgson, temsilcilerin seçmenlerden devraldıkları oyları devredebilmesi gerektiğini savunmaktadır.¹⁰⁶ Dodgson'ın bu önerisi, yaşadığı dönemde mevcut olan ve seçmenlerin oylarını kullanmak üzere başka seçmenlere aktarabildiği "vekâleten temsil modeli"ne alternatiftir. Zira vekâleten temsil modelinde oy kullanmayan vekiller, sadece kendilerinin değil devraldıkları oyların da israfına neden olmaktadır. Dodgson'ın da önerisindeki temel amaç, oy israfını engellemektedir. Ancak İngiliz yazarın ortaya koyduğu modelde oyların aktarımı mümkün olsa da bölünmesi, yani her bir mesele için ayrı bir temsilciye devredilmesi söz konusu değildir.¹⁰⁷

¹⁰³ Cammaerts, "Pirates on the Liquid Shores", 23-32.

¹⁰⁴ Paolo Gerbaudo, *The Digital Party, Political Organisation and Online Democracy* (London: Pluto Press, 2019), 113; Alois Paulin, "Through Liquid Democracy to Sustainable Non-Bureaucratic Government", *JeDEM* 6/2 (2014), 222. Bu noktada ifade etmek gerekir ki doktrinle ayrıca akışkan idesinin sosyal bilimlere ilk kez kazandıran kişinin "liquid modernity" ve "liquid society" kavramları ile Zygmunt Baumann olduğu ifade edilmektedir. Detaylı bilgi için bk. Yarcı - Taşkesen, "İki farklı demokrasi Pratiği", 562.

¹⁰⁵ Jose Ramos, "Liquid Democracy and the Futures of Governance", *The Future Internet*, ed. Jenifer Winter, Ryota Ono, (Switzerland: Springer International Publishing, 2015), 181.

¹⁰⁶ Charles L. Dodgson, *the Principles of Parliamentary Representation* (London: Harrison and Sons, 1884), 41-42.

¹⁰⁷ Jan Behrens vd., "The Origins of Liquid Democracy, The Liquid Democracy Journal on Electronic Participation, Collective Moderation, and Voting Systems", *The Liquid Democracy Journal* (Erişim 28 Ekim 2022).

Bu bakımdan Dodgson, bir seçmenin her bir mesele için kendisini temsil etmeye veya bir temsilci seçmeye karar verebileceği orantılı bir temsil şeması tasarlamamıştır. Bu tasarımı ilk kez 1967 yılında matematikçi Gordon Tullock ortaya atmıştır.¹⁰⁸ Nitekim Tullock bu kadar erken bir dönemde, gelecekte siyasi kararların bilgisayarlar vasıtasıyla alınabileceğini öngörmüştür.¹⁰⁹ 1969 yılına gelindiğinde ise James Miller, vatandaşların ister oylarını doğrudan kullanabileceği isterse de devredebileceği bir model tasarlamıştır. Miller'a göre bilgisayarlar sayesinde vatandaşların seçimleri beklemeden her bir konu için doğrudan oy kullanması mümkün olacaktır. Üstelik Miller'ın önerisine göre seçimler ortadan kaldırıldığı için vatandaşlar uzun yıllar seçimin yeniden gerçekleştirilmesini beklemeden kararlarını değiştirebilmekte, bu doğrultuda devrettikleri oyları doğrudan da kullanabilmektedir.¹¹⁰

Bryan Ford'un akışkan demokrasi teorisine katkısı, oyların birden fazla geçişliliğini kavramasıdır. Zira önceki modellerde temsilciler oyunu devredilebilmektedir.¹¹¹ Ancak bu devir sonrası yeni bir aktarımın mümkün olup olmayacağı belirlenmemiştir. Diğer taraftan James Green-Armytage'ın da oyların bölünebilirliği sayesinde her bir konu için ayrı bir uzman temsilci seçilebileceğini belirtmesi¹¹² akışkan demokrasi teorisi bakımından önemlidir. Bu noktada 2009 yılı ise akışkan demokrasi modeli için önemli bir milattır. Zira bu tarihte Jan Behrens, Axel Kistner, Andreas Nitsche ve Björn Swierczek "LiquidFeedback" modelini literatüre kazandırmış ve akışkan demokrasi teorisini uygulanabilirliğini ortaya koymuştur.¹¹³

C. TEORİ VE UYGULAMADA AKIŞKAN DEMOKRASİ MODELİ

Korsan Partiler, kuruldukları günden bu yana temsili demokrasinin sorunları üzerinde durmakta ve bu hususta akışkan demokrasi modelini ortaya koymaktadır. Bu noktada akışkan demokrasi fikri genel olarak iki farklı grup tarafından ele alınmaktadır. Bunların ilki, yapay zekâ ile ilgilenen veya akışkan demokrasiyi bir dijital demokrasi kuramı olarak tanımlayan araştırmacılardan oluşturmaktadır. Bizim de katıldığımız diğer grup ise akışkan demokrasiyi yeni bir demokrasi modeli olarak değerlendirmektedir. Bu gruba göre dijital teknolojiler akışkan demokrasinin hayata geçirilmesi için kullanılması düşünülen yöntemlerden sadece

¹⁰⁸ Behrens vd., "The Origins of Liquid Democracy", 8.

¹⁰⁹ Gordon Tullock, *Toward a Mathematics of Politics* (Ann Arbor: the University of Michigan Press, 1967), 145.

¹¹⁰ James C. Miller III, "Program for Direct and Proxy Voting in the Legislative Process", *Public Choice* 7, (Fall, 1969), 107-113.

¹¹¹ Bryan Ford, "Delegative Democracy", *Bford* (Erişim 28 Ekim 2022).

¹¹² James Green-Armytage, "A Proposal for Direct Democracy Based on a Non-Binding Proxy System", *Archive* (Erişim 18 Ekim 2022).

¹¹³ Behrens vd., "The Origins of Liquid Democracy", 14.

biridir.¹¹⁴ Ayrıca ifade etmek gerekir ki akışkan demokrasi savunucularının siyasi alanda talep ettiği değişiklikler genel olarak halkın seçimlere olan ilgisizliğini aşmaya yöneliktir.

Bu kapsamda ana hedefleri seçimlere katılım sorununu çözmektir.¹¹⁵ Bunun için temsili demokrasi modelinin içinde doğrudan demokrasiye ilişkin yöntemlerin artırılması gerektiği inancındadırlar. Buna göre siyasi sorunlara ilişkin kararlara doğrudan katılma imkânı arttıkça vatandaşlar siyasi alanda sorumluluk hissederek aktif bir rol alacak, her şeye rağmen pasif kalmayı tercih edenlerin oyları ise temsilciler tarafından kolayca toplanabilecektir. Keza temsili demokrasi modelinin aksine bu sistemde oy devri için sandıklara gidilmesi ya da seçim dönemlerinin beklenmesi gerekmemektedir. Dolayısıyla daha pasif bir rol üstlenmeyi tercih edecek olan vatandaşları gereksiz yere zorlamadan veya doğrudan oy haklarından mahrum etmeden siyasal alana katılım teşvik edilecektir.¹¹⁶

Akışkan demokrasi, bir kişinin aynı anda hem temsilci hem de temsil edilen olabildiği bir modeldir. Zira temsili demokrasinin aksine vekiller tüm meselelerde değil, sadece oy devraldıkları konu ile sınırlı olarak karar verebilmektedir. Üstelik dönemsel seçimler söz konusu olmadığı için temsil süresi bulunmamakta ve verilen yetkiler istenilen her an geri alınabilmektedir. Diğer taraftan bu sistemde oyların eşitsizliği esastır. Öyle ki her temsilci temsil ettiği kişi kadar oy hakkına sahiptir.¹¹⁷ Ayrıca ifade etmek gerekir ki akışkan demokraside oy devri geçişlidir. Kural olarak her temsilci devraldığı oyların tamamını başka bir temsilciye aktarabilir. Yani her oyun vekilin vekiline devri mümkündür. Bu bakımdan potansiyel olarak sınırsız bir geçiş mümkündür.¹¹⁸ Bunun istisnası ise temsil edilenin, oyunun aktarımını kısıtlamasıdır. Zira temsil edilenler oylarını devrederken emredici hükümler getirebilir. Böyle bir

¹¹⁴ Francisco-Sala, "The Liquid Proposal", 96.

¹¹⁵ Francisco-Sala, "The Liquid Proposal", 89; Dingeldey, "Liquid Democracy", 189.

¹¹⁶ Paul Lucardie - Pierre-Étienne Vandamme, "Are Political Parties Really Indispensable? An Overview of the Alternatives", *Const Delib Working Paper Series 18* (2022), 13.

¹¹⁷ Blum - Zuber, "Liquid Democracy", 166; Zoe Christoff - Davide Grossi, "Binary Voting with Delegable Proxy: An Analysis of Liquid Democracy", *Proceedings Sixteenth Conference on Theoretical Aspects of Rationality and Knowledge*, ed. J. Lang (Liverpool: TARK, 2017), 134; Steve Hardt - Lia C. R. Lopes, "Google Votes: A Liquid Democracy Experiment on a Corporate Social Network", *Technical Disclosure Commons* (Erişim 28 Ekim 2022); Markus Brill - Nimrod Talmon, "Pairwise Liquid Democracy", *Proceedings of the Twenty-Seventh International Joint Conference on Artificial Intelligence-18*, ed. Jérôme Lang (Stockholm: AAAI Press, 2018), 137; Patrick Burkart, *Pirate Politics, The New Information Policy Contests* (London: The MIT Press, 2014), 128; Jan Behrens vd., *The Principles of LiquidFeedback*, 15.

¹¹⁸ Lucardie, Vandamme, "An Overview of the Alternatives", 13; Andrea Cangialosi, "Delegative Democracy, Is the Piratenpartei Liquid Democracy Proposal Fit for Germany?", *Academia* (Erişim 18 Ekim 2022); Chiara Valsangiacomo, "Political Representation in Liquid Democracy", *Front. Polit. Sci.* 3 (2021), 1; Paul Gözl vd., "The Fluid Mechanics of Liquid Democracy", CoRR, ed. George Christodoulou - Tobias Harks (Switzerland: Springer Nature, 2018) 188-202; Xuepeng Fan vd., "Liquid Democracy on Ethereum: A Fast Algorithm for Realtime Self-tally Voting System", *Arxiv* (Erişim 28 Ekim 2022).

durumda temsilciler doğrudan temsil ettikleri kişilerin iradesini taşımakta ve buna göre karar almak ya da oyu bu şekilde karar alacak başka bir temsilciye devretmekle yükümlü hale gelmektedir. Bu gerçekleştirilmediği takdirde, temsil edilenler kendileri kullanmak ya da başka bir temsilciye aktarmak üzere oylarını mevcut temsilcilerden geri çekebilmektedir. Bu bakımdan akışkan model, temsili demokrasi içinde emredici vekâlet ilişkisi kurulmasını mümkün kılan yeni bir sistemdir.¹¹⁹

Akışkan demokrasi teorisini daha açık bir şekilde ifade etmek amacıyla örnek bir şema için gündemde orman yangınları, genetiği değiştirilmiş gıdalar ve spor hukukuna ilişkin üç konu olduğuna varsayalım. Temsili demokraside bu üç konuya ilişkin kararlar temsilciler kanalıyla alınacaktır. Doğrudan demokraside ise bu bizzat vatandaşlar tarafından gerçekleştirilecektir. Akışkan demokraside ise durum farklıdır. Örneğin A isimli bir vatandaşın akışkan demokrasi modeli içinde bu üç konuya ilişkin yaklaşımını ele alalım. A, çevre konuları ile oldukça ilgili biridir. Bu yüzden A'nın, orman yangınlarına ilişkin konuda daha katı yaptırımların hayata geçirilmesi için oyunu doğrudan kullanmak istemesi olasıdır. Ancak A keskin bir çevre bilincine sahip olsa da genetiği değiştirilmiş gıdalar hakkında çok az bilgiye sahiptir. Bununla birlikte yakın çevresinde biyoetik alanında çalışmaları bulunan ve ünlü bir biyolog olan B bulunmaktadır. Bu doğrultuda A, genetiği değiştirilmiş gıdalara ilişkin meselede oyunu B'ye devredecektir. Dolayısıyla bu konuda B, iki oy gücüne erişecektir.

Son karara gelirse, A ne spor hukukundan anlamakta ne de bu konuda uzmanlığı bulunan bir kişiyi tanımaktadır. Bu bakımdan A, avukat arkadaşı C'yi arayarak oyunu ona devretmek istediğini söyleyecektir. C ise A'ya spor hukukundan anlamadığını ve oyunu bu konuda uzman bir akademisyen olan D'ye devredeceğini, eğer isterse A'nın oyunun da D'ye devrini sağlayabileceğini iletir. Bu durumda, yani tüm oylar kendine aktarıldığında, D kendisinin dâhil olmak üzere üç oy hakkına sahip olacaktır. Ancak A sonradan D'nin bazı lobi faaliyetleri kapsamında hareket ettiğini öğrenir ve bundan rahatsız olursa, devrettiği geçişli oyu geri çekebilir. Böyle bir halde A, oyunu kendisi kullanabildiği gibi başka bir temsilciye yeniden devredebilecektir.¹²⁰

Akışkan demokrasi modelinin teorik anlamda işleyişi genel olarak bu şekildedir. Temsili ve doğrudan demokrasi sistemleri bağlamında bir ara form olarak; kişinin ilgi duyduğu veya uzman olduğu konulara doğrudan katılabileceği, diğer tüm alanlarda ise oylarını kendi çıkarları doğrultusunda hareket eden bi-

¹¹⁹ Francisco- Sala, "The Liquid Proposal", 89; Hardt - Lopes, "Google Votes", 5; Valsangiacomo, "Clarifying and Defining", 66-67.

¹²⁰ Benzer örnekler için bk. Blum - Zuber, "Liquid Democracy", 165-166; Valsangiacomo, "Clarifying and Defining", 70; Hardt - Lopes, "Google Votes", 4; Landemore, *Open Democracy*, 123; Paul Gözl vd., "The Fluid Mechanics of Liquid Democracy", 188; Jan Behrens vd., *The Principles of LiquidFeedback*, 22-25.

rine devredebileceği bir sistem yaratmaktadır.¹²¹ Oysa temsili demokraside yöneticiler büyük oranda uzmanlık alanlarına bakılmaksızın tercih edilmektedir. Bu yüzden karar vericilerin karar verdikleri konunun uzmanı olmaması da ihtimal dâhilindedir. Buna karşın doğrudan demokraside de halkın karar verdiği konuda yeterince bilgiye sahip olmaması nedeniyle hatalı karar alma riski bulunmaktadır. İki modelin ara formu olan akışkan demokraside ise temsilciler münhasıran kendi uzmanlık alanlarına giren konularda oy kullanmak üzere seçilir. Dolayısıyla bu modelde uzmanlık ve bilgi öne çıkmaktadır. Alana özgü temsil ilkesi nedeniyle akışkan demokrasi meritokrasi¹²² olma eğilimi göstermektedir.¹²³

Diğer taraftan akışkan demokrasi hem seçkinci demokrasi yaklaşımına benzer bir şekilde yönetici seçkinlerin öne çıkmasına hem de katılımcı kuramın talepleri doğrultusunda halkın siyasi faaliyetlere dâhil olma eğiliminin artmasına hizmet etmektedir. Zira akışkan demokraside halk, sürekli olarak oy kullanmak ya da devretmek konusunda bir tercih yapmaktadır. Dolayısıyla buradaki aktif katılımçılığın anlamlı olması ve sürdürülebilmesi için bilgili yurttaşların varlığı ön koşuldur. Bu sebeple modelin doğası gereği halkın sürekli olarak bilgilendirilmesi gerekmektedir.¹²⁴ Bu doğrultuda akışkan demokrasi hem katılımın hem de uzmanlığın arttığı bir model olarak öne çıkmaktadır.

Özetle akışkan demokrasi fikrinin teori olarak cezbediciliği, doğrudan demokrasiyi oldukça esnek bir temsil sistemiyle birleştirerek her iki modelin en iyi yönlerini sunmayı amaç edinmesinden kaynaklanmaktadır. Nitekim akışkan demokraside vatandaşlar oylarını doğrudan kullanabildiği gibi temsilcilere devretmeyi de seçebilmektedir. Bu sayede seçmenler -temsili demokrasinin aksine- seçim dönemini beklemeksizin her bir siyasi mesele için doğrudan ya da dolaylı olarak karar verebilmekte, böylece aktif ya da pasif kalarak karar alma süreçlerinde yer edinebilmektedir.¹²⁵ Bununla birlikte akışkan demokrasinin özellikle uygulanma noktasında kendine özgü eksik yönleri mevcuttur.

¹²¹ Gerbaudo, *The Digital Party*, 114; Jonathan A. Noe vd., "Pirates in Wonderland: Liquid Democracy has Bicriteria Guarantees", *Arxiv* (Erişim 20 Ekim 2022).

¹²² Meritokrasi liyakata dayalı bir yönetim anlayışıdır. Bu görüşün savunucuları iktidarın bilgili ve yetenekli kimselere bırakılması gerektiğini belirtmektedir. Bk. Giddens, *Sosyoloji*, 44.

¹²³ Hardt - Lopes, "Google Votes", 3; Blum - Zuber, "Liquid Democracy", 168; Anson Kahng vd., "Liquid Democracy: An Algorithmic Perspective", *Journal of Artificial Intelligence Research* 70 (2021), 1224; Mario Caterini, "Criminal Risk, Media Representation and Role of the Criminal Law Culture", *Beijing Law Review* 6/1 (2015), 60; Khutkyy, "Pirate Parties", 52.

¹²⁴ Dingeldey, "Liquid Democracy", 190; Jan A.G.M. van Dijk, "Models of Democracy and Concepts of Communication, Digital Democracy", *Academia* (Erişim 21 Ekim 2022).

¹²⁵ Blum - Zuber, "Liquid Democracy", 162; Valsangiacomo, "Clarifying and Defining", 75; Anson Kahng vd., "Liquid Democracy", 1223; Ramos, "Liquid Democracy", 181; Tchorbadjiiski, *Liquid Democracy*, 1; Ioannis Caragiannis - Evi Micha, "A Contribution to the Critique of Liquid Democracy", *JCAI* (Erişim 11 Ekim 2022).

Öncelikle internet gibi doğrudan oy kullanmayı kolaylaştıran bir araç kullanılsa dahi akışkan demokrasi modelinin ülke çapında uygulanabilirliği hususunda büyük soru işaretleri bulunmaktadır. Nitekim akışkan demokrasi sürekli aktif olunması gereken bir modeldir. Oysa günümüzde insanların siyasete oldukça fazla vakit ayırması -kölelik sisteminin bulunduğu ve hayatın çok daha basit yaşandığı Antik Yunan şehir devletlerine kıyasla- kolay olmayacaktır. Diğer taraftan akışkan demokraside doğrudan oy kullanıldığı durumlarda oy verenlerin bilgi sahibi olması büyük önem arz etmektedir. Dolayısıyla geniş bir coğrafyada sorun yaşayanların sayısının yaşamayanlardan fazla olması durumunda sağlıklı karar almak mümkün olmayabilir. Öte yandan kişisel çıkarlar ile kamu yararı arasında olası bir çatışma durumunda çatışmanın alınacak kararın hangisine yönelik olduğunun tespiti güçleşebilir. Örneğin ticaret ve ulaşım açısından köprü yapımının, yapıldığı şehir ile ülkenin tümü bakımından aynı derecede önem teşkil etmeyeceği düşünülebilir. Öyle ki yapıldığı şehirde yaşamayan toplumun geri kalanı, hem gayri safi milli hasıladaki artışı kısa vadede fark edemeyeceği hem de söz konusu şehirdeki ulaşım zorluğunu bizzat yaşamadığı için böyle bir karara karşı çıkabilir. Diğer yandan temsil için herhangi bir dönemsel süre öngörülmemesi ve oyların istenilen her an geri alınabilmesi uzun vadede siyasi istikrarsızlığa yol açabilir. Bu kapsamda akışkan demokrasinin, karar verilmesi beklenen konulara ilişkin bilgi sahibi olmanın ve ortak yarar elde etmenin daha kolay olduğu yerel ölçekte hayata geçirilmesi daha olasıdır.

Bu yüzdendir ki akışkan demokrasi modeli ağırlıklı olarak parti içi karar alma süreçlerinde kullanılmaktadır.¹²⁶ Bu doğrultuda geliştirilen Adhocracy, +LiquidFeedback, Sovereign, Polly, Aeternity ve GoogleVotes gibi platformlar daha çok çevrimiçi müzakerelerin geliştirilmesine yöneliktir.¹²⁷ Bunun dışında Almanya’da yerel ölçekte Kreistag Meclisi tarafından deneme amaçlı bir kullanım dışında uygulama alanı bulunmamaktadır.¹²⁸ Lakin bu noktada ifade etmek gerekir ki akışkan demokrasinin yerel ölçekte uygulanmasının da bazı zorlukları olacaktır. Nitekim temsili demokrasi gibi seçilebilecek temsilci sayısının sınırlı olduğu sistemlerde, oyların eşitliği usul adaletinin sağlanması bakımından büyük önem arz etmektedir. Ancak akışkan demokrasi modelinde ne temsilci sayısı ne de temsilcilerin oylarının ağırlığı bakımından herhangi bir sınır bulunmaktadır.¹²⁹ Bu kapsamda akışkan demokrasi içinde bazı temsilcilerin çok fazla oy toplayarak gayri resmi bir seçkin sınıfı oluşturması ve böylece demokratik sistem içinde feodal benzeri bir yapının ortaya çıkması riski mevcuttur.¹³⁰

¹²⁶ Litvinenko, “The Pirate Party in Germany”, 406.

¹²⁷ Valsangiacomo, “Clarifying and Defining”, 76.

¹²⁸ Lucardie - Vandamme, “An Overview of the Alternatives”, 14.

¹²⁹ Valsangiacomo, “Clarifying and Defining”, 68.

¹³⁰ Frederick Tucker, “Digital Media, Political Crowds, And Participatory Democracy”, *3rd Annual International Conference on Law, Economics and Politics* (Cambridge: FLE Learning 2016), 12; Lucardie - Vandamme, “An Overview of the Alternatives”, 14; Caragiannis - Micha, “Liquid Democracy”, 117.

Zira her ne kadar teorik olarak oyların her an geri alınması mümkün olsa da uygulamada yaygın olarak güven duyulan bir yönetici bulunması halinde seçmenlerin ne olursa olsun oylarını bu temsilciye devretme konusunda eğilim gösterdiği bilinmektedir. Örneğin Alman Korsan Partisi'nin LiquidFeedback platformunda, Bamberg Üniversitesi'nde bir dilbilim profesörü olarak görev yapan bir temsilci, o kadar çok kişiyi temsil eder duruma gelmiştir ki parti içi müzakerelerde bu temsilcinin her bir oyu neredeyse parti tüzüğü gücüne erişmiştir.¹³¹ Bu durum akışkan demokrasinin içinde barındırdığı riskler için normatif bir koruma mekanizması oluşturulmasına ihtiyaç duyulduğunu göstermektedir.¹³² Nitekim şu ana kadar pratikte sistem sadece Korsan Partiler bünyesinde işletilmiştir. Bu sebeple daha büyük bir ölçekte sınanmadan evvel tüm teorik eksiklikleri giderilmeli, ayrıca olası riskler için gerekli normatif önlemler alınmalıdır.

SONUÇ

Demokrasi, en bilindik bakış açısına göre halkın iktidarı doğrudan ya da dolaylı olarak kullandığı bir yönetim sistemi olarak tanımlanmaktadır.¹³³ Ancak halkın iktidarı deyimi demokrasi kavramını karşılamak için yeterli değildir. Zira demokrasilerde halk sadece iktidarı kullanan özne değil, aynı zamanda iktidarın yöneldiği nesnedir. Bu manada demokrasi, halkın halk üzerindeki iktidarındır.¹³⁴ Bununla birlikte tüm bu anlatım, modern demokrasiyi ifade etme konusunda eksik kalmaktadır. Bu doğrultuda liberal bakış açısıyla demokrasi, bu kez geniş bir hak ve özgürlük manzumesi sağlayıcısı olarak karşımıza çıkmaktadır.¹³⁵ Dolayısıyla bu görüşe göre demokrasinin “*halkın, halk tarafından, halk adına*” yönetimi olması için bazı değerlerinin korunması gerekmektedir. Bu değerler içinde en önemlisi, insan haklarına dayalı devlet anlayışının hayata geçirilmesidir. Öyle ki bu anlayış; insan haklarını bir bütün olarak ulusal politikanın ana amacı olarak gören, insanın onur sahibi bir varlık olduğuna dair değer bilgisi ile içeriklendirilmiş bir hukuk sistemine sahip olan ve örgütlenmesini insan haklarının getirdiği taleplere uygun bir biçimde yapılandıran bir devlet tasarlamaktadır.¹³⁶ Dolayısıyla demokrasinin slogani, çoğunluğun egemenliği olarak anlaşılabilirse bile demokrasiyi asıl değerli kılan herkesin hak ve özgürlüklerine sağlanan güvencelerdir.¹³⁷

¹³¹ Daniel Halpern vd., “In Defense of Fluid Democracy”, *Arxiv*, (Erişim 17 Ekim 2022).

¹³² Landemore, *Open Democracy*, 125.

¹³³ Dahl, *Demokrasi Üzerine*, 628-629.

¹³⁴ Sartori, *Demokrasi Teorisi*, 51.

¹³⁵ Dahl, *Demokrasi Üzerine*, 628-629.

¹³⁶ İoanna Kuçuradi, “Yirmibirinci Yüzyılın Eşiğinde Demokrasi Kavramı ve Sorunları”, *Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi Cumhuriyetimizin 75. Yılı Özel Sayısı 15* (1998), 21-27.

¹³⁷ Sartori, *Demokrasi Teorisi*, 54.

Bu doğrultuda çağımızın egemen demokrasi anlayışı olan liberal demokrasi; kişisel hak ve özgürlükler, hukuk devleti ve çoğulculuk gibi birçok önemli ilkenin üzerine inşa edilmiştir. Bununla birlikte ve buna rağmen liberal demokrasi, bir kriz içindedir. Zira halkın seçimlere ve siyasete olan ilgisi her geçen gün azalmaktadır. Öyleyse liberal demokrasinin anlamını demokratik değerlerde bulan siyasi ideali ile kurumsal yapısı arasında, yani demokrasinin teorisi ile uygulamasında bir mesafe sorunu bulunmaktadır. Keza meşruiyetin kaynağı olarak görülen halk, her geçen gün siyasi alandan daha fazla uzaklaşmaktadır. Bu mesafe dolayısıyla demokrasiyi -teorisini bir kenara bırakarak- sadece uygulaması üzerinden değerlendirenler, yönetici seçkinlerin seçiminin esas alındığı bir yönetim metodu olmaktan ibaret görmektedir. Bu demokratik meşruiyetin yöneticilerin seçimine bağlanması anlamına gelmektedir. Oysa yukarıda ifade ettiğimiz üzere demokratik meşruiyet, her şeyden önce halkın karar alma süreçlerine katılımının artırılması ile sağlanabilir.¹³⁸ Bu doğrultuda demokratik meşruiyet için halk yalnızca iktidarın yöneldiği nesne değil, aynı zamanda kaynağı ve öznesidir.

Bu kapsamda Korsan Parti hareketi sonucu -teorisi çok daha erken dönemlerde oluşturulmaya başlanmış olsa da- gündeme gelen akışkan demokrasi fikri, liberal demokrasinin meşruiyet krizine bir çözüm sunmaktadır. Tabi ki bununla birlikte -aşağıda izah edeceğimiz üzere- akışkan demokrasi henüz teorisi tamamlanmamış bir model olarak önemli eksiklikleri bulunmaktadır. Ancak evvela olumlu yönleri ele alınacak olursa, bu yeni yaklaşım ile doğrudan ve temsili demokrasinin en iyi yönleri alınarak esnek bir demokrasi modeli oluşturulmaya çalışılmıştır. Zira akışkan demokrasi, temsili ve doğrudan demokrasi modellerinin sentezi olarak hem siyasal katılım sorununun çözme hem de siyasal alanda uzmanlaşmayı sağlama iddiasındadır. Öyle ki akışkan demokraside karar alıcıların bizzat uzmanlardan oluşması hedeflenmektedir. Bu doğrultuda yöneticilerin uzman görüşlerinin aksine hareket ederek popülist kararlar almasının önüne geçilmesi istenmektedir.

Diğer taraftan akışkan demokraside seçmenler, siyasi meselelerde doğrudan karar alabildiği gibi oylarını temsilcilere devredebilmektedir. Böylece vatandaşlar liberal demokrasi sistemi içinde bugüne kadar öngörülmemiş ölçekte bir aktif katılım imkânına sahip olmaktadır. Hatta buna rağmen pasif kalmayı tercih edenlerin oylarının sistem içine sokulması da kolaylaşmaktadır, zira seçim dönemleri ve sandıkları bulunmadığı için temsilciler temsil edilenlerin oylarını her an ve doğrudan devralabilmektedir. Üstelik bu oyların vatandaşlar tarafından seçim dönemi beklenmeksizin geri çekilebiliyor olması, yöneticiler üzerindeki siyasi denetimin artması anlamına gelmektedir. Zira temsil edilenler temsilcilerin performansından memnun kalmadıkları her durumda oylarını doğrudan kullanabilmekte ya da başka temsilcilere devredebilmektedir.

¹³⁸ Bulut, "Radikal Demokrasi", 66.

Ancak bu, temsil eden ve edilen arasındaki ilişkinin her karar öncesinde yeniden kurulacağı anlamına gelmektedir. Dolayısıyla oyların her an geri çekilebiliyor olması yönetimde istikrarsızlığa yol açabilir. Diğer taraftan oyların geçişliliği temsilde adalet ilkesine aykırıdır. Öyle ki çok fazla sayıda seçmeni temsil eden bir temsilcinin aldığı kararın kararname gücüne erişmesi olasıdır. Üstelik akışkan demokrasi modelinin ulusal ölçekte uygulanabilirliği de tartışmalıdır. Nitekim kararların internet vb. dijital teknolojiler vasıtasıyla alınması büyük bir kolaylık gibi gözükse de bu ölçekteki bir uygulamanın siber tehditlere açık olacağı muhakkaktır. Diğer taraftan halkın çoğunluğunun bu kadar yoğun bilgi ve zaman gerektiren bir sisteme etkin bir şekilde katılım sağlayacağı şüphelidir. Öte yandan sistemin güvenliği ve etkin bir katılım sağlansa bile böylesine geniş ölçekte bir doğrudan demokrasi uygulamasında, özel çıkarlarla kamu yararının ortak bir noktada buluşturularak sağlıklı bir karar alınması oldukça zordur. Keza bireylerin kendisine doğrudan fayda sağlamayacağını düşündükleri sorunlarla ilgilenerek karar sürecinde etkinlik göstermesi pek mümkün değildir.

Öte yandan Korsan Partiler ile ortaya çıkan akışkan demokrasi -her ne kadar sonradan farklı hak gruplarına ilgi gösterilmiş olsa da- siyaseti günlük yaşama indirgemekte ve herhangi bir ideolojiye bağımlılık göstermemektedir. Değerlerden arındırılmış böyle bir siyaset,¹³⁹ hak ve özgürlükler açısından büyük bir tehdit teşkil etme potansiyeline sahiptir. Nitekim insan hakları başlı başına bir değer olması bakımından demokratik süreçlere feda edilemeyecek kadar önemlidir. Akışkan demokrasi henüz tamamlanmamış bir teori olması bakımından içinde bu gibi açmazları barındırmaktadır. Bu doğrultuda ulusal ölçekte uygulandığı takdirde liberal demokrasinin bazı buhranlarına çözüm sunabilecekken yeni krizler yaratma potansiyeline de sahiptir. Zaten bu yönü nedeniyle henüz sadece parti içi demokrasilerde kendine uygulama alanı bulmaktadır. Nitekim pratikte sadece Korsan Partiler bünyesinde uygulanmıştır. Üstelik henüz teorik aşaması dahi tamamlanmamıştır. Dolayısıyla ulusal çapta uygulanmaya koyulmadan teorik ve pratik eksikliklerin giderilmesi, böylece potansiyel risklerin önceden bertaraf edilmesi gerekmektedir. Özetle bu aşamada ulusal boyut için henüz uygulanabilir değildir. Bununla birlikte yerel ölçekte hayata geçirilmesi durumunda halk tarafından doğrudan hissedilen, bu yüzden halkın halihazırda ilgi göstereceği aktüel sorunlara karşı çözüm sunmayı kolaylaştıracağı ve alınacak kararların meşruiyetini sağlamlaştıracağı değerlendirilmektedir.

¹³⁹ Bu noktada Aristoteles'in demokrasiyi kötü yönetimler arasında sayarak, çokluğun anayasal yönetiminden bir sapma olarak kabul ettiğini hatırlatmakta yarar vardır. Zira ona göre demokrasi toplumun değil, yoksulların yararını hedeflemektedir. Bk. Aristoteles, *Politika*, 80.

KAYNAKÇA

- Akad, Mehmet vd. *Genel Kamu Hukuku*. İstanbul: Der Yayınları, 2022.
- Aristoteles, *Politika*, çev. Mete Tunçay, İstanbul: Remzi Kitabevi, 1993.
- Behrens, Jan vd. “The Origins of Liquid Democracy, The Liquid Democracy Journal on Electronic Participation, Collective Moderation, and Voting Systems”, *The Liquid Democracy Journal* Erişim 28 Ekim 2022. https://liquid-democracy-journal.org/issue/5/The_Liquid_Democracy_Journal-Issue005-02-The_Origins_of_Liquid_Democracy.html
- Behrens, Jan vd. *The Principles of LiquidFeedback*. Berlin: Interaktive Demokratie, 2014.
- Blum, Christian - Zuber, Christina Isabel. “Liquid Democracy: Potentials, Problems, and Perspectives”. *The Journal of Political Philosophy* 24/2 (Haziran 2016), 162-182.
- Brill, Markus - Talmon, Nimrod. “Pairwise Liquid Democracy”. *Proceedings of the Twenty-Seventh International Joint Conference on Artificial Intelligence-18*. ed. Jérôme Lang. 137-143. Stockholm: AAAI Press, 2018.
- Bulut, Nihat. “Demokrasiyi İdeal Anlamına Yaklaştırma Çabası Olarak Radikal Demokrasi”. *AÜEHFD*, 7/1-2 (Haziran 2003), 41-68.
- Burkart, Patrick. *Pirate Politics, The New Information Policy Contests*. London: The MIT Press, 2014.
- Cangialosi, Andrea. “Delegative Democracy, Is the Piratenpartei Liquid Democracy Proposal Fit for Germany?”. *Academia*. Erişim 18 Ekim 2022. https://www.academia.edu/3779258/Delegative_Democracy_is_the_piratenpartei_liquid_democracy_proposal_fit_for_germany
- Cammaerts, Bart. “Pirates on the Liquid Shores of Liberal Democracy: Movement Frames of European Pirate Parties”. *Javnost-the Public* 22/1 (2015), 19-36.
- Caragiannis, Ioannis - Micha, Evi. “A Contribution to the Critique of Liquid Democracy”. *IJCAI*. Erişim 11 Ekim 2022. <https://www.ijcai.org/proceedings/2019/0017.pdf>
- Caterini, Mario. “Criminal Risk, Media Representation and Role of the Criminal Law Culture”. *Beijing Law Review* 6/1 (2015), 55-68.
- Christoff, Zoe - Grossi, Davide, “Binary Voting with Delegable Proxy: An Analysis of Liquid Democracy”, *Proceedings Sixteenth Conference on Theoretical Aspects of Rationality and Knowledge*, ed. J. Lang. 134-150. Liverpool: TARK, 2017.
- Crick, Bernard. *Democracy, A Very Short Introduction*. New York: Oxford University Press, 2002.
- Crouch, Colin. *Post Democracy*. Londra: Polity Press, 2004.
- Dahl, Robert A. *Demokrasi Üzerine*. çev. Betül Kadioğlu. Ankara: Phoenix Yayınevi, 3. Basım, 2015.
- Demir, Nesrin. “Demokrasinin Temel İlkeleri ve Modern Demokrasi Kuramları”. *Ege Akademik Bakış* 10/2 (2010), 597-611.
- Dinçkol, Bihterin. “Atina Demokrasısından Roma Cumhuriyetine - Demos’tan Populus Romanus’a”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu’na Armağan*, 23/3 (2017), 751-765.

- Dingeldey, Philip. "A Fourth Transformation of Democracy: Liquid Democracy, Supra-National Democracy and the Fate of Participation, Law", *Democracy and Development* 23 (2019), 181-201.
- Dodgson, Charles L. *the Principles of Parliamentary Representation*. London: Harrison and Sons, 1884.
- Duverger, Maurice, *Siyasal Rejimler*, çev. Teoman Tunçdoğan. İstanbul: İletişim Yayınları, 1994.
- Fan, Xuepeng vd. "Liquid Democracy on Ethereum: A Fast Algorithm for Realtime Self-tally Voting System". *Arxiv*. Erişim 28 Ekim 2022. <https://arxiv.org/abs/1911.08774>
- Ford, Bryan. "Delegative Democracy". *Bford*. Erişim 28 Ekim 2022. <https://bford.info/deleg/deleg.pdf>
- Francisco, Jorge - Sala, Aguirre. "The Liquid Proposal Facing Democratic Challenges". *JeDEM* 14/1 (2022), 86-103.
- Gerbaudo, Paolo. *The Digital Party, Political Organisation and Online Democracy*. London: Pluto Press, 2019.
- Germeç Tanrıverdi, Ezgi. "Giddens ve Küresel Demokrasi", *Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi* 6/1 (2009), 858-871.
- Giddens, Anthony. *Kapitalizm ve Modern Sosyal Teori*. İstanbul: İletişim Yayınları, 2. Basım, 2010.
- Giddens, Anthony. "Lecture 5: Democracy Transmission". *BBC*. Erişim 28 Ekim 2022. https://downloads.bbc.co.uk/rmhttp/radio4/transcripts/1999_reith5.pdf
- Giddens, Anthony, *Mahremiyetin Dönüşümü*, çev. İdris Şahin. İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2. Basım, 2010.
- Giddens, Anthony. *Runaway World: How Globalization is Reshaping Our Lives*. New York: Routledge, 2000.
- Giddens, Anthony. *Sosyoloji Kısa Fakat Eleştirel Bir Giriş*. çev. Ülgen Yıldız Battal. Ankara: Siyasal Kitabevi, 3. Basım, 2010.
- Giddens, Anthony. *Ulus Devlet ve Şiddet*, İstanbul: Kalkedon Yayınları, 2. Basım, 2008.
- Gözl, Paul vd. "The Fluid Mechanics of Liquid Democracy". *CoRR*, ed. George Christodoulou - Tobias Harks. 188-202. Switzerland: Springer Nature, 2018.
- Green-Armytage, James. "A Proposal for Direct Democracy Based on a Non-Binding Proxy System", *Archive*. Erişim 18 Ekim 2022. http://web.archive.org/web/20040603225236/http://fc.antioch.edu/~jarmyta@antioch-college.edu/voting_methods/proxy.htm
- Halpern, Daniel vd. "In Defense of Fluid Democracy". *Arxiv*. Erişim 17 Ekim 2022. <https://arxiv.org/abs/2107.11868>
- Hardt, Steve - Lopes, Lia C. R. "Google Votes: A Liquid Democracy Experiment on a Corporate Social Network". *Technical Disclosure Commons*. Erişim 28 Ekim 2022. https://www.tdcommons.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1092&context=dpubs_series
- Hirst, Paul vd. *Globalization in Question*. Cambridge-Malden: Polity, 3. Basım, 2009.

- Işık, Alper. *Dijital Demokrasi*. İstanbul: On İki Levha, 2020.
- Işık, Sezen Kama - Işık, Alper. “Yeni Bir Siyasi Parti Türü Olarak Elektronik Siyasi Partiler”. *İstanbul Hukuk Mecmuası* 79/2 (Mart 2021), 673-698.
- Jââsaari, Johanna - Hilden, Jockum. *European Pirate Parties and the Politics of Communication*. Helsinki: University of Helsinki, 2015.
- Jââsaari, Johanna - Hilden, Jockum. “From File Sharing to Free Culture: The Evolving Agenda of European Pirate Parties” *International Journal of Communication* 9 (2015), 870-889.
- Kahng, Anson vd. “Liquid Democracy: An Algorithmic Perspective”. *Journal of Artificial Intelligence Research* 70 (2021), 1223-1252.
- Khutkyy, Dmytro. “Pirate Parties: the Social Movements of Electronic Democracy”. *Journal of Comparative Politics* 12/2 (2019), 49-68.
- Kioupkiolis, Alexandros - Katsambekis, Giorgos (drl.). *Radikal Demokrasi: Kitlenin Biyopolitikası, Halkın Hegemonyası*. çev. Esmâ Kartal - Hayrullah Doğan. İstanbul: Koç Üniversitesi Yayınları, 2016.
- Kiriş, Hakan Mehmet. “Türkiye’de ‘Seçim Sandığı’ Tartışmaları: Seçime Katılma Oranlarının Anlamı ve Önemi”. *Toplum ve Demokrasi* 9/19 (2016), 25-49.
- Köker, Levent. *İki Farklı Siyaset, Bilgi Teorisi-Siyaset Bilimi İlişkileri Açısından Pozitivizm ve Eleştirel Teori*. İstanbul: Ayrıntı, 1990.
- Kuçuradi, Ioanna, “Yirmibirinci Yüzyılın Eşiğinde Demokrasi Kavramı ve Sorunları”, *Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi Cumhuriyetimizin 75. Yılı Özel Sayısı* 15 (1998), 21-27.
- Landemore, Helene. *Open Democracy, Reinventing Popular Rule for the Twenty-First Century*. New Jersey: Princeton University Press, 2020.
- Liddell, Henry G. (ed.), *An Intermediate Greek-English Lexicon, Liddell and Scott's Greek-English Lexicon*. Chicago: American Book Company, 7. Basım, 1882.
- Litvinenko, Anna. “Social Media and Perspectives of Liquid Democracy: The Example of Political Communication in the Pirate Party in Germany”, *Proceedings of the European Conference on e-Government*. ed. Mila Gasco. 403-407. Barcelona: ECEG, 2012.
- Lucardie, Paul - Vandamme, Pierre-Étienne. “Are Political Parties Really Indispensable? An Overview of the Alternatives”. *Const Delib Working Paper Series* 18 (2022), 1-26.
- Miller III, James C. “Program for Direct and Proxy Voting in the Legislative Process”. *Public Choice* 7, (Fall, 1969), 107-113.
- Nijeboer, Arjen. “Liquid Democracy versus Direct Democracy through Initiative and Referendum: Which Is Best?”. *Democracy International*. Erişim 18 Ekim 2022. <https://www.democracy-international.org/liquid-democracy-versus-direct-democracy-through-initiative-and-referendum-which-best>
- Noe, Jonathan A. vd. “Pirates in Wonderland: Liquid Democracy has Bicriteria Guarantees”. *Arxiv*. Erişim 20 Ekim 2022. <https://arxiv.org/abs/2105.05142>
- Okandan, Recai G. *Umumî Âmme Hukuku, Devletin Doğuşu, Pozitif ve Teorik Gelişmesi, Unsurları*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1976.

- Pateman, Carole. *Participation and Democratic Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 1976.
- Paulin, Alois. "Through Liquid Democracy to Sustainable Non-Bureaucratic Government". *JeDEM* 6/2 (2014), 216-230.
- Ramos, Jose, "Liquid Democracy and the Futures of Governance", *The Future Internet*, ed. Jenifer Winter, Ryota Ono. 173-191. Switzerland: Springer International Publishing, 2015.
- Ruus, Jüri. "Direct Democracy: Country-Report on Estonia". *Zora*. Erişim 18 Ekim 2022. <https://www.zora.uzh.ch/id/eprint/95821/>
- Sartori, Giovanni. *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*. çev. Tunçer Karamustafaoğlu. İstanbul: Sentez, 2. Basım, 2014.
- Schmidt, Manfred G. *Demokrasi Kuramlarına Giriş*. çev. M. Emin Köktaş. Ankara: Vadi Yayınları, 2. Basım, 2002.
- Schmitt, Carl. *Parlamentar Demokrasinin Krizi*. çev. A. Emre Zeybekoğlu. Ankara: Dost, 2. Basım, 2014.
- Tchorbadjiiski, Angel, *Liquid Democracy*. Aachen: Rheinisch-Westfälische Teknik Üniversitesi, Informatik 4 ComSys, Lisans Tezi, 2012.
- Tucker, Frederick. "Digital Media, Political Crowds, And Participatory Democracy", *3rd Annual International Conference on Law, Economics and Politics*. Cambridge: FLE Learning 2016, 7-16.
- Tullock, Gordon. *Toward a Mathematics of Politics*. Ann Arbor: the University of Michigan Press, 1967.
- Uygun, Oktay. *Demokrasi, Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutları*. İstanbul: On İki Levha, 3. Basım, 2017.
- Van Dijk, Jan A.G.M. "Models of Democracy and Concepts of Communication, Digital Democracy". *Academia*. Erişim 21 Ekim 2022. https://www.academia.edu/11689475/MODELS_OF_DEMOCRACY_AND_CONCEPTS_OF_COMMUNICATION
- Valsangiacomo, Chiara. "Clarifying and Defining the Concept of Liquid Democracy". *Swiss Polit Sci Rev.* 28/1 (2022), 61-80.
- Valsangiacomo, Chiara. "Political Representation in Liquid Democracy", *Front. Polit. Sci.* 3 (2021), 1-14.
- Von Kempski, Jurgen vd. *Günümüzde Felsefe Disiplinleri*. çev. Doğan Özlem. İstanbul: Ara Yayıncılık, 1990.
- Yaman, Fatih Turan. "Katılımcı Demokrasi: Kapsam ve Unsurlar", *Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi E-Dergi*, 6/2 (2017), 136-160.
- Yarç, Selman - Taşkesen, Abdullah, "İki farklı demokrasi Pratiği: Totaliter Demokrasi ve Liquid (Akışkan) Demokrasi", *Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi* 4/37 (Aralık 2016), 555-565.
- Yiğit, Murat. "Post-Demokratik Bir Siyasi Hareket Olarak Korsan Parti". *Bingöl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 11/22 (Güz/Autumn 2021), 535-557.



Rusya'nın Deniz Hukuku Bağlamında Azak Denizi ve Kerç Boğazı'nda Ukrayna'ya Karşı Uluslararası Hukuk İhlalleri^(*)

Russia's Violations of International Law against Ukraine in the Sea of Azov and the Kerch Strait in the Context of the Law of the Sea

Dr. Öğr. Üyesi F. Şeyda TÜRKAY KAHRAMAN^(**)

Öz

Rusya Federasyonu ve Ukrayna arasında Kerç Boğazı'ndan gemilerin geçişinin ve Azak Denizi'nin hukuki statüsünün düzenlediği 2003 tarihli Azak Denizi ve Kerç Boğazı'nın Kullanımına İlişkin İşbirliği Antlaşması mevcuttur. Ukrayna'ya ait Kırım'ın Rusya Federasyonu tarafından ilhak edilmesinin ardından 2018 yılında Kerç Boğazı'ndan geçişe ilişkin Rusya ve Ukrayna arasında bir olay meydana gelmiştir. Söz konusu olayda Rusya Federasyonu ve Ukrayna arasında 2003 tarihli İşbirliği Antlaşması olmasına rağmen, Kırım'ı çevreleyen deniz alanının Rusya'nın karasularını oluşturduğunu ve Rusya tarafından Antlaşma'nın tek taraflı olarak uygulamamasının yanı sıra Rusya'nın Ukrayna'ya ait savaş gemilerine el koyması uyuşmazlık konularını oluşturmaktadır. Kerç Boğazı krizi deniz hukuku kapsamında değerlendirilmiştir. Deniz hukukuna ilişkin hukuk kurallarının uygulanması gerektiği ve bu kapsamda Rusya'nın Ukrayna'ya ait savaş gemilerinin yargı bağımsızlığına sahip olduğuna ve Rusya'nın eylemlerinin deniz hukukuna ilişkin kuralları ihlal ettiği belirtilmektedir.

Anahtar Kelimeler

Azak Denizi, Kerç Boğazı, Uluslararası Hukuk, Deniz Hukuku, Uyuşmazlık.

^(*) Araştırma Makalesi / Makale Geliş Tarihi: 01.05.2022 - Makale Kabul Tarihi: 31.10.2022
DOI: 10.56701/shd.1111849

^(**) Çankırı Karatekin Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Devletler Hukuku Anabilim Dalı, Çankırı - Türkiye
E-posta: fkahraman@karatekin.edu.tr
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-6169-9420>

Abstract

There is an Agreement between the Russian Federation and Ukraine on Cooperation in the Use of the Sea of Azov and the Kerch Strait in 2003, regulating the navigation of ships through the Kerch Strait and the legal status of the Sea of Azov. An incident occurred between Russia and Ukraine regarding the navigation through the Kerch Strait after the the Crimea which is belonging to Ukraine was annexed by the Russian Federation. In this case, the Russian Federation's territorial area surrounding Crimea constitutes Russian territorial waters, the failure to unilaterally implement the 2003 Co-operation Agreement and to seize Ukrainian military vessels and to take ships to Russia's port are the subjects of dispute. The violations set out in this study were examined in the context of that the conflict between the Russian Federation and Ukraine took place in peacetime. The Kerch Strait crisis has been evaluated under the law of the sea. It is stated that the rules of law regarding the law of the sea should be applied, and in this context, warships belonging to Ukraine have immunity from jurisdiction and Russia's actions violate the rules of the law of the sea.

Keywords

Sea of Azov, Kerch Strait, International Law, Law of the Sea, Dispute.

GİRİŞ

Ukrayna'nın Odessa limanından Mariupol limanına gitmek üzere 25 Kasım 2018 Pazar günü yola çıkan 3 Ukrayna savaş gemisine Rusya'ya ait olan karasularını ihlal ettiği gerekçesiyle Azak Denizi'ne Karadeniz'den girişi sağlayan Kerç Boğazı yakınlarında bulunan Rusya'ya ait savaş gemileri müdahale etmiştir. Ukrayna, kendisine ait gemilerin Azak Denizi'ndeki hareketinin uluslararası hukuk kurallarına ve iki ülke arasındaki Azak Denizi'nin ortak kullanımını düzenleyen 2003 tarihli Azak Denizi ve Kerç Boğazının Kullanımına İlişkin İşbirliği Antlaşması'na uygun olduğunu savunmuştur.

Kırım'ın Rusya Federasyonu tarafından ilhak edilmesiyle Ukrayna ve Rusya arasında yürürlükte olan ve Azak Denizi'ne ulaşımın sağlandığı tek su yolu olan Kerç Boğazı'ndan geçişin düzenlendiği 2003 tarihli İşbirliği Antlaşması'nın Rusya tarafından tek taraflı şekilde uygulanmaması bazı tartışmaları gündeme getirmiştir. Kırım'ın Rusya tarafından uluslararası hukuka aykırı şekilde ilhak edilmesiyle Kırım'ı çevreleyen karasularının hangi devletin deniz ülkesini oluşturduğuna ilişkin bir belirsizlik ortaya çıkmıştır. Ukrayna'nın Rusya ile silahlı çatışma halinde olması ise barış zamanı uygulanan deniz hukuku kurallarından ziyade uluslararası silahlı çatışmalar hukuku kurallarının uygulanabileceğine ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Çalışmada öncelikle Kerç Boğazı krizine neden olan olaya değinildikten sonra Kerç Boğazı'ndan geçişe ilişkin uyuşmazlığın tarafı olan Rusya ve Ukrayna'nın ileri sürdüğü uluslararası hukuk ihlalleri bağlamındaki iddiaları kısaca belirtilmiştir. Uyuşmazlığın tarafı olan devletlerin taraf oldukları ikili bir antlaşma olan 2003 tarihli Azak Denizi ve Kerç Boğazı'nın Kullanımına İlişkin

İşbirliği Antlaşması hükümlerine genel hatlarıyla yer verilerek, tarafların iddiaları öncelikle söz konusu Antlaşma bağlamında değerlendirilmektedir. Rusya'nın iddiası 2003 tarihli İşbirliği Antlaşması'nın kendisi bakımından tek taraflı olarak askıya alındığını da içermektedir. Bu bakımdan Kerç Boğazı'na deniz hukuku bağlamında tanınan statünün olasılıklarla tartışılıp belirlenmesinin ardından, Ukrayna'ya ait savaş gemilerine Rusya'nın müdahalesi savaş gemilerinin sahip olduğu mutlak dokunulmazlık ve tam yargı bağımsızlığına ilişkin kurallar kapsamında Rusya'nın ihlalleri incelenmektedir.

I. KERÇ BOĞAZI KRİZİ VE BU KRİZE NEDEN OLAN OLAY

Azak Denizi, Kerç Boğazı ile Karadeniz'e bağlanan küçük ve sığ bir denizdir.¹ Kerç Boğazı, Rusya ve Ukrayna bakımından büyük bir öneme sahiptir. Kerç Boğazı, Azak Denizi ile Karadeniz arasındaki tek bağlantı yeridir.² Azak Denizi ve Kerç Boğazı 2003 tarihli Azak Denizi ve Kerç Boğazı'nın Kullanımında İşbirliği Antlaşması (2003 tarihli İşbirliği Antlaşması) ile Ukrayna ve Rusya'nın ortak suları olarak belirlenmiştir.³ Rusya'nın Kırım yarımadasını 2014 yılında ilhak etmesi ile Rusya Kerç Boğazı'nın kontrolünün kendisine geçtiğini iddia etmiştir.⁴

Mariupol limanında konuşlanmış varlıklarını güçlendirmek için 23 Kasım 2018'de, üç Ukrayna Donanma gemisi Ukrayna'nın Odessa limanından Mariupol limanına ulaşmak amacıyla Kerç Boğazı'ndan Azak Denizi'ne geçmeye çalışmıştır.⁵ Ukrayna donanma grubu komutanı 24 Kasım'da Rus makamları tarafından Kerç Boğazı bölgesindeki seyrüseferin kapatılması hakkında bilgilendirilmiştir. Ukrayna deniz birliği 25 Kasım'da Kerç Boğazı'ndan geçiş için Rus deniz kontrol hizmetlerinden talepte bulunmuştur.⁶ Ukrayna donanmasına ait iki Gyurza-M sınıfı

¹ Azak Denizi 340 kilometre uzunluğunda, 135 kilometre genişliğinde olup, 37.600 kilometrekare alana sahiptir. En derin yeri 14 metre olan Azak Denizi dünyadaki en sığ denizdir, Sea of Azov, Encyclopaedia Britannica, <https://www.britannica.com/summary/Sea-of-Azov> (e.t.23.09.2022).

² Valentin J. Schatz and Dmytro Koval, "Ukraine v. Russia: Passage through Kerch Strait and the Sea of Azov, Part I: The Legal Status of Kerch Strait and the Sea of Azov", *Völkerrechtsblog*, 2018, <https://voelkerrechtsblog.org/ukraine-v-russia-passage-through-kerch-strait-and-the-sea-of-azov/> (e.t.15.03.2021).

³ Valentin J. Schatz and Dmytro Koval, Agreement Between the Russian Federation and Ukraine on Cooperation in the Use of the Sea of Azov and the Kerch Strait, Unofficial Translation, <https://www.jura.uni-hamburg.de/die-fakultaet/professuren/proelss/dateien-valentin/agreement-sea-of-azov> (e.t.10.03.2021).

⁴ Vladimir Socor, Azov Sea, Kerch Strait: Evolution of Their Purported Legal Status (Part Two), *Eurasia Daily Monitor* Volume: 15, Issue: 171, 2018, <https://jamestown.org/program/azov-sea-kerch-strait-evolution-of-their-purported-legal-status-part-two/> (e.t.02.03.2021).

⁵ Valentin J Schatz and Dmytro Koval, "Russia's Annexation of Crimea and the Passage of Ships Through Kerch Strait: A Law of the Sea Perspective," *Ocean Development & International Law*, Volume: 50, Number: 2-3, 2019, s.276.

⁶ Address of Ukraine's Ambassador to UN Security Council on Kerch Strait Incident, *Kyiv Post*, 2018, <https://www.kyivpost.com/ukraine-politics/address-of-ukraine-to-the-un-security-council-on-kerch-strait-incident.html> (e.t.02.03.2021).

topçu botu olan Berdyansk ve Nikopol ve bir römorkör olan *Yany Kapu*'dan oluşan üç savaş gemisi Karadeniz'den Azak Denizi'ne girmeye çalışmıştır.⁷ Rusya'nın ilhak ettiği Kırım yarımadasının karasuları açıklarında Kerç Boğazı yakınlarında Rus sahil güvenlik teknesi, Ukrayna'ya ait römorkörün güvertesine çarparak geçişi engellemiştir.⁸ Ukrayna gemileri seferlerine devam etmeye çalışmışlarsa da, Rusya, Kerç Boğazı'nın üzerine inşa ettiği 12 millik köprü'nün altına girişin önüne boylamasına bir yük gemisi yerleştirerek Azak Denizi'ne girişi engellemiştir.⁹ Ukrayna gemilerinin Karadeniz yönüne dönerek uzaklaşmaları nedeniyle Rusya'ya ait gemiler, Ukrayna'ya ait topçu savaş gemilerine ateş açmıştır. Altı Ukraynalı asker yaralanmış, 3 Ukrayna donanma gemisine el konulmuş ve 23 kişilik mürettebat gözetilmesine alınmıştır.¹⁰ Rusya, 26 Kasım'da Kerç Boğazı'ndan geçişi yeniden açmadan önce seyrüseferi geçici olarak Rus olmayan gemi trafiğine kapatmıştır.¹¹

Kerç Boğazı'nın etrafındaki kara alanı ve Boğaz'daki sular, boğazın doğu tarafında Rusya'nın ve batı tarafında Rus işgali altındaki Kırım'ın dolayısıyla Ukrayna karasularının bir parçasıdır.¹² Rusya ve Ukrayna tarafının verdiği koordinatlara göre, Ukrayna'ya ait gemiler Kırım karasularında bulunmaktaydı.¹³ Kerç Boğazı olayının temelinde bulunan hukuki sorun, Kırım'ın Rusya Federasyonu tarafından işgal edilmesinde bulunmaktadır.¹⁴ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 68/262 sayılı Kararı'na göre, Mart 2014'te Kırım Özerk Cumhuriyeti'nde düzenlenen referandumun geçerli değildir ve Rusya Federasyonu'nun "işgalci güç" olduğu belirtilmektedir.¹⁵ Kırım'ın ilhaki konusu tartışmalı olsa da Kırım'ın Rusya tarafından iş-

⁷ Rusya ve Ukrayna arasında Kerç Boğazı gerilimi tırmanıyor, Deutsche Welle Türkçe, 2018, <https://www.dw.com/tr/rusya-ve-ukrayna-aras%C4%B1nda-ker%C3%A7-bo%C4%9Faz%C4%B1-gerilimi-t%C4%B1rman%C4%B1yor/a-46448991> (e.t.03.03.2021).

⁸ James Kraska, The Kerch Strait Incident: Law of the Sea or Law of Naval Warfare?, Ejlitalk, 2018, s.1, <https://www.ejlitalk.org/the-kerch-strait-incident-law-of-the-sea-or-law-of-naval-warfare/> (e.t.07.03.2021).

⁹ Tensions Between Ukraine and Russia Boil Over in Sea of Azov as Chances for War Escalate, The Drive, 2018, <http://www.thedrive.com/the-war-zone/25101/tensions-betweenukraine-and-russia-boil-over-in-sea-of-azov-as-chances-for-war-escalate> (e.t.15.12.2021).

¹⁰ Ukraine Says Counterintelligence Officer Wounded in Sunday's Russia Clash, Reuters, 2018, <https://in.reuters.com/article/ukraine-crisis-russia-sbu/ukraine-sayscounterintelligence-officer-wounded-in-sundays-russia-clash-idINKCN1NW0PZ> (e.t.10.12.2021).

¹¹ Mathieu Boulegue, "In Sea of Azov Russia again tests its strength," Chatham House, 2018, <https://www.chathamhouse.org/expert/comment/sea-azov-russia-again-tests-itsstrength> (e.t.12.12.2021).

¹² Kraska, s.2.

¹³ Michael Cruickshank, "Investigating the Kerch Strait Incident," Bellingcat, 2018, <https://www.bellingcat.com/news/uk-and-europe/2018/11/30/investigating-the-kerch-straitincident/>(accessed); Himanil Raina, Legal Aspects of the 25th November, 2018 Kerch Strait Incident, National Maritime Foundation, 2018, s.6.

¹⁴ Alexander Lott, "The Passage Regimes of the Kerch Strait-To Each Their Own?," Ocean Development & International Law, Volume: 52, Number: 1, 2021, s.70.

¹⁵ United Nations General Assembly Resolution 68/262, A/RES68/262, April 1, 2014, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/68/262 (e.t.12.12.2021).; Raina, s.6.

gal edilmiş olduğu yönündeki baskın görüş desteklenmektedir.¹⁶ Rusya Federasyonu ve Ukrayna tarafından Sürekli Hakemlik Mahkemesi'nde¹⁷ (*International Court of Arbitration*) Kerç Boğazı'ndan geçişin barış zamanı gerçekleştiği belirtilmiştir.¹⁸

Ukrayna ve Rusya Federasyonu'nun 25 Kasım 2018 tarihinde ve sonrasında gerçekleşen olaylara ilişkin öne sürdükleri iddialar birbirinden farklıdır. Bu nedenle öncelikle tarafların yapmış olduğu resmi açıklamalar dikkate alınarak öne sürülen iddiaların incelenmesi gereklidir.

II. KERÇ BOĞAZI'NDAN GEÇİŞ SIRASINDA GERÇEKLEŞEN UYUŞMAZLIĞA İLİŞKİN TARAFLARIN İDDİALARI VE KARŞI İDDİALARI

A. UKRAYNA'NIN ÖNE SÜRDÜĞÜ İDDİALAR

Ukrayna Donanması'na göre, 25 Kasım 2018'de Rusya Federasyonu ile Ukrayna arasındaki Azak Denizi ve Kerç Boğazı'nın Kullanımına İlişkin İşbirliği Antlaşması uyarınca Ukrayna'ya ait gemiler Kerç Boğazı'ndan geçme niyetini Rus sınır servisinin kıyı karakoluna bildirmiştir. Ukrayna raporuna göre, "Bilgi iletildi, ancak yanıt verilmedi".¹⁹ Ukrayna, kendi gemilerinin Azak Denizi'ndeki hareketinin uluslararası hukuk kurallarına ve iki devlet arasındaki Azak Denizi'nin ortak kullanımına ilişkin 2003 İşbirliği Antlaşması'na uygun olduğunu savunmuştur.²⁰

Ukrayna, Rusya Federasyonu ile devam eden uluslararası silahlı çatışmaya rağmen Kerç Boğazı krizinin deniz savaşı hukukuna tabi olmadığını ve Rusya'nın eylemlerinin deniz hukuku ve *jus ad bellum*'u ihlal ettiğine ilişkindir.²¹ Ukrayna, Rusya'ya ait gemileri Birleşmiş Milletler Şartı'nı ve 1982 tarihli Birleşmiş Millet-

¹⁶ Schatz ve Koval, 2018.

¹⁷ Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine v. the Russian Federation), Case Number 2017-06, 16 September 2016, <https://pca-cpa.org/en/cases/149/> (e.t.22.09.2022).

¹⁸ Shatz ve Koval, 2019, s.276.

¹⁹ Andreas Nick, The Escalation of Tensions Around the Sea of Azov and the Kerch Strait and Threats to European Security, Committee on Political Affairs and Democracy, Parliamentary Assembly, Report Doc. 14811, 2019, <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=25348&lang=en> (e.t.05.12.2021); Ashish Kumar Sen, Russia-Ukraine Conflict Heats Up the Sea of Azov: Echoes of Russia's War With Georgia?, 2018, <https://www.atlanticcouncil.org/blogs/new-atlanticist/russia-ukraine-feud-heats-up-the-sea-of-azov/> (e.t.05.12.2021).

²⁰ Hüseyin Koyuncu, Rusya ile Ukrayna'yı Savaşın Eşiğine Getiren 'Kerç Boğazı Krizi' Nedir, Nasıl Başladı?, Euronews, 2018, <https://tr.euronews.com/2018/11/29/rusya-ile-ukrayna-arasinda-cikan-kercebogazi-krizi-hakinda-bilmeniz-gerekenler> (e.t.13.12.2021).

²¹ Valentin J. Schatz and Dmytro Koval, "Russia's Annexation of Crimea and the Passage of Ships Through Kerch Strait: A Law of the Sea Perspective", *Ocean Development & International Law*, Volume: 50, Number: 2-3, 2019, s.290, https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/00908320.2019.1605677?casa_token=gGPWHIPaBKOAAAAA:3Rp2m2szRn6yAkhHsfTuuCvvpvOnpYJHOH-OZOgHgQnjSUSZF614gzLJDYH-UW43RB6DSGqjlcj_1x4 (e.t.20.12.2021).

ler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nde (BMDHS) düzenlenen zararsız geçişin ve sey-rüsefer serbestisinin engellenmesini yasaklayan 38 ve 44. maddelerini ihlal ederek uluslararası hukuka aykırı şekilde kuvvet kullandığını belirtmektedir.²² Ukrayna, Rusya'nın Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 29/3314 sayılı kararının 3. maddesinin 3. paragrafı (abluka) ve 4. paragrafında (bir devletin deniz kuvvetlerine saldırı) tanımlandığı üzere bir saldırı eylemi gerçekleştirdiğini belirtmektedir.²³ Ukrayna Dışişleri Bakanlığı tarafından "Rus gemileri sey-rüsefer serbestisini ihlal etti ve Ukrayna donanma gemilerine karşı yasa dışı güç kullandığı" ileri sürülmüştür.²⁴

Ukrayna Parlamentosu (*Verkhovna Rada*) 26 Kasım 2018'de toplanarak sıkı-yönetim ilanını görüşmüştür.²⁵ Söz konusu tarihte, 10 Ukrayna bölgesinde 30 gün boyunca "Ukrayna'nın ulusal egemenliğini ve bağımsızlığını sağlamak için aşırı önlemlere ilişkin" bir yönerge ile sıkıyönetim ilan edilmiştir.²⁶ Ukrayna Devlet Başkanı gelişmelerin "Rusya'ya savaş ilan edilmesi" anlamına gelmediğini, "ila-nın sadece savunma amaçlı" olduğunu beyan etmiştir.²⁷

Kerç Boğazı krizinden kısa bir süre sonra Ukrayna, Uluslararası Deniz Hu-kuku Mahkemesi'ne yeni bir dava açarak, "BMDHS'nin 32, 58, 95 ve 96. mad-deleri kapsamında yabancı donanma gemilerine mutlak dokunulmazlık sağlama ve Rusya tarafından 24 Ukraynalı mürettebatın gözaltına alınması ve onlara karşı suç duyurusunda bulunma yükümlülüklerini ihlal ettiğini" belirtmiştir.²⁸ Ukray-na, "uyuşmazlığın askeri faaliyetlerle değil, daha çok kolluk operasyonu (*law enforcement activities*) ile ilgili olduğunu iddia etmiştir.²⁹ Mahkeme'nin 25 Hazir-an 2019'da verdiği geçici karara göre, Rusya alıkonulan gemileri ve mürettebatı "derhal serbest bırakmalı" ve Ukrayna'ya iade etmelidir.³⁰

²² Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation, "Foreign Ministry Statement," 26 November 2018, http://www.mid.ru/en/web/guest/maps/ua/-/asset_publisher/ktn0ZLTvbbS3/content/id/3420678 (e.t.20.12.2021).

²³ United Nations General Assembly Resolution 3314 (XXIX) Definition of Aggression, A/RES/29/3314, Twenty-ninth Session, 14.12.1974, A/RES/29/3314 - Definition of Aggression - UN Documents: Gathering a body of global agreements (un-documents.net) (e.t.15.03.2022).

²⁴ Sen, 2018.

²⁵ Naja Bentzen, "Russia-Ukraine Conflict Flares Up in the Azov Sea", European Parliamentary Research Service, European Parliament, 2018, s.1, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2018/630307/EPRS_ATA\(2018\)630307_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2018/630307/EPRS_ATA(2018)630307_EN.pdf) (e.t.11.12.2021).

²⁶ Nick, 2019.

²⁷ Deutsche Welle Türkçe; Rusya-Ukrayna krizi: Neler yaşandı?, BBC Türkçe, 2018, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-46342877> (e.t.03.03.2022).

²⁸ International Tribunal for the Law of the Sea, 25 June 2019, <https://www.itlos.org/cases/list-of-cases/case-no-26/> (e.t.15.03.2022).

²⁹ Nilüfer Oral, "Ukraine v. The Russian Federation: Navigating Conflict Over Sovereignty Under UNCLOS", International Law Studies, Stockton Center for International Law, Volume: 97, 2021, s.505.

³⁰ International Tribunal for the Law of the Sea, 2019.

B. RUSYA'NIN ÖNE SÜRDÜĞÜ KARŞI İDDİALAR

Rusya Federal Güvenlik Servisi, Ukrayna donanmasına ait gemilerin izinsiz olarak Rusya'ya ait karasularından geçtiklerini dolayısıyla Rusya sınırını ihlal ettiklerini belirtmiştir.³¹ Rusya'ya göre, Ukrayna gemileri Rusya karasularında yasa dışı manevralar yapmaya çalışmıştır. Ukrayna gemilerinin derhal durup, manevralarına son vermemeleri nedeniyle Rusya'ya ait gemiler, Rusya karasularında bulunan Ukrayna'ya ait gemileri zor kullanarak durdurup el koymuştur.³² Rusya, Kerç Boğazı olayının Ukrayna'ya ait savaş gemilerinin "Rus karasularına yasadışı yollardan girmeleri ve tehlikeli manevralar yaparken durma uyarılarını dikkate almamaları" nedeniyle meydana geldiğini belirtmiştir. Hukuki açıdan sorun, Rus karasularında başlamaktadır.³³ Kırım ilhakı sebebiyle Kırım'ın etrafını çevreleyen su alanının Rus karasularına ait olduğu iddiası mevcuttur.³⁴

Rusya, kendisine ait kuvvetlerin Ukrayna savaş gemilerinin Rusya'ya ait karasularından zararsız geçişle ilgili BMDHS'nin 19. ve 21. maddelerini ihlal etmesi üzerine ateş açtığını belirtmiştir.³⁵ Rusya, Kerç Boğazı'ndaki olayı "Ukrayna donanma gemilerinin Rusya Federasyonu'nun Karadeniz'deki karasularından barışçıl geçiş kurallarının ağır ihlali" olarak nitelendirmiştir.³⁶ Böylece Rusya, Kerç Boğazı olayının öncesi ve sonrasında uluslararası bir silahlı çatışmanın varlığını kabul etmiştir.

III. 2003 TARİHLİ AZAK DENİZİ VE KERÇ BOĞAZI'NIN KULLANIMINA İLİŞKİN İŞBİRLİĞİ ANTLAŞMASI'NIN ETKİSİ

A. 2003 TARİHLİ İŞBİRLİĞİ ANTLAŞMASI'NIN AMACI

Kerç Boğazı ve Azak Denizi'nin hukuki statüsün belirlenmesi amacıyla³⁷ 24 Aralık 2003'te Rusya Federasyonu ile Ukrayna arasında Azak Denizi ve Kerç Boğazı'nın Kullanımına İlişkin İşbirliği Antlaşması³⁸ imzalanmıştır.³⁹ 23 Nisan 2004'te ise Antlaşma, Ukrayna ve Rusya parlamentoları tarafından onaylanmıştır.

³¹ Sen, 2018.

³² "Passage through Kerch Strait Opens for Civilian Vessels After Ukraine Standoff," TASS, 26 November 2018, <http://tass.com/world/1032467>(e.t.02.02.2022).

³³ Endre Szénási, The Kerch Strait Incident: Why the 2003 Treaty Regulation the Azov Sea Rights has not been Terminated by Russia, 4.12.2018, s.2, <https://www.researchgate.net/publication/329403410> (e.t.15.01.2022).

³⁴ Szénási, s.2.

³⁵ Nick, 2019; Bentzen, s.2; Kraska, s.1.

³⁶ Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation, 2018.

³⁷ Nick, 2019.

³⁸ Schatz and Koval, Unofficial Translation.

³⁹ Kraska, s.1.

tır.⁴⁰ 2003'ten 2014'e kadar Ukrayna, Kerç Boğazı'nda güvenlik, yönetim, sey-rüsefer ve kılavuzdan sorumlu olmuştur.⁴¹ Antlaşma, Ukrayna ve Rusya'ya ait gemilerin Kerç Boğazı ve Azak Denizi'nden geçmelerine ve varış limanlarına girmelerine olanak tanımaktadır.⁴²

Kırım'ın Rusya Federasyonu tarafından işgali ile birlikte 2003 tarihli İşbirliği Antlaşması'nın uygulanmasına yönelik Rusya tarafından ihlallerde bulunulmaya başlanmıştır. Bunun nedenini, Rusya'nın Kırım'ı işgal etmesinin ardından Kerç Boğazı'ndan geçişin kontrolünü tek başına yapmak istemesi oluşturmaktadır.⁴³ Ayrıca Rusya, 2014 yılından itibaren Azak Denizi'nden geçen Ukrayna gemilerine sorunlar çıkarmakta olup, 2018 yılı itibariyle Ukrayna limanlarına gidip gelen gemilere kontrol uygulamaya başlamıştır.⁴⁴ Kerç Boğazı'nda Rusya'ya göre "paylaşılan" Ukrayna-Rusya su yolunu tamamen egemen Rusya'ya ait bir deniz alanı olarak muamele eden Rusya, 2014 yılında Kırım'ı ilhak etmesiyle, 2003 tarihli İşbirliği Antlaşması'nın artık geçerli olmadığını ileri sürmüştür. Ancak Rusya, 2003 tarihli İşbirliği Antlaşması'nı tek taraflı fesh ettiğini açıklamadan, Antlaşma'nın her iki tarafça da feshedilemeyeceğini ileri sürmüştür.⁴⁵ Kerç Boğazı ve Azak Denizi'nin hukuki statüsü Rusya ve Ukrayna bakımından ihtilafli durumdadır.⁴⁶ Her ne kadar Kerç Boğazı ve Azak Denizi'nin hukuki statüsü bir antlaşmanın varlığına rağmen ihtilafli olarak muamele görüyorsa da, 2003 tarihli İşbirliği Antlaşması hükümlerinin anlaşılmasıyla söz konusu ihtilafa ilişkin bir değerlendirme yapılabilecektir.

B. 2003 TARİHLİ İŞBİRLİĞİ ANTLAŞMASI'NIN ÖNGÖRDÜĞÜ DÜZENLEME

Antlaşma'nın Önsözü'nde, Rusya ve Ukrayna'yı herhangi bir sorunu yalnızca barışçıl yollarla, "ortak olarak veya anlaşma yoluyla" (yalnızca ikili temelde) çözüleceği belirtilmektedir.

Antlaşma'nın 1. maddesine göre "Kerç Boğazı'nın sularıyla ilgili sorunlar, taraflar arasında anlaşma ile çözülecektir."⁴⁷ 1. maddede aynı zamanda, "Azak

⁴⁰ Vladimir Socor, Azov Sea, Kerch Strait: Evolution of Their Purported Legal Status (Part One), Eurasia Daily Monitor, Volume: 15 Issue: 169, 3.12.2018, <https://jamestown.org/program/azov-sea-kerch-strait-evolution-of-their-purported-legal-status-part-one/> (e.t.02.03.2021).

⁴¹ Socor, Part Two, 2018.

⁴² Rusya, Kerç Boğazı'nı Altı Aylığına Kapatıyor, 16.04.2021, <https://www.lojiport.com/rusya-kercebogazini-alti-ayligina-kapatiyor-110306h.htm> (e.t.20.02.2022).

⁴³ Koyuncu, 2018.

⁴⁴ Ukraine-Russia Sea Clash: Who Controls the Territorial Waters Around Crimea?, BBC, 27.11.2018, <https://www.bbc.com/news/world-46345317> (e.t.).

⁴⁵ Vladimir Socor, Azov Sea, Kerch Strait: Evolution of Their Purported Legal Status (Part Three), Eurasia Daily Monitor Volume: 15 Issue: 173, 10.12.2018, <https://jamestown.org/program/azov-sea-kerch-strait-evolution-of-their-purported-legal-status-part-three/> (e.t.02.03.2022).

⁴⁶ Oral, s.489.

⁴⁷ Socor, Part One, 2018.

Denizi ve Kerç Boğazı, tarihsel olarak Rusya Federasyonu ve Ukrayna'nın içsularını oluşturur” hükmü düzenlenmektedir.⁴⁸

Azak Denizi'ndeki sınırla bağlantılı olarak ulusal alanlara (*national sectors*) atıfta bulunulmamakta ve Kerç Boğazı'nda herhangi bir sınırdan Antlaşma'da bahsedilmemektedir. 2003 tarihli İşbirliği Antlaşması'nın Rusya ile Ukrayna arasında öngördüğü deniz sınırı ise Azak Denizi'nde hiçbir zaman çizilmemiştir.⁴⁹

Ukrayna Dışişleri Bakanlığı “Rusya, Azak Denizi ve Kerç Boğazı'nın BMDHS'ye tabi olmadığını, Ukrayna ve Rusya'nın söz konusu alanları ‘ortak içsular’ olarak kabul ettiğini” belirtmiştir.⁵⁰ Ukrayna, Azak Denizi ve Kerç Boğazı'nı ortak bölge olarak belirleyen Antlaşma uyarınca Azak Denizi ve Kerç Boğazı'na serbest erişime sahip olduğunu belirtmektedir. Aşağıda Ukrayna'nın Rusya bakımından iddia ettiği ortak içsular kavramının ne anlama geldiği ve neden Rusya'nın Kerç Boğazı'na karasuları rejiminden başka içsular rejimine de tabi olabileceğine daha ayrıntılı şekilde açıklanacağında Sözleşme'nin hükümlerine yer verilen bu bölümde Rusya'nın Ukrayna ile yapmış olduğu Antlaşma'ya rağmen tek taraflı olarak Azak Denizi ve Kerç Boğazı alanlarına kendisine ait içsular olarak muamele etmesinin Rusya Federasyonu'nun eylemlerinin 2003 tarihli İşbirliği Antlaşması'nı ihlal ettiği belirtilmelidir.⁵¹

2(1). madde hem Rusya hem de Ukrayna donanma gemilerinin seyrüsefer serbestisi dahil olmak üzere Azak Denizi'nin deniz trafiği açısından serbestçe kullanılmasını sağlamaktadır. Her iki devletin ticaret gemileri (*merchant vessels*) ve savaş gemileri “Azak Denizi ve Kerç Boğazı'ndan serbest geçiş hakkına sahip olacaklardır.”⁵² Diğer bir deyişle, Rus bayrağı veya Ukrayna bayrağı altındaki ticaret gemileri ve savaş gemileri, Azak Denizi ve Kerç Boğazı'nda seyrüsefer serbestisine sahip olacaklardır.

2(1). madde uyarınca Ukrayna ve Rusya'ya ait savaş gemilerinin Azak Denizi ve Kerç Boğazı'nda seyrüsefer serbestisinden yararlanmaları düzenlendiğinden, Ukrayna gemilerinin Kerç Boğazı girişinde seyrüsefer serbestisinden yararlanmış olması, Rusya tarafından geçişin engellenmemiş olması gerekirdi.⁵³ Rusya, Kerç Boğazı ve Azak Denizi'nde bölgenin deniz alanlarının kontrolünü ele geçirerek uluslararası hukuku ve ikili anlaşmaları ihlal etmiştir.⁵⁴ Kerç Boğazı krizi, potansi-

⁴⁸ Nick, 2019.

⁴⁹ Socor, Part Two, 2018.

⁵⁰ Schatz and Koval, 2019, s.279.

⁵¹ BBC, 2018.

⁵² Nick, 2019; Cynthia J. Parmley and Raul Pete Pedrozo, “Russia’s Illegal Restriction of Navigation in the Black Sea”, 27.04.2021, <https://www.lawfareblog.com/russias-illegal-restriction-navigation-black-sea> (e.t.10.03.2022).

⁵³ Lott, s.72.

⁵⁴ Kristian Åtland, “Redrawing Borders, Reshaping Orders: Russia’s Quest for Dominance in the Black Sea Region”, *European Security*, Volume: 30, Number: 2, 2021, s.318.

yel olarak, Ukrayna'ya Antlaşma'yı feshetme veya askıya alma hakkı veren 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 60(1). maddesi bağlamında 2003 tarihli İşbirliği Antlaşması'nın ihlal edildiği ileri sürülebilir.⁵⁵ Silahlı Çatışmaların Antlaşmalar Üzerindeki Etkilerine İlişkin Taslak'ın 3. maddesi uyarınca⁵⁶, 2003 tarihli İşbirliği Antlaşması, söz konusu uyuşmazlığın silahlı bir çatışma teşkil ettiği varsayılsa bile *ipso facto* feshedilmiş veya askıya alınmış olarak kabul edilemeyeceğini belirtmektedir.⁵⁷ Ayrıca söz konusu olayda 2003 tarihli İşbirliği Antlaşması, taraf devletler tarafından askıya alınmamış veya feshedilmemiştir.⁵⁸

2(3). maddeye göre üçüncü devletlerin savaş gemileri, ticari olmayan amaçlarla işletilen devlet gemileri ve diğer devlet gemileri, “Tarafardan birinin daveti veya diğer tarafça onaylanan izniyle, bir limanına ziyaret veya iş amacıyla giriş yapıyorsa, Azak Denizi'ne girebilir ve Kerç Boğazı'ndan geçebilir.”⁵⁹ Diğer bir deyişle, yabancı bayraklı ticaret gemilerine Kerç Boğazı ve Azak Denizi'nden sadece Rusya veya Ukrayna limanlarına gitmeleri için geçiş hakkı verilmektedir. Yabancı gemilerin, Kerç Boğazı gemi trafik servisi (*vessel traffic service/VTS*) şartlarına göre Kerç Boğazı'nı geçmek için Rusya makamlarından önceden izin almak için başvurmaları gerekmektedir. Rusya Federasyonu'nun yetkilendirmeye dayalı Kerç VTS kuralları, Azak Denizi'ndeki Ukrayna limanlarına erişim arayan ticaret gemilerinin transit geçişini açıkça engellemektedir. Ukrayna veya Rus limanlarını ziyaret etme amacı taşımadan, Kerç Boğazı'nı geçme niyetinde olan yabancı ticaret gemileri, Azak Denizi'ne girme hakkına sahip değildir.⁶⁰ Bu nedenle, uygulamada, yabancı ticaret gemilerinin Azak Denizi'ne girmek amacıyla “serbest geçişe” sahip olup olmadığı sorgulanabilir.⁶¹ Yabancı bayraklı savaş gemileri ve devlet gemileri, Kerç Boğazı'ndan ve Azak Denizi'nden ancak Rusya veya Ukrayna'nın daveti veya izni üzerine ve diğer devletin anlaşmasına bağlı olarak geçebilir. Ancak, bu tür bir davet ve iznin usulü ve esasa ilişkin detayları ve olası sınırlamaları 2003 tarihli İşbirliği Antlaşması'nda yer almamaktadır.⁶²

3. maddeye göre Rusya ve Ukrayna, Azak Denizi ve Kerç Boğazı'ndaki deniz seferi, seyrüsefer, arama-kurtarma, balıkçılık, deniz çevresinin korunması ve

⁵⁵ Lott, s.80.

⁵⁶ Draft Articles on the Effects of Armed Conflicts on Treaties, with Commentaries, Report of the International Law Commission on the Work of Its Sixty-third Session, United Nations, 2011, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_10_2011.pdf (e.t.31.01.2022).

⁵⁷ General Assembly Resolution A/RES/66/99, 27.02.2012, <https://undocs.org/en/%20A/RES/66/99> (e.t.).

⁵⁸ Lott, s.80.

⁵⁹ Nick, 2019.

⁶⁰ Lott, s.76.

⁶¹ Lott, s.75.

⁶² Schatz and Koval, 2019, s.285.

diğer konularla ilgili tüm sorunları, ya mevcut antlaşmalar temelinde ya da yeni antlaşmalar yaparak düzenleyecektir.⁶³ Diğer bir deyişle, Antlaşma, Boğaz'daki Rusya ve Ukrayna arasındaki deniz işbirliğinin BMDHS gibi “mevcut antlaşmaların uygulanmasıyla” uluslararası hukuka uygun olarak yönetilmesi gereğini şart koşmaktadır. Bu bağlamda Rusya, BMDHS kapsamındaki yükümlülüklere uymayarak 2003 tarihli İşbirliği Antlaşması'nı ihlal etmiştir.⁶⁴

4. maddeye göre bu Antlaşma'nın yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin herhangi bir uyuşmazlık, “Taraflarca seçilen diğer barışçıl yollarla” çözülecektir. Antlaşma, uluslararası hukuka veya BMDHS'ne atıfta bulunmamakla birlikte, herhangi bir ulusal deniz alanından veya münhasır ekonomik bölgeden (MEB) bahsetmemektedir. Tamamen iki taraflı çözüm dışında herhangi bir üçüncü taraf tahkimini de öngörmemektedir. Antlaşma'da geçerlilik süresine, sona erme tarihine ve Antlaşma'yı sona erdirmeye ilişkin herhangi bir usul düzenlenmemiştir.⁶⁵

2003 tarihli İşbirliği Antlaşması uyarınca Azak Denizi ve Kerç Boğazı, Ukrayna ve Rusya'nın tarihsel olarak içsuları olduğuna yer verilmiştir. Azak Denizi ve Kerç Boğazı, Ukrayna'nın bağımsızlığından önce Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'ne (SSCB) ait bir körfez olarak içsular rejimine tabiydi. Ukrayna'nın Sovyetler Birliği'nden bağımsız olduğu 24 Ağustos 1991 tarihi sonrası döneme geçilmesi ile tek bir devlete ait olan içsular rejimi uygulaması sonlanmıştır. Rusya'nın görüşüne göre Kerç Boğazı ve Azak Denizi'nin Ukrayna ve Rusya'nın egemenlik anlamında ortak içsularıdır. Rusya'nın söz konusu görüşü savunmasının nedeni Azak Denizi ve Kerç Boğazı'nda bulunan su alanının BMDHS kapsamına girmesinin önlenmesidir. Ukrayna, Rusya'nın “Azak Denizi ve Kerç Boğazı'nı iki devletin ortak içsuları olarak değerlendirmekte” ve 2003 tarihli İşbirliği Antlaşması'nda belirtildiği üzere taraflar arasında daha sonradan yapılacak bir antlaşma ile içsular üzerindeki egemen sınırların belirlenmesi gereğini savunmaktadır.⁶⁶ Diğer bir deyişle Azak Denizi'nin taraflar arasında yapılacak bir antlaşma ile sınırlandırılacağı ve Kerç Boğazı'ndaki su alanına ilişkin uyuşmazlıkların taraflar arasında antlaşma ile çözüleceği belirlenmiştir. Dolayısıyla, 2003 tarihli İşbirliği Antlaşması ve BMDHS bağlamında Ukrayna ve Rusya'nın Azak Denizi ve Kerç Boğazı'nda seyrüsefer serbestisi bulunmaktadır.⁶⁷ Kerç Boğazı'nı

⁶³ Socor, Part One, 2018.

⁶⁴ Kraska, s.2.

⁶⁵ Socor, Part One, 2018.

⁶⁶ Valentin Schatz and Dmytro Koval, “Insights from the Bifurcation Order in the Ukraine vs. Russia Arbitration under Annex VII of UNCLOS”, 6 September 2018, <https://www.ejiltalk.org/insights-from-the-bifurcation-order-in-the-ukraine-vs-russia-arbitration-under-annex-vii-of-unclos/> (e.t.23.09.2022).

⁶⁷ European Parliament Resolution, Situation in the Sea of Azov, (2018/2870(RSP)), P8_TA(2018)0435, 25 October 2018, European Parliament, 2014-2019, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0435_EN.pdf?redirect (15.03.2022).

tek taraflı olarak ve aniden kapatması, Ukrayna'nın Azak Denizi'nde bulunan iki limanına erişimini engellemesiyle Rusya, 2003 tarihli İşbirliği Antlaşması kapsamındaki yükümlülüklerini ihlal etmektedir.⁶⁸

Rusya ve Ukrayna'nın Kerç Boğazı üzerindeki egemenlik iddialarını 2003 tarihli İşbirliği Antlaşması'nda söz konusu su alanını içsular rejimine dahil etmiş olsalar da tarihi bakımdan söz konusu su alanının içsular olduğu iddiası diğer devletler tarafından kabul edilmediği gibi olayın haklar ve yükümlülükler (*duty*) bağlamında⁶⁹ BMDHS'de belirlenmiş olan tarafların karasularında meydana geldiğini iddiasının da incelenmesi gereklidir.

IV. DENİZ HUKUKU KAPSAMINDA KERÇ BOĞAZI KRİZİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Uluslararası deniz hukuku, kıyı devletleri arasındaki ilişkileri yöneten, devletlerin deniz alanlarındaki hak ve yükümlülüklerini belirleyen normlar bütünüdür. Deniz hukuku, devletlerin deniz alanlarındaki yetkilerini yöneten uluslararası hukukun kapsamlı bir kodlamasını oluşturur.⁷⁰

2018 yılında gerçekleşen Kerç Boğazı olayı, Rusya Federasyonu tarafından, Kerç Boğazı ve Azak Denizi'ndeki gemilerin geçişine getirdiği engellere dayanmaktadır. Rusya'nın seyrüseferini engellediği Ukrayna gemilerinin savaş gemisi olması nedeniyle söz konusu gemilere müdahale edilemeyeceğinin yanı sıra, Kerç Boğazı'nın uluslararası boğaz statüsüne sahip olup olmadığına yönelik argümanlar bulunmaktadır. Bu nedenle savaş gemilerinin dokunulmazlığı ve Kerç Boğazı'nın hukuki statüsünün belirlenmesi olayın analiz edilmesinde önemlidir.

A. KERÇ BOĞAZI'NIN STATÜSÜ

Rusya Federasyonu ve Ukrayna arasındaki Kerç Boğazı krizindeki uyuşmazlık konularından birini Boğaz'ın statüsünü tarafların farklı şekilde yorumlaması oluşturmaktadır. Ukrayna gemilerinin eylemleri Kerç Boğazı'nı geçme girişimlerinden vazgeçerek geri dönmeleri ve güç kullanıldığında yelken açmalarıyla ilgili olduğundan, Rusya'nın uyguladığı kuvvet, askeri bir operasyondan ziyade bir kolluk operasyonu olarak nitelendirilmiştir.⁷¹ Söz konusu uyuşmazlık, askeri nitelikte olmayıp savaş gemilerinin geçişine ilişkindir ve Kerç Boğazı'nın statüsünden kaynaklanan bir uyuşmazlıktır.⁷² Ukrayna'ya ait gemiler herhangi bir şekilde Rusya kıyılarına veya Rusya'ya ait devlet gemilerine kuvvet kullanmamıştır.

⁶⁸ Parmley and Pedrozo, 2021; Szénási, s.3.

⁶⁹ Kraska, s.2.

⁷⁰ Michelle Viandy Huang, "The Kerch Strait Incident: Is There a Breach of International Law?", Legal Standing: Jurnal Ilmu Hukum, Volume: 4, Number: 1, 2020.

⁷¹ Oral, s.506.

⁷² Oral, s.505.

Kerç Boğazı'ndaki su alanının Rusya'nın karasularına dahil olan bir su alanı olması, Boğaz'ın açık denizin bir parçasını oluşturan münhasır ekonomik bölge barındıran bir su alanı olduğu veya Rusya ve Ukrayna'nın ortak içsularını oluşturduğu şeklindeki statü ihtimalleri tarafların öznel yorumları içermektedir. Üç durum da ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.

BMDHS'nin 19. maddesinin 1. paragrafında “zararsız geçiş”in tanımına yer verilmektedir. Buna göre geçiş, kıyı devletinin barışına, düzenine veya güvenliğine zarar vermedikçe zararsız olarak kabul edilmelidir. 19. maddenin 2. paragrafı uyarınca kıyı devletinin karasuları içerisinde yabancı bayraklı bir geminin ne tür eylemlerinin geçişi zararlı hale getirdiği düzenlenmektedir. Söz konusu hükme göre bir kıyı devletinin karasularında bulunduğu sırada yabancı bayraklı bir gemi kıyı devletinin savunmasına veya güvenliğine zarar vermeyi amaçlayan her tür propagandada bulunması, kıyı devletinin savunmasına veya güvenliğine zarar verecek şekilde bilgi toplaması, herhangi bir tip silahla deneme veya manevralar yapması, kıyı devletinin egemenliğine, toprak bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı tehdide veya kuvvete baş vurma, her türlü uçağın uçurulması, güverteye indirilmesi veya gemiye alınması, her türlü askeri makinaların uçurulması, güverteye indirilmesi veya gemiye alınması, kıyı devletinin gümrük, maliye, sağlık veya göç konularındaki kurallarına aykırı bir şekilde mal, para veya kişilerin gemiye alınması veya gemiden çıkartılması, BMDHS'ne aykırı olarak isteyerek ağır kirlenmeye sebebiyet verilmesi, balık avlanması, araştırma ve ölçüm faaliyetlerinde bulunması, kıyı devletinin herhangi bir haberleşme sisteminin veya diğer herhangi bir deniz teçhizat veya tesisinin işleyişini engelleyecek her türlü faaliyette bulunulması ve son olarak geçişle doğrudan ilgisi bulunmayan diğer her çeşit faaliyette bulunulması şeklindedir. Kerç Boğazı'ndaki su alanının Rusya karasuları içinde olduğuna ilişkin görüş ele alındığında, Rusya karasularından geçmekte olan Ukrayna bayraklı gemilere Rusya'nın eylemi, BMDHS'nin 19. maddesinde belirtilen zararsız geçişe aykırı hareket etmeyen Ukrayna gemilerinin zararsız geçiş hakkının ihlalidir. Rusya karasularının Ukrayna karasuları ile çakışması durumunda ise söz konusu deniz alanı aynı zamanda Kerç Boğazı'nın merkez alanını oluşturacağından, Rusya'nın Ukrayna'ya dayattığı zorunlu kılavuzluk uygulaması BMDHS'nin 21. maddesinde düzenlenmemiştir. Rusya, Uluslararası Denizcilik Örgütü'ne üye devletler tarafından böyle bir gereklilik kabul edilmedikçe Kerç Boğazı üzerinde yabancı bayraklı gemiler için geçerli olmayan kılavuzluğu herhangi bir dayanağı olmadan zorunlu tutarak uygulamaya çalışmıştır. Uluslararası Denizcilik Örgütü herhangi bir kılavuzluk şartı benimsemediğinden, Ukrayna gemileri Kerç Boğazı'nda seyrüsefer serbestisine sahiptir.⁷³

⁷³ Kraska, s.3.

Ağırlıklı olarak Ukrayna ve Rus gemileri tarafından kullanılan Kerç Boğazı'nın BMDHS'nin 37. maddesi uyarınca “uluslararası seyrüsefer için” kullanılıp kullanılmadığı tartışmalıdır. Kerç Boğazı'nın uluslararası boğaz statüsünde olduğuna ilişkin yapılacak değerlendirmede öncelikle BMDHS'deki kural-lara değinilmelidir. Gemiler, uluslararası seyrüsefer için kullanılan boğazlardan geçerken “transit geçiş”ten yararlanma hakkına sahiptir. Transit geçiş, özellikle BMDHS'nin 38. maddesinde tanımlanmıştır. Bu hak, gemilere uluslararası seyrüsefer için kullanılan herhangi bir boğazdan geçiş serbestisi sağlamaktadır. Transit geçiş hakkı, savaş gemileri ve devlete ait ticari gemiler için de kısıtlama olmaksızın geçerlidir. Kerç Boğazı; Karadeniz'i Azak Denizi'ne bağladığından BMDHS'nin 37. maddesi uyarınca uluslararası seyrüsefer için kullanılan bir boğaz olarak kabul edilmesi durumunda Rusya'nın Boğazı kapatması BMDHS'nin 38. maddesinde düzenlenen transit geçiş hakkını ihlal etmektedir, bunun nede-ninde Kerç Boğazı'nın 37. madde uyarınca uluslararası seyrüsefer için kullanılan bir boğaz olarak kabul edilmesi bulunmaktadır. Her iki devletin de taraf olduğu BMDHS'nin 37. maddesindeki hükümlere göre Kerç Boğazı'nda yürürlükte ol-ması gereken transit geçiş hakkının ihlalidir.⁷⁴

Azak Denizi'nde MEB/açık deniz alanının varlığı, Kerç Boğazı'nı BMDHS'nin 37. maddesi kapsamında açık denizin veya bir münhasır ekonomik bölgenin bir bölümü ile açık denizin veya bir münhasır ekonomik bölgenin di-ğeri bölümü arasında uluslararası seyrüsefer için kullanılan bir boğaz haline ge-tirecektir. Boğaz, Ukrayna ve Rusya'nın karasuları ile tamamen kaplanıyor ve Azak Denizi ile Karadeniz'deki iki MEB bölgesini birbirine bağlamaktadır. Aynı zamanda, uluslararası ticaret yapan gemiler tarafından da yaygın olarak kulla-nılmaktadır. Bu nedenle su yolu, transit geçiş rejiminin geçerli olduğu ulusla-rarası bir boğazın hem coğrafi hem de işlevsel kriterlerini karşılamaktadır. 44. madde, kıyı devletlerinin transit geçişi askıya alamayacağını düzenlemektedir. Bu nedenle, Kerç Boğazı transit geçiş rejimi tarafından yönetiliyorsa, Rusya'nın boğazı kapatması ve Azak Denizi'ne erişimi BMDHS'ne aykırıdır.⁷⁵ Bir boğazın “uluslararası seyrüsefer için kullanılıp kullanılmadığı” dar yorumlanmamalı ve bu nedenle Kerç Boğazı bu kategoriye girmelidir.

Azak Denizi ve Kerç Boğazı'nın Rusya ve Ukrayna'nın içsuları olduğundan hareketle transit geçiş rejiminin Kerç Boğazı'nda uygulanamaz olduğuna ilişkin görüş İşbirliği Antlaşması'nın ihlalini gündeme getirmektedir.⁷⁶ Ortak içsular ola-rak kabul edilen durumda, BMDHS'nin III. Bölümü'nde yer alan boğazlar rejimi Kerç Boğazı için geçerli olmayacaktır. Eğer sular ortak içsularsa, BMDHS'nin

⁷⁴ Lott, s.77.

⁷⁵ Parmley and Pedrozo, 2021.

⁷⁶ Schatz and Koval, 2019, s.290.

III. Bölümü'nde yer alan 37 ve 45(1). maddelerde tanımlanan boğazlar, içsular yerine bir veya daha fazla kıyı devletinin karasularından oluşan boğazlarda uygulanmaktadır. 35(a). madde uyarınca uluslararası bir boğazda içsular alanları olabileceği ve bu içsular alanlarının boğazları düzenleyen BMDHS'nin öngördüğü rejimden etkilenmediğini belirtmektedir. Deniz alanının ortak içsuları oluşturması durumunda, BMDHS'nin 45(1)(b). maddesi askıya alınamayan zararsız geçişi hariç tutmaktadır. Bunun nedenini söz konusu hakkın sadece bir devletin açık deniz/MEB bölgesini başka bir devletin karasularına bağlayan boğazlar bakımından geçerli olup içsuları kapsamamasından ileri gelmektedir. Askıya alınamayan zararsız geçiş hakkının bulunduğu boğazları belirten hüküm, ortak içsulara sahip birden fazla devletin söz konusu olduğu bir körfez gibi *sui generis* durumları ön görmemektedir. Azak Denizi ve Kerç Boğazı söz konusu durumda açık denizden ve her iki devletin deniz alanlarından oluşan bir sınır körfezini içereceğinden, Ukrayna ve üçüncü devletler, BMDHS 38(1). madde uyarınca Kerç Boğazı'ndan transit geçiş hakkına veya 45(1)(b). madde uyarınca askıya alınamayan zararsız geçiş hakkına sahip olacaktır.⁷⁷

B. SAVAŞ GEMİLERİNE TANINAN EGEMEN BAĞIŞIKLIK

Kerç Boğazı krizine dair iddialardan bir diğerini Rusya Federasyonu tarafından Ukrayna donanma gemilerine el konulması ve alıkonulmasının BMDHS uyarınca yabancı donanma gemilerine ilişkin 32, 58 ve 96. maddelerindeki yükümlülüklerini ihlal ettiği yönündedir.⁷⁸ Ukrayna, deniz kuvvetlerine ait gemi ve askerlerin Kasım 2018'de tutuklanmasına ilişkin Rusya'nın deniz hukukunun temel ilkesinden biri olan BMDHS tarafından düzenlenen savaş gemilerinin sahip olduğu dokunulmazlığı ihlal ettiğini belirtmiştir.⁷⁹ Söz konusu iddianın deniz hukukunda yer alan kurallar kapsamında incelenmesi Ukrayna'nın ileri sürdüğü iddiaların hukuki yönden haklılığını ortaya koyacaktır.

BMDHS'nin 29. maddesinde savaş gemilerinin tanımı düzenlenmiştir. Bu hükme göre silahlı kuvvetlere ait gemiler; kendi uyruğundaki bu tür gemileri ayırt eden dış işaretleri taşıyan; Devletin hükümeti tarafından usulüne uygun olarak görevlendirilen ve adı uygun hizmet listesinde veya eşdeğerinde görünen bir memurun komutası altında ve düzenli silahlı kuvvetler disiplini altındaki bir mürettebat tarafından yönetilen gemiler savaş gemisi olarak kabul edilmektedir. BMDHS'nin 95. maddesi, açık denizlerde faaliyet gösteren bir savaş gemisi-

⁷⁷ Schatz and Koval, 2019, s.287.

⁷⁸ Oral, s.503.

⁷⁹ Kerch Crisis: Ukraine Insists that Russia Violated Fundamental Principle of Maritime Law, Ukrainian Multimedia Platform for Broadcasting, 12.10.2021, <https://www.ukrinform.net/rubric-politics/3331742-kerch-crisis-ukraine-insists-that-russia-violated-fundamental-principle-of-maritime-law.html> (e.t.02.03.2022).

nin bayrak devleti dışındaki herhangi bir devletin yargı yetkisinden 96. maddede düzenlendiği şekilde mutlak şekilde muaf olduğunu belirtir. Savaş gemileri, BMDHS'nin 32. maddesinde belirtildiği gibi egemen bağımsızlık ile korunmaktadır ve bu nedenle dokunulmazdır; hiçbir ulus savaş gemileri üzerinde yetki kullanamaz ve elkoyulması (*capture*) veya durdurulmaları (*arrest*) hukuka aykırıdır.

BMDHS'nin 32. maddesine göre savaş gemileri başka bir devletin karasularında bulunduğu sırada da egemen bağımsızlığa sahiptir. Diğer bir deyişle, bir devlet hiçbir koşulda yabancı bir savaş gemisine el koyamaz. Ukrayna'nın iddia ve Rusya'nın itiraz ettiği üzere, Ukrayna'ya ait gemiler zararsız geçiş yapıyorsa, Rusya'nın bu geçişe müdahale etme hakkı bulunmamaktadır.⁸⁰ Herhangi bir savaş gemisi, kıyı devletinin karasularından geçişle ilgili kanun ve düzenlemelerine riayet etmezse, başka bir deyişle karasularında zararsız geçiş rejimini ihlal ederse, kıyı devleti sadece BMDHS'nin 32. maddesi uyarınca savaş gemisinin derhal karasularını terk etmesini ister.⁸¹ Ukrayna gemilerine yapılan eylem, Rus işgali altında olan bir bölgede gerçekleşmesine rağmen, Ukrayna karasularında meydana gelmektedir.⁸² Dolayısıyla Kerç Boğazı olayında, Ukrayna'nın savaş gemileri Rus karasularına girdiği takdirde, Rusya sadece yabancı savaş gemilerinin karasularını terk etmesini talep edebilirdi, bu nedenle, Rusya'nın yabancı savaş gemilerine el koyması BMDHS ihlalini teşkil etmektedir.⁸³

Olayın Ukrayna'ya ait karasularında meydana geldiğinden hareketle, Rusya'ya ait savaş gemilerinin, Ukrayna egemenliği altındaki bir alanda zararsız geçişini ihlal etmiş olmaktadır. Doktrindeki genel görüş, kıyı devletlerinin yabancı bir savaş gemisinin karasularını terk etmesini zorunlu kılmak için atabilecekleri yasal adımların, bu görüş evrensel olmasa da, kuvvet kullanımını içermediği yönündedir. Rusya'nın Ukrayna gemilerinin zararsız geçişte olmadığı iddiası kabul edildiğinde, Rusya'nın savaş gemileri üzerinde yargı yetkisi olduğu iddiasının hukuki dayanağı bulunmamaktadır.⁸⁴

SONUÇ

Ukrayna'ya ait savaş gemilerinin Rusya karasularını ihlal ettiği gerekçesiyle Kerç Boğazı yakınlarında Rusya'ya ait savaş gemileri müdahale etmiştir. Yapılan müdahale Ukrayna ve Rusya'ya ait gemilerin Azak Denizi'nin ortak kullanımını

⁸⁰ David Larter, Experts Say Russia's Actions in the Kerch Strait Were Illegal, Defence News, 30.11.2018, <https://www.defensenews.com/naval/2018/11/30/even-if-you-believe-russias-story-its-actions-in-the-kerch-strait-were-illegal-experts-say/> (e.t.15.03.2022).

⁸¹ Larter, 2018.

⁸² Kraska, s.3.

⁸³ Larter, 2018.

⁸⁴ Kraska, s.4.

nı düzenleyen 2003 tarihli Azak Denizi ve Kerç Boğazının Kullanımına İlişkin İşbirliği Antlaşması'nı ihlal etmiştir. Rusya tarafından söz konusu Antlaşma tek taraflı şekilde resmi olarak askıya alınmasa da askıya alınmış şekilde muamele görmüştür.

Kırım'ın Rusya tarafından uluslararası hukuka aykırı şekilde ilhak edilmesiyle Azak Denizi'ne ulaşımın sağlandığı tek su yolu olan Kerç Boğazı krizinde Kırım'ı çevreleyen karasularının hangi devletin deniz ülkesini oluşturduğuna ilişkin bir belirsizlik ortaya çıkmıştır. Rusya, söz konusu su alanının tamamen Rusya'ya ait içsuları teşkil ettiğini belirtmiş ve bu durumu Ukrayna'ya zorla uygulamıştır. Rusya'nın Ukrayna ile yapmış olduğu Antlaşma'ya rağmen tek taraflı olarak Azak Denizi ve Kerç Boğazı'na sadece kendisine ait içsular olarak muamele etmesi 2003 tarihli İşbirliği Antlaşması'nın ihlalidir. Rus bayrağı veya Ukrayna bayrağı altındaki ticaret gemileri ve savaş gemileri, Azak Denizi ve Kerç Boğazı'nda seyrüsefer serbestisine sahip olacaklardır. Antlaşma uyarınca Ukrayna ve Rusya'ya ait savaş gemilerinin Azak Denizi ve Kerç Boğazı'nda seyrüsefer serbestisinden yararlanmaları düzenlendiğinden, Ukrayna gemilerinin Kerç Boğazı girişinde seyrüsefer serbestisinden yararlanmış olması, bu nedenle, Rusya tarafından geçişin engellenmemiş olması gerekirdi. Rusya, Kerç Boğazı ve Azak Denizi'nde bölgenin deniz alanlarının kontrolünü ele geçirerek uluslararası hukuku ve ikili anlaşmaları ihlal etmiştir. Antlaşma, Boğaz'daki Rusya ve Ukrayna arasındaki deniz işbirliğinin BMDHS gibi "mevcut antlaşmaların uygulanmasıyla" uluslararası hukuka uygun olarak yönetilmesi gerektiğini şart koşmaktadır. Bu bağlamda Rusya, BMDHS kapsamındaki yükümlülüklere uymayarak 2003 tarihli İşbirliği Antlaşması'nı ihlal etmiştir. Azak Denizi'nin kullanımını her ne kadar ikili bir antlaşma ile düzenlenmiş olsa da Kerç Boğazı'nın uluslararası bir boğaz statüsünde olduğu tespit edilmiştir. Rusya'nın Kerç Boğazı'ndan geçişini engellediği Ukrayna'ya ait zararsız geçiş yapmakta olan savaş gemilerine müdahale etmesi uluslararası hukukta savaş gemilerinin sahip olduğu dokunulmazlığı ihlal etmiştir.

KAYNAKÇA

Makaleler

- Åtland, K., “Redrawing Borders, Reshaping Orders: Russia’s Quest for Dominance in the Black Sea Region, European Security”, Volume: 30, Number: 2, 2021, ss.305-324.
- Bentzen, N., “Russia-Ukraine Conflict Flares Up in the Azov Sea”, European Parliamentary Research Service, European Parliament, 2018, ss.1-2, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2018/630307/EPRS_ATA\(2018\)630307_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2018/630307/EPRS_ATA(2018)630307_EN.pdf) (e.t.11.12.2021).
- Boulegue, M., “In Sea of Azov Russia again tests its strength,” Chatham House, 2018, <https://www.chathamhouse.org/expert/comment/sea-azov-russia-again-tests-itsstrength> (e.t.12.12.2021).
- Cruickshank, M., “Investigating the Kerch Strait Incident,” Bellingcat, 2018, <https://www.bellingcat.com/news/uk-and-europe/2018/11/30/investigating-the-kerch-straitincident/> (e.t.15.03.2022).
- Huang, M. V., “The Kerch Strait Incident: Is There a Breach of International Law?”, Legal Standing: Jurnal Ilmu Hukum, Volume: 4, Number: 1, 2020, ss.57-75.
- Kraska, J., “The Kerch Strait Incident: Law of the Sea or Law of Naval Warfare?”, Ejiltalk, 2018, <https://www.ejiltalk.org/the-kerch-strait-incident-law-of-the-sea-or-law-of-naval-warfare/> (e.t.07.03.2021).
- Lott, A., “The Passage Regimes of the Kerch Strait-To Each Their Own?”, Ocean Development & International Law, Volume: 52, Number: 1, 2021, ss.64-92.
- Oral, N., “Ukraine v. The Russian Federation: Navigating Conflict over Sovereignty under UNCLOS”, International Law Studies, Stockton Center for International Law, Volume: 97, 2021, ss.478-508.
- Parmley, C. J. and Pedrozo, R. P., “Russia’s Illegal Restriction of Navigation in the Black Sea”, 2021, <https://www.lawfareblog.com/russias-illegal-restriction-navigation-black-sea> (e.t.10.03.2022).
- Raina, H., “Legal Aspects of the 25th November, 2018 Kerch Strait Incident”, National Maritime Foundation, 2018, ss.161-169.
- Schatz, V. J. and Koval, D., “Insights from the Bifurcation Order in the Ukraine vs. Russia Arbitration under Annex VII of UNCLOS”, 6 September 2018, <https://www.ejiltalk.org/insights-from-the-bifurcation-order-in-the-ukraine-vs-russia-arbitration-under-annex-vii-of-unclos/> (e.t.23.09.2022).
- Schatz, V. J. and Koval, D., “Russia’s Annexation of Crimea and the Passage of Ships Through Kerch Strait: A Law of the Sea Perspective”, Ocean Development & International Law, Volume: 50, Number: 2-3, 2019, ss.275-297.
- Schatz, V. J. and Koval, D., “Ukraine v. Russia: Passage through Kerch Strait and the Sea of Azov, Part I: The Legal Status of Kerch Strait and the Sea of Azov”, *Völkerrechtsblog*, 2018, <https://voelkerrechtsblog.org/ukraine-v-russia-passage-through-kerch-strait-and-the-sea-of-azov/> (e.t.15.03.2021).

- Sen, A. K., "Russia-Ukraine Conflict Heats Up the Sea of Azov: Echoes of Russia's War With Georgia?", 2018, <https://www.atlanticcouncil.org/blogs/new-atlanticist/russia-ukraine-feud-heats-up-the-sea-of-azov/> (e.t.05.12.2021).
- Socor, V., "Azov Sea, Kerch Strait: Evolution of Their Purported Legal Status (Part One)", Eurasia Daily Monitor, Volume: 15 Issue: 169, 2018, <https://jamestown.org/program/azov-sea-kerch-strait-evolution-of-their-purported-legal-status-part-one/> (e.t.02.03.2021).
- Socor, V., "Azov Sea, Kerch Strait: Evolution of Their Purported Legal Status (Part Two)", Eurasia Daily Monitor Volume: 15, Issue: 171, 2018, <https://jamestown.org/program/azov-sea-kerch-strait-evolution-of-their-purported-legal-status-part-two/> (e.t.02.03.2021).
- Socor, V., "Azov Sea, Kerch Strait: Evolution of Their Purported Legal Status (Part Three)", Eurasia Daily Monitor Volume: 15 Issue: 173, 2018, <https://jamestown.org/program/azov-sea-kerch-strait-evolution-of-their-purported-legal-status-part-three/> (e.t.02.03.2021).
- Szénási, E., "he Kerch Strait Incident: Why the 2003 Treaty Regulation the Azov Sea Rights has not been Terminated by Russia", 2018, ss.1-5, [https://www.researchgate.net/publication/329403410_\(e.t.15.01.2022\)](https://www.researchgate.net/publication/329403410_(e.t.15.01.2022)).
- Talmon, S., "Germany Mistakenly Considers Russia's Restrictions on Navigation of Warships in the Black Sea to Be 'Very Problematic' and 'Contrary to International Law'", German Practice in International Law, 2021, <https://gpil.jura.uni-bonn.de/2021/05/germany-mistakenly-considers-russias-restrictions-on-navigation-of-warships-in-the-black-sea-to-be-very-problematic-and-in-part-contrary-to-international-law/> (e.t.02.01.2022).

Kararlar

- United Nations General Assembly Resolution 68/262, A/RES/68/262, April 1, 2014, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/68/262 (e.t.02.02.2022).
- European Parliament Resolution, Situation in the Sea of Azov, (2018/2870(RSP)), P8_TA(2018)0435, 25 October 2018, European Parliament, 2014-2019, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0435_EN.pdf?redirect (e.t.15.02.2022).
- United Nations General Assembly Resolution, A/RES/66/99, 27.02.2012, <https://undocs.org/en/%20A/RES/66/99> (e.t.12.12.2021).
- United Nations General Assembly Resolution 3314 (XXIX) Definition of Aggression, A/RES/29/3314, Twenty-ninth Session, 14.12.1974, A/RES/29/3314 - Definition of Aggression - UN Documents: Gathering a body of global agreements (un-documents.net) (e.t.15.03.2022).

Raporlar

- Draft Articles on the Effects of Armed Conflicts on Treaties, with Commentaries, Report of the International Law Commission on the Work of Its Sixty-third Session, United Nations, 2011, ss.108-130, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_10_2011.pdf (e.t.31.01.2022).

Statement of the Ministry of Foreign Affairs of Ukraine on Russia's armed provocation in the Black Sea and the Sea of Azov, Ministry of Foreign Affairs of Ukraine, November 25, 2018, <https://mfa.gov.ua/en/press-center/news/68875-zajava-mzs-shhodo-zbrojnoji-provokacijirosiji-u-chornomu-ta-azovsykomu-mori> (e.t.15.03.2022).

Nick, Andreas, The Escalation of Tensions Around the Sea of Azov and the Kerch Strait and Threats to European Security, Committee on Political Affairs and Democracy, Parliamentary Assembly, Report Doc. 14811, 2019, <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=25348&lang=en> (e.t.05.12.2021).

Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation, "Foreign Ministry Statement," 26 November 2018, http://www.mid.ru/en/web/guest/maps/ua/-/asset_publisher/ktn0ZLTvbbS3/content/id/3420678 (e.t.20.12.2021).

Antlaşma

Schatz, Valentin J. and Koval, Dmytro, Agreement between the Russian Federation and Ukraine on Cooperation in the Use of the Sea of Azov and the Kerch Strait, Unofficial Translation, <https://www.jura.uni-hamburg.de/die-fakultaet/professuren/proelss/dateien-valentin/agreement-sea-of-azov> (e.t.10.03.2021).

Mahkeme Kararları

Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine v. the Russian Federation), Case Number 2017-06, 16 September 2016, <https://pca-cpa.org/en/cases/149/> (e.t.22.09.2022).

International Tribunal for the Law of the Sea. United Nations Convention on the Law of the Sea, 16 April 2019, <https://www.itlos.org/cases/list-of-cases/case-no-26/> (e.t.12.01.2022).

International Tribunal for the Law of the Sea, 25 June 2019, <https://www.itlos.org/cases/list-of-cases/case-no-26/> (e.t.12.01.2022).

Haber Siteleri

Kerch Crisis: Ukraine Insists that Russia Violated Fundamental Principle of Maritime Law, Ukrainian Multimedia Platform for Broadcasting, Ukrinform, 2021, <https://www.ukrinform.net/rubric-politics/3331742-kerch-crisis-ukraine-insists-that-russia-violated-fundamental-principle-of-maritime-law.html> (e.t.02.03.2022).

Address of Ukraine's Ambassador to UN Security Council on Kerch Strait Incident, Kyiv Post, 2018, <https://www.kyivpost.com/ukraine-politics/address-of-ukraine-to-the-un-security-council-on-kerch-strait-incident.html> (e.t.02.03.2021).

Passage Through Kerch Strait Opens for Civilian Vessels After Ukraine Standoff, TASS, 2018, <http://tass.com/world/1032467> (e.t.02.02.2022).

Russia and Ukraine Involved in Black Sea Naval Standoff, Reuters, 2018, <https://in.reuters.com/article/ukraine-crisis-russia/russia-and-ukraine-involved-in-black-sea-naval-standoff-idINL8N1Y00C2> (e.t.02.03.2022).

- Tensions Between Ukraine and Russia Boil Over in Sea of Azov as Chances for War Escalate, The Drive, 2018, <http://www.thedrive.com/the-war-zone/25101/tensions-betweenukraine-and-russia-boil-over-in-sea-of-azov-as-chances-for-war-escalate> (e.t.15.12.2021).
- Ukraine Says Counterintelligence Officer Wounded in Sunday's Russia Clash, Reuters, 2018, <https://in.reuters.com/article/ukraine-crisis-russia-sbu/ukraine-sayscounterintelligence-officer-wounded-in-sundays-russia-clash-idINKCN1NW0PZ> (e.t.10.12.2021).
- Koyuncu, Hüseyin, Rusya ile Ukrayna'yı Savaşın Eşiğine Getiren 'Kerç Boğazı Krizi' Nedir, Nasıl Başladı?, Euronews, 2018, <https://tr.euronews.com/2018/11/29/rusya-ile-ukrayna-arasinda-cikan-kerc-bogazi-krizi-hakkinda-bilmeniz-gerekenler> (e.t.13.12.2021).
- Larter, David, Experts Say Russia's Actions in the Kerch Strait Were Illegal, Defence News, 2018, <https://www.defensenews.com/naval/2018/11/30/even-if-you-believe-russias-story-its-actions-in-the-kerch-strait-were-illegal-experts-say/> (e.t.22.01.2022).
- Rusya ve Ukrayna arasında Kerç Boğazı gerilimi tırmanıyor, Deutsche Welle Türkçe, 2018, <https://www.dw.com/tr/rusya-ve-ukrayna-aras%C4%B1nda-ker%C3%A7-bo%C4%9Faz%C4%B1-gerilimi-t%C4%B1rman%C4%B1yor/a-46448991> (e.t.03.03.2021).
- Rusya, Kerç Boğazı'nı Altı Aylığına Kapatıyor, Lojiport, 2021, <https://www.lojiport.com/rusya-kerc-bogazini-alti-ayligina-kapatiyor-110306h.htm> (e.t.20.02.2022).
- Rusya-Ukrayna krizi: Neler yaşandı?, BBC Türkçe, 2018, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-46342877> (e.t.03.03.2022).
- Sea of Azov, Encyclopaedia Britannica, <https://www.britannica.com/summary/Sea-of-Azov> (e.t.23.09.2022).
- Ukraine-Russia Sea Clash: Who Controls the Territorial Waters Around Crimea?, BBC, 2018, <https://www.bbc.com/news/world-46345317> (e.t.02.03.2022).



Avatar Filmi ya da Batı'nın Keskin Eleştirisi^(*)

The Avatar Movie or the Stark Criticism of the West

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Akif ETGÜ^(**)

Öz

Avatar filmi sinema tarihinde önemli etkiler bırakmış bir eserdir. Filmin özgün tarafını; görselliği, müzikleri, kostümleri ve efektleri dışında senaryosunda ortaya koyduğu keskin eleştirisinde aramak gerekir. Gerçekten de Avatar Batı'nın yoğun bir eleştirisidir ve bu eleştiri film boyunca görsel olarak da desteklenmiştir. Avatar filmi kapitalist sömürgeci anlayışı eleştiren bir yapıttır. Filmin iddiasına göre bu anlayış tarihin tozlu sayfalarında kalmamıştır. Gelecekte de eğer imkan bulunabilirse, mümkün olan herhangi bir zamanda ve yerde uygulanmaya konulacağı üzerinde durulmaktadır. Filmin verdiği mesajın teorik ve tarihsel temelleri bulunmaktadır. Bu makalede sömürgecilik, film çerçevesinde ana hatları ile incelenmiştir. Sömürgeciliğin kapitalizme yol açtığı ve Batı'da düşünceden devlet anlayışına kadar pek çok alandaki fikirleri şekillendirdiği sonucuna varılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Sömürgecilik, Medeniyet, Kapitalizm, Devlet Teorisi, İnsan Hakları.

Abstract

Avatar is a production that has left a significant impact in the history of cinema. The original side of the movie; Apart from the visuals, music, costumes and effects, should be sought in its sharp criticism of its screenplay. Indeed, Avatar is an intense critique of the West, and this criticism is supported visually throughout the film. Avatar is a production that criticizes the capitalist colonialist understanding. According to the film's claim, this understanding has not remained in the ash heap of history. It is emphasized that it will be implemented in the future, if possible, whenever and wherever possible. The message of the film has theoretical and historical foundations. In this article, colonialism has been analyzed in the framework of the film with its main lines. It was concluded that colonialism led to capitalism and shaped ideas in many areas from thought to the understanding of the state in the West.

Keywords

Colonialism, Civilization, Capitalism, State Theory, Human Rights.

^(*) Araştırma Makalesi / [Makale Geliş Tarihi](#): 19.10.2022 - [Makale Kabul Tarihi](#): 03.11.2022
[DOI](#): 10.56701/shd.1191568

^(**) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Erzincan - Türkiye
[E-posta](#): maetgu@erzincan.edu.tr
[Orcid No](#): <https://orcid.org/0000-0002-0958-0481>

GİRİŞ

Avatar; James Cameron'ın yazıp yönettiği, 2009 yılında vizyona girmiş bir filmdir¹. Bilim kurgu türünde olan film; 3'ü Oskar olmak üzere pek çok ödüle layık görülmüştür². Filmde yaşanan olaylar 2154 yılında geçmektedir³. İnsanlar, Pandora isimli bir gezegene (aslında büyük bir gezegenin uydusuna) yaklaşık altı yıllık bir uzay yolculuğundan sonra ulaşabilmektedirler. Pandora'da kendilerine Nav'i ismini veren yaklaşık 3 metre boya sahip, mavi renkli ve kuyruğu olan akıllı varlıklar yaşamaktadır⁴. Uzaylılarla ilgili pek çok yapımın tersine bu filmde insanlar başka bir gezegene "uzaylı" veya Nav'ilerin deyişiyle "gök insanları" olarak gitmektedirler. *Alien (yabancı/uzaylı)* kimliği ekseri uzaylıların dünyaya gelişleri bağlamında kullanılırken; filmde insanlar Pandora'da alien sıfatıyla bulunmaktadırlar⁵.

Unobtanium adı verilen madenin, RDA isimli şirket tarafından çıkarılması ve dünyaya sevk edilmesi için Pandora'da kurulan fabrika sahasının korunması ve daha çok madenin çıkarılması için yapılan girişimler ve buna yerlilerin direnişleri filmin ana konusunu oluşturmaktadır. Bunun yanında Pandora'nın harikulade doğası, insanların bu doğayı ve yerlilerin yaşam alanlarını maden çıkarmak için yok etme teşebbüsüne karşı Jake Sully ve arkadaşlarının, Nav'ilerin yanında savaşmaları da işlenmektedir.

Bu çalışmada Avatar filmi özelinde sömürgeciliğin temelleri ve yaşadığı değişimi irdelemek amaçlanmıştır. Bu manada film ile Batı'nın sömürgecilik tarihinde keşişen ana hususlar tespit edilerek aralarındaki bağlantı açıklanmaya çalışılmıştır. Batı-Doğu ayrımı, Avrupa merkezli, kuzey yarım kürede yerleşmiş bulunan ve sömürgecilik/kolonizasyon sürecinde Amerika ve Avustralya kıtalarında da yerleşen beyazların kendilerini dünyanın geri kalanlarından ayırtmalarını ile ortaya çıkmıştır. Batı kavramı coğrafi bir kavram olmaktan çok zihni bir kavramdır. Bu kavramın ortaya çıkışında Batı'nın oryantalist bakış açısının da etkisiyle kendisini diğerlerinden üstün görmesi ve dünyanın geri kalanını ötekileştirmesi

¹ James Cameron, *Avatar*, (Film, 2009); Filmin künyesi için bk. Alev Fatoş Parsa - Gaye Edizler, "Sinemasal Anlatıda Duygusal Zeka: Avatar (2009) Film Çözümlemesinde Olaylar ve Karakter Örüntüsü Üzerinde Duygusal Zeka Göstergelerinin Analizi", *E-Journal of New World Sciences Academy* 6/3 (2011), 619-620; Öykü ve olay örgüsünün gelişme modelleri hakkında bk. Rana İğneci Süzen, "Dijital Evrende Mimesisi Yeniden Düşünmek; Avatar Filmi", *The Turkish Online Journal of Design, Art and Communication - TOJDAC* 2/2 (April 2012), 27-28; Kurumsal internet sitesi için bk. 20th Century Studios, "Movies- Avatar (2009)" (Erişim 13 Ekim 2022).

² Google, "Avatar tarafından kazanılan ödüller" (Erişim 13 Ekim 2022).

³ Cameron, *Avatar*, 02:27:03-02:27:13.

⁴ Pandorapedia, "The Na'vi" (Erişim 13 Ekim 2022).

⁵ Burcu Balcı, "Fütüristik Bir Modern Sömürge Öyküsü: Avatar", *Civilacademy, Sosyal Bilimler Dergisi*, 8/ 2 (Bahar 2010), 37.

yatmaktadır⁶. Coğrafi keşifler ve sömürgecilik sonucu ortaya çıkan zenginliklerin aydınlanma düşüncesi ve bilimsel devrimlerin etkisi Batı'da üstünlük duygusu oluşturmuştur⁷. Batı'da oluşan üstünlük duygusu Doğu'nun sömürülmesinin temelini oluşturmaktadır. Bu manada Batı; kapitalizmle modernizmin birleşiminden ortaya çıkan hegemonik anlayışı ifade etmektedir. Filmde geçen repliklerdeki çarpıcı ifadeler; devlet teorisi, hukuk, adalet ve insan hakları çerçevesinde, tarihsel arka plan da dikkate alınarak incelenecektir.

Devlet teorisi açısından bakıldığında Batı'nın kendisi dışındaki insanlara bakışı hep bir ötekileştirme içermektedir⁸. Batı'nın göz kamaştırıcı ekonomik ve teknolojik gelişmelerinin ardında, Doğu'nun medeni ve bilimsel birikiminden istifadenin yanı sıra bir olgu olarak sömürgecilik bulunmaktadır⁹. Makalede özellikle Batı'da gelişmeyi tetikleyen unsurların temelinde yer alan sermaye ve işgücü birikimine yol açan kanlı sömürgecilik geçmişi film çerçevesinde irdelenecek ve gelişimin devlet, adalet ve insan hakları anlayışı üzerindeki etkilerine; söylem ile gerçek arasındaki çelişkilere de işaret edilerek dikkat çekilecektir. Coğrafi keşifler olarak adlandırılan tarihi süreçte Avrupa'da sermaye birikimi artmıştır. Christopher Columbus (Kolomb)'un 1492 tarihinde Amerika'ya ulaşması ile birlikte Avrupa topraklarına adeta bir Amerika kıtası eklemiştir. Önceleri dinsel örtüyle perdelenmiş bir yağma harekâtı olarak başlayıp daha sonra yerini düzenli ticarete bırakmış olan haclı seferleri kapitalizmin oluşumuna büyük katkı sağlamıştır¹⁰. Ancak haclı seferleri tam manası ile başarılı olamamıştır. Haclılar Kudüs'ü ellerinde tutamamışlar, Anadolu'da tutunamamışlar ve ticaret yollarını kontrol etme hedeflerine ulaşamamışlardır. Diğer taraftan Amerika'ya vardıklarında karşılığında direnme gücü olmayan insanları buldular. Adeta haclı seferleriyle ulaşamadıkları zenginliklere, doğal engeller dışında ciddi bir direnişle karşılaşmadan ulaştılar. Dalga dalga dünyanın diğer coğrafyalarına yayılan sömürgecilik, kapitalizmin en bariz vasfı, onu ortaya çıkaran en temel sebeplerden birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Sömürülen yerlerde tamir edilmez izler, soykırım ve kültürel

⁶ Meryem Köse - Meryem Küçük, "Oryantalizm ve "Öteki" Algısı", *Sosyal ve Kültürel Araştırmalar Dergisi* 1/1 (2015), 119-121; Özlem Topcan, "Batı Medeniyeti Gölgesinde Ötekilerin İnşası", *Türk Dünyası Araştırmaları* 126/249 (Kasım - Aralık 2020), 348-350.

⁷ Sadettin Ökten, "Modern Batı Medeniyeti Üzerine Bir Deneme", *Lale* 5 (2022), 106.

⁸ Batı'nın ötekileştirmesi hakkında bk. Mustafa Göregen, "Batıda Oluşan 'Öteki' Anlayışının İnançla Olan İlişkisi", *İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırma Dergisi* 7/4 (Aralık 2018), 3158.

⁹ Ahmet Rıza, aslında Batı'nın Doğu'dan öğrendikleri üzerine fikirlerini örnekler ile dile getirirken buna karşılık Avrupa'nın Doğudan öğrendikleri noktasında nankörlüğüne de değinmiştir. Bk. Ahmet Rıza, *Batının Doğu Politikasının Ahlaken İflassı*, çev. Ziyad Ebüzziya (İstanbul: Üçdal Neşriyat, 1982), 162 vd; Ayrıca bk. John M. Hobson, *Batı Medeniyetinin Doğulu Kökenleri*, çev. Esra Ermert, (İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2020), 18-39.

¹⁰ Nihat Bulut, *Feodaliteden Küreselleşmeye Ekonomik İktidar Siyasal İktidar İlişkisi*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2003), 44.

aşınmaya neden olan bu hareket Batı'nın hayatında da derin izler bırakmıştır. Öncelikle dinsel alanda sermaye birikimine paralel olarak Protestanlık mezhebi ortaya çıkmıştır. Böylece faiz ve tefecilik üzerindeki din baskısı kaldırılmıştır¹¹. Kapitalizm, Protestanlık ile ruh kazanmıştır¹². Ticaretin gelişmesiyle ortaya çıkan ve giderek güçlenen burjuva beraberinde kendi hukukunu ve devlet anlayışını getirmiştir. Mülkiyetin korunması ve ticaretin güvenceye alınması ihtiyacı liberal düşüncenin gelişimini sağlamıştır. Nihayetinde kapitalizm de kendine özgü bir siyasal yapıya yani kurumsallaşmış, öngörülebilir ve papalığın tahakkümünden arınmış bir siyasal iktidar tipine ihtiyaç duyduğu için modern devleti ortaya çıkarmıştır¹³.

İlerleyen zamanlarda sömürüyü haklı çıkarmak adına Avrupalıların üstün olduğu, uygarlığı taşıma görevinin omuzlarında olduğu ve bunun için uygar olmayan toplumlara her türlü müdahale hakkının bulunduğu yönündeki argümanlara sarılma yolu tutulmuştur. İçinde yaşadığımız zaman diliminde ise insan hakları ve demokrasi kavramlarının; Irak'ın işgali örneğinde de görüldüğü üzere hoyratça sömürüye alet edildiğine şahit olunmaktadır.

I. PANDORA'NIN ÖNEMİ

A. PANDORA'NIN HEDEF OLMASININ TEMEL NEDENİ

Unobtanium adı verilen bir tür madenin çıkarılarak dünyaya sevk edilmesi; insanların Pandora'da bulunmalarının temel amacıdır. “*Bir damla petrol bir damla kandan daha değerlidir*”¹⁴ anlayışı kapitalist yaklaşımın mihenk taşı olarak karşımızda durmaktadır. Bir varil petrol (!) için Irak'ı işgal eden zihniyetin¹⁵ kilosu 20

¹¹ Bk. John Calvin, “Tefecilik Üzerine Mektup”, çev. Kapadokya MYO Çeviri ve Redaksiyon Ekibi, *Batı'ya Yön Veren Metinler*, drl. Alev Alatl (İstanbul: İlke Eğitim ve Sağlık Vakfı Kapadokya MYO Yayını, 2010), 2/594-596; Ayrıca bk. Thomas Wilson, “Tefecilik Üzerine Bir Vaaz”, çev. Kapadokya MYO Çeviri ve Redaksiyon Ekibi, *Batı'ya Yön Veren Metinler*, drl. Alev Alatl (İstanbul: İlke Eğitim ve Sağlık Vakfı Kapadokya MYO Yayını, 2010), 2/597-598.

¹² Bk. Max Weber, *Protestan Ahlakı ve Kapitalizmin Ruhunu*, çev. Milay Köktürk (Ankara: BilgeSu Yayınları), 2017, 20-44.

¹³ Gencay Şaylan, *Değişim Küreselleşme ve Devletin Yeni İşlevi* (Ankara: İmge Kitabevi, 2016), 34-38.

¹⁴ Bilgehan Emekler - Nihal Ergül, “Petrolün Uluslararası İlişkilerdeki Yeri: Jeopolitik Teoriler ve Petropolitik”, *Bilge Strateji* 2/3 (Güz 2010), 74. Petrolün önemi konusundaki benzer yaklaşımlar için bk.a.mlf, 74, dip. 36.

¹⁵ Petrol ve savaş ilişkisi hakkında bk. Muhammed Heykel, 3. *Petrol Savaşı Körfez Savaşının Perde Arkası*, çev. N. Ahmed Asrar (İstanbul: Pınar Yayınları, 1993), 39 vd.; ABD'nin Afganistan ve Irak'a yönelik askeri müdahalelerinin arkasında; Irak'ın petrol yataklarına sahip olması ve Afganistan'ın petrol taşınma güzergâhında olması gibi etkenlerin bulunduğu hakkında bakınız William Engdahl, *Petrol, Para, İktidar Anglo-Amerikan Petrol Politikası ve Yeni Dünya Düzeni*, çev. Ertuğrul Bilal (İstanbul Alfa Yayınları) 2008, 356 vd; 2003 Irak savaşından önce Irak'ın elinde kitle imha silahlarının bulunmadığının ABD tarafından da bilindiği ancak gizlendiği hakkında bk. Timothy Mitchell, *Karbon Demokrasi Petrol Çağında Siyasal İktidar*, çev. Fırat Berksun (İstanbul: AçılımKitap Yayınları, 2014), 323, dip. 31.

milyon tutan bir maden¹⁶ için altı yıla varan uzay yolculuğundan sonra Nav'ilerin dünyasını işgal etmesi olasılık dışı görülmemelidir¹⁷. Sadece imkân meselesidir. Filmin ana teması da böyle bir olasılığı teknolojik olarak ele geçiren Batılı'nın neler yapabileceği üzerine kurgulanmıştır. Nitekim filmde “*kapitalizmin yeraltı zenginliklerini elde etmek söz konusu olduğunda sadece kendi gezegenini değil kendi dışındaki gezegenleri de sömürmek isteyeceğini gösterilirken*”¹⁸ sömürünün ne şekilde gerçekleşeceğini tarihin sayfalarında kayıtlı kalmış örneklere çağrışım yapılmaktadır¹⁹.

Pandora'nın havası insanlar için zehirlidir²⁰. Bu nedenle maske kullanmadan açık havaya çıkamayan insanlar hem bu sıkıntıyı bertaraf etmek hem de Pandora'da yaşayan yerlilerle benzeşerek daha rahat iletişim kurabilmek için “*avatar*”²¹ denilen Nav'i bedenlerini laboratuvar ortamında üretmişlerdir²². Avatarlar insan ve Nav'i DNA'sının eşlendirilmesi (harmanlanması) ile üretilmektedir. Bu nedenle avatarlar ancak DNA'sı eşleşen insanlar tarafından kontrol edilebilmekte, bu manada kişiye özel olarak üretilmektedir²³. Çünkü her sürücü, ancak sinir sistemleri uyum halinde olan kendi avatarını kontrol edebilmektedir. Başka birisi veya yapay zeka tarafından avatarlar kontrol edilememektedir. Aynı nedenle avatarları uzaktan kumandayla kontrol edebilmek için insanların sinirsel aktarımı sağlayan makinelerin içinde bedenlen bulunması, bedenler arasında bağlantının bu yolla sağlanması gerekmektedir²⁴.

Filmde madenin çıkarılması ve dünyaya sevk edilmesi işinin organizasyonu bir şirketin tekelindedir. Şirketin tam ismi “*Resources Development Administration (RDA)*” yani Kaynak Geliştirme Yönetimi'dir²⁵. Filmde güvenlik sorumlusu olan Albay Quaritch'in artık Kansas'ta olmadıklarını belirtmesi; şirketin kökeni veya insan kaynağını nereden temin ettiği hakkında seyirciye fikir vermektedir.

¹⁶ Cameron, *Avatar*, 00:12:57-00:13:08.

¹⁷ Cameron, *Avatar*, 00:01:50-00:01:52.

¹⁸ Refik Yaslıkaya, “Ekolojik Paradigmada Bir Kavşak: Çevreci Sinema”, *International Journal of Science Culture and Sport (IntJSCS)* Special Issue 3 (July 2015), 423.

¹⁹ Ayhan Şahin, ““Avatar” Filmi Özelinde Emperyalist Uygulamaların İncelenmesi”, *Turkish Studies International Periodical for the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic* 10/10 (Summer 2015), 823.

²⁰ Cameron, *Avatar*, 00:03:28-00:03:35.

²¹ Avatar kelimesinin anlamı hakkında ayrıntılı bilgi için bk. H. Burak Gemalmaz, “Sanal Mülkiyet”, *HfSA Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, Prof. Dr. Adnan Güriz Anısına*, (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2010), 23/194, dip. 1.

²² Yaslıkaya, “Ekolojik Paradigmada Bir Kavşak: Çevreci Sinema”, 423.

²³ Cameron, *Avatar*, 00:08:02-00:09:25.

²⁴ Cameron, *Avatar*, 00:13:43-00:15:30.

²⁵ Bk. Kenneth D. Madsen, “Blue Indians: Teaching the Political Geography of Imperialism With Fictional Film”, *Journal of Geography* 113/2 (2014), 50; Cameron, *Avatar*, 00:09:15-00:09:28.

Burada muhtemelen şirket üzerinden sürdürülen faaliyetler ile İngiliz Doğu Hindistan Ticaret Şirketi arasında bir benzeşim sağlanmaya çalışılmıştır. İngiliz Doğu Hindistan Ticaret Şirketi ilk zamanlarda kraliyet tüzüğüyle verilen Asya Pasifik ticareti tekeli ile başladığı faaliyetlerine daha sonraki zamanlarda askeri güçle desteklenmiş toprak kazanımlarıyla birlikte melez bir egemen güce dönüşmüştür²⁶. Bunun devlet teorisine ilişkin güncel tartışmalar bağlamında anlamlı olduğu söylenebilir. Gerçekten günümüzde küreselleşmeyle birlikte şirketler yeniden görünür aktörler olmaya devam ettiklerine dair yaygın bir kanaat vardır. Ulusalüstü sermaye sınıfı olarak nitelendirilen şirket ve finans kurumlarına dayanan bu yapı esasen ekonomik gücü ele geçirmeleri akabinde siyasal iktidarı da kendi çıkarları çerçevesinde biçimlendirmek istemektedirler²⁷. Özellikle neo-liberal politikaların etkisiyle birlikte, devletlerin küçültülmesi adı altında kamu harcamalarının azaltılması, devletin ekonomik alana müdahalesinin sınırlandırılması ve yabancı sermayenin yatırım yapmak için vergiler ile sosyal güvenlik politikalarında tavizleri şart koşması gibi hususlar gerçekleşmesi devletlerin ekonomik kaynaklarını harekete geçirmesine bağlı olan sosyal haklarda gerilemelere yol açması²⁸ bu bağlamda anlamlıdır.

Şirket madenin çıkarılması ve işlenerek dünyaya sevk edilebilmesi için gezegene bir fabrika kompleksi inşa etmiştir. Fabrikanın etrafı yüksek duvarlarla ve çitlerle çevrilmiş adeta kaleyi andırmaktadır. Filmin başında izleyicinin gözüne ilk çarpan görsellerden birisi, devasa fabrika sahasında pek çok bacadan çıkan dumanların havaya gelişigüzel salınmasıdır²⁹. Böylece aslında fabrika sahasında yapılan faaliyetlerle çevrenin kirletildiği de vurgulanmak istenmiştir. Jake Sully,

²⁶ Bk. Margaret Makepeace, "A Brief History of the English East India Company 1600-1858" *Qatar Digital Library* (Erişim 13 Ekim 2022); Aakanksha Gaur, "East India Company", *Britannica* (Erişim 13 Ekim 2022); Bruce Brunton, "The East India Company: Agent of Empire in the Early Capitalist Era", *Social Education* 77/2 (March-April 2013) 78-81, Brunton, İngiliz Doğu Hindistan Şirketi yanında zamanda İngilizlerin Kuzey Amerika Virginia Şirketi ve Hollandalıların Hollanda Doğu Hindistan Şirketinin faaliyet yaptığını da ifade etmektedir. bk. 78; İngiliz Doğu Hindistan Şirketi'nin "devlet içinde devlet" veya "yarı egemen" statüsü hakkında bk. Philip J. Stern, "Politics and Ideology in the Early East India Company-State: The Case of St Helena, 1673-1709", *The Journal of Imperial and Commonwealth History* 35/1 (2018), 2; Hollanda ekonomisi açısından konuyu ele alan bir çalışma için bk. Erdem Selman Develi, "Hollanda Ekonomisinin Yükselişi ve Düşüşü: 16. ve 18. Yüzyıllar Arasında Yaşanan Değişim", *Ekonomi, Finans ve İşletme Yönetimi Alanında Yaşanan Güncel Gelişmeler-II*, ed. Alican Umut, (Ankara: Nobel Bilimsel Eserler Yayını, 2021), 2-14.

²⁷ Mehmet Akad vd., *Genel Kamu Hukuku* (İstanbul: Der Yayınları, 2021), 215-217.

²⁸ İoanna Kuçuradi, "Küreselleşme, Sosyal Adaletsizlik ve Sosyal Haklar", *Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)*, ed. İbrahim Ö. Kaboğlu (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2012), 45-48; Nihat Bulut, *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009), 126; Özge Yücel Dericiler, *Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletin Krizi Ekseninde Bir İnceleme* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014), 87-89.

²⁹ Cameron, *Avatar*, 00:04:01-00:04:16.

dünyada bulunduğu zamanlarda dünyada yeşilin yok edildiğini, insanların çevreyi kirleterek öldürdüklerine vurgu yapmaktadır. Bu çerçevede filmin vurguladığı temel argümanlardan birisi de tıpkı Dünya gibi Pandora'nın da acımasızca talan edilmeye çalışılmasıdır³⁰. Nitekim Duverger, kâr temelini önceleyerek hareket eden bir iktisadi sistemin geleceği derhâl ve uzun vadeliyi kısa vadeliye kurban etme eğiliminde olduğunu vurgulamaktadır³¹. Böyle bir ortamda çevrenin korunmasının da mümkün olamayacağı açıktır. Aslında yönetimdekilerin temizleme veya koruma masraflarını kirlenmeye sebep olan işletmelerin sırtına yüklemek yerine genellikle mükelleflere ödetme yolunu tercih etmesi, kapitalist sistemin çarpıklığı olarak karşımızda durmaktadır³².

Kompleksin korunması için daha önce dünyada asker olarak görev yapmış kişiler getirilmektedir. Filmin kahramanı olan Jake Sully bu askerleri “*bütün bu adamlar dünyada kahraman cesur askerlerdi ama burada kiralık silahlar, parayı al şirket için çalış*”³³ şeklinde nitelendirmektedir. Nitekim Jack de yürüme yeteneğini kaybetmiş bir savaş gazisidir. Pandora'da çalışabilmesi de bilim ekibinde olan ikiz kardeşinin bir soygun esnasında öldürülmesinden dolayı ikizinin avatarını DNA uyumu nedeniyle kullanabilecek tek kişi olmasındandır³⁴.

Pandora'yı herhangi bir devletin doğrudan işgal etmemesi, bu işin vekaleten bir şirket eliyle yapılması, geçmişte şirketler aracılığıyla sömürünün yapılmasını akla getirmektedir. Günümüzde kapitalist devletler doğrudan hedeflerine ulaşmak yerine vekaleten iş gördürme yoluna gitmektedir. Özellikle askeri şirketler eliyle yapılan bu müdahaleler yoluyla sorumluluk devlet üzerine kalmadan hedeflerine ulaşma imkânını elde edebiliyorlar³⁵. Modern devletin ayırt edici vasfı olarak nitelendirilen “*münhasır meşru güç kullanma tekel*” dönüşüme uğramaktadır. Aslında tarihte görülen paralı askerlik olgusu dönüşerek askerliğin özelleştirilmesi kisvesi altında karşımıza çıkmaktadır. Aslında temel bir kabul olarak nitelendirilen devlet eliyle güç kullanılması ve hukuk devleti kavramları bu şirketlerin faaliyetleri nedeniyle sorgulamaya açılmaktadır³⁶.

³⁰ Yaslıkaya, “Ekolojik Paradigmada Bir Kavşak: Çevreci Sinema”, 423.

³¹ Maurice Duverger, *Batı'nın İki Yüzü*, çev. Cem Eroğul - Fazıl Sağlam (Ankara: Doğan Yayınevi, 1977), 218.

³² Duverger, *Batı'nın İki Yüzü*, 216-217.

³³ Cameron, *Avatar*, 00:05:34-00:05:53.

³⁴ Cameron, *Avatar*, 00:01:25-00:01:49.

³⁵ Burak Güneş, “Orta Doğu'da Devlet Dışı Aktör Olarak Özel Askeri ve Güvenlik Şirketleri”, *International Journal of Social Inquiry* 13/2, (2020), 556; Askeri güvenlik şirketlerinin statüleri hakkındaki tartışma için bk. Osman Nuri Özalp, “Özel Güvenlik ve Askeri Firmaların Uluslararası Hümaniter Hukuka Göre Statüsü ve Montreaux Dökümanı Bağlamında Yeni Arayışlar”, *İÜHF* 67/1-2, (2009), 58-59.

³⁶ Güneş, “Orta Doğu'da Devlet Dışı Aktör Olarak Özel Askeri ve Güvenlik Şirketleri”, 547-548; Özalp, “Özel Güvenlik ve Askeri Firmaların Uluslararası Hümaniter Hukuka Göre Statüsü”, 58; Özel askeri şirketlerin meşruiyet sorunu hakkında bk. Niyazi Kırmızıgül, *Özel Askeri Şirketlerin Meşruiyet Sorunu* (Nevşehir: Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2021), 17-20.

Tıpkı uzaylıların dünyamızı işgal etmesinin sonucunda uzaylılar nasıl bir tepkiyle karşılaşıyorlarsa aslında aynı tepkinin insanlara karşı da verilmesi söz konusudur. Fakat dünya işgal edildiğinde karşı koymak kahramanlık olarak lanse edilip, Batılı sömürgeciler işgal ettiğinde buna rıza beklenmesi aslında dünya tarihine bakıldığında yadsınmayacak bir tavidir. Çünkü Nav'iler en nihayetinde “*mavi maymunlar*”dır³⁷. Kendileri hakkında doğru karar verme yetisine sahip değillerdir. Ellerindeki kıymetini bilmedikleri için bunu kıymet bilenlere vermek zorundadırlar. Film aslında mutlu son ile bitmektedir; işgal eden yerleşemez. Fakat her zaman ardında kan ve yıkım bırakır. Pek çok Nav'inin öldürülmesi, evleri olan devasa ağacın yıkılması, Pandora'nın doğasının tahrip edilmesi ödenilen bedellerdir.

Şirketin Pandora'daki madeni çıkarma stratejisi de ilginçtir. Öncelikle Nav'ilerle diyalog kurma yoluna gitmişler, okul kurarak kendi dillerini öğretmeye çalışmışlardır. Bu minvalde Pandora'da bilimsel araştırmalar yapılmasını da desteklemişlerdir. Bilim ekibinin başında Dr. Grace Augustine bulunmaktadır. Dr. Augustine hem avatar programını yönetmekte hem de Pandora'nın botanik yapısını incelemektedir³⁸.

Şirketin Pandora'daki yetkilisi ise Parker Selfridge'tir. Dr. Augustine'nin deyişiyle “tüccar beyinlidir”. Selfridge, Dr. Augustine'ne “*senin fikrin yerlilerin kalplerini kazanmaktır. Okul yaptık, dilimizi öğrettik, onlara yollar yaptık. Ne oldu onlar çamuru seçti. İlişkilerimiz her gün daha kötüye gidiyor*”³⁹ dediğinde. Dr. Augustine “*tabii ki onlara karşı ağır (makinalı) silahlar kullanırsan*”⁴⁰ karşılığını vermiştir. Bunun üzerine Selfridge, ofisinde eline unobtanium madeninden bir parçayı alarak, “*biz bunun için buradayız, senin bilimsel çalışmalarını bu maden ödüyor*”⁴¹ karşılığını vermiştir. Buradaki repliklerden anlaşıldığı kadarıyla niyet iyi ilişkiler kurmak değil, yapılan yatırımların karşılığını almaktır⁴². Hedefe insani (!) yollardan ulaşamıyorsa silah kullanmaktan çekinilmediği de anlaşılmaktadır. Nitekim filmde sömürenlerle mücadele edilmeden uzlaşabilmenin mümkün olamayacağı, bu yönüyle de savaşın kaçınılmazlığı üzerinde durulmaktadır. Çünkü sömürü zihniyeti devasa ağaç evi, altında bulunan madeni çıkarabilmek için yıkmaktan çekinmediği⁴³ gibi kendilerine karşı birleşen Na'vi kabilelerini tehdit olarak gördüğü andan itibaren; Na'vilerin en kutsal mekan ka-

³⁷ Balcı, “*Albay Miles Quaritch, kimseye zararları olmayan Na'vileri, yok edilmesi gereken potansiyel bir düşman olarak gören, onları “mavi maymunlar” diyerek aşağılayan ve önemsemeyen ırkçı, faşist bir erkek temsil olarak dikkat çekmektedir.*” ifadesini kullanmaktadır. Balcı, “*Fütüristik Bir Modern Sömürge Öyküsü: Avatar*”, 36; Cameron, *Avatar*, 00:47:35-00:47:41.

³⁸ Cameron, *Avatar*, 00:10:11-00:10:29.

³⁹ Cameron, *Avatar*, 00:12:35-00:12:45.

⁴⁰ Cameron, *Avatar*, 00:12:50-00:12:53.

⁴¹ Cameron, *Avatar*, 00:12:55-00:13:12.

⁴² Şahin, “*“Avatar” Filmi Özelinde Emperyalist Uygulamaların İncelenmesi*”, 823.

⁴³ Cameron, *Avatar*, 00:35:04-00:40:45.

bul ettikleri Eywa'yı (ruhlar ağacını) yıkma girişiminden de geri durmamışlardır⁴⁴. Quaritch'in hedefi, Na'vilerin Tanrılarının koruduğuna inandıkları en kutsal mekanlarını yıkarak inançlarında derin bir krater açmak, böylece mutlak gücün kimde olduğunu göstererek itaati sağlamak olmuştur⁴⁵.

II. NAV'İ TOPLUMU

Nav'î toplumu bütün ihtiyaçlarını doğadan karşılayan kendilerine saldırılmadığı sürece barışçıl olan bir toplumdur. Bu barışçılık, hayvanları gerekli olmadığı müddetçe öldürmemeyi de kapsamaktadır. Nitekim avatar bedeniyle Pandora ormanında ilk gecesini geçiren Jake Sully'yi vahşi köpeklerin saldırısından kurtaran Neyteri, köpeklerin ölmelerinin gerekmediğini ve sırf Jake'in aptallığı nedeniyle onları öldürmek zorunda kaldığını ifade etmiştir⁴⁶.

Nav'iler ok ve yay kullanmakta, savaşta ve törenlerde vücutlarını boyamakta, kabile halinde yaşamakta ve doğa ile ruhsal ilişki içinde bulunmaktadır. Filme bakıldığında Nav'ilerin Hollywood filmlerinde de yer alan dünyalı yerli halkların uzaylı versiyonu olarak kurgulandığı görülmektedir⁴⁷.

Nav'ilerle şirket çalışanları arasındaki ilişkinin kurgulanma şekline; Rousseau'nun kendisine Dijon Akademisi'nden ödül getiren, Bilimler ve Sanatlar Üzerine Söylev'inde belirttiği gibi bilim ve sanatların (teknolojinin) aslında ahlaken olgunluk yerine bozulmaya neden olduğu düşüncesinin⁴⁸ beyaz perdede yansımaları olarak da bakabiliriz. Yapımda yanı sıra ilkel fakat mutlu Nav'ilerin hayat tarzları ve yaşadıkları gezegene yaklaşımları gösterilmeye çalışılmıştır.

Nav'iler kabile halinde, "ağaç ev" denilen devasa ağaçta ilkel komünal bir şekilde yaşamaktadırlar. Ailelerden oluşan kabile bu ağaç evde yemeklerini birlikte yemekte daha sonra ağacın kovuğunun üst kısımlarında bulunan hamak tarzı yataklarda uyumaktadırlar⁴⁹. Pandora'da farklı tarzda yaşayan pek çok kabile bulunmaktadır. Bunlardan bazıları deniz kıyısında kimileri de ovalarda yaşamaktadır⁵⁰.

Nav'ilerin bir siyasi lideri (kabile reisi/ Eytukan) bir de ruhani lideri (Tсахик) vardır. Siyasi lider erkektir, eşi ise ruhani liderdir. Ruhani lideri (Tсахик) Eywa'nın dilini yorumlayabilmektedir⁵¹.

⁴⁴ Cameron, *Avatar*, 02:02:30-02:07:33.

⁴⁵ Cameron, *Avatar*, 01:15:53-01:16:02, 02:01:01-02:01:17.

⁴⁶ Cameron, *Avatar*, 00:34:18-00:37:33.

⁴⁷ Annalee Newitz, *When Will White People Stop Making Movies Like "Avatar"?*, *io9* (Erişim 07 Ekim 2018).

⁴⁸ Jean-Jacques Rousseau, *Bilimler ve Sanatlar Üstüne Söylev*, çev. Sabahattin Eyüboğlu (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2009), 11.

⁴⁹ Cameron, *Avatar*, 00:45:31-00:46:32.

⁵⁰ Cameron, *Avatar*, 01:59:20-01:59:57.

⁵¹ Cameron, *Avatar*, 00:48:54-00:49:18.

Eywa⁵², Nav'ilerin ilahlarına verdikleri isimdir. Bütün evrenin birbiriyle uyum halinde ilişki içerisinde olduğu inancına sahiptirler. Bu uyumu sağlayan ise Eywa'dır. Filmde bu uyumu görsel olarak desteklemek için Pandora'da bulunan her bitkinin tıpkı insan beyninde bulunan nöronlara benzer ağ kurduğu gösterilmektedir. Dr. Augustine bu durumu şirket yetkilisi Selfridge'e anlattığında almış olduğu cevap küçültücü bir şekilde “*ne içiyorsunuz siz orada?*”⁵³ olmuştur. Aslında materyalist bakış açısının ‘ruhani’ olanı reddetmesi ve ‘manevi’ olanın sadece çıkarlar olduğu kabulü dışı vurulmuştur. Nitekim Amerika ya da Afrika yerlilerinin doğa ile kurmuş oldukları bağ da tarih boyunca küçümsenmiş, mezarların bile yağmalanması engellenememiştir.

Nav'ilerin dünyalılardan istedikleri hiçbir şey yoktur. Bundan dolayı; Nav'ilerle takas yapma ya da onları boyunduruk altına alabilecek ekonomik bir bağımlılık ilişkisi kurmak da mümkün olamamıştır⁵⁴. Nitekim Jake, Nav'i toplumunda Omitikaya kabilesi⁵⁵ içinde avatar bedeniyle yaşadığı deneyimlerini anlattığı video-günlüğünde “*onlarla ne karşılığında anlaşacağız, bir bira karşılığında mı? Hayır, bizlerde onların talep edebileceği hiçbir şey yok, sahip olmayı istedikleri her şeye zaten sahipler*”⁵⁶ şeklinde ifade etmiştir. Zaten uzlaşma veya az bir karşılık ile ellerindeki serveti (madeni) alma ihtimali kalmadığında da şirketin askeri saldırısı başlamıştır. Nav'i toplumu geleneksel toplum tipine sahiptir. Hatta ilkel komünal bir toplum hayatı sürmelerine rağmen iktidar mefhumuna da yabancı değildir⁵⁷. Dünyevi/siyasi iktidarı temsil eden şefin erkek olması yanında eşinin de ruhani iktidarı temsil etmesi kadın-erkek eşitliğinin modern düşüncenin bir gereği olduğu yönündeki kabule eleştiri niteliği taşımaktadır. Pandora'da aynı kültüre ve inançlara sahip başka kabilelerin de bulunması ve kabilelerin barış içinde yaşayabilmeleri⁵⁸; varlığını çatışmaya bağlamadan da devam ettirebilen bir siyasal anlayışın var olabileceğine gönderme yapmaktadır.

⁵² Cameron, *Avatar*, 00:49:19-00:49:27.

⁵³ Cameron, *Avatar*, 01:28:05-01:29:00.

⁵⁴ Nitekim Rousseau da İskender'in çıplak gezen ve avcılıkla hayatlarını idame ettiren Afrika yerlilerini boyunduruk altına almadığını ifade etmektedir. Rousseau, *Bilimler ve Sanatlar Üstüne Söylev*, 8, dip.1.

⁵⁵ Cameron, *Avatar*, 00:47:15-00:47:18.

⁵⁶ Cameron, *Avatar*, 01:29:26-01:29:43.

⁵⁷ Bu noktada ilkel toplumlarda siyasal iktidar için bk. Cemal Bâli Akal, *İktidarın Üç Yüzü* (İstanbul: Dost Kitabevi, 2014), 181-184; Oktay Uygun, *Devlet Teorisi* (İstanbul On İki Levha Yayıncılık, 2014), 10-19; Gaetano Mosca, *Siyasi Doktrinler Tarihi: Eski Çağ'dan Zamanımıza Kadar*, çev. Samih Tiryakioğlu (İstanbul: Bilge Kültür Sanat Yayını, 2019), 14; Mehmet Tevfik Özcan, *İlkel Toplumlarda Toplumsal Kontrol: Hukuk Dışı Mekanizmalar ve İlkel Hukuk* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012), 178-180.

⁵⁸ Cameron, *Avatar*, 01:59:20-01:59:55.

III. BATI VE ÖTEKİ

Batılı anlayışta biz ve ötekiler anlayışı çok eski dönemlere Eski Yunan'a kadar gitmektedir⁵⁹. Eski Yunan'da Yunanlılar, site devleti (polis) düzeni dışında kalmış diğer tüm kavimleri ve uygarlıkları barbar olarak nitelendirmişlerdir⁶⁰. Roma'da İlk dönemlerde patrici ve pleb ayrımının olması, böylece Roma'nın hâkimiyetinde olan ama Romalı olmayanların varlığı biz ve ötekiler ayrımına bir diğer misal olarak getirilebilir⁶¹.

Daha sonraki yıllarda özellikle Darwinizm teorisi ile birlikte doğal seleksiyon ile güçlü olanın hayatta kalacağı düşüncesi sömürüye yeni, sağlam bir dayanak sağlamıştır⁶². Irklar üzerinde renklerine göre hiyerarşi ihdas edilmesi, siyah ırkın evrimini henüz tamamlayamamış, beyaz ırkın ise mütakamil olduğu yaklaşımı; Avrupalı beyazlara üstünlük tanınmasının bilimsel dayanağı olarak görülmüştür⁶³. Hatta Adam Smith, “Zira, İspanyalı melezlerin, çoğu bakımlardan, eski Kızılderililer'den üstün olduğunu, öyle sanırım ki, teslim etmemiz gerekir⁶⁴” ifadesi ile beyazlara üstünlük tanıyan görüşün en açık savunusunu yapmıştır.

Nav'i toplumun mavi renkte beyaz perdeye aktarılması, kuyruklarının bulunması filmde dış görünüş ile gelişmişliğe yapılan bir başkaldırı gibidir. Gelişmişliğin ölçütü ahlaki, insani ve vicdani olmak üzere aslında insanın iç dünyasına yöneliktir. Fakat “bir küpiin içinde ne varsa dışarıya onu sızdırır” düsturu gereği, insan niyet ve davranışlarındaki güzel ahlak kadar gelişmiştir. Nav'ileri bu şekilde tasvir edilmesi Batı'nın şekil ile kurmuş olduğu ilişkiye keskin bir eleştiridir. Çünkü Batı'nın, daha insanın ten rengi hakkındaki yaklaşımını aştığı dahi söylenemez.

⁵⁹ Öteki anlayışının oryantalizm bağlamında bir incelemesi için bk. Köse - Küçük, “Oryantalizm ve “Öteki” Algısı”, 116-119.

⁶⁰ Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler* (İstanbul: Beta Yayınları, 2007), 1; Metin İşçi, *Siyasi Düşünceler Tarihi* (İstanbul: Der Yayınları, 2004), 38; Mehmet Ali Ağaoğulları, *Kent Devletinden İmparatorluğa* (Ankara: İmge Kitabevi, 2009), 16; Murat Sarıca, *100 Soruda Siyasi Düşünce Tarihi* (İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1993), 8; Jean Touchard, *Siyasal Düşünceler Tarihi*, çev. İsmail Yerguz (İstanbul: Isık Yayınları, 2015), 27.

⁶¹ Akad vd., *Genel Kamu Hukuku*, 36.

⁶² Bolay, Darwin'in “hayatta ancak kuvvetli olanlar yaşama hakkına sahiptir” ilkesinin; İngilizlerin dünyayı sömürge haline getirmesinin temelini teşkil ettiğini; bu bağlamda “Mademki biz kuvvetliyiz sömürge yapmakla bir tabiat kanununun icabını yerine getiriyoruz” düşüncesiyle yeni nesilleri yetiştirdiklerine vurgu yapmaktadır. Bk. Süleyman Hayri Bolay, *Batı Aklına Karşı Türkiye* (İstanbul: Ketebe Yayınları, 2018), 41; Ayrıca bk. Jared Diamond, *Tüfek, Mikrop ve Çelik*, çev. Ülker İnce (İstanbul: Pegasus Yayınları, 2018), 8.

⁶³ Yıldırım, dünyanın değişik bölgelerine yamyam, barbar ve geri gibi çeşitli yaftalar yakıştırılarak bilim kisvesi altında eşî benzeri görülmemiş zulümlerin işlendiğini ifade etmiştir. Bk. Mustafa Yıldırım, “Düşünce Özgürlüğü Üzerine”, *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 40/1 (1999), 193; Ayrıca bk. Suavi Aydın, “Darwin Kavramlarının Yanlış ve Kötüye Kullanımları Üzerine ya da Darwin Sosyal Darwinist miydi?”, *Darwin Devrimi: Evrim Cogito* 60-61 (Güz-Kış 2009), 404-405.

⁶⁴ Adam Smith, *Milletlerin Zenginliği*, çev. Haldun Derin (İstanbul: İş Bankası Kültür Yayınları, 2009), 621.

Adam Smith, “*Vahşi ve barbar uluslar arasında nice yüzyılların geçmesiyle tarım ve öbür faydalı sanatlar üzerinde kendiliğinden gelişebilecek bir bilgiden daha üstününi, sömürgeciler, götürürler*”⁶⁵ diyerek hem Batı’nın yerlilere bakışını teyit etmiş hem de sömürgeciliğin yerliler bakımından iyi olduğunu iddia etmiştir. Ancak bu yaklaşımın gerçeği tam olarak yansıtmadığı, aslında sömürgeciliği meşrulaştırmaya çalışıldığı ifade edilse de sömürü selinin önünde durmaları mümkün olamamış ve sesleri duyulmamıştır⁶⁶. Yerli halkları, vahşiler olarak gösterme ve onların kurtarıcı olarak beyaz insanın yönetimine gerek duydukları hatta sömürünün onlar için bir nimet olduğu anlayışına yakın zamanlarda bile rastlamak mümkündür. Buna örnek olarak *Apocalypto*⁶⁷ filmi gösterilebilir. Filme göre yerliler vahşetin içinde yaşamaktadırlar, insan kurban etmektedirler, birbirleri ile sonu gelmez çatışma içindedirler. Bu vahşet ortamının bir an önce son bulması gerektiği fikri zihnimizde uyandırılmak istenmektedir. Filmin son sahnesinde kahramanımız kumsala varır; orada yelkenli gemilerinden inen Hristiyan rahibi ve Avrupalı kaşifleri görür ve film biter. Film bize bu vahşetin beyazlar tarafından bitirildiği propagandasını yapmaktadır. Adeta “*İsa kurtarır*” teması altında neo-kolonyalizm yapmaktadır⁶⁸. Avrupa merkezli yaklaşımların bir zamanlar dini inançlarına üstünlük atfederek öne sürerek ‘medenileştirme/ruhları kurtarma’ misyonu ilerleyen dönemlerde Avrupalı toplumların ezelden beri uygarlık geliştirici ve yol gösterici oldukları⁶⁹ vehmine dönüşmüştür.

Gerçekten de Franciscus Suarez’in (1548-1617), İspanyolların yerlilerle savaşını haklılaştırmak için öne sürdükları savlarını çürütmek amacıyla bu konuda oldukça ayrıntılı açıklamalar yaptığı; yerlilerin vahşi olduklarından kendilerini doğru bir şekilde yönetemedikleri ve bu durumu düzeltmek için savaşmanın haklı olacağı iddialarını reddettiği ve hatta paganların siyasal yaşam konusunda Hristiyanlardan çok daha yetenekli olabildiğini vurguladığı da belirtilmiştir⁷⁰. Siyasal hayat konusunda işgal edilen yerlerin dönüştürüldüğü de bir gerçektir. Sömürgeciler dil, kültür ve tarih anlayışı yanında buldukları ülkelerin siyasetine de el atmışlardır. Devlet yapısını sömürüye rıza gösterecek tarzda dizayn etme çabaları ‘özgürlük ve demokrasi’ adına yapılmaktadır. Demokrasi ve özgürlük konusunda da samimi bir tavır takındıkları söylenemez. Mısır’da seçimle iş başına gelmiş Mursi döneminde

⁶⁵ Smith, *Milletlerin Zenginliği*, 616.

⁶⁶ Cemal Bâli Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu: İspanyol Altın Çağı* (İstanbul: Dost Kitabevi, 2010), 59-63; Amerika’da birkaç koloni ile başlayan sürecin daha iyi bir hayat umuduyla kıtaya Avrupa’dan göç edenler nedeniyle 300 yılda bir sele dönüştüğü hakkında bk. Metin Özbek, “Dünden Bugüne Kızılderililer”, *Prof. Dr. İbrahim Yasa’ya Armağan* (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, 1983), 362.

⁶⁷ Mel Gibson, *Apocalypto*, (Film, 2006).

⁶⁸ Robert Fish, “Apocalypto (review)”, *Wicazo Sa Review* 23/2 (Fall 2008), 120.

⁶⁹ Ali Murat Özdemir vd, *Genel Kamu Hukuku Kuramsal Yaklaşım* (Ankara: İmge Kitabevi, 2019), 47.

⁷⁰ Fulya Ereker, “İlkçağlardan Günümüze Haklı Savaş Kavramı”, *Uluslararası İlişkilerde Çatışmadan Güvenliğe*, der. Mustafa Aydın ve Diğerleri, (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2012), 58.

soğuk tavırları ile cephe aldıkları Mısır yönetimine 2013 yılından sonra Sisi'nin yönetimi ele geçirmesiyle, demokrasinin bariz şekilde geriye gitmesine rağmen⁷¹ Sisi yönetimini desteklemeleri bu tavra örnek olarak gösterilebilir⁷². 1990'lı yıllardan sonra gündeme gelen 'başarısız devletler' söyleminde olduğu gibi devletleri başarılı/başarısız şeklinde nitelendirmenin Batılı devletlere hiyerarşik olarak üstünlük atfedilmesi temelinde yükseldiği görülmektedir⁷³. Ayrıca Diamond'un yapmış olduğu bir karşılaştırma üzerinden devletin gelir seviyesi nasıl üst seviyede olur sorusunun cevabını aramaktadır. Hollanda ve Zambiya'yı karşılaştırırken Hollanda'nın değerli yer altı madenlerine sahip olmadığını, enerji ihtiyacını kendi kaynaklarından karşılayamadığını, 1940'lı yıllarda Almanların işgaline uğradığını ve çiftçilerin yılda ancak bir kez ürün yetiştirebildiklerini ifade ederken; Zambiya'nın zengin maden yataklarına sahip olduğunu, kendi enerji ihtiyacını Zambezi ırmağından karşılamakla kalmayıp komşularına da elektrik ithal ettiğini, ikliminin uygunluğu nedeniyle birkaç kez ürün almabildiğini, hiçbir zaman iç savaş yaşanmadığını komşularının da onlara saldırmadığını ifade etmektedir. Ancak Hollanda'da ortalama yaşam süresinin yaklaşık 78 yıl olmasına rağmen Zambiya'da 41 olduğunu; Hollanda'da kişi başına düşen yıllık milli gelirin ise Zambiya'nın 33 kat daha fazlası olduğunu belirtmektedir. Diamond aradaki bu devasa farkın ülke içinde 'iyi kurumların varlığına' bağlamaktadır⁷⁴. Ancak gözden kaçırdığı nokta Hollanda'nın sömürgeci geçmişi⁷⁵ ve bu geçmişin günümüze yansımalarıdır.

IV. AVATAR'DA SÖMÜRÜYE BAKIŞ

Filme, Casas'ın eserinde⁷⁶ dile getirilen eleştirinin bir yansıması gibi de bakılabilir. Casas eserinde altın ve değerli madenlere sahip olma hırsı içerisinde olan özellikle İspanyolların Amerika kıtasını yağmalamak için yapmış oldukları soykırımı bizzat şahit olduğu örnekler üzerinden anlatmaktadır⁷⁷. Mistik bir yapısı olan Nav'i toplumunun hayat felsefesi⁷⁸ ile materyalist felsefenin kapitalist kadınının karşılaştırılması ve materyalizmin nasıl bir sıklık içinde olduğunun film tekniği ile anlatımıyla karşı karşıya olduğumuz da söylenebilir.

⁷¹ Özge Özkoç, "Otoriter Rejimin İnşası ve Sürekliliği: Mısır Ordusunun Siyasal Hayattaki Rolü Üzerine Bir Değerlendirme", *The Turkish Yearbook of International Relations* 51 (2020), 93.

⁷² *Anadolu Ajansı*, "Batı'nın 'darbe' ile imtihanı" (20 Mayıs 2015), 1.

⁷³ Altan Aktaş, "Başarısız Devletler Söyleminde Uluslararası Hiyerarşi Algısı", *The Turkish Yearbook of International Relations*. 50 (2019), 150.

⁷⁴ Diamond, *Tüfek, Mikrop ve Çelik*, 541-545.

⁷⁵ Adam Abu Bashal - Gökhan Kavak, "Hollanda'nın utanç tarihi", *Anadolu Ajansı* (26 Şubat 2018), 1.

⁷⁶ Bartolomé de las Casas, *Kızılderililer Nasıl Yokedildi?*, çev. Meryem Ural (İstanbul: Şule Yayınları, 2008), 19-23.

⁷⁷ Casas, *Kızılderililer Nasıl Yokedildi?*, 48-57.

⁷⁸ Cameron, *Avatar*, 00:59:08-01:00:25, 01:01:25-01:02:28.

Batı kendince aslında ilk defa Avatar filmiyle; Yeni Dünya keşfetmemiştir. Amerika kıtasına ayak bastıklarında da bu durum, “*Yeni Dünyanın Keşfi*” olarak adlandırılmıştır⁷⁹. Aslında Amerika keşfedilmemiş, işgal edilmeye başlanmıştır. Keşiften bahsedebilmemiz için ilk defa bulunması gerekir. Çünkü keşfetmek “*var olduğu bilinmeyen bir şeyi bulmak*”⁸⁰’tır. Keşif kimsenin bilmediği ya da gitmediği bir durumda söz konusu olabilir⁸¹. Fakat Amerika’ya gelenleri karşılayanlar, Amerika’da yüzlerce yıldır yaşayan insanlardır⁸². Anlaşılan o ki Avrupa’nın ben merkezci yaklaşımı sıradan görülen ‘Amerika’nın keşfi’ ifadesinde de tüm açıklığıyla dışa vurulmaktadır. Keşif kelime manası itibarıyla kimsenin bilmediği ya da gitmediği yere gitmek olduğuna göre Kızılderililer, Mayalar, Aztekler ve diğer yerliler ‘kimse’den sayılmamaktadır. Nitekim John Locke, Amerika’yı başlangıçtaki dünyanın durumuna benzetmektedir⁸³. Böylece doğa durumunda geçerli olan kurallar çerçevesinde toprak kazanımını meşru görmektedir. Hatta doğa durumunu örneklendirmek için “*başlangıçta tüm dünya Amerika idi*”⁸⁴ ifadelerine eserinde yer vermektedir. Buna göre yerlilerin mülkiyet hakları yok sayılmış ve toprakları Batılılar tarafından gasbedilmiştir. Batı’nın isteklerini yerine getirmeyenler ise soykırıma tabi tutulmuştur⁸⁵.

1492 yılında Christopher Columbus (Kolomb)’un Amerika’ya ayak basması ile Amerika kıtasında yaşayan yerlilerin hayatları da geri dönülmez şekilde değişmiştir. Gerçekten de Amerika keşfedilmemiştir; çünkü Kolomb oraya ayak bastığında orada yerli halk zaten yaşıyordu. Amerika’nın işgaliyle birlikte sayıları milyonları bulan yerli halk katledilmiştir⁸⁶. Ancak Kolomb’un “*yalnız bir takım çıplak, yoksul vahşilerden oluşan kabilelerin oturduğu bir ülkeden başka şey bulamadı*”⁸⁷’ği da iddia edilebilmiştir. Bu sava rağmen bir ülkenin ekonomik

⁷⁹ Howard Zinn vd., çev. Kemal Kutlu, *Fatihler Yargılanıyor 500. Yılında Karşı-Amerika*, drl. Veli Yılmaz (İstanbul Tüzm zamanlar Yayıncılık, 1992), s.17.

⁸⁰ Şükrü Halûk Akalın vd., *Türkçe Sözlük* (Ankara: Türk Dil Kurumu, 11. Basım, 2011), “keşfetmek”, 1402.

⁸¹ Akal, modernitenin sömürgecilikle birlikte dünyaya hızla yayıldığı bir dönemde ‘keşif’ kelimesinin de modern anlamını kazanmış olduğunu ve ‘fetih’ sözcüğüyle özdeşleştiğini belirtmektedir. Bk. Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu: İspanyol Altın Çağı*, 27.

⁸² Avrupalıların aslında boş bir kıtaya gitmedikleri hakkında bk. Özbek, “Dünden Bugüne Kızılderililer”, 359.

⁸³ John Locke, *Uygar Yönetim Üzerine İkinci İnceleme Sivil Toplumda Devlet*, çev. Serdar Taşçı - Hale Akman (İstanbul: Metropol Yayınları, 2002), 51.

⁸⁴ Locke, *Uygar Yönetim Üzerine*, 51.

⁸⁵ Ayrıntılı bilgi için bk. Özbek, “Dünden Bugüne Kızılderililer”, 362-366.

⁸⁶ Nitekim Maden, “Düşünün: Yeni bulunmuş iki büyük anakaranın kırk elli milyon dolayında olduğu sanılan nüfusu yarım yüzyıl içinde dört beş milyona kadar düşer, hem de akıl almaz barbarlık yöntemleriyle.” demektedir. Bk. Sait Maden, “Sunuş”, Kristof Kolomb, *Seyir Defterleri*, çev. Sait Maden, (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2018), 8.

⁸⁷ Smith, *Milletlerin Zenginliği*, 610.

ve siyasi gücünün elinde bulundurduğu altın, gümüş ve diğer değerli madenlerin çokluğu ile ölçülebileceğine inanılan 16. ve 17. yüzyıllardaki Merkantilizm⁸⁸ döneminde; Güney Amerika'nın zenginliklerinin ve değerli madenlerinin Avrupa ülkelerine taşınması sürecinde Amerika'daki yerli medeniyetlerin yok edildiği⁸⁹ gerçeği de karşımızda durmaktadır.

Kolomb, yerlilerin iyi insanlar olduğunu, kendilerinden bir şey istendiğinde az bir karşılıkla hemen verdiklerini, silah taşımadıklarını, silahın ne olduğunu bilmediklerini belirtiyor. Ancak devamında iyi hizmetkâr olacaklarını elli adamla hepsine boyun eğdirebileceğini ifade etmekten de geri kalmamıştır. Yerliler onun gözünde her istenilenin yaptırılabilceği hizmetkârlardı⁹⁰. Tüm bu sömürü, zulüm ve gaddarlıklara karşın Amerika'daki tarih kitaplarında bu temel noktalara yer verilmemesi de gerçeğin tarih kitaplarından silinmeye ve yeni nesillere unutturulmaya çalışıldığı izlenimini vermektedir⁹¹.

Benzer yönde Avatar filminde şirket hissedarlarının acıklı ölüm haberlerinden daha çok bozuk giden mali tablolarla ilgilendiği vurgusu⁹² önemli bir tespit olarak karşımıza çıkmaktadır. Tıpkı İngiliz Doğu Hindistan Ticaret Şirketi'nin Asya'da giriştiği faaliyetlerde ne pahasına olursa olsun işlerini yürütmekte çekinmediği⁹³ gibi şirket de Pandora'da gerçekleştirdiği faaliyetlerinde her türlü yola başvurmaktan çekinmemektedirler. RDA'nın maden yatağı olarak tespit ettiği sahanın içinde Nav'ilerin ağaç evi de bulunsa, bu ağaç evi içinde yaşayanlar olmasına rağmen bombalarla yıkmaktan imtina etmemişlerdir⁹⁴.

A. SAVAŞIN KAÇINILMAZLIĞI

Sully'in de belirttiği gibi “eğer birileri istediğin bir şeyin üzerinde oturuyorsa öncelikle onları kendine düşman yap ki almaya hakkın olabilsin”⁹⁵. Ayrıca Jake

⁸⁸ Ayrıntılı bilgi için bk. Cemal Fedayi, *Siyaset Biliminin Temel Kavramları* (Ankara: Kadim Yayınları, 2021), 101.

⁸⁹ Davut Dursun, “Siyaset ve Birey: Siyasal Katılma”, *Siyaset Bilimi*, ed. Davut Dursun - Mustafa Altunoğlu (Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Yayınları, 2015), 95; Casas, *Kızılderililer Nasıl Yok edildi?*, 54-55; Amerika kıtasının zenginliklerinin özellikle altının yağmalanıp Avrupa'ya taşınması hakkında bk. Rona Aybay, *Genel Kamu Hukuku: 18.-20. Yüzyıllarda Devlet kuramlar ve Uygulamalar* (İstanbul: Der Yayınları, 2020), 207-208.

⁹⁰ Kristof Kolomb, *Seyir Defterleri*, Çev. Sait Maden (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2018), 23-25; Zinn vd., *Fatihler Yargılanıyor*, 57.

⁹¹ Zinn vd., *Fatihler Yargılanıyor*, 62 vd.

⁹² Cameron, *Avatar*, 00:48:27-00:48:50.

⁹³ İşkence bağlamında değerlendirmeler hakkında bk, Edmonds J. Smith, “Reporting and Interpreting Legal Violence in Asia: The East India Company's Printed Accounts of Torture, 1603-24”, *The Journal of Imperial and Commonwealth History* 46/4 (2018), 612-614.

⁹⁴ Cameron, *Avatar*, 01:35:04-01:40:45.

⁹⁵ Cameron, *Avatar*, 01:30:39-01:30:48.

bu durumun tarih boyunca bu şekilde işlediğini de belirterek, aslında geçmişte vurgu yapmaktadır. Taktiksel olarak düşmanlaştırma sömürgeciliğin uyguladığı yöntemlerden birisidir⁹⁶. Aslında bu durum dünyanın bütün nimetlerinin kendileri için hak diğerleri için ise en iyi yolun sömürgecilerle işbirliği olduğu inancına dayanmaktadır. Sömürenle işbirliği yapıp onun kendisi hakkında uygun gördükleriyle mutlu olmak; zalimliğin bir başka çeşidi olsa gerektir. Bu düşüncenin temelinde milattan önce 5. yüzyıl ortalarında Yunan yarımadası ve civarında ortaya çıkan Sofizm'in olduğu da söylenebilir. Sofist düşüncede devletin kökeni hakkındaki görüşlerin bir kesimi de devletin temelinde kuvvetin olduğu üzerinedir. Bu düşünceye göre devleti güçlü insanlar kurmuşlardır, öyleyse onların yasaları geçerlidir. Efendi-köle ayrımı geçerli bir kural olarak doğaldır. İlâveten iktidar, adaletin ne olduğunu kendi çıkarları çerçevesinde belirler ve yönetilenler de adaleti iktidarın çıkardığı yasalardan anlarlar⁹⁷. Belki de bu yaklaşımın bir tezahürü olarak sömürgeciler güçlü olduklarında devleti kurma, adaleti belirleme ve insanları köleleştirme hak ve yetkisinin kendilerinde olduğunu düşünmektedirler. İşte bu sebeple ölçü 'güç', olduğunda savaş kaçınılmaz hale gelebilmektedir. Nitekim sömürgecilik tarihi bu tip örneklerle bezelidir. Ahmet Rıza "*İnsanlara daha iyi tahakküm edebilmek için onları zayıflatmaya ve birbirlerine düşürmeye yönelik her türlü siyaset ve inanç katıyetle yok edilmelidir. Haysiyetine ve şanına düşkün büyük bir devlet, kendisine yapılmasını istemediği bir şeyi asla bir başkasına yapmamalıdır*"⁹⁸ demekle aslında çarpık yönetim anlayışına isyanını dile getirmektedir.

Önemli olan insanın teninin rengi, dini, dili değildir; zulüm kimden kime karşı olursa olsun zulümdür. Ancak Batı sömürgeleştirme sürecinde kendi çıkarına göre zihninde oluşturduğu, kendinden olmayana kendine anlayışına uygun biçimde modernleştirmek, medenileştirmek adına şekillendirme çabası içerisine girmiştir⁹⁹. Batı'nın sömürgeleştirme politikalarına uygun bir biçimde, sadece uygar toplumun varolma hakkına sahip tek toplum olarak görüldüğünde, uygar toplumun nimetlerinden faydalanmaları için diğerlerine müdahale edilerek medenileşmelerin sağlanması savunulabilmiştir¹⁰⁰. Bu yaklaşım tarzının sadece Avrupa dışındaki ötekiler bakımından geçerli olduğunu düşünmek eksik bir tahlil olur; Avrupa içerisindeki yoksullar, işçiler ve sade vatandaşlar bakımından da dayat-

⁹⁶ Şahin, "'Avatar' Filmi Özelinde Emperyalist Uygulamaların İncelenmesi", 824.

⁹⁷ Akad vd., *Genel Kamu Hukuku*, 13.

⁹⁸ Ahmet Rıza, *Batının Doğru Politikasının Ahlaken İflası*, 46.

⁹⁹ Göregen, "Batıda Oluşan 'Öteki' Anlayışının İnançla Olan İlişkisi", 3166; Şahin, "'Avatar' Filmi Özelinde Emperyalist Uygulamaların İncelenmesi", 821; İbrahim Kalın, *Barbar Modern Medeni: Medeniyet Üzerine Notlar* (İstanbul: İnsan Yayınları, 2018), 109-118.

¹⁰⁰ Uygun, *Devlet Teorisi*, 11-12; Marc Ferro, *Sömürgecilik Tarihi: Fetihlerden Bağımsızlık Hareketlerine 13. Yüzyıl-20. Yüzyıl*, çev. Muna Cedden (Ankara: İmge Kitabevi, 2017), 50.

maların olduğu gözden kaçırılmamalıdır¹⁰¹. Bu yaklaşımın en somut hali 1789 *Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinde* kendisini göstermiştir. Bildiride öne çıkan haklara bakıldığında burjuvanın ihtiyaç duyduğu haklardan oluştuğu görülmektedir¹⁰². Oy hakkının kullanılmasının belirli miktarda vergi verilmesi şartına bağlanması, devletin ekonomiye müdahalesinin engellenerek zenginle fakirin 'serbest piyasa' içerisinde karşı kaşıya bırakılması gibi hususlar burjuvanın Avrupa'nın ötekilerini de rahat bırakmadığını göstermektedir¹⁰³. Günümüzde ABD'nin öncülüğünde Rusya'ya ekonomik yaptırımlar uygulamak adına doğal gaz ambargosu koymuş olan Almanya'nın federal ekonomi bakanı Robert Habeck, "Bazı ülkeler, hatta dost olanlar bile bazı durumlarda fiyatlarında zirveye ulaşıyor. Elbette bu, üzerinde konuşmamız gereken sorunlara yol açıyor"¹⁰⁴ diyerek aslında kapitalist bakış açısında 'dostluk'dan daha fazla 'kâr' anlayışının yer tuttuğunu bizlere hatırlatmaktadır.

Böyle bir durumda tek çıkış yol olarak mücadele etmek gerekmektedir. Karşı durabilmek için yapılan faaliyetler ise barbarlığın ispatı olarak sunulmakta ve sömürücüleri kendini savunan konumuna yükseltmektedir. Ne olursa olsun mücadele etmeden hak elde edilebileceğini savunmak yersiz görünmektedir. Güç üzerine kurulu bir düzende haklı olmak tek başına maalesef yetmemektedir. Nitekim 1789 anlayışının belli ölçüde sosyal unsurlarla tamamlanabilmesi de 1848 yılında çalışanların ayaklanması neticesinde mümkün olabildiği¹⁰⁵.

B. SAVAŞ SONRASI

Avatar filminde Nav'iler ve onlarla dayanışma içinde olan bir kısım dünyalılar, direniş göstermişlerdir. Ancak bu direniş onların kutsal ağaç Eywa'yı korumalarına yetmemiştir. Tam Eywa bombalarla yok edileceği korkusu seyirciyi hissettirdiği anda direnişçilerin yardımına Pandora'da yaşayan hayvanlar yetişmiştir. Uçan ve yürüyen hayvanatın sömürgecilere saldırısıyla beraber savaşın yönü tersine çevrilmiş ve Nav'iler savaşı kazanmışlardır¹⁰⁶. Burada senaryo yazılırken İslam tarihinden ilham alındığı izlenimi doğmaktadır. Çünkü Kur'an-ı Kerim'de Fil suresinde¹⁰⁷ anlatıldığına göre Kabe'yi yıkmaya çalışan Ebrehe'nin ordusunun ebabil kuşlarının attığı taşlarla çığnenmiş ekin tarlası gibi darmadağın edilmiştir.

¹⁰¹ Batı'da insan haklarına olan ihtiyacın ortaya çıkması ile geleneksel toplumların sosyal temellerinin tahrip edilmesi arasındaki ilişkinin irdelenmesi hakkında bk. Jack Donnelly, *Teoride ve Uygulamada İnsan Hakları*, çev. Mustafa Erdoğan - Levent Korkut (Ankara: Yetkin Yayınları, 1995), 72.

¹⁰² Mehmet Semih Gemalmaz, *Devlet, Birey ve Özgürlük* (İstanbul: Legal Yayınları, 2010), 187-192.

¹⁰³ Bulut, *Feodaliteden Küreselleşmeye Ekonomik İktidar Siyasal İktidar İlişkisi*, 102.

¹⁰⁴ *Hürriyet*, "Habeck'ten fahiş fiyat tepkisi: 'Dostlarımız bile...'" (05 Ekim 2022), 1.

¹⁰⁵ Akad vd., *Genel Kamu Hukuku*, 283.

¹⁰⁶ Cameron, *Avatar*, 02:14:56-02:24:05.

¹⁰⁷ DİB, Diyanet İşleri Başkanlığı, "Kur'an-ı Kerim, Tefsir" (Erişim 01 Ekim 2022), el-Fil Suresi 105/1-5.

Savaşın kazanılmasının ardından şirket elemanları geldikleri gemilere doldularak Dünya'ya geri gönderilmişlerdir. Nav'ilerin safında yer alanların ise kalmayı seçmiştir¹⁰⁸. Elbette film mutlu son ile bitmektedir. Ancak mutlu bir sonun olmadığı durumlarda nasıl bir manzara ile karşılaşabileceğimizi tasavvur etmek güç değildir. Nitekim dünya tarihine göz attığımızda sömürgecilerin kazandığı durumlarda olmuş ve olmakta olanlar vicdan sızlatır niteliktedir.

SONUÇ

Zinn, Batı Uygarlığının, insanlığın en yüksek başarı noktası olduğunu savunmanın sakat bir tarih anlayışının sonucu olduğunu vurgulamaktadır¹⁰⁹. Gerçekten de bu anlayışı savunanlar aslında belki de farkında olmadan sömürgecilerin kulanmakta oldukları argümanlara yaklaşmaktadır. Batı'nın feodalizmden modern egemenlik anlayışına geçişine etkileri bakımından temel tetikleyiciler arasında yer alan 'coğrafi keşifler'¹¹⁰ olgusuna Avatar filmi çerçevesinde mercek tuttuğumuzda parlak bir uygarlık olarak lanse edilen durumun gerisinde kan ve gözyaşının bulunduğu görülmektedir¹¹¹.

Avatar'ın anlatımı aslında Batı'ya ayna tutmakla kalmamış daha iyi bir dünyanın mümkün olduğuna dair umut sunmuştur. Avatar özellikle kapitalist bakış açısıyla ortaya atılıp tartışılan ve bir noktada kabul gören Batılı yaklaşıma keskin eleştiriler sunmaktadır. Avrupa'nın diğerlerine dayattığı uygarlık, demokrasi, dil öğreniminin gerekliliği, insan hakları ve beyaz insanın alt edilemez üstünlüğü gibi kavramların aslında daha kolay sömürünün birer aracı olduğu tezini işleyen film ile mevcut dünya sistemi karşılaştırıldığında keskin eleştirilerin yersiz olmadığı sonucuna varılmaktadır. Özellikle medeni/hakim insanın yerliye biçtiği konum aslında sömürüye razı gelmesi üzerinedir. Yoksa petrol tedarikini sağladığı sürece Suudi Arabistan'ın krallıkla yönetilmesi demokrasi ve insan hakları bakımından sakıncalı görülmemektedir. Bizzat İngiltere'nin "Birleşik Krallık" olması da demokrasiye aykırı sayılmamakta hatta kralın devlet yönetimi üzerindeki tüm olağanüstü ağırlığına rağmen demokrasinin beşiği olduğu lanse edilebilmektedir. Diğer taraftan düşünce özgürlüğü bu kadar önemli iken egemen anlayışa ters düşükleri ya da egemen güçlerin talimatlarına uymaktan kaçındıkları için Saddam Hüseyin, Mursi ve Nicolás Maduro gibi liderler dolayısıyla Irak'a Mısır'a ve Venezüella'ya karşı takındıkları tavır da ortadadır.

¹⁰⁸ Cameron, Avatar, 02:26:03-02:26:17.

¹⁰⁹ Zinn vd., Fatihler Yargılanıyor, 85.

¹¹⁰ Hamit Emrah Beriş, *Egemenlik (Bir Kavramın Geçmişi, Bugünü ve Geleceği)* (İstanbul: Tezkire Yayınları, 2014), 60.

¹¹¹ Sömürgecilik ile burjuva devrimi arasındaki ilişki hakkında ayrıntılı bilgi için bk. J. M. Blaut, *Sömürgeciliğin Dünya Modeli (Coğrafi Yayılmacılık ve Avrupa-merkezci Tarih)*, çev. Serbun Behçet (İstanbul: Dergâh Yayınları, 2015), 271-276.

Günümüzde insanlığı tehlikeye atan iklim değişikliği, fakirlik, savaşlar ve adil bir dünya sisteminin kurulamamış olması geleceğimizi tehlikeye atmaktadır. Aslında yapılması gereken adil bir dünya sisteminin nasıl olması gerektiği üzerine esaslı bir şekilde düşünmektir.

KAYNAKÇA

- 20th Century Studios. “Movies- Avatar (2009)”. Erişim 13 Ekim 2022. <https://www.avatar.com/movies/avatar>.
- Ağaoğulları, Mehmet Ali. *Kent Devletinden İmparatorluğa*. Ankara: İmge Kitabevi, 6. Basım, 2009.
- Ahmet Rıza. *Batının Doğu Politikasının Ahlaken İflası*. çev. Ziyad Ebüzziya. İstanbul: Üçdal Neşriyat, 1982.
- Akad, Mehmet vd. *Genel Kamu Hukuku*. İstanbul: Der Yayınları, 17. Basım, 2021.
- Akal, Cemal Bâli. *İktidarın Üç Yüzü*. İstanbul: Dost Kitabevi, 7. Basım, 2014.
- Akal, Cemal Bâli. *Modern Düşüncenin Doğuşu: İspanyol Altın Çağı*. İstanbul: Dost Kitabevi, 4. Basım, 2010.
- Akalın, Şükrü Halûk vd. *Türkçe Sözlük*. Ankara: Türk Dil Kurumu, 11. Basım, 2011.
- Aktaş, Altan. “Başarısız Devletler Söyleminde Uluslararası Hiyerarşi Algısı”. *The Turkish Yearbook of International Relations* 50 (2019), 141-179.
- Anadolu Ajansı. “Batı’nın ‘darbe’ ile imtihanı” (20 Mayıs 2015), 1 <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/batinin-darbe-ile-imtihani/45437>.
- Aybay, Rona. *Genel Kamu Hukuku: 18.-20. Yüzyıllarda Devlet Kuramlar ve Uygulamalar*. İstanbul: Der Yayınları, 3. Basım, 2020.
- Aydın, Suavi. “Darwin Kavramlarının Yanlış ve Kötüye Kullanımları Üzerine ya da Darwin Sosyal Darwinist miydi?”. *Darwin Devrimi: Evrim Cogito* 60-61 (Güz-Kış 2009), 393-412.
- Balcı, Burcu. “Fütüristik Bir Modern Sömürge Öyküsü: Avatar”. *Civilacademy Sosyal Bilimler Dergisi* 8/2 (Bahar 2010), 23-42.
- Bashal, Adam Abu - Kavak, Gökhan. “Hollanda’nın utanç tarihi”. *Anadolu Ajansı* (26 Şubat 2018), 1. <https://www.aa.com.tr>.
- Beriş, Hamit Emrah. *Egemenlik: Bir Kavramın Geçmişi, Bugünü ve Geleceği*. İstanbul: Tezkire Yayınları, 2014.
- Blaut, J. M. *Sömürgeciliğin Dünya Modeli: Coğrafi Yayılmacılık ve Avrupa-merkezci Tarih*. çev. Serbun Behçet, İstanbul: Dergâh Yayınları, 2. Basım, 2015.
- Bolay, Süleyman Hayri. *Batı Aklına Karşı Türkiye*, İstanbul: Ketebe Yayınları, 2018.
- Brunton, Bruce. “The East India Company: Agent of Empire in the Early Capitalist Era”. *Social Education* 77/2 (March-April 2013), 78-81 ve 98. https://www.socialstudies.org/system/files/publications/articles/se_77021378.pdf.
- Bulut, Nihat. *Feodaliteden Küreselleşmeye Ekonomik İktidar Siyasal İktidar İlişkisi*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2003.
- Bulut, Nihat. *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009.
- Calvin, John. “Tefecilik Üzerine Mektup”. çev. Kapadokya MYO Çeviri ve Redaksiyon Ekibi. *Batı’ya Yön Veren Metinler Rönesans: Protestan Reformu, Erken Modern Dönem (1570-1815), Bilim Çağı (1570-1815)*. drl. Alev Alatlı. 2/594-596. İstanbul: İlke Eğitim ve Sağlık Vakfı Kapadokya MYO Yayını, 2010.

- Cameron, James. *Avatar* (Film, 2009). <https://www.imdb.com/title/tt0499549/>.
- Casas, Bartolomé De Las. *Kızılderililer Nasıl Yokedildi?*. çev. Meryem Ural, İstanbul: Şule Yayınları, 2008.
- Develi, Erdem Selman. "Hollanda Ekonomisinin Yükselişi ve Düşüşü: 16. ve 18. Yüzyıllar Arasında Yaşanan Değişim", *Ekonomi, Finans ve İşletme Yönetimi Alanında Yaşanan Güncel Gelişmeler-II*. ed. Alican Umut. 1-14. Ankara: Nobel Bilimsel Eserler Yayını, 2021.
- Diamond, Jared. *Tüfek, Mikrop ve Çelik*. çev. Ülker İnce, İstanbul: Pegasus Yayınları, 2018.
- DİB. Diyanet İşleri Başkanlığı. "Kur'an-ı Kerim, Tefsir". Erişim 01 Ekim 2022. el-Fil Suresi 105/1-5. <https://kuran.diyanet.gov.tr/tefsir/sure/105-fil-suresi>.
- Donnelly, Jack. *Teoride ve Uygulamada İnsan Hakları*. çev. Mustafa Erdoğan - Levent Korkut. Ankara: Yetkin Yayınları, 1995.
- Dursun, Davut. "Siyaset ve Birey: Siyasal Katılma". *Siyaset Bilimi*. ed. Davut Dursun - Mustafa Altunoğlu. 90-121. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Yayınları, 3. Basım, 2015.
- Duverger, Maurice. *Batı'nın İki Yüzü*, çev. Cem Eroğul - Fazıl Sağlam. Ankara: Doğan Yayınevi, 1977.
- Emeklier, Bilgehan - Ergül, Nihal. "Petrolün Uluslararası İlişkilerdeki Yeri: Jeopolitik Teoriler ve Petropolitik". *Bilge Strateji*, 2/3 (Güz 2010), 59-85.
- Engdahl, William. *Petrol, Para, İktidar Anglo-Amerikan Petrol Politikası ve Yeni Dünya Düzeni*. çev. Ertuğrul Bilal. İstanbul: Alfa Yayınları, 2008.
- Ereker, Fulya. "İlkçağlardan Günümüze Haklı Savaş Kavramı". *Uluslararası İlişkilerde Çatışmadan Güvenliğe*, drl. Mustafa Aydın vd. 45-73. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2012.
- Fedayi, Cemal. *Siyaset Biliminin Temel Kavramları*, Ankara: Kadim Yayınları, 2021.
- Ferro, Marc. *Sömürgecilik Tarihi: Fetihlerden Bağımsızlık Hareketlerine 13. Yüzyıl-20. Yüzyıl*. çev. Muna Cedden. Ankara: İmge Kitabevi, 3. Basım, 2017.
- Fish, Robert. "Apocalypto (Review)". *Wicazo Sa Review* 23/2 (Fall 2008), 120-121.
- Gaur, Aakanksha vd. "East India Company". *Britannica*. Aakanksha Gaur vd. Erişim 13 Ekim 2022. <https://www.britannica.com/topic/East-India-Company>.
- Gemalmaz, H. Burak, "Sanal Mülkiyet", *HFSA Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, Prof. Dr. Adnan Güriz Anısına*. 23/194-200. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2010.
- Gemalmaz, Mehmet Semih. *Devlet, Birey ve Özgürlük*, İstanbul: Legal Yayınları, 2010.
- Gibson, Mel. *Apocalypto*. (Film 2006). <https://www.imdb.com/title/tt0472043/>.
- Google. "Avatar tarafından kazanılan ödüller". Erişim 13 Ekim 2022. <https://www.google.com>.
- Göregen, Mustafa. "Batıda Oluşan 'Öteki' Anlayışının İnançla Olan İlişkisi". *İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırma Dergisi* 7/4 (Aralık 2018), 3156-3167. <https://doi.org/10.15869/itobiad.479376>.

- Göze, Ayferi. *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*. İstanbul: Beta Yayınları, 11. Basım, 2007.
- Güneş, Burak. “Orta Doğu’da Devlet Dışı Aktör Olarak Özel Askeri ve Güvenlik Şirketleri”. *International Journal of Social Inquiry* 13/2 (2020), 543-583. <https://doi.org/10.37093/ijisi.837711>.
- Heykel, Muhammed. *3. Petrol Savaşı Körfez Savaşının Perde Arkası*. çev. N. Ahmed Asrar. İstanbul: Pınar Yayınları, 1993.
- Hobson, John M. *Batı Medeniyetinin Doğulu Kökenleri*. çev. Esra Ermert, İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 7. Basım, 2020.
- Hürriyet*. “Habeck’ten fahiş fiyat tepkisi: ‘Dostlarımız bile...’”, (05 Ekim 2022), 1. <https://www.hurriyet.com.tr/avrupa/habeckten-fahis-fiyat-tepkisi-dostlarimiz-bile-42148380>.
- İğneci Süzen, Rana. “Dijital Evrende Mimesisi Yeniden Düşünmek; Avatar Filmi”. *The Turkish Online Journal of Design, Art and Communication - TOJDAC* 2/2 (April 2012), 22-31. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/138309>.
- İşçi, Metin. *Siyasi Düşünceler Tarihi*. İstanbul: Der Yayınları, 2004.
- Kalın, İbrahim. *Barbar Modern Medeni: Medeniyet Üzerine Notlar*. İstanbul: İnsan Yayınları, 2018.
- Kırmızıgül, Niyazi. *Özel Askeri Şirketlerin Meşruiyet Sorunu*. Nevşehir: Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2021.
- Kolomb, Kristof. *Seyir Defterleri*. çev. Sait Maden. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 3. Basım, 2018.
- Köse, Meryem - Küçük, Meryem. “Oryantalizm ve ‘Öteki’ Algısı”. *Sosyal ve Kültürel Araştırmalar Dergisi* 1/1 (2015), 107-127.
- Kuçuradi, İoanna. “Küreselleşme, Sosyal Adaletsizlik ve Sosyal Haklar”. *Anayasal Sosyal Haklar (Avrupa Sosyal Şartı, Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye)*. ed. İbrahim Ö. Kaboğlu. 45-51. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2012.
- Locke, John. *Uygur Yönetim Üzerine İkinci İnceleme Sivil Toplumda Devlet*. çev. Serdar Taşçı - Hale Akman. İstanbul: Metropolis Yayınları, 2002.
- Maden, Sait. “Sunuş”, Kristof Kolomb. *Seyir Defterleri*. çev. Sait Maden. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 3. Basım, 2018, s. 7-12.
- Madsen, Kenneth D. *Blue Indians: Teaching the Political Geography of Imperialism With Fictional Film*. *Journal of Geography* 113/2 (2014), 47-57. <https://doi.org/10.1080/0221341.2012.759994>.
- Makepeace, Margaret. “A Brief History of the English East India Company 1600-1858”. Qatar Digital Library. Erişim 13 Ekim 2022. <https://www.qdl.qa/en/brief-history-english-east-india-company-1600%e2%80%931858>.
- Mitchell, Timothy. *Karbon Demokrasi Petrol Çağında Siyasal İktidar*. çev. Fırat Berkun. İstanbul: Açılımkitap Yayınları, 2014.

- Mosca, Gaetano. *Siyasi Doktrinler Tarihi: Eski Çağ'dan Zamanımıza Kadar*. çev. Samih Tiryakioğlu. İstanbul: Bilge Kültür Sanat Yayını, 2019.
- Newitz, Annalee. When Will White People Stop Making Movies Like “Avatar”?. *io9*. Erişim 07 Ekim 2018. <http://io9.com/5422666/when-will-white-people-stop-making-movies-like-avatar>.
- Ökten, Sadettin. “Modern Batı Medeniyeti Üzerine Bir Deneme”. *Lale* 5 (2022), 104-109.
- Özalp, Osman Nuri. “Özel Güvenlik ve Askeri Firmaların Uluslararası Hümaniter Hukuka Göre Statüsü ve Montreaux Dökümanı Bağlamında Yeni Arayışlar”. *İÜHF* 67/1-2, (2009), 57-78.
- Özbek, Metin. “Dünden Bugüne Kızılderişiler”. *Prof. Dr. İbrahim Yasa'ya Armağan*. 359-368. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, 1983.
- Özcan, Mehmet Tevfik. *İkel Toplumlarda Toplumsal Kontrol: Hukuk Dışı Mekanizmalar ve İkel Hukuk*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2. Basım, 2012.
- Özdemir, Ali Murat vd. *Genel Kamu Hukuku Kuramsal Yaklaşım*. Ankara: İmge Kitabevi, 2019.
- Özkoç, Özge. “Otoriter Rejimin İnşası ve Sürekliliği: Mısır Ordusunun Siyasal Hayattaki Rolü Üzerine Bir Değerlendirme”. *The Turkish Yearbook of International Relations*, 51 (2020), 91-114.
- Pandorapedia. “The Na’vi”. Erişim 13 Ekim 2022. https://www.pandorapedia.com/navi/life_society/the_navi.html
- Parsa, Alev Fatoş - Edizler, Gaye. “Sinemasal Anlatıda Duygusal Zeka: Avatar (2009) Film Çözümlemesinde Olaylar ve Karakter Örüntüsü Üzerinde Duygusal Zeka Göstergelerinin Analizi”. *E-Journal of New World Sciences Academy* 6/3 (2011), 614-630.
- Rousseau, Jean-Jacques. *Bilimler ve Sanatlar Üstüne Söylev*. çev. Sabahattin Eyüboğlu. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2. Basım, 2009.
- Sarıca, Murat. *100 Soruda Siyasi Düşünce Tarihi*. İstanbul: Gerçek Yayınevi, 6. Basım, 1993.
- Smith, Adam. *Milletlerin Zenginliği*. çev. Haldun Derin. İstanbul: İş Bankası Kültür Yayınları, 3. Basım, 2009.
- Smith, Edmonds J. “Reporting and Interpreting Legal Violence in Asia: The East India Company’s Printed Accounts of Torture, 1603-24”. *The Journal of Imperial and Commonwealth History* 46/4 (2018), 603-626. <https://doi.org/10.1080/03086534.2018.1452545>.
- Stern, Philip J. “Politics and Ideology in the Early East India Company-State: The Case of St Helena, 1673-1709”. *The Journal of Imperial and Commonwealth History* 35/1 (2007), 1-23. <https://doi.org/10.1080/03086530601143362>.
- Şahin, Ayhan. ““Avatar” Filmi Özelinde Emperyalist Uygulamaların İncelenmesi”. *Turkish Studies International Periodical for the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic* 10/10 (Summer 2015), 817-826. <http://dx.doi.org/10.7827/Turkish-Studies.8417>.

- Şaylan, Gencay. *Değişim Küreselleşme ve Devletin Yeni İşlevi*. Ankara: İmge Kitabevi, 3 Basım, 2016.
- Topcan, Özlem. “Batı Medeniyeti Gölgesinde Ötekilerin İnşası”. *Türk Dünyası Araştırmaları* 126/249 (Kasım - Aralık 2020), 347-368.
- Touchard, Jean. *Siyasal Düşünceler Tarihi*. çev. İsmail Yerguz, İstanbul: Işık Yayınları, 2015.
- Uygun, Oktay. *Devlet Teorisi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- Weber, Max. *Protestan Ahlakı ve Kapitalizmin Ruhunu*. çev. Milay Köktürk. Ankara: Bilge-Su Yayınları, 3. Basım, 2017.
- Wilson, Thomas, “Tefecilik Üzerine Bir Vaaz”, çev. Kapadokya MYO Çeviri ve Redaksiyon Ekibi. *Batı'ya Yön Veren Metinler Rönesans: Protestan Reformu, Erken Modern Dönem (1570-1815), Bilim Çağı (1570-1815)*. drl. Alev Alatlı. 2/597-598. İstanbul: İlke Eğitim ve Sağlık Vakfı Kapadokya MYO Yayını, 2010.
- Yaslıkaya, Refik, “Ekolojik Paradigmada Bir Kavşak: Çevreci Sinema”, *International Journal of Science Culture and Sport (IntJSCS)*, Special Issue 3 (July 2015), 410-428. Doi: 10.14486/IJSCS308.
- Yergin, Daniel. *Petrol Para ve Güç Çatışmasının Epik Öyküsü*. çev. Kamuran Tuncay. Ankara: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1995.
- Yıldırım, Mustafa. “Düşünce Özgürlüğü Üzerine”. *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 40/1 (1999), 189-193.
- Yücel Dericiler, Özge. *Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletinin Krizi Ekseninde Bir İnceleme*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- Zinn, Howard vd. çev. Kemal Kutlu. *Fatihler Yargılanıyor 500. Yılında Karşı-Amerika*. drl. Veli Yılmaz. İstanbul: Tüzm zamanlar Yayıncılık, 1992.



Kamu Görevlisinin Etik Sorumluluğu^(*)

Ethical Responsibility of Public Officials

Dr. Öğr. Üyesi Ömer Faruk EROL^(**)

Öz

Türk hukukunda kamu görevlisinin etik sorumluluğuna dair etik ilkelerin kodifiye edilebilmesi ve idarede bu ilkelerin yeknesak bir şekilde uygulanabilmesini sağlamak amacıyla Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (KGEKKHK) *Resmî Gazete* 25486 (8 Haziran 2004), Kanun No. 5176 çıkartılmıştır. Bu kanun ile, kamu görevlilerinin uyması gereken etik davranış ilkeleri belirlenmiş ve uygulamayı gözetmesi amacıyla Kamu Görevlileri Etik Kurulunun kuruluş, görev ve çalışma usul ve esasları düzenlenmiştir. Kamu görevlilerinin etik sorumluluğuna ilişkin gerçekleştirilen bu yasal düzenleme neticesinde müstakil bir etik sorumluluk rejimi ortaya çıkmıştır. Kamu görevlisinin disiplin hukukuna dair yasal düzenlemeler de göz önüne alındığında etik sorumluluk ile disiplin hukuku arasındaki ilişkiye dair bir takım eksiklikler ve yeni düzenleme ihtiyaçları ortaya çıkmıştır. Bu çalışma kapsamında, etik sorumlulukta kademelenme ve müeyyide eksikliği olarak formüle edilebilecek bu hususlar tespit edilerek, etik sorumluluğun yasal çerçevesi içerisinde inceleme ve değerlendirmeye alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

Kamu Görevlisi, Etik Sorumluluk, Disiplin Hukuku, Etik Davranış İlkeleri, Disiplin Suç ve Cezaları.

Abstract

In order to codify the ethical principles regarding the ethical responsibility of public officials in Turkish law and to ensure the uniform application of these principles in the administration; the Establishment of the Ethics Board for Public Officials and Amendments to Certain Laws (Law No. 5176) was enacted. With this law, the principles of ethical behavior to be followed by public officials have been determined; and the establishment, duties and working procedures and principles of the Public Officials Ethics Board have been regulated in order to oversee the implementation. As a result of this new legislation on the ethical responsibility of public officials, a separate ethical responsibility regime has emerged. Considering the legal regulations on the disciplinary law of

^(*) Araştırma Makalesi / Makale Geliş Tarihi: 29.08.2022 - Makale Kabul Tarihi: 28.10.2022
DOI: 10.56701/shd.1168324

^(**) İbn Haldun Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye
E-posta: omer.erol@ihu.edu.tr
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-7595-8972>

public officials, some deficiencies and new regulation needs have emerged regarding the relationship between ethical responsibility and disciplinary law. Within the scope of this study, these issues, which can be formulated as the lack of gradation and sanctions in ethical responsibility, have been identified and examined and evaluated within the legal framework of ethical responsibility.

Keywords

Public Official, Ethical Responsibility, Disciplinary Law, Principles of Ethical Behavior, Disciplinary Offenses and Penalties.

GİRİŞ

Aristoteles, Hobbes ve diğer düşünürlerin birey - toplum - düzen temelinde ileri sürdüğü görüşlere dair kadim tartışmalar bir yana; Hobbes'un ifade ettiği gibi “*Ad Societatem ergo homo aptus, non naturâ, sed disciplinâ factus est*”: “*Bu nedenle, insan topluma tabiat yoluyla değil ama disiplin yoluyla uygun hale getirilir*”. Disiplin mekanizması niteliğinde Devlet teorisini kurgulayan Hobbes'a göre, varsayımsal bir sözleşme yoluyla sağlanan ve disiplin (*eğitim*) yoluyla da kişilere kabul ettirilen bir toplumsal düzen tasavvurunun var olduğu ifade edilmektedir.¹ Hauriou'ya göre de, “*toplumda hukukî vecibeler değil moral veya meslekî ödevler vardır ve disiplin gücü, ona ya uyulan, ya da, kötü ve zararlı sonuçları göze alınarak, karşı çıkılan bir kuvvet olarak kendini gösterir*”.² Modern toplumda Devlet ve düzen yapısına dair görüşler göz önüne alındığında, gerçekten de devletin hem topluma hem de kendi bünyesinde istihdam ettiği personele dair bir düzen arayışı içinde olduğunu söyleyebiliriz. Bu düzen, yasal düzenlemeler ışığında hem disiplin hem de eğitim yoluyla tesis edilebilmektedir. Nitekim Türk hukukunda, kamu görevlilerine dair bir çok kanuni düzenleme içeriğinde bu hususlar kolaylıkla belirlenebilmektedir.

2004 yılına kadarki süreçte, kamu görevlilerinin uymaları gereken etik ilke ve değerlere dair Türk hukukunda özel bir düzenleme mevcut değildi. Etik ilke ve standartlara dair hususlar, Devlet Memurları Kanunu (DMK), *Resmî Gazete* 12056 (23 Temmuz 1965), Kanun No. 657 ve bu kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmeliklerde, Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu (MBBRYMK), *Resmî Gazete* 20508 (4 Mayıs 1990), Kanun No. 3628 ve Kamu Görevlerinden Ayrılanların Yapamayacakları İşler Hakkında Kanun (KGAYİHK), *Resmî Gazete* 17480 (6 Ekim 1981), Kanun No. 2531 ile Türk

¹ Engin Topuzkanamış, *Hukuk ve Disiplin (Modern Toplumda Hukuka Uymanın Dayanakları)*, (İstanbul: Zoe Kitap, 3. Basım, 2019), 161-164. Yazar, disiplin kavramının eğitimden çok daha geniş anlamlara sahip olduğunu; eğitimin, disiplinin en temel anlamlarından biri olduğunu belirterek Hobbes'un sözlerini çevirmiştir. Gerçekten de ilerleyen bölümlerde kamu görevlisinin etik sorumluluğuna dair eğitim çalışmalarına değinildiğinde, disiplin ile eğitim arasındaki bu ilişki net şekilde ortaya çıkacaktır.

² Lûtfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982), 499.

Ceza Kanunu (TCK), *Resmî Gazete* 25611 (12 Ekim 2004), Kanun No. 5237 ve diğer mevzuatta dağınık olarak yer almaktaydı.³

Türk hukukunda ilk kez 2004 yılında, Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun⁴ (KGEKKHK), *Resmî Gazete* 25486 (8 Haziran 2004), Kanun No. 5176 ile etik ilke ve değerlere dair özel, müstakil kanuni bir düzenleme yapılmıştır. Bu kanunda kamu görevlisinin etik sorumluluğuna dair düzenleme ile Kamu Görevlileri Etik Kurulunun tesisine dair hususlar yer almaktadır.

Çalışma kapsamında öncelikle etik sorumluluk ile disiplin hukukuna dair amaçsal bir yaklaşım denemesi yapılacak ve 2004 yılındaki bu yeni düzenlemenin temelleri ortaya konulmaya çalışılacaktır. İkinci bölümde, etik sorumluluk yasal çerçeveden ele alınarak, etik davranış ilkeleri ile etik sözleşme, etik sorumluluğun kodifikasyonu kapsamında incelenecektir. Son bölümde ise etik sorumluluk kapsamında tespit edilen kademelenme ve müeyyide eksikliği meselesine dair tespit, inceleme ve çözüm önerilerinde bulunulacaktır.

I. AMAÇSAL YAKLAŞIM

Etik kelime anlamı itibariyle, ahlak ilkeleri doğrultusunda doğru davranışı ele almaktadır. Bu doğrultuda, etik kelimesinin Yunan dilinde “*ethos*” kelimesinden geldiği, kelimenin “*karakter*” anlamında olduğu ve benimsenecek değerler bütününe veya kişilere nasıl davranılacağına yönelik hususların karakter ya da “*etik*” meselesi olduğu ifade edilmektedir.⁵

Türk Dil Kurumu etik kavramını, “*Töre bilimi, çeşitli meslek kolları arasında tarafların uyması veya kaçınması gereken davranışlar bütünü, etik bilimi, ahlaki, ahlakla ilgili*” olarak tanımlamaktadır.⁶ Felsefi açıdan ise etik, “*ahlâkî düşüncesinin bize kazandırdığı bir bilinç durumu*” olarak ifade edilmekte ve bir mesleğe ilişkin yükümlülük ve kurallar çerçevesinde bir meslek etiğinden söz edilebileceği belirtilmektedir.⁷

Doktrinde “*ahlak*” ve “*etik*” kavramlarının birbirini yerine kullanıldığını ve bu nedenle de aynı anlama geldiğinin düşünebildiği ve fakat bu iki kavramın birbirinden farklı olduğu ifade edilmektedir. Ahlak, “*bir toplum içinde kişilerin uymak*

³ Zehra Odyakmaz - Oğuzhan Güzel, “İdarenin Uygulamaları Bakımından İdare, Etik ve Ahlâk”, *Ankara Barosu Dergisi* 3 (2013), 27.

⁴ Kanunun adı bundan sonra kısaltılarak “5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması Hakkında Kanun” şeklinde kullanılacaktır.

⁵ Cüneyt Yüksel, “Kamu Yönetiminde Etik ve Türk Kamu Yönetiminde Etik Hakkında Yasal Düzenlemeler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 64/2 (2006), 171.

⁶ *Güncel Türkçe Sözlük*, “Etik” (Erişim 29 Temmuz 2022).

⁷ Hakan Poyraz, *Sosyal Bilimler Ansiklopedisi*, (Ankara: TÜBİTAK Bilim Yayınları, 2021), “Etik”.

zorunda oldukları davranış biçimlerini düzenleyen sosyal kurallar” olarak ifade edilirken; etik, “bireylerin, toplulukların davranışlarıyla iyi, kötü veya doğru, yanlış gibi değerlendirmeler yapmasına imkân veren ilkeler veya standartların bütünü” olarak ifade edilmektedir. Bu yaklaşıma göre, ahlak, nasıl yaşanması gerektiği sorusuna cevap ararken; etik, işlerin nasıl yapılması gerektiğini göstermeye yönelik değer, ilke ve standartlardan oluşmaktadır. Nitekim etik bir süreç niteliğini taşımakta ve karar alırken ve uygularken belirli değerlere bağlı olarak hareket edilmesini içermektedir.⁸

Bu çalışma kapsamında etik kavramının teorik altyapısından⁹ ziyade, normatif olarak düzenlenmiş etik sorumluluk ile etik kurallar ve ilkeler hukuki açıdan incelenecek; etik sorumluluğun amacı ile disiplin hukuku amacı ele alınarak etik sorumluluğun çerçevesi belirlenmeye çalışılacaktır.

A. ETİK SORUMLULUĞUN AMACI

“*Toplumsal sözleşmeye imza atmış bireylerin en doğal hakkı*”, yönetimden hukuka uygun eylem ve işlem yapma beklentisidir. Ki bu beklenti, yönetimin “*hukuksal ve etik meşruluğu*”nun da bir gereğidir.¹⁰ Fakat belirtmek gerekir ki, Devletin hukuksal kurgusunda ne kişilerin hakları ne de bu hakları kullanımında idarenin yapması gerekenler sözleşme kaynaklı değildir. Anayasa ile düzenlenen hak ve özgürlükler, Devlet için kamu yükümlülüklerinin ortaya çıkması anlamına gelmektedir.¹¹

Gerek teorik bir yaklaşım çerçevesinde “*toplumsal sözleşme*” bakışıyla, gerekse de normatif bir yaklaşımla anayasa ve kanunlar temelinde olayı ele alırsak, Devlete olan güvenin tesisi için vatandaşın hukuka uygun bir yönetim altında sevk ve idaresi elzem niteliktedir. Bu durum, bir kamu yükümlülüğü olarak idarenin eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğu şartı ile idarede görev alan personelin, kamu görevlisinin, hukuka ve etik ilkelere uygun davranması zorunluluğunu ortaya çıkarmaktadır. Bu kapsamda, kamuda görev alan kişilerin belirli statüler içinde, etik sorumluluk bilinciyle görev yapması gerekmektedir.

Doktrinde, idarenin hukuka aykırı işlem yapmış olmasının, hukuk devletinde etik açıdan kınanması gereken ve kabul edilemez bir durum olduğu ifade

⁸ Odyakmaz - Güzel, “İdarenin Uygulamaları Bakımından İdare, Etik ve Ahlâk”, 22-23.

⁹ Teorik açıdan hukuk ve ahlak ilişkisi ve bunun normatif düzene yansımaları, etik sorumluluk ilkelerinin belirlenmesi ve uygulamaya geçirilmesinde ayrıca incelenmesi gereken bir alandır. Çalışma kapsamında normatif olarak düzenlenmiş etik sorumluluk kapsamında inceleme yapılacağından dolayı bu hususlara değinilmekle yetinilmiştir. Konuya ilişkin inceleme için bkz: Ahmet Ulvi Türkbağ, “Hukuk ve Ahlakın Kesim Noktası Olarak Hukuk Normu”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2008/2 (2008).

¹⁰ Müslüm Akıncı, *Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman*, (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 1999), 10.

¹¹ Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, (Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 3. Basım, 2015), 9.

edilmekte¹², böyle bir işlem neticesinde çıkan zararın yargı tarafından tazminine yönelik karar verilmesi de idareyi ahlaklı davranmaya yönelik teşvik olarak nitelendirilmektedir.¹³ Gerçekten de kamu hizmetinin sunulmasında yer alan kişilerin etik dışı faaliyetleri, ilgili kurumların ve faaliyetlerinin meşruiyetinin sorgulanmasına ve dolayısıyla da devlete duyulan güvenin giderek azalmasına neden olduğu ifade edilebilir. Devlet ve vatandaş arasındaki güven ilişkisinin sağlam bir şekilde tesis edilebilmesi için teknik olarak idarenin faaliyetlerinin sürdürülmesi esnasında uyulması gereken bir etik altyapının olması gerektiği belirtilmektedir. Söz konusu etik altyapı ise uluslararası normlara ve muasır ilkelerle uyumlu ve uygulanabilir nitelikte olmalıdır.¹⁴

Bu aşamada belirtmek gerekir ki, toplumlar arasında ve hatta bir toplum içinde dahi farklı ahlak anlayışları, ahlaki değerler bütünü olabilmektedir. Öte yandan, etik meselesine konu olan ilkelerin evrensel nitelikte olduğunu belirten görüşler olduğu gibi toplumdan topluma da değiştiği de ifade edilmektedir. Genel olarak etik ilkelerin evrensel nitelikte olduğunu, spesifik bazı davranışların (*yalan söyleme, hırsızlık vb.*) her toplumda etik dışı nitelikte kabul edildiğini ve fakat kültürel farklılıkların ise etik ilkelerde farklılıkların ortaya çıkmasına neden olduğu da belirtilmektedir.¹⁵

Her bir toplumun farklı etik anlayışı ve bu sebeple de topluluklar arası kültürel farklılıklar olabilir ama bu farklılığa rağmen evrensel standartlar da ortaya çıkabilmektedir.¹⁶ Bu standartlar kimi zaman devletlerin fonksiyonel olarak kanun koyucu mekanizmasının aynı yönde ilkeler ortaya koyması ile olabilmekte iken kimi zaman ise uluslararası organizasyonların faaliyetlerinin ulusal hukuklara yansması ve yönlendirmesi ile de olabilmektedir.¹⁷ Netice itibariyle uluslararası

¹² Ali D. Ulusoy, *İdari Yargılama Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 88.

¹³ Odyakmaz - Güzel, "İdarenin Uygulamaları Bakımından İdare, Etik ve Ahlak", 28.

¹⁴ Yüksel, "Kamu Yönetiminde Etik ve Türk Kamu Yönetiminde Etik Hakkında Yasal Düzenlemeler", 167.

¹⁵ Yüksel, "Kamu Yönetiminde Etik ve Türk Kamu Yönetiminde Etik Hakkında Yasal Düzenlemeler", 173.

¹⁶ Kültürel farklılık ve evrensel standart meselesi bir cümleyle özetlenemeyecek veya nihayete erdirilemeyecektir. Fakat çalışma kapsamına yakınlaşan husus ile değinilmekte yetinilmiştir. Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz: Chandran Kukathas, "Moral Universalism and Cultural Difference", *The Oxford Handbook of Political Theory*, ed. John S. Dryzek vd. (Oxford University Press, 2008).

¹⁷ Uluslararası organizasyonların ve / veya uluslararası antlaşmaların iç hukuka etkileri başlı başına incelenmesi gereken bir meseledir. Fakat bu uluslararası etki nedeniyle iç hukukların yeknesaklaşması ve global bir idare hukukunun ortaya çıkması meselesi de dikkate alınması gereken ayrı bir meseledir. Çalışma kapsamında konu dışına çıkmamak için böyle bir durumun varlığını tespit etmek ve vurgulamak gerekmektedir. Global idare hukukuna ilişkin detaylı bilgi için bkz: Carol Harlow, "Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values", *European Journal of International Law* 17/1 (2006); N Münici Çakmak, "Global İdare Hukuku Tartışmaları", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16/3 (2012); Gökhan Güneysu, "Uluslararası Hukuk Kuramı Açısından Global İdare Hukuku - Bir Giriş", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6/2 (2015).

organizasyonların kamu yönetiminde etik davranış ilkelerine yönelik yaptığı çalışmalar, devletleri de aynı yönde reform yapmaya yöneltmiştir.¹⁸

Netice itibariyle, etik sorumluluk müessesesi, kamu yönetiminde bir başka ifadeyle idarenin işleyişinde, işleyişe katılan personelin uyması gereken bir takım ilkeleri ortaya koymaktadır. Nitekim bu ilkeler doğrultusunda hareket eden personelin davranışlarına yönelik oluşacak itimat üzerinden vatandaş ve idare arasında güven ilişkisinin tesis edilmesi amaçlanmaktadır. Kamu personeline yönelik getirilen bu sorumluluk, benzer nitelikte olan disiplin sorumluluğuna yakınlaşmakta, bu nedenle de disiplin hukuku ile etik sorumluluk arasındaki ilişkinin / sınırın / ortaklığın belirlenmesi gerekmektedir.

B. DİSİPLİN HUKUKUNUN AMACI BAKIMINDAN ETİK SORUMLULUK

İdarenin faaliyetlerini gerçekleştirirken bu faaliyetlere katılacak kamu personelinin uyması gereken ciddi bir hukuki rejim olduğunu söyleyebiliriz. Gerçekten de idarenin işleyişinde kamu düzenini tesis etmek ve faaliyetin hukuka ve hizmetin gereklerine uygun olarak gerçekleştirilmesini sağlamak için kamu personeline yönelik disiplin hukuku rejimi tesis edilmiştir. Bu kapsamda, öncelikle disiplin hukukunun amacı ve disiplin cezalarının koruduğu değer kısaca ele alınacak ve sonrasında disiplin hukuku ile etik sorumluluk arasındaki ilişki, bu iki müessesinin amacı ve bu iki amacın benzerliği / çakışması bakımında ele alınacaktır.

1. Disiplin Hukukunun Amacı

İdare tarafından kamu hizmetlerinin sürekli, düzenli ve hizmetin gereklerine uygun olarak yürütülmesi gerekmektedir. Ayrıca kamu personelinin denetimi ve düzeni bozan davranışlarının ortadan kaldırılması da hizmetin gereğidir. Bu kapsamda disiplin, çalışma düzeninin bozulmasını önlemekte¹⁹ ve idari kuruluşun iç düzenini tesis amaçlanmaktadır²⁰. Bir başka ifadeyle disiplinin özünde kısıtlama ve sınırlama vardır ki disiplin ile “*ne yapmamak gerektiği*” öğrenilmektedir.²¹ Nitekim bu doğrultuda, düzenin bozulmasına neden olan eylemler disiplin suçunu; bu eylemlerin aynı veya başka bir kamu personeli tarafından tekrar yapılmasını önlemek amacıyla tesis edilen işlemler ise disiplin cezasını ortaya çıkarmaktadır.²²

Disiplin suçu, “*memurun göreviyle ilgili kusurlu fiilidir*”²³; disiplin cezası ise “*memurun meslekî hayat ve vazifesinde görülen yolsuzluklara karşı, kendisine*

¹⁸ Yüksel, “Kamu Yönetiminde Etik ve Türk Kamu Yönetiminde Etik Hakkında Yasal Düzenlemeler”, 170.

¹⁹ Cemil Kaya, “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler”, *Amme İdaresi Dergisi* 38/2 (2005), 61.

²⁰ Metin Günday, *İdare Hukuku*, (Ankara: İmaj Yayınevi, 10. Basım, 2013), 628.

²¹ Topuzkanamış, *Hukuk ve Disiplin (Modern Toplumda Hukuka Uymanın Dayanakları)*, 152.

²² Çınar Can Evren - İsmail Uçar, *Kamu Görevlileri Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 151.

²³ Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt 2*, (Bursa: Ekin Basım Yayım Dağıtım, 3. Basım, 2019), 772.

*tatbik edilen bir kısım zecrî müeyyidelerdir*²⁴. Dolayısıyla kamu hizmetinin gereği gibi ifa edilebilmesi²⁵ amacıyla memurun kendisine yüklenen görevleri yerine getirmemesi veya yasaklı işleri yapması yahut yapması gereken zorunlu hususları yapmaması durumunda, disiplin soruşturması başlatılarak yapılacak tahkikat neticesinde ilgili eylemin niteliğine göre disiplin cezası uygulanacaktır.²⁶

Doktrinde, disiplin yaptırımlarının amaçları ve işlevleri kısaca şu şekilde sıralanmaktadır: Kurum Düzenini Sağlama İşlevi, Koruma İşlevi (*Memurun Mesleğinde Korunması*), Eğitim İşlevi (*Memurun Disipline Edilerek Eğitilmesi*), Temizleme İşlevi (*Memurun Hizmette Kalmaması - İlişğinin Kesilmesi*), Korkutma İşlevi (*Memurun Aynı/Benzer Fülleri Yapmasının Engellenmesi*).²⁷ Disiplin yaptırımlarının amaçlarını ve işlevlerini gerçekleştirmek için kanun koyucu tarafından gerek 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda²⁸ gerekse de diğer özel kanunlarda ilgili hususlar düzenlenmektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 124 ve devamı maddelerinde düzenlenen disiplin hükümlerine bakıldığında, kanun koyucu tarafından tesis edilen disiplin rejiminin amacının / işlevinin nasıl olduğunu görmekteyiz. Buna göre, “*Kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacı ile kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve yönetmeliklerin Devlet memuru olarak emrettiği ödevleri yurt içinde veya dışında yerine getirmeyenlere, uyulmasını zorunlu kıldığı hususları yapmayanlara, yasakladığı işleri yapanlara durumun niteliğine ve ağırlık derecesine göre 125 inci maddede sıralanan disiplin cezalarından birisi verilir.*” (md.124/2) düzenlemesi, açıkça asıl amacın bastırıcılık olduğunu göstermektedir. Öte yandan madde 125’te ilk olarak uyarma cezasının düzenlemesi ise memura kendisini geliştirmesi, davranışlarını düzeltme imkanı sunması açısından disiplinin yapıcı fonksiyonunun olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla hem Kanunun disiplin başlığını taşıyan 7. bölümü hem disipline ilişkin hususların yer aldığı diğer bölüm-

²⁴ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları (II. Cilt)*, (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 3. Basım, 1966), 1188.

²⁵ Kamu hizmetinin sunumunda uyulması gereken hususlar, Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Uyulacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmelik (KHSUUİY), *Resmî Gazete* 27305 (31 Temmuz 2009) ile düzenlenmiştir. Bu ilkelerin kısmi olarak idarenin etik davranış ilkeleri olarak düzenlendiği ifade edilmektedir. Odyakmaz - Güzel, “İdarenin Uygulamaları Bakımından İdare, Etik ve Ahlâk”, 35.

²⁶ Kaya, “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler”, 86.

²⁷ Oğuz Sancakdar, *Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2001), 151-153. Ayrıca disiplin yaptırımlarının amacı, hukuki niteliği ve işlevleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Celal Işıklar, *Teoride ve Uygulamada Kamu Disiplin Yaptırımları*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 94 vd.; Oğuz Sancakdar vd., *Disiplin Hukuku*, (Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2019), 28 vd. Disiplin yaptırımları ile diğer yaptırım ve kurallar arasındaki farklılıklar için bkz. Işıklar, *Teoride ve Uygulamada Kamu Disiplin Yaptırımları*, 136 vd.

²⁸ Devlet Memurları Kanunu (DMK), *Resmî Gazete* 12056 (23 Temmuz 1965), Kanun No. 657. Kanunun adı bundan sonra kısaltılarak “657 sayılı Devlet Memurları Kanunu” şeklinde kullanılacaktır.

ler hem de kanunun gerekçesi bir arada değerlendirildiğinde, kanun koyucu tarafından tesis edilen disiplin rejiminin esas amacının cezalandırma, yasaklama değil bunun yanı sıra onarıcı, yapıcı yönünün de olduğunu söyleyebiliriz.²⁹

Netice itibariyle, kamu hizmetlerinin sürekli, düzenli ve hizmetin gereklerine uygun olarak yürütülmesi için kamu personeline bir takım yükümlülükler getirilmiş ve bunlara aykırılık durumunda disiplin suç ve cezalarının uygulanması öngörülmüştür. Fakat kanun koyucu hizmetin bu şekilde yürütülebilmesi için disiplin hukuku ile kamu personeline yönelik bir yükümlülük getirmeyi yeterli görmemiştir. Bu kapsamda kamu görevlisine yönelik bir etik sorumluluk alanı inşaa ederek, etik davranış ilkelerini belirlemiştir. Bu durum kamu görevlisinin bir yandan disiplin hukukuna uygun davranma, bir yandan da etik sorumluluk bilinciyle görev yapma zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır.

2. Disiplin Hukuku ve Etik Sorumluluk Arasındaki İlişki

Devletler, etik sorumluluğu yasal düzenlemeler ile belirlemekte ve etik ilkeleri kodifiye ederek bunların ihlali durumunda yaptırımlar öngörmektedir. Bunun neticesinde kodifiye edilmiş etik ilkelere aykırılık veya ihlal durumu halinde maddi yaptırımların uygulandığı belirtilmektedir.³⁰ Etik ilkelerin kodifiye edilmesi neticesinde, etik sorumluluğun yasal çerçevesi belirlenmektedir. Bu durum, etik sorumluluk ile disiplin hukuku arasındaki ilişkinin varlığını ortaya koymaktan öte, bu ilişkinin ne derecede olacağını belirleme zorunluluğunu da beraberinde getirmektedir. Bir başka ifadeyle, disiplin hukukunun öznesi olan personele getirilen etik sorumluluk, kişi üzerinde benzer veya aynı nitelikte bir sorumluluk rejiminin doğmasına neden olmaktadır, ki bu husus iki rejim arasındaki ilişkinin ve sınırlarının belirlenmesini de gerektirmektedir.

Doktrinde, disiplin hukukunun amacı ve usulü açısından, ceza hukuku ile kurulan ilişki ve bu ikisi arasında kıyasen yapılan incelemeler bulunmaktadır. Genel ceza ve usul ilkeleri ile kurumlarının, disiplin hukukunda geçerli olması gerektiği, çünkü her ikisinin de olguyu tespit ve adaleti tesis amacını taşıdığı ifade edilmektedir.³¹ Bu durum karşısında, genel ceza ve usul ilkelerinden disiplin

²⁹ Esin Örcü, "Disiplin Cezaları 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu Sistemi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 32/2-4 (1966), 787, 815.

³⁰ Yüksel, "Kamu Yönetiminde Etik ve Türk Kamu Yönetiminde Etik Hakkında Yasal Düzenlemeler", 185.

³¹ Turhan Tufan Yüce, "Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açıda Tahlili", *Danıştay Dergisi* 88 (1994), 9. Disiplin hukuku ile ceza hukuku arasındaki ilişkiye dair doktrinde çok farklı görüşler bulunmaktadır. Konu, çalışma kapsamında olmadığından sadece bu hususa dikkat çekilmiştir. Disiplin hukuku ile ceza hukuku arasındaki ilişkiye dair inceleme için bkz: Gözler, *İdare Hukuku Cilt 2*, 772 vd. Ayrıca memur kavramının tarihsel gelişimi ile memurun yargılanmasına ilişkin süreçlerin hem tarihsel hem de ceza hukuku bağlamında değerlendirilmesi için bkz: Ali Akıldız, "Memur Yargılanmasında İdari Süreç", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5/2 (2001).

lin hukukuna yansıyan temel ilkelerden yola çıkarak, bu ilkelerin ve kurumların disiplin hukukundan da etik sorumluluk alanına yansıyor yansımayacağı hususu ele alınmalıdır. Bir başka ifadeyle, ceza hukuku ile disiplin hukuku arasındaki “*etkileşim*”in benzeri, disiplin hukuku ile etik sorumluluk arasında da olmalı mıdır? Yoksa bu son iki müesese birbirinden ayrı yahut birbirini tamamlayıcı nitelikte midir?³²

Yukarıda ifade edilen soruların öncesinde, temelde belki de şu sorunun sorulması ve cevaplanması daha isabetli olacaktır: Etik sorumluluk - klasik manada deontoloji kuralları kapsamında mıdır yoksa etik ilkelerin kodifiye edilmesi ile etik sorumluluk rejimi, disiplin hukuku benzeri bir niteliğe mi kavuşmuştur?

Doktrinde, deontolojinin “*insani niteliklerin ahlaki gerekleriyle birlikte, mesleki ödev ve yarara uygun hareket etmeyi*” belirlediği ifade edilmektedir. Ayrıca her ne kadar, disiplin kurallarıyla ahlak kurallarının örtüştüğü belirtilse de disiplin kurallarında yükümlülük objektif olarak belirlenirken deontoloji kurallarında bazı sosyal ilişkiler düzenlenmektedir.³³ Öte yandan belirtmek gerekir ki, disiplin kuralları ile ahlaki kurallar arasında bir benzerlik olsa da sonuç ve niyet açısından farklılaşma olduğu ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, deontoloji kurallarında sonuçtan ziyade niyetin önemli olduğu, disiplin kurallarında ise sonuç olarak düzenin bozulup bozulmadığı esas alınmaktadır.³⁴

Etik ilkelerin kodifiye edilmesiyle etik sorumluluk rejiminin disiplin hukuku benzeri bir niteliğe kavuşturduğunu söylemek zordur. Fakat bu kodifikasyon neticesinde etik sorumluluk rejiminin disiplin hukuku ile birlikte ve bunun ilkeleri çerçevesinde incelenmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bir başka ifadeyle, etik sorumluluğun kodifiye edilmesiyle birlikte etik ilkeler, disiplin kurallarına yaklaşmış mıdır? Aynı rejime dahil olmuş mudur? Ya da disiplin hukuku rejimini, etik açıdan genişletmiş midir? Ya da müstakil bir etik sorumluluk rejimi mi ortaya çıkarmıştır? Bu soruların cevabı için etik sorumluluğun düzenlendiği metinler ve bunların içeriklerinin incelenmesi gerekmektedir.

II. ETİK SORUMLULUĞUNUN YASAL ÇERÇEVESİ

Doktrinde yönetimin “*etik meşruluğu*”nun güçlenmesi için, kamusal eylem ve işlemlerin hukukla bağlı olması ve “*adalet*” duygusunun incitilmemesi gerektiği ifade edilmektedir.³⁵ Ayrıca işlem ve eylemlerinin denetim mekanizmaları aracılığıyla denetlenmesi durumunda da idarenin etik meşruluğunun güçlenece-

³² Bu soruların cevapları 3. Bağımsızlık İlkesi Karşısında Kademelenme Gerekliği bölümünde ele alınacaktır.

³³ Sancakdar vd., *Disiplin Hukuku*, 23-24.

³⁴ Işıklar, *Teoride ve Uygulamada Kamu Disiplin Yaptırımları*, 147-148.

³⁵ Akıncı, *Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman*, 374.

ği belirtilmektedir.³⁶ Gerçekten de kamu yönetiminde etik, bireyin idareye karşı güven duyması ve demokratik iyi bir yönetimin (*good governance*)³⁷ tesisi ve niteliği bakımından önem arz etmektedir. Etik davranış ilkelerinin uygulamaya geçirilebilmesi için etik altyapı ve bunun teşekkülü için de yasal çerçevenin gerekli olduğu ifade edilmektedir.³⁸

Çağdaş demokratik ülkelerin çoğunluğunda kamu görevlilerin uyması gereken kurallar ayrıntılı bir şekilde düzenlenmektedir.³⁹ Etik kuralların belirlenmesi ve kamu yönetiminin her kademesinde uyulması gereken davranış zorunluluklarının oluşması için, ilgili kurallar kanunla düzenlenmektedir.⁴⁰

Ülkemizde etik ilkelerin kodifiye edilebilmesi ve idarede bu ilkelerin yeknesak bir şekilde uygulanabilmesini sağlamak amacıyla 5176 sayılı *Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması Hakkında Kanun* çıkartılmıştır. Bu kanun ile, kamu görevlilerinin uyması gereken etik davranış ilkelerinin belirlenmesi ve uygulamayı gözetmesi amacıyla Kamu Görevlileri Etik Kurulunun kuruluş, görev ve çalışma usul ve esasları düzenlenmiştir. Sonrasında 5176 sayılı Kanuna dayanılarak, Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik⁴¹ ile etik davranış ilkeleri ve Kurula başvuru usul ve esasları düzenlenmiştir.

Doktrinde Onar'ın da ifade ettiği üzere: “*Esasen âmme idaresinin bulunduğu ve gösterdiği esaslar ne kadar ehemmiyetli ve kıymetli olursa olsun bir hukuk normu haline gelmedikçe bir müeyyide kazanmış olmaz ve ancak nazarı bir kıymeti haiz olur.*”⁴². Bu kapsamda belirtmek gerekir ki, “*Usûl-i İdare / Hukuk-u İdare*”⁴³ ayrımı kapsamında konuyu ele aldığımızda, etik sorumluluk meselesinin çoğunlukla

³⁶ Müslüm Akıncı, *Danıştay Kararları Işığında İdarenin Gözetim ve Denetim Görevi*, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2017), 4.

³⁷ Gerçekten de iyi yönetim (*good governance*) ile etik uygulamaları arasında doğrudan birbirini etkileyen ve tamamlayan bir nitelik bulunmaktadır. Çalışma konumuz etik sorumluluk kapsamı ile sınırlı olduğundan iyi yönetim ile etik ilişkisi ve bunlara dair yasal düzenlemeler inceleme konusu yapılmamıştır. Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz: Polonca Kovač, “Ethics of Officials in the Context of (Slovene) Good Administration”, *NISPAcee Journal of Public Administration and Policy* 5/1 (2013); Annabelle Lever-Andreï Poama, *The Routledge Handbook of Ethics and Public Policy*, (Abingdon, Oxon; New York, NY: Routledge, 2019).

³⁸ Yüksel, “Kamu Yönetiminde Etik ve Türk Kamu Yönetiminde Etik Hakkında Yasal Düzenlemeler”, 210.

³⁹ Çeşitli ülkelerin etik düzenlemelerine ilişkin örnekler için bkz: <https://www.oecd.org/mena/governance/observatoryonethicscodesandcodesofconductinoecdcountries.htm> (Erişim 30 Temmuz 2022).

⁴⁰ Yüksel, “Kamu Yönetiminde Etik ve Türk Kamu Yönetiminde Etik Hakkında Yasal Düzenlemeler”, 169-170.

⁴¹ Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (KGEDİBU-EHY), *Resmî Gazete* 25785 (13 Nisan 2005).

⁴² Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları (I. Cilt)*, (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 3. Basım, 1966), 116.

⁴³ Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt 1*, (Bursa: Ekin Basım Yayım Dağıtım, 3. Basım, 2019), 65 vd.; Ramazan Çağlayan, “Ülkemizde İdare Hukuku Dersinin Kısa Tarihçesi ve İdare Hukuku Ders Kitaplarının İlk Örnekleri”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25/3 (2021), 338 vd.

usûl-i idare hususuna ilişkin olarak ele alındığını ve inceleme konusu yapıldığını⁴⁴ tespit etsek de, etik sorumluluğun ve ilkelerin kanunu koyucu tarafından yasama faaliyetine konu olması ve ilgili faaliyete yönelik idari teşkilatlanmanın gerçekleştirilmesi, konunun *hukuk-u idare* açısından da ele alınması gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır. Bir başka ifadeyle, toplumdaki etik beklentiler ya da ilkeler, kodifiye edildikten sonra “etik sorumluluk” nitelik olarak yerini artık “hukuki sorumluluğa” bırakmakta, kodifikasyon ile etik sorumluluğun niteliği değişmekte ve salt ahlaki bir sorumluluktan yasal bir sorumluluğa geçiş yapılmaktadır.

Netice itibarıyla, yasal düzenleme sonucunda etik sorumluluğa ilişkin hukuki sorumluluk alanının ortaya çıkması, bu sorumluluğa konu olan öznenin ve sorumluluk rejiminin incelenmesini zaruri kılmaktadır.

A. KAMU GÖREVLİSİ VE ETİK SORUMLULUĞUNUN KODİFİKASYONU

Etik kurallar, bir başka ifadeyle etik sorumluluğa dair kurallar, geleneksel olarak toplum içinde kendiliğinden ortaya çıkmakta ve daha sonrasında hukuk kuralı haline getirilmektedir. Günümüzde ise etik sorumluluğa dair kurallar, etik davranış kodları (*ethical code of conducts*) adıyla sistematize edilmekte ve yazılı hale getirilmektedir. Uluslararası organizasyonlar ve örgütler (*Birleşmiş Milletler*⁴⁵, *Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü*⁴⁶, *Yolsuzluğa Karşı Devletler Grubu*⁴⁷, *Uluslararası Şeffaflık Örgütü*⁴⁸) etik sorumluluğa dair çalışmalar yapmakta ve etik ilkelere dair uluslararası standartları belirleyerek etik anlayışının kamuda yerleşmesini ve gelişmesini sağlamaya çalışmaktadır.⁴⁹

⁴⁴ Kamu yönetimi ve etik sorumluluk konuları hakkında yasal düzenlemeleri de ele alan çalışmalar için bkz: İbrahim Arap - Levent Yılmaz, “Yeni Kamu Yönetimi Anlayışının “Yeni” Kurumu: Kamu Görevlileri Etik Kurulu”, *Amme İdaresi Dergisi* 39/2 (2006); İbrahim Akdeniz, “Kamu Görevlileri Etik Kurulunu Yeniden Düşünmek”, *Sayıştay Dergisi* 103 (2016); Mısrı Çiğeroğlu Öztepe - Onur Kulaç, “Ethical Decision-Making in Turkish Public Administration and Policy”, *Public Administration Issue Special Issue 1* (2019); İbrahim Ethem Taş - Sadegül Durgun, “Avrupa İdari Alanı İlkeleri Kapsamında Türkiye’de Yapılan Mevzuat Değişiklikleri: 5176 ve 4982 Sayılı Kanun Örnekleri”, *Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 14/1 (2017).

⁴⁵ United Nations System Code of Conduct için bkz: <https://www.un.org/en/content/codeofconduct/> (Erişim 30 Temmuz 2022).

⁴⁶ Code of Conduct for OECD Officials için bkz: https://www.oecd.org/legal/Code_of_Conduct_OECD_2017.pdf (Erişim 30 Temmuz 2022).

⁴⁷ GRECO *Codes of Conduct for Public Officials (GRECO Findings & Recommendations)* (Strasbourg: 2019) için bkz: <https://rm.coe.int/codes-of-conduct-for-public-officials-greco-findings-recommendations-p/168094256b> (Erişim 30 Temmuz 2022).

⁴⁸ Code of Ethical Advocacy için bkz: <https://www.transparency.org/en/the-organisation/code-of-ethical-advocacy> (Erişim 30 Temmuz 2022).

⁴⁹ Yüksel, “Kamu Yönetiminde Etik ve Türk Kamu Yönetiminde Etik Hakkında Yasal Düzenlemeler”, 174. Ayrıca benzer şekilde, Avrupa Birliği Memurlarının Statüsü ile disiplin hukukuna ilişkin ilkeler, Topluluk üyesi ve müzakereci Devletlere yol gösterici şekilde düzenlenmiştir. Statünün içeriği ve değerlendirilmesi için bkz: Lale Burcu Önüt, “Avrupa Birliği Personel Rejiminin Disiplin Hukuku Boyutu”, *Fasikül Hukuk Dergisi* 5/45 (2013).

Kamu görevlilerinin⁵⁰ gerek kamu hizmeti görevlisi olması gerekse de uzmanlık esasına göre istihdam edilmesi nazara alındığında, bu görevlilerin davranışlarının genel bir şablon içermesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu kapsamda kıyafet mecburiyeti ve etik davranış ilkeleri ele alınmaktadır.⁵¹ Gerçekten de gerek etik sorumluluğa dair gerekse de kıyafet hususuna ilişkin yakın zamanlarda çeşitli düzenlemeler yapılmış, kamu görevlisine dair genel bir şablon ortaya konulmuştur.

Kamu görevlisinin etik sorumluluğuna dair düzenlemeler, kamuda yeknesak bir etik anlayışının oluşması için tek bir elden düzenleme yapılması ile karşımıza çıkabilmektedir. Öte yandan genel bir şablonun her bir idare ve personel açısından uygun olmaması nedeniyle de özel düzenlemelerle etik sorumluluk ilkeleri de belirlenebilmektedir.

1. Etik Sorumluluğu Kodifiye Edilmiş Kamu Görevlileri

5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması Hakkında Kanun ile kamu görevlilerinin uymaları gereken etik davranış ilkelerini belirlemek ve uygulamayı gözetmek amacıyla Kamu Görevlileri Etik Kurulu (KGEK) ihdas edilmiştir. ve yine aynı kanunla “*spesifik idari denetim kurulu*”⁵² olarak KGEK kuruluş, görev, çalışma usul ve esasları düzenlenmiştir. Ayrıca bu kanuna dayanılarak Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, *Resmî Gazete* 25785, (13 Nisan 2005) yayımlanmıştır.

Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin amacı temelde etik kültürünün kamuda tesisini sağlamak, etik davranış ilkelerini belirlemek, ilkelere uygun davranmaları için kamu görevlilerine yardımcı olmak, görevin ifası sırasında adalet, dürüstlük, saydamlık ve tarafsızlık ilkelerine zarar veren ve kamu nezdinde güvensizlik ortaya çıkartan hususları bertaraf ederek halkın kamu yönetimine güvenini tesis etmek ve arttırmaktır. Bu amaçların tesisi doğrultusunda, Yönetmeliğin ikinci bölümünde etik davranış ilkeleri, üçüncü bölümünde etik davranış ilkelerinin uygulaması ve etik kültürün yerleştirilmesi, dördüncü bölümünde Kurula başvuru ve resen inceleme usul ve esasları ve Ek-1’de etik sözleşme detaylıca düzenlenmiştir.

⁵⁰ Çalışmanın kapsamının dağılmaması için ayrıca bir kamu görevlisi kavramı ve kapsamına değinilmemiştir. Bu aşamada belirtmek gerekir ki, kamu hizmeti sadece memurlar eliyle değil, diğer kamu görevlileri aracılığıyla da yürütülmektedir. Dolayısıyla kamu görevlisi kavramı bir üst kavram niteliğindedir ve memurlar da kamu hizmeti gören kamu görevlisi vasfındadır. Kamu görevlisi ve memur kavramlarına ilişkin detaylı bilgi için bkz: Mustafa Avcı - Gökhan Güncan, “657 Sayılı Kanun Kapsamında Kamu Görevlilerinin Ticaret ve Diğer Kazanç Getirici Faaliyetlerde Bulunma Yasağı”, *Legal Hukuk Dergisi* 17/194 (2019), 560 vd.

⁵¹ Hasan Nuri Yaşar, *İdare Hukuku*, (İstanbul: Der Yayınları, 3. Basım, 2016), 670-671.

⁵² Ali Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 646.

Yönetmelik kapsamında yer alan, bir başka ifadeyle bu yönetmelik ile etik sorumluluğu kodifiye edilmiş kamu görevlileri, genel bütçeye dahil daireler ve katma bütçeli idareler ile kamu iktisadi teşebbüsleri ve döner sermayeli kuruluşlar; mahalli idareler ve bunların birlikleri ile kamu tüzel kişiliğini haiz olarak kurul, üst kurul, kurum, enstitü, teşebbüs, teşekkül, fon ve sair adlarla kurulmuş olan bütün kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan personellerdir. Bu kişilere yönetim ve denetim kurulu ile kurul, üst kurul başkan ve üyeleri de dahildir.

Kamu görevlilerinin neredeyse tamamının etik sorumlulukları yeknesak şekilde tek bir yönetmelik ile kodifiye edilirken, yine yönetmelikte ikili bir ayrıma gidilerek üst düzey yönetici vasfını haiz kamu görevlileri bakımından Kurula başvuru usulü getirilmiş, diğer kamu görevlileri için ise ilgili kurum nezdinde yetkili disiplin kuruluna başvurulması gerektiği düzenlenmiştir. Nitekim yönetmelik Ek-2² de Kamu Görevlileri Etik Kurulunun yetki alanına giren kamu görevlileri⁵³ detaylıca düzenlenmiştir.⁵⁴

Dolayısıyla yönetmelik kapsamında olduğu ifade edilen kamu görevlilerinin etik sorumluluğu, yönetmelik ile detaylıca düzenlenmiş, bu sorumluluğa aykırı

⁵³ Kurulun yetki alanına giren kamu görevlileri Yönetmelik Ek-2'de şu şekilde düzenlenmiştir: **“TBMM ve Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinde** (Genel Sekreter, Genel Sekreter Yardımcısı, Devlet Denetleme Kurulu Üyeleri); **Başbakanlık ve Bakanlıklarda** (Müsteşar, Müsteşar Yardımcısı, Genel Müdür, Teftiş Kurulu Başkanı, Kurul Başkanı (Ek göstergesi 6400 ve üzerinde olanlar), Valiler, Kaymakamlar, Büyükelçiler, Daimi Temsilciler, Başbakan Başmüşaviri); **Bağlı-İlgili ve İlişkili Kurum ve Kuruluşlarda** (Müsteşar, YÖK Başkanı, Yürütme Kurulu Üyeleri, Genel Sekreteri ve ÖSYM Başkanı, Müsteşar Yardımcısı, Genel Müdür, Teftiş Kurulu Başkanı ve Diğer Denetim Kurullarının Başkanları, Genel Sekreter ve Genel Sekreter Yardımcıları (ek göstergesi 6400 ve üzeri), Başkan (ek göstergesi 6400 ve üzeri olanlar), Düzenleyici ve Denetleyici Kurum ve Kurul Başkan ve Yardımcıları, Kurul Üyeleri, Kurum ve Kuruluş Başkan Yardımcıları (ek göstergesi 6400 ve üzeri olanlar), Kamu İktisadi Teşekkülleri ve bağlı ortaklıklarının Genel Müdürü, Kamu İktisadi Teşekkülleri Yönetim ve Denetim Kurulu Üyeleri); **Mahalli İdarelerde** (Büyükşehir Belediye Başkanı, İl ve İlçe Belediye Başkanları, Büyükşehir Belediyesi Genel Sekreteri ve Genel Sekreter Yardımcıları, Büyükşehir Belediyesi ve Bağlı Kuruluşları Genel Müdürü, Büyükşehir Belediyesi Teftiş Kurulu Başkanı, İl Belediye ve İl Özel İdare Birlikleri ile bunların Üst Birlik Başkanları, Büyükşehir Belediye Şirketleri Genel Müdürleri, Yönetim ve Denetim Kurulu Üyeleri, Büyükşehir sınırları içindeki Belediye Başkanları); **Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşlarında** (Yönetim Kurulu Başkanı, Üst Birliklerde Başkan, Yönetim Kurulu Üyeleri ve Genel Sekreter); **5176 sayılı Kanun çerçevesinde** ilgili mevzuatında özlük hakları veya emeklilik yönünden müsteşar, müsteşar yardımcısı, genel müdür statüsünde **olduğu belirtilenler** (Kanun kapsamında bulunan kurum ve kuruluşlardaki diğer yönetim ve denetim kurulu üyeleri ile teşkilat yapısı ve yürüttükleri hizmetlerin niteliği dikkate alınarak Kurul tarafından en az genel müdür veya eşiti sayılan diğer Kamu Görevlileri).”

⁵⁴ Bu aşamada belirtmek gerekir ki, Danıştay, Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşlarında görev yapanların, ilgili yönetmelik kapsamında değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir. Dolayısıyla bu kişiler, Kamu Görevlileri Etik Kurulunun denetimine tabi değildirler. Ural Aküzüm, *İçtihat ve Mukayeseli Hukuk Çerçevesinde Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 97. Danıştay 2. Dairesi (Danıştay), K.2017/7808 (12 Aralık 2017) kararı ile Yönetmeliğe ekli Ek-2 listesinin “D” bölümünün iptaline karar verilmiş, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (Danıştay), K.2020/75 (23 Ocak 2020) kararı ile onanmıştır. (www.lexpera.com.tr).

bir davranışın vuku bulması halinde ise başvuru usulünde ikili bir ayırım yapılarak üst düzey yönetici niteliğinde olan kamu görevlileri için Kurula, diğer kamu görevlileri için ise ilgili kurum nezdindeki yetkili disiplin kuruluna başvuru sistemi kabul edilmiştir.

Doktrinde, etik ilkelere ilişkin uygulamanın neredeyse yok denecek kadar az olduğu ülkemizde, bu konudaki yasal çerçevenin değerlendirilmesi gerektiği, güçlü bir etik altyapının oluşturulması için en önemli bileşenlerden birisinin yasal çerçeve olduğu ve yasal çerçeve için kamu çalışanlarına yönelik etik standartlar oluşturan, soruşturma ve kovuşturma prosedürleri yoluyla uyumu sağlayan bir dizi yasa ve yönetmelik olduğu ifade edilmektedir. Nitekim, etik ilkelere ilişkin düzenlemelerde yaptırımlar öngörülürse, bu yaptırımlar kontrol işlevi görecektir.⁵⁵

Netice itibarıyla kamu görevlilerinin büyük kısmının uyması gereken etik sorumluluğa ilişkin hususların 5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması Hakkında Kanun ve Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik ile düzenlendiğini söyleyebiliriz.

2. Etik Sorumluluğu Haiz Diğer Kamu Görevlileri

Doktrinde disiplin şartlarının ve düzeninin hem kurumdan kuruma hem de hizmetten hizmete değişmesinin doğal olduğu ifade edilmektedir.⁵⁶ Gerçekten de hem her kurumun işleyişi, teşkilatlanması ve personel yapısı farklı olabilmekte hem de her hizmetin sunum şekli, faaliyetin gerçekleştirilme biçimi ve hizmetiçi gereklilikler farklı hususları ihtiva edebilmektedir. Bu nedenle, farklı kurum ve hizmete yönelik farklı düzenlerin sağlanması da bir nevi zaruriyet kesbetmektedir. Öte yandan idarenin bütünlüğü ilkesi kapsamında kamu görevlilerine yönelik asgari müşterek bir disiplin - etik sorumluluk rejiminin olması gerektiğini de ifade edebiliriz. Nitekim kamu görevlilerinin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu kapsamında tabi olduğu disiplin hukukunun yanı sıra kendi özel kanunları veya kanunlarında özel düzenlemeleri de olabilmektedir. Bu duruma, Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu (TSKDK), *Resmî Gazete* 28561 (16 Şubat 2013), Kanun No. 6413 ve Yükseköğretim Kanunu (YK), *Resmî Gazete* 17506 (6 Kasım 1981), Kanun No. 2547 örnek olarak verilebilir.⁵⁷ Nitekim disiplin hukuku alanında yer alan müşterek hükümler ve özel düzenlemeler yaklaşımının etik sorumluluk alanında da benzer şekilde görebilmekteyiz.

⁵⁵ Yüksel, "Kamu Yönetiminde Etik ve Türk Kamu Yönetiminde Etik Hakkında Yasal Düzenlemeler", 201. Etik sorumlulukta kademelenme ve müeyyide hususlarına ilişkin inceleme ve değerlendirme III. Etik Sorumlulukta Kademelenme ve Müeyyide bölümünde ayrıca yapılacaktır.

⁵⁶ Örucü, "Disiplin Cezaları 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu Sistemi", 793 dipnot 41.

⁵⁷ Ayrıca disiplin hukukunda uygulanacak usule ilişkin değerlendirme için bkz: Mehmet Sercan Ercan, "Yükseköğretim Personeli Disiplin Hukukuna Uygulanacak Usule İlişkin Değerlendirme", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16/2 (2019).

Farklı meslek gruplarında çalışanlara yönelik getirilmiş etik sorumluluk ilkeleri bulunmaktadır.⁵⁸ Doktor ve diş hekimlerinin uyması gereken mesleki ve etik ilkeler, “*Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi*”⁵⁹ ile; Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu üyeleri ile kurum personelinin uyması gereken mesleki ve etik ilkeler, “*Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu Üyeleri ile Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Personelinin Uyacakları Mesleki ve Etik İlkeler Dair Yönetmelik*”⁶⁰ ile; serbest muhasebeci mali müşavir ve yeminli mali müşavirlerin uyması gereken etik ilkeler “*Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirlerin Mesleki Faaliyetlerinde Uyacakları Etik İlkeler Hakkında Yönetmelik*”⁶¹ ile; denetim görevlilerinin (*denetim, teftiş, soruşturma, kontrol, ön inceleme, inceleme ve araştırma görevini ifa edenlerin*) uyması gereken etik ilkeler “*Denetim Görevlilerinin Uyacakları Mesleki Etik Davranış İlkeleri Hakkında Yönetmelik*”⁶² ile; Sayıştay denetçilerinin uyması gereken etik ilkeler “*Sayıştay Denetçilerinin Mesleki Etik Kurallarına İlişkin Usul ve Esaslar*”⁶³ ile; Sermaye Piyasası Kurulu üyeleri ile kurum personelinin uyması gereken mesleki ve etik ilkeler, “*Sermaye Piyasası Kurulu Üyeleri ve Personelinin Uyacakları Mesleki ve Etik İlkeler Hakkında Yönetmelik*”⁶⁴ ile; Nükleer Düzenleme Kurulu üyeleri ile kurum personelinin uyması gereken mesleki ve etik ilkeler, “*Nükleer Düzenleme Kurulu Üyeleri ve Nükleer Düzenleme Kurumu Personelinin Uyacakları Mesleki ve Etik İlkeler Hakkında Yönetmelik*”⁶⁵ ile düzenlenmiştir.

⁵⁸ Ahilik sistemi ve kuralları ile meslek etiği ve etik kuralları için bkz: Aküzüm, *İçtihat ve Mukayeseli Hukuk Çerçevesinde Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları*, 8 vd.; Yücel Oğurlu, “Tarihi ‘Ahi Birlikleri’nden Çağdaş ‘Kamu Kurumu’ Niteliğindeki Meslek Kuruluşları’na İzdüşümler: Mesleki Dayanışma, Disiplin ve İdari Yaptırımlar”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 16/32 (2017). Ayrıca bilirkişinin disiplin sorumluluğu da bu kapsamda dikkate alınmalıdır. Etik davranış ilkeleri ile bilirkişinin etik sorumluluğuna ilişkin değerlendirme için bkz: Hüseyin Melih Çakır, *6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu Kapsamında Bilirkişinin Disiplin Sorumluluğu*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 56-57.

⁵⁹ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi (TDN), *Resmî Gazete* 10436 (19 Şubat 1960).

⁶⁰ Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu Üyeleri ile Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Personelinin Uyacakları Mesleki ve Etik İlkeler Dair Yönetmelik (BDDKPUMEİDY), *Resmî Gazete* 26422 (02 Şubat 2007).

⁶¹ Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirlerin Mesleki Faaliyetlerinde Uyacakları Etik İlkeler Hakkında Yönetmelik (SMYYMMMFUEİHY), *Resmî Gazete* 26675 (19 Ekim 2007).

⁶² Denetim Görevlilerinin Uyacakları Mesleki Etik Davranış İlkeleri Hakkında Yönetmelik (DGUMEDİHY), *Resmî Gazete* 27699 (14 Eylül 2010).

⁶³ Sayıştay Denetçilerinin Mesleki Etik Kurallarına İlişkin Usul ve Esaslar (SDMEKİUE), *Resmî Gazete* 28145 (17 Aralık 2011).

⁶⁴ Sermaye Piyasası Kurulu Üyeleri ve Personelinin Uyacakları Mesleki ve Etik İlkeler Hakkında Yönetmelik (SPKÜPUMEİHY), *Resmî Gazete* 28956 (29 Mart 2014).

⁶⁵ Nükleer Düzenleme Kurulu Üyeleri ve Nükleer Düzenleme Kurumu Personelinin Uyacakları Mesleki ve Etik İlkeler Hakkında Yönetmelik (NDKÜPUMEİHK), *Resmî Gazete* 30807 (20 Haziran 2019).

Etik sorumluluğu ayrıca kodifiye edilmiş, özel düzenleme ile belirlenmiş kamu görevlilerinin öncelikle kendi özel düzenlemelerinde belirtilen mesleki ve etik ilkelere uyması gerekmektedir. Bu özel düzenlemelerde yer almayan hususlarda ise özel düzenleme ile aykırı düşmemesi şartıyla genel düzenleme niteliğinde olan Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte yer alan ilkelerin kıyasen uygulanabileceğini söyleyebiliriz.

B. HUKUKİ NİTELİĞİ BAKIMINDAN ETİK DAVRANIŞ İLKELERİ VE ETİK SÖZLEŞME

Kamu yönetiminde ortaya çıkan temel etik değerleri düzenlemenin başlıca yolu, etik davranış ilkelerinin yasallaştırılması olmuştur. Neredeyse tüm modern demokratik ülkeler, resmi bilgilerin ve kamu kaynaklarının kullanılması, hediye alınması ve asli görevi dışında başka bir mesaide de çalışmak gibi çıkar çatışmalarına yol açabilecek durumlarda kamu görevlilerinin uyması gereken prensipleri tafsilatlı olarak düzenlemektedir.⁶⁶ Bu doğrultuda, Türk hukukunda kamu görevlilerinin uyması gereken etik davranış ilkeleri ile etik sözleşme, Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik ile düzenlenmiştir. Söz konusu bu düzenlemelerin kapsam ve içeriğinin incelenmesi ile hukuki niteliğinin tespiti, kamu görevlilerinin görev ve sorumluluklarının belirlenmesi açısından önem arz etmektedir.

1. Etik Davranış İlkeleri

Kamu görevlilerinin uyması gereken etik davranış ilkeleri, Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte detaylıca düzenlenmiştir. Söz konusu ilkelerin detaylıca düzenlenmesi ve bunların tam ve etkin bir şekilde uygulanabilmesi için Kamu Görevlileri Etik Kurulu teşkil edilmiştir. Böylelikle bu ilkelere uygun davranışların neler olduğunu belirlemek ve bunun neticesinde bireylerin idareye olan güvenlerini tesis etmek hedeflenmiştir.

a. Etik Davranış İlkelerinin Kapsam ve İçeriği

Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte düzenlenen etik davranış ilkeleri, kamu görevlisine saygınlık ve güveni tesis etmek, hizmet standartlarını sağlamak, çıkar çatışmasını ve menfaat sağlanmasını önlemek, kamu mallarının ve kaynaklarının etkin ve verimli kullanımda, kamu hizmeti bilincini oluşturmak üzere belirlenmiştir.

Yönetmelikte düzenlenen etik davranış ilkeleri şunlardır: “Görevin Yerine Getirilmesinde Kamu Hizmeti Bilinci (md. 5), Halka Hizmet Bilinci (md. 6), Hizmet Standartlarına Uyma (md. 7), Amaç ve Misyona Bağlılık (md. 8), Dürüstlük ve Tarafsızlık (md. 9), Saygınlık ve Güven (md. 10), Nezaket ve Saygı

⁶⁶ Yüksel, “Kamu Yönetiminde Etik ve Türk Kamu Yönetiminde Etik Hakkında Yasal Düzenlemeler”, 185.

(md. 11), Yetkili Makamlara Bildirim (md. 12), Çıkar Çatışmasından Kaçınma (md. 13), Görev ve Yetkilerin Menfaat Sağlamak Amacıyla Kullanılmaması (md. 14), Hediye Alma ve Menfaat Yasağı (md. 15), Kamu Malları ve Kaynaklarının Kullanımı (md. 16), Savurganlıktan Kaçınma (md. 17), Bağlayıcı Açıklamalar ve Gerçek Dışı Beyan (md. 18), Bilgi Verme, Saydamlık ve Katılımcılık (md. 19), Yöneticilerin Hesap Verme Sorumluluğu (md. 20), Eski Kamu Görevlileriyle İlişkiler (md. 21), Mal Bildiriminde Bulunma (md. 22).”

Kamu görevlileri, görevinin ifası esnasında etik davranış ilkelerine uymak zorundadırlar. Yetkili sicil amirleri tarafından personelin sicil ve performansı değerlendirilirken bu etik davranış ilkelerine uygunluk bakımından da değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu yükümlülük ve değerlendirme ölçütü olma zorunluluğu karşısında, idarenin de ilgili personeline etik davranış ilkeleri ve ilkeler kapsamındaki sorumlulukları hakkında bilgilendirici faaliyetlerde bulunma zorunluluğu vardır. Öte yandan, idare, sunduğu hizmetin veya görevin gereği olarak kendi kurumsal etik davranış ilkelerini de oluşturabilecektir. Böyle bir durumda, idare kendi kurumsal etik davranış ilkelerini düzenledikten sonra Kamu Görevlileri Etik Kurulunun inceleme ve onayına sunabilecektir.

Doktrinde, 5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması Hakkında Kanunun, genel hükümler içeren çerçeve bir yasa niteliğinde olduğu, kanun kapsamında yer alan yönetmeliklerin ayrıntılı ve uygulamada karşılaşılan bir çok sorunu kapsamaması gerektiği, nitekim Yönetmelik ile getirilen düzenlemelerde Avrupa Konseyi Kamu Görevlileri için Model Davranış Kurallarına⁶⁷ genel olarak uygun hazırlandığı ve fakat bir takım eksikliklerin olduğu belirtilmektedir.⁶⁸ Ayrıca, yönetmelikte yer alan düzenlemelerin, Avrupa Doğru İdari Davranış Yasası’nda⁶⁹ yer alan temel ilkelerin neredeyse tamamını içerdiği de ifade edilmektedir.⁷⁰

⁶⁷ Avrupa Konseyi Kamu Görevlileri için Model Davranış Kuralları (*Appendix to Recommendation No. R (2000) 10 Model Code of Conduct for Public Officials*) orijinal metin için bakınız: <https://rm.coe.int/16806cc1ec> (Erişim 29 Ocak 2022).

⁶⁸ Yüksel, “Kamu Yönetiminde Etik ve Türk Kamu Yönetiminde Etik Hakkında Yasal Düzenlemeler”, 205, 210.

⁶⁹ Avrupa Doğru İdari Davranış Yasası, iyi idare ilkesini uygulamaya geçirmek için önemli bir araç olmasının yanı sıra ilkenin somut hale getirilmesi ile en yüksek idari standartları teşvik etmekte ve memurların kamu ile olan ilişkilerinde yol gösterici olmaktadır. Yasanın Türkçe çevirisi için bkz: <https://www.ombudsman.europa.eu/et/publication/tr/3510> (Erişim 29 Ocak 2022) Ayrıca, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin İyi İdare Konusunda Üye Devletlere CM/REC(2007)7 Sayılı Tavsiye Kararının Türkçe çevirisi için bkz: Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, 687 vd. Ayrıca Avrupa İyi Davranışlar Yasası ile Avrupa Birliği Temel Haklar Şartında idare, etik ve ahlak ilişkisi ile iyi idare ilkesi için sırasıyla bkz: Odyakmaz - Güzel, “İdarenin Uygulamaları Bakımından İdare, Etik ve Ahlâk”, 24 vd.; Bayram Keskin - Yaprak Yeşil, “İdare Hukukunda “İyi İdare” İlkelerinin Kapsamı ve Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık)’nın Kararlarına Etkisi”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8/2 (2018).

⁷⁰ Bahtiyar Akyılmaz vd., *Türk İdare Hukuku*, (Ankara: Savaş Yayınevi, 12. Basım, 2020), 538.

Etik davranış ilkelerini düzenleyen maddelere bakıldığında, idare ile birey arasındaki güveni tesis etme ve güvenin tesisi için kamu görevlisinin uyması gereken temel ilkelerin yer aldığını söyleyebiliriz. Fakat doktrinde ifade edildiği gibi, etik ilkelere ilişkin düzenlemelerde en detaylı ve kapsamlı düzenleme hediye alma yasağına ilişkindir. Bu tafsilatlı kodifikasyonun, etik ilkeler kapsamında ortaya çıkan iyi yönetim ilkelerinin yolsuzlukla mücadele aracı olarak algılanması olduğu ifade edilmektedir.⁷¹ Gerçekten de konuya ilişkin 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu⁷² ile rüşvet ve yolsuzluklarla mücadele etmek amacıyla kamu görevlisine bir takım yükümlülükler de getirilmektedir. 3628 sayılı Kanun kapsamında yer alan kamu görevlileri, belirli bir maddi değer üzerinde olan hediyeleri kendi kurumlarına teslim etmek ve kanunun öngördüğü düzende mal bildiriminde bulunmak zorundadırlar. Bu özel kanun ve etik davranış ilkeleri bir arada değerlendirildiğinde, idarede kamu görevlisinin görevini hukuk ve etik çerçevesinde yürütebilmesi için öncelikle yolsuzluk ve rüşvetten uzak tutulması gerektiği düşünülmektedir. Buna ilaveten, etik davranış ilkeleri ile bir takım davranış kodları da düzenlenerek bireyin idareye olan güvenini tesis etmek ve kamu görevlisinin görevini gereği gibi ifa edebilmesini sağlamak amaçlanmaktadır.

b. Etik Davranış İlkelerine Dair Anayasa Mahkemesi Kararının İncelenmesi

5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması Hakkında Kanun yürürlüğe girdikten sonra Anayasa Mahkemesine yapılan başvuru sonrasında, Anayasa Mahkemesi E.2004/60, K.2005/33 sayı ve 01.06.2005 tarihli kararını vermiştir.⁷³ Kararda Yüksek Mahkeme, etik kuralların kapsamına, etik sorumluluğa tabi olacak kamu görevlilerinin kapsamına, etik davranış ilkelerinin yönetmelikle belirlenmesine ve hediye alma yasağının kapsamına dair incelemelerde bulunmuştur.

Dava dilekçesinde, Etik kuralların kapsamının belirlendiği Kanunun 1. maddesinde kimi kavramların içeriği ve “*gibi*” ifadesinin yer alması nedeniyle, yeni kavramların etik değer olarak belirlenebileceği; idarenin bu konuda yeni yükümlülük belirlemesinin anayasanın sair maddelerine aykırı olduğu iddiasında bulunulmuştur. Yüksek Mahkeme, 5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması Hakkında Kanun ile Kamu Görevlileri Etik Kurulunun kuruluş, görev, çalışma usul ve esasları düzenlendiğini; Kanunun 1. maddesinde Kamu Görevlileri Etik Kurulunun, kamu görevlilerinin uymaları gereken saydamlık, tarafsızlık, dürüstlük, hesap verebilirlik, kamu yararını gözetme gibi etik davranış ilkelerini

⁷¹ Akyılmaz vd., *Türk İdare Hukuku*, 538.

⁷² Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu (MBBRYMK), *Resmî Gazete* 20508 (4 Mayıs 1990), Kanun No. 3628.

⁷³ Anayasa Mahkemesi (AYM) K.2005/33 (01 Haziran 2005).

belirleyeceği ve uygulamayı gözeteneğinin belirtildiğini ifade etmiştir. Nitekim Yüksek Mahkeme, idarenin kanunda düzenlenen kurallarla bağdaşmayan yeni kurallar öngöremeyeceğini ve “gibi” ifadesinin yasama yetkisinin devri anlamına gelmeyeceğine şu gerekçe ile karar vermiştir: “*Anayasa’nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında, “Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.” denilmektedir. Bir toplumun ahlaki değerleri ile bütünleşen saygı, doğruluk, adalet, güvenilirlik, yararlılık, sorumluluk, hesap verebilirlik gibi evrensel ilkeler, toplum bireylerinin davranış kurallarını belirler. Yasa koyucu, meslek etiğine ilişkin olan evrensel ilkelerin bir bölümünü saydıktan sonra, “gibi” ifadesiyle sayılan bu değerlere benzer nitelikteki değerleri amaçlamıştır. Bu durumda idarenin itiraz konusu kuralda yer alan değerlerle bağdaşmayan yeni etik kurallar getiremeyeceği tartışmasız olduğundan “gibi” sözcüğü ile yasama yetkisinin devrine yol açıldığı ileri sürülemez.”. Gerçekten de kanunda belirlenen ilkelerin hem evrensel ilkeler niteliğinde olması hem de Kurula verilen yetkinin çerçevesinin belirli olması nedeniyle söz konusu düzenlemenin anayasaya uygun olduğunu söyleyebiliriz.*

Ayrıca yine dava dilekçesinde, etik davranış ilkelerini yönetmelikle belirleme yetkisinin Kamu Görevlileri Etik Kuruluna verilmiş olmasının, yürütmenin ve idarenin kanuniliği ilkeleri ile çeliştiği⁷⁴, bu yetkinin asli düzenleme yetkisi niteliği taşıdığı ve bu yetkinin ayrı haller hariç olmak üzere yasama organına ait olduğu, tüm bu nedenlerden dolayı düzenlemenin anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Yüksek Mahkeme, ilgili düzenlemeyle Kurula verilen etik ilkelerin yönetmelikle belirlenmesi yetki ve görevinin, Kanunun 1. maddesinde çerçevesinin belirlenmiş olması ve subjektif hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi anlamını taşımadığı gerekçesiyle anayasaya uygun olduğuna karar vermiştir.

Son olarak dava dilekçesinde, hediye alma yasağının kapsamının belirleme yetkisinin Kamu Görevlileri Etik Kuruluna bırakılmış olmasının anayasaya aykırı olduğu iddia edilmiştir. Yüksek Mahkeme yaptığı değerlendirme sonucunda, ilgili düzenlemenin anayasaya aykırı olmadığına şu gerekçe ile karar vermiştir: “*Hediye ve menfaat yasağı, kamu görevlisinin, görevi sırasındaki eylem, işlem ve kararlarının etkilenmemesi amacıyla yöneliktir. 657 sayılı Yasa’nın 29. maddesinde belirlenen sınırlar içinde hangi nitelik ve nicelikteki hediyein insanî iliş-*

⁷⁴ Bu aşamada belirtmek gerekir ki, birey için müeyyide öngörülen bir düzenlemenin kanunda mı yoksa yönetmelikte mi düzenlenmesi gerektiği tartışması önemli ve kadim bir tartışmadır. Konunun kapsamı dışına çıkmamak için bu meselenin önemine dikkat çekilmek istenilmiştir. Disiplin hukukunda kanunilik ilkesinin önemi kadar etik sorumlulukta kanunilik ilkesinin yeri ve çerçevesi de ayrıca ele alınmalıdır. Disiplin hukukunda kanunilik ilkesine ilişkin değerlendirmeler için bkz: Metin Bulut, “Kamu Görevlileri Disiplin Hukukunda Kanunilik İlkesini Yeniden Düşünmek”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 12 (2018).

kilerin kabul edilebilir ölçüsünü aştığını günün koşullarına göre belirleme yetki ve görevinin Kurul'a verilmesi, kamu görevlisine getirilmiş yeni bir yükümlülük olmadığı gibi yasama yetkisinin devri anlamına gelmez." Gerçekten de, insani bir ilişki çerçevesinde hediyein sınırını ve ağırlığını belirlemek, günün değişen koşullarına göre uyum sağlanmasını da beraberinde getirmektedir. Söz konusu yükümlülüğün kanunda da yer alması göz önüne alınırca, idarede yeknesaklığın sağlanması bakımından tek bir merkezden - Kuruldan - hediye yasağının kapsamının belirlenmesi ve tüm idareler nezdinde uygulanması hem idarenin bütünlüğü ilkesini hem de bireyin idareye olan güvenini sağlamaya yönelik olduğunu söyleyebiliriz.

Netice itibariyle, 5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması Hakkında Kanun ile düzenlenen temel esaslar, Kamu Görevlileri Etik Kurulunun görev ve yetkisinin sınırlarına dair değerlendirmeler yerinde ve isabetlidir. Fakat Kurulun etkin bir faaliyette bulunabilmesi için Kanunun ilk düzenlemesinde yer alan kamu görevlisinin yükümlülüğüne benzer bir yükümlülüğün var olması gerektiğini söyleyebiliriz.⁷⁵

2. Etik Sözleşme

Etik sözleşme, etik sorumluluk rejimine ilişkin bir yenilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Göreve ilk kez atanan kamu çalışanları, göreve başlarken etik sözleşme imzalamakla yükümlüdürler. Bu uygulamanın amacının, kamu personeline temel etik ilkelerin bildirilmesi ve ilkeler kapsamındaki sorumluluğunu bilmesinin sağlanmasıdır.⁷⁶ Etik sözleşmenin Yönetmelikte açıkça düzenleniyor olması nedeniyle sözleşmenin uygulanışının ve içeriğinin incelenmesi; kamu personelinin atama - statüer ilişki⁷⁷ - ile göreve başlaması nedeniyle de personel ile idare arasındaki sözleşmenin gerçek anlamda bir sözleşme olup olmadığına değerlendirilmesi gerekmektedir.

a. Etik Sözleşme Uygulaması ve İçeriği

5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması Hakkında Kanun kapsamında yer alan kamu görevlileri göreve başlarken, Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik Ek-1'de düzenlenen etik sözleşme belgesini imzalamakla yükümlüdürler. Sonrasında söz konusu belge, kamu personelinin özlük dosyasına konulmaktadır.

Etik sözleşme belgesinin içeriği, kamu personelinin görevini ifa ederken kamu hizmetinin önemini anladığını, özel çıkarlarını değil kamu hizmetinin ge-

⁷⁵ Kamu Görevlileri Etik Kurulunun ihlal kararı vermesi durumunda uygulanacak müeyyideye ilişkin değerlendirmeler için bkz: B. Etik Sorumlulukta Müeyyide Eksikliği bölümü.

⁷⁶ Yüksel, "Kamu Yönetiminde Etik ve Türk Kamu Yönetiminde Etik Hakkında Yasal Düzenlemeler", 209.

⁷⁷ Lütfi Duran, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, (Ankara: TODAİE Yayınları, 1974), 27.

reğini öncelediğini, halka hizmet bilincinde ve görevinde olduğunu, etik davranış ilke ve değerlerine bağlı olarak görev yapacağını taahhüt etmesidir.

Kamu personeli, etik sözleşme ile,

- Halkın taleplerinin en etkin, süratli ve verimli şekilde karşılamayı, vatandaşın günlük yaşamının kolaylaştırmayı, hizmet kalitesinin yükseltmeyi ve toplumun memnuniyetinin artırılması için çalışmayı,
- İnsan haklarına saygılı, dürüst ve hesap verebilir, şeffaf ve katılımcı, kamu yararını gözeten ve hukukun üstünlüğü ilkelerine uygun bir şekilde görevini ifa etmeyi,
- Herhangi bir şekilde ayrımcılık yapmadan, eşitlik ilkesine uygun olarak tarafsız bir şekilde hizmet gereklerine uygun davranmayı,
- Hediye almadan, herhangi bir çıkar sağlamadan, menfaat beklentisinde olmadan görevini ifa etmeyi,
- Kamu mal ve kaynaklarını israf etmemeyi, hizmet gerekleri dışında kullanmamayı ve kullandırmamayı,
- Bireylerin bilgi edinme, dilekçe, şikayet ve dava açma haklarına saygılı davranmayı,
- Hizmetten yararlanan vatandaşlara, mesai arkadaşları ile diğer muhataplara karşı nazik, ilgili, saygılı ve ölçülü hareket etmeyi,
- Kamu Görevlileri Etik Kurulu tarafından belirlenen etik davranış ilke ve değerlerine bağlı olarak görevini ifa etmeyi taahhüt etmektedir.

Kamu personelinin, etik sözleşme ile taahhüt zorunluluğu olmasa bile, görevinin ve statüsünün bir gereği olarak belirli bir davranış modelinde olması gerektiği söylenebilir. Doktrinde, kamu personelinin saygın / ağır başlı olması yükümlülüğü nedeniyle, hem çalışma arkadaşlarına hem diğer tüm kamu görevlilerine hem de ilgili üçüncü kişilere karşı, hitabetindeki üslup ile göstereceği tepki ve tavırda ölçülü olması gerektiği ifade edilmektedir.⁷⁸ Gerçekten de, hizmetin görünen yüzü, vatandaş ile doğrudan ilişki içinde olan kamu personeli ile hizmetin iç işleyişinde görev yapan personelin belirli bir davranış modeli ile hareket etmesi, idareye ve dolayısıyla kendisine duyulan saygı ve güveni zedelememesi, idare ile birey arasında sağlıklı ve güvenilir bir ilişkinin kurulmasını tesis etmesi gerekmektedir.

Etik sözleşmeyle kamu personelinin taahhüt altına girdiği etik sorumluluk rejimi, sözleşmedeki hükümler incelendiğinde, özellikle göreve ve hizmetin sunulmasına ilişkin olduğu görülmektedir. Görevin ifasında etik ilkelere riayet, hizmetin sunulmasında vatandaşın korunduğu bir sorumluluk rejimi bulunmaktadır. Bu neden-

⁷⁸ Sancakdar vd., *Disiplin Hukuku*, 77-78.

ledir ki, görevin ifası dışında yer alan davranışların bu kapsamda kalıp kalmadığı, bir başka ifadeyle görevi dışında da kamu personelinin saygın ve ağır başlı olup olmama yükümlülüğü bulunup bulunmadığı tartışması ayrıca değerlendirilmelidir.⁷⁹

Öte yandan, doktrinde, disiplin kurallarının disiplin değerinin şüpheli olduğu, kuralların uygulanacağı kişilerce kuralların kabulüne yönelik bir temel olmadığı, dolayısıyla demokratik moralin gelişiminin geri bırakılmasına neden olduğu eleştirileri getirilmektedir.⁸⁰ İşte tam bu noktada, etik sözleşme ile kamu personeli, disiplin kuralları öncesinde, etik sorumluluk kapsamında, uyması gereken temel etik ilke ve değerleri anlamakta, kabul etmekte ve bunlara riayet etmeyi taahhüt etmektedir. Dolayısıyla etik sözleşme ile kamu personelinin etik bilincinin, taahhüt sorumluluğunun geliştirilmesinin amaçlandığını söyleyebiliriz.

b. Statüer İlişki Açısından Etik Sözleşme

Birey doğumundan başlayarak hayatının her aşamasında bir hukuki statü içinde yer alır ve bir statüden diğerine geçiş yapar. Farklı hukuki statü içerisinde yer alan birey ve toplulukların haklarını gerçekleştirmek suretiyle adaleti tesis etmek hukuk kurallarının genel amacıdır. Bu statüleri izleyen idare hukukunun, “*statüer hukuk*” olduğu kabul edilmektedir. Nitekim bireyin hayatının her aşamasında girdiği statüler çoğunlukla idare hukuku tarafından oluşturulmuştur.⁸¹ Bu kapsamda, kural olarak idarenin faaliyetlerini, “*statüer hukuk*” çerçevesinde, kamu gücüne dayanarak ve tasarruflarda bulunarak gerçekleştirdiğini söyleyebiliriz.

Genel olarak idare tek taraflı tasarruflar yapmakla birlikte, gerçek ve/veya tüzel kişilerle karşılık irade beyanına dayanarak çeşitli sözleşmeler de yapmaktadır. Tarafların karşılıklı irade beyanları neticesinde meydana gelen ve taraflara karşılıklı hak ve borçlar yükleyen hukuki işlemlere sözleşme denilmektedir. Bu kapsamda, idarenin sözleşmeleri iki türdür: İdarenin Özel Hukuk Sözleşmeleri ve İdari Sözleşmeler. Bu ayrımın yapılmasındaki amaç, sözleşmelerin tabi olacağı hukuki rejimin ve çıkabilecek uyuşmazlıkta çözüm merciinin belirlenmesidir.⁸²

⁷⁹ Danıştay 10. Dairesi (Danıştay), K.1984/2029 (03 Aralık 1984) tarihli kararında, kamu personelinin izni olduğu sırada sergilemiş olduğu davranışların, hizmet dışı eylem ve davranış niteliğinde olduğunu ifade etmektedir. Danıştay Dergisi, Sayı: 58-59, Yıl: 15, 1985. Kamu görevlilerinin özel hayatına dair incelemeler için bkz: Turan Yıldırım - Nur Kaman, “İdare Hukuku Konferansları-I “Kamu Görevlilerinin Özel Hayatı””, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 18/1 (2019); Turan Yıldırım, “Kamu Görevlilerinin Özel Hayatı: Cinsel Tercih”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 24/2 (2018).

⁸⁰ Örucü, “Disiplin Cezaları 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu Sistemi”, 819.

⁸¹ Yaşar, *İdare Hukuku*, 102.

⁸² Zehra Odyakmaz, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2/2 (1998), 6. (Not: Makale yayımlandığı zaman derginin ismi Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi iken sonrasında Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi olarak değiştirilmiş, derginin yayınlandığı platform olan dergipark kayıtlarında da bu şekilde yer aldığı için derginin son ismi esas alınarak atıf yapılmıştır).

Türk hukukunda idari sözleşmelerin sınırlı sayıda olduğu; bu sözleşmeler arasında en özgün nitelikte olanın kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi iken, idari hizmet sözleşmelerinin (*ve işletme hakkı sözleşmelerinin*) yaygınlık ve konu bakımından öne çıktığı ifade edilmektedir.⁸³ Gerçekten de kamu personel rejiminde “sözleşme” kavramı öncelikle “*idari hizmet sözleşmeleri*”⁸⁴ ile karşımıza çıkmaktadır. İdari hizmet sözleşmeleri, özel bilgi ve uzmanlığı gerektiren işlerde istihdam edilmek üzere sözleşmeli personel ile yapılan sözleşmelerdir.⁸⁵ Bir başka ifadeyle, idari hizmet sözleşmeleri, kamu hizmetinin görülmesi amacıyla memurlardan başkaca personelin istihdam edilmesi için kullanılan bir araç niteliğindedir.⁸⁶

Kamu görevlisi kavramı geniş ve dar anlam olmak üzere çok çeşitli kapsamda kullanılmaktadır.⁸⁷ Fakat bu çalışma kapsamında kamu görevlisi kavramının içine hem memurlar hem de idari hizmet sözleşmesi kapsamında çalışan sözleşmeli personel⁸⁸ girmektedir.⁸⁹ Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik ile “*etik sözleşme*” kavramının da kamu personel hukukuna kazandırılmasından sonra, kamu personeline yönelik bir etik sözleşme kavramı ve uygulaması da getirilmiş olmaktadır.

Kamu personelinin atama ile göreve başladığı bir sistemde, etik sözleşme ile bir takım yükümlülükleri taahhüt etmesi, gerçek manada “ *tarafların karşılıklı irade beyanı neticesinde*” meydana gelen sözleşme olmadığını göstermektedir. Bir başka ifadeyle, kamu personeli görevine atama ile gelmektedir. Bu atama neticesinde kamu personeli statüsünün gereklerini önceden kabul etmiş olması nedeniyle ayrıca bir “*sözleşme*” ile yükümlülük altına sokulması söz konusu değildir. Zira etik sözleşme, lafzi olarak bir sözleşme olsa da, hukuki niteliği bakımından kamu personelinin taahhütnamesi niteliğindedir. Bu nedenle, atama öncesinde, tarafların (*idare ve kamu personelinin*) bir müzakeresi, içeriğinin değiştirilmesi gibi hususlar söz konusu olmayacak, sadece kamu personelinin görev bilincini ve sorumluluğunu hatırlatmak maksadıyla bir taahhütnameye imza atması gerçekleşmiş olacaktır.

⁸³ Yaşar, *İdare Hukuku*, 428.

⁸⁴ Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 369 vd.; Gözler, *İdare Hukuku Cilt 2*, 76 vd.

⁸⁵ Odyakmaz, “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, 18.

⁸⁶ Yaşar, *İdare Hukuku*, 257.

⁸⁷ Kamu görevlisi kavramı ve kapsamı konuları tafsilatlı ve tartışmalı hususlardır. Konunun dağılmaması için çalışma kapsamında kavramın kapsamını belirtmek açısından bu hususa değinilmekle yetinilmiştir.

⁸⁸ Sözleşmeli personelin ve sözleşmenin hukuki niteliği, idare hukukunda sözleşme kavramı ele alınırken ayrıca incelenmelidir. Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz: Muhammed Göçgün, “Sözleşmeli Öğretmen Atama Sürecinde Yapılan Sözlü Sınav ve Güvenlik Soruşturmalarının İdare Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Legal Hukuk Dergisi* 17/200 (2019), 3346 vd.

⁸⁹ Gözler, *İdare Hukuku Cilt 2*, 645.

Öte yandan, disiplin yaptırımlarının hukuki niteliğine ilişkin değerlendirmeler göz önüne alındığında, sözleşme görüşü taraftarlarınca, Fransız ihtilali neticesinde zuhur eden bireysel anlayışı esas alarak, kamu görevlilerine yönelik disiplin yaptırım yetkisi “sözleşme”ye dayandırılmaktadır. Fransız Danıştay’ı bu görüşe bir müddet yaklaşırsa da sonrasında, kamu personelinin idare karşısındaki konumunun sözleşmeye değil, mevzuat ve statüye dayalı olduğuna karar vermiştir. Nitekim, disiplin yaptırımlarının sözleşme esasına dayanılarak izah edilmesi, statü ve kamu gücü esasları dikkate alınarak, hem öğretilerde hem de uygulamada benimsenen bir görüş olmamıştır.⁹⁰

Netice itibariyle, kamu personelinin göreve başlaması ve görev esnasında tabi olacağı hukuki statünün tek taraflı olarak idare tarafından belirlenebilmesi ve değiştirilebilmesi karşısında idare ile kamu personeli arasında gerçek manada sözleşme temelinde bir hukuki ilişkinin olmadığını, bu nedenle de kamu personelinin yükümlülük altına girdiği hem disiplin hukuku rejiminin hem de etik sorumluluk rejiminin temelinde statü ve kamu gücü esaslarının yer aldığını söyleyebiliriz. Bu nedenle, etik sözleşme olarak adlandırılan ve görev başlangıcında kamu personeli tarafından imzalanan belge, gerçek manada bir sözleşme olmakla birlikte, kamu personelinin tek taraflı olarak etik sorumluluk rejiminin far- kında ve bilincinde olduğunu göstermesi, personele bu yükümlülüklerin görev başlangıcında hatırlatılması ve bunlara riayet edeceğine dair taahhüt vermesinden ibarettir.

III. ETİK SORUMLULUKTA KADEMELENME VE MÜEYYİDE

Etik davranış ilkelerinin etkin ve sistemli bir şekilde uygulanmayışı, etik bilincinin yerleşmesine yönelik siyasi irade eksikliği, Türk kamu yönetiminin en büyük sorunlarından biri olmasına neden olmakta ve Türkiye’yi etik standartlar bakımından gerilere götürmektedir. Mevzuatta yer alan düzenlemeler ile evrensel çerçeve ortaya konulmaya çalışılsa da yaptırım ve denetim mekanizmalarının tam olarak uygulanmadığı ifade edilmektedir. Etik altyapının ve bilincin tam olarak gerçekleşebilmesi için yaptırım mekanizmalarının kontrol işlevi taşıyacak şekilde tesis edilmesi, etkin soruşturma ve takibat sistemlerinin uygulanması gerekmektedir. Nitekim sağlam etik altyapının tesisi, idarenin eylem ve işlemlerinin şeffaflaşmasına ve vatandaş tarafından incelenebilir ve denetlenebilir olmasına neden olacaktır.⁹¹

Gerçekten kamu görevlisinin etik sorumluk bilincinin gelişme düzeyi, idarenin eylem ve işlemlerinin şeffaf ve hesap verilebilir olması ile doğru orantılıdır. İdari işlemlerde hukuka bağlı hareket etme bilincinin gerçekleşebilmesi için ise

⁹⁰ Sancakdar vd., *Disiplin Hukuku*, 8 vd.

⁹¹ Yüksel, “Kamu Yönetiminde Etik ve Türk Kamu Yönetiminde Etik Hakkında Yasal Düzenlemeler”, 200-201.

sağlam temellere dayalı etik sorumluluk müessesinin tesis edilmesi gerekmektedir. Öncelikle bunun için etik sorumluluk ile disiplin sorumluluğu arasında kademelenme, iki sorumluluk sistemi arasındaki ilişkiye yönelik mevzuat altyapısı ile uygulama birliğinin ortaya konulması ve kamu görevlisinin bu sorumluluklara dair bilincinin oluşturulması esastır. Sonrasında kamu görevlisinin bu sorumluluklara aykırı davranışı durumunda, disiplin hükümlerinde olduğu gibi etkin bir yaptırım mekanizmasının işletilmesi isabetli olacaktır.

A. ETİK SORUMLULUĞA İLİŞKİN KADEMELENME EKSİKLİĞİ VE BAĞIMSIZLIK İLKESİ

Disiplin hukukunda temel esasların ortaya net olarak konulması neticesinde günümüzde, disiplin işlemlerinde uygulanan usulün tam yargısal benzeri bir usul olduğunu ve fakat alınan kararların yargısal değil idari nitelikte olduğunu ve iptal davasına konu edilebileceğini net bir şekilde ifade edebilmekteyiz.⁹² Disiplin hukukunun temel ilkelerinin gerek yargı organlarınca gerekse de doktrin tarafından uzun yıllar tartışılması, uygulamada ortaya çıkan uyuşmazlıkların hukuka uygunluk denetimi neticesinde disiplin hukukunda yer alan disiplin suçları ile cezaları arasındaki ilişki ve temel kaideler net bir şekilde ifade edilebilmektedir. Bu durum karşısında etik sorumlulukta ise görece yeni bir sorumluluk türünün ortaya konulması, yeni bir sorumluluk rejiminin tesisi ve Kamu Görevlileri Etik Kurulu kararları ile uygulama çerçevesinin çizilmesi nedeniyle, etik sorumlulukta temel ilkelerin uygulamadaki yansımaları tam olarak netleşmemektedir. Nitekim disiplin sorumluluğu ile etik sorumluluk arasındaki kademelenme durumuna dair Kurul Kararları ile yargı ve doktrinde esaslı tartışmalar yapılmamıştır.

Etik sorumluluk kapsamında yer alan fiillerin birçoğunun disiplin hukuku kapsamında da yer alması, hangi fiilin hangi düzeni ihlal edeceği ya da edebileceğine ilişkin net pratik sonuçların ortaya konulamaması nedeniyle etik sorumluluk ile disiplin sorumluluğu arasında kademelenme eksikliği bulunmaktadır.

1. Organik Anlamda Kademelenme Eksikliği

Kamu kurum ve kuruluşlarında etik davranış ilkelerine aykırı uygulamaların bulunması durumunda, hangi kamu personeline dair kime başvurulabileceği 5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması Hakkında Kanun madde 4'te düzenlenmiştir. Buna göre, en az genel müdür veya eşiti seviyesindeki kamu görevlileri hakkında Kamu Görevlileri Etik Kurulu Etik Kuruluna, diğer kamu görevlileri hakkında ise ilgili kurumların yetkili disiplin kurullarına başvurulabilecektir. İdari birimlerde farklı unvanların olması durumuna karşılık ise hangi unvanların genel müdür eşiti sayılacağına Kurul tarafından, ilgili idarenin teşkilat yapısı ve yürüttükleri faaliyetlerin niteliği dikkate alınarak karar verilecektir.

⁹² Celal Erkut, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, (Ankara: Danıştay Yayınları, 1990), 72-73.

Kurul, etik davranış ilkelerine aykırılık iddiası üzerine araştırma ve inceleme yapabileceği gibi re'sen de harekete geçebilecektir. Öte yandan yetkili disiplin amiri ve/veya kurulunun etik davranış ilkelerine aykırılık durumunda başvuru olmaksızın re'sen harekete geçebileceğine dair Kanunda açık bir düzenleme olmamasına karşın disiplin soruşturmasına görevli ve yetkili olan amirin re'sen harekete geçebileceğini söyleyebiliriz.

Bu aşamada belirtmek gerekir ki, disiplin cezası verme yetkisine ilişkin kural, disiplin amiri veya atamaya yetkili amir olduğu yönündedir.⁹³ Fakat doktrinde disiplin cezası verme yetkisinin kimde olduğu, hangi amirde olduğuna veya olması gerektiğine ilişkin önemli tartışmalar ve yaklaşımlar bulunmaktadır. Disiplin cezası verme yetkisi, atamaya yetkili amir veya personel amiri veya disiplin kurul / komisyonları⁹⁴ veya merkezi idarede yer alan bir birim / kurul / komisyon / müstakil bir idarede olabilecektir. Disiplin cezası verme yetkisinin kimde olduğuna dair düzenleme yapılırken, disiplin hukuku rejiminin amacı ve varlık nedenlerinin dikkate alınması gerekmektedir. Disiplin cezaları, hiyerarşi kudretinin bir unsuru / müeyyidesidir. Disiplinin etkili olabilmesi ise disiplin kontrolünün sağlam, derhal ve değişmez bir biçimde yapılmasına bağlıdır. Nitekim, cezanın şiddetinden ziyade ceza kararının verilmesi ve uygulanmasına yönelik net irade daha çok önem arz etmektedir. Bu aşamada, bu iradenin kim tarafından, nasıl konulacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Bir memurun mesleki yaşamı ve görev süresince yapabileceği yolsuzlukların en iyi farkına varabilecek kişinin ise hiyerarşik amiri olduğu ifade edilmektedir.⁹⁵ Nitekim disiplin hukukunda, disiplin yetkisi vermeye yetkili amir, öncelikle hiyerarşik amir olarak düzenlenmiş, disiplin cezasının ağırlığına göre bir üste geçilerek, birim yöneticisi ve / veya disiplin kurulları / komisyonlarına görev ve yetki tanınmıştır. Bir başka ifadeyle, disiplin cezası vermeye yetkili amir kural olarak hiyerarşik amir iken, disiplin cezasının niteliği arttıkça bir üst kurula geçilmekte, amirin denetim / yaptırım mekanizmasından uzaklaşmaktadır.

Etik sorumluluk rejiminde ise etik dışı faaliyetin ve verilecek yaptırımın ağırlığından ziyade etik dışı faaliyeti yaptığı iddia edilen personelin statüsüne göre yetki farklılaşmaktadır. Üst düzey yönetici olarak nitelendirebileceğimiz, en az genel müdür veya eşiti kamu görevlilerinin etik ihlalleri durumunda ilgili kurumun veya kurumda amirin / komisyonun yetkili olması yerine Kamu Görevlileri Etik Kurulunun yetkili ve görevli olması durumu söz konusudur. Bu durum, idarenin üst düzey yöneticilerine yönelik ayrı bir etik inceleme sürecinin var olduğunu göstermektedir.

⁹³ Günday, *İdare Hukuku*, 631.

⁹⁴ Disiplin Komisyonlarına dair değerlendirmeler için bkz: Siddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları (III. Cilt)*, (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 3. Basım, 1966), 1917.

⁹⁵ Örucü, "Disiplin Cezaları 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu Sistemi", 784, 796, 804, 805.

İdarenin bütünlüğü ilkesi kapsamında Kurulun tüm kamu kurum ve kuruluşlarının üst düzey yöneticilerinin etik sorumluluklarına dair incelemelerde yetkili olması durumunu olumlu bulabiliriz. Zira, tüm idareler nezdinde yeknesak bir etik sorumluluk rejiminin ve uygulamalarının ortaya konulmasını sağlayacaktır. Fakat, idareler arasında “yatay düzlemde” aynı düzeydeki personelin aynı yerden etik sorumluluk incelemesi, her bir idarenin “dikey düzlemde” de aynı uygulama ve sorumluluk rejimini ortaya koyacağı garantisini vermemektedir. Bir başka ifadeyle, Kurul, üst düzey personel açısından yeknesak bir biçimde etik ilkelere dair sorumluluk rejimini işletirken, her bir idarenin her bir personeline dair bu rejimi net bir şekilde tesis etmesini sağlayamamaktadır. Bunu sağlayabilmek için gerekli eğitim ve bilinçlendirme faaliyetlerinin gerçekleştirildiği ifade edilse⁹⁶ de, esas olarak uygulamada her bir davranış özelinde etik davranış ilkelerinin ihlal edilip edilmeyeceğine yönelik yeknesak bir etik sorumluluk rejiminin ortaya konulması isabetli olacaktır.

Organik anlamda kademelenme eksikliği, etik sorumlulukta kamu personelinin statüsü özelinde görevli ve yetkili idarenin değişmesi nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Bu durumun ortadan kaldırılması, tüm idareler nezdinde ortak etik sorumluluk rejimi uygulama birliğinin tesis edilebilmesi için Kurulun etik ihlali-ne dair görev ve yetkisi yeniden şekillendirilmelidir. Kurul, ya tüm kamu personelinin etik sorumluluk iddiasına yönelik görevli ve yetkili olmalı (*ki bu durum Kurul teşkilat yapısının revize edilmesi zorunluluğunu doğuracaktır*) ya da etik sorumluluk incelenmesinde adeta bir kanun yolu / temyiz mercii gibi başvuru imkânı tanınmalıdır.

Etik sorumlulukta organik anlamda kademelenme eksikliğini kaldırmaya yönelik yapılacak bir düzenlemede, Mülga Disiplin Amirleri ve Disiplin Kurulları Yönetmeliği ile yürürlükte olan Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliğinde⁹⁷ yer alan düzenlemeler de dikkate alınmalıdır. Çünkü Disiplin amirinin ve kurulların tayin edilmesi, bunları ne şekilde teşkil edeceği ve yetkilerinin neler olacağı-nın belirlenmesi önemli bir husustur.⁹⁸ Etik sorumluluk ile disiplin sorumluluğu arasında yapılması gereken organik bir kademelenme de tüm bu düzenlemeler bütüncül bir anlayışla tekrardan ele alınmalıdır.

Netice itibarıyla, etik sorumluluk rejimine yönelik yaklaşımların yeknesaklaştırılması, tüm kamu görevlileri üzerinde etkin ve caydırıcı bir etik sorumlu-

⁹⁶ Kamu Görevlileri Etik Kurulu tarafından gerçekleştirilen eğitimlere ilişkin detaylı bilgi için bkz: <https://www.etik.gov.tr/egitim-faaliyetleri/> (Erişim 01 Ağustos 2022).

⁹⁷ *Resmî Gazete* 31470 (30 Nisan 2021).

⁹⁸ Mülga yönetmelik ve yeni yönetmeliğe ilişkin tespit ve değerlendirmeler için bkz: Serkan Çınarlı - Kerim Azak, “Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliğine İlişkin İnceleme”, *Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2/1 (2021).

luğun tesisi için Kurul ile disiplin amiri arasında etik sorumluluk rejimine dair ilişkinin ve yetki / görev paylaşımının yeniden düzenlenmesi isabetli olacaktır.

2. Fonksiyonel Anlamda Kademelenme Eksikliği

Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik ile kamu görevlilerinin uyması gereken etik davranış ilkeleri düzenlenmiştir.⁹⁹ Öte yandan disiplin hukuku kapsamında 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 7. bölümünde disiplin suçu olarak belirli fiiller düzenlenmiştir. Bu fiiller ile etik davranış ilkelerine genel kapsamda bakıldığında, birbirine benzeyen ya da yakın nitelikte olan eylemlerin bulunduğunu söyleyebiliriz. Dolayısıyla bir eylemin hangi sorumluluk türündeki davranış ilkelerini ihlal ettiğine dair nitelendirme yapılma zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Bir başka ifadeyle, bir fiilin hem disiplin hukukuna hem de etik sorumluluğa aykırılık teşkil etmesi durumu olabilmektedir.

Disiplin hukuku rejimi ile etik sorumluluk rejimi arasında fiillerin bir ölçüde benzeşmesi karşısında, net olarak hangi fiilin ne derecede olduğu takdirde hangi rejim kapsamında yer alacağına ilişkin açık ve net bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum, etik sorumluluk alanından disiplin hukuku alanına ne zaman ve ne ölçüde geçiş yapılabileceği, bir fiilin iki düzeni de ihlal etmesi durumunun mümkün olup olamayacağı ya da bir fiilin niteliğine göre sorumluluk rejiminin belirlenmesi gibi soruları da beraberinde getirmektedir.

Disiplin hukuku ile etik sorumluluk arasındaki bu kademelenme eksikliğine yönelik incelemeyi, disiplin hukukunun kendi içinde yer alan fiilin kamu düzenini ihlal niteliğinin ağırlığına göre cezanın da ağırlaşması prensibi ile yaklaşarak yapabiliriz. Bir başka ifadeyle, disiplin cezalarının öngörüldüğü bazı fiiller nitelik olarak birbirine benzer olsa da bu fiiller, neticelerinin kamu düzenini ihlal etmesi bakımından bir kademelenmeye tabi tutulmaktadır. Bu kademelenme neticesinde de verilecek yaptırımların içerikleri ağırlaşmaktadır.

Disiplin cezaları, niteliği itibariyle idari yaptırımdır ve kamu görevlisinin çalışma düzeni ile hizmetin gereklerine ve mevzuata aykırı eylemlerine ilişkindir.¹⁰⁰ Disiplin cezaları ile korunan hukuki değer ve menfaatin, kamu hizmetleri-

⁹⁹ Yönetmelikte düzenlenen etik davranış ilkeleri şunlardır: Görevin Yerine Getirilmesinde Kamu Hizmeti Bilinci (md. 5), Halka Hizmet Bilinci (md. 6), Hizmet Standartlarına Uyma (md. 7), Amaç ve Misyona Bağlılık (md. 8), Dürüstlük ve Tarafsızlık (md. 9), Saygınlık ve Güven (md. 10), Nezaket ve Saygı (md. 11), Yetkili Makamlara Bildirim (md. 12), Çıkar Çatışmasından Kaçınma (md. 13), Görev ve Yetkilerin Menfaat Sağlamak Amacıyla Kullanılmaması (md. 14), Hediye Alma ve Menfaat Yasağı (md. 15), Kamu Malları ve Kaynaklarının Kullanımı (md. 16), Savurganlıktan Kaçınma (md. 17), Bağlayıcı Açıklamalar ve Gerçek Dışı Beyan (md. 18), Bilgi Verme, Saydamlık ve Katılımcılık (md. 19), Yöneticilerin Hesap Verme Sorumluluğu (md. 20), Eski Kamu Görevlileriyle İlişkiler (md. 21), Mal Bildiriminde Bulunma (md. 22). Etik davranış ilkelerinin kapsam ve içeriği için bkz: 1. Etik Davranış İlkeleri bölümü.

¹⁰⁰ Turan Yıldırım, "Kamu Yararı ve Disiplin Cezalarının Affı", *Anayasa Yargısı Dergisi* 18 (2001), 438.

nin gereği gibi yürütülmesiyle sağlanacak olan toplumsal değer ve menfaat olduğu ifade edilmektedir.¹⁰¹ Gerçekten de kendine özgü kurumları ve kuralları olan kamu hizmeti alanı, toplum düzeni içinde ayrı düzenlemeleri olması gereken bir niteliktedir. Genel toplum düzeninin tesisi amacına sadır olan ceza kurallarından ayrıca kamu hizmetinin gereği gibi işleyişini tesis etmeye yönelik kuralların düzenlendiği disiplin ceza hukuku rejimi tesis edilmiştir.¹⁰²

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile düzenlenen disiplin hukuku rejiminde kademeli bir yetki düzeni tesis edilmiştir.¹⁰³ Buna göre, hem disiplin cezaları ile disiplin suçunu oluşturacak fiiller niteliklerine göre tedrici olarak tecziye edici vasıftadır hem de cezayı vermeye yetkili amirin kim olacağı da disiplin cezasının ağırlığına göre hiyerarşik olarak üste doğru geçiş göstermektedir. Fakat bu aşamada belirtmek gerekir ki, disiplin cezasını gerektiren her bir fiilin net ve kesin olarak belirlenmediği de vakidir. Nitekim doktrinde, kesin düzenlemenin bir başka ifadeyle kıyasa imkan tanımayan bir yaklaşımın, hizmetlerin hızla değiştiği ve geliştiği bir süreçte faydalı olamayacağı da ifade edilmektedir.¹⁰⁴ Bu duruma ilişkin olarak mobbing¹⁰⁵ (*psikolojik taciz*) uygulaması örnek olarak verilip incelenebilir.

Mobbing durumunda mağdur üzerine ortaya çıkan zararlar, ihlal ettiği hukuki menfaate ve zarar verdiği iş ilişkisine göre idare hukuku, ceza hukuku ve özel hukuk alanında neticeler doğurabilecektir. İdare hukuku alanından bir değerlendirme yapıldığında, 657 sayılı Kanun madde 10 kapsamında amirin faaliyetindeki memurlara eşit ve hakkaniyete uygun biçimde davranacağına ilişkin düzenlemeye ve amirin eşit davranma yükümlülüğüne aykırılık teşkil edeceği ifade edilmektedir.¹⁰⁶ Öte yandan mobbinge konu olabilecek fiillerin¹⁰⁷, 657 sayılı

¹⁰¹ Onur Karahanoğulları, "Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri", *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi* 8/3 (1999), 56.

¹⁰² Yüce, "Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açıdan Tahlili".

¹⁰³ Örcü, "Disiplin Cezaları 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu Sistemi", 810-811.

¹⁰⁴ Örcü, "Disiplin Cezaları 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu Sistemi", 816.

¹⁰⁵ Mobbing kelimesi, Latince köken itibarıyla kararsız kalabalık (*mobile vulgus*) deyiminden gelmektedir. Mob kelimesinin anlamı ise yasa dışı şiddet uygulayan düzensiz kalabalıktır. Hemen hemen her dilde mobbing kelimesi, kelimenin tam anlamını karşılayacak kelimenin olmaması ve kavram kargaşasına neden olmamak için, çeviri olmaksızın mobbing olarak kullanılmaktadır. Türkçe kullanımlarda, mobbing kelimesi yerine "*yıldırma, duygusal taciz, psikolojik taciz, zorbalık, kuşatma, bezdiri*" kelimeleri de kullanılabilir. Ümit Güveyi, "Memur Disiplin Hukukunda Mobbing", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17/1-2 (2013), 1456-1457; Atila Erkal, *İdare Hukukunda Mobbing*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2015), 7-8.

¹⁰⁶ Sancakdar vd., *Disiplin Hukuku*, 98; Erkal, *İdare Hukukunda Mobbing*, 23 vd.

¹⁰⁷ Mobbinge konu olabilecek uygulamalar ve bunların sonuçlarına ilişkin olarak bkz: Güveyi, "Memur Disiplin Hukukunda Mobbing", 1461 vd.

Kanunun disipline ilişkin farklı maddeleri ile ilişkilendirilebileceği, fakat kanunda bu durumun açıkça düzenlenmesi gerektiği de ifade edilmektedir.¹⁰⁸ Nitekim, mobbing durumunda kamu görevlisinin çeşitli başvuru yolları olduğu, idareye şikayette bulunabileceği, Türkiye İnsan Hakları Kurumuna veya Kamu Denetçiliği Kurumuna başvurabileceği, tazminat davası açabileceği, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabileceği, Cumhuriyet Başsavcılığına şikayette bulunabileceği ve Kamu Görevlileri Etik Kuruluna başvurabileceği belirtilmektedir.¹⁰⁹

Mobbing durumunda, Kamu Görevlileri Etik Kuruluna başvuru ancak aleyhinde başvuru yapılacak kişinin en az genel müdür veya eşiti seviyedeki bir kamu görevlisi olması gerekmektedir. Diğer kamu görevlileri için ise ilgili kurumun yetkili disiplin kuruluna başvurulması gerekmektedir. Bu başvurular, Kurul tarafından çıkarılan yönetmeliklerde düzenlenen etik davranış ilkelerine aykırılık olup olmadığı bakımından değerlendirilecektir.¹¹⁰

Mobbing olarak kabul edilebilecek fiiller karşısında birden fazla başvuru imkanının olması¹¹¹, bir fiilin birden fazla hukuki müesseseyi ilgilendirebilmesinin bir örneğidir. Bir başka ifadeyle, bir fiil hem disiplin hukuku alanına hem de etik sorumluluk alanına yönelik olarak netice doğurabilmekte ve inceleme konusu olabilmektedir. Bu durum, söz konusu incelemelerin ayrı ayrı, birbirinden müstakil olarak mı yapılacağı veya birbirini etkileyen yönlerinin olup olmadığı sorununu ortaya çıkarmaktadır. Öte yandan, mobbing kavramının açıkça yasal düzenlemelerde yer almasını bir kenara bırakırsak, mevzuatta açıkça düzenlenen birbirine yakın fiillerin bulunduğunu da söyleyebiliriz. Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak fiiller bu kapsamda örnek olarak incelenebilir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu madde 125'te, "*Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketler*" disiplin cezasını gerektiren fiil ve haller arasında sayılmıştır. Benzer bir düzenleme olarak, Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları

¹⁰⁸ Mine Kasapoğlu Turhan, "Kamu Görevlileri Bakımından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Korunma Yolları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 25/105 (2013), 103-104.

¹⁰⁹ Sancakdar vd., *Disiplin Hukuku*, 99; Kasapoğlu Turhan, "Kamu Görevlileri Bakımından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Korunma Yolları", 99 vd.; Erkal, *İdare Hukukunda Mobbing*, 171 vd. Ayrıca memur disiplin hukukunda mobbinge mücadeleyle ilişkin inceleme için bkz: Güveyi, "Memur Disiplin Hukukunda Mobbing", 1473.

¹¹⁰ Kasapoğlu Turhan, "Kamu Görevlileri Bakımından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Korunma Yolları", 127. Yazar, bu değerlendirme neticesinde Kurul'un vereceği kararlara ilişkin olarak, "*Bu kararlar, idari davaya konu olabilecek icrai nitelikte işlemler değildir.*" tespitinde bulunmaktadır. Belirtmek gerekir ki, Kurul kararlarında idari yargı yolunun açık olduğu ifade edilmekte ve idari yargı tarafından kararların hukuka uygunluk denetimi gerçekleştirilmektedir. İdari davaya konu olacak işlemin kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olması gerekliliği karşısında, Kurul kararlarının idari davaya konu olabilecek icrai nitelikte işlem olmadığını söylemek, tartışmalıdır.

¹¹¹ Erkal, *İdare Hukukunda Mobbing*, 171 vd.

Hakkında Yönetmelikte düzenlenen Etik Davranış İlkelerinin neredeyse tamamını ele alabiliriz. Kanun madde metnindeki ifade ile düzenlenen hususa yakın olarak Yönetmelikte yer alan şu ilkeler öncelikle örnek olarak verilebilir: Kamu görevlilerinin görevin ifasında kamu hizmeti bilincine (madde 5) ve halka hizmet bilincine (madde 6) sahip olması, dürüst ve tarafsız olması (madde 9), kamu yönetimine güveni sağlayacak şekilde davranma (madde 10) ve görev ve yetkilerin menfaat sağlamak amacıyla kullanmama (madde 14) yükümlülüğünün olması. Dolayısıyla farklı düzenlemelerde yer alan hususların birbirine benzer olması ve belki de bunun da ötesinde bu düzenlemelerin net bir şekilde belirgin nitelikte olmaması eleştirilebilir niteliktedir. Nitekim 657 sayılı Kanun Madde 125/g’de yer alan mezkur düzenleme, Anayasa Mahkemesi önüne uyuşmazlık olarak gelmiştir.

Anayasa Mahkemesi E.2013/110, K.2014/8 sayı ve 16.01.2014 tarihli kararında¹¹², 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu madde 125’te yer alan “*Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketler*” düzenlemesinin anayasaya aykırı olmadığı sonucuna şu gerekçelerle varmıştır: “*Bir alanın kanunla düzenlenmesinin zorunlu olması, buna karşın kanun tekniği açısından daha somut düzenleme ve daha belirgin kavram kullanma olanağı bulunmaması veya bir kanunun veya hükmün düzenlediği alanın daha fazla somutlaştırılması ve netleştirilmesi zor birçok olguyu kapsamaması durumunda belirlilik ilkesine uyulduğu kabul edilebilecektir. Ancak, kullanılan hukuksal kavram veya kavramlar en azından yargılama ya da hukuksal yorum yöntemleriyle somutlaştırılabilir olmalıdır. Dava konusu kuralda belirsiz olduğu ileri sürülen “memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerin” tümünün önceden öngörülmesinin ve tespitinin olanaksız olduğu ve söz konusu hareketlerin tek tek ortaya konulmasının mümkün olmadığı, normun daha kesin ve açık bir düzenlemeye olanak tanımaması nedeniyle kullanıldığı anlaşıldığından anılan kavramların kullanılmasında belirlilik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.*”. Gerçekten de yasama tarafından kavramların kullanılmasında her bir fiilin tek tek tahdidi olarak sayılması güçtür. Bu nedenle fiillerin niteliklerini esas alan bir yaklaşımla, bu niteliğin ifade edilmesi gerekli ve yeterlidir.¹¹³ Dolayısıyla fiillerin niteliklerinin belirlenmesi dolayısıyla belirlilik ilkesine aykırı olmadığı yönündeki karar isabetlidir.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi yine aynı kararında, disiplin cezası gerektirecek fiillere ve disiplin hukuku sistemine dair şu önemli tespitte bulunmuştur: “*İdarenin faaliyetleri çok çeşitli, karmaşık ve değişken olduğundan disiplin ceza-*

¹¹² Anayasa Mahkemesi (AYM), K.2014/8 (16 Ocak 2014).

¹¹³ Öte yandan doktrinde, “*yüz kızartıcı harekette bulunmak*” ifadesinden yola çıkılarak, ilgili düzenlemenin memur teminatını haksız şekilde ortadan kaldırma tehlikesinin var olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. Eleştiri ve değerlendirme için bkz: Sancakdar vd., *Disiplin Hukuku*, 74.

sını gerektirecek fiillerin tümünün kanunda tek tek belirlenmesi güçtür. Kuralın incelenmesinden de görüleceği üzere memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketler denilmek suretiyle disiplin cezası gerektiren fiil ve hareketlerin çerçevesinin çizildiği anlaşılmaktadır.” Gerçekten de değişken, çeşitli ve karmaşık idari faaliyetler karşısında disiplin cezasını gerektiren fiillerin tümünü kanunda belirlemek olanaksızdır. Nitekim bu nedenle 657 sayılı Kanunda fiil ve hareketlerin çerçevesi çizilmiştir. Ama bu aynı nitelikte benzer çerçeve, etik kurallara ilişkin kanun ve yönetmeliklerde de yer almaktadır. Ki bu durum, etik ve disiplin rejimi arasında çerçevelerin örtüşmesine ve fonksiyonel anlamda bir kademelenme eksikliği durumuna neden olmaktadır.

Fonksiyonel anlamda kademelenme eksikliğinin var olduğuna dair bir başka örnek ise “*hediye yasağı*”na ilişkindir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu madde 29’da, hediye alma ve menfaat sağlama yasağı düzenlenmiştir. Buna göre, memurların hediye istemeleri ve menfaat temini amacıyla hediye kabul etmeleri yasaklanmıştır. Benzer şekilde, Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik madde 15’te de, hediye alma ve menfaat sağlama yasağı düzenlenmiştir. Madde metninde, kamu görevlilerinin hediye almasının yasak olduğu, kamu görevlisinin kararını, görevini ve performansını etkilemesi ihtimali olan, ekonomik değeri olsun veya olmasın her türlü eşyanın hediye kapsamında olduğu açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca hangi durumların hediye alma yasağı kapsamı dışında olduğu¹¹⁴ ve hangi durumların kapsamında olduğu¹¹⁵ açıkça belirtilmiştir.

Bu iki yasal düzenlemenin yanı sıra idare tarafından genelge ile de hediye yasağına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Başbakan ve Bakanların Uğurlanma ve Karşılınmaları, Seyahatler ve Hediye Uygulaması konu ve 2005/16 sayılı Başbakanlık Genelgesi ile kamuda tasarruf ilkeleri ve hediye uygulamasına dair

¹¹⁴ “Aşağıda belirtilenler hediye alma yasağı kapsamı dışındadır: a) Görev yapılan kuruma katkı anlamına gelen, kurum hizmetlerinin hukuka uygun yürütülmesini etkilemeyecek olan ve kamu hizmetine tahsis edilmek, kurumun demirbaş listesine kaydedilmek ve kamuoyuna açıklanmak koşuluyla alınanlar (makam aracı ve belli bir kamu görevlisinin hizmetine tahsis edilmek üzere alınan diğer hediyeler hariç) ile kurum ve kuruluşlara yapılan bağışlar, b) Kitap, dergi, makale, kaset, takvim, cd veya buna benzer nitelikte olanlar, c) Halka açık yarışmalarda, kampanyalarda veya etkinliklerde kazanılan ödül veya hediyeler, d) Herkese açık konferans, sempozyum, forum, panel, yemek, resepsiyon veya buna benzer etkinliklerde verilen hatıra niteliğindeki hediyeler, e) Tanıtım amacına yönelik, herkese dağıtılan ve sembolik değeri bulunan reklam ve el sanatları ürünleri, f) Finans kurumlarından piyasa koşullarına göre alınan krediler.”

¹¹⁵ “Aşağıda belirtilenler ise hediye alma yasağı kapsamındadır: a) Görev yapılan kurumla iş, hizmet veya çıkar ilişkisi içinde bulunanlardan alınan karşılama, veda ve kutlama hediyeleri, burs, seyahat, ücretsiz konaklama ve hediye çekleri, b) Taşınır veya taşınmaz mal veya hizmet satın alınırken, satarken veya kiralarken piyasa fiyatına göre makul olmayan bedeller üzerinden yapılan işlemler, c) Hizmetten yararlananların vereceği her türlü eşya, giysi, takı veya gıda türü hediyeler, d) Görev yapılan kurumla iş veya hizmet ilişkisi içinde olanlardan alınan borç ve krediler.”

düzenleme yapılmıştır.¹¹⁶ Öte yandan, Kamu Görevlileri Etik Kurulunun “*Hediye Alma Yasağı*” konulu ve 2007/1 sayılı ilke kararı ile Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik madde 15’in uygulanmasını göstermek üzere çıkarılan 16.12.2011 tarih ve 2011/1 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Genelgesi ve 17 Aralık 2014 tarih ve 2014/1 sayılı “*Hediye Alma Yasağı*” konulu Kamu Görevlileri Etik Kurulu Genelgesi bunlara örnek olarak verilebilir.¹¹⁷

Hediye yasağının hem kanuni düzenlemelerde hem de idari düzenlemelerde tekraren yer alması aynı konuya ilişkin birden çok düzenlemenin var olmasına, bu nedenle de somut olay karşısında uygulanacak kanuni düzenlemelerin belirlenmesinde karmaşaya neden olabilecektir. Bir başka ifadeyle, hediye alma yasağına aykırı bir durum hem disiplin hukuku rejimini ilgilendirmekte hem de etik sorumluluk alanına girmektedir. Yasa koyucu bu durumun varlığının farkına varmış olacak ki 2004 tarihinde 657 sayılı Kanunda konuya ilişkin bir düzenleme yapmıştır.

657 sayılı Kanun madde 29’a getirilen ek fıkraya göre, Kamu Görevlileri Etik Kurulu, hediye alma yasağının kapsamını belirlemeye ve en az genel müdür veya eşiti seviyedeki üst düzey kamu görevlileri tarafından alınan hediyelerin listesini gerektiğinde her takvim yılı sonunda mezkur görevlilerden istemeye yetkilidir.¹¹⁸ Bu düzenleme, hediye yasağına ilişkin etik sorumluluk alanı ile disiplin rejimi arasında bir geçişgenliğin varlığını tespit açısından önemlidir. Fakat bu iki alan arasında fonksiyonel anlamda bir kademelenme öngörmemesi veya bunun Etik Kurulu tarafından öngörülebileceğini düzenlememesi açısından eksiktir. Bir başka ifadeyle, hangi durumlarda etik ilkelerin ihlali, hangi durumlarda ise disiplin rejiminin ihlali sonucuna varılacağına dair bir çerçeve düzenleme bulunmamaktadır.

¹¹⁶ “Kamu kurum ve kuruluşları tarafından, çeşitli vesilelerle bakanlara, üst düzey yöneticilere, kendi personeli de dahil olmak üzere farklı konumlardaki kişi ve kurumlara plaket, şilt ve hediyeler verilmekte, bu uygulama kamu kaynaklarının amacı dışında kullanılmasına yol açarak israfa neden olmaktadır. Kamuda kaynakların etkin kullanımı ve maliyetlerin düşürülmesi, sorumluluk ve tasarruf bilincinin yerleştirilerek yaygınlaştırılması, yönetime olan güvenin güçlendirilerek idarenin saygınlığının artırılması bakımından, halkımızca tasvip edilmeyen bu tutum ve davranışlardan vazgeçilmesi ve aşağıda belirtilen hususlara titizlikle uyulması büyük önem taşımaktadır. 1. Kamu görevlilerinin hediye alma ve menfaat sağlama konularında Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik hükümlerine uygun hareket etmeleri, 2. Kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan personel tarafından, kurum amiri veya kurum üst düzey yöneticileri ile Bakan veya diğer siyasilere plaket, şilt ve benzerlerinin takdim edilmemesi, 3. KİT’ler de dahil olmak üzere piyasada mal ve hizmet üreterek rekabet ortamı içinde bulunan tüm kamu kurum ve kuruluşlarının müşteri, rakip veya tedarikçilerine yönelik olarak, rekabette kendilerine avantaj sağlamak üzere dağıtacakları eşantıyon ve hediyeler dışında, hiçbir kamu yöneticisi veya personeline yılbaşı, bayram ve benzeri özel günler gerekçe gösterilerek, üretilen ürünler ile CD, ajanda, takvim, anahtarlık, saat, kalem, kalemlik ve benzeri türde hediye verilmemesi, uygun görülmiştir.”

¹¹⁷ Akyılmaz vd., *Türk İdare Hukuku*, 538.

¹¹⁸ Evren - Uçar, *Kamu Görevlileri Hukuku*, 123.

Disiplin hukuku rejiminin kendi içerisinde cezayı gerektiren fiillerin ağırlıklarına göre kademelenme durumu hem 657 sayılı Kanunda hem de bu kanun öncesindeki 788 sayılı Kanunda yer almakta idi.¹¹⁹ Disiplin cezaları arasındaki bu kademelenmeye kıyasen etik sorumluluk ile disiplin sorumluluğu arasında da fiillerin ağırlıklarına göre bir kademelenme olması isabetli olacaktır. Fonksiyonel anlamda kademelenme olarak ifade edebileceğimiz bu sorumluluk rejimleri arasındaki ilişkinin sınırlarının olup olmadığını ve olması gerekip gerekmediğinin tespiti elzemdir.

3. Bağımsızlık İlkesi Karşısında Kademelenme Gerekliliği

Etik sorumluluk ve disiplin hukuku arasındaki hukuki ilişkiyi incelerken, disiplin ve cezai yaptırımlar arasındaki ilişkiden yola çıkılabilir.¹²⁰ Disiplin soruşturması ve ceza kovuşturması arasındaki bağımsızlık ilkesi kapsamında konuyu inceleyebiliriz. Bir başka ifadeyle, disiplin soruşturması ve ceza kovuşturması arasındaki ilişkiye benzer, bağımsızlık ilkesi kapsamında bir ilişki etik soruşturma ve disiplin soruşturması arasında var mıdır? Olması gerekir mi? Yahut birbirinden bağımsız iki ayrı soruşturma yerine etik sorumluluktan disiplin sorumluluğuna geçişi öngören bir kademelenme mi olmalıdır? Tüm bu sorular, bağımsızlık ilkesi ile kademelenme ilkesi yaklaşımı çerçevesinde ele alınacaktır.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, bir fiile ceza hukuku açısından ceza uygulanması, aynı fiile yönelik bir disiplin soruşturmasının açılmasına ve ceza verilmesine engel nitelikte değildir.¹²¹ Bu sebeple, ceza hukuku açısından suç niteliği taşıyan bir fiil, aynı zamanda disiplin suçu niteliğinde de olabilecektir. Bu durum karşısında, ceza kovuşturması ile disiplin soruşturması aynı anda veya farklı zamanlarda, birbirinden bağımsız olarak gerçekleştirilebilecektir. Bir başka ifadeyle bir süreç, diğerinin işlemesine engel teşkil etmeyecektir. Bu durum, disiplin soruşturmasının bağımsızlığı esas olarak ifade edilmektedir.¹²²

Disiplin soruşturması ile ceza kovuşturması arasındaki ilişkiye yönelik genel kural, bunların birbirinden bağımsızlığı ilkesidir.¹²³ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu madde 125/son'da yer alan “*Yukarıda yazılı disiplin kovuşturmasının yapılmış olması, fiilin genel hükümler kapsamına girmesi halinde, sanık hakkında ayrıca ceza kovuşturması açılmasına engel teşkil etmez.*” düzenlemesi ile “*ceza kovuşturmasının bağımsızlığı*”, madde 131’de yer alan “*Aynı olaydan dolayı me-*

¹¹⁹ Örücü, “Disiplin Cezaları 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu Sistemi”, 801.

¹²⁰ Disiplin ve cezai yaptırımlar arasındaki hukuki ilişkiyi inceleyen görüşler için bkz: Sancakdar vd., *Disiplin Hukuku*, 10 vd. Disiplin hukuku ve ceza hukuku ilişkisi için bkz: Gözler, *İdare Hukuku Cilt 2*, 772 vd.

¹²¹ Örücü, “Disiplin Cezaları 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu Sistemi”, 798.

¹²² Işıklar, *Teoride ve Uygulamada Kamu Disiplin Yaptırımları*, 269.

¹²³ Disiplin soruşturmasının ceza muhakemesinden bağımsızlığı için bkz: Karahanoğulları, “Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri”, 63 vd.; Günday, *İdare Hukuku*, 628.

mur hakkında ceza mahkemesinde kovuşturmaya başlanmış olması, disiplin kovuşturmasını geciktiremez. Memurun ceza kanununa göre mahkûm olması veya olmaması halleri, ayrıca disiplin cezasının uygulanmasına engel olamaz.” düzenlemesi ile de “*disiplin soruşturmasının bağımsızlığı*” ilkesi kabul edilmiştir.¹²⁴

Yasal düzenlemelere bakılınca, gerçekten de yasa koyucunun disiplin soruşturması ve ceza kovuşturması arasındaki amaç, kapsam, usul ve sonuçlarına yönelik nitelik farkını dikkate aldığını ve bağımsızlık ilkesini benimsediğini ifade edebiliriz. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda yer alan bu yaklaşımın neredeyse tüm disiplin soruşturmalarında dahi olduğu belirtilmektedir.¹²⁵

Fakat bu aşamada belirtmek gerekir ki, doktrinde bu bağımsızlığın mutlak bir kural olmadığı, ceza yargılaması sonuçlarının kimi durumlarda bağlayıcı nitelikte olabileceği, bu nedenle delillerden faydalanılmasında ve ceza yargılamasının sonucunun beklenilmesinde bir sakınca olmadığı, hatta bu bekleme durumunun zamanışımalarını etkilememesi için kanuni düzenleme yapılmasının isabetli olacağı ifade edilmektedir.¹²⁶

Netice itibariyle, disiplin cezasını gerektiren fiiller ile suç olarak tanımlanan fiillerin niteliği birbirinden farklıdır.¹²⁷ Bu durum karşısında, disiplin soruşturması ile ceza kovuşturması arasında bir bağımsızlık ilkesinin kabulü gerekli ve isabetlidir. Fakat nitelik olarak nisbeten farklı ama disiplin - ceza ayrımı kadar “*ağır*” olmayan etik - disiplin ayrımı karşısında benzer bir bağımsızlık ilkesinin kabulü gerekli ve isabetli midir?

Disiplin ve ceza alanları arasındaki ayrım ile etik ve disiplin alanları arasındaki ayrımın birebir benzer nitelikte olmaması nedeniyle bağımsızlık ilkesinin aynı şekilde disiplin ve etik alanlarında uygulanmasının isabetli olmayacağını söyleyebiliriz. Bir başka ifadeyle, disiplin hukukuna konu olan fiil ile suç niteliği olan fiil, aynı fiil olsa da bu iki hukuki sürecin amacı, usulü ve nihai hedefi birbirinden farklıdır. Fakat etik ile disiplin soruşturması arasında bu farklılığın net bir şekilde ortaya konulması zordur.

Etik davranış ilkeleri kapsamında yer alan fiiller, disiplin hukukunda ceza öngörülen fiiller ile benzer nitelik ve ağırlıkta olabilmektedir. Etik sorumluluk alanının müeyyidesinin olmaması ve disiplin soruşturması açılması durumunda

¹²⁴ Kaya, “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler”, 78.

¹²⁵ Yazar bu duruma örnek olarak şunları vermektedir: “*Örneğin 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m.53/A-n; 2802 sayılı Hakim ve Savcılar Kanunu m.72/1; 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m.140; 1512 sayılı Noterler Kanunu m.142; 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu m.5, 682 sayılı KHK m.5; 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m.53/A-n hükümleri.*” Işıklar, *Teoride ve Uygulamada Kamu Disiplin Yaptırımları*, 269.

¹²⁶ Işıklar, *Teoride ve Uygulamada Kamu Disiplin Yaptırımları*, 270, 271, 272, 273.

¹²⁷ Örcü, “Disiplin Cezaları 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu Sistemi”, 789.

etik soruşturmanın devam edememesi karşısında, bu ikisi arasında bir bağımsızlık ilkesinin var olduğunu söyleyemeyiz. Bu nedenle, ilgili mevzuatta ya fonksiyonel anlamda bir kademelenme ya da etik soruşturma ile disiplin soruşturması arasında bağımsızlık ilkesini öngören yasal değişikliklerin yapılması isabetli olacaktır.

Etik sorumluluk ile disiplin sorumluluğu alanlarının birbirinden farklı kamu düzenini amaçladığı kabul edilirse (*ki yasal düzenlemelere bakıldığında bu amaçsal ayrımın var olduğunu ifade etmek güçtür*) yasal düzenleme ile iki soruşturmanın bağımsız olarak ilerleyebilmesine yönelik değişiklik yapılması isabetli olacaktır. Fakat bu yaklaşımdan daha isabetli olacak olan ise, etik sorumluluk alanı ile disiplin hukuku alanında fiillerin niteliğine ve ağırlığına göre kademelenme yapılmasıdır. Bir başka ifadeyle, disiplin hukukunda ceza gerektiren fiillerin bir kısmı etik sorumluluk alanında bırakılarak, fiillerin ağırlıklarına göre etik sorumluluk alanı ile disiplin hukuku alanında fiillerin niteliği ve ağırlığı nazara alınarak fonksiyonel bir kademelenme yapılması isabetli olacaktır.

B. ETİK SORUMLULUKTA MÜEYYİDE EKSİKLİĞİ

Doktrinde yaptırım, “*bir hukuk kuralına aykırılığının hukuk düzeninde doğurduğu olumsuz etkinin hukuk düzeninde önceden öngörülmiş müeyyidesi*” olarak tanımlanmaktadır.¹²⁸ Ceza hukuku alanında suç olarak düzenlenen fiillerin işlenmesi durumunda müeyyide olarak bir ceza düzenlenmiştir. Keza disiplin hukukunda da disiplin cezasını gerektiren fiilin işlenmesi durumunda kamu görevlisine uygulanacak disiplin cezası da kademeli olarak düzenlenmiştir. Fakat etik davranış ilkelerine aykırılık durumunda ise uygulanacak müeyyide var olup olmadığı tartışmalıdır.

Etik sorumlulukta müeyyide eksikliği olarak ifade edebileceğimiz bu durumu öncelikle sorumluluk - müeyyide ilişkisi kapsamında ele almak gerekmektedir. Bu bölümde kamu görevlisinin etik sorumluluk alanının belirlenmesi ve bu yükümlülüğe aykırılık durumunda müeyyidenin olup olmaması hali incelenecektir.

1. Sorumluluk ve Müeyyide İlişkisi (Kamu Görevlisi Disiplin Hukuku Açısından)

Disiplin hukuku açısından, disiplin suçu olarak korunan hukuki değerler farklılığı karşısında yaptırımın cezai niteliği belirgindir. Bir başka ifadeyle, disiplin hukukunun amacına matuf olarak ortaya konulan kurallara uymama / ihlal neticesinde ortaya çıkacak hukuki sonuç, bir ceza mevcuttur. Disiplin suçlarında bu müeyyide, kamu görevlisinin mesleki statüsüne, temel hak ve özgürlükleri ile mali haklarına ilişkindir.¹²⁹

¹²⁸ Yaşar, *İdare Hukuku*, 304.

¹²⁹ Karahanoğulları, “Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri”, 57.

Kamu görevlisinin içinde bulunduğu statü gereği belirli kurallara uyma sorumluluğu, bu sorumluluğa aykırı davranış halinde müeyyide ile karşılaşma tehdidiyle mündemiçtir. Disiplin hukukundan doğan sorumluluğa aykırı davranış halinde bir cezai yaptırım / müeyyide ile karşılaşma korkusu, kamu görevlisinin bu davranışlardan uzak durmasını da sağlamaktadır. Bu nedenledir ki, kamu görevlisi bir müeyyide ile karşılaşmamak için disiplin suçlarını gerçekleştirmekten imtina etmektedir.

Kamu görevlilerinin kendilerinden beklenen davranış kurallarına aykırı davranması durumunda disiplin cezaları söz konusu olmaktadır. Fakat cezaların ancak eğitimsel metodların fayda vermemesi durumunda kullanılması gerektiği ifade edilmektedir.¹³⁰ Bu aşamada belirtmek gerekir ki, disiplin sadece müeyyide ile gerçekleştirilemez. Bir başka ifadeyle disiplin pozitif nitelikte olmalı, kamu görevlisinin disiplinsiz davranışına neden olan sebepler doğru tespit edilerek ve bu nedenler analiz edilerek ortadan kaldırılmalıdır.¹³¹ Dolayısıyla sadece “*müeyyide tehdidi*” ile kamu görevlisinde sorumluluk bilincinin oluşmasını beklemek isabetli değildir. Bu sebeple hem bu pozitif yaklaşımın hem de müeyyide müessesinin bir arada olması gerektiğini söyleyebiliriz.

Etik sorumlulukta ise pozitif yaklaşım olarak Kamu Görevlileri Etik Kurulu tarafından kamu görevlilerine yönelik eğitim programlarının yapılmasını örnek olarak gösterebiliriz. Bu programlar vasıtasıyla kamu görevlilerine yönelik etik sorumluluk ve bilinç oluşması için faaliyet gösterilmektedir.¹³² Fakat etik sorumlulukta müeyyide müessesesi için aynı durum ifade edilemeyecektir. Etik sorumlulukta müeyyide eksikliği, etik sorumluluk ve bilincin oluşmasında eksiklik olarak ortada bulunmaktadır.

2. Etik Sorumlulukta Müeyyide

Ülkemizde kamu görevlileri için öngörölmüş olan disiplin suç ve cezaları, gerek 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda ve gerekse kamu personelinin tabi olduğu özel kanunlarda düzenlenmiştir. Disiplin mevzuatlarında uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması, sınıf tenzili, yer değiştirme, yönetim görevinden ayırma, istifa etmiş sayılma, meslekten ihraç, göreve son verme, memurluktan çıkarma gibi çok çeşitli müeyyideler düzenlenmiştir.¹³³

Hukuki düzenlemelerin yaptırım gücü, önceden belirlenmiş kurallara uyulmaması durumunda müeyyide uygulanması, ilgili kişinin cezalandırılmasıdır.

¹³⁰ Örücü, “Disiplin Cezaları 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu Sistemi”, 796.

¹³¹ Örücü, “Disiplin Cezaları 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu Sistemi”, 785.

¹³² Kamu Görevlileri Etik Kurulu tarafından gerçekleştirilen eğitimlere ilişkin detaylı bilgi için bkz: <https://www.etik.gov.tr/egitim-faaliyetleri/> (Erişim 01 Ağustos 2022).

¹³³ Bahtiyar Akyılmaz, “Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6/1-2 (2002), 5-6.

Kanunda suç olarak tanımlanan bir fiil, etik açıdan da yanlış eylem niteliğinde olabilir. Fakat suç işlemesi durumunda kişi cezalandırılırken; geleneksel olarak etik ihlali durumunda yaptırım vicdanidir. Öte yandan, hukuk kuralları ile etik değerler de korunabilir fakat etik bilincin tesisi sadece kanun ile değil vicdan ile de yakından ilişkilidir. Dolayısıyla kişinin vicdanının, kanuni bir yaptırım olmaksızın da etik değerleri koruyup gözeteceği ifade edilmektedir.¹³⁴ Fakat belirtmek gerekir ki, etik altyapı yaptırımlarla desteklendiği takdirde bir kontrol işlevi taşıyacaktır.¹³⁵ Bu nedenle etik sorumluluk bilincinin gelişmesi için hem kamu görevlisine yönelik eğitim faaliyetleri gerçekleştirilmeli hem de etik sorumluluğa aykırılık durumunda müeyyidelerin düzenlenerek icrası gerekmektedir.

Kamu Görevlileri Etik Kurulunun etik ihlal kararı vermesi durumunda ise ilgili kişiye yönelik doğrudan uygulanacak somut bir hukuki yaptırım bulunmamaktadır. Öte yandan Kurul kararları ne idareler tarafından gerçekleştirilecek disiplin soruşturmalarında ne de yargı tarafından gerçekleştirilecek ceza soruşturması ve kovuşturmasında bağlayıcı etki taşımamakta, ancak “*takdiri delil*” olarak dikkate alınabilecektir. Fakat Kurul kararlarının, kişinin özlük dosyasına konulması durumu göz önüne alındığında, ilgili kişinin terfi ve atamasında dikkate alınmasının mümkün olduğu hatta gerekli olduğu dahi ifade edilmektedir.¹³⁶

Kamu görevlilerinin etik sorumluluğun kanuni çerçevesini düzenleyen 5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması Hakkında Kanunun ilk düzenlemesinde etik sorumluluğun ihlali halinde bir müeyyide düzenlenmiş idi. Söz konusu düzenleme şu şekilde idi: “*Kurul, başvuruya konu işlem veya eylemi gerçekleştiren kamu görevlisinin, etik davranış ilkelerine aykırı işlem veya eylemi olduğunu tespit etmesi ve bu kararın kesinleşmesi halinde, bu durumu Başbakanlık, Kurul kararı olarak Resmi Gazete aracılığıyla kamuoyuna duyurur. Ancak, Kurul kararlarının yargı tarafından iptali halinde Kurul, yargı kararını yerine getirir ve Resmi Gazetede yayımlar.*” Buna göre etik davranış ilkelerine aykırılık durumunda “*adını ve suçunu ilan et*” (*name & shame*)¹³⁷ müeyyidesi öngö-

¹³⁴ Yüksel, “Kamu Yönetiminde Etik ve Türk Kamu Yönetiminde Etik Hakkında Yasal Düzenlemeler”, 183.

¹³⁵ Yüksel, “Kamu Yönetiminde Etik ve Türk Kamu Yönetiminde Etik Hakkında Yasal Düzenlemeler”, 201.

¹³⁶ Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 200.

¹³⁷ Bir yaptırım niteliğinde “*name & shame*” uygulamalarına ilişkin detaylı bilgi için bkz: H. Richard Friman, *The Politics of Leverage in International Relations: Name, Shame, and Sanction*, (Houndmills, Basingstoke, Hampshire; New York, NY: Palgrave Macmillan, 2015); Herdis Hølleland vd., “Naming, Shaming and Fire Alarms: The Compilation, Development and Use of the List of World Heritage in Danger”, *Transnational Environmental Law* 8/1 (2019); Valentina Carraro vd., “Fears of Peers? Explaining Peer and Public Shaming in Global Governance”, *Cooperation and Conflict* 54/3 (2019).

rülmüş idi.¹³⁸ Fakat söz konusu düzenleme Anayasa Mahkemesinin E.2007/98, K.2010/33 no.lu ve 04.02.2010 tarihli kararı ile iptal edilmiştir.¹³⁹

Yüksek Mahkeme, itiraz konusu düzenlemenin iptali kararında, Kamu Görevlileri Etik Kurulu'nun görevi kapsamında kalan etik kurallara aykırılığın suç olmadığını ve kamu görevlileri hakkında etik kurallara aykırılığın tespitine yönelik kararların da ceza niteliğinde olmadığını belirtmektedir. Öte yandan bu tespit niteliğindeki kararların, insan onuru ve kişilik hakkı üzerinde etkisi olduğunu da vurgulamaktadır.

Yüksek Mahkeme, Kamu Görevlileri Etik Kurulu tarafından verilen etik ihlali kararlarının idari yargı denetimine açık olduğunu ve henüz yargısal kesinlik kazanmadan Resmi Gazete ile kamuoyuna duyurulmasının bu durumu ve kişiyi teşhir niteliğinde olduğunu, insan onurunu önemli ölçüde zedelediğini şu gerekçe ile belirtmektedir: *“5176 sayılı Yasa'nın 1. maddesinde, bu Kanun'un amacı, kamu görevlilerinin uymaları gereken saydamlık, tarafsızlık, dürüstlük, hesap verebilirlik, kamu yararını gözetme gibi etik davranış ilkeleri belirlemek ve uygulamayı gözetmek üzere Kamu Görevlileri Etik Kurulunun kuruluş, görev ve çalışma usul ve esaslarının belirlenmesi olarak gösterilmiştir. Etik Kurulun, etik ilkeye aykırı davranışın tespitine ilişkin karar verme ve inceleme ve araştırma sonucunu ilgililere ve Başbakanlığa yazılı olarak bildirme yetkisi kamuda etik kültürünün yerleşmesi ve kamu görevinin işleyişinde etkinliğin sağlanması için gerekli görülebilirse de bu yazılı bildirim 5176 sayılı Yasa kapsamında kamu görevlilerinin kendileri ve bunların hiyerarşik üstlerine bildirilmesi ile yetinilmeyip, idari yargı denetimine açık olan bu eylemlerin yargısal kesinlik kazanmadan Resmi Gazete ile kamuoyuna duyurulması ilgilinin herkese teşhiri anlamına gelmekte; bu durum ise bütün temel hak ve özgürlükler için dokunulmaz ve her türlü değerler ölçütünün dışında kabul edilen insan onuru ile kişinin maddi ve manevi varlığının önemli ölçüde zedelenmesine yol açmaktadır. Öte yandan, Kamu Görevlileri Etik Kurulu kararının idari yargı tarafından iptal edilerek maddi olguların mevcut olmadığını tespiti halinde, Yasa gereği bu iptal kararının da Resmi Gazete'de yayımlanmasının, daha önceki yayım nedeniyle yazılı ve görsel medyaya haber teşkil edip farklı subjektif değerlendirmelere maruz kalarak onuru zedelenen ve toplum önünde teşhir edilen kişilerin, uğradıkları manevi zararlarını tümüyle gidermeyeceği de açıktır.”*

¹³⁸ Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu kapsamında sağlığın korunması, tüketicilerin aldatılmasının önlenmesi ve gıda güvenliğinin sağlanması amacıyla, madde 31 uyarınca kamuoyuna duyurma çalışmaları yapılmaktadır. Bakanlık, resmi kontrolleri sonucunda elde ettiği sonuçları, Bakanlık resmî internet sitesinde duyurmak suretiyle kamuoyunun bilgisine sunmaktadır. 2012-2022 yılları arasında farklı dönemlerde, bu kapsamda 27 defa kamuoyu duyurusu yapılarak, toplamda 1.887 firmanın 4.164 farklı parti ürünü tüketicinin bilgisine sunulmuştur. Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz: <https://www.tarimorman.gov.tr/Konu/1438/Kamuoyu-Duyurulari> (Erişim 01 Ağustos 2022).

¹³⁹ Anayasa Mahkemesi (AYM), K.2010/33 (4 Şubat 2010).

Gerçekten de, Resmi Gazete’de ilgili kararlarının yayınlamasındaki amaç kamuda etik kültürün yerleşmesini sağlamak olsa da suç niteliği taşımayan bir konuda kişinin teşhiri, toplum nezdinde maddi ve manevi varlığını ciddi şekilde etkilemektedir. Bu durum ise kamu gücünün kullanılması ile kişi özgürlüğü arasındaki hassas dengenin özgürlük aleyhine bozulması anlamına gelmektedir. Bu nedenlerle Anayasa Mahkemesinin ilgili düzenlemeyi, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve adalet ilkelerine dolayısıyla hukuk devletine ve kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar vermesi isabetlidir.

Anayasa Mahkemesi kararında dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise mahkemenin, etik sorumluluğa aykırılık durumunda müeyyidenin var olmasına değil, müeyyidenin ağırlığına yönelik gerekçesidir. Bir başka ifadeyle, Yüksek Mahkeme kararından, etik sorumluluk ihlalinde bir müeyyidenin var olabileceği ama bunun, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve adalet ilkelerine dolayısıyla hukuk devletine ve kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına aykırı olmaması gerektiği sonucunu çıkartabiliriz.

Tüm bu açıklanan nedenlerle, etik altyapı tesis edilirken müeyyide hususunun dikkate alınması ve ihlal durumunda bir yaptırım öngörülmesi¹⁴⁰ isabetli olacaktır. Doktrinde, kanuni düzenleme ile getirilmesi gereken söz konusu yaptırıma ilişkin çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, “*aylıktan kesme (disiplin) cezasına*” eşdeğer etki ve sonucu doğuracak nitelikte olması gerektiği de ifade edilmekte iken¹⁴¹; diğer görüşe göre, Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin karar gerekçesi dikkate alınarak, kararın kesinleşmesinden sonra Resmi Gazetede yayımlanması yönünde bir düzenleme yapılabileceği belirtilmektedir.¹⁴² Gerçekten de yeni bir kanuni düzenleme ile ihlal kararının neticesinde ilgili kişiye bir müeyyide uygulama gerekliliği elzemdir. Fakat bu müeyyide belirlenirken, hem disiplin hukuku ile etik sorumluluk arasında fonksiyonel bir kademelenmenin tesis edilmesi hem de etik ihlaline neden olan fiilin ağırlığına göre müeyyide içinde de kademelenme öngörülmesi isabetli olacaktır.

Netice itibarıyla, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı neticesinde kanunda etik ihlal durumunda uygulanabilecek bir müeyyide bulunmamaktadır. Mevcut durumda etik ihlal kararı, kişiye yönelik bir tespit kararından öteye gidememektedir. Bu nedenle etik ihlal kararı neticesinde ilgili üzerinde hukuki sonuç doğuracak nitelikte bir müeyyide kanun ile düzenlenmelidir.

¹⁴⁰ Yüksel, “Kamu Yönetiminde Etik ve Türk Kamu Yönetiminde Etik Hakkında Yasal Düzenlemeler”, 211; Odyakmaz - Güzel, “İdarenin Uygulamaları Bakımından İdare, Etik ve Ahlâk”, 46.

¹⁴¹ Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, 200.

¹⁴² Odyakmaz - Güzel, “İdarenin Uygulamaları Bakımından İdare, Etik ve Ahlâk”, 46.

SONUÇ

Türk hukukunda ilk kez 2004 yılında, 5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile etik ilke ve değerlere ilişkin yasal düzenleme yapılarak, kamu görevlisinin etik sorumluluğuna dair özel düzenleme yapılmıştır. Bu kanun çerçevesinde hem kamu görevlisinin etik sorumluluğuna dair genel esaslar belirlenmiş hem de Kamu Görevlileri Etik Kurulu teşkil edilmiştir.

Kamu görevlisinin etik sorumluluğuna dair yasal bir düzenlemenin yapılmış olması ve etik davranış ilkelerinin kodifiye edilmesi isabetlidir. Böylelikle kamu görevlilerinden beklenen davranışlar, yapması veya yapmaması gereken hususlar net bir şekilde ortaya konulmuştur. Bu durum hem idare eden tarafında kamu görevlilerinin davranışlarının hukuka ve ahlaka uygun olmasını sağlamakta; hem de idare edilen tarafında bireyin idareden ne yönde bir tutum ve davranış göreceğini, talep edebileceğini ortaya koymaktadır. Bu nedenle ilgili yasal düzenlemelerin açık şekilde yapılması isabetlidir.

Fakat öte yandan, kamu görevlisinin etik sorumluluğuna dair kanunun ilk şeklinde yer alan müeyyidenin yüksek mahkeme tarafından iptal edilmesi nedeniyle ortaya çıkan durum yeni bir yasal düzenleme ile giderilmemiştir. Bu nedenle mevcut uygulama kapsamında, etik sorumluluk ihlalinde müeyyide eksikliğinin bulunduğunu söyleyebiliriz. Etik sorumluluk bilincinin gelişmesi ve yerleşmesi için kamu görevlisine yönelik etik eğitimlerin yanı sıra etik sorumluluğa aykırılık halinde müeyyidenin var olması da gerekmektedir. Dolayısıyla söz konusu eksikliğin giderilmesi yönünde yeni yasal düzenlemelerin yapılması isabetli olacaktır. Keza, disiplin suçları ile etik davranış ilkeleri arasında fiillerin ağırlıklarına göre fonksiyonel bir kademelenme de öngörölmelidir. Etik ihlali durumunda kişinin uyarma ve kınama yoluna gitmeden, öncesinde bir müeyyide ile karşılaşması gerektiğini ifade edebiliriz.

Sonuç olarak, hem disiplin hukuku ile etik sorumluluk arasında fonksiyonel bir kademelenme öngörölmeli hem de etik davranış ilkelerine aykırılık halinde kamu görevlisinin bir müeyyide ile karşılaşması için gerekli kanuni düzenlemelerin yapılması isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akdeniz, İbrahim. “Kamu Görevlileri Etik Kurulunu Yeniden Düşünmek”. *Sayıştay Dergisi* 103 (2016), 59-83.
- Akıncı, Müslüm. *Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 1999.
- Akıncı, Müslüm. *Danıştay Kararları Işığında İdarenin Gözetim ve Denetim Görevi*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2017.
- Aküzüm, Ural. *İçtihat ve Mukayeseli Hukuk Çerçevesinde Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Akyıldız, Ali. “Memur Yargılamasında İdari Süreç”. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5/2 (2001), 0-0.
- Akyılmaz, Bahtiyar, vd. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 12. Basım, 2020.
- Akyılmaz, Bahtiyar. “Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6/1-2 (2002), 239-260.
- Arap, İbrahim - Levent Yılmaz. “Yeni Kamu Yönetimi Anlayışının “Yeni” Kurumu: Kamu Görevlileri Etik Kurulu”. *Amme İdaresi Dergisi* 39/2 (2006), 51-69.
- Avcı, Mustafa - Gökhan Güncan. “657 Sayılı Kanun Kapsamında Kamu Görevlilerinin Ticaret ve Diğer Kazanç Getirici Faaliyetlerde Bulunma Yasağı”. *Legal Hukuk Dergisi* 17/194 (2019), 553-600.
- Bulut, Metin. “Kamu Görevlileri Disiplin Hukukunda Kanunilik İlkesini Yeniden Düşünmek”. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 12 (2018), 227-278.
- Carraro, Valentina, Thomas Conzelmann-Hortense Jongen. “Fears of Peers? Explaining Peer and Public Shaming in Global Governance”. *Cooperation and Conflict* 54/3 (2019), 335-355.
- Çiğeroğlu Öztepe, Mısra - Onur Kulaç. “Ethical Decision-Making in Turkish Public Administration and Policy”. *Public Administration Issue Special Issue* 1 (2019), 62-78.
- Çağlayan, Ramazan. “Ülkemizde İdare Hukuku Dersinin Kısa Tarihçesi ve İdare Hukuku Ders Kitaplarının İlk Örnekleri”. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25/3 (2021), 329-379.
- Çakır, Hüseyin Melih. *6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu Kapsamında Bilirkişinin Disiplin Sorumluluğu*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Çakmak, N Münci. “Global İdare Hukuku Tartışmaları”. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16/3 (2012), 121-136.
- Çınarlı, Serkan - Kerim Azak. “Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliğine İlişkin İnceleme”. *Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2/1 (2021), 15-31.
- Duran, Lutfi. *İdare Hukuku Ders Notları*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982).
- Duran, Lutfi. *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu*, (Ankara: TODAİE Yayınları, 1974).
- Ercan, Mehmet Sercan. “Yükseköğretim Personeli Disiplin Hukukuna Uygulanacak Usule İlişkin Değerlendirme”. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16/2 (2019), 55-72.

- Erkal, Atila. *İdare Hukukunda Mobbing*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.
- Erkut, Celal. *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*. Ankara: Danıştay Yayınları, 1990.
- Evren, Çınar Can - İsmail Uçar. *Kamu Görevlileri Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Friman, H. Richard. *The Politics of Leverage in International Relations: Name, Shame, and Sanction*. Houndmills, Basingstoke, Hampshire; New York, NY: Palgrave Macmillan, 2015.
- Göçgün, Muhammed. “Sözleşmeli Öğretmen Atama Sürecinde Yapılan Sözlü Sınav ve Güvenlik Soruşturmalarının İdare Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”. *Legal Hukuk Dergisi* 17/200 (2019), 3343-3412.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku Cilt 1*. Bursa: Ekin Basım Yayım Dağıtım, 3. Basım, 2019.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku Cilt 2*. Bursa: Ekin Basım Yayım Dağıtım, 3. Basım, 2019.
- GRECO. *Codes of Conduct for Public Officials (GRECO Findings & Recommendations)*. Strasbourg: 2019.
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*. Ankara: İmaj Yayınevi, 10. Basım, 2013.
- Güneysu, Gökhan. “Uluslararası Hukuk Kuramı Açısından Global İdare Hukuku - Bir Girizgâh”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6/2 (2015), 287-306.
- Güveyi, Ümit. “Memur Disiplin Hukukunda Mobbing”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17/1-2 (2013), 1455-1481.
- Harlow, Carol. “Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values”. *European Journal of International Law* 17/1 (2006), 187-214.
- Hølleland, Herdis, Evan Hamman-Jessica Phelps. “Naming, Shaming and Fire Alarms: The Compilation, Development and Use of the List of World Heritage in Danger”. *Transnational Environmental Law* 8/1 (2019), 35-57.
- Işıklar, Celal. *Teoride ve Uygulamada Kamu Disiplin Yaptırımları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Karahançoğulları, Onur. “Memur Disiplin Hukukunun Niteliği ve İlkeleri”. *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi* 8/3 (1999), 55-77.
- Karahançoğulları, Onur. *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*. Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 3. Basım, 2015.
- Kasapoğlu Turhan, Mine. “Kamu Görevlileri Bakımından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Hukuki Korunma Yolları”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 25/105 (2013), 89-128.
- Kaya, Cemil. “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler”. *Amme İdaresi Dergisi* 38/2 (2005), 61-87.
- Keskin, Bayram - Yaprak Yeşil. “İdare Hukukunda “İyi İdare” İlkelerinin Kapsamı ve Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık)’nın Kararlarına Etkisi”. *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8/2 (2018), 39-66.

- Kovač, Polonca. “Ethics of Officials in the Context of (Slovene) Good Administration”. *NISPACEE Journal of Public Administration and Policy* 5/1 (2013), 23-53.
- Kukathas, Chandran. “Moral Universalism and Cultural Difference”. *The Oxford Handbook of Political Theory*. ed. John S. Dryzek vd. Oxford University Press, 2008.
- Lever, Annabelle - Andrei Poama. *The Routledge Handbook of Ethics and Public Policy*. Abingdon, Oxon; New York, NY: Routledge, 2019.
- Odyakmaz, Zehra - Oğuzhan Güzel. “İdarenin Uygulamaları Bakımından İdare, Etik ve Ahlâk”. *Ankara Barosu Dergisi* 3 (2013), 19-56.
- Odyakmaz, Zehra. “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2/2 (1998),
- Oğurlu, Yücel. “Tarihi “Ahi Birlikleri”nden Çağdaş “Kamu Kurumu” Niteliğindeki Meslek Kuruluşları’na İzdüşümler: Mesleki Dayanışma, Disiplin ve İdari Yaptırımlar”. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 16/32 (2017), 77-93.
- Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumi Esasları (I. Cilt)*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 3. Basım, 1966.
- Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumi Esasları (II. Cilt)*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 3. Basım, 1966.
- Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumi Esasları (III. Cilt)*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 3. Basım, 1966.
- Önüt, Lale Burcu. “Avrupa Birliği Personel Rejiminin Disiplin Hukuku Boyutu”. *Fasikül Hukuk Dergisi* 5/45 (2013), 23-39.
- Örücü, Esin. “Disiplin Cezaları 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu Sistemi”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 32/2-4 (1966), 782-823.
- Poyraz, Hakan. “Etik”. *Sosyal Bilimler Ansiklopedisi*. Ankara: TÜBİTAK Bilim Yayınları, 2021. https://ansiklopedi.tubitak.gov.tr/ansiklopedi/etik_felsefe.
- Sancakdar, Oğuz, vd. *Disiplin Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2019.
- Sancakdar, Oğuz. *Disiplin Yaptırımı Olarak Devlet Memuriyetinden Çıkarma ve Yargısal Denetimi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2001.
- Taş, İbrahim Ethem - Sadegül Durgun. “Avrupa İdari Alanı İlkeleri Kapsamında Türkiye’de Yapılan Mevzuat Değişiklikleri: 5176 ve 4982 Sayılı Kanun Örnekleri”. *Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 14/1 (2017), 154-170.
- Topuzkanamış, Engin. *Hukuk ve Disiplin (Modern Toplumda Hukuka Uymanın Dayanakları)*. İstanbul: Zoe Kitap, 3. Basım, 2019.
- Türkbağ, Ahmet Ulvi. “Hukuk ve Ahlakın Kesişim Noktası Olarak Hukuk Normu”. *Ga-latasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2008/2 (2008), 29-37.
- Ulusoy, Ali D. *İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Ulusoy, Ali D. *Yeni Türk İdare Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Yaşar, Hasan Nuri. *İdare Hukuku*. İstanbul: Der Yayınları, 3. Basım, 2016.

- Yıldırım, Turan - Nur Kaman. “İdare Hukuku Konferansları-I “Kamu Görevlilerinin Özel Hayatı””. *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 18/1 (2019), 155-172.
- Yıldırım, Turan. “Kamu Görevlilerinin Özel Hayatı: Cinsel Tercih”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 24/2 (2018), 453-481.
- Yıldırım, Turan. “Kamu Yararı ve Disiplin Cezalarının Affı”. *Anayasa Yargısı Dergisi* 18 (2001), 438-449.
- Yüce, Turhan Tufan. “Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açından Tahlili”. *Danıştay Dergisi* 88 (1994), 5-13.
- Yüksel, Cüneyt. “Kamu Yönetiminde Etik ve Türk Kamu Yönetiminde Etik Hakkında Yasal Düzenlemeler”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 64/2 (2006), 167-211.

Mevzuat

- BDDKPUMEİDY, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu Üyeleri ile Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu Personelinin Uyacakları Mesleki ve Etik İlkelere Dair Yönetmelik. *Resmî Gazete* 26422 (02 Şubat 2007).
- DGUMEDİHY, Denetim Görevlilerinin Uyacakları Mesleki Etik Davranış İlkeleri Hakkında Yönetmelik. *Resmî Gazete* 27699 (14 Eylül 2010).
- DMK, Devlet Memurları Kanunu (Kanun No. 657). *Resmî Gazete* 12056 (23 Temmuz 1965).
- KGAYİHK, Kamu Görevlerinden Ayrılanların Yapamayacakları İşler Hakkında Kanun (Kanun No. 2531). *Resmî Gazete* 17480 (6 Ekim 1981).
- KGEDİBUEHY, Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik. *Resmî Gazete* 25785 (13 Nisan 2005).
- KGEKKHK, Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (Kanun No. 5176). *Resmî Gazete* 25486 (8 Haziran 2004).
- KHSUUEİY, Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Uyulacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmelik. *Resmî Gazete* 27305 (31 Temmuz 2009).
- MBBRYMK, Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu (Kanun No. 3628). *Resmî Gazete* 20508 (4 Mayıs 1990).
- NDKÜPUMEİHK, Nükleer Düzenleme Kurulu Üyeleri ve Nükleer Düzenleme Kurumu Personelinin Uyacakları Mesleki ve Etik İlkeler Hakkında Yönetmelik. *Resmî Gazete* 30807 (20 Haziran 2019).
- SDMEKİUE, Sayıştay Denetçilerinin Mesleki Etik Kurallarına İlişkin Usul ve Esaslar. *Resmî Gazete* 28145 (17 Aralık 2011).
- SMMMYYMMMFUEİHY, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirlerin Mesleki Faaliyetlerinde Uyacakları Etik İlkeler Hakkında Yönetmelik. *Resmî Gazete* 26675 (19 Ekim 2007).
- SPKÜPUMEİHY, Sermaye Piyasası Kurulu Üyeleri ve Personelinin Uyacakları Mesleki ve Etik İlkeler Hakkında Yönetmelik. *Resmî Gazete* 28956 (29 Mart 2014).

- TCK, Türk Ceza Kanunu (Kanun No. 5237). *Resmî Gazete* 25611 (12 Ekim 2004).
- TDN, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi. *Resmî Gazete* 10436 (19 Şubat 1960).
- TSKDK, Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu (Kanun No. 6413). *Resmî Gazete* 28561 (16 Şubat 2013).
- YK, Yükseköğretim Kanunu (Kanun No. 2547). *Resmî Gazete* 17506 (6 Kasım 1981).

Mahkeme Kararları

- Anayasa Mahkemesi (AYM), K.2005/33 (01 Haziran 2005). (23 Mart 2006 tarih ve 26117 sayılı Resmî Gazete).
- Anayasa Mahkemesi (AYM), K.2010/33 (4 Şubat 2010). (18 Mayıs 2010 tarih ve 27585 sayılı Resmî Gazete).
- Anayasa Mahkemesi (AYM), K.2014/8 (16 Ocak 2014). (09 Mayıs 2014 tarih ve 28995 sayılı Resmî Gazete).
- Danıştay 10. Dairesi (Danıştay), K.1984/2029 (03 Aralık 1984).
- Danıştay 2. Dairesi (Danıştay), K.2017/7808 (12 Aralık 2017). (www.lexpera.com.tr).
- Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (Danıştay), K.2020/75 (23 Ocak 2020) (www.lexpera.com.tr).



Rusya Federasyonu Anayasası'nda 2020 Yılında "Federal Devlet" Başlığı Altında Yapılan Değişikliklerden Hareketle Federal Yapının İncelenmesi^(*)

*Analysis of the Federal Structure on the Bases of the
Amendments Under the Title of "Federal State" in the
Constitution of the Russian Federation in 2020*

Dr. Öğr. Üyesi Ömer GEDİK^(**)
Aigerim SERDALİYEVA^(***)

Öz

Çalışmamızda dikey kuvvetler ayrılığı çerçevesinde Rusya Federasyonu'nun devlet biçimi, Anayasa'da 2020 yılında "Federal Devlet" başlığı altında yapılan değişiklikler ve eklemelerden hareketle incelenmiştir. Anayasa'nın 65. maddesiyle 79. maddesi arasındaki maddelerde "Federal Yapı" düzenlenmiştir. Bu 15 maddenin 10'unda değişiklikler ve eklemeler yapılmıştır. Ayrıca bu başlık altında üç yeni madde eklenmiştir (67.1, 75.1 ve 79.1). Değişikliklerin bir kısmı federal unsurların yapısına ilişkindir. Bir kısmı da federal devlet ile federe unsurlar arasındaki yetki paylaşımına yöneliktir. Değişiklikler içerisinde en dikkat çekici hükümler sosyal devletin genişletilmesine ilişkin olanlardır. Bu değişikliklerle Rus vatandaşlarının sosyal haklarını korumak ve ülke genelinde eşit fırsatlar sağlamak amaçlanmaktadır. Bu amaca ulaşmada Anayasa Mahkemesi'nin ilgili hükümleri yorumlarken sağlayacağı katkıya dikkat çekmek gerekir. Ayrıca, kamu görevlilerinin uygunluk şartlarına ilişkin birtakım sınırlamalar getirilmiştir. Son değişiklikler Rusya Federasyonu'nun uluslararası hukuka açılımını daraltan değişikliklerdir. Bu değişikliklerle anayasanın uluslararası hukuk sistemine karşı bir kalkan olarak kullanmaya elverişli hale getirildiği ileri sürülebilir.

^(*) Araştırma Makalesi / Makale Geliş Tarihi: 02.10.2022 - Makale Kabul Tarihi: 25.11.2022
DOI: 10.56701/shd.1180359

^(**) Anayasa Mahkemesi Raportörü, Ankara - Türkiye
E-posta: omergedikk@gmail.com
Orcid No: 0000-0002-8296-6639

^(***) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Doktora Öğrencisi, Erzincan - Türkiye
E-posta: aserdaliyeva@gmail.com
Orcid No: 0000-0003-3824-6025

Anahtar Kelimeler

Rusya Federasyonu, Federal Yapı, 2020 Anayasa Değişikliği, Rusya Federasyonu'nu Oluşturan Federe Unsurlar, Asimetrik Federal Yapı.

Abstract

In our study, within the framework of the vertical separation of powers, the state form of the Russian Federation has been examined based on the changes and additions made in the constitution under the title “*Federal State*” in 2020. “*Federal Structure*” was regulated in articles between articles 65 and 79 of the Constitution. Changes and additions have been made in 10 of these 15 items. In addition, three new articles have been added under this heading (67.1, 75.1 and 79.1). Some of the changes concern the structure of federal elements. Some of them are directed towards the sharing of power between the federal state and federal elements. The most striking provisions among the changes are those regarding the expansion of the social state. These changes aim to protect the social rights of Russian citizens and to provide equal opportunities throughout the country. In achieving this goal, attention should be paid to the contribution of the Constitutional Court while interpreting the relevant provisions. In addition, some restrictions have been imposed on the eligibility requirements of public officials. Recent changes are alterations that restrict the Russian Federation's declination to international law. It can be argued that with these changes, the constitution has been made suitable for use as a shield against the international legal system.

Keywords

Russian Federation, Federal Structure, 2020 Constitutional Amendment, Federal Elements Forming the Russian Federation, Asymmetrical Federal Structure.

GİRİŞ

1991 yılının son günlerinde Sovyetler Birliği Devlet Başkanı Gorbaçov'un istifa etmesiyle birlikte Sovyetler Birliği'ni oluşturan cumhuriyetler bağımsızlıklarını kazanarak Sovyet Birliği dağılmış ve uygulanan sosyalist rejim sona ermişti. Sovyetler Birliği'nin devamı olan Rusya Federasyonunun sosyalist anayasacılıktan liberal anayasacılığa geçişi kurucu iktidarın iradesiyle gerçekleşmiştir. Sovyetler Birliği'nin dağılmasıyla birlikte ortaya çıkan liberal demokratik ortamda idari sistem şartların zorlamasıyla fiilen federal sisteme dönüşmüştür. Zira geniş topraklar ve çok milletli yapı bu hususu kaçınılmaz kılıyordu¹. Fiili durum yeni anayasanın yapılmasıyla hukuki bir hal aldı.

¹ Osman Ağır, “Rus Tipi Federalizm”, *Türkiye Sosyal Araştırmaları*, 19/1 (Şubat, 2015), 28. Oysa Fedosov, tarihsel geçmişin, geniş coğrafyanın ve çok milletli yapının etkisiyle Rusya Federasyonu'nun doğal bir federatif yapının sonucu kurulduğu yönündeki fikirlere katılmamaktadır. Yazar'a göre, geniş topraklara sahip merkezîyetçi imparatorlukların hayatta kalmasının Çin gibi birçok tarihsel örneği vardır. Yazar ayrıca Rus olmayan halkların sayısının Almanya ve Fransa'daki Alman ve Fransız olmayanların sayısı ile yakın olduğu kanaatini taşımaktadır. Bu nedenle, Rusya'nın doğası, devlet biçimi olarak federalizmin seçimini zorunlu olarak önceden belirleyen herhangi bir özelliğe sahip değildir. Federalizm sadece bilinçli bir tercihin ürünüdür bkz. Pyotr Fedosov, “Theoretical Aspects of Federation in Russia”, *Federalism in Russia*, ed. Rafael Khakimov, (Kazan: Master Line, 2001), 12. Fedosov'un bu görüşüne katılmadığımızı bildirmek gerekir. Zira imparatorluklar sonrası en önemli alternatif fe-

1993 yılında yapılan yeni anayasa Sovyet döneminden hukuki anlamda kopuşun nihai sonucudur. Öte yandan bu anayasa, ortak bir çalışmanın ürünü olmadığı gibi kapsamlı bir uzlaşmadan da kaynaklanmamaktadır². Rus anayasacılığının temellerinin çatışma ve zorlamayla oluşturulduğu ve Anayasa'nın büyük ölçüde zayıf ve oldukça bölünmüş bir topluma dayatıldığı ileri sürülebilir. Bütün bunlar Anayasa'nın istikrarlı ve uzun ömürlü olmasını engellemiştir³. Bu bağlamda 1993 Rusya Federasyonu Anayasasında sürekli değişiklikler yapılmıştır.

İlk anayasa değişikliği 1996 yılında Federe unsurların isimlerinin değiştirilmesine yöneliktir⁴. 2001-2003 yılları arasında aynı şekilde federal devleti oluşturan federe birimlerin isimlerinin değiştirilmesinden dolayı Anayasa'nın 65. maddesinde değişiklik yapılmıştır⁵. 2004'ten 2007'ye kadar, Rusya Federasyonu'nu oluşturan federe birimlerin birleşmesi nedeniyle anayasanın 65. maddesinde beş kez değişiklik yapılmıştır⁶. 2014 yılında Anayasa'da yargı alanında köklü değişiklikler yapılmış ve cumhurbaşkanına mahkeme üyelerini atama konusunda daha geniş yetkiler verilmiştir⁷. Aynı yılda yine anayasanın 65. maddesine ekleme

deralizmdir. Bkz. Oktay Uygun, *Federal Devlet* (İstanbul: On İki Levha, 2007), 3/33. Ayrıca Sovyetler Birliği'nin 1980'lerden itibaren önemli bir şekilde siyasi dönüşüm geçirmesinde ve 1990'dan itibaren liberal rejime geçiş yapmasında çözümlenmemiş "milliyetler meselesi" olduğu dikkat çekmektedir. Farklı etnik, kültürel ve dini yapıya sahip Rusya'da, coğrafi, milli, hukuki ve siyasi bir merkezîyetçi birlik sağlamak oldukça zordur. Bu çerçevede üniter bir devlet yapılanması bazı etnik, kültürel ve dini yapıları, mesela Ortodoks Rusları merkeze çekerken, diğer unsurları uzaklaştırabilir. Benzer yönde bkz. Ağır, "Rus Tipi Federalizm", 42; Anar Somuncuoğlu, "Rusya Federasyonu'nda Merkez Çevre İlişkilerinin Ekonomik Boyutu", *Avrasya Dosyası* 6 (2001), 43-44; Bekir Demir, "Dünya Federalizm Tecrübesi ve Sovyet Federalizmi", *Bilig Türk Dünyası Sosyal Bilimler Dergisi* 25 (2003), 41-43.

² Rusya Federasyonu Anayasa'sı 12 Aralık 1993 tarihinde halkoyuna sunulmuştur. Referandumda katılım oldukça düşük olmuştur. Toplam seçmen sayısının %54,8 katılım sağlamıştır. Katılanların %58,4'ü anayasanın kabulü yönünde oy kullanmıştır. Katılımın bu denli düşük olmasının sebebi olarak, o dönemde Rusya'da yaşanan siyasi kargaşa ileri sürülebilir. Bkz. Ağır, "Rus Tipi Federalizm", 37.

³ Cameron Ross, *Federalism and Democratisation in Russia* (Manchester: Manchester University Press, 2002), 29; Venyamin Çirkin, "Reforma Rossiyskoy Konstitusiyi: Etapı i Problemi", *Obşestvenniye Nauki i Sovremennost*, 5 (2000), 42.

⁴ 1996 yılında Cumhurbaşkanı Boris Yeltsin'in girişimiyle İnguş Cumhuriyeti ve Kuzey Osetya, İnguşetya Cumhuriyeti ve Kuzey Osetya ise Alania Cumhuriyeti olarak yeniden adlandırılmıştır.

⁵ 2001 yılında Çuvaşistan Cumhuriyeti'nin adı Çuvaşskaya Cumhuriyeti-Çuvaşya olarak 2003'te ise Khanty-Mansiysk Özerk Okrugu- Khanty-Mansiysk Özerk Okruhu - "Yugra", Kalmıkya Cumhuriyeti Halmık Tangç - Kalmıkya Cumhuriyeti olarak değiştirildi. Janna Ovsepyan, "İzmeneniya v Konstitusiyu RF: Nekotorie Tendensii", *Rossiyskoe Pravo Obrazovaniye Praktika, Nauka*, 2 (2014), 80-81.

⁶ Ovsepyan, "İzmeneniya v Konstitusiyu RF: Nekotorie Tendensii", 80; Valentina Komarova, "Konstitusionnaya Reforma 2020 Goda v Rossii. (Nekotorie Aspekti)" *Aktualnie Problemy Rossiiskogo Prava*, 117/8 (2020), 28.

⁷ Ovsepyan, "İzmeneniya v Konstitusiyu RF: Nekotorie Tendensii", 82; Zakon RF o Popravke k Konstitusii RF (FKZ), O Verhovnom Sude Rossiiskoi Federasii i Prokurature Rossiiskoi Federasii, (5 Fevralya 2014), No 2, md. 128.

yapılmıştır. Buna göre Kırım Cumhuriyeti'ne ve Sivastopol federal şehrine anayasal statü verilmiştir⁸.

Görüldüğü gibi 1993 Anayasasında çeşitli dönemlerde önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerden en köklü olanlarından biri 2020 yılında gerçekleştirilenidir⁹. Bu son değişiklikler birçok alana yayılmakla birlikte devlet başkanının görev süresine ilişkin düzenlemeyle çokça konuşulmaktadır. Tartışmanın devlet başkanının görev süresine yoğunlaşması, referandum yapılmasının tek nedeninin cumhurbaşkanlığı döneminin yeniden düzenlenmesi olduğu izlenimi verebilir¹⁰. Oysa Anayasada birçok alanda olduğu gibi devletin federal yapısına ilişkin de önemli değişiklikler de yapılmıştır. Bu değişiklikler şu şekilde gösterilebilir:

Anayasadaki Bölüm Numarası	Bölümün Başlığı	Değiştirilen ve Ekleme Yapılan Madde Sayısı
3	Federal Yapı	13 (10 madde değişiklik ve ekleme + 67.1, 75.1, 79.1)
4	Rusya Federasyonu Cumhurbaşkanı	6 (5 maddede değişiklik ve ekleme + 92.1)
5	Federal Meclis	11 (10 maddede değişiklik ve ekleme + 103.1)
6	Rusya Federasyonu Hükümeti	7
7	Yargı Kuvveti	6
8	Yerel Yönetim	3
		Toplam: 46

⁸ Ovsepyan, “İzmeneniya v Konstitusiyu RF: Nekotorie Tendensii”, 83; Osman Ağır, *Rusya Federasyonu'nda Yürütmenin Konumu ve Otoriterleşme* (Malatya: İnönü Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2014) 221; Federalniy Konstitusionniy Zakon RF, (FKZ), O Prinyatii v Rossiiskuyu Federasiyu Respubliki Kırım i Obrazovaniy v Sostave Rossiiskoi Federasii Novih Subektov - Respubliki Kırım i Goroda Federalnogo Znaçeniya Sevostopolya, (21 Mart 2014), No 6, md. 2.

⁹ Rusya Federasyonu'nda 2020 yılında gerçekleştirilen anayasa değişiklikleri anayasal çoğunlukçuluk (constitutional majoritarianism) tekniğiyle gerçekleştirildiği ileri sürülebilir. Kurucu iktidarın değişiklikleri kaleme alma ve onaylama süreci, bu suiistimal edici, halkoylamasına dayalı sürecin açık bir örneğidir. Birincisi, anayasa değişikliği için Rus halkından veya kamuoyundan hiçbir zaman aşağıdan yukarıya bir baskı olmadı. Bunun yerine, resmi anayasa değişikliği, Devlet Başkanı Putin tarafından 15 Ocak'ta Federal Meclis'te yaptığı konuşmada beklenmedik bir şekilde tanıtıldı. İkincisi, anayasa değişikliklerinin hazırlanmasına halkın katılımı eksik kalmıştır. Bunun yerine değişiklikler, Rusya federal yasama meclisinin (*Duma*) alt meclisi tarafından, atanan bir “Çalışma Grubu” ile istişare halinde kaleme alınmıştır. Bkz William Partlett, “Russia's 2020 Constitutional Amendments: A Comparative Perspective”, *Melbourne Legal Studies Research Paper Series*, 887 (Ocak, 2010), 339-340; Grzegorz Kuczyński, “Putin's Constitution”, *Warsaw Institute Special Report*, (Haziran, 2020), 4-5.

¹⁰ Ilya Rogachev, “Constitutional Vote 2020: Evolution of Russian Statehood”, *The Mercury*, (7 Temmuz 2020).

Anayasa'nın 3. bölümünde 65. maddeyle 79. madde arasındaki maddelerde "Federal Yapı" düzenlenmiştir. Tablo da gösterildiği üzere 2020 yılında federal yapılanmaya yönelik 15 maddenin 10'unda değişiklikler ve eklemeler yapılmıştır. Ayrıca 67.1, 75.1 ve 79.1 numaralı yeni maddeler de oluşturulmuştur. Genel olarak bu değişiklikler ve eklemelerin merkezin güçlendirilmesi ve uluslararası alanın daraltılarak ulusal alanın genişletilmesi şeklinde olduğu görülmektedir.

Bilindiği üzere anayasalar tarafından devletin içindeki belli görev ile yetkilerin paylaşım mekanizması devletten devlete çeşitlilik göstermektedir. Bu görev ve yetkilerin başkent teşkilatı içerisinde yatay bir biçimde çeşitlilik göstermesi hükümet biçimlerini oluşturmaktadır. Diğer bir ifadeyle yasama, yürütme ve yargı organları arasında yetki ve görev paylaşımının değişikliğine göre ilgili devletin hükümet biçimi başkanlık, yarı-başkanlık veya parlamenter sistem olarak belirlenmektedir. Bunun yanı sıra belli bir ülkede yetki ve görev paylaşımının merkezi devlet ve devleti oluşturan dil, din, etnik yapı gibi ortak sosyo - kültürel özellikleri taşıyan veya tarihsel ya da coğrafi nedenlerle oluşturulmuş toplulukların veya özerk devletlerin, bölgelerin, idari mahallelerin arasında dikey bir biçimde düzenlenmesi de mümkündür. Bu mekanizma dikey kuvvetler ayrılığı (*the vertical separation of powers*) kavramı olarak belirlenmiştir. Bu kavrama göre devlet üniter, bölgesel, federal veya konfederal şeklinde çeşitlilik göstermektedir¹¹. Dolayısıyla federal devlet, yetkilerin dikey bir biçimde ortaklaşa paylaşıldığı, birçok başkaca devlet yapılarından oluşan devletler birliğidir. Federalizm, yerel devletlerin bir ülkeden ötekine çok farklı özellikler gösterdiği devlet çeşididir. Bu çerçevede federal devlet sayısı kadar federalizm olduğu ileri sürülebilir. Bu devletler içerisinde de en karmaşık yapıda olanların başında Rusya Federasyonu gelmektedir¹². Rus Federalizminin çok kapsamlı ve asimetrik yapısı onu merak uyandırır hale getirmektedir. Karmaşık ve kapsamlı yapı, beraberinde birçok hukuki ve politik sorunu ortaya çıkarmıştır. Ancak bu soruların bazılarının politik duyarlılığı o kadar yüksektir ki, onları teorik bir bağlamda gündeme alma girişimleri bile, Rusya Federasyonu'nda çoğu kez bir tabu olarak karşılanmakta ve kimi zaman katı ideolojik eleştirilere tabi tutulmaktadır¹³.

¹¹ İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Genel Esaslar* (Ankara: Legal Yayınları, 2015), 202; Mustafa Erdoğan, *Anayasa Hukuku* (Ankara: Orion Yayınevi, 2005), 79; Geoffrey Brennan ve Alan Hamlin "A Revisionist View of the Separation of Powers", *The Rule of Law and the Separation of Powers*, ed. Richard Bellamy (London: Routledge, 2016) 346; Richard Albert "The Separation of Higher Powers" *SMU Law Review* 65/1 (Temmuz, 2012), 3-6; Victoria Nourse "The Vertical Separation of Powers" *Duke Law Journal* 49 (1999), 749; Jessica Bulman-Pozen "Federalism as a Safeguard of the Separation of Powers" *Columbia Law Review*, 112/3 (Nisan, 2012), 459.

¹² Erdoğan Teziç *Anayasa Hukuku* (İstanbul: Beta, 2014), 149.

¹³ Fedosov, "Theoretical Aspects of Federation in Russia", 12.

Çalışmada dikey kuvvetler ayrılığı tanımına göre günümüzde Rusya Federasyonu ve Federasyonu oluşturan federe devletler ve özerk topluluklar ile arasında oluşan görev ve yetki paylaşımı, 2020 Anayasa değişikliği çerçevesinde incelenmeye çalışılacaktır. Çalışmada Rusya Federasyonu'nun yürürlükte olan 1993 Anayasası esas alınmıştır¹⁴.

Çalışma büyük oranda Rusya Federasyonu Anayasası'nda Federal Devlete ilişkin 2020 yılında yapılan değişikliklerin tanıtılmasına yöneldiği için iki hususa dikkat edildi. Birincisi 65. maddeden 80. maddeye kadar yer alan 18 maddenin sırası değiştirilmemeye ve bütünlüğün bozulmaması için değişiklik olsun olmasın tüm maddelere yer verilmeye çalışıldı. Kimi maddelerde anlam kayması olmaması için Anayasanın farklı yerlerinde yer alan maddelere de göndermeler yapıldı. İkincisi, özellikle değiştirilen ve yeni eklenen maddeler bire bir alıntılanmaya çalışıldı. Kısa maddeler metnin içine aynen alınırken, uzun maddeler dipnota kondu. Neticede sınırlandırma "*Federal Devlet*" başlığı altındaki maddeler çerçevesinde yapıldığı için, Anayasa'nın sistematiğinden kaynaklı olarak konu itibarıyla birbiriyle doğrudan alakalı olmayan hususlara da değinilmiş oldu.

I. GENEL OLARAK RUSYA FEDERASYONU

Rusya Federasyonu 17.075.400 km² yüzölçümü ve 146. 748. 590 nüfusa sahip¹⁵, dünyanın coğrafi olarak en geniş ülkesi ve nüfus olarak da en kalabalık devletlerinden biridir¹⁶. Federasyonun sınırları, Kuzey Buz Denizinden güneyde Orta Asya arasında bulunmaktadır. Batıda Avrupa'nın Estonya ve Norveç gibi ülkelerinden Doğuda Japon Denizine kadar uzanmaktadır¹⁷. Rusya Federasyonu hâkimiyetinde bulunan bu geniş toprakları Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nden devralmıştır. Devlet düzenin temelden sarsılması ve ekonomik düzenin bozulması sonucunda 1991 yılında SSCB Devlet başkanı Gorbaçov'un is-

¹⁴ 1993 Anayasası'nın ilgili kısımlarının Türkçeye çevrilmesinde, Alesker Aleskerli'nin internet ortamında yer alan çevirisinden yararlanılmıştır. Bkz Alesker Aleskerli "Rusya Federasyonu Anayasası", *Türk Anayasa Hukuku Sitesi*, (Erişim 24 Eylül 2022).

¹⁵ Bu rakamlar makalenin yazım tarihi olan 2020 yılına aittir.

¹⁶ Strani, Goroda, Statistika Naseleniya (Statdata), *Naselenie Rossii: Çislennost, Dinamika, Statistika*. (01 Ocak 2018).

¹⁷ Rusya Avrasya'da bulunmaktadır. Kara Toprak Sınırları: Kuzeyde Finlandiya, Norveç. Kuzey Batı ve Batıda: Estonya, Letonya, Litvanya, Polonya, Beyaz Rusya, Ukrayna. Güneyde: Abhazya Cumhuriyeti, Gürcistan, Güney Osetya, Azerbaycan, Kazakistan, Çin, Moğolistan ve Kuzey Kore. Rusya'nın doğu sınırları ise deniz üzere Japonya ve ABD'dir. Bunun dışında Rusya Federasyonu Arktik Okyanusu, Bering Denizi, Ohotsk Denizi, Japon Denizi, Hazar ve Kara Denizlerine kıyısı bulunmaktadır. Bu konuda Sofiya Dmitrieva *Limologia (Uçebnoe Posobie)*, (Voronej: Voronej Devlet Üniversitesi, 2008), 30; İrfan Kaya Ülger "Rusya Azınlıkları", 38. *ICANAS Bildiri Özetli Kitabı*, ed. Zeki Dilek, Mustafa Akbulut, Zeki Cemil Arda, Zeynep Bağlan Özer, Reşide Gürses ve Banu Karababa Taşkın (Ankara: Presmat Matbaa Gazete Sanayi, 2007), 1/1399-1400.

tifası ile Sovyetler Birliği fiilen hâkimiyetini yitirmiş ve yerine Boris Yeltsin'in iktidarı ele alması ile Rusya Federasyonu kurulmuştur¹⁸.

2010 yılında yapılan nüfus sayımına göre Rusya Federasyonu'nda 180'den fazla etnik yapı mevcut olup bunlardan sırası ile Tatarlar, Ukraynalılar, Başkurtlar, Çuvaşlar, Çeçenler ve Ermenilerin nüfusu bir milyonun üzerinde iken diğer gruplar 400.000'in altındadır. Dolayısı ile ülke içerisinde 140'tan fazla dil konuşulmaktadır. En kalabalık olan Altay dil grubundaki Türk topluluklar ise Tatarlar, Başkurtlar, Çuvaşlar, Kazaklar, Yakutlar, Tuvalar, Karaçaylar, Balkarlar, Altaylar, Hakaslar, Şorlar, Dolganlar, Azeri Türkleri, Özbekler ve diğerleridir¹⁹. SSCB'nin dağılması ile birlikte 15 özerk cumhuriyet bağımsızlıklarını ilan etmişti²⁰. 1992 yılında kabul edilen sözleşme, federasyonu oluşturan çok sayıdaki "unsurların" kendi ve federal hükümet ile aralarındaki ilişkileri ve yetkilerini kullanma ve paylaşmalarını düzenlemektedir²¹.

SSCB'nin dağılmasının ardından, liberal anayasacılık benimsenerek 1993 Anayasası kaleme alınmıştır. Nitekim Anayasa'nın 13. maddesine göre Anayasa, ideolojik ve siyasi çoğulculuğu kabul eder ve çok partili sistemi tanıır. Ayrıca herhangi bir ideolojinin devlet ideolojisi olarak kabul edilmesi veya zorunlu hale getirilmesi yasaklanmıştır.

Anayasa'nın 1. maddesine göre "Rusya Federasyonu - Rusya hükümet şekli cumhuriyet olan demokratik federatif hukuk devletidir"²². Ayrıca Anayasa'nın 3. maddesinin 1. fıkrasında Rus Halkı'nın çok ulusluluğuna vurgu yapılmaktadır: "Rusya Federasyonu'nda egemenliğin taşıyıcısı ve hakimiyetin tek kaynağı onun çok uluslu halkıdır". Anayasa'da çok ulusluluğun kabulü üniter devletlerin özelliklerinden biri olan ulusun tekliğinin aşıldığını göstermektedir.

Anayasa'nın 4. maddesinde devletin egemenliğinin ülke topraklarının bütününe kapsadığı ifade edilmektedir²³. Ayrıca aynı madde gereğince, Rusya Federasyonu Anayasası ve federal kanunlar Rusya Federasyonu genelinde egemendir ve Rusya Federasyonu kendi ülkesinin bütünlüğünü ve dokunulmazlığını sağ-

¹⁸ Nicholas V. Riasanovsky ve Mark D. Steinberg *Rusya Tarihi*, çev. Figen Dereli (İstanbul: İnkılap Yayınları, 2014), 667; Osman Ağır ve Abdulkadir Baharççek "Rusya Federasyonu'nda Demokrasinin Yerleş(e)memesinin Nedenleri", *Akademik Yaklaşımlar Dergisi* 6/1 (2015), 45.

¹⁹ Liaisan Şahin, "Rusya Federasyonu'nun Etnik ve Dinsel Yapısı", *Marmara Türkiyat Araştırmaları Dergisi*, 3/2 (2016), 15-16.

²⁰ İlker Gökhan Şen, *Rusya Federasyonu Siyasal Sistemi* (Eskişehir: Anadolu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2003), 88.

²¹ 1993 Rusya Federasyonu Anayasası (Moskova: İNFRA - M, 2016); Viktor Nikulin *Konstitusionoe Pravo Rossiiskoy Federasii* (Tambov, Tambov Devlet Teknik Üniversitesi, 2012), 8.

²² Anayasa'nın 1. maddesinin 2. fıkrasına göre "Rusya Federasyonu" ve "Rusya" isimleri eşanlama gelmektedir.

²³ "Rusya Federasyonu'nun egemenliği onun tüm ülkesini kapsar".

lar²⁴. Görüldüğü gibi Rusya devleti bir federasyon olmasına rağmen toprağın ve egemenliğin bölünmez bütünlüğüne vurgu yapılmaktadır.

Rusya Federasyonu'nda federal yapının birimleri, 5. maddenin ilk fıkrasında sayılmıştır. Bunlar: cumhuriyetler (*republics / республики*), kraylar (*krays / края*), oblastlar (*oblasts / области*), özerk okruglar (*autonomous okrugs / автономные округа*), özerk oblastlar (*autonomous oblast / автономные области*) ve federal şehirlerdir (*cities of federal significance / города федерального значения*).

Anayasa'nın 5. maddesinde Rusya Federasyonu'nun federatif düzeni, 5 temel esasa dayanmaktadır. Bunlar: devletin bütünlüğü, devlet otoritesinin birliği, Rusya Federasyonu devlet organları ve Rusya Federasyonu unsurlarının devlet organları arasında yetki alanlarının ve iktidarların ayrılması, Rusya Federasyonu'nda halkların hak eşitliği ve kendi kaderini tayin hakkı²⁵ olarak düzenlenmiştir.

II. RUSYA FEDERASYONU'NU OLUŞTURAN FEDERE UNSURLAR

Rusya Federasyonu bir çok farklı etnik gruptan oluşan insanların bir arada yaşadığı, Rus İmparatorluğu ve SSCB döneminden miras kalan bir devlettir. Dolayısıyla, din, dil, kültür ve geleneklerin çeşitliliği bakımından oldukça zengindir. Rusya Federasyonu bölgelerden ve diğer alt unsurlardan oluşan karmaşık bir yapıya sahiptir. ABD ve Almanya gibi ülkelerde tek tip idari birimlerden oluşan simetrik federal yapının aksine, Rusya Federasyonu'nda daha karmaşık olan asimetrik federal yapı tercih edilmiştir²⁶. Asimetrik federal yapılarda, anayasayla federe unsurlar arasında paylaşılan yetkilerde çeşitlilikler öngörülür. Bu tip asimetrik yetki paylaşımında, bazı federe unsurların, diğerlerine oranla daha fazla yetkiye sahip olduğu görülmektedir²⁷.

1993 yılından 2006 yılına kadar Rusya Federasyonu 89 unsurdan²⁸ oluşmaktaydı²⁹. Çeşitli değişikliklerle birlikte bugün Rusya Federasyonu 85 unsurdan oluşmaktadır. Anayasa'nın 65. maddesine göre bunların 22'si özerk cumhuriyet³⁰,

²⁴ Dmitriy Yu. Tumanov ve Rinat R. Sakhapov, "Subjects of the State Within the Russian Federation: Constitutional and Legal Framework", *International Journal of Environmental & Science Education* 11/17 (2016), 10265-10266.

²⁵ Uygun, *Federal Devlet*, 195. Bu maddede düzenlenen kendi kaderini tayin hakkının Sovyetler Birliği döneminde Anayasa'da yer alan serbestçe ayrılma hakkıyla karşılaştırılınca daha muğlak olduğunu düşünmektedir. Yazar'a göre Anayasa'nın diğer maddeleri ve uygulamada yaşanan tecrübeler (Çeçenistan olayı) bu hükmün hukuki bir değere sahip olmadığını göstermektedir.

²⁶ Ağır, "Rus Tipi Federalizm", 43.

²⁷ Demet Çelik Ulusoy, "Federal Toplumu Anlamak: Federal Sistemlerin Sosyolojik Yaklaşımı", *AÜHFD* 64/3 (2015), 595.

²⁸ Uygun, *Federal Devlet*, 111; Emin Atasoy "Rusya Federasyonu Sınırları İçinde Yer Alan Özerk Cumhuriyetlerin Etnocoğrafya Işığında Değerlendirilmesi", *Turkish Studies* 3/7 (2008), 83-84.

²⁹ Ovsepyan, "İzmeneniya v Konstitutsiyu RF: Nekotorie Tendensii", 81.

³⁰ Adıgey Cumhuriyeti (Adıgeya), Altay Cumhuriyeti, Başkurdistan Cumhuriyeti, Buryatiya Cumhuriyeti, Dağıstan Cumhuriyeti, İnguşetiya Cumhuriyeti, Kabardin-Balkar Cumhuriyeti, Kalmıkya Cumhuriyeti-

46'sı oblast³¹, 9'u kray³², 3'ü federal şehir³³, 1'i özerk oblast³⁴, 4'ü özerk okrug-dan³⁵ meydana gelmektedir³⁶. Farklı kategorideki bu yapıların her biri federe unsurları oluşturmaktadır. Rusya Federasyonu bünyesi içinde bu birimlerin her biri eşit haklara sahiptirler. Cumhuriyetlerin kendilerine ait anayasaları ve yasama organları bulunmaktadır. Kraylar, oblastlar, federal şehirler, özerk oblast ve özerk okruglar kendi tüzüklerine ve yasama organlarına sahiptirler. Görüldüğü gibi federal yapı altı farklı tipte dikey federe birime bölünmüştür. Rusya Federasyonu etnik ve bölgesel federalizmin her ikisinin birleştiği bir yapıya sahiptir³⁷.

Anayasanın son maddesini oluşturan 137. maddesine göre, 65. maddede yapılacak değişiklikler, Rusya Federasyonu'na yeni federe unsurların kabulü ve Rusya Federasyonu yapısında yeni federe unsurların oluşturulması ve Rusya Federasyonu federe unsurlarının anayasal hukuki statüsünün değiştirilmesi federal anayasal kanun gereğince yapılır. Federal unsurlardan birinin adında değişiklik yapılması halinde Rusya Federasyonu federe unsurunun yeni ismi Rusya Federasyonu Anayasasının 65. maddesine ilave edilir. Dolayısıyla her federe unsur kendi ismini değiştirme hakkına sahiptir, yapılan değişiklik Federal Devlet anayasasında da yer alması gerekmektedir. Örnek olarak 1996 yılında cumhurbaşkanının kararıyla Federal Devlet Anayasasının 65. maddesinde şu şekilde değişiklikler yer al-

ti, Karaçay-Çerkez Cumhuriyeti, Karel Cumhuriyeti, Komi Cumhuriyeti, Kırım Cumhuriyeti, Mariy El Cumhuriyeti, Mordovya Cumhuriyeti, Saha (Yakutya) Cumhuriyeti, Kuzey Osetya Cumhuriyeti (Alanya), Tataristan Cumhuriyeti (Tataristan), Tıva Cumhuriyeti, Udmurtya Cumhuriyeti, Hakasya Cumhuriyeti, Çeçen Cumhuriyeti, Çuvaş Cumhuriyeti (Çavaşya Cumhuriyeti)), 9'u Kray (Altay Krayı, Zabaykal Krayı, Kamçatka Krayı, Krasnodar Krayı, Krasnoyarsk Krayı, Permsk Krayı, Primorsk Krayı, Stavrapol Krayı, Habarovsk Krayı).

³¹ Amur Oblastı, Arhangel'sk Oblastı, Astrahan Oblastı, Belgorod Oblastı, Bryansk Oblastı, Vladimir Oblastı, Volgograd Oblastı, Vologod Oblastı, Voronej Oblastı, İvanov Oblastı, İrkutsk Oblastı, Kaliningrad Oblastı, Kaluga Oblastı, Kemerovo Oblastı, Kirov Oblastı, Kostroma Oblastı, Kurgan Oblastı, Kursk Oblastı, Leningrad Oblastı, Lipetsk Oblastı, Magadan Oblastı, Moskova Oblastı, Murmansk Oblastı, Nijegorod Oblastı, Novgorod Oblastı, Novosibirsk Oblastı, Omsk Oblastı, Orenburg Oblastı, Orlov Oblastı, Penza Oblastı, Pskov Oblastı, Rostov Oblastı, Ryzan Oblastı, Samara Oblastı, Saratov Oblastı, Sahalin Oblastı, Sverdlov Oblastı, Smolensk Oblastı, Tambov Oblastı, Tver Oblastı, Tomsk Oblastı, Tula Oblastı, Tümen Oblastı, Ulyanovsk Oblastı, Çelyabinsk Oblastı, Yaroslavl Oblastı.

³² Altay Krayı, Zabaykal Krayı, Kamçatka Krayı, Krasnodar Krayı, Krasnoyarsk Krayı, Permsk Krayı, Primorsk Krayı, Stavrapol Krayı, Habarovsk Krayı.

³³ Moskva Federal Şehri, Sankt-Petersburg Federal Şehri, Sevastopol Federal Şehri.

³⁴ Yahudi Özerk Oblastı.

³⁵ Nen Özerk Okruğu, Hanti-Mansiysk Özerk Okruğu - Yugra, Çukot Özerk Okruğu, Yamalo-Nen Özerk Okruğu.

³⁶ Ali Yiğit, "Rusya Federasyonun'da Türk Topluluklarının Ana Dillerini Kullanma Oranlarındaki Bölgesel Farklılıklar", *New World Sciences Academy* 7/2 (2012), 16-18; Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu (DEİK), "Türk-Rus İş Konseyi Rusya Federasyonu Ülke Bülteni" (25 Ekim 2016), 4; Mikado Eğitim ve Danışmanlık, *Hedef Ülkeler Raporu Rusya Raporu*, Birleşmiş Markalar Derneği, (Nisan, 2012), 6.

³⁷ Ağır, "Rus Tipi Federalizm", 38.

mıştır: İnguşetiya Cumhuriyeti (eski adı İnguşskaya Cumhuriyeti), Kuzey Osetya - Alanya Cumhuriyeti (eski adı Kuzey Osetya), Kalmık Cumhuriyeti (eski adı Kamık Halım Tangıç Cumhuriyeti). 2014 yılında Rusya Federasyonu'na Kırım Özerk Cumhuriyeti eklenmiştir. Bu durum anayasanın 65. maddesinde düzenlenmiştir. Kırım Özerk Cumhuriyetinin başkenti olarak da Sivastopol belirlenmiştir.

Yukarıda 65. maddede sayılan unsurların statüleri Federal Anayasa'nın 66. maddesinde belirlenmiştir. 1. fıkraya göre “*Cumhuriyet statüsü Rusya Federasyonu Anayasası ve cumhuriyetlerin anayasalarıyla belirlenir*”. Aynı şekilde Anayasa'nın 2. fıkrasında krayların, oblastların, federal şehirlerin, özerk oblastların, özerk okrugların statüsü, Rusya Federasyonu Anayasası ve Rusya Federasyonu'nun ilgili kurucu biriminin yasama organı tarafından kabul edilen kray, oblast, federal şehir, özerk oblast ve özerk okrugun tüzüğü ile belirleneceği ifade edilmektedir.

3. fıkraya göre özerk oblastların ve özerk okrugların yasama ve yürütme organlarının önerisi üzerine özerk oblastlar ve özerk okruglar hakkında federal kanun kabul edilebilir.

Krayların veya oblastların sınırları içinde bulunan özerk okrugların arasındaki ilişkiler federal kanun ve özerk okrugun devlet organları ile ilgili kray veya oblastların devlet organları arasında yapılan antlaşmalarla düzenlenebilir.

Federal Anayasanın 66. maddesinin 5. fıkrasına göre Rusya Federasyonu unsurlarının statüsü Rusya Federasyonu ile ilgili federe unsurun ortak kararıyla Federal Anayasal Kanuna uygun şekilde değiştirilebilir. Aynı şekilde Federal Anayasanın 67. maddesinin son fıkrasına göre unsurların arasındaki sınır değişikliği söz konusu ilgili bölgelerin rızası ve ortak kararı doğrultusunda yapılabilir.

Hem özerk cumhuriyetlerin anayasaları hem de özerk bölgelerin veya federal şehirlerin tüzükleri kendi topraklarındaki en üst yasal metin olarak kabul edilmektedir³⁸. Dolayısıyla Rusya Federasyonu 1993 Anayasası ve Federasyonu oluşturan unsurların kendi yasal metinleri bulunmakta olup, bunlar hiyerarşik bir yapıya sahiptir³⁹. Her unsurun Anayasal metni veya tüzükleri 1993 Rusya Federasyonu Anayasasına aykırı olmaması gerektiği şartıyla kabul edilmektedir⁴⁰. Dolayısıyla her unsurun kurucu metni Federal Devletin Anayasasına uygun olmak zorundadır.

67. maddenin 1. fıkrasına göre “*Rusya Federasyonu toprakları, kurucu unsurlarının toprakları, iç sular ve karasuları ile bunların üzerindeki hava sahasından oluşur*”. Görüldüğü gibi Rusya Federasyonu ülkesi iki bölümden oluşmak-

³⁸ 1993 Rusya Federasyonu Anayasası, md. 5.

³⁹ Elliot Bulmer, *Federalism* (Strömsborg: 2th, International IDEA Constitution-Building Primer, 2017), 22.

⁴⁰ 1993 Rusya Federasyonu Anayasası, md.15.

tadır. Birincisi Rusya Federasyonu'nun egemenliğinin coğrafi sınırını oluşturan kara, su, hava ve toprak altı sahasını içeren mekânsal boyuttur. Diğeri de bir öncekiyle iç içe geçmiş Rusya Federasyonu'nun kurucu unsurlarının topraklarını içerir.

2020 değişikliği ile bu fıkraya ekleme yapılmıştır. Buna göre: “*Rusya Federasyonu topraklarında federal kanunlara uygun olarak federal bölgeler (federal territories / федеральные территории) oluşturulabilir. Federal bölgelerde kamu otoritesinin örgütlenmesi, ilgili federal kanunla belirlenir*”. Böylece Anayasa'nın 5. maddesinde yer almayan bir unsur şekli anayasaya koyulmuştur.

Wolfson'a göre, Anayasa'da federal toprak tahsis etme fikrinin farklı nedenleri bulunabilir. Birincisi başkentin statüsünün ABD'deki Columbia Bölgesi'ne (*Washington, DC*) benzer bir biçimde dönüştürülmesi amacıyla yapılmış olabilir. İkinci olarak bu, uzak coğrafi bölgelerin doğrudan federal yönetim içine katılmasına yardımcı olabilir. Bu çerçevede Rusya'da hem bir başkent bölgesi hem de kuzey bölgeler⁴¹ veya Arktik⁴² için yeni bir idari-bölgesel oluşumun ortaya çıkması düşünülebilir. Yazara göre daha fazlası da mümkündür. Rusya yine, daha önce Kırım'da olduğu gibi “*tartışmalı bölgeleri*” ilhak ederse, bu yeni bölgenin mevcut herhangi bir birime dâhil olması imkânsız olacaktır. Bu açıdan federal toprak statüsü fonksiyonel olabilir. Yazar, benzer şekilde, Donetsk Havzası'nın (*Donbass*) ilhakı gerçekleşirse⁴³, geçici bir önlem olarak federal toprak statüsünü makul görmektedir⁴⁴.

Federasyon Konseyi'nin üyesi olan Andrei Klishas'ın (*Андрей Клишас*) açıklamaları Wolfson'u destekler niteliktedir. Klishas, Arktik ve benzer özelliklere sahip bölgelerin özel olarak korunması gereken alanlar olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla bu bölgelerin özel bir düzenleme sistemine ihtiyacı vardır. Bunun nedeni, güvenlik, savunma ve çevre korumanın sağlanması (örneğin, Baykal Gölü, Kafkas Maden Suları) veya yatırım çekecek koşulların oluşturulması için artan gerekliliklerdir⁴⁵. 2020 yılında yapılan bu eklemenin, Rusya Federasyonu'nun

⁴¹ Norveç ve Rusya, Barents Denizi'nde kıta sahanlıkları arasındaki sınır konusunda uzun süredir görüş ayrılığı yaşamaktadır. Bkz Malcolm N. Shaw, *Uluslararası Hukuk*, ed. İbrahim Kaya Çev. İbrahim Kaya Yücel Acer. M. Turgut Demirtepe, G. Engin Şimşek (Ankara: TÜBA, 2018), 381.

⁴² Kuzey Kutbu (Arctic) Kuzey Amerika ve Rusya Federasyonu arasında yaşamın olmadığı geniş bir alan olarak önemli bir stratejik bölgedir. Büyük kısmı, altından denizaltıların işleyebileceği bir buz külesinden oluşmaktadır. Bu yönde bkz Shaw, *Uluslararası Hukuk*, 380.

⁴³ Bu makale tamamlandığında henüz Rusya, Donetsk Havzası'na (*Donbass*) askeri müdahalede bulunmamıştı. Rusya'nın işgaliyle ortaya çıkan fiili durumdan 46. dipnotta bahsedilmiştir.

⁴⁴ Vladimir Volfson, “Konservativnyy komentarii k Popravkam v Konstitutsiyu. Çast Pervaya. Komentariy k Popravkam v Statiyu 67”, *Zakonru* (11 Nisan 2020).

⁴⁵ Sergey Konkov, “V Konstitusii Rossii Mojet Poyavitsya Ponyatie «Federalnaya Territoriya»”, *İzvestiya İz* (6 Şubat 2020).

sonraki yıllarda girişeceği emperyalist tavırlara hukuki alt yapı hazırlığı olduğu ileri sürülebilir⁴⁶.

Anayasa'nın 67. maddesinin 2. fıkrasına göre, Rusya Federasyonu kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölgeyi federal kanun ve uluslararası hukuk normları ile belirlenen şekilde kullanır. 2020 yılında 67. maddeye yukarıdaki fıkranın peşine gelecek yeni bir fıkra eklenmiştir. 67. maddenin 2.1. fıkrasına göre: “Rusya Federasyonu, egemenliğinin ve toprak bütünlüğünün korunmasını sağlar. Rusya Federasyonu topraklarının bir kısmının ayrılmasını amaçlayan eylemlere (Rusya Federasyonu'nun komşu devletlerle olan devlet sınırının tahdidi /delimitasyon⁴⁷/ delimitation, tepiti/ demarkasyon⁴⁸/ demarcation ve yeniden belirlenmesi / redemarkasyon⁴⁹ / redemarcation hariç) ve bu yönde çağrılarda bulunulmasına izin vermez”.

Bu maddeyle kurucu iktidarın, Rus topraklarının yabancı ülkelere verilmesi çağrılarının kabul edilemezliğini anayasal düzeyde güvence altına almak gayretinde olduğu ileri sürülebilir. Bilindiği gibi Rus İmparatorluğu ve SSCB'den miras kalan büyük topraklarıyla Rusya Federasyonu, birçok tartışmalı alanı bünyesinde barındırmaktadır. Japonya ile yaşanan Kuril Adaları üzerindeki anlaşmazlık, Kaliningrad bölgesinin tarihi aidiyeti üzerindeki tartışmalar, Estonya ile sınır değişikliği sorunları, Ukrayna ile geçmişten gelen Rostov bölgesi, Kuban şehri ve diğer sınır alanlarına ilişkin gerilimler, Kırım'ın mevcut statüsünün gelecekte güvence altına alınması amacı, Rusya topraklarının korunmasına ilişkin Anayasada yapılan eklemeyi siyasi açıdan anlamlandırmaktadır⁵⁰.

⁴⁶ Nitekim, 21 Şubat 2022 yılında Rusya Federasyonu bağımsızlıklarını ilan eden Donetsk ve Luhansk Halk Cumhuriyetlerinin bağımsızlıklarını tanıdığına dair karar aldı. Ardından Rusya Federasyonu'nun Federal Konseyi oybirliğiyle ilgili bölgelere Rus birliklerinin girmesine onay verdi. Bugüne kadar süre gelen savaş esnasında adı geçen bölgeler dışında Herson ve Zaporojie yönetimi Rusya'ya katılmak için referanduma gideceklerini bildirmişlerdir. Bu şekilde gelişen süreç sonucunda ilgili bölgelerde 2022 yılının 23-27 Eylül tarihleri arasında Rusya Federasyonu'na katılma yönünde referandum gerçekleşti. Referandum sonucunda Rusya'ya katılmak için seçime katılanların, Donetsk Halk Cumhuriyeti'nde %99.23'si; Luhansk Halk Cumhuriyeti'nde %98,42'si; Herson Bölgesi'nde %87.05'i ve Zaporojie Bölgesi'nde %93.11 “evet”in kazandığı sonucu ilan edildi. Bkz. Dmitri Minik, “Vtorjenie Rossii v Ukrainu: Politiko-Strategičeskii Perelom?”, *Notes De L'ifri*, 26 (2022), 13. (Дмитрий Миник, “Вторжение России в Украину: Политико-Стратегический Перелом?”, *Notes De L'ifri*, 26 (2022), 13. https://www.ifri.org/sites/default/files/atoms/files/d_minic_invasion_russe_ukraine_2022_ru.pdf.

⁴⁷ Devlet sınırının, anlaşmaya göre geçişinin belirlenmesi ve harita üzerinde çiziminin yapılması.

⁴⁸ Sınırlandırma, oluşturma, sınırların işaretlerle tanımlanması.

⁴⁹ Sınırları yeniden belirleme - toprak sınırlarını restorasyonunu yeniden belirlenmesi veya önceden oluşturulmuş devlet sınırının kontrol edilmesi.

⁵⁰ Volfson, “Konservativnyy Kommentarii k Popravkam v Konstitutsiyu. Çast Pervaya. Kommentariyi k Popravkam v Statiyu 67”, 1; Sergey Uşakov “Aleksandr Sevastyanov: Poçemu Ya Progolosuyu za Popravki”, *Jurnalistskaya Pravda*, (23 Haziran 2020). Vestnik, “Razyasnyaem Popravki k Konstitusii: Zaşıta Territorii Rossii”, *Raionny Vestnik*, (30 Mart 2020).

2020 değişikliklerinde 67. madde ile 68. madde arasında dört fıkradan oluşan 67.1 numaralı madde eklenmiştir.

İlgili maddenin 1. fıkrasına göre, "*Rusya Federasyonu, kendi toprakları içinde SSCB'nin yasal halefidir ve ayrıca Rusya Federasyonu dışında SSCB'nin uluslararası örgütlerde, onların organlarında, uluslararası antlaşmalarda üyeliğinin öngörülen tüm yükümlülükleri ve varlıkları ile ilgili yasal halefidir*". Rusya'nın SSCB'nin hukuki mirasçısı olduğuna dair bu eklenti, bazı yazarlar tarafından, Rusya'nın SSCB'yi yeniden canlandırma arzusu ve bu kapsamda yayılmacı bir politika izleme iradesinin yansımaları olarak yorumlanmaktadır. Aslında, Rusya'nın, "*hukuki kişilik*" olarak SSCB'nin devamı olduğu uluslararası camiada kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu yorumun hukuki açıdan doğru olmadığı ileri sürülebilir⁵¹. BM Güvenlik Konseyinde SSCB'nin daimî üyeliğinin Rusya Federasyonu tarafından sürdürülmesi bunun bir kanıtıdır.

2. fıkra da 1. fıkra gibi tarihsel göndermeler barındırmaktadır. Buna göre; "*Bin yıllık bir tarihle birleşmiş olan Rusya Federasyonu, bize ideallerini ve Tanrı'ya olan inancını aktaran ataların hatırası ile Rus devletinin gelişimindeki sürekliliği koruyarak, tarihsel olarak kurulmuş olan devlet birliğini kabul etmektedir*". Bin yıllık Rus tarihine yapılan bu vurgu çok uluslu yapısı bizzat anayasada tanımlanmış olan devletin farklı unsurlarının görmezden gelinmesi anlamını taşıyarak metnin bütünü içinde çelişkiye yol açmaktadır. Bu husus eşitlikçi ve çoğulcu temelli bir anayasal vatandaşlık anlayışını ortadan kaldıracak ve sonraki yıllarda Rusya'daki Ortodoks Rus olmayan halklar ve etnik gruplar ile Ortodoks Ruslar arasında kurulan ilişkiler üzerinde yapılacak olumsuz yorumlara yol açacaktır⁵².

3. fıkra hukuki ifadelerden daha çok moral değerlere yer vermektedir:

"*Rusya Federasyonu, vatan savunucularının anısını onurlandırır; tarihsel gerçeklerin korunmasını sağlar. Anavatanı savunmada halkın kahramanlık eyleminin önemini azaltılmasına izin verilmez*".

"*Vatan savunucularının anısı*", "*tarihsel gerçekler*", "*halkın kahramanlık eylemleri*" gibi anlamı kişiden kişiye ve ideolojik bakış açısına göre değişebilecek sübjektif ifadelerle hukuki bağlayıcılık kazandırılmasının anayasanın araçsallaştırıldığı bir göstergesi olduğu ileri sürülebilir.

4. fıkra çocuğun ve ailenin korunmasına yöneliktir. Buna göre, "*Çocuklar, Rus devleti politikasının en önemli önceliğidir. Devlet, çocukların her yönüyle manevi, ahlaki, entelektüel ve fiziksel gelişimine elverişli koşullar yaratır; vatanseverlik, yurttaşlık ve yaşlılara saygı bilincine yönelik eğitim verir. Devlet, aile eğitiminin önceliğini sağlayarak, bakımsız bırakılan çocuklara karşı ebeveynle-*

⁵¹ Turgut Kerem Tuncel, "Rusya Anayasası'nda Yapılan Değişiklikler", *AVİM*, 22 (7 Temmuz 2020).

⁵² Shaw, *Uluslararası Hukuk*, 49.

rin sorumluluklarını üstlenir". Bu eklemeye devlet, çocukları, sosyal politikalarının önemli bir önceliği olarak kabul ettiği ve çocukların dengeli gelişimi için uygun bir ortam oluşturmayı amaç edindiği ileri sürülebilir. Hatta, Rusya Federasyonu'nun ekonomik zayıflık nedeniyle Anayasa'nın ilk yazıldığı 1993 yılında tam olarak karşılayamadığı bu ödevini, anayasanın yeni versiyonunda üstlendiği ve bu değişikliğin asgari ücret ve emeklilik maaşına ilişkin yeni düzenlemelerle birlikte değerlendirildiğinde Anayasanın yeni halinin "*sol-sosyalist*" olarak tanımlanmasını mümkün kıldığı da iddia edilmiştir⁵³. Bu fıkra tek başına değerlendirildiğinde, sosyal devletin bir gereği olarak, çocuğun ve ailenin korunmasının amaçlandığı düşünülebilir. Ancak diğer yandan Rusya Federasyonu'nun sosyokültürel yapısı ele alındığında ideolojik bir endoktrinasyonun önünün açılmak istendiği izlenimi de doğmaktadır. Bu yaklaşımın, dini ve kültürel çoğulculuğu güvence altına alacak denge mekanizmalarının oluşturulmaması durumunda çocukların ve ailelerinin özel alanına müdahale gibi çok tehlikeli sonuçları olabilecektir. Bunların merkezi bir biçimde ve tek tipçi bir anlayışla yapılacak olması türdeş olmayan; etnik, dini, dilsel, kültürel açılardan çok farklı grupları barındıran bir ülkede asimilasyoncu bir yaklaşıma dönüşebilir. Zira 150 milyona yaklaşan bir nüfusa sahip olan Rusya'da yüz seksenin üzerinde farklı etnik grup yaşamaktadır⁵⁴. Bütün bunların yeni anayasada sol ve sosyalist yaklaşımdan ziyade sağ ve milliyetçi politikaların amaçlandığını gösterdiği ileri sürülebilir.

Federal Yapı bölüm başlığı altında yer almakla birlikte 67.1'de eklenen fıkralar bir bütün olarak değerlendirildiğinde, bu hususların merkez taşra arasındaki dikey ilişkileri düzenlemekten öte bir görünüm arz ettiği dikkat çekmektedir. Hatta anayasa tekniği açısından burada yer verilen hususların hukuki olmanın ötesinde, duygu yüklü ve ideolojik argümanlar içerdiği, moral değerlere yönelen bu ve benzeri hususların aslında anayasaların başlangıç kısımlarında ve gerekçelerinde yer alması gerektiği iddia edilebilir. Bu hükümler, Rusya'nın korumacı ve emperyal geçmişiyle daha sıkı bir şekilde bağ kurarak açıkça Sovyetler Birliği'nin halefi olduğunu, Anavatan savunucuları hakkındaki tarihi gerçeklerin koruyucusu ve çocukların eğitiminde vatanseverliği sağlamaktan sorumlu olduğunu ilan etmektedir. Sübjektif anlamlar içeren bu ifadelerin somutlaştırılması ve bu ifadelere hukuki değer kazandırılması Anayasa Mahkemesi'nin görevidir⁵⁵. Anayasa Mahkemesi'nin bu görevi ne kadar başarabileceği Rusya'daki yargı bağımsızlığıyla ilgilidir. Oysa Kuczyński bir bütün olarak anayasa değişikliğinin hukukun üstünlüğünü reddeden bir karaktere sahip olduğunu düşünmektedir⁵⁶.

⁵³ Rogachev, "Constitutional Vote 2020: Evolution of Russian Statehood".

⁵⁴ Tuncel, "Rusya Anayasası'nda Yapılan Değişiklikler".

⁵⁵ Partlett, "Russia's 2020 Constitutional Amendments: A Comparative Perspective", 13.

⁵⁶ Kuczyński, "Putin's Constitution", 13.

Rusya Federasyonu'nu oluşturan ve özerk cumhuriyet statüsüne sahip olan cumhuriyetlere bakıldığında genel olarak bunlar belli bir dile, kültüre, dine ve etnik yapıya sahip olan topluluklardır. Örnek olarak Tataristan, Çeçen, Hakas, Kalmık, Başkurdistan, Altay gibi Özerk Cumhuriyetleri verebiliriz. Bunları diğer özerk bölgelerden veya kraylardan farklı kılan kendine has etnik yapılar taşımaları ve bir arada yaşamalarıdır. Dolayısıyla bu özerk cumhuriyetlere Anayasal düzeyde kendi anayasalarını, resmi dilini belirleme hakkı tanınmıştır. 68. maddenin 2. fıkrasının ilk cümlesine göre, "*Cumhuriyetler kendi devlet dillerini belirleyebilirler*"⁵⁷. Bununla birlikte devam eden cümlede Federal Anayasa ile her özerk cumhuriyetin kendi devlet organları ve idari teşkilat birimlerinde kendi ana dillerini Rus dili ile birlikte kullanabilmesi öngörülmüştür. Federal Anayasa her özerk cumhuriyete ve onların halkına kendi dillerini koruma, eğitime ve geliştirmelerini garanti etmiştir⁵⁸.

Yukarıdaki kuralların yanında 2020 değişikliklerinde 68. maddede iki düzenlemeye yer verilmiştir. Bunlardan ilki 68. maddenin 1. fıkrasında yapılan değişiklik, ikincisi ise maddeye eklenen dördüncü fıkradır.

68. maddenin 1. fıkrasında "*Rusya Federasyonu genelinde devlet dili Rusçadır*" ifadesi, "*Rusya Federasyonu'nun devlet dili, onun bütün topraklarında, Rusya Federasyonu'nun eşit haklara sahip çok uluslu birliğine dahil olan, devlet-kurucu halkın dili olarak Rusçadır*" şeklinde değiştirilmiştir. Burada "*devleti kuran halk*" ("*государствообразующего народа*") ifadesi Federasyonu oluşturan diğer birçok halk içerisinde Rus halkına asli unsur vermektedir. 67.1 ile eklenen "*Bin yıllık bir tarihle birleşmiş olan Rusya Federasyonu*" ve buna yapılan süreklilik vurgusu kuruculuk iddiasını pekiştirmektedir. Öte yandan 68. maddeye eklenen 4. fıkra çok ulusluluğa vurgu yapmaktadır. "*Rusya Federasyonu'nun kültürü çok uluslu halkın eşsiz bir mirasıdır. Kültür, devlet tarafından desteklenir ve korunur*". Kaldı ki, Anayasanın Başlangıç kısmının ilk cümlesi, "*Biz, kendi toprakları üzerinde ortak bir kaderde birleşmiş Rusya Federasyonunun çok uluslu halkı*" ifadeleriyle eşitlik temelinde birleşmiş anayasal vatandaşlığa vurgu yapmaktadır. Dolayısıyla bu yeni düzenlemelerle getirilecek husus anayasanın iç tutarlılığı açısından da bir sorun teşkil etme potansiyeline sahiptir. Kuczyński'ye göre 68. maddedeki bu değişikliklerin temelinde, Kremlin'in muhafazakâr seçmenleri kazanmak ve Batı karşıtı büyük güç söylemini formüle etmek düşüncesi yatmaktadır⁵⁹.

⁵⁷ "Bu diller Cumhuriyetlerin devlet hakimiyeti organlarında, yerel yönetim organlarında, devlet kurumlarında Rusya Federasyonu'nun devlet dili ile bir arada kullanılır."

⁵⁸ 1993 Rusya Federasyonu Anayasası, md. 68.

⁵⁹ Kuczyński, "Putin's Constitution", 13-14.

69. madde de Rusya Federasyonu'nun milli azınlıkların haklarını, uluslararası hukukun evrensel ilke ve normlarına ve Rusya Federasyonu'nun uluslararası antlaşmalarına uygun olarak güvence altına aldığı belirtilmişti. 2020 değişiklikleriyle milli azınlıkların haklarına ilişkin bu düzenlemeye iki fıkra daha eklenmiştir. İkinci fıkra olarak eklenen düzenleme şu şekildedir: “*Devlet, Rusya Federasyonu'ndaki tüm halkların ve etnik toplulukların kültürel kimliğini korur, etnokültürel ve dilsel çeşitliliği garanti eder*”. 69. maddeye eklenen son fıkraya göre ise, “*Rusya Federasyonu, yurtdışında yaşayan yurttaşlarını, haklarının kullanılmasını, çıkarlarının korunmasını ve tüm Rusya'nın kültürel kimliğinin korunmasını konusunda destek sağlar*”. Bu son hüküm Rusya Federasyonu'nun Rus kültürel mirasının korunması için denizaşırı ülkelerdeki “*vatandaşlarına*” destek sağlama ihtiyacını vurgulamaktadır⁶⁰.

Bu maddedeki yerel kültürlerin korunmasına ilişkin göndermelerin garantörlüğü Anayasa Mahkemesine aittir. Rusya Anayasası'nın 125. maddesine göre Anayasayı yorumlama ve vatandaşların anayasal hak ve özgürlüklerinin ihlaline yönelik bireysel şikâyetleri inceleme yetkisine sahiptir⁶¹.

Anayasa'nın 70. maddesinin 1. fıkrasına göre; “*Rusya Federasyonu'nun Devlet Bayrağı, Devlet Arması ve Milli Marşı, onların tasviri ve resmi kullanım şekli federal anayasal kanunla belirlenir*”. Birinci fıkrada herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. İkinci fıkra başkent ve onun statüsüne ilişkindir. Buna göre, “*Rusya Federasyonu'nun başkenti Moskova şehridir. Başkent'in statüsü federal kanunla belirlenir*”. Bu fıkraya şu hüküm eklenmiştir: “*Federal hükümet organlarının kendilerine ait daimî ikamet yeri, federal anayasal kanunla belirlenen başka bir şehir olabilir*”.

Federal Anayasa hem Federal Devletin kendisine ait, hem de federe devletlerle ortak yetki alanlarını belirtmiştir. Dolayısıyla aşağıda ana hatlarıyla belirtilen yetkiler anayasal düzeyde güvence altına alınmıştır.

III. YETKİ PAYLAŞIMI

A. GENEL OLARAK

Federal devletlerde gücün dağıtılma biçiminde farklılıklar bulunmaktadır. Çoğu federal anayasada, federal makamlara belirli politika alanları üzerinde münhasır yetkiler verilir ve kalan yetkiler yerel otoritelere bırakılır. Bu yetkilere “*sayılmış yetkiler*” denir. Bu yetkilerin dışında kalan ve yerel otoritelere bırakılan yetkiler ise “*bakiye yetkilerdir*”. Bakiye yetkiler genel yetki, sayılmış yetkiler

⁶⁰ Partlett, “Russia's 2020 Constitutional Amendments: A Comparative Perspective”, 13.

⁶¹ Cavid Abdullahzade, Emin Hüseyinoğlu ve Murat Erdem “Rusya Federasyonu Yargı Sistemi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2/77 (Eylül, 2019), 73-74.

ise istisnai yetkililerdir⁶². Bu tür paylaşım federe unsurların lehine görünüm arz eder. ABD, Almanya ve İsviçre gibi federal devletlerde bu tarz bir paylaşımın varlığından söz edilebilir⁶³. Kimi federal anayasalarda ise federal devletin yetkileri münhasır yetkiler ve paylaştırılan yetkiler (*ortak / yarışan yetkiler*) şeklinde ikiye ayrılarak düzenlenmiştir⁶⁴. Rusya Federasyonu Anayasasında ise bu yöntem benimsenmiştir⁶⁵.

Rusya Anayasası, yetkiler konusunda federal makamları üstün tutan bir dağıtımı tercih etmektedir. Bu nedenle, 71. madde de federal hükümete ulusal ekonomi, federal bütçe, federal vergiler ve harçlar, dış politika ve milli savunma dahil geniş bir ulusal politika yelpazesi üzerinde münhasır yetkiler vermektedir⁶⁶. Bu alanlarda federe unsurlara yasama yetkisi tanınmamıştır⁶⁷. 72. madde de ise, federal otorite ve federal unsurlar arasında paylaştırılan yetkiler listelemektedir. Geri kalan yetkiler (*artık yetkiler/residual powers*), diğer bir ifadeyle 71. ve 72. maddelerde belirtilmeyen görece az sayıdaki politika alanı üzerindeki yetkiler de 73. madde ile federal unsurlara bırakılmıştır⁶⁸.

B. FEDERAL DEVLETİN YETKİ ALANLARI

Federal devletin tek başına sahip olduğu yetkiler anayasanın 71. maddesinde düzenlenmiştir⁶⁹.

⁶² Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi* (Bursa: Ekin Yayın ve Dağıtım, 2011), 1/516.

⁶³ Shaw, *Uluslararası Hukuk*, 517.

⁶⁴ Shaw, *Uluslararası Hukuk*, 518.

⁶⁵ Shaw, *Uluslararası Hukuk*, 519.

⁶⁶ Ross, *Federalism and Democratisation in Russia*, 30.

⁶⁷ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, 519.

⁶⁸ Ross, *Federalism and Democratisation in Russia*, 30.

⁶⁹ Rusya Federasyonunun yetkileri şunlardır (Parantez içindeki kısımlar 2020 Anayasa değişikliği ile eklenmiştir): *a) Rusya Federasyonu Anayasasının ve federal kanunların kabulü ve değiştirilmesi, kanunlara uyulması üzerinde denetim, b) Rusya Federasyonu'nun federal düzeni ve ülkesi, c) İnsan ve vatandaş hak ve özgürlüklerinin düzenlenmesi ve korunması; Rusya Federasyonu'nda vatandaşlık; milli azınlıkların haklarının düzenlenmesi ve korunması, d) (Kamu otoritesinin örgütlenmesi;) yasama, yürütme ve yargı hâkimiyetinin federal organları sisteminin, teşkilatının ve faaliyet biçiminin belirlenmesi; federal devlet organlarının oluşturulması. e) Federal devlet mülkiyeti ve onun yönetilmesi, f) Rusya Federasyonu'nun devlet yönetimiyle ilgili, iktisadi, ekolojik, (bilimsel -teknolojik), sosyal, kültürel ve milli gelişim alanlarındaki federal politikanın ve federal programların temellerinin belirlenmesi, (sürekli eğitim dâhil olmak üzere sağlık, eğitim ve öğretim sistemleri için ortak yasal temelin oluşturulması), g) Ortak pazarın hukuki temellerinin belirlenmesi; Mali, döviz, kredi ve gümrük düzenlemesi, para dolaşımı, fiyat politikasının temelleri; federal bankalar dahil federal ekonomik hizmetler, h) Federal bütçe; federal vergi ve ücretler; federal bölgesel kalkınma fonları, i) Federal enerji sistemleri, nükleer enerji, füzyonlanabilir maddeler, federal ulaşım, ulaştırma, haberleşme, (bilişim teknolojisi) ve iletişim; uzay faaliyetleri,*

İlk bent ile Anayasasının ve federal kanunların kabulü, değiştirilmesi ve bunlara uyulmasının kontrolü yetkisi Federal Devlete bırakılmıştır. Rusya Federasyonu'nda iç hukuk Fransa sisteminden etkilenmiş olup, normlar, normlar hiyerarşisinde anayasa, anayasa değişikliğine dair kanun, anayasal kanun, kanun ve kanun hükmünde kararname ve diğer düzenleyici işlemler şeklinde sıralanmaktadır. Anayasal kanunlar normal kanunlara nazaran daha zor bir usulle değiştirilmektedir⁷⁰.

Rusya Federasyonu'nda unsurların birbiri arasındaki sınırlar, Federal Devlet tarafından belirlenir. Federal Devlet, temel hak ve özgürlüklerin düzenlenmesi ve korunması; Rusya Federasyonu vatandaşlığı, ulusal azınlıkların haklarının düzenlenmesi ve korunması gibi konularda yetkilidir. Federal devlet, kamu otoritesinin örgütlenmesinde ve devletin yasama, yürütme ve yargı organlarının faaliyet biçimleri ile ilgili organların oluşturulmasında tek başına hareket edebilir. Kamu otoritesinin örgütlenmesi (*организация публичной власти*) ifadesi 2020 değişikliği ile Anayasaya girmiştir. 67. maddenin 1. fıkrasındaki düzenlemeyi pekiştiren bu ifadenin merkezi otoritenin yerel unsurlar karşısında güçlendirilmesi çabasının bir ürünü olduğu söylenebilir. Zira Rusya Devlet Başkanının Anayasa değişikliğine duyulan ihtiyaca ilişkin Rusya Federasyonu Federal Meclisi'ne gönderdiği mesajında, devlet ve belediye organları arasında etkili bir entegrasyon oluşturularak, birleşik bir kamu otoritesi sisteminin kurulması gerektiğine vurgu

j) Rusya Federasyonu'nun dış politikası ve uluslararası ilişkileri, Rusya Federasyonu'nun uluslararası antlaşmaları; savaş ve barış konuları,

k) Rusya Federasyonu'nun dış ekonomik ilişkileri,

l) Savunma ve güvenlik; savunma sanayi; silah, mühimmat, askeri donanım ve diğer ekipmanların alım-satım şeklinin belirlenmesi, zehirli maddelerin, uyuşturucu maddelerin üretimi ve onların kullanım şekli, (bilgi teknolojilerini, dijital verilerin dolaşımını kullanırken bireyin, toplumun ve devletin güvenliğini sağlamak);

m) Rusya Federasyonu'nun devlet sınırlarının, kara sularının, hava sahasının, münhasır ekonomik bölgesinin ve kıta sahanlığının statüsünün belirlenmesi ve korunması,

n) Mahkeme teşkilatı; savcılık; ceza, ceza usul ve ceza infaz mevzuatı; genel ve özel af; medeni, medeni usul, tahkim usulü mevzuatı; fikri mülkiyetle ilgili hukuk düzenlenmeleri,

o) Federal uyumsuzluk hukuku,

p) (Metrolojik hizmetler), standartlar, numuneler, metrik sistem ve zaman ölçümlenmesi; jeodezi ve haritacılık; coğrafi yerlerin isimleri; devlet istatistiği ve muhasebesi,

q) Rusya Federasyonu'nun devlet ödülleri ve onursal unvanları,

r) Federal devlet hizmeti; (Rusya Federasyonu vatandaşının diğer ülke vatandaşlığına, oturma iznine veya yabancı bir devlet toprağında daimî ikametgahını onaylayan diğer belgeler dâhil, devlet ve belediye görevlilerinin değiştirilmesine, Rusya Federasyonu dışında bulunan yabancı bankalarda mevduat hesapların açılması ve kullanılması, nakit ve diğer değerli eşyaların saklanmasıyla ilgili sınırlamaların oluşturulması.)”.

⁷⁰ Aigerim Serdaliyeva, 1995 Anayasası'na Göre Kazakistan Hükümet Sistemi, (Erzincan: Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2018), 112; Valentin Bobilev, “Verhovenstvo Zakona v Sisteme Normativno-Pravovih Aktov” (Tomsk: Tomski Gosudarsvenniy Universitet, Vipusknaya Kvalifikatsionnaya Rabota, 2016), 25.

yapılmıştır⁷¹. 67. maddenin 1. fıkrasına göre de “*Federal bölgelerde kamu otoritesinin örgütlenmesi, ilgili federal kanunla belirlenir*”. Görüldüğü gibi iki hüküm birbirini tamamlar niteliktedir.

Ayrıca Federal Devlet, iktisadi, ekolojik, sosyal, milli ve kültürel gelişim alanlarındaki federal politika ile programların belirlenmesi ve düzenlenmesinde yetkilidir. 2020 yılındaki değişikliklerle birlikte bilimsel ve teknolojik programların temellerinin belirlenmesi de Federal Devlete bırakılmıştır. Bu değişikliklerde “f” bendinin sonuna eklenen kısımla sürekli eğitim dâhil olmak üzere sağlık, eğitim ve öğretimin tek tipleştirilmesinin yasal zemini oluşturulmuştur. Böylece federe unsurlara alan bırakılmamış olmaktadır.

Bunların dışında Federal Devlet, ortak pazarın hukuki temellerinin oluşturulmasında tekele sahip olduğu gibi, finans, döviz, kredi ve gümrük mevzuatı, nakit emisyonu, fiyatlandırma politikasının temelleri; federal bankalar dahil federal ekonomik hizmetler, federal enerji sistemi, nükleer enerji, ulaşım, ulaştırma, haberleşme, bilişim teknolojisi ve iletişim ve uzay faaliyetlerini de elinde bulundurmaktadır.

Her Federal devlet şekline sahip ülkenin dış ilişkiler konusunda en önemli özelliği bütün yetkilerin federal devlete ait olmasıdır. Rusya Federasyonu'nda da buna uygun olarak uluslararası ilişkiler, uluslararası antlaşmaların yapımı, savaş ve barış kararları, dış ekonomik ilişkiler, savunma ve güvenlik konusundaki kararlarda yetki federal devlete aittir. Ayrıca Federal devletin sınırlarının, kara sularının, hava sahasının ve kıta sahanlığının statülerinin belirlenmesi ile korunmasına ilişkin yetkiler yine federal devlete aittir.

İç hukuka ilişkin olarak mahkeme teşkilatı, savcılık, ceza, ceza usul ve ceza infaz mevzuatı, federal uyuşmazlık hukuku alanında yetkiler federal devlete devredilmiştir.

Belirtildiği üzere Federal Devlet dış ilişkiler alanında, savunma ve güvenlik alanında tek başına hareket etme hakkına sahiptir. Bunun dışında önemli bir alan olarak ekonomiye ilişkin politikaların belirlenmesinde de Federal Devletin yetkilerinin geniş tutulduğu dikkat çekmektedir. Anayasal düzenlemeye göre Federal Devletin kendine ait ekonomik ve mali alanda düzenlemeler yapma yetkisi bulunmaktadır. Bu düzenlemeler Federasyonun tümü üzerinde geçerlidir. Böylece anayasal düzeyde Devletin tümünde tek para birimi, tek vergilendirme sistemi ve federe devletler içinde gümrüksüz serbest mal dolaşımı sağlanmıştır. Federal Devletler bakımından oldukça doğal olan bu özellikler Rusya Federasyonu'nda da anayasal düzeyde düzenlenmektedir. Uluslararası düzeyde de hem siyasi hem uluslararası ticaret konumunda politikayı belirleme Federal devletin yetkisindedir.

⁷¹ Evgeni Sultanov “Konstitutionnie Osnovi Edinstva Püblıçnoy Vlasti v Rossiiskoy Federasii”, *Uçennie Zapiski Kazanskogo Universiteta, Seriya Gumanitarnie Nauki*, 162/2 (2020), 13.

Rusya Federasyonu'nun yetki alanına giren yukarıdaki konular ülke genelinde çıkarılan düzenlemeler çerçevesinde, yeknesak bir biçimde yürütülür. Anayasa'nın 76. maddesinin 1. fıkrasına göre, "*Rusya Federasyonu'nun yetki alanındaki konular hakkında, Rusya Federasyonu'nun genelinde doğrudan uygulanan federal anayasal kanunlar ve federal kanunlar kabul edilir*". 3. fıkraya göre federal kanunlar, federal anayasal kanunlara aykırı olamaz. Öte yandan Rusya Federasyonu unsurlarının kanunları ve diğer normatif hukuk düzenlemeleri, Rusya Federasyonu'nun yetki alanına giren konular bakımından federal kanunlara aykırı olamaz. Bu konularda Rusya Federasyonu'nda çıkarılmış federal kanun ve diğer düzenlemeler arasında çelişki durumunda federal kanun uygulanır (76. maddenin 5. fıkrası).

C. FEDERAL DEVLET İLE FEDERE UNSURLARIN ORTAK YETKİ ALANLARI

Rusya Federasyonu anayasası hem Federal Devletin hem de federe unsurların ortak yetkilerini düzenlemektedir. Rusya Federasyonu Anayasasının 72. maddesinin 1. fıkrasında Federal devlet ile federe unsurların ortak yetkileri sayılmıştır⁷².

⁷² Parantez içindeki kısımlar 2020 Anayasa değişikliği ile değiştirilmiş ve eklenmiştir:

- a) Cumhuriyetlerin Anayasalarının ve kanunlarının, toprakların, vilayetlerin, federal şehirlerin, özerk vilayetin ve özerk alanların Tüzüklerinin, kanunlarının ve diğer normatif hukuk düzenlemelerinin Rusya Federasyonu Anayasası ve federal kanunlara uygunluğunun sağlanması;
- b) İnsan ve vatandaş hak ve özgürlüklerinin korunması; millî azınlıkların haklarının korunması; hukuki güvenliğin, hukuk düzeninin ve kamu güvenliğinin sağlanması; sınır bölgeleri rejimi;
- c) Toprak, yeraltı, su ve diğer doğal kaynaklar üzerinde mülkiyet, zilyetlik ve intifa konuları;
- d) Devlet mülkiyetinin sınırlarının belirlenmesi;
- e) Doğal kaynakların işletilmesi; (tarım;) çevrenin muhafazası ve ekolojik güvenliğin sağlanması; özel korunması gereken doğal bölgeler; tarihi ve kültürel anıtların muhafazası;
- f) Eğitim ve öğretim, bilim, kültür, beden eğitimi, spor (ve gençlik politikası) ile ilgili genel konular;
- g) (Uygun fiyatlı ve kaliteli tıbbi bakımın sağlanması, halk sağlığının korunması ve güçlendirilmesi, sağlıklı bir yaşam tarzı için koşulların oluşturulması, vatandaşların sağlıklarına karşı sorumlu bir tutum kültürünün oluşturulması olmak üzere sağlık hizmetlerinin koordinasyonu); sosyal güvenlik dahil sosyal güvence;
- g.1) (Ailenin, anneliğin, babalığın ve çocukluğun korunması; evlilik kurumunun erkek ve kadın birliği olarak korunması; bir ailede çocukların düzgün bir şekilde yetiştirilmesi için koşulların oluşturulması ve yetişkin çocukların ebeveynlerine bakma sorumluluğunu üstlenmeleri);
- h) Felaketler, doğal afetler, salgın hastalıklarla mücadele tedbirlerinin uygulanması ve bunların sonuçlarının ortadan kaldırılması;
- ı) Rusya Federasyonunda vergilendirmenin ve resimlerin genel ilkelerinin belirlenmesi;
- i) İdare, idari usul, iş, aile, konut, toprak, su ve orman mevzuatı, yeraltı kaynakları ve çevre koruma mevzuatı;
- j) Adliye ve kolluk kuvvetleri personeli; avukatlar ve noterler;
- k) Küçük etnik toplulukların tarihi yaşam yerleri ve geleneksel yaşam biçimlerinin korunması;
- l) Devlet yönetimi ve yerel yönetim organlarının organizasyonu için genel ilkelerin belirlenmesi;
- m) Rusya Federasyonu unsurlarının uluslararası ve dış ekonomik ilişkilerinin koordine edilmesi, Rusya Federasyonu'nun uluslararası antlaşmalarının yerine getirilmesi".

Federe unsurların, anayasalarının, tüzüklerinin, kanunlarının ve diğer normatif hukuki düzenlemelerinin Rusya Federasyonu Anayasası ve federal kanunlara uygunluğunun sağlanması ortak yetki olarak belirlenmiştir. Bu ortak yetki Anayasa'nın 4. maddesinde yer alan "*Rusya Federasyonu Anayasası ve federal kanunlar Rusya Federasyonu genelinde egemendir*" hükmünün sonucudur. 76. maddeye göre de federe unsurların yaptığı kanunlar ve çıkardığı hukuki düzenlemeler federal kanunlara aykırı olamazlar. Bu üç düzenleme bir bütün olarak incelendiğinde uyum içerisinde oldukları görülmektedir.

Azınlık hakları da dahil tüm insanların temel hak ve özgürlüklerinin korunması ve hukuk düzeni ile kamu güvenliklerinin sağlanması da hem federe birimlerin hem de Federal Devletin görevidir.

Bunun dışında unsurların sınırlarının tespiti, doğal kaynakların kullanılması ve sahiplik ile intifa konuları gibi alanlar da ortak yetkilidir.

Sosyal ve kültürel alanlardaki ortak yetkiler eğitim ve öğrenim, bilim, kültür, beden eğitimi, spor ve gençlik politikası ile ilgili genel konulardır. Bu çerçevede 2020 yılında ailenin, anneliğin, babalığın ve çocukluğun korunması, evlilik kurumunun erkek ve kadın birliği olarak korunması, bir ailede çocukların düzgün bir şekilde yetiştirilmesi için koşulların oluşturulması ve yetişkin çocukların ebeveynlerine bakma sorumluluğunu üstlenmeleri gibi hususlar Anayasaya ayrı bir bent olarak eklenmiştir.

Sağlık ve çevre alanlarında ortak yetkiler ise sağlık hizmetlerinin organizasyonu doğal kaynakların işletilmesi, ekolojik güvenliğin sağlanması, doğal bölgelerin muhafazası konularıdır. 2020 yılında, uygun fiyatlı ve kaliteli tıbbi bakımın sağlanması, halk sağlığının korunması ve güçlendirilmesi, sağlıklı bir yaşam tarzı için koşulların oluşturulması, vatandaşların sağlıklarına karşı sorumlu bir tutum kültürünün kurulması görevleri de ortak yetki olarak Anayasaya eklenmiştir.

Mali ve ekonomik alanda ortak yetkiler, vergilendirmenin ve harç bedellerinin belirlenmesi ve Rusya Federasyonu unsurlarının dış ekonomik ilişkilerinin koordine edilmesidir.

İç hukuk ile uluslararası hukuk alanlarında ise, idare, idari usul, iş, aile, konut, toprak, su ve orman mevzuatı, yeraltı kaynakları ve çevre koruma mevzuatı, adliye ve kolluk kuvvetleri personeline ve barolar ve noterlere ilişkin hukuki düzenlemeler ile uluslararası anlaşmaların yerine getirilmesi hususunda Federal Devletin ve federe unsurların ortak yetkileri bulunmaktadır.

Devlet yönetimi ve yerel yönetim organlarının organizasyonu için genel ilkelerin belirlenmesi de ortak yetkiler içerisindedir. Rusya Federasyonu yukarıda ifade edildiği gibi çok farklı etnik grupları bünyesinde barındırmaktadır. Dolayısıyla ortak faaliyetler kategorisinde "*Azınlıkların tarihi yaşam yerleri ve geleneksel yaşam biçimlerinin korunması*" da düzenlenmiştir.

Belirtmemiz gerekir ki 72. maddenin son bendine göre adı geçen ortak yetki ve faaliyetler alanı her federe unsur için ayrımcılık yapmaksızın eşit bir düzeyde uygulanacağı vurgulanmıştır.

Görüldüğü üzere Federal Anayasa hem kendi yetkilerini hem de Federe Devletlerle olan ortak yetkileri bu şekilde tek tek sayarak düzenlemiştir. Anayasa da yer almayan hükümlerin federe unsurların yetkisinde olduğu belirtilmiştir.

Her Federe unsur kendi simgesine sahiptir. Dolayısıyla her unsurun kendi bayrağı, amblemi, millî marşı bulunmaktadır. Her unsurun başkenti veya merkezi şehri belirlenmektedir. Ayrıca her federe unsur kendi resmî tatilini belirleme yetkisine sahiptir⁷³.

Federal Devlet ile federe unsurların arasındaki sınır değişikliği de ortak yetki alanıdır. Sınır değişikliği işlemleri, sınırlarında değişiklik yapılacak olan unsurların üst düzey makamları tarafından imzalanır ve yasama organları tarafından onaylanır. İmzalanan belgeler Federasyon Konseyi başkanı tarafından Federal Yapı, Yerel Politika ve Kuzey İşleri Komitesi'nin⁷⁴ görüşüne gönderilir. Komite oturum düzenler. Bu oturuma ilgili unsurların yasama ve yürütme organlarının temsilcileri ile federal hükümet temsilcileri de katılır. Federasyon Konseyi görüşme sonunda sınır değişikliği konusunda karar alır⁷⁵.

Federal kanunlar, federal anayasal kanunlara aykırı olamaz. Rusya Federasyonu unsurlarının kanunları ve diğer normatif hukuk düzenlemeleri, ortak yetki alanına giren konular bakımından federal kanunlara aykırı olamaz. Bu konularda Rusya Federasyonu'nda çıkarılmış federal kanun ve diğer düzenlemeler arasında çelişki durumunda federal kanun uygulanır.

D. FEDERE UNSURLARIN YETKİ ALANLARI

Anayasanın 73. maddesine göre Rusya Federasyonu'nun yetkilerinin dışında, Rusya Federasyonu'nun kurucu birimleri tam Devlet yetkisine sahiptir. 76. maddenin 4. fıkrasına göre Rusya Federasyonu yetki alanı ve Rusya Federasyonu ile Rusya Federasyonu unsurlarının ortak yetki alanları dışındaki konularda; Cumhuriyetler, kraylar, oblastlar, federal şehirler, özerk oblast ve özerk okruglar, kanunların ve diğer normatif hukuk düzenlemelerinin kabulü dahil kendi hukuk tasarruflarını gerçekleştirirler.

⁷³ Galina Tunik, "Geraldışeskoie Obespeçenie Subektov Rossiiskoy Federasii: Politiko-Pravovoy Analiz", *Jurnal Nauçnih Publikasii Aspirantov i Doktorantov*, 1 (2008), 1.

⁷⁴ Komite 1994 yılında kurulmuştur. Adı geçen komite Federasyon Konseyinin (Yasama organının üst kamarası) 9 üyesinden oluşmaktadır. Komitenin başlıca amacı Rusya'nın kuzeyinde ekonomik, sosyal ve politik alanlarını geliştirmek, yerli azınlıkta bulunan halkın kalkınması, doğal kaynakların kullanılması, doğal kaynakların kullanılması gibi faaliyetleri üstlenmektedir.

⁷⁵ Serdaliyeva, 1995 Anayasası'na Göre Kazakistan Hükümet Sistemi, 80.

Yukarıda da belirtildiği gibi, Rusya Federasyonu unsurlarının kanunları ve diğer normatif hukuk düzenlemeleri, Rusya Federasyonu'nun yetki alanına veya Rusya Federasyonu ve Rusya Federasyonu unsurlarının ortak yetki alanına giren konular bakımından federal kanunlara aykırı olamaz. Bu konularda Rusya Federasyonu'nda çıkarılmış federal kanun ve diğer düzenlemeler arasında çelişki durumunda federal kanun uygulanır. Öte yandan Rusya Federasyonu yetki alanı ve Rusya Federasyonu ile Rusya Federasyonu unsurlarının ortak yetki alanları dışındaki konularda; çıkarılmış normatif hukuk düzenlemeleri arasında çelişki olması durumunda Rusya Federasyonu unsurunun normatif hukuk düzenlemesi uygulanır (76. maddenin 5. fıkrası).

Belirtildiği gibi Rusya Federasyonu Anayasası Federal Devlet'in tek başına ve ayrıca Federe unsurlarla ortak kullanabileceği yetkileri saymıştır. Anayasa-da sayılmamış olan yetkiler anayasanın 76. maddesinin 5. fıkrasına göre federe unsurların yetkisi kapsamındadır. Yukarıda görüldüğü gibi Federal Devlet'e geniş bir yetki alanı tanınmış ve genel yetki kuralına dayanarak federe unsurlara anayasa dışında kalan sayılmamış görevler tanınmıştır. Fakat bu durum federe unsurların tam olarak hangi alanda ve ne derece yetkili olduğu sorusunu ortaya koyar. Bunun dışında federe unsurların görevinin anayasal düzeyde sayılmamış ve garanti altına alınmamış olması Federal Devlete her an federe unsurların faaliyetine müdahale etme fırsatı tanır.

IV. FEDERAL EKONOMİK ENTEGRASYON

Anayasa'nın 8. maddesinde Rusya Federasyonu'nda ekonomik alanın bütünlüğü, malların, hizmetlerin ve mali kaynakların serbest dolaşımı, rekabetin desteklenmesi, ekonomik faaliyetlerin serbestliği güvence altına alınmıştır. Bu temel ilkeler 74. ve 75. maddelerde somutlaştırılmıştır. Bu maddelerde Federal Devlet içerisinde serbest dolaşım, gümrük birliği ve ortak para birimi düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 74. maddesi serbest dolaşım ve gümrük birliğine yönelmektedir. Rusya Federasyonu ülkesinde malların, hizmetlerin ve mali kaynakların serbest dolaşımının sağlanması amacıyla, gümrük sınırlarının, gümrük vergi ve resimlerinin ve diğer engellerin konulması yasaklanmıştır. Bu konuda bir istisna getirilmiştir. Buna göre; mal ve hizmet dolaşımıyla ilgili kısıtlamalar, sadece insanların güvenliğinin, yaşam ve sağlığının korunması, doğanın ve kültürel değerlerin muhafazası için gereken durumlarda federal kanuna uygun olarak getirilebilir.

Anayasa'nın 75. maddesine göre Rusya Federasyonu'nun para birimi Ruble'dir. Para basımı yalnızca Rusya Federasyonu Merkez Bankası tarafından gerçekleştirilir. Rusya Federasyonu'nda diğer para birimlerinin basımına ve Rus-

ya para birimi olarak kabulüne izin verilmez. Ruble'nin korunması ve istikrarının sağlanması, Rusya Federasyonu Merkez Bankasının temel görevidir. Merkez Bankası bu görevini bağımsız olarak yerine getirir. Yine aynı maddeye göre Rusya Federasyonu'nda federal bütçe için alınan vergiler sistemi ile vergilendirme ve resimlerin genel esasları federal kanunla belirlenir. Devlet tahvilleri, federal kanunla belirlenen şekilde piyasaya çıkarılır ve gönüllülük esasına göre takas edilir.

2020 Anayasa değişikliği ile 75. maddeye üç yeni fıkra ve bu maddenin peşi sıra bir yeni madde eklenmiştir. Bu eklemeler sosyal devletin çalışanların asgari yaşam koşullarının düzeltilmesi ödevine yönelmektedir.

V. FEDERASYONUN SOSYAL DEVLET İLKESİYLE İLİŞKİSİ

Anayasası'nın 7. maddesi Rusya Federasyonu'nun sosyal bir devlet olduğunu vurgulamaktadır. İlgili maddeye göre Federasyon, insanın onurlu yaşamını ve özgürce gelişmesini sağlayan bir sosyal devlettir. Bu çerçevede ikinci fıkrada Rusya Federasyonu'nda insanların emeğinin ve sağlığının korunacağı, güvence altına alınmış asgari ücretin belirleneceği, ailenin, anneliğin, babalığın ve çocukluğun, sakatların ve yaşlı vatandaşların devlet tarafından korunmasının sağlanacağı, sosyal hizmetler sistemi geliştirileceği, devlet emekli aylığı, yardımı ve sosyal güvenliği gibi diğer güvencelerin belirleneceği ifade edilmiştir. 2020 yılında gerçekleştirilen eklemelerle Anayasa'nın genel ilkeler kısmında yer alan bu hususlar genişletilmiştir.

75. maddeye 5. fıkra olarak eklenen düzenlemede, 7. maddede yer verilen asgari ücrete bir standart getirilmek istenmiştir. Buna göre; *“Rusya Federasyonu vatandaşların çalışma emeklerine saygı duyar ve haklarının korunmasını sağlar. Devlet, Rusya Federasyonu'nda bir bütün olarak çalışma çağındaki nüfusun asgari geçim tutarından az olmayan bir asgari ücreti garanti etmektedir”*. Elbette burada asgari geçim tutarının belirsiz olduğunu belirtmek gerekir.

75. maddeyle eklenen 6. fıkrada ise yine 7. maddede düzenleneceği belirtilen emekli maaşları ayrıntılandırılarak maaş artışı anayasal güvenceye kavuşturulmuştur: *“Rusya Federasyonu'nda vatandaşların emekliliği, evrensellik, adaletlilik, nesiller arası dayanışma ilkelerine dayalı oluşturulmakta ve bu ilkelerin etkin işleyişi desteklenmektedir. Ayrıca federal kanunla belirlenen usule uygun olarak emekli maaşlarına yılda en az bir kez zam yapılmaktadır”*.

75. maddeyle eklenen 7. fıkrada da devletin sosyal yardımlarına bir gönderme yapılmıştır: *“Federal kanuna göre Rusya Federasyonu'nda vatandaşlara zorunlu sosyal sigorta, sosyal destek ve diğer sosyal yardımlar ve sosyal ödemelerde zam yapılması garanti altına alınmıştır”*.

2020 değişikliklerinde 75. madde ile 76. madde arasına gelmek üzere 75.1 adıyla yeni bir madde eklenmiştir. Sosyal devletin özgürleştirme fonksiyonuna

dayanan ve toplumsal dayanışmayı vurgulayan bu madde şu şekildedir: “Rusya Federasyonu’nda, ülkenin sürdürülebilir ekonomik gelişimi ile vatandaşların refahının artması, devlet ve toplum arasında güvenin sağlanması, vatandaşların onurunun korunması ile çalışanlara saygı garantisi, vatandaşın hak ve yükümlülükleri arasındaki dengenin sağlanması, toplumsal ortaklık, ekonomik, politik ve sosyal dayanışmanın oluşumu için gereken koşullar sağlanmaktadır”.

Bu değişikliklerle, Rusya Federasyonu vatandaşlarının sosyal haklarını korumak ve ülke genelinde eşit fırsatlar sağlamak amaçlanmaktadır⁷⁶. Partlett, Anayasa’da yapılan bu değişikliklerin, son dönemlerde başta Güney Amerika devletlerinde olmak üzere anayasaları sosyo-ekonomik dönüşümün bir aracı olarak gören anayasal iktisat düşüncesinin bir yansıması olduğunu belirtmektedir. Ancak yazar, bu hükümlerde somut vurgulardan uzak genel bir dil kullanıldığı için, hükümlerin etkisinin belirsiz olduğu kanaatini taşımaktadır. Yazar’a göre bu belirsizliklere rağmen Anayasa Mahkemesi temel olarak sosyal programlara harcama yapmaktan sorumlu olan federal unsurların anayasada belirlenen standartlara uymasına yargısal destek sağlayabilir⁷⁷.

VI. FEDERAL VE FEDERE HÜKÜMET ORGANLARININ İLİŞKİLERİ

A. GENEL OLARAK

Federe unsurlar kendi hükümet modellerini belirlemek hususunda serbesttirler. Anayasa devlet organları anayasa ve federal kanunlara uygun bir şekilde federe birimler tarafından serbestçe oluşturulacağını düzenlemiştir. Rusya Federasyonu hükümeti kendi yetki sınırları içerisinde federal devlet organlarının faaliyetlerini denetler⁷⁸.

Anayasa’nın 77. maddesinin 1. fıkrasına göre cumhuriyetlerin, krayların, oblastların, federal şehirlerin, özerk oblastların ve özerk okrugların, hükümet biçimleri (*the system of state government bodies / система органов государственной власти*); Rusya Federasyonu anayasal düzeninin temellerine ve hükümet biçimini oluşturan yasama (*temsil / representative / представительный*) ve yürütme organlarının federal kanunla belirlenen genel ilkelerine uygun olarak, Rusya Federasyonu federe unsurlarınca serbest şekilde belirlenir. Görüldüğü gibi Anayasa’nın 72. ve 77. maddeleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde federe unsurlara Anayasa ve federal kanunlara aykırı olmadıkları sürece kendi siyasi kurumlarını bağımsız olarak yapılandırma hakkı tanınmaktadır⁷⁹.

⁷⁶ Anna Shashkova, Michel Verlainne ve Ekaterina Kudryashova, “On Modifications to the Constitution of the Russian Federation in 2020”, *Russian Law Journal* 8/1 (2020), 60-63.

⁷⁷ Partlett, “Russia’s 2020 Constitutional Amendments: A Comparative Perspective”, 5.

⁷⁸ Rafael Hakimov, *Federalizm v Rossii: Teoriya i Praktika* (Kazan: Akademiya Nauk Respubliki Tataristan, 2011), 135.

⁷⁹ Ross, *Federalism and Democratisation in Russia*, 124.

Anayasası'nın 77. maddesinin 2. fıkrası ise, Rusya Federasyonu'nda “birleşik bir yürütme gücü sistemi olduğunu” belirtmektedir⁸⁰.

B. BİRLEŞİK YÜRÜTME GÜCÜ

Rusya Federasyonu yetki alanı ve Rusya Federasyonu devlet hakimiyeti sınırlarında; Rusya Federasyonu ve Rusya Federasyonu federe unsurlarının, ortak yetki alanına dahil konular hakkında Rusya Federasyonu'nun federal yürütme organları ve Rusya Federasyonu federe unsurlarının yürütme organları, Rusya Federasyonu'nun tek bir yürütme gücünü oluştururlar. Burada öngörülen ortak yürütme gücünün Rusya Federasyonu'nun ortak yetki alanına giren konulara ilişkin olduğu dikkat çekmektedir.

2020 değişikliği ile birlikte 77. maddeye yeni bir fıkra eklenmiştir. Federe unsurların devlet başkanlarının niteliklerine ilişkin getirilmiş bir düzenlemedir. “*Rusya Federasyonu federe unsur başkanı (Rusya Federasyonu federe birimin yürütme organındaki en yüksek makam sahibi) 30 yaşını doldurmuş, Rusya Federasyonu'nda ikamet eden, yabancı bir devlet vatandaşlığına, ikametgâhına veya başka ikamet hakkını onaylayan bir belgeye sahip olmayan Rusya Federasyonu vatandaşı olabilir. Rusya Federasyonu federe unsur başkanının (Rusya Federasyonu federe birimin yürütme organındaki en yüksek makam sahibi) federal kanunda öngörülen şekilde, Rusya Federasyonu sınırları dışında bulunan yabancı bankalarda hesap açması ve bulundurma (mevduat), nakit para ve değerli eşya tutması yasaktır. Federal kanunla, Rusya Federasyonu federe unsur başkanı (Rusya Federasyonu federe birimin yürütme organındaki en yüksek makam sahibi) için ek şartlar getirebilir*”.

Organların ilişkileriyle ilgili Anayasanın bir diğer önemli maddesi, merkezin ve yerellerin “*bazı yetkilerinin uygulamalarının*” karşılıklı devredilmesine izin veren “*esneklik maddesi*” (78. madde)⁸¹'dir. Federal yürütme organları, kendi yetkilerini gerçekleştirmek için kendi bölgesel organlarını oluşturabilir ve ilgili yetkili kişileri atayabilirler. Federal yürütme organları, Rusya Federasyonu Anayasasına ve federal kanunlarına aykırı olmamak koşuluyla, Rusya Federasyonu federe unsurlarının yürütme organlarıyla anlaşarak, kendi yetkilerinin bir kısmını onların kullanımına devreder (78. maddenin 1. ve 2. fıkrası).

Bu maddede ayrıca, federe unsurların hükümet organlarının, anayasa ve federal yasalarla çelişmediği sürece, yetkilerinin bir kısmını federasyonun öznelere yürütme organlarına verebilecekleri açıkça belirtilmektedir⁸²: “*Rusya Federasyonu federe unsurlarının yürütme organları, federal yürütme organlarıyla anlaşarak, kendi yetkilerinin bir kısmının kullanılmasını onlara devredebilirler*”.

⁸⁰ Shaw, *Uluslararası Hukuk*, 40.

⁸¹ Shaw, *Uluslararası Hukuk*, 30.

⁸² Shaw, *Uluslararası Hukuk*, 43.

Görüldüğü gibi bu madde, merkez (Moskova) ile unsurlar arasında ikili anlaşmalara ve asimetrik bir federasyonun daha da geliştirilmesi olasılığına imkân tanımaktadır⁸³. Gerçekten de 78. madde Anayasası'nın 11. maddesi⁸⁴ ile birlikte değerlendirildiğinde, federal hükümetle federe unsurlara ikili anlaşmalar yapmaları için kapı açmıştır⁸⁵.

C. RUSYA FEDERASYONU CUMHURBAŞKANININ VE HÜKÜMETİNİN FEDERAL TEMSİL YETKİSİ

78. maddenin 4. fıkrasına göre Rusya Federasyonu Cumhurbaşkanı ve Rusya Federasyonu Hükümeti, Rusya Federasyonu Anayasasına göre, federal devlet makamının yetkilerinin Rusya Federasyonu topraklarının tamamında uygulanmasını sağlarlar.

2020 yılında yapılan değişiklikle 78. maddeye yeni bir fıkra eklenmiştir. Bu fıkra Federasyon Cumhurbaşkanının niteliğine ilişkindir. 5. fıkra olarak eklenen bu hükme göre; *"Federal devlet başkanı, 30 yaşını doldurmuş ve yabancı bir devletin vatandaşlığına veya ikamet iznine veya Rusya Federasyonu vatandaşının yabancı bir devletin topraklarında daimî ikamet hakkını onaylayan başka bir belgeye sahip olmayan bir Rusya Federasyonu vatandaşı olabilir. Federal devlet başkanının, federal kanunun öngördüğü şekilde, Rusya Federasyonu sınırları dışında bulunan yabancı bankalarda hesap (mevduat) açması ve bulundurması, nakit para ve değerli eşyalar bulundurması yasaktır"*. Eklemenin devlet başkanına hizmet için katı anayasal uygunluk şartları getirdiği görülmektedir. Yukarıda ele alınan diğer maddelerde de görüldüğü gibi uygunluk şartları sadece devlet başkanına yönelik olarak getirilmemiştir. Benzer uygunluk şartları 71, 77, 78, 81, 97, 103, 110, 119 ve 129'uncu maddelere de aynı içerikte eklentiler yapılarak cumhurbaşkanı, kamu denetçisi, hükümet başkanı, hâkimler ve savcılar gibi diğer üst düzey kamu görevlileri için de getirilmiştir. Gerekçede, üst düzey kamu görevlilerinin birçoğuna benzer kısıtlamaların getirilmesinin amacının kamu hizmetinin birliği ilkesinden kaynaklandığı ifade edilmiştir⁸⁶. Demokratik anayasalar bazen yabancı uyrukluların kamu görevine erişimini sınırlayan hükümler içerir; bunlar

⁸³ Shaw, *Uluslararası Hukuk*, 30-35.

⁸⁴ Anayasa'nın 11. maddesinin 3. fıkrasına göre Rusya Federasyonu'nun hükümet organları ile Rusya Federasyonu unsurlarının hükümet organları arasında yönetim konuları ve yetkilerin ayrılması, bu Anayasayla, federal ve diğer antlaşmalarla gerçekleştirilir.

⁸⁵ Bu maddeden hareketle 1994-1998 döneminde, federal anayasanın otoritesini hızla zayıflatan kırk altı antlaşma imzalandı. Bu ikili anlaşmalar, genellikle yerel unsurlara kendi topraklarındaki doğal kaynakların kullanımı konusunda önemli haklar, özel vergi imtiyazları ve diğer ekonomik ve siyasi ayrıcalıklar tanıdı. Bu Antlaşmaların çoğu, iki ila beş yıllık süreler ile sınırlandırılmıştı. Bkz Ross, *Federalism and Democratisation in Russia*, 40.

⁸⁶ Shashkova, Verlaine ve Kudryashova, "On Modifications to the Constitution of the Russian Federation in 2020", 72.

egemenliği ve ulusal güvenliği sağlamak için mevcuttur. Ancak bu uygunluk koşulları güdülen amaçla orantılı olmalıdır⁸⁷. Yasakların aşırı kapsayıcı olduğu ve bu nedenle yabancı ülkelerde yaşamış Rus vatandaşlarını kamu görevlerinden dışlamayı hedeflediği ileri sürülebilir. Bu dışlama biçimi, dış dünya ile herhangi bir ilişkiyi şüpheli veya sorunlu olarak gören bir yaklaşımın yansımasıdır⁸⁸.

VII. ULUSLARARASI HUKUKUN FEDERASYON HUKUKUNA ÖNCELİĞİ MESELESİ VE İLGİLİ DEĞİŞİKLİĞİN ANLAMI

Rusya Federasyonu Anayasası'nın 15. maddesinin 4. fıkrasında uluslararası hukukun genel kabul görmüş ilke ve kurallarının ve uluslararası antlaşmaların Rusya Federasyonu'nun hukuk sisteminin tamamlayıcı bir parçası olduğu kabul edilmektedir. İlgili hüküm gereğince Rusya Federasyonu'nun uluslararası antlaşması kanunla öngörülen kurallar dışında başka kurallar belirlerse, uluslararası antlaşmanın hükmü uygulanır. Görüldüğü gibi açıkça dile getirildiğinden bahisle hem uluslararası antlaşma hukuku hem de uluslararası teamül hukuku Rusya hukukuna dahil edilmiştir⁸⁹. Böylece uluslararası hukukun ulusal alanda bağlayıcı gücünün sağlandığı ve açıkça uluslararası hukukun ulusal hukuka önceliğinin (*primacy*) kabul edildiği ileri sürülebilir⁹⁰. Dolayısıyla Rusya'da, uluslararası hukuk ile iç hukuk arasında monist görüşün benimsendiği kabul edilebilir.

Anayasa'nın 79. maddesi Rusya Federasyonu'nu uluslararası alana açan maddeyi oluşturmaktaydı. Bu maddeye göre, Rusya Federasyonu insan ve vatandaş hak ve özgürlüklerini sınırlandırmamak ve Rusya Federasyonu anayasal düzeninin temelleriyle çelişmemek kaydıyla, devletlerarası birliklere katılabilmekte ve yetkilerinin bir kısmını uluslararası antlaşmalara uygun olarak onlara devredebilmekteydi. Bu hükümden hareketle Rusya Yüksek Mahkemesi 2003 tarihinde vermiş olduğu bir kararında uluslararası hukukun Rusya Federasyonu kanunlarına üstün olduğunu belirtmiştir⁹¹. Kanaatimizce bu normatif düzenlemeler tek başına Rusya'nın uluslararası hukukta Batının egemen olduğu yaklaşımları benimsediği anlamına gelmez.

Rusya Federasyonu uygulamada geleneksel anlayıştan hareket ederek devlet egemenliğini, egemen eşitliği ve iç işlerine müdahale etmemeyi uluslararası ilişkilerin dayanak noktası olarak almaktadır. Bu husus Rusya Federasyonu ile

⁸⁷ Partlett, "Russia's 2020 Constitutional Amendments: A Comparative Perspective", 14.

⁸⁸ Shaw, *Uluslararası Hukuk*, 15.

⁸⁹ Shaw, *Uluslararası Hukuk*, 131.

⁹⁰ Işıl Özkan "Uluslararası Hukuk - Ulusal Hukuk İlişkileri", *Journal of Yaşar University*, 8/(Özel) (2013) 2127-2143.

⁹¹ Ancak bu hususun Anayasa için geçerli olmadığı ayrıca vurgulanmıştır. Bkz Shaw, *Uluslararası Hukuk*, 131; Özkan "Uluslararası Hukuk - Ulusal Hukuk İlişkileri", 2145.

Çin Halk Cumhuriyeti arasında 25 Haziran 2016'da Pekin'de ilan edilen "*Rusya Federasyonu ve Çin Halk Cumhuriyeti'nin Uluslararası Hukukun Geliştirilmesine İlişkin Bildirisi*"nde (*The Declaration of the Russian Federation and the People's Republic of China on the Promotion of International Law*) kendini göstermektedir. Son maddesinde Rusya ile Çin'in stratejik ortaklığına ve uluslararası düzen oluşturmak için işbirliğine vurgu yapıldığı⁹² bu bildirmede, 1954'te Çin ile Sovyetler Birliği'nin imzalamış oldukları "*Birlikte Var Olmanın Beş İlkesi*"nin geçerliliğinin devam ettiği teyit edilmiştir. Shaw'a göre Rusya'nın Çin ile birlikte sergilediği bu perspektif, hukuken yanlış olmasa da, küreselleşme, uluslararası insan hakları ve demokratik yönetişime yapılan güncel vurguyu zayıflatmaktadır⁹³.

Nitekim 2020 yılında yapılan değişiklikle Rusya'nın uluslararası alana açılımını daraltılmıştır. Rusya Federasyonu vatandaşlarının temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmaması ve anayasal düzeninin temelleriyle çelişmemesi koşuluyla yetkilerinin bir kısmını uluslararası antlaşmalara uygun olarak uluslararası örgütlere devredebilmekteydi. Burada "*uluslararası antlaşmalara*" ifadesi Rusya'nın taraf olsun olmasın tüm uluslararası antlaşmaları karşıladığı konusunda tartışmalara yol açmaktaydı. Yapılan değişiklikle uluslararası antlaşma ifadesi "*Rusya Federasyonu'nun uluslararası antlaşmalarına*" şeklinde değiştirilmiştir. Bu cümlenin akabinde yeni bir cümle eklenmiştir. "*Rusya Federasyonu'nun uluslararası antlaşmalarının hükümlerine dayanılarak, uluslararası organların kararlarının Rusya Federasyonu Anayasasına aykırı olarak yorumlanması durumunda, bu kararlar Rusya Federasyonu'nda icra edilemez*".

Görüldüğü gibi bu maddede yapılan eklemelerle, uluslararası kuruluşların, Rusya'nın taraf olduğu uluslararası anlaşmaların hükümleri çerçevesinde aldıkları kararların, Rusya Federasyonu Anayasası'yla çatışması halinde Rusya'da uygulanmayacağı belirtilmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken en önemli husus yasağın, sözleşmenin vücut bulmasından öncesine, yani Rusya Anayasasına aykırı olan sözleşmelerin imzalanmaması veya aykırı olan maddelere şerh konulmasına yönelmeyip imzalanan antlaşmaların gerekliliklerinin uluslararası organların yorumlarıyla yerine getirilmeyeceğine ilişkin olmasıdır⁹⁴. Bu yaklaşımın Rusya'nın yeni dönemde uluslararası organlara duyduğu güvensizliği yansıtmakta olduğu iddia edilebilir. Bu güvensizlik "*Federal Yapı*" bölüm başlığı altında yapılan son eklemede de sürdürülmektedir. 79.1'e göre, "*Rusya Federasyonu,*

⁹² "*Stratejik ortaklık ilişkileri doğrultusunda, Rusya Federasyonu ve Çin Halk Cumhuriyeti, uluslararası hukuku sürdürmek ve geliştirmek ve uluslararası hukuka dayalı adil ve eşit bir uluslararası düzen oluşturmak için işbirliğini daha da geliştirmeye karardır*".

⁹³ Shaw, *Uluslararası Hukuk*, 26.

⁹⁴ Tuncel, "Rusya Anayasası'nda Yapılan Değişiklikler".

uluslararası barış ve güvenliği sürdürmek ve güçlendirmek, devletlerin ve halkların barış içinde bir arada yaşamasını sağlamak ve devletin işlerine müdahaleyi önlemek için gerekli tedbirleri alır”. Uluslararası hukukun iç hukukta uygulanmasına ilişkin bu değişikliklerin, Rusya Federasyonu’nun liberal anayasacılığa geçiş tercihinden bugüne kadar tarafı olduğu veya gelecekte olacağı anlaşmaların gerekliliklerini yerine getirmemesinin ve 1945 öncesinde hâkim olan klasik egemenlik anlayışına dönüşün hukuki zeminini oluşturduğu ileri sürülebilir. Bu hukuki değişikliklerin pratikteki yansımalarını bugünden görebilmek elbette olanaksızdır. Ancak değişikliklerin, anayasayı uluslararası hukuk sistemine karşı bir kalkan olarak kullanmaya elverişli olduğunu da belirtmek gerekir. Bu yetkinin, başta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları olmak üzere uluslararası yargı organları tarafından verilen kararların uygulanmasını imkânsız kılmak için kullanılması mümkündür⁹⁵.

SONUÇ

Rusya Federasyonu 1991 yılında Sovyetler Birliği’nin devamı olarak kurulmuştur. 1993 Rusya Federasyonu Anayasası liberal bir anlayışla hazırlanmış olmasına rağmen konsensüs sonucunda kaleme alınmış bir metin değildi. Bu yüzden kabul edildiği tarihten bu tarafa birçok değişikliğe uğramıştır. Bunların en önemlilerinden biri 2020 yılında yürürlüğe girmiştir. Anayasa’nın 41 maddesinde değişiklik ve ekleme yapılırken, 5’de yeni madde kabul edilmiştir. Bu değişiklikler içerisinde cumhurbaşkanının görev süresine ilişkin olanı diğer değişiklikleri gölgede bırakmaktadır. Oysa değişiklikler çok çeşitli alanlara yayılmaktadır. Bunlardan biri de devlet biçimine ilişkin olanlardır. Devletlerden oluşan bir birliğin mirası olarak kurulan Rusya’nın devlet biçimi tercihi federasyondur. Anayasa’nın 1. maddesine göre Rusya hükümet şekli cumhuriyet olan demokratik, federatif bir hukuk devletidir. Rusya Federasyonu’nun çok uluslu, kültürlü, dinli ve dilli yapısı bu tercihte etkili olmuştur. Anayasa’nın 3. maddesinde Rus Halkı’nın çok ulusluluğuna vurgu yapılmaktadır. Anayasa’da çok ulusluluğun kabulüne yönelik bu vurgu, üniter devletlerin özelliklerinden biri olan ulusun tekliğinin aşıldığına işaret etmektedir. Rusya Federasyonu çok katmanlı alt birimlerden oluşan karmaşık bir yapıdan meydana gelmektedir. Diğer bir ifadeyle, Rusya Federasyonu’nda asimetrik federal yapı tercih edilmiştir. Federal yapı, cumhuriyet, kray, oblast, federal şehir, özerk oblast ve özerk okrug şeklinde ifade edilen altı farklı tipte dikey federe birimlere bölünmüştür. Rusya Federasyonu etnik ve bölgesel federalizmin her ikisinin birleştiği bir görünüm arz eder. Cumhuriyetlerin kendilerine ait anayasaları ve diğer unsurların ise tüzükleri bulunmaktadır. Her unsurun kurucu metni Federal Devletin Anayasasına uygun olmak zorundadır.

⁹⁵ Partlett, “Russia’s 2020 Constitutional Amendments: A Comparative Perspective”, 14.

Çalışmamızda dikey kuvvetler ayrılığı çerçevesinde Rusya Federasyonu'nun devlet biçimi, Anayasa'da 2020 yılında "*Federal Devlet*" başlığı altında yapılan değişiklikler ve eklemelerden hareketle incelenmiştir. Anayasa'nın 65. maddesiyle 79. maddesi arasındaki maddelerde "*Federal Yapı*" düzenlenmişti. Bu 15 maddenin 10'unda değişiklikler ve eklemeler yapılmıştır. Ayrıca bu başlık altında üç yeni madde oluşturulmuştur (67.1, 75.1 ve 79.1). Değişikliklerin bir kısmı federal unsurların yapısına ilişkindir.

2020 değişikliği ile Rusya Federasyonu topraklarında federal kanunlara uygun olarak "*federal bölgeler*" oluşturulabileceği belirtilmiştir. Böylece Anayasa'da yer almayan bir birim şekli anayasaya koyulmuştur. Bu eklemenin, Rusya Federasyonu'nun sonraki yıllarda komşularıyla arasındaki tartışmalı topraklar konusunda girişeceği emperyalist tavırlara hukuki alt yapı hazırlığı olduğu ileri sürülebilir.

Anayasaya eklenen yeni maddede "*bin yıllık Rus tarihi*"ne yapılan vurgu çok uluslu yapısı bizzat anayasada tanımlanmış olan Rusya Federasyonu'nun farklı unsurlarının görmezden gelinmesi anlamını taşımaktadır. Bu husus eşitlikçi ve çoğulcu temelli bir anayasal vatandaşlık anlayışını ortadan kaldıracak niteliktedir. Yine aynı maddede geçen "*vatan savunucularının anısı*", "*tarihsel gerçekler*", "*halkın kahramanlık eylemleri*" gibi anlamı kişiden kişiye ve ideolojik bakış açısına göre değişebilecek subjektif ifadelere hukuki bağlayıcılık kazandırılmasının anayasanın araçsallaştırıldığı bir göstergesi olduğu ileri sürülebilir. Bu eklemelerin merkez taşra arasındaki dikey ilişkileri düzenlemekten öte bir görünüm arz ettiği dikkat çekmektedir. Bu hususlar hukuki olmaktan ziyade, duygu yüklü ve ideolojik argümanlar içermektedir. Moral değerlere yönelen bu ve benzeri hususların aslında anayasaların başlangıç kısımlarında ve gerekçelerinde yer alması gerekmektedir.

Değişikliklerin bir kısmı da federal devlet ile federe unsurlar arasındaki yetki paylaşımına yöneliktir. Federal Devlet, iktisadi, ekolojik, sosyal, milli ve kültürel gelişim alanlarındaki federal politika ile programların belirlenmesi ve düzenlenmesinde yetkilidir. Değişikliklerle birlikte bilimsel ve teknolojik programların temellerinin belirlenmesi de Federal Devlete bırakılmıştır. Sürekli eğitim dâhil olmak üzere sağlık, eğitim ve öğretimin tek tipleştirilmesinin yasal zemini oluşturulmuştur. Böylece federe unsurlara bırakılan alan daraltılmıştır. Uygun fiyatlı ve kaliteli tıbbi bakımın sağlanması, halk sağlığının korunması ve güçlendirilmesi, sağlıklı bir yaşam tarzı için koşulların oluşturulması, vatandaşların sağlıklarına karşı sorumlu bir tutum kültürünün kurulması görevleri de ortak yetki olarak Anayasaya eklenmiştir.

Değişiklikler içerisinde en dikkat çekici hükümler sosyal devletin genişletilmesine ilişkin olanlardır. Bu değişikliklerle Rus vatandaşlarının sosyal haklarını

korumak ve ülke genelinde eşit fırsatlar sağlamak amaçlanmaktadır. Bu amaca ulaşmada Anayasa Mahkemesi'nin ilgili hükümleri yorumlarken sağlayacağı katkıya dikkat çekmek gerekir.

Ayrıca, kamu görevlilerinin uygunluk şartlarına ilişkin birtakım sınırlamalar getirilmiştir. Bu durum cumhurbaşkanı, kamu denetçisi, hükümet başkanı, hâkimler ve savcılar gibi üst düzey kamu görevlileri içindir. Demokratik anayasalar bazen yabancı uyrukluların kamu görevine erişimini sınırlayan hükümler içerirler. Bunların egemenliği ve ulusal güvenliği sağlamak için getirildiği bir gerçektir. Ancak bu uygunluk koşulları güdülen amaçla orantılı olmalıdır. Oysa değişikliklerle getirilen yasakların aşırı kapsayıcı olduğu ve bu nedenle yabancı ülkelerde yaşamış Rus vatandaşlarını kamu görevlerinden dışlamayı hedeflediği görülmektedir.

Son değişiklikler, Rusya Federasyonu'nun uluslararası hukuka açılımını daraltan değişikliklerdir. Yapılan eklemelerle, uluslararası kuruluşların, Rusya'nın taraf olduğu uluslararası anlaşmaların hükümleri çerçevesinde aldıkları kararların, Rusya Federasyonu Anayasası'yla çatışması halinde Rusya'da uygulanmayacağı belirtilmiştir. Bu değişikliklerle anayasanın uluslararası hukuk sistemine karşı bir kalkan olarak kullanmaya elverişli hale getirildiği ileri sürülebilir. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları olmak üzere uluslararası yargı organları tarafından verilen kararların uygulanması imkansızlaşabilir.

KAYNAKÇA

- 1993 Rusya Federasyonu Anayasası, Moskova: İNFRA - M, 2016 / Конституция Российской Федерации 1993 г. Москва: İNFRA - M, 2016.
- Abdullahzade, Cavid, Hüseyinoğlu Emin ve Erdem Murat. "Rusya Federasyonu Yargı Sistemi", *Ankara Barosu Dergisi*, 2/77 (Eylül, 2019), 72-147.
- Ağır, Osman ve Baharçipek, Abdulkadir. "Rusya Federasyonu'nda Demokrasinin Yerleş(e)memesinin Nedenleri", *Akademik Yaklaşımlar Dergisi* 6/1 (2015), 45-63.
- Ağır, Osman. "Rus Tipi Federalizm", *Türkiye Sosyal Araştırmaları*, 19/1 (Şubat, 2015), 27-54.
- Ağır, Osman. *Rusya Federasyonu'nda Yürütmenin Konumu ve Otoriterleşme*. Malatya: İnönü Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2014.
- Albert, Richard. "The Separation of Higher Powers", *SMU Law Review* 65/1 (Temmuz, 2012), 3-69. <https://lawdigitalcommons.bc.edu/lisfp/404/>.
- Aleskerli, Alesker. "Rusya Federasyonu Anayasası", *Türk Anayasa Hukuku Sitesi*, (Erişim 24 Eylül 2022). <https://www.anayasa.gen.tr/rusya.htm>.
- Atasoy, Emin. "Rusya Federasyonu Sınırları İçinde Yer Alan Özerk Cumhuriyetlerin Etnoğrafya Işığında Değerlendirilmesi", *Turkish Studies* 3/7 (2008), 83-124.
- Bobilev, Valentin. "Verhovenstvo Zakona v Sisteme Normativno-Pravovih Aktov", Tomsk: Tomski Gosudarsvennyy Universitet, Vıpusknaya Kvalifikatsionnaya Rabota, 2016 / Бобылев, Валентин. "Верховенство Закона в Системе Нормативно-Правовых Актов". Томск: Томский Государственный Университет, Выпускная Квалификационная Работа, 2016.
- Brennan Geoffrey ve Hamlin Alan. "A Revisionist View of the Separation of Powers", *The Rule of Law and the Separation of Powers*, ed. Richard Bellamy. 345-368. London: Routledge, 2016.
- Bulman-Pozen, Jessica. "Federalism as a Safeguard of the Separation of Powers", *Columbia Law Review*, 112/3 (Nisan, 2012), 459-506.
- Bulmer, Elliot. *Federalism*. Strömsborg: 2th, International IDEA Constitution-Building Primer, 2017.
- Çirkin, Venyamin. "Reforma Rossiyskoy Konstitusiyi: Etapı i Problemi", *Obşestvennyye Nauki i Sovremennost*, 5 (2000), 42-61 / Чиркин, Вениамин. "Реформа Российской Конституции: Этапы и Проблемы", *Общественные Науки и Современность* 5 (2000), 42-61.
- Demir, Bekir. "Dünya Federalizm Tecrübesi ve Sovyet Federalizmi", *Bilig Türk Dünyası Sosyal Bilimler Dergisi* 25 (2003), 41-71.
- Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu (DEİK), "Türk-Rus İş Konseyi Rusya Federasyonu Ülke Bülteni" (25 Ekim 2016). <https://www.etonet.org.tr/uploads/UlkeRaporlari/rusya.pdf>.
- Dmitrieva, Sofiya. *Limologia (Uçebnoe Posobie)*, Voronej: Voronej Devlet Üniversitesi, 2008 / Дмитриева, София. *Лимология (Учебное Пособие)*. Voronej: Voronej Devlet Üniversitesi, 2008.

- Erdoğan, Mustafa. *Anayasa Hukuku*. Ankara: Orion Yayınevi, 2005.
- Federalniy Konstitusionniy Zakon RF, (FKZ), O Prinyatii v Rossiiskuyu Federasiyu Respubliki Krim i Obrazovaniy v Sostave Rossiiskoi Federasii Novih Subektov - Respubliki Krim i Goroda Federalnogo Znaçeniya Sevostopolya, (21 Mart 2014), No 6 / Федеральный Конституционный Закон РФ, (ФКЗ). О Принятии в Российскую Федерацию Республики Крым и Образовании в Составе Российской Федерации Новых Субъектов - Республики Крым и Города Федерального Значения Севастополя, (21 Марта 2014), No 6. <http://kremlin.ru/acts/news/66049>.
- Fedosov, Pyotr. "Theoretical Aspects of Federation in Russia", *Federalism in Russia*, ed. Rafael Khakimov. Kazan: Master Line, 2001.
- Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*. Bursa: Ekin Yayın ve Dağıtım, 2011.
- Kaboğlu, İbrahim Ö. *Anayasa Hukuku Genel Esaslar*. Ankara: Legal Yayınları, 2015.
- Komarova, Valentina. "Konstitusionnaya Reforma 2020 Goda v Rossii. (Nekotore Aspekti)" *Aktualnie Problemi Rossiiskogo Prava*, 117/8 (2020), 22-31 / Комарова, Валентина. "Конституционная Реформа 2020 г. в России. (Некоторые Аспекты)" *Актуальные Проблемы Российского Права*, 117/8 (2020), 22-31. <https://cyberleninka.ru/article/n/konstitutsionnaya-reforma-2020-g-v-rossii-nekotorye-aspekty>.
- Konkov, Sergey. "V Konstitusii Rossii Mojet Poyavitsya Ponyatie «Federalnaya Territoriya»", *İzvestiya İz* (6 Şubat 2020). / Коньков, Сергей. "В Конституции России Может Появиться Понятие «Федеральная Территория»", *İzvestiya İz* (6 Февраль 2020).
- Kuczyński, Grzegorz. "Putin's Constitution", *Warsaw Institute Special Report*, (Haziran, 2020), 4-5. <https://warsawinstitute.org/wp-content/uploads/2020/06/Putins-constitution.pdf>.
- Mikado Eğitim ve Danışmanlık, *Hedef Ülkeler Raporu Rusya Raporu*, Birleşmiş Markalar Derneği, (Nisan, 2012). <https://www.birlesmismarkalar.org.tr/uploads/yoneticiozeti.pdf>.
- Minik, Dmitri. "Vtorojenie Rossii v Ukraynu: Politiko-Strategičeskii Perelom?", *Notes De L'ifri*, 26 (2022), 13. (Миник, Дмитрий. "Второжение России в Украину: Политико-Стратегический Перелом?", *Notes De L'ifri*, 26 (2022), 13. https://www.ifri.org/sites/default/files/atoms/files/d_minic_invasion_russe_ukraine_2022_ru.pdf.
- Nourse, Victoria. "The Vertical Separation of Powers" *Duke Law Journal* 49 (1999), 749-802. <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol49/iss3/2/>.
- Ovsepyan, Janna. "İzmeneniya v Konstitusiyu RF: Nekotore Tendensii", *Rossiyskoe Pravo Obrazovaniye Praktika, Nauka*, 2 (2014), 79-83. / Овсепян, Жанна. "Изменения в Конституцию РФ: Некоторые Тенденции", *Российское Право Образование Практика, Наука*, 2 (2014), 79-83. <https://cyberleninka.ru/article/n/izmeneniya-v-konstitutsiyu-rf-nekotorye-tendentsii/>.
- Özkan, Işıl. "Uluslararası Hukuk - Ulusal Hukuk İlişkileri", *Journal of Yaşar University*, 8/(Özel) (2013), 2127-2175.

- Partlett, William. "Russia's 2020 Constitutional Amendments: A Comparative Perspective", *Melbourne Legal Studies Research Paper Series*, 887 (Ocak, 2010), 311-342. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3625390.
- Rafael Hakimov, *Federalizm v Rossii: Teoriya i Praktika*, Kazan: Akademiya Nauk Respubliki Tataristan, 2011. / ХАКИМОВ, Рафаэл. *Федерализм в России: Теория и Практика*. Kazan: Tataristan Cumhuriyeti Bilim Akademisi, 2011.
- Riasanovsky, Nicholas V. ve Steinberg, Mark D. *Rusya Tarihi*, çev. Dereli Figen. İstanbul: İnkılap Yayınları, 2014.
- Rogachev Ilya, "Constitutional Vote 2020: Evolution of Russian Statehood", *The Mercury*, (7 Temmuz 2020). <https://www.iol.co.za/news/opinion/constitutional-vote-2020-reflects-the-evolution-of-russian-society-and-statehood-50525254>.
- Ross, Cameron. *Federalism and Democratisation in Russia*. Manchester: Manchester University Press, 2002.
- Serdaliyeva, Aigerim. 1995 Anayasası'na Göre Kazakistan Hükümet Sistemi. Erzincan: Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2018.
- Shashkova, Anna. Michel, Verlainne ve Kudryashova, Ekaterina. "On Modifications to the Constitution of the Russian Federation in 2020", *Russian Law Journal* 8/1 (2020), 60-83.
- Shaw, Malcolm N. *Uluslararası Hukuk*, ed. İbrahim Kaya Çev. Kaya İbrahim, Acer Yücel. M. Demirtepe Turgut, Şimşek G. Engin. Ankara: TÜBA, 2018.
- Somuncuoğlu, Anar. "Rusya Federasyonu'nda Merkez Çevre İlişkilerinin Ekonomik Boyutu", *Avrasya Dosyası* 6 (2001), 43-63.
- Stranı, Goroda. Statistika Naseleniya (Statdata), *Naselenie Rossii: Çislennost, Dinamika, Statistika*. (01 Ocak 2018). / Страны, Города, Статистика Населения (Statdata), *Население России: Численность, Динамика, Статистика*. (01 Январь 2018). <http://www.statdata.ru/>.
- Sultanov, Evgeni. "Konstitutionne Osnovı Edinstva Publicnoy Vlasti v Rossiiskoy Federatsii", *Uçenne Zapiski Kazanskogo Universiteta, Seriya Gumanitarne Nauki*, 162/2 (2020), 9-16. / Султанов, Евгений. "Конституционные Основы Единства Публичной Власти в Российской Федерации". *Ученые Записки Казанского Университета, Серия Гуманитарные Науки* 162/2 (2020), 9-16. <https://cyberleninka.ru/article/n/konstitutsionnye-osnovy-edinstva-publicnoy-vlasti-v-rossiyskoy-federatsii>.
- Şahin, Liaisan. "Rusya Federasyonu'nun Etnik ve Dinsel Yapısı", *Marmara Türkiyat Araştırmaları Dergisi*, 3/2 (2016), 15-32.
- Şen, İlker Gökhan. Rusya Federasyonu Siyasal Sistemi. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2003.
- Teziç, Erdoğan. *Anayasa Hukuku*. İstanbul: Beta, 2014.
- Tuncel, Turgut Kerem. "Rusya Anayasası'nda Yapılan Değişiklikler", *AVİM*, 22 (7 Temmuz 2020).

- Tunik, Galina. "Geraldichesкое Obespeçenie Subektov Rossiiskoy Federasii: Politiko-Pravovoy Analiz", *Jurnal Nauçnih Publikasii Aspirantov i Doktorantov*, 1 (2008), 1-15. / Галина, Туник. "Геральдическое Обеспечение Субъектов Российской Федерации: Политико-Правовой Анализ", *Журнал Научных Публикаций Аспирантов и Докторов*, 1 (2008), 1-55. https://new-dissur.ru/_avtoreferats/01004398189.pdf.
- Ulusoy, Demet Çelik. "Federal Toplumu Anlamak: Federal Sistemlerin Sosyolojik Yaklaşımı", *AÜHFD* 64/3 (2015), 595-636.
- Uşakov, Sergey. "Aleksandr Sevastyanov: Poçemu Ya Progolosuyu za Popravki Aleksandr", *Jurnalistskaya Pravda Vestnik*, (23 İyünь 2020). / Ушаков, Сергей. "Александр Севастьянов: Почему Я Проголосую за Поправки". *Журналистская Правда, Вестник*, (23 Haziran 2020). <https://jgazeta.ru/aleksandr-sevastyanov-rochemu-ya-progolosuyu-za-popravki/>.
- Uygun, Oktay. *Federal Devlet*. İstanbul: On İki Levha, 2007.
- Ülger, İrfan Kaya. "Rusya Azınlıkları", 38. *ICANAS Bildiri Özetli Kitabı*, ed. Dilek Zeki, Akbulut Mustafa, Arda Zeki Cemil, Özer Zeynep Bağlan, Gürses Reşide ve Taşkın Karababa Banu. Ankara: Presmat Matbaa Gazete Sanayi, 2007.
- Vestnik, "Razyasnyaem Popravki k Konstitusii: Zaşita Territorii Rossii", *Raionny Vestnik*, (30 Mart 2020) / Вестник, "Разъясняем Поправки к Конституции: Защита Территории России", *Районный Вестник*, (30 Марта 2020). <http://rv.smi44.ru/2020/03/30/razyasnyaem-popravki-k-konstitucii-zashhita-territorii-rossii/>.
- Viktor, Nikulin. *Konstitutionnoe Pravo Rossiiskoy Federasii*, Tambov, Tambov Devlet Teknik Üniversitesi, 2012. / Никулин, Виктор. *Конституционное Право Российской Федерации*. Тамбов, Тамбовский Государственный Технический Университет, 2012.
- Volfson, Vladimir. "Konservativnyy Komentarii k Popravkam v Konstitusiyu. Çast Pervaya. Komentariyi k Popravkam v Statiyu 67", *Zakonru* (11 Апрель 2020) / Вольфсон, Владимир. "Консервативный Комментарий к Поправкам в Конституцию. Часть Первая. Комментарий к Поправкам в ст. 67", *Zakonru* (11 Nisan 2020). https://zakon.ru/blog/2021/03/29/kommentarii_k_popravkam_k_konstitucii_st_671.
- Yu, Tumanov Dmitriy ve R. Sakhapov, Rinat. "Subjects of the State Within the Russian Federation: Constitutional and Legal Framework", *International Journal of Environmental & Science Education* 11/17 (2016), 10265-10277. <https://files.eric.ed.gov/full-text/EJ1119357.pdf>.
- Zakon RF o Popravke k Konstitusii RF (FKZ), O Verhovnom Sude Rossiiskoi Federasii i Prokulture Rossiiskoi Federasii, (5 Fevralya 2014), No 2. / Закон РФ о Поправке к Конституции РФ, (ФКЗ), О Верховном Суде Российской Федерации и Прокуратуре Российской Федерации, (5 Февраля 2014), No 2. <http://www.kremlin.ru/acts/bank/45280>.



Kolluk Uygulamalarında Suç Mağdurunun Korunması^(*)

Protection of Crime Victim in Law Enforcement

Dr. Enver KAŞLI^(**)

Öz

Suç oluşturan fiiller, suç failleri tarafından suç mağdurlarının zararına işlenmektedir. Ceza hukukunun kamusal niteliği gereği suç şüphesi altındakileri yargılama ve cezalandırma süreçleri devlet tarafından yürütülmektedir. Kamu gücü karşısında şüpheli ve sanıklara verilen usuli güvencelerin artması, suç mağdurunun geri planda kalmasına neden olmuştur. Mağdurun rolü, suçu ihbar ve tanıklıkla sınırlı kalmıştır. 1970'li yıllardan itibaren birçok ülkede mağdurun korunmasına yönelik adımlar atılmıştır. Türkiye'de de mağdur hakları gelişmektedir. Ceza adaleti sistemi içinde mağdurun korunmasını hedefleyen düzenlemeler, hukuk düzeninin herkese suç işlenmeden önce sağladığı korumadan farklı olarak suç işlendikten sonra uygulanmakta ve mağdura öncelik vermektedir. Bu çalışmanın amacı, ülkemizde suç sonrası süreçte mağdurla ilk temasa geçen kolluğu ilgilendiren uygulamaları incelemektedir. Mağduru koruyan uygulamalar; farklı kanunlarda yer alan hükümler doğrultusunda çocuk mağdurlar, yabancı mağdurlar, aile içi şiddet, terör, insan ticareti mağdurları gibi mağdur gruplarına göre değişmektedir. Sonuç olarak kolluk tarafından mağdurun korunması amacıyla resen uygulanabilen tedbirlerin ağırlıklı olarak ikincil mağduriyetleri önlemeye ve mağdurun güvenliğini sağlamaya yönelik olduğu anlaşılmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Mağdur, Suç Mağduru, Mağdur Hakları, Kolluk, Polis, Jandarma, İkincil Mağduriyet.

Abstract

Perpetrators commit crimes to the detriment of crime victims. Due to public nature of criminal law, processes of judging and punishing the perpetrators of crime are carried out by the state. While procedural assurances given to suspects in the face of public power have increased, it has caused crime victim to remain in the background. The role of victim was limited to crime reporting

^(*) Araştırma Makalesi / [Makale Geliş Tarihi](#): 25.04.2022 - [Makale Kabul Tarihi](#): 02.06.2022
[DOI](#): 10.56701/shd.1108817

^(**) Ankara Emniyet Müdürlüğü, Ankara - Türkiye
[E-posta](#): kaslienver@gmail.com
[Orcid No](#): <https://orcid.org/0000-0001-7738-1233>

and testifying. Since the 1970s, steps have been taken to protect victims in many countries. Victim rights are also developing in Turkey. Regulations aiming to protect victim give priority to crime victim unlike protection that the legal order provides to everyone before the crime is committed. This study aims to examine practices that protect the victim concerns law enforcement, who first contacted the victims after crime. Practices protecting the victim vary according to victim groups such as child, foreign victims, victims of domestic violence, terrorism, human trafficking. As a result, it is understood that the measures that can be applied by the law enforcement in order to protect victim are mainly aimed at preventing secondary victimization and ensuring safety of victim.

Keywords

Victim, Crime Victim, Victim Rights, Law Enforcement, Police, Gendarme, Secondary Victimization.

GİRİŞ

Ceza hukukunun konularından biri, suç oluşturan fiillerdir. Suç oluşturan fiiller, suç failleri tarafından suç mağdurlarının zararına işlenmektedir. Suçtan en çok zarar gören mağdur olmasına rağmen ceza hukukunun kamusal niteliği gereği suç faillerini yargılama ve cezalandırma süreçleri devlet tarafından yürütülmektedir. Uzmanlık ve iş bölümü ilkelerine uygun olarak bu süreç ceza adaleti sistemi tarafından yönetilmektedir. Ceza adaleti sistemi; suçun önlenmesi ve işlenmiş suçun aydınlatılarak suç işleyenlerin cezalandırılıp ıslah edilerek topluma kazandırılması amacıyla faaliyet gösteren kolluk, mahkemeler ve infaz kurumlarından oluşmaktadır. Ceza adaleti sisteminin işleyişinde failin yargılanması ve cezalandırılması amaçlarının öne çıkması bu sürecin işleyişinde bir tarafta şüpheli ve sanıklara verilen usuli güvenceleri artırırken diğer tarafta suç mağdurunun geri planda kalmasına neden olmuştur.¹ Unutulan taraf olan mağdurun haklarının korunması, 1970'li yıllardan itibaren uluslararası antlaşmalara konu olmaya başlamış, Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi gibi kuruluşlar tarafından üye devletlere suç mağdurlarının korunmasına yönelik tedbirler alınması önerilmiştir.²

Suç mağdurunun korunmasıyla ilgili düzenlemeleri; ceza adaleti sisteminin işleyişini yönlendirebilen haklar, mağdurun güvenliğini sağlayan haklar ile ikincil mağduriyetleri önlemeyi hedefleyen haklar olmak üzere üçe ayırmak mümkündür. İlk grubu oluşturan suç mağdurlarının ceza adaleti sisteminin işleyişini yönlendirebilmesini sağlayarak mağdurların haklarını daha etkin bir şekilde aramasını ve ceza adaleti sisteminin artan iş yükünü azaltılmasına katkı sağlamayı hedeflemektedir. İkinci grupta yer alan mağdurun güvenliğini sağlayan haklar, mağdurun suç sonraki süreçte emniyetini sağlamaya yöneliktir. Üçüncü grubu

¹ Karakaş Doğan, Fatma, (2013), "Uluslararası Düzenlemeler Işığında Mağdur Haklarının ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 19(2), s.1009.

² Uslu, Ferhat, (2013), "Çağdaş Ceza Adaleti İçinde Mağdur", *Ankara Barosu Dergisi*, 4, s.244.

oluşturan suç mağdurlarının ikincil mağduriyetlerini önlemeyi hedefleyen haklar ise mağdurların bekletilme, özel hayatının sorgulanma gibi olumsuzluklar yaşama endişesi olmadan ceza adaleti sistemini oluşturan resmi birimlere başvurabilmesini amaçlamaktadır. Bir suç işlendikten sonra olay yerine ilk ulaşan ve mağdurla ilk temasa geçen, ceza adaletini sisteminin giriş kapısı olarak nitelendirilen kolluk olmaktadır.³ Bu çalışmada öncelikle suç mağdurlarının belirlenmesi incelenecek, ardından ceza adaleti sisteminde suç mağdurunun korunmasından bahsedilerek kolluk uygulamalarında suç mağdurunun korunması ele alınacaktır.

I. SUÇ MAĞDURUNUN BELİRLENMESİ

Mağdur kelimesi, gündelik dilde herkesin en küçük sebeplerden dolayı bile mağdur olduğunu iddia edebileceği kadar yaygın olarak kullanılmaktadır. Arapça kökenli bir kelime olan mağdur, en genel anlamda hakkı zarara uğrayan kişidir.⁴ Bu zarar, kişinin kendi davranışına bağlı olabileceği gibi insan davranışı dışındaki sebeplerden (doğal olaylar vb.) dolayı da ortaya çıkabilmektedir. Mağduriyet oluşturan duruma mağdur kendi kusurlu davranışı ile sebep olabileceği gibi hiçbir kusuru da bulunmayabilmektedir. Bir insan; suç mağduru olabileceği gibi doğal afet, kaza, yangın, deprem, hastalık, çatışma, savaş, ayrımcılık, nefret suçu gibi sosyal problem mağduru olabilmektedir.⁵ Mağdur yerine kurban kelimesi de kullanılabilir.⁶

Her suçun bir faili olduğu gibi mutlaka bir mağduru da bulunmaktadır.⁷ Ceza hukuku terimi olarak mağdur kavramı, aleyhine suç işlenen ve suçtan zarar gören kişiyi ifade etmektedir.⁸ Suç mağduru, suçun zarar verdiği değer sahibi, suçun maddi konusunun ait olduğu kişi olarak da tarif edilmektedir.⁹ Suçtan zarar görenleri ifade etmek için mağdur kavramından farklı olarak mağduru kapsayan ve daha geniş bir anlama sahip olan suçtan zarar gören terimi de bulunmaktadır. Suç mağduru gerçek kişi olabilirken, tüzel kişiler suçtan zarar gören olabilmektedir.¹⁰

³ Wilson, D. ve Segrave, M. (2011), "Police-based victim services: Australian and international models", *Policing: An International Journal of Police Strategies & Management*, 34, s.479.

⁴ Karmen, Andrew, (2010), *Crime Victims an Introduction to Victimology* (7. Baskı), Wadsworth Cengage Learning: USA, s.1.

⁵ Karmen, s.1.

⁶ Gündelik dilde cinayet kurbanları, dolandırıcıların kurbanı gibi kullanımlarda mağdur yerine "kurban" kelimesinin kullanıldığı görülmektedir.

⁷ Artuk, Mehmet Emin, Gökcen, Ahmet, Alşahin, Emin ve Çakır, Kerim, (2020), *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi, s.372.

⁸ Katoğlu, Tuğrul, (2012), "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 61(2), s.662.

⁹ Hakeri, Hakan, (2017), *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (21. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi, s.146.

¹⁰ Özgenç, İzzet, (2012), "Suçun Yapısal Unsurları", İzzet Özgenç ve İlhan Üzülmaz (Ed.), *Ceza Hukukuna Giriş*, Anadolu Üniversitesi Yayını No: 2476, Eskişehir, s.25.

Suç ise kanunların suç olarak kabul ettiği ve işlenmesi halinde adli yaptırımlar uyguladığı fiillerdir. Mesela hırsızlık suçunda taşınır malın zilyedi, hakaret suçunda hakaret edilen, kasten yaralama suçunda yaralanan kişi mağdurdur. Suçtan zarar gören kişiler, suçu yetkili makamlara ilettiklerinde mağdur sıfatını almaktadır.¹¹ Kanunlarda yaygın kullanım mağdur kavramı olsa da ceza hukuku uygulamasında mağdur, suç mağduru ifade etmektedir.¹²

Ceza muhakemesinin faile odaklı kamusal niteliği, suç mağdurlarının unutulmasına ve ikincil mağduriyetler yaşanmasına neden olmuştur. Adli süreçte mağdurun rolü, suçu ihbar etme ve mahkemede tanıklıkla sınırlı kalmış, mağdurun süreçle ilgili diğer talepleri, kanuni düzenleme yokluğu nedeniyle karşılanamamıştır. 1970'li yıllardan itibaren çeşitli uluslararası belgelerde suç mağdurlarının korunmasına yönelik tavsiyelere yer verilmiştir.¹³ Dünyadaki gelişmelere uyumlu olarak Türk hukukunda da suç mağdurlarını korumayı hedefleyen mevzuatta yakın dönemde önemli gelişmeler yaşanmıştır. Ceza muhakemesinde mağdur hakları ayrı bir madde halinde sistematik olarak ilk kez 2005 yılında uygulanmaya başlanan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m.234'de düzenlenmiş, devam eden yıllarda 2007 yılında tanık koruma, 2012 yılında ailenin korunması ve kadına karşı şiddetin önlenmesiyle ilgili kanunlarda mağduru koruyan uygulamalarla ilgili suç mağduru koruyan değişiklikler yapılmış, son olarak 2020 yılında 63 sayılı Suç Mağdurlarının Desteklenmesine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin yürürlüğe girmesiyle birlikte mağdur haklarıyla ilgili yeni bir teşkilatlanma (Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Dairesi Başkanlığı/Müdürlüğü) oluşturul-

¹¹ Ceza hukuku bakımından mağdur sıfatı suçun işlendiği anda oluşmasına rağmen mağdurun korunması için suçun yetkili makamlar tarafından öğrenilmesi gerekmektedir. Bu çalışmada kullanılan mağdur kelimesi, ceza muhakemesine müşteki ve katılan olarak adlandırılan gerçek kişileri de kapsayacak anlamda kullanılmaktadır.

¹² Nitekim 63 sayılı Suç Mağdurlarının Desteklenmesine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (63 SCK (sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi) olarak kısaltılacaktır) m.1'de yer alan "Bu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin amacı; suç mağdurlarına sağlanan hizmet ve yardımlara ilişkin esasları ve bu hizmetlerin yerine getirilmesine dair görev, yetki ve sorumlulukları düzenlemektir" hükmünde "suç mağdurları" kavramını kullanırken mağdur kavramını m.2'de "Suç nedeniyle fiziksel, ruhsal veya ekonomik olarak doğrudan zarar gören gerçek kişiyi" ifade edecek şekilde kullanılmaktadır.

¹³ Mağdur haklarının gelişiminde önemli olan uluslararası belgelerden ve tavsiyelerden bazıları şöyledir: Birleşmiş Milletlerin 29.11.1985 tarihli 40/34 sayılı "Suçtan ve Yetki İstismarından Mağdur Olanlara Adalet Sağlanmasına Dair Temel Prensipler Bildirisi", Avrupa Konseyinin 1977 yılı 27 sayılı suç mağdurlarına tazminat ödenmesi hakkında tavsiye kararı, 1985 yılı 11 sayılı ceza muhakemesi hukukunda mağdurun hukuki durumunun iyileştirilmesine yönelik tavsiye kararı, 2005 yılı 196 sayılı Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi. Mağdur haklarının gelişiminde önemli olan uluslararası belgeler ve tavsiyeler hakkında detaylı bilgi için bkz. Polat, Oğuz, (2022), *Viktimoloji* (2. Basım), Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.286-290; Değirmenci, s.46-49; Karakaş Doğan, s. 1013-1015; Uslu, s.248-252; Aykara, Aslıhan ve Özkan, Semra, (2017), "Mağdur Hakları ve Gereksinimleri Bağlamında Engelli Mağdur Bireyler", *Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 19(1), s. 150-151.

muştur.¹⁴ Böylece suç mağdurları konusunda hem toplumsal farkındalığın hem de hukuki düzenlemelerin artması ceza adaleti sistemi içinde mağdurun korunmasına imkan verdiği gibi mağduru unutulmuş taraf olmaktan çıkarmıştır.¹⁵

Mağduru koruyan hükümlerin uygulanabilmesi için ceza adaleti sistemine başvuran kişinin, “suç mağduru” olması gerekmektedir. Mağdurun belirlenmesi; şikayet hakkı, suçu ortadan kaldıran rıza gibi ceza hukukunun birçok düzenlemesinin uygulanmasında önem taşımaktadır.¹⁶ Başvuran kişinin gerçekten mağdur olup olmadığı veya iddia edilen suçun gerçekten işlenip işlenmediğini gündelik hayat akışı içinde o anda tespit etmek kolay değildir. Mağdur iddiasının ve suçun gerçekten işlenip işlenmediği hususunun soruşturma ve kovuşturma evresinin ilerleyen aşamalarında kesin olarak anlaşılabilir olmasına rağmen kişinin iddiası ve/veya suçla ilgili olduğu değerlendirilen mevcut delillere göre başvuran kişiye, mağdur sıfatı verilerek (mağduriyetin gerçeğe uygun olduğu kabul edilerek) suç soruşturması yapılmaktadır. Başka bir ifadeyle soruşturma evresinin başında mağdur, suçtan zarar gördüğüne inanılan kişi olarak tarif edilebilir.¹⁷ Nasıl ki suç soruşturmasını başlatmak için basit şüphe yeterliyse bir kişiye mağdur denilmesinde de basit bir değerlendirme yapılmaktadır. Soruşturmanın ilerleyen aşamalarında kolluk ya da savcılığa başvuran kişinin, kendinin mağdur olduğu iddiasının aksine hukuken o kişinin mağdur olmadığı anlaşılabilir veya tam aksine kolluğa veya savcılığa hiç başvurmasına rağmen bir kişi, suç nedeniyle uğradığı zararı bilmeseydi ya da önemsemese bile resmi kayıtlara girmeyen bir mağduriyet söz konusu olabilmektedir.

Adli sürecin işleyişinde mağdur açısından birçok belirsizlik bulunmaktadır. Mağdur; suç ihbarında bulunmasına rağmen fail yakalanmayabilir, mağdur istemesine rağmen fail tutuklanmayabilir, dava bekleyebilir veya düşebilir, delil yetersizliğinden fail beraat edebilir veya cezalandırılmayabilir, cezalandırılma bile hafif bir ceza alabilir ya da uğradığı zarar tam anlamıyla telafi edilmeyebilir.¹⁸ Ceza adaleti sisteminin işleyişinden yıpranmamak veya daha az yıpranmak amacıyla mağdur; bu süreçleri kendisine verilen haklar sayesinde yönlendirebilmekte, kendi güvenliğinin sağlanmasına ve ikincil mağduriyetlerin önlenmesine ihtiyaç duyabilmektedir.

¹⁴ Belirtilen mevzuatlarda suç mağdurunun korunmasıyla ilgili uygulamalar tablo olarak bir sonraki başlıkta yer almaktadır.

¹⁵ Değirmenci, Olgun, (2008), “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 77, s.51. Mağdurun korunmasını hedefleyen ceza adaleti uygulamaları için bir sonraki başlığa bakınız.

¹⁶ Artuk ve diğerleri, s.374.

¹⁷ Yayla, Mustafa ve Kaşlı, Enver (2016), “Suç Mağdurları ile İletişim”, A. Z. Özgür ve A. İşman (Ed.), *İletişim Çalışmaları 2016*, s. 40.

¹⁸ Yayla ve Kaşlı, s. 39.

Suç mağdurlarını koruyan uygulamalar, suç türlerine veya mağdurların kişisel özelliklerine göre değişebilmektedir. Mağduriyete sebep olan suç türlerine göre mağdurlar; aile içi şiddet, terör, insan ticareti, nefret suçları, işkence, cinsel suç mağduru gibi gruplara ayrılabilir. Kişisel özelliklerine göre mağdurlar ise; kadın, çocuk, yaşlı, engelli, yabancı gibi gruplara ayrılmaktadır.¹⁹ Suç mağdurunun özel durumunun belirlenmesi, mağdura yönelik koruyucu uygulamaların değişmesine ve çeşitlenmesine neden olmaktadır.



Şekil 1: Suç mağdurunu koruyan hükümlerin uygulanması

II. CEZA ADALETİ SİSTEMİNDE SUÇ MAĞDURUNUN KORUNMASI

Ceza hukuku, kamu düzenini bozan suç fiilleri ile bu fiillere uygulanacak yaptırımları belirleyen hukuk kurallarından oluşmaktadır. Ceza hukukunun amaçları arasında temel hak ve hürriyetleri, kamu düzenini, çevreyi ve hukuk devletini korumak sayılmaktadır.²⁰ Bir ceza kanunu ile birden fazla hukuki yararın korunması mümkün olup ceza hukukunun amacına ulaşabilmesi için suç işlenmesinin önlenmesi ve işlenmiş suçların cezalandırılması gerekmektedir. Bu yönüyle ceza hukukunun amaçlarından birisi suçu, genel ve özel caydırıcılık yoluyla kontrol altına almaktır. Genel caydırıcılık, suç işleyenlerin cezalandırılmasıyla diğer insanların suç işlemekten caydırılması olup ceza hukukunun diğer insanlar üzerindeki ibret etkisidir. Özel caydırıcılık ise suç işleyen kişinin cezalandırılması ve ıslah edilmesi anlamına gelmektedir.²¹ Geçmiş dönemlerde suç çözme oranı

¹⁹ Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Dairesi Başkanlığı, (2021), *Mağdura Yaklaşım Kılavuzu*, Ankara: Deniz Ofset Matbaacılık, s.19-57.

²⁰ Artuk ve diğerleri, s.46-47.

²¹ Hakeri, s.2.

yükseldikçe suçun kontrolünün sağlanacağını kabul edilmiştir.²² Ceza adaleti sisteminde failin cezalandırılmasına odaklanıldığı için mağdurlar, uzun bir dönem ihmal edilmiştir.²³ Oysaki fail cezalandırılmış olsa bile suç mağdurunun tüm zararları giderilmiş olmadığı gibi kriminoloji çalışmalarında mağdurlar tarafından resmi birimlere başvurmanın faydasız olarak görüldüğü için kayıtlara giren suç sayısının gerçekte işlenen suçların bir kısmını oluşturduğu anlaşılmıştır.²⁴ Bu durum ceza hukukunun caydırıcılığını olumsuz etkilediği için suç mağdurlarıyla ilgili bu gelişmeler hesaba katılarak suç mağdurlarını koruyan düzenlemeler yapılmıştır.²⁵

Mağdurun korunması denildiğinde hukuk düzeninin suç işlenmeden önce herkese sağladığı korumadan farklı olarak suç işlendikten sonra “mağdur” odaklı uygulamaların anlaşılması gerekir. Mağdur hakları denildiğinde de şüpheli ve sanık hakları ile mağdur arasında denge kurmayı hedefleyen kurallar ifade edilmektedir.²⁶ Mağdurun korunması, sadece onarıcı adalet anlayışıyla sınırlı olmadığı gibi maddi ceza hukuku tarafından mağduru koruyan hükümleri (şikayet hakkı hariç) de doğrudan kapsamamaktadır. Bu açıdan bakıldığında suç işlenirken mağdura yönelik belirli fiiller işlenmesi (5237 SK m. 79), suçun mağdurda neden olduğu bedensel zararlar (5237 SK m. 87, 89, 90, 95, 97, 102, 103), suç mağdurunun yaşı (5237 SK m. 103, 278), suç mağduru ile failin akrabalık düzeyi (5237 SK m. 104), suçun mağdurun sosyal hayatındaki etkisi (5237 SK m. 105), suçun mağdurun ekonomik durumuna etkisi (5237 SK m. 109) dikkate alınarak daha ağır ceza verileceğine yönelik düzenlemeler caydırıcılık sağlamaya yönelik olup muhakeme hukuku bakımından mağduru korumamaktadır. Mağdurun maddi ceza hukuku tarafından caydırıcılık yoluyla korunmasını, geniş anlamda ceza adaleti sisteminin mağduru korunmasına dahil etmek mümkündür.

Ceza adaleti sistemi içinde mağdurun korunması, sosyal devlet ilkesinin bir gereği olup²⁷ olayın türüne bağlı olarak çok geniş kapsamlı ve uzun bir dönemi kapsayabilmektedir. Bu sürecin ne kadar devam edeceği ve sürecin işleyişinde

²² Roach, Kent. (1999), “Four Models of the Criminal Process”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 89(2), s. 677.

²³ Uslu, s. 245.

²⁴ Kriminolojide suç mağdurlarının resmi makamlara başvurduğu suçlar kayıtlı (bilinen, aydınlık alan, istatistiğe yansıyan) suçluluk olarak adlandırılırken gerçekte işlenmesine rağmen mağdurlar tarafından resmi makamlara bildirilmeyen suçlara karanlık alan (saklı alan, gizli alan, karanlık sayı, bilinmeyen suçluluk) denilmektedir. Bkz. Sokuillu Akıncı, Füsün, (1999), *Viktimoloji (Mağdurbilim)* (2. Basım). İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım, s.87-88; Polat, s. 97.

²⁵ Rough, s. 695-696; Değirmenci, s. 35-36.

²⁶ Özbek, Veli, Doğan, Koray, Bacaksız, Pınar ve Tepe, İlker (2017). *Ceza Muhakemesi Hukuku* (10.Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.234.

²⁷ Değirmenci, s. 35.

karar verecek olanlar suç mağdurunun nasıl korunacağına göre değişmektedir. Kanaatime göre suç mağdurunun korunmasıyla ilgili düzenlemelerin; ceza adaleti sisteminin işleyişini yönlendirebilen haklar, mağdurun suç işlendikten sonraki güvenliğini sağlayan haklar ile ikincil mağduriyetleri önlemeyi hedefleyen haklar olmak üzere üçe ayrılarak incelenmesi mümkündür. Bu sınıflandırmaya uygun olarak mevzuatta mağduru koruyan uygulamalar alfabetik sıraya uygun olarak aşağıdaki tabloda yer almaktadır.

Tablo 1: Mağdurun korunmasına ilişkin hükümler

Ceza Adaleti Sisteminde Mağdurun Korunması		
Ceza Adaleti Sisteminin İşleyişini Yönlendirebilen Haklar	Mağdurun Suç İşlendikten Sonraki Güvenliğini Sağlayan Haklar	İkincil Mağduriyetleri Önlemeyi Hedefleyen Haklar
<ul style="list-style-type: none"> - Basit yargılama usulünde yazılı savunma verme hakkı (5271 SK m. 251),²⁸ - Belge örneği isteme (5271 SK m. 67, 234, 236), - Belge ve eşyayı inceletme (5271 SK m. 234), - Bilirkişi görevlendirilmesini isteme (5271 SK m. 63), - Delilleri tartışma (5271 SK m. 216), - Delillerin toplanmasını isteme (5271 SK m. 75, 76, 234), - Dinlenilme hakkı (5271 SK m. 215, 236), 	<ul style="list-style-type: none"> - Bakım tedbiri (5395 SK m. 5),²⁹ - Belirli davranışlara karşı korunma (6284 SK m. 5)³⁰, - Danışmanlık tedbiri (5395 SK m. 5), - Dava nakli veya adli tıp işlemleri nedeniyle oluşan giderlerin devlet tarafından karşılanması (5271 SK m. 234), - Duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenme (5726 SK m. 5),³¹ - Duruşmada ses veya görüntüsünün değiştirilerek özel ortamda dinlenme (5726 SK m. 5), 	<ul style="list-style-type: none"> - Beyanın görüntü veya sesle kayda alınması (5271 SK m. 52, 236), - Çocuk mağdurların bir defa dinlenilmesi (5271 SK m. 236), - Özel eğitim almış personel tarafından işlem yapılması (6284 SK m. 11), - Özel ortamda dinlenilme (5271 SK m. 236), - Psikolojisi bozulmuş mağdurun dinlenilmesi esnasında uzman bulundurulması (5271 SK m. 236), - Hizmetin yerinde ifası (2559 SK m. 15),³²

²⁸ 17/12/2004 tarih 25673 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Ceza Muhakemesi Kanunu, 5271 SK (sayılı kanun) olarak kısaltılacaktır.

²⁹ 15/7/2005 tarih 25876 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Çocuk Koruma Kanunu, 5395 SK (sayılı kanun) olarak kısaltılacaktır.

³⁰ 20/3/2012 tarih 28239 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, 6284 SK (sayılı kanun) olarak kısaltılacaktır.

³¹ 5/1/2008 tarih 26747 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Tanık Koruma Kanunu, 5726 SK (sayılı kanun) olarak kısaltılacaktır.

³² 14/7/1934 tarih 2751 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu, 2559 SK (sayılı kanun) olarak kısaltılacaktır.

<ul style="list-style-type: none"> - Doğrudan soru yöneltme (5271 SK m. 201), - Duruşmadan haberdar edilme (5271 SK m. 234), - Hakim reddini isteme (5271 SK m. 24), - İhbar hakkı (5271 SK m. 158; 63 SCK m. 4), - İtiraz hakkı (5271 SK m. 234), - Kamu davasına katılma (5271 SK m. 234, 237), - Kanun yollarına başvurma (5271 SK m. 234), - Kanun yollarına başvurma (5271 SK m. 242), - Kendisine avukat görevlendirilmesini isteme (5271 SK m. 234, 239; 63 SCK m. 3), - Keşifte hazır bulunma (5271 SK m. 84), - Kişisel verilerin kapalı oturumda anlatılmasını isteme (5271 SK m. 209), - Şikâyet hakkı (5271 SK m. 158; 63 SCK m. 4), - Tanıkların davetini isteme (5271 SK m. 234), - Tercüman görevlendirilmesi (5271 SK m. 202), - Uzlaştırma (5271 SK m. 253), - Uzman mütalaası sunma (5271 SK m. 67), 	<ul style="list-style-type: none"> - Eğitim kurumu değiştirme kolaylığı sağlanması (63 SCK m. 6), - Eğitim tedbiri (5395 SK m. 5), - Firar veya tahliye durumunda bilgilendirilme ve korunma (63 SCK m. 6), - Fiziki koruma sağlanması (5726 SK m. 5), - Geçici koruma sağlanması (6284 SK m. 3), - Geçici maddi yardım sağlanması (6284 SK m.3), - İşyeri değişikliği (6284 SK m. 4), - Kimlik ve adres bilgilerinin gizli tutulması (5726 SK m. 5), - Kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerin değiştirilmesi ve düzenlenmesi (5726 SK m. 5), - Kreş imkanı (6284 SK m. 3) - Mağdura ve beraberindeki çocuklara barınma imkanı (6284 SK m. 3), - Mağdurlar, ekonomik ve sosyal desteklerden yararlandırılması (63 SCK m. 6), - Mağdurların meslek edinmeleri amacıyla kurslar düzenlenmesi (63 SCK m. 6), - Mağdurun adli süreçle ilgili bilgilendirilmesi (5271 SK m. 234), - Mağdurun çeşitli adli işlemlerle ilgili bilgilendirilmesi (5271 SK m. 127), 	
--	---	--

	<ul style="list-style-type: none"> - Mağdurun şüpheli ve sanık baskılarından korunması (5271 SK m. 100), - Mağdurun zararının giderilmesi (5271 SK m. 171, 231; 5237 SK m. 50, 51, 168; 5233 SK),³³ - Müşterek konutun mağdura tahsisi (6284 SK m. 5), - Müşterek yerleşim yerinden ayrı yerleşim yeri belirlenmesi (6284 SK m. 4), - Rehberlik ve danışmanlık hizmeti (6284 SK m. 3), - Sağlık tedbiri (5395 SK m. 5), - Şüpheliden veya sanıktan güvence alınması (5271 SK m. 109, 113, 114), - Tapu kütüğüne aile konutu şerhi konulması (6284 SK m. 4), - Uygun ceza infaz kurumu ve tutukevlerine yerleştirilmesi (5726 SK m. 5), - Yaşadığı mağduriyet nedeniyle işyeri değiştirme kolaylığı sağlanması (63 SCK m. 6), - İyi halin değerlendirilmesinde mağdura zarar verme riskinin düşük olması (5275 SK m. 89),³⁴ - Koşullu salıverilme durumunda mağdurun korunması (5275 SK m. 108). 	
--	---	--

Kaynak: Yazar tarafından oluşturulmuştur.

³³ 12/10/2004 tarih 25611 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Türk Ceza Kanunu, 5237 SK (sayılı kanun) olarak kısaltılacaktır. 27/7/2004 tarih 25535 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılınması Hakkında Kanun, 5233 SK (sayılı kanun) olarak kısaltılacaktır.

³⁴ 29/12/2004 tarih 25685 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, 5275 SK (sayılı kanun) olarak kısaltılacaktır.

Tablodan anlaşılacağı üzere suç mağdurunun korunması amacıyla çok sayıda düzenleme bulunmaktadır. Bir suçla ilgili iddianın ortaya çıkmasından kesin hüküm verilene kadar geçen evrede, bazı durumlarda infaz sonrası dönemi de ilgilendiren süreçte mağdurun korunmasıyla ilgili kolluk, savcılık, mahkeme, çeşitli kurumlar ve kurullar gibi birçok aktör mağdurun korunmasına katkı sağlamaktadır. Bu bağlamda bir sonraki başlıkta kolluk uygulamalarında suç mağdurunun korunması incelenmektedir.

III. KOLLUK UYGULAMALARINDA SUÇ MAĞDURUNUN KORUNMASI

Bir suç işlendikten sonra olay yerine ilk giden ve mağdurla ilk temasa geçen birimler arasında kolluk bulunmaktadır. Kolluk özellikle soruşturma evresi olmak üzere adli sürecin işleyişinde mağdurla ilgili çok sayıda işlemi yapmakla görevlidir. Mağdurların, çoğu zaman ilk olarak kolluğa başvurmasından dolayı kolluk birimleri, ceza adaleti sisteminin giriş kapısı olarak nitelendirilmektedir.³⁵ Mağduru koruyan tüm uygulamalarda her şeyden önce mağdurların insan onuruna ve kişiliğine saygı duyulması, mağduriyetinin farkında olunması ve gizlilik ilkelerine uyulması gerekmektedir.³⁶ Kolluk uygulamalarında mağdurun korunması hem hukuken düzenlenmekte hem de kolluk etik ilkelerinde mağdurlara haklarının hatırlatılması ve can güvenliklerinin sağlanması vurgulanmaktadır.³⁷

Ülkemizde kolluk yapılanması, çoklu kolluk yapılanması şeklindedir. Kolluk teşkilatları, genel kolluk ve özel kolluk olmak üzere ayrılmaktadır. Genel kolluk; polis, jandarma ve sahil güvenlik teşkilatından oluşmaktadır. Özel kolluk ise genel kolluk teşkilatlarından farklı olup kendi özel kanunlarına uygun olarak belirli görevleri yerine getiren kolluk birimleridir.³⁸ Kolluğun organik olarak sınıflandırılmasının yanı sıra fonksiyon olarak da idari ve adli kolluk ayrımı bulunmaktadır. Suç önleme ve kamu düzenini koruma amaçlı yürütülen kolluk faaliyetlerine idari kolluk; işlenmiş bir suçla ilgili yürütülen kolluk faaliyetlerine adli kolluk denilmektedir.³⁹ Suç mağduriyeti suça bağlı olarak ortaya çıktığı için suçun ön-

³⁵ Wilson ve Segrave, s. 479.

³⁶ 63 SCK m. 3.

³⁷ Kolluk Etik İlkeleri m. 47.

³⁸ Özbek vd., s. 202-204.

³⁹ Gözler, Kemal ve Kaplan, Gürsel (2021), *İdare Hukuku Dersleri* (23. Basım), Bursa: Ekin Yayınevi, s. 527; Yenisey, Feridun (2014), *Kolluk Hukuku* (2. Baskı), İstanbul: Beta Yayınevi, s.205; Gökçen, Ahmet; Balci, Murat; Alşahin, Emin ve Çakır, Kerim, (2020), *Ceza Muhakemesi Hukuku* (4. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi, s.252; Ünver, Yener ve Hakeri, Hakan, (2019), *Ceza Muhakemesi Hukuku* (15. Baskı), Cilt 1, Ankara: Adalet Yayınevi, s.392; Akylmaz, Bahtiyar; Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil, (2009), *Türk İdare Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 476; Kunter, Nurullah; Yenisey, Feridun ve Nuhoglu, Ayşe, (2006), *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (15. Baskı), İstanbul: Beta Yayınevi, s. 380; Çağlayan, Ramazan, (2019), *İdare Hukuku Dersleri* (7. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi, s.278.

lenmesinde sağlanacak başarılar, suç mağduriyetini de azaltacaktır. Başka bir ifadeyle idari kolluğun etkinliği, adli kolluk faaliyetlerini de olumlu etkilemektedir. Adli kolluğa, suç kolluğu da denilmektedir. Adli kolluk faaliyetleri kapsamında mağdurlar, suçun neden olduğu maddi ve manevi zararları suç işlendikten hemen sonra en ağır şekilde yaşadığı için mağduru koruyan kolluk uygulamaları da soruşturma evresinin başlangıç anından itibaren devreye girmektedir.⁴⁰

Suç mağdurunun korunması ceza muhakemesini başlatan ilk işlem olarak nitelendirilebilecek ihbardan başlamaktadır. Mağdur tarafından suçun yetkili makamlara bildirilmesine ihbar denilmektedir.⁴¹ İhbarın yapılma usulüne ilişkin temel kural yazılılık olup ihbar, savcılık ve kolluğa yapılabilir. ⁴² Mağdurun hızlı ve basit bir şekilde kolluğa suç ihbarında bulunabilmesi için acil çağrı yoluyla suç ihbarında bulunması mümkündür. Acil çağrı yoluyla suç ihbarı; telefonla, SMS, e-mail veya mobil uygulamalar (KADES, UYUMA vb.) üzerinden de yapılabilir. Hatta 112 Mobil uygulaması üzerinden görüntülü görüşme yoluyla işaret diliyle bile ihbar yapılabilir.⁴³

Mağdurların ihtiyaçları, kişiden kişiye değişebildiği için mağdur ihtiyaçlarını maddeler halinde tam bir liste halinde ortaya koymak imkansızdır.⁴⁴ Bununla birlikte mağdurlar genel olarak bilgilendirilme, kendini güvende hissetme, adli süreçle ilgili tavsiye, zararlarının giderilmesinde destek isterler.⁴⁵ Kolluğa başvuran mağdurlar, ceza muhakemesinin işleyişi hakkında yeterli bilgi sahibi olamayacağından dolayı kolluktan bilgi talebinde bulunabilmektedir. Mağdurun talebi üzerine kolluk tarafından mağdura sağlanabilecek hak ve yardımlarla ilgili öncelikle bilgilendirme yapılması, gerekiyorsa ilgili kurumlara yönlendirme yapılması gerekmektedir.⁴⁶ Mağdurun bilgilendirme talebi yanı sıra kolluk işlemleri esnasında hukuki yardım talebi olabilmektedir. Mağdurun avukat yardım talebi, baroya iletilerek karşılanmaktadır.⁴⁷ Eğer mağdur; on sekiz yaşını doldurmamış,

⁴⁰ Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Dairesi Başkanlığı, s.10.

⁴¹ Yenisey, Feridun ve Nuhoglu, Ayşe, (2014), *Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı*, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları No: 11, İstanbul, s. 745; Özbek ve diğerleri, s.185. Suç mağdurunun yanı sıra üçüncü kişiler veya suç failinin kendisi hakkında suçu yetkili makamlara bildirmesini de suç ihbarıdır.

⁴² 5271 SK m. 158'e göre "Suça ilişkin ihbar veya şikâyet, Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılabilir... İhbar veya şikâyet yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapılabilir". Valilik, kaymakamlık, mahkeme veya bir kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle, ilgili kurum ve kuruluş idaresine yapılan gecikmeksizin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir.

⁴³ İçişleri Bakanlığı, (2021), *2020 Yılı İdare Faaliyet Raporu*, Ankara, s. 22.

⁴⁴ Moriarty, Laura, (2002), *Policing and Victims*, Prentice Hall, s.20.

⁴⁵ Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Dairesi Başkanlığı, s.11.

⁴⁶ 63 SCK m. 4'e göre "Mağdurlar, talepleri halinde kendilerine sağlanan hak ve yardımlara ilişkin olarak kolluk birimleri veya müdürlükçe gecikmeksizin bilgilendirilir ve yönlendirilir".

⁴⁷ Uslu, s.256.

sağır veya dilsiz ya da söylemek istediklerini ifade edemeyecek derecede malul-se talebi olmadan avukat görevlendirilmesi gerekmektedir.⁴⁸ Kolluk soruşturma kapsamında mağdurun kimliğini belirledikten sonra mağdurun yaşı ve maluliyet durumunu değerlendirerek belirtilen durumlarda vekil görevlendirilmesini talep etmesi gerekir.

Mağdurun ceza adaleti sisteminin işleyişini yönlendirebildiği haklarının bir kısmı kolluğu ilgilendirmektedir. Mağdurun, takibi şikayete bağlı suçlarda şikayette bulunması soruşturma için gereklidir.⁴⁹ Şikayetin geçerli olması için şikayetin yazılı olarak veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak altı aylık süre içinde yetkili makamlara yazılı olarak iletilmesi gerekmektedir.⁵⁰ Gerek takibi şikayete bağlı suçlarda gerekse resen soruşturulan suçlarda mağdur, suçun aydınlatılmasına fayda sağlayacak delillerin toplanmasını kolluktan isteyebilmektedir.⁵¹

Kolluğa başvuran mağdur; uğradığı zararın maddi ve manevi olarak giderilmesini ve suç oluşturan fiillerinden dolayı failin cezalandırılması beklentisi içindedir.⁵² Oysaki suç işleyen failin, hukuk alanında suçlu olduğuna hükmedilmesi ve mağduriyetin ortaya çıkardığı zararların giderilmesi belirsizliklerle dolu, uzun ve yıpratıcı bir süreci gerektirmektedir. Bu süreç içinde farklı kamu personelleriyle temasa geçmek zorunda kalan mağdur; geciktirilme, bekletilme, kızılma, suçlanma gibi olumsuzluklarla karşılaşarak psikolojik olarak yıpranabilmektedir. İkincil mağduriyet olarak adlandırılan benzer durumlar, suçtan doğan mağduriyetin ardından kurumların ve bireylerin mağdura karşı davranışlarından dolayı oluşan mağduriyeti ifade etmektedir.⁵³ İkincil mağduriyet oluşturan davranışlar duruma göre değişebilmektedir. İkincil mağduriyet oluşturan durumların önüne geçmenin en etkili yollarından birisi hizmetin yerinde ifasıdır. Hizmetin yerinde ifası mağdurun kolluk birimlerine gelme zorunluluğunu ortadan kaldırmakta, mağdurun talebi üzerine ikamet edilen yerlerde veya işyerlerinde de beyanı alınabilmektedir.⁵⁴ Hizmetin yerinde ifası ile mağdurun; bekletilmesi, ilgisiz kişiler tarafından dinlenmesi, mağduriyetinin başkaları tarafından bilinmesi gibi olumsuzluklar önlenabilmektedir. Suç mağdurları; hasta, yaşlı veya engelli olduğu için

⁴⁸ 5271 SK m. 234.

⁴⁹ Artuk ve diğerleri, s. 374.

⁵⁰ Özbek vd., s.108; 5237 SK m. 73'e göre "Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan suç hakkında yetkili kimse altı ay içinde şikayette bulunmadığı takdirde soruşturma ve kovuşturma yapılamaz".

⁵¹ 5271 SK m. 234'te "Mağdur ile şikâyetçinin hakları şunlardır: a) Soruşturma evresinde; 1. Delillerin toplanmasını isteme..." hükmü bulunmaktadır.

⁵² Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Dairesi Başkanlığı, s. 10.

⁵³ Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Dairesi Başkanlığı, s. 2; Yayla ve Kaşlı, 2016: s. 47; Tekin Babuç, Zeynep, (2020), "Ceza Adalet Sistemi İçerisinde Mağdur Çocukların İkincil Mağduriyeti", *Sosyoloji Araştırmaları Dergisi*, 23(2), s. 323.

⁵⁴ 2559 SK m. 15.

de kolluk birimlerine gitmekte zorlanabilmektedir.⁵⁵ Dolayısıyla hizmetin yerinde ifası özellikle yaşlı ve engelli oldukları için kolluk birimlerine gidemeyen kişilerin bilgi alma işlemlerinde büyük kolaylıklar sağlamaktadır.

İkincil mağduriyetlerden farklı olarak suç mağdurlarının tekrarlayan mağduriyetlerden de korunması gerekmektedir. Tekrarlayan mağduriyet, aynı mağdura karşı belirli süre içinde birden fazla suç işlenmesidir.⁵⁶ Tekrarlayan mağduriyetin önlenmesi için kolluk uygulamalarında mağdurun suç sonraki süreçte güvenliğinin sağlanması önemli bir yer tutmaktadır. Kasten öldürme suçuna teşebbüs, yaralama, çocuğun cinsel istismarı gibi ağır cezayı gerektiren belirli suçlarda mağdurun fail ile adli süreç içinde karşılaşması bile yeni mağduriyetler oluşturabileceği için kanunen zorunlu haller hariç mağdurun fail ile teması engellenmesi gerekmektedir.⁵⁷ Yine tutuklu veya hükümlünün tahliye edilmesi veya firar etmesi durumunda mağdurun bulunduğu yer kolluk birimine durum bildirilmesi üzerine kolluk tarafından mağdur bilgilendirilip, tedbir alınabilmektedir.⁵⁸

Mağdurun güvenliği için alınacak tedbirler mağduriyete neden olan suç türlerine göre değişebilmektedir. Özellikle viktimojik çalışmaların gelişiminde aile içi şiddet mağdurları dikkat çekmektedir.⁵⁹ Aile içi ve kadına karşı şiddet mağdurları ile ilgili olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mağdura ve beraberindeki çocuklara barınma yeri sağlanabilmekte, geçici koruma sağlanabilmekte,⁶⁰ müşterek konutun mağdura tahsis edilerek failin uzaklaştırılması, failin mağdura ve çocuklarına yaklaşmaması, şiddet oluşturan davranışlardan kaçınması tedbirleri uygulanabilmektedir. Suç mağduru, aynı zamanda suçun tanığı olduğu için suç soruşturmasına başlanmasıyla birlikte mağdurun ve yakınlarının can güvenliğinin tehlikeye düşmesi mümkündür.⁶¹ Ağır cezayı gerektiren suç (terör suçları dahil)⁶² mağdurları ve yakınlarına⁶³ tanık koruma kapsamında değerlendirilerek kimliklerinin gizli tutulması⁶⁴ ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde fiziki koruma sağlanabilmektedir. Kolluk tarafından korunması gereken diğer bir grup

⁵⁵ Aykara, Aslıhan ve Özkan, Semra, (2017), "Mağdur Hakları ve Gereksinimleri Bağlamında Engelli Mağdur Bireyler", *Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 19(1), s. 149.

⁵⁶ Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Dairesi Başkanlığı, s. 2.

⁵⁷ 63 SCK m. 6.

⁵⁸ 63 SCK m. 6.

⁵⁹ Polat, s. 13.

⁶⁰ 6284 SK m. 3.

⁶¹ Özbek vd., s.236.

⁶² 11.11.2008 tarih 27051 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Cumhuriyet Başsavcılıkları ve Mahkemelerce Alınacak Tanık Koruma Tedbirlerine İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik, TKY olarak kısaltılacaktır. TKY m. 5.

⁶³ 5726 SK m. 4.

⁶⁴ 5726 SK m. 11.

da insan ticareti mağdurlarıdır. Kolluk faaliyetleri esnasında zorla çalıştırma, evlendirme, fuhuş, çocuk dilendirme, organ ve doku ticareti gibi insan ticareti suçu kapsamında değerlendirilebilecek vakalarda Göç İdaresi Müdürlükleriyle irtibata geçilmektedir.⁶⁵ Ayrıca insan ticareti suçunun mağduru olabileceği şüphesi duyulan kişiler idari işlem ile mağdur olarak tanımlanabilmektedir.⁶⁶ Mağdurun yabancı olduğu durumlarda ifade esnasında tercüman görevlendirmesi de yapılmaktadır.⁶⁷

Kolluğa başvuran mağdurun çocuk olması durumunda özel koruma tedbirleri uygulanmaktadır. On sekiz yaşını doldurmamış kişilere, çocuk mağdur denilmektedir.⁶⁸ Bir çocuğun ceza adaleti sistemine gerek fail (suça sürüklenen çocuk) gerekse mağdur olarak girmesi hiç de arzu edilen bir durum olmasa da hem suça sürüklenen çocuklar hem de mağdur çocuklar, ceza adaleti sistemi içindedir. Çocuklarla ilgili işlemler, kolluğun sivil kıyafetli⁶⁹ çocuk birimleri tarafından yerine getirilmektedir. Kolluğun çocuk birimleri; çocuk mağdurların ikincil mağduriyetlerinin önlenmesinde, çocuk dostu yaklaşımın sürdürülmesinde ve mağdur ihtiyaçlarının karşılanmasında önemli bir yer tutmaktadır.⁷⁰ Suç mağduru çocukla karşılaşan kolluk birimleri, çocuk hakkında işleme başlandığında durumu, çocuğun veli veya vasisine veya çocuğun bakımını üstlenen kimseye,⁷¹ varsa resmi kurum temsilcisine bildirmekle yükümlüdür.⁷² Çocuk, kollukta bulunduğu esnada yanında yakınlarından birinin bulunmasına imkân sağlanarak çocuğun kendini daha güvende hissetmesi amaçlanmaktadır. Çocuk mağdurun vekili yoksa bir vekil görevlendirilmektedir.⁷³ Takibi şikayete bağlı suçlarda suçüstü hallerinde şüphelinin yakalanması için çocuk mağdurların şikayette bulunması zorunlu değildir.⁷⁴

Ceza adaleti sistemi tarafından mağdurun korunması amacıyla alınacak birçok tedbir için de kolluk değerlendirmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Örnek olarak tanık koruma kapsamında savcılık ve mahkeme tarafından karar verilmeden

⁶⁵ 17.03.2016 tarih 29656 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan İnsan Ticaretiyle Mücadele ve Mağdurların Korunması Hakkında Yönetmelik, İTMMKHY olarak kısaltılacaktır. İTMMKHY m. 17.

⁶⁶ İTMMKHY m. 18.

⁶⁷ 5271 SK m. 202.

⁶⁸ 5395 SK m. 3.

⁶⁹ 01.06.2005 tarih 25832 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği, YGAİAY olarak kısaltılacaktır. YGAİAY m. 19.

⁷⁰ Orhan, Gülçin. (2021), "Çocuk Koruma Sistemi İçerisinde Jandarmanın İşlevi ve Mağdur Çocuğa Yaklaşımı", *Güvenlik Bilimleri Dergisi*, 2. Uluslararası Güvenlik Kongresi Özel Sayısı (İstihbarat ve Güvenlik), s. 58.

⁷¹ 5395 SK m. 6.

⁷² 5395 SK m. 31.

⁷³ 5271 SK m. 234.

⁷⁴ 5271 SK m. 90.

önce kolluğun hazırlayacağı değerlendirme raporlarına bakılmaktadır.⁷⁵ Mağduru koruma amacıyla mahkeme, savcılık veya mülki idare amiri tarafından verilen tedbirlere uyulması da kolluk tarafından sağlanmaktadır. Bunlara ek olarak suç mağdurunun korunması amacıyla kolluk, bazı tedbirleri resen uygulama yetkisine sahip olmasa bile yetkili makamlardan tedbir talep edebilmektedir. Örnek olarak ailenin korunması ve kadına karşı şiddetin önlenmesi amacıyla uygulanabilecek tedbirler, kolluk tarafından talep edilebilmektedir.⁷⁶

Suç mağdurunun korunması, adli kolluk faaliyetleri kapsamında kalmaktadır. Adli kolluk faaliyetlerinin yürütülmesiyle ilgili olarak kolluk; asayiş, göçmen kaçakçılığıyla, kaçakçılık suçlarıyla, mali suçlarla, narkotik suçlarla, siber suçlarla, terörle mücadele, spor güvenliği gibi soruşturma konusu suç türleri dikkate alınarak teşkilatlanmış durumdadır. Mağdurla ilgili işlemleri yapmak üzere kolluk teşkilatlanmasında birim düzeyinde görevlendirme, belirli personel görevlendirme ve kolluk yönlendirmesi olmak üzere üç farklı modelden bahsedilmektedir.⁷⁷ Tank koruma işlemleri birim düzeyinde teşkilatlanmış durumdayken diğer mağdurlar açısından kolluk yönlendirmesi modelinin öne çıktığı görülmektedir. Kolluk tarafından yapılacak yönlendirmeler, idare teşkilatı içinde Adalet Bakanlığına bağlı Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Dairesi Başkanlığına bağlı Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüklerine yapılmaktadır.⁷⁸

SONUÇ

Türkiye’de mağdur odaklı birçok ceza adaleti uygulamasının olduğu görülmektedir. Mağduru koruyan düzenlemelerle ilgili olarak uygulamada kimi zaman çeşitli sorunlarla karşılaşılmasına rağmen, mağdurun artık geçmiş dönemlerdeki kadar ihmal edilmediği ve unutulmadığı açıktır. Suç mağdurları korunurken genel düzenlemelerin yanı sıra mağduriyete sebep olan suç türlerine veya mağdurun kişisel özelliklerine göre mağduru koruyan özel düzenlemeler bulunmaktadır. Mağdur odaklı bu uygulamalar, suçun sebep olduğu maddi ve manevi zararları gidermeyi hedeflemekte, mağdurun güvenliğini ve ceza adaleti sisteminin işleyişinde mağdur iradesini öne çıkarmaktadır.

Ceza adaleti sisteminde mağdurlara verilen değer her geçen gün arttığını söylemek mümkün olmakla birlikte mağdur odaklı uygulamalar, birçok kurumun katılımını gerektiren her bir sürecin farklı kanunlarda düzenlendiği karmaşık bir

⁷⁵ 5726 SK m.6’da “Karar verilmeden önce kolluk makamları ile diğer birimlerin hazırlayacağı değerlendirme raporları göz önünde tutulur” denilmektedir.

⁷⁶ 6284 SK m. 8’e göre “Tedbir kararı, ilgilinin talebi, Bakanlık veya kolluk görevlileri ya da Cumhuriyet savcısının başvurusu üzerine verilir” denilmektedir.

⁷⁷ Wilson ve Segrave, s. 484-488.

⁷⁸ 63 SCK m. 4.

görünüm arz etmektedir. Suç mağdurunun korunması ceza muhakemesini başlatan ilk işlemde başlayıp soruşturma ve kovuşturma evrelerinde devam etmekte, hatta bazı durumlarda infaz sonrası dönemi de ilgilendirebilmektedir.

Suç mağdurunun korunmasında mağdurla ilk temasa geçen kolluğun önemli bir yeri bulunmaktadır. Suç sonraki süreçte korku, kaygı, üzüntü, öfke, intikam gibi birçok olumsuz duygu yaşayan mağdurla ilgili ilk işlemler kolluk tarafından yapıldığı dikkate alındığında kolluk tarafından mağdurun anlaşılması, ikincil mağduriyetlerin önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınması ve mağdurun çocuk, yaşlı, yabancı olma durumu gibi özel niteliklerini dikkate alan bir yaklaşımın benimsenmesi gerekmektedir. Nitekim yürürlükteki mevzuata göre kolluk tarafından mağdurun korunması amacıyla resen uygulanabilen tedbirlerin ağırlıklı olarak ikincil mağduriyetleri önlemeyi ve mağdurun güvenliğini sağlamaya yönelik olmasının temelinde de mağdurun korunmasına verilen önem bulunmaktadır. Suç mağdurunun korunması amacıyla yapılan düzenlenmelerin son yıllarda artması, mağdur hakları açısından olumlu bir gelişme olmasına rağmen kollukta mağdurun korunmasına yönelik uygulamalarda etkinliğin artırılması için hukuki düzenlemelerin yanı sıra kolluk personelinin mağdur konusunda eğitimine önem verilerek alt kültür değişmesinin de önemli olduğunu belirtmek gerekir.

KAYNAKÇA

- Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Dairesi Başkanlığı, (2021), *Mağdura Yaklaşım Kılavuzu*, Ankara: Deniz Ofset Matbaacılık.
- Akyılmaz, B., Sezginer, M. ve Kaya, C., (2009), *Türk İdare Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, E. ve Çakır, K., (2020), *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi.
- Aykara, A. ve Özkan, S., (2017), “Mağdur Hakları ve Gereksinimleri Bağlamında Engelli Mağdur Bireyler”, *Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 19(1), 143-165.
- Çağlayan, R., (2019), *İdare Hukuku Dersleri* (7. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi.
- Değirmenci, O., (2008), “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 77, 33-86.
- Gökçen, A., Balcı, M., Alşahin, E. ve Çakır, K., (2020), *Ceza Muhakemesi Hukuku* (4. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi.
- Gözler, K. ve Kaplan, G. (2021), *İdare Hukuku Dersleri* (23. Basım), Bursa: Ekin Yayınevi.
- Hakeri, H., (2017), *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (21. Baskı), Ankara: Adalet Yayınevi.
- İçişleri Bakanlığı, (2021), *2020 Yılı İdare Faaliyet Raporu*, Ankara.
- Karakaş Doğan, F., (2013), “Uluslararası Düzenlemeler Işığında Mağdur Haklarının ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 19(2), 1007-1029.
- Karmen, A., (2010), *Crime Victims an Introduction to Victimology* (7. Baskı), Wadsworth Cengage Learning: USA.
- Katoğlu, T., (2012), “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 61(2), 657-693.
- Kunter, N., Yenisey, F. ve Nuhoğlu, A., (2006), *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (15. Baskı), İstanbul: Beta Yayınevi.
- Moriarty, L., (2002), *Policing and Victims*, Prentice Hall.
- Orhan, G. (2021), “Çocuk Koruma Sistemi İçerisinde Jandarmanın İşlevi ve Mağdur Çocuğa Yaklaşımı”, *Güvenlik Bilimleri Dergisi*, 2. Uluslararası Güvenlik Kongresi Özel Sayısı (İstihbarat ve Güvenlik), 53-76.
- Özbek, V., Doğan, K., Bacaksız, P. ve Tepe İ. (2017). *Ceza Muhakemesi Hukuku* (10. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özgenç, İ., (2012), “Suçun Yapısal Unsurları”, İzzet Özgenç ve İlhan Üzülmez (Ed.), *Ceza Hukukuna Giriş*, Anadolu Üniversitesi Yayını No: 2476, Eskişehir, 18-35.
- Polat, O., (2022), *Viktimooloji* (2. Basım), Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Roach, K. (1999), “Four Models of the Criminal Process”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 89(2), 671-716.
- Sokullu Akıncı, F., (1999), *Viktimooloji (Mağdurbilim)* (2. Basım). İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım.

- Tekin Babuç, Z., (2020), “Ceza Adalet Sistemi İçerisinde Mağdur Çocukların İkincil Mağduriyeti”, *Sosyoloji Araştırmaları Dergisi*, 23(2), 321-356.
- Uslu, F., (2013), “Çağdaş Ceza Adaleti İçinde Mağdur”, *Ankara Barosu Dergisi*, 4, 241-260.
- Ünver, Y. ve Hakeri, H., (2019), *Ceza Muhakemesi Hukuku* (15. Baskı), Cilt 1, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Wilson, D. ve Segrave, M. (2011), “Police-based victim services: Australian and international models”, *Policing: An International Journal of Police Strategies & Management*, 34, 479-496.
- Yayla, M. ve Kaşlı, E. (2016), “Suç Mağdurları ile İletişim”, A. Z. Özgür ve A. İşman (Ed.) *İletişim Çalışmaları 2016*, 37-52.
- Yenisey, F. ve Nuhoğlu, A., (2014), *Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı*, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları No: 11, İstanbul.
- Yenisey, F., (2014), *Kolluk Hukuku* (2. Baskı), İstanbul: Beta Yayınevi.



Anayasa Yargısı ve Genişletici Yorum^(*)

Constitutional Adjudication and Extensive Interpretation

Fatih AKINCI^(**)

Öz

Anlamı gizli kalmış ifadelerin ortaya çıkarılması faaliyeti olan yorum faaliyetinde çeşitli yöntemler kullanılıp ifadelerin anlamı ortaya çıkarılmaya çalışılmaktadır. Hukuki metinler arasında da anlamı gizli kalmış veya yeterince açık olmayan ifadelerin mevcut olduğu metinler bulunmaktadır. Yorum ilkeleri ve yorum yöntemleri kullanılarak bu ifadelerin anlamları ortaya çıkarılmaktadır. Anayasaların işlevlerinden birisi hak ve özgürlüklerin korunması ve menfaatlerin çatışması durumunda hakların dengelenmesini sağlamaktır. Hakların dengelenmesi hususu Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında önemle üzerinde durduğu ve adaletin tesisinde tüm yargı mercilerince dikkat edilmesi gereken bir husustur. Bireysel başvuru taleplerini, norm denetiminde iptal davası ve itiraz yolu başvurularını, siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davaları ve yüce divan yargılamalarında görülecek olan başvuruları inceleyen Anayasa Mahkemesi de uygulanacak olan normu, kavramları belirlerken normun anlamını ortaya çıkarmaya çalışmaktadır. Çeşitli yorum yöntemleri kullanılarak, belirli yorum ilkeleri tercih edilerek yorum faaliyeti gerçekleştirilir. Anayasa Mahkemesi'nin karar verirken tercih ettiği yorum ilkelerinden birisi de normun kapsamını genişleten, anlamı muğlak olan normun yorumlanarak geniş kapsamlı değerlendirildiği genişletici yorum ilkesidir.

Anahtar Kelimeler

Yorum, Genişletici Yorum, Anayasa Mahkemesi, Dinamik Yorum, Yorum İlkeleri.

Abstract

The interpretation activity is the activity of revealing the hidden meanings of expressions. To reveal the meanings of expressions, various methods are being used regarding concepts. Among the legal texts, there are texts whose meanings are hidden or not clear enough. The meanings of these expressions are revealed by using interpretation principles and interpretation methods. One of the functions of the constitutions is to protect the rights and freedoms and to balance the rights in case of conflict of competing interests. Balancing the rights is an issue that the Constitutional

^(*) Araştırma Makalesi / [Makale Geliş Tarihi](#): 25.04.2022 - [Makale Kabul Tarihi](#): 10.09.2022
[DOI](#): 10.56701/shd.1108766

^(**) Adli Yargı Hâkimi
[E-posta](#): aknci.fatih@gmail.com
[Orcid No](#): <https://orcid.org/0000-0001-8751-8010>

Court emphasizes in its decisions and that should be taken into account by all judicial authorities in the establishment of justice. The Constitutional Court, which examines individual applications, norm control, closure of political parties and applications to be heard in the Supreme Criminal Tribunal tries to reveal the meaning of the norm while determining the concepts and the norm to be applied. Interpretation activities are carried out by choosing certain interpretation principles and various interpretation methods. One of the interpretation principles preferred by the Constitutional Court when making its decision is the principle of expansionary interpretation. The principle of interpretation that expands the scope of the norm is the principle of expansionary interpretation. When the principle of expansive interpretation is used, the ambiguous norm is interpreted and evaluated comprehensively.

Keywords

Interpretation, Extender Interpretation, Constitutional Court, Dynamic Interpretation, Principles of Interpretation.

GİRİŞ

Yorum ilkeleri hükmün anlamının hangi yöntemle ve nasıl tespit edileceği konusunda fikir veren araçlardır. Hak ve özgürlükler bireyler tarafından sınırsız bir şekilde kullanılamaz. Toplumun ve kamunun menfaati gibi diğer menfaatler ile bireyin menfaati dengelenerek hak ve özgürlüklerin kullanılması ve sınırlandırılması gerekmektedir. Menfaatler arasında dengeleme faaliyeti gerçekleştirirken çeşitli yorum ilkelerinden faydalanılır. Genişletici yorum ve daraltıcı yorum bu yorum ilkelerinden bazılarıdır.

Hukuksal bir metin olan Anayasa'nın yorumlanmasında diğer hukuki metinlerin yorumlanmasındaki yöntemler ve ilkelerden faydalanılmaktadır. Anayasa'nın kapsamı da değerlendirildiğinde daha kapsamlı şekilde farklı bilim dallarından da yararlanılarak yorumlama faaliyetinde bulunulur. Bir normun Anayasa'ya aykırı olduğu veya bir kişinin hak ihlaline uğradığı iddiasını inceleyen Anayasa Mahkemesi insan hakları alanına ilişkin olarak yargılama mercii olarak görev yapmaktadır. İnsan haklarına bakış açısının ulusalüstü olması gerektiği gerçeği de göz önüne alındığında Anayasa Mahkemesi'nin hak temelli hareket ederek temel hak ve özgürlüklerin kapsamını genişletici bir şekilde genişletici yorum ilkesinden faydalanması gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi ve genişletici yorum başlıklı makalemizin ilk bölümünde yorum kavramının ne olduğu, yorumun önemi, yorum çeşitleri ve yorum ilkelerinden bahsederek değerlendirmelerde bulunulmuştur. İkinci bölümde Anayasa Mahkemesi ve yorum arasındaki ilişki, Anayasa Mahkemesi'nin görevleri arasında yer alan bireysel başvuru yolunda kullandığı yorum metotları, göz önünde bulundurduğu yorum ilkeleri anlatılmıştır. Bu bölümde genişletici yoruma dair kullanılan araçlar ifade edilmiş aynalama prensibi ve diyalogcu yaklaşım, özerk kavramlar doktrini ve evrimsel yorum izah edilmiştir. Çalışmamızın üçüncü ve

son bölümünde Anayasa Mahkemesi'nin uygulamada karara bağladığı bazı uyuşmazlıklar incelenerek uygulamada genişletici yorumun nasıl değerlendirildiği ifade edilmiştir.

I. YORUM

A. YORUM KAVRAMI

Yazılı bir metin olan hukuk kuralı metnin kendisini değil anlamını ifade etmektedir. Yazılı olan bu metinden ne anlaşılması gerektiğinin çözülebilmesi için yorum tekniği kullanılmaktadır. Bir metni yorumlarken herkesin farklı şekilde yorumlaması o metnin içeriğinin de farklı şekilde anlaşılmasına neden olacaktır. Hukuki güvenliği sağlayan hukuk kurallarının yorumlanması belirli bir tekniğe göre gerçekleştirilerek yorumlayan kişilerin aynı sonucu çıkarması sağlanmakta, hukuki güvenliğin zedelenmesinin önüne geçilmektedir¹.

Yorumun tanımını yapabilmek için yoruma başvurmak gerekmektedir. Herhangi bir hukuk kuralını uygulamak isteyen uygulayıcı öncelikle mevcut olan kuralı anlamlandırmak zorundadır. Anlama ve anlamlandırma faaliyetinin gerçekleştirilmesi için yoruma başvurmak gerekir. Bu anlamıyla bakıldığında yorumun, uygulayıcının temel faaliyeti olduğu söylenebilir². Hukuk kurallarının uygulanması noktasında görevi mevcut olan hakim, uygulanacak hukuk kuralının anlamının ne olduğunu çözebilmek için yorum faaliyetini kullanmaktadır.

Yorumun konusunun farklı alanlara ilişkin eserler olduğu ifade edilebilir. Hukuki, dini, sanatsal ve edebi eserler yorumun konusunu oluşturabilir. Hukuk anlamında yorumun konusu değerlendirildiğinde anayasa, kanun, idari düzenlemeler gibi hukuk kuralları ile hukuki işlem ve sözleşmeler gibi bütün normatif önermeler hukuki yorum biliminin konusunu oluşturabilirler³.

Anayasalar, hak temelli yapıya sahiptir. Anayasaların içerdikleri hükümler incelendiğinde bireyin haklarını korumaya yönelik, devletin bireyin hakkını koruması amaçlı yükümlülüklerini barındıran yapıya sahip olduğu anlaşılmaktadır. Örneğin 1982 tarihli Anayasamız hükümleri içerisinde başkaca hükümler ile birlikte kişinin hak ve ödevlerinin, sosyal ve ekonomik haklarının, siyasi haklarının düzenlendiği görülmektedir. Anayasalar amaçları göz önüne alındığında insan onurunu gerçekleştirmeye elverişli şekilde yorumlanmalıdırlar. Hükümetin yetkilerini ve hak ve özgürlüklerin gerçekleştirilmesinin ne şekilde sağlanacağını,

¹ Gözler, K., "Yorum İlkeleri", Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Kamu Hukukçuları Platformu, 29-30 Eylül 2012, TBB Yayını, Ankara, 2013, s. 17.

² Keskinsoy, Ö., / Kaya, S. B., "Anayasa Mahkemesi Kararlarını Biçimlendirme Çabası Olarak Yorum", Hacettepe HFD, Yıl 2021, Cilt 11, Sayı 1, s. 66.

³ Aktaş, S., "Hukukta Yorum Çabaları", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, Sayı 3-4, Yıl 2011, s. 5.

hangi önlemlerin alınması, müdahalelerin ölçütlerinin ne şekilde olması gerektiğini ve hak ve özgürlüklerin sınırlarını belirleyen niteliktedirler. Yorum faaliyetiyle anayasanın bu karakteri ortaya çıkarılmalı, hak temelli yapısı sebebiyle geniş ve dinamik bir şekilde yorumlanmalıdır⁴. Bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin tam anlamıyla korunması ve sağlanması için anayasaların hak ve özgürlükler noktasında geniş yorumlanması gerekmektedir. Sınırlayıcı yorum yapıldığı takdirde hak ve özgürlüklerin norma uygun şekilde korunması ve uygulanması noktasında sorun ortaya çıkacak, hak ve özgürlüklerin korunması ve uygulanmasını düzenleyen nitelikte olan anayasalar, amacı gerçekleştirmeyeceklerdir.

B. YORUMUN ÖNEMİ

Mevcut olan bir hukuk kuralını yorumlayan hakimlerin aynı sonuca ulaşabilmesi için ve bu surette hukuki güvenliğin sağlanabilmesi için yorum ilkeleri göz önüne alınarak metin yorumlanmalıdır. Her hâkim herhangi bir ilkeye uymadan kendi yorumunu yaparsa hukuki güvenlik zedelenir ve insanın kurala değil hâkime itaat ettiği bir düzen ortaya çıkar. Keyfiliğin önlenmesi ile hukuki öngörülebilirliğin sağlanabilmesi için yorum ilkelerine bağlı kalınarak hukuk metinler yorumlanmalıdır⁵.

Yorum ilkeleri, objektif yani kişiden kişiye değişmeyen ilkeler olarak metni yorumlama sonucunda ortaya çıkan sonucun değişmemesini sağlamaktadır. Anayasa Mahkemesi üyeleri belirli yorum ilkeleri kapsamında değerlendirme yaptıklarında aynı ilkeleri uygulayarak aynı sonuca ulaşacak ve gerçekten bağımsız nitelikte anlam ortaya çıkmış olacaktır. Yorum ilkesi sayesinde hâkim hangi görüşten ve eğilimden olursa olsun sonuç aynı olacaktır⁶. Belirli ilkelere bağlı kalınmadan, her hâkimin kendi standartlarını oluşturarak gerçekleştirdiği yorumlarda ise yorumun içerisine hâkimin kendi standartları dahil olduğundan eğilimleri ve siyasi nitelikte olabilecek görüşleri de girecektir.

Yorum ilkeleri niteliği gereği kişilere değil hakimlere hitap eden ilkelere hitap eder. Yorum ilkeleri kişileri bağlayıcı nitelikte değil hâkimin hukuk kuralını nasıl uygulayacağını düzenleyen ilkelere hitap eder. Diğer bir ifade ile norm niteliğine sahip değildirler⁷.

Otoriter ve totaliter rejimlerin ortaya koydukları anayasaların bireylere ve topluma baskı ve yükümlülük getirilebileceğinden bahsedilebilir. Anayasayı hazırlayan kişilerin metin olarak düzenledikleri şey hakimlerin yönlendirmesi ile norm haline gelmektedir. Bu metinler yorum yoluyla norm haline geldiğinden asıl sorumluluğun yorumlayıcılar olan hakimlere düştüğünü söylemek yanlış ol-

⁴ Kaya, S.M., *Anayasal Hakların Hukuki Rejimi ve Yorumu*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2021, s. 17.

⁵ Gözler, "Yorum İlkeleri", s. 19.

⁶ Gözler, "Yorum İlkeleri", s. 27.

⁷ Gözler, "Yorum İlkeleri", s. 32.

maz. Hakimler temel hak ve özgürlükleri koruyan adalet anlayışı ile hareket ederek normlaştırma faaliyetinde bulunmalıdırlar⁸. Hukuk metni olan anayasaların ve diğer hukuki metinlerin yorumlanması noktasında öncelikle yorumun dürüstlük kuralına uygun olarak gerçekleştirilmesi gereklidir. Belirli siyasal amaçlarla gerçekleştirilecek olan yorumun dürüst olduğundan bahsedilemez ve yorum bu amaç ve gayret ile gerçekleştirilmemelidir⁹.

Yorum faaliyeti sadece kanunun gizli kalmış anlamının ortaya konulması olarak algılanmamalıdır. Anlamın ortaya konulmasından başka, birbiriyle yarışan farklı nitelikte olan yorumlar karşılaştırılarak birinin diğerine tercih edilmesi süreci de yorum faaliyeti içerisinde ortaya çıkmaktadır¹⁰.

Tüm kanunların yorumlanmaya ihtiyacı bulunmaktadır. Bunun en temel nedenleri hukuk normlarındaki sözcüklerin anlamlarının norm içerisinde çoğu kez tanımlanmamış olması, aynı sözcüğün aynı normun içerisinde farklı anlamlarda kullanılması, aynı sözcüğün farklı normlarda farklı anlamlarda kullanılması, sözcüklerin anlamlarının zaman içerisinde değişime uğraması, norm ile korunan hukuksal değerın değişim göstermesi, normun konuluş nedenindeki değişimdir¹¹.

Düzenin sağlanması için mevcut olan hukuk kurallarının önceden bilinmesi ve gerçekleşen olaylardan sonra uygulanması, geçmişe yönelik olarak değiştirilmemesi kişilere yönelik hukuki güvenliği sağlar. Kuralların içeriğine dair kötü nitelik mevcut olsa dahi kişiler hareketlerini buna göre ayarlayacağı için hukuki güvenlik korunmuş olacaktır¹².

Tartışılan önemli konulardan biri de hukuki bir metne anlam verileceği esnada hangi anlamın en doğru anlam olduğudur. Yorum konusu bilme alanı içinde yer almayıp irade alanı içerisinde yer aldığından objektif niteliğe sahip olmayıp subjektif bir niteliktedir. Bilimsel olarak gözlemlenebilecek bir alan olmadığı için yorum kişiden kişiye değişebilen bir şeydir. Bu sebeple hukuki bir metne anlam verme faaliyeti olan yorum faaliyeti subjektif niteliktedir¹³.

Hâkim, anayasallık denetimi yaptığı esnada ölü bir nitelikte olan metne anlam vererek yani kanun ve anayasa hükümlerini yorumlayarak sonuca varmaya çalışır. Uygulanabilir normu yaratan kişi hakimdir¹⁴. Her ne kadar uygulayıcının metni ortaya çıkarması söz konusu olmasa da yürürlüğe konulmuş olan metnin anlamını ortaya çıkarmak uygulayıcının sorumluluğundadır.

⁸ İpek, A., "Metinden Norma Anayasa Yorumu", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 2015, Sayı 5, s. 932.

⁹ Turhan, M., "Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı", *AÜSBF*, Yıl 2007, Cilt 62, Sayı 3, s. 386[.]

¹⁰ Oder, B.E., *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 6, 7.

¹¹ Oder, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, s. 5.

¹² Gözler, "Yorum İlkeleri", s. 17.

¹³ Uslu, s. 280.

¹⁴ Uslu, s. 281.

Anayasa hükümlerini uygulayan hakimlerin toplumun birçok alanına ilişkin sorunlara müdahale ettiği açıktır. Uygulayıcılar yani yorumu kullanacak olan hâkimlerin, anayasaların içeriği göz önüne alındığında yorum yetkileriyle devletin temel unsurlarına nüfuz, etki edebilme tehlikesinin mevcut olduğu ifade edilebilir¹⁵. Devletlerin anayasalarının içerisinde çeşitli hak ve özgürlükler ve normlar hiyerarşisine göre en üst kurallar bulunmaktadır. Anayasa yargısının uygulayıcıları olan yargı mensupları yorum ilkelerini kullanarak metinlere anlam vermekte ve bu hak ve özgürlükler ile kuralların uygulanması noktasında çok önemli bir faaliyet yürütmektedirler.

Anayasa hâkimi kamu yararı, milli güvenlik ve asayiş gibi kavramları yorumlarken özen göstermelidir. Bu kavramlar, geniş yorumlandıkları takdirde bireyin hak ve özgürlüklerini sağlamak ve korumak bir yana tam tersi keyfi olarak sınırlandırmaya uygun birer araç haline gelebilmektedirler. Anayasa yargıcısı bu kavramları yorumlarken geniş yorumlarsa bireyin hak ve özgürlüklerinin keyfi bir şekilde sınırlandırılması söz konusu olabilir. Bu durum anayasa yargıcısı organlarının işlevleri ile bağdaşmayacağından anayasa hakimlerinin bu hususa dikkat etmeleri gerekmektedir¹⁶. Normun içerisinde yer alan bu çeşitteki kavramlar lafızları gereği zaten geniş nitelikte olduklarından bu kavramların geniş yorumlanması ayrıca sınırlanmaların da genişleyeceği anlamına gelecektir. Hak ve özgürlüklerin getirilmesindeki amaç bireyin daha rahat ve kendi belirlediği alanlar içerisinde hareket etmesini sağlamaktır. Hak ve özgürlükler geniş yorumlanarak bu amacın gerçekleşmesi sağlanmaya çalışılmaktadır. Hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının da mümkün olduğu ve kimi durumlarda gerektiğinden bahsedilebilir de bu sınırlamaya sebep olan kavramların ve unsurların geniş yorumlanması amaca aykırılığı ortaya çıkaracaktır.

C. YORUM YÖNTEMLERİ VE İLKELERİ

Yorum ilkesi ile farklı kavramlar olan yorum yöntemi hükmün anlamını belirlemeye yönelik olarak gerçekleştirilen akıl yürütme aracıdır. Yorum ilkeleri ise hükmün anlamının hangi yöntemle ve nasıl tespit edileceği konusunda fikir veren araçlardır. Yani yorum ilkeleri kullanılarak hükmün anlamı belirlenmeye çalışılmaz. Genişletici veya sınırlayıcı yorum, yorum ilkelerine örnek olarak gösterilebilir¹⁷.

¹⁵ Uslu, s. 278.

¹⁶ Uslu, s. 284; Zühtü Arslan, *Anayasa Teorisi*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 25.

¹⁷ Erdoğan, M., *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ocak 2019, s. 28; SENDEN, H., *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System: An Analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, Intersentia, School of Human Rights Research, No: 46, 2011, s. 46.

Yorum yöntemlerinden olan sözel yorum yönteminde kuralın sözü, lafzı ile bağlı kalınarak yorum yapılmaktadır. Metne dayalı yorum yöntemi olarak da ifade edilmektedir. Kelimelerin yeri, anlamı, dilbilgisi kuralları, noktalama işaretleri gibi hususlar değerlendirilerek kural koyucunun anlatmak istediği ifade ortaya çıkarılmaya çalışılmaktadır¹⁸. Tarihsel yorum yönteminde yasanın metin veya objektif anlamından ziyade yasa koyucunun gerçekteki niyeti ortaya çıkarılmaya çalışılmaktadır. Bu yorum yöntemi kullanılarak normu yorumlayacak olan yorumlayıcının tutarsız ve anlamsız olan, hakkaniyete ulaşmayı sağlamayan anlamların ortadan kaldırması ve bu surette yasa koyucunun gerçek niyetine ulaşması sağlanmaktadır¹⁹. Sistematik yorum, normun sadece sözcükleri ve sözcüklerinden oluşan cümleleri ile ortaya çıkan anlamıyla sınırlı kalınmadan kanunun sisteminin dikkate alınması suretiyle yapılan yorumdur²⁰. Kanunların sadece yapıldığı dönemdeki amacı ve anlayışı dikkate alınırsa durağanlık yitirilir ve kanunlar uyumsuzluklara çözüm getiremez olur. Geçmişteki şartlara göre değil de uygulama anındaki şartlara göre hareket edilip, metnin lafzı ve konulma zamanındaki anlayışıyla bağlı kalınmadan, uygulanacak zamanın şartları göz önüne alınarak amacın belirlendiği yorum yöntemi amaçsal yorum yöntemidir²¹.

Hükümün anlamı yorum yöntemleri ve ilkeleri kullanılarak ortaya çıkarılmaktadır. Yorum yöntemi ve ilkelerine başvurulmasının nedeni metinlerin nitelikleridir. Metnin içeriği açık ve anlaşılır, kesin nitelikte ise yorum yöntemi ve ilkelerine başvurmak gerekmez. Bazı anayasa hükümleri tartışmaya izin veremeyecek nitelikte açıklıkta ve anlamda olsalar da çoğu anayasa hükmünün anlamı farklı yorum yöntemleri kullanılarak ortaya çıkarılmaktadır. Yüksek mahkemeler anayasa hükümlerinin anlamını ortaya koyarken belirli yorum yöntemlerine dayanır ve bu yorum yöntemlerini kullanarak metnin anlamını oluştururlar. Hangi yorum yönteminin kullanılacağı veya yorumlanırken hangi kaynaklara dayanılacağı noktasında çeşitli tartışmalar bulunmaktadır²². Yorum kavramı ve yorum çeşitleri anayasa yargısının sınırlarını belirlenmesi noktasında önemli rol oynamaktadır. Yorum kavramı ve yorum çeşitleri bu açıdan önem arz etmekte olup anayasa yargısı açısından incelenmelidir²³.

Mahkemelerin belirli bir yorum yöntemine zorlanmaması hususu değerlendirildiğinde yorum yöntemlerinin tek başına incelenmesi verimli olmayacaktır. Diğer bir ifadeyle mahkemelerin hangi yorum yöntemini seçeceği noktasında zorlayıcı

¹⁸ Sümer, Haluk Hadi, *Hukuka Giriş*, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, 2021, s. 33.

¹⁹ Aktaş, s. 14.

²⁰ Erdoğan, İhsan, *Hukuka Giriş*, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, 2021, s. 175.

²¹ Erdoğan, İ., s. 176; Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, Bursa 2016, s. 279.

²² Kaya, s. 34.

²³ Uslu, F., *Bütün Konularıyla Anayasa Yargısı Dersleri*, Adalet Yayınevi, 3.Baskı, Ankara 2020, s. 276.

unsurlar olmadığından yorum yöntemleri tek başına değil yorum ilkeleri gözetilerek incelenmelidir. Mahkemelerin verdikleri kararlarda hangi yöntemleri kullandıklarının yanında bu yöntemleri hangi sebeple kullandıklarının da ifade edilmesi gerekmektedir. Böylelikle mahkemelerin hangi yorum ilkesine bağlı kaldığı daha anlaşılır olacaktır. Yorum ilkelerinin merkeze alındığı bu yaklaşım sayesinde temel hak ve özgürlüklerin yorumu yeni bir sistematik ve yaklaşım ile ele alınmaktadır²⁴.

Bireyler, sahip oldukları hak ve özgürlükleri sınırsız bir şekilde kullanamazlar. Belirli durumlarda bu hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması söz konusu olur. Kamu düzeni bu sınırlandırma sebeplerinden biridir. Ayrıca başkalarının sahip oldukları hak ve özgürlükler de başka bir kişinin yine hak ve özgürlüklerinin kısıtlanması noktasında dengeleme unsuru teşkil edebilir. Son zamanlarda kamu düzeni sınırlama sebebi olarak daha az kullanılırken, diğer bireylerin sahip oldukları hak ve özgürlükler sınırlama sebebi olarak daha çok kullanılmaktadır. Bu durumun ortaya çıkmasında genişletici yaklaşımın etkisi olduğundan bahsedilebilir. İki hak arasında dengeleme yapılırken başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gerektiği noktasında genişletici bir yaklaşımla yorum yapılarak başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasının önemi kavramı genişlemiştir. Söz konusu uygulamalar sonrasında hak ve özgürlüklerin kendi içinde dengelenmesi daha çok gözetilen husus olarak ortaya çıkmıştır. Dengelemeyi uygularken genişletici ve sınırlayıcı yorum ilkeleri gibi yorum ilkelerinden yararlanılmaktadır²⁵.

Yorum yöntemlerinin kullanılması suretiyle hükmün anlamı ortaya çıkarılmaya çalışılırken belirli yorum ilkelerine bağlı kalınarak hareket edilmelidir. Örneğin yorumlayıcı veya uygulayıcı normun anlamını ortaya çıkarırken daraltıcı nitelikte veya genişletici nitelikte mi hareket edeceğini belirlemeli bunun akabinde yorum yöntemlerini kullanmaya başlamalıdır. Kimi uygulayıcı normun bulunduğu sistem içerisinde yerini dikkate alıp sistematik şekilde yorum yaparak anlamı ortaya çıkarmakta kimi ise metnin sözünü yorumlayarak normun anlamını ortaya çıkarmaktadır. Ancak hukukun öngörülebilirlik ve güvenilirliğinin sağlanması noktasında yeknesaklığın sağlanması için uygulayıcıların benzer durumlarda benzer yorum ilkelerine bağlı kalması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle uygulayıcılar hangi yorum yöntemini seçerse seçsin yeknesaklığın oluşması açısından yorum ilkesinde benzer hareket etmeleri gerekir. Daraltıcı nitelikte yorum yapılmasında uzlaşıp bu daraltıcı anlama farklı yorum yöntemi ile ulaşılmasında engel yoktur.

Genişletici yorum ilkesine bağlı kalındığında metnin anlamı ortaya çıkarılırken geniş anlamın ortaya çıkarılması söz konusudur. Metnin içerisindeki ifade sözüyle yorumlanırken, kanunun sistematigi içindeki yeri belirlenirken, uygulandığı zaman dilimindeki şartlar gözetilip amacı belirlenirken veya normu ko-

²⁴ Erdoğan, M., s. 34.

²⁵ Erdoğan, M., s. 235.

yan iradenin gerçek niyeti saptanırken daha genişle ulaşma söz konusu olacaktır. Genişletici yorum ilkesine bağlı kalındığında bakış açısı, uygulama alanı, uygulanacak olan kişiler gibi hususlarda daha geniş nitelikte değerlendirmede bulunulacaktır. Genişletici yorum ilkesine bağlı kalınarak yorum yapan uygulayıcının kullandığı yorum yöntemlerinde nasıl davranacağına ilişkin örnek verilecek olursa sözel yorum yöntemini kullanacak olan uygulayıcının metnin sözünün birden fazla anlama geldiğini göz önüne alması, eş anlamlı olarak değerlendirmesi örnek verilebilir. Sistematik yorum yöntemini kullanan uygulayıcı örneğin sadece Türk Ceza Hukuku içerisindeki sistemi değil tüm cezai hükümleri içeren mevzuattaki hükümler içerisindeki sistemdeki konumu gözetebilir. Amaca göre yorum yöntemini kullanan uygulayıcının dönemin şartlarını gözetirken daha geniş amacı göz önüne alması söz konusu olabilir. Genişletici yorum ilkesine bağlı kalındığında uygulayıcının daha geniş bir perspektiften baktığından söz edilebilir.

Uygulanacak olan normun lafzı ile amaç arasında uyumsuzluk bulunduğu durumda genişletici yorumdan bahsedilebilir. Problemin çözümünde uygulanacak olan norm dar bir şekilde ifade edilmiş ve bu ifadelerle mevcut durum çözülemeyecek nitelikte ise hakkaniyete aykırılığın giderilmesi için hükmün kapsamı genişletilmeye çalışılır²⁶. Diğer bir ifadeyle normun içeriğinde bulunan ifadeler dar nitelikte ise ve bu dar nitelikte ifadeler nedeniyle normun uygulanacağı problem çözülemiyor ise adaletin tesisi açısından genişletici yorum ilkesine bağlı kalınarak dar nitelikteki ifadeler amaca uygun şekilde genişletilerek normun kapsamı belirlenebilir.

II. GENEL OLARAK ANAYASA MAHKEMESİ VE YORUM

A. GENEL OLARAK

Anayasanın yorumlanması, diğer hukuk dallarındaki yorumlardan tamamen farklı olmasa da tam olarak aynı şey değildir. Çünkü alt düzenlemelerde mevcut olan kanunlar daha dar bir alana yönelikken Anayasa'nın içerdiği hükümler de göz önüne alındığında geniş bir alana yönelik olduğundan bahsedilebilir. Anayasa'nın yorumu diğer mevzuatların yorumunu da kapsar bir boyuttadır. Anayasa hükümlerinin içeriklerinin genel nitelikte olduğu da göz önüne alındığında yorumlanması noktasında daha hassas davranılması mecburidir. Anayasa'nın yorumlanmasında kanunların yorumlanmasından farklı olarak daha kapsamlı şekilde tarih, siyaset bilimi, sosyoloji, felsefe gibi bilim dallarının kullanılması gerekir²⁷. Normlar hiyerarşisinin tepe noktasında yer alan anayasaların yorumlanmasının diğer alt düzen-

²⁶ Cavak, H.G., *İş ve Sosyal Güvenlik Davalarında Yorum*, Seçkin Yayıncılık 1. Baskı, Ankara 2022, s. 41; Sözer, A.N., "Sosyal Sigorta Hukukunda ve İş Hukukunda Gai Yorum Eşyanın Tabiatı ve Akışı", *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Sayı 50, Yıl 2016, s. 102.

²⁷ Keskinsoy, Kaya, s. 67.

lemelerin yorumlanmasından tamamen ayırık olmasalar da kendine özgü hususların olduğu ifade edilebilir. Anayasalar genel nitelikte hükümler barındırıp daha kapsayıcı yapıda hükümlere sahipken diğer alt mevzuatların hükümleri anayasalar kadar geniş nitelikte değildir. Bu sebeple anayasa hükümlerini yorumlarken yararlanılan araçlar çok daha kapsamlı olarak kullanılmalıdır.

Hukuk kuralları içerisinde önemli yeri olan anayasal metinlere ilişkin uyumsuzlukları çözümlerken metinleri yorumlama işlevini yerine getiren Anayasa Mahkemesi aşağıda ifade edilen kararında, Anayasa'yı yorumlarken nasıl hareket ettiğine dair ve bakış açısına ilişkin olarak tespitte bulunmuştur. Aşağıda ifade edilen kararında Anayasa Mahkemesi, insan haklarına bakışında ulusüstü hukukun esas alındığını vurgulamış, sorunların çağdaş nitelikteki yorumlarla çözülmesi gerektiği kanaatine varmıştır²⁸. Mahkeme kararında²⁹ “*Anayasa Mahkemesinin kimi kararlarında hukukun genel kurallarının Anayasa kurallarından da önde geldiğini belirlemiştir. Bunun yanında “uluslararası sözleşmelere dayalı ulusüstü bir hukukun ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi gibi kimi ulusüstü organların verdiği kararların bağlayıcılığı ve insan haklarının ortak değer olarak korunması anlayışı, Anayasa Mahkemesinin getireceği yorumlardaki çağdaş niteliği belirleyen ölçütler haline dönüşmüştür”* düzenlemesine yer verilmiştir.

İnsan haklarının uygulanması ile ilgili olarak iki farklı süje mevcuttur. Bir tarafta devlet diğer tarafta birey vardır. İnsan haklarına dair uyumsuzlukların bu iki suje arasında olması kavramların yorumlanmasında iki temel yaklaşım ortaya çıkmasına neden olmuştur. Hak eksenli ve amaç eksenli yaklaşım bu yaklaşımlardır. Hakim, önüne gelen davada yorum yaparken hak eksenli yaklaşımı benimsediği durumlarda temel hak ve özgürlüklerin korunması, uygulanması ve temel hak ve özgürlüklere müdahalenin önlenmesine yönelik olarak yorum yapmalıdır. Amaç eksenli yaklaşımda ise yorum yapılırken toplumun ve devletin yüce amaçları göz önünde bulundurulmalıdır. İnsan hakları yorumlanırken uluslar üstü mahkemelerde görev yapan hakimlerin hak eksenli yaklaşımı, ulusal mahkemelerde görev yapan yargıçların ise daha çok amaç eksenli yaklaşımı tercih ettiğinden bahsedilebilir³⁰. İnsan haklarına ilişkin uyumsuzluklarda bireyin ve devletin karşı karşıya geldiği açıktır. Yargıç önüne gelen uyumsuzluklarda hak temelli yorum yaparken amaç ek-

²⁸ Yanık, M., “1982 Anayasası'nın İnsan Hakları Anlayışının Uluslararası Belgeler ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, Yıl 2008, Sayı 1-2, s. 1155.

²⁹ AYM Siyasi Parti Kapatma Kararı, T. 08.09.1992, E.1992/1, K.1993/1., <https://siyasi-partikararlar.ana-yasa.gov.tr/SP/1992/1/3>, E.T. 21.10.2021.

³⁰ Gül, Y.E., “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kararlarında Yararlandığı Klasik ve Özgün Yorum Yöntemleri”, *Sosyal Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, Ekim 2018, Cilt: 18, Sayı 36, s. 220; Zühtü Arslan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl 2000, Sayı 17, s. 290.

seninden de şaşmamalı, dengeleyici şekilde yorumlamada bulunarak değerlendirme yapılmalıdır. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin normların alanını daraltıcı nitelikte hareket edilmemeli ancak normun anlamını belirlerken amacından da uzaklaşılmalıdır. Örneğin mülkiyet hakkına ilişkin olarak bir uyuşmazlık hakimnin önüne geldiğinde yorumlamada bulunurken her ne kadar bireyin mülkiyet hakkı geniş şekilde yorumlanıp hak temelli anlayışın benimsenmesi gerekse de diğer yandan kamu yararının ve toplumun diğer fertlerinin de menfaatleri gözetilmelidir. Bireyin, toplumun ve devletin menfaatleri dengelenerek yorum yapılmalıdır.

Anayasanın 26. maddesinin ikinci fıkrasında düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetine ilişkin olarak sınırlama sebepleri ifade edilmiştir. Bu sınırlama sebeplerinin içerisinde genel ahlak, genel sağlık gibi sınırlama sebepleri yer almamaktadır. Anayasa Mahkemesi geçmiş uygulamalarında genel ahlak ve genel sağlık gibi sınırlama sebeplerini kamu düzeni ve kamu yararı içerisinde değerlendirerek kavramların kapsamını genişletmiştir. Ahlaki konulara ilişkin olarak farklı bakış açıları da değerlendirildiğinde Anayasa'nın 26. maddesinde bu sınırlama sebebine yer verilmemesi olumlu olarak görülmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin madde metninde yer almayan sınırlama sebebinin diğer sınırlama sebebine ilişkin kavramın içerisinde değerlendirilmemesi ifade özgürlüğünün lehine olacaktır³¹. Burada ifade edilmek istenen sınırlama sebeplerinin geniş bir şekilde yoruma tabi tutulmaması gerektiğidir. Sınırlama sebepleri genişletici yorum ilkesine bağlı kalınarak yorumlanırsa insan haklarının korunması ve uygulanmasını sağlamaya yönelik olarak işlevi bulunan anayasalar işlevlerini yerine getiremeyeceklerdir. Metinlerde ifade edilen sınırlama sebepleri daraltıcı bir şekilde yoruma tabi tutulmalı, kavramın içeriği genişletilmemelidir.

Şeref ve itibarın korunmasına ilişkin olarak hakka dair yorum yaparken Anayasa Mahkemesi kişilere göre koruma kapsamını farklı değerlendirmektedir. Sade vatandaşlar söz konusu olduğunda geniş yorumlanırken, siyasetçiler söz konusu olduğunda şeref ve itibarın korunması hakkına ilişkin alan daralmakta, ifade özgürlüğü daha ağır basabilmektedir³². Anayasa Mahkemesi'nin bu yaklaşımı ile kanaatimizce bir hakka ilişkin yorum yapılırken dengeleme unsuru ve tarafların menfaati gözetilerek yorum yapılmakta olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Şeref ve itibar hakkı noktasında sade vatandaşların hakkının korunması noktasında daha kapsamlı bir değerlendirmede bulunulurken siyasetçilerin eleştiriye açık olmaları gerekliliği de gözetilerek ifade özgürlüğü hakkı ile dengelenmesi sağlanarak daha dar bir şekilde yorum yapılmaktadır. Sadece iki hakka ilişkin olarak birbirlerine

³¹ Karan, U., *İfade Özgürlüğü*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2, Avrupa Konseyi 2018, s. 137.

³² Karaçam, S.S., "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Özel Yaşama Saygı Hakkı Kapsamında Şeref ve İtibarın Korunması", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 37, Sayı 2, Aralık 2020, s. 118; Arslan Öncü, G., *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-8, Avrupa Konseyi 2019, s. 95.

üstünlüğü kıyası değil aynı zamanda bu hakları kullanan bireylerin subjektif değerleri de göz önüne alınarak değerlendirilmede bulunmaktadır.

B. DİNAMİK YORUM

Dinamik yaklaşım anayasal yapıların dinamiğini, onları kuran ilişkilerin sistemini kavramaya çalışarak toplumların yapılarını, anlaşmazlıklarını ve problemleri dikkate alır. Dinamik yorum anayasayı evrimsel ve dinamik bir yapı ve haklar şartı olarak ortaya koyar. Dinamik yorum sayesinde anayasada mevcut olan anayasayı oluşturan haklar gelişmeye ve genişlemeye devam eder³³. Evrimsel yorum, özerk kavramlar doktrini ile pozitif yükümlülükler doktrini (devletin temel amacının temel hak ve hürriyetleri sınırlayan engelleri kaldırarak bunları gerçekleştirme yükümlülüğüne) ve temel hakların yatay etkisi (temel hakların özel kişiler arası ilişkileri de düzenlediği ve özel hukuk ilişkilerine uygulanması gerektiği düşüncesi) yorum araçları ile genişletici yorum faaliyeti gerçekleştirilmektedir. Ve bu araçlar son yıllarda ulusal hukuklarda önemli hale gelmişlerdir. Yorumsal ilkelerin hangilerinin mahkeme kararında tek tek kullanıldığının belirtilmesi mahkemelerin bu yorum ilkeleri ile bağlanması anlamına geleceğinden mahkemelerin hangi yorum ilkelerini benimsediklerini tek tek kararlarında belirtmeleri güçtür³⁴.

İnsan haklarına saygı yükümlülüğünün kapsamı belirlenirken ilişkili olunan her bir hak ve özgürlüğün kapsamının tespit edilmesi gerekmektedir. Bu açıdan bakıldığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yaşayan bir organizma olduğu değerlendirildiğinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından Sözleşme'nin dinamik bir şekilde yorumlandığı ifade edilebilir³⁵.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi incelediği davalarda kavramları yorumlarken somut olayın özelliklerini, günün koşullarını birbirlerinden ayrı olmak suretiyle değerlendirerek kavramlara anlam yüklemektedir. Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin üçüncü maddesi kapsamında incelenen işkence kavramını değerlendirirken mevcut olayın şartlarını, meydana gelen zararı, bırakılan izleri ve dönemin koşullarını ayrı ayrı değerlendirerek işkence kavramına dair farklı nitelendirmelerde bulunmaktadır³⁶. Bu durum Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin dinamik yorum anlayışını kullanarak bazı kavramları genişletici yorum ilkesine bağlı kalarak yorumladığı göstermektedir. Mahkeme, değerlendirme yaparken bir kavramın sadece normun yazıldığı dönemdeki anlamını değil değişen ve gelişen şartlara bağlı olarak somut olayın gerçekleştiği ve normun uygulanacağı dönemdeki durumları da göz önüne alıp kavramlara anlam yüklemektedir.

³³ Kaya, s.37.

³⁴ Erdoğan, M., s. 81.

³⁵ Yanık, s. 1146.

³⁶ Dursun, G., *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İşkence Yasası ve İşkenceyi Etkili Biçimde Soruşturma Yükümlülüğü*, Seçkin Yayıncılık 1. Baskı, Ankara 2018, s. 26.

Somut olayın koşullarına göre Anayasa'nın yorumlanması durumunda yasa koyucunun subjektif iradesi değil Anayasa'nın somut olayın koşullarında objektif bir anlam verilerek yorumlanmasına çalışılmaktadır. Somut olayın koşullarına göre yorum yapılırken statik değil dinamik yorum anlayışı gereklidir. Yorum yapılarak normun yeni kullanım şekli ve hakkın norm alanına dahil olup olmadığı hususu değerlendirilir³⁷. Dinamik şekilde hareket edilmesi gerektiğinden kasıt güncel şartlar ve durumlar gözetilerek hareket edilmesi gerekliliğidir. Normun yazıldığı zaman dilimi ile uygulandığı zaman dilimi arasında farklılıklar mevcut olabilir. Normun amacı belirlenip somut uyumsuzluğun olduğu zaman içerisinde nasıl uygulanacağı belirlenmelidir. Yorum yöntemleri kullanılarak bu belirleme sağlanmalıdır. Güncel şartlar değerlendirilip normun amacı da gözetilip uygulama alanı oluşturulsa da bu oluşturulan alanın normun kapsamı içerisinde olması gerekmektedir.

C. GENEL VE İSTİSNA HÜKÜMLERİNİN YORUMLANMASI

Genişletici yorum, kaidelere yani kurallara uygulanmaktadır. Arızı olan yani istisnai hükümlere genişletici yorum kullanılması uygun olmayacaktır. Anayasa'nın değiştirilmez maddelerini ifade eden ancak değiştirilemeyeceğine dair hüküm bulunmayan 4. maddesinin değiştirilemez nitelikte olup olmadığına ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi değerlendirmede bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin 5 Haziran 2008 tarihli 2008/16 esas 2008/16 karar sayılı kararında 4. maddenin kendisinin de değiştirilemez bir madde olduğuna karar verilmiş ve istisna bir hüküm genişletici yoruma tabi tutulmuştur³⁸.

Genel hüküm ve istisna hükümlerinin nasıl yorumlanacağına ilişkin olarak Gözler makalesinde bir örneğe değinmiştir. Anayasa'nın 152. maddesinin ilk fıkrasında Anayasa'ya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi düzenlenmiştir. Maddenin son fıkrasında "*Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz*" düzenlemesine yer verilmiştir.. Bahsedilen son fıkra istisnai hüküm olup dar yorumlanması gerekmektedir. Bu fıkrada ifade edilen ibareler dar yorumlanarak değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Fıkradaki kanun ibaresinden sadece kanunlar anlaşılmalı kanun hükmünde kararname bu kapsamda değerlendirilmemelidir. Çünkü genel hükümler genişletici yoruma tabi tutulabilirken istisna hükümler dar şekilde yorumlanmalıdır³⁹. Kanun hükmünde kararname de kanun değerindedir. Ancak istisnai hükümlerin dar yorumlanması gerektiği göz önüne alındığında bahse konu karardaki normun istisna niteliğinde olduğu da değerlendirilerek kanun kavramı içerisinde kanun hükmünde kararname dâhil edilemez.

³⁷ Eren, A., "Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri", *Anayasa Yargısı*, Sayı 33, Yıl 2016, s. 253.

³⁸ Gözler, "Yorum İlkeleri", s. 63.

³⁹ Gözler, "Yorum İlkeleri", s. 63, 64.

Anayasa'nın 123. maddesinde idarenin kuruluş ve görevleri ile bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği ifade edilmiştir. Bu nedenle idarenin ve idarenin görevlerinin düzenlenmesinin kanuni düzenleme ile mümkün olduğu, kanun dışında başka herhangi bir düzenleme ile gerçekleştirilemeyeceği ifade edilebilir. Ancak Anayasa'nın 106. maddesinin 11. fıkrasında bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasının Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile mümkün olduğu belirtilmiştir. Bahse konu bu hüküm istisna hüküm niteliğindedir. Genel hüküm Anayasa'nın 123. maddesinde de ifade edildiği gibi düzenlemelerin kanun ile yapılmasıdır. İstisna hüküm niteliğinde olan hüküm Anayasa'nın 106. maddesinin 11. fıkrasında ifade edildiği şekilde bazı alanlarda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlemenin yapılabileceğidir. İstisna hükümlerin dar yorumlanması ilkesi gözetildiğinde bakanlıkların teşkilat birimlerinde çalışan kamu görevlilerinin özlük haklarına ilişkin düzenlemelerin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile yapılmasının mümkün olmadığı ifade edilebilir. İstisna niteliğinde olan Anayasa'nın 106. maddesinin 11. fıkrası dar şekilde yorumlanmalı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenleme yapılacak hususların sınırlı olduğu kabul edilmelidir. Aksi durum olan kamu görevlilerinin özlük haklarına ilişkin hususların Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenebileceğini kabul etmek Anayasa'ya uygun olmayacaktır⁴⁰.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde askıya alınabilen ve sınırlanabilen çeşitli haklar bulunmaktadır. Bu haklardan birisi de kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını düzenleyen 5. maddedeki özgürlük ve güvenlik hakkıdır. İlgili maddenin birinci fıkrasında kişinin hürriyetinden mahrum bırakılmasına sebep olan altı neden belirtilmiş olup bu altı neden dar bir şekilde yorumlanmalıdır. Dar yorum metodunun uygulanması kişinin hürriyetinden mahrum bırakılmasını engelleyecek, bununla beraber bu nedenlerin geniş yorumlandığında ortaya çıkacak olan kişinin keyfi bir şekilde hürriyetinden yoksun bırakılmasının önüne geçilecektir⁴¹. Özgürlüklerin asıl başka bir deyişle genel, sınırlamaların ise istisnai nitelikte hükümler olduğundan bahsedilebilir. Kişilere tanınan hakları sınırlayan istisna nitelikteki hükümlerin hakkın kuruluş amacının gerçekleşmesi, özgür ortamın sağlanması açısından dar bir şekilde yorumlanması gerekmektedir.

Genel hükümler genişletici yoruma tabi tutulurken istisnai hükümler dar yoruma tabi tutulmalıdır. İstisnanın istisnası niteliğinde olan hükümler de genel kural anlamı taşıdığı için genişletici yoruma tabi tutulmalıdır⁴².

⁴⁰ Yelken, H., *Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Denetimi*, Seçkin Yayıncılık 1. Baskı, Ankara 2022, s. 109, 110.

⁴¹ Kıvanç, Ü., "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Sınırlamanın Dar Yorumu İlkesi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2020, Cilt 17, Sayı 2, s. 605.

⁴² Gözler, "Yorum İlkeleri", s. 65.

D. YETKİYE DAİR HÜKÜMLERİN YORUMLANMASI

Anayasal organların yetkisiz olması asıl iken yetkili olmaları istisnadır. Anayasal organların yetkili olmaları istisna olduğu için bu istisnalar yorum yoluyla genişletilemez ve dar şekilde yorumlanmaları gerekmektedir⁴³.

Yorum ilkeleri kapsamında yetkinin dar hürriyetin ise geniş yorumlanacağı ilkesi mevcuttur. Devlet organlarının yetkileri yorumlanırken dar yorumlanmalı bireylerin hak ve hürriyetleri yorumlanırken ise geniş yorum uygulanmalıdır. Bir kişinin hürriyete sahip olup olmadığı noktasında tereddüt mevcut ise o kişinin o hakka ve hürriyete sahip olduğu kabul edilmelidir. Bu ilkenin sebebi kişinin hür olmasının asıl kişiye devletin müdahale edebilmesinin ise istisna olmasıdır⁴⁴.

Hakka yönelik olarak müdahalelerde idarenin ve yargı organlarının meşru amaç unsurunu genişletmemesi gerekmektedir. Meşru amaç müdahaleyi gerçekleştiren makamlarca açık bir çek niteliğinde görülmemeli bu amaçla müdahalede bulunan makamın ispat yükü altında olduğunun kabulü gereklidir⁴⁵. Kişiyeye tanınan hakkın geniş yorumlanması, devletin müdahalesi ve diğer müdahalelere sebep olan sınırlama sebeplerinin ise dar yorumlanması gerekmektedir. Bireyin korunması hususu göz önüne alındığında haklar ve sınırlama sebepleri yorumlanırken bu şekilde hareket edilmelidir.

E. AYNALAMA PRENSİBİ VE DİYALOGCU YAKLAŞIM

Ulusal mahkemeler genişletici yorum yaparken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin belirlediği standartların altına düşmemeli ve karar verirken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin standartlarını göz önünde bulundurmalıdırlar. Bu prensip aynalama prensibi olarak ifade edilmektedir. Bir diğer prensip ise diyalogcu yaklaşımdır. Diyalogcu yaklaşıma göre ulusal mahkeme karar verirken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararını ve standardını birebir uygulamak zorunda olmayıp çeşitlendirmenin de mümkün olması gerektiğini savunmaktadır. Ulusal mahkemelerin gerekçesini ortaya koyarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadından ayrılabilmesi belirtilmiştir. Ancak diyalogcu yaklaşım fikri de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının dikkate alınmayacağı anlamına gelmemektedir. Aynalama prensibi genişletici bir çaba olarak başlamış diyalogcu yaklaşım ise tam tersi sonuç doğuran bir prensip olmuştur. Her ne kadar başlangıçta bu husus bu şekilde düşünülüp Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadı noktasında şüpheli yaklaşımın geniş yorumlamayı olumsuz etkilediği düşünülse de ulusal mahkemelerin uygulayıcıları diyalogcu yaklaşım ile kendi

⁴³ Gözler, "Yorum İlkeleri", s. 78.

⁴⁴ Gözler, "Yorum İlkeleri", s. 80.

⁴⁵ Karan, U., *Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-3, Avrupa Konseyi 2018, s. 140.

ulusal hukuklarındaki temel hakları geniş yorumlama sorumluluğunu üstlenmişlerdir. Süreç içerisinde diyalogcu yaklaşım Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yorumuna direnen temel hakları çeşitlendiren ve somutlaştıran bir diyalog sürecine evrilmiştir⁴⁶. Aynalama prensibi genişletici yorum uygulanırken kullanılan araçlardan birisidir. Aynalama prensibinde Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin sözleşmeyi yorumladığı ve uyguladığı içtihatlardan yararlanarak kapsamı belirlerken bu içtihatları göz önünde bulundurup uygulayacağı normu genişleterek yorum yapmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin aynalama prensibinden yararlanarak genişletici yorum ilkesine bağlı kalarak vermiş olduğu bireysel başvuru kararları bulunmaktadır. Bunlardan birisi Anayasa Mahkemesi Güher Ergun ve Tosun Tayfun Ergun 2012/12 başvuru numaralı bireysel başvuru kararında⁴⁷ başvurucular hukuk davalarının henüz ilk derece mahkemesinde karara bağlanmamış olması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Bu kararda Anayasa Mahkemesi adil yargılanma hakkının kapsamını belirlerken genişletici yorum ilkesine başvurmuş, aynalama prensibinden yararlanmıştır. Sözleşme'nin 6. maddesinde adil yargılanma hakkı düzenlenmiştir. Bu madde kapsamında kişinin adil yargılanma hakkı kapsamında olan alt hakları belirlenmiş olup bağımsız mahkemede yargılanma hakkı, tanık dinletme hakkı gibi haklar açıkça ifade edilmiştir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi silahların eşitliği, çelişmeli yargılama hakkı gibi hakları zımni unsur olarak kabul edip genişletici yorum yaparak adil yargılanma hakkının kapsamına dahil etmiştir. Anayasa Mahkemesi de aynalama prensibinden yararlanmış yorum yaparken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadında belirlediği unsurları göz önüne almıştır. Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının kapsamı içerisine açıkça düzenlenmeyen çelişmeli yargılama, silahların eşitliği gibi prensipleri Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadı ve yorumundan yararlanarak adil yargılanma hakkının kapsamına dahil etmiştir. Kararda "42. Sözleşme metni ile AİHM kararlarından ortaya çıkan ve adil yargılanma hakkının somut görünümleri olan alt ilke ve haklar; esasen Anayasa'nın 36. maddesinde yer verilen adil yargılanma hakkının da unsurlarıdır. Anayasa Mahkemesi de Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca inceleme yaptığı birçok kararında, ilgili hükmü Sözleşme'nin 6. maddesi ve AİHM içtihadı ışığında yorumlamak suretiyle, gerek Sözleşme'nin lafzi içeriğinde yer alan gerek AİHM içtihadıyla adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil edilen ilke ve haklara, Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında yer vermektedir.

43. Somut başvurunun dayanağını oluşturan makul sürede yargılanma hakkı da yukarıda belirtilen ilkeler uyarınca adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil

⁴⁶ Erdoğan, M., s. 193, 197.

⁴⁷ AYM, Bireysel Başvuru Kararı, Güher Ergun ve Tosun Tayfun Ergun Başvurusu, T. 17.09.2013, Baş. No: 2012/12, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, E.T. 09.11.2011.

olup, ayrıca davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğunu belirten Anayasa'nın 141. maddesinin de Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği, makul sürede yargılanma hakkının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır." düzenlemesine yer verilmiştir.

Küreselleşmenin etkisiyle karşılaştırmacılığın özünde yatan ana düşüncelerden küresel diyalog dünyada insan haklarının geniş yorumlanması sonucunu ortaya çıkarmıştır. Anayasa hukukunda temel ilke olan insan onuru, eşitlik, özgürlük, hukuk devleti, demokrasi gibi kavramlar uluslararası toplumun üzerinde anlaştığı değerlere göre şekillenmektedir. Küresel sistem içerisinde yer alan devletler yaşayan ve evrime uğrayan kavramları diyalog yoluyla geliştirerek insan haklarının geniş yorumlanmasını sağlamaktadırlar⁴⁸.

Diyalogçu yaklaşımda farklı mahkemelerin kararları ve farklı normlar göz önünde bulundurularak değerlendirmede bulunulur. Anayasal ödünç almada da bu yönden diyalogçu yaklaşım gibi hareket edilerek farklı mahkemelerin normları ve kavramları yorumlamaları sonucu ortaya çıkan kararlardan yararlanılmaktadır. Anayasal ödünç alma ile ifade edilmek istenen anayasa hukuku ve temel haklara ilişkin olarak yorumlanması gereken kavramların, normların ve uygulamaların küresel sistem içerisinde yer alan ulusal anayasa mahkemeleri düzleminde birbirleriyle etkileşim içerisinde olmaları ve yargısal diyalog faaliyetini yerine getirmelidir. Anayasal ödünç almada ulusal mahkemelerin yargıçları başka mahkemelerin kararlarını bu kararlardaki yaptığı yorumlar ve uygulanan normları da değerlendirerek yorum anlayışını da göz önüne alıp temel hakları en geniş yorumlayabileceği mahkemeyi seçme özgürlüğüne sahiptir⁴⁹. Bir başka ifade ile anayasal ödünç alma ile yargıç diğer tüm ulusal mahkemelerin değerlendirmelerini göz önüne alıp temel hakkı en geniş bir şekilde yorumlayıp uygulayabileceği muhakemeyi seçmektedir.

F. ÖZERK KAVRAMLAR DOKTRİNİ VE EVRİMSSEL YORUM

Özerk kavramlar doktrini, bir hukuki kavram yorumlanırken Mahkeme'nin kavrama verdiği anlamın ulusal hukukta kavrama yüklenen anlamdan farklı olabileceğini ifade eder⁵⁰. Mahkeme ile ifade edilen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'dir. 1980'li yıllar boyunca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, evrimsel yorum ve özerk kavramlar doktrini ile geliştirdiği temel hak ve özgürlükleri genişletici yorumunu korumaya çalışmıştır⁵¹. Sözleşmenin dönemin şartlarına göre yorumlanması gerektiği ve bulunan zaman dilimindeki uygulamasının farklı olabileceği de evrimsel yorumun gereğidir.

⁴⁸ Topukcu, s. 220.

⁴⁹ Topukcu, A., *Mahkemeler Arası Etkileşim ve Yargısal Diyalog*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, s. 88.

⁵⁰ Erdoğan, M., s. 45.

⁵¹ Erdoğan, M., s. 47.

Özerk yorum kavramı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin maddelerinin ayrı bir okumaya konu olması gerekliliğini ifade eder. Sözleşme'de kullanılan terimlerin iç hukuktaki anlamlarından bağımsız oldukları belirtilir. Sözleşme'nin konu ve amaca bağlı olarak yapılan yorumunun da bir gerekliliği olarak özerk yorum ortaya çıkmıştır. Sözleşme'nin hükümleri ve terimleri, Sözleşme'nin kendi bağlamında, kendi sistem ve amaçlarına referans ile yorumlanacaktır. Bu anlamda bakıldığında, özerk yorum sistematik veya teleolojik görüşlere dayanıyor denilebilir⁵². Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kavramlara anlam yüklerken taraf devletlerin iç hukukunda mevcut olan anlamlardan farklı bir anlam verebilmesi özerk kavramlar doktrininin gereğidir. Başka bir ifade ile mahkeme bir kavrama anlam yüklerken taraf devletin yüklediği anlamdan farklı bir anlamı ortaya koyması, sözleşme hukuku bağlamında özerk anlama sahip olabilmesi özerk kavramlar doktrininin gereğidir⁵³.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin dinamik ve evrimsel yorum yaklaşımının sonucunda özerk kavramlar doktrini ortaya çıkmıştır. Mahkeme Sözleşme'de yer alan terim ve kavramları yorumlarken iç hukuktaki düzenlemelerden ayrılmış kendisini bu düzenlemelere bağlı görmeyerek günün koşullarına göre anlamı belirlemeye çalışmıştır. Mahkeme'ye göre iç hukuk düzenlemelerine bağlı kalmak gelişen ihtiyaçlara cevap verme noktasında sorun teşkil edebilir. Bu sebeple Mahkeme Sözleşme'deki özerk kavramlara devletlerin getirmiş olduğu tanımlamaların ötesinde değere sahip olarak değerlendirmiş, iç hukuktaki kavramların başlangıç noktasından öte anlam ifade etmediğini değerlendirilmiştir⁵⁴. Örneğin Mahkeme haberleşme özgürlüğüne ilişkin olarak iç hukuktaki haberleşme kavramları ile yetinmeyerek günün koşullarında mevcut olan haberleşme unsurlarını göz önüne alıp Sözleşme'yi değerlendirip özerk kavramı iç hukuklardan bağımsız olarak değerlendirdiğinde dinamik ve evrimci yorum yaklaşımının da etkisiyle özerk kavramlar doktrini göz önüne alarak yorumlanmış olacaktır.

Dinamik ve evrimci yorum yaklaşımının doğal sonucu olarak özerk kavramlar doktrini oluşmuştur. Diğer bir ifade ile otonom kavramlar doktrini ortaya çıkmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin mülkiyet hakkı kavramını otonom bir kavram olarak göreyek ekonomik değerlere sahip pek çok mal varlığının değe-

⁵² Yılmaz, M.Ş., *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Yorum Yöntemleri*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul 2010, s. 88, 90.

⁵³ Keskin, E., "AİHM'nin Türkiye Hakkında İfade Hürriyetine İlişkin Verdiği Kararlarda Takdir Marjı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 69, Sayı 3, Yıl 2020, s. 1393; Harris, D.J., / O'boyle, M., / Bates, E. P. / Buckley, C., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku* (Çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı/Ulaş Karan), Avrupa Konseyi, Ankara 2013, s. 17.

⁵⁴ Salihpaşaoğlu, Y. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Aile Hayatına Yüklediği Anlamın Toplumsal Cinsiyet Açısından Değerlendirilmesi", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, <http://www.kadinvehukuksempozyumu.com/bildiri/zeti/Ya%C5%9Far%20Salihpa%C5%9Fao%C4%9Flu.pdf>, E.T. 29.11.2021.

rini kapsayacak şekilde genişletme eğiliminde olması genişletici yorum ilkesinin kullanıldığını göstermektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sadece taşınır ve taşınmaz malları değil patent hakkı girişim özgürlüğü gibi birçok hakkı da mülkiyet hakkı kavramı içerisine değerlendirip geniş bir şekilde yorum yapmaktadır⁵⁵.

Anayasa Mahkemesi sendikal hakları ilişkin olarak verdiği bireysel başvuru kararında genişletici yorumu sağlamaya yönelik olarak bir araç olan özerk kavramlar doktrinini kullanmıştır. Mahkeme kararında⁵⁶ “*Sendika hakkı, örgütlenme özgürlüğünün bir parçasını oluşturmaktadır. Bu hak, mensuplarının menfaatlerini korumak üzere yapılan sendikal faaliyetlere izin verilmesini de gerektirmektedir. Bu çerçevede her ne kadar ayrı bir hak grubu teşkil etmeseler de grev ve toplu sözleşme hakkı, üyelerinin menfaatlerini korumak için sendikaların kullanabileceği en önemli yollardandır*” düzenlemesine yer verilmiştir. Grev ve toplu sözleşme hakkı bireylere tanınmış haklardandır. Sendika hakkı örgütlenme özgürlüğü olarak değerlendirilmektedir. Özerk kavramlar doktrininden yaralanılarak sendika hakkının kapsamı, sendikaların kullanabileceği yollar genişletilmiş bireye ait olan grev ve toplu sözleşme hakkının sendikalar tarafından kullanılabilmesi tespit edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi iç hukuktaki bir kuralı veya önlemi yorumlarken bunun Anayasa'nın konusu ve amacı ile uyumlu olup olmadığını göz önüne alarak yapmaktadır. Mahkeme gerçekleşen hukuki işlem ve eylemlerin Anayasa hükümlerinin amacı ile bağdaşır bağdaşmadığını inceleyerek yaşayan belge değerlendirmesi niteliğine de eğimli olduğunu göstermektedir. Anayasa Mahkemesi bu tavrıyla, genişletici yorum ilkesinin araçlarından olan evrimsel yorumu benimsemeye yönelik olduğunu göstermektedir⁵⁷.

Özerk yorum, dinamik yorum, orantılılık ve dengeleme gibi yorum ilkeleri insan hakları alanında en çok başvurulan ilkelere dir. Dinamik yorum ile amaçlanan uygulayıcının önüne gelen bir kavramın zamanın şartları ve özüne uygun bir biçimde yorumlanmasıdır⁵⁸. Oluşturulmuş olan anayasalar ve diğer hukuki metinler günün şartları ve insan haklarının anlayışı zaman içerisinde değiştiğinde değişime tabi tutulmalıdır. Günün şartlarına ve insan haklarına uygun olmayan anayasalarda kısa zaman aralıklarıyla devamlı bir şekilde değişim yapılması ihtiyacı ortaya çıkmakta, bunun zorluğu da gözetildiğinde bunun yerine temel hak ve özgürlüklerin yorumlanmasında özgürlükçü bir yorum anlayışının benimsenmesi

⁵⁵ Tabak, B., *Mülkiyet Hakkı ve Anayasa Mahkemesi'nin Mülkiyet Hakkına Bakışı*, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ağustos 2016, s. 60.

⁵⁶ AYM, Bireysel Başvuru Kararı, Kristal-İş Sendikası Başvurusu, T. 02.07.2015, Baş. No: 2014/12166, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, E.T. 06.11.2011.

⁵⁷ Erdoğan, M., s. 207.

⁵⁸ Hazar, Z., *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması*, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Haziran 2021, s. 36.

gerekmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin esas uygulayıcısı olan yargı mercileri özgürlükçü yorumlarda bulunarak temel hak ve özgürlükleri günün şartlarına uygun olarak değerlendirebileceklerdir⁵⁹.

III. ANAYASA MAHKEMESİ VE UYGULAMADA GENİŞLETİCİ YORUM

A. ANAYASA MAHKEMESİ VE SİYASİ PARTİ KAPATMA UYGULAMASINDA GENİŞLETİCİ YORUM

1982 tarihli Anayasamızın 69. maddesinde siyasi partilerin uyacakları esaslar düzenlenmiştir. Maddenin 4. Fıkrasında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından açılan dava üzerine siyasi partilerin kapatılmasının Anayasa Mahkemesince kesin olarak karara bağlandığı ifade edilmiştir. Maddeden de anlaşılacağı üzere Anayasa Mahkemesi'nin görevlerinden birisi de siyasi parti kapatma davalarını karar bağlamaktır. Anayasa Mahkemesi siyasi parti kapatma davalarını incelerken uygulanacak normları belirleme esnasında yorum yöntemlerinden ve ilkelere faydalanmaktadır. Genişletici yorum ilkesi de Anayasa Mahkemesi'nin faydalandığı ilkelerden birisidir.

Anayasa Mahkemesi 1984/1 E. 1984/1 K. Sayılı siyasi parti kapatma davası kararında⁶⁰, davacı Cumhuriyet Başsavcılığı, davalı Doğru Yol Partisi'nin 2820 sayılı Kanun'un 96/2 ve 97. maddelerine aykırı davrandığı gerekçesiyle kapatılmasına karar verilmesi istemi karara bağlanmıştır. Mahkeme, 2820 sayılı Kanun 96/2. maddesine göre değerlendirmede bulunmuştur. 96. maddenin 2. fıkrasında *“kurulacak siyasi partiler kapatılan siyasi partilerin devamı olduklarını beyan edemez ve böyle bir iddiada bulunamazlar”* düzenlemesine yer verilmiştir. Anayasa Mahkemesi beyan etmek ve iddiada bulunmak kavramına ilişkin olarak tanımlara yer vermiş, beyan etme ve iddia ile ne ifade edildiğini ortaya koymuştur. Mahkeme lafzi yorum yöntemini kullanmış bununla beraber iddia etmek ve beyan etmek ile ilişkili olarak değerlendirilebilecek nitelikte olan ima, telmih, izlenim, telkin gibi kavramları da incelemiştir. Ceza kanununun farklı maddelerindeki ima, telmih gibi kavramların yer verildiği maddeler incelenmiştir. Mahkeme, siyasi partinin hukuki varlığına son vermek amacıyla açılan bir davada 96. maddenin 2. fıkrasındaki beyan ve iddiadan imaj yaratmak, izlenim bırakmak gibi durumların anlaşılmasını gerektirdiğini 1984/1 E. 1984/1 K. Sayılı siyasi parti kapatma davası kararında belirtmiştir. Beyan ve iddia ifadelerinin geniş yorumlanmak suretiyle imaj yaratmak, izlenim bırakmak gibi durumları ortaya çıkarmasının olanaksız olduğu belirtilmiştir. Bununla beraber Mahkeme kanunsuz

⁵⁹ Yıldırım, Y., *Türk Kamu Hukukunda Bilim ve Sanat Hürriyeti ve Uygulamaya Yansımaları*, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya 2019, s. 40.

⁶⁰ AYM, Siyasi Parti Kapatma Kararı, T. 28.09.1984, E. 1984/1, K. 1984/1, <https://siyasilpartikararlar.anayasa.gov.tr/SP/1984/1/1, E.T. 12.12.2021>.

suç olmaz ilkesi gereğince yasada yasak eylemin açıkça belirtilmesi gerektiğini genişletici yorum ile sınırların aşılmasının mümkün olmadığını ifade etmiştir. Mahkeme değerlendirmede bulunurken sınırlayıcı nitelikte, yaptırıma bağlanmış olan ifadelerin geniş yorumlanmasının mümkün olmadığını ifade etmiştir.

Siyasi partilerin varlıklarını sürdürmesi demokrasi açısından kaçınılmaz bir gereksinimdir. Siyasi parti kurulması ve siyasi partilerin varlıklarını sürdürmeleri özgürlüklerin korunması demokratik hayat açısından vazgeçilmezdir. Sınırsız şekilde kullanılamayacak olunan bu özgürlüğün bazı durumlarda sonlandırılması mümkündür. Diğer bir ifadeyle yasaklanmış olan eylemler gerçekleştirildiği takdirde siyasi partilerin varlıklarına son verilebilir. Ancak siyasi partilerin varlıklarını sürdürmelerinin kural, özgürlük ve kapatılmalarının istisna, sınırlama olmaları nedeniyle siyasi partilerin kapatılmaları söz konusu olduğundan sınırlayıcı kavramların dar şekilde yorumlanması gerekmektedir. Yukarıda açıklanan 1984/1 E. 1984/1 K. Sayılı siyasi parti kapatma davası kararında Anayasa Mahkemesi siyasi partinin kapatılmasına neden olacak kavramların dar yorumlanması gerektiğini belirtmiş özgürlüğü temel alacak şekilde yorum yapmıştır. Yaptırıma bağlanmış olan bir kavramın kendisinin geniş yorumlanmak sureti ile lafzını aşar nitelikte ortaya konulması, diğer bir ifade ile genişletici yorum yapılarak yaptırım alanının genişletilmesi hukuka uygun olmayacaktır. Sınırlayıcı nitelikte olan kavram geniş yorumlanmış olsaydı siyasi partinin varlığını sürdürmesi noktasında özgürlüğü sınırlayıcı şekilde hareket edilmiş olurdu. Siyasi partilere dair özgürlüklerin korunması ve özgürlükleri sınırlayıcı şekilde hareket edilmesi demokratik hukuk devletinin gereklerine uygun olmayacağından belirtilen nedenlerden ötürü Anayasa Mahkemesi'nin kararına katılmaktayız.

B. ANAYASA MAHKEMESİ VE NORM DENETİMİ UYGULAMASINDA GENİŞLETİCİ YORUM

Anayasa Mahkemesi'nin görevlerinden olan norm denetimi diğer normların, en üst norm olan Anayasa'ya uygunluğunun incelendiği denetim türüdür. Bu denetimin ön koşulu, yorum faaliyeti uygulanacak olan Anayasa normunun anlamını ortaya koyarak oluşturulur. Anlamı tam olarak açık olmayan Anayasa normunun açık ve anlaşılır hale getirilmesi yani yorumlanması norm denetiminde ön koşuldur⁶¹. Anayasa yargısında kullanılan belli başlı yorum yöntemleri arasında sözel yorum, sistematik yorum, tarihsel yorum, amaçsal yorum ve anayasaya uygun yorum norm denetimine ilişkin davalarda kullanılmaktadır. Bu yöntemler kullanılarak normun açık ve anlaşılır hale gelmesi sağlanmaktadır. Normun gâyesini yani amacını ortaya koymaya çalışan kanun koyucunun belli bir zaman-

⁶¹ Gülener, S., "Bireysel Başvuru ve Anayasal Denetimde Anayasal Yorum: Anayasa Yargısı Sistemini İki Farklı Boyut Aracılığıyla Anlama", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl 2014, Cilt 30, Sayı 1, s. 312.

daki iradesini değil de zaman faktörünü göz önüne alarak gerçek anlamını ortaya koymaya çalışan yorum yöntemi amaçsal yorum yöntemidir. Diğer bir ifade ile gaye, nesnel, teleolojik, objektif yorum yöntemi olarak da adlandırılır. Anayasa Mahkemesi kararında⁶² “*Hukukta yapılacak yorumlarda sözden çok öze önem verilmesi ve yorumda sözün özü belirtmeğe yarayan bir araç olduğunun kesinlikle göz önünde tutulması, çağdaş hukuk biliminin benimsendiği temel ilkelerdendir. Burada üniversite deyimini yorumlarken benimsediğimiz yol, öze de önem veren bir yol olmak bakımından üstün bir durumdadır; oysa yasaların yalnızca üniversite adı altında kurdukları kuruluşları üniversite saymak ve üniversite görevi yapan başka yüksek eğitim ve öğretim kurumlarını yalnızca üniversite adı altında kurulmadıkları için üniversite saymaktan kaçınmak, ancak söze ve kurumun kuruluş biçimine önem veren bir yorum olur bu da çağdaş yorum kurallarına uygun düşmez.*” düzenlemesine yer verilmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin kararda belirttiği yoruma katılıyoruz. Metnin sözünün önemsiz olmadığı aşıkardır. Fakat bir metnin özünü ortaya çıkarmak da uygulayıcıların görevleri kapsamındadır. Sırf lafızda yer almıyor diye düşünerek özündeki anlamın dışına çıkılması hak kayıplarının ortaya çıkmasına neden olacaktır. Ancak lafızda açık olan bir hususun da özü farklı denilerek değiştirilmesi hukuki güvenliği zedeleyeceği için uygulanmamalıdır.

Anayasa’da yer alan düzenlemeler yasama ve yürütme organları tarafından sınırlı bir şekilde uygulanırken yargı organları da bu sınırları aşmayacak şekilde uygulamada bulunmalıdır. Anayasaya uygunluk denetimi yapan yargı mercilerinin bu sınırlamalara uyması zorunludur. Uygulayıcılar anayasaya uygunluk denetimi yaparken yorumlama ve metne içerik kazandırılması faaliyetinde bulunmaktadır. Metinde yer alan genel ve soyut ifadeler uygulayıcılar tarafından somutlaştırarak sınırları belirlenmektedir⁶³.

1988 yılında Yükseköğretim Kanunu’nda değişiklik yapılarak dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla örtünmesi kız öğrencilerine serbest hale getirilmiştir. Bunun üzerine Anayasa Mahkemesi’ne başvurulmuş Anayasa Mahkemesi de 7 Mart 1989 tarihli 1989/1 Esas 1989/12 Karar sayılı kararında⁶⁴ düzenlemeyi Anayasa’ya aykırı bularak iptal kararı vermiştir. Sonrasında tekrar düzenleme yapılmış kanun ile türban veya örtü ifadelerine yer verilmeden yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafetin serbest olduğu vurgulanmıştır. İlgili kanun Anayasa Mahkemesi’nce iptal istemiyle incelendiğinde Anayasa Mahke-

⁶² AYM, Norm Denetimi Kararı, T. 12.01.1971, 1969/31 E. 1971/3 K., https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1971/3?Donemler_id=1&EsasNo=1969%2F31, E.T. 24.10.2021.

⁶³ Korucu, S., *Yargısal Aktivizm: Anayasa Sınırların Yargısal Yollarla Belirlenmesi Sorunu*, Seçkin Yayıncılık, 1.Baskı, 2014, s. 15.

⁶⁴ AYM, Norm Denetimi Kararı, T. 07.03.1989, 1989/1 E. 1989/12 K., <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1989/12?EsasNo=1989%2F1>, E.T. 08.05.2022.

mesi kanunun iptaline karar vermemiş ancak yasama iradesini geçersiz kılmasa da farklı bir anlam yükleyerek boyun ve saçların örtü veya türbanlı örtülmesini kanunla sağlanan serbestinin dışında tutulduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi ilgili kararda yasama iradesinin yüklediği anlamı aşacak nitelikte yorumlama faaliyetinde bulunmuş ve buna göre karar vermiştir. Yasama iradesi kılık kıyafet serbestisi açısından hangi kıyafetlerin veya ne kılıkta bulunulmanın serbest olduğunu belirtmemiştir. Başka bir ifadeyle sınır koymadan her türlü kılık ve kıyafetin yükseköğretim kurumlarında serbest olduğunu düzenlemiştir. Anayasa Mahkemesi 1989/1 E. 1989/12 K. Sayılı kararında yorum faaliyetinde bulunurken normun kapsamını belirlerken özgürlüğü geniş şekilde değerlendirmemiş, yasama iradesini geçersiz kılmasa da farklı bir anlam yükleyerek boyun ve saçların örtü veya türbanlı örtülmesini kanunla sağlanan serbestinin dışında tutulduğunu belirtmiştir. Yasama iradesi geçersiz kılınmasa da normun ulaşmak istediği serbestlik amacını kısıtlar şekilde başka bir ifadeyle normun kapsamını daraltır nitelikte yorumlamada bulunmuş eğitim hakkını kısıtlar şekilde karar vermiştir.

Belli yasama işlemleri yargı denetiminde bırakılmış işlemlerdir. Parlamento kararları bu işlemlere örnek olarak verilebilir. 1982 Anayasa'sındaki hükümlere göre belirli istisnalar dışında parlamento kararları Anayasa Mahkemesi denetimine tabi değildir. Ancak Anayasa Mahkemesi yargısal denetimi dışında bırakılmış olan bazı parlamento kararlarını eylemli içtüzük değişikliği niteliğinde görerek kendi denetim alanını genişletmiştir. Denetim alanını genişletilirken yorum yolunu kullanmış bu surette karar vermiştir⁶⁵.

Anayasa yargısı kurumunun siyasi iktidarın hukuk yoluyla sınırlanması yollarından biri olduğu kabul edilebilir. Bu kabul edildiğinde anayasa yargısını kullanacak olan uygulayıcıların birtakım ilkeler doğrultusunda karar alması gerekmektedir. Uygulayıcılar Anayasa'nın emredici hükümlerine aykırı karar veremezler ancak birden fazla anlama gelmesi söz konusu olduğunda uygulayıcıların bireysel özgürlükleri ve hakları genişletecek tercihlerde bulunması anayasa yargısının yukarıda belirtilen kabulü doğrultusunda bir tavır takındığı anlamına gelecektir⁶⁶.

Anayasa Mahkemesi 425 ve 430 sayılı kanun hükmünde kararnamelere ilişkin nitelendirmelerde bulunurken olağanüstü hâl durumunda çıkarılan kanun hükmünde kararnameleri incelerken yer ve zaman bakımından sınırlı olmak şartıyla olağanüstü halin gerekli kıldığı konuda çıkarıldığı takdirde hukuka aykırılığın olmadığı görüşündedir. Olağanüstü hâl döneminde çıkarılan kanun hükmünde kararnamenin olağanüstü halin gerekli kıldığı konuda çıkarılmış hükümler olarak nitelendirilmesi durumunda bu kuralın olağanüstü hâl kanun hükmünde

⁶⁵ Korucu, s. 150.

⁶⁶ Korucu, s. 160.

kararname kuralı niteliğinde olduğunu kabul etmektedir. Bu durumu incelediğimizde Anayasa Mahkemesi, yürütme organına olağanüstü hâl durumunda alınacak önlemler noktasında takdir yetkisi açısından geniş yorum uyguladığı kanaatine varılabilir. Mahkeme olağanüstü halin yer ve zaman bakımından sınırları içerisinde kalması şartıyla olağanüstü halin gerekli kıldığı önlemlerin tayininde yürütmenin sahip olduğu takdir yetkisini geniş yorumlama eğilimindedir. Mahkeme olağanüstü hâl durumlarında dönemin şartları gereği yürütme organının takdiri yetkilerinin olağan zamana göre genişlemesi, temel hak ve özgürlüklerin ise olağan zamana göre daha ileri ölçüde kısıtlanabilmesinin mümkün olduğunu belirtmiştir⁶⁷.

Anayasa Mahkemesi kararında⁶⁸ “... *Bu hükmü hukuk devleti ilkesi ile bağdaştırabilmek olanağı yoktur. Anayasa'nın 125. maddesinin yedinci fıkrası olağanüstü yönetimlerde yasanın yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlandırabileceğini belirtmektedir. Bu hükmün karşıt anlamından olağanüstü yönetim usullerinde dahi iptal davası açılmasını engellemeyeceği anlaşılmaktadır. Olağanüstü hâl bir keyfilik ve denetimsizlik yönetimi değildir. Olağanüstü yönetimlerde yetkili makamların yaptıkları bireysel ve düzenleyici işlemlerin idarî yargı denetimine bağlı olması gerektiğinden kuşku duyulamaz. Özgürlükçü demokratik düzeni benimsemiş ülkelerde bunun tersi düşünülemez. Ancak, bu madde 2935 sayılı Olağanüstü Hal Yasası'nda değil yalnızca Olağanüstü Hal Bölgesi için çıkarılmış olan 285 sayılı Olağanüstü Hal KHK'sinde değişiklikler yapmaktadır ve Anayasa'nın 121. maddesinin üçüncü fıkrasında çıkarılabileceği ve 148. maddesinde biçim ve öz yönlerinden Anayasa'ya aykırılığı saviyla Anayasa Mahkemesi'ne dava açılmayacağı öngörülen KHK kuralı niteliğindedir. Bu nedenle, bu maddeye yönelik iptal isteminin yetkisizlik nedeniyle reddi gerekir*” düzenlemesine yer verilmiştir.

Yukarıdaki bahse konu kararda Anayasa Mahkemesi olağanüstü halin gerekli kıldığı konu ile ilgili değerlendirme yaparken bu kavramı genişleten nitelikte bir yorum tarzını benimsemiştir. Bu olaydan en son Anayasa Mahkemesi olağanüstü halin gerekli kıldığı konu kavramını geniş yorumlamış kanun hükmünde kararnamenin Anayasa'ya aykırılığı noktasında yasama ve yürütme organına çağrıda bulunmakla yetinmiştir⁶⁹.

Anayasa Mahkemesi'nin olağanüstü dönemlerde yürütme organının serbest takdir alanına müdahaleden kaçınmaya özen gösterdiği ifade edilebilir. Olağanüstü dönemlerin zamanın koşulları ve şartlarına göre daha farklı olduğu değerlendiril-

⁶⁷ Öden, M., “Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi”, *AÜHFD*, Cilt 58, Sayı 3, Yıl 2009, s. 676.

⁶⁸ AYM, Norm Denetimi Kararı, T. 10.1.1991, E. 1990/25, K. 1991/1, AYMKD, Sayı 27 Cilt 1, s. 107-108.

⁶⁹ Öden, s. 681.

rilerek Anayasa'nın öngördüğü sınırlar içerisinde yürütme organının kanun hükmünde kararname çıkarmasına ve olağanüstü halin gerekli kıldığı somut önlemleri belirleme yetkisi noktasında Mahkeme yürütmeye olağan dönemlere nazaran daha geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Bu noktada Anayasa Mahkemesi'nin olağanüstü dönemlerde yürütmenin takdir yetkisi noktasında geniş yorumlama tekniğini kullandığı bahsedilebilir. Mahkeme yürütme organına müdahaleden kaçınmaya özen göstererek olağanüstü hâl rejimlerinin mahiyetine uygun düşecek nitelikte yaklaşım sergilemektedir⁷⁰.

Anayasa Mahkemesi norm denetimi kararında⁷¹ davanın niteliğine ilişkin olarak geniş yorum tekniğini kullanmış ve bu şekilde karar vermiştir. Karara konu olayda itiraz yoluna başvuran Sayıştay'ın birinci dairesidir. İl özel idaresi genel sekreteri ve il özel idaresi genel sekreter yardımcısına fazladan ek ödeme yapılması nedeniyle meydana gelen kamu zararının tahsili amacıyla düzenlenen raporun sonucunda yapılan yargılamada itiraza konu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine varan Sayıştay ilgili kuralların iptali için başvuruda bulunmuştur. Akabinde mahkemenin yaptığı değerlendirmede Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı kanunu 40. maddesine değinilmiş, bir davaya bakmakta olan mahkemenin o dava sebebiyle uygulanacak olan kanun veya kanun hükmünde kararname hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığı durumunda veya tarafların ileri sürmesi takdirinde ciddi olduğu kanısına varırsa iptal amacıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabileceği belirtilmiştir. Somut norm denetimi olarak adlandırılan bu yol itiraz yoludur. İtiraz yoluna sadece mahkemeler başvurabilir. Mahkeme sıfatına haiz olmayan kurumların bu yola başvurmaları mümkün değildir. Bahse konu kararda Anayasa Mahkemesi'nin 2010/202 E. 2010/207 K. 27/12/2012 tarihli kararına atıfta bulunulmuş yargısal faaliyet ve Sayıştay'ın bu açıdan konumuna ilişkin olarak değerlendirme yapılmıştır. Bu incelemeler sonucunda Sayıştay'ın kesin hükme bağlama görevi çerçevesinde verdiği kararların maddi anlamda kesin hüküm teşkil ettiği, kararın yargı kararı niteliğinde olduğu, Sayıştay'ın mahkeme niteliğini haiz bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır. Sonrasında Anayasa Mahkemesi dava kavramına ilişkin değerlendirmede bulunurken yukarıda da ifade ettiğimiz gibi geniş yorum tekniğini kullanmış ve değerlendirmede bulunmuştur. Kararda *"Anayasa'nın 152. maddesinde sözü edilen "dava" kavramının, özel usul kanunlarındaki anlamına bağlı kalınmaksızın, bir anayasa yargısı terimi olarak, anayasa yargısındaki işlev ve amacı gözetilerek yorumlanması gerekmektedir. Dava kavramı her usul hukuku dalında ayrı içerik ve şekillere büründüğünden, bunlardan birine bağlı kalınarak yapılacak tanım, diğer yargı kollarında görü-*

⁷⁰ Öden, s. 689.

⁷¹ Anayasa Mahkemesi, Norm Denetimi Kararı, T. 13.11.2014, 2014/172 E. 2014/170 K. Sayılı kararı, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2014/170?EsasNo=2014%2F172>, E.T. 06.11.2021.

len işlerin dava kavramının kapsamı dışında bırakılması riskini taşımaktadır. Bu durum, anayasa yargısının işleviyle bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla Anayasa'nın 152. maddesinde sözü edilen dava kavramının tüm yargı kollarında görülen işler göz önünde bulundurularak anlamlandırılması kaçınılmazdır.” düzenlemesine yer verilmiştir.

Yukarıda ifade edilen karardaki dava kavramını yorumlarken Anayasa Mahkemesi amaçsal yorum yapmış, yorum ilkesi bazında da genişletici ilkeyi kullanarak özerk yorum doktrininden yararlanmıştır. Hukuk, ceza ve idari yargılarda dava kavramına yüklenen anlam ile anayasa yargısındaki dava kavramına yüklenen anlam farklı hale gelmiştir. Dava kavramının geniş yorumlanması ile temel hak ve özgürlüklerinin korunması noktasında olumlu bir harekette bulunulmuştur⁷².

Anayasa Mahkemesi 2014/118 E. 2015/35 K. Sayılı norm denetimi kararında⁷³, Aydın 3. Asliye Ceza Mahkemesi'nin Türk Ceza Kanunu 226. maddesinin 4 fıkrasında yer alan “doğal olmayan yoldan” ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı hususunda iptaline ilişkin başvurusu karara bağlanmıştır. Türk Ceza Kanunu'nun 226. maddesinde müstehcenlik ile ilgili cezai yaptırım düzenlenmiş olup 4. fıkrasında şiddetin kullanılması, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yollarla yapılan cinsel davranışlara ilişkin ses ve görüntülerin kullanılıp dağıtılmasına dair suçun yaptırımı düzenlenmiştir. Başvuran Mahkeme doğal olmayan yoldan ibaresinin nasıl yorumlanacağı, nasıl bir anlam yükleneceğinin net olmadığı hususlarını göz önüne alarak Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin değerlendirmede bulunurken müstehcenlik ile ilgili getirilen hükümlerle korunmak istenen başlıca hukuki menfaat noktasında tespitlerde bulunmuştur. Toplumun ar ve haya duyguları olarak da ifade edilen genel ahlâkın, korunmak istenen hukuki menfaat olduğu belirtilmiş genel ahlakın değişken olmakla birlikte belirli bir dönemde doğru, makul ve adil düşünceye sahip toplum genelinin benimsediği ahlak ve edep anlayışı olduğu ifade edilmiştir. Genel ahlak ve adaba aykırılığın tespitinde toplum düzeninin belirli kesiminin genel anlamda benimsediği düşüncelerin değil demokratik toplum düzenine ilişkin davranış kurallarının esas alınması gerektiği belirtilmiştir. Genel ahlak, yaptırım hukukuna ilişkin olarak düzenlendiğinde yani somut olaydaki gibi doğal olmayan yoldan ifadesi de değerlendirilerek bir suç-müeyyide ilişkisi oluşturulduğunda fiilin ağırlığı ve tehlikeliliğinin de gözetilmesi gerektiği belirtilmiştir. Sınırlandırmak istenen davranış değerlendirilirken demokratik toplumun temelini oluşturan hoşgörü, açık

⁷² Erdoğan, M., s. 76.

⁷³ Anayasa Mahkemesi, Norm Denetimi Kararı, T. 01.04.2015, 2014/118 E. 2015/35 K. Sayılı kararı, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2015/35?EsasNo=2014%2F118>.

fikirlilik, çoğulculuk gibi değerlerin ve özgürlüğün genişletici yorum yöntemi kullanılarak yorumlanması ve bununla beraber davranışın demokratik toplumun ahlaki standartları üzerinde olumsuz etkisinin olup olmayacağını dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir. Mahkeme genel ahlaka ilişkin olarak tespitte bulunurken genişletici yorumun kullanılması gerektiğini belirtmiştir. Bireyin menfaati ile toplumun menfaati arasında denge kurma gerekliliği değerlendirilmiş, yaptırıma bağlanmış olunan doğal olmayan yoldan davranışının kapsamının belirlenmesinde demokratik toplumun temellerine dair olan bazı kavramların ve özgürlüklerin genişletici yorum ile değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi 2014/164 E. 2015/12 K. Sayılı norm denetimi kararında⁷⁴ Eskişehir 1 Sulh Ceza Hakimliği'nin tutuklama kararı verilmesi talebinin ve verilen tutuklama kararına yapılan itirazın incelenmesi konusu ve merciiine ilişkin olarak Anayasa'ya aykırılık hususu incelenmiştir. İlgili kararda sulh ceza hakimliğinin görevinin ve yetkilerinin düzenlendiği 5235 sayılı Kanun'un 10. maddesi ve 5271 sayılı Kanun'un 268. maddesine ilişkin iptal talebinde bulunulmuştur. Genişletici yorumun uygulanması noktasında bu karar incelendiğinde mahkemenin bakılmakta olan dava kavramına ilişkin olarak geniş yorum yaptığı anlaşılacaktır. Anayasa'nın 152. maddesinde ve 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesinde bir davaya bakmakta olan mahkemenin Anayasa'ya aykırılık durumunda Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yolu ile başvurabileceği düzenlenmiştir. Madde metinlerinden de anlaşılacağı üzere mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yolu ile başvurabilmesi için bakılmakta olan bir davanın mevcut olması gerekmektedir. Eskişehir Sulh Ceza Hakimliği, tutuklama tedbirinin uygulanması istemi ile talep değerlendirildikten sonra itiraz konusu kuralın iptal istemi ile itiraz yoluna başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi, itiraz yoluna başvuran mahkemenin önünde herhangi bir dosya veya evrakın bulunmadığı ileri sürülebilirse de tutuklama tedbiri gibi önemli ve acil karar vermeyi gerektiren durumlarda bakılmakta olan dava kavramının geniş yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme itiraz yolu ile önüne gelen bu soruna bakmakta yetkili ve görevli olduğu hususunda değerlendirmede bulunurken bakılmakta olan dava kavramını geniş bir şekilde yorumlamıştır. Mahkeme geniş yorumlamada bulunurken aksinin kabulü halinde hak ihlalinin oluşacağını değerlendirilmiştir. İlgili karara konu olayda itiraz yoluna başvuran Mahkemenin/Hakimliğinin önünde dosya veya evrak mevcut değildir. Ancak mahkemenin, tutuklama tedbirinde önemli ve acil bir durum söz konusu olduğundan hızlı bir şekilde karar vermesi gerekmektedir. Aksi durumda kişi özgürlüğü ve hürriyetinin ihlali söz konusu olacaktır.

⁷⁴ Anayasa Mahkemesi, Norm Denetimi Kararı, T. 14.01.2015, 2014/164 E. 2015/12 K. Sayılı kararı, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2015/12?EsasNo=2014%2F164>.

1982 tarihli Anayasamızın 152. maddesine göre bir mahkemenin uygulanacak olan kanunun Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasını öne sürmesi için bakmakta olduğu davanın mevcut olması gerekmektedir. Bakmakta olunan davadan derdest yani halihazırda görülmekte olan dava anlaşılmaktadır. Mahkeme veya hakimliğe tevzi edilmiş olunan ve hala karara bağlanmamış, kesinleştirilmemiş olan dava bakılmakta olunan dava statüsündedir. Tutukluluk kararının verilmesi ve tarafın bu karara karşı itiraz etmesi sonrasında tutukluluk kararına itiraz gündeme gelmektedir. Tutukluluk kararına itirazı inceleyecek olan merci kararı verdikten sonra tarafa sonucu tebliğ eder. Tutukluluğa itiraza ilişkin uyuşmazlık diğer dava türlerinden ayrı olarak çok ivedi şekilde sonuca bağlanan, derdest statüde uzun süre kalamayacak uyuşmazlıktır. Diğer bir ifadeyle tutukluluğa itirazı inceleyen merciinin çok ivedi şekilde karar vermesi gerektiğinden mevcut uyuşmazlık derdest veya halihazırda açık statüde olamaz. Tutukluluğa itirazı inceleyen mahkeme kanun hükmünün anayasaya aykırı olduğu kanaatini edinirse 1982 tarihli Anayasamızın 152. maddesi kapsamında başvuruda bulunduğu şayet bakılmakta olunan bir davanın olmadığı ve bu nedenle başvurunun reddedilmesi gerektiği sonucuna ulaşırsa 1982 tarihli Anayasamızın 152. maddesinin amaçlarından olan anayasaya aykırı normların tespit edilerek kaldırılması amacına aykırı hareket edilmiş olunacaktır. Bakılmakta olan dava kavramının geniş yorumlamak gerekir. Aksi takdirde tutuklama, gözaltına itiraz ve diğer acil ve hızlı bir şekilde karar verilmesi gereken koruma tedbiri gibi kararlarda kanun hükmünün iptali istemiyle itiraz yoluna başvurunun önu kapatılmış olacaktır. Bu şekilde yapılan bir değerlendirmede hak ihlallerinin ortaya çıkması kuvvetle muhtemeldir.

C. ANAYASA MAHKEMESİ BİREYSEL BAŞVURU UYGULAMASINDA GENİŞLETİCİ YORUM

Anayasa Mahkemesi ve yorum konusuna dair incelemelerde bulunurken hak ihlali, birey ve diğer kişilerin menfaatleri noktasında dengeleme gibi noktalarda yorum faaliyetinden fazlaca yararlanıldığından bireysel başvuru konusu önemli niteliktedir. Anayasa Mahkemesi Eylül 2012'den beri bireysel başvuruları incelerken anayasa koyucunun esas amacını yani Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne gidildiğinde Mahkeme'nin ihlal kararı verip vermeyeceğini göz önünde bulundurarak değerlendirilme yapmayı benimsemiştir. Anayasa Mahkemesi pek çok kararında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin lafzını da temel alarak değerlendirme yapmıştır. Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarındaki hak eksenli ya da dinamik yorum yaklaşımını benimsemektedir. Böyle bir durumda Anayasa'nın lafzını aşan ve onu yeniden kuran yorum yöntemine girildiğinden bahsedilebilir. Hak eksenli yorumun dayattığı bu koşullar mahkemenin içtihadından hakların içeriğini ve kapsamını genişletici bir etki doğurmuştur. Yani Anayasa Mahkemesi hak eksenli yorum yapıp dinamik yoru-

mu kullanıp genişletici yorum ilkesini göz önüne alarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarını da göz önünde tutup hakların içeriğini ve kapsamını genişletici yorum yaparak tespit etmektedir⁷⁵. Anayasa Mahkemesi, verdiği karar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından incelendiğinde ihlal kararı verilip verilmeyeceği ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarındaki yorum yaklaşımı ve değerlendirmelerini de göz önünde bulundurmaktadır. Bu sayede ihlal kararının ortaya çıkmayacağı ve verilen kararın hukuka uygun olacağı düşünülmektedir. Anayasa Mahkemesi bu kapsamda karar verirken genişletici yorum ilkesi ekseninde kalıp dinamik yorumu kullanarak bireyin hak ve özgürlüklerini belirlemektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin ortak koruma alanı içtihadı Sözleşme ve taraf olan ek protokoller kapsamındaki hakları aynı hakkın Anayasa'da tanınmış içeriklerini sınırlayıcı bir biçimde yorumlamada kullanılmaktadır. Ortak koruma alanı içtihadının Sözleşme'ye uygun yorum ile çatışma içermediğinden bahsedilebilir. Ortak koruma alanı içindeki bir hak hangi belgede daha lehe bir düzenleme içeriyorsa o içerik bireysel başvuruya konu edilebilir. Ortak koruma alanı içtihadı ile Mahkeme ihlale konu hakkın içeriğini tespit etmeye çalışmakta mevcut olan müdahalenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında hangi hakka girdiğini tespit etmektedir. Aynı zamanda Anayasa'daki hangi hak içerisinde olduğu da tespit edilmektedir. İlgili müdahale ve hak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde açık bir şekilde yer almasa bile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarındaki içerikler de göz önüne alınarak ortak bir şekilde değerlendirme yapılmaktadır. Örnek olarak özel hayat kavramına ilişkin olarak ad ve soyadın korunması Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi değerlendirme yaparken bu hakkın Anayasa metninde karşılığını bulmaya çalışırken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarına gönderme yaparak tespitte bulunmuştur. Mahkeme'nin ortak koruma alanı içtihadı çerçevesinde hareket ettiği anlaşılmaktadır⁷⁶. Mahkeme tarafından ortak koruma alanı içtihadı geliştirilirken ve kullanılırken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarını da kullanılarak genişletici yorum ilkesinin göz önüne alındığından bahsedilebilir. Hakkın ihlaline ilişkin olarak müdahaleyi ve hakkın mevcudiyetini değerlendirirken geniş bir şekilde yorumlamada bulunarak tüm belgeler ve içtihat metinleri birlikte değerlendirilir.

Sözleşmenin koruduğu hakların ulusal hukuk çerçevesinde de etkin bir şekilde korunması doktrinde yorumun önemini ön plana çıkarmıştır. Bu durumda ulusal hukuku uygulayan mahkemeler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarını da göz önünde bulundurarak değerlendirme yapmaktadır. Bireysel

⁷⁵ Kaya, s. 165.

⁷⁶ Eren, s. 239, 240.

başvuru yolu ile temel hak ve özgürlüklerin korunması ile temel hak ve özgürlüklerin belirli ilkeler doğrultusunda yorumlanması sağlanmaktadır. Bireysel başvuru sayesinde Avrupa ülkelerinin ulusal hukuklarında ortak bir yorumsal sistemin oluştuğu görülmektedir⁷⁷.

Bireysel başvurunun niteliğinin ve kapsamının belirlenmesinde siyasal anayasacılık ve hukuki anayasacılık arasında süregelen tartışmaların izleri bulunmaktadır. Bu tartışma diğer bir boyutuyla mahkemelerin temel hak ve özgürlükleri korumada aktivist tutum benimsemesini savunan yorumcular ile diğer tarafta yargıcın kendini sınırlandırması gerektiği tezini savunan yorum karşıtları bulunması şeklinde ifade edilebilir⁷⁸.

Bireysel başvuruda, temel haklara ilişkin yorumlarda yorum döngüsü veya yorum sarmalı olarak adlandırılan uzun bir süreçten bahsedilebilir. Yorum sarmalı veya yorum döngüsü olarak ifade edilen bu süreçle en dipte sözel yorumdan başlayıp değişik modern yorum türlerine kadar uzanan bir süreç ifade edilmektedir⁷⁹. Bireysel başvurularda hakkın uygulanma alanı, sınırları gibi hususlar belirlenirken yorum yöntemlerinden yararlanılır. Lafzi yorum, amaçsal yorum, tarihsel yorum, sistematik yorum gibi yorum yöntemleri ile genişletici, sınırlayıcı yorum ilkeleri gibi yorum ilkeleri göz önüne alınarak hakkın özüne, uygulama alanına, sınırlarına, hakka müdahaleye dair tespitler yapılmaktadır.

Temel hakların geniş yorumlanması ve kişinin korunması göz önüne alındığında devletin pozitif yükümlülüğü doktrinini de düşündüğümüzde devletin, egemenliği altında meydana gelen temel hak ve özgürlük ihlallerinden sorumlu tutulması aşırıya kaçmak olarak değerlendirilemez⁸⁰. Bireyin hakkının ihlal edildiğini düşündüğü durumlarda gerekli diğer şartlar da sağlandığı takdirde bireysel başvuru yoluyla başvurabilmesi devletin bireyin hakkını koruması noktasında önemli bir yoldur.

Anayasa Mahkemesi'nin seçim kurullarını davaya bakmakta olan mahkeme olarak görmesi hususunda çeşitli içtihatları bulunmakta olup aşağıda ifade edilecek olan karardan önce seçim kurulları davaya bakmakta olan mahkeme olarak görülmemiştir. Aşağıda ifade edilen Baş. No: 2013/3912 başvuru numaralı İsmail Taşpınar bireysel başvuru kararında⁸¹ mahkeme genişletici yorum yaparak seçim kurulu kararlarının adil yargılanma hakkı konusu olabileceğini hükmetmiştir.

⁷⁷ Erdoğan, M., s. 58.

⁷⁸ Erdoğan, M., s. 68.

⁷⁹ Oder, B.E., "Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması Normatif Kurgular Teloslar ve Uluslararası Hukuku Açıklık", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl 2013, Cilt 29, Sayı 1, s. 52.

⁸⁰ Süngü, F., *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Şartı Olarak Mağdur Kavramı*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ocak 2019, s. 84.

⁸¹ AYM, Bireysel Başvuru Kararı, İsmail Taşpınar Başvurusu, T. 06.02.2014, Baş. No: 2013/3912, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, p. 26, 27, 28, 31, 32, 37, 48, E.T. 06.11.2011.

Başvurucu ilçe seçim kurulu başkanının kararı sonucunda oda seçimlerine katılmaması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini düşünerek başvuruda bulunmuştur. Başvurucunun oda seçiminin iptali için yaptığı itiraz başvurusu ilçe seçim kurulu başkanlığı tarafından reddedilmiş ve kesin olarak karara bağlanmıştır. Başvurucu karar düzeltme talebinde bulunmuş ilçe seçim kurulu başkanlığı ise divan kararlarının iptalinin birlik yahut mahkeme kararları ile mümkün olduğu gerekçesiyle karar düzeltme talebinin reddine karar vermiştir. Mahkeme kavramının incelenmesi esnasında Anayasa'nın 148. ve 6216 sayılı kanununun 45. maddesini değerlendirilmiştir. İlk olarak adil yargılanma hakkını ihlal edilen başvurucunun bireysel başvuru hakkına sahip olup olmadığını belirlemek açısından oda seçimlerinde aday olma hakkının medeni bir hak olup olmadığı değerlendirilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6. maddeye dair benimsediği dinamik yorum anlayışından söz edilmiş, bu anlayışın medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili soyut bir tanımlama yapılmaktan kaçınılmasına neden olduğu ifade edilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yaklaşımına değinerek medeni hak ve yükümlülükler kavramının sadece özel kişiler arasındaki uyumsuzluklara ilişkin olmadığı, kamu hukuku özelliği ağır basan devlet ile birey arasındaki uyumsuzlukların da medeni hak ve yükümlülükler kavramına dahil edilebileceği ve Sözleşme 6. madde kapsamında incelenebileceği belirtilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin medeni hak ve yükümlülükler deyiminin kapsamını genişletmek eğilimi göz önüne alınmıştır. Medeni hak ve yükümlülükler kapsamına girip girmediği noktasında değerlendirmenin yanında başvuruya konu ilçe seçim kurulu başkanlığı tarafından verilen ve kesin nitelikte olan bu kararda yargı mercii deyiminin geçerli olup olmadığı incelenmiştir. Anayasa Mahkemesi, ilçe seçim kurulu başkanlığının yargı mercii kavramında yer alıp almadığını araştırmış ve genişletici yorum ilkesini kullanmıştır. Mahkeme kararında 1992 yılında verilen 1992/12 E. 1992/2 K. 18/02/1992 tarihli karara atıfta bulunmuş bu kararda seçim kurulu başkanlığının bir davaya bakmakta olan mahkeme olarak nitelendirilemeyeceğinin belirtildiği ifade edilmiştir. Somut olayda başvurucunun bireysel başvurusuna konu kararı veren mercinin oda ve birlik seçimlerinde yapılan itirazları kesin olarak karara bağlama yetkisi bulunan ve ilçe seçim kurulu başkanlığını yürüten hâkim olduğu ifade edilmiştir. Genişletici yorum ilkesini kullanan mahkeme ilçe seçim kurulu başkanlığının yargısal bir faaliyette bulunup bulunmadığını belirlerken söz konusu faaliyetin objektif içeriğine ve hükmün niteliğine bakmak gerektiğini belirtmiş yargılama faaliyetinden ne anlaşılması gerektiği sorusuna cevap aramıştır. Verilen bir karara karşı herhangi bir organa başvurulamaması o karara yargısal kimlik kazandıran önemli bir göstergedir. Diğer bir gösterge de bir hukuki uyumsuzluğun tüm yönleriyle esastan çözümlenerek karara bağlanmasıdır. İlçe seçim kurulu başkanının verdiği kararın yargısal fonksiyon kapsamında olup olmadığını değerlendirirken bağımsızlık ve tarafsızlık hususunun da göz önüne alınması gerektiği belirtilmiştir.

İlçe seçim kurulunun başında bulunan yargı bölgesinin en kıdemli hakiminin bağımsızlık ve tarafsızlık unsuruna sahip olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Dik-kate alınması gereken son ölçüt ise kanunla kurulmuş olma ölçüsüdür. Mahkeme seçim kurulunun kanunla kurulmuş olduğunu da belirterek “*Bütün bu açıklamalar dikkate alındığında, İlçe Seçim Kurulu Başkanının seçim konularıyla ilgili şikâyet ve itirazları inceleme ve kesin hükme bağlama görevi yönünden yargısal bir faaliyet icra ettiği ve hâkim bağımsızlığı ve tarafsızlığına sahip olduğu kabul edilmiştir. Bu sebeple, seçim konularıyla ilgili şikâyet ve itirazları inceleme ve kesin hükme bağlama görevi yönünden İlçe Seçim Kurulu Başkanlığının klasik yargı teşkilatı içindeki mahkemeler dışında kalan ama yargılama faaliyetinde bulunan organları da kapsayacak şekilde Anayasa’nın 36. maddesinde “yargı yeri” olarak belirlenen organlardan olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.*” ifade etmiştir.

İki dereceli yargılanma hakkı yani kanun yolu hakkı anayasada yer almamaktadır. Bu hak kanun tarafından düzenlenmiş olup kişinin istinaf, temyiz yoluna başvurarak kanun yolu incelemesini kullanabileceği belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi 2013/3673 başvuru numaralı Emine Karagülmez bireysel başvuru kararında⁸² yapmış olduğu değerlendirmede iki dereceli yargılanma hakkı her ne kadar Anayasa’da güvence altına alınmayan bir hak olsa da mahkemeye erişim hakkı çerçevesinde değerlendirilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında “Mahkemeye erişme hakkı sadece ilk derece mahkemesine dava açma hakkını değil, eğer iç hukukta itiraz, istinaf veya temyiz gibi kanun yollarına başvurma imkânı tanınmış ise üst mahkemelere başvurma hakkını da içerir. Mahkemeye erişme hakkı, cezai olaylarda da uygulanabilir bir haktır. Bu bağlamda mahkemeye erişme hakkı, hakkında suç isnadı bulunan bir kimsenin, bu isnat hakkında bir mahkeme tarafından bu isnadın yerinde olduğu ya da olmadığı yönünde bir karar verilmesini isteme hakkıdır.” ifade edilmiştir. Somut olayda başvuru CMK 231 hükümlerinden faydalanmayı kabul ettiği ayrıca açıklanması geri bırakılan hükmün temyize kabil olmadığı belirtilmiştir. Ancak mahkemeye erişim hakkının mutlak bir hak olmadığı ve sınırlanmasının mümkün olduğu belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararda da mahkemeye erişim hakkını geniş bir şekilde değerlendirerek genişletici yorum ilkesini kullanmıştır. Neticeten Anayasa Mahkemesi başvuru kanun yolunda ileri sürebileceği itirazlarını, uygulanmasını kabul ettiği hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının itirazı aşamasında ileri sürdüğünü ve mahkemeye erişim hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi 2018/26178 başvuru numaralı İhsan Murat Düz bireysel başvuru kararında⁸³ başvuru iki dereceli yargılanma hakkının ihlal

⁸² AYM, Bireysel Başvuru Kararı, Emine Karagülmez Başvurusu, T. 11.12.2014, Baş. No: 2013/3673, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, p. 23, 24, 29, E.T. 06.11.2011.

⁸³ AYM, Bireysel Başvuru Kararı, İhsan Murat Düz Başvurusu, T. 14.10.2020, Baş. No: 2018/26178, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, p. 20, 21, 22, E.T. 15.05.2022.

edildiğine dair iddiasını incelerken somut uyuşmazlığın cezai konuda olmadığını, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 7 No.lu Protokol'ün 2. maddesinde cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkının tanınmış olduğunu dolayısıyla başvuru hakkının ortak koruma alanı kapsamının dışında kaldığını belirterek Anayasa Mahkemesinin konu bakımından yetkisiz olduğuna karar vermiştir. Benzer şekilde Anayasa Mahkemesi 2016/74436 başvuru numaralı Erkan Sancaklı ve Selahattin Sancaklı bireysel başvuru kararında⁸⁴ iki dereceli yargılanma hakkına dair yetkisizlik kararı verilmiştir. Anayasa Mahkemesi 2013/3673 başvuru numaralı Emine Karagülmez bireysel başvuru kararında genişletici yorum ilkesine göre yorum yaparak iki dereceli yargılanma hakkını mahkemeye erişim hakkının içerisinde değerlendirilip karar vermiş olsa da 2018/26178 başvuru numaralı İhsan Murat Düz bireysel başvuru kararında ve 2016/74436 başvuru numaralı Erkan Sancaklı ve Selahattin Sancaklı bireysel başvuru kararında önceki karardan farklı şekilde değerlendirmede bulunup iki dereceli yargılanma hakkının ortak koruma alanı içerisinde olmadığını ve yetkisizlik kararı verilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi 2018/36201 başvuru numaralı Mehmet Kuzuluğil ve Gelenek Basım Yayım ve Ticaret Ltd. Şti. bireysel başvuru kararında⁸⁵ başvuru hakkının ulusal bir gazetede köşe yazısı nedeniyle aleyhine hükmedilen tazminat ile ifade ve basın özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasını incelemiştir. Mahkeme basın özgürlüğüne ilişkin değerlendirme yaparken hak ve özgürlüğü geniş bir şekilde yorumlamış, bunu kararında açık bir şekilde ifade etmiştir. Mahkeme kararında *“43. İlgili köşe yazısında kullanılan ifadelerin alaycı, sert, abartılı hatta muhatap açısından rahatsız edici olduğu kabul edilse bile kamu menfaatine ilişkin ve politik olduğu tartışmasızdır. Dolayısıyla köşe yazısının kamuoyu gündeminin ilk sıralarında yer alan kamusal faydası yüksek bir tartışmaya katkı sunduğunda kuşku bulunmamaktadır. Basın özgürlüğünün kapsamının demokrasi ile yakın ilişkisinin doğal sonucu olarak bir dereceye kadar abartıya ve provoke etmeye izin verecek şekilde geniş yorumlanması gerektiği kabul edilmelidir.”* düzenlemesine yer verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruya ilişkin olarak verdiği kararların diğer mahkemeler tarafından uygulanması ile ilgili olarak Mahkeme, Anayasanın 138/4. maddesini göz önüne alarak yorumlamıştır. Anayasa'nın 138. maddesinin 4. fıkrasında yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, mahkeme kararlarının hiçbir suretle değiştirilemeyeceği

⁸⁴ AYM, Bireysel Başvuru Kararı, Erkan Sancaklı ve Selahattin Sancaklı Başvurusu, T. 18.07.2018, Baş. No: 2016/74436, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, p. 16, 17, E.T. 15.05.2022.

⁸⁵ AYM, Bireysel Başvuru Kararı, Mehmet Kuzuluğil ve Gelenek Basım Yayım ve Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu, T. 15.09.2021, Baş. No: 2018/36201, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, p. 43, E.T. 09.11.2021.

ve bunların yerine getirilmesini geciktirilemeyeceği düzenlenmiştir. Mahkeme Ferda Yeşiltepe 2014/7621 bireysel başvuru numaralı kararında da Anayasa'nın 138/4. maddesinde her ne kadar yargı organlarının mahkeme kararlarını yerine getirmesi ile ilgili olarak düzenleme bulunmasa da bu hükmü yargı organlarını da kapsayacak şekilde yorumlamıştır⁸⁶. Mahkemenin yapmış olduğu yorum genişletici yorum niteliğindedir. Söz konusu düzenlemenin amacını irdeleyerek Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bir kararın mahkemeler tarafından uygulanması hususunun da bu kapsamda olduğu kapsayıcı, genişletici şekilde yorumlanarak inceleme yapılmıştır.

SONUÇ

Anlamı muğlak olan ifadelerin anlamını ortaya çıkarmak için gerçekleştirilen faaliyete yorum faaliyeti denilmektedir. Hukuksal metinlerde de anlamı gizli kalmış ifadeler mevcuttur. Hukuksal bir metin olan anayasalar devletin yönetimi ve teşkilatına ilişkin olarak norm içerdiği gibi temel hak ve özgürlükler ile bunların sınırlandırılmasına ilişkin normlar da içermektedir. Anayasaların işlevinden birisi hak ve özgürlüklerinin korunması ve kişiler ve kurumlar arasında menfaat çatışması olduğu takdirde hakların dengelenmesini sağlamaktır. Anayasa ve diğer hukuki düzenlemeler çeşitli temel hak ve özgürlüklerin uygulanması, sınırlanması gibi alanlarda normlar içererek bu işlevi yerine getirirler. Norm denetimi, bireysel başvuru, siyasi parti kapatma davaları gibi uyuşmazlıkları karara bağlayan Anayasa Mahkemesi, Anayasa'yı ve uygulanacak olan diğer hukuki normların içerisinde mevcut olan muğlak ifadeleri açıklığa kavuşturma görevini üstlenmektedir. Uygulanacak olan bir normun ifadesi açık değil ise Anayasa Mahkemesi'nin yargıcı, yorum tekniğine başvurarak çeşitli yorum yöntemleri ve ilkelerini kullanarak normun anlamını ortaya çıkarmaktadır.

Hukukun mevcut olduğu dünya düzeninde çağlar boyunca çeşitli teknikler geliştirilmiş, yorum yöntemine ilişkin olarak farklı görüşler benimsenmiştir. Günümüzde çeşitli yorum yöntemleri kullanılarak bazı yorum ilkeleri benimsenerek yorum faaliyeti gerçekleştirilmektedir. Normun içeriğini genişleten, daha kapsamlı ortaya konulmasını sağlayan yorum ilkesi genişletici yorum ilkesidir. Genişletici yorum ilkesi kullanıldığında anlamı muğlak olan norm yorumlanarak geniş bir kapsamda ele alınmaktadır. Anayasal uyuşmazlıklara ilişkin olarak uygulayıcı konumunda bulunan Anayasa Mahkemesi'nin yargıçlarının da kullandığı yorum ilkelerinden birisi genişletici yorum ilkesidir. Temel hak ve özgürlüklerin, günümüzdeki şartlar ve demokratik ülkelerin uygulamaları göz önüne alındığında geniş bir şekilde yorumlanması gerekmektedir. Çünkü anayasaların amaçla-

⁸⁶ Kahraman, M., / Şahin, M., "Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarının Yerine Getirilmesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 36, Sayı: 2, Yıl 2019, s. 49.

rından birisi bireylerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve bu sayede daha demokratik ve özgür ortamın oluşmasını sağlamaktır. Uygulayıcıların temel hak ve özgürlükleri geniş yorumlayıp temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı normları dar yorumlamaları sayesinde anayasalar işlevsel hale gelirler. Genişletici yorum, hak temelli olan anayasaların amaçlarına ulaşmalarını sağlayarak bireyin hak ve özgürlüğünün korunmasını sağlamaktadır. Ülkemizdeki anayasal uyumsuzlukları karara bağlayan Anayasa Mahkemesi de hak temelli bir yapıda olan Anayasa'mızın dahil olduğu uyumsuzluklarda temel hak ve özgürlüklerin korunması hususunu gözeterek genişletici yorum ilkesine bağlı olarak kararlar vermektedir. Mahkeme genişletici yorum ilkesini benimseyip karar verirken sınırlayıcı sebepleri ve kavramları dar yorumlayarak hareket etmektedir. Bireyin hakkının korunup, uygulanması sağlanırken menfaatler dengesi gözetilip kamunun ve bireyin karşısında olan diğer sùjelerin hakları da göz önünde bulundurularak dengeleyici bir şekilde yorum faaliyetinde bulunularak karar verilmektedir.

KAYNAKÇA

- AKTAŞ, S., “Hukukta Yorum Çabaları”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, Sayı 3-4, Yıl 2011, s. 1-33.
- ARSLAN ÖNCÜ, G., *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı*, Anayasa Mahkemesi-ne Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-8, Avrupa Konseyi 2019.
- ARSLAN, Z., “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl 2000, Sayı 17, s. 274-293.
- ARSLAN, Zühtü., *Anayasa Teorisi*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.
- CAVAK, H.G., *İş ve Sosyal Güvenlik Davalarında Yorum*, Seçkin Yayıncılık 1. Baskı, Ankara 2022.
- DURSUN, G., *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında İşkence Yasağı ve İşkenceyi Etkili Biçimde Soruşturma Yükümlülüğü*, Seçkin Yayıncılık 1. Baskı, Ankara 2018.
- ERDOĞAN, İ., *Hukuka Giriş*, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, 2021.
- ERDOĞAN, M., *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ocak 2019.
- EREN, A., “Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri”, *Anayasa Yargısı*, Sayı 33, Yıl 2016, s. 231-301.
- GÖZLER, K., *Hukuka Giriş*, Bursa 2016.
- GÖZLER, K., “Yorum İlkeleri”, *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, Kamu Hukukçuları Platformu, 29-30 Eylül 2012, TBB Yayını, Ankara, 2013, s. 15-119.
- GÜL, Y., “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Kararlarında Yararlandığı Klasik ve Özgün Yorum Yöntemleri”, *Sosyal Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, Ekim 2018, Cilt: 18, Sayı 36, s. 215-237.
- GÜLENER, S., “Bireysel Başvuru ve Anayasal Denetimde Anayasal Yorum: Anayasa Yargısı Sistemini İki Farklı Boyut Aracılığıyla Anlama”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl 2014, Cilt 30, Sayı 1, s. 311-326.
- HARRIS, D. J/O’BOYLE, M., / BATES, E. P. / BUCKLEY, C., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku* (Çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı/Ulaş Karan), Avrupa Konseyi, Ankara 2013.
- HAZAR, Z., *İnsan Hakları Çatışmalarının Dengelenmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması*, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Haziran 2021.
- İPEK, A., “Metinden Norma Anayasa Yorumu”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 2015, Sayı 5, s. 929-949.
- KABAÇAM, S. B., *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Örnekleriyle Ayrımcılık Yasağı*, Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Haziran, 2019.
- KAHRAMAN, M. / ŞAHİN, M., “Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarının Yerine Getirilmesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 36, Sayı: 2, Yıl 2019, s. 37-61.

- KARAÇAM, S. S., “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Özel Yaşama Saygı Hakkı Kapsamında Şeref ve İtibarın Korunması”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 37, Sayı 2, Aralık 2020, s. 113-158.
- KARAN, U., *İfade Özgürlüğü*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2, Avrupa Konseyi 2018.
- KARAN, U., *Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-3, Avrupa Konseyi 2018.
- KAYA, S. B., *Anayasal Hakların Hukuki Rejimi ve Yorumu*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2021.
- KESKİN, E., “AIHM’nin Türkiye Hakkında İfade Hürriyetine İlişkin Verdiği Kararlarda Takdir Marjı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 69, Sayı 3, Yıl 2020, s. 1379-1414.
- KESKİNSOY, Ö. / KAYA, S. B., “Anayasa Mahkemesi Kararlarını Biçimlendirme Çabası Olarak Yorum”, *Hacettepe HFD*, Yıl 2021, Cilt 11, Sayı 1, s. 63-105.
- KILINÇ, Ü., “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Sınırlamanın Dar Yorumu İlkesi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2020, Cilt 17, Sayı 2, 599-623.
- KORUCU, S., *Yargısal Aktivizm: Anayasa Sınırların Yargısal Yollarla Belirlenmesi Sorunu*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, 2014.
- ODER, B. E., “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Somutlaşması Normatif Kurgular Teloslar ve Uluslararası Hukuku Açıklık”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Yıl 2013, Cilt 29, Sayı 1, s. 49-59.
- ODER, B. E., *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, Beta Yayınevi, İstanbul 2010.
- ÖDEN, M., “Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnemelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi”, *AÜHFD*, Cilt 58, Sayı 3, Yıl 2009, s. 569-691.
- SENDEN, H., *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System: An Analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, Intersentia, School of Human Rights Research, No: 46, 2011.
- SÖZER, A.N., “Sosyal Sigorta Hukukunda ve İş Hukukunda Gai Yorum Eşyanın Tabiatı ve Akışı”, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Sayı 50, Yıl 2016.
- SÜMER, H. H., *Hukuka Giriş*, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, 2021.
- SÜNGÜ, F., *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Şartı Olarak Mağdur Kavramı*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ocak 2019.
- TABAK, B., *Mülkiyet Hakkı ve Anayasa Mahkemesi’nin Mülkiyet Hakkına Bakışı*, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ağustos 2016.
- TOPUKCU, A., *Mahkemeler Arası Etkileşim ve Yargısal Diyalog*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019.
- TURHAN, M., “Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı”, *AÜSBF*, Yıl 2007, Cilt 62, Sayı 3, s. 379-404.

- USLU, F., *Bütün Konularıyla Anayasa Yargısı Dersleri*, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2020.
- YANIK, M., “1982 Anayasası’nın İnsan Hakları Anlayışının Uluslararası Belgeler ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, Yıl 2008, Sayı 1-2, s. 1133-1161.
- YELKEN, H., *Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Anayasal Denetimi*, Seçkin Yayıncılık 1. Baskı, Ankara 2022.
- YILDIRIM, Y., *Türk Kamu Hukukunda Bilim ve Sanat Hürriyeti ve Uygulamaya Yansımaları*, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya 2019.
- YILMAZ, M. Ş., *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin Yorum Yöntemleri*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul 2010.

Elektronik Kaynaklar

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>

Salihpaşaoğlu, Y. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Aile Hayatına Yüklelediği Anlamın Toplumsal Cinsiyet Açısından Değerlendirilmesi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, <http://www.kadinvehukuksempozyumu.com/bildiriozeti/Ya%C5%9Far%20Salihpa%C5%9Fao%C4%9Flu.pdf>.



Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi^(*)

The Determination and Customization of Punishment

Arş. Gör. Rumeysa DEMİR^(**)

Öz

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Yaptırımlar" başlıklı üçüncü kısmının üçüncü bölümünde "Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi" hususunda hükümler sevk edilmiştir. TCK'nın 61. maddesinde cezanın belirlenmesinin ölçütleri, cezanın artırılmasını ya da azaltılmasını gereken şahsi sebeplere ilişkin hükümler ile cezanın hesaplanması düzenlenmiştir. TCK'nın 62. maddesinde takdiri indirim sebepleri ve 63. maddesinde ise cezanın mahsup edilmesi konusu ele alınmıştır. Bu çalışmada sırasıyla cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi, cezanın belirlenmesi hususunda mevzuat ve doktrindeki hâkim ilkeler ışığında ele alınacak ve Yargıtay kararları örnek verilerek incelenecektir. Çalışmanın amacı, bireyleri kişisel, toplumsal, ekonomik, sosyal alanlarda kısıtlayan cezanın hem ıslah hem de caydırıcı amacına uygun olarak kanunda belirtilen çerçevede nasıl belirleneceğini ve failin kişiliğine uydurulacağını ortaya koymaktır.

Anahtar Kelimeler

Cezanın Belirlenmesi, Cezanın Bireyselleştirilmesi, Takdiri İndirim Nedenleri, Hâkimin Takdir Yetkisi, Kanunilik.

Abstract

Determination and customization of the penalty is regulated in articles 61, 62 and 63 of the Turkish Criminal Law. This institution, which is important in terms of criminal judgment, includes determination of the basic penalty, the implementation of qualified cases, the reasons for discretionary reduction, and the final punishment, respectively. In this study, firstly the purpose and principles of the punishment will be defined, then the criteria used in its determination will be included, and then it will be adapted to the personality of the perpetrator for individualization. The statements will be made by giving examples of the Turkish Supreme Court decisions.

Keywords

Determination of Punishment, Individualizing Punishment, Extenuating Circumstances, Discretion of Judge, Legality.

(*) Araştırma Makalesi / [Makale Geliş Tarihi](#): 28.02.2021 - [Makale Kabul Tarihi](#): 02.06.2022

(**) Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı, Sakarya - Türkiye
[E-posta](mailto:rumeysasenoglu@sakarya.edu.tr): rumeysasenoglu@sakarya.edu.tr
[Orcid No](https://orcid.org/0000-0002-0476-0782): <https://orcid.org/0000-0002-0476-0782>

GİRİŞ

Geçmişten bugüne dek cezalandırma, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi konusu pek çok bilimsel eser, mahkeme içtihadı ve hukuk normları vasıtasıyla incelenmiştir. Gerek toplumsal hayatı gerekse bireysel yaşamı etkileyen cezalandırma hususu, toplumun korunması, kişinin ıslahı ve suçun önlenmesi amaçlarını taşımaktadır. Kişilerin hak ve özgürlüklerine müdahale eden cezalandırma hususu, kişilerin hem malvarlıkları hem de şahıs varlıklarına yönelik yaptırımları içerdiği için meşru bir gerekçeye dayanmalıdır. Bu sebeple cezalar, kanun koyucu tarafından yasa ile belirlenmekte, kanunun açıkça belirttiği durumlarda da hâkim tarafından, fiil ve faile ilişkin hususlar değerlendirilerek suçun kanuni tanımında öngörülen ceza arttırılıp azaltılmakta ve ceza tayin edilmektedir. Cezanın belirlenmesi, suç ve cezanın kanuniliği prensibiyle, kanunun açıkça öngördüğü ölçütler çerçevesinde yapılmaktadır. Cezanın, failin kişiliğine göre şekillendirilmesi ise bireyselleştirme olarak ifade edilmektedir. Ceza, failin kişiliğine uygun hale getirilmekte; kanunun öngördüğü cezanın miktarı, failin geçmişine, sosyo-ekonomik statüsüne, sosyal ilişkilerine, sağlığına, ceza yargılamasındaki tavırlarına, kişiliğine göre kanunun izin verdiği ölçüde arttırılıp azaltılabilmektedir. Genel itibariyle somut olayın özellikleri dikkate alınarak ceza belirlenmekte ve bireyselleştirilmektedir.

“Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi” başlıklı araştırmanın amacı, temel hak ve özgürlükleri kısıtlayan ve toplumsal düzenin inşası için önem arz eden cezalandırmanın kanunda belirtilen ölçütler çerçevesinde nasıl belirleneceğini, faile ve somut fiile ilişkin hususların göz önünde bulundurularak cezanın belirlenmesinde etkili olan şahsi cezasızlık sebeplerinin nasıl uygulanacağını, hakimin takdir yetkisini kullanarak suçun kanuni tanımında belirtilen cezanın alt ve üst sınırı çerçevesinde nasıl tayin edildiğini Yargıtay kararları ışığında ortaya koymaktır. Zira herkese aynı şekilde uygulanan cezanın, adaleti tesis amacını gerçekleştirmediği, failin özgürlüğüne, yaşantısına dair uygulanan yaptırımı ifade eden ceza kavramı, amacını yerine getirecek nitelikte belirlenmelidir. Cezanın amacı, suçtan caydırıcı olması, faili ıslah etmeye yönelik uygulanması ve aynı zamanda toplumsal düzeni suçtan arındırmaya yönelik olmasıdır. Bu amaçları gerçekleştirebilmek için cezanın, failin ve failin durumunun değerlendirilerek belirlenmesi gereklidir.

Çalışmanın ilk kısmında öncelikle ceza kavramının tanımı, esasları ve amacı incelenecek, ikinci kısmında ise cezanın belirlenmesi hakkında genel bilgiler verildikten sonra cezanın belirlenmesinde hâkim ilkeler ele alınacak ve temel cezanın belirlenmesinin türleri incelenecektir. “Cezanın Belirlenmesi” başlıklı TCK’nın 61. maddesinde¹ ele alınan cezanın belirlenmesinde göz önünde bu-

¹ MADDE 61- (1) Hâkim, somut olayda;
a) Suçun işleniş biçimini,

lundurulması gereken ölçütler, bu bölümde tek tek ele alınacak ve hâkimin bu konudaki takdir yetkisi araştırılacaktır.

“Cezanın Bireyselleştirilmesi” başlıklı üçüncü bölümde ise cezanın bireyselleştirilmesi hususunda genel bilgiler verildikten sonra TCK’nın 62. maddesinde² yer alan takdiri indirim nedenleri ile TCK’nın 63. maddesinde³ yer alan cezanın mahsup edilmesi konusu incelenecektir. İncelemeler yapılırken Yargıtay kararları ışığında yapılan değerlendirmelere yer verilecektir.

b) Suçun işlenmesinde kullanılan araçları,

c) Suçun işlendiği zaman ve yeri,

d) Suçun konusunun önem ve değerini,

e) Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını,

f) Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını,

g) Failin güttüğü amaç ve saiki,

Göz önünde bulundurarak işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler.

(2) Suçun olası kastla ya da bilinçli taksirle işlenmesi nedeniyle indirim veya artırım, birinci fıkra hükmüne göre belirlenen ceza üzerinden yapılır.

(3) Birinci fıkroda belirtilen hususların suçun unsurunu oluşturduğu hallerde, bunlar temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulmaz.

(4) Bir suçun temel şekline nazaran daha ağır veya daha az cezayı gerektiren birden fazla nitelikli hallerin gerçekleşmesi durumunda; temel cezada önce artırma sonra indirme yapılır.

(5) Yukarıdaki fıkralara göre belirlenen ceza üzerinden sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebeplere ilişkin hükümler ile takdiri indirim nedenleri uygulanarak sonuç ceza belirlenir.

(6) Hapis cezasının süresi gün, ay ve yıl hesabıyla belirlenir. Bir gün, yirmi dört saat; bir ay, otuz gündür. Yıl, resmi takvime göre hesap edilir. Hapis cezası için bir günün, adli para cezası için bir Türk lirasının artakanı hesaba katılmaz ve bu cezalar infaz edilmez.

(7) (Ek: 29/6/2005 - 5377/7 md.) Süreli hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı bu madde hükümlerine göre belirlenen sonuç ceza, otuz yıldan fazla olamaz.

(8) (Ek: 29/6/2005 - 5377/7 md.) Adli para cezası hesaplanırken, bu madde hükmüne göre cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine yönelik artırma ve indirimler, gün üzerinden yapılır. Adli para cezası, belirlenen sonuç gün ile kişinin bir gün karşılığı ödeyebileceği miktarın çarpılması suretiyle bulunur.

(9) (Ek: 6/12/2006 - 5560/1 md.) Adli para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü suçlarda bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı, o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az; üst sınırı da hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz.

(10) Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir ne eksiltilebilir ne de değiştirilebilir.

² Madde 62- (1) Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmi beş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların altıda birine kadarı indirilir.

(2) Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmiş, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir. Takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir.

³ Madde 63- (1) Hüküm kesinleşmeden önce gerçekleşen ve şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bütün haller nedeniyle geçirilmiş süreler, hükümlenen hapis cezasından indirilir. Adli para cezasına hükmedilmesi durumunda, bir gün yüz Türk lirası sayılmak üzere, bu cezadan indirim yapılır.

I. CEZA KAVRAMININ TANIMI, ESASLARI VE AMACI

A. GENEL İTİBARIYLA CEZA KAVRAMI

Ceza hukukunun temel kavramlarından birisi olan cezanın tanımı, kanunlarda yer almamış, doktrinde çeşitli tanımlamalara yer verilmiştir⁴. Suça karşılık öngörülen yaptırımı ifade eden ceza kavramı doktrinde “önemli hukuki değerlerin ihlalinin karşılığını oluşturan yaptırım”, “toplumun onaylamadığı haksızlığın yaptırımı” ve “devlet tarafından özel infaz şeklinin belirlendiği yaptırım” olarak da ifade edilmektedir⁵. Ceza, haksızlığı meydana getiren kişi üzerinde belirli hukuki sonuçlar doğurmaktadır⁶. Bu hukuki sonuçlar, cezanın ilkeleri şeklinde adlandırılan birtakım esaslar çerçevesinde meydana gelmekte ve cezanın amacını gerçekleştirmektedir.

B. CEZANIN ESASLARI

Ceza, belirli ilkeler çerçevesinde meşru hâle bürünüp adaleti sağlamaktadır. Söz konusu ilkeler, cezalandırmanın hukuki çerçevesini oluşturarak cezanın amaçlarının gerçekleşmesini sağlamaktadır.

1. Kanunilik İlkesi

TCK'nın “Suçta ve Cezada Kanunilik” başlıklı 2'nci maddesine göre kanunda suç olarak öngörülmemiş hiçbir fiil sebebiyle kimseye ceza verilemez ve kanunda yazılı olarak belirtilmiş olan cezalardan farklı bir cezaya hükmedilemez. Bu çerçevede idarenin yapacağı düzenleyici işlemler gibi yürütmeye ilişkin işlemlerle ceza konulamayacağı, cezanın belirlenmesi konusunda kıyas yapılamayacağı da belirtilmiştir. Bu bağlamda kanunilik ilkesi zorunlu olarak kıyas yasağının yanı sıra aleyhe kanunun geriye yürümeyeceğini, örf ve âdet kurallarına göre cezalandırma yapılamayacağı ile ceza kanunlarının belirsiz olamayacağı hususlarını da kapsamaktadır⁷. Bu ilke, Anayasa'nın 38. maddesinde de güvence altına alınmış olup kanunda suç olarak belirtilmiş olan fiile karşılık uygulanacak cezai yaptırımın türünün, ağırlığının ve süresinin kanunla belirlenebilece-

⁴ Mahmut KOCA, İlhan ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. bsk., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 39; Gamze KIRLIOĞLU, “Yargıtay Kararları Işığında Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Ankara, 2019, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 3.

⁵ Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN, Pınar BACAĞIZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. bsk., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 573; KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 42.

⁶ İzzet ÖZGENÇ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. bsk., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 37.

⁷ Adem SÖZÜER, *Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi, 2015, s. 4; ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞIZ, s. 69; KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 55; Mehmet Emin ARTUK, Ahmet GÖKCEN, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. bsk., Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, s. 153.

ği anlamına gelmektedir⁸. Kişinin cezalandırılması insanın hayatı başta olmak üzere, özgürlüğünü, sosyal hayatını, ailesini, malvarlığını etkileyebileceği için keyfi olarak cezalandırmanın önüne geçilmesi, suçlara karşı öngörülen cezaların kanuniliği ilkesi ile mümkün olabilmektedir⁹.

2. Şahsilik İlkesi

Hem TCK'nın 20. maddesinde hem de Anayasa'nın 38. maddesinde güvence altına alınmış olan şahsilik ilkesi, kolektif ceza sorumluluğu anlayışını reddetmektedir. Doktrindeki objektif görüşe göre şahsilik ilkesi, kişinin suç teşkil eden kendi fiili sebebiyle cezalandırılması anlamına gelirken sübjektif görüşe göre ise söz konusu fiilin yalnızca objektif anlamda bir fiilin meydana gelmesi anlamında değil de kişinin kusurlu bir fiili şeklinde meydana gelmesi anlamını taşımaktadır¹⁰.

3. Kanun Önünde Eşitlik İlkesi

TCK'nın 3. maddesinde yer alan kanun önünde eşitlik ilkesi, suç işleyen kimseye verilecek olan cezanın, kişinin işlediği fiiliyle orantılı olarak belirtileceğini ifade etmektedir¹¹. Somut olayda ceza kanunu uygulanırken fail ve mağdurun mensup oldukları din ve mezhep, sahip oldukları cinsiyet, konuştukları dil ya da ait oldukları ekonomik ya da toplumsal sınıf gözetilerek ayrımcılık yapılmayacağı da kanunun bu maddesiyle açıkça vurgulanmıştır¹².

⁸ ÖZGENÇ, s. 123; İrmak KORUCULU, *Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*, 1. bsk., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 33-36.

⁹ KIRLIOĞLU, s. 8.

¹⁰ ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞIZ, s. 77-78.

¹¹ "...5237 sayılı TCK'nın "Adalet ve Kanun Önünde Eşitlik İlkesi" başlıklı 3. maddesinin 1. fıkrasındaki, "Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur" biçimindeki hüküm ile de işlenen fiil ile hükmolunan ceza ve güvenlik tedbirleri arasında "orantı" bulunması gerektiği vurgulanmıştır. Somut olayda; sanık ... tarafından müşterinin evinden hırsızlık yapıldığında alarak haksız yere ele geçirdiği asıl anahtar ile 23.000.00 TL değerindeki aracının çalındığının anlaşılması karşısında; 5237 sayılı TCK'nın 142/2-d maddesini ihlal eden sanığın eylemine 5237 sayılı TCK'nın 61. maddesi uyarınca suç konusunun önem ve değeri, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı gözetilerek, temel ceza belirlenirken alt sınırdan uzaklaşılması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması... bozmayı gerektirmiştir..." Yargıtay 17. Ceza Dairesi, 09.01.2019 tarihli ve 2018/4597 E., 2019/361 K. sayılı kararı; "... sanık hakkında hükmün açıklanmasının ertelenmesine konu olan gizliliğin ihlali suçu 05.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesi kapsamında kalmaktadır. Kanun yürürlüğe girdikten sonra dosyası ele alınıp karar verilen sanıklarla somut olayda olduğu gibi dosyası değerlendirilmeyip hükmü kurulmayan kişiler hakkında farklı uygulamalara sebebiyet vermek suretiyle kanun önünde eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olacaktır. Kanun'un konuluş amacı, hakkaniyet ve eşitlik ilkesi hükümlünün kendi kusuruyla sebebiyet vermediği olağan koşullarda süresi içinde erteleme kararı verilmemiş dosyalarda, deneme süresinin başlangıcının, erteleme kararı verildiği tarihte değil, yasanın yürürlüğe girdiği 05.07.2012 tarihinde başlatılmasını gerektirmektedir..." Yargıtay 16. Ceza Dairesi, 08.02.2017 tarihli ve 2016/7463 E., 2017/848 K. sayılı kararı.

¹² MADDE 3- (1) Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur

C. CEZANIN AMACI

Cezanın amacını açıklayan ceza teorileri mutlak ceza teorisi, nisbi (yararcı) ceza teorisi ve karma teori olarak sınıflandırılmaktadır¹³. Mutlak ceza teorisi, gerçekleştirilmiş olan kusurlu fiilin karşılığı olarak ödetme yani kefaret amacını ön-görmekte, kişi böylece haksızlık teşkil eden fiiline karşın ıstırap ve elem duygularını hissettiğinde cezanın kefaret amacı gerçekleşmiş olacaktır¹⁴. Böylece zarara uğrayan ahlaki düzen, kişinin ceza vasıtasıyla acı çekmesi ile adalet çerçevesinde tekrar tesis edilecektir¹⁵. Bu teorinin karşısında yer alan nisbi teori ise, “*ceza, caydırıcı ve suçun niteliğine göre olmalıdır,*” diyen Beccaria ile “*cezanın kabul edilmesi, daha büyük kötülükleri engelleyecekse kabul edilir,*” diyen Bentham’ın görüşleri çerçevesinde şekillenmiş olup cezanın, geleceğe yönelik olarak suç işlenmesinin önlenmesini amaçlar¹⁶. Üçüncü ve son teori ise karma teoridir. Cezanın amacı hem kefaret hem de önleme şeklinde olup ceza, toplumu ve faili suç işlemekten alıkoymaya yönelirken aynı zamanda da meydana gelen suç teşkil eden filler için de fail, kusurundan dolayı yargılanacak ve müeyyide ile karşı karşıya kalacaktır¹⁷. Türk Ceza Hukuku öğretisinde kabul edilen ise karma teoridir¹⁸.

II. CEZANIN BELİRLENMESİ, İLKELERİ, KOŞULLARI

A. CEZANIN BELİRLENMESİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Cezanın belirlenmesi, 5237 sayılı TCK’nın 61. maddesinde yer almıştır. Buna göre hâkim, bazı kıstasları göz önünde bulunduracak ve kanunda suç teşkil eden fiile karşılık öngörülmüş olan cezayı, yine kanunda belirtilen alt veya üst sınır çerçevesinde belirleyecektir. Genel başlık olarak sırasıyla soyut ve somut belirleme şeklinde iki kademeli olarak gerçekleşen cezanın belirlenmesi konusu, ceza türünün belirlenmesi, temel cezanın belirlenmesi, belirlenen temel cezanın artırımı ya da azaltılması, nitelikli hallerin uygulanması ve TCK’nın 61. maddesinde sınırlı sayıda yazılan hükümler ile 62. maddesinde belirtilen taksiri indirim nedenlerinin uygulanmasının ardından sonuç cezanın belirlenmesi şeklinde ta-

(2) Ceza Kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyaset veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konuları yönünden ayırım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaz.

¹³ KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 564-566; ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞSIZ, s. 583-587; Nur Centel, “*Cezanın Amacı ve Belirlenmesi*”, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Dergisi, 2001, s.337-348.

¹⁴ ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞSIZ, s. 585.

¹⁵ KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 564-565.

¹⁶ Sururi AKTAŞ, “*Cezalandırmanın Amacı Üzerine*”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XIII, No: 1-2, 2019, s. 2-9; CENTEL, s. 340-347; ARTUK, GÖKÇEN, s. 523-525.

¹⁷ CENTEL, s. 347-348; ÖZGENÇ, s. 35-36.

¹⁸ CENTEL, s. 354.

mamlanmaktadır¹⁹. Başka bir ifadeyle ise yargılamanın sona ermesinden itibaren suçun sübutuna ermesi neticesinde hâkim tarafından öncelikle yapılacak olan işlemidir²⁰. Diğer bir ifadeyle ise ceza muhakemesi süreçlerinden birisi olan hüküm aşamasının altında, hâkim maddi gerçeğe ulaşma amacıyla vicdani kanaat ilkesi çerçevesinde takdir yetkisini kullanarak cezayı belirlemekte ve uyuşmazlığı esas itibariyle sonlandırmaktadır²¹. Zira TCK'da kanun koyucu, sınırlı sayıdaki suçlar için sabit ceza öngörmüş, genel itibariyle cezaları alt ve üst sınırdan olacak şekilde belirterek hâkime takdir yetkisi tanımıştır. Yasa koyucu tarafından kanunda suç olarak belirtilen fiile karşılık yaptırım olarak öngörülen cezanın türünün belirlenmesi ile alt ve üst sınırdan cezanın tayini şeklinde gerçekleşen soyut ceza aşamasını, suç ve suçlunun kişiliğine ilişkin hususların kanunda belirtilen sıraya göre hâkimin değerlendirmesiyle gerçekleşen somut cezanın tayini aşaması tamamlamaktadır²². Bu çerçevede öncelikle ceza belirlenirken göz önünde bulundurulması gereken ilkeler incelenecek; ardından soyut ve somut belirleme tanımlanacak ve cezanın belirlenmesi hususu fiil ve faile ilişkin hususlar çerçevesinde Yargıtay kararlarıyla örneklendirilerek açıklanacaktır.

B. CEZANIN BELİRLENMESİNDE HÂKİM İLKELER

1. Kusur İlkesi

5237 sayılı TCK'da açıkça yer almayan kusur ilkesi, kişinin, gerçekleştirmiş olduğu ve suç teşkil eden fiili neticesinde kınanabilir olma yargısını²³ ifade etmektedir²⁴. Dolayısıyla kusurun, suç ya da haksızlık teşkil eden bir fiilin niteliği olmamasına karşın faile isnat edilen bir vasıf olduğunu söylemek mümkündür²⁵.

¹⁹ ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞIZ, s. 675-676; KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 699-703.

²⁰ Gökhan TANERİ, "Temel Cezanın Belirlenmesi", Ankara Barosu Dergisi, No: 3, 2016, s. 130.

²¹ Cumhur ŞAHİN, Neslihan GÖKTÜRK, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, 10. bsk., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 174; Bahri ÖZTÜRK, *Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. bsk. Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 433-436; Vicdani kanaat ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Feridun YENİSEY, Ayşe NUHOĞLU, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Bsk., Ankara, Seçkin Hukuk, 2020, s. 758-775.

²² TANERİ, s. 130; KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 699; Hakan HAKERİ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 22. bsk., Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 697; Ali Rıza TÖNGÜR, Ekrem ÇETİNTÜRK, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 1. bsk., Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, s. 444; ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞIZ, s. 663; Timur DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. bsk., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 677; ÖZGENÇ, s. 954.

²³ "... kişinin cezalandırılabilmesi için işlediği fiilin bir haksızlık teşkil ettiğini gerçekten bilmesi gerekir. Kişi, her ne kadar işlediği fiilin haksızlık teşkil ettiğini gerçekten bilmiyorsa da bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre bakımından, bu fiilin bir haksızlık teşkil ettiğini kavrayabilecek durumda olabilir..." Yargıtay 16. Ceza Dairesi, 14.05.2019 tarihli ve 2018/6780 E., 2019/3591 K. sayılı kararı.

²⁴ Erdal YERDELEN, *Cezanın Belirlenmesi (Türk ve Alman Uygulaması)*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s. 61-63.

²⁵ "... İnsan özgür iradeye sahip bir varlık olması nedeniyle, haklı olan bir davranışla haksızlık arasında bir tercih yapma veya haklı olan davranış lehine karar verme, davranışlarını hukuk düzeninin gerek-

Failin hukuka aykırılık teşkil eden iradesine yönelik yapılan öznel bir kınama yargısını oluşturan kusur ilkesi²⁶, kusursuz ceza olmaz prensibi çerçevesinde uygulanmaktadır²⁷. Dolayısıyla fail kusursuz bir fiili sebebiyle cezalandırılmayacağı gibi, temel cezanın belirlenmesi açısından kusurundan fazla olan bir cezaya da hükmedilemeyecektir²⁸.

2. Çifte Değerlendirme Yasağı

TCK'nın 61. maddesinin 3. fıkrasında yer alan çifte değerlendirme yasağı, ilgili maddenin 1. fıkrasındaki hususların suç unsuru niteliğini haiz olduğu durumlarda cezanın belirlenmesi hususunda ayrıca değerlendirilemeyeceğini ifade etmektedir²⁹. Diğer bir ifadeyle, suçun tipikliğini oluşturan unsurlar ile suçun nitelikli halini oluşturan daha az ya da fazla cezaya hükmolunmasını gerektiren sebepler, temel cezanın belirlenmesinde gerekçe olarak birlikte değerlendirilemeyecektir³⁰. TCK'nın 86. maddesinde yer alan kasten yaralama suçunun silahla

lerine göre yönlendirebilme, hukuk düzenin yasakladığı davranışlardan sakınma yeteneğini haizdir. Kusur yargısının temelini oluşturan insanın irade özgürlüğü ise, haksızlık bilincinin varlığını gerekli kılar. Çünkü insanın haklı olan davranışları ile haksızlık arasında tercih yapabilmesi için bunu bilmesi şarttır. Fail, haksızlık bilincine sahipse ve özgür iradesiyle haksız olan bir davranışı tercih ediyor ise kusurludur.” Yargıtay 16. Ceza Dairesi, 17.11.2020 tarihli ve 2020/6 E., 2020/5813 K. sayılı kararı.

²⁶ KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 310-312.

²⁷ “... AY m. 38'deki ceza sorumluluğunun şahsi olması ve evrensel hukukta “kusursuz ceza olmaz” ilkesi failin cezalandırılabilmesi için suçta kusurlu olmasını öngörmektedir. Failin cezalandırılma sebebi; failin norma uygun davranması imkânı varken hukuka uygun hareket etmeyerek haksızlık içeren davranışı tercih etmesidir. Kusurluluk failin kasten veya taksirle gerçekleştirdiği eylemlerde aranacaktır. Buna göre; kusurluluk failin norma uygun davranışı yerine norma aykırı davranışı seçmesinden kaynaklanan subjektif tercihin muamele edilmesidir. Fail tercih hakkını kötü kullandığı için cezalandırılmaktadır...” Karşı oy, Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 20.03.2013 tarihli ve 2012/229 E., 2013/4447 K. sayılı kararı.

²⁸ ÖZGENÇ, s. 402-403; ARTUK, GÖKÇEN, s. 564-565.

²⁹ “... Birlikte cinsel saldırı veya cinsel istismar suçunu işleyen faillerin her biri hakkında TCK'nın 102/3-d veya 103/3-a fıkrasının uygulandığı halde bir de TCK'nın 43/1. fıkrasına göre zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp cezalandırılması çifte (mükerrer) cezalandırmaya yol açmaktadır. Kanun birden fazla kişinin birlikte suç işlemesini 102/3-d veya 103/3-a fıkrasında nitelikli hal kabul etmektedir. Suçun temel cezası birden fazla kişi birlikte suç işlemişse yarı oranında artırılmaktadır. Bu düzenlemeye ilaveten yorumla zincirleme suçtan en az 1/4 ve en fazla 3/4 oranında cezada artırım yapmayı gerektiren uygulama tek failin birden çok cezalandırılmasına yol açmaktadır. Kanunda açık bir kural olarak düzenlenmiş aynı konu ikinci kez failin aleyhine bir de zincirleme suç sayılarak cezada artırım sebebi oluşturamaz. Bu nedenlerle sayın çoğunluğun görüşlerine iştirak etmiyorum.” Karşı oy, Yargıtay 14. Ceza Dairesi, 08.09.2020 tarihli ve 2019/7056 E., 2020/3381 K. sayılı kararı.

³⁰ Doğan GEDİK, *Bir Uygulamacının Ceza Hukuku Makaleleri*, 1. bsk., Ankara, Adalet Yayınevi, 2010 s. 55; TÖNGÜR, ÇETİNTÜRK, s. 44; Erdal YERDELEN, “Çifte Değerlendirme Yasağı”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012, C: 20, No: 2, s. 108; ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, s. 666; KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 712; CENTEL, s. 359; ÖZGENÇ, s. 961; Söz konusu ilkeye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. YERDELEN (2012), s.105-136; “... Kanun'un 102/3-a. madde ve fıkrasında beden ve ruh bakımından kendini savunamayacak kişiler tanımlanmasında beden bakımından kendini savunamayacak kişilere karşı işlenen ... dışı eylemlerin cezasının artırıldığı ve bu konuda herhangi bir tartışmanın bulunmadığı açıkça da ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olanlar açısından bizatihi ruh sağlığının varlığı hususu suçun oluşumuna

gerçekleştirilmesi bu suçun nitelikli halini oluşturduğu için silah, “suç işlenirken kullanılan araç olma” bakımından hâkim tarafından değerlendirilemeyeceği gibi³¹; mala zarar verme suçunun kamu hizmetine tesis edilmiş olan binada işlenmesi suçun nitelikli halini oluşturduğu için, kamu hizmetine tesis edilmiş olan bina da “suçun işlendiği yer” bağlamında temel cezanın belirlenmesinde ayrıca göz önünde bulundurulmayacaktır³².

3. Kararların Gerekçeli Olma Zorunluluğu

Kararların gerekçeli olma zorunluluğu, 1982 Anayasası’nın 141. maddesinde ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)’nın 37. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Hâkimin takdir yetkisini keyfi olarak kullanmasını engellemeyi ve istinaf ile temyiz yargılamalarında daha kolay inceleme yapabilmesini amaçlayan ve adil yargılanma hakkının önemli bir unsuru olarak kabul edilen³³ bu ilke, esas itibarıyla hâkimin temel cezayı belirlerken TCK’nın 61. maddesinde sayılan unsurlar çerçevesinde bir gerekçe belirtmesi zorunluluğunu ifade etmektedir³⁴. Hukuki temelden yoksun olarak ve “tacdiren ve teşdiden” şeklindeki deyimlerin gerekçe olarak belirtilmesi Yargıtay tarafından hukuka aykırı bulunmuştur³⁵. Ceza tayin edilirken ceza türünün seçilmesine, alt ve üst sınırlı olan basamaklı ceza konusunda temel cezanın belirlenmesine³⁶ ve hâkimin takdiri çerçevesinde cezanın artırılıp indirilmesi gereken durumların uygulanmasına ilişkin olarak gerekçe gösterme zorunluluğu bulunmaktadır³⁷.

neden olduğundan, çifte değerlendirme sonucu doğurmaktadır yani akıl hastalığı nedeniyle hukuken geçerli ... kabul edilmediğinden, akıl hastalığı hem suçun oluşumunu sağlamakta hem de cezayı artıran bir neden olarak kabul edilmektedir. Bu durumun sorunlu olduğu gayet açıktır..” Karşı oy, Yargıtay 14. Ceza Dairesi, 07.10.2020 tarihli ve 2019/7847 E., 2020/3740 K. sayılı kararı.

³¹ TÖNGÜR, ÇETİNTÜRK, s. 446.

³² YERDELEN (2013), s. 74.

³³ KORUCULU, s. 151-154; Tuğba Gül ATEŞ ÖNCÜ, “Türk Ceza Hukukunda Temel Cezanın Belirlenmesi”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2020. (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 108.

³⁴ ATEŞ ÖNCÜ, s. 106; CENTEL, s. 368.

³⁵ HAKERİ, s. 700; “... hüküm kurulurken temel cezanın alt sınırdan uzaklaşılarak belirlenmesinde yasal ve yeterli gerekçenin bulunup bulunmadığı; ... gerekçe kısmında “Suçun işleniş şekli, sanığın suç işlemeye meyilli nazara alındığında sanık hakkında tayin ve tespit olunacak cezanın alt sınırdan uzaklaşmak suretiyle takdir edildiği” belirtildikten sonra, hüküm fıkrasında “tacdiren ve teşdiden” denilerek temel cezanın 3 yıl hapis cezası olarak tayin edildiği anlaşılmaktadır.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 13.02.2020 tarihli ve 2016/871 E., 2020/102 K. sayılı kararı.

³⁶ “Yerel mahkemece temel ceza belirlenirken, “suçun işleniş şekli ve kastının yoğunluğu” şeklinde kullanılan alt sınırdan uzaklaşma gerekçesinin TCK’nın 61. maddesi anlamında kanuni, yeterli ve dosya kapsamına uygun bulunduğu ve buna bağlı olarak alt sınırdan uzaklaşılarak ceza tayin edilmesinin yerinde bir uygulama olduğunda şüphe bulunmamaktadır...” Yargıtay 15. Ceza dairesi, Gün: 24.05.2013 Sayısı: 328 - 269; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 03.06.2014 tarihli ve 2013/714 E., 2014/300 K. sayılı kararı, CGK., 03.06.2014, 714/300.

³⁷ KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 702; ARTUK, GÖKCEN, s. 931.

C. TEMEL CEZANIN BELİRLENMESİNİN TÜRLERİ

1. Soyut Belirleme

Soyut belirleme, kanun koyucu tarafından korunması amaçlanan hukuki yarar göz önünde bulundurularak cezanın türünün, alt ve üst sınırı ile miktarının belirlenmesidir³⁸. Bu çerçevede kanun koyucu, genel hükümlerde belirtilmemiş olan ceza türü ile cezanın miktarını özel hükümlerle tesis edemeyecektir³⁹. Örneğin TCK'nın 90. maddesinde düzenlenmiş olan "insan üzerinde deney" suçunun yaptırımını olarak kanun koyucu tarafından belirlenmiş olan ceza türü, hapis cezasıdır. Ancak aynı maddenin 1. fıkrasında yer alan "bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası" ifadesi ile de kanun koyucu, temel cezanın belirlenmesi hususunda cezanın miktarının sınırını belirlemiştir.

Soyut belirleme doktrinde, soyut genel ve soyut özel olarak ikiye ayrılmaktadır. Soyut genel belirleme, temel cezanın türü ile ağırlığına ilişkin olarak hapis cezası ya da adli para cezasının belirlenmesini kapsamakta iken soyut özel belirleme ise, cezanın miktarına ilişkin olarak belirlenen mutlak ceza, alt-üst seçenekli ceza ya da seçenekli cezaya karşılık gelmektedir⁴⁰.

2. Somut Belirleme

Cezanın somut belirlenmesi, hâkimi ilgilendirmekte ve hâkimin, suçun tanımında belirtilen cezayı uygulaması durumu olarak belirtilmektedir⁴¹. Hâkim, hürriyeti kısıtlayıcı cezanın öngörülmesi durumunda bu cezaya, hürriyeti bağlayıcı cezanın yanı sıra adli para cezası da öngörülmüşse ikisine birlikte, bu iki cezanın seçimlik olarak belirtildiği durumlarda da takdir yetkisi çerçevesinde ikisinden birisine hükmetmektedir⁴². Bu durum, suçun karşılığı olarak kanunda yer alan cezanın failin kişiliğine uydurulmasını ifade eden ve 3. başlıkta incelenecek olan "cezanın bireyselleştirilmesi" müessesine katkı sağlamaktadır⁴³.

TCK'da suçların kanuni tanımında sabit olan maktu cezalara yer verilmiş olsa da genel itibariyle cezalar, alt ve üst sınır belirtilerek yer almıştır; dolayısıyla hâkim, kanuni tanımda alt ve üst sınırdan belirtilmiş olan cezalar açısından somut belirlemeyi yaparken TCK 61/1'de sınırlı sayıda belirtilmiş olan unsurları göz

³⁸ ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞSIZ, s. 662-663; KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 699-700.

³⁹ DEMİRBAŞ, s. 677.

⁴⁰ KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 699-701; ARTUK, GÖKCEN, s. 701; CENTEL, s. 356; DEMİRBAŞ, s. 677-678; Soyut-genel ve soyut-özel belirleme kavramlarına ilişkin daha detaylı bilgi için bkz. CENTEL, s. 337-372.

⁴¹ YERDELEN (2013), s. 146.

⁴² DEMİRBAŞ, s. 678; CENTEL, s. 358; KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 701-702; ARTUK, GÖKCEN, s. 935-936. Hapis cezasının somut belirlenmesine ilişkin örnek için bkz. TÖNGÜR, ÇETİNTÜRK, s. 445, YERDELEN (2013), s. 152-153.

⁴³ CENTEL, s. 358.

önünde bulundurmaktadır⁴⁴. Böylece fail ile suç teşkil eden fiili arasında adil bir denge kurularak kefarete ve önleme amacı taşıyan soyut ceza, somut olaya uygun olarak belirlenmiş olacaktır⁴⁵.

D. CEZANIN BELİRLENMESİ İÇİN GÖZ ÖNÜNDE BULUNDURULMASI GEREKEN ÖLÇÜTLER

1. Fiile İlişkin Hususlar

a. Suçun İşleniş Biçimi

Suç teşkil eden fiilin kamu düzenine ilişkin meydana getireceği tehlikeyi ifade eden ve failin kişiliğini de ortaya koyan⁴⁶ suçun işleniş şekli, TCK 61/1 maddesinin a bendinde yer almaktadır. Suçun işleniş biçimi, failin suçu işlerken gösterdiği tavır ve tutum ile mağdur ya da üçüncü kişilerin suçtan nasıl etkilendiği hususlarını kapsamakta ve cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmaktadır⁴⁷.

Failin fiilini, suç teşkil ederken şekillendiren her husus, suçun işleniş biçimi kapsamında değerlendirilmekte ancak suçun işleniş biçiminin, suçun nitelikli hâlini oluşturan ve cezanın arttırılması ya da indirilmesini gerektiren durumlarla aynı anda mevcut bulunması mükerrer değerlendirme yasağı çerçevesinde ele alınmakta ve söz konusu unsur, tek bir kez değerlendirilmektedir⁴⁸. Başka bir ifadeyle ise suçun işleniş biçimi, suçun unsuru ya da kanuni tanımında düzenlenen nitelikli hâlini teşkil etmemelidir. Doktrinde cinsel taciz suçunun eşin önünde ve kızının önünde gerçekleştirilmesi üzerine Yargıtay'ın verdiği kararlar örnek olarak verilmekte; bu durumlar, suçun nitelikli hâlini oluşturmadığı için temel cezanın tayininde suçun işleniş biçimi olarak göz önünde bulundurulmaktadır⁴⁹. Örneğin TCK'nın 136. maddede düzenlenen verileri hukuka aykırı olarak verme

⁴⁴ Berrin AKBULUT, *Türk Ceza Hukuku Temel Bilgiler*, 2. bsk., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, 2. Baskı, s. 395; KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 702; Berrin AKBULUT, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. bsk., Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 926.

⁴⁵ KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 746; ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞSIZ, s. 675-678.

⁴⁶ KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 703; HAKERİ, s. 699; ARTUK, GÖKCEN, s. 939.

⁴⁷ ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞSIZ, s. 667; KOCA, ÜZÜLMEZ, s.703.

⁴⁸ "bozmadan önce "suçun işleniş biçimi... uyuşturucu madde miktar" gerekçesiyle temel cezaların ...' ... hapis' ... adli para cezası" olarak belirlenmesine rağmen, bozmadan sonra temel cezanın aynı gerekçeyle... .. hapis... adli para cezası" olarak tayin edilmesi, böylece ... sayısının ...'... 43. maddesindeki oranın yanında ayrıca temel cezanın tayininde... .. önüne alınmak suretiyle, mükerrer değerlendirme yapılarak fazla cezaya hükümlenmesi..." Yargıtay 10. Ceza Dairesi, 12.05.2014 tarihli ve 2014/3113 E., 2014/3703 K. sayılı kararı.

⁴⁹ KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 703-704; Mustafa ÖZEN, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri*, 4. bsk., Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 853; DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 684; Suçun işleniş biçimi ve mükerrer yasağına ilişkin detaylı Yargıtay kararları için bkz. Fidan BALCI, Seyithan ÖZTÜRK, *Hüküm Kurma ve Cezanın Belirlenmesi*, 1. bsk., Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 142-147.

veya ele geçirme suçunun, sosyal medya aracılığı ile işlenmesi durumunda suçun kanuni tanımında yer alan iki yıl ila dört yıl arasında süreli hapis cezası şeklinde temel bir cezaya hükmolunacaktır ancak 137/1-a hükmünde düzenlenen şekliyle, kamu görevlisi tarafından ve görevinin vermiş olduğu yetkinin kötüye kullanılarak işlenmesi durumunda, suçun nitelikli hâli söz konusu olduğu bu husus, temel cezanın belirlenmesinde ayrıca suçun işleniş biçimi kapsamında değerlendirilmeyecektir⁵⁰.

b. Kullanılan Araçlar

Suçun kanuni tanımında yer alan fiilin icrasında kullanılan araçların tümü, temel cezanın tayininde değerlendirilmektedir⁵¹. Devletin güvenliğini tehdit etmek için kurulan örgüte ait olan silahlar⁵², tehdit suçunun işlenmesinde kullanılan imzalı mektuplar, kullanılan araçlardan birkaçıdır. Fakat belirtilen araçlarla suçun işlenmesi, kanunda nitelikli hâl olarak düzenlenmemişse ancak TCK 61/1 çerçevesinde göz önünde bulundurulabilecek, aksi takdirde mükerrer değerlendirme yasağı mevcut olacaktır⁵³.

Suç işlenirken kullanılan araçların cezanın belirlenmesine etkisi suçun niteliğine göre değişmekte, suçun oluşması için makul olan, elverişli olmayan ya da tehlikeli olan araçların kullanılması da cezanın tayinini etkilemektedir⁵⁴.

c. Suçun İşlendiği Zaman ve Yer

TCK'nın 61/1 maddesinin c bendi uyarınca temel cezanın belirlenmesinde suçun işlendiği zaman ve yer göz önünde bulundurulacak ölçütlerden birisidir. Suçun işlendiği zaman ile yer, haksızlığın meydana gelmesi açısından failin ayrıca yararlandığı bir fonksiyon icra etmekte ve dolayısıyla her koşulda cezanın asgari sınırdan uzaklaşarak tayin edilmesi sonucunu doğurmamaktadır⁵⁵. Örnek olarak suçun işlendiği yerin ıssız olması, suçun gece vakti işlenmesi mağdurun savunmasını zorlaştıracığı için temel cezanın tayininde değerlendirilmektedir⁵⁶. Ancak

⁵⁰ "Taksirli suçlar açısından temel cezanın belirlenmesinde TCK'nın 61/1... fıkralarında yer alan ölçütlerden olan..., suçun işleniş biçimi... nazara alınmak suretiyle aynı Kanun'un 3/1. maddesi uyarınca işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı olacak şekilde maddede öngörülen alt ve üst sınırlar arasında hakkaniyete uygun bir cezaya hükmolunması gerekirken..." Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 06.06.2016 tarihli ve 2015/13605 E., 2016/9526 K. sayılı kararı.

⁵¹ CENTEL, s. 361; KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 704.

⁵² ÖZEN (2019), s. 854; ÖZGENÇ, s. 955.

⁵³ ÖZEN (2019), s. 854; "... silahla ve işyerinde gerçekleştirildiği anlaşılan yağma suçunda eylemin gece vakti işlenmesine ilişkin nitelikli hal olmaksızın, diğer iki nitelikli hali göz önünde bulundurmamak suretiyle temel cezanın ve buna bağlı olarak da sonuç cezanın yerel mahkemece belirlenmesi gerekmektedir..." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 12.02.2013 tarihli ve 2012/1555 E., 2013/48 K. sayılı kararı.

⁵⁴ KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 704-705.

⁵⁵ ARTUK, GÖKÇEN, s. 940.

⁵⁶ KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 705.

mükerrer değerlendirme yasağı çerçevesinde de ayrıca suçun nitelikli hâlini oluşturmamalıdır. Hakaret suçunun cami ya da kilisede işlenmesi ile hırsızlık suçunun cuma günü cuma namazı esnasında gerçekleştirilmesi⁵⁷, temel cezanın tayinine ilişkin suçun işlendiği zaman ve yer ölçütüne örnek olarak verilebilir. Ancak hakaret suçunun, cami ve kilisede alenen işlenmesi durumunda TCK'nın 125/4 maddesi uyarınca ve hırsızlık suçunun, cuma namazı esnasında işlenmesi hâlinde TCK'nın 142/1-a maddesi uyarınca suçun nitelikli hâli oluşacağından bu durumlar, temel cezanın belirlenmesinde ayrıca değerlendirilmeyecektir.

d. Suç Konusunun Önemi ve Değeri

Temel cezanın belirlenmesinde, failin fiilinden doğrudan etkilenen suçun konusunun önemi ve değeri, yadsınamayacak niteliktedir⁵⁸. Cezanın asgari hadde yakın belirlenmesi ile asgari haddeden uzaklaştırılarak verilmesi konusunda göz önünde bulundurulmuş suç konusunun önemi ve değeri, suç konusunun değerinin artması ve azalmasına ya da tahsis amacına göre değişiklik göstermektedir. Suçun önemi ve değeri kavramı, öznel nitelik ihtiva edebileceğinden Yargıtay bu hususta içtihat birliğine varılması için çeşitli kararlar vermektedir⁵⁹. Örneğin tarihi bir eserin çalınması, suç konusunun önemi çerçevesinde değerlendirilir. Mükerrer değerlendirme yasağı söz konusu olursa ayrıca uygulanmayacaktır⁶⁰. Suçun konusunun değeri belirlenirken nesnel çerçevede değerlendirme yapılmalıdır⁶¹. Örneğin hırsızlık suçu işlenirken çalınan eşyanın fakir birisine ait olması durumu⁶² ile zengin birisinin eşyasının çalınması durumu kıyaslandığında, iki olay arasındaki korunan hukuki değer niteliği aynı olmasına rağmen suç konusunun değerini ifade eden haksızlık içeriği farklıdır⁶³.

e. Meydana Gelen Zararın ve Tehlikenin Ağırılığı

Temel cezanın tayininde hâkim, failin gerçekleştirdiği fiilin sonuçları olan maddi ya da manevi zarar ile tehlikeyi objektif olarak göz önünde bulundurmaktadır. Failin, fiilin neticesi olarak öngörebileceği ancak korunan hukuki değer çerçevesinde yer almayan zarar ve tehlike durumu da bu ölçüt bağlamında değer-

⁵⁷ ÖZGENÇ, s. 955; ÖZEN (2019), s. 854; YERDELEN (2013), s. 190.

⁵⁸ ARTUK, GÖKÇEN, s. 940; KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 706.

⁵⁹ YERDELEN (2013), s. 193-199; "... yerel Mahkeme'nin somut olayda suç konusunun miktar yönünden önem ve değerine dair direnme gerekçesinin yerinde olmadığını düşünmekteyiz." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 18.06.2019 tarihli ve 2017/370 E., 2019/475 K. sayılı kararı.

⁶⁰ "Parada sahtecilik suçuna konu edilen sahte paranın miktarı, gerek 765 sayılı TCK'nın 29. ve 316. maddelerinde, gerekse 5237 sayılı TCK'nın 61. ve 197. maddelerinde özel bir alt sınırdan uzaklaşma gerekçesi olarak sayılmadığına göre, "suçun konusunun önem ve değeri" kapsamında değerlendirilmelidir." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 22.01.2013 tarihli ve 2012/1241 E., 2013/25 K. sayılı kararı.

⁶¹ CENTEL, s. 362; KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 706; ÖZEN (2019), s. 854.

⁶² ÖZGENÇ, s. 955.

⁶³ KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 706; YERDELEN (2013), s. 193-195.

lendirilmektedir. Ölüm olayı gerçekleştiğinde geride kalan eş, anne, çocuk gibi kişilerin zararı da incelenmektedir⁶⁴.

Doktrindeki bir görüşe göre meydana gelen zararın ağırlığı ölçütü, tamamlanmış olan suçlar için temel cezanın tayininde göz önünde bulundurulmaktadır. Suçun özel görünüş şekli olarak nitelendirilen teşebbüs aşamasındaki suçlar için bu husus uygulanmayacaktır⁶⁵.

Mağdurun yaptığı iş, bu çerçevede zararın ağırlığını etkilemekte ise de hayat kadını olan mağdurun kendisine meslek edindiği işin, failin lehine olacak şekilde yorumlanması kabul edilmemektedir. Nitekim bu durumu hafifletici sebep olarak kabul eden 765 sayılı TCK'nın ilgili 438. madde hükmü de ilga edilmiştir⁶⁶.

2. Faile İlişkin Hususlar

a. Failin Kast ya da Taksire Dayalı Kusurunun Varlığı

Failin kasta dayalı kusurunun kapsamı, suçu oluşturan fiil konusunda kararlı ve istekli olması şeklinde ifade edilirken taksire dayalı kusuru ise fiilin neticesinin öngörülebilir olup olmadığına göre şekillenmektedir⁶⁷. Bu çerçevede alt ve üst sınır arasındaki temel ceza belirlenirken TCK'nın 61. maddesinin 1. fıkrası uygulanacaktır ancak bu maddenin yanı sıra kanun koyucu TCK'nın 22. maddesinin 4. fıkrası ile taksirli suçlarda cezanın failin kusuruna göre verileceği şeklinde normatif "kusur ölçütü"nü de öngörmüştür. Dolayısıyla failin kast ve taksir kusurluluğu failin haksızlığına ilişkin bir değerlendirmedir⁶⁸.

TCK'nın 61/1-f hükmü uygulanırken suçun olası kast ya da bilinçli taksirle işlendiği durumlarda cezanın artırılması ya da indirilmesi hususu TCK'nın 61/2 hükmünden bağımsız değerlendirilmelidir, zira TCK'nın 61. maddesinin 2. fıkrası, TCK'nın 61. maddesinin 1. fıkrasına göre belirlenen ve somut olaya uygulanacak temel ceza üzerinden değerlendirilecektir⁶⁹. Yargıtay bir kararında, gece vakti yakınında okul, park gibi yerleşim yerleri bulunmayan bir mahalde üzerinde 1 gram ağırlığındaki uyuşturucu maddeyle yakalanan ve uyuşturucu madde ticareti suçuyla yargılanan sanığa, suçun alt sınırından

⁶⁴ KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 706-707; "Katılanın yaşamsal tehlike geçirmez ve basit tıbbi tedavi ile giderilebilir nitelikte yaralandığı olayda, katıldaki yaralanma sonucu meydana gelen zararın ağırlığı dikkate alındığında..." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 30.04.2013 tarihli ve 2013/62 E., 2013/163 K. sayılı kararı.

⁶⁵ ÖZEN (2019), s. 855.

⁶⁶ ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, s. 670; CENTEL, s. 363.

⁶⁷ "Yerel mahkemece temel ceza belirlenirken, "suçun işleniş şekli ve kastının yoğunluğu" şeklinde kullanılan alt sınırdan uzaklaşma gerekçesinin TCK'nın 61. maddesi anlamında kanuni, yeterli ve dosya kapsamına uygun bulunduğu ve buna bağlı olarak alt sınırdan uzaklaşarak ceza tayin edilmesinin yerinde bir uygulama olduğunda şüphe bulunmamaktadır." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 03.06.2014 tarihli ve 2013/714 E., 2014/300 K. sayılı kararı.

⁶⁸ HAKERİ, s. 699; ÖZEN (2019), s. 856; ÖZGENÇ, s. 955; ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, s. 670; KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 707-710.

⁶⁹ ÖZEN (2019), s. 857; ÖZGENÇ, s. 960; ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, s. 671.

uzaklaşarak verilen ve kastın yoğunluğu gerekçesine dayanan cezayı, TCK'nın 3. maddesi 1. fıkrası uyarınca suçla orantılı ceza ilkesi çerçevesinde bozmuştur⁷⁰.

b. Failin Güttüğü Amaç ve Saik

Temel cezanın tayininde TCK'nın 61/1 hükmüne göre değerlendirilecek son kıstas, failin güttüğü amaç ile saiktir⁷¹. Failin suç teşkil eden fiili gerçekleştirilmesinin nedeni olarak ifade edilen bu husus hırs, açgözlülük, nefret gibi⁷² olumsuz duyguları kapsamaktadır⁷³. Failin amacı, kınanabilir olma yargısını, kusurunu etkilemekte iken failin saiki, kişiliğine ve ahlak anlayışına ilişkin değerlendirmeler yapılabilmesi açısından önem taşımaktadır⁷⁴. Parası olmadığı için marketten bebek maması çalan failin işlediği hırsızlık suçunu teşkil eden fiil ile, mamaları satıp para kazanma amacıyla hırsızlık suçunu işleyen failin fiili maddi açıdan aynı olmasına rağmen ahlaki açıdan farklı olduğu için iki failin de aynı ölçüde suçlu olduklarını söylemek mümkün değildir. Zira TCK'nın “Zorunluluk Hali” başlıklı 147. maddesi, hırsızlık suçunun ivedi bir durum arz eden ihtiyaçların giderilmesi amacıyla işlenmesi hususunu cezada indirim yapılabileceği ya da ceza vermektен vazgeçilebileceği şeklinde hükme bağlamıştır⁷⁵. Saik, faili suç teşkil eden fiili gerçekleştirmeğe yönlendiren, zorlayan nedenler⁷⁶ olarak açıklandığı için böyle durumlarda failin saiki ve amacı, cezanın alt sınıra yaklaşarak belirlenmesini gerektirebilmektedir⁷⁷.

Cezanın üst sınıra yaklaşarak verilmesine örnek olarak, suçun, mağdurun cinsel yönelimi sebebiyle nefret saikiyle işlenmesi⁷⁸, silahlı terör propagandasının şiddet ve terörü teşvik saikiyle işlenmesi⁷⁹, kasten öldürme suçunun öç almak saikiyle⁸⁰ işlenmesi verilebilir.

⁷⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 05.03.2013 tarihli ve 2012/1279 E., 2013/86 K. sayılı kararı.

⁷¹ ÖZGENÇ, s. 961; “... Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 07/07/2009 tarih 2009/9-62-191 sayılı kararında da vurgulandığı üzere, taksirli suçlar açısından temel cezanın belirlenmesinde TCK'nın 61/1. maddesinin (g) bendinde yer alan 'failin güttüğü amaç ve saik' gerekçesine dayanılmayacağına gözetilmemesi ... isabetsiz olup...” Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 28.10.2014 tarihli ve 2014/199 E., 2014/21274 K. sayılı kararı.

⁷² “... ailenin namus ve şerefini kurtarmak saiki ile maktulü öldüren sanıklar hakkında tahrik hükümlerinin uygulanması olanaksız olup...” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 11.05.2010 tarihli ve 2010/56 E., 2010/111 K. sayılı kararı.

⁷³ CENTEL, s. 364; ARTUK, GÖKCEN, s. 943; Mustafa ÖZEN, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 1124.

⁷⁴ ARTUK, GÖKCEN, s. 943; ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s. 684-685.

⁷⁵ ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s. 684; *Madde 147- (1) Hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi halinde, olayın özelliğine göre, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermektен vazgeçilebilir.*

⁷⁶ ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s. 672.

⁷⁷ KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 715.

⁷⁸ HAKERİ, s. 700.

⁷⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 29.09.2020 tarihli ve 2017/630 E., 2020/385 K. sayılı kararı.

⁸⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 30.03.2010 tarihli ve 2009/228 E., 2010/69 K. sayılı kararı.

3. Cezanın Belirlenmesinde Etkili Olan Diğer Hâller

Somut olaya uygulanacak olan temel ceza, TCK'nın 61/1 hükmü üzerinden belirlendikten sonra TCK'nın 61/2 hükmü uyarınca olası kast veya bilinçli taksir bulunuyorsa temel ceza üstünden indirim veya artırım yapılmaktadır. TCK'nın 61/4 hükmü uyarınca ise suçun nitelikli hâli söz konusuysa daha ağır ya da daha az cezayı gerektiren hâl mevcut şeklinde anlaşılacaktır. Tüm bu değerlendirmele-
rin yapılmasının ardından, TCK'nın 61/5 hükmü uygulanacaktır⁸¹. Hükme göre, belirlenen cezaya sırasıyla teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, cezada indirimi gerektiren şahsi sebepler ile son olarak takdiri indirim nedenleri uygulanacak ve sonuç ceza belirlenmiş olacaktır⁸².

Teşebbüs aşamasındaki suçlar için, suç tamamlanmış gibi değerlendirilme yapılmakta, TCK'nın 61/1 hükmüne göre belirlenen temel cezanın ardından nitelikli hâller uygulanmakta ve en son da TCK'nın 35/2 hükmünde düzenlenmiş olan teşebbüs hükümleri uygulanarak sonuç ceza belirlenmektedir⁸³. Ancak teşebbüs aşaması, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmaz⁸⁴. İştirak, bir suçun meydana gelmesi sürecine azmettirme ve yardım etme görevini üstlenen şerik ya da bizzat fail sıfatıyla katılma anlamına gelmektedir⁸⁵. Cezada artırım ya da indirim yapılmasını gereken sebeplerdendir⁸⁶.

⁸¹ KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 713; ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s. 679.

⁸² 5237 sayılı TCK; TÖNGÜR, ÇETİNTÜRK, s. 454; ÖZEN (2019), s. 867.

⁸³ KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 724; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 16.04.2013 tarihli ve 2012/1568 E., 2013/141 K. sayılı kararı; "... hırsızlığa teşebbüs suçunun saat 19:45'te işlendiğinin ve yaz saati uygulamasına göre suç tarihinde, güneşin batış saatinin 19:43 olduğu ve gece vaktinin saat 20:43'ten itibaren başladığının anlaşılması karşısında, suçun gündüz vakti işlendiği gözetilmeden, TCK'nın 143/1. maddesinin uygulanması suretiyle fazla ceza belirlenmesi ... bozmayı gerektirmiştir..." Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 18.02.2015 tarihli ve 2014/30978 E., 2015/3136 K. sayılı kararı; "... sanıkların katlıları 4 kez bıçakla yararak hayati tehlike geçirecek şekilde yaraladıkları olayda, teşebbüs nedeniyle 9 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası öngören 5237 sayılı TCK'nın 35. maddesi ile yapılan uygulama sırasında, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı birlikte gözetilerek makul bir ceza tayini yerine yazılı şekilde 10 yıl hapis cezasına hükmolunması suretiyle eksik ceza tayini aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır..." Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 06.06.2016 tarihli ve 2016/2785 E., 2016/2913 K. sayılı kararı.

⁸⁴ ÖZEN (2019), s. 867.

⁸⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 18.09.2018 tarihli ve 2017/805 E., 2018/364 K. sayılı kararı; "... saniğin park halindeki ... plakalı araçta, uyuşturucu madde ticareti yapma suçundan hakkındaki mahkûmiyet hükmü kesinleşen kardeşi ... ile birlikte tespit edilmesinden sonra ...'ün suç konusu net 369 gr. esrarın bulunduğu iki poşetle araçtan inerek caddede yürüdüğü esnada kolluk görevlilerini fark etmesi üzerine elindeki poşetleri atarak kaçmak isterken yakalandığı, sanık ...'nin ise kullandığı ... plakalı araçla uzaklaşırken yakalandığı, araçta yapılan aramada ise aracın bagajında net 6,6 gr. esrarın ele geçirildiğinin anlaşılması karşısında, saniğin eyleminin uyuşturucu madde ticareti yapma suçuna iştirak niteliğinde olduğu gözetilmeksizin, dosya kapsamına uygun olmayan gerekçe ile beraatine karar verilmesi ... yasaya aykırı, Cumhuriyet savcısının temyiz itirazları bu nedenle yerinde olduğundan, hükmün BOZULMASINA ... oybirliği ile..." Yargıtay 10. Ceza Dairesi, 31.12.2019 tarihli ve 2018/400 E., 2019/9423 K. sayılı kararı.

⁸⁶ Detaylı bilgi için bkz. KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 725-726; KORUCULU, s. 275- 277; "... suça iştirak edilmesinin mümkün olması da dikkate alınarak ve maddi gerçeğin kuşkuya yer vermeyecek şekilde

Zincirleme suç, TCK'nın 43. maddesinde düzenlenmiştir. Farklı zamanlarda aynı kişiye karşı bir suç işleme kararı kapsamında aynı suçun işlenmesi ile birden fazla kişiye karşı aynı suçun tek bir fiille işlenmesi durumlarında söz konusu olmakta, bu hususlarda temel ceza üzerinden artırım yapılmaktadır⁸⁷.

Haksız tahrikin mevcut olduğu durumlarda kusurluluk azalmaktadır. Dolayısıyla TCK'da basit ve ağır tahrik ayrımı bulunmamasına rağmen tahrikin şiddetli olduğu durumlarda indirim oranı, hâkim tarafından daha fazla olarak belirlenmekte iken tahrikin hafif düzeyde bulunduğu durumda ise ceza hâkim tarafından daha az indirilmektedir⁸⁸.

Yaş küçüklüğü, ceza sorumluluğunu ve kusurluluğu etkilemektedir, dolayısıyla cezanın belirlenmesinde indirim sebebi olarak değerlendirilmektedir⁸⁹. Ancak yaş küçüklüğü, eylemlerinin hukuki sonuçlarını algılayabilecek olan 12-15 yaş aralığı ile 15-18 yaş aralığı şeklinde iki farklı yaş grubuna göre düzenlenmiştir. On iki yaşını doldurmuş ancak on beş yaşını doldurmamış olan failer hakkında, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıyla yargılandıkları durumlarda on iki yıl

tespiti bakımından... suçta konu faturaları kullanan şirket yetkilileri veya kişilerin ... tanık sıfatıyla dinlenmeleri; kendilerinden, sözü edilen faturaları hangi ticari ilişkiye dayanarak kimden aldıklarının, sanığı tanıyıp tanımadıklarının ve faturaların alınması konusunda sanığın bir iştirakinin bulunup bulunmadığının sorulması ... sonucuna göre tüm deliller birlikte tartışılarak sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken, eksik araştırma ve inceleme ile beraat hükmü kurulması yasaya aykırı ... görülmüş olduğundan ... BOZULMASINA..." Yargıtay 11. Ceza Dairesi, 01.10.2020 tarihli ve 2019/7343 E., 2020/5265 K. sayılı kararı; *"Maktulün sanık ... tarafından kasten öldürüldüğü hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Olayda tartışılması gereken diğer sanıkların ...'ın bu suçuna iştiraklerinin olup olmadığıdır. Sanıkların olay günü maktulü veya başka birilerini öldürmek amacıyla oraya gittiklerine ilişkin bir delil bulunmamaktadır... Asıl failin kararlaştırılan suç dışında kendi iradesiyle ani olarak başka suç işlemesi halinde yardım eden veya müşterek fail durumundaki diğer faillerin sorumluluğundan bahsedilemez. Ancak kararlaştırılan asıl suçta bağlı olarak ortaya çıkan daha ağır netice öngörülebiliyorsa ve diğer sanıklar bunu kabullenerek fiile yardım veya iştirak etmişler ise neticeden sorumlu tutulmaları gerekebilir..."* Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 20.12.2021 tarihli ve 2021/6968 E., 2021/15135 K. sayılı kararı.

⁸⁷ KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 726; *"Gizli soruşturmacıların ikinci kez esrar istemesi üzerine, sanığın kendisinde esrar kalmadığını belirterek, gösterdiği başka bir esrar satıcısından alabileceklerini söylemesi ... ayrıca suç oluşturmayacağından, sanık hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanamaz."* Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 12.05.2015 tarihli ve 2014/454 E., 2015/156 K. sayılı kararı.

⁸⁸ ÖZEN (2019), s. 868; Hale AKDAĞ, *Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran ve Azaltan Nedenler*, 1. bsk., Ankara, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 246; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 23.11.2010 tarihli ve 2010/220 E., 2010/231 K. sayılı kararı.; *"Sanık hakkında haksız tahrik nedeniyle uygulama yapılırken haksız tahrikin derecesi itibarıyla kararın hüküm kısmında haksız tahrik oranının 1/2 olarak gösterildiği halde hükmün gerekçesinde haksız tahrik oranının 1/4 olarak yazılması suretiyle hüküm ile gerekçe arasında çelişki oluşturulması... bozmayı gerektirmiştir..."* Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 09.03.2016 tarihli ve 2015/26807 E., 2016/6186 K. sayılı kararı.; *"Sanık Kerem hakkında şartları oluşmadığı halde haksız tahrik hükümlerinin uygulanması, sanık Berkant hakkında ise haksız tahrik en yüksek oranda uygulanması aleyhe temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır..."* Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 10.11.2015 tarihli ve 2015/14807 E., 2015/31671 K. sayılı kararı.

⁸⁹ ÖZEN (2019), s. 868; KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 721-722.

ilâ on beş yıl arasında hapis cezasına, müebbet hapis cezasıyla yargılandıklarında ise dokuz yıl ilâ on bir yıl arasında hapis cezasına hükmedilecektir. On beş yaşını doldurup on sekiz yaşına girmemiş olan failer için ise ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıyla yargılanmalarını gereken durumlarda on sekiz ilâ yirmi dört yıl arasında hapis cezasına, müebbet hapis cezasıyla yargılanmalarını gereken durumlarda ise on iki ilâ on beş yıl arasında hapis cezasına hükmedilecektir⁹⁰. Ancak her iki yaş aralığında da hâkim, küçüğün bireysel, ekonomik ve sosyal durumunun göz önünde bulundurulması neticesinde hazırlanan sosyal inceleme raporunu göz önünde bulundurarak⁹¹ indirim uygulayacaktır⁹². Dolayısıyla söz konusu iki yaş aralığında yaş küçüklüğü sebebiyle uygulanan indirim oranının, hâkimin takdiri çerçevesinde fiilin ve failin özelliklerine göre farklı oranlarda olabileceğini söylemek mümkündür⁹³.

Akıl hastalığına ilişkin hükümler ise yaş küçüklüğü durumunun ardından değerlendirilmekte ve hastanın algılama ve irade yeteneği incelenerek bu doğrultuda cezada indirim yapılmaktadır. Akıl hastalığının failin fiilinin sonuçlarını algılama yeteneğinin tümüyle ortadan kalktığı durumlarda ise kusurluluk söz konusu olamamaktadır.⁹⁴

⁹⁰ KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 722; “Suç tarihinde 15-18 yaş grubunda olan sanığın cezasında 5237 sayılı TCK’nin 31/3. maddesine göre yaş küçüklüğü nedeni ile indirim yapılması gerektiğinin gözetilmemesi ... bozmayı gerektirmiş, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebeplerden 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi ile yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK’un 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 14.10.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.” Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 14.10.2015 tarihli ve 2015/12003 E., 2015/28388 K. sayılı kararı.

⁹¹ “... Suç tarihinde 18 yaşından küçük olan suçta sürüklenen çocuklar Süleyman ve İsmail hakkında Çocuk Koruma Kanunu’nun 35. maddesi gereğince sosyal inceleme raporunun alınması veya gereğinin kararda gösterilmemesi; yine suç tarihinde 15 yaşından küçük olan suçta sürüklenen çocuk Alparslan hakkında sosyal inceleme raporunun alınmaması ... bozmayı gerektirmiş, suçta sürüklenen çocuklar müdafilerinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün ... BOZULMASINA...” Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 24.12.2014 tarihli ve 2014/23165 E., 2014/43020 K. sayılı kararı; “... Suç tarihinde 12-15 yaş grubu içerisinde bulunan suçta sürüklenen çocuk hakkında 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nun 35/1 ve Çocuk Koruma Kanunu’nun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 20/2. maddesi gereğince zorunlu olan sosyal inceleme raporu alınmadan eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması ... bozmayı gerektirmiş...” Yargıtay 23. Ceza Dairesi, 22.10.2015 tarihli ve 2015/14502 E., 2015/5562 K. sayılı kararı.

⁹² “... Suç tarihi itibarıyla 17 yaşında olan suçta sürüklenen çocuğun ekonomik ve diğer şahsi halleri yönünden araştırma yapılmadan, yazılı ve yeterli gerekçe gösterilmeden adli para cezasının günlüğü 40 TL karşılığı hüküm altına alınması bozmayı gerektirmiş, suçta sürüklenen çocuk müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün tebliğnamedeki düşünceye aykırı olarak BOZULMASINA, 10/05/2016 gününde oybirliği ile karar verildi.” Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 10.05.2016 tarihli ve 2016/2038 E., 2016/2466 K. sayılı kararı.

⁹³ Daha detaylı bilgi için bkz. KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 727-728; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 27.04.2010 tarihli ve 2010/50 E., 2010/95 K. sayılı kararı.

⁹⁴ KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 722-723; ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, s. 371-375.

Şahsi nedenler, suç işlenirken mevcut olduğunda şahsi cezasızlık sebebi olarak değerlendirilirken suçun işlenmesinin ardından oluştuğunda ise cezayı ortadan kaldıran şahsi sebepler olarak nitelendirilmektedir⁹⁵. TCK'nın 167. maddesinde düzenlenen mala karşı suçlarda, suç işlenirken mevcut olan şahsi nedenlerin uygulanması öngörülmekte iken, TCK'nın 168. maddesinde yer alan etkin pişmanlık hâli ise suç işlendikten sonra ortaya çıkan ve cezayı ortadan kaldıran şahsi sebep olarak öngörülmektedir⁹⁶.

Takdiri indirim sebepleri, TCK'nın 62. maddesinde yer almıştır. Doktrinde cezanın bireyselleştirilmesi başlığı çerçevesinde değerlendirilmektedir⁹⁷. Bu konu, “cezanın bireyselleştirilmesi” şeklindeki üçüncü başlıkta ele alınacaktır.

4. Cezanın Belirlenmesinde Hâkimin Takdir Yetkisini Kullanımı

“Değer biçme” olarak tanımlanan takdir kavramı, kanun koyucu tarafından belirlenen ve kanunlaştırılan hükümlerin her somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi ve somutlaştırılarak uygulanmasını ifade etmektedir⁹⁸. TCK'da takdir yetkisi hakimlere açıkça tanınmıştır. Suç unsurlarının oluşup oluşmama durumunu takdir yetkisi, hâkime hakkaniyeti çerçevesinde kullanılmak üzere tanınmıştır ancak hâkim, yetkisini kanunda suç ya da ceza olarak belirtilmemiş bir eyleme ve duruma ilişkin suç ya da ceza yaratır gibi boşluğu doldurmaya ilişkin kullanamaz⁹⁹. Türk Ceza Hukuku'nda suçta ve cezada kanunilik ve gerekçe gösterme zorunluluğu ilkeleri bulunduğundan hâkim, maddi gerçeğe ulaşırken keyfi hareket edemeyecek ve yasaya bağlı kalacak, böylece adaleti tesis ederken hakkaniyet çerçevesinde görevini ifa amacı bağlamında asgari ve azami haddi belirlenmiş olan soyut cezayı, somut olayı her yönüyle inceleyerek somutlaştıracak ve sonuç cezaya hükmedecektir¹⁰⁰.

⁹⁵ ÖZEN (2019), s. 868; KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 728; YERDELEN (2013), s. 283; “Asli kusurlu olarak eşinin ölümü, biri şikâyetçi olmak üzere altı kişinin yaralanmasına sebebiyet veren sanığın, eşinin ölümü nedeniyle kişisel ve ailevi durumu bakımından artık bir cezaya hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olduğu açık ise de olayda münhasıran kendisi ve ailesi dışında başkalarının da zarar gördüğü, mağdurlardan birisinin şikâyetçi olduğu... anlaşıldığından... şahsi cezasızlık sebebinin uygulanmasına imkan bulunmamaktadır...” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 29.04.2014 tarihli ve 2013/104 E., 2014/216 K. sayılı kararı.

⁹⁶ KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 728.

⁹⁷ ÖZEN (2019), s. 868.

⁹⁸ ATEŞ ÖNCÜ, s. 135; “...“fidan diktirme” mükellefiyetinin para sarfı ile yerine getirilebilecek maddi bir edim ihtiva ettiği, hâkimin ceza ve mükellefiyet tayininde takdir yetkisini haiz ise de bu takdirini kanundaki ilkeler çerçevesinde kullanmak durumunda olduğu, işlenen suçla ilgisi olmayan, hükümlünün ıslahı amacıyla hizmet etmeyen “fidan diktirme” mükellefiyetine hükmedilemeyeceği ... kanun yararına bozma talebine dayanılarak ihbar olunmuştur. Kanun yararına bozma istemi yerinde görüldüğünden... BOZULMASINA...” Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 04.11.2009 tarihli ve 2009/39898 E., 2009/41370 K. sayılı kararı.

⁹⁹ Yaşar ŞAHİN ANIL, *Hâkimin Takdir Görevi ve Takdirin Sınırları*, 1. bsk., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2013, s. 59.

¹⁰⁰ KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 700-701; Hâkimin takdir yetkisi ve hüküm konusundaki fonksiyonuna ilişkin detaylı bilgi için bkz. Abdullah DİNÇKOL, “*Karar Verme Süreci İçinde Hüküm Oluşması ve Hâkimin Fonksiyonu*”, *Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar-V*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2012, s.

III. CEZANIN BİREYSELLEŞTİRİLMESİ

A. CEZANIN BİREYSELLEŞTİRİLMESİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Suç teşkil eden fiili gerçekleştiren failin şahsi özelliklerine göre cezanın şekillendirilmesi ve failin kişiliğine uydurulması işlemine cezanın bireyselleştirilmesi ismi verilmektedir¹⁰¹. Faile ilişkin şahsi özelliklerin ve durumların değerlendirildiği cezanın bireyselleştirilmesi müessesesi, TCK'nın 61., 62., ve 63. maddelerini kapsayan “Yaptırımlar” başlığının “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi” alt başlığında yer almaktadır. TCK'nın 62. ve 63. maddelerinde takdiri indirim nedenleri ile mahsup şeklinde düzenlenmiştir¹⁰². Aynı türü haiz suçu işleyen ve farklı siyasi, ekonomik, sosyal kimliklere sahip faillere somut olayda uygulanacak olan sonuç ceza farklılık arz edebilmektedir¹⁰³.

B. TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİ

TCK'nın 62. maddesinde failin yararına olacak şekilde cezayı hafifletecek nedenler şeklinde belirtilmiştir. Bu çerçevede takdiri indirim nedenlerinin varlığı halinde sonuç ceza, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ise müebbet hapis cezasına dönüştürülmekte, müebbet hapis cezası ise yirmi beş yıl ceza verilmekte ve diğer cezalarda ise altıda birine kadar indirim yapılmaktadır. Hâkim söz konusu nedenleri, temel ceza üzerinden takdir yetkisi çerçevesinde uygulamaktadır¹⁰⁴. Maddenin ikinci fıkrasına göre, failin sosyal ilişkileri ile geçmişi, eylemini gerçekleştirdikten sonraki ve ceza yargılaması sürecindeki pişmanlığını ifade eden tutumu¹⁰⁵ ve ceza-

172-188; “... hâkime, yargılama konusu maddi olayla ilgili olarak takdir ve değerlendirme yetkisi tanınmıştır. Hâkim, gasp edilen veya gasp edilmeye kalkışılan şeyin değerinin azlığını ceza indirimini yaparak değerlendirebilecektir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 24.02.2015 tarihli ve 2013/817 E., 2015/14 K. sayılı kararı; “... TCK'nın 145. maddesinin uygulanmasında hâkime takdir hakkı tanınmış olup, hâkim takdir hakkını kullanırken keyfilığe kaçmadan, her somut olaya uygun, yasal ve yeterli gerekçe göstermek suretiyle uygulama yapmalıdır. Somut olayda ise; peynir, zeytin, sucuk ve çay gibi yiyecek malzemeleri ile birer adet tabak, çatal, tencere ve çaydanlığı hırsızlayan sanık hakkında, çalınan eşyaların niteliği ve değeri itibarıyla ceza vermekten vazgeçilemeyecek ise de, hırsızlık konusunu oluşturan eşyaların değerinin az olması nedeniyle TCK'nın 145. maddesi gereğince verilen cezadan belirlenecek oranda indirim yapılması gerektiğinin gözetilmemesi ... bozmayı gerektirmiştir...” Yargıtay 13. Ceza Dairesi, 11.03.2014 tarihli ve 2013/9646 E., 2014/8393 K. sayılı kararı.

¹⁰¹ Doğan SOYASLAN, “Cezaların Bireyselleştirilmesi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 1-2, 2003, s. 25.

¹⁰² ÖZGENÇ, s. 1020-1022; ARTUK, GÖKCEN, s. 944-952.

¹⁰³ KORUCULU, s. 326-328.

¹⁰⁴ “... cezanın belirlenmesi sırasında 62. maddenin değerlendirilip değerlendirilmediği yönünde bir açıklamaya yer verilmeyerek, hükmün bu yönüyle gereksiz bırakılması usule ve hukuka aykırıdır.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 14.12.2010 tarihli ve 2010/205 E., 2010/258 K. sayılı kararı.

¹⁰⁵ “Mahkemece sanığın bir anlık sinirle üzerine atılı bulunan suçları işlediğinin kabul etmesinin ve hakkında pişmanlık gösteren açıklamalar gözetilerek hakkında TCK'nın 62. maddesinde takdiri indirim nedenlerinin uygulanması, TCK'nın 51/1-b maddesinde yer alan sanığın, suçu işledikten sonra yargı-

nın failin ilerleyen yılları üstündeki muhtemel sonuçları takdiri nedenler arasında sayılmaktadır. Bu nedenler, temel cezanın belirlenmesinde değil, temel ceza üzerinden, sonuç cezanın belirlenmesi amacıyla uygulanmaktadır¹⁰⁶. İlgili maddede yer alan “gibi hususlar” ifadesi, kukuk kurallarına uygun olan makul durumların da takdiri indirim nedenleri olarak kabul edilebileceğine işaret ederken 12.05.2022 tarihinde kabul edilen 7406 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 1. maddesi ile birlikte TCK’nın 62. maddesinden çıkarılmıştır. Ayrıca 62. maddenin metnine “*failin duruşmada mahkeme heyetini ve kararı etkilemeye yönelik sergileyeceği davranışlarının takdiri indirim nedeni olarak değerlendirilmeyeceği,*” hususu eklenmiştir¹⁰⁷.

Kanun koyucunun takdiri indirim nedenlerini sınırlı sayıda belirttiği, suç teşkil eden failin icrasının ardından ve yargılama esnasında failin tüm davranışlarının değil, sadece pişmanlığına işaret eden davranışlarının indirim sebebi olarak göz önünde bulundurulacağı aşikardır.

Failin geçmişi, failin yararına yönelik değerlendirilmekte ve failin kişiliğine ilişkin olumlu yargılar doğmasına sebebiyet verecek nitelikte bulunmalıdır. Örnek olarak sivil toplum kuruluşlarında aktif olarak yer alıp topluma faydalı projelerde çalışmak verilebilecektir¹⁰⁸. Failin psikolojik ve sosyo-ekonomik durumu, eğitim ve mesleki durumu, toplum içindeki konumu, etrafındaki insanlarla olan iletişimi gibi hususlar, failin sosyal ilişkileri çerçevesinde cezasının bireyselleştirilmesini sağlamaktadır¹⁰⁹. Failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren tutumu ise, mevcut haksızlığın içeriğine dair failin kendi iç dünyasındaki düşünceleri, vicdanı hesaplaşmaları yansıtabileceği için cezanın bireyselleştirilerek indirilmesi hususunda takdiri bir neden olarak değerlendirilmektedir. Mağdurun maddi ve manevi zararını gidermesi, çarptığı kişiyi hastaneye ulaştırması gibi durumlar da bu kapsamda sayılmaktadır¹¹⁰.

lama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşmaması bir çelişki yaratmamaktadır.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 08.05.2012 tarihli ve 2011/768 E., 2012/187 K. sayılı kararı.

¹⁰⁶ KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 729; ÖZEN (2019), s. 871; KORUCULU, s. 328-329; Duygu ÇAĞLAR DOĞAN, “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesinde Faile İlişkin Özel Ölçütlerin Temyiz Kanun Yolunda Denetlenmesi Sorunu”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C. 21, Özel Sayı, 2019, s.1038.

¹⁰⁷ Bkz. 31848 sayılı ve 27.05.2022 tarihli Resmi Gazete (RG).

¹⁰⁸ KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 730; AKBULUT (2019), s. 938.

¹⁰⁹ KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 731; HAKERİ, s. 707; “...TCK’nın 62. maddesinin uygulanmamasına ilişkin olarak gösterilen; “Sanıkların eylemlerini gerek noterlik nezdinde gerekse Türk milletini adına yargılama yapan mahkemelerin güvenini sarsacak şekilde gerçekleştirmiş olmaları sebebi ile işlenen suçun niteliği ve sonuçları gözeticiler...” şeklindeki gerekçenin yeterli olmadığı...” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 04.02.2014 tarihli ve 2013/439 E., 2014/27 K. sayılı kararı.

¹¹⁰ KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 725-726; ÖZGENÇ, s. 1020-1021.

C. CEZANIN MAHSUP EDİLMESİ

TCK'nın 63. maddesinde düzenlenen mahsup, cezanın süresiyle ilgilidir. Mahsubun gerçekleşmesi için mahkûmiyet kararı verilmeli ve hüküm kesinleşmelidir¹¹¹. Hükümün kesinleşmesinin ardından verilen somut cezanın infazına hemen başlanmaktadır¹¹². Mahsup ise hürriyeti bağlayıcı ve sınırlayıcı hâllerin mevcut olması durumunda, bu sürelerin hükmedilen kesin hapis cezasından indirilmesi şeklinde söz konusu olmaktadır¹¹³. Mahsup edilecek durumlar, 765 sayılı TCK'nın 40. maddesinde, tutukluluk hali anlamına gelen "*mevkufiyet*" olarak sınırlı sayıda belirtilmişken 5237 sayılı TCK'nın 63. maddesi, mahsup müessesesinin uygulama alanını "*şahsi hürriyeti sınırlama sonucu doğuran bütün haller*" şeklinde genişletmiştir¹¹⁴. Dolayısıyla, hürriyeti bağlayıcı olan yakalama, tutukluluk, gözaltı, gözlem altına alma, zorla getirme hâllerinde de geçen süre mahsup edilmektedir¹¹⁵. Aynı suç ya da başka suç sebebiyle söz konusu olabilen hürriyeti bağlayıcı durumlar, kesinleşen hapis cezasından mahsup edilebilmektedir¹¹⁶.

Mahsup, cezanın indirilmesi şeklinde açıklanmış olsa da TCK'da ceza için bir indirim sebebi şeklinde yer almamaktadır¹¹⁷. Zira şüphelinin ya da sanığın kendisi hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı mevcut olmadan önce hürriyetinin kısıtlandığı tüm sürelerin sonradan aldığı cezadan düşürülmesi şeklinde ifade edilmelidir. Zira doktrinde bu husus, indirim şeklinde değil, denkleştirme olarak ifade edilmektedir¹¹⁸.

SONUÇ

Cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi, suç teşkil eden fiilin meydana gelmesinin ardından yargılama sürecinde TCK 61. maddesinin 1. fıkrasındaki hususların sırasıyla somut olaya uygulanması ve temel cezanın belirlenmesinin ardından temel cezanın, failin özelliklerine göre uyarlanması ile hâkimin sonuç cezaya karar vermesi sürecidir. Ceza yargılaması neticesinde verilen hüküm toplumu suç işlemekten alıkoymayı amaçlayan, suç teşkil eden hareketi meydana

¹¹¹ AKBULUT (2019), s. 942; HAKERİ, s. 711; "5237 sayılı TCK'nın 53/1 maddesinin a, b, d ve e bentlerinde belirtilen haklardan hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar, c bendindeki haklarının ise koşulu salıverilmeye kadar kullanılmaktan yasaklanmasına, tutuklulukta ve gözetimde geçirdiği sürelerin 63. madde gereğince cezasından mahsubuna..." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 01.02.2011 tarihli ve 2011/16 E., 2011/17 K. sayılı kararı.

¹¹² ÖZGENÇ, s. 1027-1028.

¹¹³ ÖZEN (2019), s. 879; KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 704; AKBULUT (2019), s. 942.

¹¹⁴ KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 704.

¹¹⁵ KORUCULU, s. 447.

¹¹⁶ ÖZGENÇ, s. 1028; KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 704-705.

¹¹⁷ KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 704-705; Daha detaylı bilgi için bkz. KORUCULU, s. 441-463.

¹¹⁸ KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 705; KORUCULU, s. 446.

getiren failin ıslahı ile suçun kefareti kapsayan ve somut olaya göre TCK'da belirtilmiş olan soyut cezanın somut görünümüdür. Bireylerin hak ve hürriyetlerini kısıtlayan cezaların, fail ve failin özelliklerinin çeşitli bağlamlarda ele alınıp değerlendirilmesi ile belirlenmesi sayesinde, cezanın amacı gerçekleşmektedir. Belirlenen temel ceza üzerinden varlığı aranan takdiri nedenlerin uygulanması ve varsa mahsup edilecek durumların değerlendirilmesi ile sonlanan cezanın bireyselleştirilmesi süreci, hâkimin takdir yetkisi çerçevesinde cezanın indirilmesini kapsamakta, böylece cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi müessesesi hem bireyin hukuk güvenliğine ilişkin güvenini arttırmakta hem de kamu düzenini korumaktadır.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Berrin; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- AKBULUT, Berrin; *Türk Ceza Hukuku Temel Bilgiler*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- AKDAĞ, Hale; *Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran ve Azaltan Nedenler*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- AKTAŞ, Sururi; Cezalandırmanın Amacı Üzerine, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S. 1-2, 2009, s. 1-25.
- ANIL, Yaşar Şahin; *Hâkimin Takdir Görevi ve Takdirin Sınırları*, 1. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2013.
- ARTUK, Mehmet Emin, GÖKCEN, Ahmet; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- ATEŞ ÖNCÜ, Tuğba Gül; *Türk Ceza Hukukunda Temel Cezanın Belirlenmesi*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2020, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- BALCI, Fidan, ÖZTÜRK, Seyithan; *Hüküm Kurma ve Cezanın Belirlenmesi*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- CENTEL, Nur; Cezanın Amacı ve Belirlenmesi, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, *Dokuz Eylül Üniversitesi Dergisi*, 2001, s. 337-372.
- DEMİRBAŞ, Timur; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- DİNÇKOL, Abdullah; Karar Verme Süreci İçinde Hükümün Oluşması ve Hâkimin Fonksiyonu, *Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar-V*, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s. 172-188.
- DOĞAN, Duygu Çağlar; Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesinde Faile İlişkin Öznel Ölçütlerin Temyiz Kanun Yolunda Denetlenmesi Sorunu, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, Özel S., 2019, s. 1029-1058.
- HAKERİ, Hakan; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- KIRLIOĞLU, Gamze; Yargıtay Kararları Işığında Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Ankara, 2019, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan; *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- KORUCULU, Irmak; *Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN, Koray, BACAKSIZ, Pınar; *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

- ÖZEN, Mustafa; *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- ÖZEN, Mustafa; *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- ÖZGENÇ, İzzet; *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ÖZTÜRK, Bahri; *Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- SOYASLAN, Doğan; Cezaların Bireyselleştirilmesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1, s. 25-49.
- ŞAHİN, Cumhuriyet, GÖKTÜRK, Neslihan; *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- TANERİ, Gökhan; Temel Cezanın Belirlenmesi, Ankara Barosu Dergisi, C. 0, S. 3, 2016, s.127-161.
- TÖNGÜR, Ali Rıza, ÇETİNTÜRK, Ekrem; *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- YENİSEY, Feridun, NUHOĞLU, Ayşe; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- YERDELEN, Erdal; *Cezanın Belirlenmesi (Türk ve Alman Uygulaması)*, 1. Baskı Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- YERDELEN, Erdal; Çifte Değerlendirme Yasağı, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.20, S.2, 2012, s. 105-136.
- Elektronik Kaynakça**
- GEDİK, Doğan; Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cezanın Belirlenmesine Hâkim Olan İlkelere, www.turcademy.com, (Erişim Tarihi: 14.02.2021).
- SÖZÜER, Adem; Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi, 2015, <http://cdn.istanbul.edu.tr/statics/cezahukuku-hukuk.istanbul.edu.tr/wp-content/uploads/2015/01/Uygulama-Rehberi-2015.pdf>, (Erişim Tarihi: 23.12.2020).
- Mahkeme Kararları: <https://www.lexpera.com.tr/>, (Erişim Tarihi: 16. 02. 2021).



İnsan Hakları Perspektifinden Göç ve Mültecilik: 1951 Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Karşılaştırması^(*)

*The Issue of Migration and Refugees from a Human Rights
Perspective: A Comparison about the 1952 Geneva Convention
and the European Convention on Human Rights*

Arş. Gör. Ümran KARABULUT^(**)

Öz

İnsan hakları kavramı, doğal hukuk ve doğal haklar kavramları ile yakından ilişkilidir. Doğal haklar yaklaşımı, insanların doğuştan itibaren ve doğal olarak haklara sahip olduğu düşüncesini ifade eder. Doğal haklar yaklaşımının insan haklarına kaynak teşkil ettiği söylenebilir. İnsan hakları; pozitif hukuktan ayrı, insanların doğuştan itibaren sahip oldukları ve varlıkları herhangi bir tanımayı gerektirmeyen haklardır. Kavramsal yaklaşımdan ayrı olarak insan haklarının hukuken korunmasının bir yönü de uluslararası sözleşmeler ile gerçekleşmektedir. 1951 Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de insan haklarının görünüşlerinden biri olan vatandaş oldukları ülkelerden ayrılmak zorunda kalmış olan kişilerin hukuki durumları ile ilgili düzenlemeler getirmektedir. Her iki sözleşme de sağladıkları hukuki koruma bakımından insan hakları açısından değerlendirilebilir.

Anahtar Kelimeler

Göç, Doğal Haklar, İnsan Hakları, Mültecilik, Uluslararası Sözleşmeler.

Abstract

The notion of human rights has a strong affiliation with the concepts of natural law and natural rights. The natural rights approach states the idea that all humans have rights naturally from birth. It may be said that natural rights approach is a source for human rights. Human

^(*) Araştırma Makalesi / [Makale Geliş Tarihi](#): 15.03.2021 - [Makale Kabul Tarihi](#): 15.09.2022

^(**) Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, Sakarya - Türkiye
[E-posta](mailto:umrankaraaslan@sakarya.edu.tr): umrankaraaslan@sakarya.edu.tr
[Orcid No](https://orcid.org/0000-0002-8931-393X): <https://orcid.org/0000-0002-8931-393X>

rights are more than positive law, they are the rights that all people are born with and their being doesn't need any cognizance. Beyond the conceptual approach legal protection of human rights is also reached by international conventions. 1951 Geneva Convention Relating to the Status of Refugees and the European Convention of Human Rights regulates the status of people who have had to leave their country of citizenship and that is one of the aspects of human rights. Both of these conventions will be assessed in terms human rights about the legal protection that they provide.

Keywords

Immigration, Natural Rights, Human Rights, Refugees, International Conventions.

GİRİŞ

Göç ve mültecilik olguları, insanların yer değiştirmeye mecbur kalması ya da yer değiştirmeye zorlanması gibi nedenler ile küreselleşmenin tüm dünya üzerindeki etkisi de göz önüne alındığında günümüzde tüm devletleri ilgilendiren durumlar olarak önemini korumaktadır. Göç ve mülteciliğin psikolojik, ekonomik, sosyal, siyasal gibi pek çok açıdan etkileri olduğu artık bilinmektedir. Bizim bu çalışmada daha çok üzerinde duracağımız husus ise göç ve mülteciliğin insan hakları boyutuyla ifade ettiği anlam olacaktır. Şüphesiz ki göç ve mülteciliğe yaklaşımımızı insan hakları açısından sınırlandırdığımızda her iki olgunun nedenleri, etkileri ve sonuçları olarak farklı ve yeni durumlar ortaya çıkmaktadır. İki olguya dair hukuksal düzenlemeler açısından değerlendirmeler ve öneriler de yine, yeni ve farklı fikirler doğurabilmektedir. Bu nedenle çalışmamızda göç ve mülteciliği çok geniş bir perspektifle tüm yönleriyle ele almak gibi bir iddiamız bulunmamaktadır. Göç ve mültecilik olgularının insan hakları açısından ifade ettiği anlam; insan hakları hukukunun teori ve pratikte göç ve mültecilik olgularına yaklaşımı açısından ele alınacaktır.

Çalışmamızda insan hakları, göç ve mültecilik konuları ile ilgili olarak genel bir tanımlama yapma gayretiyle insan haklarının göç ve mülteciliğe yaklaşımı üzerinde durulmaya çalışılacaktır. Günümüzde insan hakları kavramının “ifade ettiği şeye” dair hemen herkesin söyleyebileceği bir sözü olduğunu iddia etmek herhalde abartılı olmayacaktır. Aynı biçimde, en azından söylem düzeyinde, hemen herkesin insan haklarını savunduğu iddia edilebilecektir. Haklara duyulan saygı ve inancın geldiği böyle bir nokta ümit verici olarak nitelenebilir. Bununla birlikte, insan haklarının ve onları oluşturan prensiplere ilişkin gösterilecek her entelektüel gayretin de insan haklarına olan inancı pekiştireceğini belirtmeliyiz. İnsan hakları kavramını genel olarak ele aldığımızda bireylerin doğuştan itibaren sahip olduğu, devredilemez ve vazgeçilemez haklar olduğunu ifade edebiliriz. Bu hakları belirleyen temel prensipler vardır. Örneğin “ayrımcılık yapılmamalıdır” bu prensiplerden bir tanesidir. İnsan haklarını belirleyen prensiplerin vatandaş ve yabancılar açısından eşit biçimde geçerli olması gerektiğini her iki durumdaki kişilerin de insan olmaları durumuyla ifade edebiliriz.

Göç ve mültecilik olguları ilk olarak toplumsal düzende karşılık geldikleri durum açısından ele alınacaktır. Yaşadığı yerden ayrılmak zorunda kalan insanların karşılaştıkları benzer durumlar bulunmaktadır. Bir yerde yabancı olanlar açısından da tıpkı orada yerleşik olanlar gibi; çalışmak, eğitim almak ya da sağlıklı gıdaya erişim sağlamak gibi gündelik hayatın idamesine dair gereksinimler mevcuttur. Göç ve mültecilik olguları küreselleşmenin etkileri nedeniyle tüm dünyayı ilgilendiren sonuçlara yol açmaktadır. Devletlerin sınırlarını kontrol etme, ülke sınırları içerisinde kimlerin bulunduğunu bilme ve denetleme yetkileri vardır. Göç ve mültecilik durumlarıyla karşı karşıya gelen bireyler ve devletler için hukuki düzenlemeler getiren uluslararası antlaşmalar, bu çalışmada konuya yaklaşımımızdaki hukuki perspektife etki etmektedir. İnsan hakları perspektifinden bir yaklaşım sergileme gayreti içerisinde olduğumuz için, yaşadıkları yerden bir biçimde göç eden ya da etmek zorunda kalan bireylerin sahip oldukları/ olması gerektikleri haklar inceleme konusu yapılacaktır. İnsan haklarının göç ve mülteciliğe yaklaşımında “olması gereken” ya da “olanaklar” üzerinde düşünmek de bu çalışmanın amaçları arasındadır.

I. İNSAN HAKLARI KAVRAMI: GENEL OLARAK

İnsan haklarını en temel biçimde tanımladığımızda, bütün insanların yalnızca insan olmak nedeniyle sahip oldukları temel hak ve özgürlükler olarak ifade edebiliriz. Temel hak ve özgürlükler daha çok anayasa hukuku disiplini içerisinde yer alan bir konuya işaret ediyorsa da; insanların temel hak ve özgürlükleri olarak insan haklarından bahsettiğimizde herhangi bir yasal metinde ifade edilmiş olması -insan haklarının- varlığının bir ön koşulunu oluşturmamaktadır. İnsan hakları her şeyden önce bir fikir ve düşünce olarak ifade edilmektedir. Bu öyle bir düşüncedir ki insanlar yalnızca insan olmaları nedeniyle özel bir muamele görmeyi hak etmektedirler¹.

İnsan hakları pozitif hukuktan bağımsız olarak varlığını korumaktadır. İnsan haklarının ekonomik, sosyal, kültürel pek çok yönü bulunmaktadır. Bu nedenle oldukça geniş kapsamlı bir kavramdır. Diğer yönlerinden ayrı olarak, en temel biçimi ile ele aldığımızda ise insan hakları bireyleri baskıcı yönetimin çeşitli biçimlerine karşı korumayı öngörmektedir². İnsan hakları düşüncesinin, modern çağda bireylerin politik baskıya karşı korunma arayışı içinde ortaya çıktığı belirtilmektedir³ İnsan hakları; özgürlük, demokrasi, eşitlik gibi ilkelerle de yakından

¹ Ioanna Kuçuradi, İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları, 4. Baskı, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2018, s. 56-57.

² Falk, Richard A; Human Rights Horizons: The Pursuit of Justice in a Globalizing World, First Edition, Routledge Publisher, Oxford, 2000, s. 2.

³ Erdoğan, Mustafa; İnsan Hakları: Teorisi ve Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Hukuk Yayınları, 2018, s. 24.

ilişkilidir. Örneğin, özgürlük insan haklarının bir yönüyle özü iken diğer yönüyle insan haklarına dair düşünsel açılımlar barındıran ana kavramlardan bir tanesidir; öyle ki insan varlığının tüm yönleri ile gelişebilmesi, kişisel olanaklarını gerçekleştirebilmesi ancak özgürlüğün varlığı ile mümkündür⁴. Özgürlük kavramıyla benzer açılımlar barındıran bir diğer temel kavram olan demokrasi ise insana ve insanlığa bağlı temel hakların gerçekleştirilme imkanı olan ve bu hakların güvence altına alındığı bir siyasal düzlemi ifade eder⁵. Bunun yanı sıra insan hakları, temel olarak eşitlik ilkesine dayanmaktadır. Buna göre insan hakları düşüncesi hiçbir insanın dini, etnik ve siyasi farklılıklara göre ayrımcılığa tabi tutulamayacağına güvence altına alır⁶.

İnsan hakları kavramının kapsamının ve içeriğinin tespiti her zaman çok kolay olmamaktadır. Çoğu kez, çok farklı ve hatta çıkarları birbiriyle çatışan kişilerin taleplerini insan hakları olarak dile getirebilmeleri insan haklarının tam olarak ne olduğu konusundaki belirsizliğe bir örnek olarak gösterilebilir⁷. Bir başka örnek olarak, pek çok kişinin, insan hakları kavramına kendi zihnindeki “olması gerekenler”i yükleyebilmesi gösterilebilir; adalet, demokrasi, hukukun üstünlüğü ve refah gibi farklı ideallerle ilişkili olan talepler insan hakları adı altında ifade edilebilmektedir⁸.

İnsan hakları kavramının tanımlanması ve anlaşılması açısından hak kavramı ve doğal haklar kavramı da özel bir anlam ifade eder. Çünkü, insan hakları spesifik bir hak türünü işaret ederken temelinde doğal haklar düşüncesi vardır. Hak kavramının farklı disiplinler açısından çeşitli tanımları yapılabilir. Örneğin, sosyolojik açıdan ele aldığımızda kişinin toplumla olan ilişkisi çerçevesinde hak kavramının içeriğine dair bir şeyler söylenebilecektir. Hak, kişinin toplumdaki isteyeceği, talep edebileceği ve kullanabileceği yetkiler olarak görülebilir⁹. Psikoloji-psikiyatri disiplini açısından okuyabileceğimizi düşündüğümüz bir yaklaşıma göre hak “*insanın doğal yaşantısında saklı doğal bir ruhsal olgu*” biçiminde ifade edilmektedir¹⁰. Çeşitleri açısından ise ahlaki haklar ve hukuki haklar olarak geniş biçimde iki kategoriye ayrılmaktadır¹¹.

⁴ Çeçen, Anıl; İnsan Hakları, 5. Baskı, Ankara, Astana Yayınları, 2020, s. 47.

⁵ Torun, Yıldırım; İnsan Hakları, Atatürk Üniversitesi Kazım Karabekir Eğitim Fakültesi Dergisi, Sayı: 16, 2007, s. 416.

⁶ Torun, s. 417.

⁷ Tepe, Harun, İnsan, İnsancılık (Hümanizm) ve İnsan Hakları: İnsancılık Eleştirisi Üzerine, Kilikya Felsefe Dergisi, Sayı: 2, Ekim 2019, s. 2 (1-16).

⁸ Erdoğan, s. 25.

⁹ Çüçen, Abdulkadir, İnsan Hakları, 2. baskı, Sentez Yayıncılık, Bursa, 2013, s. 44.

¹⁰ Emimi, M. Emin; Hak Kavramı, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı: 12, 2004, s. 203.

¹¹ Yücel, Yonca F.; Hak ve Menfaatler Üzerine Bir İnceleme, TBB Dergisi, Sayı: 91, 2010, s. 336-337, (335-357).

Doğal haklar insanın doğuştan itibaren sahip olduğu; bir başka ifadeyle insanın doğumuyla birlikte getirdiği, başkasına devredilemeyecek ve başkası tarafından verilmemiş olan hakları ifade etmektedir¹². Doğal haklar toplumdaki önce mevcuttur ve üstün nitelikteki değerleri temsil etmektedir. Toplum sözleşmesi teorileri bireylerin sahip oldukları doğal hakları ele aldıkları için insan hakları açısından entelektüel bir gayretin ürünü olarak görülebilir. Toplum sözleşmesi teorilerinin bu yönü insan hakları düşüncesine katkı sağlamıştır. Modern anayasalarda doğal hakların yer alması ise doğal hakların toplumdaki önce var olduğu gerçeğini ortadan kaldırmamakta tam aksine onların tanınmasını sağlamaktadır¹³.

A. İNSAN HAKLARI KAVRAMININ TARİHSEL GELİŞİMİ

İnsan haklarının bir düşünce olarak kökenlerini çok eski hukuksal ya da düşünsel metinlerde görebilmek mümkündür. İnsan hakları düşüncesinin kökenini yalnızca dünyadaki tek bir coğrafi bölgeye, tek bir ülkeye, tek bir yüzyıla, tek bir ülkeye, tek bir hukuki ya da siyasi sisteme atfetmek doğru olmayacaktır¹⁴. Aksine, insan haklarının kökenlerini binlerce yıl boyunca çok farklı biçimlerde farklı yerlerde, farklı dini ya da seküler kültürlerde bulabilmek mümkündür¹⁵. İnsan haklarını oluşturan ilkelerin aslında yüzyıllardır mevcut olduğu söylenebilir¹⁶.

Ancak, *doğal haklar ve insan yapımı hukuk kavramlarının doğal hukuk kavramıyla ilişkisi* açısından *Akıl Çağı* olarak da bilinen *Aydınlanma Çağı* dönemi boyunca çok büyük bir düşünsel ilgi gösterilmiştir¹⁷. Pozitif hukuk olarak da isimlendirebileceğimiz *insan yapımı hukuk, doğal hukuka* uygunluğu nisbetince meşru olarak ele alındığında; ayrıca soyut bir *doğal hukuk* düşüncesinin yanında öznesi insan olan *doğal haklardan söz* edilmeye başlandığında doğrudan doğruya “insan hakları” tanımlaması yapmak da mümkün olmaya başlamıştır.

Kavramın düşünsel temelleri oldukça eski tarihlere götürülebilmekle birlikte; bireyin yalnızca insan olmak dolayısıyla doğuştan haklara sahip olduğu fikri, genel olarak *haklar bildireleri* olarak adlandırılacak olan *1628 The Petition of Right (Hak Dilekçesi)*, *1689 Bill of Rights (Haklar Manzumesi)*, 4 Temmuz 1776’da ilan edilen *Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi*, 26 Ağustos 1789’da ilan

¹² Çavuşoğlu, Aslı; Doğal Haklar ve Jeremy Bentham, Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı: 37, 2019, s. 26.

¹³ Öğütçü, Muhlis; Doğal hukuk ve Pozitif Hukuk Işığında İnsan Hakları Alanındaki Bazı Kavramlar, Dokuz Eylül Üniversitesi hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 0 s. 573.

¹⁴ Lauren, Paul Gordon; The Foundations of Justice and Human Rights in Early Legal Texts and Thought, in: The Oxford Handbook of International Human Rights Law - edited by. Dinah Shelton, p. 163, (163-193).

¹⁵ Lauren, s. 163.

¹⁶ English, Kathryn, Adam Stapleton; The Human Rights Handbook: A Practical Guide to Monitoring Human Rights, First Edition, Ennisfield Print & Design, Essex, 1995, p. 6.

¹⁷ Lauren, s. 181.

edilen *Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi* gibi metinlerde somut olarak görülmeye başlamıştır. İnsan hakları fikrinin tarihsel sürecinde özellikle Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin ise önemli bir yerde bulunduğu ifade edilmektedir. Bildirgeyle modern anayasalarda kendisine yer bulan klasik hakların ifade edilmesi bunun temel nedenidir¹⁸. Birbirine nispeten yakın diyebileceğimiz tarihlerde, yani dünyanın tüm tarihini düşünürsek yaklaşık iki yüz yıllık bir süre içerisinde; İngiltere, Amerika ve Fransa'da ilan edilen temel haklara ilişkin bu belgeler elbette kendine özgü niteliklere sahiptir. Yine de insan haklarının tarihsel gelişimi bakımından birbirleri ile etkileşim içinde olduklarını ifade etmek gerekmektedir. Örneğin, şayet, hak manzumeleri olmasaydı Fransızların İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesini ilan etmeyeceklerine iddia eden bir görüş bulunmaktadır¹⁹ İnsan hakları teriminin ilk kez bir hukuki metinde kullanılması 1945 tarihinde Birleşmiş Milletler Şartı ile gerçekleşmiştir. Birleşmiş Milletler Şartının birinci maddesinin üçüncü fıkrası Birleşmiş Milletler'in görevlerinden birisinin de insan haklarının korunması ve geliştirilmesi olduğunu öngörmektedir²⁰. Ardından 1948 yılında modern insan hakları kavramının temel referansı olan ve insan hakları konusunu ilk kez en geniş biçimde ele alan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi hazırlanmış ve 10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda kabul edilmiştir²¹.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin oluşumu, insan hakları kavramının düşünsel temelleri ile ilgilidir. Aslında, birtakım etik ilkelerin saptanması da İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin bir amacıdır. Bu ilkelerin temelinde ise; insanın, akıl ve vicdana sahip olduğu için kendisini diğer varlıklardan ayıran belirli özelliklere sahip olduğu ve bu nedenle de insanın özel bir muamele görmesi gerektiği düşüncesi yer alır.²² Bu açıdan baktığımızda, insan hakları düşüncesine ilişkin tarihsel birikimin insan haklarına ilişkin ve insan hakları tarihi açısından çok önemli bir belgede öncü olduğunu ifade edebiliriz. İnsan haklarının pozitif hukuk metinlerinde yer alması tarihin çok eski dönemlerine değin götürülemeyecekse de, insanın değerine ilişkin sorgulamalar insan haklarının tarihsel gelişimi açısından etkili olmuştur.

¹⁸ Birinci, Görkem; İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin Kısa Tarihi I: Milletler Cemiyeti'nden Birleşmiş Milletler'e, Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi SBE Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 2, 2017, s. 51. (50-81).

¹⁹ Jellinek, Georg, İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi Üzerine: Modern Anayasa Tarihine Bir Katkı, 1. Baskı, İstanbul, Pinhan Yayıncılık, (Çev. Rezzan İtişgen Dülger, Muzaffer Dülger), 2017, s. 75.

²⁰ Birleşmiş Milletler Şartı tam metni için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/3-30.pdf>.

²¹ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ülkemizde insan haklarının tarihsel gelişimi bakımından da önemlidir. Beyanname 27 Mayıs 1949 tarihinde, 7217 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf>.

²² İoanna Kuçuradi, İnsan Hakları Düşüncesinin Işığında İnsan Hakları Belgeleri, Kaygı - Uludağ Üniversitesi Fen Edebiyat-Fakültesi Felsefe Dergisi, 2003, Bahar Sayı: 2, s. 8. (6-11).

İnsan haklarının tarihsel gelişimi açısından Birleşmiş Milletler'in kuruluşunda da önemli bir rol oynayan; İkinci Dünya Savaşı'nın tüm dünyaya yaşattığı acı verici tecrübeler önemli bir yerdedir. Hatta bu konuda çalışan pek çok kişinin de, İkinci Dünya Savaşı'nın yaşatmış olduğu acı tecrübeler, Yahudi Soykırımı gibi ağır insan hakları ihlallerinin İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin yazılışındaki temel gerekçe olduğu belirtilmektedir²³. Bu açıdan özellikle "insan haklarına saygı ilkesi" Birleşmiş Milletler Anayasası olarak da kabul edilen Birleşmiş Milletler Şartı'nda yer almıştır²⁴. Ioanna Kuçuradi'nin ifadesiyle, Birleşmiş Milletler'in kuruluşunun ardından, 2. Dünya Savaşı'nın sebep olduğu yıkımı iyileştirmek için güçlerini birleştiren devletlerin "yaptıkları ilk iş" İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ni hazırlamak olmuştur²⁵. İnsan haklarının tarihi açısından Birleşmiş Milletler'in kuruluşu ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin ilan edilmesi önemli bir dönüm noktasıdır. Birleşmiş Milletler Şartı'nın temel insan haklarına ve insanın onur ve değerine olan inancı belirten ifadeler içeriyor oluşu; İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin insan haklarının değeri ve korunması konusundaki bir farkındalığın ardından oluşmuş olması göz önüne alındığında bu durum görülebilmektedir.

B. GÜNÜMÜZDE İNSAN HAKLARI KAVRAMI

Günümüzde insan haklarının düşünsel ve hukuksal olarak yeri hakkında bizim de katıldığımız bir görüşe göre: insan hakları modern felsefenin ve adalet arayışının en asil ürünü, modernitenin evrensellik arayışının en üst noktası olarak görülmektedir²⁶. Samuel Moyn'un insan haklarını "son ütopya" olarak adlandırması da insan haklarının günümüzdeki bu konumuna işaret etmektedir²⁷.

İnsan haklarının statik olmadığı, sürekli bir değişim ve gelişim gösterdiği bilinmektedir. Bu açıdan günümüze kadar geldiğimizde de değişen dünya, değişen insan ihtiyaçları ve davranışlarının da insan haklarının içeriğini ve kapsamını yeniden düzenlediğini, değiştirdiğini ve geliştirdiğini görebiliyoruz. Örneğin, gıda hakkından, su hakkından, gelişme hakkından, güvenlik hakkından söz edebiliyoruz; aynı zamanda yaşam hakkının yeni biçimleri ortaya çıkarken özel hayatın gizliliğini de yeniden yorumlayabiliyoruz²⁸.

²³ Birinci, s. 52.

²⁴ Aybay, Rona; İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve Türkiye (1945-1948), 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016, s. 5.

²⁵ Ioanna Kuçuradi, Evrensel Bildirge'nin 50. Yılında İnsan Hakları, s. 15, (15-29). Şu Kitapta: Elli Yıllık Deneyimlerin Işığında Türkiye'de ve Dünyada İnsan Hakları (Yayına Hazırlayanlar: Ioanna Kuçuradi ve Bülent Peker), 2. Baskı, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2004.

²⁶ Satıcı, Murat; "Hak ve Özgürlük Ütopyası Olarak 'İnsan Hakları': Felsefesi ve Eleştirisi", Artvin Çoruh Üniversitesi Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 2, s. 4, (3-30).

²⁷ Moyn, Samuel; Last Utopia: Human Rights in History, Harvard, Harvard University Press, 2010.

²⁸ Moura Ramos, Rui Manuel; "21. Yüzyılda Hak ve Özgürlük Hareketleri ve Anayasa Mahkemelerinin Rolü", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 28, Sayı: 1, s. 511.

İnsan haklarının felsefi ve hukuki açıdan, adaletin tesisi konusundaki en tepedeki yeri günümüzde “insan hakları eleştirisine” de konu olmaktadır. Bu konuda iki önemli eleştiri Yuval Noah Harari ve Coustas Douzinas tarafından getirilmektedir²⁹. Harari’ye göre insan hakları, bir çeşit ilahi buyruk olarak kabul edilmektedir³⁰. İnsan haklarına yönelik böyle bir kabul ise onu eleştiriden muaf hale getirme riskini barındırmaktadır. Coustas Douzinas, insan hakları ifadesindeki ‘insan’ın kim olduğu sorgulamasının önemli felsefi ve ontolojik sorgulamalarla ilgili olduğunu belirtir. Douzinas’a göre ancak insan tanımı ile hakların özü ve kapsamı belirlenecektir³¹. Douzinas; barbarların, insan olmayan insanların; “haşere”, “köpek” ve “hamamböceği” olarak toplama kamplarındaki konumlarını örnek vererek hiçbir insanlık tanımının tam ve nihai olamayacağını vurgulamaktadır³². Bu durum ise tüm insanlarda bulunan ve insan haklarının öznesi olan insanı oluşturan bir özün olmadığını anlamamızı sağlayarak insan haklarının yapay bir inşa olduğunu bize gösterir³³.

İnsan haklarına yönelik eleştirel yaklaşımlarla birlikte insan haklarının bir adalet arayışı olduğu kabul edilmelidir. İnsan hakları küresel adalet arayışı ile yakından ilgilidir. Özellikle, küresel adalet kavramının insancıl (hümanist) yönetim kavramı ile olan ilişkisi önemlidir. İnsancıl yönetim ise onun zıddı olan gayrı-insani yönetim (inhumane governance) ile karşılaştırıldığında; güvensizlik, mahrumiyet, eşitsizlik gibi durumların dereceleri açısından bir farklılık görülebilecektir³⁴. Bu bağlamda, global adalet arayışında haklara olan inanç ve hakların korunmasının günümüzde tam olarak olması gereken aşamaya geldiğini söylemek güç olabilir. Yine de, hakların gücü, bu gücün yaklaşık bir asır önceki muhtemel durumundan çok daha fazla bir gerçekliktir³⁵.

C. İNSAN HAKLARI KAVRAMI VE İNSAN HAKLARI HUKUKU AYRIMI

İnsan haklarını temellendirmede çeşitli yaklaşımlar mevcuttur³⁶. Özellikle, insan hakları ve insan hakları hukuku ayrımı açısından da yapabilirlik ya da yapabi-

²⁹ Tepe, Harun; “İnsan, İnsancılık (Hümanizm) ve İnsan Hakları: İnsancılık Eleştirisi Üzerine”, *Kilikya Felsefe Dergisi*, Sayı: 2, (Ekim 2019), s. 4.

³⁰ Harari, Yuval Noah; *Sapiens: A Brief History of Human Kind*, First Edition, London, Vintage Books, 2014, s. 257.

³¹ Douzinas, Costas; *İnsancılığın Binbir Yüzü, Şu Kitapta: Hukuk Adalet ve İnsan Hakları: Eleştirel Bir Yaklaşım* (Çeviri ve Sunuşlar: Rabia Sağlam ve Kasım Akbaş), Ankara, Notabene Yayınları, s. 27.

³² Douzinas, Costas; *İnsancılığın Binbir Yüzü*, s. 30.

³³ Douzinas, Costas; *İnsancılığın Binbir Yüzü*, s. 32.

³⁴ Falk, Richard A.; *Human Rights Horizons*, p. 19.

³⁵ Falk, Richard; *Achieving Human Rights*, p. 25.

³⁶ Örneğin, insan haklarının etik temelleri olarak her bireyin sadece toplumsal ya da kültürel değerlere değil aynı zamanda etik değerlere de sahip olduğuna işaret eden bir yaklaşım bulunmaktadır (bkz. Yeşilçayır, Celal; *İnsan Haklarını Aydınlatmada Felsefi Bilginin Önemi*, Kaygı. Bursa Uludağ Üniversitesi-

lirlikler yaklaşımı olarak adlandırılan yaklaşımın önemli olduğunu düşünüyoruz. Yapabilirlikler yaklaşımı, bir kişinin sahip olması gereken fırsatlara özgürce erişim hakkını ifade etmektedir³⁷. Yapabilirlikler yaklaşımı, insanı bazı temel yapabilirliklerin taşıyıcısı olarak görür³⁸. Bu açıdan insanın insan olması nedeniyle kendisini gerçekleştirebilmesine olanak tanınması, onun haklara sahip olmasıyla ilintilidir. İnsanın zihinsel yönü, düşünebilmesi ve düşüncelerini dil aracılığıyla aktarabilmesi onu özel kılmaktadır. İnsan bu nedenlerle özel olarak “insan haklarına” sahiptir. Yapabilirlikler yaklaşımı uyarınca, her insanın neyi yapabilecekse onu yapabilme ve ne olabilecekse onu olabileme hakkına sahip olması gerekmektedir³⁹. Yapabilirlikler yaklaşımı toplam ya da ortalama iyi olmakla ilgilenmek yerine her insanı kendinde bir amaç olarak görerek her insanın sahip olması gereken fırsatların neler olduğunu ifade etmeyi amaçlar⁴⁰. Bu nedenle daha soyut ve genel bir ifade olan insan hakları ile kıyaslandığında hakların tanınarak somut düzenlemelerinin yer aldığı insan hakları hukukunun birbirinden farklı olduğunu belirtmek istiyoruz. Yapabilirlikler yaklaşımı insanın sahip olduğu olanaklara yaptığı somut vurgu ile hak taleplerini gerekçelendirme önemli bir düşünsel temel olarak görülebilir. Yaklaşımın geliştirilmesinde önemli katkıları olan Martha C. Nussbaum’a göre, onun saymış olduğu insan yapabilirlikleri, İnsan Hakları Evrensel Beyanname ve diğer insan hakları belgelerinde yer alan haklarla örtüşmektedir⁴¹.

İnsan hakları hukuku, soyut olarak insan haklarından farklı olarak pozitif hukukun konusu haline gelmiş olan düzenlemeleri ifade etmektedir. Bu açıdan insan haklarını koruyan ve güvence altına alan ulusal ve uluslararası hukuksal düzenlemeler de insan hakları hukukunun içeriğini oluşturmaktadır. İnsan hakları hukuku, insan haklarını korumaya yönelik anayasal hükümler ve kanunlar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi uluslararası hukuksal metinlerle varlık bulmaktadır.

D. İNSAN HAKLARI KAVRAMININ GÖÇ VE MÜLTECİLİK OLGULARI AÇISINDAN GÖRÜNÜMÜ

İnsan haklarının öznesinin kim olduğu sorusu eleştirel insan hakları çalışmaları açısından önemli bir çıkış noktası oluşturmaktadır. Haklara sahip olma

si Fen-Edebiyat Fakültesi Felsefe Dergisi, sayı: 31, (2018), s. 247.) Ontolojik-antropoljik yaklaşım da insan haklarını temellendirmede örnek verilebilecek yaklaşımlardan birisidir. Bu yaklaşımda insan bir fenomen olarak ele alınarak, somut-yaşayan insanın yapısal özellikleri saptanmaktadır (Tepe, Harun; İnsan Hakları Felsefesi, 1. Baskı, Ankara, Bilgesu Yayıncılık, 2018, s. 42).

³⁷ Tepe, İnsan Hakları Felsefesi, s. 32.

³⁸ Tepe, İnsan Hakları Felsefesi, s. 17.

³⁹ Tepe, İnsan Hakları Felsefesi, s. 31.

⁴⁰ Tepe, İnsan Hakları Felsefesi, s. 32.

⁴¹ Nussbaum, Martha C.; Creating Capabilities: The Human Development Approach, 1. Baskı, Massachusetts, Harvard University Press, 2011, s. 62.

bakımından yurttaş kimliği ve ulus devletlerin vatandaşlık politikaları, hem insan haklarının öznesinin tespiti hem de bulunduğu yerden göç etmek zorunda kalmış olan göçmen ve mültecilerin sahip olmaları gereken haklar açısından önemlidir. Ulus devlet, yurttaş kimliği ve insan haklarının öznesinin kim olduğu açısından Hannah Arendt'in *devredilemez insan haklarının* paradoksuna ilişkin yaklaşımı önemlidir. Arendt'e göre insan hakları bildirgesinin⁴² devredilemez haklar öngörürken hiçbir yerde var olmayan bir soyut insanı ele alması bir paradokstur⁴³. Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin, herkesin doğuştan sahip olduğu devredilemez ve vazgeçilemez hakların; herhangi bir ulus devletin yurttaş statüsüne sahip olmayan insanlar açısından ifade edeceği anlam üzerine düşünmek bu paradoksu anlamamıza yardımcı olacaktır. Arendt bu konuda, devletsizler için ulusal hakları yitirmenin insan haklarını yitirmekle özdeş olduğunu çünkü ulusal hakları yitirmenin kaçınılmaz bir biçimde insan haklarını yitirmeyi beraberinde getirdiğini belirtmektedir⁴⁴. Arendt, hakları kaybetmek ile her türden hakkı garanti etme iradesine ve gücüne sahip olan siyasi topluluğu kaybetmek arasındaki farka vurgu yapar⁴⁵. Bireyin belli hakları kullanmaktan mahrum kalması bir şey, haklara sahip olabileceği siyasi topluluktan mahrum kalması ise başka bir şeydir. Yurttaş statüsüne sahip olmayan kişiler açısından sözü edilen ikinci durum geçerli olacaktır. Arendt'in yaklaşımını ortaya koyduğu tarihten bugüne uluslararası hukuktaki yeniliklerden birisi de yaşadığı yerden göç etmek zorunda kalmış olan insanların durumuna ilişkin 1951 Mülteci Sözleşmesi ve AIHS ile öngörülmüş olan güvencelerdir. İfade etmek gerekir ki, göçmen ve mültecilerin uluslararası hukukta günümüzde sahip oldukları haklar açısından Arendt'in konuya dair düşünsel temellendirilmelerinin katkısı önemlidir⁴⁶.

II. GÖÇ KAVRAMI

İnsanların ve/ veya insan topluluklarının çeşitli nedenlerden kaynaklı olarak yaşadıkları yeri terk ederek başka bir yere dönemsel ya da kalıcı olarak yaşamak üzere gitmelerine göç denmektedir. Göç aynı zamanda bir nüfus hareketidir. Bununla birlikte, yani göçü nüfus hareketleri olarak da ifade ettiğimizde; göç, coğrafi mekan değiştirme sürecinde sosyal ekonomik, kültürel ve siyasi boyutla-

⁴² Arendt, "on sekizinci yüzyılın sonundaki insan hakları bildirgesi" ifadesiyle Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesini (1789) kast etmektedir (Arendt, Hannah; *Totalitarizmin Kaynakları/2: Emperyalizm*, 1. Baskı, İstanbul, İletişim Yayıncılık, s. 294).

⁴³ Arendt, s. 295.

⁴⁴ Arendt, s. 296-297.

⁴⁵ Arendt, s. 306.

⁴⁶ Bu konudaki benzer bir görüş için bkz. Ezgi Özen, Hannah Arendt'in Haklara Sahip Olma Hakkı Kavramı Kapsamında Avrupa Birliği'nin Kaçak Göçmenlere ve Sığınmacılara Yönelik Politikaları, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015, s. 44.

rıyla toplum yapısını da değiştirmektedir⁴⁷ Terk edilen ve yerleşilen yerler ile göç edenler ve göç edilen yerlerin nicel ve nitel özellikleri de her bir göç olgusunu bir diğerinden farklı kılmaktadır⁴⁸. Göç olgusu insanlık tarihi kadar eski bir olgudur. İnsanların iradesi dışında gelişen doğa olayları tarih boyunca göçün en önemli nedeni olmuşken sanayi devrimi sonrasında ise aslı belirleyici neden ekonomik, siyasal ve sosyal nedenler olmuştur⁴⁹.

Göç aynı zamanda *yabancılık* unsurunun ortaya çıkmasında, oluşmasında da temel başlangıç noktası konumundadır. Yabancılık, vatandaşlık hukukunun da temel kavramlarından birisidir. Yabancı kavramının tanımında da, yabancılık durumunun vatandaşlık kurumu ile olan ilgisini görebiliriz. Yabancı, bir devletin ülkesinde bulunan ve o devletin vatandaşlık hakkına sahip olmayan kimseye denmektedir⁵⁰. Çalışmamızın da konusunu oluşturan unsurlardan olan, mülteci ve sığınmacı statüleri göç kavramı ile yakından ilişkilidir. Kendi ülkesinde, ayrımcılığa ve kötü muameleye maruz kalan bir kişinin başka bir ülkeden sığınma talep edebilmesi, sığınma talep edebileceği ülkeye ulaşması ile mümkün olabilecektir⁵¹.

Göç ve göçmen kavramlarının genel tanımları dışında hukukumuzda da göç ve göçmen tanımlamaları bulunmakta ve bu tanımlamalar da uluslararası alandaki göç ve göçmen kavramlarından farklılık arz etmektedir. Buna göre, Türk Hukuku açısından göç Türk soyundan gelen kişi veya kişilerin ülkemize yerleşmek için gelmesi; göçmen de yerleşmek amacıyla Türk soyundan olan ve ülkemize gelen kişiler olmaktadır⁵².

III. MÜLTECİLİK KAVRAMI

Göç kavramı ve göç eden insan ya da insanları tanımlamak için kullanılan göçmen kavramı ile sıklıkla karıştırılan mültecilik ve mülteciler, göçmenlik gibi geniş bir kategoriye girmemekte ve göç eden insan ya da insan toplulukları arasında daha spesifik bir grubu oluşturmaktadırlar. Göç olgusunun insanlığın tarihi kadar eski olduğunu belirtmiştik, oysa mültecilik ulus devletlerin oluşumu

⁴⁷ Özer, İnan; Kentleşme, Kentileşme ve Kentsel Değişme, 1. Baskı, Bursa, Ekin Kitabevi, 2004, s. 11.

⁴⁸ Yılmaz, Abdurrahman; Uluslararası Göç: Çeşitleri, Nedenleri ve Etkileri, Turkish Studies - International Periodical for the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic, Volume: 9/2, (Winter 2014), s. 1694, (1685 - 1704).

⁴⁹ Keleş'den aktaran Ekici, Süleyman ve Gökhan Tuncel; Göç ve İnsan, Birey ve Toplum Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 9, (Bahar 2015), s. 13, (9-22).

⁵⁰ Çiçekli, Bülent; 648 Sayılı Kanunla Güncellenmiş Yabancılar ve Mülteciler Hukuku, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 24.

⁵¹ Saraçlı, Murat; Uluslararası Hukukta Yerinden Edilmiş Kişiler, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009, s. 103.

⁵² Çiçekli, s. 202.

ile birlikte ortaya çıkan yeni bir durumdur⁵³. Mültecilik meselesi hukuki, siyasi, felsefi, sosyal, psikolojik ve ekonomik pek çok disiplinle ilişkili bir durumdur⁵⁴. Mültecilik sıklıkla göçmenlikle karıştırılabilmektedir. Burada, her iki meselenin birbirinden ayrılabilmesi için göçmenlik ve mültecilik arasındaki farka dair şöyle bir görüş vardır; buna göre, göçe iten ve çeken faktörler olduğu düşünülürse göçmenleri yerlerinden ayıran çeken faktörlerken mültecileri ise iten faktörlerdir⁵⁵. Biz de bu yaklaşıma katılıyoruz. Gerçekten de mültecilik meselesi kişilerin iradeleri dışında, çok yoğun biçimde zorlayıcı kötü yaşam koşulları nedeniyle kişilerin mülteci konumuna düşmeleri ile ilgilidir.

Mültecilik konusu insan hakları alanında özel bir yere sahip olan⁵⁶ İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nde (çalışmanın devam eden kısmında İHEB) de özel bir maddede düzenlenmiştir. İHEB'in on dördüncü maddesinde şu hüküm yer almaktadır: "*Herkes zulmü karşısında başka memleketlere iltica etmek ve bu memleketler tarafından mülteci muamelesi görmek hakkını haizdir.*"⁵⁷ Bir biçimde mülteci konumuna gelmiş kişiler açısından, bu durumun aynı zamanda bir insan hakları meselesi olduğunu görmek gerekmektedir. İHEB'in, kişilere kötü muamele karşısında başka ülkelere iltica etme hakkını düzenlemiş olması ile birlikte göç ettikleri ülkelerde mülteci muamelesi görme ifadesi de önemlidir. Bu durum, bir biçimde mülteci konumuna gelmiş kişilerin de insan haklarına sahip oldukları biçiminde okunmalıdır.

Türk Hukuku'nda; yani hukukumuzda ise, mültecilik 6458 sayılı *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu*⁵⁸ ile 1994 tarihinde *Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığın-*

⁵³ Bozbeyoğlu, Eda; Mülteciler ve İnsan Hakları, Hacettepe Üniversitesi İletişim Fakültesi Kültürel Çalışmalar Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 1, (2015), s. 63.

⁵⁴ Özkan, Işıl; Göç - İltica ve Sığınma Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 76.

⁵⁵ Kuhlman, Tom; Towards a Definition of Refugees, Serie Research Memoranda; No. 1990-36, 1990, s. 6-9, <https://research.vu.nl/ws/files/73607223/Scanjob%20199000036> /erişim tarihi: 11.04.2021. Vincent, R.J.; Political and Economic Refugees: Problems of Migration, Asylum and Re-Settlement. (Report of Ditchley Conference, Ditchley Park, Oxfordshire, 13-15 October), Journal of Refugee Studies, Vol. 2, No. 4, 1989, s. 505-508.

⁵⁶ İHEB'in, insan hakları konusunda özel bir önemi haiz olması birden fazla gerekçeyle açıklanabilir. Örneğin, İHEB 365 farklı dünya diline çevrilmiştir (Aybay, Rona; Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, 1. Baskı, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2006, s. 6). Çok sayıda dile çevrilmiş olması, İHEB'in tüm dünyada insan haklarının konusunda bir farkındalık yaratma etkisine dair bir işaretir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ya da Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi gibi uluslararası insan hakları hukuku alanındaki sözleşmelerin giriş bölümlerinde İHEB'e atıflar yapılması da İHEB'in insan hakları hukukunun gelişimi üzerindeki etkisine bir örnektir (Aybay, Açıklamalı İHEB, s. 7).

⁵⁷ İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi Türkçe tam metni için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf>.

⁵⁸ Kanunun tam metni için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6458.pdf>.

ma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılara ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik olarak iki temel yasal metinle düzenlenmiştir. Aynı zamanda, mülteci statüsü, Türk Hukuku'na göre yalnızca Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerden gelen kişilere tanınmaktadır⁵⁹.

IV. 1951 TARİHLİ MÜLTECİLERİN HUKUKİ DURUMUNA İLİŞKİN CENEVRE SÖZLEŞMESİ

Uluslararası hukukta mültecilik meselesine ilişkin en kapsamlı hukuksal düzenleme Cenevre'de 1951 tarihinde imzaya açılmış olan Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme (çalışmanın devam eden kısmında *1951 Mülteci Sözleşmesi*⁶⁰) 'dir'⁶¹. *1951 Mülteci Sözleşmesi 1. maddesiyle mülteciliğin kapsamlı bir tanımını vermekte, mültecilerin sahip oldukları hakları saymakta, mültecilik statüsünün kaybını ve Sözleşme'nin korunmasından yararlanılamayacak durumları da açıkça ifade etmektedir. Genel Hükümler*⁶² başlıklı birinci bölümün ardından, *Hukuki Statü* başlıklı ikinci bölümde de mültecilerin sözleşmeye taraf devletlerde buldukları sırada sahip oldukları hakları belirtmektedir. *Gelir Getirici İşler* başlıklı üçüncü bölümde ise mültecilerin çalışma hakları düzenlenmektedir. *Sosyal Durum* başlıklı dördüncü bölümde de mültecilerin sosyal hakları düzenlenmektedir. *İdari Önlemler* başlıklı beşinci bölümde ise vatandaşlık hukukunun konusuna giren hakların mülteciler açısından uygulanması ele alınmaktadır. *Uygulamaya Yönelik Geçici Hükümler* başlıklı altıncı bölüm sözleşmenin taraf devletlerce yürütülüş usulünü açıklarken; *Nihai Hükümler* başlıklı son bölümde ise sözleşmenin yürürlüğe girişi, çekinceler gibi konular düzenlenmiştir.

1951 Mülteci Sözleşmesi, mülteciliğin uluslararası anayasası sayılabileceği ifade edilmektedir⁶³. Sözleşme'nin 1. Maddesi'nin A Bendi'nin 2. Fıkrası'nda sözleşme bakımından mülteci kavramının tanımını görüyoruz. Madde metni mülteci kavramını şöyle tanımlamaktadır: "*1 Ocak 1951 den evvel ceryan eden hadiseler neticesinde ve ırkı, dini, tâbiyeti, muayyen bir içtimai gruba mensubiyeti veya siyasi kanaatleri yüzünden takibata uğrayacağından haklı olarak korktuğu için vatandaşı olduğu memle-*

⁵⁹ Özer, Yeşim; Uluslararası Göç ve Yabancı Düşmanlığı, 1. Baskı, İstanbul, Derin Yayınları, 2015, s. 37.

⁶⁰ Birleşmiş Milletler Mülteci Örgütü de, sözleşmeyi, Türkçe çevirisini tercih ettiğimiz *The 1951 Refugee Convention* biçiminde ifade etmeyi tercih etmektedir bkz. <https://www.unhcr.org/1951-refugee-convention.html>.

⁶¹ Sözleşmenin Türkçe tam metni için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/KM___d00/c002/km__00002024ss0053.pdf.

⁶² Bu bölüm özellikle mülteciliğin tanımı, mültecilik statüsünün kazanılması ve kaybını ayrıntılı olarak ifade etmektedir. Mültecilik kavramının tanımı çalışmamız bakımından özel bir önemi haiz olduğundan bilahare açıklanmıştır.

⁶³ Barkın, Ersan; 1951 Tarihli Mülteciliğin Önlenmesi Sözleşmesi, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 1, (2014), s. 334, (331-360).

ket dışında bulunan ve işbu memleketin himayesinden istifade edemeyen veya mezkûr korkuya binaen istifade etmek istemeyen, yahut tâbiiyeti yoksa da oraya dönemeyen veya mezkur korkuya binaen dönmek istemeyen şahıs”⁶⁴. Bu maddenin vermiş olduğu mülteci tanımından; bir biçimde doğduğu yerden göç etmiş ya da göç etmek zorunda kalmış herkesi kapsamadığı; uluslararası hukuk açısından mülteci statüsüne sahip olmanın bir kısım şartları taşımayı gerektirdiğini açıkça görebiliyoruz.

V. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE MÜLTECİLİK

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Mültecilerin Durumuna İlişkin Cenevre Sözleşmesi’nden farklı olarak mültecilerin faydalanacağı koruma statülerine dair özel bir düzenleme içermemektedir. AİHS’in 16. maddesi, ve AİHS’e ek 7 ve 11 numaralı protokollerde *yabancı* kavramı geçmektedir. Her ne kadar yabancı ifadesi; mülteci, sığınmacı ya da göçmen gibi kavramları birebir karşılamıyorsa da bir ülkede bulunan ancak o ülkede vatandaşlık hakkına sahip olmayan kişileri nitelendirmesi açısından önemli görülebilir. AİHS’in doğduğu ülkeden bir nedenle göç etmiş olan kişilerle ilgili spesifik olarak düzenleme getirmediği konularda da, AİHS’e taraf olan devletler açısından yetki sınırları içerisinde bulunan tüm kişiler AİHS’in garanti altına aldığı haklara sahiptir. Çünkü, AİHS’in 1. maddesi vatan- daş olsun ya da olmasın, sözleşmeci olan tüm devletlerin yetki sınırları içerisinde bulunan herkesin sözleşmede bulunan hak ve özgürlüklerden yararlanacaklarını belirtmektedir⁶⁵. AİHS’in birinci bölümünde sayılmış olan; *yaşama hakkı, işken- ce yasağı, özgürlük ve güvenlik hakkı, ifade özgürlüğü* gibi hak ve özgürlükleri AİHS’e taraf olan devletler, yetki sınırları içerisinde bulunan; vatan- daş, göçmen, sığınmacı ya da mülteci statüsünde olan herkese sağlamakla yükümlüdürler.

AİHS’in sağladığı koruma açısından sığınma ve sığınmacı (asylum) kavram- larının da açıklanmasını önemli buluyoruz. Devletler yabancıları sınır dışı etme hakkına sahip olmakla birlikte; eğer yabancıların ülkelerine girişine ve ülkele- rine yerleşmelerine insâni nedenlerle izin veriyorlarsa sığınma hakkını tanımış olurlar⁶⁶. Türk Hukuku’nda mültecilik özel bir statü iken, mülteci statüsü almak

⁶⁴ 1951 Tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşmenin tam metni için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/KM_/d00/c002/km_00002024ss0053.pdf?TSPD_101_R0=08ffcef486ab2000192d7e53153f9e94fc2333910249948227e701f88e343c85182dca93132d0bed082a26e50914300042f320119ff98ea889e1f70fdfb31836cd0c42029cd62542600d9b18afa53002ec1f-cc3c39da9a2f7c45c3e7331ff3a9.

Mültecilik statüsü elde edebilmek için gerekli şartları da ortaya koyan bu maddedeki, “1 Ocak 1951 tarihinden önce meydana gelen olaylar” biçimindeki zaman sınırlamasının 1951 Tarihli Cenevre Sözleşmesine ek bir protokol olarak kabul edilmiş olan Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin 1967 Protokolü ile kaldırılmıştır. Bu protokolün Türkçe tam metni için bkz. https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/sozlesmeler/coktarafli-soz/bm/bm_13.pdf.

⁶⁵ AİHS’in tam metni için bkz. https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf.

⁶⁶ Özkan, s. 126.

için gerekli koşulların sağlanamaması durumunda sığınmacı statüsü elde edilebilmektedir.

Devletler, yabancıların ülkelerine girmelerine ve ülkelerinde ikamet etmelerine izin verebilecekleri şartları belirlemekte serbesttirler⁶⁷. Devletler,⁶⁸ egemenlik yetkilerinin bir sonucu olarak sığınma hakkı vermek ya da vermemekte serbesttirler. Bu nedenle, bir devletin ülkesinde mülteci, sığınmacı ya da göçmen tanımlarının ifade ettikleri statülerde olmak, kimi zaman bu konulardaki uluslararası hukuk düzenlemelerini aşarak bir iç hukuk meselesi halini almaktadır. 1951 Tarihli Cenevre Sözleşmesi, her ne kadar mülteci statüsünü kazanabilmenin şartlarını belirlemiş olsa da, bu şartları sağlayan kişiler açısından dahi sözleşmeye konulmuş olan çeşitli çekince ya da çekincelerle mülteci statüsüne sahip olabilmenin koşulları farklılık gösterebilecektir. Bu durum ise sözleşmenin sağladığı korumalardan faydalanma açısından sıkıntıları beraberinde getirebilecektir.

VI. 1951 MÜLTECI SÖZLEŞMESİ VE AİHS ARASINDAKİ BENZERLİKLER VE FARKLILIKLAR

Her iki sözleşme de, hükümlerinin uygulanacağı kişiler bakımından bir kısım farklılıklar taşımaktadır. 1951 Mülteci Sözleşmesi'nin sağladığı haklardan yararlanabilmek, sözleşmenin 1. Maddesinde belirtilmiş olan; mülteci sayılmak için gerekli koşullar sağlandığında mümkün olabilecektir. AİHS'in ise kişi bakımından uygulama alanı daha geniştir çünkü AİHS'ye taraf olan devletlerde bulunan herkes bu sözleşmenin sağladığı korumadan faydalanabilecektir⁶⁹.

1951 Mülteci Sözleşmesi'nde kişinin gönderileceği ülkede kötü muameleye uğramasının sebepleri belirtilerek bunlardan birisinin varlığı durumunda sözleşmenin gerekli korumayı sağlayacağını öngörülmektedir. Aynı konuda AİHS, kişinin insanlık dışı muameleye uğraması durumunu bunun sebebine bakmaksızın koruma altına almaktadır⁷⁰. Aynı zamanda mülteci statüsünü talep eden kişinin geriye dönmek istemediği ülkedeki durumun “kabul edilebilirliği” açısından iki sözleşme arasında farklılık bulunmaktadır. Buna göre, 1951 Mülteci Sözleşmesi, mülteci statüsü ve buna bağlı korumadan kişilerin faydalanabilmesi için *gerçek bir riskin* varlığını ararken; AİHS muhtemel bir riskin varlığı halinde dahi koruma öngörmektedir⁷¹.

⁶⁷ Hackworth, Green Heywood; Digest of International Law, Washington, United States Government Printing Office (Volume XII), 1943, s. 549.

⁶⁸ Özkan, s. 127.

⁶⁹ Özkerim Güner, Neslihan; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Mültecilerin Haklarının Korunmasındaki Rolü, Göç Araştırmaları Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, (Temmuz-Aralık 2016), s. 214, (212-241).

⁷⁰ Özkerim Güner, s. 215.

⁷¹ Özkerim Güner, s. 215.

Mültecilerin konumları açısından özel bir önem taşıyan *geri göndermeme ilkesi*⁷² açısından her iki sözleşmenin farklılıkları vardır. *Geri göndermeme ilkesi* 1951 Mülteci Sözleşmesi'nin 33. maddesi ile düzenlenmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise *geri göndermeme ilkesinin* uygulanmayacağı durumlar düzenlenmiştir. AİHS'de *geri göndermeme ilkesinin* uygulanışı açısından 1951 Mülteci Sözleşmesi'nde bulunan sınırlama mevcut değildir. Bu nedenle, *geri göndermeme ilkesinin* uygulanışı açısından AİHS'in sağladığı koruma daha geniştir⁷³. 1951 Mülteci Sözleşmesi'nin geri göndermeme ilkesini düzenleyen 33. maddesinin ikinci fıkrası, geri göndermeme ilkesinin uygulanamayacağı iki durumu açıkça belirtmektedir. 1951 Mülteci Sözleşmesi'nin ilgili hükmüne göre, mülteci konumundaki kişinin, bulunduğu ülkenin güvenliği açısından tehlike oluşturduğuna dair makul gerekçelerin olması durumunda ya da hakkında ciddi bir suçtan dolayı kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı olduğu için bulunduğu ülkedeki toplum açısından tehlike teşkil ediyorsa *geri göndermeme ilkesinin* sağladığı korumadan faydalanamayacaktır. 1951 Mülteci Sözleşmesi Çekinceler başlığını taşıyan 42. maddesinde yer alan düzenleme ile *geri göndermeme ilkesini* düzenleyen 33. maddeye çekince konulmasını yasaklamaktadır. Bu nedenle 1951 Mülteci Sözleşmesine taraf olan tüm devletler mülteciler *geri göndermeme ilkesini* uygulamakla yükümlüdürler.

AİHS, 1951 Mülteci Sözleşmesi'nin aksine *geri göndermeme ilkesini* düzenleyen özel bir hüküm içermemektedir. Ancak, bir yabancıdan ülkeden sınır dışı edilmesi AİHS'in 3, 8 ve 13. maddelerine aykırı olarak gerçekleştirilirse işlemi gerçekleştiren devletin sorumluluğu doğabilecektir⁷⁴. AİHS'in 3. Maddesine göre hiç kimse işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele ve cezaya tabi tutulmayacaktır. Bu maddenin doğrudan mültecileri ya da yabancıları ifade etmediği söylenebilecekse de; AİHM içtihadı ile AİHS'e taraf olan bir devletin, bir yabancıyı AİHS'in 3. Maddesinde ifade edilmiş olan durumlarla karşılaşma riski olan ülkeye göndermesi 3. maddenin ihlali anlamına geleceği belirlenmiştir⁷⁵. AİHS'in 8. maddesinin sağladığı güvence ile sınır dışı işlemi gerçekleştirilen yabancıdan özel hayatı ve aile bağlarının zedelenmemesi yükümlülüğü getirilmektedir⁷⁶. AİHS'in *Etkili Başvuru Hakkı* başlığını taşıyan 13. maddesi de AİHS'de tanınmış

⁷² *Geri göndermeme ilkesi* devletlere zalimce muamele uğrayacağından korkan kişileri bu endişelerine sebebiyet veren ülkelere göndermeme yükümlülüğü getiren ilkedir (Elif Uzun, "Geri Göndermeme (Non-Refoulement) İlkesinin Uluslararası Hukuktaki Konumuna İlişkin Bir Değerlendirme", Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 30, 2012, s. 25).

⁷³ Özkerim Güner, s. 215.

⁷⁴ Kabaalioğlu, Haluk ve Nuray Ekşi, Yabancıların Türkiye'den Sınırdışı Edilmesi, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 24, Sayı: 1-2, (2004), s. 507, (503-522).

⁷⁵ Kabaalioğlu, Haluk ve Nuray Ekşi, s. 507.

⁷⁶ Kabaalioğlu, Haluk ve Nuray Ekşi, s. 507.

olan hak ve özgürlükleri ihlal edilmiş olan herkesin ulusal bir makama başvuru hakkını tanımaktadır. AİHS'in 13. Maddesinin sağladığı güvence uyarınca, yabancılar hakkında verilen sınır dışı kararlarına karşı ulusal makamlara başvuru hakkı bulunmaktadır⁷⁷.

1951 Mülteci Sözleşmesi mültecilerin hukuki statüleri ve korunmaları konusunda spesifik bir global uluslararası sözleşme iken AİHS insan haklarının korunması bakımından daha genel ve bölgesel bir uluslararası sözleşmedir. Hem 1951 Tarihli Cenevre Sözleşmesi hem de AİHS, bir biçimde insanlık dışı muameleye tâbi tutulacağından endişe eden kişiler için koruma öngörmektedir.

Her iki sözleşmenin de doğal olarak belirli bir hacmi ve sınırları olduğu düşünüldüğünde hem mülteciler hem de yabancılar açısından sınırsız bir koruma sağladığını iddia etmek mümkün değildir. Bunun, mutlak bir gereklilik olduğunu iddia etmek de gerçekçi değildir. Ancak, AİHS'in sağladığı korumanın hem kişi hem de konu yönünden daha geniş olduğu bir gerçektir. AİHS'in sağladığı insan hakları koruması, sözleşmeye ek protokollerle zamanla genişletilmişse de protokollerin yalnızca protokolü onaylayan devletler açısından geçerli olduğu söylenmelidir. 1951 Mülteci Sözleşmesi'nin yükümlülüklerini getirdiği devlet sayısı AİHS'e göre daha fazladır. Avrupa Konseyi üyesi kırk yedi devlet AİHS'in tarafıdır⁷⁸. 1951 Mülteci Sözleşmesi ise tüm dünyada yüz kırk dokuz devlet tarafından imzalanmıştır⁷⁹. 1951 Cenevre Sözleşmesi bağlayıcı olduğu coğrafi hacim açısından AİHS'e oranla daha etkilidir.

SONUÇ

İnsan hakları kavramı tanımlanması oldukça geniş içeriği ve anlamı nedeniyle bu makalenin hacmini aşan ifadeleri gerektirmektedir. Yine de bu çalışmamızda ifade etmeye çalıştığımız gibi, insan haklarını her insanın hiçbir ayırma tâbi tutulmaksızın sadece insan olması dolayısıyla ve asgari insani koşulları sağlayan bir yaşam elde etmesi için sahip olması gereken haklar olarak en genel biçimde tanımlayabiliriz. Yerinden ayrılarak bir biçimde göç etmek durumunda kalmış olan göçmenler ya da daha ağır ve zor şartların zorlayıcılığı nedeniyle bir başka ülkeye iltica etmiş olan sığınmacılar ve mülteciler ise nazik konumlarıyla özel bir grubu oluşturmaktadır. Buldukları devletin vatandaşlık statüsüne sahip olmamaları, onların hukuki korumadan yoksun kalma riski ile karşı karşıya gelme ihtimalini de doğurmaktadır. Bu nedenle de insan hakları korumasına sahip olmaları gerekmektedir. Burada mültecileri ve göçmenleri ilgilendiren insan haklarının iki yönü bulunmaktadır. İlk olarak vatandaşlık bağı ile bağlı oldukları

⁷⁷ Kabaalioğlu, Haluk ve Nuray Ekşi, s. 508.

⁷⁸ <https://www.coe.int/en/web/portal/47-members-states>.

⁷⁹ <https://www.unhcr.org/1951-refugee-convention.html>.

devlette uğradıkları haksız muameleler insan hakları ile sıkı bir ilişkisi olan ayrımcılık yasağı açısından değerlendirilmelidir. İkinci olarak ise göç ya da iltica ettikleri devlette sahip olmaları gereken haklar ve hukuki güvenceler yine insan hakları kapsamında görülmelidir. Ayrımcılık yasağı, bir ülkedeki tüm bireylerin 1951 Mülteci Sözleşmesi'nin mülteci tanımında da belirtilen; *ırkı, dini, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden kötü muameleye uğrama* riski olan kişilerin böyle bir duruma maruz kalmasını engellemeye yöneliktir. Ayrımcılık yasağının, AİHS'in 14. maddesi ile de kapsamı ve tanımı açıkça belirtilmiştir. Bu maddeye göre ayrımcılık yasağı: "Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır." biçiminde ifade edilmiştir. Her ne kadar 1951 Mülteci Sözleşmesi, ilk maddesinde saydığı koşullarla kişilerin ayrımcılığa uğramasını, onların bir başka ülkede devamlı ikamet edebilmeleriyle çözmeyi hedeflemekte ise de çalışmamızda da bahsettiğimiz gibi AİHS'in sağladığı koruma kişi ve konu yönünden daha geniştir. Bununla birlikte, AİHS'in sağladığı tüm temel hak ve özgürlüklere ek olarak ayrımcılık yasağını ülkesinden ayrılmak zorunda kalmış kişiler için de sağlamaktadır.

Bu açıdan, yukarıda içeriğini açıkladığımız 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi hükümlerinin uygulanması ve devletlerin iç hukukların da bu bağlamda insan haklarını korumaya yönelik olarak düzenlenerek hak temelli bir yaklaşımı benimsemesi göçmenler ve mültecilerin özel konumları açısından insan hakları ile açıklanabilecektir. 1951 Mülteci Sözleşmesi, gerçekten de vatandaşı olduğu ülkede ayrımcılığa uğrayan ya da ayrımcılığa uğrayacağından ciddi bir endişe duyan kişiler için bir koruma mekanizması öngörmektedir. Sözleşmeye taraf olan devletlerde bulunan kişiler açısından, sözleşmeyle sağlanan sahip oldukları hukuki bir koruma mevcuttur. Bununla birlikte AİHS'in sağladığı koruma yalnızca mülteci statüsüne sahip olan kişiler için değil; mülteci, sığınmacı ya da göçmen fark etmeksizin sözleşmeyle sağlanan insan hakları ihlal edilen tüm bireyler için geçerli olacaktır. Bu durum ise insan haklarının korunması açısından daha etkilidir.

KAYNAKÇA

- Arendt, Hannah; *Totalitarizmin Kaynakları/2: Emperyalizm*, 1. Baskı, İletişim Yayıncılık, İstanbul, 1998.
- Aybay, Rona; *Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi*, 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2006. (Açıklamalı İHEB).
- Aybay, Rona; *İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve Türkiye (1945-1948)*, 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016. (İHEB ve Türkiye).
- Birinci, Görkem; *İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin Kısa Tarihi I: Milletler Cemiyeti'nden Birleşmiş Milletler'e*, Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi SBE Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 2, 2017, s. 50-81.
- Bozbeyoğlu, Eda; *Mülteciler ve İnsan Hakları*, Hacettepe Üniversitesi İletişim Fakültesi Kültürel Çalışmalar Dergisi, Cilt. 2, Sayı. 1, 2015. 60-80.
- Çavuşoğlu, Aslı; *Doğal Haklar ve Jeremy Bentham*, Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı. 37, 2019, s. 24-31.
- Çeçen, Anıl.; *İnsan Hakları*, 5. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2020.
- Çiçekli, Bülent; *648 Sayılı Kanunla Güncellenmiş Yabancılar ve Mülteciler Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Çüçen, Abdulkadir, *İnsan Hakları*, 2. baskı, Sentez Yayıncılık, Bursa, 2013.
- Ekici, Süleyman ve Gökhan Tuncel; *Göç ve İnsan*, Birey ve Toplum Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 9, Bahar 2015, s 9-22.
- Emini, M. Emin; *Hak Kavramı*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı: 12, 2004, s. 203-216.
- English, Kathryn, Adam Stapleton; *The Human Rights Handbook: A Practical Guide to Monitoring Human Rights*, First Edition, Ennisfield Print & Design, Essex, 1995.
- Erdoğan, Mustafa; *İnsan Hakları: Teorisi ve Hukuku*, 6. Baskı, Ankara, Hukuk Yayınları, 2018.
- Falk, Richard A; *Human Rights Horizons: The Pursuit of Justice in a Globalizing World*, First Edition, Routledge Publisher, Oxford, 2000.
- Hackworth, Green Heywood; *Digest of International Law*, Government Printing Office, Washington, 1942.
- Jellinek, Georg, *İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi Üzerine: Modern Anayasa Tarihine Bir Katkı*, 1. Baskı, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, (Çev. Rezzan İtişgen Dülger, Muzaffer Dülger), 2017.
- Kabaaloğlu, Haluk ve Nuray Ekşi, *Yabancıların Türkiye'den Sınırdışı Edilmesi*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 24, Sayı: 1-2, 2004, s. 503-522.
- Kuçuradi, Ioanna, *Evrensel Bildirgenin 50. Yılında İnsan Hakları. Giriş*, (Şu Kitapta: Elli Yıllık Deneyimlerin Işığında Türkiye'de ve Dünyada İnsan Hakları (Yayın Hazırlayanlar: Ioanna Kuçuradi ve Bülent Peker), 2. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2004.

- Kuçuradi, Ioanna, İnsan Hakları Düşüncesinin Işığında İnsan Hakları Belgeleri, Kaygı. Uludağ Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Felsefe Dergisi, Sayı: 2, Bahar 2003, s. 6-11.
- Kuçuradi, Ioanna, İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları, 4. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2018.
- Lauren, Paul Gordon; The Foundations of Justice and Human Rights in Early Legal Texts and Thought, in: The Oxford Handbook of International Human Rights Law - Edited by. Dinah Shelton, Oxford University Press, 2013.
- Moura Ramos, Rui Manuel; 21. Yüzyılda Hak ve Özgürlük Hareketleri ve Anayasa Mahkemelerinin Rolü, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 28, Sayı: 1, s. 511-525.
- Moyn, Samuel; Last Utopia: Human Rights in Histroy, Massachusetts, Harvard University Press, 2010.
- Nussbaum, Martha C.; Creating Capabilities: The Human Development Approach, Massachusetts, Harvard University Press, 2011.
- Öğütçü, Muhlis; Doğal hukuk ve Pozitif Hukuk Işığında İnsan Hakları Alanındaki Bazı Kavramlar, Dokuz Eylül Üniversitesi hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 0 s. 555-616.
- Özen, Ezgi; Hannah Arendt'in Haklara Sahip Olma Hakkı Kavramı Kapsamında Avrupa Birliği'nin Kaçak Göçmenlere ve Sığınmacılara Yönelik Politikaları, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2015.
- Özer, İnan; Kentleşme, Kentlileşme ve Kentsel Değişme, 1. Baskı, Bursa, Ekin Kitabevi, 2004.
- Özer, Yeşim; Uluslararası Göç ve Yabancı Düşmanlığı, 1. Baskı, İstanbul, Derin Yayınları, 2015.
- Özkan, Işıl; Göç - İltica ve Sığınma Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Özkerim Güner, Neslihan; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Mültecilerin Haklarının Korunmasındaki Rolü, Göç Araştırmaları Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, (Temmuz-Aralık 2016), s. 212-241.
- Saraçlı, Murat; Uluslararası Hukukta Yerinden Edilmiş Kişiler, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- Satıcı, Murat; Hak ve Özgürlük Ütopyası Olarak 'İnsan Hakları': Felsefesi ve Eleştirisi, Artvin Çoruh Üniversitesi Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 2, s. 3-30.
- Tepe, Harun; İnsan Hakları Felsefesi, 1. Baskı, Bilgesu Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Tepe, Harun; İnsan, İnsancılık (Hümanizm) ve İnsan Hakları: İnsancılık Eleştirisi Üzerine, Kilikya Felsefe Dergisi, Sayı: 2, (Ekim 2019), s. 1-16. (İnsan, İnsancılık (Hümanizm) ve İnsan Hakları).
- Torun, Yıldırım; İnsan Hakları, Atatürk Üniversitesi Azım Karabekir Eğitim Fakültesi Dergisi, Cilt: 0, Sayı: 16, 2007, s. 415 - 424.
- Uzun, Elif; Geri Göndermeme (Non-Refoulement) İlkesinin Uluslararası Hukuktaki Konumuna İlişkin Bir Değerlendirme, Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 30, 2012, s. 25-58.

- Yeşilçayır, Celal; İnsan Haklarının Aydınlatılmasında Felsefi Bilginin Önemi, Kaygı. Bursa Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Felsefe Dergisi, Sayı: 31, 2018, s. 239-261.
- Yılmaz, Abdurrahman; Uluslararası Göç: Çeşitleri, Nedenleri ve Etkileri, Turkish Studies - International Periodical for the Languages, Literature and History of Turkish or Turkic, Volume. 9/2, (Winter 2014), s. 1685 - 1704.
- Yücel, Yonca F.; Hak ve Menfaatler Üzerine Bir İnceleme, TBB Dergisi, Sayı: 91, 2010, s. 335-357.

Elektronik Kaynaklar

- https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/KM___/d00/c002/km__00002024ss0053.pdf (Erişim Tarihi: 09.01.2021).
- <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf> (Erişim Tarihi: 09.01.2021).
- <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6458.pdf> (Erişim Tarihi: 09.01.2021).
- <https://www.unhcr.org/1951-refugee-convention.html/> (Erişim Tarihi: 12.03.2021).
- https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf/ (Erişim Tarihi: 12.03.2021).
- https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/sozlesmeler/coktarafilsoz/bm/bm_13.pdf (Erişim Tarihi: 01.03.2021).



7406 Sayılı Kanun’la Değişik Türk Ceza Kanunu’nda Takdiri İndirim Nedenleri^(*)

Matters of Discretionary Mitigation in the Turkish Penal Code (Amended with the Law Number 7406)

Arş. Gör. Yusuf KAÇAR^(**)

Öz

Takdiri indirim nedenleri, Türk Ceza Kanunu’nun 62’nci maddesinde, “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi” adlı bölümde düzenlenmektedir. Bu nedenler, kanunun 61’inci maddesinde cezanın belirlenmesi ile alakalı sayılan diğer tüm unsurlar değerlendirildikten sonra uygulanmaktadır. Bu hüküm, ceza adaletinin gerçekleştirilmesi adına, hâkime, somut olayın bütününe değerlendirmek suretiyle, cezayı failin şahsına uydurma imkânı sağlamaktadır. Nitel bir araştırma sonucunda hazırlanan bu makalenin amacı, mezkûr hükmün 7406 sayılı Kanun ile değişik hâlini öz bir şekilde incelemek ve yeni düzenlemenin yerindeliğini tartışmaktır. Bunun için takdiri indirim nedenleri konusunda doktrindeki eserler ve yargı kararları incelenmiş; konu bakımından tartışmalı hususlara kanunun sistemi ve ilgili hükmün bu sistemdeki rolü gözetilerek yorumlar getirilmiştir. Çalışmanın ilk bölümünde takdiri indirim nedenleri ile alakalı genel nitelikteki bilgilere yer verilmiş, ardından takdiri indirime esas teşkil edebilecek nedenler incelenmiş ve son olarak takdiri indirimin uygulanması sırasında gözetilmesi gereken kurallar ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

Takdiri İndirim Nedenleri, Takdir Yetkisi, Cezanın Belirlenmesi, Cezanın Bireyselleştirilmesi, Türk Ceza Kanunu Madde 62.

Abstract

Matters of discretionary mitigation are regulated in Turkish Penal Code Article 62 under the section named “Determination and Individualization of Punishment.” These matters are implemented after judging all other provisions regulated in the Turkish Penal Code Article 61 in relation to the determination of the punishment. This legal provision provides judges to adjust the punishment

(*) Araştırma Makalesi / [Makale Geliş Tarihi](#): 30.04.2021 - [Makale Kabul Tarihi](#): 02.12.2022

(**) Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Sakarya - Türkiye
[E-posta](mailto:yusufkacar@sakarya.edu.tr): yusufkacar@sakarya.edu.tr
[Orcid No](https://orcid.org/0000-0002-0584-5702): <https://orcid.org/0000-0002-0584-5702>

to the individual offender for the sake of securing criminal justice by interpreting the whole of the case. The goal of this study, prepared as a result of qualitative inquiry, is to analyze the aforementioned provision (amended with the law number 7406) concisely. For this, works in doctrine and precedent relevant to matters of discretionary mitigation were examined; controversial issues in terms of this provision were put an interpretation according to the systematic of law and the role of the above-cited provision in this system. General information pertaining to matters of discretionary mitigation was discussed in the first section of the study. Subsequently, matters that can constitute the basis for discretionary mitigation were examined, and lastly, rules that should be considered while applying discretionary mitigation were addressed.

Keywords

Matters of Discretionary Mitigation, Discretion, Determination of Punishment, Individualization of Punishment, Turkish Penal Code Article 62.

GİRİŞ

Kanunların genel, soyut ve gayr-ı şahsî nitelikleri karşısında meydana gelmesi muhtemel olan somut olayların sonsuzluğu, hâkimlere, cezanın belirlenmesine ilişkin diğer süreçler tamamlandıktan sonra, son kez olayın bütününe gözetip bir takdiri indirim uygulama yetkisinin verilmesini gerekli kılmaktadır. Bu bakımdan, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 62'nci maddesinde düzenlenen takdiri indirim nedenleri, cezanın failin şahsına uydurulmasına imkân tanıyan bir düzenleme ve cezaların *bireyselleştirilmesinin* etkili bir aracıdır.

Hâkime tanınan takdiri indirim yetkisinin kanunun lafzına, amacına, bu kurumun kanunun sistematiğindeki rolüne ve önemine; nihayet somut olayın şartlarına uygun olarak kullanılması büyük önem arz etmektedir. Bunun için ilgili düzenlemenin kanunun sistemi içerisindeki yeri de gözetilerek ifade ettiği anlamın ortaya çıkarılması gerekmektedir. Bu çalışmanın amacı, bahsi geçen gerekliliğin yerine getirilmesi adına, takdiri indirim nedenleri düzenlemesini mercek altına almaktır. Bu kapsamda konuyla ilgili yazılmış diğer metinler ve yargı kararları incelenmiş, ilgili düzenleme bakımından önemli görülen noktalara kısa ve öz bir biçimde makalede yer vermeye çalışılmıştır. Bu suretle ilgili literatüre katkıda bulunmak ve uygulayıcılara yol göstermek amaçlanmıştır.

Ek olarak, bu makalenin yayımlanması aşamasında 27.05.2022 tarih ve 7406 sayılı Kanun ile TCK'nın 62'nci maddesinin 2'nci fıkrasında bazı değişikliklere gidilmiştir. Bu nedenle, çalışmanın yayımlanmasından önce tekrar gözden geçirilmesi ve hükmün güncel hâline uygun bir şekilde düzeltilmesi gerekmiştir. Bu makale, kanun değişikliğinden sonra yayımlanan ve takdiri indirim nedenlerini güncel bir şekilde konu edinen ilk çalışma olma özelliğini taşımaktadır.

Çalışmanın ilk bölümünde takdiri indirim nedenlerinin düzenlenmesinin amacından başlamak suretiyle bu düzenlemenin ceza hukukundaki yerine ve

özelliklerine değinilmiştir. İkinci bölümde, takdiri indirime esas teşkil edebilecek nedenler “kanunda sayılanlar” ve “diğer nedenler” şeklinde iki alt bölüme ayrılmak suretiyle incelenmiştir. Son bölümde ise, kanunun ulaşmaya çalıştığı amaçlara uygun bir hükmün ortaya çıkarılabilmesi adına, takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasında gözetilmesi gereken ilke ve kurallar ele alınmıştır.

I. GENEL BAKIŞ

A. TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİNİN DÜZENLENMESİNİN AMACI

Modern hukukta kanunlar genel, soyut ve gayr-ı şahsî nitelikleri haizdir¹. Bu durum bir yandan modern hayatın gereklerine uygun olarak kanunilik, belirlilik, öngörülebilirlik gibi ilkelerin gerçekleşmesine hizmet ederken, diğer yandan ise somut olay adaletinin sağlanmasında zâfiyete yol açmaktadır. Bu eksikliğin bir nebze de olsa giderilebilmesi için çeşitli kanunlarda hâkime somut olaya uygun olarak karar verebilme yetkisi tanınmıştır. Ceza hukukunda bu yetki, cezanın bireyselleştirilmesi kapsamında karşımıza çıkmaktadır. TCK'da düzenlenen suçta tekerrür, cezanın ertelenmesi, kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi, mahsup ve takdiri indirim nedenleri bireyselleştirme araçları olarak sayılabilir².

Kanunda “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi” adlı bölümde cezanın bireyselleştirilmesinin bir aracı olarak düzenlenen *takdiri indirim nedenleri*, hâkime, somut olayın şartlarını gözeterek, belirlenen cezada belli oranda indirim yapma salahiyeti tanımaktadır³. Bu suretle kanunda genel ve soyut nitelikte belirlenmiş cezalar failin şahsına uyarlanmaktadır. Bu kurum bir yandan yukarıda sözünü ettiğimiz modern kanun yapım tekniğinin doğurduğu zâfiyetin giderilmesine katkı sunmakta, diğer yandan somut olay adaletinin tesis edilmesine aracılık etmektedir.

B. TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİNİN CEZA HUKUKUNDAKİ YERİ

Takdiri indirim nedenlerinin anlaşılabilmesi için bu kurumun ceza hukukundaki yerinin açıklanması icap eder. Takdiri indirim nedenleri TCK'nın “Genel

¹ İhsan Erdoğan, *Hukuka Giriş* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 67-68.

² İrmak Koruculu, *Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 328; Elif Tüfekçi, *Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi* (Gazi Üniversitesi, 2008), 99; Veli Özer Özbek et al., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 687; Alahattin Şimşek, *Türk Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri (TCK m.62)* (Ondokuz Mayıs Üniversitesi, 2014), 25; Muhsin Gençer, *Türk Ceza Hukuku'nda Takdiri İndirim Nedenleri* (Erciyes Üniversitesi, 2019), 5.

³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu (CGK) verdiği bir kararında her suçun işleniş biçiminin ve failerin kişisel durumlarının birbirinden farklı olduğunu belirtmiş, cezanın bireyselleştirilmesi araçlarının hâkime sağladığı olanakların işlenen fiil ile buna karşılık öngörülen yaptırım arasındaki dengenin kurulması bakımından önem arz ettiğini vurgulamıştır [Yargıtay CGK, 29/11/2005, Esas (E): 2005/141, Karar (K): 2005/149, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-2005-8-141-k-2005-149-t-29-11-2005>, Erişim Tarihi (E.T.) 2 Nisan 2021].

Hükümler” adlı kitabının, “Yaptırımlar” isimli kısmının “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi” başlıklı bölümünde düzenlenmiştir. Aynı bölümde “Cezanın belirlenmesi” başlıklı 61’inci madde bulunmaktadır. Bu iki madde birlikte değerlendirildiğinde takdiri indirim nedenlerinin ceza hukuku sistemindeki yeri ortaya çıkacaktır.

TCK’da benimsenen yaptırım sisteminde, işlenen suçlara karşı öngörülen cezaların büyük çoğunluğunun alt ve üst sınırları belirlenmiştir (*basamaklı ceza sistemi*)⁴; sadece belli başlı suçlar için sabit cezalar öngörülmüştür (*mutlak ceza sistemi*)⁵. Hâkim, öncelikle alt ve üst sınırları belirlenmiş cezayı, TCK’nın 61/1’inci maddesinde sayılan ve büyük oranda fiilin somut olayda gösterdiği özelliklerle ilişkili olan unsurlar bakımından değerlendirip temel cezayı tayin edecektir. Belirlenen temel ceza üzerinden, suçun olası kast veya bilinçli taksirle işlenmiş olması durumunda indirim veya artırım yapılacaktır. Akabinde sırasıyla; nitelikli hâller, teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsî sebeplere ilişkin hükümler uygulanacaktır. Son olarak, takdiri indirim nedenleri tatbik edilerek kanunda öngörülen soyut cezanın fail ve fiil yönünden belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi işlemi tamamlanacaktır⁶.

C. TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİNİN ÖZELLİKLERİ

Takdiri indirim nedenleri geneldir. Takdiri indirim nedenleri TCK’nın “Genel Hükümler” adlı kitabında düzenlenmiştir. TCK’nın 5’inci maddesi gereği kanunun bu kitabında yer alan hükümler hem TCK’da düzenlenen suçlar bakımından hem de ceza içeren diğer kanunlardaki suçlar bakımından uygulanır. Bu nedenle takdiri indirim nedenleri de ceza içeren her türlü suç düzenlemesi bakımından uygulanabilir durumdadır⁷.

⁴ Örneğin, “Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, **bir yıldan üç yıla kadar** cezalandırılır.” (TCK m. 86/1); Veli Özer Özbek et al., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 664; Koray Doğan, “Cezaların Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi,” *Ceza Hukuku Dergisi* II/4 (2007), 279; Mahmut Koca - İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 705.

⁵ Örneğin, “Bir insanı kasten öldüren kişi, **müebbet hapis cezası** ile cezalandırılır.” (TCK m. 81); Koca - Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2020, 705.

⁶ Koca - Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2020, 704-705; Koruculu, *Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*, 329; Doğan, “Cezaların Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi,” 277-278; Faruk Erem, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* III/2 (1946), 357; İlhan Üzülmöz, “Yeni Ceza Kanunu’nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi,” *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* X/3-4 (2006), 228; Haluk Toroslu, *Ceza Müeyyidesi* (Ankara Üniversitesi, 2007), 170.

⁷ Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku: Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 716; Koruculu, *Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*, 331; Mustafa Özen, “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*

Takdiri indirim nedenleri sınırlı sayıdadır. 7406 sayılı Kanunla getirilen değişiklikten önce, TCK'nın 62'nci maddesi ve gerekçesinde açıkça, takdiri indirim nedenleri olarak örnek kabilinden “failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonra ve yargılama sürecindeki davranışları veya cezanın failin üzerindeki olası etkileri” sayılmış; akabinde “gibi hususlar” ifadesi kullanılarak takdiri indirim nedenleri konusunda hâkimin kanunda sayılan unsurlarla sınırlı olmadığı ifade edilmişti⁸. Hâkimin, kanunda sayılan örneklerin dışında somut olayda mevcut bulunan nedenleri takdiri indirime esas kabul etmesi mümkündür. Ancak 2'nci fıkrada yer alan “gibi hususlar” ibaresi değişiklik ile birlikte kanun metninden çıkartılarak, takdiri indirim nedenleri tahdidi hâle getirilmiştir⁹. Bu değişikliğin nedeni ise, ilgili kanunun gerekçesinde şu şekilde açıklanmıştır:

“Maddenin mevcut ikinci fıkrasında takdiri indirim uygulanabilmesi için göz önünde bulundurulacak nedenler sınırlandırılmamış, ‘gibi hususlar’ ibaresiyle ucu açık bırakılmıştır. Başka bir ifadeyle fıkrada takdiri indirim nedenleri, tahdidi değil tadadi bir şekilde düzenlenmiştir. Bu nedenle yargılama sırasında hâkim tarafından fail lehine tespit edilen pek çok şey, takdiri indirim nedeni olarak kabul edilebilmektedir. Yapılan değişiklikle birlikte fıkra metninden ‘gibi hususlar’ ibaresi çıkartılarak takdiri indirim nedenleri tahdidi hale getirilmektedir. Böylelikle takdiri indirime konu nedenler netliğe kavuşturulmakta ve mahkemeler arasındaki farklı uygulamaların önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Dolayısıyla hâkim, yargılama sonucunda takdiri indirim nedenlerinin uygulanması bakımından gerekçesini ancak maddede sayılan hallerden bir veya birkaçına dayandırabilecektir.”¹⁰

Kanaatimizce bu değişiklik isabetli olmamıştır. “Takdiri indirim nedenlerinin düzenlenmesinin amacı” başlığında da ifade ettiğimiz üzere, takdiri indirimin ceza hukukundaki en önemli işlevlerinden birisi, somut olayda hakkaniyet gereği cezada indirim yapılmasını gerektiren muhtemel bütün durumların tamamının önceden tespit edilmesi imkânsız olduğundan, hâkime verilen takdir yetkisiyle olayın bütü-

XV/1-2 (2009), 103; Bahri Öztürk - Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 563; Mehmet Tan, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011), II/2309; Sedat Bakıcı, *5237 Sayılı Yasa Kapsamında : Ceza Hukuku Genel Hükümleri* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2008), 1419-1420; Sulhi Dönmezer - Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku: Genel Kısım* (İstanbul: Beta Yayınları, 1997), II/361.

⁸ Türk Ceza Kanunu 62'nci maddesinin gerekçesi, <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekceler/turk-ceza-kanunu-madde-gerekceleri/1>, (E.T. 2 Nisan 2021).
Yargıtay CGK., 31/01/2012, E: 2011/4-277, K: 2012/4, <https://legalbank.net/belge/y-cgk-e-2011-4-277-k-2012-4-t-31-01-2012/1168289/>, (E.T. 3 Nisan 2021).

⁹ Mehmet Emin Artuk et al., *Ceza Hukuku: Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 982.

¹⁰ 7406 sayılı kanunlaşan Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ve Gerekçesi (Değişiklik Gerekçesi), <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-4290.pdf>, (E.T. 19.11.2022).

nünün değerlendirilerek önceden belirlenmiş soyut cezanın failin şahsına uydurulmasıdır. Nitekim, bu çalışmanın devamında da görüleceği üzere kanunda sayılan nedenler dışında uygulamada tespit edilen ve hakkaniyetli bir cezanın belirlenebilmesi için takdiri indirimin uygulanmasını gerektiren durumlar söz konusudur. Takdiri indirimin doğasında yer alan bu husus, ister istemez sınırlayıcı olmayan bir düzenlemeyi gerektirmektedir. Takdiri indirim, olayın bütünü değerlendirilerek uygulandığından bunun mahkemeler arasında birtakım farklı uygulamalara yol açması da doğaldır. Bu nedenlerle, değişikliğin yerinde olmadığı belirtilmelidir¹¹.

Takdiri indirim nedenleri *takdiridir*. Takdiri indirimin uygulanmasını ve uygulanmamasını gerektiren nedenlerin tespiti, indirimin yapıp yapılmayacağı ve hangi oranda yapılacağı konusunda hâkim takdir yetkisine sahiptir. Bu takdir yetkisi somut olayın özelliklerine uygun şekilde kullanılmalıdır. Ayrıca takdir yetkisini içeren bu karar verme süreci gerekçelendirilmelidir¹².

Takdiri indirim nedenleri *şahsîdir*. Suçun iştirak hâlinde işlenmiş olması veya zorunlu iştirak hâlinin öngörüldüğü suçların mevzubahis olması durumunda takdiri indirim her bir fail ve şerik bakımından ayrı ayrı tayin edilecektir¹³.

Takdiri indirim nedenleri *re'sen uygulanır*. Takdiri indirim nedenlerinin uygulanması sanığın veya müdafinin talebine bağlı değildir. Hâkim olayda takdiri indirim nedeninin mevcut olup olmadığını re'sen araştırır¹⁴.

Takdiri indirim nedenleri *indirim nedenleridir*. Dikkat etmek gerekir ki bu madde hâkime takdir yetkisini kullanarak *cezayı indirme* yetkisi vermektedir. Takdiri nedenlere bağlı olarak *cezanın artırılması* ise TCK sisteminde yer almamaktadır¹⁵. Böylece bir yandan suçta ve cezada kanunilik ilkesinin gerekleri yerine getirilmiş olmakta, diğer yandan ise sınırlı da olsa somut olayın şartlarına uygun, bu nedenle nispeten daha hakkaniyetli bir ceza tayin edilebilmektedir.

¹¹ Aynı yönde bakınız, Mahmut Koca - İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 735.

¹² Bu meseleye daha geniş bir şekilde son bölümde değinilmiştir.

¹³ Gamze Kırlioğlu, *Yargıtay Kararları Işığında Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi* (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, 2019), 99.

¹⁴ Koruculu, *Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*, 331; Harun Çolak - Uğur Altun, "Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi Vasıtası Olarak Takdiri İndirim Nedenlerinin Normatif Hükümleri ve Hukukî Sonuçları," *Adalet Dergisi* 30 (2008), 17; Ersan Şen, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006), 1/198; Necati Meran, *Açıklamalı - İctihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007), 319.

¹⁵ Nur Centel et al., *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım, 2020), 593; Mehmet Emin Artuk et al., *Ceza Hukuku: Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 950; Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım, 2018), 776; Ayhan Önder, *Ceza Hukuku - Genel Hükümler* (İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım, 1989), 1/132; Erem, "Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler," 359; Ahmet Güven Uslu, *Türk Ceza Hukukunda Somut Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi* (Atatürk Üniversitesi, 2014), 101-102; Toroslu, *Ceza Müeyyidesi*, 171.

II. TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİ

765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde (ETCK), takdiri indirim nedenleri 59'uncu maddede düzenlenmekteydi¹⁶. Son değişiklikten önceki TCK ile paralel olarak ETCK'da da takdiri indirim nedenleri sınırlı sayıda değildi. Ancak bugünkü düzenlemeden farklı olarak, “failin geçmişi, şahsi ve sosyal durumu, fiilden sonraki davranışı” ve buna benzer hususlar, temel cezanın belirlenmesinde bir kriter olarak dikkate alınabilmekteydi¹⁷. Dolayısıyla hâkim, bu sebeplere dayanarak cezayı artırma imkânına sahipti. 5237 sayılı TCK ile beraber, bu ve benzeri nedenler takdiri indirim nedenleri olarak kabul edildiğinden sadece cezanın azaltılması noktasında bir ölçüt teşkil etmektedirler. Dolayısıyla kanunda açıkça yer almadıkça, hâkimin somut olayın özelliklerinden yola çıkarak ceza artırımına gitmesi mümkün değildir. Bu değişiklik, suçta ve cezada kanunîlik ilkesi yönünden yerinde olmuştur¹⁸.

A. KANUNDA ÖRNEK OLARAK SAYILAN NEDENLER

1. Failin Geçmişi

Bu başlık altında zikredilmesi gereken ilk takdiri indirim nedeni *failin geçmişi*dir. Failin geçmişte herhangi bir suç işlememiş olması, kamu yararına birtakım faaliyetlerde bulunmuş olması gibi bulguların varlığı hâlinde, hâkim, cezada indirimine gidebilecektir¹⁹. Diğer yandan mahkûmiyete rağmen sonradan failin suç olmaktan çıkarılması, aleyhinde soruşturma veya kovuşturma açılmış olması, aleyhine açılan davada davanın düşmesine veya delil yetersizliği nedeniyle beraatine karar verilmiş olması gibi nedenler, takdiri indirim nedenlerinin uygulanmamasına gerekçe teşkil etmemelidir²⁰. Failin işlediği suçun genel veya

¹⁶ “(1) Kanuni tahfif sebeplerinden ayrı olarak mahkemece her ne zaman fail lehine cezayı hafifletecek takdiri sebepler kabul edilirse ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası yerine müebbet ağır hapis ve müebbet ağır hapis yerine 30 sene ağır hapis cezası hükmolunur. (2) Diğer cezalar altıda birden fazla olmamak üzere indirilir.”

¹⁷ ETCK m. 29: “Hakim, iki sınır arasında temel cezayı ... failin amacı, geçmişi, şahsi ve sosyal durumu, fiilden sonraki davranışı gibi hususları gözönünde bulundurmak suretiyle takdirini kullanarak belirler.”

¹⁸ Artuk et al., *Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, 2019, 951; Koruculu, *Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*, 332-333; Çolak - Altun, “Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi Vasıtası Olarak Takdiri İndirim Nedenlerinin Normatif Hükümleri ve Hukukî Sonuçları,” 4; Tan, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, II/2310.

¹⁹ Koca - Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2020, 730; Bakıcı, *5237 Sayılı Yasa Kapsamında : Ceza Hukuku Genel Hükümleri*, 1422. Yargıtay, failin sabıkasında herhangi bir mahkûmiyet kaydı bulunmamasına rağmen “geçmiş yaşantısı” gerekçesiyle takdiri indirim hükmüyle cezalandırılmamasını kanuna aykırı bulmuştur [Yargıtay 18. Ceza Dairesi (CD.), 28/09/2015, E: 2015/5767, K: 2015/5870, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/18-ceza-dairesi-e-2015-5767-k-2015-5870-t-28-9-2015>, (E.T. 2 Nisan 2021)].

²⁰ Kırloğlu, *Yargıtay Kararları Işığında Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*, 107; Özen, “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi,” 107. Karşılaştırınız, Erdal Yerdelen, *Cezanın Belirlenmesi (Türk ve Alman Uygulaması)* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 292; Toroslu, *Ceza Müeyyidesi*, 175.

özel olarak affedilmiş olması veya zamanaşımına uğramış olması durumunda ise suçun hukukî sonuçları her ne kadar ortadan kalkmış olsa da maddi varlığı sürdüğünden dolayı takdiri indirim nedenlerinin uygulanmamasına gerekçe teşkil edebilecektir²¹.

Failin geçmişte suç işlemiş olması doğrudan doğruya hâkimin takdiri indirim yapmamasına gerekçe oluşturmaz. Kanaatimizce böyle bir durumda hâkim geçmişte işlenen suç veya suçları bütün yönleriyle değerlendirerek bir kanaate varmalıdır. Örneğin geçmişte işlenen suç (veya suçlar) ile yargılama konusu suç arasındaki benzerlik, suçun niteliği, bu suçun kasten mi yoksa taksirle mi işlendiği, cezanın ağırlığı, failin kusurluluğunu ortadan kaldıran veya etkileyen herhangi bir sebebin bulunup bulunmadığı, bu suçun işlenmesinden sonra geçen zaman gibi hususlar, dikkate alınmalıdır²².

2. Failin Sosyal İlişkileri

Kanunda zikredilen bir diğer takdiri indirim nedeni *failin sosyal ilişkileridir*. Sosyal ilişki, “birbirlerinden haberi olan, en az iki insan arasında bir süre devam eden, anlamlı, belirli amaçları bulunan sosyal bağ”dır²³. Tanımdan hareketle, failin aile bireyleri, akrabaları, komşuları, iş arkadaşları ve sosyal ilişkilerin kurulduğu diğer insan topluluklarıyla olan münasebetindeki tutum ve davranışlarının takdiri indirim nedeni olarak göz önünde tutulabileceği ifade edilebilir²⁴. Failin çevresindeki insanların ona karşı gösterdikleri saygı, sevgi ve hoşgörünün seviyesi, failin sosyal ilişkilerinin değerlendirilmesinde bir ölçüt olarak kullanılabilir.

Failin sosyal ilişkileriyle alakalı bilgilerin elde edilmesi uğruna onun özel hayatının gizliliğinin ihlâl edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle mahkeme ancak muhakeme sürecinde dava dosyasına girmiş bilgilerden hareketle bir indirim nedeni takdir edebilir.

3. Failin Fiilden Sonraki ve Yargılama Sürecindeki Pişmanlığını Gösteren Davranışları

Failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki **pişmanlığını gösteren** davranışları bir diğer takdiri indirim kategorisini oluşturmaktadır. Buradaki “pişmanlığını gösteren” ibaresi, 7406 sayılı Kanun ile fıkra metnine eklenmiştir. Hükmün

²¹ Tan, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, 11/2312.

²² Koca - Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2020, 730; Fatih Selami Mahmutoğlu - Serra Karadeniz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Şerhi* (İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım, 2017), 1418; Üzülmüş, “Yeni Ceza Kanunu’nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi,” 229; Uslu, *Türk Ceza Hukukunda Somut Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*, 104.

²³ Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr/>, (E.T. 31 Mart 2021).

²⁴ Failin konumu, içinde bulunduğu ruh hâli, itiyatları, eğitim seviyesi gibi hususlar takdiri indirim nedeni olarak değerlendirilebilirse de bunlar “failin sosyal ilişkileri” kavramına dahil değildir, Şimşek, *Türk Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri (TCK m.62)*, 85-87.

yeni hâlinde, söz konusu indirim nedenlerinin uygulama alanı daraltılmıştır. Şöyle ki, bu değişiklikten önce takdiri indirimin uygulanabilmesi için failin işlediği fiilden dolayı pişmanlık duymuş, bu pişmanlığını davranışlarına yansıtmış ve pişmanlığın mahkeme tarafından gözlemlenmiş olması bir şart olarak aranmamaktaydı. Failin pişmanlık duyması ve bunu hâl veya söz diliyle göstermesi başlı başına bu indirim nedenleri kapsamında takdiri indirimi gerektiren bir durumdu. Ancak değişiklik ile birlikte failin fiilden sonra ve yargılama sürecinde gösterdiği davranışlar ancak pişmanlık duyarak gerçekleştirilir ve bu durum objektif olarak mahkemede gözlemlenebilirse takdiri indirime esas kabul edilecektir²⁵. Böylece pişmanlık duyulması ve bunun gösterilmesi bu indirim nedeni bakımından zorunlu bir şart hâlini almıştır. Buna ek olarak, failin sadece içten ve samimi bir pişmanlık hissine sahip olması yeterli gelmeyecek, bunun mahkeme tarafından tespit edilebilmesi için davranışlara da yansımaları gerekecektir²⁶.

Failin fiilden sonraki pişmanlığını gösteren davranışları failin işlediği suç olan yaklaşımını ortaya koyması bakımından önemli ipuçları sağlamaktadır. Failin işlediği suç nedeniyle pişmanlık duyarak mağdurun zararını gidermeye çalışması, suçun bir daha tekrarlanmaması için gereken önlemleri alması gibi hâller, takdiri indirim nedeni olarak kabul edilebilecek fiilden sonraki davranışlara örnektir. Buna mukabil, failin pişmanlık duymaması başlı başına bu nedenden hareketle takdiri indirimin uygulanmamasını gerektirir. Ek olarak fail pişmanlık duysa dahi, örneğin, taksirli bir fiil işledikten sonra mağduru olay yerinde bırakarak kaçması, delilleri karartmaya çalışması, mağduru tehdit etmesi gibi davranışlar ise, fiilden sonra gerçekleştirilen ve takdiri indirimin yapılmaması yönünde hâkimde kanaat uyandırabilecek hareketlerdir²⁷.

²⁵ “Takdiri indirim uygulanabilmesi bakımından Almanya, Avusturya ve İsviçre’de olduğu gibi Ülkemizde de failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığına önem atfedilmektedir. Düzenleme uyarınca, failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışlarından, pişmanlık göstergesi sayılamayacak olanları, takdiri indirim nedeni olarak kabul edilmeyecektir. Başka bir deyişle, failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını samimi olarak göstermesi gerekmektedir. Örneğin failin; fiilden sonra ortaya çıkan zararı kendisinden beklenebilecek ölçüde gidermesi veya zararın büyümesini engellemek için ciddi çaba sarf etmesi, gerçeğin ortaya çıkarılmasına önemli ölçüde katkıda bulunması ya da olayın aydınlatılmasında aktif fayda sağlaması gibi içten pişmanlığımı gösteren davranışları, takdiri indirim nedeni olarak sayılabilecektir.” Değişiklik Gereği, <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-4290.pdf>, (E.T. 19.11.2022).

²⁶ Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 899.

²⁷ Doğan, “Cezaların Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi,” 297; Özen, “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi,” 109; Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 1065; Çolak - Altun, “Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi Vasıtası Olarak Takdiri İndirim Nedenlerinin Normatif Hükümleri ve Hukukî Sonuçları,” 10; Bakıcı, *5237 Sayılı Yasa Kapsamında : Ceza Hukuku Genel Hükümleri*, 1422; Üzülmüş, “Yeni Ceza Kanunu’nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi,” 230; Yerdelen, *Cezanın Belirlenmesi (Türk ve Alman Uygulaması)*, 295-296.

Doktrinde bir görüşe göre, failin fiilden sonraki davranışlarının temel cezanın belirlenmesinde kullanılması gereken bir kriter yerine takdiri indirim nedeni olarak kabul edilmesi hatalı olmuştur. Böylece failin fiilden sonraki davranışlarının ceza-yı artırıcı bir neden olarak kullanılma imkânı ortadan kalkmıştır. Örneğin kasten yaralama suçunu işleyen failin, fiilden sonra mağdurun yardım istemesini engellemesi durumunda hakkında bu nedenle cezada artırımı gidilemeyecektir²⁸. Ancak kanaatimizce fiilden sonraki davranışların takdiri indirim nedeni olarak kabul edilmesi yerinde olmuştur. Aksi takdirde bu kapsamda kalan ve yukarıda örneklerini saydığımız birçok davranış, hâkimin temel cezayı belirlerken alt sınırın altında bir ceza belirlenmesi mümkün olmadığından, faile sadece cezanın alt sınırdan verilmesi yönünde bir yarar sağlayacaktı. Failin mağdurun yardım istemesini engellediği örnekte hâkim, bu durumu takdiri indirim yetkisini kullanmama yönünde bir gerekçe olarak kabul edebilir. Diğer yandan, haksızlık içeriğinin ve derecesinin tespitinde failin suçun tamamlanma ânına kadar gerçekleştirdiği fiil esas alınır. Bu açıdan, fiilden sonraki davranışların temel cezanın belirlenmesine ilişkin bir kriter olmaktan çıkarılması, TCK'da esas alınan fiil sorumluluğu ilkesinin de bir gereğidir.

Bir diğer takdiri indirim nedeni ise *failin yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışlarıdır*. Failin yargılama sürecinde pişmanlığını göstermesine ek olarak, mahkemenin işleyişini bozacak davranışlarda bulunmaması, duruşmalara katılması, mağdurdan özür dilemesi, savunmasını yaparken mesnetsiz bir şekilde başkalarını suçlamaması veya tahkir edici ifadeler kullanmaması failin yargılama sürecindeki takdiri indirime esas alınabilecek davranışlarına örnek gösterilebilir²⁹.

Uygulamada soruşturma veya kovuşturma aşamalarında suçunu ikrar eden failin daha az miktarda cezalandırılmasına yönelik bir eğilim bulunmaktadır³⁰. Derin bir pişmanlığın ifadesi olarak ortaya çıkan ikrarların, somut olayın özellikleri de dikkate alınarak, takdiri indirim nedeni olarak kabul edilmesi mümkündür. Ancak ikrar, suç işleme iradesindeki kararlılığın ve açıkça pişman olmamanın bir ifadesi de olabileceğinden, kategorik olarak bir takdiri indirim nedeni kabul edilemez. Nitekim son değişikliklerle birlikte bu durum daha sarıh bir hâl almıştır. Buna mukabil, suç ikrar etmemek, inkâr etmek, susma hakkını kullanmak gibi

²⁸ Erdal Yerdelen, "Çifte Değerlendirme Yasağı," *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XX/2 (2012), 113.

²⁹ Koca - Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2020, 731; Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 1065; Üzülmüş, "Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi," 230; Yerdelen, *Cezanın Belirlenmesi (Türk ve Alman Uygulaması)*, 298-299..

³⁰ Yargıtay 1. CD., 28/01/1988, E: 1987/4265, K: 1988/147, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/1-cd-e-1987-4265-k-1987-147-t-28-01-1988>, (E.T. 2 Nisan 2021); Yargıtay CGK., 01/02/1988, E: 1987/504, K: 1988/6, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-1987-504-k-1988-6-t-01-02-1988>, (E.T. 2 Nisan 2021).

failin savunma hakkının kapsamı içinde kalan davranışları da takdiri indirimin uygulanmaması için gerekçe olamaz³¹.

Burada yeri gelmişken son dönemlerde kamuoyunda oldukça tepki çeken “iyi hâl” indirimi meselesine değinmek gerekmektedir³². Öncelikle belirtmek gerekir ki, takdiri indirim kurumu, her bir somut olayın eşsiz özellikler taşıması ihtimaline binâen getirilmiştir. Cezanın belirlenmesi veya bireyselleştirilmesine yönelik kriterler kanunda ne kadar kazuistik bir şekilde belirlenirse belirlensin, önceden öngörülemez eşsiz bir özelliğin somut olayda aksetmesi mümkündür. Daha önce de belirtildiği üzere, takdiri indirim nedenleri böyle bir noktada devreye girerek hâkimin cezayı failin şahsına uydurmasına imkân tanımaktadır. Dolayısıyla her ne kadar birtakım kriterlerin gözetilebileceği yönünde hâkime hatırlatıcı öneriler sunulabilirse de bu kurumun bünyesi kategorik ön belirlemelere müsait değildir. Bu nedenle hâkim, sonuç cezanın belirlenmesinin bu son aşamasında, kalıp yargılardan sıyrılıp olayı bir bütün olarak değerlendirerek takdir hakkını kullanmak durumundadır. Aksi hâlde kanunda öngörülen ceza indiriminden beklenen fayda sağlanamayacaktır. Failin duruşmadaki iyi hâlinden hareketle ve kararda bu yönde kalıp ifadeler kullanmak suretiyle, hemen hemen her olayda takdiri indirimine gidilmesi, bu nedenle kanunun ruhuna uygun düşmemektedir. Özellikle cinsel suçların konu olduğu yargılamalarda, kategorik biçimde verilen “iyi hâl” indirimleri kamuoyunda infial uyandırmaktadır. Kanaatimizce, infiale kaynaklık eden rahatsızlıkların önüne geçilmesinin yolu, takdiri indirim kurumundan beklenen faydayı bütünüyle ortadan kaldıracak şekilde, bazı suçları takdiri indirim nedenlerinin uygulama kapsamından çıkarmak değil, bu kurumun kurgulandığı şekilde işlerlik kazanması için uygulamadaki zihniyetin değiştirilmesidir³³. Bu noktada gerek bu araştırmada belirtilen gerekse doktrinindeki diğer yazarlar tarafından dikkat çekilen hususları

³¹ Centel et al., *Türk Ceza Hukukuna Giriş*; Özbek et al., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2020, 689; Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 1065; Tan, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, II/2316; Bakıcı, *5237 Sayılı Yasa Kapsamında : Ceza Hukuku Genel Hükümleri*, 1423; Nur Centel, “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi,” *Turhan Tufan Yüce'ye Armağan* (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2001), 367.

³² Bakınız, Milliyet, “Utanç davasında ‘iyi hal’ indirimi”, “Siirt’te 4 kızı istismar etmekten yargılanan okul müdür yardımcısı Fahrettin K’ye indirimli ceza uygulandığını ortaya çıktı. Yargıtay da zanlının iyi hal indirimini onadı”, <https://www.milliyet.com.tr/gundem/utanc-davasinda-iyi-hal-indirimi-1737176>, (E.T. 6 Nisan 2021); NTV, “Döverek öldürmeye iyi hal indirimi”, “Konya’da üniversite öğrencisi genci döverek öldüren 3 sanığa önce müebbet hapis cezası verildi. Ancak mahkeme “haksız tahrik” ve “iyi hal” indirimiyle cezaları 12 yıl altışar aya düşürdü”, <https://www.ntv.com.tr/turkiye/doverek-oldurmeye-iyi-hal-indirimi,trnhMf8Cw0uMinHOVEk7Jg>, (E.T. 6 Nisan 2021); Diken, “Kızına cinsel istismardan ceza alan babaya ‘iyi hal’ indirimi”, “Mahkeme heyeti, sanığın cinsel istismar suçunu zincirleme işlediğini belirterek 45 yıl hapis cezası verdi. Ancak heyet, sanığın yargılama sürecindeki olumlu davranışlarını gerekçe göstererek hapis cezasını 30 yıla indirdi”, <http://www.diken.com.tr/kizina-cinsel-istismardan-ceza-alan-babaya-iyi-hal-indirimi/>, (E.T. 6 Nisan 2021).

³³ Mahmutoğlu - Karadeniz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Şerhi*, 1417; Gençler, *Türk Ceza Hukuku'nda Takdiri İndirim Nedenleri*, 178-183.

somut olayda gözetmek önem taşımaktadır. Nitekim, 7406 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, herhangi bir suç takdiri indirimin kapsamından çıkarılmamış, sadece yukarıda bahsettiğimiz hususu vurgulayacak şekilde, TCK'nın 62/2'nci maddesine bir cümle eklenerek “failin duruşmadaki mahkemeyi etkilemeye yönelik şekli tutum ve davranışları”nın takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınamayacağını altı çizilmiştir. Böylece, doktrinde yapılmakta olan uyarılara paralel olarak kanun değişikliği de bu noktaya dikkat çekmiştir³⁴.

4. Cezanın Fail Üzerindeki Olası Etkileri

Takdiri indirim nedeni olarak kanunda sayılan son örnek ise *cezanın fail üzerindeki olası etkileridir*. Günümüz ceza hukuku sistemlerinde, cezanın işlenen suçlara karşılık olma işlevi varlığını korusa da “genel önleme”, “topluma kazandırma” gibi işlevleri daha çok ön plandadır. Bu nedenle, cezanın türü ve niceliği belirlenirken; bunun failin kişiliği, yapmakta olduğu mesleği, ailevi durumu, bakmakla yükümlü olduğu kişiler ve ekonomik şartları üzerindeki etkilerinin de göz önünde tutulması gerekmektedir. Failin ceza nedeniyle kamu görevini kaybedecek veya bir meslek ya da sanatı yapma izninin iptal edilecek olması, bu unsur bakımından takdiri indirime esas teşkil edebilecek “olası etki” olarak sayılabilir. Cezanın hukukî etkilerinin yanı sıra, kişinin eğitim veya iş için bir sınava hazırlanıyor olması, bebeğinin doğacak olması gibi, maddi olayların da bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir³⁵.

Takdiri indirim uygulama yoluyla cezanın failin üzerindeki olası olumsuz etkilerinin azaltılması mümkün ve takdiri indirim nedeninin uygulanmaması için bir gerekçe de yoksa cezada indirime gidilebilir; her halükârda tayin edilecek cezanın fail bakımından özel önleme amacına uygun düşmesi gerekmektedir³⁶.

³⁴ “Ayrıca maddeyle, failin duruşmadaki mahkemeyi etkilemeye yönelik şekli tutum ve davranışların, takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınmayacağı düzenlenmektedir. Böylelikle, failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki samimi pişmanlığını gösteren davranışları gözlemlenemediği halde, yalnızca takdiri indirimden faydalanmak amacıyla duruşmada pişman olduğunu söylemesi veya yargılama mercilerine karşı saygılı tutumunu ifade eden kılık ve kıyafeti dikkate alınarak verilecek cezada indirim yapılamayacaktır.” Değişiklik Gerekçesi, <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-4290.pdf>, (E.T. 19.11.2022). Doktrinde KOCA/ÜZÜLMEZ yapılan değişikliği şöyle eleştirmektedir: “Ayrıca failin duruşmadaki mahkemeyi etkilemeye yönelik şekli tutum ve davranışlarının takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınamayacağını belirtilmiş olması, değişikliğin bir bütün halinde tepki düzenlemesi olduğunu açıkça göstermektedir. Bir ceza hukuku normunun yanlış uygulanması halinde, yanlış uygulamayı düzeltecek çareler aramak yerine, içeriği itibarıyla bir problem taşımayan kanun hükümlerinin hiçbir bilimsel temele dayanmayan gerekçelerle değiştirilmesi ve bunun bir alışkanlık ve anlayış haline getirilmesi, ceza kanunu hükümlerinin niteliğini bozmakta ve yeni sorunlar ortaya çıkartmaktadır.” (Koca - Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2022, 735).

³⁵ Mahmutoğlu - Karadeniz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Şerhi*, 1420-1421; Üzülmöz, “Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi,” 230; Yerdelen, *Cezanın Belirlenmesi (Türk ve Alman Uygulaması)*, 301-302.

³⁶ Centel et al., *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 598; Artuk et al., *Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, 2019, 952; Doğan, “Cezaların Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi,” 298; Özbek et al., *Türk Ceza Hukuku Genel*

B. DİĞER NEDENLER

Yapılan son değişiklikten önce, kanunda sayılan örnek kabilinden takdiri indirim nedenlerinin yanında, hâkimin somut olayda daha önce eşi benzeri görülmemiş bir takdiri indirim nedeni kabul etmesi mümkündür³⁷. Ancak yeni düzenleme ile birlikte takdiri indirim nedenleri sınırlı sayıda kanunda belirlenmiş durumdadır. Bu durum, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, takdiri indirim kurumunun doğasıyla bağdaşmamaktadır. Bu başlık altında incelenen birtakım nedenlerden de görülebileceği üzere, kanunda sayılmayan, ancak değişiklikten önce düzenlemenin tahdidi olmaması nedeniyle Yargıtay uygulamasına konu olmuş ve takdiri indirim nedeni olarak sayılması gereken bazı sebepler mevcuttur.

Kanaatimizce, yapılacak bir değişiklik ile takdiri indirim nedenleri tadadı/sınırlı sayıda olmayan bir hâle geri döndürülmelidir. Eğer takdiri indirim kurumunun tahdidi olmasında bir ısrar söz konusu ise, o zaman aşağıda incelenen nedenler de yapılacak bir değişiklik ile kanun metnine dahil edilmelidir. Çünkü, her ne kadar aşağıda yer alan nedenlerin kanunda sayılan nedenler geniş yorumlanarak kapsam dahiline alınması mümkünse de son değişiklik ile birlikte takdiri indirimin uygulanmasında daha temkinli olmaya yönelik yapılan vurgu, uygulamada duraksamaya sebebiyet verecektir. Bu duraksamanın giderilmesi ise kanuni düzenleme ile mümkündür. Bu başlık altında gerek doktrinde ifade edilen gerekse Yargıtay kararlarına konu olmuş kanunda sayılan nedenlerin dışındaki nedenler üzerinde durulacaktır.

Failin şahsi ve sosyal durumu, suçun olduğu sosyal çevre hakkında doyurucu bilgiler verir. Bu bilgiler ışığında fail hakkında cezada indirim takdir edilip edilmeyeceği veya hangi oranda takdir edileceği tespit edilebilir. Failin mesleği, sağlık durumu (bu kapsamda engellilik hâli), hayat standartları, aile yaşantısı, eğitim seviyesi, karakter yapısı gibi hususlar bu kapsamda örnekler olarak sayılabilir³⁸. Ancak burada özellikle sosyal durum bakımından yapılacak değerlendirmede bir dilemma söz konusudur. Hayatını ülke nüfusunun geri kalanına nispeten yüksek bir yaşam standardına sahip olarak geçiren, insanlar nezdinde itibar gören bir mesleğe sahip ve çevresinden saygı gören bir kişiyi düşünelim. Diğer tarafta ise, dezavantajların bir bulut olup yağmur gibi yağdığı bir muhitte yaşayan, maddi geçim sıkıntısının yükü altında ezilen, göç ettiği yeni bölgeye intibak edememiş ve bu sebeple birçok ailevi ve sosyal problem yaşayan bir kişiyi tahayyül edelim. Her iki kişinin de hırsızlık yapmış olduğu bir durumda, hangi failin cezasında şahsi ve sosyal durumu nedeniyle takdiri indirime gidilmelidir? Her iki fail de

Hükümler, 2020, 689; Mahmutoğlu - Karadeniz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Şerhi*, 1420; Bakıcı, *5237 Sayılı Yasa Kapsamında : Ceza Hukuku Genel Hükümleri*, 1422.

³⁷ Hâkimin bu konudaki takdir yetkisinin sınırı bir sonraki bölümde ele alınmıştır.

³⁸ Centel et al., *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 596-597.

aynı hukuki değeri ihlal etmiştir, peki toplum nezdinde hangi failin işlediği suçun haksızlık içeriği daha ağır kabul edilmelidir? Takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasıyla birlikte, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımların uygulanacağı bir senaryoda, hangi fail topluma kazandırılmaya ve ikinci bir şansa daha layık kabul edilmelidir? Şüphesiz bu sorular, pozitif hukukun dar sınırları içerisinde kalınarak yahut takdiri indirim nedenlerinin bir makale formatında açıklanmaya çalışıldığı araştırma kapsamında hakkıyla cevaplandırılmayacak kadar geniş ve çetrefilli, ancak mutlaka üzerinde tartışılması gereken sorulardır.

ETCK döneminde, bir takdiri indirim nedeni olarak değil, temel cezanın belirlenmesinde bir kıstas olarak kabul edilen dolayısıyla cezada artırım yapma imkânı sağlayan failin şahsi ve sosyal durumu ölçütünün Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği iddia edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, sosyal ve şahsi durum kavramlarını yorumladıktan sonra, bu ölçütlerin temel cezanın belirlenmesinde göz önünde tutulmasının cezadan beklenen topluma kazandırma amacına hizmet ettiği gerekçesiyle iptal talebini reddetmiştir³⁹.

TCK'nın 61/1'inci maddesinin dışında kalan ve *suçun işlenişinde etkili olan nedenler* de takdiri indirim nedeni olarak değerlendirilebilir. Doktrinde, “yoğun ve güçlü bir ihtirasın etkisi, sarhoşluk, gençlik heyecanı, cahillik, tecrübesizlik, korku ve acıma duygusu, mağdurun da kusurlu olması” gibi örnekler bu kapsamda sayılmaktadır⁴⁰. Bu örneklere ek olarak, failin yakalandığı hastalığın veya son zamanlarda yaşamış olduğu manevi bir şokun verdiği etki ile bir suç işlemesi durumunda da takdiri indirim gündeme gelebilir⁴¹. Kaçınılmaz haksızlık yanılığı içerisinde bulunmayan ancak haksızlık bilinci zayıflamış kişi de bu çerçevede takdiri indirimden faydandırılmalıdır⁴². Bu açıdan fiile ilişkin bütün hususların TCK'nın 61/1'inci maddesi kapsamında kaldığı, 62'nci madde kapsamında ise faile ilişkin hususların değerlendirileceği yönündeki görüşe katılmamaktayız⁴³.

Kanunda sayılmayan bir diğer neden ise, TCK'nın 22/6'ncı maddesinde düzenlenen şahsi cezasızlık sebebinin koşullarının oluşmaması hâlinde, failin içerisinde bulunduğu şahsi durumun göz önünde bulundurularak cezada indirim yapı-

³⁹ Anayasa Mahkemesi, 20/06/1995, E: 1994/92, K: 1995/14, https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1995/14?Donemler_id=2&EsasNo=1994%2F92, (E.T. 2 Nisan 2021).

⁴⁰ Artuk et al., *Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, 2019, 953.

⁴¹ Öztürk - Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 563.

⁴² Mahmutoğlu - Karadeniz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Şerhi*, 1419. Doktrinde, yasak hatasını düzenleyen ilgili maddenin gerekçesindeki ifadeden yola çıkan bir başka görüş, haksızlık bilincindeki zayıflamanın temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacağını belirtmektedir. Bu görüşün kabulü hâlinde, haksızlık bilincinin zayıflamasından yola çıkarak, aynı zamanda takdiri indirime hükmetmek, mükerrer değerlendirme yasağı nedeniyle mümkün olmayacaktır, bakınız Koca - Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2020, 372; Artuk et al., *Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, 2019, 660; Öztürk - Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 331.

⁴³ Aksi yöndeki görüş için bakınız, Doğan, “Cezaların Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi,” 297-298.

labilmesidir⁴⁴. Örneğin, eşiyile birlikte seyahat etmeyi planlayan ancak yolculuk masraflarından tasarruf etmek için bir yolculuk paylaşım uygulaması kullanarak aracına iki yolcu alan kişi, bilinçsiz taksiri nedeniyle bir kazaya sebebiyet verir ve kaza sonucunda araçta bulunan iki yolcu ve eşi vefat ederse, olayda “*münhasıran*” koşulu sağlanmadığından TCK'nın mezkûr hükmünden faydalanamaz. Ancak fail hakkında eşinin ölümünden duyduğu elem ve keder göz önünde bulundurulurak takdiri indirime hükmedilebilir.

Kanunda sayılmayan nedenler takdiri indirimin uygulanmamasına yönelik hâkimde kanaat oluşturacak nedenler de olabilir. Örneğin failin kumarbaz, madde bağımlısı veya alkolik olması, somut olayın şartlarına göre, takdiri indirim uygulanmamasına gerekçe teşkil edebilir⁴⁵. Buna karşılık, kişinin dini, felsefi veya ideolojik görüşü, cinsiyeti veya ırkı, takdiri indirimin uygulanmamasına sebep teşkil etmez. Suç işleme boyutuna varmadığı sürece, failin modern dünyada yerleşik verili düzenin temellerini sarsacak düşünceleri benimsemesi, kendi hayatını bu doğrultuda organize etmesi ve insanları düşüncelerini ve pratiklerini bu yönde değiştirmeye davet etmesi de tek başına takdiri indirim nedenlerinin uygulanmaması yönünde sebep teşkil etmez⁴⁶.

III. HÜKMÜN KURULMASI AŞAMASINDA TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİNİN UYGULANMASI

Takdiri indirim nedenlerinin uygulanması esnasında öncelikle somut olayda takdiri indirimin uygulanmasını gerektiren ve uygulanmamasını gerektiren nedenler sıralanmalıdır. Bu nedenler birlikte değerlendirildikten sonra, hâkimin vicdanî kanaatine göre takdiri indirimin uygulanıp uygulanmayacağına karar verilmelidir. Takdiri indirimin uygulanmasına karar verildiyse son işlem, hangi oranda indirim tayininin gerçekleştirileceğine karar vermektir. Yukarıda kısaca anlatılan uygulama süreci boyunca dikkat edilmesi gereken esaslar ile alâkalı aşağıda bir inceleme gerçekleştirilecektir.

A. MÜKERRER DEĞERLENDİRME YASAĞI

Cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi aşamasında dikkat edilmesi gereken ilkelerden biri, bu sürece tesir eden etkenlerin sadece bir defa değerlendirmeye esas alınmasıdır. Buna *mükerrer değerlendirme yasağı* denilmektedir. Örneğin, failin suçu olası kastla işlemesi hâlinde TCK'nın 61/2'nci maddesi gereği indirim yapılması gerekmektedir. Bu indirim yapıldıktan sonra failin suçu olası kastla işlemesi nedeniyle ayrıca takdiri indirim uygulamak mümkün değildir. Yine suç nedeniyle ortaya çıkan zararın giderilmesi bir takdiri indirim nedeni teşkil edebilecektir. Ancak eğer aynı

⁴⁴ Koruculu, *Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*, 344.

⁴⁵ Özen, “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi,” 107; Centel, “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi,” 365.

⁴⁶ Mahmutoğlu - Karadeniz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Şerhi*, 1419.

gerekleyle fail etkin pişmanlık kurumundan faydalandıysa, artık bu durum takdiri indirim nedeni olarak değerlendirilemez. Bu yasak, aynı zamanda, takdiri indirim nedenlerinin neler olabileceğine ilişkin bir sınır çizmektedir. Hâkim, ancak TCK'nın 61'inci maddesinde sayılmayan ve suçun unsurları kapsamında bulunmayan hususlar takdiri indirim nedeni olarak kabul edip cezayı azaltma yoluna gidebilir⁴⁷.

B. GEREKÇELİ KARAR YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Hâkim, TCK'nın 62/2'nci maddesi gereği, takdiri indirim nedenlerini gerekçeli bir şekilde kararında belirtmek zorundadır. Hâkimin takdiri indirim konusundaki gerekçeli karar yükümlülüğü, indirim yaptığı olaylarda mevcut olduğu gibi indirim yapmama karar verdiği olaylarda da mevcuttur⁴⁸. Gerekçedeki ifadeler, takdiri indirim uygulandıysa bunun somut dayanaklarının neler olduğunu, eğer uygulanmadıysa hangi nedenlerle uygulanmadığını açık ve aydınlatıcı bir şekilde ortaya koymalıdır; soyut hukukî gerekçelerle karar verilmesi, özellikle kanunî ifadelerin tekrarlanması gerekçenin mantığıyla uyuşmamaktadır⁴⁹. Aksi takdirde, özellikle takdiri indirimin uygulanmadığı olaylar bakımından, gerekçe denetime açık olmadığı için bozma nedeni olarak kabul edilecektir⁵⁰. Nitekim, burada ve doktrindeki diğer yazarlar tarafından yapılan uyarılar uygulamada yeterince dikkate alınmadığı için, 7406 sayılı Kanunla TCK'nın 62/2'nci fıkrasının son cümlesine “gerekçeleriyle” ifadesi eklenerek, değişiklikten önce de hâlihazırda var olan gerekçeli karar yükümlülüğünün altı bir kez daha çizilmiş olmaktadır. Kanaatimizce, bu yükümlülük zaten var olduğu için, yapılan değişiklik takdiri indirim nedenleri hususundaki gerekçeli karar talebinin daha güçlü bir şekilde vurgulanmasının yanında ek bir değişiklik getirmemektedir.

⁴⁷ Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku: Genel Kısım*, II/365; Koca - Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2020, 717-718; Artuk et al., *Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, 2019, 951-952; Hakeri, *Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, 716; Doğan, “Cezaların Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi,” 280; Özen, “Ceza-nın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi,” 102; Yerdelen, “Çifte Değerlendirme Yasağı,” 114; Faruk Erem et al., *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1997), 780; Üzülmüş, “Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi,” 228. Doktrinde ÖZTÜRK/ERDEM, TCK'nın 61/2'nci maddesinde sayılan nedenlerin hem düzenlendiği kapsam dahilinde uygulanabileceğini hem de takdiri indirim nedeni olarak kabul edilebileceğini savunmaktadır, bakınız Öztürk - Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 564. KORUCULU'ya göre ise, takdiri indirim nedenleri failin fiil öncesi veya fiil sonrası davranışlarına ve hayatına ilişkin hususları kapsadığından, bunların TCK'nın 61'inci maddesi kapsamında değerlendirilmesi gereken failin haksızlık içeriğine ilişkin hususlarla keşşimesi güçtür, bakınız Koruculu, *Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*, 334. Ancak kanaatimizce yine de mükerrem değerlendirme yasağının vurgulanması önem arz etmektedir.

⁴⁸ Yargıtay, bir kararında, davalı tarafın talebine rağmen, mahkemenin takdiri indirim nedenlerini davalı lehine neden uygulamadığını kararda tartışmamasını kanuna aykırı bulmuştur [Yargıtay 11. CD., 12/12/2007, E: 2007/8077, K: 2007/9191, <https://legalbank.net/belge/y-11-cd-e-2007-8077-k-2007-9191-t-12-12-2007-dolandiricilik-sucu/326405/>, (E.T. 2 Nisan 2021)].

⁴⁹ İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 778; Tan, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, II/2323; Bakıcı, *5237 Sayılı Yasa Kapsamında : Ceza Hukuku Genel Hükümleri*, 1421-1422.

⁵⁰ Yargıtay CGK., 31/01/2012, E: 2011/4-277, K: 2012/4, <https://legalbank.net/belge/y-cgk-e-2011-4-277-k-2012-4-t-31-01-2012/1168289/>, (E.T. 27 Nisan 2021).

Gerekçeli karar çelişkili olmamalıdır. Kararda yer alan takdiri indirim ile ilgili gerekçelerin özellikle “temel cezanın belirlenmesi, hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi, ertelenmesi gibi” maddelerin uygulanmasında dayanan gerekçelerle çelişmemesi gerekir⁵¹.

Somut olayda, nedenlerin varlığına rağmen, takdiri indirim uygulamayan hâkim, Yargıtay'ın aradığı ölçütlere uygun ikna edici gerekçelerini kararda belirtmemiştir⁵². Özellikle takdiri indirimin uygulanmasına veyahut daha genel ifadelerle sanık lehine olan hususların gözetilmesine yönelik bir talep varsa takdiri indirimin kararda tartışılmasını Yargıtay bir zorunluluk olarak görmektedir⁵³. Aynı olayda hem cezanın indirilmesini hem de indirilmemesini gerektiren nedenlerin bulunması hâlinde, hâkim baskın gelen kanaatine göre, cezayı indirip indirmeyeceğine karar vermeli ve bu kanaate ulaşırken gerçekleştirdiği muhakemeyi karara yansıtmalıdır⁵⁴.

Hâkim bir suç veya ceza türü için uyguladığı takdiri indirimi, diğer suç veya ceza türü için uygulamıyorsa bunun nedenini kararda gerekçeli bir şekilde açıklamalıdır⁵⁵. Örneğin failin işlediği bir suç için pişmanlık duyması fakat diğeri için aynı duyguları beslememesi hâlinde, beraber kovuşturulan bu suçlardan biri için takdiri indirim uygulayıp diğeri için uygulamamak mümkündür⁵⁶.

C. İNDİRİMİN UYGULANMASI VE ORANI

Failin lehine cezayı azaltacak takdiri indirim neden veya nedenlerinin tespit edilmesi hâlinde, “ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis;

⁵¹ Koruculu, *Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*, 346-347; Fidan Balcı - Seyithan Öztürk, *Hüküm Kurma ve Cezanın Belirlenmesi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 218; Toroslu, *Ceza Müeyyidesi*, 173.

⁵² Centel et al., *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 595; Çolak - Altun, “Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi Vasıtası Olarak Takdiri İndirim Nedenlerinin Normatif Hükümleri ve Hukukî Sonuçları,” 21. Yargıtay'ın kriterlerine, aşağıda, “Takdir Yetkisi ve Denetimi” adlı başlıkta yer verilmiştir.

⁵³ Yargıtay CGK., 14/12/2010, E: 2010/11-205, K: 2010/258, <https://legalbank.net/belge/y-cgk-e-2010-11-205-k-2010-258-t-14-12-2010-adli-para-cezasi/817131/>, (E.T. 27 Nisan 2021).

⁵⁴ Mahmutoğlu - Karadeniz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Şerhi*, 1417.

⁵⁵ Centel et al., *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 594. Doktrinde bir görüş, karşılığında hem hapis hem de adli para cezasının öngörüldüğü suçlarda hâkimin cezalardan birinde indirim gidip diğerinde gitmemesinin kabul edilemez olduğunu savunmaktadır. Ancak buna kanuni bir engel bulunmamaktadır. Diğer yandan böyle bir indirim tarzı belirlemek bazı olaylar bakımından daha hakkaniyetli olabilir. Örneğin işlenmesiyle haksız bir kazancın elde edildiği suçlar bakımından hâkimin hapis cezasında indirim gitmesi ancak adli para cezasında indirim gitmemesi daha makul bir çözüm olabilir. Karşılaştırınız, Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 1063; Bakıcı, *5237 Sayılı Yasa Kapsamında : Ceza Hukuku Genel Hükümleri*, 1422-1423; Erem et al., *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, 781; Uslu, *Türk Ceza Hukukunda Somut Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*, 102.

⁵⁶ Mahmutoğlu - Karadeniz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Şerhi*, 1421; Gençler, *Türk Ceza Hukuku'nda Takdiri İndirim Nedenleri*, 124-126.

müebbet hapis yerine, yirmibeş yıl hapis cezası” verilecektir. Süreli hapis cezalarında ise azamî altıda bire kadar cezada indirim yapılabilir (TCK m. 62/1).

Madde başlığından da anlaşılacağı üzere, hâkimin TCK’nın 62’nci maddesinde öngörülen indirimi uygulayıp uygulamama konusunda takdir yetkisi söz konusudur. Madde lafzı incelendiğinde açıkça, bu takdir yetkisinin cezada yapılacak indirim oranını da kapsadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla hâkim, azamî sınır olan 1/6’yı aşmamak kaydıyla, 1/8, 1/10, 1/12, 1/15 gibi indirim uygulayabilir. Bu oran takdir edilirken, indirim nedeninin ağırlığı dikkate alınmalıdır⁵⁷.

Somut olayda takdiri indirim yapmayı gerektirecek birden fazla nedenin bulunması hâlinde, bu nedenler bir kül hâlinde değerlendirmeye tâbi tutularak tek bir indirim oranı belirlenebileceği gibi, azamî sınır aşılmadığı müddetçe her bir neden için ayrı ayrı indirim oranı tayin etmek de mümkündür. Her halükârda cezada yapılan toplam indirim oranı, süreli hapis cezalarında altıda biri geçmeyecektir. Örneğin, failin geçmişi nedeniyle onda bir ve yargılama sürecindeki davranışları nedeniyle de onda bir indirim yapmak, azamî sınır aşıldığından mümkün değildir.

Buna mukabil, fail birden fazla suç işlemişse her bir suç bakımından yahut işlediği suç hapis ve adli para cezasının birlikte uygulanmasını gerektiren bir suç ise her bir ceza türü bakımından ayrı ayrı takdiri indirim uygulamak mümkündür⁵⁸. Ancak eğer kişi birden fazla suçtan dolayı hüküm giymiş ve bu suçlar arasında zincirleme suç bağlantısı varsa, bu takdirde, indirimin toplam ceza üzerinden yapılması gerekmektedir. Bu yorum, kanunda belirlenen cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine ilişkin sıraya da uygundur⁵⁹.

D. TAKDİR YETKİSİ VE DENETİMİ

Genel bir hukuk kâidesi olarak, hâkimin takdir yetkisini keyfi olarak kullanamayacağı vurgulanmalıdır. Hâkim, kendisine tanınan takdir yetkisini, so-

⁵⁷ Süheyl Donay, *Türk Ceza Kanunu Şerhi* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007), 103; Balcı - Öztürk, *Hüküm Kurma ve Cezanın Belirlenmesi*, 219. Doktrinde Özen, takdiri indirimin ne oranda yapılacağı konusunda hâkime takdir yetkisi verilmediğini savunmaktadır. Kanaatimizce bu görüş, kanunun lafzıyla uyusmamaktadır. Kanunda “diğer cezaların altıda birine kadar indirilir” denmektedir. “Kadar” edatı burada indirim oranına bir üst sınır çizmektedir. Aksi hâlde, kanunun “diğer cezaların altıda biri indirilir” şeklinde düzenlenmiş olması gerekirdi. Bakınız, Özen, “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi,” 104.

⁵⁸ Koca - Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2020, 732-733; Koruculu, *Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*, 335; Doğan, “Cezaların Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi,” 299; Özen, “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi,” 103-104; Tüfekçi, *Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*, 102; Öztürk - Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 565; Üzülmüş, “Yeni Ceza Kanunu’nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi,” 231; Yerdelen, *Cezanın Belirlenmesi (Türk ve Alman Uygulaması)*, 309-310.

⁵⁹ Özen, “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi,” 105; Gençler, *Türk Ceza Hukuku’nda Takdiri İndirim Nedenleri*, 139.

mut olayın özelliklerine uygun olarak gerekçeli bir şekilde kullanılmalıdır. Her hâlükârda bu çerçevede verilen karar denetime tâbidir. Temyiz mahkemesi takdir yetkisinin hukuka uygun olarak, istinaf mahkemesi ise hem maddi vakıya hem de hukuka uygun olarak kullanılıp kullanılmadığını denetler. Yargıtay, takdiri indirim nedenlerinin makul, hukuk kurallarına uygun, kanunların ulaşmaya çalıştığı amaçlara paralel, vicdanları rahatsız etmeyen ve hak ve nasafete uygun olması gerektiğini belirtmektedir⁶⁰.

Bu husustaki Yargıtay kararları bir bütün olarak değerlendirildiğinde, takdiri indirimin kanundaki ifadeler tekrar edilerek veya soyut gerekçelerle uygulandığı olaylarda, somut olay bakımından bir isabetsizlik yoksa bu durumun bozma sebebi yapılmadığı anlaşılmaktadır⁶¹. Ancak özellikle takdiri indirim nedenlerinin uygulanmamasına karar verildiği durumlarda, Yargıtay'ın daha sıkı bir denetim gerçekleştirdiği görülmektedir. Buradan anlaşılmaktadır ki, Yargıtay, takdiri indirim uygulanmayacak veya düşük bir oranda uygulanacaksa bunun gerekçelerinin çok daha güçlü olmasını ve bu gerekçelerin somut dayanaklarla mutlaka desteklenmesini aramaktadır⁶². Ancak son değişiklikle birlikte artık Yargıtay'ın zikrettiğimiz hassasiyetinin takdiri indirimin uygulandığı olaylar bakımından da takip edilmesi gerekmektedir⁶³.

Her ne kadar ilk derece mahkemesinin takdir yetkisini istinaf ve temyiz mahkemelerinin denetlemesi mümkünse de özellikle temyiz makamı olan Yargıtay'ın bu denetimi yaparken dikkatli davranması gerekir. Temyiz denetimi, hukukî denetimle sınırlıdır; maddi vakıanın denetimi ise istinaf mahkemesinin görev alanındadır. Takdiri indirim nedenlerinin tayini ise maddi vakıa ile alâkalı bir husustur. İdeal olarak, cezanın bireyselleştirilmesi aracı olan takdiri indirim kurumunu en etkin şekilde kullanabilme konumunda bulunan makam, faille doğrudan ilişki kurup onun kişiliğini gözleme imkânına sahip, maddi delilleri aracısız değerlendiren, keşif yapan; özetle yargılamayı sadece kâğıt üzerinden yürütmekle kalmayıp fiilin bütününe hâkim olmaya çalışan ilk derece mahkemesidir. Dolayısıyla

⁶⁰ Yargıtay CGK., 15/12/1980, E: 1980/335, K: 1980/428, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/ceza-genel-kurulu-e-1980-335-k-1980-428-t-15-12-1980>, (E.T. 31 Mart 2021).

⁶¹ Balcı - Öztürk, *Hüküm Kurma ve Cezanın Belirlenmesi*, 218; Gençer, *Türk Ceza Hukuku'nda Takdiri İndirim Nedenleri*, 160.

⁶² Örneğin bir olayda Yargıtay, mahkemenin “olaydan sonra kaçması, iki yıl sonra yakalanması ve suçunu saptırmak istemesi” gibi takdiri indirimin uygulanmamasına yönelik gerekçelerinin somut dayanaklarının belirtilmemesini bozma nedeni olarak görmüştür [Yargıtay 3. CD., 11/04/2007, E: 2007/2365, K: 2007/3251, <https://legalbank.net/belge/y-3-cd-e-2007-2365-k-2007-3251-t-11-04-2007-kasten-yaralama/283451/>, (E.T. 27 Nisan 2021)].

⁶³ “Düzenlemeyle, takdiri indirim uygulanması halinde, nedenlerinin gerekçeli kararda failin eylemleriyle ve somut olayla ilişkilendirilerek, denetime açık ve kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde belirtilmesi amaçlanmaktadır.” Değişiklik Gerekçesi, <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-4290.pdf>, (E.T. 19.11.2022).

sıyla ilke olarak, temyiz mahkemesinin yetkisini aşarak ilk derece mahkemesinin maddi vakiaya ilişkin belirlemelerini denetlememesi gerekir. Ancak, bunun için de ilk derece mahkemesinin takdire vardığı sonucu, kanunun lafzının ve ruhunun gereklerine uygun olarak gerekçelendirmesi gerekir. Yargıtay'ın maddi vakiayı yorumlamak suretiyle verdiği bozma kararlarının büyük bir çoğunluğunun sebebi, dava dosyasında takdiri indirim uygulanmasını veya uygulanmamasını gerektiren birçok sebep bulunmasına rağmen bunların gerekçede “mantık kurallarına uygun, tatmin edici ve yeterli” ölçüde tartışılıp bir karara vardırılmamasıdır. “Geçerli, yeterli ve tutarlı” bir gerekçenin varlığı hâlinde ise, artık temyiz mercii hukuka aykırılık denetiminin kapsamını yorum yoluyla genişletmek suretiyle ilk derece mahkemesinin takdir yetkisinin yerindeliğini denetleyememelidir⁶⁴.

E. ÖZEL DURUMLAR

Karşılığında basamaklı cezaların öngörüldüğü suçlarda, hâkimin alt sınırdan uzaklaşarak temel cezayı tayin etmesi, takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasına engel değildir. Zira, alt sınırdan uzaklaştırmayı gerektiren nedenler ile takdiri indirim nedenleri aynı değildir⁶⁵. Diğer yandan, mükerrer değerlendirme yasağı, alt sınırdan uzaklaştırmayı gerektiren nedenlerin takdiri indirim nedeni olarak kabul edilmesini önleyerek, olası çelişkileri giderme fonksiyonu yüklenmektedir⁶⁶.

Takdiri indirimin uygulandığı bir davada istinaf veya temyiz yoluna gidilmiş ve hüküm takdiri indirim nedenlerinin uygulanması dışındaki bir sebepten dolayı bozulmuşsa, yeni hüküm tesis edilirken takdiri indirim nedenlerinin mutlaka uygulanması gerekir. Bu durumda takdiri indirim nedeni *usuli kazanılmış hak* olarak karşımıza çıkmaktadır⁶⁷.

⁶⁴ Bu görüş ve ilk derece mahkemesi tarafından takdir yetkisi kullanılmak suretiyle verilen kararların Yargıtay tarafından denetlenebilirliğinin kapsamı hakkındaki inceleme için bakınız, Duygu Çağlar Doğan, “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesinde Faile İlişkin Özel Ölçütlerin Temyiz Kanun Yolunda Denetlenmesi Sorunu,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XXI/2 (2019), 1029-1058. Ceza hukukunda takdir yetkisinin yeri, işlevleri, sınırları ve bunun denetimi konusunda daha detaylı bilgiler için bakınız, Tuğba Gül Ateş Öncü, *Türk Ceza Hukukunda Temel Cezanın Belirlenmesi* (Ankara Üniversitesi, 2020); Erem, “Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler,” 358-360; Yerdelen, *Cezanın Belirlenmesi (Türk ve Alman Uygulaması)*, 285-286; Koruculu, *Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*, 345-346; Gençler, *Türk Ceza Hukuku'nda Takdiri İndirim Nedenleri*, 154-155.

⁶⁵ Erem et al., *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, 778-779; Koca - Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2020, 733; Koruculu, *Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*, 345; Tüfekçi, *Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*, 102; Öztürk - Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 566; Mahmutoğlu - Karadeniz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Şerhi*, 1418. Aksi yönde görüş için bakınız, Centel et al., *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 595; Üzülmüş, “Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi,” 231.

⁶⁶ Aynı yönde bakınız, Koruculu, *Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*, 334.

⁶⁷ Tan, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, II/2323; Bakıcı, *5237 Sayılı Yasa Kapsamında : Ceza Hukuku Genel Hükümleri*, 1423; Gençler, *Türk Ceza Hukuku'nda Takdiri İndirim Nedenleri*, 134-136.

Somut olayda takdiri indirimin uygulanmış olması, cezanın ertelenmesine veya hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesine engel teşkil etmez. Keza hem takdiri indirim uygulanırken hem de cezanın ertelenmesine veya seçenek yaptırımların uygulanmasına karar verilirken aynı nedenlere dayanılması mümkündür. Kanaatimizce, mükerrer değerlendirme yasağı bu noktada geçerli olmayacaktır. Bu yasak, sadece ceza türünün ve miktarının tespitinde rol oynamaktadır. Hapis cezasının ertelenmesi veya kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi hâlinde ise ne ceza türünde ne de miktarında bir değişiklik olmamaktadır. Sadece belirlenen cezanın infazı, kanunda sayılan şartların gerçekleşmesi ve hâkimin takdiriyle *ertelenmekte* veya kısa süreli hapis cezası seçenek yaptırımlara çevrilmektedir⁶⁸.

SONUÇ

Takdiri indirim nedenleri düzenlemesinin ceza hukuku sisteminde kendisine tayin edilen rolü yerine getirilebilmesi için bu düzenlemenin karakteristik özelliklerinin ve sistemdeki yerinin anlaşılması gerekmektedir. Somut olayın şartlarına uygun olarak, cezanın failin şahsına yudurulması için hâkime tanınan bu takdir yetkisi, yapısı gereği kategorik ön belirlemelere müsait değildir. Takdiri indirimin uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin karar, her somut olayın bütünü gözetilerek verilmesi gereken bir karardır. Bu nedenle çalışmada, takdiri indirim nedenlerinin “ne olduğu” değil “ne olabileceği” üzerinde durulmuştur. Çalışma boyunca sıkça vurgulanan bu nokta, takdiri indirim nedenleri konusunda kamuoyunda infial yaratan olayların meydana gelmesinin önüne geçilmesi bakımından büyük önem arz etmektedir. Bu açıdan, takdiri indirim nedenlerini tahdidi hâle getiren son değişikliğin takdiri indirim kurumunun yapısıyla bağdaşmadığı ve bu nedenle isabetsiz olduğu belirtilmelidir. Yapılacak bir değişiklik ile kurum eski hüviyetine kavuşturularak tadadi hâle getirilmeli, bu tercih edilmeyecekse, diğer nedenler başlığında incelenen hususlar kanun metnine dahil edilerek, takdiri indirim kurumundan beklenen faydanın azami düzeyde sağlanması gerekmektedir.

Takdiri indirim kararı verilirken mükerrer değerlendirmeye düşülmemesi gerekmektedir. Bunun için takdiri indirim, kanunda belirtilen cezanın belirlenmesi sırasına uygun bir şekilde gerçekleştirilmelidir. Ayrıca verilen kararın geçerli, yeterli, tutarlı, açık ve aydınlatıcı gerekçelere dayanılarak verilmesi gerekmektedir. İndirimin uygulanması ve indirim oranının tayini noktasında, kanunda açıkça belirtilen veya kanunun bütününe yorumu neticesinde ortaya çıkarılan sınırlamalara uyulması icap etmektedir. Hâkime tanınan takdir yetkisinin denetime açık

⁶⁸ Çolak - Altun, “Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi Vasıtası Olarak Takdiri İndirim Nedenlerinin Normatif Hükümleri ve Hukukî Sonuçları,” 23; Tan, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, II/2320-2321; Gençer, *Türk Ceza Hukuku'nda Takdiri İndirim Nedenleri*, 128-130.

olduğu ve Yargıtay'ın özellikle takdiri indirim uygulanmadığı olaylar bakımından oldukça titiz bir denetim gerçekleştirdiği unutulmamalıdır. Ek olarak, son değişiklikle birlikte, artık takdiri indirim uygulandığı olaylar bakımından da gerekçelerin failin eylemleri ve somut olayla ilişkili olması, denetime açık ve kuşkuya yer bırakmayacak şekilde belirtilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 7th Ed., 2020.
- Artuk, Mehmet Emin et al. *Ceza Hukuku: Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 13th Ed., 2019.
- Artuk, Mehmet Emin et al. *Ceza Hukuku: Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 16th Ed., 2022.
- Ateş Öncü, Tuğba Gül. *Türk Ceza Hukukunda Temel Cezanın Belirlenmesi*. Ankara Üniversitesi, 2020.
- Bakıcı, Sedat. *5237 Sayılı Yasa Kapsamında : Ceza Hukuku Genel Hükümleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2nd Ed., 2008.
- Balcı, Fidan - Öztürk, Seyithan. *Hüküm Kurma ve Cezanın Belirlenmesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Centel, Nur. "Cezanın Amacı ve Belirlenmesi." *Turhan Tufan Yüce'ye Armağan*. 337-372. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 2001.
- Centel, Nur et al. *Türk Ceza Hukukuna Giriş*. İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım, 11th Ed., 2020.
- Çolak, Harun - Altun, Uğurtan. "Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi Vasıtası Olarak Takdiri İndirim Nedenlerinin Normatif Hükümleri ve Hukukî Sonuçları." *Adalet Dergisi* 30 (2008), 1-26.
- Doğan, Duygu Çağlar. "Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesinde Faile İlişkin Özel Ölçütlerin Temyiz Kanun Yolunda Denetlenmesi Sorunu." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi XXI/2* (2019), 1029-1058.
- Doğan, Koray. "Cezaların Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi." *Ceza Hukuku Dergisi II/4* (2007), 277-304.
- Donay, Süheyl. *Türk Ceza Kanunu Şerhi*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007.
- Dönmezer, Sulhi - Erman, Sahir. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku: Genel Kısım*. İstanbul: Beta Yayınları, 12th Ed., 1997.
- Erdoğan, İhsan. *Hukuka Giriş*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2nd Ed., 2020.
- Erem, Faruk. "Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi III/2* (1946), 357-364.
- Erem, Faruk et al. *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler*. Ankara: Sevinç Matbaası, 14th Ed., 1997.
- Gençer, Muhsin. *Türk Ceza Hukuku'nda Takdiri İndirim Nedenleri*. Erciyes Üniversitesi, 2019.
- Hakeri, Hakan. *Ceza Hukuku: Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 23rd Ed., 2020.
- İçel, Kayıhan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım, 5th Ed., 2018.
- Kırlioğlu, Gamze. *Yargıtay Kararları Işığında Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, 2019.

- Koca, Mahmut - Üzülmaz, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 13th Ed., 2020.
- Koca, Mahmut - Üzülmaz, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 15th Ed., 2022.
- Koruculu, Irmak. *Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami - Karadeniz, Serra. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Şerhi*. İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım, 2017.
- Meran, Necati. *Açıklamalı - İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2nd Ed., 2007.
- Önder, Ayhan. *Ceza Hukuku - Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım, 1989.
- Özbek, Veli Özer et al. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 11th Ed., 2020.
- Özbek, Veli Özer et al. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 12th Ed., 2021.
- Özen, Mustafa. *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 5th Ed., 2020.
- Özen, Mustafa. "Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* XV/1-2 (2009), 75-120.
- Öztürk, Bahri - Erdem, Mustafa Ruhan. *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 20th Ed., 2020.
- Şen, Ersan. *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006.
- Şimşek, Alahattin. *Türk Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri (TCK m.62)*. Ondokuz Mayıs Üniversitesi, 2014.
- Tan, Mehmet. *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011.
- Toroslu, Haluk. *Ceza Müeyyidesi*. Ankara Üniversitesi, 2007.
- Tüfekçi, Elif. *Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*. Gazi Üniversitesi, 2008.
- Uslu, Ahmet Güven. *Türk Ceza Hukukunda Somut Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*. Atatürk Üniversitesi, 2014.
- Üzülmaz, İlhan. "Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi." *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* X/3-4 (2006), 203-235.
- Yerdelen, Erdal. *Cezanın Belirlenmesi (Türk ve Alman Uygulaması)*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- Yerdelen, Erdal. "Çifte Değerlendirme Yasağı." *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XX/2 (2012), 105-136.

ÇEVİRİ



Hukukun Karmaşıklığı: Bir Başlangıç^(*)

J. B. RUHL^(**)

Çeviren: Dr. Öğr. Üyesi Ünsal Ozan KAHRAMAN^(***)

GİRİŞ

Hukuk sistemi kavramı, sanki hepimiz ne anlama geldiğini biliyormuşuz gibi, avukatların dilinden birleşik bir kelimeymişçesine ‘hukuksistemi’ diye kolayca yuvarlanır. Fakat hukuk sistemi nedir? Neyi etkiler ve neden etkilenir? Bu kavramın sınırları nelerdir? Girdisi ve çıktısı nedir? Ya da bir yıl içinde nasıl görünüm kazanacak? Peki ya on yıl içinde? Sosyal hayatın başka bir yönünde değişiklik yapmak için onu nasıl kullanmalıyız?

Bunlar temel sorulardır. Buna rağmen hukuk literatüründe¹ ‘hukuk sistemi’ yapılan on binlerce atıftan, sadece birkaçı bir sistem olarak hukuk sistemi kavramının kendisi hakkında bir açıklama getirmektedir. Tabii ki hukukun doğası ve hukuk sistemleri hakkındaki sorunsallar yüzyıllardır hukuk araştırmalarını meşgul etmiştir. Ancak literatürün bu alt kümesinde bile, hukuk sistemi kavramının yarısını teşkil eden ‘sistem’ anahtar terimine çok az dikkat gösterilmektedir².

^(*) Çeviri / Makale Geliş Tarihi: 27.08.2022 - Makale Kabul Tarihi: 16.11.2022
DOI: 10.56701/shd.1167640

Ruhl, J. B. (2007) “Law’s Complexity: A Primer,” Georgia State University Law Review: Vol. 24: Iss. 4, Article 9. Bulunuz ‘<http://digitalarchive.gsu.edu/gsulr/vol24/iss4/9>’.

^(**) Profesör (Bahar 2008), Harvard Hukuk Fakültesi,
E-posta: jb.ruhl@vanderbilt.edu

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0003-3866-733X>

Daimi pozisyonu: Matthews & Hawkins Özel Hukuk Profesörü, Florida Eyalet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Tallahassee, Florida. ‘Dinamik Hukuk: Karmaşık Bir Sistem Olarak Hukuk’ sempozyumunu düzenlediği ve beni katılmaya davet ettiği için Georgia Eyalet Üniversitesi Law Review’a ve GSU Profesörü Gregory Jones’a ve araştırma yardımı için HLS 2009 sınıfından Vicki Shiah’a teşekkür ederim.

^(***) Sakarya Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, İktisat Bölümü, Sakarya - Türkiye

E-posta: ukahraman@sakarya.edu.tr

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0001-9060-0023>

¹ 9 Ocak 2008’de Westlaw’ın TP-ALL kitaplığında ‘hukuk sistemi’ araması sonucunda 80,962 belge bulunmuştur.

² Bir sistem olarak hukuka ilişkin bazı literatürün bir özeti için bkz. J.B. Ruhl, The Fitness of Law: Using Complexity Theory to Describe the Evolution of Law and Society and its Practical Meaning for Democracy, 49 VAND. L. REV. 1407 (1996).

Maalesef yüzyıllarca hukuk sistemimizi inşa edip düşündükten sonra, birinci de-
receden bu tür sorulara hala hazır cevaplarımız bulunmamaktadır.

Bununla birlikte, pek çok yazarın üzerinde anlaştığı bir nokta, hukuk siste-
minin ‘karmaşık’ bir şey olduğudur. Öyle ki bunu ifade edenler, hukuk sistemi
kavramına daha derin bir anlayış kazandırıyormuş gibi ‘karmaşık’ ve ‘sistem’
terimlerini birbirine yerine kullanırlar.³ Örneğin bir yazar, ‘hiçbir karmaşık hukuk
sistemini zaman geçtikçe⁴ kapsamına giren her soruna veya anlaşmazlığa açık
metinsel cevaplar sağlayamadığı’ öne sürerken, bir başkası da fikri mülkiyet
hakları hukukunun ‘hiçbir yapının olmadığı on dokuzuncu yüzyıldan karmaşık
hukuk sistemleri ve kuralların olduğu günümüze kadar radikal bir şekilde gelişi-
tiğini’ iddia ediyor.⁵ Hatta bir yazar, ‘büyük ölçüde karmaşık hukuk sistemlerine’
atıfta bulunarak bunların ‘çok fazla teşkilatlanma gerektirdiğini’⁶ öne sürecek
kadar ileri gider. Bu önermelerin doğru olduğundan hiç şüphem yok. Bununla
birlikte, ‘karmaşık’ ve ‘hukuk sistemini’ birleştirmenin ötesinde, bu eserler ve
onlar gibi pek çok başka eser, hukuk sistemini *karmaşık* yapan şeyin ne olduğuna
dair daha öteye gitmemektedir.

Belki de hukuk sisteminin (bu her ne ise) karmaşık olduğu (bu ne anlama
geliyorsa) o kadar açıktır ki, karmaşıklığı hakkında daha fazla şey söylemeye
gerek yoktur - bu karmaşıktır, işte karşınızda ve bu, X önermesinin doğru olduğu
anlamına gelir. Ancak bu X önermesi, hukuk sisteminin karmaşık olduğunun ge-
rekçelendirildiği önermeler ile devam ettirildiğinde dikkatli olunmalıdır. Örneğin
‘hukuk sisteminin her zaman net cevaplar vermeyeceği’ veya ‘bu sistemin çok
fazla kurum tesisi gerektirdiği’ veya ‘şu anki durumunun birkaç yüzyıl öncesine
göre daha karmaşık olduğu gerçeği’ gibi önermeler, X önermesi için gerekçe ola-
rak iddia edildiğinde karmaşıklığın ne olduğuna dair bir teori geliştirilmeli veya
benimsenmelidir. Aksi halde önermenin doğruluğuna götürülen şeyin karmaşıklık
olduğu sonucuna nasıl varabiliriz? Hukuk sisteminin karmaşık olduğu, çok sa-
yıda parçası olduğu veya tahmin edilmesinin zor olduğu yanıtını vermek yeterli
olamaz. Çünkü bunlar - bu arada bunların hepsinin doğru olduğunu eklemek is-
terim - bu karmaşıklığın sonuçları hakkında sadece gözlemdir. Hukuk sistemini
pek çok parçasıyla karmaşık ve tahmin edilmesi zor kılan tam olarak nedir? Bu

³ 9 Ocak 2008’de Westlaw’ın TP-ALL kitaplığında ‘hukuk sistemi karmaşıktır’ araması sonucunda 2.312 belge bulunmuşken ‘karmaşık hukuk sistemi’ araması sonucunda 226 belge bulunmuştur.

⁴ Andrew D. Mitchell, The Legal Basis for Using Principles in WTO Disputes, 10 J. INT’L ECON. L. 795, 795(2007).

⁵ Christopher B. Conley, Comment, Parallel Imports: The Tired Debate of the Exhaustion of Intellectual Property Rights and Why the WTO Should Harmonize the Haphazard Laws of the International Community, 16 TUL. J. INT’L & CoMP. L. 189, 210 (2007).

⁶ Ernest A. Young, The Constitution Outside the Constitution, 117 YALE L.J. 408, 417 (2007) (virgü eklenmiş).

sorunun cevabını bilmek, hukuk sistemini ve onu toplumun genel refahı için nasıl tasarlayıp uygulayacağımızı daha iyi anlamamıza yardımcı olmaz mı?

Başka bir deyişle, hukuk sistemini karmaşık yapan şeyin ne olduğuna dair ikna edici ve betimleyici doğru bir teori oluşturmak, hukuk sistemi hakkında daha doğru ve faydalı önermeler formüle etmemize yardımcı olur mu? Bunun olacağına inanmak zorundayım ve böyle bir açıklamanın peşinde koşarken, ağırlıklı olarak karmaşık uyarlanabilir sistemler teorisine dayandım. Karmaşık uyarlanabilir sistemler teorisi; birbirlerine ve dış çevre girdilerine yanıt olarak etkileşime giren ve uyum sağlayan makroskopik, heterojen bir otonom ajanlar kümesinden oluşan sistemlerin incelenmesi diye ifade edilebilir.⁷ 1980'lerde öncelikle fizik bilimlerinden ortaya çıkan karmaşık uyarlanabilir sistemler teorisi, ekonomi⁸, ekoloji⁹, sosyoloji¹⁰ ve ötesine yayılmıştır. Giderek artan sayıda hukuk bilimcisi ile birlikte¹¹ bu teoriyi hukuk sistemleri araştırmalarına dâhil etmek için çalışıyorum.

Hukuk teorisini anlamlandırmak için karmaşık uyarlanabilir sistemler teorisini kullanmaktan bahsettiğimizde, bunu bir veya daha fazla bağlamsal derinlik seviyesinden uygulamak olarak düşünebiliriz. Yüzeysel olarak ekonomide, yoksullukta, savaşta, terörizmde, suçta, çevrede ve hukuk yoluyla yönetmeye ve düzenlemeye çalıştığımız diğer alanlarda karmaşık uyarlanabilir sistem özellikleri olduğunu kabul edebilir ve bunun hukuk için ne anlama geldiğini sorabiliriz. Bu karmaşık sosyal ve fiziksel sistemlere en iyi şekilde yaklaşmak için hukuk nasıl yapılandırılmalıdır? Daha derin bir düzeyde ise hukukun kendisinin karmaşık bir uyarlanabilir sistem olup olmadığı sorulabilir. Örneğin, ekonomi ve diğer sosyal sistemler karmaşık uyarlanabilir sistem özellikleri sergiliyorsa, hukuk sistemi ni-

⁷ Karmaşık uyarlanabilir sistemler için evrensel olarak uygulanan bir tanım yoktur. İyi işlev gösteren bir tanım şöyle verilebilir: "Uyarlanabilir sistemler, değişen bir çevreye uyum sağlama yeteneği ile donatılmış basit (ve tipik olarak doğrusal olmayan) etkileşimli birimlerin makroskopik koleksiyonlarıdır." European Commission, Complexity in Social Science Research Project, COSI - <http://www.irit.fr/COSI/glossary/fulllist.php?letter=C>, 06.03.2008.

⁸ Bakınız Eric Beinhocker, *The Origin of Wealth: Evolution, Complexity, and the Radical Remaking of Economics* (2006); Robert M. May et al., *Ecology for Bankers*, 451 *Nature* (893) 2008.

⁹ Bakınız Simon Levin, *Fragile Dominion: Complexity and the Commons* (1999).

¹⁰ Bakınız John H. Miller ve Scott E. Page, *Complex Adaptive Systems: An Introduction to Computational Models of Social Life* (2007); Keith Sawyer, *Social Emergence: Societies as Complex Systems* (2005).

¹¹ 9 Ocak 2008'de Westlaw'ın TP-ALL kitaplığında 'karmaşık uyarlanabilir sistem' araması sonucunda 168 belge bulunmuştur. Girişlerin tümü, hukuk teorisini veya hukukun tasarımı ve uygulamasını bilgilendirmek için karmaşık uyarlanabilir sistemler teorisini esas alarak tartışmamaktadır. Araştırmam sırasında aynı belgede 'karmaşık uyarlanabilir sistem' ve 'karmaşık yasal sistemden' bahsetmenin ödülü sadece iki yazara gidiyor. Bakınız Bernard Trujillo, *Patterns in a Complex System: An Empirical Study of Valuation in Business Bankruptcy Cases*, 53 *Ucla L. Rev.* 357 (2005); Julian Webb, *Law, Ethics, and Complexity: Complexity Theory and the Normative Reconstruction of Law*, 52 *Clev. St. L. Rev.* 227 (2005). (Elbette bu yayından sonra sayı, en az üç olacaktır).

çin göstermesin? Bu makul görünmüyor. Daha da ileri gidersek, eğer ekonomi ve hukuk sisteminin her ikisi de karmaşık uyarlanabilir sistemler ise, o zaman iki sistemin de birbirleriyle ve birbirine bağlı oldukları diğer tüm karmaşık sosyal ve fiziksel sistemlerle karmaşık bir şekilde etkileşime girmesi beklenir. Ve eğer hukuk ekonomiyi ve diğer sistemleri karmaşık bir şekilde etkiliyor ve ekonomi ve diğer sistemler de hukuku karmaşık bir şekilde etkiliyorsa, hukukun kendi kendisini karmaşık bir şekilde etkilemesi büyük bir olasılıktır.

Bu nedenle, en derin düzeyinde, hukuk sistemine uygulanan karmaşık uyarlanabilir sistemler teorisi, zengin ve dinamik bir çalışma alanı sunar. Bu teori hukukun hedeflerinin karmaşık uyarlanabilir sistemler olup olmadığını ve eğer öyleyse bunun hukuk tasarımı için ne anlama geldiğini sorar. Hukukun sınırlarını nasıl tanımlarsak tanımlayalım, aynı zamanda karmaşık bir uyarlanabilir sistem olup olmadığını ve eğer öyleyse, bunun hukuk tasarımı için ne anlama geldiğini sorar. Hukukun ve düzenleyici hedeflerinin nasıl birlikte evrildiğini ve bunun hukuk tasarımı için ne anlama geldiğini gündeme getirir.

Bu makale, bu üç soruyu karmaşık uyarlanabilir sistemler teorisi bağlamında ele almaktadır. I. Bölüm, karmaşık uyarlanabilir sistemler teorisi hakkında kısa bir başlangıç sağlar ve bu teorinin işleyiş mantığı ve özelliklerine ilişkin anlayışımızı genişletmek için bunun hukuk sistemiyle faydalı bir şekilde eşleştirmenin yollarını önerir. II. Bölüm, karmaşık uyarlanabilir sistemler teorisinin hukuktaki kurum ve araçlar hakkında tasarımıma dair birkaç önemli uygulamasını ortaya koyuyor. Buradaki amaç, karmaşık uyarlanabilir sistemler teorisinin hukuk için sahip olduğu pratik faydayı ortaya koymaktır. Ve son olarak hukukun karmaşıklığı teorisinin gelişim sürecinde bundan sonraki adımlar için öneriler sunarak kapanış yapmaktayım.

Bir hukuk sistemi var ve bu sistem, karmaşık ve uyarlanabilirdir. Bu kavrayışı bu noktada bırakabilir ve takip etmesi muhtemel görünen önermeleri sezebiliriz ya da (bundan çok daha iyisi) bu sistemin 'kaosu, geri bildirim ağları, kendi kendine örgütlenme özelliği, farklı ölçekleri, ortaya çıkışı ve katıksız dinamizmi' arasında yüzmek için hukukun karmaşıklığına balıklama dalarız. Bu dalışı daha önce yapmış olanlar için, umarım bu çalışma, daha sonraki çalışmalar için faydalı bir durum kontrolü ve plan olarak hizmet eder. Dalış yapmamış olanlar içinse, umarım bu çalışma, sizi bize katılmaya ya da en azından ayak başparmağımızı hukukun karmaşıklığı girdabına daldırmaya ikna eder.

I. HUKUKUN KARMAŞIK UYARLANABİLİR BİR SİSTEM OLARAK DÜŞÜNÜLMESİ

Bir sistem olarak yeni hukuk anlayışına pencereler açmayacaksa, karmaşık bir uyarlanabilir sistem olarak bir hukuk modelini keşfetmenin bir anlamı olmazdı. Karmaşık uyarlanabilir sistemler teorisi, ajanların nasıl etkileşime girdiğini ve etkileşimlerinin toplam ürününü inceler. Ancak hukuk çalışmaları zaten bu tür

teorilerle doludur. Örneğin oyun teorisi, ikili stratejik etkileşimlerdeki aktörlere odaklanır.¹² Daha genel olarak, ‘hukuk ve ekonomi’ disiplinine dayalı etkileşim modelleri, sonsuz kitlelerin ortalama davranışsal özelliklerini temsil eden çok sayıda ‘rasyonel aktör’ arasındaki etkileşimleri öngörerek piyasa düzeyindeki etkinlikleri inceler.¹³ Fakat Miller ve Page’in işaret ettiği gibi, buradaki temel sorun, ‘ekonomik, politik ve sosyal etkileşimlerin gerçekte ne çok az sayıda ne de sonsuz sayıda özne (birbirini karşılıklı etkileyen taraflar) içermemesidir; gerçekte bu tür girift etkileşim sarmalları, bu iki ucun arasında bir sayıda özne içerir.’¹⁴ Miller ve Page, meseleyi şöyle detaylandırıyor:

Çoğu sosyal bilim modeli ya çok az (tipik olarak iki) veya çok sayıda (genellikle sonsuz) aracının izlenmesini gerektirir. Bir etmen yalnızca birkaç başka etmen ile etkileşime girdiğinde, genellikle tüm potansiyel etki ve tepkileri takip edebiliriz. Bir ajan sonsuz sayıda başka ajanla karşılaştığında, kitlelerin davranışlarının ortalamasını alabiliriz ve kendimizi tekrar kolayca izlenebilen bir dünyada bulabiliriz. Bir etmen makul sayıda başka kişiyle etkileşime girdiğinde bu durum, bu iki uç nokta arasındadır - böylece geleneksel analitik araçlarımız bozulur.¹⁵

Hukuk sistemindeki çoğu aktör, ikili modellerin gerektirdiğinden çok fazla sayıda özne içeren etkileşim ağlarında bulunur; mamafih bu sayı sonsuz da değildir. Öyle ki ‘rasyonel aktör’ modeli olarak ifade edilebilecek şekilde ortalama alıp öznelerin kendine özgü davranışını görmezden gelmek için yeterli sayıda aktörün de olmadığı söylenebilir. Örneğin temyiz avukatları, bir dava kuruluna gelebilecek sınırlı sayıda yargıç havuzu olduğunu ve yargıçların farklı yargı kişiliklerine sahip olduğunu bilmelidir. Hiçbir yetkili avukat, kurulda bulunanların hangi yargıçlar olduklarını bilmeden, zihnindeki belirli bir kurul kompozisyonuna uyum sağlarmışçasına bir temyiz dilekçesi hazırlamaz. Ve şu da doğrudur ki kuruldaki yargıçların kim olduğunu bilseydi hiçbir avukat, ‘ortalama yargıçlar’ sezgisine dayalı bir bilgilendirme de hazırlamazdı. Hukuk sistemi boyunca, taraflar, birbirleri arasındaki farkların önemli olduğunu öne süren şekillerde etkileşime girer, çünkü gerçekten böyledir. Karmaşık uyarlanabilir sistemler teorisi, fail heterojenliğinin sonuçları etkileyebileceği ve genellikle etkilediği ılımlı sayıda^{6.n.} bağlamlar için modeller oluşturmakla ilgilidir ve bu nedenle bu teorinin hukuk sistemi anlayışımızı nasıl derinleştirebileceğini keşfetmeye değer.

¹² Bakınız Martin Shubik, *Game Theory, Complexity, and Simplicity Part 11: Problems and Applications*, 3(3) *Complexity* 36, 37 (1998) (Burada oyun teorisinin matematik, bilim, felsefe ve politika üzerindeki etkisi tartışılmaktadır).

¹³ Bakınız Beinhocker, *supra* note 8, sayfa 3-71; MILLER & PAGE, *supra* note 10, at 4-5.

¹⁴ Miller & Page, *supra* note 10, sayfa 221.

¹⁵ Aynen aktarım.

^{6.n.} ‘İki değil ama sonsuz da değil, bunların arasında bir yerde’ anlamıyla ılımlı. Gerçek sosyal etkileşimler örüntüsü, tam da bu ılımlı sayılar üzerinden akıyor.

A. KARMAŞIK UYARLANABİLİR SİSTEM NEDİR?

‘Karmaşık uyarlanabilir sistem’ terimi, nispeten dikkat çekici olmayan iki özelliği (uyarlama ve bir sistem) ve teorinin merkezinde yer alan üçüncü bir özelliği -karmaşıklık- ifade eder. Tek başına hareketsiz oturan tek bir etmen ile başlayarak, iki veya daha fazla etmenin etkileşime girdikleri bir sisteme geçiyoruz. Bu iki veya daha fazla etmen, ilgili hareketlerini modellendirmek için karşılıklı olarak ‘eğer/o zaman’ yanıtlarını kullanırsa uyarlanabilir bir şekilde etkileşime girmiş olurlar. Mesela oyun teorisinin iki oyunculu mahkûm ikilemi, böyle bir sistemdir. İki taraflı uyarlanabilir sistem modelleri oldukça basit olsa da, çok etmenli uyarlanabilir sistemler, boyut olarak daha büyüyebilir, etmen türlerinde çeşitlilik gösterebilir ve farklı ‘eğer/o zaman’ uyarılma kurallarında daha da kapsamlı olabilir. Ancak bunlar, tek başına bu sistemleri karışık olmaktan öteye götürmeyebilir. Öyle ki karmaşıklık ve karışıklık aynı şey değildir.

Örneğin hukuk sisteminin karışık olduğuna çok az kişi itiraz edebilir - Amerika Birleşik Devletleri’nde baro sınavına girme ayrıcalığına sahip olmak için üç yıl hukuk okumak gerekir!¹⁵ Ve hukuk bu açıdan birçok sosyal dünyadan sadece biridir. Ancak ‘göz önünde bulundurmanız gereken çok daha temel soru, sosyal dünyaların ne kadar karmaşık, ne kadar karışık olduğudur.’¹⁶ Bu ayrım, karmaşık uyarlanabilir sistemler teorisinin özünü oluşturmaktadır.

Karmaşık bir dünyada, sistemi oluşturan çeşitli öğeler birbirinden bir dereceye kadar bağımsızlığını korur. Bu nedenle, bir öğenin çıkarılması (ki bu durum karışıklık seviyesini azaltır), kaldırılan parçadan doğrudan kaynaklananlar dışında sistemin davranışını temelden değiştirmez. Öğeler arasındaki bağımlılıklar önemli hale geldiğinde ise karmaşıklık ortaya çıkar. Böyle bir sistemde, bir öğenin kaldırılması, sistem davranışını, kaldırılan belirli öğe tarafından somutlaştırılanın çok ötesine geçen bir dereceye kadar yok eder.¹⁷

Karmaşık uyarlanabilir sistemler teorisi, bu araçlar arası bağımlılıkları ve araçların ürettikleri sistem çapında etkileri inceler. Uyarlanabilir bir sistemi karmaşık bir uyarlanabilir sisteme taşımak için ne gerektiğini belirlemek ve karmaşıklık derecesini ölçmek için evrensel olarak üzerinde anlaşmaya varılmış bir metrik bulunmamakla birlikte,¹⁸ teorik model, karmaşıkların merkezinde yer alan bir ‘öge ve sistem özellikleri’ koleksiyonuna dayanmaktadır. Ekosistemler, bu özelliklerin açıklanması için yararlı bir ortam sağlar.

¹⁵ Bir başka fakülte bitirdikten sonra hukuk fakültesi okunmaktadır.

¹⁶ Miller & Page, supra note 10, sayfa 27.

¹⁷ Aynen aktarım, sayfa 9’da. Böylece ‘Pek çok olası açıklayıcı model ve kusurlu veri varken, karmaşık olanı basit olandan ayırt etmek için çalışmaya ihtiyaç vardır.’. Nicholas W. Watkins and Marvyn P. Freeman, Natural Complexity, 320 SCIENCE 323, 333 (2008).

¹⁸ Bakınız Miller & Page, supra note 10, sayfa 188-89.

Önde gelen biyolog Simon Levin, ekosistemleri ‘karmaşık uyarlanabilir sistemlerin prototipik örnekleri’ olarak tanımlamıştır.¹⁹ Karmaşık uyarlanabilir sistem araştırmalarının önde gelen isimlerinden biri olan John Holland bunun nedenini şöyle açıklamıştır:

Ekosistemler sürekli değişim halindedir ve karşılıklılık, asalaklık, biyolojik silahlanma yarışları ve taklitçilik gibi harika bir etkileşimler yelpazesi sergilerler... Madde, enerji ve bilgi, karmaşık döngüler içinde hareket ettirilir... [ve], bütün parçalarının toplamından daha fazlasıdır. Ekosistem içindeki türlerin çoğunun faaliyetlerinin bir kataloğuna sahip olduğumuzda bile, ekosistemdeki bir değişikliğin ortaya çıkardığı etkiyi anlamaktan çok uzagız.²⁰

Öge ve sistem davranışı özelliklerine dair bu geniş küme, birkaç temel alt başlığa ayrılabilir. Tarafların karşılıklı etkileşimlerinden başlayarak bir ekosistem ele alındığında ajanların heterojenliği gerçeği, bu sistemin temelini teşkil eder. Ekolojide biyoçeşitlilik olarak bilinen türlerin bir araya gelmesindeki çeşitlilik, türlerin ne kadar karmaşık bir şekilde etkileşime girdiği konusunda önemli bir itici güçtür.²¹ Yine de farklı birleşimler farklı etkileşim kümelerine yol açsa da, tüm tür etkileşimlerinin altında kimya, biyoloji ve fiziğin deterministik kuralları yatar.²² Tüm karmaşık uyarlanabilir sistemlerde olduğu gibi, karmaşık ekosistem davranışı oldukça basit doğa kurallarından kaynaklanabilir. Etkileşimleri karmaşık yapan şey, kuralların bir ekosistemin çeşitli türleri ve fiziksel nitelikleri arasında harekete geçirildiğinde, farklı araçlar ve nitelikler arasında nasıl doğrusal olmayan ilişkiler ürettiğidir. Örneğin, karmaşık uyarlanabilir sistemlerde doğrusal-olmama üzerine yapılan en eski çalışmalardan bazıları, popülasyonlarda sık sık patlamalar ve çökmeler sergileyen vaşak ve tavşan gibi avcı ve av arasındaki ilişkileri incelemiştir.²³

Tabii ki, vaşak ve tavşan daha büyük ekosistem içinde etkileşime girer, yani sadece birbirinden değil, çok daha geniş bir küme ile etkileşimdedir. Türlerin ve

¹⁹ Simon Levin, *Ecosystems and the Biosphere as Complex Adaptive Systems*, 1 *Ecosystems* 431, 431 (1998) (vurgu kaldırılmış).

²⁰ John Holland, *Hidden Order: How Adaptation Builds Complexity* 3 (1995). Benzer bir açıklama şöyle yapılmakta: “... ekolojik topluluklar, bilim adamları tarafından incelenen en karmaşık varlıklar arasındadır, çünkü bunlar, çok farklı yaşam tarzlarına sahip binlerce türden oluşur ve sayısız şekilde etkileşime girerler. Ekolojik sistemlerin karmaşıklığı ve çeşitliliği arasındaki ilişkiyi anlamak ve bu sistemlerin istikrarı ve kalıcılığı, ekolojide daimi zorluktur.” Robert D. Holt, *Asymmetry and Stability*, 442 *Nature* 252, 252 (2006).

²¹ Bakınız Levin, *supra* note 20, sayfa 433 (burada genetik, tür ve ekosistem çeşitliliğinin önemini tartışılmaktadır).

²² Tanıma bakınız. Bir (tüm) ekosistem(ler), benzer termodinamik ilke ve yerel seçim tarafından yönetilen karmaşık uyarlanabilir sistemlerdir.

²³ Bakınız HOLLAND, *supra* note 21, sayfa 16-18 (etkileşen vaşak ve tavşan popülasyonlarının sayıları ve eğilimleri arasında neden orantılı bir ilişki olmadığını açıklıyor).

fiziksel niteliklerin bir araya gelmesi, enerji ve bilgi akışlarının tüm türleri doğrudan veya dolaylı nedensel ilişkiler içinde diğerlerine bağladığı bir ağ örüntüsü kurar.²⁴ Bu bağların çoğu zayıflamış görünebilir, ancak bağların herhangi biri bile ekosistem özelliklerini düzenlemede önemli bir rol oynayabilir. Örneğin, bir otlak ekosisteminde basitçe ‘otur ve bekle’ örümceklerini ‘aktif avcı’ örümceklerle değiştirmek, bitki örtüsü modellerinde dramatik değişikliklere yol açabilir.²⁵ Örümcekler elbette bitki yemezler, peki örümceğin türü bitki örtüsünü nasıl etkileyebilir? Cevap, bitkileri yiyen ancak aynı zamanda hayatta kalma davranışlarını örümcek avcı taktiklerine göre ayarlaması gereken çekirgeleri içerir. Etkiler zinciri, türler arasındaki bağlantı ağı üzerinden ortaya çıkar: örümceklerin yırtıcı taktiğinin değiştirilmesi çekirge besleme stratejisini değiştirir, bu da bitki örtüsü modelini değiştirir. Bu zincirdeki en önemli hareket, çekirgelerin bitkilerle beslenirken örümceklerden kaçınma stratejilerini test ederken aldıkları geri bildirimdir. Oturup bekleyen örümceklere yanıt olarak işe yarayan şey, aktif avcı örümceklerden kaçınmak için felaket olabilir ve çekirgeler bu duruma hızla uyum sağlar.²⁶ Böylece aracı ağ nedensel bağlantılarının mimarisi, bir ekosistemde olanların merkezinde yer alır. Ağ mimarisini değiştirirseniz büyük olasılıkla ekosistem boyunca harekete uyarlabilir geri bildirim değişikliklerini başlatmış olursunuz. Sistem sadece karmaşık değil, aynı zamanda karmaşık ve uyarlanabilirdir.

Örümcek-çekirge-bitki örtüsü ağı, bir otlak ekosistemindeki bu tür çok sayıda nedensel zincirden yalnızca biridir. Çayır ekosistemi olarak tanımladığımız ve üzerinde çalıştığımız şey, aslında, tarlada faaliyet gösteren ağ nedensel zincirlerinin kümelenmesi ve etkileşiminden peyzaj ölçeğindeki fenomenlerin ortaya çıkmasıdır.²⁷ Bir bölge üzerine birkaç türe ait popülasyon yerleştirin, bu popülasyonların

²⁴ Bakınız Levin, supra note 20, sayfa 433 (‘Bilgi akışları, parçalar arasındaki bağlantıları sağlar ve topluluğu rastgele bir tür koleksiyonundan bütünleşik bir bütüne, biyotik ve abiyotik parçaların birbiriyle ilişkili olduğu bir ekosisteme dönüştürür.’) Dolayısıyla sosyal sistem ağlarının incelenmesi, karmaşık uyarlanabilir sistemler teorisinin kritik bir bileşenidir. Bakınız Miller & Page, supra note 10, sayfa 154-65. Sosyal ağ teorisi on yıllardır gelişmekte olmasına rağmen, büyük ölçüde geliştirilmiş istatistiksel yöntemler ve hesaplama gücü, karmaşık uyarlanabilir sistemler teorisine dayanan son derece karmaşık sosyal ağları modellemeyi mümkün kılmıştır. Bakınız Karen Heyman, Making Connections, 313 Science 604 (2006); D.R. White, Networks and Complexity: Converging Streams of Research, 8(1) Complexity 14 (2003).

²⁵ Bakınız Oswald J. Schmitz, Effects of Predator Hunting Mode on Grassland Ecosystem Function, 319 Science 952 (2008).

²⁶ Bakınız Levin, supra note 20, sayfa 434 (‘Etkileşen türler arasındaki sıkı bağlar, bireysel davranışlar için güvenilir ve hızlı geri bildirimler sağlar.’).

²⁷ Ortaya çıkış, ‘bir sistemin parçaları arasındaki yerel veya bireysel etkileşim kurallarından ortaya çıkan karmaşık küresel kalıplar’ olarak tanımlanmıştır. P. M. Binder, Frustration in Complexity, 320 Science 322, (2008). Ortaya çıkan özellikler, bu tür birçok yerel etkileşim kuralının sistem genelindeki ürünü olduğundan, ortaya çıkan özellikleri yalnızca etkileşim kurallarını tanımlayarak açıklamak mümkün değildir. Bu nedenle ortaya çıkış, ‘bir sistemi kontrol eden tanımlayıcı kısıtlamalar ve anlık kuvvetler tarafından doğrudan tanımlanmayan yapının görünümüne yol açan bir süreçtir.’ James P. Crutchfield,

çevreye ve birbirine uyum sağlamaları için zaman verin ve işte ortaya çıkacak şeye ekosistem denir. Buna ekosistem diyoruz çünkü türler topluluğunun ürettiği bütünsel peyzaj düzeyindeki özellikleri yakalamak için bir kelimeye ihtiyacımız var. Karmaşık uyarlanabilir sistemlerde ortaya çıkma kavramının önemli yönü, indirgemeci yöntemlerle, yani işleyişinin altında yatan ekosistemin parçalarını birer birer inceleyerek anlaşılabilmesidir.²⁸ Eğer sadece örümcekleri, sadece çekirgeleri ya da sadece bitkileri inceleyecek olsaydık, onları hep birlikte etkileşim içinde inceleyen araştırmalarda kurulan bağlantıları muhtemelen kuramazdık. Bu nedenle, bir ekosistemin her bir parçasını incelemek önemli bir iş olsa da, bir noktada ekosistemi anlamamanın tek yolu onu bütün bölge ölçeğinde incelemektir.

Etmeleri incelemekten sistemleri incelemeye geçtiğimizde, karmaşık uyarlanabilir sistemlerin belirli nitelikleri öne çıkar. Örümcek-çekirge-bitki örtüsü araştırmasının gösterdiği gibi, türlerin farklı kombinasyonlardan hangisinde dağıldığı, ekosistemin evrimini yönlendirir ve bu kombinasyonu değiştirmek ekosistemi farklı bir yöne çevirebilir. Örneğin aktif avcı örümcekler bir alana önce ulaşırsa, bunların avlanma taktikleri bölgeyi zamanla ‘otur ve bekle örümceklerinin’ sızmasını zorlaştıran bir örüntüye dönüştürür ve böylece bu örüntüyü kalıcı da kılar. Bu patika bağımlılığı özelliği, ekosistemin geleceğinin geçmişe bağlı olduğu ve geçmişin olaylarının gelecek için olası olayların aralığını sınırladığı anlamına gelir.²⁹ Zamanla bu ağ mimarisi, sistemin evrimsel patikası boyunca inşa edilir ve dışsal koşulların eklendiği bir ortamında ekosisteme istikrar kazandıran kendi kendini organize eden bir yapının temelini oluşturur.³⁰

Öte yandan türlerin çeşitliliği, doğrusal olmayan ilişkiler ve aralarındaki geri bildirim ağ bağlantısı, ekosistemde değişimin sürekli olduğu anlamına gelir. Aktif avcı örümcekler bir dönem tüm bölgeyi ‘kilitlemişçesine’ egemenliği değişmez şekilde hâkim olabilir, ancak ‘otur ve bekle’ örümcekleri şiddetli bir kışa daha iyi dayanabilirlerse, gelecek baharı aktif avcılardan devralabilir ve böylece yeni bir rejimi harekete geçirebilir. Ekosisteme baktığımızda, bunun gibi bir de-

Is Anything Ever New? Considering Emergence, in *Complexity: Metaphors, Models, And* 515, 516 (George A. Cowan et al. eds., 1994). Sosyal ve doğal sistemlerde ‘ortaya çıkışın kapsamlı bir tartışması için’ şuna bakınız: Peter A. Coming, *The Reemergence of “Emergence”: A Venerable Concept in Search of a Theory*, 7(6) *Complexity* 18 (2002).

²⁸ Bakınız Robert G. Bailey, *Ecosystem Geography* 16 (1996) (‘Ekosistemleri yalnızca ayrı bileşenlerini dikkate alarak anlayamayız.’).

²⁹ Bakınız Miller & Page, *supra* note 10, sayfa 216 (‘[Karmaşık bir uyarlanabilir sistemdeki] ajanlar, kendilerini, erken dönemdeki seçimlerin gelecekteki olasılıkları belirlediği patika bağımlı bir dünyada bulurlar.’). Türlerin bir ekosistemde nasıl bir araya geldiğinde patika bağımlılığı belirleyicidir. Bakınız Levin, *supra* note 20, sayfa 433.

³⁰ Bakınız Levin, *supra* note 20, sayfa 433 (‘Bir ekosistemin evrimsel hikâyesi, belirli bir evrim biçimini temsil eder... [içinde] akışlar değiştirilir ve sistem kendi kendine bir örgütlenme süreci yoluyla şekillenir.’).

ğişimin sürekli meydana geldiği görülebilir, ancak aynı anda bölgesel düzeyde hala istikrarlı bir otlak ekosisteminden de bahsedilebilir. Bu kritik ‘kararlı dengesizlik’ durumu, karmaşık uyarlanabilir sistemlerin bir özelliğidir.³¹

Bir ekosistem içindeki değişim sabittir ve bu özellik dinamik davranışın kritik durumu içine dahildir ancak sıklık veya büyüklük bakımından tek tip de değildir. Aksine ekosistemlerdeki çoğu değişiklik, yıllık kurak mevsimler gibi nispeten küçüktür, ancak rekor kuraklık gibi ara sıra ciddi değişiklikler de olur.³² Karmaşık uyarlanabilir sistemlerde değişim olaylarının dağılımı bu nedenle normal çan şeklindeki eğri özellikleri sergilemez. Bunun yerine, çok sayıda küçük değişikliğin nadiren büyük değişikliklerle noktalandığı bir ‘güç yasası olay dağılımı’ hemen hemen her zaman göze çarpar. Dolayısıyla karmaşık uyarlanabilir sistemler, (normal bir dağılıma dayalı olmak yerine) bu tür bir değişim rejimine dayalı uyarlanabilir bir kapasite oluşturur. Örneğin bir ekosistem, yangın rejimleri gibi çevresel değişikliklere dayanmak için bir ‘direnç kapasitesi’ içerir ve çok ciddi olaylardan sonra toparlanabilmek için de ‘esnekliğe dair bir kapasite’ üretir.³³

Karmaşık uyarlanabilir sistemlerin zaman içinde özelliklerini koruma konusundaki olağanüstü kapasitesine rağmen, tüm sistemlerin nihayetinde ihlal edilemeyecek deterministik kurallar üzerine inşa edildiği soğuk ve sert gerçeğe geri dönmeliyiz. Herhangi bir karmaşık uyarlanabilir sistemin direncinin ve esnekliğinin bir sınırı vardır ve yeterince sert veya yeterince ısrarlı bir şekilde zorlanırsa, bir sistem kökten yeni bir ağ mimarisinin kurulduğu bir faz geçişine geçebilir.³⁴ Ayrıca, sistem içindeki tarafların karşılıklı etkileşimi nasıl doğrusal olmayan bağlantılar üzerinden tanımlanabiliyorsa, sistemin faz geçişi keskin bir süreksizlik anlamında ‘devrilme noktası’ olarak ortaya çıkabilir ve yeni rejim patika bağımlı etkiler yoluyla ‘kilitlenebilir’. Dolayısıyla pek çok ekolojist, örneğin iklim değişikliğinin dünyadaki ekosistemlerdeki faz geçişlerinin aracısı olabileceğinden ve daha önemlisi bu geçişlerin geri döndürülemez olabileceğinden korkuyor.³⁵

³¹ Bu nedenle, kendi kendini organize eden kritiklik, ‘özel uzun menzilli zamansal ve uzamsal düzenliliklerin bulunduğu, kendi kendine organize olan denge dışı davranışın genel bir modelidir.’ Peter Coveney & Roger Highfield, *Frontiers of Complexity: The Search for Order in a Chaotic World* 432 (1995).

³² Bakınız Miller & Page, *supra* note 10, sayfa 165-77.

³³ Bakınız C.S. Holling & Lance H. Gunderson, *Resilience and Adaptive Cycles*, in *Panarchy: Understanding Transformation in Human and Natural Ecosystems* 25-62 (Lance H. Gunderson & C.S. Holling eds. 2002).

³⁴ Bakınız Levin, *supra* note 20, sayfa 433 (‘değişen çevresel etkiler altında sistem dinamiklerinde eşik davranış potansiyeli ve niteliksel değişimler’ tartışılmaktadır).

³⁵ Örneğin, permafrost koşullarının yüzyıllardır korunduğu tundra bölgelerinde, donmuş toprak tabakasında tutulan metan gazları bir kez serbest bırakıldığında yükselen sıcaklıkların etkisini düşünün. Bakınız Katey M. Walter et al., *Methane Bubbling from Siberian Thaw Lakes as a Positive Feedback*

B. HUKUKUN KARMAŞIKLIĞI

Karmaşık uyarlanabilir sistemler teorisinin yapı taşlarını tanımlamak için ekosistemleri kullandım çünkü ekosistemlerin karmaşık uyarlanabilir sistemler olduğu önermesi, tamamen tartışmasızdır. Fiziksel ve biyolojik sistemlerden sosyal sistemlere doğru sıçrayış yapmak, insanların sosyal sistemlerin kasıtlı tasarımcıları olduğu açık nedeninden dolayı bazı tartışmaları doğurmuştur. Örümcekler, çekirgeler ve bitkiler, ağlarının veya otlak ekosisteminin bilincinde değildirler ve kesinlikle kasıtlı olarak bunları değiştirmeye çalışmazlar. İnsanlar ise farklı bir hikâyledir. Bir taraftan tabii ki insanlar, sosyal sistemlerin bir parçası olduklarını ve kolektif etkileşimlerinden kayda değer sistem özelliklerinin ortaya çıktığını uzun zamandır farkındadır. Adam Smith'in piyasaların görünmez eli teorisi, ortaya çıkan bu özelliklerin bir teorisidir.³⁶ Sosyal dünyalarda iş başında bu kadar çok görünmez elin olmaması mantıksız görünüyor. Karmaşık uyarlanabilir sistemler teorisi, piyasaların ve diğer sosyal sistemlerin görünmez ellerini görünür kılmayı amaçlar.

Biri, sosyal yaşam boyunca görünmez ellerin varlığını ve onları daha iyi anlamak için karmaşık uyarlanabilir sistemler teorisini kullanmanın değerini kabul edebilir, ancak yine de, hukukun, insanların diğer sosyal sistemler için kuralları yazdığı yer olduğu gerekçesiyle, karmaşık uyarlanabilir sistemler teorisini hukuki sistemlere uygulamaya direnebilir. Fakat bu direnci gösteren biri, iki temel noktayı gözden kaçıracaktır. İlk olarak, diğer sosyal sistemleri düzenlemek için bir kural kaynağı olarak hukuk sistemi, bu sistemlerin nasıl işlediğini hesaba katmalıdır. Karmaşık ve uyarlanabilir bir sosyal sistemi düzenlemek istiyorsa, karmaşık bir uyarlanabilir sosyal sistem gibi düşünülmelidir. İkincisi, hukuk, kurallar ve düzenlemeler bütününde olduğu gibi kişiler ve kurumlar topluluğu olan hukuk sisteminin bir ürünüdür. Bu anlamda hukuk, fiyatların piyasaların ortaya çıkan bir özelliği olması gibi, hukuk sisteminin basitçe ortaya çıkan bir özelliğidir.

Hukuk sisteminin, görünmez ellerin iş başında olmadığı tek sosyal dünya olacağına inanmak; akla meydan okumaktır. Aksine, karmaşık uyarlanabilir sistemlerin tüm bileşenleri ve özellikleri hukuk sisteminde iş başındadır. Aşağıdaki çizelgede gösterildiği gibi, hukuk sistemi, karmaşık uyarlanabilir sistemlerin tüm etmen özelliklerini sergiler.

to Climate Warming, 443 Nature 71 (2006). Bu etki, olumlu bir geri besleme döngüsüne yol açar: Sera gazları salındıkça, tundrayı daha hızlı eritir ve böylece daha fazla sera gazı daha hızlı salınarak ısınmaya katkıda bulunurlar ve bu böyle devam eder. Bakınız Katey M. Walter et al., Methane Bubbling from Northern Lakes: Present and Future Contributions to the Global Methane Budget, 365 Philosophical Transactions of the Royal Society a 1657 (2007). Ekolojistler, tundradaki bu ve diğer dönüşümlerin "tek yönlü bir bilete olabileceğine" inanıyorlar.' John Bohannon, The Big Thaw Reaches Mongolia's Pristine North, 319 Science 567, 568 (2008).

³⁶ Bakınız Beinhocker, Supra Note 8, At 26, 38; Miller & Page, supra note 10, sayfa 106.

Sistem içindeki Öznelerin Özellikleri	Karmaşık Uyarlanabilir Sistemler Teorisinin Prensipleri	Hukuk Sistemleri Örnekleri
heterojenlik	karmaşık uyarlanabilir sistemler, bir dizi farklı özerk özne sınıfından oluşur.	<ul style="list-style-type: none"> - yasama organları, mahkemeler ve kurumlar - avukatlar ve müvekkiller - federal, eyalet ve yerel hukuklar (birlikteliği)
deterministik kurallar	deterministik kurallara uygun olarak birbiriyle etkileşime geçen ve birbirlerine uyum sağlayan taraflar	<ul style="list-style-type: none"> - mahkemeler yasama işlemlerini yorumlar - yasama organları bazen mahkemeleri geçersiz kılar - yüksek mahkemeler daha alt mahkemelerin kararlarını bozabilir veya onaylar - yasama organları, kurumlara ve kişilere yetki verir - kurumlar ve kişiler hukuki mevzuatı uygular - mahkemeler kurum ve kişilerin eylemini inceler - avukatlar yukarıdakilerin tümüne itiraz eder
doğrusal olmayan ilişkiler	taraflara dair etkileşim kuralları, zaman içinde sürekli olarak bir orantı üzerinden ilerleyen davranışlar üretmez	<ul style="list-style-type: none"> - yasama organlarının siyasi liderliği değişir - yeni mevzuatlar oluşturulur veya eski mevzuatlar değiştirilir veya yürürlükten kaldırılır - yeni kurum başkanları atanır ve politikanın yönü böylece değişir - mahkemeler, beklenmedik bir şekilde, ancak nadiren emsal (karar ve kuralları) geçersiz kılar

geri besleme etkisinin ağ/örüntü bağımlılığı	aracılar, parçalar ve sistemin ölçekleri arasında yüksek bir bağlantı veya geri bildirim vardır, bu da bilginin (enerji, para, gıda) içinden aktığı bir düğümler ve kanallar ağı oluşturur	<ul style="list-style-type: none"> - mahkeme temyiz sistemleri - kurumların hiyerarşik yapısı - kurumların duruşma ve raporlar aracılığıyla yasama tarafından denetimi - kurumların yargısal denetimi - adli yasal yorumlara yasal yanıt - çalışanlar kurumlar içinde ve kurumlar arasında hareket eder
--	--	---

Benzer şekilde, aşağıdaki çizelgenin önerdiği gibi, hem ortak hukuk hem de kamu hukuku sistemleri, etmen etkileşimlerinden ortaya çıkan karmaşık uyarlanabilir sistem özellikleri sergiler.

Sisteme dair Özellikler	Uyarlanabilir Karmaşık Sistemler Teorisinin Prensipleri	Hukuk Sistemi Örnekleri
patika bağımlılığı	sistemin sonraki durumu, önceki tüm durumlarda sistemden geçen bilgilere bağlıdır	<ul style="list-style-type: none"> - ESA⁵ⁿ ve günümüzün çevre yasalarının çoğu orijinal olarak 25 yıldan uzun bir süre önce yürürlüğe girdi ve birçoğu orijinal yapılarının çoğunu korumaktadır - yargısal yorumlar sürekli olarak önceki davalar üzerine kurulur³⁷ - kurumlar, değişiklikler yoluyla kuralları sürekli olarak geliştirir ve politikalar aracılığıyla uygular

⁵ⁿ. 1973 The Endangered Species Act/Tehlikede Olan Türler Yasası.

³⁷ Hukuktaki patika bağımlılığının klasik işleyişi için bakınız Oliver Wendell Holmes, Jr., The Path of the Law, 10 HARV. L. REV. 457 (1897). Buna dair modern versiyonlar için bakınız Oona A. Hathaway, Path Dependence in the Law: The Course and Pattern of Change in the Legal System, 86 Iowa L. Rev. 601 (2001); Mark J. Roe, Chaos and Evolution in Law and Economics, 109 Harv. L. Rev. 641 (1996).

kendi kendini organize eden yapı	sistem ölçeği büyüdükçe, sistem, sistem davranışına istikrar kazandıran bir dizi derin yapısal kural etrafında organize olma eğilimindedir	- ortak hukuk, sisteme istikrar kazandıran derin yapı doktrin kurallarını geliştirmiştir
kritik durumlar	derin kararlı yapı özelliklerine rağmen, sistemin dinamik nitelikleri (doğrusal olmayan ilişkiler, ağ geri bildirim), sistemin ‘yüze-yinde’ değişime meyleder, böylece sistem, kaosun yakınında veya ‘kenarında’ bir ‘kararlı dengesizlik’ davranış dizisi altında evrilir	- ortak hukuk da sisteme yeni bilgiler ve yeni koşullar girdikçe sürekli değişir ³⁸ - örneğin Amerikan mülkiyet hukuku, Amerikan ve İngiliz toplum ve arazi alanları arasındaki farklı koşullara yanıt vererek zaman içinde İngiliz mülkiyet hukukundan önemli ölçüde farklılaştı ³⁹
güç yasası olay dağılımı	sistemdeki olayların ‘ölçeğinin’ dağılımı, bir binom normal dağılım sergilemez, bunun yerine birçok ‘küçük’ olay ve çok az ‘büyük’ olay üzerinden asimptotik özellikler alır	- Yüksek Mahkeme çok nadiren emsal kararları bozar - Lexis Nexis veri tabanlarında rapor edilen 4 milyon yargı görüşünün çok küçük bir kısmı (yüzde 0,025), tüm alıntılarının yüzde 80’inden fazlasını oluşturuyor ⁴⁰
uyarlanan direnç ve dayanıklılık kapasitesi	bu içsel davranışların bir sonucu olarak, sistem bir bütün olarak çevresel bozulmalara karşı dirençli olduğunu ve bir bozulmanın ardından kendi kendini organize ederek kritik durumuna geri dönmeye veya ona yaklaşmada direngen olduğunu kanıtlıyor.	- ‘Mülkiyet haklarını’ korumak için ESA’yı elden geçirmeye yönelik kongre çabaları 20 yıldır sefil bir şekilde başarısız oldu - Aslında, 1990’daki Temiz Hava Yasası Değişikliklerinden bu yana çok az sayıda çevre yasasına kongre tarafından ince ayar verilmiştir.

³⁸ Yargıç Scalia’nın ünlü gözleminde ifade ettiği üzere, ortak hukuk uyarınca ‘değişen koşullar veya yeni bilgiler, daha önce izin verileni artık geçerli olmaktan çıkarabilir.’ Lucas v. S.C. Coastal Council, 505 U.S. 1003, 1031 (1992).

³⁹ Bakınız John G. Sprankling, The Antiwilderness Bias in American Property Law, 63 U. Chi. I. Rev. 1996 (Erken dönem ortak hukuk mülkiyet doktrini şekillendiren Britanya’daki koşullardan çok farklı koşullara yanıt verecek şekilde, vahşi alanlara ilişkin Amerikan mülkiyet hukukunun evriminin izini sürmek için bakınız).

⁴⁰ Thomas A. Smith, The Web of Law, 44 San Diego I. Rev. 309, 324-28 (2007).

faz geçişleri	fakat uyarlanabilir karmaşık bir sistem ya büyük bir şok ya da daha az şiddetli düzensizliklerin sürekli baskısı ile kendi kendini organize eden kritik durumundan çok uzağa itilirse, CAS ^{c.n.} , doğrusal olmayan ve potansiyel olarak geri döndürülemez bir hareketle yeni bir dizi davranışa ‘çevrilebilir’	Kongre’nin reform çabalarını püskürtmek için, Bruce Babbitt, 1990’larda İçişleri Bakanı olarak, bir dizi idari reforma girişti ve ESA’nın uygulanma şeklini ve uzun vadeli siyasi statüsünü önemli ölçüde değiştirdi ⁴¹
---------------	---	--

Elbette şunu itiraf etmeliyim ki karmaşık uyarlanabilir sistemler teorisinin hukuk sistemiyle iyi eşleştiğini göstermek hukuk sisteminin karmaşık bir uyarlanabilir sistem olduğunu kanıtlamaz. Ancak karmaşık uyarlanabilir sistemler teorisinin kullanılabilirliğinin test edilmesi gereken test, bu değildir. Bunun yerine, karmaşık uyarlanabilir sistemler modelinin hukuk sistemi için yararlı tasarım dersleri sağladığını göstermek yeterli olmalıdır. Öyle ki hukuku karmaşık bir uyarlanabilir sistem olarak düşünürsek, hukuku bir sistem olarak tasarlamada daha iyi oluruz. Bu soruya bir sonraki bölümde döneceğim.

II. HUKUKİ SİSTEM TASARIMI İÇİN UYGULAMALAR

Karmaşık uyarlanabilir sistemler teorisi, fiziksel, biyolojik ve sosyal dünyaların görünmez ellerini görünür kılarak, onların iç işleyişine ve bir değişimin sistemin geleceği üzerindeki etkilerine dair anlayışımızı büyük ölçüde geliştirme potansiyeline sahiptir. Sosyal sistemlerdeki değişim, genellikle insan kontrolünün ötesindedir; bu durumda bu tür dış değişim olaylarına nasıl tepki verdiğimiz karmaşık uyarlanabilir sistemler teorisi tarafından yönlendirilebilir. Ancak sosyal sistemlerde değişim, genellikle insan müdahalesinin özel amacıdır; bu durumda sistemin değişime nasıl tepki verdiğini bilmek değişim aracının tasarımında önemli bir faktör olmalıdır. Her iki değişim türü için de sorun, doğaları gereği karmaşık uyarlanabilir sistemlerin tamirciliğini belirsizlikle boğuşan bir girişim haline getirmesidir. Hukuk burada bir istisna değildir.

A. KARMAŞIK UYARLANABİLİR SİSTEMLERLE ANALİZ YAPMANIN ZORLUKLARI

Ekosistem örneğine dönersek, örümceklerin ve çekirgelerin hikâyesi, belirli amaçlanan sonuçları üretmek için karmaşık uyarlanabilir sistemlerle uğraşma-

^{c.n.} Karmaşık uyarlanabilir sistem.

⁴¹ Bu reform dizisini ayrıntılı olarak ele aldığım şu kaynaklara bakınız. J.B. Ruhl, *Endangered Species Act Innovations in the Post-Babbittian Era-Are There Any?*, 14 *Duke Envtl. L. & Pol’y* f. 419 (2004), and J.B. Ruhl, *Who Needs Congress? An Agenda for Administrative Reform of the Endangered Species Act*, 6 *N.Y.U. Envtl. U.* 367 (1998).

nın zorlukları hakkında ciltler dolusu söz söylemeye yeter. Ekosistemlerde, türler topluluğundaki örümceğin türünü değiştirmek kadar küçük bir şey, tüm bitki örüntüsü kadar büyük bir şeyi değiştirebilir. Karmaşık uyarlanabilir sistemler genellikle bu hassasiyeti başlangıç koşullarına gösterir, bu sayede başlangıçtaki kurulum koşullarındaki nispeten küçük değişiklikler sistem dinamiklerinde nispeten büyük bir fark yaratabilir.⁴²

Farklı koşullara yanıt olarak değişimin nasıl gerçekleştiği, büyük ölçüde sistemdeki araçlar üzerinden gönderilen geri bildirimlere bağlıdır. Otlak ekosistemindeki örümcekler değiştirildiğinde, çekirge, yeni yiyecek arama stratejilerini test etmek için geri bildirim kullanarak bu duruma yanıt verdi. Elbette, çekirgelerin uyum sağlayabileceği özellikler ve davranışlar açısından sınırlı sayıda seçenekleri vardır ve bu seçeneklerin tüm kombinasyonları bir seçim değeri yüzeyi^{c.n.} oluşturur. Her bir kombinasyonun zaman içinde ne kadar iyi sonuç vereceği bu ortamda gözüktür.⁴³ Ancak bir özelliği veya davranışı değiştirmenin kendisi umut verici görünebilirken başka açılardan bakıldığında bunun olumsuz etkileri olabileceğinden, çekirge, farklı kombinasyonları test ederken, çelişkili kısıtlamalarla karşı karşıyadır.⁴⁴ Örneğin, mükemmel bir şekilde hareketsiz kalmak, otur ve bekle örümceklerinden kaçınmak için iyi bir strateji olabilir, ancak bu, aynı zamanda gıda kaynaklarına erişimi de sınırlar.

Otlak ekosistemimizdeki değişim, çekirgenin uyarlayıcı hareketiyle bitmiyor. Çekirgenin, çelişen kısıtlamaları dengeleyen ve evrimsel ortamda nispeten yüksek bir ‘zirve’ elde eden bir strateji geliştirdiğini varsayalım. O zaman örümcekler ne yapacak? Tabii ki, örümcekler (çekirgelerin yeni stratejisinin değiştirdiği) kendi seçim değeri yüzeyleri ve bir dizi çelişkili kısıtlamayla karşı karşıya kalarak yeni stratejileri test edecekler. Böylece silahlanma yarışına dair farklı türlerin birlikte ortaya çıkan evrimsel seçim değeri yüzeyleri, tıpkı Alice’in Kızıl Kraliçe’nin ülkesindeki gibi bir oyun içindedir; tüm türler, yerlerinde kalabilmek için bu yarışta koşmalıdır.⁴⁵

⁴² Bakınız Levin, supra note 20, at 433 (‘[Ekosistemler için] alternatif kalkınma yolları için çok büyük potansiyel vardır.’).

^{c.n.} Seçim değeri yüzeyi (İng: fitness landscape) kavramı, yüksek boyutlu bir yüzey alanına benzer şekilde, seçim değeri ve uyumluluğun görselleştirmenin bir yoludur. Burada yükseklik boyutu, seçim değerine karşılık gelir.

⁴³ Seçim değeri yüzeyi için kapsamlı ve ikna edici bir açıklaması için, bakınız Stuart Kauffman, *At Home in the Universe*, 26-27, 154-67 (1995).

⁴⁴ Aynı kaynaktan sayfa 170’e bakınız (‘Bir özelliğe ait farklı durumların tüm organizmaların ‘bütünsel genel seçim değeri yüzeyine’ katkısı, diğer birçok özelliğin farklı durumlarına çok karmaşık şekillerde bağlı olabilir.’).

⁴⁵ Böylece Murray Gell-Mann, ‘ekolojik bir topluluk, farklı türlerin alışkanlıkları ve birbirleriyle nasıl başa çıktıklarına dair modelleri her an değiştiren türlerden oluşur’ diye açıklamıştır. Murray Gellmann, *the Quark and Jaguar: Adventures in the Simple and the Complex* 237 (1994).

Farklı seçim değeri yüzeylerinin birlikte evrimi, karmaşık uyarlanabilir sistemlerde değişiklik tasarlama çabalarını belirli amaçlanan sonuçlarla karıştırılmaktadır. Örneğin bir ekosistemle ilgili bir “sorunu” “çözmek” için insanoğlunun tasarladığı, ancak planın çılgınca geri teptiği japonsarmaşığı ve diğer türlerin başlangıçlarını ele alınız.⁴⁶ Aslında sistem davranışının indirgenmezliği, sistemin herhangi bir parçasına dokunduğumuzda ekosistem düzeyindeki özellikleri hesaba katmamızı gerektirir. Dolayısıyla ekosistemlerin parçalarını sistemden izole edebileceğimiz ve ekosistemdeki başka hiçbir şeyi etkilemeden bunları ayarlayabileceğimiz konusunda kendimizi defalarca kandırırız.⁴⁷

Tabii ki, ekosistemlerin karmaşıklığı göz önüne alındığında, sistemi (üzerinden sistemi algıladığımız) parçalarıyla yönetmekten başka pratik bir seçeneğimiz yok. Bu yüzden doğruların yanı başında ara sıra yanlış yapmaya mecburuz. Bir hata yaptığımızı fark ettiğimizde (japonsarmaşığı ile yaptığımızı bildiğimiz gibi), genellikle sistem durumlarının geri döndürülmezliğinin bizi sonuçlarla yaşamaya zorladığını görürüz.⁴⁸ Karmaşık uyarlanabilir sistemler geri alınmaz ve önceki durumlara geri yüklenemez. Öte yandan, çekirgelerin yeni örümcek rejimine verdikleri yanıtta sonunda bulabilecekleri gibi, başarıya ulaştığımızı memnuniyetle gördüğümüzde, karmaşık uyarlanabilir sistemlerin sürekli olarak optimize edilebilir uygunluğuna dikkat etmeliyiz⁴⁹ Farklı türlerin silahlanma yarışı, birlikte gelişen seçim değeri yüzeylerine sürekli uyum sağlamayı gerektirir. Dolayısıyla karmaşık uyarlanabilir bir sistemde taraflar için dinlenme yoktur.

Bu nedenle, doğası gereği, karmaşık uyarlanabilir sistemler, öngörülemeyen gelecek durumları gösterir.⁵⁰ Bir sistem, ilgili bazı zaman aralığı ve ölçek üzerinde kararlı ve tahmin edilebilir olabilir, ancak hiçbir zaman tamamen statik değildir ve bir koşulda dahi küçük değişiklikler, zamanla başka bir koşulda büyük değişikliklere yol açabilir. Örneğin, ekolojistler iklim değişikliğinin ekosistemleri değiştireceğini biliyorlar, ancak şu anda nasıl, ne zaman ve nerede olduğuna dair

⁴⁶ Bakınız Peter M. Vitousek et al., *Biological Invasions as Global Environmental Change*, 84 am. Scientist 468 (1996). İstilacı türler konusunu kapsamlı bir şekilde kapsayan bir dizi makale için bakınız Special Section: Population Biology of Invasive Species, 17 Conservation Biology 24 (2003). İstilacı türler konusunu kapsamlı bir şekilde kapsayan bir dizi makale için bakınız Special Section: Population Biology of Invasive Species, 17 Conservation Biology 24 (2003).

⁴⁷ Dolayısıyla, karmaşık uyarlanabilir sistemler için indirgemeci çalışma yöntemlerini kullanmanın yetersizliği, hatta aptallığı için bakınız Miller & Page, supra note 10, sayfa 41-42.

⁴⁸ Bakınız Kauffman, supra note 45, sayfa 23.

⁴⁹ Rahmetli Per Bak'ın belirttiği gibi, 'tüm dalgalanmalarıyla birlikte kendi kendini organize eden kritik durum, mümkün olan en iyi durum değil, dinamik olarak elde edilebilecek en iyi durumdur.' Per Bak, *How Nature Works* 198 (1996).

⁵⁰ Norman L. Christensen et al., *The Report of the Ecological Society of America Committee on the Scientific Basis for Ecosystem Management*, 6 Ecological Applications 665, 669 (1996) ('Karmaşıklıkla birlikte belirsizlik gelir', bu nedenle 'ekosistem etkileşimlerinin karmaşık doğası tarafından belirlenen tahminlerimizin kesinliğinin her zaman sınırlı olacağını kabul etmeliyiz.').

yalnızca kaba ve geçici tahminlere sahipler.⁵¹ Küresel sıcaklıkların 2 santigrat derece artması durumunda belirli bir ekosistemde değişecek her şeyi doğru bir şekilde tahmin etme şansı zayıftır. Bu süreçte sistemi irdeleme ve böylece tasarlanmış bir sonucu garantileme şansımız daha da düşüktür.⁵²

B. HUKUKUN KARMAŞIK UYARLANABİLİR BİR SİSTEM OLARAK TASARLANMASI

Hukuk, sosyal sistemlerde değişimi teşvik eden bir girişimdir ve burada da, aşağıdaki tabloda gösterildiği gibi, karmaşık uyarlanabilir sistemlerin tasarım konuları hukuk sistemiyle iyi bir şekilde eşleşir.

Tasarım Sorunsalı	Uyarlanabilir Karmaşık Sistemler üzerindeki Etkiler	Hukuk Sistemi Örnekleri
başlangıç koşullarına duyarlılık	Sisteme ait 'geri besleme', 'doğrusal olmama' ve 'ortaya çıkma' özellikleri; başlangıç koşullarındaki küçük bir değişimin sistemde görece çok büyük bir değişimi tetiklemesini sağlayabilir.	- Ya Fatih William kaybetmiş olsaydı? - Ya 1990'larda Bruce Babbitt yerine başka biri İçişleri Bakanı olsaydı ne olurdu?
seçilim değeri yüzeyi üzerinde birbirini daraltan kısıtlar	seçilim değerini artırmak için bir sistem bileşeninde yapılan değişiklikler, diğer sistemlerde kendi seçilim değerlerini artırmak için tasarlanmış bileşenler tarafından sınırlanabilir	- daha sıkı çevre düzenlemelerinin ekonomik maliyeti büyük olabilir ⁵³ - piyasa temelli çözümler, çevre kirliliği kritik seviyeye varmış bölgeleri riske atıyor ⁵⁴

⁵¹ Bakınız Douglas Fox, Back to the No-Analog Future?, 316 Science 823 (2007) ('Mevcut modellerin öngördüğü gibi önümüzdeki 100 yıl içinde iklim değişirse, hayatta kalan türler ... bugün bilinmeyen yeni ekosistemlere yeniden karıştırılacak').

⁵² Bakınız Stefan Rahmstorf et al., Recent Climate Observations Compared to Projections, 316 Science 709 (2007).

⁵³ Çevre yasaları kapsamının gerekli kıldığı üzere, kirliliğin azaltılmasına yönelik yapılan sermaye harcamaları sadece 2005 yılında 5 milyar doların üzerindeydi ve aynı yıl bu kapsamda yapılan işletme maliyetleri ise 20 milyar doları aşmıştı. Bakınız U.S. Census Bureau, Economics and Statistics Admin., U.S. Dep't of Commerce, Pollution Abatement Costs and Expenditures: 2005 (2008), (şu web adresinde bulunabilir: <http://www.census.gov/prod/2008pubs/ma200-05.pdf>.) Bu konu için genel olarak şuna da bakınız Cass R. Sunstein, Paradoxes of the Regulatory State, 57 U. Chi. L. Rev. 407, 409-11 (1990) (Burada Temiz Hava Yasası düzenlemesinin maliyet ve faydalarını açıklamaktadır).

⁵⁴ Kirleticiler ve habitat ticareti hakkında yapılmış ticareti düzenleyici programların 'riskli bölgeler' üreten olumsuz etkilerine dair genel olarak bakınız James Salzman & J.B. Ruhl, Currencies and the Commodification of Environmental Law, 53 STAN. L. REV. 607, 638-40 (2000), ve daha spesifik olarak iklim değişikliğine dair politika için bakınız Michael P. Vandenbergh, Climate Change: The Equity Problem, 26 Va. Evtl. L.J. 55, 60-61 (2008). Yine genel olarak bakınız Noga Morag-Levine, The Problem of Pollution Hotspots: Pollution Markets, Coase, and Common Law, 17 Cornell J. I & Pub. Pol'y 161 (2007).

birlikte evirilen seçim yüzeyleri ve ‘Kızıl Kraliçe’ etkileri	A sisteminin seçim değerindeki iyileştirmeler, diğer sistemlerde birlikte-evrimsel hareketlerin’ ortaya çıkmasını teşvik eder ki bu hareketler, yeni konfigürasyon üzerinden A sisteminin seçim olanaklarını azaltabilir ve böylece A sisteminde daha fazla adaptasyona yol açabilir	- toprak sahipleri yeni ve daha kısıtlayıcı düzenlemelerin geleceğini öngördüklerinde daha büyümek için yarışa giriyorlar, yerel yetkililer de buna ‘izin moratoryumunu’ uygulayarak karşılık veriyor ⁵⁵
sistem davranışının indirgenmezlik özelliği	‘ortaya çıkma özelliği’ bir sistem kapsamı olgusu olduğundan, sistem davranışı, tek bir etmen veya etmenler grubu incelenerek anlaşılabilir ve tasarlanamaz.	- tek bir davayı, hatta tek bir doktrini temsil eden tüm davaları inceleyerek haksız fiillere ilişkin müşterek hukuk anlaşılabilir - Nesli Tükenmekte Olan Türler Yasası’nın (ESA) mülkiyet hakları üzerindeki tüm etkilerini açıklayan bir analiz yapmak mümkün değildir
sistem durumlarının geri döndürülemezliği	mevcut sistem durumu, tüm geçmiş durumlarda sistemden o ana kadar akan tüm bilgilerin bir ürünü olduğundan, sistem dinamikleri geçmiş durumlara geri döndürülemez, ancak yalnızca geçmişin farklı yol açmış olabileceği yere yaklaşan yeni yönler yönlendirilebilirler	- bir düzenleyici yasanın yürürlükten kaldırılması veya bir emsalin geçersiz kılınması, dünyayı, yasanın veya önceki kararın ilan edildiği zamandan hemen önceki duruma geri döndüremez
geçici optimize edilen seçimler	birlikte evirilen seçim yüzeyi etkileri nedeniyle, üstün seçim, kalıcı olarak bir tarafta ilelebet ‘kilitlenemez’ ve bunu yapma girişimleri ters etki yapabilir	- bugünkü gücüyle ESA’nın, iklim değişikliği karşısında nesli tükenmekte olan tüm türleri koruma şansı yoktur - ESA’yı ‘güçlü’ hale getirmek, mülkiyet hakları sorunları alevlenirse zaman içinde pratik bir mesele olarak onu daha az etkili hale dahi getirebilir

⁵⁵ Bakınız Tahoe-Sierra Preservation Council, Inc. v. Tahoe Regional Planning Agency, 535 U.S. 301 (2002).

geleceğe dair tahmin edilemez durumlar	tüm karmaşık uyarlanabilir sistem özellikleri dikkate alındığında, bir sistemin gelecekteki durumları ve ‘büyük’ olaylar, ilgili zaman dilimlerinde tahmin edilemez	<ul style="list-style-type: none"> - Katrina Kasırgası, şiddetli bir kasırganın sonunda New Orleans yakınlarını vuracağını bilsek de, müdahale için yeterli planlama ve politika yapısının olmadığını ortaya çıkardı - İklim değişikliği beklediği gibi gerçekleşirse, sadece çevre hukuku değil, aynı zamanda sigorta hukuku, sözleşmeler, finansman ve iklim değişikliğinden etkilenen diğer alanlar da dâhil olmak üzere 25 yıl içinde hukuk nasıl bir görünüm alacak?
--	---	---

Peki, bu analizlerden hangi dersler çıkarılabilir? Pek çok ders çıkarmak mümkündür ancak hukuk sistemlerini ve yasaları tasarlamak açısından bana göre en belirgin üç sonuç vardır. İlk olarak, hukuk ve hukuk sistemi için normatif hedeflerimizin, yönetmeyi umduğumuz sosyal sistemdeki ‘iyiyi’ ‘kötüden’ ayırma yeteneğine sahip olduğumuz inancına dayandırıldığını aklımızda tutmalıyız. Mamafih bu varsayım, gerçekte imkânsızdır. Karmaşık uyarlanabilir sistemler normatif olarak iyi veya kötü değildir - bu öznel yargıları onlara biz yükleriz - ve öngörülemeyen bir şekilde kalanları etkilemeden bir sistemden ‘kötü’ parçaları çıkarmanın da bir yolu yoktur.

Bu durum göz önüne alındığında, çıkarılabilecek ikinci ders, geri bildirim ve birbiriyle çelişen kısıtlamaların istenmeyen sonuçlar⁵⁶ doğurduğu ve bu noktada bir amaç için diğerinden feragat anlamıyla tercihin⁵⁷, tam da bunu yapma girişimlerimizin kaçınılmaz bir ürünü olduğudur. Öyle ki burada amaç, yasal girişimleri bir sosyal sistemin parçalarına odaklamaktır. Hedeflenen parçanın neden olduğu sorunu genellikle çözüyoruz. Ancak bu parça, bazılarını ‘iyi’ olarak nitelendirdi-

⁵⁶ İstenmeyen sonuçlar hukukta o kadar yaygındır ki, hukukta istenmeyen sonuçların bir ‘yasası’ olduğu dahi öne sürülmüştür. Bakınız See A. A. Sommer, Jr., Preempting Unintended Consequences, 60 Law & Contemp. Probs. 231, 231 (1997). Buna dair klasik bir örnek, Nesli Tükenmekte Olan Türler Yasası’nın nesli tükenmekte olan türleri korumak için uyguladığı arazi kullanımına ilişkin kısıtlamaların, arazi sahiplerinin yasanın koruması altına girebilecek türlerin mülklerinde yaşamasını engellemeye çalışması nedeniyle habitat tahribatına yol açtığının kanıtıdır. Bakınız Dean Lueck & Jeffrey A. Michael, Preemptive Habitat Destruction Under the Endangered Species Act, 46 J.L. & Econ. 27 (2003).

⁵⁷ Bu anlamıyla takasla hukukta ve politikada da yaygındır. Bakınız John D. Graham & Jonathan Baert Wiener, Confronting Risk Tradeoffs, in Risk Versus Risk: Tradeoffs in Protecting Health and the Environment 1-42 (John D. Graham & Jonathan Baert Wiener eds., 1995).

ğimiz diğer parçalara bağlı olduğu için, ağ aracılığıyla ‘kötü’ kısmı düzenleyen geri bildirim ortadan kaldırmak mümkün değildir. Bu, bizi üçüncü ve en önemli derse götürür: Hukuk karmaşık uyarlanabilir sistemler modeli etrafında tasarlanmalıdır oysa genellikle bu yapılmaz. Örneğin, çevre düzenlemelerinin çoğu, bir kararın tüm sonuçlarını tahmin edip değerlendirebileceğimiz ve olumlu etkileri kolaylaştıracak ve olumsuz etkileri azaltacak önlemler alabileceğimiz inancı üzerinden ‘başlangıç-son’ tipi⁵⁸ karar vermeye dayanmaktadır.⁵⁸ Miller ve Page’in aşağıda ifade ettiği gibi, sosyal bilimler genel olarak bu tür basitleştirilmiş modellere dayandığından hukuk bu açıdan kesinlikle yalnız değildir.

Geleneksel araçları kullanan sosyal bilimciler, çoğu zaman kendilerini tuhaf modellerle sınırlandırır. Öyle ki bu kısıtlı modeller, zaman ve mekânın çok az önemli olduğu bir dünyada (her biri ya aşırı derecede beceriksiz ya da dikkat çekici derecede ileri görüşlü olan) ya çok az ya da sonsuz sayıda öznenen oluşan oldukça statik ve homojen durumlara odaklanır. Elbette bilimde bu kadar basitlik, sadeleştirmeler doğru olduğu sürece bir erdemdir. Fakat bilmek istediğimiz dünya bu uçların arasında bir yerde duruyor gibi görünüyor.⁵⁹

Benzer şekilde, idari devlet genelindeki düzenleyici yapılar, basitleştirilmiş (oldukça sığ, lineer ve statik) ‘başlangıç-son’ modelleri üzerine kuruludur.⁶⁰ Bu modellerin önemli maliyeti, zaman ve mekân içinde bir değişime karşı her seferinde modelde ‘başlangıç-son’ türü izleme yapmak ve modeli her yeni değişime adapte etmek için bir yığın prosedür ve standart uygulamak zorunda kalmaktır. Bu tespite sadece hukukun içinde işlediği toplumsal dünyalardaki değişimi değil, aynı zamanda hukukun kendisinin neden olduğu değişimi de dâhil ediyorum. Karmaşık bir uyarlanabilir sistem olarak hukuk, düzenlemeyi amaçladığı sosyal sistemlerle birlikte evrilir ve böylece kendi üzerinde de değişikliklere neden olur. Düzenlemenin karar öncesi aşamalarında tüm değişiklik değerlendirmelerini yükleyerek bu olasılığı göz ardı etmek, istenmeyen sonuçlara davetiye çıkarır. Karmaşık uyarlanabilir sistemler teorisi, bu sonuçların önceden mükemmel tahmin edilememesine rağmen bunların beklenmedik olmaması gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu nedenle, her şeyden önce, hukukun karmaşıklığı teorisi, karmaşık uyarlanabilir bir sistem gibi düşünebilmek amacıyla hukuku tasarlamamızı önerir.

⁵⁸. Burada ‘başlangıç-son’ sıfatı, bir değişkenden diğer değişkene olan nedensellik kanalının pürüzsüz ve mükemmel bir deterministik yordamla basitçe linear açıklanmasına işaret eder.

⁵⁸ Başlangıç-son’ düzenleyici modellerin kapsamlı bir incelemesi ve eleştirisi için, bakınız Sidney A. Shapiro & Glicksman, Regulation at a Sidney A. Shapiro & Robert L. Glicksman, The Missing Perspective, 20(2) Envtl. F. 42 (2003).

⁵⁹ Miller & Page, supra note 10, at 5.

⁶⁰ Bu tür ‘uyarlanabilir yönetime’ dair düzenleyici modellere genel bir değerlendirme için, bakınız J.B. Ruhl, Regulation by Adaptive Management-Is It Possible?, 7 Minn. J.L. SC. & Tech. 21 (2005).

SONUÇ

Hukukun karmaşıklığına dair bir teorinin amacı, kesinlikle hukukun görünmez ellerini görünür kılarak hukuk sisteminin içindeki kurumların karmaşıklığını ortadan kaldırmak değildir. Karmaşıklığı ortadan kaldırmadan onunla birlikte bu görünmez elleri daha görünür kılmak için hangi soruları sormalıyız fikri anlamlı bir başlangıçtır. Simon Levin'in ekolojiyle⁶¹ ilgili sorular listesinden ipucu alarak, hukuk profesyonellerinin hukuk sistemlerini sadece karışık değil, aynı zamanda karmaşık yapan şeyleri sıralarken aşağıdaki araştırma hatlarına odaklanmalarını öneririm:

- Hukuk sistemlerinin dağılımı ve organizasyonunda hangi dağılım ve örüntüler mevcuttur?
- Bu örüntüler benzersiz bir şekilde yerel koşullar tarafından mı belirleniyor yoksa tarihsel ve mekânsal olarak bir ortak kalıba mı yaklaşıyor?
- Hukuk sistemleri toplumsal bir zamansallık içinde nasıl bir araya gelir?
- Evrim hukuki sistem özelliklerini nasıl şekillendirir?
- Hukuk sisteminin yapısı ile işleyişi arasındaki nasıl ilişki vardır?
- Hukuk sistemlerinin evrimi direngenliği artırır mı yoksa kritik durumlara mı yol açar? Yani evrim sistemi kaosu kenarına mı götürür?

Yukarıda özetlenen karmaşık bir uyarlanabilir sistem olarak genel hukuk modeli, karmaşık uyarlanabilir sistemler teorisini hukuk sistemiyle örgüleyerek bu soruları yanıtlamaya başlamak için örnekler ve anekdotlardan yararlanır. Ancak, geniş bir sosyal bağlamlar külliyatı içinde hukuki tasarımla ilgili pratik kararlara rehberlik edecek sağlam, dayanıklı bir teorik çerçeve oluşturmak için çok daha fazla çalışmaya ihtiyaç vardır. Buna dair teorik çalışmanın bir hamlesi, teorinin çözümünü artırmak için uygulamalı hukuki alanlara daha derinlerine inmek olacaktır. Bu bağlamda, diğerleri gibi⁶² çevre ve idare hukukuna⁶³ da özellikle dikkat çektim ve diğer alanlardan akademisyenler; karmaşık uyarlanabilir sistemler teorisini idare hukuku⁶⁴, arabuluculuk ve alternatif uyuşmazlık çözümü⁶⁵, iflas⁶⁶,

⁶¹ Bakınız Levin, supra note 20, sayfa 435.

⁶² Bakınız Donald T. Hornstein, Complexity Theory, Adaptation, and Administrative Law, 54 Duke L.J. 913 (2005).

⁶³ Bakınız Gerald Andrews Emison, The Potential for Unconventional Progress: Complex Adaptive Systems and Environmental Quality Policy, 7 Duke Envtl. I. & Pol'y F. 167 (1996).

⁶⁴ Bakınız Donald T. Hornstein, Complexity Theory, Adaptation, and Administrative Law, 54 Duke L.J. 913 (2005).

⁶⁵ Bakınız Robert A. Creo, Mediation 2004: The Art and the Artist, 108 Penn. St. L. Rev. 1017 (2004); Arthur B. Pearlstein, The Justice Bazaar.- Dispute Resolution through Emergent Private Ordering as a Superior Alternative to Authoritarian Court Bureaucracy, 22 Ohio St. J. on Disp. Resol. 739 (2007).

⁶⁶ Bakınız Trujillo, supra note 11; Bernard Trujillo, Self-Organizing Legal Systems: Precedent and Variation in Bankruptcy, 2004 UTAH L. REV. 483 (2004).

sağlık hukuku⁶⁷, uluslararası hukuk⁶⁸, arazi kullanımı yönetmeliği⁶⁹, fikri mülkiyet⁷⁰, internet düzenlemesi⁷¹, ve telekomünikasyon⁷² dâhil olmak üzere çok çeşitli bağlamlara uygulamaya başladılar. Araştırmanın diğer gerekli adımı, özellikle hukuk sistemleri ağlarına⁷³ ve hukuk sistemindeki⁷⁴ güç yasası dağılımlarına^{5.n} odaklanmak suretiyle ampirik olacaktır.

Hukuk sistemlerinin öngörülemeyen niteliklerini bu tür araştırmalarla ortaya koymak, hukuk için bir zayıflık imgesine değil, aksine hukukun aktif katılımımızı gerektiren zengin ve dinamik bir sistem olarak anlaşılmasına yol açmalıdır. Hukuku karmaşık bir uyarlanabilir sistem olarak düşünmek, hukukun ‘seçilim değeri yüzeyinin’ ayrılmaz parçaları olarak yasaların ve hukukçuların önemini ortaya koyar. Ancak bu, aynı şekilde alçakgönüllülüğün önemini de kesinlikle

⁶⁷ Bakınız Debra Gerardi, *The Culture of Health Care: How Professional and Organizational Cultures Impact Conflict Management*, 21 GA. ST. U. L. REV. 857 (2005).

⁶⁸ Bakınız Mark D. Belcher & James W. Newton, *International Legal Development: A Complex Problem Deserving of a “Complex” Solution and Implications for the Cafta Region*, 12 Sw. J. L. & Trade Am. 189 (2006).

⁶⁹ Bakınız John Mixon & Kathleen McGlynn, *A New Zoning and Planning Metaphor: Chaos and Complexity Theory*, 42 Hous. L. REV. 1221 (2006); John R. Nolon, *Champions of Change: Reinventing Democracy Through Land Law Reform*, 30 Harv. Envtl. I. Rev. 1 (2006).

⁷⁰ Bakınız Andrea M. Matwyshyn, *Organizational Code: A Complexity Theory Perspective on Technology and Intellectual Property Regulation*, 11 J. Tech. L. & Pol’y XIII (2006); Deborah Tussey, *Music at the Edge of Chaos: A Complex Systems Perspective on File Sharing*, 37 Loy. U. Chi. L.J. 147 (2005).

⁷¹ Bakınız Susan Crawford, *Shortness of Vision: Regulatory Ambition in the Digital Age*, 74 Fordham L. REV. 695, (2005).

⁷² Bakınız Barbara A. Cherry, *The Telecommunications Economy and Regulation as Coevolving Complex Adaptive Systems: Implications for Federalism*, 59 Fed. Comm. L.J. 369 (2007).

⁷³ Bakınız Theodore Y. Blumoff, *On the Nature of the Action-Omission Network*, 24 Ga. St. U. L. Rev. 1001 (2008); Barbara A. Cherry, *Maintaining Critical Rules to Enable Sustainable Communications Infrastructures*, 24 Ga. St. U. L. Rev. 945 (2008); Gregory Todd Jones, Douglas H. Yam, Reidar Hagtvedt, & Travis Lloyd, *Homogeneity of Degree in Complex Social Networks as a Collective Good*, 24 Ga. St. U. L. Rev. 929 (2008); Daniel M. Katz, Derek K. Stafford, & Eric Provins, *Social Architecture, Judicial Peer Effects and the “Evolution” of the Law: Toward a Positive Theory of Judicial Social Structure*, 24 Ga. St. U. L. Rev. 975 (2008); Bernard Trujillo, *Randomness and Complexity in Social Explanation: Evidence from Finance and Bankruptcy Law*, 24 Ga. St. U. L. Rev. 911 (2008).

⁷⁴ Bakınız Thomas Bak, *Power Law Distributions and the Federal Judiciary*, 46 Jurimetrics 139 (2006) (bölge başına düşen dava sayısı, güç yasası dağılımına uyar); Daniel A. Farber, *When the Court Has a Party, How Many ‘Friends’ Show Up? A Note on the Statistical Distributions of Amicus Brief Filings*, 24 Const. Comment. 19 (2007) (Davada yer almayan taraflarca sağlanan hukuki belgelerin sayısı, güç yasası dağılımını takip etmez); Daniel A. Farber, *Earthquakes and Tremors in Statutory Interpretation: An Empirical Study of the Dynamics of Interpretation* 89 Minn. L. Rev. 848 (2005); David G. Post and Michael B. Eisen, *How Long is the Coastline of the Law? Thoughts on the Fractal Nature of Legal Systems*, 29 J. Legal Stud. 545 (2000); Smith, *supra* note 42.

^{5.n}. Doğal sistemlerin çoğunda ortaya çıkan ‘güç yasası dağılımları’ kavramı, bir sistemin doğal sapmalar üzerinden sürekli olarak düzensiz bir duruma itildiğinde sistemin kendi kendini tekrar ve tekrar organize etme yeteneğine işaret eder.

vurgular. Hukuk sistemini, en azından uzun dönem için, hiçbir zaman ‘tam doğru’ olarak elde edemeyiz, ancak sistemin özelliklerine ve istikrarlı dengesizliği içinde yaşamak için sürekli çalışma yapma gereksinimine dikkat edersek, onu süresiz olarak dinç tutmayı umabiliriz.