



İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ

ISSN: 2146-1082 e-ISSN: 2667-5714

Ocak-Haziran 2023 Cilt:14 Sayı:1 January-June 2023 Vol:14 No:1



Hukuk Fakültesi Dergisi

Inonu University Law Review

6 ŞUBAT DEPREMİNDE KAYBETTİKLERİMİZİN ANISINA



ISSN: 2146-1082

e-ISSN: 2667-5714

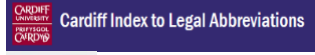


İnönü Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
İnÜHFD

Inonu University Law Review
InULR

Cilt: 14 – Sayı: 1
Ocak – Haziran 2023

Vol: 14 – No: 1
January – June 2023



2010 Yılından itibaren **TÜBİTAK - ULAKBİM** tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 Yılından itibaren **HEINONLINE** tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 yılından itibaren **EBSCOhost** tarafından taranan dergiler arasındadır.

2018 yılından geçerli olmak üzere **INDEX COPERNICUS** tarafından taranan dergiler arasındadır.

2017 yılından geçerli olmak üzere **INDEX TO FOREIGN LEGAL PERIODICALS** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2019 yılından geçerli olmak üzere **DOAJ** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından itibaren **Cardiff Index to Legal Abbreviations** tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 yılından geçerli olmak üzere **ERIHPLUS** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere **WorldCat** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere ile **Scilit** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere ile **Google Scholar** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere **EuroPub** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından itibaren **Directory of Research Journals Indexing** tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 yılından geçerli olmak üzere **Crossref** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere **Sobiad** tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İnÜHFD)

Tüm hakları saklıdır. İnÜHFD hakemli uluslararası bir dergidir. İnÜHFD'nin tamamı veya bu dergide yer alan bilimsel çalışmaların bir kısmı ya da tamamı 5846 sayılı yasanın hükümlerine göre İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığının yazılı izni olmaksızın elektronik, mekanik, fotokopi ve benzeri herhangi bir kayıt sistemiyle kopyalanamaz, çoğaltılamaz, yayımlanamaz. Dergide ileri sürülen görüşler yazarlara aittir, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni, Yayın Kurulu'nu veya Danışma Kurulu'nu bağlamaz.

Inonu University Law Review (InULR)

All rights reserved. InULR is a refereed international journal. No parts of the Inonu University Law Review reproduced, stored in a retrieval system or transmitted in any form or by any means electronic, mechanical, photocopying, recording and otherwise without the prior written permission of the Inonu University Faculty of Law. The views expressed in the Review are those of the individual authors and are not be taken as representing the views of the Inonu University Faculty of Law, the Boards of Editors and the Boards of Advisors

Basım/Yayın Yeri: İnönü Üniversitesi

İLETİŞİM ADRESİ:

İnönü Üniversitesi, Elazığ Yolu 15. km, 44280-Malatya-Türkiye

Tel: +90 422 377 46 80

Fax : +90 422 377 46 81

www.inonu.edu.tr/hukukdergi - <http://dergipark.gov.tr/inuhfd>

e-posta : hukukdergi@inonu.edu.tr

Sahibi - Owner

Prof. Dr. Ahmet KIZILAY

Baş Editör – Editor-in-Chief

Prof. Dr. Tamer BUDAK

Alanya Alaaddin Keykubat Üniversitesi

Editörler-Editors

Dr. Öğr. Üyesi Adem YELMEN

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Aslıhan KAYIK AYDINALP

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Kürşat AKÇA

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Murat Buğra TAHTALI

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Aynaz UĞUR

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Ünal KÜÇÜK

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Seda BAŞ

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Azer Ebru MUTLU

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Abdulkali GİYİK

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yabancı Dil Editörleri – Foreign Language Editors

Dr. Öğr. Üyesi Esra YILDIZ ÜSTÜN

Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Fatih ÖZTÜRK

İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Dr. Öğr. Üyesi Nurten İNCE AKMAN

Marmara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Sibel AKŞAHİN POLAT

Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Editör Yardımcılar- Co-Editors

Dr. Öğr. Üyesi Burcu ERDİNÇ TAVİL

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Grv. Ali Fuat GEYİK

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Grv. Rümeyza SAVRAN

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Grv. Yunus YAVUZ

İnönü Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi

Mizanpaj Editör - Layout-Editors

Arş. Grv. Selin HIŞİM

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Grv. Şeyma SAĞDIÇ GÜVEN

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Uzman Erol ŞAHİNGİL

İnönü Üniversitesi

Genel Yayın Kurulu - General Editors

Prof. Dr. Michael N. Schmitt

School of Law, University of Exeter, United Kingdom

Prof. Dr. Alan C. Neal

School of Law, University of Warwick, United Kingdom

Prof. Dr. Neil Boister

School of Law University of Canterbury, New Zealand

Prof. Dr. Thom Brooks

School of Law, Durham University, United Kingdom

Prof. Dr. Kathleen Elizabeth Mahoney

Faculty of Law, University of Calgary, Canada

Prof. Dr. Hakan Karan

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Jeffrey A. Van Detta

Atlanta's John Marshall Law School, USA

Prof. Dr. Jason Chuah

School of Law, City University London, United Kingdom

Prof. Dr. Jean Allain

School of Law, Queen's University, Belfast, United Kingdom.

Prof. Dr. Haluk Emiroğlu

Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Zheng Sophia Tang

School of Law, Newcastle University, United Kingdom.

Prof. Dr. Maurizio Borghi

School of Law, Bournemouth University, United Kingdom.

Prof. Dr. Tomoya Obokata

School of Law, Keele University, United Kingdom.

Prof. Dr. Petra Butler

Faculty of Law, Victoria University of Wellington, New Zealand

Prof. Dr. Kemal Şenocak

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Aydın Gülan

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Tamer Budak

Alanya Alaaddin Keykubat Üniversitesi

Prof. Dr. Hayri Keser

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Arslan KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bilge ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erol ULUSOY	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
Prof. Dr. Fatih UŞAN	Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fırat ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İsmail KIRCA	TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. K. Emre GÖKYAYLA	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet DEMİR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mertol CAN	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa FADIL YILDIRIM	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Müslüm AKINCI	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Oguz Kürşat ÜNAL	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Şahin AKINCI	İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Talat CANPOLAT	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Vahit DOĞAN	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Vedat BUZ	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yener ÜNVER	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Oğuz S. AYDOS	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İpek SAĞLAM	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Murat TOPUZ	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Serkan AYAN	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Metin Ceylan	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Adem YELMEN	Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi İbrahim DURHAN	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Murat Buğra TAHTALI	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Elif ÇELİK	Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Ashıhan KAYIK AYDINALP	İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Serdar DEMİRCİ	Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Kürşat AKÇA	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Burcu ERDİNÇ TAVİL	Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ - İNÜHFD YAYIM İLKELERİ

1. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Dergide yayımlanan makaleler, Dekanlığın izni olmadan başka bir yerde yayımlanamaz.
2. Dergiye gönderilen yazıların, ilgili sayının yayımlanacağı ayın (Haziran- Aralık) ilk gününden en geç bir ay öncesine kadar aşağıda gösterilen iletişim adresine teslim edilmesi gerekir. Bu tarihten sonra gönderilen yazılar bir sonraki sayı için değerlendirilecektir.
3. Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayım ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
4. Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olan yazılar hakeme gönderilir, hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesince düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilir ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilir.
5. Yayın Kurulu, ilgili sayıda yayımlanacak makale yoğunluğunu dikkate alarak, hakem incelemesinden olumlu rapor almış, kırk sayfadan uzun makaleleri derginin daha sonraki sayılarında yayımlama hakkını saklı tutar.
6. Yazıların Türkçe ve İngilizce özetinin yanı sıra, başlık ve anahtar kelimeleri de yine Türkçe ve İngilizce olarak gönderilmelidir.
7. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini bildirmelidirler.
8. Yazılar bilgisayarda times (times new roman), ana metin 12 punto, dipnotu 10 punto, kaynakça 10 punto, yazı aralığı 1.5 aralık şeklinde hazırlanıp, DergiPark sistemi üzerinde yer alan (<http://dergipark.gov.tr/journal/1237/submission/start>) adresine gerekli formlar ile birlikte göndermeleri gereklidir. Ayrıca, dipnotların sayfa altında gösterilmesi derginin bütünlüğü açısından uygun olacaktır.
9. Yazının başlığı, siyah ve tümü büyük harf karakterinde olmalıdır. Başlığın hemen altında sayfa sağına yanaştırılmış olarak yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta ise, yazarın üniversitesi veya bağlı olduğu kurum ile unvanı belirtilmelidir.
Örn.: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
10. Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.
11. Metin içerisinde kullanılan yabancı kelimeler italik olarak belirtilmelidir.
12. Yargıtay kararlarına yapılacak atıflar, aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:
Yarg. 11. HD, 17.10.2010, E. 2001, K. 9990.
13. Dipnotlarda, yazarın soyadı italik ve küçük harfle, ilk adı sadece baş harfi ile gösterilmeli; eser adı düz harfle yazılmalı; aynı yazara ait birden fazla esere yollamada bulunulması halinde kullanılan kısaltmalar kaynakçada gösterilmelidir. Eserlere yapılan ilk atıflar, yazarın soyadı, adının ilk harfi.: kitabın adı, yayın yeri ve tarihi, sayfa sayısı şeklinde yazılmalı; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın soyadı, gerekliyse kitabın kısaltılmış adı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Yabancı yayımlara yapılan atıflarda da aynı usul izlenmeli ve kullanılan kısaltmalar, kısaltmalar cetvelinde gösterilmelidir.
14. Yazar tarafından eklendiği takdirde kaynakça, eserlere yapılan ilk atıflara uygun olarak düzenlenmeli, ancak yazarın ad ve soyadı kalın ve küçük harfle belirtilmeli; süreli yayınlarda yer alan eserlerin ise ilk sayfa numaraları kaynakçada gösterilmelidir. Bir yazarın birden çok eserine atıf yapılması halinde, eserlerin anılışları kaynakçada gösterilmelidir.
15. Telif ücreti ödenmeyeceğini yazar kabul etmiştir.

PUBLICATION RULES OF INONU UNIVERSITY LAW REVIEW - InULR

1. Submissions should be accompanied by an assurance that the article has not been published, submitted, or accepted elsewhere previously. Articles cannot be published elsewhere without the permission of the Dean's Office.
2. All articles should be submitted 20 days prior to the first day of the month which the new issue is publishes (December - June). The articles sent after declared time will be considered for the next issue.
3. After the article is received, the editorial board will decide whether or not to send it back to the author to make necessary changes in accordance with the Journal's publication rules before the review procedure.
4. Submissions which are considered appropriate by the editorial board will be sent out for review. On the basis of the review reports, the author may be invited to revise and resubmit the article on the basis of the comments made by reviewers.
5. The articles, which pass review procedure and are more than 40 pages, may be publish in the next issue by the Editorial Board due to the workload.
6. Each article should include a summary, title and key words which are written in Turkish and English.
7. Each author must provide their educational profile such as their degrees, related intuition, contact information and e-mail address.
8. Citations should conform to APA style or Oxford Referencing Style (parenthesis or footnote).
9. The article should be written with 1.5 spaced and font type Times New Roman, font size 12 for main text, font size 10 for footnotes. The articles may also be sent to the editorial board via (<http://dergipark.gov.tr/journal/1237/submission/start>). The footnotes in the article should be given at the bottom of the page.
10. The title of the article should be capitalized and hyperlinked. Name of the author must be shown at the right bottom of the title with a footnote, which should state the university or the intuition of the author.

Example: Inonu University, School of Law

11. All the abbreviations in the text should be spelt out on first use with the abbreviation given immediately following in parentheses or the abbreviations should be shown on abbreviation list. The abbreviations which are used in footnotes must be shown only on abbreviation list.
12. All foreign words in the text must be written in italic font.
13. Turkish Supreme Court cases must be cited as follow:

Yarg. 11. HD, 17.10.2010, E. 2001, K. 9990.
14. Each author accepted that no royalty will be paid.

ÖNSÖZ

Saygıdeğer Okuyucular,

Büyük bir üzüntüyle yaşadığımız Kahramanmaraş merkezli depremde hayatını kaybedenlerin anısına armağan edilen İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisinin 14(1) sayısını sunuyoruz. Bu sayı olağanüstü koşullar altında ve zorluklar içerisinde hazırlandı. Türkiye'yi derinden etkileyen ve merkez üssü Kahramanmaraş olan 6 Şubat depremleri yaşadığımız Malatya ilinde tüm yıkıcılığını hissettirdi ve pek çok yol arkadaşımızı, öğrencilerimizi ve sevdiklerimizi bizden ayırdı. Depremi geniş alandaki yıkıcı etkisi yalnızca ilk anla sınırlı kalmadı ve uzun süre eski “normalimize” dönmemize olanak tanımadı. Yiyecek, giyecek, barınma gibi en temel ihtiyaçların dahi karşılanmakta zorluk çekildiği bu ortamda akademik bir faaliyet yürütmek de imkansızdı. İşte bu sayı bu imkansızlıklar içinde hazırlandı.

Bu felaket, bir toplum olarak acı bir gerçeklikle yüzleşmemizi sağlamış ve bizi daha da birleşmeye yönlendirmiştir. Depremi yalnızca fiziksel değil toplumsal olarak da yıkıcı etkisini deneyimlediğimiz bu günlerde bir umut olarak beliren ve bu sayıyı bugün sizlerle buluşturmaya vesilen olan tek şey ise dayanışmadır. Tüm olumsuzluklar içinde şehrimize gelen, yardım gönderen ve depremin ilk gününden itibaren maddi ve manevi destekleriyle bizleri yalnız bırakmayan herkese buradan teşekkürü borç biliriz. Bu sayıyı okuyucunun takdirine sunmak başka türlü mümkün olmazdı. Toplum olmanın dayanışmadan geçtiğini ve birbirimize her daim ihtiyaç duyduğumuzu hatırlatan dostlarımıza, hocalarımıza, çalışma arkadaşlarımıza da ne kadar teşekkür etsek azdır.

Bu sayıya değerli çalışmalarını gönderen yazarlarımıza, hakemlik görevi kabul eden ve değerlendirmelerini paylaşan hakemlerimize de çok teşekkür ediyoruz. Son bir teşekkür de editör kurulumuza ve derginin yayınlanmasında görev alan herkese; depremi ilk elden deneyimlemelerine rağmen özverili çalışmadan geri durmadıkları için. Tüm paydaşların özverili çalışmaları sayesinde bu sayıyı yayınlarken depremde hayatını kaybedenlerin anısına armağan etmiş oluyoruz.

Son olarak yaralarımızı dayanışmayla sarmaya başlasak da saramadığımız yaralarımız var. Depremde kaybettiğimiz İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

4. sınıf öğrencimiz **Yakup Bereket**

3. sınıf öğrencimiz **Merve Ece Şengül**

3. sınıf öğrencimiz **Maşide Doğan**

2. sınıf öğrencimiz **Günay Sarı**

2022 yılında mezun olan öğrencimiz **Ali Mert İnce**

başta olmak üzere, çalışma arkadaşlarımız ve hemşerilerimizin anısı hala bizimledir. Kendilerine rahmet ve sevdiklerine başsağlığı dileriz. Bu sayıyı onların anısına armağan ederiz.

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Editor Kurulu

İÇİNDEKİLER/ CONTENTS

MAKALELER / ARTICLES

- ALMAN, AVUSTURYA, İSVİÇRE VE TÜRK HUKUK SİSTEMLERİNDE ADI ORTAKLIKTAN “HAKLI NEDENLE ÇIKARMA” KURUMUNUN DÜZENLENİŞİ VE TÜRK HUKUKUNA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER**
THE REGULATION OF “EXCLUSION OF A PARTNER FROM ORDINARY PARTNERSHIP FOR JUST CAUSE” IN GERMAN, AUSTRIAN, SWISS AND TURKISH LAWS AND EVALUATIONS ON TURKISH LAW
Funda ÖZDİN 1-14
- KRİPTO PARALARLA İLGİLİ MİRAS HUKUKUNA ÖZGÜ TEMEL MESELELER**
FUNDAMENTAL ISSUES SPECIFIC TO INHERITANCE LAW RELATED TO CRYPTOCURRENCY
Gamze TURAN BAŞARA 15-30
- TOPLUMSAL DEĞİŞİMİN HUKUK ÜZERİNE ETKİSİNİ KARL RENNER’İN GÖRÜŞLERİ ÇERÇEVESİNDE AÇIKLAMAK**
EXPLAINING THE IMPACT OF SOCIAL CHANGE ON THE LAW WITHIN KARL RENNER’S VIEW
Şeyma SAĞDIÇ GÜVEN 31-42
- BAĞLANTILI OYUNCAKLAR ÖZELİNDE ÇOCUĞUN KİŞİSEL VERİLERİNİN CEZAI VE HUKUKİ OLARAK KORUNMASI**
CRIMINAL AND LEGAL PROTECTION OF CHILD’S PERSONAL DATA WITHIN THE SCOPE OF CONNECTED TOYS
Nurten ÖZTÜRK- Elif Rumeysa GÜRBÜZ 43-57
- İDARİ DAVALARDA EŞİTLİK DENETİMİNİN YOĞUNLUĞU**
THE INTENSITY OF JUDICIAL EQUALITY REVIEW IN ADMINISTRATIVE CASES
Züleyha KESKİN 58-72
- YABANCI MAHKEME KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİNDE SIKLIKLA KARŞILAŞILAN HUKUKİ SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ**
LEGAL PROBLEMS FREQUENTLY OCCUR IN THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN COURT DECISIONS AND SUGGESTIONS FOR SOLUTIONS
Zeynep Derya TARMAN 74-86
- VERGİ HUKUKUNDA MÜKELLEFİYET KAYDININ RE’SEN TERKİNİ VE TEBLİGATA İLİŞKİN ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR**
EX OFFICIO CANCELLATION OF TAX REGISTRATION AND PROBLEMS ARISING FROM NOTIFICATION IN TAX LAW
Altan RENÇBER- Selin OVALIOĞLU 87-102
- SİGORTA ACENTESİNİN MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASI**
PROFESSIONAL LIABILITY INSURANCE OF INSURANCE AGENT
Metin KIRATLI 103-113
- ULUSLARARASI HUKUKTA DEVLET EGEMENLİĞİNİN HAVA SAHASINA UZANMASININ MEŞRULUĞU**
THE LEGITIMACY OF THE EXTENSION OF STATE SOVEREIGNTY IN THE AIRSPACE IN INTERNATIONAL LAW
Selman ÖZDAN 114-126
- YÜKSEKÖĞRETİMDE ÖĞRENCİLİK STATÜSÜ KARŞISINDA İLİŞİĞİ KESİLMİŞ KİŞİNİN STATÜSÜ VE DİSİPLİN REJİMİNDEKİ DURUMU**
THE STATUS OF DISMISSED PERSON AGAINST THE STATUS OF THE STUDENT IN THE HIGHER EDUCATION AND THE DISCIPLINARY REGIME
Hulüsi Alphan DİNÇKOL 127-140
- OLAĞANÜSTÜ ZAMANAŞIMIYLA TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN KAZANILMASI VE İYİNİYET ŞARTININ ARANMAYIŞI İLE ANAYASA MAHKEMESİ KARARININ GETİRDİĞİ DEĞİŞİKLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ**
ACQUISITION OF IMMOVABLE PROPERTY WITH EXTRAORDINARY TIMEOUT AND THE NON-REQUEST OF THE GOODWILL CONDITION AND EVALUATION OF THE CHANGES BROUGHT BY THE CONSTITUTIONAL COURT DECISION
Merve ARSLAN 141-152

İKİNCİ DAĞLIK KARABAĞ SAVAŞI SONRASINDA İMZALANAN ATEŞKES ANDLAŞMASI'NA GÖRE AZERBAIJANLI GÖÇMENLERİN YERLERİNE DÖNÜŞÜ <i>RETURN OF AZERBAIJANI IMMIGRANTS TO THEIR LANDS ACCORDING TO THE CEASEFIRE AGREEMENT SIGNED AFTER THE II. NAGORNO-KARABAKH WAR</i> Tuğçe İSAYEV	153-165
MALİ SUÇLA MÜCADELEDE ŞÜPHELİ İŞLEM BİLDİRİMLERİ <i>REPORTING OF SUSPICIOUS TRANSACTIONS IN THE FIGHT AGAINST FINANCIAL CRIME</i> Yasemin TAŞKIN	166-180
ALMAN İCRA HUKUKUNDA İCRAYA KARŞI DAVA <i>DEFENSE ACTION AGAINST ENFORCEMENT IN GERMAN ENFORCEMENT LAW</i> Ferhat BÜYÜKAY	181-194
RADYO VE TELEVİZYON ÜST KURUL PAYININ HUKUKİ NİTELİĞİNİN BELİRLENMESİNE YÖNELİK BİR DEĞERLENDİRME <i>AN EVALUATION ABOUT THE SHARE OF RADIO AND TELEVISION SUPREME COUNCIL IN TERMS OF LEGAL QUALIFICATION</i> Güneş YILMAZ- Özgür BİYAN	195-208
MİRASTAN FERAGAT SÖZLEŞMESİNDEN MİRAS SÖZLEŞMESİNE ÖZGÜ SEBEPLERLE DÖNME <i>RECISSION OF THE INHERITANCE RENUNCIATION CONTRACT FOR REASONS SPECIFIC TO THE INHERITANCE CONTRACT</i> Dilşah Büşra KARTAL	209-217
ÇOCUKLARA YÖNELİK PLASTİK REKONSTRÜKTİF VE ESTETİK AMAÇLI TIBBİ MÜDAHALELERİN HUKUKA UYGUNLUK ŞARTLARI <i>REQUIREMENTS REGARDING COMPLIANCE WITH LAW OF PLASTIC RECONSTRUCTIVE AND AESTHETIC MEDICAL PROCEDURES FOR CHILDREN</i> Duygu KOÇAK DİKER	218-231
TÜRK BORÇLAR KANUNU KAPSAMINDA ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIP SEBEBİYLE SORUMLULUK <i>LIABILITY DUE TO DEFECT IN THE WORK CONTRACT UNDER THE TURKISH LAW OF OBLIGATIONS</i> Metin SÜRER- Bahadır DEMİR	232-243
ÇOCUK CEZA ADALETİ İLKELERİ ÇERÇEVESİNDE 12-15 YAŞ ARASI ÇOCUKLARIN CEZAI SORUMLULUĞUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ <i>EVALUATION OF THE CRIMINAL RESPONSIBILITY OF CHILDREN AGED 12-15 WITHIN THE FRAMEWORK OF THE PRINCIPLES OF CHILD CRIMINAL JUSTICE</i> Bilgehan SAVAŞCI TEMİZ	244-259
ÇEVRENİN KİRLETİLMESİ SUÇUNDA KAMU GÖREVLİSİNİN CEZA SORUMLULUĞU <i>CRIMINAL LIABILITY OF A PUBLIC OFFICER FOR OFFENSE OF CONTAMINATION OF THE ENVIRONMENT</i> Meral BALCI	260-273
GENEL SAĞLIK SİGORTASI KAPSAMINDA YURT DIŞINDA SUNULAN SAĞLIK HİZMETLERİNDEN YARARLANMA <i>BENEFIT FROM THE HEALTH SERVICES OFFERED ABROAD WITHIN THE SCOPE OF GENERAL HEALTH INSURANCE</i> Seher DEMİRKAYA	274-288
METAVEVERSE VE SANAL GERÇEKLİK ORTAMLARI KARŞISINDA CEZA HUKUKU <i>CRIMINAL LAW AGAINST METAVERSE AND VIRTUAL REALITY ENVIRONMENTS</i> Pınar BACAKSIZ	289-303
YENİ ANNELİK DÜZENİ: ETİK VE HUKUKİ BOYUTLARIYLA RAHİM NAKLİ <i>THE NEW MATERNITY ORDER: UTERUS TRANSPLANT WITH ITS ETHICAL AND LEGAL ASPECTS</i> Sevtap METİN	304-314
NORMLARIN AYRILMASI TEORİSİ VE TÜRK ANAYASA MAHKEMESİNİN İPTAL YETKİSİ <i>THE THEORY OF INDIVIDUATION AND THE TURKISH CONSTITUTIONAL COURT'S POWER OF ANNULMENT</i> Yahya Berkol GÜLGEÇ	315-328

ANAYASALCILIK PARADOKSU
THE PARADOX OF CONSTITUTIONALISM
Ahmet Melihşah ÇEVLİK

329-341

KAMUYA YARARLI BİR İŞTE ÇALIŞTIRMA YAPTIRIMININ HUKUKİ DÜZENLEMESİ VE ETKİLİLİĞİ: TÜRK VE HOLLANDA CEZA HUKUKUNUN KARŞILAŞTIRILMASI
THE LEGAL REGULATION AND EFFECTIVENESS OF COMMUNITY WORK: A COMPARISON OF TURKISH AND NETHERLANDS CRIMINAL LAW
Buket ABANOZ ÖZTÜRK

342-357

OTOBİYOGRAFİ / AUTOBIOGRAPHY

PROF. DR. ERGUN ÖZSUNAY
Ergun ÖZSUNAY

358-374

**ALMAN, AVUSTURYA, İSVİÇRE VE TÜRK HUKUK SİSTEMLERİNDE
ADİ ORTAKLIKTAN “HAKLI NEDENLE ÇIKARMA” KURUMUNUN DÜZENLENİŞİ
VE TÜRK HUKUKUNA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER****THE REGULATION OF "EXCLUSION OF A PARTNER FROM ORDINARY PARTNERSHIP
FOR JUST CAUSE" IN GERMAN, AUSTRIAN, SWISS AND TURKISH LAWS
AND EVALUATIONS ON TURKISH LAW**Funda ÖZDİN*  [10.21492/inuhfd.1150374](https://doi.org/10.21492/inuhfd.1150374) **Makale Bilgi**Gönderi: 28/07/2022
Kabul : 04/01/2023**Anahtar Kelimeler**Adi Ortaklık,
Çıkarma,
Haklı Neden,
TBK m.633,
Karşılaştırmalı Hukuk.**Article Info**Received: 28/07/2022
Accepted: 04/01/2023**Keywords**Ordinary Partnership,
Exclusion,
Just Cause,
TCO Art. 633,
Comparative Law.**Özet**

Ortaklar arası iş birliği ve güven duygusunun ön planda olduğu adi ortaklıkta, güven ilişkisinin zedelenmesine neden olan ortağın haklı nedenle şirketten çıkarılabilmesi önemli bir imkandır. Zira söz konusu ortak ile ilişkiye devam etmek istemeyen diğer ortaklar, bu sayede şirketin feshine alternatif bir imkan elde ederler ve ortaklık ilişkisini çekilmez hale getiren ortağı çıkarmak suretiyle adi ortaklık ilişkisini kendi aralarında sürdürebilirler. Nitekim bu çalışmada; Alman, Avusturya, İsviçre ve Türk kanun koyucularının adi ortaklıktan haklı nedenle çıkarma müessesesine bakış açıları ve meseleyi düzenleyiş tarzları incelenmiştir. Alman ve Avusturya hukuk sistemlerinde ortaklığın devamlılığı ilkesi benimsenmiş ve haklı bir nedenin varlığı halinde diğer ortaklara, şirketin feshi yerine haklı neden şahsında doğan ortağın çıkarılmasını sağlama imkanı tanınmıştır (§ 737 BGB; § 1213 ABGB). Özellikle mehz Alman hukukunda, şahıs şirketleri hukukunun güncellenmesi amacına yönelik yapılan son revizyon çalışmaları kapsamında devam klozu kaldırılmış ve 01.01.2024 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere, adi ortaklıkta haklı nedenle çıkarma imkanı kanuni bir hak olarak düzenlenmiştir (§ 727 BGB-MoPeG). İsviçre ve Türk hukuk sistemlerinde ise söz konusu mesele kanuni düzlemde ele alınmamıştır. Türk hukukunda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 633. maddesi ile ilk kez adi ortaklıktan çıkma ve çıkarma konusunda bir düzenleme yapılmış; fakat ilgili hükmün lafzında ortağın haklı nedenle çıkarılması hususuna yer verilmemiştir. Ancak çalışmada, kanun koyucunun TBK m.633'ü düzenleme amacından yola çıkılarak, Türk adi ortaklık hukukunda ortağın haklı nedenle şirketten çıkarılmasının de lege lata mümkün olduğu görüşü savunulmuş; bunun yanı sıra konuya ilişkin de lege ferenda önerilerde bulunulmuştur.

Abstract

In an ordinary partnership, where cooperation and trust between the partners are crucial, it is an important opportunity to exclude of the partner for just cause who has damaged the relationship of trust. This is because the other partners who do not want to continue the relationship with the said partner have an alternative way of dissolving the partnership. They can continue the partnership relationship among themselves by excluding the partner who has damaged the relationship of trust. This study examined the perspectives of the German, Austrian, Swiss and Turkish legislatures on the issue of exclusion from an ordinary partnership for just cause and their regulations on this. In short, there is a specific legal regulation in German and Austrian law on the issue of exclusion for just cause in an ordinary partnership (§ 737 BGB; § 1213 ABGB). In Swiss and Turkish law, however, the issue in question is not regulated by law. In Turkish law, Article 633 of the Turkish Code of Obligations Nr. 6098, for the first time explicitly regulates the issue of exclusion from an ordinary partnership. However, the text of the corresponding article does not include the question of the exclusion of the partner for just cause. However, taking into account the legislator's objective, the study considered that de lege lata it is possible to exclude the partner from the ordinary partnership for just cause and, in addition, de lege ferenda proposals were made on the subject.

 Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

*Dr. Öğr. Üyesi, Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** ÖZDİN Funda, "Alman, Avusturya, İsviçre ve Türk Hukuk Sistemlerinde Adi Ortaklıktan "Haklı Nedenle Çıkarma" Kurumunun Düzenlenişi ve Türk Hukukuna İlişkin Değerlendirmeler", İnÜHFD, 14(1), 2023, s.1-14. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

The ordinary partnership is a form of organization in which the cooperation and trust between the participants is decisive and therefore the "person" element is in the foreground. The personal qualification of each participant plays such a decisive role in the formation of the ordinary partnership that the formation only takes place when a relationship of trust is established between the parties. However, the trust built up in the building phase may deteriorate over time due to some negative developments in the person of one partner and other partners may possibly want to separate from the partner who caused the damage to the trust relationship. The first possibility to be considered in this context is the termination of the partnership for just cause; the second is the exclusion of the partner from the partnership, which damages the relationship of trust and makes the partnership relationship intolerable.

This study discusses and evaluates the statutory provisions of German, Austrian, Swiss and Turkish law on the exclusion of a partner from an ordinary partnership for just cause. It should be noted immediately that this review refers to the view of the relevant legal system, in the absence of a special provision in the ordinary partnership agreement in this respect. This is because the partners can regulate this in the ordinary partnership agreement and decide at the contractual level that the partners can be excluded from the partnership for just cause. It must therefore be examined above all whether it is possible, within the framework of the applicable legal regulations, to exclude the partners from the partnership for just cause if there is no contractual provision in this respect. This study first looks at the comparative legal perspectives of the German, Austrian and Swiss legislators and their regulation. It then discusses whether it is possible in Turkish law of ordinary partnership to exclude a partner for just cause.

In German and Austrian law, the possibility of excluding a partner in an ordinary partnership for just cause is regulated by law; whereas in Swiss and Turkish law, there is no legal regulation on this. Both the Austrian and the German legislators are of the opinion that the exclusion of the partner instead of the dissolution of the partnership for just cause would be more appropriate to the balancing of interests and thus to the principle of "continuity of the partnership". Under Austrian law, the court may, on the basis of an action brought by all the other partners, instead of dissolving the partnership, order the exclusion of that partner from the partnership if a circumstance arises in the person of this partner which gives each of the other partners the right to demand the dissolution of the partnership (§ 1213 ABGB).

Under German law, a partner in whose person there is a reason entitling the other partners to terminate the partnership can be excluded from the partnership for just cause, if the articles of association provide that in the event of the withdrawal of a partner, the partnership shall continue among the remaining partners (§ 737 BGB). However, the provision of § 737 BGB was revised with some amendments within the framework of the MoPeG Act, which was enacted for the purpose of updating partnerships. The regulation enters into force on 01.01.2024. The most important change in the new regulation is that the condition of a contractual continuation declaration, i.e. a continuation clause, for the exclusion of a partner for just cause has been abandoned. According to the new regulation (§ 727 BGB-MoPeG), a partner can be excluded from the partnership by resolution of the other partners if an important reason arises in the person of this partner. According to the new regulation, just cause is necessary and sufficient for the exclusion of the partner from the partnership; it is no longer necessary that the partners have previously set out their will in the contract with regard to the continuation of the partnership.

In Swiss law, however, there is no statutory provision for the exclusion of a partner for just cause. It is stated in the doctrine that if the parties have made a provision to this effect in the partnership agreement, it is possible to exclude a partner for just cause from the partnership. In the absence of a contractual provision, however, the question of whether exclusion for just cause is possible is one that has been debated for many years. The Federal Supreme Court and the majority of the doctrine are of the opinion that without a provision in the partnership agreement, the partner cannot be excluded from the partnership even by a court decision; even if there is just cause, this is not possible. According to the dissenting opinion, OR Art. 577, which regulates exclusion for just cause in general partnerships (collective companies), should be applied analogously to ordinary partnerships, and the partner must be excluded from the partnership if there is just cause.

In Turkish law, in contrast to Swiss law, the exclusion from an ordinary partnership is regulated in Art. 633 of Turkish Code of Obligations No. 6098; however, just cause is not provided as a ground for exclusion. This situation is characterised as a legal gap by the majority in the doctrine. While some authors argue in this context that Art. 255 of Turkish Commercial Code No. 6102, which regulates exclusion for just cause in general partnerships (collective companies), should be applied by analogy; other authors argue that this gap should be closed by the judge. According to the contrary opinion, there is no legal gap here. In cases where there is no contractual provision, it is therefore not possible to exclude the partner from the partnership for just cause.

Although there is no statutory provision on the exclusion of partners from the partnership for just cause, in my opinion it is acceptable in view of the regulatory purpose of TCO Art. 633 that partners may be excluded from the partnership for just cause. However, in this study it is argued that in order to fully eliminate the uncertainties, a statutory provision should be made for the exclusion of partners from the partnership for just cause.

I. GİRİŞ

Kişi unsurunun ön planda yer aldığı adi ortaklıkta, her bir katılımcının ortaklığın kuruluşu aşamasında sahip olduğu nitelikler, diğer katılımcıların ilişkiye dahil olup olmama konusundaki kararlarında belirleyici rol oynamakta; ortaklığın kuruluşu, taraflar arasında bir güven ilişkisinin tesis edilmesi halinde mümkün olabilmektedir. Ancak kuruluş aşamasında sağlanan bu güven ilişkisi, hayatın olağan akışı gereği bir (ya da birden fazla) ortağın şahsında gerçekleşen bazı olumsuz gelişmeler nedeniyle zaman içinde bozulabilir ve diğer ortaklar, güven ilişkisinin zedelenmesine neden olan ortak ile yollarını ayırmak isteyebilirler. Bu bağlamda akla gelen ilk ihtimal, şirketin haklı nedenle feshi; ikincisi ise söz konusu ortağın ortaklıktan çıkarılmasıdır.

Çalışmada Alman, Avusturya, İsviçre ve Türk hukuklarının adi şirkette ortağın haklı nedenle çıkarılması hususunda kabul etmiş oldukları kanuni sistem -çıkarmayı gerektiren haklı nedenler üzerinde durulmaksızın- ele alınacaktır. Bir başka ifadeyle bu inceleme, haklı nedenle çıkarma hususunda sözleşmesel bir düzenleme yapılmamış olması halinde, ilgili hukuk sisteminin konuya bakış açısına ilişkindir. Zira ortaklar, adi ortaklık sözleşmesinde bir düzenleme yapmış ve ortağın haklı nedenle şirketten çıkarılmasını sözleşmesel düzlemde kararlaştırmış olabilirler. Dolayısıyla asıl incelenmesi gereken husus, bu yönde bir sözleşmesel düzenlemenin bulunmaması halinde, güven ilişkisinin bozulmasına sebep olan ortağın haklı nedenle şirketten çıkarılmasının mevcut kanuni düzenlemeler kapsamında mümkün olup olmadığıdır. Bu bağlamda, öncelikle karşılaştırmalı hukukta Alman, Avusturya ve İsviçre kanun koyucularının konuya bakış açıları ve meseleyi düzenleyiş tarzları incelenecek; sonrasında Türk adi ortaklık hukukunda haklı nedenle çıkarmanın mümkün olup olmadığı hususu *de lege lata* ve *de lege ferenda* ele alınacaktır. Karşılaştırmalı hukukun çalışma kapsamına dahil edilmesinin en önemli nedeni, farklı hukuk sistemlerinin konuya bakış açılarının irdelenmesi ve özellikle de Türk kanun koyucusuna esin kaynağı olan Alman hukukunda bu hususta yapılan son kanuni değişikliklerin, haklı nedenle çıkarma müessesesi bağlamında Türk adi ortaklık hukukunun de lege ferenda gelişimi açısından örnek alınabilecek nitelikte olduğunun düşünülmesidir.

II. ALMAN HUKUKU

A. Mevcut Düzenleme (01.01.2024'e Kadar)

Alman adi ortaklık hukukunda çıkarma müessesesi, kendi özel hükmü altında düzenlenmiş olup; “Ortağın Çıkarılması” van başlığını taşıyan § 737 BGB hükmünde şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Ortaklık sözleşmesinde, bir ortağın şirketi feshetmesi halinde şirketin diğer ortaklar arasında varlığını sürdüreceği öngörülmüşse; şahsında § 723/1 c.2 uyarınca diğer ortaklara şirketi fesih hakkı veren bir sebep gerçekleşmiş olan ortak, şirketten çıkarılabilir. Çıkarma kararı diğer ortaklar tarafından beraberce alınır. Diğer ortaklar tarafından yapılan beyanla birlikte çıkarma gerçekleşir.”

Madde metninden de anlaşılacağı üzere, Alman adi ortaklık hukukunda ortağın çıkarılması meselesi, doğrudan ortaklığın haklı nedenle feshi meselesi ile ilişkilendirilmiştir. Zira maddede atıf yapılan § 723 BGB hükmü, ortaklığın ortaklar tarafından feshi hususunu düzenleme altında almakta olup; § 723/1 c.1’de olağan fesih, § 723/1 c.2’de ise ortaklığın haklı nedenle (olağanüstü) feshi düzenlenmektedir¹. § 723/1 c.2 uyarınca haklı bir neden bulunması halinde şirket vaktinden önce feshedilebilecektir. Nitekim ortaklıktan çıkarmayı düzenleyen § 737 BGB hükmü ile atıf yapılan § 723/1 c.2 BGB düzenlemesi beraber değerlendirildiğinde, Alman hukukunda ortaklıktan çıkarma müessesinin: (1) doğrudan haklı neden üzerine kurulduğu ve (2) şirketin feshini talep etme hakkı doğuran (haklı) sebeplerin -ortağın şahsında gerçekleşmek koşuluyla- aynı zamanda ortağın şirketten çıkarılma sebepleri olarak kabul edildiği görülmektedir.

Ancak hemen belirtelim ki, madde metninde de açık bir şekilde dile getirildiği üzere çıkarma müessesine başvurulabilmesi, her şeyden önce sözleşmede bir ortağın şirketi feshetmesi halinde şirketin diğer ortaklar arasında varlığını sürdüreceği yönünde bir düzenlemenin bulunması önkoşuluna bağlanmıştır². “Devam Klozu” (“*Fortsetzungsklausel*”) olarak da adlandırılan bu şart, bir yandan ortakların haklı bir sebebin varlığı halinde şirketten çıkarılmaları yönünde daha baştan rıza göstermeleri, yani çıkarılmaya ilişkin müsaade beyanları olarak görülmekte³; diğer yandan ise ortakların, bir ortağın şirketten ayrılmasının ortak amacın devamındaki menfaati ortadan kaldırmayacağına ilişkin beyanları olarak kabul edilmektedir⁴. Dolayısıyla § 737 BGB, esasen ortağın haklı nedenle çıkarılmasını kural olarak düzenleyen bir hüküm değildir. Bir başka ifadeyle, söz konusu hüküm ile ortaklara haklı nedenle çıkarma hususunda kanuni bir hak tanınmamakta⁵; sözleşmede devam kloxunun bulunması koşuluna bağlı olarak çıkarma yapılabileceği düzenleme altına alınmaktadır. Bu nedenle § 737 BGB düzenlemesi ile esasen, ortakların şirketin devamı yönündeki sözleşmesel iradelerine üstünlük tanınacağı ve ortaklığın feshine neden olabilecek sebep(ler) şahsında gerçekleşen ortağın çıkarılabileceği hususu kanuni düzlemde teyit edilmektedir⁶.

Nitekim özetlemek gerekirse, Alman adi ortaklık hukukunda çıkarma müessesesi doğrudan haklı neden üzerine kurulmuş olup; şirketin feshini talep etme imkanı doğuran haklı nedenler, aynı zamanda haklı neden şahsında gerçekleşmiş olan ortağın şirketten çıkarılma sebepleri olarak kabul edilmiştir. Buna göre,

¹ SCHÄFER, Carsten: Münchener Kommentar zum BGB, Band 7: Schuldrecht Besonderer Teil IV, 705-853, 8. Auflage, C.H.BECK 2020, § 723, Kn.26.

² SCHÖNE, Torsten: Beck’scher Online-Kommentar BGB, (61. Edition, Stand: 01.02.2022) C.H.BECK 2022, § 737, Kn. 7; SAUTER, Wolfgang: Beck’sches Handbuch der Personengesellschaften, Prinz/Kahle, 5. Auflage, C.H.BECK 2020, § 10, Kn.82.

³ BGH, 19. 10. 2009 - II ZR 240/08, BGHZ 183, 1 Kn.16.

⁴ SCHÖNE, § 737, Kn.4; SAUTER, § 10, Kn.82.

⁵ SCHÄFER, § 737, Kn.4.

⁶ Birçokları yerine bkz.: SCHÄFER, § 737, Kn.4.

bir ortağın şahsında diğer ortaklara şirketin feshini talep etme hakkı veren bir sebebin gerçekleşmiş olması ve şirket sözleşmesinde şirketin feshinden ziyade davamı yönünde bir iradenin, yani devam klozunun bulunması halinde, haklı neden şahsında gerçekleşen ortak geri kalan ortakların tümünün olumlu oyuyla şirketten çıkarılabilecektir.

Son olarak ayrıca belirtilmelidir ki, Alman adi ortaklık hukukunda çıkarmaya ilişkin bu düzenleme (§ 737 BGB), kollektif ortaklıkta (OHG) çıkarmaya ilişkin düzenleme (§ 140 HGB) ile paralellik göstermektedir. Ancak söz konusu düzenlemeler arasında iki önemli farklılık bulunmaktadır: Bunlardan ilki, “devamı klozu”na ilişkin olup; kollektif ortaklıkta haklı nedenle çıkarma için sözleşmede anılan kloz anlamında bir düzenlemenin bulunmasına gerek yoktur. Diğer farklılık ise “çıkarma prosedürü” açısından kendisini göstermektedir. Adi ortaklıkta çıkarma, diğer ortaklar tarafından alınacak olan bir ortaklık kararı ile gerçekleşirken; kollektif ortaklıkta çıkarma mahkeme kararı vasıtasıyla gerçekleşmektedir.

B. MoPeG Kapsamındaki Yeni Düzenleme (01.01.2024’ten Sonra)

Alman hukukunda şahıs şirketleri hukukunun güncellenmesi, bu anlamda özellikle teknolojik gelişmelere ve modern ekonomi hayatına uyarlanması amacıyla uzun süredir yürütülmekte olan revizyon çalışmaları yakın bir geçmişte tamamlanmıştır. Adi ortaklık (GbR), kollektif ortaklık (OHG) ve komandit ortaklık (KG) hukukuna ilişkin düzenlemelerde önemli ölçüde değişiklik yapan “Şahıs Şirketleri Hukukunun Modernleştirilmesi Kanunu” (MoPeG), 24.06.2021 tarihinde Federal Alman Parlamentosu’nda kabul edilmiş ve 17.08.2021’de Resmi Gazete’de yayınlanmıştır⁷. MoPeG ile getirilen düzenlemeler -birkaç madde haricinde- 01.01.2024 tarihinde yürürlüğe girecektir (MoPeG m.137).

Alman Medeni Kanunu’nun yürürlük tarihinden (1900) itibaren neredeyse hiç değiştirilmeden yaklaşık 120 yıldır uygulanmakta olan adi ortaklık hukukuna ilişkin düzenlemeler, MoPeG kapsamında esaslı değişikliklere uğratılmıştır (§§ 705 – 740c BGB-MoPeG)⁸. Bu anlamda değinilmesi gereken en temel değişiklik, Federal Mahkemenin 2001 tarihli bir kararı⁹ neticesinde adi ortaklığa tanınan hak edinme ve borç altına girebilme ehliyetinin (“*Rechtsfähigkeit*”) MoPeG ile ilk kez kanunen düzenleme altına alınmış olmasıdır¹⁰. Bu doğrultuda bir adi ortaklığın, “Hak ve Borçlara Konu Olabilen Adi Ortaklık” (“*Rechtsfähige Gesellschaft*”) veya “Hak ve Borçlara Konu Olamayan Adi Ortaklık” (“*Nicht rechtsfähige Gesellschaft*”) olarak iki türünün olabileceği belirtilmiştir (§ 705 BGB-MoPeG). Bu ayrıma uygun olarak ilgili hükümler, “Hak ve Borçlara Konu Olabilen Adi Ortaklık” (§§ 706 – 740 BGB-MoPeG) ve “Hak ve Borçlara Konu Olamayan Adi Ortaklık” (§§ 740 – 740c BGB-MoPeG) olarak iki ayrı kısım altında düzenlenmiştir¹¹. Hak ve borçlara konu olamayan adi ortaklığa ilişkin düzenlemeler büyük oranda şu an geçerli olan adi ortaklık düzenlemeleri ile paralellik gösterirken; hak ve borçlara konu olan adi ortaklığa ilişkin düzenlemeler önemli yenilikleri beraberinde getirmiştir.

Çalışmanın konusu, yani ortakların haklı nedenle adi ortaklıktan çıkarılması müessesesi açısından bakılacak olduğunda, mevcut § 737 BGB hükmünün de MoPeG kapsamında bazı değişikliklere uğratılarak yeniden düzenlendiği görülmektedir. Yeni sistemde ortaklıktan çıkarma müessesesi, hak ve borçlara konu olabilen adi ortaklığa ilişkin kısımda, § 727 BGB-MoPeG hükmünde “Haklı Nedenle Çıkarma” yan başlığı altında düzenlenmiş olup; söz konusu düzenleme § 740c f. 2 BGB-MoPeG atfı uyarınca hak ve borçlara konu olamayan adi ortaklıklar açısından da uygulama alanı bulacaktır.

§ 727 BGB-MoPeG şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Bir ortağın şahsında önemli bir sebebin ortaya çıkması halinde, o ortak, diğer ortakların kararı ile şirketten çıkarılabilir. Özellikle, ortağın ortaklık sözleşmesi ile üzerine düşen asli bir yükümlülüğü kasten veya ağır ihmali ile ihlâl etmesi veya ortağın söz konusu yükümlülüğünü yerine getirmesinin imkansız hale gelmesi durumunda önemli bir sebebin var olduğu kabul edilir. Çıkarma kararından sonra geriye tek bir ortağın kalacak olması, bu kararın alınmasına engel değildir.”

Mevcut § 737 BGB ile kıyaslandığında § 727 BGB-MoPeG hükmünde ilk göze çarpan değişiklik, ortağın şahsında diğer ortaklara şirketi fesih hakkı veren bir sebebin gerçekleşmesi ifadesinden vazgeçilmiş ve ortağın şahsında önemli bir sebebin ortaya çıkması şeklinde daha sade bir ifadenin tercih edilmiş olmasıdır. Bunun dışında değinilmesi gereken en önemli değişiklik ise, ortağın haklı nedenle çıkarılması için sözleşmede şirketin devam edeceği yönünde bir ibarenin (devam klozunun) bulunması şartından vazgeçilmiş olmasıdır. Bu değişikliğin sebebi, MoPeG ile Alman hukukunda adi ortaklık rejimi açısından çok uzun zamandır uygulanmakta olan “şirketin feshinin ortakların şirketten ayrılmasına tercih edilmesi” görüşüne dayanan temel prensipten vazgeçilerek; bunun yerine “ortakların şirketten ayrılmasının şirketin feshine tercih edilmesi” prensibinin benimsemiş olmasıdır¹². Daha yalın bir anlatımla, MoPeG ile getirilen yeni sistemde, ortaklığın sona ermesinden ziyade, sona ermeye sebep olan ortağın ortaklıktan çıkmasının uygun olacağı görüşünden hareket edilmiş ve böylece “ortaklığın devamlılığı esası” benimsenmiştir. MoPeG’in gerekçesinde, eski prensibin, adi ortaklığın ortağın şahsına bağlı bir sözleşme ilişkisini temsil ettiğine dair

⁷ “Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechts-modernisierungsgesetz – MoPeG)”, BGBl. 2021 I Nr. 53, 3436.

⁸ MoPeG ile adi ortaklık hukuku alanında yapılan değişiklik ve yeniliklere ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz.: FLEISCHER, Holger: “Ein Rundgang durch den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts”, DStR 2021, 432 vd.; SCHULTEIS, Thomas: “Das Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach dem Regierungsentwurf zum Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG”, GWR 2021, s.112 vd.

⁹ BGH, 29.01.2001 – II ZR 331/00, BGHZ 146, 341.

¹⁰ Birçokları yerine bkz.: SCHULTEIS, s.113.

¹¹ Bkz.: BGBl. 2021 I Nr. 53, 3436, 3438-3447.

¹² MoPeG-Gereke, BT-Drucksache 19/27635, s.169, 174.

tarihsel olarak modası geçmiş bir varsayıma dayandığı belirtilerek; kabul edilen yeni prensip ve sistem uyarınca artık ortağın şahsında meydana gelen fesih sebeplerinin şirketin sonra ermesine değil, ilgili ortağın şirketten ayrılmasına sebep olacağı açık bir şekilde ifade edilmiştir¹³. Böylece, 1998 tarihli Ticaret Hukuku Reform Kanunu¹⁴ ile şahıs şirketleri açısından benimsenmiş olan hukuki durum, adi ortaklıklar açısından da kabul edilmiş olmaktadır¹⁵. Nitekim bu bakış açısı değişikliği, ortaklıktan ayrılma ve şirketin sona ermesine ilişkin yeni düzenlemelere yansıtılmıştır. “Ortaklıktan Ayrılma ve Ayrılma Zamanı” başlığı altında kaleme alınan § 723 BGB-MoPeG’de; ortağın ölümü, üyeliğini feshetmesi (çıkma bildiriminde bulunması), ortağın malvarlığı üzerinde iflas davası açılmış olması, ortağın haciz alacaklısı tarafından üyeliğinin feshi veya ortağın ortaklıktan çıkarılması hallerinin, sözleşmede bu hallerde şirketin sona ereceği kararlaştırılmış olmadığı sürece, ilgili ortağın şirketten çıkması sonucunu doğuracağı düzenlenmiştir. Böylece, mevcut sistemde şirketin sona ermesine sebep olan ortaklardan kaynaklı haller, MoPeG ile kabul edilen yeni sistemde ilgili ortağın şirketten ayrılma/çıkma sebeplerine dönüştürülmüştür¹⁶. Daha açık bir anlatımla, mevcut sistemde ortakların şahsında doğan -yukarıda belirtilen- sebepler sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı sürece şirketin sona ermesine sebep olurken (§§ 723-728, 736 BGB); yeni sistemde -sözleşmede şirketin sona ereceği düzenlenmediği sürece- doğrudan ortağın şirketten çıkmasına sebep olacaktır (§ 723 BGB-MoPeG).

Nitekim bu yeni bakış açısı, haklı nedenle çıkarma müessesinin düzenlendiği § 727 BGB-MoPeG hükmüne de yansımıştır. Hükmün gerekçesinde, MoPeG ile eski prensipten tamamen vazgeçilmiş olması dolayısıyla, haklı nedenle çıkarma müessesinin de buna uygun olarak düzenlendiği ve devam klozunun kaldırıldığı ifade edilmiştir¹⁷. Bu bağlamda devam klozunun, haklı nedenle çıkarma müessesinin yalnızca sözleşmesinde şirketin devamı yönünde bir ortaklık irade bulunan ortaklıklarla sınırlı olarak uygulanmasına neden olduğu belirtilerek; artık bundan sonra şirketin devamlılığının kanunen korunması gereken menfaat olarak kabul edildiği açık bir şekilde dile getirmiştir¹⁸.

§ 727 BGB-MoPeG hükmünün yürürlüğe girmesiyle birlikte, haklı nedenle ortaklıktan çıkarma hususunda adi ortaklık ile kolektif ortaklık arasındaki devam klozuna ilişkin farklılık ortadan kalkacak ve bu açıdan iki şirket türü arasında bir uyum sağlanmış olacaktır. Bu noktada ayrıca belirtmek gerekir ki, MoPeG kapsamında kolektif şirkette ortağın haklı nedenle çıkarılmasına ilişkin mevcut § 140 HGB düzenlemesi de değiştirilmiş (§ 134 HGB-MoPeG)¹⁹ ve adi ortaklığa ilişkin § 727 BGB-MoPeG hükmü ile -çıkarmanın usulü hariç- lâfzen paralel hale getirilmiştir²⁰. Yeni düzenlemenin yürürlüğe girmesiyle birlikte aradaki tek farklılık, adi ortaklıkta çıkarmanın diğer ortaklar tarafından alınacak olan bir ortaklık kararı ile (§ 727 BGB-MoPeG); kolektif ortaklıkta ise -mevcut § 140 HGB kapsamında olduğu üzere- yine mahkeme kararı vasıtasıyla gerçekleşecek olmasıdır (§ 134 HGB-MoPeG).

III. AVUSTURYA HUKUKU

Avusturya’da yaklaşık 200 yıldır yürürlükte bulunan adi ortaklığa ilişkin düzenlemeler, yakın sayılabilecek bir geçmişte büyük bir revizyona uğramıştır. “Adi Ortaklık Reform Kanunu” (“GesbR-Reformgesetz”)²¹ adı altında neredeyse bütünüyle yeniden kaleme alınan ve önemli yenilikler içeren söz konusu düzenlemeler (§§ 1175 ilâ 1216e ABGB), 01.01.2015 tarihinden beri yürürlüktedir. 2015 tarihli revizyon öncesinde, Avusturya adi ortaklık hukukunda ortaklıktan çıkarmaya ilişkin genel bir düzenleme bulunmaktaydı (§ 1210 mülga-ABGB)²². Söz konusu hükümde ortağın, sözleşmenin temel şartlarını yerine getirmemesi, iflas etmiş olması, yalnızca kasten işlenebilecek ve bir yıldan fazla hapis cezasını gerektiren bir veya birden fazla adli suç eylemi nedeniyle güven kaybına uğramış olması halinde şirketten çıkarılabileceği düzenlenmişti. Her ne kadar hükmünde, ortağın hangi hallerde şirketten çıkarılabileceği hususu teker teker sayılmış olsa da; hakim görüşü, bu hallerin sınırlı sayıda olmadığı, ortaklık ilişkisinin devamını çekilmez hale getiren diğer haklı nedenlerin de çıkarma sebebi olarak kabul edilebileceği yönündeydi²³. Diğer ortakların tümünün olumlu oyuyla alınan çıkarma kararı, çıkarılacak olan ortağa ulaşmakla hüküm ifade etmekteydi²⁴.

¹³ MoPeG-Gerekçe, BT-Drucksache 19/27635, s.169.

¹⁴ “Handelsrechtsreformgesetz, (HRefG)” BGBl. I 1998, 1474.

¹⁵ MoPeG-Gerekçe, BT-Drucksache 19/27635, s.169.

¹⁶ MoPeG-Gerekçe, BT-Drucksache 19/27635, s.169.

¹⁷ MoPeG-Gerekçe, BT-Drucksache 19/27635, s.174.

¹⁸ MoPeG-Gerekçe, BT-Drucksache 19/27635, s.174.

¹⁹ § 134 HGB-MoPeG: “(1) Bir ortağın şahsında önemli bir sebebin ortaya çıkması halinde, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, diğer bütün ortakların talebi üzerine mahkeme tarafından o ortağın şirketten çıkarılmasına karar verilebilir. (2) Özellikle, ortağın ortaklık sözleşmesi ile üzerine düşen asli bir yükümlülüğü kasten veya ağır ihmali ile ihlâl etmesi veya ortağın söz konusu yükümlülüğünü yerine getirmemesinin imkansız hale gelmesi durumunda, önemli bir sebebin var olduğu kabul edilir. (3) Çıkarma kararından sonra geriye tek bir ortağın kalacak olması, bu kararın alınmasına engel değildir.”

²⁰ MoPeG ile Alman Ticaret Kanunu’nun (HGB) kolektif ortaklığa (OHG) ilişkin hükümlerinde yapılan tüm değişiklikler ve yenilikler için bakınız: BGBl. 2021 I Nr. 53, 3436, Art. 51, s.3457 vd.

²¹ Bundesgesetz, mit dem das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch und das Unternehmensgesetzbuch zur Reform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts geändert werden (GesbR-Reformgesetz – GesbR-RG), BGBl. I Nr 83/2014.

²² Hükmün metni için bkz.: BGBl. I 136/1983.

²³ OGH 26.1.1989, 8 Ob 620/88; GRILLBERGER, Konrad: (in) Rummel ABGB³ (Stand: 01.01.2002), § 1210, N. 1, 7 vd.; WITTMANN-TIWALD, Maria: (in) Kletečka Andreas/Schauer Martin, ABGB-ON^{1.02} Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, (Stand: 1.2.2014), § 1210 N. 1, 3 vd. ve orada anılan literatür.

²⁴ OGH 26.1.1989, 8 Ob 620/88; TOLD, Julia: Grundfragen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts: Ein Beitrag zur Reformdiskussion, Manz Verlag, Wien 2011, § 1213, N. 1; WITTMANN-TIWALD, § 1210, N. 9.

Ortağın çıkarılması meselesi, 2015 revizyonu ile birlikte “Fesih Yerine Çıkarma” başlığı altında § 1213 ABGB’de yeniden düzenlenmiş ve şu şekilde kaleme alınmıştır:

“(1) Bir ortağın şahsında, § 1210 ABGB hükmü uyarınca diğer ortaklara ortaklığın feshini talep etme hakkı veren bir durumun gerçekleşmiş olması halinde, mahkeme, diğer bütün ortakların dava açması halinde şirketin feshi yerine ilgili ortağın şirketten çıkarılmasına karar verebilir. Çıkarmanın gerçekleşmesinden sonra geriye tek bir ortağın kalacak olması, bu davanın açılmasına engel değildir. (2) ...”

Görüldüğü üzere yeni düzenlemede çıkarma sebeplerinin teker teker sayılmasından vazgeçilerek; mevcut Alman hukuku düzenlemesinde olduğu üzere (§ 737 BGB), şirketin feshi talebini haklı kılan bir sebebin ortağın şahsında gerçekleşmiş olması konsepti kabul edilmiştir. Zira hükmün çıkarma sebebi bağlamında atıf yaptığı § 1210 ABGB’de, ortaklığın haklı nedenlerin varlığı halinde -ortaklardan birinin talebi üzerine- mahkeme tarafından sona erdirilmesi düzenlenmektedir. § 1210 ABGB uyarınca:

“(1) Haklı bir nedenin bulunması ve bir ortağın bu yönde dava açması halinde, şirket, belirtilen sürenin dolmasından önce veya belirsiz süreli bir şirkette fesih bildirim yapılmadan mahkeme kararı ile sona erdirilebilir. (2) Özellikle, bir diğer ortağın ortaklık sözleşmesi ile üzerine düşen asli bir yükümlülüğü kasten veya ağır ihmali ile ihlal etmesi veya ortağın söz konusu yükümlülüğünü yerine getirmesinin imkansız hale gelmesi durumunda, önemli bir sebebin var olduğu kabul edilir. (3)...”

Nitekim § 1213 ABGB ile § 1210 ABGB hükmü birlikte değerlendirildiğinde görülmektedir ki, Avusturya kanun koyucusu şirketin haklı nedenle feshinin istenebileceği hallerde, diğer ortaklara, söz konusu haklı neden şahsında gerçekleşen ortağın çıkarılmasını mahkemeden talep etme hakkı tanımıştır. Dolayısıyla yeni düzenlemede, ortaklardan birisinin şahsında ortaklığın haklı nedenle feshini gerektiren bir halin gerçekleşmesi durumunda, ortaklığın feshedilmesinden ziyade, fesih nedeni şahsında gerçekleşen ortağın çıkarılmasının daha makul olacağı görüşünden hareket edilmiştir. Bu açıdan bakıldığında Avusturya kanun koyucusu, diğer ortaklara şirketin haklı nedenle feshini gerektirecek derecede problem çıkaran ortağın -mahkeme vasıtasıyla- şirketten çıkarılması imkanını sağlamak suretiyle, adi ortaklıkta açık bir şekilde şirketin devamlılığı esasını üzerine kurulu bir konsept benimsemiştir. Zira, çıkarma davasının açılabilmesi için, sözleşmede ortaklığın diğer ortaklarla devam edeceği yönünde bir düzenleme (devam klozu) bulunmasına dahi gerek yoktur. Ortaklık sözleşmesinde başka bir usul öngörülmediği sürece, çıkarılması istenen ortağın şahsında, ortaklığın § 1210 ABGB uyarınca haklı nedenle feshini gerektiren bir halin gerçekleşmiş olması ve bu ortak dışındaki diğer tüm ortakların mahkemeye başvurarak ilgili ortağın çıkarılmasını talep etmesi gerekli ve yeterli olmaktadır²⁵. Dolayısıyla Avusturya hukukunda, mevcut § 737 BGB’den farklı, ancak yakında yürürlüğe girecek olan § 727 BGB-MoPeG hükmü ile benzer bir sistem benimsenmiş; daha açık bir ifadeyle, ortağın haklı nedenle çıkarılmasını talep etme imkanı kanuni bir hak olarak düzenlenmiştir.

Diğer yandan, çıkarma usulüne ilişkin olarak da yine eski düzenlemeden farklı bir sistem benimsenmiştir. Zira § 1213 ABGB hükmü gereğince, ilgili ortağın çıkarılması diğer ortaklar tarafından alınacak bir karar ile değil, diğer tüm ortakların açacakları dava neticesinde mahkeme tarafından bu yönde verilecek olan bir karar ile gerçekleşecektir. Ancak yeni düzenleme ile mahkemeye başvurma zorunluluğunun getirilmiş olması, bazı yazarlarca ticari olarak faal olmayan küçük adi ortaklıklar açısından aşırı bir yük olarak nitelendirilmiştir²⁶.

Son olarak ayrıca belirtelim ki, § 1213 ABGB hükmü, Adi Ortaklık Reform Kanunu’nun gerekçesinde de açık bir şekilde ifade edildiği üzere, kolektif şirketlerde ortaklıktan çıkarma hususunu düzenleyen § 140 ÜGB hükmünden alınmış olup, oradaki düzenlemenin aynısıdır²⁷. Yine adi ortaklığın haklı nedenle mahkeme kararı ile sona erdirilmesine ilişkin § 1210 ABGB hükmü de, kolektif şirketlerin haklı nedenle sona erdirilmesi hususunu düzenleyen § 133 ÜGB hükmünden alınmış olup, bu iki düzenleme de birebir aynı içeriğe sahiptirler²⁸. Dolayısıyla, Avusturya hukukunda Adi Ortaklık Reform Kanunu (“GesBR-Reformgesetz”) kapsamında yapılan revizyon neticesinde, (01.01.2015 tarihinden itibaren) adi ortaklıktan haklı nedenle çıkarmaya ilişkin düzenlemeler ile kolektif şirketten çıkarmaya ilişkin düzenlemeler birbiri ile uyumlu hale gelmiştir.

IV. İSVİÇRE HUKUKU

İsviçre adi ortaklık hukukunda, ne adi ortaklıktan çıkarmaya ilişkin genel bir kanuni düzenleme ne de haklı nedenle çıkarmaya ilişkin özel bir düzenleme bulunmaktadır²⁹. Genel kabul, tarafların ortaklık sözleşmesinde bu yönde bir düzenleme yapmış olmaları halinde çıkarma müessesesine başvurulabileceği yönündedir³⁰. Herhangi bir sözleşmesel düzenleme olmaması halinde ortağın haklı nedenle ortaklıktan

²⁵ REICH-ROHRWIG, Johannes/ZIMMERMANN, Arno: “Die Reform der GesBR (Teil II)”, *ecolex* 2015, s.483.

²⁶ REICH-ROHRWIG, Johannes/ZIMMERMANN, Arno: “Reform der GesBR seit 1.1.2015 in Kraft”, *ecolex* 2015, s.43. Aksi görüş: SCHAUER, Martin: (in) Kalss/Nowotny/Schauer, *Österreichisches Gesellschaftsrecht*, Manz, (Stand: 01.06.2017), N. 2/571. Yazara göre ortaklar, ortaklık sözleşmesinde aksine düzenleme yaparak çıkarmanın bir ortaklık kararı ile gerçekleşmesini sağlayabileceklerdir.

²⁷ Erläuterungen-RV, 270 der Beilagen XXV. GP, s.23. https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/II_00270/index.shtml (Erişim: 10.02.2022)

²⁸ Erläuterungen-RV, 270 der Beilagen XXV. GP, s.23. https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/II_00270/index.shtml (Erişim: 10.02.2022)

²⁹ Ayrıca İsviçre adi ortaklık hukukunda, ortaklıktan “çıkma” müessesesine ilişkin olarak da herhangi bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır.

³⁰ Birçokları yerine bkz.: STRITTMATTER, Reto, *Ausschluss aus Rechtsgemeinschaften (Mit- und Stockwerk-eigentümergeinschaft, Kollektiv-, Kommandit- und einfache Gesellschaft, Erbengemeinschaft und Gemeinderschaft)*, Zürcher

çıkartılıp çıkarılamayacağı meselesi ise, İsviçre hukukunun tartışmalı konuları arasında yer almaktadır.

Federal mahkeme ve doktrinin büyük bir çoğunluğu, adi ortaklık sözleşmesinde bir düzenleme bulunmadığı sürece, ortağın mahkeme kararı ile dahi ortaklıktan çıkarılamayacağı³¹; hatta haklı bir sebebin varlığı halinde dahi bunun mümkün olmadığı görüşündedir³². Bu görüş uyarınca, kanun koyucu haklı nedenle çıkarma müessesesini adi ortaklıklar açısından bilinçli bir şekilde düzenlememiş olup; burada bir kanun boşluğu değil, aksine nitelikli bir susma söz konusudur³³. Özellikle Federal Mahkeme bu hususta verdiği eski tarihli bir kararında, kanunun hazırlık çalışmalarını, yani kanunlaştırma hareketlerini referans almış ve bu bağlamda 1869, 1872 ve 1876 tarihli komisyon taslaklarının adi ortaklıktan çıkarma müessesesine ilişkin bir düzenleme içermelerine rağmen, Federal Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan 1879 tarihli taslakta bu düzenlenmenin (bilinçli bir şekilde) metinden çıkarılmış olduğuna dikkat çekmiştir³⁴. Diğer yandan doktrinde, adi ortaklığın bütünüyle sözleşmesel bir ilişki olma özelliğine atf yapılarak, ortaklıktan çıkarmaya ilişkin sözleşmesel bir düzenleme olmadığı sürece ortakların sözleşmesel ilişkiden çıkarılamayacağı, aksi takdirde sözleşmenin sona ereceği; ayrıca çıkarmanın, özel hukuk açısından mülkiyet hakkının ihlali anlamına geleceği, dolayısıyla da çıkarma müessesesine başvurulabilmesi için bu hususu düzenleyen açık bir yasal dayanağın gerekli olduğu belirtilmektedir³⁵.

Karşı görüş taraftarlarına göre ise, kollektif ortaklıkta haklı nedenle çıkarmayı düzenleyen OR Art. 577 hükmünün, adi ortaklıklar açısından da kıyasen uygulanması ve sözleşmesel bir düzenleme olmasa dahi, haklı bir nedenle varlığı halinde ortağın şirketten çıkarılabilmesi gerekmektedir³⁶. Bu bağlamda bazı yazarlar, OR Art. 577'nin yalnızca ticari işletme işleten adi ortaklıklar (*kaufmännische einfache Gesellschaft*) açısından uygulanması gerektiğini savunurken³⁷; herhangi bir sınırlama yapılmaması gerektiği ve haklı nedenle çıkarmaya ilişkin OR Art. 577 düzenlemesinin istisnasız tüm adi ortaklıklar için uygulanması gerektiğini savunan yazarlar da mevcuttur³⁸. Özellikle ortaklığın haklı nedenle feshedilebilmesine rağmen (OR Art. 545/2), fesih sebebini doğuran ortağın neden haklı nedenle ortaklıktan çıkarılmasının mümkün olmadığı sorusu üzerinde yoğunlaşan bir yazar; bu noktada “*a maiore ad minus*” (“büyüğe uygulanan kural küçüğe de uygulanır”) ilkesi gereğince, feshe sebep olan nedeni doğuran ortağın şirketten çıkarılabilmesinin de mümkün olması gerektiğini savunmaktadır³⁹. Bir diğer yazar da benzer bir bakış açısıyla, şirketin feshinin en son çare (*ultimo ratio*) olarak başvurulması gereken bir kanun yolu olduğunu belirterek; ondan çok daha hafif bir çözüm olan çıkarma müessesesinin öncelikle uygulanması gerektiğini dile getirmektedir⁴⁰. Ayrıca yazara göre çıkarma müessesesinin -anonim şirket dışındaki- diğer tüm şirketler açısından uygulanmasının kabul edilip, adi ortaklığın kapsam dışı bırakılmasını haklı kılacak herhangi bir neden de bulunmamaktadır⁴¹.

V. TÜRK HUKUKU

A. 818 sayılı Mülga Borçlar Kanunu Dönemi

818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda⁴² -tıpkı İsviçre Borçlar Kanunu'nda olduğu üzere- ne adi ortaklıktan çıkarma (veya çıkma) hususunda genel bir düzenleme, ne de haklı nedenle çıkarma hususunda özel bir düzenleme bulunmaktaydı. Ortakların adi ortaklık sözleşmesinde bu hususlarda düzenleme yapabilecekleri genel olarak kabul edilmekle beraber⁴³; sözleşmesel düzenleme bulunmayan hallerde,

Studien zum Privatrecht Bd. 179, Zürich, 2002, s.168 ve dn. 621'de anılan diğer literatür.

³¹ BGE 94 II 119, E. 3a; BECKER, Hermann: (in) Berner Kommentar, Obligationenrecht, II. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-551 OR, Bern 1934, Art. 545, N. 27; BOLLMANN, Hans, Das Ausscheiden aus Personengesellschaften, Schultess Polygraphischer, Zürich 1971, s.25 vd.; FRAEFEL, Joseph: Die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund, Diss., Zürich, 1930, s.107; HANDSCHIN, Lukas/VONZUN, Reto: (in) Zürcher Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Band. V/4a, Die einfache Gesellschaft, Art. 530-551 OR, 4. Aufl., Zurich, 2009, Art. 545-547, N. 183; STAEHELIN, Daniel: (in) Honse/Vogt/Walter (Hrsg), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2016, Art. 545/546, N. 6; STAEHELIN, Daniel/STRAUB, Ralf Michael: “Der Ausschluss aus einer Personengesellschaft ohne wichtige Gründe”, AJP 2011, s.28; STRITTMATTER, Reto: Ausschluss aus Rechtsgemeinschaften (Mit- und Stockwerkeigentümergeinschaft, Kollektiv-, Kommandit- und einfache Gesellschaft, Erbengemeinschaft und Gemeinderschaft), Zürcher Studien zum Privatrecht Bd. 179, Zürich, 2002, s.166 vd.

³² BGE 94 II 119, E. 3a; BECKER, Art. 545, N. 27; STRITTMATTER, s.166 vd.; BOLLMAN, s.21 vd.; STAEHELIN/STRAUB, s.28; FRAEFEL, s.107; STAEHELIN, Art. 545/546, N. 6 ve orada anılan diğer literatür.

³³ BGE 94 II 119 E.3a; BOLLMANN, s.25; FRAEFEL, s.107 vd.; STRITTMATTER, s.166 ve orada anılan literatür.

³⁴ BGE 94 II 119 E.3a; aynı şekilde STRITTMATTER, s.166 vd.

³⁵ STRITTMATTER, s.167.

³⁶ KRAMER, Martha: Die Auseinandersetzung der Gesamthandgemeinschaften im schweizerischen Recht, Diss., Zürich 1943, s.54, 56; BERGSMÄ, Peter: Auflösung, Ausschluss und Austritt aus wichtigem Grund bei den Personengesellschaften, Peter Lang, Zürich 1990, s.90 vd.; HANDSCHIN/VONZUN, Art. 545-547, N. 209 ve N. 211; HANDSCHIN, Lukas: “Die Auflösung der einfachen Gesellschaft”, in: Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz, Tübingen 2014, s.251 vd.; JUNG, Peter: “Scheiden tut weh? Ausscheiden und Abfindung von Personengeschaftern”, (in) Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI, Peter V. Kunz Florian S.Jörg Oliver Arter (Herausgeber), Stämpfli, Bern 2016, s.202 vd.

³⁷ BERGSMÄ, s.92; HANDSCHIN, s.251 vd.; HANDSCHIN/VONZUN, Art. 545-547, N. 209. Son anılan yazarlar, ayrıca şirketin sona erdirilmesi hususunda kötü niyetli bir şekilde ısrar eden ortak açısından da haklı nedenle çıkarma müessesesinin uygulanabileceğini ifade etmektedirler. Bkz.: N. 211.

³⁸ JUNG, s.202 vd.

³⁹ BERGSMÄ, s.100 vd.

⁴⁰ JUNG, s.203.

⁴¹ JUNG, s.203.

⁴² RG: 29/4/1926: 359.

⁴³ ŞENER, Oruç Hami: Adi Ortaklık, Yetkin, Ankara 2008, s.387 vd.; HIZIR, Serdar: “6098 Sayılı (Yeni) Borçlar Kanunu'nun 633'ncü Maddesine Göre Adi Şirketten Çıkmanın ve Çıkarılmanın Genel Şartları ve Usulü”, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan,

çıkarmanın ve özellikle de haklı nedenle çıkarmanın mümkün olup olmadığı hususu tartışmalıydı.

Kanun'da bu konuda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş olması nedeniyle bir kanun boşluğu olduğu görüşünden yola çıkan yazarlar, haklı nedenlerin varlığı halinde ortağın şirketten çıkarılabilmesi gerektiğini savunmaktaydı⁴⁴. İsviçre doktrininde olduğu üzere, özellikle haklı nedenlerin varlığı halinde ortaklığın feshedilebilmesi kuralına atf yapılarak; haklı nedenlerin ortağın şahsında doğması halinde, ortaklığın feshine oranla daha hafif ve ortaklık menfaatine daha uygun bir yaptırım olan çıkarmanın evleviyetle mahkemeden talep edilebilmesi gerektiği ileri sürülmekteydi⁴⁵. Nitekim, bu kanun boşluğunun kollektif şirkete ilişkin hükümlerin (mülga-TTK m.197/TTK m.255) kıyasen uygulanması yoluyla giderilebileceği belirtilmekteydi⁴⁶.

Buna karşılık, sözleşmede bu yönde bir düzenleme bulunmadığı sürece, adi ortaklıkta haklı nedenle çıkarma kurumuna başvurulamayacağını savunan görüş taraftarları da mevcuttu⁴⁷. Bu bağlamda bir yandan, kanun koyucunun adi ortaklıkta haklı nedenle çıkarma hususunu bilinçli olarak düzenlemediği (nitelikli susma), dolayısıyla bu anlamda kıyasen uygulamayı gerektirecek herhangi bir kanun boşluğunun olmadığı ileri sürülmekteydi⁴⁸. Diğer yandan ise, bir boşluk olduğu kabul edilse dahi, ticaret şirketlerinin kanunda belirlenmiş olan özel türlerine uygulanmak üzere öngörülmüş olan özel hükümlerin, genel düzenleme niteliğindeki adi ortaklığa uygulanmayacağı; dolayısıyla kollektif şirketten haklı nedenle çıkarmaya ilişkin mülga-TTK m.197'nin (TTK m.255) adi ortaklıklarda kıyasen uygulanmasının mümkün olmadığı belirtilmekteydi⁴⁹. Nitekim söz konusu görüş taraftarları, sözleşmede özel bir düzenleme olmaması ya da çıkarılmak istenen ortağın olumlu oyunun bulunmaması halinde, ilgili ortağın haklı nedenle çıkarılmayacağını, bu durumda ancak ortaklığın feshi imkanının kullanılabilceğini ifade etmekteydiler⁵⁰.

B. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Dönemi

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda⁵¹ -818 sayılı mülga-BK'dan farklı olarak- çıkma ve çıkarma müesseseleri "Ortaklıktan Çıkma ve Çıkarılma" ana başlığı altında düzenleme altına alınmıştır (TBK m.633-636)⁵². Genel olarak çıkma ve çıkarma şartları TBK m.633'te belirlenmiş olup; hüküm şu şekilde kaleme alınmıştır:

"Bir ortağın fesih bildiriminde bulunması, kısıtlanması, iflası, tasfiyedeki payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi veya ölmesi hâlinde, sözleşmede ortaklığın diğer ortaklarla devam edeceğine ilişkin bir hüküm varsa, bu durumlardan biri gerçekleştiğinde, o ortak veya temsilcisi ya da ölen ortağın mirasçısı ortaklıktan çıkabilir veya diğer ortaklar tarafından yazılı olarak yapılacak bir bildirimle ortaklıktan çıkarılabilir."

Hükme bakıldığında, her şeyden önce çıkma ve çıkarma müesseselerinin aynı şartlara tabi tutulduğu ve özellikle de bu şartların teker teker sayılmak suretiyle belirlendiği görülmektedir. Buna göre, bir ortağın şirketten çıkarılabilmesi için öncelikli olarak hükümde belirtilen hallerden birisinin gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Diğer bir şart ise -Alman hukukunda olduğu üzere (§ 737 BGB)- sözleşmede, ortaklığın diğer ortaklarla devam edeceğine ilişkin bir düzenlemenin (devam klozu) yer almasıdır.

Dikkat edilecek olursa, 633. maddede belirtilen çıkma/çıkarma sebepleri arasında *haklı sebebe* yer verilmemiştir. Hükümün gerekçesinde, TBK m.633 hükümünün düzenlenmesinde Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 736. ve 737. maddelerinin göz önünde tutulduğu ifade edilmiştir. Ancak çalışmanın başında da ayrıntılı bir şekilde incelendiği üzere, Alman Medeni Kanunu'nun 737. maddesinde ortaklıktan çıkarma müessesesi düzenlenmiş olmakla beraber, ilgili düzenleme TBK m.633'ten tamamen farklı bir içeriğe sahiptir. Zira § 737 BGB'de ortağın çıkarılması müessesesi doğrudan haklı neden üzerine kurulmuştur⁵³. TBK m.633'te ise -gerekçede § 737 BGB'den esinlendiği ifade edilmiş olmasına rağmen- çıkarma sebepleri arasında haklı sebebe yer verilmemiştir. Dolayısıyla 6098 sayılı TBK'nın da, 818 sayılı mülga-BK döneminde olduğu gibi haklı nedenle çıkarmaya ilişkin açık bir düzenleme yapmadığı söylenebilecektir. Bu nedenle, sözleşmede haklı nedenle çıkarmaya ilişkin bir düzenleme yapılmamış olması halinde, bir ortağın mevcut kanuni düzenlemeler kapsamında haklı nedenle şirketten çıkarılıp çıkarılmayacağı hususu, önceki

Cilt: III, Beta, İstanbul 2011, s.2820.

⁴⁴ DOMANIÇ, Hayri: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.I, Fatih Gençlik Vakfı Matbaa İşletmesi, İstanbul 1988, s.413; KARAYALÇIN, Yaşar: Ticaret Hukuku II, Şirketler Hukuku, 2. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1973, s.152 vd.; ÇAMOĞLU, Ersin: Kollektif Ortaklıkta Haklı Sebep Kavramı ve Ortağın Haklı Sebep Çıkarılması, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976, s.76 vd.; YILDIZ, Şükür: "Adi Şirkette Ortağın Çıkarılması – Adi Şirketin Haklı Nedenle Feshi", Bilirkişi Raporları ve Hukuki Mütalaalar, On İki Levha, İstanbul 2009, s.302; ŞENER, Adi Ortaklık, s.389.

⁴⁵ DOMANIÇ, s.413; KARAYALÇIN, s.152 vd. Ayrıca bkz.: YILDIZ, s.302.

⁴⁶ ÇAMOĞLU, s.76; DOMANIÇ, s.413; ŞENER, s.389.

⁴⁷ AKKANAT, Halil: "Adi Ortaklıkta Haklı Sebep İhraç Mümkün müdür?", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, LXII(1-2), 2004, s.336 vd.; HIZIR, s.2823 vd.; ÇELİK, Aytekin: Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma, 4. Baskı, Seçkin, Ankara 2016, s.71. Ayrıca karş.: POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 12. Baskı, Vedat, İstanbul 2010, N. 98a.

⁴⁸ AKKANAT, s.336 vd.

⁴⁹ AKKANAT, s.346 vd.; ÇELİK, s.71; mülga-TTK m.197'nin (TTK m.255) kıyasen uygulanmasının kanuni dayanak eksikliği sebebiyle mümkün olmadığı görüşü için bkz.: POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, N. 98a.

⁵⁰ AKKANAT, s.346; ÇELİK, s.72; karş.: POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, N. 98a.

⁵¹ RG: 04/02/2011: 27836.

⁵² Çıkma ve çıkarma müesseselerine ilişkin düzenlemelere ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz.: KURŞAT, Zekeriya: "Yeni Borçlar Kanunumuzda Adi Ortaklık Hükümlerinin Değerlendirilmesi", İÜHF, LXX(1), 2012, s.301 vd.; BADAĞ AYBAR, Zehra: "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Adi Ortaklık Sözleşmesindeki Yenilikler ve Değişiklikler", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, (24), Güz 2013/2, s.127 vd.

⁵³ Ayrıntılı açıklama için bkz.: II., A.

kanun döneminde olduğu gibi şu an yürürlükte bulunan mevzuat kapsamında da tartışmalıdır.

Haklı nedenle çıkarmanın 6098 sayılı TBK kapsamında düzenlenmemiş olması, öğretinin çoğunluğu tarafından kanuni bir boşluk olarak nitelendirilmektedir⁵⁴. Bu bağlamda bir yazar, gerek TBK m.633'ün düzenlenmesinde § 736 ve § 737 BGB'den esinlenilmiş olmasından, gerekse BGB'nin bu konudaki diğer düzenlemelerinin iktibas olunmasından yola çıkarak, haklı nedenle ortaklıktan çıkarma müessesesine yer verilmemiş olmasının esasen kanun koyucunun bilinçli bir tercihinin dayandığını, bunun olsa olsa unutma neticesinde meydana gelen bir boşluk olduğunu dile getirmektedir⁵⁵. Dolayısıyla yazara göre en azından ticari işletme işleten adi ortaklıklar için, kollektif ortaklardaki TK m.255 hükmünün kıyasen kullanılması suretiyle bu boşluk doldurulabilmelidir⁵⁶. Başka bir yazar da benzer şekilde, burada kanun koyucunun ihmalden kaynaklanan bir kanun boşluğu bulunduğunu; ortaklığın haklı nedenle sona erip dağılmasına cevaz veren bir hukuk düzeninin, haklı nedenle çıkarma kurumuna karşı koymasının hukuk mantığına aykırı olacağını belirterek, adi ortaklıkta haklı nedenle çıkarma müessesesi açısından TTK m.255 hükmünün kıyasen uygulanması gerektiği sonucuna varmaktadır⁵⁷. Haklı nedenle çıkarma hususunda açık bir düzenleme yapılmamış olmasının, kanun koyucunun haklı nedene yol açan ortağın çıkarılmasını engellemek istediği şekilde yorumlanamayacağını savunan bir diğer yazar da, burada bir hukuki boşluk bulunduğunu ve TMK m.1 uyarınca bu hukuki boşluğun hâkim tarafından doldurulması gerektiğini ileri sürmektedir⁵⁸. Ancak yazara göre bu bağlamda kıyas yapılırken bir başka ortaklık tipine özgü TTK m.255'in değil, doğrudan adi ortaklık için sevkedilmiş olan ortaklıktan çıkarmaya ilişkin TBK m.633'ün kıyasen uygulanması daha yerinde olacaktır. Son olarak bir diğer görüş görüş sahibine göre ise, TTK m.255 genel bir çıkarma hakkı düzenlemekte olup; TBK m.633'e girmeyen bazı olaylar açısından ve özellikle haklı nedenle ortaklıktan çıkarma hususunda TTK m.255'in kıyasen uygulanması mümkündür⁵⁹.

Karşı görüş taraftarları ise, 818 sayılı mülga-BK'dan farklı olarak TBK m.633'te çıkarma müessesesinin düzenlenmiş olmasından yola çıkarak, artık bir kanun boşluğundan bahsedilemeyeceği görüşünü savunmaktadırlar⁶⁰. Bu bağlamda, çıkarma nedenlerinin hükümde teker teker belirtilmiş olması ve haklı sebebin bunların arasında yer almaması sebebiyle, -sözleşmede hüküm bulunmayan durumlarda- haklı nedenle çıkarma yapılmasının ve kollektif şirket hükümlerinin kıyasen uygulanmasının mümkün olmayacağı ifade edilmektedir⁶¹.

C. Değerlendirme

1. De Lege Lata

Haklı nedenle çıkarma kurumuna ilişkin olarak TBK m.633 hükmünün lâfzı ile gerekçesi arasındaki uyumsuzluk, Türk kanun koyucusunun adi ortaklıkta haklı nedenle çıkarma müessesesine bakış açısının net bir şekilde belirlenmesini güçleştirmektedir: Acaba burada haklı nedenle çıkarmayı engelleme amacına yönelik nitelikli bir susma hali mi, yoksa bir kanun boşluğu mu vardır? Kanun koyucunun amacına en yakın cevabın bulunabilmesi açısından, hem ortaklıktan çıkma ve çıkarma hususuna ilişkin düzenlemelerin bütünü (TBK m.633-636), hem de özel olarak çıkma/çıkarma sebeplerinin düzenlendiği 633. madde ve gerekçesinin incelenmesi yerinde olacaktır.

Çıkma ve çıkarılma meselesini konu edinen düzenlemelerin bütününe bakıldığında (TBK m.633-636), Türk kanun koyucusunun sistemsel ve bütüncül bir şekilde Alman hukukunu esas aldığı görülmektedir. Bu durum ilgili madde gerekçelerinde açık bir şekilde dile getirilmiş olup; TBK m.633'ün § 736 ve § 737 BGB, TBK m.634'ün § 738 BGB, TBK m.635'in § 739 BGB ve TBK m.636'nın § 740 BGB hükmü göz önünde tutularak düzenlendiği belirtilmiştir. Bu bağlamda tek tek ilgili hükümler karşılaştırıldığında, gerçekten de TBK m.634, 635 ve 636'nın düzenleniş ve içerik bakımından neredeyse Alman Medeni Kanunu'nun ilgili maddeleri ile aynı olduğu; yalnızca 633. maddenin, gerekçesinde hem § 736 BGB hem de § 737 BGB'ye atıf yapılmış olmasına rağmen, § 737 BGB'yi karşılayan bir içeriğe sahip olmadığı görülmektedir.

TBK m.633 ile § 736 ve § 737 BGB düzenlemeleri karşılaştırılacak olduğunda ise, şöyle bir tablo ortaya çıkmaktadır: Alman Medeni Kanunu'nun 736. ve 737. maddelerinde ortağın çıkması ve çıkarılması hususları ayrı ayrı düzenlenmiş ve birbirinden farklı şartlara tabi tutulmuştur. Çıkmaya ilişkin § 736 BGB'de çıkma sebepleri teker teker sayılıp, bu hallerin gerçekleşmesi halinde ortağın şirketten çıkacağı dile getirilirken; § 737 BGB'de haklı nedenle çıkarma kurumu düzenlenmiştir. Dolayısıyla Alman hukukunda çıkma ve çıkarma müesseseleri kendi hükümleri altında ayrı ayrı düzenlenen; birbirinden farklı şartlara tabi kılınan ve dolayısıyla ortak paydası bulunmayan iki farklı düzenlemedir. TBK m.633'te ise, çıkma ve

⁵⁴ AKIN, Murat Yusuf: "Adi Ortaklık", Şirketler Hukuku, 2. Bası, Mimoza Yayınları 2013, s.83; ÇETİNER, Bilgehan: "Austritt und Ausschluss Der Gesellschafter Aus Einer Einfachen Gesellschaft im Neuen Türkischen Obligationengesetz Unter Berücksichtigung Der Deutschen BGB-Gesellschaft", Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul 2015, 47(64), s.40; ÇELİKBOYA, Kerem: "Adi Ortaklıktan Çıkma ve Çıkarmanın Koşulları", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2), 2015, Beta, İstanbul 2015, s.221; TÜRKMEN, Emre: "Adi Ortaklıktan Çıkma ve Çıkarılma, Seçkin, Ankara 2020, s.184; ŞAHANKAYA, Sarp: "Adi Ortaklıklarda Sözleşmede Hüküm Bulunmaması Durumunda Haklı Sebep Çıkarma Yapılıp Yapılamayacağı Meselesi", Ankara Barosu Dergisi, (2) 2021, s.176 vd.

⁵⁵ AKIN, s.83, dn. 2.

⁵⁶ AKIN s.83; aynı yönde ÇETİNER, s.40.

⁵⁷ TÜRKMEN, s.191 vd.

⁵⁸ ÇELİKBOYA, s.221.

⁵⁹ ŞENER, Oruç Hami: "Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 4. Baskı, Seçkin, Ankara 2019, s.71.

⁶⁰ BADAĞ AYBAR, s.140; ÇELİK, s.72; KENDİGELEN/KIRCA, s.140.

⁶¹ BADAĞ AYBAR, s.140; KENDİGELEN/KIRCA, s.140.

çıkarma müesseseleri beraber (tek bir hüküm altında) düzenlenmiş; dahası her iki kurum da aynı şartlara tabi kılınmış, yani hükümde belirtilen hususlar hem çıkma hem de çıkarılma sebepleri olarak kabul edilmiştir⁶². İşte, madde gerekçesinde hem § 736 BGB hem de § 737 BGB'ye atıf yapılmış olmasına rağmen, haklı nedenle çıkarma kurumuna ilişkin § 737 BGB düzenlemesinin madde metnine yansıtılmamış olması, kanaatimce söz konusu bu düzenleme tarzından kaynaklanmaktadır. Zira görüldüğü üzere Türk kanun koyucusu -Alman sisteminden farklı olarak- çıkma ve çıkarma sebeplerini tek bir madde altında toplamak ve çıkma sebeplerini aynı zamanda çıkarma sebepleri olarak düzenlemek istemiştir. Bu esnada büyük ihtimalle çıkma müessesesinin konu edildiği § 736 BGB düzenlemesine odaklanılmış ve haklı nedenle çıkarmaya ilişkin § 737 BGB hükmü gözden kaçırılmıştır. TBK m.633 yakından incelendiğinde de, düzenlemenin daha çok çıkma müessesesinin konu edildiği § 736 BGB hükmü ile benzerlik gösterdiği görülmektedir⁶³. Nitekim kanun koyucunun gerekçede bizzat atıf yaptığı § 737 BGB hükmünün içeriğini ve konusunu bilmediği düşünölmeyeceğine göre, söz konusu hükmün TBK m.633 metnine yansıtılmaması muhtemelen bilinçli bir tercihten ziyade, Türk kanun koyucusunun -Alman hukukundan farklı olarak- çıkma ve çıkarma sebeplerini tek bir hüküm altında kaleme alma çabasının bir ürünü, başka bir ifadeyle olumsuz bir yan etkisidir.

Ayrıca, TBK m.633'ün gerekçesinde çıkma ve çıkarma kurumlarının düzenleniş amacına ilişkin yapılmış olan açıklamalar da, bu görüşü destekler niteliktedir. Madde gerekçesinde, düzenlemenin amacının ortaklardan birinin ortaklıktan ayrılmak istediği veya ortaklıktan ayrılmasını gerektirecek yasal bir durum ortaya çıktığı takdirde, diğer ortaklara, ortaklığın sürdürülmesi konusunda, henüz ortaklığın kurulması aşamasında irade açıklamasında bulunma olanağını vermek ve bu suretle işleyen bir ortaklık sisteminin sona ermesini önlemek olduğu; ayrıca bu düzenlemenin, ölen ortağın mirasçılarıyla ortaklığı sürdürmek istemeyen diğer ortakları ortaklığı tasfiye edip yeni bir ortaklık kurma zahmetinden kurtaracağı ifade etmiştir. Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, kanun koyucunun genel olarak temel amacı, işleyen ortaklık sisteminin olabildiğince ayakta kalmasının sağlanmasıdır. Dolayısıyla 633. madde düzenlemesi ile Türk adi ortaklık hukukunda ortakların çıkması/çıkarılması bağlamında, esasen ortaklığın devamlılığı esasına dayalı bir sistem benimsendiği söylenebilecektir. TBK m.633'te sayılan çıkma/çıkarma sebepleri yakından incelendiğinde, kanun koyucunun söz konusu düzenleme ile şirketin -TBK m.639 N. 2, 3 ve 6'ta belirtilen- ortaklardan birine ilişkin bir sebepten ötürü sona erme tehlikesi ile karşılaşması halinde, diğer ortaklara, bu tehlikeyi doğuran ortağı çıkararak şirketin devamlılığını sağlama imkanı vermeyi amaçladığı daha da açık bir şekilde görülmektedir. Nitekim şahsında, şirketin feshini talep etme gereksinimi doğuran haklı bir neden gerçekleşen ortağın şirketten çıkarılması imkanı da, esasen tam olarak bu amaca hizmet eden bir kurumdur. Zira ortaklardan birisinin şahsında, ortaklık ilişkisinin devamını diğer ortaklar açısından çekilmez hale getiren bir durumun gerçekleşmiş olması halinde, söz konusu ortak ile ilişkiye devam etmek istemeyen diğer ortaklar, şirketin haklı nedenle feshini talep edebileceklerdir (TBK m.639 N. 7). Söz konusu ortağın haklı nedenle şirketten çıkarılması imkanının diğer ortaklara tanınmış olması ihtimalinde ise, diğer ortaklar ilişkiyi çekilmez hale getiren ortağı şirketten çıkararak, ortaklık ilişkisini kendi aralarında devam ettirme imkanını elde edeceklerdir. Aksi halde, diğer ortaklar adeta şirketin TBK m.639 N. 7 uyarınca (haklı nedenle) feshini talep etmeye zorlanmış olacaklar; ilişkiye kendi aralarında devam etmek istemeleri halinde ise, yeni bir şirket kurma zahmetine katlanmak zorunda bırakılacaklardır. Bu ise hiç kuşkusuz, kanun koyucunun yukarıda belirtilen temel amacı ile açık bir çelişki oluşturmaktadır. Zira haklı nedenle çıkarma imkanı, TBK m.633'te sayılan diğer çıkarma sebepleri ile aynı mantıksal örgüye dayanmakta ve yine aynı gayeye, yani şahsından kaynaklanan bir sebeple şirketin sona ermesi ihtimalini yaratan ortağın çıkarılması suretiyle şirketin devamlılığının sağlanması amacına hizmet etmektedir. Dolayısıyla kanun koyucunun çıkma ve çıkarma kurumunu düzenleme amacı açısından bakılacak olduğunda da, haklı nedenle çıkarma imkanının madde metnine dahil edilmemesinin, kanun koyucunun bilinçli bir tutumundan kaynaklanmadığı görüşü daha ağır basmaktadır⁶⁴.

Tüm bu anlatılanlar ışığında sonuç olarak, 633. madde metninde çıkarma sebepleri arasında haklı nedene yer verilmemiş olması; kanaatimce kanun koyucunun haklı nedenle çıkarmayı engelleme amacına yönelik bilinçli tutumundan değil, § 737 BGB düzenlemesinin ve mantığının metne gereği gibi

⁶² Hükmün düzenleniş tarzının eleştirisi ve yol açtığı soru işaretlerine ilişkin açıklamalar için bkz.: KURŞAT, s.311 vd.; ÇETİNER s.36 vd.

⁶³ Ancak özellikle belirtilmelidir ki, § 736 BGB'de çıkma sebepleri olarak yalnızca bir ortağın feshi bildiriminde bulunması, ölmesi veya hakkında iflas davası açılmış olması halleri dile getirilmişken; TBK m.633'te bunlara ek olarak ayrıca ortağın kısıtlanması ve tasfiye payının cebri ica yoluyla paraya çevrilmesi de çıkma (ve çıkarılma) sebepleri arasında sayılmıştır.

⁶⁴ Karş.: KENDİGELEN/KIRCA, s.139. Kirca'ya göre, Türk hukukunda -Alman hukukundan farklı olarak- haklı nedenle şirketten çıkarmanın TBK m.633'te düzenlenmemiş olmasının muhtemel sebebi, Alman hukukunda şirketin haklı nedenle feshi için tek taraflı bir irade beyanının yeterli olmasına rağmen (§ 723 BGB); Türk hukukunda şirketin feshi için mahkeme kararına ihtiyaç olmasıdır (TBK m.639 N.7). Ancak, şirketin haklı nedenle feshinin mahkeme kararı ile, haklı nedenle çıkarma işleminin ise ortakların irade beyanı ile gerçekleşmesi konsepti, Türk şirketler hukukuna yabancı bir uygulama değildir. Zira kolektif ortaklıkta, şirketin haklı nedenle feshi için mahkeme kararı gerekli görülüşken, haklı nedenle ortaklıktan çıkarma işlemi için diğer ortakların irade beyanı yeterli kabul edilmiştir (TTK m.255/1). Dolayısıyla haklı nedenin gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda mahkemenin ne yönde karar vereceğinin henüz bilinmiyor oluşu, kolektif ortaklıkta ortakların irade beyanı ile haklı nedene bağlı çıkarmanın gerçekleşebilmesi açısından bir engel olarak görülmemiştir. Nitekim ortaklar arası ilişkiler ve dolayısıyla menfaatler durumu açısından kolektif ortaklık ile adi ortaklık arasındaki benzerlik dikkate alınacak olduğunda; kanun koyucunun TBK m.633 kapsamında haklı nedenle çıkarma kurumunu düzenlememe sebebini, haklı nedenle fesihte mahkeme kararına ihtiyaç duyulması olarak açıklamak zordur. Aksi halde, kolektif ortaklıkta kabul edilen konseptin neden adi ortaklıkta kabul edilmek istenmediğinin izah edilmesi gerekecektir.

yanıtlanamamış olmasından kaynaklanmaktadır. Nitekim TBK m.633 düzenlemesi ve gerekçesinden de açık bir şekilde anlaşıldığı üzere, genel olarak çıkarma kurumunun düzenleniş amacı, şirketin ortaklardan birinden kaynaklanan bir sebep dolayısıyla sona erme tehlikesi ile karşılaşması halinde, diğer ortaklara bu tehlikeyi doğuran ortağı çıkarma imkanının sağlanması ve böylece ortaklığın devamlılığının korunmasıdır. Dolayısıyla şahsında, şirketin feshine sebep olabilecek bir haklı neden gerçekleşen ortağın da, TBK m.633'ün kıyasen uygulanması suretiyle diğer ortaklar tarafından oybirliği ile alınacak bir kararla ortaklıktan çıkarılabilmesi gerekmektedir. Çünkü anılan bu son halde de ortağın çıkarılması aynı ihtiyaçtan kaynaklanmakta ve aynı mantıksal örgüye dayanmaktadır. Aksi taktirde diğer ortaklar adeta şirketin (haklı nedenle) feshini talep etmeye zorlanmış olacaklardır ki; bu durum açık bir şekilde TTK m.633'ün ihdas edilmiş amacına aykırıdır. Bu nedenle, her ne kadar madde metninde haklı nedenle çıkarmaya ilişkin bir ifade yer almasa da, hükmün düzenleniş amacı ve bu anlamda varılmak istenen sonuç dikkate alındığında, TBK m.633 düzenlemesinin şirketin feshi talebini doğuran haklı neden şahsında gerçekleşen ortak açısından da uygulanması, kanaatimce kanun koyucunun amacına en yakın çözüm olacaktır.

2. De lege ferenda Öneri

Her ne kadar çalışmada -amaçsal yorum yoluyla- TBK m.633 uyarınca haklı nedenle ortaklıktan çıkarmanın *de lege lata* mümkün olduğu savunulsa da; mevcut görüş ayrılıklarının ve belirsizliklerin bütünüyle ortadan kaldırılması açısından, *de lege ferenda* konuya ilişkin özel bir düzenleme yapılması gereği ortadadır. 6102 sayılı TTK ile aynı zamanda yürürlüğe giren 6083 sayılı TBK'da bu husustaki tartışmaları ve belirsizliği ortadan kaldıracak açıklıkta bir düzenleme yapıl(a)mamış olması, önemli bir eksikliktir. Özellikle haklı nedenle çıkarma kurumunun şahıs şirketleri açısından önemi, bu bağlamda sağladığı fayda ve giderdiği ihtiyaç göz önünde bulundurulacak olduğunda, konuya ilişkin kanuni bir düzenleme yapma gereği daha da belirgin hale gelmektedir.

Her şeyden önce belirtmelidir ki, tıpkı kolektif ortaklık gibi adi ortaklık da, ortaklar arası işbirliği ve güven duygusunun ön planda yer aldığı, dolayısıyla *kişi* unsurunun ortaklığın oluşumu açısından olduğu gibi sürdürülebilirliği bakımından da son derece önemli olduğu bir ortaklık türüdür. Nitekim Türk hukuku, ortaklığın kuruluşu aşamasında sağlanan güven ilişkisinin ortaklık ilişkisini çekilmez hale getirecek şekilde sonradan bozulması halinde, her iki ortaklık türünde de diğer ortaklara, şirketin haklı nedenle feshedilmesini sağlama imkanı tanımıştır (TBK m.639 N. 7; TTK m.243/1, 245). Ancak kolektif ortaklıkta bunun yanı sıra, haklı neden şahsında gerçekleşen ortağın çıkarılarak, ortaklık ilişkisinin kalan ortaklar arasında sürdürülmesi imkanı da tanınmıştır (TTK m.255/1). Hatta 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı Kanun ile mülga 6762 sayılı Kanun'un ilgili maddesindeki (mülga-TTK m.197), haklı nedenle çıkarma işleminin yapılabilmesi için sözleşmede bu yönde bir düzenleme olması gerektiği izlenimini doğuran ibare dahi kaldırılmış; böylece haklı nedenle çıkarma kolektif şirket ortakları açısından kanuni bir hak olarak düzenlenmiştir⁶⁵. Buna ilişkin olarak TTK m.255'in gerekçesinde, diğer ortakların şahsında haklı neden doğan ortağı şirketten çıkarma haklarının doğal olduğu; bu yetkinin doğallığının kolektif şirketin şahıs şirketi niteliğinden kaynaklandığı; bu sebeple söz konusu hakkin şirket sözleşmesinde bulunmasına gerek olmadığı açık bir şekilde dile getirilmiştir. Böylece kolektif ortaklıkta haklı nedenle çıkarma kurumunun, şirket sözleşmesinde bu yönde bir düzenleme şartına gerek olmaksızın uygulanması gereken doğal bir hak olarak kabul edildiği, bu gerekliliğin ortaklığın şahıs şirketi olma niteliğinden kaynaklandığı açık bir şekilde ifade edilmiştir.

TTK m.255'in gerekçesinde dile getirilen bu ifadeler, esasen adi ortaklık açısından da bütünüyle geçerlidir. Zira, tıpkı kolektif ortaklıkta olduğu gibi, ortaklar arası ilişkinin temelinde kişi ve güven unsurunun yer aldığı adi ortaklıkta da şahsında güven kırıcı gelişmeler vuku bulan kişi ile kurulan ortaklık ilişkisinin sona erdirilebilmesi imkanı, ilişkinin niteliğinden kaynaklanan doğal bir ihtiyaçtır. Dolayısıyla aynı hukuk sistemi içinde karakteristik açıdan şahıs şirketi olma özelliği ön planda yer alan iki şirket türünün farklı uygulamalara tabi tutulmasını; bu bağlamda haklı nedenle çıkarma imkanının kolektif ortaklıkta doğal bir hak olarak kabul edilip, adi ortaklıkta reddedilmesini haklı kılacak nesnel bir gerekçe bulunmamaktadır. Her iki ortaklık türünde de ortakların şahsından kaynaklanan sebeplerle şirketin feshini talep etme imkanının tanınması (TBK m.639 N. 7; TTK m.243/1, 245), kolektif ortaklıkta buna alternatif olarak -fesihten daha hafif sonuçları olan- fesih sebebinin doğumuna neden olan ortağın çıkarılmasına müsaade edilmesine rağmen (TTK m.255), adi ortaklıkta bu imkanın tanınmamasının ve ortakların adeta şirketi feshine zorlanmalarının sebebinin izah etmek zordur. Nitekim söz konusu benzer iki şirket türü arasındaki nesnel gerekçeden yoksun bu farklılığın ortadan kaldırılması, şahıs ortaklıkları hukukumuz içindeki mantıksal bütünlüğün sağlanması açısından da oldukça önemlidir.

⁶⁵ Kısaca hatırlatmak gerekirse, mülga-TTK 197 şu şekildeydi: "Bir ortağın şahsına ait sebeplerden dolayı şirketin feshinin istenebileceği hallerde ve mukavelede hüküm bulunduğu takdirde diğer ortakların ekseriyeti onun şirketten çıkarılması suretiyle şirketin devamına karar verebilirler". Burada yer alan "mukavelede hüküm bulunduğu takdirde" ibaresi, ortağın haklı nedenle çıkarılabilmesi için, sözleşmede hüküm bulunmasının zorunlu olduğu şeklinde yorumlanıyordu. (Bu yönde bkz.: Yargıtay Ticaret Dairesi'nin 25.1.1962 tarihli, E. 3542, K. 334 sayılı Kararı, ÇAMOĞLU, s.130, 131, dn.13). Ancak bu ibarenin, ortaklarca verilecek olan çıkarma kararının yetersayısına ilişkin olduğu ve dolayısıyla bununla, sözleşmede hüküm bulunması halinde çıkarmanın oy çokluğu ile yapılabileceğinin ifade edilmek istendiği yönünde görüşler de mevcuttu. Bu yönde özellikle bkz. Çamoğlu, s.130 vd. ve ayrıca s.131, dn.14, 15'te anılan yazarlar ile bu yöndeki Yargıtay kararı. Nitekim yeni düzenlemede kanun koyucu anılan bu son görüşü benimsemiş ve bunu TTK m.255 gerekçesinde açıkça dile getirdiği gibi, madde metninde de "Şirket sözleşmesinde bu kararın çoğunlukla alınması öngörülebilir" şeklinde açıkça ifade etmiştir (TTK m.255/1, son c.).

Diğer yandan, bir önceki başlıkta da ayrıntılı olarak ifade edildiği üzere, adi ortaklıkta çıkma ve çıkarılmaya ilişkin TBK m.633'ün temelinde yatan düşünce, ortaklardan birine ilişkin bir nedenle şirketin sona erme tehlikesi ile karşılaşması halinde, diğer ortaklara o ortağı çıkarma imkanı tanımak suretiyle ortaklığın devamlılığının sağlanması ve kalan ortakların tekrar yeni bir şirket kurma zahmetinden kurtarılmasıdır. Nitekim bu açıdan bakıldığında da, ortağın haklı nedenle şirketten çıkarılması tam olarak bu amaca hizmet eden bir imkandır. Bu imkanın tanınmaması, kanun koyucunun adi ortaklıkta çıkarma kurumunu düzenleme amacı ile bağdaşmayacağı gibi, bazı durumlarda hakkaniyet ilkesinin zedelenmesine neden olan uygulamalara dahi sebep olabilecektir. Zira, pekâlâ ortaklardan biri (ya da bazıları) çeşitli saiklerle ilişkinin devamını çekilmez hale getirmek suretiyle, diğer ortakları bilinçli bir şekilde şirketin feshini talep etmeye zorlayabilir(ler). Bu gibi hallerde diğer ortaklara, şirketin feshine neden olabilecek sebepleri gerçekleştiren ortağı şirketten çıkarma imkanı sağlamak yerine, şirketin feshini tek seçenek olarak sunmak; buna ek olarak ilişkiye devam etmek isteyen diğer ortakları yeni bir şirket kurmak zorunda bırakmak, menfaatler dengesi ve dürüstlük ilkesi ile bağdaşmayan sonuçlara neden olacaktır. Hatta bu uygulama, bir bakıma kötü niyetli ortakların korunması sonucunu doğuracaktır. Dahası, başka bir ortağın şahsında gerçekleşen güven kırıcı sebepler yüzünden adeta şirketin feshini istemek zorunda kalan/bırakılan bir ortağın dahi -TTK m.633 uyarınca- şirketten çıkarılabileceği ihtimali⁶⁶ düşünülürken, fesih talebinin doğumuna bizzat neden olan ortağın çıkarılmamasının sebep olacağı hakkaniyete aykırılık daha da net bir şekilde gün yüzüne çıkmaktadır.

Ayrıca adi ortaklıkta haklı nedenle çıkarma imkanı, ekonomi maliyesi açısından da önemli bir ihtiyacı karşılayacaktır. Zira ülkemizde özellikle otoyol, köprü, havaalanı inşası gibi önemli ve büyük çaplı işlerin adi ortaklık hukuki temelinde yapıldığı düşünüldüğünde; ortaklığın devamını tehlikeye düşüren ortağın çıkarılması imkanının kanuni olarak tanınması ve böylece ortaklığın ve işletmenin devamlılığının desteklenmesi, genel olarak ekonomi ve dolayısıyla kamu menfaati açısından da son derece önemlidir.

Sonuç itibarıyla, açıklanan sebeplerden ötürü adi ortaklıkta haklı nedenle çıkarma imkanına ilişkin kanuni bir düzenleme yapılması önerilmektedir. Ancak söz konusu düzenleme yapılırken, menfaatler dengesinin en iyi şekilde sağlanmasına ve ihtiyaca en uygun çözümün belirlenmesine özen gösterilmelidir. Nitekim modern hukuk sistemlerindeki gelişmelere bakıldığında, adi ortaklıkta “ortaklığın devamlılığının” kanunen korunması gereken menfaat olarak kabul edilmesi yönünde bir eğilim olduğu görülmektedir. Çalışmanın başında ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, gerek Avusturya hukukunda 2015 yılından beri yürürlükte olan, gerekse Alman hukukunda yakında yürürlüğe girecek olan yeni sistemde, ortakların şirketten ayrılması açık bir şekilde şirketin feshine tercih edilmiş ve bu bağlamda şirketin devamlılığına ilişkin ortaksal iradenin sözleşmeye yansıtılmış olması şartından (devam klozu) vazgeçilmiştir. Böylece hem Avusturya hem de yeni düzenleme uyarınca Alman hukukunda, haklı nedenle adi ortaklıktan çıkarma imkanı ortaklar açısından -aksi düzenlenebilecek olan- kanuni bir hak vasfını kazanmıştır. Kanaatimce bu bakış açısı, adi ortaklıkta güven ilişkisinin sonradan sarsılmasından kaynaklı rahatsızlığı menfaatler dengesine en uygun şekilde giderebilecek olan, en elverişli çözüm tarzıdır. Zira devam klozunun, haklı nedenle çıkarma imkanını kısıtlı bir alana hapsedecek olması bir yana, esasen hukuk mantığı açısından da gerekliliği tartışmaya açıktır. Adi ortaklık sözleşmesinde hali hazırda zaten haklı nedenle çıkarmaya ilişkin (geçerli) bir düzenleme yapılabilecek olması dolayısıyla, haklı nedenle çıkarmanın yapılabilmesi için ortakların bu yöndeki iradelerini sözleşmeye yansıtması olmalarını arayan bir kanuni düzenleme, ilgili sözleşmesel düzenlemenin geçerli olacağını teyit etmenin ötesine gidemeyecektir. Dolayısıyla, ortaklığın devamlılığının korunmasını temel alan söz konusu bakış açısıyla hareket edilmesi ve haklı nedenle fesih imkanının devam klozu aranmaksızın, adi şirket ortaklarına -aksine düzenleme yapılabilen- bir kanuni hak olarak tanınması yerinde olacaktır. Nitekim yapılacak olan düzenlemede -karakteristik olarak adi ortaklık ile büyük oranda benzerlik göstermesi dolayısıyla- kolektif ortaklığa ilişkin sistematik esas alınmalı ve ortaklar arası ilişkiler açısından oldukça benzer bu iki şirket türü arasında sistemsal bir uyum sağlanmalıdır. Bu bağlamda, kolektif ortaklıkta haklı nedenle çıkarmaya ilişkin TTK m.255 hükmünden esinlenmek suretiyle aşağıda kaleme alınan metnin, “Haklı Nedenle Çıkarma” yan başlığı altında TBK m.633'ten sonra gelmek üzere, “TBK m.633a” olarak Türk Borçlar Kanunu'na eklenmesi *de lege ferenda* önerilmektedir.

“Haklı Nedenle Çıkarma

TBK m.633a

TTK m.639 N. 7 uyarınca şirketin feshi talebini haklı kılan sebep şahsında gerçekleşen ortak, diğer ortakların kararı ile şirketten çıkarılabilir. Şirket sözleşmesinde bu kararın çoğunlukla alınması öngörülebilir.

Yeter sayının sağlanamaması sebebiyle çıkarma kararının alınamaması halinde, her ortak,

⁶⁶ Kanaatimce TBK m.639 N.6'da belirtilen (olağan) fesih bildirimimin yanı sıra, TBK m.639 N.7 anlamında haklı nedenle fesih talebinde bulunulmuş olması da, amaçsal yorum neticesinde TBK m.633 uyarınca “fesih beyanında bulunma” anlamında bir çıkarma sebebi olarak değerlendirilebilecektir. Zira her iki halde de ortağın iradesi ve amacı, şirket ilişkisinin sona erdirilmesidir. İlkinde fesih için beyanın yeterli olması, ikincisinde ise bu yönde bir mahkeme kararının gerekli olması bu kabule engel değildir. Daha önce de ifade edildiği üzere, 633. madde düzenlemesinin amacı, şirketin ortaklardan kaynaklanan bir sebeple sona erme ihtimalinin söz konusu olduğu hallerde, diğer ortakların ilgili ortağı çıkararak ortaklık ilişkisini sürdürmelerine imkan tanımaktır. Nitekim mahkemenin kararına kadar ortaklığın feshedilip edilmeyeceğinin belirsiz olması, bu bağlamda bir önem arz etmeyecektir. Zira mahkemeden fesih talebinde bulunan ortak, tıpkı olağan fesih bildiriminde olduğu gibi ortaklık ilişkisini sona erdirmeye yönelik iradesini ortaya koymuş ve feshin gerçekleşmesi ihtimalini yaratmıştır. Ayrıca karşı: ÇELİKBOYA, s.215; TÜRKMEN, s.118. Aksi görüş: HIZIR, s.2837; ŞAHANKAYA, Adi Ortaklıklarda Haklı Sebeplerle Fesih ve Ortaklıktan Çıkarma, Ankara 2021, s.193.

mahkemeden söz konusu ortağın şirketten çıkarılmasını ve ayrılma payının belirlenmesini isteyebilir. Yalnızca iki kişiden oluşan ortaklıklarda TTK m.257/1 c.1 kıyasen uygulanır.”

VI. SONUÇ

Varılan sonucu kısaca özetlemek gerekirse, öncelikle Alman ve Avusturya hukuk sistemlerinde adi şirket ortağının haklı nedenle çıkarılması imkanının kanunen düzenlenmiş olduğu; İsviçre ve Türk adi ortaklık hukukunda ise konuya ilişkin kanuni bir düzenleme bulunmadığı ifade edilmelidir.

Gerek Avusturya gerekse Alman kanun koyucusu, haklı nedenin varlığı halinde şirketin feshinden ziyade haklı neden şahsında gerçekleşen ortağın çıkarılmasının menfaatler dengesine daha uygun olacağı görüşünü ve dolayısıyla ortaklığın devamlılığı prensibini benimsemiştir. Bu bağlamda Avusturya hukukunda adi şirket ortakları, şahsında ortaklığın haklı nedenle feshini gerektiren bir hal gerçekleşmiş olan ortağın çıkarılmasını mahkemeden talep edebileceklerdir (§ 1213 ABGB). Ortağın haklı nedenle çıkarılmasını talep etme imkanı kanuni bir hak olarak düzenlenmiş olmakla beraber; sözleşmede aksi kararlaştırılabilecektir. Alman hukukunda hali hazırda yürürlükte bulunan § 737 BGB düzenlemesine göre ise, ortaklık sözleşmesinde bir ortağın şirketi feshetmesi halinde şirketin diğer ortaklar arasında varlığını sürdüreceği öngörülmüşse (devam klozu), şahsında diğer ortaklara şirketi fesih hakkı veren bir sebep gerçekleşmiş olan ortak, diğer ortaklar tarafından alınacak bir karar ile şirketten çıkarılabilmektedir. MoPeG kapsamında yapılan ve 01.01.2024'te yürürlüğe girecek yeni düzenlemede ise devam klozu kaldırılmış; böylece haklı nedenle çıkarma kanuni bir hak olarak düzenlenmiştir. § 727 BGB-MoPeG hükmünde, bir ortağın şahsında önemli bir sebebin ortaya çıkması halinde o ortağın, diğer ortakların kararı ile şirketten çıkarılabileceği ifade edilmiştir.

İsviçre adi ortaklık hukukunda ise, haklı nedenle çıkarmaya ilişkin kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır. Genel kabul, tarafların ortaklık sözleşmesinde bu yönde bir düzenleme yapmış olmaları halinde çıkarma müessesesine başvurulabileceği yönünde olup; sözleşmesel düzenlemenin yokluğu halinde haklı nedenle çıkarmanın mümkün olup olmadığı hususu, uzun yıllardır tartışılmakta olan konular arasındaki yerini korumaktadır.

Adi ortaklıktan çıkma ve çıkarma meselesi, Türk hukukunda ilk kez 6098 sayılı TBK ile kanuni düzlemde ele alınmış; çıkma ve çıkarma sebepleri TBK m.633'te teker teker sayılmıştır. Hükmün gerekçesinde, Alman Medeni Kanunu'nun 736. ve 737. maddelerinden esinlendiği dile getirilmiş olmasına rağmen, sayılan sebepler arasında § 737 BGB hükmünün konusunu oluşturan haklı sebebe yer verilmemiştir. Ancak kanaatimce 633. madde metninde ortağın çıkarılması bağlamında sayılan sebepler arasında haklı nedene yer verilmemiş olması; kanun koyucunun haklı nedenle çıkarmayı engelleme amacına yönelik bilinçli tutumundan değil, söz konusu maddeyi düzenleyiş tarzından kaynaklanmaktadır. Zira kanun koyucu -Alman hukukundan farklı olarak- TBK m.633'te, çıkma ve çıkarma müesseselerini beraber düzenlenmiş; dahası hükmünde belirtilen hususları hem çıkma hem de çıkarma sebepleri olarak kabul etmiştir. Bu durum kanaatimce § 737 BGB düzenlemesinin ve mantığının metne gereği gibi yansıtılamamasına neden olmuştur. Ayrıca, TBK m.633'ün gerekçesinde çıkma ve çıkarma kurumlarının düzenleniş amacına ilişkin yapılmış olan açıklamalar da bu görüşü destekler niteliktedir. Nitekim TBK m.633 düzenlemesi ve gerekçesinde de açık bir şekilde anlaşıldığı üzere, genel olarak çıkarma kurumunun düzenleniş amacı, şirket ortaklardan birinden kaynaklanan bir sebep dolayısıyla sona erme tehlikesi ile karşılaşması halinde, diğer ortaklara bu tehlikeyi doğuran ortağı çıkarma imkanının sağlanması ve böylece şirketin devamlılığının korunmasıdır. Dolayısıyla şahsında şirketin haklı nedenle feshi talebini doğuran sebep gerçekleşen ortağın da, TBK m.633'ün kıyasen uygulanması suretiyle diğer ortaklar tarafından oybirliği ile alınacak bir kararla ortaklıktan çıkarılabileceği gerekmektedir. Çünkü anılan bu son halde de ortağın çıkarılması aynı ihtiyaçtan kaynaklanmakta ve aynı mantıksal örgüye dayanmaktadır.

Ancak her ne kadar -amaçsal yorum yoluyla- TBK m.633 uyarınca haklı nedenle ortaklıktan çıkarmanın *de lege lata* mümkün olduğu savunulsa da; mevcut görüş ayrılıklarının ve belirsizliklerin bütünüyle ortadan kaldırılması açısından *de lege ferenda* özel bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır. Bu bağlamda ortaklığın ve işletmenin devamlılığının korunmasını temel alan modern bakış açısının benimsenmesi ve haklı nedenle fesih imkanının, adi şirket ortaklarına -sözleşmede aksi öngörülebilen- bir kanuni hak olarak tanınması, kanaatimce amaca en uygun çözüm olacaktır.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Atrif Şekli: Yazar Funda ÖZDİN, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Funda ÖZDİN who is the author, has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors' Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir.

| The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnÜHFD in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.

KAYNAKÇA

- AKIN, Murat Yusuf: “Adi Ortaklık”, Şirketler Hukuku, 2. Bası, Mimoza Yayınları 2013.
- AKKANAT, Halil: “Adi Ortaklıkta Haklı Sebep İhraç Mümkün müdür?”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, LXII(1-2), 2004, s.333-349.
- BADAK AYBAR, Zehra: “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Adi Ortaklık Sözleşmesindeki Yenilikler ve Değişiklikler”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 12 (24), 2013, s.127-147.
- BECKER, Hermann: (in) Berner Kommentar, Obligationenrecht, II. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-551 OR, Bern 1934.
- BERGSMA, Peter: Auflösung, Ausschluss und Austritt aus wichtigem Grund bei den Personengesellschaften, Peter Lang, Zürich 1990.
- BOLLMANN, Hans: Das Ausscheiden aus Personengesellschaften, Schultess Polygraphischer, Zürich 1971.
- ÇAMOĞLU, Ersin: Kollektif Ortaklıkta Haklı Sebep Kavramı ve Ortağın Haklı Sebep Çıkarılması, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976.
- ÇELİK, Aytekin: Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma, 4. Baskı, Seçkin, Ankara 2016.
- ÇELİKBOYA, Kerem: “Adi Ortaklıktan Çıkma ve Çıkarılmanın Koşulları”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2), 2015, Beta, İstanbul 2015.
- ÇETİNER, Bilgehan: “Austritt und Ausschluss Der Gesellschafter Aus Einer Einfachen Gesellschaft im Neuen Türkischen Obligationengesetz Unter Berücksichtigung Der Deutschen BGB-Gesellschaft”, Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul 2015, 47(64), s.23-41.
- DOMANIÇ, Hayri: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, Fatih Gençlik Vakfı Matbaa İşletmesi, İstanbul 1988.
- FLEISCHER, Holger: “Ein Rundgang durch den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts”, DStR 2021, 430 vd.
- FRAEFEL, Joseph: Die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigem Grund, Diss., Zürich 1930.
- GRILLBERGER, Konrad: (in) Rummel ABGB3 (Stand: 01.01.2002 bis 31.05.2019).
- HANDSCHIN, Lukas: “Die Auflösung der einfachen Gesellschaft”, in: Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz, Tübingen 2014, s.215-254.
- HANDSCHIN, Lukas/VONZUN, Reto: (in) Zürcher Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Band. V/4a, Die einfache Gesellschaft, Art. 530-551 OR, 4. Aufl., Zurich 2009.
- HIZIR, Serdar: “6098 Sayılı (Yeni) Borçlar Kanunu’nun 633’ncü Maddesine Göre Adi Şirketten Çıkmanın ve Çıkarılmanın Genel Şartları ve Usulü”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, Cilt: III, Beta, İstanbul 2011, s.2817-2880.
- JUNG, Peter: “Scheiden tut weh? Ausscheiden und Abfindung von Personengesellschaftlern”, (in) Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI, Peter V. Kunz Florian S. Jörg Oliver Arter (Herausgeber), Stämpfli, Bern 2016.
- KARAYALÇIN, Yaşar: Ticaret Hukuku II, Şirketler Hukuku, 2. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1973.
- KENDİGELEN, Abuzer/KIRCA, İsmail: Şirketler Hukuku, Cilt I, Onikilevha, İstanbul 2021.
- KRAMER, Martha: Die Auseinandersetzung der Gesamthandgemeinschaften im schweizerischen Recht, Diss., Zürich 1943.
- KURŞAT, Zekeriya: “Yeni Borçlar Kanunumuzda Adi Ortaklık Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, LXX(1), 2012, s.301-318.
- MÜLLER, Karin/KÄCH, Alice: Der Ausschluss eines Gesellschafters aus einer Personengesellschaft, ZBJV, (152), 2016 s.593 vd.
- POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Güncelleştirilmiş 12. Baskı, Vedat, İstanbul 2010.
- REICH-ROHRWIG, Johannes/ZIMMERMANN, Arno: “Reform der GesBR seit 1.1.2015 in Kraft”, ecolex 2015, s.43 vd.
- REICH-ROHRWIG, Johannes/ZIMMERMANN, Arno: “Die Reform der GesBR (Teil II)”, ecolex 2015, s.476 vd.
- SAUTER, Wolfgang: Beck’sches Handbuch der Personengesellschaften, Prinz/Kahle, 5. Auflage, C.H.BECK 2020.
- SCHÄFER, Carsten: Münchener Kommentar zum BGB, Band 7: Schuldrecht Besonderer Teil IV, 705-853, 8. Auflage, C.H.BECK 2020.
- SCHAUER, Martin: (in) Kalls/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Manz, (Stand: 01.06.2017).
- SCHÖNE, Torsten: Beck’scher Online-Kommentar BGB, (61. Edition, Stand: 01.02.2022) C.H.BECK 2022.
- SCHULTEIS, Thomas: “Das Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach dem Regierungsentwurf zum Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG”, GWR 2021, s.112 vd.
- STAEHELIN, Daniel: (in) Honse/Vogt/Walter (Hrsg), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2016.
- STAEHELIN, Daniel/STRAUB, Ralf Michael: “Der Ausschluss aus einer Personengesellschaft ohne wichtige Gründe”, AJP 2011, s.27-38.
- STRITTMATTER, Reto: Ausschluss aus Rechtsgemeinschaften (Mit- und Stockwerk-eigentümergeinschaft, Kollektiv-, Kommandit- und einfache Gesellschaft, Erben-gemeinschaft und Gemeinderschaft), Zürcher Studien zum Privatrecht Bd. 179, Zürich 2002.
- ŞAHANKAYA, Sarp: “Adi Ortaklıklarda Sözleşmede Hüküm Bulunmaması Durumunda Haklı Sebep Çıkarma Yapılıp Yapılamayacağı Meselesi”, Ankara Barosu Dergisi, (2), 2021, s.171-192.
- ŞAHANKAYA, Sarp: Adi Ortaklıklarda Haklı Sebep Fesih ve Ortaklıktan Çıkarma, Ankara 2021.
- ŞENER, Oruç Hami: Adi Ortaklık, Yetkin, Ankara 2008. (Atf: Adi Ortaklık)
- ŞENER, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 4. Baskı, Seçkin, Ankara 2019. (Atf: Ortaklıklar Hukuku)
- TOLD, Julia: Grundfragen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts: Ein Beitrag zur Reformdiskussion, Manz Verlag, Wien 2011.
- TÜRKMEN, Emre: Adi Ortaklıktan Çıkma ve Çıkarılma, Seçkin, Ankara 2020.
- WITTMANN-TIWALD, Maria: (in) Kletečka Andreas/Schauer Martin, ABGB-ON1.02 Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, (Stand: 1.2.2014).
- YILDIZ, Şükrü: “Adi Şirkette Ortağın Çıkarılması – Adi Şirketin Haklı Nedenle Feshi”, Bilirkişi Raporları ve Hukuki Mütalaalar, On İki Levha, İstanbul 2009, s.287-309.

KRIPTO PARALARLA İLGİLİ MİRAS HUKUKUNA ÖZGÜ TEMEL MESELELER

FUNDAMENTAL ISSUES SPECIFIC TO INHERITANCE LAW RELATED TO CRYPTOCURRENCY

Gamze TURAN BAŞARA*  DOI: 10.21492/inuhfd.1177481 

Makale Bilgi

Gönderi: 19/09/2022
Kabul : 08/01/2023

Anahtar Kelimeler

Kripto Para,
Blokzinciri,
Mirasın İntikali,
Tereke.

Article Info

Received: 19/09/2022
Accepted: 08/01/2023

Keywords

Cryptocurrency,
Blockchain,
Transfer by
Inheritance,
Heritage.

Özet

Kripto varlıkların bir türü olan kripto paralar, açık kaynaklı bir kod olarak üretilmiş, şifreleme teknolojisi ile korunan ve dağıtılan sanal para birimleridir. Dijital dünyada yaşanan gelişmelerle birlikte ortaya çıkan kripto paraların kullanımı, tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de yaygınlaşmaktadır. Özellikle yüksek kâr elde etme yönündeki reklamlar, kripto paralara olan ilgiyi artırmakta ve her geçen gün daha fazla kişi kripto para edinmektedir. Ancak Türk hukukunda kripto paralar hakkında kapsamlı bir düzenlemenin olmaması nedeniyle kişinin ölümünde malvarlığında kripto paraların mevcut olması, miras hukuku bakımından çeşitli hukuki meseleleri gündeme getirmektedir. Bu çalışma kapsamında uygulamada kripto paralar hakkında miras hukuku bakımından ortaya çıkabilecek meselelere ilişkin olarak özellikle şu soruların yanıtlanması hedeflenmektedir: Kripto paralar hukuki açıdan nasıl nitelendirilmeli ve bu nitelendirme kripto paraların miras yoluyla intikali bakımından ne anlama gelir? Mirasbırakan kripto para birimlerinin mirasçılara intikalini nasıl sağlayabiliriz? Kripto paraların mirasbırakan tarafından sağlanmasında karşılıksız kazandırmaya konu edilmesi halinde tenkis talebi, hangi koşullar altında, kime karşı ileri sürülebilir? Terekenin değerinin tespitinde kripto paraların piyasa değeri nasıl hesaplanabilir?

Abstract

Cryptocurrencies, as a type of crypto assets, are virtual currencies that produced as an open source code, distributed and protected with encryption technology. The use of cryptocurrency arising together with developments in the digital world, becomes widespread in our country as well as the whole world. Especially advertisements regarding obtaining high profits, increase the attention to cryptocurrencies and more people obtain cryptocurrency every passing day. However, due to the fact that there is not a comprehensive regulation in Turkish law related to cryptocurrencies, having cryptocurrencies in the assets of a person in case of that person's death, brings various legal issues into the agenda in terms of law of inheritance. Regarding issues that can arise in terms of inheritance law about cryptocurrencies in practicing within the scope of this study, it is aimed to answer especially the following questions: How should cryptocurrencies be identified in a legal perspective, and what does this identification mean in terms of transferring cryptocurrencies by inheritance? How does a legator ensure transferring cryptocurrencies to heredes? How does abatement request be performed, under which conditions and against whom in case that cryptocurrencies are subjected to inter vivos unsecured obtaining by a legator? How does the market value of cryptocurrencies be calculated in the determination of heritage value?

 Bu eser Creative Commons Atıf-Gayri Ticari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

*Doç. Dr., Çankaya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | Cite As: TURAN BAŞARA Gamze, "Kripto Paralarla İlgili Miras Hukukuna Özgü Temel Meseleler", İnÜHFD, 14(1), 2023, s.15-30.

İntihal | Plagiarism: Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

Developing digitalization demonstrates its effects also in law of inheritance area. Before these developments are seen in the digital world, there were assets left behind in case of death of a person such as bank accounts, valuable papers and immovables, today, there are also digital assets in assets of a legator. A part of digital assets in this form is identified as cryptographic asset values, meaning cryptocurrency such as Bitcoin and Ethereum. The main purpose of this study is to determine problems that can come to the agenda in terms of law of inheritance with regard to cryptocurrencies and to develop solution recommendations in this regard. Within this scope, firstly, technical information is given about cryptocurrencies, afterwards, asserted opinions about the legal nature of cryptocurrencies, were evaluated. While the problems that can arise in law of inheritance area related to cryptocurrencies and solution recommendations related to these, also technical characteristics of cryptocurrencies were taken into account.

Cryptocurrencies are virtual currencies that are distributed and protected with encryption technology. Although legal nature of cryptocurrencies is discussed, it is accepted that they have an asset value. In case it is accepted that cryptocurrencies do not have a material nature due to the fact that cryptocurrencies have no material existence, they will not exist in terms of law and it will be difficult to establish a legal ownership with their owners. In response to this, in case that cryptocurrencies are identified as goods in terms of Turkish Civil Code, they can be a subject of an absolute right, and the right holder can assert this against anyone.

The subjects of what will be the end of cryptocurrencies as an asset after death of their owner and whether they will be transferred to heirs, are taken into account within the scope of principle specific to law of inheritance. The basic questions that should be answered within this scope, are related to whether cryptocurrencies will be included in heritage. When it is considered that cryptocurrencies are used for economic purposes and they have objective market value, cryptocurrencies of a person who passed away, should be accepted as suitable for transfer by inheritance by interpreting that with teleological interpretation in accordance with the time as per article 599/II of Turkish Civil Code.

In case the transfer of cryptocurrencies to heirs is accepted, in terms of ensuring access to cryptocurrencies, it is important to inform heirs about existence of them and their amount. As in traditional heritage goods, heirs have the benefit to know whether their legator has cryptocurrencies and how much cryptocurrency that person has and how to access these cryptocurrencies. Likewise, in order to take these values into inheritance account, it is required to know the amount of cryptocurrency left by a legator and to know passwords to be able to use these cryptocurrencies by its heirs. Otherwise, although cryptocurrencies are assets of a legator, they cannot be taken into account in inheritance account since their existence and amount cannot be determined. Therefore, the candidate legator should ensure the opportunity to heirs to learn the existence of cryptocurrencies. A legator can determine the denouement of his/her cryptocurrencies after his/her death through appointment. Additionally, a legator can provide provisions related to sharing his/her digital data with his/her heirs in the contract to be concluded with service provider for ensuring access to cryptocurrency platforms. Lastly, in order to assist a candidate legator with regard to cryptocurrencies in his/her assets and to access these, it can be recommended to appoint a person to realize testament who has knowledge with regard to cryptocurrency. Thus, heirs can obtain information to access to cryptocurrency through assistance of that person appointed for realizing testament.

In case that abatement of cryptocurrencies that are subject to inter vivos uncovered gaining, is taken to the agenda, there is a question arising of to whom request of abatement will be directed. Subjecting cryptocurrencies that are subjects of inter vivos uncovered gaining, to abatement is based on that heirs have knowledge about the existence of this gaining and to whom this gaining is made. If a legator has a custodial wallet, which means that there is a contractual relation between that legator and that cryptocurrency platform. In this case, joint heredes have the right to obtain information specific to law of inheritance as per articles 646/III and 649/II of Turkish Civil Code, as well as the right to request information from that cryptocurrency platform based on contractual relation inherited by transfer. In case that a legator manages his/her cryptocurrencies with a non-custodial wallet, there will be no cryptocurrency platform that heirs can apply for obtaining information related to beneficiary of inter vivos uncovered gaining. An heir will have right to obtain information related to law of inheritance as per articles 646/III and 649/II of Turkish Civil Code from the persons who made inter vivos uncovered gaining on behalf of her/himself. An heir that has a reserved portion, can apply for remedies to obtain information in case that requested information is not provided. Applying remedies to obtain information about cryptocurrencies can be possible only if it is known where to access information is placed for obtained cryptocurrencies or if it can be guessed. As a result, if the person to whom cryptocurrency is transferred, cannot be determined, there will be no person who has the right to be a defendant to whom action for reduction will be managed.

Lastly, the question of how to determine the market value of cryptocurrencies that are in inheritance of a legator, comes to the agenda. As all of other inheritance goods and rights, cryptocurrencies also will be evaluated according to the status on the day of death when calculating the reserved portion (day of death principle, Turkish Civil Code, article 575), and with their values at the time of sharing in the division of inheritance (sharing day principle, Turkish Civil Code, article 657). At this point, it is recommended to make an average value determination by making a calculation by considering the average daily prices of the most common cryptocurrency markets on day of death of legator or in time of sharing, or the daily prices of cryptocurrency platforms where the legator performs cryptocurrency purchasing and selling.

I. GİRİŞ

Dijital varlık kavramı, dijital ortamda üretilen, depolanan ve devredilebilen her türlü veriyi ifade etmektedir. Bu anlamda bir dijital varlık olan kripto varlıklar, kriptografiye ve dağıtık defter ya da benzer bir teknoloji kullanılarak sanal ortamda oluşturulup saklanabilen, dijital ağlar üzerinden dağıtım yapılabilen gayri maddi varlıklar olarak tanımlanmaktadır¹. Kripto varlıklar üç kategoride sınıflandırılabilir. Bunlar; menkul kıymet jetonları, hizmet jetonları ve ödeme jetonlarıdır. Menkul kıymet jetonları, sahibine alacak hakkı sağlayan ve yatırım aracı olarak kullanılabilen kripto varlıklardır. Hizmet jetonları, blok zincire dayalı bir sistem aracılığıyla mal ve hizmete dijital erişim imkanı sağlarlar. Ödeme jetonları ise, mal ve hizmet alımlarında ya da para transferlerinde ödeme aracı olarak kullanılırlar. Bitcoin, Litecoin, Ethereum gibi kripto paralar bu gruba dahildir².

Dijital varlık kavramına kripto para olarak nitelendirilen ve iktisadi değeri haiz varlıklar dahil olabileceği gibi, sosyal medya hesapları, e-mail hesapları, bulut ortamında depolanmış görüntüler, yazışmalar gibi parayla ölçülebilen bir menfaat teşkil etmeyip, mirasbırakan ya da üçüncü kişilerin kişilik haklarına dair değerleri içeren varlıklar da dahil olabilir.

Dijital varlıklar hakkında miras hukuku bakımından tartışmalar ilk olarak mirasçılardan ölenin sosyal medya hesapları ya da e-mail hesaplarına erişmek istemesiyle birlikte ortaya çıkmıştır. Bir görüş³, söz konusu hesaplara erişimin, kişilik hakkını ve haberleşme gizliliğini ihlal edeceği gerekçesiyle reddetmekteyken, bir diğer görüş⁴, sosyal medya ya da e-mail hesabı kullanıcı sözleşmesinin külli halefiyet ilkesi kapsamında mirasçılara intikal edeceği gerekçesiyle mirasçılardan söz konusu hesaplara erişiminin sağlanması gerektiğini kabul etmektedir. Sosyal medya ve e-mail hesapları hakkında miras hukukuna ilişkin tartışmalar güncelliğini korumakla birlikte, dijital varlıkların bir diğer grubunu oluşturan kripto paralar hakkında da miras hukuku açısından yanıtlanması gereken sorular ortaya çıkmaktadır.

Bu kapsamda yanıtlanması gereken temel soru, kripto paraların terekeye dahil olup olmayacağına ilişkindir. Kripto paraların mirasçılara intikal edeceğinin kabulü halinde, kripto paralara erişimin sağlanması bakımından kripto paraların varlığı ve miktarı konusunda mirasçılardan bilgi sahibi olması önem arz etmektedir. Diğer taraftan sağlararası karşılıksız kazandırmaya konu olan kripto paraların tenkise tabi olması gündeme geldiğinde, tenkis talebinin kime yöneltileceği sorusu ortaya çıkmaktadır. Son olarak terekenin değerinin tespitinde kripto paraların piyasa değerinin nasıl belirleneceğine ilişkin olarak, teknik özellikler de dikkate alınarak, çözüm önerileri geliştirilmelidir.

II. TEKNİK AÇIDAN KRİPTO PARALAR

Kripto paralar, kriptografik ya da dağıtık defter teknolojisine dayanır. Bunlar, herhangi bir finans kuruluşuna ihtiyaç duyulmaksızın transfer edilebilen, herhangi bir kuruluş tarafından arzı bulunmayan sanal para birimleridir⁵. Kripto paranın, denetimi blokzinciri (Blockchain) adı verilen bir sistem tarafından gerçekleştirilmektedir.

İlk kripto para olarak kabul edilen Bitcoin, 2008 yılında Satoshi Nakamoto takma adıyla işlem yapan kişi ya da grup tarafından yayımlanan bir makalede anlatılan projenin 2009 yılında hayata geçmesiyle dünya çapında kullanılmaya başlanmıştır⁶. Bitcoin'den başka, Litecoin, Dogecoin, Ripple ve Ethereum, ulusal ve uluslararası piyasalarda bilinen diğer kripto paralardır.

Kripto paraların amacı, bankaların ve diğer finansal araçların katılımı olmadan nakitsiz ödeme işlemlerini mümkün kilmaktır. Ancak şu anda yasal olarak ödeme aracı kabul edilen bir kripto para bulunmamaktadır. Kripto paralar yalnızca söz konusu parayı kabul edenler arasında değişimi sağlayabilmektedir. Bu nedenle kripto paralar, paranın değişim aracı olma özelliğini karşılamamaktadır⁷.

Kripto paraların alım satımına elektronik işlem platformları üzerinden aracılık eden kuruluşlar, kripto varlık hizmet sağlayıcısı olarak ifade edilmektedir. Kripto para işlem borsası olarak kendini gösteren kripto varlık hizmet sağlayıcıları, kripto para alım satımı yapmak isteyenleri bir araya getiren aracı kurum işlevi

¹ ÇEKİN, Mesut Serdar: "Kripto Varlıklar Üzerinde Gerçekleştirilen İşlemlerin Borçlar Hukuku ve Eşya Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", İMÜHFD, 9(1), 2022, s.189.

² AKÇAAL, Mehmet: "NFT (Değiştirilemeyen Jeton) Sanat Eserlerinin Miras Yoluyla Geçmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (159), 2022, s.369; BÜYÜKSAGIŞ, Erdem/ÖZYİĞİT, Sinem/MİRKELAMFALAY, Selin/BULDAĞ, İlay Ezgi/OKUR, Mustafa Said: "Dijital Varlıkların Miras Yoluyla İntikali", Yargıtay Dergisi, 47(2), 2021, s.371.

³ ÇELİKTAŞ, İlyas: "Vefat Eden Kişinin Elektronik Posta Hesabı Mirasçılara İntikal Eder Mi?", Terazi Hukuk Dergisi, 6(62), 2011, s.38; MARTINI, Mari: "Der digitale Nachlass und die Herausforderungen postmortalen Persönlichkeitsschutzes im Internet", JZ, 2012, s.1147,1150; BRÄUTIGAM, Peter: "Der digitale Nachlass-empirischer Befund und Fragestellung", Stellungnahme des deutschen Anwaltsvereins durch die Ausschüsse Erbrecht, Informationsrecht und Verfassungsrecht zum Digitalen Nachlass, (34), 2013, s.20; KUNTZ, Wolfgang: "Digitaler Nachlass: Zugang der Erben zum Facebook-Nutzerkonto", jM 2016, s.191.

⁴ AKKANAT, Halil: Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s.148; HERZOG, Stephania: "Der digitale Nachlass und das Erbrecht", AnwBl Online 2018, s.478; LUDYGA, Hannes: "Der digitale Nachlass-zivilrechtliche Aspekte" jM 2016, s.447; SOLMECKE, Christian/KÖBRICH, Thomas/SCHMITT, Robin: "Der digitale Nachlass haben Erben einen Auskunftsanspruch?: Überblick über den rechtssicheren Umgang mit den Daten von Verstorbenen", Multimedial und Recht, (5), 2015, s.291 vd.

⁵ ÇELENER, Balca: "Bitcoin ve Diğer Kripto Para Birimlerinin Vergilendirilmesine Yönelik Yaklaşımlar", Mali Hukuk Dergisi, 15(172), 2019, s.773-774; TURANBOY, Asuman: "Kripto Paraların Ortaya Çıkmaları ve Hukuki Nitelikleri", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 35(3), 2019, s.53; ÖZDEMİR, Gençer: "Kripto Paraların Eşya Niteliği", SDÜHFD, 11(1), 2021, s.293; AKÇAAL, s.369; LINK, Mathias/OMLOR, Sebastian: Kryptowährungen und Token, Recht und Wirtschaft GmbH, Deutscher Fachverlag, Frankfurt am Main 2021, s.264 vd.

⁶ MÜLLER, Martin: "Bitcoin, Blockchain und Smart Contracts", ZfIR, (17-18), 2017, s.601; YILMAZ, Asuman: Kripto Para Birimi Bitcoin ve Bitcoin'in Türk Sermaye Piyasası Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s.6.

⁷ TURANBOY, s.48; YILMAZ, s.33.

görmektedirler. Kripto paraları saklama hizmeti veren kripto para borsaları ya da kripto para bankaları ise, yatırımcı adına kripto paralarını kendi cüzdanında saklama hizmeti sunarlar.

A. Dağıtık Defter Teknolojisi ve Blokzinciri

Kripto para birimlerinin temelini, dağıtık defter teknolojisi (Distributed Ledger Technology (DLT)) ya da bir başka ifadeyle merkezi olmayan hesap yönetimi teknolojisi oluşturmaktadır. Dağıtık defter, aynı anda birkaç yerde tutulan, halka açık, birden çok katılımcı tarafından yönetilen bir işlem defteridir. Dağıtık defter, para transferlerini ve hesap yönetimini koordine etmek için merkezi bir otoriteye ihtiyaç duyulmaksızın dijital ödeme ve dijital varlıklara ait işlemleri kaydetmek için kullanılır⁸. Dağıtık hesap defteri, söz konusu varlıkların işlemleriyle ilgili tüm verilerin kaydedildiği ve bloklar adı verilen sistemde özetlendiği bir veri yapısından oluşur. Bu yapı blokzinciri (blockchain) olarak ifade edilmektedir⁹. Bireysel işlemler yalnızca tek bir aygıtta değil, birbirleriyle sürekli iletişim halinde olan tüm bir aygıt ağında saklanır. Bu bilgi ve parametrelerin birden fazla aygıtta aynı anda depolanması, verilerin manipüle edilmesini engeller¹⁰.

Birden fazla tarafın yer aldığı blokzinciri sisteminde, sisteme eklenmesi istenen bir işlemin doğrulanabilmesi için genel kabul görmüş kurallara uygunluğunun kontrol edilmesi gerekmektedir. Kontrol süreci sonunda işlemin geçerli olduğu yönünde görüş birliğine varılmasına mutabakat adı verilmektedir. Bir verinin blokzincire doğru bir şekilde kaydedildiğini güvence altına almak ve aynı zamanda blokzincirinin güvenilirliğini artırmak için, blok zinciri temelli ağlar bir mutabakat mekanizması ile çalışır. Mutabakat sağlandığında işlem doğrulanmış olur ve artık kayıt defterine eklenir. Her blokzincirinde, hangi blokların blokzincirine ekleneceğini belirleyen farklı kurallar bulunmaktadır¹¹.

Mevcut blokzinciri ağları, izin (mutabakat) mekanizması ve erişilebilirlik bakımından genel (açık) (public) blokzinciri, özel (private) blokzinciri ve konsorsiyum (consortium) blokzinciri olmak üzere üç kategoride sınıflandırılmaktadır¹².

Özel blokzincirlerinde, blokzincirini kimlerin görebileceğini ve kimin zincire yazabileceğini belirleyen kurallar vardır. Başka bir ifadeyle ağa bir düğümün katılımı ve erişimi belirlenen kurallara göre gerçekleşmektedir. Bu ağ türünde erişim genel kullanıcılara kapalıdır¹³. Öte yandan Bitcoin ya da Ethereum gibi genel (açık) blokzincirleri söz konusu olduğunda, herkes ağa katılabilir. Bu tür blokzincirlerde, blokzinciri varlıklarının işlemleri ve dağılımı, herhangi bir kısıtlama olmaksızın blok gezgini aracılığıyla herkese açık bir şekilde görüntülenebilir¹⁴. Böylece, ilgilenen herhangi bir kişi, bireysel adresler arasında blokzinciri varlıklarının hangilerinin ve kaç tanesinin aktarılacağını veya aktarıldığını görebilir. Ancak, bireysel adresin kime ait olduğu veya ilgili adresin kullanıcısının kim olduğu belli değildir. Bu bağlamda, herkese açık blokzincirinin bir takma adından söz edilir¹⁵. Konsorsiyum blokzinciri, açık ve özel blokzinciri türlerinden öğeler içeren hibrit bir türdür. Konsorsiyum blokzinciri, herkesin blokları doğrulayabileceği açık bir sistem ya da blokların doğrulama ve/veya uzlaşma işlemlerinde tek bir organizasyonun karar verici olduğu kapalı bir sistem yerine, önceden belirlenmiş bir grupkişi/kurumun karar verici olarak yer aldığı bir blokzinciri türüdür. Kimlerin ağa katılabileceğine bu grup karar vermektedir¹⁶.

B. Adres, Özel Anahtar ve Açık Anahtar, Cüzdan

Açık (genel) bir blokzincirine katılmak için, kullanıcının bankalar aracılığıyla verilen IBAN numarasına benzer bir genel adrese ihtiyacı vardır. Öte yandan, blokzinciri sisteminde kayıtlı kullanıcının bir özel anahtara (privat key) ve genel (açık) anahtara (public key) sahip olması gerekir. Kullanıcının adrese erişmesi, blokzinciri varlıklarını kontrol etmesi ve transfer etmesi özel anahtar aracılığıyla gerçekleştirilirken, diğer kullanıcılar tarafından görülebilen genel (açık) anahtar aracılığıyla doğrulama işlemleri yapılmaktadır. Sonuç olarak, özel anahtarı elinde bulunduran herkes, aslında blokzinciri varlıklarına da sahip olur. Kripto paralarda güvenlik özel anahtar aracılığıyla sağlandığından özel anahtarın güvenli bir ortamda saklanması gerekir¹⁷.

Kripto para transfer edebilmek için bir cüzdana (wallet) sahip olmak gerekir. Adresin yanı sıra, açık ve özel anahtar çifti genellikle dijital bir cüzdan aracılığıyla yönetilir. Kripto paralar ve kripto para

⁸ GEIGER, Alexandra/KELLER, Stefan: “Kryptowährungen in der Nachlassplanung und -abwicklung“, successio, (3), 2021, s.260; TOMRUKÇU, Tuğçe: Blockchain Teknolojisinin Eser Sahibi Haklarına Hukuki Yansıması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s.81.

⁹ VON DER CRONE, Hans Caspar/KESSLER, J. Franz/ANGSTMANN, Luca: “Token in der Blockchain – privatrechtliche Aspekte der Distributed Ledger Technologie“, SJZ, (14), 2018, s.337; LÖTSCHER, Cordula: Der digitale Nachlass, Schulthess Verlag, Zürich 2021, N.298 vd.; ÖZDEMİR, s.293; TOMRUKÇU, s.78.

¹⁰ GEIGER/KELLER, s.260; STEINER, Marc: Bitcoins verwahren und vererben: Ein praktischer Ratgeber, Aprycot Media, 2020, s.35.

¹¹ ÜNAL, Gökhan/ULUYOL, Çelebi: “Blok Zinciri Teknolojisi” Bilişim Teknolojileri Dergisi, 13(2), 2020, s.168; https://bctr.org/dokumanlar/Kripto_Varliklarin_Vergi_Muhasebe_ve_Denetim_Yonunden_Incelenmesi.pdf, s.16 (Erişim: 12.12.2022).

¹² TANRIVERDİ, Mustafa/UYSAI, Mevlüt/ÜSTÜNDAĞ, Mutlu Tahsin: “Blokzinciri Teknolojisi Nedir ? Ne Değildir ? : Alanyazın İncelemesi“, Bilişim Teknolojileri Dergisi, 12(3), 2019, s.205; ÜNAL/ULUYOL, s.169.

¹³ GEIGER/KELLER, s.260; ÜNAL/ULUYOL, s.169; ÜSTÜN, Ece Su: TBK Kapsamındaki Geleneksel Sözleşmeler İle Mukayeseli Olarak Akıllı Sözleşmeler Blokzincir Teknolojisi, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s.48.

¹⁴ ÜSTÜN, s.46; ÜNAL/ULUYOL, s.169.

¹⁵ GEIGER/KELLER, s.260.

¹⁶ TANRIVERDİ/UYSAI/ÜSTÜNDAĞ, s.206; ÜSTÜN, s.48; ÜNAL/ULUYOL, s.169.

¹⁷ LÖTSCHER, N.301;MÜLLER, s.603 vd.; YILMAZ, s.13;YARDIMCI, Taner Emre: “İcra Takibi Yoluyla Bitcoin Alacağının İleri Sürülmesi ve Borçlunun Bitcoinin Haczedilmesi”, AHBVÜ-HFD, 23(3), 2019, s.100; BALIKÇI, Eylül: “Dava ve Takip Konusu Olabilmesi Bakımından Kripto Paralar”, ERÜHFD, 16(2), 2021, s.282; ÜSTÜN, s.32.

transferinde kullanılan açık ve özel anahtar cüzdana saklanır. Cüzdan üzerinde özel anahtar, özel anahtar kullanılarak da açık anahtar üretilir ve saklanır¹⁸.

Cüzdanın kendisi çevrimiçi, masaüstü, mobil, kağıt veya donanım cüzdanı olabilir. Cüzdana bir PIN (donanım cüzdanı için)¹⁹ (*hardware wallet*) veya şifre (yazılım cüzdanı için) (*software wallet*)²⁰ aracılığıyla erişilebilir. Kullanıcının bilgisayarının ya da sabit diskinin bozulması gibi nedenlerle cüzdanın artık bulunması mümkün değilse veya üzerinde depolanan veriler silinmişse, blokzinciri varlıklarına erişim, yalnızca cüzdana erişim için başlangıçta oluşturulan anahtar kelime (*Seed Phrase*)²¹ ile sağlanabilir. Anahtar kelime ile cüzdanın yedeğine erişme olanağına sahip olmak cüzdanı güvenli hale getirir²². Şu halde, kullanıcı anahtar kelimeyi kaybederse, hiç kimsenin bu kripto paralara erişimi mümkün olamaz. Diğer taraftan cüzdana erişim için oluşturulan anahtar kelimeyi ele geçiren bir kimse, cüzdan yazılımını tekrar kurabilir, adresi ve anahtarları ele geçirebilir ve sonuç olarak blokzinciri varlıklarına erişebilir.

Kripto para transferi, bir adreste bulunan kripto paraların başka bir adrese aktarılması yoluyla gerçekleşir. Kullanıcılar, “cüzdan” (*wallet*) aracılığıyla transfer işlemlerini yapmaktadırlar. Kullanıcı, cüzdanı kendisi yönetebiliyor, böylece tek başına ona erişebiliyorsa “gözetimsiz cüzdan (non-custodial wallet)” söz konusudur. Başka bir ifadeyle, kripto para cüzdanının özel anahtarı ve buna tanınan tüm yetkiler yalnızca kullanıcıdadır. Buna karşılık cüzdan, kripto para birimlerine tek başına erişimi olan kripto para platformu gibi üçüncü bir tarafça yönetiliyorsa “gözetimli cüzdan (*custodial wallet*)” söz konusudur²³.

Kripto paralar başka bir adrese aktarılmışsa ve işlem blokzinciri üzerine kaydedilmişse, kural olarak geri dönülemez. Söz konusu kripto paralar artık geri alınamaz²⁴.

C. Blokzinciri Teknolojisinin Çalışma Prensipleri

Blokzinciri, kripto para ağı üzerinde gerçekleştirilen tüm transfer işlemlerini içeren ve ağa katılan her bir kullanıcının bu bilgiye erişmesini sağlayan bir sistemdir²⁵. Bu özelliğiyle blokzinciri, bir tür banka hesap cüzdanına da benzetilmektedir²⁶.

Blokzinciri sisteminde veriler sıralı olarak bloklara kaydedilmektedir. Bir blok dolduğunda yeni bir blok oluşturulur. Yeni bir blok oluşturulması halinde, artık önceki bloğun değiştirilmesi mümkün olmamaktadır. Her blok aynı zamanda bir önceki bloğun özetini içerdiği için bloklar birbirine zincir şeklinde bağlıdır. Bir transfer işlemi blokzincirine eklendikten sonra artık silinemez, geri alınamaz²⁷.

Bir işlemi başlatmak için kullanıcının önce alıcının adresini ve aktarmak istediği blokzinciri varlıklarını girmesigerekir. İkinci adımda, işlemi özel anahtarıyla imzalamalıdır. Bu şekilde kullanıcı, işlemi gerçekleştirmeye yetkili olduğuna dair matematiksel bir kanıt sağlar. Özel anahtarla imzalandıktan sonra, işlem yeni bir bloğa eklenir ve böylece diğer blokzinciri kullanıcılarına belirli bir miktar kripto paranın ilgili alıcıya gönderileceği mesajı iletilir. Bu şekilde kripto para hareketleri ağdaki bütün kullanıcılar için açık hale gelir. Böylece sonraki manipülasyonlara karşı koruma sağlanmış olur²⁸.

İşlemlerde yer alan blokzinciri varlıklarının başka bir yerde harcanmadığından, yani başka bir işlemde hileli olarak kullanılmadığından “çifte harcama” (*double spending*) emin olmak için, işlemin daha sonra bir konsensüs (mutabakat) mekanizmasında doğrulanması gerekir²⁹. Konsensüs (mutabakat) mekanizması, blokzinciri teknolojisinin bir taraftan güvenliğini diğer taraftan güvenilirliğini sağlayan önemli bir araçtır. Bir işlemin bloklardan birine kaydedilmesi için konsensüs (mutabakat) mekanizmasında öngörülen doğrulama

¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. MÜLLER, Lukas/ONG, Malik: “Aktuelles zum Recht der Kryptowährungen”, AJP, (2), 2020, s.200; PILLER, François: “Eine zivil- und vollstreckungsrechtliche Untersuchung aus der Sicht der Bitcoin-Nutzer”, AJP, (12), 2017, s.1428; BİLGİLİ/CENGİL, s.101; ÖZDEMİR, s.294; YARDIMCI, s.99 vd.

¹⁹ Donanım cüzdanlarda özel anahtar, çevrimdışı ortamda güvenli bir şekilde saklanır https://bctr.org/dokumanlar/Kripto_Varliklarin_Vergi_Muhasebe_ve_Denetim_Yonunden_Incelenmesi.pdf, s.86. (Erişim: 29.08.2022).

²⁰ Yazılım cüzdanlarda özel anahtar, internet erişimi olan bir cihazda saklanır https://bctr.org/dokumanlar/Kripto_Varliklarin_Vergi_Muhasebe_ve_Denetim_Yonunden_Incelenmesi.pdf, s.85. (Erişim: 29.08.2022).

²¹ Seed phrase (anahtar kelime), kripto para cüzdanlarının kripto para adreslerini üretirken kullandığı 2048 kelime arasından rastgele seçilen 12 ila 24 kelimedenden oluşan özel anahtarı ve aynı zamanda cüzdanın başlangıç noktasını ifade eder. https://bctr.org/dokumanlar/Blokzinciri_Teknoloji_Terminoloji.pdf, (Erişim: 11.08.2022). Cüzdan yazılımı, tipik olarak bir başlangıç cümlesi oluşturur ve kullanıcıya bunu kağıda yazarak muhafaza etmesi önerilir, zira ezberlenmesi mümkün görünmemektedir. Böylece kullanıcının bilgisayarı veya sabit diski bozulursa, aynı cüzdan yazılımını tekrar indirebilir ve kriptolarını geri almak için bu kağıt yedeklemeyi kullanabilir.

²² LÖTSCHER, N.303; GEIGER/KELLER, s.260.

²³ LÖTSCHER, N.304 vd.; https://bctr.org/dokumanlar/Blokzinciri_Teknoloji_Terminoloji.pdf (Erişim:12.08.2022).

²⁴ GEIGER/KELLER, s.261; LÖTSCHER, N.299.

²⁵ SEILER, Benedikt/SEILER, Daniel: “Sind Kryptowährungen wie Bitcoin (BTC), Ethereum (ETH), Ripple (XRP) und Co. als Sachen im Sinne des ZGB zu behandeln?”, sui-generis, 2018, s.151; KAULARTZ, Markus: “Die Blockchain-Technologie, Hintergründe zur Distributed Ledger Technology und zu Blockchains”, Computer und Recht, 32(7), 2016, s.475 vd.; YILMAZ, s.10; TOMRUKÇU, s.79.

²⁶ YARDIMCI, s.101.

²⁷ SEILER/SEILER, s.151 vd.; MÜLLER, s.604; MÜLLER/ONG, s.199 vd.; AKÇAAL, s.366; BALIKÇI, s.282.

²⁸ GEIGER/KELLER, s.261; YILMAZ, s.14; YARDIMCI, s.101; KUHLMANN, Nico: “Bitcoins, Funktionweise und rechtliche Einordnung der digitalen Währung”, Computer und Recht, 30(10), 2014, s.693; HAUSER-SPÜHLER, Gabriel/MEISSER, Luzius: “Eigenschaften der Kryptowährung Bitcoin”, Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit, (1), 2018, s.8.

²⁹ MÜLLER/ONG, s.200; KUHLMANN, s.693; YILMAZ, s.14; DULUPÇU, Murat Ali/YİYİT, Mehmet/GENÇ, Asena Gizem: “Dijital Ekonominin Yükselen Yüzü: Bitcoin’in Değeri ile Bilinirliği Arasındaki İlişkinin Analizi”, SDÜ İİBF Dergisi, 22, (Kayfor15 Özel Sayı), 2017, s.2247.

ve onaylama işlemlerinin tamamlanması gerekir³⁰. Bitcoin tarafından kullanılan en iyi bilinen konsensüs (mutabakat) mekanizmasına “iş ispatı” (*Proof of Work*) denir. Bu mekanizmada, blokzincirine bilgi işlem gücü sağlayan bilgisayarlar, yeni işlemin önceki işlem geçmişiyle çelişip çelişmediğini kontrol eder. Bunu yapmak için bilgisayarlar, doğrulanacak bloğu, işlem geçmişinin içeriğiyle karşılaştırır. İşlemin çelişkisiz olduğu onaylanırsa, doğrulanır³¹.

Ağda “madenci” (*miner*) adı verilen ve blokzincirine yeni bloklar eklemekle görevli operatörler bulunmaktadır. Bu madenciler, ağdaki yeni duyurusu yapıp henüz onaylanmamış transfer işlemlerinden bir blok oluşturur. Bu blokların eklenebilmesi ise bazı karmaşık matematik problemlerinin çözülmesiyle mümkün olabilmektedir. Problemi çözen ve bloktaki işlemleri doğrulayan ilk madenci işlemi ağa kaydederek ağda belirlenen kriptopara ödülünü ve bloktaki işlemler için ödenen işlem ücretlerini almaya hak kazanır³².

Madenciler tarafından ilgili transfer işlemini içeren bloğun onaylanmasıyla birlikte transfer işlemi gerçekleşmiş olur. Bloğun onaylanması, işlemin blokzinciri veri tabanına eklenmek suretiyle geri dönüşü olmayacak şekilde kesinleşmesi sonucunu doğurur³³.

Blokzinciri teknolojisinde işlemler, cüzdandan adresleri arasında gerçekleştiğinden, işlem tarafları arasındaki iletişimin gizli kalması sağlanmaktadır. Kullanıcılar takma adlarla sisteme girip transfer işlemlerini gerçekleştirebilmektedirler. Bu nedenle kullanıcının sahip olduğu adresler ile kişisel bilgileri arasında doğrudan ilişki kurmak zordur³⁴.

III. KRİPTO PARALARIN TANIMI

Türk hukuk mevzuatında, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası tarafından hazırlanan 16 Nisan 2021 tarihli Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik’te, kripto varlıklara ilişkin genel bir düzenleme yapılmıştır. Söz konusu Yönetmeliğin 3. maddesinde,

“Bu Yönetmeliğin uygulanmasında kripto varlık, dağıtık defter teknolojisi veya benzer bir teknoloji kullanılarak sanal olarak oluşturulup dijital ağlar üzerinden dağıtımı yapılan, ancak itibari para, kaydi para, elektronik para, ödeme aracı, menkul kıymet veya diğer sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilmeyen gayri maddi varlıkları ifade eder.”

şeklinde kripto varlıklara yönelik genel bir tanıma yer verilmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi 2021 yılında yayımladığı bir bildiriye kripto parayı, “Blok zincir ağında ödeme aracı olarak kullanılması için oluşturulmuş sanal paralar” şeklinde tanımlamıştır. Öğretide genel kabul gören tanıma göre kripto paralar, “Kriptografik yani şifreli olarak güvenli işlem yapmaya ve ek para arzına olanak sağlayan dijital varlıkları” ifade etmektedir³⁵. Bir diğer tanıma göre,

“Kripto para, ödeme aracı olarak kabul edilen bir para birimi ile doğrudan bağlantısı olmayan, ancak gerçek tüzel kişiler tarafından değişim aracı olarak işlem gören, elektronik ortamda transfer edilebilen, depolanabilen ve değiş-tokuş edilebilen dijital varlıktır”³⁶.

Kripto paraların kullanım alanları ve özellikleri dikkate alınarak yapılan bu tanımlar, zamanla kripto paralarının türlerinin artması ve kullanım alanının yaygınlaşmasıyla birlikte değişiklik gösterecektir.

IV. KRİPTO PARALARIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Öğretide kripto paraların hukuki niteliğine ilişkin olarak yapılan değerlendirmelerde, ağırlıklı olarak para niteliğinde olmadığı kabul edilmektedir³⁷. Kripto paraların para olarak nitelendirilmemesinin temel nedenleri, bir devletin resmi para birimi olarak devlet tarafından ihraç edilmemesi ve değişim aracı olarak tüm toplumlarda kabul görmemesidir³⁸.

Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası tarafından hazırlanan Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik’in 3. maddesinde kripto varlıkların, itibari para, kaydi para, elektronik para, ödeme aracı, menkul kıymet ya da diğer sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilemeyeceği, ödemeye yönelik herhangi bir işlemde doğrudan ya da dolaylı olarak kullanılmayacağı, bu türden herhangi bir hizmete konu olamayacağı öngörülmüştür. Bir üst kavram olan kripto varlıklara ilişkin düzenlemeden hareketle kripto varlıkların bir türünü oluşturan kripto paralara yönelik bir değerlendirme yapmak mümkündür. Yönetmeliğin yukarıda ifade edilen hükmünün uygulama alanındaki kripto paralara ilişkin olarak para niteliği taşımayacağına düzenlendiği söylenebilir. Zira ödeme aracı niteliği bulunmayan varlık, parasal değeri haiz olsa dahi hukuken para olarak nitelendirilmesi mümkün görünmemektedir³⁹.

³⁰ ÇAĞLAYAN AKSOY, Pınar: Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, On İki Levha Yayınları, 2. Bası, İstanbul 2021, s.24; ÜSTÜN, s.27.

³¹ GEIGER/KELLER, s.261; STEINER, s.38 vd.; BALIKÇI, s.282; ÜSTÜN, s.26.

³² Ayrıntılı bilgi için bkz. TANRIVERDİ/UYŞAL/ÜSTÜNDAĞ, s.208 vd.; MÜLLER, s.605; YILMAZ, s.11 vd.; DULUPÇU/YİYİT/GENÇ, s.2246 vd.; ÖZDEMİR, s.294; YARDIMCI, s.101; ÜSTÜN, s.28; PILLER, s.1427.

³³ YILMAZ, s.15; MÜLLER, s.605.

³⁴ KHULMANN, s.693; YILMAZ, s.19; DULUPÇU/YİYİT/GENÇ, s.2250.

³⁵ İNCİ, Serkan/ALPER, İsmail:Bitcoin Devrimi, Elma Yayınevi, Ankara 2018, s.33; ÜZÜMCÜ, Rabia/YILDIRIM, Yasin: “Kripto Paraların Hukuki Statüleri ve Sözleşmeler İçerisindeki Yerleri”, SDÜ Vizyoner Dergisi, 13(33), 2022, s.273; YILMAZ, s.5.

³⁶ BÜYÜKSAĞIŞ/ÖZYİĞİT/MİRKELEME FALAY/BULDAĞ/OKUR, s.370.

³⁷ TURANBOY, s.48; ÖZDEMİR, s.297; BALCA, s.777-778; KARAMANLIOĞLU, Argun: “Son Gelişmeler Işığında Kripto Paraların Hukuki Niteliği ve Kripto Para Borsalarına Dair Tespit ve Öneriler”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Bülteni, 2021, <https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/45>, (Erişim: 16.12.2022); ENZ, Benjamin V.: Kryptowährungen im Lichte von Geldrecht und Konkurrenzsonderung, Zürich 2019, s.151; HAUSER-SPÜHLER/MEISSER, s.6,7; PILLER, s.1429.

³⁸ ÖZDEMİR, s.296; KARAMANLIOĞLU <https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/45>, (Erişim: 16.12.2022).

³⁹ KARAMANLIOĞLU <https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/45>, (Erişim: 16.12.2022).

Kripto paraların hukuki niteliği hakkında değerlendirme konusu olan bir diğer husus, elektronik para niteliğinde olup olmadıklarına ilişkindir. Öğretide hakim olan görüş, elektronik para niteliği taşımadıkları yönündedir. Buna göre elektronik paranın kanundaki tanımında ifade edilen; bir ihracının bulunması ve bir para alacağı karşılığında elektronik para ihracının gerçekleşmesi koşullarının, kripto paralarda bulunmaması nedeniyle bunların elektronik para niteliğinde olmadıkları kabul edilmektedir⁴⁰.

Kripto paraların kıymetli evrak olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğine yönelik değerlendirmede, kıymetli evrakın senet unsurunun, hakkın bir senette somutlaşması ve hak ile bu senet arasındaki bağıllığı gerektirmesi dikkate alınarak, kripto paraların senet unsuru teşkil edecek bir fiziki varlığa sahip olmadıklarından kıymetli evrak olarak nitelendirilemeyecekleri sonucuna ulaşılmıştır⁴¹.

Çalışma kapsamında kripto paraların medeni hukuk kapsamında nasıl nitelendirileceği incelenecektir. Bu nitelendirme, özellikle kripto paraların (mutlak veya nisbi) hakların ve yükümlülüklerin konusunu oluşturup oluşturamayacağıyla ilgilidir.

A. Kripto Paraların Türk Medeni Kanunu Kapsamında Eşya Olarak Nitelendirilmesi Meselesi

Kriptoparaların eşya niteliği taşıyıp taşımadığını değerlendirmeye geçmeden önce eşya kavramını açıklamak gerekir. Eşya kavramı mutlak bir kavram olmayıp ekonomik, sosyal ve hukuki değer yargıları kapsamında şekillenebilen, göreceli ve dinamik olması nedeniyle söz konusu kavramın tanımı yargı kararları ve öğretiyeye bırakılmıştır. TMK’da tanımlanmamış olmasından da hareketle eşya kavramı, günün ekonomik ve sosyal koşullarına uygun olarak anlamlandırılabilir⁴². Öğretide ağırlıklı olarak kabul edilen tanıma göre eşya, sınırları belirli olan, üzerinde hakimiyet kurulmaya elverişli, ekonomik bir değeri olan, kişiler dışındaki cismani varlıklardır⁴³. Bu tanımdan hareketle, kişiler dışı olması, sınırlarının belirli olması, üzerinde doğrudan hakimiyet kurulabilmesi, fiziksel bir yapıya sahip olması eşyanın başlıca unsurları olarak sayılabilir⁴⁴.

Kripto paraların hukuki anlamda eşya niteliği taşıyıp taşımadığı sorusu yanıtlanırken, eşya kavramının yukarıda belirtilen unsurları dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Kripto paralar insan vücudunun bir parçası olmadığından, eşya kavramının kişi dışılık unsurunu sağladığı açıktır.

Bir varlığın hukuki anlamda eşya olarak nitelendirilmesi için, sınırlarının belirli olması, başka bir ifadeyle fiziksel ve işlevsel bütünlük arz edip bağımsız bir varlık olarak diğer eşyadan ayrılması gerekir. Bu yönüyle değerlendirildiğinde kripto paralar, miktar itibarıyla diğerlerinden ayrı olarak işlemlere konu olabilmektedir. Ayrıca işlemlere konu olan kripto paraların ekonomik anlamda bir değer taşıdığı da açıktır. Şu halde kripto paraların işlevsel bir bütünlük arz edip eşya kavramının sınırlarının belirli olması unsuruna sahip olduğu kabul edilmektedir⁴⁵.

Kripto paraların, işleyiş mekanizması dikkate alındığında eşya kavramının üzerinde hakimiyet kurmaya elverişli olma unsurunu haiz olduğu söylenebilir⁴⁶. Şöyle ki, özel anahtarın sahibi, kripto paraları üzerinde münhasır ve fiili hakimiyete sahip olup kripto paralarını ancak aktif katılımıyla (özel anahtar ile dijital olarak imzalayarak) başka bir kişiye transfer edebilir. Kripto paraların farklı kişiler tarafından aynı anda kullanılması olanaksızdır. Konsensüs mekanizması her işlemi ayrı ayrı doğrular ve böylece çifte harcamayı (ve dolayısıyla kopyalamayı) engeller.

⁴⁰ TURANBOY, s.48; ÖZDEMİR, s.296; KARAMANLIOĞLU <https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/45>, (Erişim: 16.12.2022); ÇELENER, s.778; ENZ, s.114.

⁴¹ TURANBOY, s.55-56; ÖZDEMİR, s.297; KARAMANLIOĞLU <https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/45>, (Erişim: 16.12.2022); ENZ, s.185; VON DER CRONE/KESSLER/ANGSTMANN, s.341.

⁴² AKSOY DURSUN, Sanem: Eşya Kavramı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2012, s.5; SEROZAN, Rona: Eşya Hukuku I, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s.73; YILMAZ, s.45; ÖZDEMİR, s.301; WIEGAND, Wolfgang: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchIT ZGB, Geiser, Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), 6. Auflage, Helbling and Lichtenhahn Verlag, Basel 2019, Vor Art. 641 vd., N.6; REY, Heinz: Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 3. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2007, s.24.

⁴³ SEROZAN, s.72; AKSOY DURSUN, s.23; OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, 20. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s.8; EREN, Fikret: Mülkiyet Hukuku, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s.52; ÜNAL, Mehmet/BAŞPINAR, Veysel: Şekli Eşya Hukuku, 11. Bası, Savaş Kitabevi, Ankara 2020, s.27 vd.; SİRMEN, A. Lale: Eşya Hukuku, 8. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s.5; ESENER, Turhan/GÜVEN, Kudret: Eşya Hukuku, 8. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s.46; ERTAŞ, Şeref: Eşya Hukuku, 15. Bası, Barış Yayınları, İzmir 2020, s.6; YILMAZ, s.45; ARNET, Ruth: CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Arnet, Ruth/Breitschmid, Peter/Jungo, Alexandra (Hrsg.), 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2016, Art. 641, N.6; WIEGAND, BSK Zivilgesetzbuch II, Vor Art. 641 vd., N.6; REY, s.24.

⁴⁴ SCHMID, Jörg/HÜRLIMANN-KAUP, Bettina: Sachenrecht, 5. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2017, N.5 vd.; YILMAZ, s.45; EREN, s.54 vd.; ÜNAL/BAŞPINAR, s.19 vd.; SEROZAN, s.73 vd.; ESENER/GÜVEN, s.47 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.5 vd.; AKSOY DURSUN, s.23 vd.; REY, s.31 vd.; WIEGAND, BSK Zivilgesetzbuch II, Vor Art. 641 vd., N.7 vd.; ARNET, CHK-Handkomm., Art 641, N.7 vd.

⁴⁵ SEILER/SEILER, s.157; ECKERT, Martin: “Digitale Daten als Wirtschaftsgut: digitale Daten als Sache”, SJZ, (112), 2016, s.249; LINDER, Thomas/MEYER, Stephan D.: “Die steuerliche Behandlung von Bitcoin und anderen Kryptowährungen”, ZStP, (3) 2017, s.196; MEYER, Stephan D./SCHUPPLI, Benedikt: “Smart Contracts und deren Einordnung in das schweizerische Vertragsrecht”, recht, 2017, s.219 vd.; ÖZDEMİR, s.303. Bitcoin için aynı yönde değerlendirme için bkz. YILMAZ, s.52.

⁴⁶ SEILER/SEILER, s.159 vd.; GEIGER/KELLER, s.263; ÖZDEMİR, s.303. Bitcoin hakkında aynı yönde değerlendirme için bkz. YILMAZ, s.54. Mülkiyet ve zilyetliğin sadece cismani varlıklar üzerinde sağlanacağını savunan görüş, cismani varlığı olmayan kripto paraların üzerinde hakimiyet kurmaya elverişli olmadığını ifade etmektedir (AKSOY DURSUN, s.14).

Eşyanın varlığından söz edilebilmesi için somut olarak evrende üç boyutlu maddi bir varlığa sahip olması gerekir⁴⁷. Eşya kavramının cismanilik unsuru dikkate alınarak, kripto paraların maddi varlığı olmaması nedeniyle medeni hukuk kapsamında eşya niteliği taşımadığı ifade edilmektedir⁴⁸.

Buna karşılık, edinmeye elverişli olup taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçlerin taşınır mülkiyetinin konusunu oluşturabileceğine ilişkin TMK'nın 762. maddesinden (ZGB Art. 713) hareketle dijital varlıkların ve bu kapsamda kripto paraların niteliklerine uygun düştüğü ölçüde taşınır eşyaya ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabileceği görüşü ileri sürülmektedir⁴⁹. Kanun koyucu anılan hükümde, ekonomik ihtiyaçların karşılanabilmesi için, cismanilik unsuruna sahip olmayan bir varlık hakkında taşınır eşya hükümlerinin uygulanabileceğini düzenlemiştir. Kripto paraların kullanım alanlarının hızla yaygınlaşması karşısında hukuki bir koruma sağlamak için, hakkında özel bir düzenleme yapılmıyaya kadar, söz konusu paralara niteliklerine uygun düştüğü ölçüde taşınır eşya hükümlerinin kıyasen uygulanmasının yerinde olacağı söylenebilir⁵⁰.

Kripto paraların cismani varlığının olmaması nedeniyle eşya niteliğinde olmadığı kabul edilmesi halinde, yasal açıdan var olmayacağından sahibiyile arasındaki hukuki aidiyetin kurulması zorlaşacaktır. Diğer taraftan yukarıda açıklandığı üzere kripto paraların, eşyaya ilişkin cismanilik unsuru dışındaki unsurlara sahip olduğu söylenebilir. Kripto paralar, TMK anlamında eşya olarak nitelendirilmeleri halinde, mutlak hakkın konusunu oluşturabilecek ve hak sahibi bunu herkese karşı ileri sürebilecektir⁵¹.

Teknik ve bilimde yaşanan gelişmelere kayıtsız kalınması mümkün olmayacağından, kanun koyucunun kripto paraların hukuki alt yapısını oluşturması ve bu varlıklara ilişkin ihtiyaç olunan hukuki korumayı sağlaması gerekmektedir. Burada bir görüş, TMK'nın 762. maddesinde doğal güçler hakkında öngörülen hükme benzer bir düzenlemenin yapılmasının yerinde olacağını ifade etmektedir⁵². Bir diğer görüşe göre ise, eşya niteliğinde olmayan kripto varlıkların açıkça eşya olarak tanımlanması şeklinde bir düzenleme yapılmalıdır. Bu varlıklar üzerindeki tasarrufların, eşya hukukunda geçerli olan aleniyet ve belirlilik ilkelerine uygun olarak gerçekleştirilmesini sağlamak için, blokzinciri ağına aleniyet ilkesine tabi bir sicil niteliği kazandırılmasının mümkün olduğu ifade edilmektedir⁵³. Eşya hukukunda egemen olan ilkelerle çelişmeyecek şekilde kripto varlıklara eşya niteliği kazandıran bir düzenlemenin yapılması etraflıca bir çalışmayı gerektirmekteyse de, eşya hukukunda öngörülen koruma mekanizmalarından da yararlanılması mümkün hale geleceğinden, isabetli bir çözüm olarak değerlendirilmektedir.

Bu konuda ileri sürülen bir başka görüş, bu denli etraflıca bir düzenleme yapmak yerine, kripto varlıkların alacak hakkını ya da emitayı temsil etmesi işleviyle sınırlı olacak bir düzenleme yapılmasını önermektedir. Bu durumda kıymetli evraka ilişkin hükümler esas alınarak, bu hükümlerle uyumlu bir düzenleme yapılması gerekecektir⁵⁴.

B. Kripto Paralar Üzerindeki Hakkın Hukuki Niteliği

Kripto paralar ekonomik bir değeri haiz olmaları nedeniyle, bunlar üzerindeki hakkın malvarlığı haklarından olduğu konusunda tereddüt olmamakla birlikte hakkın niteliği tartışmalıdır. Yukarıda ifade edildiği üzere, kripto paralar üzerindeki hakkın de lege lata mutlak hak niteliğinde olmadığı kabul edilmekle birlikte, bu varlıklar üzerinde aynı hak kurulabilmesi için gerekli düzenlemelerin yapılması gerektiğini savunanlar vardır⁵⁵.

Bunun yanı sıra kripto paralar üzerindeki hakkın, alacak hakkı ya da fikri hak niteliğinde olduğunu kabul eden farklı görüşler de bulunmaktadır. Kripto paralar üzerindeki hakkın bir alacak hakkı niteliğinde olduğunu savunan görüşe göre, belirli bir miktar kripto para olarak blokzinciri sistemine katılan katılımcı, blokzinciri protokolüne tabi olmakta ve diğer katılımcılarla buna ilişkin bir anlaşma yapmaktadır. Bu anlaşmanın sonucu olarak, kripto para alan katılımcı, diğer tüm sistem katılımcılarına karşı bir alacak hakkına sahip olmalıdır⁵⁶. Özellikle kamuya açık ve bir ihracının bulunmadığı blokzinciri teknolojisinin çalışma prensibi dikkate alındığında bir alacak hakkından söz etmek mümkün görünmemektedir.

Kripto paraların oluşturulması aşamasında kişilerin yaratıcı uğraşına ihtiyaç duyulmamaktadır. Bilakis bu varlıklar, bir yazılım sayesinde otomatize bir sistem ürünü olarak ortaya çıktıklarından fikri hak olarak da nitelendirilemezler⁵⁷.

⁴⁷ SİRMEN, s.5; TURANBOY, s.57.

⁴⁸ LÖTSCHER, N.308, 314; MÜLLER/ONG, s.206; HESS, Martin/LIENHARD, Stephanie: "Übertragung von Vermögenswerten auf der Blockchain Darstellung der technischen Grundlagen und der Übertragungsformen de lege lata et ferenda", Jusletter, 4. Dezember, 2017, N.39, 77; MAURENBRECHER, Benedikt/MEIER, Urs: "Insolvenzrechtlicher Schutz der Nutzer virtueller Währungen", Jusletter 4. Dezember, 2017, N.20; SEILER/SEILER, s.159; ÇEKİN, s.193. Bitcoin için aynı yönde değerlendirme için bkz. YARDIMCI, s.103; YILMAZ, s.53.

⁴⁹ SEILER/SEILER, s.162 vd.; ECKERT, s.248; YARDIMCI, s.105.

⁵⁰ YARDIMCI, s.105; YILMAZ, s.53; ÖZDEMİR, s.301.

⁵¹ ÖZDEMİR, s.302; GEIGER/KELLER, s.263.

⁵² PILLER, s.1429; ÖZDEMİR, s.303; BİLGİLİ, Fatih/CENGİL, M. Fatih: "Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Eşya Niteliği", 2019, s.21 www.ticaretkanunu.net, (Erişim: 17.12.2022).

⁵³ ÇEKİN, s.213.

⁵⁴ ÇEKİN, s.213.

⁵⁵ ÖZDEMİR, s.303; PILLER, s.1429; BİLGİLİ/CENGİL, s.21 www.ticaretkanunu.net, (Erişim: 17.12.2022).

⁵⁶ Görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKÇAAL, s.378; YARDIMCI, s.105.

⁵⁷ ÇEKİN, s.196.

C. Kripto Paraların Miras Yoluyla İntikale Elverişli Olması

Miras yoluyla intikaline ilişkin hakkında özel bir düzenleme bulunmayan kripto paraların, dijital bilgi birimi üzerinde mülkiyet ya da alacak hakkı olarak bir başkasına devredilebileceği kabul edilmektedir⁵⁸. Bir başkasına devredilebilmesi yönüyle değerlendirildiğinde kripto paraların TMK'nın 599. maddesine göre külli halefiyet ilkesi gereğince mirasçılara intikal edeceği söylenebilir.

TMK'nın 599. maddesinin ilk fıkrasında, mirasçılarının, mirasbırakanın ölümüyle birlikte mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanacağı ifade edildikten sonra, ikinci fıkrasında mirasçılara intikal edecek malvarlığı değerlerine ilişkin olarak,

“Kanunda öngörülen ayrık durumlar saklı kalmak üzere mirasçılar, mirasbırakanın aynı haklarını, alacaklarını, diğer malvarlığı haklarını, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini doğrudan doğruya kazanırlar ve mirasbırakanın borçlarından kişisel olarak sorumlu olur.”

şeklinde bir hükme yer verilmiştir. Anılan hükümden anlaşıldığı üzere kanun koyucu, malvarlığı kavramının dinamik yapısını göz önünde bulundurarak terekede yer alacak değerler bakımından “diğer malvarlığı hakları” ifadesine yer vermiş ve böylece yorum yoluyla kapsamı genişletilebilecek bir düzenleme yapmıştır. Şu halde “diğer malvarlığı hakları” ifadesinden hareketle kripto paralar söz konusu hükmün kapsamına dahil edilebilir mi? Bu soruyu yanıtlamaya geçmeden önce kısaca tereke kavramını açıklamak gerekir.

Tereke, bir kimsenin ölümüyle birlikte mirasçılara geçen özel hukuk ilişkilerinin tamamını ifade eder⁵⁹. Mirasbırakanın ölümüyle birlikte değeri parayla ölçülebilen malvarlığı hakları mirasçılara geçer⁶⁰. TMK'nın 599/II. maddesi kapsamında taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklar, alacak hakları ve zilyetlik terekede yer alır ve mirasçılara intikal eder.

Ekonomik bir değerinin olduğu ve kişinin malvarlığına dahil bir unsur olduğu açık olan dijital varlık niteliğindeki kripto paraların, terekede yer alıp almayacağına ilişkin tereddütün nedeni, kanunda bu konuda açık bir düzenlemenin olmamasıdır. Bu noktada, TMK'nın 599/II. maddesinde yer alan “diğer malvarlığı hakları” ifadesinin yorumu önem kazanmaktadır. Kripto paraların parasal değere sahip oldukları düşünüldüğünde, TMK'nın 599/II. maddesi zamana uygun amaçsal yorum metoduyla yorumlanarak, ölenin sahip olduğu kripto paralar, miras yoluyla intikale elverişli kabul edilmelidir⁶¹. Bununla birlikte kripto paralara erişebilmek için gerekli şifrelere sahip olunması gerektiği durumlarda mirasbırakanın kripto paralarının varlığı ve miktarının tespiti mümkün olmayabilir.

Dijital cüzdan hesabı gibi dijital varlıkların terekeye dahil olup olmadığını tespiti hakkında Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi'nin verdiği karar dikkate değerdir⁶². Mahkemenin ekonomik bir değer taşıyan dijital varlıklara ilişkin değerlendirmesi, parasal değere sahip bir tür dijital varlık olan kripto paralar bakımından önemlidir.

Mirasçı, ölen eşine ait terekesine dahil olabilecek dijital varlıklarına ulaşabilmek amacıyla sulh mahkemesinde terekenin tespiti davası açmıştır. Ancak davacının bu yöndeki tereke tespit talebi, özel hayatın gizliliği gerekçe gösterilerek ilk derece mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Davacı, istinaf kanun yoluna başvurmuş ve tereke tespit talebi, Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi tarafından uygun görülerek ilk derece mahkemesi kararı kaldırılmıştır. Anılan kararda Bölge Adliye Mahkemesi, bu konuda yasada bir boşluk olduğunu ifade etmiş ve devamında mirasbırakana ait dijital cüzdan hesabının ekonomik bir değer taşıyan dijital varlıklar olarak TMK'nın 599/II. maddesi kapsamında miras yoluyla intikale elverişli olduğuna hükmetmiştir.

Konuya ilişkin olarak Gelir İdaresi Başkanlığı'nın kripto parayı, mirasa konu malvarlığı olarak kabul edip bundan vergi alınması gerektiğine dair görüş bildirdiği bir öznelgesi⁶³ bulunmaktadır. Özalgede mirasbırakana ait Bitcoin varlığının mirasçılara intikalinde veraset ve intikal vergisinin olup olmadığı konusunda görüş bildirilmiştir. Söz konusu özalgede veraset ve intikal vergisinin konusuna giren mallara ilişkin olarak, mülkiyete konu olabilen taşınır ve taşınmaz şeylerle malvarlığına dahil olabilen bütün hakları ve alacakları kapsadığı açıklandıktan sonra mirasbırakana ait Bitcoin varlığının toplam değerinin mirasçılar tarafından veraset ve intikal beyannamesi ile beyan edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Özalgede açıklanan görüş, bir kripto para türü olan Bitcoinin mirasçılara intikalinin mümkün olduğu yönündedir.

⁵⁸ GEIGER/KELLER, s.263; AKÇAAL, s.386; BÜYÜKSAĞIŞ/ÖZYİĞİT/MİRKELAM FALAY/BULDAĞ/OKUR, s.376 vd.

⁵⁹ EREN, Fikret/YÜCER AKTÜRK, İpek: Türk Miras Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s.23; İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan: Miras Hukuku, 11. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s.68; DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, 17. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021, s.5; ÇABRİ, Sezer: Miras Hukuku Şerhi (TMK m.575-639), Cilt II, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020, s.442; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s.31; İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan: Miras Hukuku, 14. Bası, Der Yayınları, İstanbul 2018, s.10; Tereke, ölen kişinin geride bıraktığı malvarlığı olarak da tanımlanmaktadır. Bkz. ÖZTAN, Bilge: Miras Hukuku, 12. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s.16; SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkey: Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları, 7. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s.108.

⁶⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. EREN/YÜCER AKTÜRK, s.23; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.74 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.35; ÇABRİ, Cilt II, s.442 vd.; ÖZTAN, s.17; DURAL/ÖZ, s.8; SEROZAN/ENGİN, s.109 vd.

⁶¹ ÇABRİ, Cilt II, s.442, dn.1267; BÜYÜKSAĞIŞ/ÖZYİĞİT/MİRKELAM FALAY/BULDAĞ/OKUR, s.377-378. NFT (Değiştirilemeyen Jetonlar) bakımından aynı yönde değerlendirme için bkz. AKÇAAL, s.386. Öğretide bir görüş, kripto paraların de lege lata hak niteliğini haiz olmadığı gerekçesiyle miras yoluyla intikale elverişli olmadığını ileri sürmektedir (LÖTSCHER, N.328).

⁶² Antalya BAM 6.HD, 13.11.2020; K.2020/1149, E.2020/905. portal.uyap.gov.tr, (Erişim: 20.08.2022).

⁶³ 23.09.2020 tarih ve 60938891-120.01.02.09[GVK: 3-1]-E.33826 sayılı özalgelge <https://www.gib.gov.tr/mirasçılara-bitcoin-varligi-karsiliginda-odenecek-tutarin-veraset-ve-intikal-vergisi-yanundan>, (Erişim: 19.12.2022).

V. KRİPTO PARALAR HAKKINDA MİRAS HUKUKU BAKIMINDAN ORTAYA ÇIKAN TEMEL MESELELER

A. Mirasçılarının Kripto Paralara Erişiminin Sağlanması

Geleneksel tereke mallarında olduğu gibi, mirasçılarının, mirasbırakanın kripto paraya sahip olup olmadığını ve ne miktarda kripto paraya sahip olduğunu, bunlara nasıl erişilebileceğini bilmek konusunda menfaatleri söz konusudur. Zira bu değerlerin terekenin hesabında dikkate alınabilmesi için mirasbırakanın ne kadar kripto paraya sahip olduğunun kesin olarak bilinmesi ve bu paralar üzerinde tasarruf edebilmek için gerekli olan şifrelerin mirasçılar tarafından erişilebilir olması gerekir. Aksi takdirde kripto paralar mirasbırakanın malvarlığında olmasına rağmen, varlığı ve miktarı tespit edilemeyeceğinden terekenin hesabında dikkate alınmaz. Bu nedenle müstakbel mirasbırakan, mirasçılarının ölümünden sonra kripto paralarının varlığını öğrenme olanağı sağlamalıdır. Örneğin, kırılabilen bir banka kasasının aksine, kripto paralarla ilgili olarak yalnızca varlıklarının bilinmesinin yeterli olmayıp, mirasçılarının kripto paralara nasıl erişileceğini de biliyor olması gerekir.

Kripto para cüzdanına erişmek için kullanılan anahtar kelime ya da özel anahtara sahip olan herkes kripto paralar üzerinde tasarrufta bulunabilir⁶⁴. Bu nedenle mirasçılarının kripto paralara erişim bilgilerine güvenli bir şekilde ulaşması sağlanmalıdır. Aksi takdirde yetkisiz kişilerin bu bilgileri kendi lehlerine kötüye kullanmaları ve kripto paraları kendi adreslerine ya da üçüncü şahısların adreslerine aktarmaları söz konusu olabilir. Terekenin tespiti için, müstakbel mirasbırakanın kripto paralarını, gözetimli (custodial) veya gözetimsiz (non-custodial) cüzdanda saklaması veya saklatması isabetli olur.

Mirasbırakan ölümüne bağlı tasarruf yoluyla kripto paralarının ölümünden sonraki akıbetini belirleyebilir. Bunun yanı sıra, mirasbırakan kripto para platformlarına erişim için hizmet sağlayıcısıyla yaptığı sözleşmede dijital verilerinin mirasçılarla paylaşılmasına yönelik hükümlere yer verebilir. Mirasbırakan bu yöndeki iradesini çoğunlukla elektronik bir form üzerinde açıklar. Ölümüne bağlı tasarrufların sıkı şekil kurallarına tabi olması (TMK m.531 vd.) karşısında mirasbırakanın elektronik form üzerinden açıkladığı paylaşmaya yönelik tasarrufu, TMK'nın 531 vd. maddeleri kapsamında öngörülen şekil kurallarına aykırılık nedeniyle sakat olup ilgililer TMK'nın 557. maddesi uyarınca iptalini talep edebilir⁶⁵.

1. Mirasbırakanın Gözetimli Cüzdanının (Custodial Wallet) Olması Halinde Mirasçılarının Kripto Paralara Erişimi

Gözetimli cüzdan (custodial wallet) bir kripto para platformu tarafından yönetiliyorsa, müstakbel mirasbırakanın kripto paralarına yalnızca finansal araçlar erişebilir. Normal bir banka ile yapılan sözleşmeye benzer şekilde, mirasbırakan sadece kripto paralarla ilgili işlemlere izin verir. Bir banka ile olan sözleşme ilişkisinde olduğu gibi, burada da temelde yatan ilişki, genellikle bir vekaletle ya da sıkı sözleşmesel unsurlara sahip bir sözleşmeye karşılık gelir⁶⁶. Bu durumda her ne kadar mirasbırakanın ölümüyle birlikte vekalet sözleşmesinin sona ereceği sonucu ortaya çıksa da (TBK m.513), mirasın bir bütün olarak mirasçılara intikalini öngören külli halefiyet ilkesine (TMK m.599) uygun olarak sözleşme ilişkisinin mirasçılara geçeceğinin kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁶⁷. Böylece mirasçılar, söz konusu sözleşme ilişkisinde mirasbırakanın yerine geçer ve neticede sözleşmeden doğan bilgi talep etme hakkına sahip olurlar⁶⁸.

Bu bağlamda tedbirli ve dikkatli mirasbırakan, mirasçılarının, kripto para platformu ile olan sözleşme ilişkisi hakkında bilgi sahibi olmalarını sağlamalıdır. Ancak müstakbel mirasbırakan mirasçılarının kripto paralara erişiminin sağlanmasıyla ilgili olarak bir ölümüne bağlı tasarruf yaparken, kripto paralara özgü herhangi bir özelliği dikkate almak zorunda değildir.

2. Mirasbırakanın Gözetimsiz Cüzdanının (Non-Custodial Wallet) Olması Halinde Mirasçılarının Kripto Paralara Erişimi

Gözetimli (custodial) cüzdanın aksine, anahtar çifti ve adres, yalnızca mirasbırakanın erişebildiği gözetimsiz (non-custodial) bir cüzdanda saklanıyorsa, mirasbırakanın kripto paralara erişime ilişkin olarak yapacağı tasarruf daha da önemli hale gelmektedir.

Belirtmek gerekir ki, mirasçılarının bir şekilde kripto paraların varlığı hakkında bilgi sahibi olması, kripto paralara erişebilmeleri için yeterli olmayabilir. Şöyle ki, kripto paraların varlığı hakkında bilgi sahibi olan mirasçılar, bu paralara erişim bilgilerini ya da mevcut erişim bilgilerinin nasıl kullanılacağını bilmeyebilirler.

Kripto paralara ait erişim bilgilerinin gözetimsiz (non-custodial) bir cüzdanda saklanması halinde mirasçılarının gerekli bilgileri alabilmeleri için başvurabilecekleri ne bir kripto para platformu, ne özel bir kurum, ne de kamu otoritesi bulunmaktadır. Bu nedenle özellikle bazı cüzdanlara tekrar tekrar yanlış PIN girilmesi halinde cüzdanda bulunan anahtar çifti silindiğinden, kripto paraların sonsuza kadar kaybolma riski çok yüksektir.

Müstakbel mirasbırakan, mirasçılarının özellikle gözetimsiz (non-custodial) cüzdana (PIN ya da şifre dahil) veya anahtar kelimeye erişimini sağlamalıdır. Bunu pratikte yapmanın çeşitli yolları vardır. Mirasbırakana öncelikle, mevcut kripto paraların ve cüzdanların kayıtlarına (kripto varlık envanterine) ek

⁶⁴ GEIGER/KELLER, s.264.

⁶⁵ BÜYÜKSAĞIŞ/ÖZYİĞİT/MİRKELAM FALAY/BULDAĞ/OKUR, s.364; AKÇAAL, s.393.

⁶⁶ BREITSCHMID, Peter/MATT, Isabel: "Informationsansprüche der Erben und ihre Durchsetzung", *successio*, (2), 2010, s.91; KÜNZLE, Hans Rainar: "Auskunftspflichten gegenüber Erben", *successio*, (4), 2012, s.256.

⁶⁷ AKKANAT, s.148; GEIGER/KELLER, s.264.

⁶⁸ KÜNZLE, s.256; BREITSCHMID/MATT, s.92.

olarak, cüzdan PIN ya da şifre bilgisinin ve anahtar kelimenin muhafaza edildiği yerin bilgisini de içeren bir kripto erişim planı oluşturması önerilir. Uygulamada, donanım (hardware)⁶⁹ cüzdanlar ile kripto paralara ölümden sonra erişimi sağlayacak tasarrufta bulunulması, teknik nedenlerle en kolay ve en güvenli olan yoldur. Şifre içeren cüzdana ya da sadece özel anahtara veya anahtar kelimeye sahip olmak kripto paralara erişmek için yeterli olduğundan, kripto erişim planı, cüzdan ve anahtar kelime farklı yerlerde saklanmamalıdır. Bu şekilde yetkisiz erişim önenebilir⁷⁰.

Vasiyetnamenin içeriğinde, yalnızca kripto erişim planının muhafaza edildiği yer belirtilmeli, ancak özel anahtar ya da anahtar kelime gibi erişim bilgileri kesinlikle belirtilmemelidir. Aksi takdirde tecrübeli bir mirasçı, vasiyeti yerine getirme görevlisi, vasiyet alacaklısı ve hatta üçüncü bir kişi, vasiyetname açıldıktan sonra kripto paraları ele geçirebilir ya da kullanıcılarının kim olduğunun tespit edilemeyeceği başka bir adrese aktarabilir. Finansal aracı olmadığı için mirasçıların cüzdana erişimi kontrol edilemez ya da geri alınmaz.

Burada kripto paralara yetkisiz erişim iddiasını konu alan ve Bitcoin ile ilgili olarak Dünya genelinde en çok dikkat çeken dava olarak ABD’de Ira Kleiman tarafından Craight Wright’a karşı açılan Bitcoin mülkiyetine ilişkin tazminat davası dikkat çekmektedir⁷¹. D. Kleiman’ın ölümünden sonra kardeşi I. Kleiman mirasçı sıfatıyla açtığı davada 1 milyon BTC’nin yarısının kardeşine ait olduğunu ve mirasçı sıfatıyla kendisine verilmesini talep etmiştir. Davacı, Wright’ın D. Kleiman’a ait Bitcoinleri, özel anahtarlarını kullanarak haksız bir şekilde mülkiyetine geçirdiğini iddia etmiştir. Yapılan yargılama sonucunda Mahkeme, 1 milyon Bitcoin’in yarısını davacı I. Kleiman’a ödenmesine hükmetmiştir. Bu ödemeyen yapılabilmesi için Bitcoinlerin muhafaza edildiği hesabın özel anahtarının ibraz edilmesi gerekmiş ve mahkeme kararda Wright’ın özel anahtarı ibraz etmesini belirtmiştir. Mahkeme’nin bu kararına karşı, davalı tarafından yapılan itiraz üzerine verilen kararda ise, Wright’ın davacılar 500 bin Bitcoin ödemesine dair karar kaldırılmıştır. Ancak Mahkeme D. Kleiman ve Wright’ın birlikte kurdukları şirket üzerinden yaptıkları Bitcoin madenciliği çalışmalarında elde ettikleri bilgi ve verilerin şirketin fikri mülkiyet hakkına konu olması nedeniyle Wright’ı tazminata mahkum etmiştir.

Yetkisiz bir kişi tarafından kötüye kullanım riskini ortadan kaldırmak için, mirasbırakanın, teknik özelliklere ve aynı zamanda miras hukuku hükümlerine uygun olarak başvurabileceği çeşitli seçenekler vardır. Bunlardan biri, bir işlemi imzalamak ve gerçekleştirmek için birden çok özel anahtar gerektiren çoklu imzadır⁷². Böylece müstakbel mirasbırakan, miras ortaklığının tek bir üyesinin değil, bilakis hepsinin birlikte kripto paralara erişebilmesini sağlayabilir. Burada miras ortaklığının yönetimi bakımından TMK’nın 640/II. maddesinde öngörülen oybirliğiyle tasarruf ilkesi, “*Shamir's Secret Sharing*” (Shamir’in Gizli Paylaşımı) yöntemi ile sağlanabilir. Bu yöntemle göre, rastgele seçilmiş 12 ila 24 kelimededen oluşan anahtar kelime üç parçaya bölünür ve daha sonra mirasbırakanın sağlığında üç mirasçısına dağıtılır. Bu durumda mirasçılar, anahtar kelimeyi kullanarak cüzdanı geri yükleyebilmek ve kripto paralara erişebilmek için birlikte hareket etmek zorundadırlar⁷³.

Mirasçının kripto paralara yetkisiz erişimi, TMK’nın 610/II. maddesi uyarınca mirası ret hakkının düşmesi sonucunu doğurur. Diğer mirasçılar mirasbırakanın terekesinde kripto paraların bulunduğu haberdar olduğu süreçte, söz konusu mirasçıya karşı miras sebebiyle istihkak davası (TMK m.637) ve paylaşma davası (TMK m.642) açabilirler. Diğer taraftan özel anahtar ya da anahtar kelime bilgisine ulaşan vasiyet alacaklısı, kripto paralar üzerinde doğrudan tasarruf etme yetkisine sahip olur ve böylece kripto paraları kendi adresine aktarabilir. Bu durumda saklı paylı mirasçılar, saklı paylarının ihlali halinde, TMK’nın 519 ve 604. maddelerine dayanarak vasiyet alacaklısının adresine aktarılmış olan kripto paraların tenkisini ve geri verilmesini talep edebilirler.

Son olarak, müstakbel mirasbırakana, malvarlığında bulunan kripto paralar ve bunlara erişim konusunda mirasçılara yardımcı olmak üzere, kripto para konusunda bilgi sahibi olan bir vasiyeti yerine getirme görevlisi ataması önerilebilir.

B. Kripto Paraların Sağlararası Karşılıksız Kazandırma Konusu Olması Halinde Tenkis Davasının Davalısı

1. Genel Olarak

Kripto paralar ile ilgili olarak miras hukuku bakımından uygulamada ortaya çıkabilecek bir diğer husus, müstakbel mirasbırakanın sağlığında karşılıksız olarak bir başkasının adresine aktardığı kripto paraların tenkise konu olup olmayacağına ilişkindir.

Kanunkoyucu TMK’nın 565. maddesinde tenkise tabi kazandırmaları dört bent halinde sınırlı olarak saymıştır. Bunlar; mirasbırakanın mirasçılık sıfatını kaybeden yasal mirasçısına miras payına mahsuben yaptığı sağlararası karşılıksız kazandırmalar, mirasbırakanın geri verilmemek üzere altsoyuna malvarlığı devri veya borçtan kurtarma yoluyla yaptığı kazandırmalar ya da alışılmışın dışında verilen çeyiz veya

⁶⁹ Kripto varlıkları yönetmeyi sağlayan özel anahtarı, internet erişimi olmayan şifreli çiplerde sağlayan donanım cüzdanlar, ihtiyaç halinde bilgisayara ya da telefona bağlanabilen kolay taşınabilir fiziksel cihazlardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.bcturk.com/bilgi-platformu/bitcoin-ve-diger-kriptoparalar-icin-saklama-alternatifleri-soguk-ve-sicak-cuzdan-nedir/>, (Erişim: 21.08.2022).

⁷⁰ GEIGER/KELLER, s.265.

⁷¹ Dava hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TEVETOĞLU, Mete: “Bankacılık ve Sermaye Piyasası Hukuku Perspektifinden Bitcoin Davaları”, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, 9(34), 2020, s.558 vd.

⁷² STEINER, s.108 vd.; GEIGER/KELLER, s.265.

⁷³ GEIGER/KELLER, s.265.

kuruluş sermayesi, mirastan ivazlı feragat edene mirasbırakanın ödediği ivaz, mirasbırakanın adet üzerine verdiği hediyeler dışında dönme hakkını saklı tutarak yaptığı bağışlamalar ile ölümünden bir yıl önce yaptığı bağışlamalar, mirasbırakanın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yaptığı açık olan kazandırmalardır.

Mirasbırakanın kripto paralarını sağlığında karşılıksız olarak bir başka adrese aktarması, TMK'nın 565. maddesinde sayılan kazandırmalar arasında yer alıyor ve saklı payı ihlal ediyor ise tenkisi gündeme gelebilir.

Meseleyi bir örnek üzerinden açıklamak gerekirse, mirasbırakan ölümünden kısa bir süre önce, eşine 20 Bitcoin bağışlamıştır. Başka bir ihtimalde ise, mirasbırakan 20 Bitconi ölümünden kısa bir süre önce arkadaşına bağışlamıştır. Her iki ihtimalde de sağlararası karşılıksız kazandırma nedeniyle saklı paylı mirasçının saklı payı ihlal edilmişse, TMK'nın 565. maddesi kapsamında tenkis talep edebilmelidir. Burada blok gezgininde ilgili işlemler görülebiliyor ve alıcı adresi biliniyor olmakla birlikte, kazandırmanın kimin lehine yapıldığı ve dolayısıyla tenkis davasının davalısının kim olduğu sorusu ortaya çıkmaktadır.

Müstakbel mirasbırakanın anahtar çiftini sağlığında üçüncü kişiye devretmesi pratikte pek karşılaşılabilecek bir durum değildir. Zira üçüncü kişinin söz konusu kripto paraları kendi adresine aktarması ve söz konusu paraların bir daha asla ulaşılamayacak şekilde ortadan kaybolması blokzinciri kullanıcısı bakımından çok büyük bir risktir. Bununla birlikte, mirasbırakan anahtar çiftini vasiyeti yerine getirme görevlisine bırakmış olabilir. Ancak bu durumda TMK'nın 565. maddesi kapsamında sağlararası bir karşılıksız kazandırma söz konusu değildir.

Sağlararası karşılıksız kazandırmaya konu olan kripto paraların tenkise tabi olması halinde lehine tasarrufta bulunulan kişi iyiniyetli ise, mirasbırakanın ölümü anında kazandırmadan elinde kalanı iadeyle yükümlü olurken, kazandırmayı iade etmesi gerektiğini biliyor olması yani kötü niyetli olması halinde kazandırmanın tamamını iadeyle yükümlü olur (TMK m.566/I).

Sağlararası karşılıksız kazandırmaya konu olan kripto paraların tenkise tabi olması, mirasçılardan bu kazandırmanın varlığı ve kazandırmanın kimin lehine yapıldığı konusunda bilgi sahibi olmasına bağlıdır. Bu bağlamda aşağıda mirasçılardan bilgi talep etme hakkı incelenecektir.

2. Mirasçılardan Bilgi Talep Etme Hakkı

Kanun koyucu miras ilişkisine taraf olanlar bakımından genel bir bilgi verme yükümlülüğü öngörmemiştir. TMK'nın 646/III. ve 649/II. maddelerinde mirasçılara belirli konularda bilgi alma hakkı tanınmıştır⁷⁴. Mirasçılar, objektif olarak değerlendirildiğinde mirasın paylaşılmasını herhangi bir şekilde etkileyebilecek nitelikte kabul edilen tüm bilgi ve belgeleri, talep olmaksızın, kendiliğinden birbirlerine vermekle yükümlüdürler⁷⁵.

Mirasçılardan miras hukukundan kaynaklanan haklarının ve taleplerinin gereği gibi yerine getirilmesi bakımından özellikle mirasbırakanın yapmış olduğu sağlararası karşılıksız kazandırmalar hakkında ayrıntılı bilgi verilmesi önem arz etmektedir. Zira bu türden kazandırmaların denkleştirmeye ya da tenkise tabi olması gündeme gelebilir. Karşılıklı olan kazandırmaların muvazaalı olma ihtimali dikkate alındığında mirasın paylaşılmasını etkileyebileceğinden bunlar hakkında da bilgi verilmesi gerekebilir⁷⁶. Bu amaçla, her bir mirasçının TMK'nın 646/III. ve 649/II. maddeleri uyarınca mirasın paylaşılması aşamasında sahip olduğu bilgi edinme hakkının yanı sıra, tenkis sürecinde, mirasbırakandan kendisine intikal eden sözleşme ilişkisinden kaynaklanan bilgi talep etme hakkına sahip olduğu söylenebilir.

Mirasçılardan bilgi verme yükümlülüğünün, kıyas yoluyla, terekeyle bağlantılı ve bu nedenle bilgi verme yükümlülüğü kapsamındaki mallara zilyet olan üçüncü kişiler için de geçerli olduğu söylenebilir⁷⁷.

Bazı hallerde mirasçılardan bilgi edinmedeki menfaatleri, üçüncü kişilerin ya da mirasbırakanın belirli olayların gizli kalmasındaki menfaatleriyle karşı karşıya gelebilir⁷⁸. Mirasçının bilgi edinme menfaati, tenkis, denkleştirme ya da paylaşma talebinde bulunabildiği sürece mevcuttur. Örneğin, banka aracılığıyla sağlararası bir kazandırma yapılmış olması halinde, bankanın, lehine kazandırma yapılan kişiye ait bilgileri mirasçılara bildirmesi gerekir. Aksi takdirde bu bilgi olmadan mirasçılar, kazandırmayı alan kişiye karşı tenkis ya da denkleştirme talep edemeyeceklerdir.

Mirasçılardan bakımından bilgilendirme yükümlülüğü öngören bir diğer düzenlemeye TMK'nın 620. maddesinde resmi defter tutulması kapsamında yer verilmiştir. Anılan hükmün ikinci fıkrasında mirasbırakanın mali durumu hakkında bilgi sahibi olan herkesin sulh mahkemesi tarafından istenilen bilgiyi vermekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir.

TMK'nın 620. maddesinde öngörülen bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamına, mirasın intikali esnasındaki durumların yanı sıra mirasbırakanın sağlığında gerçekleşen tüm işlem ve olaylar hakkında bilgi

⁷⁴ BAYRAMOĞLU, Necati Şükrü: "Mirasçılardan Bilgilendirme Yükümlülükleri", ERÜHFD, 16(2), 2021, s.195; SCHRÖDER, Andreas: "Erbrechtliche Informationsansprüche oder: die Geister, die ich rief...", successio, (3), 2011, s.197.

⁷⁵ WEIBEL, Thomas: Praxiskommentar, Erbrecht, ABT, Daniel/WEIBEL, Thomas (Hrsg.), 4. Auflage, Helbling andLichtenhahn Verlag, Basel 2019, Vorbem. zu Art. 607 ff, N.17, 33; GÖKSU, Tarkan: "Informationsrechte der Erben", AJP, 2012, s.961; DRUEY, Jean Nicolas: "Der Anspruch des Erben auf Information, BJM, 1988, s.117; SCHRÖDER, s.190; EREN/YÜCER AKTÜRK, s.584; KOÇAYUSUFPAŞAOĞLU, s.709; İMRE/ERMAN, s.485; BAYRAMOĞLU, s.195.

⁷⁶ SCHRÖDER, s.190; WEIBEL, Praxiskomm., Vorbem. zu Art.607 ff., N.33; BAYRAMOĞLU, s.201.

⁷⁷ WEIBEL, Praxiskomm, Vorbem. zu Art.607 ff., N.30.

⁷⁸ GEIGER/KELLER, s.266.

verilmesi de dahildir⁷⁹. Bu kapsamda terekenin aktif ve pasifinin belirlenmesinde ilgili olabilecek tüm bilgiler açıklanmalıdır.

a. Mirasbırakanın Gözetimli Cüzdanının (Custodial Wallet) Olması Halinde Mirasçıların Bilgi Talep Etme Hakkı

Mirasbırakanın gözetimli cüzdanı varsa, mirasbırakanla kripto para platformu arasında bir sözleşme ilişkisi mevcuttur. Bu durumda saklı paylı mirasçı, tenkis sürecinde TMK'nın 646/III. ve 649/II. maddeleri uyarınca miras hukukuna özgü bilgi edinme hakkının yanı sıra, mirasbırakandan kendisine intikal eden sözleşme ilişkisine dayanarak kripto para platformundan bilgi talep etme hakkına sahip olabilir.

Kripto paraların bir başkasına aktarılmasına yönelik sağlararası karşılıksız kazandırma mirasçılardan biri lehine yapılmışsa, mirasçılar arasındaki bilgi verme yükümlülüğü kapsamında kazandırmayı alan mirasçıdan bilgi talep edebilir. Sağlararası karşılıksız kazandırma üçüncü kişiye yapılmışsa mirasçılar arasındaki bilgi verme yükümlülüğü kıyasen uygulanma alanı bulur ve saklı paylı mirasçı üçüncü kişiden bilgi talep edebilir.

Mirasbırakan tarafından yapılan sağlararası karşılıksız kazandırmayla kripto paralar adresine aktarılan mirasçı, diğer mirasçılara karşı söz konusu kazandırma hakkında bilgi vermekle yükümlüken, kripto paraların mirasçı olmayan üçüncü kişilerin adresine aktarılması halinde, saklı paylı mirasçı, ancak kripto paralarının aktarıldığı adresi makul bir şekilde bu kişiyle ilişkilendirebildiği takdirde ondan bilgi talep edebilir. Şu halde saklı paylı mirasçı, TMK'nın 646/III. ve 649/II. maddeleri uyarınca miras hukukuna özgü bilgi talep etme hakkı ve kendisine intikal eden sözleşme ilişkisine dayanan bilgi talep etme hakkı kapsamında kripto para platformundan elde ettiği bilgilerle ihtiyacı vardır⁸⁰. Bilgi talep eden saklı paylı mirasçı, mirasbırakan tarafından mirasçılar ya da üçüncü kişilere yapılan kripto para aktarımıyla ilgili işlemler ve bu işlemlerin muhatabı konusunda bilgi sahibi olabilecektir. Bu durum kazandırmayı alan kişinin kripto para platformunda gözetimli cüzdana sahip olması halinde de geçerlidir⁸¹.

Bilgi talep eden saklı paylı mirasçı, söz konusu bilgilerin saklı paya yönelik taleplerle makul bir ilgisinin olduğunu ispatlaması gerekebilir. İlgili platform, kripto para işlemleri hakkındaki bilgilerin paylaşılması için, bu yönde bir mahkeme karar alınmasını isteyebilir⁸².

Saklı paylı mirasçı, kripto paraların aktarılmasına yönelik sağlararası karşılıksız kazandırmanın kimin lehine yapıldığını tespit edemiyorsa, tenkis talebinin davalısını bilemeyeceğinden tenkis talebinde bulunamayacaktır.

Sonuç olarak, müstakbel mirasbırakanın, kripto para platformuyla yaptığı sözleşmede ölümden sonra gündeme gelebilecek hususlar hakkında bir düzenlemeye yer vermesi isabetli olacaktır. Mirasbırakanın özellikle sağlararası işlemleri hakkında gizlilik düzenlemesine yer verip vermeyeceğini, kripto paralara ait sağlararası işlemler hakkında mirasçılara herhangi bir bilgi verilip verilmeyeceğini ilgili kripto para platformuna bildirmelidir.

b. Mirasbırakanın Gözetimsiz Cüzdanının (Non-Custodial Wallet) Olması Halinde Mirasçıların Bilgi Talep Etme Hakkı

Mirasbırakanın kripto paralarını gözetimsiz bir cüzdan aracılığıyla yönetmesi halinde de, saklı paylı mirasçılar bakımından yukarıda açıklanan güçlükler ortaya çıkabilecektir. Bu durumda mirasçılar için sağlararası karşılıksız kazandırmanın lehtarı hakkında bilgi almak üzere başvurabileceği bir kripto para platformu da bulunmamaktadır. Mirasçı yalnızca lehine sağlararası karşılıksız kazandırma yapılan kişilerden TMK'nın 646/III. ve 649/II. maddeleri uyarınca miras hukukuna özgü bilgi talep etme hakkına sahip olur.

TMK'nın 646/III. ve 649/II. maddelerinde öngörülen bilgi verme yükümlülüğünün yerine getirilmesi için diğer mirasçıların ya da mahkemenin talepte bulunmasına ihtiyaç yoktur. Ancak saklı paylı mirasçı, talep ettiği bilgilerin verilmemesi halinde, bilgileri elde etmek üzere dava yoluna başvurabilir⁸³. Kripto paralar hakkında bilgi almak üzere dava yoluna başvurulması, ancak elde edilen kripto paralar için erişim bilgilerinin nerede olduğu biliniyor ya da tahmin edilebiliyorsa mümkün olur⁸⁴.

Diğer taraftan bilgi talep eden mirasçı, özellikle kripto paraların mirasçılar dışında üçüncü kişilere aktarıldığı durumlarda, alıcı adresinin lehine kazandırma yapılan kişiye ait olduğunu çoğunlukla inandırıcı bir şekilde ispatlayamayacağından, bilgi almak üzere başvurulmuş davalardan olumlu sonuç alınmayacağı şüphelidir.

Kripto paraların üçüncü kişilere aktarılması halinde uygulamada ortaya çıkan en büyük güçlük, saklı paylı mirasçının kripto paraların aktarıldığı kişinin cüzdan adresini bilse bile, adresi, lehine kazandırma yapılan kişiyle ilişkilendirememesidir. Netice itibarıyla kripto paranın aktarıldığı kişi tespit edilemezse, tenkis davasının yöneltileceği davalı sıfatına sahip herhangi bir kişi de olmayacaktır⁸⁵.

⁷⁹ BAYRAMOĞLU, s.205; ABT, Daniel: CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Breitschmid, Peter/Jungo, Alexandra (Hrsg.), 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2016, Art.581, N.10.

⁸⁰ GEIGER/KELLER, s.268.

⁸¹ BREITSCHMID/MATT, s.101; SCHRÖDER, s.195.

⁸² GEIGER/KELLER, s.269.

⁸³ GÖKSU, s.962; WEIBEL, Praxiskomm., Vorbem. zu Art.607 ff., N.18; ÇABRİ, Sezer: Miras Hukuku Şerhi (TMK m.640-682), Cilt III, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020, s.199, 229; EREN/YÜCER AKTÜRK, s.584; SEROZAN/ENGİN, s.131; İMRE/ERMAN, s.485; BAYRAMOĞLU, s.208.

⁸⁴ GÖKSU, s.962; GEIGER/KELLER, s.269.

⁸⁵ GEIGER/KELLER, s.270.

C. MİRASBIRAKANIN TEREKESİNDE BULUNAN KRİPTO PARALARIN PİYASA DEĞERİNİN BELİRLENMESİ

Diğer tüm tereke malları ve hakları gibi, kripto paralar da saklı payın hesaplanmasında ölüm günündeki durumuna göre (ölüm günü prensibi, TMK m.575, 507) değerlendirilecektir. Kripto paraların denkleştirmeye konu olmaları halinde ise, TMK'nın 673. maddesi uyarınca denkleştirme, kripto paraların denkleştirme anındaki değerine göre yapılır. Burada belirleyici olan, rayiç değeri, yani piyasa değeri ya da söz konusu tereke malının bağımsız bir üçüncü kişiye satışından elde edilebilecek değerdir. Piyasa veya borsa fiyatı olan şeylerde bu değer esas alınabilir⁸⁶.

Kripto paralar, blokzinciri teknolojisine dayanan, merkezi olmayan alım satım platformlarında dünyanın her yerine transfer edilebilen, fiyatı serbest piyasaya göre değişen ve kimse tarafından belirlenemeyen dijital varlıklar⁸⁷ niteliğinde olduğundan, kripto paraların piyasa değerinden (rayiç değerinden) söz edilemez. Kripto paraların değerinde ani değişimler dikkate alındığında kripto para platformlarındaki rayiç değerinin esas alınması pek mümkün görünmemektedir. Rastgele seçilmiş bir ya da iki kripto para borsasının yıllık ortalaması esas alınarak bir hesaplama yapılmasına ve ortalama hesap yapılırken en yüksek fiyat ile en düşük fiyatın elenmesine rağmen, günlük fiyat farklarının hala çok yüksek olabileceği dikkate alındığında, genel olarak geçerli bir piyasa değeri (rayiç değeri) ortaya koymak gerçekçi görünmemektedir⁸⁸.

Miras hukukundan kaynaklanan davalarda yukarıda ifade edildiği şekilde bir ortalama değer esas alınacağı varsayıldığında, bu durumda en yaygın kullanılan kripto para borsalarının mirasbırakanın ölümü günündeki ortalama günlük fiyatları ya da mirasbırakanın kripto para alım satımını gerçekleştirdiği kripto para platformlarının günlük fiyatları dikkate alınarak bir hesaplama yapılması önerilmektedir⁸⁹.

VI. SONUÇ

Son yıllarda artan dijitalleşme, hukukun diğer alanlarında olduğu gibi miras hukukunda da bir takım problemleri beraberinde getirmektedir. Kripto paraların, mutlak bir hak olarak, TMK'nın 599. maddesine göre külli halefiyet ilkesi gereğince mirasçılara intikal edeceğinin kabul edilmesi halinde, öncelikle müstakbel mirasbırakanın dijital varlıklarının ölümüyle birlikte kaybolmamasını, başka bir ifadeyle erişilebilir olmasını sağlaması beklenir.

Kripto paralara ilişkin önceden çeşitli ihtimaller dikkate alınarak hazırlanmış ve kripto paralara ait bilgilerin saklandığı cüzdan türüyle uyumlu bir ölüme bağlı tasarruf ve mirasçılarının kripto paralara erişim olanağının sağlanmasına yönelik bir düzenleme her zaman gereklidir. Zira bu yönde bir tasarruf ve düzenleme, mirasçılarının ve diğer ilgililerin mirasbırakanın ölümünden sonra kripto paralara erişiminin sağlanamaması ya da bilgi talep etme hakkıyla ilgili olarak ortaya çıkabilecek sorunların çözülebilmemesinin tek yolu olduğu söylenebilir.

Kripto paraların sağlararası karşılıksız kazandırmaya konu olması halinde, saklı payı ihlal edilen mirasçının tenkis talebini yönelteceği kişinin tespiti hakkında uygulamanın ilerleyen süreçte çözümlenebileceği beklenmektedir. Bu konudaki gelişmeler, özellikle kripto paralar hakkında Türkiye'de ve uluslararası alanda teknik ve hukuki olarak ortaya çıkacak değişikliklere bağlıdır.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Gamze TURAN BAŞARA, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Gamze TURAN BAŞARA who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors' Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde InÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde InÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın InÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

⁸⁶ WEIBEL, Praxiskomm, Art.617, N.12; GEIGER/KELLER, s.270.

⁸⁷ https://bctr.org/dokumanlar/Kripto_Varliklarin_Vergi_Muhasebe_ve_Denetim_Yonunden_Incelenmesi.pdf, s.18. (Erişim: 29.08.2022).

⁸⁸ GEIGER/KELLER, s.271.

⁸⁹ LINDER/MEYER, s.202; GEIGER/KELLER, s.271.

KAYNAKÇA

- ABT, Daniel: CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Breitschmid, Peter/Jungo, Alexandra (Hrsg.), 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2016.
- AKÇAAL, Mehmet: “NFT (Değiştirilemeyen Jeton) Sanat Eserlerinin Miras Yoluyla Geçmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (159), 2022, s.363-396.
- AKKANAT, Halil:Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.
- ARNET, Ruth: CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Arnet, Ruth/Breitschmid, Peter/Jungo, Alexandra (Hrsg.), 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.
- AKSOY DURSUN, Sanem: Eşya Kavramı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2012.
- BALIKÇI, Eylül: “Dava ve Takip Konusu Olabilmesi Bakımından Kripto Paralar”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16(2), 2021, s.273-312.
- BAYRAMOĞLU, Necati Şükrü: “Mirasçılarının Bilgilendirme Yükümlülükleri”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16(2), 2021, s.191-216.
- BİLGİLİ, Fatih/CENGİL, M. Fatih: “Bitcoin Özelinde Kripto Paraların Eşya Niteliği”, 2019, www.ticaretkanunu.net, (Erişim: 17.12.2022).
- BRÄUTIGAM, Peter: “Der digitale Nachlass-empirischer Befund und Fragestellung”, Stellungnahme des deutschen Anwaltsvereins durch die Ausschüsse Erbrecht, Informationsrecht und Verfassungsrecht zum Digitalen Nachlass, (34), 2013, s.16-29.
- BREITSCHMID, Peter/MATT, Isabel: “Informationsansprüche der Erben und ihre Durchsetzung”, successio, (2), 2010, s.85-107.
- BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem/ÖZYİĞİT, Sinem/MİRKELEL FALAY, Selin/BULDAĞ, İlay Ezgi/OKUR, Mustafa Said: “Dijital Varlıkların Miras Yoluyla İntikali”, Yargıtay Dergisi, 47(2), 2021, s.337-408.
- ÇABRİ, Sezer: Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 575-639), Cilt II, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020. (Cilt II)
- ÇABRİ, Sezer: Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 640-682), Cilt III, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020. (Cilt III)
- ÇAGLAYAN AKSOY, Pınar: Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, On İki Levha Yayınları, 2. Bası, İstanbul 2021.
- ÇEKİN, Mesut Serdar: “Kripto Varlıklar Üzerinde Gerçekleştirilen İşlemlerin Borçlar Hukuku ve Eşya Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9(1), 2022, s.187-216.
- ÇELENER, Balca: “Bitcoin ve Diğer Kripto Para Birimlerinin Vergilendirilmesine Yönelik Yaklaşımlar”, Mali Hukuk Dergisi, 15(172), 2019, s.771-804.
- ÇELİKTAŞ, İlyas: “Vefat Eden Kişinin Elektronik Posta Hesabı Mirasçılara İntikal Eder Mi?”, Terazi Hukuk Dergisi, 6(62), 2011, s.34-39.
- DRUEY, Jean Nicolas: “Der Anspruch des Erben auf Information, BJM, 1988, s.113-132.
- DULUPÇU, Murat Ali/YİYYİT, Mehmet/GENÇ, Asena Gizem: “Dijital Ekonominin Yükselen Yüzü: Bitcoin’in Değeri ile Bilinirliği Arasındaki İlişkinin Analizi”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 22(Kayfor15 Özel Sayı), 2017, s.2241-2259.
- DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut:Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, 17. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- ECKERT, Martin: “Digitale Daten als Wirtschaftsgut: digitale Daten als Sache”, SJZ, (112), 2016, s.245-249.
- EREN, Fikret:Mülkiyet Hukuku, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- EREN, Fikret/YÜCER AKTÜRK, İpek: Türk Miras Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- ERTAŞ, Şeref: Eşya Hukuku, 15. Bası, Barış Yayınları, İzmir, 2020.
- ESENER, Turhan/GÜVEN, Kudret: Eşya Hukuku, 8. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- GEIGER, Alexandra/KELLER, Stefan: “Kryptowährungen in der Nachlassplanung und -abwicklung“, successio, (3), 2021 s.259-272.
- GÖKSU, Tarkan: “Informationsrechte der Erben”, AJP, 2012, s.961; DRUEY, Jean Nicolas: “Der Anspruch des Erben auf Information, BJM, 1988, s.953-965.
- HAUSER-SPÜHLER, Gabriel/MEISSER, Luzius: “Eigenschaften der Kryptowährung Bitcoin”, Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit, (1), 2018, s.6-12.
- HESS, Martin/LIENHARD, Stephanie: “Übertragung von Vermögenswerten auf der Blockchain Darstellung der technischen Grundlagen und der Übertragungsformen de lege lata et ferenda”, Jusletter, 4. Dezember, 2017, s.1-18.
- HERZOG, Stephania: “Der digitale Nachlass und das Erbrecht”, AnwBl Online 2018, s.472-481.
- İMRE, Zahir/ERMAN, Hasan: Miras Hukuku, 14. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2018.
- İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan: Miras Hukuku. 11. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- İNCİ, Serkan/ALPER, İsmail: Bitcoin Devrimi, Elma Yayınevi, Ankara 2018.
- KARAMANLIOĞLU, Argun: “Son Gelişmeler Işığında Kripto Paraların Hukuki Niteliği ve Kripto Para Borsalarına Dair Tespit ve Öneriler”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Bülteni, 2021, https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/45, (Erişim: 16.12.2022).
- KAULARTZ, Markus: “Die Blockchain-Technologie, Hintergründe zur Distributed LedgerTechnology und zu Blockchains”, Computer und Recht, 32(7), 2016, s.474-480.
- KOCAYUSUFAŞAOĞLU, Necip: Miras Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.
- KUHLMANN, Nico: “Bitcoins, Funktionweise und rechtliche Einordnung der digitalen Währung”, Computer und Recht, 30(10), 2014, s.691-696.
- KUNTZ, Wolfgang: “Digitaler Nachlass: Zugang der Erben zum Facebook-Nutzerkonto”, jM 2016, s.190-192.
- KÜNZLE, Hans Rainar: “Auskunftspflichten gegenüber Erben”, successio, (4), 2012, s.256-279.
- LINDER, Thomas/MEYER, Stephan D.: “Die steuerliche Behandlung von Bitcoin und anderen Kryptowährungen”, ZStP, (3) 2017, s.191-210.
- LINK, Mathias/OMLOR, Sebastian: Kryptowährungen und Token, Recht und Wirtschaft GmbH, Deutscher Fachverlag, Frankfurt am Main, 2021.
- LÖRTSCHER, Cordula: Der digitale Nachlass, Schulthess Verlag, Zürich, 2021.

- LUDYGA, Hannes: “Der digitale Nachlass-zivilrechtliche Aspekte” jM 2016, s.442-477.
- MARTINI, Mari: “Der digitale Nachlass und die Herausforderungen postmortalen Persönlichkeitsschutzes im Internet”, JZ, 2012, s.1145-1155.
- MAURENBRECHER, Benedikt/MEIER, Urs: “Insolvenzrechtlicher Schutz der Nutzer virtueller Währungen”, Jusletter 4. Dezember, 2017, s.1-13.
- MEYER, Stephan D./SCHUPPLI, Benedikt: “Smart Contracts und deren Einordnung in das schweizerische Vertragsrecht”, recht, 2017, s.204-224.
- MÜLLER, Martin: “Bitcoin, Blockchain und Smart Contracts”, ZfIR, (17-18), 2017, s.600-612.
- MÜLLER, Lukas/ONG, Malik: “Aktuelles zum Recht der Kryptowährungen”, AJP, (2), 2020, s.198-212.
- OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, 20. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- ÖZDEMİR, Gençer: “Kripto Paraların Eşya Niteliği”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(1), 2021, s.289-306.
- ÖZTAN, Bilge: Miras Hukuku, 12. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- PILLER, François: “Eine zivil- und vollstreckungsrechtliche Untersuchung aus der Sicht der Bitcoin-Nutzer”, AJP, (12), 2017, s.1426-1438.
- REY, Heinz: Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 3. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2007.
- SCHMID, Jörg/HÜRLIMANN-KAUP, Bettina: Sachenrecht, 5. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2017.
- SCHRÖDER, Andreas: “Erbrechtliche Informationsansprüche oder: die Geister, die ich rief...”, successio, (3), 2011, s.189-202.
- SEILER, Benedikt/SEILER, Daniel: “Sind Kryptowährungen wie Bitcoin (BTC), Ethereum (ETH), Ripple (XRP) und Co. als Sachen im Sinne des ZGB zu behandeln?”, sui-generis, 2018, s.149-168.
- SEROZAN, Rona: Eşya Hukuku I, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.
- SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay: Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları, 7. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- SİRMEN, A. Lale: Eşya Hukuku, 8. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- SOLMECKE, Christian/KÖBRICH, Thomas/SCHMITT, Robin: “Der digitale Nachlass haben Erben einen Auskunftsanspruch?: Überblick über den rechtssicheren Umgang mit den Daten von Verstorbenen”, Multidmedia und Recht, (5), 2015, s.291-295.
- STEINER, Marc: Bitcoins verwahren und vererben: Ein praktischer Ratgeber, Aprycot Media, 2020.
- TANRIVERDİ, Mustafa/UYSAI, Mevlüt/ÜSTÜNDAĞ, Mutlu Tahsin: “Blokzinciri Teknolojisi Nedir ? Ne Değildir ? Alanyazın İncelemesi”, Bilişim Teknolojileri Dergisi, 12(3), 2019, s.203-217.
- TEVETOĞLU, Mete: “Bankacılık ve Sermaye Piyasası Hukuku Perspektifinden Bitcoin Davaları”, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, 9(34), 2020, s.543-580.
- TOMRUKÇU, Tuğçe: Blockchain Teknolojisinin Eser Sahibi Haklarına Hukuki Yansıması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- TURANBOY, Asuman: “Kripto Paraların Ortaya Çıkmaları ve Hukukî Nitelikleri”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 35(3), 2019, s.47-62.
- ÜNAL, Mehmet/BAŞPINAR, Veysel: Şekli Eşya Hukuku, 11. Bası, Savaş Kitabevi, Ankara, 2020.
- ÜNAL, Gökhan/ULUYOL, Çelebi: “Blok Zinciri Teknolojisi” Bilişim Teknolojileri Dergisi, 13(2), 2020, s.167-175.
- ÜSTÜN, Ece Su: TBK Kapsamındaki Geleneksel Sözleşmeler İle Mukayeseli Olarak Akıllı Sözleşmeler Blokzinciri Teknolojisi, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- ÜZÜMCÜ, Rabia/YILDIRIM, Yasin: “Kripto Paraların Hukuki Statüleri ve Sözleşmeler İçerisindeki Yerleri”, Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi, 13(33), 2022, s.271-291.
- VON DER CRONE, Hans Caspar/KESSLER, J. Franz/ANGSTMANN, Luca: “Token in der Blockchain – privatrechtliche Aspekte der Distributed Ledger Technologie”, SJZ, (14), 2018, s.337-345.
- WEIBEL, Thomas: Praxiskommentar, Erbrecht, ABT, Daniel/WEIBEL, Thomas (Hrsg.), 4. Auflage, Helbling and Lichtenhahn Verlag, Basel, 2019.
- WIEGAND, Wolfgang: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchIT ZGB, Geiser, Thomas/Wolf Stephan (Hrsg.), 6. Auflage, Helbling and Lichtenhahn Verlag, Basel, 2019.
- YARDIMCI, Taner Emre: “İcra Takibi Yoluyla Bitcoin Alacağının İleri Sürülmesi ve Borçlunun Bitcoinin Haczedilmesi”, Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 23(3), 2019, s.97-128.
- YILMAZ, Asuman: Kripto Para Birimi Bitcoin ve Bitcon’in Türk Sermaye Piyasası Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.

Online Kaynaklar

https://bctr.org/dokumanlar/Kripto_Varliklarin_Vergi_Muhasebe_ve_Denetim_Yonunden_Incelenmesi.pdf.

https://bctr.org/dokumanlar/Blokzinciri_Teknoloji_Terminoloji.pdf

**TOPLUMSAL DEĞİŞİMİN HUKUK ÜZERİNE ETKİSİNİ
KARL RENNER'İN GÖRÜŞLERİ ÇERÇEVESİNDE AÇIKLAMAK***

EXPLAINING THE IMPACT OF SOCIAL CHANGE ON THE LAW WITHIN KARL RENNER'S VIEW

Şeyma SAĞDIÇ GÜVEN**  10.21492/inuhfd.1206471 **Makale Bilgi**Gönderi: 17/11/2022
Kabul : 18/01/2023**Anahtar Kelimeler***Hukuksal Değişim,
Karl Renner,
İşlev Değişimi,
Hukuksal Kalıntı,
Marksist Hukuk
Çalışmaları.***Article Info**Received: 17/11/2022
Accepted: 18/01/2023**Keywords***Legal Change,
Karl Renner,
Change of Function,
Survival Forms,
Marxist Legal Studies.***Özet**

Hukuk ve toplum başlığı altındaki çalışmaların çoğulluğu içerisinde toplumsal değişim ve hukuk ilişkisinin yönünün ve niteliğinin belirlenmesi ihtiyacı devam etmektedir. Bu ihtiyaca yönelik çalışmalarda genellikle hukuksal değişimin toplumsal ilişkilere etkisi dikkate alınmaktadır. Hukukun toplumsal değişimin önemli bir aracı olarak görüldüğü yaklaşımlar ve hukuksal değişimin toplumsal değişimi yansıttığına ilişkin çalışmalar bu kapsamda değerlendirilebilir. Söz konusu çalışmalar, hukuk kurumları ve toplumsal değişim ilişkisine dair önemli katkı sunsa da kapsamlı ve bütünlüklü bir yaklaşım oluşturmada belirli sınırlılıklara sahiptirler. Söz konusu sınırlılık ise hukuk ve toplum ilişkisini tek yönlü ele almaktan kaynaklanır. Bu sınırlılıklardan yola çıkıp toplumsal değişimin hukuk üzerindeki etkisinin de incelendiği çalışmalar ise özellikle Marksist yaklaşımlar altında toplanmıştır. Ancak bu yaklaşımlarda da hukuk fetişizmine düşmemek adına hukuksal değişim olgusunu ele almada eleştiriyeye açık alanlar söz konusudur. Bu noktada hukuk toplum ilişkisi alanına özgün bir katkı sağlayan Karl Renner'a değinmek verimli bir tartışma fırsatı sunabilir. Zira Renner, pozitivist yaklaşımını Marksizm'le uzlaştırarak toplumsal ve ekonomik değişimlerin hukuka etkisini incelemektedir. Hukuk ve toplum ilişkisine hukuk kurumlarının "işlev değişimine" odaklanarak sağladığı katkı, hukukun değişen toplumsal koşullar içinde biçimini değiştirmeden uyum sağlayabileceğini gösterir. Ancak Renner'ın hukuk çalışmaları siyasi yaşamı nedeniyle geri planda kalmış ve özellikle Türkçe yazında gereken dikkati çekememiştir. Bu çalışmada Renner'ın Marksizm ve pozitivism arasında kalmış yaklaşımının, siyasi yaşamı ve içinde bulunduğu koşullar dikkate alınarak, hukuk ve toplum tartışmalarına sunduğu imkanlar eleştirel bir perspektifle analiz edilmektedir.

Abstract

In the abundance of studies in law and society, the need for determination of the direction and nature of the relationship between law and social change continues. Studies tackling this need, generally focus on the effect of legal change on social relationships. Approaches regarding the law as an important tool for social change and studies claim that legal change reflects social change can be considered in this regard. Such studies, while contributing to the relationship between social change and legal institutions, have certain limitations when it comes to establishing a comprehensive and holistic approach. These limitations stem from treating the relationship between law and society from a one-sided viewpoint. Departing from these limitations, the studies which also consider the effect of social change on law are specially gathered under Marxist approaches. However, in these approaches, there are areas open to criticism in dealing with the phenomenon of legal change in order not to fall into legal fetishism. In this fashion, touching upon Karl Renner, who provides a unique contribution to the field of law and society relations, can offer a fruitful discussion opportunity. Since Renner examines the impact of social and economic changes on the law while reconciling his positivist approach with Marxism. His contribution to the relationship between law and society by focusing on the "change of function" of legal institutions shows that law can adapt to changing social conditions without changing its form. However, due to his political life, Renner's works on the law could not draw the attention they deserve, especially in Turkish literature. In this paper the possibilities offered by Renner's approach, which is stuck between Marxism and positivism, to the debates on law and social relations are analyzed with a critical perspective, while considering his political life and the conditions he is in.

 Bu eser [Creative Commons Atıf-Gayri Ticari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır.

* Bu çalışma 7-9 Eylül 2022 tarihinde Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi Sempozyumu'nda gerçekleşen "Toplumsal Değişim İlişkisine Özgün Bir Katkı: Karl Renner" başlıklı sunumun genişletilmiş ve gözden geçirilmiş versiyonudur.

** Dr. Arş. Gör., İnönü Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** SAĞDIÇ GÜVEN Şeyma, "Toplumsal Değişimin Hukuk Üzerine Etkisini Karl Renner'in Görüşleri Çerçevesinde Açıklamak", İnÜHFD, 14(1), 2023, s.31-42. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

Studies on law and social relations are quite diverse and dynamic. In these studies, in which the relationship between law and society is formed, the notion of legal change has a particular importance. Because this issue which takes place among the discussions of the source of law in traditional legal theory, is frequently argued over the nature of law and its effect on society. In past centuries, studies pertaining to the nature of legal change were carried out under traditional discourse in which law is viewed as an important instrument for social change. This approach which dominated the field for a long while, focuses on how the law affects society. This approach, while contributing to the analysis of the legal change, has certain limitations when it comes to establishing a comprehensive and holistic approach. These limitations stem from treating the relationship between law and social change from a one-sided viewpoint. However there exist other approaches that put forward new perspectives on the law and society relationship, that bring a comprehensive critique to the shortcomings of one-sided viewpoints. Amongst these approaches, the most notables which this paper will build on, are the Marxist legal studies. Marxist approaches lead to an extensive analysis of how social changes affect law, and in this respect, they make important contributions to the relationship between law and society. However, in Marxist approaches there exists areas open to criticism while studying legal change.

The main aim of this paper is to widen the arguments brought forth by Marxist approaches and analyze the criticism directed at them. Another aim is to contribute to the problem of the "survival form" of legal institutions and categories that have created controversy in the Marxist literature on the phenomenon of legal change. In this respect Karl Renner, the most controversial among Marxist jurists will be discussed. As Renner contributed to the law and society studies greatly by demonstrating that, in the face of social change, legal forms can remain constant despite their changing functions. Marxist literature on how the law is affected in face of social change is expanded by putting Karl Renner, who is influenced in his legal view by Marxism as well as positivism at the focus of the paper. For this reason, the paper explains Renner in the light of Marxism. In this way Marxist approaches to law and society relationships are being brought up again through Karl Renner who has limited notoriety in Turkish literature.

Renner being a founder of Austrian Marxism, remains outside of Soviet Marxism due to the separation about the national question. Living at a time when empires were replaced by nation states Renner's political life is shaped by that reality. In addition, having played a role in legal foundation of Austrian Republic as a parliamentarian Renner's involvement to the discourse on legal change bears the mark of this practical development. The thesis of "the functional transformation of the untransformed norm" was born in this political climate. Containing the influence of the neo-positivist teaching this thesis, along with the criticisms directed at Austrian Marxism, became the target of Soviet jurists especially Pashukanis.

Renner's analysis of legal change on the axis of private law is notable as it argues that legal system change does not necessarily accompany important changes in society and economic developments are not immediately placed in legal field. In this way he answers the arguments of law being a "reflection" of relations of production in Marxist understanding of law. In this respect, the way he shows that the law is not simply a reflection is important. The fact that law remains constant in the face of the continuity of social change is explained by the separation of the forms and functions of legal institutions. Accordingly, legal institutions can assume different functions in the face of social change but can continue to be expressed in unchanged forms. In this way despite social changes "unchanging" legal institutions survive as only forms. Accordingly, the problem created by the old forms, the "survival forms" living in the changing relations of production in the Marxist legal debates, is explained. This phenomenon named as the tendency of law to outlive the conditions it was born into, was rephrased in Renner as "unchanging forms but changing function". While putting forward this analysis, Renner focuses on the concept of property and finds its correspondence in many societies.

Thus, Renner reveals that the effect of social change on law occurs separately in terms of a form and content. This notion while can be expressed as the stagnancy of a form of law, can be useful in explaining "survival forms". However, while making this theoretical explanation, Renner does not act within historical and dialectical materialism, on the contrary, he acts with a neo-positivist method. In this case, while it may be a response to deterministic approaches, his position in Marxist legal studies becomes controversial. On the other hand, his contributions to discussions of form and content enable a new way of thinking.

As a result, Renner deserves a critical reevaluation in Marxist legal studies. Because his approach to the relationship between "unchanging forms" and "changing conditions" in the relationship between law and society both contributes to Marxist legal debates and makes it possible to bring an explanation to the "survival form" issue in social and legal change debates.

I. GİRİŞ

Hukuk ve toplum ilişkisine dair çalışmalar oldukça çeşitlidir. Hukukun toplumsal yaşamla ilgisinin kurulduğu bu çalışmalar içinde hukuksal değişim olgusu ise önemli bir tartışma alanıdır. Zira geleneksel hukuk kuramı çalışmalarında da hukukun kaynağı sorunu ele alınırken hukuk ve toplumsal değişim ilişkisi, hukukun mahiyeti ve topluma etkisi üzerinden tartışılmaktadır. Böylece hukuk ve toplum ilişkisi, hukukun toplumu nasıl etkilediği sorusu etrafında şekillenmektedir. Ancak bu yaklaşım hukukun değişimine ilişkin analizlere önemli katkı sunsa da kapsamlı ve bütünlüklü bir yaklaşım oluşturmada belirli sınırlılıklara sahiptir. Bu sınırlılık, hukuk ve toplumsal değişim ilişkisinin tek yönüne bakmaktan kaynaklanır.

Bununla birlikte hukuk ve toplum ilişkisini tek yönlü ele alan yaklaşımların kapsamlı eleştirisini ortaya koyan ve yeni bir perspektif sunan yaklaşımlar da mevcuttur. Bu yaklaşımlar arasında en dikkate değer olan ve bu çalışmanın temel noktasını oluşturan ise Marksist hukuk yaklaşımlarıdır. Marksist yaklaşımlar, toplumsal değişimlerin hukuku nasıl etkilediğine dair bütünlüklü bir analiz getirmekte ve bu açıdan hukuk ve toplum ilişkisine önemli katkılar sunmaktadır. Ancak Marksist yaklaşımlar da hukuksal değişim olgusunu ele alırken hukuk fetişizmine düşmemek için kimi eksiklikler barındırır. Hukuksal değişimde hukuksal kurum ve kategorilerin “kalıntıları” sorunu söz konusu eksikliklerin en görünür olduğu alandır. “Kalıntılar” sorunundaki eksiklik, Marksist yaklaşımların kapsamlı bir toplumsal değişim kuramı ortaya koymasına karşın hukuk teorisi inşa etmeme eğilimlerinden kaynaklanır. Zira toplumsal değişim ve hukuk ilişkisinin kurulmasıyla gündeme gelen bu sorun, hukuk fetişizmine düşebilme riskini içinde barındırır. Ancak bu riske rağmen Marksist yaklaşımların, sistematik ve kapsayıcı bir hukuk çalışmasından tamamen yoksun olduğunu söylemek de mümkün değildir. Karl Renner’in “*The Institutions of Private Law and Their Social Functions*” adlı eseri bu çalışmaların bir örneğidir.

Hukuk kurumlarının değişimine dair incelemede bulunan Renner’in açıklamaları, eleştirel noktalar içeriyorsa da toplumsal değişimin hukuka etkisinin her zaman açıkça fark edilebilir şekilde ve birebir bir uyumla gelişmeyebileceğini ortaya koyması bakımından önemlidir¹. Renner’in “değişmeyen biçimlere rağmen değişen işlevler” olarak özetlenebilecek analizi, hukuksal biçimlerin “değişmez” görüntüsünün en net olduğu mülkiyet kurumunu incelemesinde ortaya çıkmaktadır. Renner, mülkiyet kurumunun farklı toplumsal formasyonlarda yer almasına ilişkin bir inceleme yaparken, değişmeden devam edenin “biçim” olduğunu ancak mülkiyetin “işlevlerinin” değiştiğini ve bu şekilde toplumsal formasyonlarda var olduğunu ortaya koymaktadır. Böylece Renner’in mülkiyet kurumu özelindeki analizi bugün bile geçerli olabilecek bir analiz imkanını barındırır² ve bu nedenle tartışılmaya değerdir.

Avusturya Marksizm’inin kurucuları arasında yer alan ve özellikle ulusal sorun üzerinden Lenin’den ayrılarak Sovyet Marksizm’inin dışında kalan Renner’in politik yaşamı, hukuksal değişim olgusuna yaklaşımını doğrudan etkilemiştir. Dünyada imparatorlukların yerini ulus devletlerin almaya başladığı bu dönemde, Avusturya-Macaristan İmparatorluğu çözülüp yerini Avusturya Cumhuriyeti’ne almış ve hukuksal kuruluşunda Renner rol oynamıştır. Böylece “değişen ekonomik koşullar karşısında değişmeden devam eden bir hukuk” varsayımı bu politik iklimde ortaya çıkmıştır. Yeni pozitivist öğretinin etkisini içinde barındıran bu varsayım, Marksist hukukçular, özellikle Sovyet hukukçuların eleştirilerine maruz kalmıştır.

Bu çalışmada Renner’in hukuk ve toplumsal değişime dair fikirleri, bu fikirlerin oluşumundaki politik tutum ve bu tutumun yol açtığı tartışmalar ele alınacaktır. Bu noktada ilk olarak hukuksal yaklaşımını belirleyen politik hayatından kesitler ele alınacak böylece, Renner’in hukuk yaklaşımının zemini gözlenecektir. Ardından Renner’in Marksist perspektif içinde toplumsal değişim ve hukuk ilişkisini anlamada katkısı sorgulanacaktır. Burada temel amaç hukuksal kalıntı başta olmak üzere hukuk değişimi tartışmalarına bütünlüklü bir yaklaşım için gerekenlerin sorgulanmasıdır. Bu nedenle çalışma, eleştirel bir perspektifle Karl Renner’in görüşlerini açıklamaktadır.

II. KURAMCI VE PARLAMENTER

19.yüzyılın sonlarında Viyana çevresinde gelişen ve içlerinde Max Adler, Otto Bauer’in de yer aldığı Avusturya Marksizm’inin kurucuları arasında Karl Renner de bulunmaktadır. Diğer Avusturya Marksistleri gibi Renner de iki dünya savaşının yarattığı politik gelişmelerden etkilenmiş ve bu dönemdeki tartışmaların tarafı olmuştur. Renner’in çalışmalarında, diğer Avusturya Marksistlerinde olduğu gibi, Habsburg monarşisinin çözülmesi ile gelişen ve dönemin Marksistleriyle çatışmaya da neden olan “ulusal sorun” etkilidir.

Birinci Dünya Savaşı’nın ardından parçalanan Avusturya-Macaristan İmparatorluğu’nun ardından Avusturya’nın izleyeceği sürece dair tartışmalar hız kazanmıştı. Çok uluslu devletlerin parçalandığı ve özerklik tartışmalarının arttığı bu dönemde, başta Marksistler olmak üzere pek çok düşünce çok-uluslu devletlerin dağılmasının ardından gelecek olan süreci tartışmıştır. “Uluslararası sorun” adıyla literatürde yer alan bu tartışmalarda Avusturya Marksistleri, Lenin’le somutlaşan Sovyet Marksizmi ile arasındaki ayrımı derinleştiren bir konuma yerleşmişlerdir. Ulusun tanımı üzerinde gerçekleşen bu ayırmda Avusturya Marksistleri ulusu, ekonomik ve bölgesel bağımsızlığa rağmen dil ve kültürel anlamda bir arada olan topluluk olarak tanımlamışlardır³. Söz konusu tanım Avusturya Marksizm’ini yalnızca teorik değil aynı zamanda pratik bir ayırma götürmektedir. Zira ulus tanımında bölgesel olmayan kişisel özerklik (*nation without territory*) kabulü, Avusturya Marksistlerinin “kendi kaderini tayin hakkı” başta olmak üzere pek çok

¹ COTTERELL, Roger: Hukuk Sosyolojisi Giriş, Saim Üye (çev), Pinhan Yayınları, İstanbul 2020, s.97.

² ROBSON, Peter: “Renner Revisited”, in Elspeth Atwell (ed), Perspectives in Jurisprudence, University of Glasgow Press, Glasgow 1977, s.221.

³ LOEW, Raimund: “Politics of Austro-Marxism”, New Left Review, 118(1), 1979, s.20.

konuda tartışmalı bir konuma sokmaktadır⁴. Gerçekten de Avusturya Marksistlerinin “kültürel ulusal otonomi” tanımına Lenin tarafından getirilen, “işçi sınıfını ulusal kültür sloganıyla yozlaştıran tehlikeli milliyetçilik” eleştirisinin, Avusturya Marksistlerinin her iki Dünya Savaşı’nda aldıkları konum ve Renner’in kişisel politik yaşamı dikkate alındığında karşılıksız kalmadığı görülecektir⁵. Nitekim Renner, Birinci Dünya Savaşı’nda işçi sınıfına “anavatanın(vaterland)” savunulması dışında bir görev yüklememekte⁶, 1920’de ise Avusturya’nın İmparatorluğun diğer halefleri ile gerçekleşecek bir *Anschluss*’un imkanlarını araştırmaktadır⁷. Renner’in bu tutumu, sosyalist mücadelenin Avrupa’da gerilemesi ve buradaki örgütlü yapının gücünü yitirmesi karşısında Kıta Avrupa’sı reel politikasının Marksizm’le mesafesinin artmasıyla sonuçlanan gelişmelere paraleldir⁸. Bu gelişmeler, Kautsky ve Bernstein’in fikirlerinden beslenen Alman Sosyal Demokrat Partisinin Marksizm dışında sosyal demokrasi çizgisine çekilmesidir⁹. Nitekim Alman devriminin de kesintiye uğradığı bu dönemde Avusturya Sosyal Demokrat Partisi’nin de konumu, sosyalist devrim yerine burjuva hükümetine katılma yönünde olmuştur¹⁰.

Buna paralel biçimde Avusturya Marksistleri de kendilerini Marksizm içinde “üçüncü yol” olarak tanımlamakta ve sosyalizm ile sosyal demokrasi arasında konumlandırmaktadır¹¹. Her ne kadar kendilerini reformist olarak tanımlamıyorlarsa da bu yolda kurulan eleştirilerden kurtulamamışlardır. Renner için de geçerli olan bu eleştiri, özellikle Sovyet hukukçuların Renner eleştirilerine yansımaktadır. Avusturya Marksistlerinin reformist olup olmadığına ilişkin tartışmaları bir kenara bırakmakla birlikte, Renner özelinde bu tartışma pragmatizmle sınırlı olarak ele alınabilir. Zira Renner’in hukuk kuramı çerçevesinde pragmatik tutumun izlerini saptamak hukuk yaklaşımını anlamada yararlı olacaktır.

Böylece politik olarak Renner’in konumu, Habsburg’un bıraktığı miras üzerinden şekillenen programla, “isimsiz ülke” dediği Avusturya’nın ulusal sorunu etrafında dönen gelişmelere paralel seyir almıştır¹². Renner’in hukuksal değişim kuramının geliştiği bu zemin, Avusturya Sosyal Demokrat Partisi’nin sosyalist bir mücadeleden burjuva partilerle işbirliği politikalarıyla uyum halindedir. Bu aynı zamanda Bernstein’in evrimci sosyalizm fikirleriyle paralel ikinci enternasyonaldeki revizyonist tutumunun bir örneğini sunar¹³. Bu uyum Renner’in politik yaşamını parlamenter olarak şekillendirmesi anlamına gelmekte ve esas itibarıyla revizyonizminin somut biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁴.

Renner’in kuramcından parlamentere dönüşümü, onun sosyal demokrasiye olan inancı ve materyalist felsefe ile olan ilişkisini içinde barındırır. Böylece Avusturya Marksizm’inin kurucuları arasında yer almasının yanı sıra 1918-1920 yılları arasında Avusturya Cumhuriyetinin ilk şansölyesi olarak görev alabilmiştir. Esas olarak Renner’in yaklaşımı savaş sonrası Avusturya’nın ulusal meseleleri etrafında şekillenen sorunlarda acil ve pragmatik uygulamaların yer aldığı ortamda şekillenmiştir¹⁵. Renner’in politik hayatındaki arada tutumunun niteliği ve önemi bu çalışmanın konusunun dışında olmakla birlikte, Avusturya Cumhuriyeti’nin kuruluşunda aldığı görev hukuksal değişim tartışmaları için önem arz etmektedir. Zira Birinci Avusturya Cumhuriyeti’nin ilk şansölyesi olarak 1920 tarihli federal anayasanın hazırlanması ve kabul edilmesinde görev almıştır¹⁶. Bu durum onun toplumsal değişimin hukuksal kuruluşunda pratik anlamda da önemli bir deneyim sahibi olduğunu gösterir.

Avusturya Şansölyeliğinin ardından Renner, 1920-1931 yılları arasında da parlamentoda görev almıştır. Bu yıllar aynı zamanda hukuksal bakış açısının belirlendiği dönemdir¹⁷. “*Institutions of Private Law and Their Social Function*” kitabındaki fikirler bu dönemde gelişmiştir. Kann’a göre hukukun felsefesi

⁴ BOWRING, Bill: *The Degradation of the International Legal Order?*, Routledge- Cavendish, Abington 2008, s.13.

⁵ LENİN, V. İlyiç: *Collected Works*, Vol.19, Progress Publishers Digital Reprints, Moscow 2011, s.541; LOEW, s.22.

⁶ LOEW, s.23.

⁷ İkinci Dünya Savaşı sırasında Hitler’in 1938’de Avusturya’yı Anschluss’a dahil etmesi yönündeki oylama için Renner olumlu oy çağırısı yapmıştır. Bununla birlikte bu gelişme Avusturya Sosyal Demokrat Partisi’nin faşizmi desteklediği gibi bir anlama karşılık gelmemektedir. Sosyal demokratlar parlamenter demokrasiye inançlarıyla faşizme karşı şiddet içermeyen bir cephe oluşturarak mücadele yolunu tercih etmişlerdir. BLUM, Mark/SMALDONE, William(ed): *Austro-Marxism: Ideology of Unity Vol.II*, Brill, Leiden 2017, s.604; VON KLEMPERER, Klemens: “The Habsburg Heritage: Some Pointers For a Study of the First Austrian Republic”, RABINBACH, Anson (ed), *The Austrian Socialist Experiment Social Democracy and Austromarxism 1918-1934*, Westview Press, Boulder/London 1985, 13.

⁸ Otto Bauer’in Sovyet devrimini Avrupa için bir model olarak görmemesi ve bu devrimin Rusya’nın geri kalmışlığı ile açıklaması ve sosyalist mücadeleyi demokrasi için mücadele olarak belirlemesi bunun göstergesidir. Bunun çıktısı, sosyalist devrime alternatif bir yol aramak olmakla birlikte sonuçta parlamenter demokrasi lehine gelişen bir politik karardır. LOEW, s.28.

⁹ ERKAN, Hüsnü/ERKAN, Canan: *Ekonomide Sosyal Demokrat Alternatif*, Altın Kitaplar, İstanbul 1989, s.44.

¹⁰ ANDERSON, Perry: *Batı Marksizmi Üzerine Düşünceler*, Bülent Aksoy (çev), Birikim Yayınları, İstanbul 2011, s.42

¹¹ KRÄTKE, Michael R.: “Die Mühlen des Dritte Wegs”, *Zeitschrift für Sozialistische Politik und Wirtschaft*, Nr.98, 1997.

¹² RENNER, Karl: “Austria: Key for Ward Peace”, *Foreign Affairs*, 26(4), 1948, s.595.

¹³ İkinci Enternasyonal’daki revizyonizm tartışmalarında Kautsky ve Bernstein arasında yürütülen tartışmalarda, mevcut burjuva siyaseti içerisinde sosyalistlerin yer alıp alamayacağı tartışılmış ve Kautsky kapitalist siyasal aygıt olan devlet ile herhangi bir uzlaşmayı reddederken Bernstein, çeşitli sosyal hak kazanımları amacıyla burjuva partilerle çalışılabileceğini ifade etmiştir. Bernstein’in bu yaklaşımı, Kant’ın yeni bir yorumu olarak algılanabilir. Ayrıca İkinci Enternasyonal’daki ayrımlar ve tartışmalar için bkz: VAN DER ESCH, Patricia: *İkinci Enternasyonal 1889-1923*, Erden Akbulut (çev), Yordam, İstanbul 2020.

¹⁴ KANN, Robert A.: “Karl Renner”, *The Journal of Modern History*, 23(3),1951, s.246. Bu açıdan Renner’in yaklaşımı Bernstein ile örtüşen sosyal demokrasi tartışmalarıyla benzetilebilir. Ancak Bernstein, materyalizmin yerine neo-Kantçı etik anlayışını koymakta Renner ise hala materyalist yaklaşımı korumaktadır. Bu nedenle ikisi arasında yöntemsel bir benzerlik kurmak mümkün değildir. Bernstein materyalizmi tamamen reddederken, bu yaklaşımın Hegel’den Marx’a uzanan bir kambur olarak nitelenmektedir. Ona göre doğru yaklaşım Kant’ın eleştirel yaklaşımıdır. Benzer görüş için bkz: ERDEM, Ekin: “Sosyal Demokrasi İdeolojisi İçinde Eduard Bernstein’in “Liberal Sosyalizmi””, *TESAM Akademisi Dergisi*, 8(1), 2020.

¹⁵ MADERTHANER, Wolfgang: *Austro-Marxism: Mass Culture and Anticipatory Socialism*, *Austrian Studies*, 14, 2006, s.25.

¹⁶ <https://www.parlament.gv.at/ENGL/PERK/HIS/REPI/1918/index.shtml> (Erişim: 02.05.2022).

¹⁷ KANN, s.247.

ve sosyolojik incelemesi parlamenter olarak yaşamında ayrı duruyor görünüyorsa da Renner'in ulusal sorun üzerindeki çalışmalarının sistematığı hukuk çalışmalarında da mevcuttur¹⁸.

Renner'in hem politik yaşamını hem de hukuk çalışmalarını etkileyen şey ise toplumsal değişim ve onun kurum ve kavramlara etkisidir. Söz konusu etkinin araştırılması özellikle mülkiyet kavramında yoğunlaşmıştır. Bu itibarla Renner'in toplumsal değişim ve hukuk ilişkisine dair görüşlerinde ilk bakılması gereken, yeni bir inşa sürecine giren Avusturya'nın ulusal gelişimi ve bu gelişimle paralel ilerleyen hukuksal değişim iken diğeri Avusturya Marksizmi ve yeni Kantçılık arasındaki kurulan ilişkidir. Böylece Renner'i aktarırken hem yeni-Kantçı düşünce hem de Marksizm ile kurulacak bir diyaloga ihtiyaç duyulacaktır. Renner'in pratik amaçlar ve sosyal haklar adına belirli kazanımları koruyabilmek için kapitalizm içi mücadeleye evrilen yaşamı da yeni-Kantçı düşüncenin bir örneğini sunmaktadır. Renner'in tüm politik yaşamı Avusturya işçilerinin sosyal ve ekonomik seviyesini arttırmaya yönelmiştir. Bu durum onu Kant'ın "cumhuriyet şemsiyesi" altında yaşamının rasyonel bir davranış olduğuna ilişkin fikirleriyle yakınlık göstermektedir¹⁹. Böylece Renner'in yeni-Kantçı pozitivizmi Avusturya-Marksizmine yansıyan Marksizmi bir bilimsel yöntem olarak görmek ve yeni olgusal kavrayışlara açık olmayı kapsamaktadır²⁰.

III. TOPLUMSAL DEĞİŞİM VE HUKUK: TARTIŞMALAR VE AYRI KUTUPLAR

A. Marksist Hukuk Tartışmalarına Kısa Bakış²¹

Hukuk ve toplumsal değişim arasındaki ilişki, genellikle, hukukun toplumsal değişimi ne yönde etkilediğine yönelik sorular çerçevesinde kalmıştır. Değişim karşısında hukuka bir belirleyen rol atfeden bu yaklaşımlarda her ne kadar hukuk ve toplum ilişkisi ele alınsa da hukukun kendinden menkul bir varlığa sahip kabul edilmesiyle hukuk ve toplum ilişkisi kopartılmaktadır. Hukuk kuramındaki bu görüşlere karşı hukuku içinde bulunduğu toplumsal ilişkiler çerçevesinde açıklayan Marksist yaklaşımlar, hukuk ve toplumsal değişim ilişkisine bütünlüklü bir açıklama getirme iddiasındadır.

Marksist hukuk kuramı toplumsal değişimi, üretim ilişkilerinin değişimiyle açıklayan bir felsefede ortaklaşmışsa da kendi içinde homojen olmayan ayrımlara tabidir. İki ana hatta indirilebilecek bu ayrım: ilki Sovyet deneyimiyle zenginleşen Sovyet hukukçuları tarafından temsil edilmekte diğeri ise Batı Avrupa Marksizmi ile kesişen görüşlerden oluşmaktadır²². Bu iki hattın oluşmasında, Renner'in politik hayatını da etkileyen tarihsel gelişmelerin neden olduğunu söylemek gerekmektedir. Bu ikili hat Sovyet hukukçularının somut ve uygulamaya dönük tartışmalarını barındıran çalışmalar karşısında, hukuku toplumsal ilişkilerde etkili bir faktör olduğu sürece teorik ve eleştirel çalışmalara konu eden çalışmalardan oluşmaktadır.

Kimi ayrımlarına rağmen her iki hat da hukuku tarihsel ve toplumsal ilişkiler içinde ele almakta ve genel bir hukuk kuramı inşa etmekten kaçınmaktadır. Zira hukuk kuramı inşasına yönelik bir çalışma, hukukun toplumsal düzenin esaslı ve ayrı bir bileşeni olarak ele alındığı hukuk fetişizmi riskini barındırır²³. Bununla birlikte hukukun toplumsal gelişmelerle ilişkisi Marksistler için de dikkate değer bir olgudur ki hukuk ve toplum çalışmalarında önemli yer işgal ederler. Özetle Marksist hukuk yaklaşımları hukuku politik bir kurum, devletle yakın ilişkili ancak özerk bir yapı, içinde bulunduğu ekonomik ilişkilerin bir ifadesi ve egemen sınıfların çıkarlarını koruyan (doğrudan ya da dolaylı) ideolojik bir zor aracı olarak ele almaktadır²⁴. Aynı zamanda hukuk, mevcut toplumsal ilişkileri düzenleyici, toplumsal yeniden üretimi gerçekleştiren bir biçimsel yapıdır²⁵. Hukukun biçimselliği, onun sistematikleşmesini sağlamaktadır ve üretim ilişkilerine karşılık gelen içeriği gizlemesine yardımcı olur²⁶. Böylece hukuk hem kendi biçimine sahip bir sistem hem de bir ideolojik kurum olarak ifade edilebilir²⁷.

Hukukun ideoloji ile bağlantısının kurulmasıyla Marksist hukuk alanındaki çalışmaların ayrımı da netleşmektedir. Bu ayrımlar kabaca, hukukun ekonomik alt yapının doğrudan yansıması olduğunu söyleyen yaklaşımlar (ekonomik türev²⁸), hukukun diğer ideolojik araçlar gibi ekonomik alt yapıdan görece özerk olduğunu söyleyen yapısalcı yaklaşımlar ve sınıf araçsalcı olarak adlandırılan ve hukukun egemen sınıfın çıkarlarına hizmet ettiğini ileri süren yaklaşımlar olarak ayrılmaktadır.

¹⁸ KANN, s.247.

¹⁹ KANT, Immanuel: Gelecekte Bilim Olarak Ortaya Çıkabilecek Her Metefiziğe Prolegomena, Ioanna Kuçuradı, Yusuf Örne (çev), Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2002, s. 51-54. Ayrıca sosyal demokratlar ile yeni-Kantçı düşünce arasında kurulan ilişkiye bir örnek için bkz: YILMAZ, Onur Alp: "Neo-Kantçı Ahlak Felsefesi Bağlamında Sosyal Demokrat Revizyonizmi Tartışmaları", Felsefe Arkivi, 54, 2021, 97-116.

²⁰ MADERTHANER, s.27

²¹ Marksist hukuk tartışmaları hakkında literatürde oldukça fazla ve zengin içerikli çalışmalar mevcuttur. Bu çalışma Karl Renner'in hukuk ve toplumsal değişime dair görüşleri ile sınırlandırıldığında burada kısa bir özet ile yetinilmiştir. Türkçe literatürde ayrıntılı çalışmalardan biri için bkz: KARAHANOGULLARI, Onur: Marksizm ve Hukuk Diyalektik Hukuk Bilimi, Yordam, İstanbul 2018.

²² ÇATALOLUK, Gökçe: "Hukuk Çalışmaya Devam Etmeli Miyiz? Sistematik Bir Analiz", Hukuk Kuramı, 5(1), 2018, s.3.

²³ COLLINS, Hugh: Marksizm ve Hukuk, Ümre Deniz Tuna (çev), Dipnot Yayınları, Ankara 2013, s.22.

²⁴ HUNT, Alan: "Marxist Theory of Law", in PATTERSON, Dennis (ed.), A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory, Wiley Blackwell, 2010, s.350.

²⁵ PASUKANIS, Evgeny: Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm, Onur Karahanoğulları (çev), Birikim Yayınları, İstanbul 2011, s.39.

²⁶ ALTHUSSER, Louis: Yeniden Üretim Üzerine, Işık Ergüden (çev), İthaki, İstanbul 2005, s.91,82. Bu çalışmada hukuksal biçimler olarak ifade edilen kavram, hukukun biçimsel olmasını sağlayan ve toplumsal ilişkileri hukuksal alanda ifade etmeye yarayan kavram ve kurumlardır. Bu nedenle içerikten ayrı bir biçim kurgusu söz konusu değildir. Hukuksal biçimler, içerik tarafından şekillenirken içeriği de şekillendirir. Böylece bu çalışmada hukuksal biçimlerden bahsedilirken biçim ve içeriğin bütünselliği dikkat alınmakta ve bu konuya ilişkin değerlendirmeler bu kabulde yapılmaktadır.

²⁷ EKİCİ, Ekrem: "Antonio Gramsci ve Louis Althusser: Hukuk İdeolojisinin Eleştirisi", in YELKENCİ, Taner (ed.) Marksist Devlet ve Hukuk Teorisi, Notobene, Ankara 2013, s.270.

²⁸ COTTERALL, Roger: Hukuk Sosyolojisi Giriş, Saim Üye (çev), Pinhan, İstanbul 2020, s.164.

İlk yaklaşım, erken dönem Marksist tartışmalarda Marx ve Engels'in materyalizminin "kaba" yorumundan beslenmektedir. Buna göre altyapının üstyapıyı belirlediğine dair kabul, hukuku da doğrudan ekonomik altyapının bir yansıması olarak ele alır. Bu durumda hukuksal biçimler bulunduğu üretim ilişkilerinin doğrudan ürünü olduğundan, hukuk ve toplumsal ilişki tek yönlü bir belirleme ilişkisine indirgenmektedir. Hukukun ele alınmasındaki bu eksiklikler:

"Üstyapı içindeki bağlantıları incelemekte ve üstyapının parçası olarak hukukun işlevlerini açıklamakta yetersiz kalmasıdır; bunun yanı sıra, altyapının üstyapıyı belirlemesini sağlayan mekanizmalara ilişkin derinlikli bir yorum getirilmemesi de temel bir sorun olarak kalır²⁹."

Bu durumda Marksist hukuk çalışmalarının ekonomik belirlemeci yorumları, hukuk ve toplum ilişkisini açıklayamamakta ve toplumsal değişimin hukuka etkisinde "kaba" bir belirlemeye ilişkin kurmaktadır. Bununla beraber söz konusu görüşler, Engels'in doğrudan müdahalesinin de etkisiyle, geçerliliğini yitirmiştir³⁰. Ancak bu yaklaşım zaman zaman Marksist hukuk çalışmalarında kendisini hissettirmekte ya da Marksist hukuk çalışmalarına karşı eleştirilerin nesnesi yapılabilmektedir.

Marksist hukuk yaklaşımları arasında hukukun ekonomik altyapının doğrudan yansıması olduğuna dair görüşler üzerinde uzun tartışmalar artık gerekmiyorsa da sınıf araçsalıcı ile yapısalcı yaklaşımlar açısından durum farklıdır. Marksist hukuk yaklaşımları arasında çoğu zaman "zıt problemlerle muhattap olmaya meyilli" olmaları yönünden canlı bir tartışma devam etmektedir³¹. Hukuk ve ideoloji arasında ilişkiye dikkat çeken bu yaklaşımlarda sınıf araçsalıcı görüş, hukukun üretim ilişkilerinin yansıması olarak değil egemen sınıfın çıkarlarına hizmet eden bir kurum olarak ele almaktadır. Marksist sınıf analizlerinde toplumsal sınıfların uzlaşmaz çıkarlara sahip olduğu görüşlerinden hareketle hukuk, egemen sınıfların bilinçli üretiminin sonucudur. Hukukun oluşmasında özneye dayalı bu yaklaşımda böylece altyapı-üstyapı ilişkisi mekanik bir ilişki olmaktan çıkıp öznelerin çıkarlarının çatışması ile ilişkilendirilmektedir. Hukukun egemen sınıflar elindeki araçsallığının boyutları konusunda farklı görüşler olsa da bu yaklaşımda esas olan hukukun bir zor aracı olarak işlev görmesidir³². Hukukun işlevine dair açıklayıcı bir yaklaşım getiren ve hukukun diğer toplumsal kurumlarla ilişkisini ortaya konulduğu bu yaklaşım, "kaba" materyalist yorumun eksikliklerini gidermektedir. Bununla birlikte hukukun egemen sınıfın aracı olduğu görüşü, hukukun ayrıca toplumsal ilişkileri düzenleyici bir sistem olduğuna dair kısıtlı bir anlayışa sahiptir. Büyük oranda genellik içeren bu yaklaşım, özellikle hukukun egemen sınıfın çıkarlarına hizmet etmediği somut örnekler karşısında eleştiriye açık alanlar bırakır³³. Bununla birlikte egemen sınıfların bilinçli bir özne olarak değerlendirilmesiyle sınıf içi çatışmalar da yeterince dikkate alınmamaktadır. Sonuç olarak hukukun işlevine dair net bir açıklama getiriyorsa da bu yaklaşımda hukuksal biçimler bir kenara bırakılarak hukuk yalnızca içerikle açıklanma eğilimindedir. Bu ise toplumsal değişim dönemlerinde hukuksal biçimlerin mücadele aracı olabileceği ve hukuksal biçimlerin değişen koşullara rağmen varlıklarını sürdürdüğü durumların göz ardı edilmesi ihtimalini barındırır.

Yapısalcı Marksist yaklaşımlar söz konusu edildiğinde ise hukuk ve ideoloji ilişkisinin teorik bir zeminde kurulduğu gözlenecektir. Bu yaklaşımda da sınıf araçsalcılarda olduğu gibi hukukun işlevine odaklanmak söz konusudur. Ancak burada sınıf araçsalcılardan farklı olarak "hukukun ve ideolojinin ekonomik temelden 'görelî özerk' olduğu" kabul edilmektedir³⁴. Böylece bir üstyapı kurumu olarak hukuk, egemen sınıfın çıkarlarıyla bağlantılı olsa dahi doğrudan denetim altında değildir. Bu nitelik hukukun sistematik ve biçimsel niteliğinden kaynaklanmaktadır. Üretim ilişkilerinin hukuksal içeriği oluşturmasına rağmen bu ilişkileri gizleyebilmesi ve yeniden üretebilmesi tutarlı ve sistematik bir yapı olmasıyla bağlantılıdır ve bu hukuksal biçimlerle mümkündür³⁵. Hukukun görelî özerk niteliği özellikle toplumsal değişim zamanlarında hukukun mücadele aracı olabileceği ya da egemen sınıfın çıkarlarına hizmet etmeyen biçimlerin varlığına açıklama getirebilir. Bu durumda hukuk ve toplumsal değişim ilişkisinde ortaya çıkan hukuksal kalıntı sorununa bir cevap sunmak mümkün olacaktır. Ayrıca, Althusser özelinde, hukuksal biçimler ve içerik arasındaki ayrımın önemi ve bu ayrımın yanlış kurulduğu durumlara yapılan vurgu da dikkate değerdir³⁶. Bununla birlikte hukuk ve ekonomik altyapı arasındaki ilişkinin niteliğinin diğer yaklaşımlar kadar net ifade edilmemesi sorun yaratmaya elverişlidir³⁷.

Özetle Marksist hukuk yaklaşımlarının hukuka dair açıklamaları tartışılması gereken birtakım soruları beraberinde getirmektedir. Bu sorular toplumsal değişim karşısında hukukun konusudur.

²⁹ COLLINS, s.44.

³⁰ ENGELS, Friedrich: Joseph Bloch'a Mektup, in Din Üzerine Marx Karl/Engels Friedrich, Kaya Güvenç (çev), Sol Yayınları, Ankara 2013.

³¹ COTTERALL, s.165.

³² Collins'e göre sınıf araçsalıcı yaklaşımlarda zayıf ve güçlü versiyonlar hukukun egemen sınıfın aracı olmasının mutlak ya da esnek bir biçimde kurulup kurulamayacağına yönelen ayrımlardır. COLLINS, s.48,49.

³³ COTTERALL, s.165.

³⁴ COTTERALL, s.165.

³⁵ ALTHUSSER, Yeniden Üretim Üzerine, s.82.

³⁶ ALTHUSSER, Yeniden Üretim Üzerine, s.83 vd. Althusser'in Sovyet hukukçularla girdiği bu diyalog, Pashukanis ve diğer Sovyet hukukçuları arasında yürütülen "sosyalist hukuk biçimleri" tartışmasına ilişkindir. Althusser, sosyalist hukukun kuruluşuyla birlikte sosyalist üretim ilişkilerine uygun "biçimlerin" inşa edilmesinin "hukukun özü gereği eşitsiz ve burjuva" niteliğinin göz ardı edilmesi anlamına geldiğini ifade eder. Yalnızca sosyalist hukukun kurulması meselesinde değil benzer yaklaşımın, sosyal-demokratların "işçi iktidarı, iktisadi demokrasi" gibi kavramlarına da yansıdığını ortaya koyar. (s.85) Böylece doğrudan olmasa da yapısalcı Marksizm ile Renner arasındaki ayrıma dikkat çektiğini söylemek mümkündür.

³⁷ Althusser'in ekonominin belirleyiciliğine dair diğer Marksist kuramcılarla girdiği diyalog için bkz. CONNELL, R.W: "A Critique of Althusserian Approach to Class", Theory and Society, 8(3), 1979, s.303-345.

Toplumsal ilişkinin hukuka etkisinin tek yönlü “yansıma” ilişkisi olmadığını kabulünün ardından çözülmesi gereken sorun, hukuksal kalıntı³⁸ meselesidir. Zira toplumsal değişime rağmen eskiye ait hukuksal biçimlerin devam edebilmesi, hukuk kurum ve kavramlarını tarihsizleştirme ihtimalini içinde barındırır. Bu zorluk karşısında Marksist hukuk anlayışının tarihsel materyalist birikimi, hukuk değişimini “tarihsizleştirme” yapmadan anlamaya olanak sağlar. Ancak bu durum Marksist hukuk yaklaşımlarını eleştiriden muaf tutmaz. Bu nedenle Marksizm içindeki tartışmalarda farklı yöne sapan kaynaklara değinmek, hukuksal kalıntı meselesinde tatmin edici bir açıklama yapmaya olanak sağlayabilir. Bu açıdan Karl Renner’in hukuk ve toplumsal değişim açıklamalarına eleştirel bir gözle yeniden değerlendirmek verimli bir tartışma olanağı yaratacaktır.

B. Yeni-Pozitivizm ve Marksizm Arasında Renner

Toplumsal ve ekonomik değişimlerin hukuksal kurumlara etkisini odak noktası yapan Renner, kimi hukuk kurumlarının üretim tarzındaki değişikliklere rağmen varlık gösterebilmesine dair sistematik ve ayrıntılı bir çalışma ortaya koymuştur. Marksist hukuk çalışmaları içinde özellikle kendi dönemi dikkate alındığında bu çalışmanın nadir olduğunu söylemek gerekir. Zira Marksist hukuk yaklaşımları, hukuk fetişizmine düşmemek için detaylı bir hukuk çalışmasından kaçınma ve hukuku toplumsal değişim ilişkisiyle sınırlı ele alma eğilimindedir. Bununla birlikte Renner, “The Institutions of Private Law and their Social Functions” çalışmasıyla detaylı bir hukuk çalışması ortaya koymuş ve özellikle hukuksal kalıntı tartışmalarında yer edinmiştir.

Renner hukuk tanımını, kurumlarının “biçimsel tezahürü” ile “özlerinin” her zaman birbirlerine uygun olmadığını göstererek gerçekleştirmektedir³⁹. Biçim ve öz arasındaki uyumsuzluğa dikkat çeken bu tanım, hukukun değişimi tartışmalarında özellikle önemlidir. Bu durum toplumsal değişim karşısında normların birleşimi olarak açıkladığı bir hukuk kurumunun, biçimsel olarak, sabit kaldığı görüntüsünün değerlendirilebilmesine olanak tanır. Buna göre hukuksal kurum ve kavramlar, üretim ilişkileri değişiyor olsa da varlıklarını biçimsel olarak sürdürebilir. Ancak biçimsel olarak aynı kalan kurumların işlevleri değişecektir. Söz konusu hukuk kurumunun işlevi bu durumda artabilir, azalabilir, değişebilir veya yok oluyor olabilir⁴⁰. Bu durumda hukuksal kurum ve kavramların gelişimi “işlev değişimi” olarak görünecektir. Renner hukuksal kurum ve kavramların işlev değişimini, ifadenin aynı kalmasına rağmen (*letter of law*) yorumlanmasında ve anlaşılmasındaki bağlamsal ve sosyal ilginin değişmesi olarak tanımlar⁴¹. Ancak hukuksal değişim, kurum ve kavramların “işlev değişimi” ile sınırlı bir anlam içermez. Zira değişim tıpkı ekonomik işlevini koruyan ancak artık bambaşka bir biçimde düzenlenen kategorilerde, örneğin kambyo senetleri, olduğu gibi “normların değişmesi” biçiminde de gerçekleşebilir⁴².

Marksist hukuk ve toplumsal değişim tartışmaları içerisinde Renner’in çalışması ilk bakıldığında, hukukun dönüşümünde değişen işleve odaklanmaktadır. Renner hukuk kurumlarını “sabit bir soyutlama” ile ele almakta ve böylece hukuksal biçimlerin farklı toplumsal formasyonlarda yok olmayacağına işaret etmektedir⁴³. Renner’in hukuk kurum ve kavramlarına yönelik bu soyutlama derecesi hukuksal değişimi, “içerikleri toplumsal koşullara göre değişse de hukuksal biçimler değişmeden kalır” ifadesiyle özetlemeye elverişlidir⁴⁴. Bu durumda herhangi bir hukuksal biçimin hemen her toplumda toplumsal işlevine bağlı olmadan var olabileceği ileri sürülebilir ki Renner’e dair tartışmaların başlangıcını da bu nokta oluşturur.

Renner’in biçim-içerik ayrımı, biçimin sabit kaldığına yapılan vurgu ile Marksist hukuk çalışmalarında ziyade hukuksal pozitivizmin biçim ve içerik ayrımına dahil edilebilir. Nitekim herhangi bir hukuksal biçimin ezeli ve ebedi olduğuna dair kabule götürülen bir yaklaşım da biçimleri “soyut bir kalıp” olarak ele almaktadır⁴⁵. Gerçekten de Renner, özellikle özel hukuk alanına dahil edilecek mülkiyet, sözleşme, miras gibi hukuksal kurumları “tarafsız”, “renksiz”, “boş kaplar” olarak değerlendirir⁴⁶. Böylece 19. yüzyılda Avrupa’daki siyasi gelişimin öne çıkardığı yeni pozitivist etkinin⁴⁷ pek çok çağdaşı gibi Renner’i derinden etkilediği görülmektedir. Renner, hukuksal biçimi içerikten ayrı değerlendirerek biçimi içerikten soyutlamaktadır ve bu yaklaşım hukukun “içeriği ifade etmesine rağmen onu gizleme işlevini” göz ardı etmesine neden olur⁴⁸. Bu durum Renner’in yeni pozitivist görüşlere yakınlığının bir örneğini sunmaktadır.

Renner’in mülkiyet kurumuna dair açıklamalarında hukuksal pozitivizm ile bağı daha açık görülmektedir. Hukuksal kurumların dönüşümünde başlangıç noktası aldığı basit meta mübadelesi sisteminden kapitalist toplumsal formasyona doğru gelişimini takip ettiği mülkiyeti, özne (*persona*) ve nesne

³⁸ ALTHUSSER, Louis: Marx İçin, Işık Ergüden (çev), İthaki, İstanbul 2015, s.143.

³⁹ ROBSON, s.221.

⁴⁰ RENNER, Karl: The Institutions of Private Law and Their Social Functions, Trans. Agnes Schwarzschild, Routledge and Kegan Paul, London 1949, s.75.

⁴¹ LARSSON, Stefan: “Karl Renner and (Intellectual) Property- How Cognitive Theory Can Enrich a Sociolegal Analysis of Contemporary Copyright”, Law and Society Review, 48(1), 2014, s.6.

⁴² RENNER, The Institutions of Private Law and Their Social Functions, s.76.

⁴³ DREW, Joseph: “Karl Renner on Stability, Change and Service in Entire Legal Systems”, Comparative Civilizations Review, 70(8), 2014, s.97.

⁴⁴ KAHN FREUND, O.: Introduction, The Institutions of Private Law and Their Social Functions, Trans. Agnes Schwarzschild, Routledge and Kegan Paul, London 1949, s.6.

⁴⁵ PASUKANIS, Evgeny: Genel Hukuk Kuramı ve Marksizm, s.130; PASUKANIS, Evgeny: “Lenin ve Hukuksal Sorunlar”, in Onur Karahanoğulları (ed), Marksizm ve Hukuk, Yordam Yayınları, 2018, s.315.

⁴⁶ KAHN FREUND, s.2.

⁴⁷ İŞIKTAÇ, Yasemin: “Yeni Kantçı İstanbul Okulu”, in Fethi Gedikli (ed), I. Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, XII Levha Yayınları, İstanbul 2014, s.522.

⁴⁸ ALTHUSSER, s.82-85.

(res)'ye karşı kayıtsız bir kurum olarak tanımlamaktadır⁴⁹. Böylece öznenin kim olduğu ve nesnenin ne olduğunun hukuksal açıdan mülkiyet kurumu üzerinde bir etkisi yoktur. Bu belirleme mülkiyet kurumunun bugün de geçerli olan tanımına uygundur ve biçim-içerik ayrımının bir örneğini sunar. Nesne ile öznenin iki karşıt tarafı oluşturduğu mülkiyet, öznenin nesne üzerindeki mutlak ve bütüncül egemenlik sağlayan hak olarak tanımlanır ve bu sayede hakkın içeriği, kurumun ekonomik ilişkiler nedeniyle dönüşümünden etkilenmez⁵⁰. Böylece Renner'in "ekonomik mülkiyet" ve "hukuksal mülkiyet" arasındaki ayrımın gerekçesi de temellenmektedir. Bu durum mülkiyet kurumunu toplumsal ilişkiden kopararak hukuksal biçim ile görünmez kılınan güç ilişkisini ya da sömürü ilişkisini görmeyi engellemektedir⁵¹. Örneğin kapitalist mülkiyete doğru ilerleyen değişim süreci mülkiyet kurumunun egemenlik ve kontrol işlevlerindeki değişim olarak belirmektedir. Bir başka ifadeyle kapitalist mülkiyet kurumu ile geleneksel mülkiyet arasında gözlemlenecek değişim, kapitalist hukuk sistemi içerisinde çeşitli tamamlayıcı kurumlar aracılığıyla "sahipliğin" geleneksel biçiminin boşaltılmakta, böylece egemenlik ve kontrol işlevleri azalmakta ve değişmektedir⁵². Bu durumda Renner, kapitalist mülkiyet kurumunun tamamlayıcı kurumlar nedeniyle tam bir sahiplik ilişkisi kurmaya elverişli olmadığından bahisle pre-kapitalist mülkiyetin egemenlik ve kontrol işlevini sağlayamadığı yönünde bir yorumlamaya olanak tanır. Bu ise hukuksal mülkiyet ile ekonomik mülkiyet arasında net bir ayrım kurduğunu göstermektedir. Her ne kadar biçimlerin değişmediği ileri sürülebilse de ekonomik olan ile hukuksal olan arasındaki ayrım netleştikçe biçim içerikten üstün hale getirilmekte ve içerik maskelenmektedir. Yani hukuksal biçimler hem hukuku hem ekonomik içerikleri sarıp sarmalamaktadır. Dolayısıyla bir yönüyle hukuksal ifade, aslında ekonomik içeriğin pozitif düzenlemedeki karşılığı, kavramsallaştırması olmaktadır. Hukuksal biçimin altında bu ifade, ekonomik ilişkilerdeki gerçekliği gizleme fonksiyonunu üstlenmekte ve ekonomik alt yapıyı bir anlamda üst belirlemektedir⁵³.

Bununla birlikte Renner'in analizinde ekonomik ve hukuksal mülkiyet arasındaki ayrım, hukuksal ilişkinin üretim ilişkisini etkilemediğini vurgulamaktan ziyade hukuksal mülkiyetin maddi düzeye karşılık gelmeyebileceğini ortaya koymak içindir. Daha net ifadesiyle biçim ve içeriğin her zaman örtüşmek zorunda olmayabileceğini göstermektedir. Buna göre her iki alanda da kimi terimler aynı olarak ifade ediliyorsa da bu, iki alan arasında birebir özdeşlik anlamına gelmemektedir⁵⁴. Hukuksal işlem ile ekonomik faaliyetin özdeş olmayan ancak birbiri içine geçmiş varlığı, hukuksal kategorilerin işlevlerinin yalnızca ekonomik işlemlerle sınırlı olmadığını ve böylece üretim ilişkilerindeki değişikliklerinin doğrudan hukuk kurumlarında bir değişime karşılık gelmediğini gösterir. Mülkiyet kurumu söz konusu edildiğinde ise her ekonomik sistemin doğrudan kendi hukuksal biçimini oluşturmayacağı bu nedenle de hukukun değişimine dair analizde kimi "değişmez kategorilerin", "değişen ekonomik koşullarda da" var olacağı söylemi anlam kazanır⁵⁵. Bu itibarla hukuksal kalıntıya dair Renner, eski hukuk kurum ve kavramların yeni topluma kalmasını ekonomik olan ile hukuksal arasındaki ayrıma dayanarak çözmektedir. Ancak bunu yaparken diyalektik materyalizmden ziyade hukuksal pozitivistten beslenmektedir.

Bununla birlikte hukuksal ve ekonomik mülkiyetin özdeş olmadığına yapılan haklı vurguya rağmen bu ayrımın keskin kuruluşunun yaratacağı sorunlar Renner için de geçerlidir. Zira bir şeye formal düzeyde sahip olma ile maddi düzeyde kontrol edilmesinin ayrışması, mülkiyetin egemenlik ile ilişkisinin kesilmesi ve hukuksal biçimlerin üretim ilişkilerine uygun gelişiminin göz ardı edilmesi sonucunu doğurur. Kapitalist toplumsal formasyonun kendisinden önceki toplumlardan farkını ortaya koymak için verimli bir belirleme olan ekonomik-siyasal ayrımından yola çıkan ekonomik-hukuksal ayrımı, her ikisinin karşılıklı bağlantısını kesecek kadar ilerletildiğinde hukukun özerkliğini "görece" değil "mutlak" olarak ele alır. Collins'in "hukuksal düşüncenin özerkliği" olarak ifade ettiği bu durum, Marksist ideoloji tanımının tersine işleyen ve hukuku diğer yapılardan bağımsız bir değişken olarak ele almak anlamına gelir⁵⁶. Böylece üretim ilişkileri ile hukuk ilişkisinin belirlenmesi için her ne kadar çıkış noktası olsa da ayrım, iki alanın ilişkiselliğinin kesilmesiyle çıkış noktasının tersine bir sonuca yaklaşmaktadır. Söz konusu sonuç hukukun toplumsal bir yapı olduğu görüşünün tersine, hukukun kendinden menkul bir sistem olarak ifade edildiği hukuksal pozitivistliğe yakınlaşmak anlamına gelecektir. Renner'in pozitivistliğe yakınlığı biliniyorsa da Marksist hukuksal çözümleme yapma iddiası düşünüldüğünde söz konusu eleştiri hukukun özerkliğini ortaya koyan Marksistler kadar Renner için de geçerli olacaktır⁵⁷.

Buna ek olarak Renner'in mülkiyetin tanımında hukuksal alanla sınırlı analizi, onun egemenlik ilişkisi ile bağının zayıflatılması ile sonuçlanabilmektedir. Zira mülkiyet ilişkileri hukuksal ifadesini bulduca ve farklı hukuksal biçimlerle ifade edildikçe, kapitalist toplumda "ekonomik mülkiyetin egemenliğinin" kırıldığı gibi değerlendirmelere kapı aralamaktadır⁵⁸. Gerçekten de Renner'e göre kapitalist

⁴⁹ RENNER, *The Institutions of Private Law and Their Social Functions*, s.90.

⁵⁰ RENNER, *The Institutions of Private Law and Their Social Functions*, s.90.

⁵¹ Bkz. ALTHUSSER, *Yeniden Üretim Üzerine*, s.82.

⁵² ROBSON, s. 221, 222.

⁵³ Örneğin işçi işveren arasındaki ekonomik ilişki is hukukunun içeriğini oluştururken norm bunların ifadesi olarak hem hukuksal hem ekonomik içeriği kapsamakta ve özünde sömürü olan bu iktisadi ilişkiyi "tarafsız", "öngörülebilir" ve her şeyden önemlisi bir "hukuki eşitlik" yanılsaması ile her iki tarafın uyması gereken özgür iradeleriyle gerçekleştirdikleri bir anlaşma bu gizleme işlevini örneklemektedir.

⁵⁴ RENNER, *The Institutions of Private Law and Their Social Functions*, s.51.

⁵⁵ RENNER, *The Institutions of Private Law and Their Social Functions*, s.57.

⁵⁶ COLLINS, s.94-113.

⁵⁷ Nitekim, "Marksistler, hukukun özerk olduğu sloganına kendi itibarlarını katarken uyanık olmalıdırlar. Bu modaya katılırken tarihsel materyalizmin ilkelerinden ayrılma riskini üstlenirler." COLLINS, s.104.

⁵⁸ KAHN FRUEND, s.38.

gelişimle birlikte “tamamlayıcı kurumlar (*complementary institutions*)” “esas kurumları (*principal institutions*)” yerinden etmektedir. Yani mülkiyet tamamlayıcı kurumlar tarafından tamamlanıyordu ki bu kurumlar mülkiyetin gerçek işlevini devralmaktaydı⁵⁹. Gerçekten de kapitalizmin artan karmaşıklığı sözleşme ve haksız fiil hukukunda önemli değişikliklere neden olarak müşterek mülk ve sahipliğe ilişkin yeni kavramların doğmasına neden olmuştur⁶⁰. Ancak kapitalist özel mülkiyetin yeniden anlamlandırılması ve genişlemesi olarak değerlendirilebilecek bu gelişmelerin, mülkiyetin-yani esas kurumun- egemenlik ile ilişkisinde bir değişme ya da işlevini kaybetmesi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Yeni kavram setleri özellikle kapitalist üretim ilişkilerinde, “tamamlayıcı kurumlar” vasıtasıyla oluşmakta ve mülkiyet kurumunun yeni toplumsal ilişkileri ifade etmesi, özel hukukun diğer kurumları ile gerçekleştirmektedir. Hukuksal dönüşüm böylece, bugüne kadar benzer kullanım alanına sahip olmayan hukuksal araçların birbiri içine geçerek, birbirini tamamlayarak ve yeniden üretilerek gerçekleşmektedir. Daha açık bir ifadeyle, özel hukukun kimi kurumları önceki üretim ilişkilerinde olmadığı kadar mülkiyet kurumunun kapitalist toplumsal formasyonun gereklerine uyum sağlaması adına onun hizmetine girmekte ve kapitalist toplumsal yapının ihtiyaçlarına göre kurumun dönüşümünü tamamlamasına olanak sağlamaktadır⁶¹. Bu durum, kapitalist üretim ilişkilerinden kopuk gerçekleşmediğinden onun ekonomik koşullarını takip edip egemenlik işlevini devam ettirerek gerçekleşmektedir. Ancak buradaki egemenlik ilişkisinin kapitalist üretim ilişkilerinin ilk evrelerinden farklılaşması mümkündür.

Renner, Marksist hukukçu kimliğine dayanarak mülkiyetin kapitalist toplumsal formasyonda da bir güç kaynağı olduğunu ifade etmekle mülkiyet kurumunun egemenlik ile ilişkisinin tek bir düzeye indirgenmesi yanlışlığına diğer pozitivistler gibi düşmemektedir⁶². Marksist yaklaşımlardaki hukukun temel işlevinin egemen sınıflar lehine bir güç ve baskı kaynağı olduğunu Renner açıkça ifade eder⁶³. Ancak sınıf araçsal yaklaşımın vurgusunun aksine, hukukun bu işlevinin homojen nitelikte olmadığını ortaya koyar. Zira hukuksal kurum ve kavramların detaylı analiziyle kimi dönüşümlerin bütün bir hukuk sistemine atfedilemeyecek kadar kapsayıcı olmayabileceğinin farkındadır. Böylece Marksist sınıf araçsal yaklaşımlara itirazların odağı olan, tüm hukuk sisteminin egemen sınıflar lehine olmayabileceğini gösteren düzenlemeler sorununa Renner bir cevap getirilebilir. Biçim ve içeriğin birbirleriyle uyuma zorunluluğu olmaması, sermayenin uzun vadeli çıkarlarını korumaya dönük bir takım mülkiyet kısıtlamasına gidebildiği ve sistem içindeki bu ayrık uygulamaların sosyal dönüşüm değil uyumlaşma süreci olduğunu göstermeye yardımcıdır⁶⁴. Ancak bu durumda temelde yaşanan köklü değişimlere rağmen, mülkiyet kurumunun biçimi sabit kalırken toplumun ihtiyaçlarına hala nasıl karşılık verebildiği sorusu gündeme gelecektir⁶⁵.

Bu soruya Renner, ekonomik yapıdaki değişimlerin otomatik ve birdenbire hukuksal değişiklikleri beraberinde getirmediğini görüşü ile paralel bir çözüm sunmaktadır⁶⁶. Renner’e göre değişen koşullarda yaşayan insanlar bunu günlük yaşamlarında hissetseler de bilinçlerine teorik olarak yansımaz ve onlar hala geçmiş kuşak kavramları içinde düşünür⁶⁷. Dolayısıyla her ne kadar toplumsal formasyonda yaşanan bir değişim gündemde olsa da bu değişim eski kavramlar çerçevesinde ele alınacaktır. Bir diğer ifade ile hukuksal değişiklikler, hukuksal norma şekli ve anlamını veren yaşam biçimleri ve sosyal pratiklere bağlı olduğundan onlarla sınırlı ve işlevi onlara bağlı olarak değişmekte ancak hukuksal biçimini kendi varoluş koşullarındaki gibi devam ettirmektedir⁶⁸. Bu durumda mülkiyet kurumu biçimsel olarak aynı kalırken, köklü değişiklikler yaşamış toplumu düzenleyebilir olmasında ortaya çıkacak sorun; toplum, işlevin değişmesinin bilincinde olur olmaz normu değiştirmek zorunda kaldığı durumda ortaya çıkacaktır⁶⁹. Aksi durumda normun değişmesi zorunlu olmadığından, işlevinin değişiyor olması toplumsal düzenleme işlevini yerine getirmek için yeterli olacaktır. Renner, bu değişim için pozitivist görüşlerinden ayrılmakta ancak Marksizme yaklaşımdan ziyade hukuki realizme yakınsamaktadır. Zira toplumsal değişimin gerçekleştiği kırılma anlarında biçimler aynı kalsa da işlevsel değişimin gerçekleşmesi için yargının rolünün artması gerektiğini ifade etmektedir⁷⁰. Anglo-sakson hukuk sistemine öykünen Renner böylece, toplumsal dönüşüm karşısında hukukun değişiminin gerçekleşmediği “boşluklar” için Holmes’un metodunun uygulanabilirliğini düşünmüş ve Marksizm ile pozitivism arasında gidip gelen görüşünü bir “üçüncü yol” ile genişletmiştir.

Böylece Renner, kimi hukuksal kurumların mevcut toplumsal formasyona ait olmamasına bir açıklama getirmektedir. Bu açıklamayla, mülkiyet kurumu özelinde, pre-kapitalist toplumsal formasyonlara ait ortak mülkiyet kurumuna ilişkin kavramların kapitalist mülkiyet kurumu içerisinde kendisine yer bulması ve hatta ona karşı bir mücadele alanı oluşturabilmesi imkânı gösterilebilir. Ancak hukuksal kavramlar içinde belki de “en basit ve kendine yeten bir kavram” olan mülkiyetin bu sadeliğini onu, “tüm hukuk sistemlerinin sonsuz ve değişmez kategorisi” olarak değerlendirilmeyle sonuçlanabilir⁷¹. Renner bu tehlikenin farkındadır

⁵⁹ RENNER, *The Institutions of Private Law and Their Social Functions*, s.295

⁶⁰ INGRAM, David Bruce: *Hukuk Felsefesi*, Ezgi Su Dağabak (çev), Fol Yayınları, İstanbul 2019, s.235.

⁶¹ KAHN FREUND, s.31.

⁶² ROBSON, s.233.

⁶³ RENNER, *The Institutions of Private Law and Their Social Functions*, s.197.

⁶⁴ ROBSON, 226.

⁶⁵ RENNER, *The Institutions of Private Law and Their Social Functions*, s.87; LARSSON, s.7.

⁶⁶ RENNER, *The Institutions of Private Law and Their Social Functions*, s.252.

⁶⁷ RENNER, *The Institutions of Private Law and Their Social Functions*, s.51.

⁶⁸ RENNER, *The Institutions of Private Law and Their Social Functions*, s.293.

⁶⁹ RENNER, *The Institutions of Private Law and Their Social Functions*, s.293

⁷⁰ DREW, s.95,96

⁷¹ RENNER, *The Institutions of Private Law and Their Social Functions*, s.81

ancak, dikkate alıp almadığı tartışmalıdır. Zira tıpkı diğer hukuksal biçimlerin dönüşümünde olduğu gibi mülkiyet kurumunun dönüşümünde de biçimlerin sabitliği ve durağanlığına vurgu göze çarpmaktadır⁷².

Renner'in analizinin eleştirilmesi gereken noktaları oldukça fazladır. İlk olarak kendi içinde tutarlılığı sağlamak adına içerik ve biçimin ayrı ve birbirlerinden bağımsız şekilde ele alınması, hem biçimin içeriğe etkisinin göz ardı edilmesi hem de "üretim ilişkileriyle hukukun birbirine karıştırılması"⁷³ anlamına gelmektedir. Renner bu karışıklığı bir de işlev ile içeriği bir tutarak devam ettirmektedir. Böylece "bir toplumsal nesnenin doğasını tanımlayan şey onun işlevi" ise mülkiyet kurumunun işlevi onu tanımlamakta ancak bu tanımlamada biçim görev almamaktadır⁷⁴. Bu durumda "biçim dayatması"⁷⁵ olgusu cevapsız kahrken diğer yandan da kurumları, kendisine direnen gelişmelere rağmen mevcut ilişkileri sürdürebildiği kabulü anlamına gelen "işlevselciliğin tutucu eğilimi"⁷⁶ ortaya çıkmaktadır. Diğer yandan Renner, hukuksal biçimleri kristalleştirerek aslında onları değişimden ayrı tutmaktadır. Biçim aynı kalır değişen işlevdir demek ancak analiz nesnesi yaptığı mülkiyetin tarihsel olarak egemenlik kurma işlevinin nasıl değiştiğine dair bir açıklama getirmemektedir. Bu durumda Pashukanis'in Renner'e yönlendirdiği "teknik birtakım belirlemelerden kaynaklı "sınırlamaların" biçimsel bir değerlendirmeye dayalı olmasıyla" hukuksal değişimi anlamama eleştirisi haklıdır⁷⁷. Renner'in düştüğü durum, "durağan biçimlerle devingen ve çelişik içeriği kavramak" için gerekli olan biçim ve içerik ilişkisinin bir arada kurulmamasından kaynaklanır⁷⁸. Halbuki hukuksal kurumlar biçim ve içerik açısından üretim ilişkilerinden kaynaklanan üstyapıya aittirler. Tarihsel ve diyalektik materyalizmin temel ilkelerine uygun olarak hukuk, farklı toplumsal formasyonlarda hâkim üretim ilişkilerini sağlamlaştıran ve yeniden inşa edilmesini mümkün kılan kurum ve kavramlarıyla varlığını sürdürür. O halde biçim ve içeriğin ayrışması yöntem olarak tarihsel ve diyalektik materyalizm ile bağdaşmamaktadır. Böylece Renner'in analizi Marksist teoriden çok işlevselci toplumsal teorilere yakın durmaktadır⁷⁹. Ayrıca biçim ve içeriğin ayrı tutulması Renner'in pozitivistizminin bir uzantısı olup, hukuku uzun ömürlü ve tutarlı bir varlık olarak algılaması anlamına gelmektedir⁸⁰.

Hukuksal kalıntı sorunu söz konusu olduğunda temel mesele "kalıntının" hangi noktaya kadar eskinin devamı olarak kabul edileceği veya yeni bir hukuksal kategori olarak değerlendirilmesinin nereden başlayacağıdır. Bu durumda biçim ve içeriğin ayrı tutulmasında değişim noktasının belirsizliği söz konusu olacaktır. Zira hukuksal biçimin aynı ancak içeriğin değiştiği kabul edildiğinde, eski toplumsal formasyondan bir kalıntı mı yoksa yeni toplumsal formasyona uygun bir hukuksal kategori mi olduğu açık değildir. O halde hukuk ve toplumsal değişim ilişkisinde temel sorun olarak beliren hukuksal kalıntı sorunu hala tartışmalı bir zeminde durmaktadır.

IV. SONUÇ

Renner, hukuksal pozitivistizm ile Marksizmi bir arada sentezleyerek hukuk kuramına yaptığı büyük katkılarla dikkate değerdir. Toplum ve hukuk ilişkisini dert edinenler için ufuk açıcı olabilecek kuramı, eleştirel noktalarına rağmen hukukun değişimi meselesinde önemli ipuçlarını barındırır. Buna göre Renner, toplumda gerçekleşecek önemli değişikliklere hukuk sistemi değişikliğinin eşlik etmek zorunda olmadığını, hukukun ekonomik ve sosyal değişimlere neden olmadığını ancak ekonomik değişimlerin de hukuksal alanda hemen yer almadığını büyük bir netlikte ifade etmektedir⁸¹. Renner böylece Marksist hukuk anlayışında "yansıma" ilişkisine bir cevap verme gayretindedir. Bu yönüyle hukukun basit birer yansıma olmadığını ortaya koyması bakımından, kendi dönemi açısından, oldukça önemli bir çalışma sunar. Ancak bunu yaparken tarihsel ve diyalektik materyalizm içinde kalarak değil tam aksine yeni-pozitivist bir yöntem ile hareket etmektedir.

Renner'in politik yaşamının izleri, iki dünya savaşının ortasında sosyalist düşünce ile sosyal demokrasinin çatışmalarını barındırır. Her ne kadar hukuk kuramı politik yaşamından ayrı tutulamıyorsa da politik konumlanışından ayrı bir değere sahiptir. Zira onun hukuk kurumlarının değişiminde "değişmeyen biçimler" ile "değişen koşullar" arasındaki ilişkiyi zorunluluktan kurtarması, bugün geçiş tartışmaları da başta olmak üzere toplumsal değişim tartışmalarında "hukuksal kalıntı" meselesine bir açıklama getirebilmeyi mümkün kılmaktadır. Bununla birlikte hukuksal kurum ve kavramlar her ne kadar değişmez bir görüntü altında olsalar da yeni toplumun ihtiyaçları doğrultusunda yeniden anlamlandırılarak, genişleyerek ya da daralarak değişirler. Renner, değişimin bu farklı yönünü işlevin değişmesine karşın biçimin aynı kalmasıyla açıklamaktadır. O halde Renner'in bu ayrık değişim olgusunun analizi, biçim ve içeriğin bir arada ve ilişkiselliğine vurgu ile tamamlanmalıdır. Bu vurgu, bağlamın önemine dikkat çekerek hukukun bir bütün olarak toplumsal yapı içerisindeki konumu ve hukuksal kurumların anlaşılması mümkün

⁷² DREW, s.94

⁷³ ALTHUSSER, Yeniden Üretim Üzerine, s.83.

⁷⁴ EROĞUL, Cem: Devlet Nedir?, Yordam Yayınları, İstanbul 2014, s.17.

⁷⁵ HIRSCH, Joachim: Materyalist Devlet Teorisi, Alan Yayınları, İstanbul 2011, s.45 vd.

⁷⁶ Cohen, tarihsel materyalizme ilişkin bir savunu olarak kurguladığı bu eserinde, işlevsel açıklamanın Marksizm içindeki değerine vurgu yapmakta ve "işlevselciliğin kusurlarının" işlevsel açıklamaya gölge düşürmemesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu çalışmanın sınırlarını aşan bu tartışma için bkz: COHEN, Gerald A.: Karl Marx'ın Tarih Teorisi, Ahmet Fethi (çev), Toplumsal Dönüşüm Yayınları, 1998, s.315-333.

⁷⁷ PASUKANIS, Genel Hukuk Teorisi, s.131,132.

⁷⁸ KARAHANOGULLARI, Onur: Diyalektik Hukuk Bilimi Notları, in Onur Karahanoğulları (ed.) Marksizm ve Hukuk, Yordam, Ankara 2018, s.122.

⁷⁹ CAİN, Maureen/HUNT, Alan: Marx and Engels on Law, Academic Press, London 1979, s.65,66.

⁸⁰ DREW, s.91

⁸¹ RENNER, The Institutions of Private Law and Their Social Functions, s.252,253.

olacaktır. Böylece hukuksal kategorilerin değişimi her zaman toplumsal değişimle birebir paralellikte ilerlemeyebilir ancak bu onun değişmediği anlamına gelmemektedir. Ayrık değişim durumlarında kimi zaman hukuksal kategorinin biçim itibarıyla değişmediği görülüyorsa da bu ancak tamamlanmamış bir sürecin kesintisidir.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Atif Şekli: Yazar Şeyma SAĞDIÇ GÜVEN, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Şeyma SAĞDIÇ GÜVEN who is the author, has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnULR in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

KAYNAKÇA

- ALTHUSSER, Louis: Yeniden Üretim Üzerine, Işık Ergüden (çev), İthaki, İstanbul 2005.
- ALTHUSSER, Louis: Marx İçin, Işık Ergüden (çev), İthaki, İstanbul 2015.
- ANDERSON, Perry: Batı Marksizmi Üzerine Düşünceler, Bülent Aksoy (çev), Birikim Yayınları, İstanbul 2011.
- BLUM, Mark/SMALDONE, William(ed): Austro-Marxism: Ideology of Unity Changing the World The Politics of Austro-Marxism Vol.II, Brill, Leiden 2017.
- BOWRING, Bill: The Degradation of the International Legal Order?, Routledge- Cavindish, Abington 2008.
- CAİN, Maureen/HUNT, Alan: Marx and Engels on Law, Academic Press, London 1979.
- COHEN, Gerald A.: Karl Marx'ın Tarih Teorisi, Ahmet Fethi (çev), Toplumsal Dönüşüm Yayınları, 1998.
- CONNELL, R.W.: "A Critique of Althusserian Approach to Class", Theory and Society, 8(3), 1979.
- COTTERALL, Roger: Hukuk Sosyolojisi Giriş, Saim Üye (çev), Pinhan, İstanbul 2020
- ÇATALOLUK, Gökçe: "Hukuk Çalışmaya Devam Etmeli Miyiz? Sistematik Bir Analiz", Hukuk Kuramı, 5(1), Ocak/Nisan 2018.
- DREW, Joseph: "Karl Renner on Stability, Change and Service in Entire Legal Systems", Comparative Civilizations Review, 70(8), 2014,
- EKİCİ, Ekrem: "Antonio Gramsci ve Louis Althusser: Hukuk İdeolojisinin Eleştirisi", in YELKENCİ Taner (ed.) Marksist Devlet ve Hukuk Teorisi, Notobene, Ankara 2013.
- ENGELS, Friedrich: Joseph Bloch'a Mektup, in Din Üzerine MARX, Karl/ENGELS, Friedrich, Kaya Güvenç (çev), Sol Yayınları, Ankara 2013.
- ERDEM, Ekin: "Sosyal Demokrasi İdeolojisi İçinde Eduard Bernstein'in "Liberal Sosyalizmi", TESAM Akademik Dergisi, 8(1), 2020.
- ERKAN, Hüsnü/ERKAN, Canan: Ekonomide Sosyal Demokrat Alternatif, Altın Kitaplar, İstanbul 1989.
- EROĞUL, Cem: Devlet Nedir?, Yordam Yayınları, İstanbul 2014.
- HIRSCH, Joachim: Materyalist Devlet Teorisi, Alan Yayınları, İstanbul 2011.
- HUNT, Alan: "Marxist Theory of Law", in (ed.) Dennis Patterson, A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory, Wiley Blackwell, 2010.
- INGRAM, David Bruce: Hukuk Felsefesi, Ezgi Su Dağabak (çev), Fol Yayınları, İstanbul 2019.
- İŞIKTAÇ, Yasemin: "Yeni Kantçı İstanbul Okulu", in Fethi Gedikli (ed), I. Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, XII Levha Yayınları, İstanbul 2014.
- KAHN FREUND, O.: Introduction, The Institutions of Private Law and Their Social Functions, Trans. Agnes Schwarzschild, Routledge and Kegan Paul, London 1949.
- KANN, Robert A.: "Karl Renner", The Journal of Modern History, 23(3), 1951.
- KANT, Immanuel: Gelecekte Bilim Olarak Ortaya Çıkabilecek Her Metefiziğe Prolegomena, Ioanna Kuçuradı, Yusuf Örnek (çev), Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2002.
- KARAHANOĞULLARI, Onur: Diyalektik Hukuk Bilimi Notları, in Onur Karahanoğulları (ed.) Marksizm ve Hukuk, Yordam, Ankara 2018.
- KRÄTKE, Micheal R.: "Die Mühlen des Dritte Wegs", Zetisschrift für Sozialistische Politik und Wirtschaft, Nr.98, 1997.
- LARSSON, Stefan: "Karl Renner and (Intellectual) Property- How Cognitive Theory Can Enrich a Sociolegal Analysis of Contemporary Copyright", Law and Society Review, 48(1), 2014,
- LENİN, V. İlyiç: Collected Works, Vol.19, Progress Publishers Digital Reprints, Moscow 2011.
- LOEW, Raimund: "Politics of Austro-Marxism", New Left Review, 118(1), Nov/Dec 1979.
- MADERTHANER, Wolfgang: Austro-Marxism: Mass Culture and Anticipatory Socialism, Austrian Studies, 14, 2006.
- PASUKANİS, Evgeny: "Lenin ve Hukuksal Sorunlar", in Onur Karahanoğulları (çev) (ed) Marksizm ve Hukuk, Yordam Yayınları, 2018.
- PASUKANİS, Evgeny: Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm, Onur Karahanoğulları, (çev) Birikim Yayınları, İstanbul 2011.
- RABİNBACH, Anson (ed): The Austrian Socialist Experiment Social Democracy and Austromarxism 1918-1934, Westview Press, 1985.
- RENNER, Karl: "Austria: Key for Ward Peace", Foreign Affairs, 26(4), 1948.

- RENNER, Karl: *The Institutions of Private Law and Their Social Functions*, Trans. Agnes Schwarzschild, Routledge and Kegan Paul, London 1949.
- ROBSON, Peter: "Renner Revisited", in ATTWOLL Elspeth (ed), *Perspectives in Jurisprudence*, University of Glasgow Press, Glasgow 1977.
- VAN DER ESCH, Patricia: *İkinci Enternasyonal 1889-1923*, Erden Akbulut (çev), Yordam, İstanbul 2020.
- VON KLEMPERER, Klemens: "The Habsburg Heritage: Some Pointers For a Study of the First Austrian Republic", in RABINBACH Anson(ed), *The Austrian Socialist Experiment Social Democracy and Austromarxism 1918-1934*, Westview Press, Boulder/London 1985.
- YILMAZ, Onur Alp: "Neo-Kantçı Ahlak Felsefesi Bağlamında Sosyal Demokrat Revizyonizmi Tartışmaları", *Felsefe Arkivi*, 54, 2021.

İnternet Kaynakları

<https://www.parlament.gv.at/ENGL/PERK/HIS/REP1/1918/index.shtml> (Erişim: 02.05.2022).

**BAĞLANTILI OYUNCAKLAR ÖZELİNDE
ÇOCUĞUN KİŞİSEL VERİLERİNİN CEZAI VE HUKUKİ OLARAK KORUNMASI****CRIMINAL AND LEGAL PROTECTION OF CHILD'S PERSONAL DATA
WITHIN THE SCOPE OF CONNECTED TOYS**Nurten ÖZTÜRK*   & Elif Rumeysa GÜRBÜZ**  ID.21492/inuafd.1172245 **Makale Bilgi**Gönderi: 07/09/2022
Kabul : 17/01/2023**Anahtar Kelimeler***Kişisel Veri,
Bağlantılı Oyuncak,
Nesnelerin İnterneti,
Gizlilik,
Rıza.***Article Info**Received: 07/09/2022
Accepted: 17/01/2023**Keywords***Personal Data,
Connected Toy,
Internet of Things,
Privacy,
Consent.***Özet**

Bilimsel ve teknolojik gelişmeler hayatın her alanında değişiklik ve yenilikleri de beraberinde getirmektedir. İnternet üzerinden ilişkilendirilen nesnelerin bir türü olan ve Wi-Fi, bluetooth veya hücreli ağlar gibi araçlarla internete bağlanan bağlantılı oyuncaklar da günümüz dünyasında çocukların yeni nesil oyuncakları haline gelmiştir. Eğlence, eğitim ve sağlık gibi pek çok alanda ve farklı amaçlarla kullanılan bu tür oyuncaklar, kişisel verilerin korunması hususunda da ayrı bir öneme sahiptir. Nitekim bu tür oyuncaklar çocuk, ebeveyn ve üçüncü kişilerin kişisel verisine ulaşabilecek niteliktedir. Kişisel verilerin korunması hususu, hukukun farklı alanlarının kesişim noktasında bulunmaktadır. Bu kapsamda gerek uluslararası hukuk belgelerinde gerekse iç hukukta farklı düzenlemelerle kişisel verilerin korunması amaçlanmaktadır. Bu nedenle Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği belgeleri ile birlikte iç hukuktaki durumun incelenmesi gerekmektedir. Çalışmada bağlantılı oyuncaklar özelinde çocuğun kişisel verilerine yönelik tehlikeler ve bundan korunma bakımından ulusal ve uluslararası düzenlemeler ele alınacaktır. Kişisel verilerin korunmasında rıza kavramı özel bir öneme sahiptir. Bu nedenle rızayı ayrıca ve çocuklar özelinde ele alan “Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü” ile Türk hukukunda rıza hususu karşılaştırmalı olarak incelenecektir.

Abstract

Scientific and technological developments lead to changes and innovations in every part of life. Connected toys, which are a type of objects associated with the Internet and used to connect to the Internet through intermediaries such as Wi-Fi, Bluetooth or mobile networks, have also become the new generation toys of children in today's world. These toys, which are used in many fields such as entertainment, education and health, and for different purposes, have a special significance in the protection of personal data. Thus, these toys are in the nature of accessing the personal data of children, parents and third parties. Protection of personal data is a common subject of different branches of law. In this context, it is aimed to protect personal data with different regulations both in international and domestic law documents. It is crucial to examine the situation in domestic law together with the Council of Europe and European Union documents. In the article, national and international regulations will be discussed in terms of the dangers of the child's personal data and protection from it, connected toys. The concept of consent has a special significance in the protection of personal data. For this reason, the “European Union General Data Protection Regulation”, which deals with consent separately and specifically for children, and the issue of consent in Turkish law will be examined comparatively.

 Bu eser Creative Commons Atıf-Gayri Ticari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

*Dr. Öğr. Üyesi, Erzincan BY Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

**Arş. Gör., Erzincan BY Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** ÖZTÜRK Nurten/GÜRBÜZ Elif Rumeysa, “Bağlantılı Oyuncaklar Özelinde Çocuğun Kişisel Verilerinin Cezai ve Hukuki Olarak Korunması”, İnÜHFD, 14(1), 2023, s.43-57. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

Scientific and technological developments lead to changes and innovations in every part of life. Connected toys, that are a type of connected objects to the Internet, have also become the new generation toys of children in today's world. Connected toys are special types of devices that can be considered within the Internet of Things. These toys are designed to connect to the Internet via intermediaries such as Wi-fi, bluetooth or mobile networks. Inspired by the concept of the internet of things, the concept of internet of toys (IoToys) is used for such systems to refer to devices for children.

It is feasible to encounter a wide variety of connected toys in the toy market. The Family Online Safety Institute (FOSI) states that these toys are divided into four main categories based on certain criteria. The first type of connected toys is called "toys to life". These are physical figures or characters that serve as the child's friend, often connecting with video games. In other words, it can be expressed as a toy with a virtual personality. Amiibos produced by Nintendo can be given as an example of such toys. Secondly another type of IoToys is "robotics". These are toys that can be controlled through verbal commands or applications. These types of connected toys collect a great deal of data as they analyze a wide variety of data to perform their functions. For instance, My Friends Cayla and Hello Barbie are robotic-type connected toys that have the ability to analyze external questions and provide logical answers to those questions. Toys that can be worn as accessories in the form of helmets, armbands, wristbands, which are very popular among children, are called "wearable connected toys". Empire EVS, a paintball helmet that shows the positions of other players is an example of this kind of connected toys. Finally, "innovative educational" toys aim to provide information to children on a certain subject and to develop them. Grush, which is actually an ordinary toothbrush, is one such toy.

These toys, which are used in many fields such as entertainment, education and health, and for different purposes, have a special significance in the protection of personal data. As a matter of fact, these toys are in the nature of accessing the personal data of children, parents and third parties. Due to this significance, the protection of personal data is provided by both international and national law (public law and private law) provisions. It is crucial to state that Turkey is a counterparty to "The Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data, Additional Protocol to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data" regarding supervisory authorities and transborder data flows and European Convention on Human Rights. Although there is not a provision that directly refers to children and children's personal data within these documents, they include provisions protecting personal data. With this article, these provisions are examined. Furthermore, the documents of European Union about protection of personal data in general, and especially those which are about children's personal data are discussed.

European Union, with GDPR, regulated special norms to protect children and children's personal data. In this context, the concept of consent is explained with the article 7 which state the requirements for a valid legal consent. Article 8 of the GDPR states that if a child is subject to data processing, it shall be unlawful when the child is younger than 16. However, GDPR gives the right to change the age range that could not be below 13 years. In Turkey there are special norms to protect of personal data. First of all, Constitution regulates the protection of personal data. Turkish Penal Code, Turkish Civil Code, Personal Data Protection Law include norms to protect personal data. However, in Turkish law there is not a special norm for the children's personal data and an age range for a valid legal consent. As a rule, no age limit has been determined for the child's declaration of consent in Turkish law. This is also the case in terms of the protection of personal data. However, the difficulty of determining whether a child can take responsibility for a decision that may affect him or her compels states to set an age limit about consent. Indeed, in every case, determining whether the child has the mental competence for that situation is not very suitable for practical reality. Due to this, an age range for the child's declaration of consent should be adopted in Turkish law. When the personal data is sensitive, it should also be taken into account in determining the age limit.

I. GİRİŞ

Çocukların en yakın arkadaşları Barbie ve Cayla birer casus mu?

Thomas Edison'un 1879 yılında ampülü icat ettiği herkes tarafından bilinmesine rağmen, 8 yıl sonra ilk konuşan oyuncak bebeği icat ettiği bilinmemektedir. Günümüzde harekete, ışığa veya sese duyarlı olarak ses çıkaran oyuncakların atasının "Edison'un oyuncak bebeği" olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Ancak pek tabii teknoloji, içine önceden ses kaydedilmiş oyuncaklar ile sınırlı kalmamış; dışarıdan gelen sesleri ve görüntüleri kaydeden, bu kayıtları bağlantılı cihazlara aktaran oyuncaklara kadar ilerlemiştir.

My Friends Cayla ve *Hello Barbie*, bu tür oyuncakların en meşhur örneğidir. Bluetooth aracılığı ile cihazlara bağlanan bu oyuncaklar, kendisine yöneltilen soruları veya komutları ayrıştırarak tıpkı "Siri uygulaması" gibi mevcut veri tabanından veya diğer kullanıcıların sormuş olduğu sorulardan oluşan bir havuzdan ilişkili bilgiyi alıp sese dönüştürerek cevap vermektedir. Tıpkı gerçek bir arkadaş gibi çocukların iletişim kurduğu Cayla ve Barbie'nin, tüm sorulara cevap verirken onların seslerini, hatta görüntülerini de kaydedip farklı şekillerde kullanması halinde birtakım hukuki problemler karşımıza çıkmaktadır.

Çalışmada, bağlantılı oyuncaklar olarak adlandırılan bu cihazlar özelinde çocuğun kişisel verilerinin işlenmesi konuları üzerinde durularak; bu hususlar hukuki ve cezai sorumluluk bağlamında incelenecektir. Özellikle, kişisel verilerin işlenmesini hukuka uygun hale getiren rıza kavramının önemine binaen, bu konu ayrı bir başlık altında ele alınacaktır. Rıza hususunun hukuki yönünün yanında bir de rızanın doğrulanmasını içeren teknik bir yönü de bulunmakta olup, bu konuya çalışmada yer verilmeyecektir. Benzer şekilde bağlantılı oyuncakların internetle nasıl bağlantı kurduğu, verileri nasıl işlediği veya aktardığı gibi diğer teknik hususlar üzerinde ayrıntılı olarak durulmayacaktır.

II. NESNELERİN İNTERNETİ BAĞLAMINDA BAĞLANTILI OYUNCAKLAR

A. Nesnelerin İnterneti

İlk kez 1999 yılında, MIT Auto-ID Merkezi kurucularından olan İngiliz teknoloji öncüsü Kevin Ashton tarafından ortaya atılan ve gittikçe daha da yaygın olarak kullanılan "nesnelerin interneti (internet of things/IoT)" kavramı¹, Madde 29 Çalışma Grubu'nun nesnelerin interneti konusunda son gelişmelere ilişkin görüşünde şu şekilde tanımlanmaktadır:

"Günlük hayatta yaygın olarak kullandığımız cihazlara gömülü halde bulunan milyarlarca sensörün, verileri kaydetmek, işlemek, depolamak veya aktarmak amacıyla tasarlandığı ve benzersiz tanımlayıcılarla ilişkilendirildikleri için ağa bağlanabilme özelliklerini kullanarak diğer cihazlarla veya sistemlerle iletişime girdiği bir alt yapıdır"².

Teknik bir tanımın yanı sıra kısa ve öz şekilde açıklamak gerekirse nesnelerin interneti, internet üzerinden ilişkilendirilen nesnelere³. Bu ilişkilendirme sayesinde nesnelere birbirleri ile haberleşmekte ve birbirlerine komut verir hale gelmektedir⁴.

IoT cihazlar, 20. yüzyılın sonlarına doğru ilk olarak perakende satış teknolojisinde ortaya çıkmıştır. IoT cihazların ortaya çıkışındaki birincil amaç şirketlerin potansiyel müşterileri hakkında birtakım verileri toplamada daha verimli olmak istemeleridir. Zira insanlar tarafından manuel olarak bilgi toplamak yerine bu konuda otomatikleşmeye gitmek daha güvenilir olacaktır⁵.

Dünya üzerindeki bir trilyonu aşkın nesneden herhangi birisinin bu sisteme dahil edilebileceğini ifade etmek, perakende satış sektörünün bilgi toplamasını kolaylaştıran bir sistem olarak ortaya çıkan IoT teknolojisinin, günümüzde hangi seviyeye geldiğini gösterir niteliktedir. Arabalar, buzdolapları gibi günlük kullanım nesnelere⁶ bir yana trafiğe karşı diğer araçları uyararak arabalar, anahtarların en son ne zaman yanına bırakıldığını kişilere hatırlatan telefonlar, içindekilerin geri dönüştürülebilirliğini sorgulayan çöp kutuları gibi daha pek çok teknoloji, nesnelerin internetinin hayatımıza kazandırdığı gelişmelerden bazılarıdır⁷.

Yukarıda verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere IoT, nesnelere aralı bağlantıyı kurarak sadece bilgiye ulaşmayı sağlamamakta, aynı zamanda karar alma noktasında da bilgiyi aktifleştirmektedir. Diğer bir ifadeyle IoT, karar alma sürecinde aktif rol oynamaktadır⁸. Örneğin insanların, akıllı saatler sayesinde günlük kaç saat uykuya ihtiyaç duyduklarının belirlenmesi, havanın yağışlı olacağı günlerde giyebilecekleri

¹ KRAMP, Throsten/VAN KRANENBURG, Rob/SEBASTIAN, Lange: "Introduction to the Internet of Things", Enabling Things to Talk, Bassi vd. (ed.), Springer, Berlin 2013, s.1. https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-642-40403-0_1#citeas (Erişim: 12.03.2022); BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru: "Nesnelerin İnternetinin Hukuki Yönünden İncelenmesi", DEÜHFD, 17(2), 2016, s.115; AKİNCE, Bora: "Nesnelerin İnterneti, Güvenlik ve Gizlilik, İnsan Hakları Bağlamında Bir Değerlendirme", International Journal of Social Inquiry, 14(1), 2021, s.56.

² Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 8/2014 on the on Recent Developments on the Internet of Things, Brüksel, 2014, s.4. <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/> (Erişim: 12.03.2022) Madde 29 Veri Koruma Çalışma Grubu, bundan sonra WP29 şeklinde anılacaktır, 95/46 sayılı AB Direktifi'nin 29. maddesine göre kurulmuş, veri koruması ile mahremiyet konularında bağımsız bir danışma kuruludur. <https://www.mbkaya.com/hukuk/unutulmahakki.pdf> (Erişim: 12.03.2022)

³ ERDAL, Erdal/ERGÜZEN, Atilla: "Nesnelerin İnterneti (IoT)", UMAGD, 12(3), 2020, s.25.

⁴ AKİNCE, s.55.

⁵ VAN HOOFF, Ben: Protecting Personal Data in the Age of the Internet of Toys, Master Thesis, Tilburg University, 2020, s.13. <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=150358> (Erişim: 13.03.2022)

⁶ Amerikan Federal Ticaret Komisyonu'nun (FTC) 2015 tarihli bir raporunda, "nesnelerin interneti" ifadesindeki "nesne" kavramının, masaüstü veya dizüstü bilgisayarları ve bunlarla yakın analoglar olan akıllı telefonları ifade etmediği, zira bunların, nesnelere kontrol eden veya onların iletişim kurmasını sağlayan cihazlar olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Internet of Things, Privacy & Security in a Connected World, FTC Staff Report, 2015, s.5. <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/federal-trade-commission-staff-report-november-2013-workshop-entitled-internet-things-privacy/150127iotrpt.pdf> (Erişim: 14.03.2022)

⁷ WEBER, Wolf H./WEBER, Romana: Internet of Things Legal Perspectives, Springer, Berlin, 2010, s.1-2.

⁸ GREENGARD, Samuel: The Internet of Things, MIT Press, Revised and Update Edition, 2021, s.142-144; BOZKURT YÜKSEL, s.118.

kiyafetlerin seçimi, günlük yaktıkları kalori miktarına göre tüketecekleri besinlerin ayarlanması gibi hayatın birçok safhasında aslında bu nesnelere internetle bağlantı kurmak suretiyle kararlara etki etmektedir.

Nesnelerin internetinin bireysel kullanım alanlarının yanı sıra toplumsal alanda da pek çok kullanımı karşımıza çıkmaktadır. 1600 IoT projesi arasından, bu teknolojinin en çok kullanıldığı alanların belirlendiği bir çalışmada akıllı şehirler, akıllı endüstriler, bağlantılı tedarik zinciri, akıllı tarım gibi alanlar listede üst sıralarda yer almıştır⁹. Bunlar birey özelinde katkı sağlamasının yanı sıra toplumun genel ve temel ihtiyaçlarına da çözüm olabilecek ve toplumsal hayatı kolaylaştıran projelerdir.

Her geçen gün daha fazla yaşantımızın içine giren IoT, hayatı olabildiğince kolaylaştırmayı hedeflese de birtakım problemleri de beraberinde getirmektedir. Teknik problemler bir yana hukuki açıdan bu problemlerden belki de en önemlisi, IoT'nin kişisel verileri konu almasından ötürü, verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi ihtimalinin gündeme gelmesidir¹⁰.

B. Nesnelerin İnternetinin Özel Bir Görünümü Olarak Bağlantılı Oyuncakla

1. Tanım

Tahta arabalar, bez bebekler gibi geleneksel oyuncakların yerini teknolojik oyuncakların alması yeni bir gelişme olmamasına rağmen, oyuncakların bir ağ ile bağlantıya geçmesi fikri son on yılın beraberinde getirdiği yeniliklerden birisidir.

Bağlantılı oyuncaklar, nesnelerin interneti içinde ele alınabilecek özel türdeki cihazlardır¹¹. Bu oyuncaklar, Wi-fi, bluetooth veya hücreli ağlar gibi araçlarla internete bağlanmak için tasarlanmışlardır. Nesnelerin interneti kavramından esinlenilerek, çocuklara yönelik cihazlara atıf yapmak amacıyla bu tür sistemler için oyuncakların interneti (IoToys) kavramı kullanılmaktadır¹².

İnternet bağlantılı oyuncakları, akıllı oyuncaklardan ayırt etmek gerekmektedir. Akıllı oyuncaklar; mikrofonlar, kameralar veya sensörler (yakınlık sensörü, ışık ve ısı sensörü) gibi gömülü elektronik özellikler içeren oyuncaklardır. Bunlar, kullanıcılarla etkileşime geçebilmeyi sağlayan entegre elektronik özelliklere sahip olsalar da mutlaka bir ağa bağlı olmaları gerekmez. Daha teknik bir ifadeyle bu oyuncaklarda verilerin analizi yerel olarak gerçekleştirilir; veriler harici bir veri merkezine gönderilmez¹³.

Örneğin uzaktan kumandalı arabalar, yönlendirilme noktasında kullanıcıyla kumanda aracılığıyla bir bağlantı kursa da internet üzerinden bir bağlantı olmaksızın hareket edebilir. Yani internete değil kişiye bağlıdır. Dolayısıyla ağ bağlantılı oyuncak ve akıllı oyuncakları birbirinden ayıran temel kriter, oyuncakın internete bağlanarak veri işleyebilme yeteneğine sahip olup olmamasıdır¹⁴. Ancak belirtmek gerekir ki, ağ bağlantılı oyuncaklarla akıllı oyuncakların bir araya getirilmesi mümkündür. Bunlara genellikle bağlantılı akıllı oyuncaklar¹⁵ veya yeni nesil akıllı oyuncaklar denmektedir. Bu oyuncaklar, akıllı oyuncakların yapay zekâ sistemini ve bağlantılı oyuncakların bağlanabilme yeteneğini bir araya getirerek hem oyuncakları kullanan kişiden gelen komutları işler hem onlarla gerçek zamanlı etkileşime girer hem de iletişim kurmak için harici veri merkezlerini kullanırlar¹⁶.

2. Bağlantılı Oyuncak Türleri

Oyuncak piyasasında çok çeşitli bağlantılı oyuncaklarla karşılaşmak mümkündür. Aile Çevrimiçi Güvenlik Enstitüsü (FOSI), bu oyuncakların belirli kriterlere göre dört ana kategoriye ayrıldığını belirtmektedir¹⁷. Bu oyuncakların her biri farklı şekillerde kullanılabilirliğinden ve bu nedenle çeşitli tür ve boyutlarda veri toplayabildiğinden, aralarındaki farkları belirlemek önem arz etmektedir¹⁸.

Birinci tür bağlantılı oyuncaklar “toys to life” olarak adlandırılmaktadır. Bunlar, genellikle video oyunlarıyla bağlantı kuran ve kullanıcılara arkadaş gibi hissettiren fiziksel figür veya karakterlerdir. Başka bir ifadeyle toys to life türündeki oyuncaklar, sanal bir kişiliğe sahip oyuncaklardır. Bu tür oyuncaklara Nintendo tarafından üretilen *Amiibo*'lar örnek olarak verilebilir. *Amiibo* denilen küçük oyun karakterleri *Nintendo Switch* (bir tür oyun konsolu) ile bağlantı kurarak çocuklara ileri seviye oyun deneyimi sağlar¹⁹. Benzer şekilde dışarıdan bakınca sıradan bir yüzen ördeğe benzeyen *Edwin the Duck* ise telefona indirilecek özel bir uygulama sayesinde internetle bağlantıya geçerek etkileşimli hale gelmektedir. Bu sayede ördek

⁹ ERDAL/ERGÜZEN, s.31. IoT'nin kullanıldığı diğer tüm alanlara ilişkin bkz. KRAMP/VAN KRANENBURG/SEBASTIAN, s.3-10.

¹⁰ Konunun teknik yönü için bkz. GREENGARD, s.53 vd.; WEBER/WEBER, s.2 vd.

¹¹ VAN HOOFF, s.13.

¹² PETER, Jochen/KÜHNE, Rinaldo/BARCO, Alex/JONG, De Chiara/VAN STRATEN, Caroline L.: “Asking Today the Crucial Questions of Tomorrow: Social Robots and the Internet of Toys”, in Mascheroni, Giovanna/Holloway, Donell (ed.), *The Internet of Toys, Practices, Affordances and the Political Economy of Children's Smart Play*, Springer Nature, Switzerland, 2019, s.27; CHOWDHURY, Wahida: “Toys That Talk to Strangers: A Look at the Privacy Policies of Connected Toys”, *Proceedings of the Future Technologies Conference (FTC)*, 2018, s.153; VAN HOOFF, s.13.

¹³ MAALOUF, Melissa A.: “This Is Not Child's Play The Regulation Of Connected Toys In The EU And U.S.”, *Archives de philosophie du droit*, 59(1), 2017, s.222; PETER, s.28-30; VAN HOOFF, s.14.

¹⁴ Akıllı ve bağlantılı oyuncaklara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. <https://dijitalmedyavecocuk.bilgi.edu.tr/2016/12/26/ag-baglantili-oyuncaklar-dunyanin-gundeminde/> (Erişim: 13.03.2022)

¹⁵ Çalışmada, akıllı oyuncak olup olmadığı dikkate alınmaksızın her iki kavram için de bağlantılı oyuncaklar ifadesi kullanılmaktadır.

¹⁶ VAN HOOFF, s.14-15.

¹⁷ FOSI Report: Kids and the Connected Home, 2016, s.4, <https://fpf.org/wp-content/uploads/2016/11/Kids-The-Connected-Home-Privacy-in-the-Age-of-Connected-Dolls-Talking-Dinosaurs-and-Battling-Robots.pdf> (Erişim: 22.07.2022)

¹⁸ VAN HOOFF, s.15.

¹⁹ NANSEN, Bjorn/NICOLL, Benjamin/APPERLEY, Thomas: “Postdigitality in Children's Crossmedia Play: A Case Study of Nintendo's Amiibo Figurines”, in Mascheroni, Giovanna/Holloway, Donell (ed.), *The Internet of Toys, Practices, Affordances and the Political Economy of Children's Smart Play*, Springer Nature, Switzerland, 2019, s.90-91; FOSI, s.4; VAN HOOFF, s.15.

hikayeler anlatmakta, ninniler çalmakta, hatta su geçirmez özelliği sayesinde banyo suyunun ideal ısısını belirleyerek ebeveynlere yardımcı olmaktadır²⁰.

İoToys'ların bir diğer türü “robotik” olarak adlandırılan oyuncaklardır. Bunlar, sözlü komutlar veya uygulamalar aracılığıyla kontrol edilebilen oyuncaklardır. Bu türdeki bağlantılı oyuncaklar, işlevlerini yerine getirebilmek için çok çeşitli verileri analiz ettiklerinden dolayı önemli ölçüde veri toplarlar ve bu nedenle hangi tür verilerin işlendiği iyice araştırılmalıdır²¹. Örneğin *My Friends Cayla* ve *Hello Barbie*, dışarıdan gelen soruları analiz ederek o sorulara mantıklı cevaplar verme kabiliyetine sahip robotik türde bağlantılı oyuncaklardır.

Çocuklar arasında oldukça popüler olan kask, kol bandı, bileklik şeklinde aksesuar olarak giyilebilen/takılabilen oyuncaklar ise “giyilebilir bağlantılı oyuncaklar” olarak adlandırılmaktadır. Örneğin bir paintball kaskı olan *Empire EVS* diğer oyuncuların konumlarını göstermektedir²².

Son olarak “öğrenme geliştirme” oyuncakları ise çocuklara belirli bir konuda bilgi vermeyi, onları geliştirmeyi amaçlamaktadır. Aslında sıradan bir diş fırçası olan *Grush* bu tür oyuncaklardandır. *Grush*, çocuklara diş fırçalama alışkanlığı kazandırmayı bir internet oyunu aracılığı ile yapmaktadır²³. Pek tabii bunu yaparken, internetle bağlantı kurmaktadır.

Son zamanlarda bağlantılı oyuncaklar sadece eğlence veya eğitim amacıyla değil farklı amaçlarla da kullanılmaya başlanmıştır. Örneğin sağlık sektöründe, çocukların sağlık durumlarının kontrol edilmesi amacıyla bazı sağlık verilerinin toplanmasını kolaylaştırmak ve çocuk açısından da durumu katlanılabilir kılmak için bazı bağlantılı oyuncaklar geliştirilmiştir²⁴. Bunun yanında sınıf eğitimlerinde de bu tür oyuncaklardan faydalanılmaya başlanmıştır.

Tablet veya bilgisayarlar aracılığıyla oynanan sanal oyunlar, bağlantılı oyuncakların sunduğu bazı imkânları gerek ebeveynlere gerekse çocuklara sağlasalar da, hatta tıpkı bağlantılı oyuncaklar gibi veri toplasalar da çalışmamız kapsamında ele alınmamaktadır. Zira bağlantılı oyuncak ifadesiyle anlatılmak istenen şey temel olarak çocukların oynaması ve etkileşim kurması için dizayn edilmiş olan fiziki nesnelere/ cihazlardır.

III. BAĞLANTILI OYUNCAKLAR ARACILIĞIYLA ÇOCUĞUN KİŞİSEL VERİLERİNİN İHLALİ VE İHLALDEN KORUNMA

A. Genel Olarak

Nesnelerin interneti kavramının özel bir türü olarak ifade edilebilecek olan bağlantılı oyuncaklar, tasarımıyla amaç ve teknik yapısı gereği dışarıdan gelen verileri toplar ve harici bir merkeze aktararak burada depolar. Böyle bir mekanizmaya sahip olması ise bu oyuncakları hukukun önemli bir sorunu haline getirmektedir. Zira oyuncaklar aracılığıyla toplanan verilerin birçoğu kişisel veri niteliğini haizdir ve kişisel veriler, günümüz teknoloji çağında ihlal edilmesi en muhtemel değerlerdendir. Bu önemine binaen kişisel verilerin korunması hem kamu hukuku karakterli hem de özel hukuk karakterli hükümlerle sağlanmaktadır. Türk Ceza Kanunu'na bakıldığında kişisel verilerin korunmasına ilişkin pek çok hükmün varlığı dikkat çekmektedir. Bunun yanı sıra daha özel nitelikli kanunlar da kişisel verilerin korunmasına ilişkin hükümleri ihtiva etmektedir. Kişisel veriler, kişilik hakkını oluşturan şahıs varlığı değerlerinden olduğu için kişilik hakkını koruyucu hükümler de yine kişisel verilerin korunmasına hizmet etmektedir.

Çalışmanın bu bölümünde genel olarak, bağlantılı oyuncaklar yoluyla çocukların kişisel verilerinin nasıl ihlal edilebileceği açıklandıktan sonra kişisel verilerin korunmasına hizmet eden ulusal ve uluslararası düzenlemelerin ilgili hükümlerine değinilerek bağlantılı oyuncaklar özelinde gündeme gelebilecek koruma mekanizmaları üzerinde durulacaktır.

B. Kişisel Veriler ve Bağlantılı Oyuncaklar

Son zamanlarda daha da interaktifleşen oyuncaklar, çocuklar için daha eğlenceli ve daha öğretici hale gelmesine rağmen birçok riski de beraberinde getirmektedir. Bu risklerin başında gizlilik ve mahremiyet yer almaktadır. Zira bağlantılı oyuncakların çeşitlerine göre topladığı veri türleri ve miktarları farklılık arz etse de toplanan verilerin çok büyük bir kısmı çocuğu tanımlanabilir kılındadır; başka bir ifadeyle bu veriler onu tanımlayabilecek verilerdir²⁵.

Örneğin robotik türdeki oyuncakların işlevlerini yerine getirebilmesi için çeşitli ayrıntıları analiz etmesi gerektiğinden bu tür oyuncaklar çok büyük miktarlarda veri toplayabilir. Bu veriler çevredekilerin sesleri, konumları, görüntüleri olabilir. Giyilebilir türdeki oyuncaklar ise daha ziyade vücut hareketlerinden

²⁰ FOSI, s.4.

²¹ FOSI, s.5.

²² FOSI, s.5.

²³ FOSI, s.25.

²⁴ *Huggable* adı verilen ve Massachusetts Teknoloji Enstitüsü'ndeki Kişisel Robotik Grubu tarafından geliştirilen, pediatrik kanser hastaları ve ebeveynleri için stresi, ağrıyı ve tıbbi tedavinin kaygısını azaltmaya yardımcı olmayı amaçlayan pelüş oyuncak, etkileşimli bir robotik arkadaşdır. <https://laughingsquid.com/the-huggable-a-plush-interactive-robotic-companion-that-provides-comfort-to-young-cancer-patients/> (Erişim: 15.03.2022)

²⁵ MAALOUF, s.225.

kalp atış hızı, vücut ısısı, yakılan kalori gibi verileri işler²⁶; bunun yanında bu oyuncakların bazı türlerinin kişilerin konumlarına erişebilmesi de mümkündür.

Bağlantılı oyuncaklar aracılığıyla hem çocukların hem de ebeveynlerin kişisel verileri kayda alınabilmektedir. Çocuğun ve ebeveynlerin doğum tarihi, adı, cinsiyeti, profil resmi, çocuk ve ebeveynler tarafından gönderilen sohbet mesajları, sesli mesajlar, fotoğraflar, şifre ve arama geçmişi gibi verilerle ebeveynlere ait e-posta adresi, kredi kartı bilgileri, IP numarası, Wi-Fi şifresi toplanabilmektedir²⁷. Bu veriler dışında ayrıca bağlantılı oyuncak üreticileri, çocuğun oyuncakla etkileşime girdiği ve oyuncakı kullandığı özel(belirli) yollarla ilgili bilgileri de izleyebilir. Örneğin, çocuğun oynadığı oyunların türleri, girdiği web siteleri, izlediği videolar, dinlediği müzikler ve tercihleri gibi çocuktan/cocuk hakkında bilgi toplanabilir. Yine oyuncakın web sitesi aracılığıyla üçüncü kişi hizmetlerine (Facebook veya Twitter gibi) erişime izin verilirse, bu üçüncü kişi hizmetlerinden de bilgi toplanması mümkün hale gelmektedir²⁸. Ancak ifade edilmelidir ki, bağlantılı oyuncaklar aracılığıyla elde edilecek kişisel veriler sadece çocuk veya ebeveynlerine değil üçüncü kişilere de ait olabilir.

Tüm bu verilerin yanı sıra bağlantılı oyuncakların bazı türleri, biyometrik veriler gibi özel nitelikteki verileri de işlemektedir. Parmak izi veya retina doğrulamasıyla giriş yapılabilen oyuncaklar kişilerin fizyolojik özelliklerini analiz edip işlerken; biyometrik verilerin bir diğer türü olan davranışsal verilerden sayılan yazı stili, nefes alma gibi veriler de kayıt altına alınabilmektedir²⁹. Örneğin *My Friends Cayla* kaydettiği sesleri, ses biyometrik çözümleri üzerine faaliyet gösteren bir yazılım şirketi olan *Nuance*'a göndermektedir. *Nuance*'ın ABD istihbarat teşkilatına ses tanıma hizmetleri sağlayan bir şirket olduğu bilinmektedir³⁰. Kayıt altına alınan seslerin biyometrik çözümleri, bu verilerin nitelikli kişisel veri niteliğinde olduğu ve özel bir veri işleme rejimine göre işlenmesi gerektiği dikkate alınmaksızın *Nuance*'ın veri tabanlarında saklanmaktadır³¹. Dolayısıyla bağlantılı oyuncakın işlevini yerine getirebilmesi için verileri işlenmesinin kabul edilmesi, özel nitelikteki verilerin bir üçüncü şirketle paylaşılması ve o şirketin amaçları doğrultusunda da kullanılabilmesine yol açmaktadır.

Sonuç olarak bağlantılı oyuncakların çalışma mantığının, farklı boyut ve türlerde verileri işlemek ve bu işlenen verileri kullanarak, kullanıcıya oyuncakın amacını yerine getirecek dönütü sağlamak olduğu ifade edilebilir. Ancak maddi bir değeri temsil eden kişisel veriler söz konusu olduğunda, veri işleyenler, verileri belirli şekillerde toplamak ve işlemek için ticari ve piyasa kaynaklı pek çok amaçla hareket edebilir³². Pek tabii ilk amaç oyuncakın kullanımını sağlamak olsa da elde edilen kişisel veriler sayesinde hedef tüketicileri saptayabilmek, davranış biçimlerini gözlemleyebilmek, kullanıcının kişisel eğilimlerini ortaya koyan profiller çıkarmak gibi amaçlarla da hareket edilmektedir³³. Nihayetinde kişisel veriler, kullanıcının kabulünü aşan amaçlarla işlenmekte ve kullanılmakta tabiri caizse ifşa olmaktadır; bunun kişisel verilerin üçüncü kişilerce ele geçirilmesine neden olan hacker saldırılarından pratikte herhangi bir farkı kalmamaktadır. Dolayısıyla, kişisel veriler çerçevesinden bakıldığında bağlantılı oyuncakların başta gizlilik olmak üzere birçok hukuki soruna sebebiyet vereceği aşikardır.

C. Çocuğun Kişisel Verilerinin Korunmasına İlişkin Hukuki Düzenlemeler

1. Uluslararası Düzenlemeler

a. Avrupa Konseyi

Tarihi süreçte insan hakları ve insan onurunun korunmasına yönelik olarak yapılan düzenlemelerde 2. Dünya Savaşı büyük bir önem taşımaktadır. Bu tarihten sonra devletler gerek iç hukuklarında gerekse uluslararası alanda pek çok düzenleme yapmıştır. Bu belgelere bakıldığında yaşam hakkı, aile hakkı, özel hayatın korunması gibi hakların koruma altına alındığı görülmekle birlikte doğrudan kişisel verilerin korunmasına yönelik hükümlere rastlamak zordur. Ancak 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren yaşanan bilimsel ve teknolojik gelişmelerle beraber kişisel veri kavramı ve bunun korunmasına yönelik hususlar da uluslararası anlamda önem kazanmıştır³⁴. Bu kapsamda OECD 23 Eylül 1980 tarihinde “Özel Yaşamın Korunması ve Kişisel Verilerin Sınırlanması Akışına İlişkin Rehber İlkeleri” yayımlanmış olup belgenin bağlayıcılığı olmamakla birlikte bu alanda yayımlanmış ilk belge niteliğindedir.

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin olarak Avrupa Konseyi bünyesinde “108 No’lu Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi” 28 Ocak 1981 tarihinde

²⁶ PEPPEL, Scott R.: “Regulating the Internet of Things: First Steps Toward Managing Discrimination, Privacy, Security, and Consent”, *Texas Law Review*, 85, 2014, s.88.

²⁷ NELSON, Bill: *Children’s Connected Toys: Data Security and Privacy Concerns*, Office of Oversight and Investigations Minority Staff Report, December 14, 2016, s.8.

²⁸ NELSON, s.8.

²⁹ VAN HOOFF, s.38-39.

³⁰ THOMAS, Casey: “Learning to Learning to Share (Personal Information) with My Friend Cayla”, *AELJ Blog*, 162, 2017, s.2. <https://larc.cardozo.yu.edu/aelj-blog/162> (Erişim: 25.06.2022); VAN HOOFF, s.36-37.

³¹ MAALOUF, s.232; THOMAS, s.2-3.

³² CUSTERS, Bart/SEARS, Alan M./DECHESENE, Francien/GEORGIEVA, Iliana/TANI, Tommaso/VAN DER HOF, Simone: *EU Personal Data Protection in Policy and Practice*, Springer-Verlag GmbH, 2019, s.2.

³³ KÜZECİ, Elif: *Kişisel Verilerin Korunması*, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s.38.

³⁴ Kişisel verilerin korunmasına yönelik hukuki düzenlemelerin tarihi gelişimi hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. KÜZECİ, s.115 vd.

imzaya açılmış ve 1 Ekim 1985 tarihinde yürürlüğe girmiştir³⁵. Sözleşme ile kişisel veriler, “kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişi (“ilgili kişi”) hakkındaki tüm bilgiler” olarak tanımlanmıştır.

Sözleşme’de ayrıca özel nitelikli kişisel veriler ve otomatik işlemin tanımı yapılmış, hangi verilerin hangi şartlarda otomatik işleme konu olacağı belirtilmiştir. Taraf Devletlerin kişisel verilerin korunması ve işlenmesi konusunda iç hukukta gerekli düzenlemeleri ve denetim mekanizmasını oluşturmaları gerektiği ifade edilmiştir. Sözleşme’de kişisel verileri işlenen gerçek kişiler korunmuş ancak çocuklara özgü ayrıca bir hüküm sevk edilmemiştir.

Avrupa Konseyi’nin kişisel verilerin korunmasına ilişkin olarak hazırladığı diğer düzenleme “181 No’lu Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi’ne Ek Denetleyici Makamlar ve Sınıraşan Veri Akışına İlişkin Protokol”dür³⁶. Kişisel veri aktarımının uluslararası alanda da büyük bir yer edinmesi karşısında Avrupa Konseyi ilgili Protokol’ü kabul etmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde kişisel verilerin korunmasına yönelik bir düzenlemenin bulunmadığı yönünde yapılan tartışmalar Avrupa Konseyi’nin 108 No’lu Sözleşmesi ile sonuçlanmıştır. Ancak zamanla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kişisel verilerin korunmasını, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesinde “herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir” şeklinde düzenlenen özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı çerçevesinde ele almıştır³⁷. Başka bir ifadeyle kişisel verileri koruma hakkı ayrı ve bağımsız bir hak olarak değil özel hayatın korunması hakkı kapsamında incelenmektedir.

b. Avrupa Birliği

Avrupa Birliği’nde kişisel verilerin işlenmesine ilişkin çalışmalar 1970li yıllarda başlamıştır. Bu çalışmalarda Avrupa Komisyonu ve Avrupa Parlamentosu önemli rol oynamıştır³⁸. Ancak ifade etmek gerekir ki, Birlik hukuku içerisinde verilerin korunmasına ilişkin mevzuat oluşturulması yönünde en önemli adım, Avrupa Komisyonu’nun kişisel verilerin korunmasına ilişkin bir teklif paketini içerir Tebliğ’i kabul ettiği yıl olan 1990 yılında atılmıştır³⁹. İlgili teklif, 1995 yılında Direktif olarak kabul edilmiştir. Böylece “95/46/EC Sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Direktifi”, kişisel verilerin korunması bağlamında Avrupa Birliği’nin temel düzenlemesi olmuştur⁴⁰.

Söz konusu Direktif ile üye devletlerin “gerçek kişilerin temel hak ve özgürlüklerini ve özellikle kişisel verilerin işlenmesi çerçevesinde özel hayatın gizliliği haklarını korumayı” sağlaması amaçlanmıştır. Ayrıca “üye devletler arasında kişisel verilerin serbest akışının” herhangi bir şekilde kısıtlanması yasaklanmıştır.

1995 tarihli Direktif’ten sonra Avrupa Birliği bünyesinde farklı alanlarda kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. 1997 tarihli “Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Mahremiyetin Korunması Tüzüğü” ve “Elektronik İletişim Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Mahremiyetin Korunması Tüzüğü” (2002) bunlara örnek olarak verilebilir.

2000 yılında ilan edilen ve 1 Aralık 2009 tarihinde kabul edilen Lizbon Anlaşması’yla bağlayıcılık kazanan Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nın 8. maddesinde de “herkes kendisini ilgilendiren kişisel verilerin korunması hakkına sahiptir” ifadeleriyle kişisel verilerin korunması hakkı düzenlenmiştir. İlgili madde ayrıca söz konusu temel hakla bağlantılı olarak temel veri koruma ilkelerini de düzenlemiştir.

Avrupa Komisyonu, “2016/679 Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü”nü (GDPR) 2016 yılında kabul etmiş, Tüzük Mayıs 2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Tüzükle birlikte Avrupa Birliği’nde kişisel verilerin korunmasına ilişkin temel hususları üye devletler bünyesinde uyumlu hale getiren 1995 tarihli Direktif (DPD) yürürlükten kaldırılmıştır. DPD ile karşılaştırıldığında, GDPR tüm AB sakinleri, şirketler ve

³⁵ Türkiye Sözleşmeyi 28 Ocak 1981 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme’nin onaylanmasının uygun bulunduğu ilişkin Kanun 17 Şubat 2016 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmış, Sözleşme 29 Şubat 2016 tarihinde onaylanmış ve onaylanmasına ilişkin karar 17 Mart 2016 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

³⁶ Türkiye, Protokol’ü 8 Kasım 2001 tarihinde imzalamıştır. Protokol, 5 Mayıs 2016 tarihli 29703 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Avrupa Konseyi, 2018 yılında kişisel verilerin işlenmesi ve korunmasında teknolojik alanda yaşanan değişikliklere uyum sağlamak amacıyla Kişisel Verilerin İşlenmesine İlişkin Bireylerin Korunmasına İlişkin Sözleşmede Değişiklik Yapılmasına Dair Protokol’ü kabul etmiş olmakla birlikte Türkiye henüz ilgili Protokol’e taraf olmamıştır.

³⁷ GONZALES FUSTER, Gloria: The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU, Springer International Publishing, Switzerland 2014, s.94.

³⁸ Komisyon, 1973 yılında, Avrupa endüstrisinin küresel olarak daha rekabetçi hale gelmesine yardımcı olacak veri işleme endüstriyel uygulamasının geliştirilmesi için sistematik desteğin tasarlanmasının gerekli olduğunu belirten Veri İşlemeye İlişkin Topluluk Politikası başlıklı bir Tebliğ yayınlamıştır. Bu tarihten sonra kişisel verilerin korunmasına yönelik çalışmalar artmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. GONZALES FUSTER, s.111 vd.

³⁹ GONZALES FUSTER, s.124.

⁴⁰ GONZALES FUSTER, s.124.

(çoğu) devlet kurumu için doğrudan bağlayıcı niteliktedir. Ayrıca GDPR, verilerin taşınabilirliği ve unutulma hakkı gibi yeni bazı hususlar ile veri işleyenler için yeni yükümlülükler getirmiştir⁴¹.

GDPR’de kişisel veri kavramı, “tanımlanmış veya tanımlanabilir bir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi”, tanımlanmış gerçek kişi de,

“özellikle bir isim, kimlik numarası, konum verileri, çevrim içi tanımlayıcı ya da söz konusu gerçek kişinin fiziksel, fizyolojik, genetik, ruhsal, ekonomik, kültürel veya toplumsal kimliğine özgü bir ya da daha fazla sayıda faktöre atıfta bulunularak doğrudan veya dolaylı olarak tanımlanabilen kişi”

olarak tanımlanmıştır. Tüzük ile birlikte kişisel verilerin işlenmesinde geçerli olacak rıza kavramı da açıklanmıştır. Buna göre rıza, “kendisine dair kişisel verilerin işlenmesi için veri öznesinin kabulüne işaret eden, özgürce ve bilgilendirilme yapıldıktan sonra alınan rızayı ifade etmekte olup” veri sahibinin rızası, “veri sahibinin bir beyan yoluyla ya da açık bir onay eylemiyle kendisine ait kişisel verilerin işlenmesine onay verdiğini gösteren özgür bir şekilde verilmiş spesifik, bilinçli ve açık gösterge”dir. Yukarıda ele aldığımız uluslararası belgelerin aksine GDPR çocuğun kişisel verileri yönünden, çocuklara yönelik gerçekleştirilen faaliyetler kapsamında, özel düzenleme getirmiştir. Kişisel veri sahibinin çocuk olması halinde rızanın geçerli olabilmesi için 16 yaş bir sınır olarak kabul edilmiş⁴², 16 yaşından küçüklerin rızası için rızanın velayet hakkı sahibi tarafından verilmesi veya çocuk tarafından verilmesi halinde velayet hakkı sahibi tarafından onaylanması şartı getirilmiştir (m.8).

Ayrıca geçerli bir rıza olmaksızın çocuğun kişisel verilerinin işlenmesi halinde işleme faaliyetinin hukuka uygun olması “yalnızca veri sorumlusu veya veri işleyen tarafından izlenen meşru menfaatlerin amaçları için işlemenin gerekli olması halinde” mümkündür (m.6). Bu halde dahi, ilgili kişinin kişisel verilerinin korunmasını gerektiren menfaatleri veya temel hak ve özgürlüklerinin söz konusu menfaatlerin önüne geçtiği özellikle ilgili kişinin çocuk olduğu durumlar haricinde işleme hukuka uygun olacaktır.

2. Ulusal Düzenlemeler

a. Genel Olarak

Türk hukukunda nesnelere internetine, dolayısıyla bağlantılı oyuncaklara ilişkin özel bir düzenleme bulunmamakla birlikte bazı genel ve özel kanunlarda kişisel verilere ilişkin hükümlerin bu kapsamda değerlendirilmesi mümkündür. Söz konusu hükümler çerçevesinde, bir ihlalin varlığı halinde bunun ortadan kaldırılması, zararın tazmin edilmesi ve sorumlu kişilerin cezalandırılmasının mümkün olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir.

b. Anayasa

1982 Anayasası’nın ikinci bölümünde düzenlenen temel hak ve hürriyetlerden biri de özel hayatın gizliliğidir. Maddenin ilk halinde kişisel verilere ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle 20. maddeye kişisel verilerin korunmasına ilişkin hüküm eklenmiştir. Buna göre

“herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Söz konusu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir”.

Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru yolunun kabul edilmesiyle birlikte kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin pek çok başvuru yapılmıştır. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu yürürlüğe girmeden önce Mahkeme’nin kişisel verilerin neler olduğu yönünde verdiği kararlar önem taşımaktadır. Mahkeme,

“özel hayatın geniş bir kavram olduğunu ve kapsayıcı bir tanımının yapılmasının zor olduğunu belirtmiş olmakla birlikte özel hayata saygı hakkının, kişinin maddi ve manevi bütünlüğü, fiziksel ve sosyal kimliği, bireyin ismi, cinsel yönelimi, cinsel yaşamı gibi unsurları koruduğunu, kişisel bilgiler ve veriler, kişisel gelişim, aile hayatı vb. hususlarının da ilgili hakkın içinde yer aldığını”

ifade etmiştir⁴³. Ayrıca “kişisel veri -belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla- bir kişiye ilişkin bütün bilgileri” ifade etmekte olup,

“bireyin adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi sadece kimliğini ortaya koyan bilgileri değil telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, öz geçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, sağlık bilgileri, genetik bilgiler, IP adresi, e-posta adresi, alışveriş alışkanlıkları, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler”

bu kapsamdadır⁴⁴.

“Kişisel verilerin korunması hakkı, kişinin onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır⁴⁵. Anayasa’nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasının kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı kapsamında sadece işleme şeklindeki sınırlama ya da

⁴¹ CUSTERS/SEARS/DECHESNE/GEORGIEVA/TANI/VAN DER HOF, s.1.

⁴² Ancak üye devletler 13 yaşına kadar bu sınırı düşürebilirler(m.8).

⁴³ AYM, 3.3.2016, B. No: 2013/5653, § 40. Ayrıca bkz. AYM, 15.10.2015, B. No: 2013/2084, § 46.

⁴⁴ AYM, 9.4.2014, E.2013/122, K.2014/74; AYM, 25.12.2014, E.2014/74, K.2014/201; AYM, 19.3.2015, E.2014/180, K.2015/30; AYM, B. No: 2013/2941, 11/5/2016, § 49. Ayrıca bkz. AYM, B. No: 7.9.2021, 2018/30296, § 30.

⁴⁵ AYM, 30.12.2015, E.2014/122, K.2015/123, §§ 19, 20. Ayrıca bkz. AYM, 7.9.2021, B. No: 2018/30296, § 29. Kişisel verilerin korunması hakkının ilişkili olduğu diğer haklar ve kişisel verilerin korunmasıyla amaçlanan çıkar konusunda ileri sürülen teorilerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. KÜZECİ, s.66 vd.

müdahalelere karşı değil, kişisel verilere yönelik her türlü müdahale ve sınırlamalara karşı güvence getirdiği anlaşılmaktadır⁴⁶”.

c. Türk Ceza Kanunu

2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” başlıklı “İkinci Kitap İkinci Kısım Dokuzuncu Bölümü”nde 135- 140. maddeler arasında “Kişisel Verilerin Kaydedilmesi, Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme ile Verileri Yok Etmeme” suçları düzenlenmiştir. TCK'nın ilgili hükümleriyle Anayasa ve kişisel verilere ilişkin özel bir kanuni düzenlemeden önce kişisel verilere karşı suçlar hukukumuzda düzenlenmiştir⁴⁷. İfade etmek gerekir ki, TCK hükümlerinin yorumlanması ve kapsamının belirlenmesi hususunda gerek uluslararası düzenlemeler gerekse ulusal düzenlemeler olan Anayasa ve KVKK hükümleri dikkate alınmalıdır.

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçu ile hukuka aykırı olarak kişisel verilerin kaydedilmesi yaptırım altına alınmıştır. TCK'da kişisel veriler kavramı tanımlanmamakla birlikte kişisel veriden söz edebilmek için, “verinin bir gerçek kişiye ilişkin olması ve bu kişinin de belirli veya belirlenebilir” nitelikte olması gerekir⁴⁸. 135. maddenin 2. fıkrasında kişisel verinin, özel nitelikte veri kabul edilen “kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin olması” hali cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Suçun hareket unsuru olan kaydetmek kelime anlamı itibarıyla, “yazmak, bazı önemli noktaları tespit etmek, hatırlamak için yazmak, not etmek, sesi veya resmi manyetik bant üzerine geçirmek, elektronik veya sayısal araçlarda bilgiyi korumaya almak⁴⁹” şeklinde tanımlanmaktadır. Bu nedenle suçun hareket unsuru bakımından kişisel verilerin yazılması, not edilmesi, korumaya alınması kaydetmek hareketini oluşturacaktır. Ayrıca ifade edilmelidir ki, kişisel verilerin kaydedilmesi, KVKK'da tanımlanan kişisel verilerin işlenmesi⁵⁰ kavramı unsurlarından biri olarak belirtilmiştir. Bu kapsamda bağlantılı oyuncaklar yoluyla kişilerin verilerinin kaydedilmesi halinde ilgili suç oluşacaktır.

Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu ile “kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına verme, yayma veya ele geçirme hareketleri” cezalandırılmıştır⁵¹. Örneğin bağlantılı oyuncaklar aracılığıyla temin edilen bilgilerin hukuka aykırı olarak üçüncü kişilere verilmesi halinde ilgili suç oluşacaktır. Böyle bir durumda kişisel verilerin kaydedilmesinin hukuka aykırı olması halinde hem kişisel verilerin kaydedilmesi hem de verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan sorumluluk doğacaktır.

Verileri yok etme suçu ile ise kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanların görevlerini yerine getirmemeleri yaptırım altına alınmıştır. Ayrıca ifade etmek gerekir ki, KVKK'nın 7. maddesinde de KVKK veya ilgili diğer bir kanun uyarınca işlenmiş kişisel verilerin işlenmeyi gerektiren hallerin kalkması halinde silinmesi, yok edilmesi veya anonim hâle getirilmesi gerekliliği ifade edilmiştir⁵².

İlgili suçlar bakımından belirli hususlar ortak özellik niteliğindedir. Sırf hareket suçu niteliğinde olan suçlar kasten işlenebilen soyut tehlike suçlarıdır⁵³. Kişisel verilerin kaydedilmesi suçu ile “verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu” doğrudan kastla işlenebilir⁵⁴.

“Kişisel verilerin kaydedilmesi” ile “verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçları” bakımından fail ve mağdur⁵⁵ herhangi bir özellik arz etmez. Ancak ilgili suçların “kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle” veya “belli bir meslek ve sanatın sağladığı

⁴⁶ AYM, 17.9.2020, B. No: 2016/1310, § 63; AYM, 1.9.2020, B. No: 2018/23077, §101.

⁴⁷ Söz konusu hükümler dışında ayrıca haberleşmenin gizliliğini ihlal (m.132), kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması (m.133), özel hayatın gizliliğini ihlal (m.134), ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması(m.239) ve göreve ilişkin sırrın açıklanması (m.258) suçları da kişisel verilerin korunmasında etkili olacaktır.

⁴⁸ Kişisel veri ve kişisel verilerin korunması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KÜZECİ, s.10 vd.

⁴⁹ <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim: 06.06.2022)

⁵⁰ KVKK'da kişisel verilerin işlenmesi kavramı, “kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem” şeklinde tanımlanmıştır (m.3/1,e).

⁵¹ Suçun başlığı ve içeriğinin örtüşmediği ve bu nedenle eleştirilmesi gerektiği yönünde ayrıntılı bilgi için bkz. ZAFER, Hamide: “Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme Suçu”, *Duruşma Arası Dergisi*, (4), 2020, s.39.

⁵² Kişisel verilerin silinmesine, yok edilmesine veya anonim hâle getirilmesine ilişkin usul ve esaslar 28 Ekim 2017 tarihli ve 30224 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan “Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik” ile düzenlenmiştir.

⁵³ KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, 21, 2019,ns.73; MADEN, Mehmet: Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s.53,95.

⁵⁴ ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.310. Ayrıca bkz. ARTUK, M. Emin/GÖKÇEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s.486; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.81.

⁵⁵ Yukarıda ele aldığımız uluslararası belgelerle uyumlu olarak bu suçların mağduru ancak gerçek kişiler olabilecektir. Tüzel kişiler ait veriler bu suçun konusunu oluşturmaz, bu nedenle tüzel kişilerin suçtan zarar gören olması da mümkün değildir. Tüzel kişiler bakımından “ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçu” gündeme gelebilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s.75.

kolaylıktan yararlanmak suretiyle” işlenmesi halleri cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.

Verileri yok etmeme suçu ise ancak kişisel verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlar tarafından işlenebilir. Bu bakımdan suçun faili bir kamu görevlisi olabileceği gibi bir meslek veya sanat sahibi kimse de olabilir⁵⁶. Suçun konusunun Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre ortadan kaldırılması veya yok edilmesi gereken veri olması hâli cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. İlgili suçun mağduru da verileri sistemde kayıtlı bulunan kişiler olabilir. Ayrıca ifade etmek gerekir ki, ilgili suçların işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. TCK’da tüzel kişiler bakımından güvenlik tedbiri uygulanacak suçlar sınırlı sayıda sayılmış olup, günümüzde bir tüzel kişi faaliyeti çerçevesinde bu suçların işlenmesi sıkça karşımıza çıkabilecek bir olasılık olduğundan, bu suçlar için böyle bir düzenlemeye yer verilmesi yerinde olmuştur. Bağlantılı oyuncaklar aracılığıyla kişisel verileri kaydeden, verileri hukuka aykırı olarak veren veya ele geçiren şirketler bakımından ilgili hüküm çerçevesinde güvenlik tedbirleri uygulanabilecektir.

Kişisel verilerin kaydedilmesi ile verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme hareketlerinin hukuka uygun olarak gerçekleştirilmesi halinde ilgili suçlar oluşmayacaktır. Anayasa ve KVKK hükümleri birlikte değerlendirildiğinde ilgili suçlar bakımından kanun hükmünü icra, ilgilinin rızası ve hakkın kullanılmasında hukuka uygunluk nedenleri olarak karşımıza çıkabilir⁵⁷. Adli Sicil Kanunu, PVSK, CMK, Nüfus Hizmetleri Kanunu kişisel verilere ilişkin düzenleme içeren kanunlara örnek verilebilir. Ayrıca dilekçe, basın yayın, iddia ve savunma hakkının kullanılması da ilgili suçlar bakımından hukuka uygunluk nedeni olacaktır⁵⁸.

Verileri yok etmeme suçu bakımından da ilgilinin rızasının hukuka uygunluk nedeni olabileceği ifade edilmiştir. Ancak belirtilmelidir ki, kanunun bir kamu görevlisine verileri silme yükümlülüğü getirmesi halinde ilgilinin rızasının bir hukuka uygunluk nedeni olması mümkün değildir⁵⁹.

d. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu

Ülkemizde kişisel verilerin korunmasına ilişkin özel bir düzenleme yapmak amacıyla ilk defa 1989 yılında bir Komisyon oluşturulmuşsa da Komisyon çalışmalarını bitirmeden dağılmıştır. Daha sonra ise 2000 yılında yeni bir Komisyon oluşturulmuş ve ilgili Komisyon kişisel verilere ilişkin bir kanun tasarısı hazırlamıştır. Ancak söz konusu tasarı kanunlaşmamıştır. 2008 yılında çeşitli çalışmalar yapılsa da bunlardan da bir sonuç elde edilememiştir. Ancak 2010 yılında Anayasa’da yapılan değişiklik neticesinde 26 Aralık 2014 tarihinde TBMM Başkanlığına sunulan “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı” 24 Mart 2016 tarihinde kanunlaşmıştır. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu 7 Nisan 2016 tarih ve 29677 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Kanun’la birlikte kişisel veri ve özel nitelikli kişisel verilerin tanımı yapılmış, ilgililerin hakları ve yükümlülükleri, verilerin işlenmesi, saklanması, aktarılması ile veri güvenliğine ilişkin esaslar belirtilmiştir. Ayrıca Kanun’la Kişisel Verileri Koruma Kurumu ile Kişisel Verileri Koruma Kurulu kurulmuş ve Kurula başvuru şartları, kişisel verilere karşı suçlar ve kabahatler düzenlenmiştir.

KVKK’nın 17. maddesiyle kişisel verilere karşı gerçekleştirilecek suçlar bakımından TCK’nın ilgili maddelerinin uygulanacağı ifade edilmiştir. Ancak Kanun’un 18. maddesinde belirli fiiller kabahat olarak düzenlenmiştir. Kanun’da düzenlenen kabahatlerden ilki aydınlatma yükümlülüğüne aykırılıktır. Buna göre veri sorumlusu olan gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerinin aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranması halinde 5.000 Türk lirasından 100.000 Türk lirasına kadar idari para cezası uygulanacaktır. Bir diğer kabahat de veri güvenliğine ilişkin yükümlülükler aykırılık olup ilgili yükümlülükleri yerine getirmeyenler hakkında “15.000 Türk lirasından 1.000.000 Türk lirasına kadar idari para cezası” uygulanacaktır.

e. Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu

Kişisel verilerin, kişilik hakkını oluşturan şahıs varlığı değerleriyle ilişkili olması⁶⁰ sebebiyle, bunların ihlali halinde Türk Medeni Kanunu’nun ve Türk Borçlar Kanunu’nun kişilik hakkını koruyan hükümleri uyarınca bir koruma sağlanması mümkündür. TMK’nın 23, 24 ve 25. maddeleri kişiliği koruyucu hükümler olmakla beraber TBK’nın haksız fiili düzenleyen 49. maddesi ve manevi tazminatı düzenleyen 58. maddesi de kişiliğin korunmasına hizmet eden hükümlerdendir⁶¹.

Kişisel verilerin işlenmesi, TMK m.24’teki hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde hukuka uygun kabul edilmektedir. Bu sebepler ise rıza, üstün nitelikte özel ve kamusal yarar, kanunun verdiği yetkidir. Dolayısıyla kişisel verileri işlenen kişinin işleme eylemine ilişkin rızası bulunuyorsa, özel bir yarar

⁵⁶ ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, K/BACAKSIZ, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.596. Ayrıca bkz. MADEN, s.128.

⁵⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.81-82. Ayrıca bkz. HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, Ankara Barosu Dergisi, (4), 2009, s.20; YURTCAN, Erdener: Yargıtay Kararları Işığında Özel Hayata Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s.149, 351. Öğretide suçların şikâyete tabi suç olmadığı ve burada kamunun menfaatinin korunduğu, bu nedenle mevzuata uygun yapılan kaydetme, verme veya ele geçirme hareketleri bakımından ilgilinin rızasının mümkün olmadığı ancak kanun hükmünü icra hukuka uygunluk nedeninin söz konusu olduğu ifade edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s.588 vd.

⁵⁸ ZAFER, s.56-57.

⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. MADEN, s.143-144. Ayrıca bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s.598.

⁶⁰ Kişisel verilerin hukuki niteliğine ilişkin görüşler için bkz. AKKURT, Sinan Sami: “Kişisel Veri Kavramının Hukuki Niteliğine İlişkin Yaklaşımlara Mukayeseli Bir Bakış”, Kişisel Verileri Koruma Dergisi, 2(1), 2020, s.21 vd.

⁶¹ ATASOY, Kemal: “Kişilik Hakkı Kapsamında Sosyal Medyada Kişisel Verilerin Korunması ve Veri Sahibinin Rızası”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22(3), 2016, s.273 vd.

varsa veya toplumsal bir menfaat karşısında bu kişinin menfaatinin daha az korunması gerekiyorsa veyahut da verilerin işlenmesinde kamusal makamların yasalara dayanan bir yetkisi var ise bu durumlarda verilerin işlenmesinin hukuka uygun olduğu ifade edilebilir⁶².

Bağlantılı oyuncaklar özelinde konuya yaklaşıldığında, TMK m.24'te düzenlenen hukuka uygunluk nedenlerinden rıza, söz konusu işleme eylemini hukuka uygun hale getirmektedir. Üstün nitelikte özel ve kamusal yarar ile kanunun verdiği yetki⁶³ hukuka uygunluk nedenlerinin, söz konusu olaylarda hukuka uygunluk sağlamalarının pratikte karşılaşılmadığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Kişisel verilerin TMK m.24 hükmünde düzenlenen hukuka uygunluk nedenleri bulunmaksızın işlenmesi halinde, kişilik hakkı saldırıya uğrayan kişi hâkimden koruma talep edebilir. Bu kapsamda TMK m.25'te düzenlenen saldırı tehlikesinin önlenmesi, saldırıya son verilmesi, saldırının hukuka aykırılığının tespit edilmesi ve maddi-manevi tazminat istemlerinde bulunulabilir. Sahıs varlığı değerlerinin ihlal edilmesi sonucunda bir gelir elde edilmiş ise bunun vekâletsiz iş görme hükümlerine göre istenebilmesi de aynı maddenin 3. fıkrası gereğince mümkündür. Bununla birlikte kişisel verileri hukuka aykırı olarak işlenen kimsenin bir zarara uğraması halinde, kusuru ile bu zarara neden olan kişi TBK m.49 kapsamında bu zararı gidermekle yükümlüdür.

f. Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu

12 Mart 2021 tarihinde yürürlüğe giren Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'nun amacı, Kanun'un 1. maddesinde "ürünlerin, güvenli ve ilgili teknik düzenlemelere uygun olmasını sağlamak; piyasa gözetimi ve denetiminin esasları ile yetkili kuruluşların görevlerini ve iktisadi işletmeciler ile uygunluk değerlendirme kuruluşlarının yükümlülüklerini belirlemek" olarak ifade edilmiştir. Kanun'un amacına bakıldığında, kişisel verilerin korunmasına hizmet edebilecek hükümlerin varlığına rastlanmamaktadır. Kişisel verilerin ihlal edilmesine yol açabilecek ürünler yönünden, olması gereken hukuk açısından üreticiye bir sorumluluk yüklenmesi noktasında Kanun'un kapsamının daha geniş tutulmasının yerinde olacağı doktrinde savunulmaktadır⁶⁴.

Nesnelerin interneti kavramının özel bir görünümü olan bağlantılı oyuncaklar aracılığı ile çocukların kişisel verilerinin ihlal edilmesi halinde, ürün sorumluluğunun gündeme gelip gelmeyeceği de yakın gelecekte tartışılacak konuların başında gelmektedir. ÜGTDK'da, nesnelerin internetinin doğurabileceği güvenlik açıkları ve meydana gelebilecek zararlardan sorumluluğa ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak ürün sorumluluğuna ilişkin uluslararası düzenlemelere bakıldığında Avrupa Komisyonu'nun (COM) 2020 64 Final Raporu'nda⁶⁵, yapay zekâ, nesnelerin interneti ve robotik gibi teknolojilerin ortaya çıkması ile başta ürün güvenliği olmak üzere pek çok zorluğun ortaya çıkabileceği, mevcut düzenlemelerin bu konular açısından boşluklar içerdiği, bu nedenle Ürün Sorumluluğu Direktifi'nde ve ulusal sorumluluk düzenlemelerinde söz konusu riskler dikkate alınarak belirlemeler yapılması gerektiği önemle ifade edilmiştir. Bu nedenle doktrinde, henüz yürürlüğe giren ÜGTDK'nın, bu tavsiyeler doğrultusunda, daha kapsayıcı ve güncel bir ürün sorumluluğuna yer vermesinin beklendiği ancak bunun sağlanamadığı haklı olarak ifade edilmektedir⁶⁶.

Sonuç olarak ÜGTDK'ya bakıldığında geleneksel anlamda ürün sorumluluğuna yer verildiği, teknolojik gelişmelerin Kanun kapsamına entegre edilemediği anlaşılmaktadır. Bu nedenle nesnelerin interneti gibi teknolojilerin neden olacağı hukuki sorunlar açısından mevcut durumda, söz konusu Kanun kapsamında herhangi bir sorumluluğun gündeme gelmeyeceğini ifade etmek yanlış olmayacaktır.

D. Bağlantılı Oyuncaklar Aracılığıyla Kişisel Verilerin İşlenmesinde Rıza

On sekiz yaşını doldurmuş bireyler olarak tanımladığımız çocuklar, kişisel verilerin korunması hakkı da dâhil olmak üzere bireye tanınmış tüm hakların süjesidir. Bununla birlikte, kişisel verilerin korunması çocuklar bakımından daha büyük bir öneme sahiptir. Bunun nedenlerini ise iki grupta toplamak mümkündür: statik ve dinamik. Statik açıdan, çocuk henüz fiziksel ve psikolojik olgunluğa erişmemiş bir kişidir. Dinamik açıdan ise, çocuk bir yetişkin olmak için fiziksel ve zihinsel olarak gelişme sürecindedir. Çocuk hakları ve bu hakların kullanılması -veri koruma dâhil olmak üzere- bu iki bakış açısını da kapsayan

⁶² TMK m.24'te düzenlenen hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku, Gözden Geçirilmiş 18. Bası, İstanbul 2019, s.223 vd.; DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: Kişiler Hukuku, 20. Baskı, İstanbul 2019, s.153 vd.; BAYGIN, Cem/NAR, Ahmet: Medeni Hukuk Dersleri-I, Başlangıç Hükümleri ve Gerçek Kişiler Hukuku, Ankara 2021, s.557 vd.

⁶³ Bazı kanuni düzenlemeler kapsamında, kişinin rızası bulunmasa dahi kişisel verilerin işlenmesi mümkündür. Hangi verilerin ilgilinin rızası olmaksızın işlenebileceği başta KVKK olmak üzere diğer bazı düzenlemelerde yer almaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. POLAT, Alperen: Sorumluluk Hukukunda Rıza, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.105-106. Ancak ifade edildiği üzere bağlantılı oyuncaklar özelinde kanunun verdiği yetkiyle, geçerli bir rıza bulunmaksızın kişisel verilerin işlenmesi pratikte mümkün görünmemektedir.

⁶⁴ ATAMER, Yeşim/KURTULAN GÜNER, Gökçe: "Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile İmalatçının Sorumluluğu Konusu Türk Hukuku Açısından Çözölmüş Müdür?", AÜHFD, 70(2), 2021, s.556-557. Benzer yönde bkz. KANIŞLI, Erdal: "Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu", İstanbul Hukuk Mecmuası, 78(3), 2020, s.1425.

⁶⁵ Report From The Commission To The European Parliament, The Council And The European Economic And Social Committee, Report on the Safety and Liability Implications of Artificial Intelligence, the Internet of Things and robotics, Brussels, 19.2.2020, COM(2020) 64 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?qid=1593079180383&uri=CELEX%3A52020DC0064> (Erişim: 28.06.2022)

⁶⁶ ATAMER/KURTULAN GÜNER, s.557.

bir şekilde değerlendirilmelidir⁶⁷. Bu nedenlerle pek çok durumda çocukların, haklarını kullanabilmeleri için yasal temsile ihtiyaçları bulunmaktadır. Ancak söz konusu durum, yasal temsilcinin statüsünün çocuğunkinden mutlak veya koşulsuz bir önceliğe sahip olduğu anlamına gelmez; çünkü çocuğun üstün yararı, bazen onlara ebeveynlerin veya diğer yasal temsilcilerin isteklerini geçersiz kılabilecek veri korumasına ilişkin haklar verebilir⁶⁸.

İşte fiziksel ve psikolojik olgunluğa erişmemiş ancak gelişme sürecinde olan bireylerin, “çocukların”, kişisel verilerinin korunabilmesi için, bazı temel kriterlerin belirlenmesi gerekmektedir. Zira her geçen gün, gelişen teknolojinin de etkisiyle çocuklar kullandıkları her platformda kişisel verilerini bilinçli ya da bilinçsiz paylaşılabilmektedirler. Markets and Markets tarafından yapılan bir araştırmaya göre⁶⁹, küresel ölçekte bağlantılı oyuncak piyasası büyüklüğünün 2019 yılından 2024 yılına kadar yaklaşık olarak %200 artması beklenmektedir ki bu da işlenecek olan kişisel verilerin boyutunun ve bu verilerin ihlali ihtimalinin de bir o kadar artacağına işaret etmektedir. Kişisel verilerin ihlali noktasında ise ilk ve en önemli problem hiç şüphesiz rızadır.

Hemen hemen bütün bağlantılı oyuncaklar, verilerin işlenmesinde rıza esasına dayanır. Zira bağlantılı oyuncaklar açısından rıza, veri sorumlusu ve işleyiciler yönünden, kişisel verilerin işlenmesinin yasal zeminini oluşturur. Rıza ise, açıklamaya ehil kişilerce verildiği takdirde geçerli olarak kabul edilmektedir. Peki, bağlantılı oyuncaklar aracılığı ile verilerin işlenmesine rıza kim tarafından, nasıl ve ne zaman gösterilmelidir? Bu sorulara verilecek cevaplar, bağlantılı oyuncaklar aracılığıyla verilerin işlenmesinin hukuka uygunluğu açısından önem arz etmektedir.

İlgilinin rızası kişisel verilerin işlenmesi ve aktarılmasını hukuka uygun hale getireceği için kişisel verilere karşı işlenen suçlar da oluşmayacaktır. TCK'nın 26. maddesinde ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiş olup geçerli bir hukuka uygunluk nedeninden bahsedebilmek için kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hak, rızaya ehliyet ve rızanın açıklanması şartlarının gerçekleşmesi gerekir. Suçun mağduru olarak çocuk söz konusu olduğunda kural olarak ceza hukukunda, rıza bağlamında herhangi bir yaş sınırı getirilmemiş olup her somut olayda rızanın geçerliliğinin ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

KVKK'da ise kişisel verilerin işlenmesi, aktarılması ve yurtdışına aktarılmasının, Kanun'da sayılan istisnalar dışında, ancak açık rızanın varlığı halinde mümkün olduğu ifade edilmiştir. Açık rıza ise KVKK'da “belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rıza” olarak tanımlanmıştır.

Bağlantılı oyuncakların hedef kitlesine bakıldığında, bu oyuncakların 1 yaşından 18 yaşına kadar tüm çocuklara hitap ettiği görülmektedir. Gerçekten de üreticilerin, tasarladıkları oyuncakları tavsiye ettiği yaş grupları 2-5, 6-8, 9-12 ve 13-18 gibi birçok yaş grubunu kapsamaktadır⁷⁰. Hedef kitlenin yaş aralığının oldukça geniş olmasından dolayı, bağlantılı oyuncaklar aracılığıyla verilerin işlenmesine rıza gösterilmesinde tek bir kriter belirleyebilmek mümkün değildir. Zira belirtilen yaş gruplarının fiziksel ve zihinsel gelişim aşamaları birbirinden farklıdır. Bu nedenle rıza söz konusu olduğunda çözüm, yalnızca çocuğa danışılmasından, çocuğun ve yasal temsilcisinin paralel rızasına ve hatta çocuk zaten yeterince olgunsa çocuğun tek başına rıza göstermesine kadar ilerleyebilir⁷¹.

GDPR'a bakıldığında, üye devletlerin 13 yaşından küçük olmamak kaydıyla çocuğun kişisel verilerinin işlenmesinde, üye devletlere asgari bir yaş sınırı belirleme yetkisi verdiği görülmektedir. Ancak devletlerin bu konuda bir mutabakata vardığını söylemek oldukça güçtür. Üstelik ülkemizde olduğu gibi çocuğun kişisel verilerinin işlenmesinde rızaya ilişkin olarak herhangi bir düzenlemeye yer vermeyen birçok ülke de bulunmaktadır⁷².

Bir çocuğun kişisel verilerinin işlenmesi halinde hangi sonuçlarla karşılaşacağını gerçekten bildiğinin kabul edilmesi halinde, rızasını yasal temsilcisinden bağımsız olarak özgürce açıklayabilmesi, pek tabii en ideal yoldur. Ancak pratikte, bir yapay zekâ aracılığıyla yapılacak doğrulama sonucunda kullanıcının rıza açıklamaya ehil olduğunun belirlenmesi ve bunun sonucunda rızanın elde edilmesi ne derece gerçeği yansıtacaktır? İşte bir çocuğun kendisini etkileyebilecek bir kararın sorumluluğunu alıp alamayacağını belirlemenin getirdiği zorluk, devletleri rıza noktasında bir yaş belirleme zorunluluğuna sevk etmektedir⁷³.

⁶⁷ Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 2/2009 on the protection of children's personal data (General Guidelines and the special case of schools), https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2009/wp160_en.pdf, s.3. (Erişim: 28.06.2022)

⁶⁸ Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 2/2009 on the protection of children's personal data (General Guidelines and the special case of schools), s.5.

⁶⁹ <https://www.marketsandmarkets.com/Market-Reports/connected-toys-market-38031230.html> (Erişim: 20.03.2022)

⁷⁰ <https://www.marketsandmarkets.com/Market-Reports/connected-toys-market-38031230.html>, (Erişim: 20.03.2022)

⁷¹ Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 2/2009 on the protection of children's personal data (General Guidelines and the special case of schools), s.6.

⁷² Türk hukukunda, kişisel verilerin korunması mevzuatında bir güncelleme yapılarak, belirli yaş grupları bakımından GDPR'da olduğu gibi bir yaş sınırı düzenlenmesinin yapılması gerektiği yönünde bkz. DÜLGER, Murat Volkan/KAHRAMAN, Cansu Ceren/YALÇIN, Simay: “GDPR ve KVKK Bakımından Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması ve Konuya İlişkin Kurul Kararının Değerlendirilmesi”, s.10. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3792410 (Erişim: 31.07.2022); UÇAK, s.58.

⁷³ İskoçya'da 12 yaş ve üzeri çocuklar, aksi kanıtlanmadıkça, kişisel verilerinin işlenmesine rıza gösterme noktasında yeterli kabul edilmektedir. Avusturya'da bu sınır 14 yaş olarak belirlenmiştir. Bkz. DÜLGER/KAHRAMAN/YALÇIN, s.3-4.

Gerçekten de, her somut olayda çocuğun o durum için ayırt etme gücünün var olup olmadığının belirlenmesi pratik gerçekliğe çok uygun değildir⁷⁴.

Bağlantılı oyuncaklar özelinde, çocuklar için en iyi korumayı sağlamak ve aynı zamanda onların çevrimiçi haklarını engellemek amacıyla, farklı yaş sınırlarının benimsenmesi daha uygun bir alternatiftir. Örneğin 2-5 veya 6-8 yaş grubunu hedefleyen bağlantılı oyuncaklar açısından kişisel verilerin işlenmesi için yasal temsilcinin rızası gerekli ve yeterli kabul edilebilirken; 13-18 yaş grubunu hedefleyen bir oyuncak için çocuğun rızasını dışlayarak sadece yasal temsilcinin rızasını aramak, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 12. maddesindeki "Görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanınır." ifadesinde de kendisine yer bulan, "çocuğun korunmasının yanında güçlendirilmesi" anlayışı ile ters düşebilir. Bununla birlikte bağlantılı oyuncakların hangi tür kişisel verileri işlediği de rıza açıklamasında yaş sınırının belirlenmesi noktasında bir kriter olarak dikkate alınmalıdır. Örneğin özel nitelikli kişisel verileri (parmak izi, retina gibi) işleyen robotik türdeki bir bağlantılı oyuncakların daha fazla bir korumayı gerektirdiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu verilerin işlenmesi açısından normal nitelikteki bir kişisel veri için belirlenen asgari yaş sınırından daha yüksek bir sınır belirlenebilir.

Rızanın hukuka uygunluğunun sağlanmasındaki bir diğer husus, rıza açıklayacak kişinin/kişilerin neye, ne için rıza gösterdiğini bilmeleridir. Bu ise veri işleyicileri tarafından rıza açıklayacak olan kişilerin hangi verilerinin, ne boyutta, hangi amaçlarla ve araçlarla işleneceği noktasında aydınlatılmaları ile mümkün hale gelir⁷⁵. Ancak bağlantılı oyuncaklar için aydınlatma genellikle bir web sayfasının ziyaret edilmesi ile mümkün olmaktadır. Kullanıcı, söz konusu web sayfasına girerek gizlilik politikasına ulaşabilmektedir⁷⁶. Bu ise kullanıcının, çoğu zaman neye rıza göstereceğini incelemeyen rızasını açıklaması sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle verilere ilişkin aydınlatma metninin ulaşılabilir olması oldukça önemlidir.

Aydınlatma metninin ulaşılabilirliğinin sağlanmasından sonraki aşamada ise oyuncak üreticilerinin, her bir oyuncakı doğru tanımlaması ve işlenecek olan verileri hassas bir şekilde kategorize etmesi gerekmektedir. Bu noktada üreticilerin muhtemel bir ihlal ile karşı karşıya kalmaması için, verilerin kategorize edilmesinden sonra, her bir kategori için farklı şartları araması gibi bir yöntem de başvurulabilir. Örneğin 13-15 yaş grubuna hitap eden bir oyuncakta veri işlenmesi noktasında rıza elde edilirken sadece çocuğun rızası yeterli görülebilirken, özel nitelikteki veriler aynı yaş aralığı için yasal temsilcinin rızası gerekli görülebilir. Ayrıca işlenecek her bir verinin, ne amaçla kullanılacağı noktasında, rıza açıklamaya ehil kişinin anlama kapasitesi de dikkate alınarak bir aydınlatmada bulunulmalıdır.

Sonuç olarak, veri korumasının en temel ilkelerinden birinin bildirim olduğunu kabul edersek; oyuncak üreticilerinin şeffaf ve dürüst olması gerekmektedir. Bu ise verilerin işlenmesi noktasında yeterli ve zamanında bilgilendirme ile mümkün olacaktır. Pek tabii bilgilendirmenin yanında etkili bir doğrulama mekanizması ve güçlü güvenlik önlemlerinin varlığı da çocukların bağlantılı oyuncaklar yoluyla kişisel verilerinin hukuka aykırı işlenmesinin önüne geçilmesinde önem arz edecektir.

IV. SONUÇ

Teknoloji alanındaki gelişmeler, hayatımıza önceden hayal etmesi zor birçok imkân sunmaktadır. Örneğin günlük hayatımızın her alanında yer alan sıradan cihazlardan yararlanma şeklimiz, nesnelerin internetinin hayatımıza girmesi ile değişmeye başlamıştır. İnternetle bağlantılı hale gelen bu cihazlar artık çok daha fazla işlevi yerine getirerek hayatımızı kolaylaştırmakta ve hatta yakın bir arkadaş olma noktasına doğru ilerlemektedir. Bu teknolojinin, 7'den 70'e her insanın hayatında yer almasına rağmen çocukların hayatına çok daha fazla etki ettiği söylenebilir.

Eğlence, eğitim, sağlık ve daha birçok amaç için kullanılan bağlantılı oyuncakların iki yönü bulunmaktadır. Bir yönden, bu oyuncaklar eğitimsel bir değere sahip olmasından dolayı çocukların gelişimine katkı sağlamakta, bunun yanı sıra ebeveynlerin de hayatlarını kolaylaştırmaktadır; diğer yönden ise bu oyuncaklar, içine gömülü halde bulunan binlerce sensör aracılığıyla verileri işlemek amacıyla tasarlandığı için birtakım riskler ve tehditler barındırmaktadır. Bağlantılı oyuncakların verileri işleme yetenekleri, yazılımlarından kaynaklanır ve doğal olarak bu da işlenen verilerin güvenliği noktasında riskleri gündeme getirir. Siber riskler bir yana, verilerin, veri toplayıcısı tarafından işlenmesinin hukuka uygunluğunun sağlanması da gündeme gelebilecek başlıca problemlerden birisidir.

Yazılımdan kaynaklanan güvenlik açıkları ve bunun beraberinde getirdiği riskler, konunun daha ziyade teknik boyutunu oluşturmakla birlikte hukuki açıdan, bağlantılı oyuncaklar aracılığıyla hukuka uygun veri işlemenin sağlanması açısından "rıza" hususu oldukça önemlidir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin gerek uluslararası gerekse ulusal düzenlemelere bakıldığında, bu düzenlemelerin nesnelerin interneti özelinde yeterli olmadığı ifade edilebilirse de, bu düzenlemelerde genel olarak kişisel verilerin işlenmesinde rıza hususuna değinildiği ve rızanın verilerin işlenmesinde bir hukuka uygunluk aracı olarak kabul edildiği görülmektedir. Ancak nihayetinde, düzenlemelerin yetersizliği ve söz konusu cihazların sadece üretilen ülke

⁷⁴ DÜLGER/KAHRAMAN/YALÇIN, s.10.

⁷⁵ UÇAK, Murat: "Kişisel Verilerin Hukuka Uygun İşlenmesinde Çocuğun Rızası", *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, 3(1), 2020, s.49.

⁷⁶ PEPPE, s.140.

içinde kalmadığı, tüm dünyaya dağıtıldığı düşünülecek olursa rızanın alınması noktasında hangi hukuki düzenlemeye tabi olunacağı, rızanın alınma usulü gibi birçok problem gündeme gelebilecektir.

Bağlantılı oyuncak kullanıcıları, oyuncak üreticileri tarafından yeterli ve zamanında bilgilendirilmeli, bu bilgilendirme verilerin hangi amaçla işleneceği, işlenecek verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılacağı, kişisel veri toplamanın yöntemi ve sebebi gibi hususları içermelidir. Bilgilendirmenin ardından geçerli bir rıza elde edilmelidir. Bağlantılı oyuncak kullanıcılarının, çocuklar olması dolayısıyla rızanın alınmasında, ya tek başına çocuğun rızası yeterli görülmeli ya da yasal temsilcinin rızası da aranmalıdır. Bu ise çocuğun, verilerin işlenmesi noktasında ayırt etme gücünün yeterli olup olmadığının belirlenmesinin yanı sıra işlenecek olan verilerin türüne göre bir kategorizasyon yapılması ile tespit edilmelidir.

Güvenli bağlantılı oyuncaklar fikri, günümüz teknoloji çağında oldukça zor görünse de imkansız değildir. Aşırı veri işleyen, çocukların mahremiyetine karşı hassas olmayan ve şeffaflık konusunda yetersiz olan oyuncaklar açısından ortalama bir standart belirlenmelidir. Bunun sağlanması için ise çocukların nasıl korunacağını daha açıklayıcı bir şekilde tanımlayan düzenlemelere ihtiyacın olduğu açıktır. Pek tabii düzenlemelerin başarı düzeyi de tek taraflı olarak hükümetlerce hazırlanması ile değil konuyla ilişkili sektör paydaşları ile müzakere edilerek hazırlanması ile ilgilidir. Nihayet iç hukukumuzda da genel olarak nesnelere internetine ve çocukların kişisel verilerinin korunmasına ilişkin hükümlere yer verilmesi ile konunun yasal bir zemine kavuşması sağlanabilir.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Atf Şekli: Yazarlar Nurten ÖZTÜRK ve Elif Rumeysa GÜRBÜZ, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Nurten ÖZTÜRK and Elif Rumeysa GÜRBÜZ who are the authors, have not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazarlar tarafından birlikte hazırlanmıştır. | This article has been co-written by the authors.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazarlar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the authors.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazarlar, makalenin tüm süreçlerinde inÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde inÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın inÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir.

| The authors declare that they comply with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that they do not make any falsification of the data collected. In addition, they declare that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

- AKİNCE, Bora: “Nesnelerin İnterneti, Güvenlik ve Gizlilik, İnsan Hakları Bağlamında Bir Değerlendirme”, *International Journal of Social Inquiry*, 14(1), 2021, s.53-80.
- AKKURT, Sinan Sami: “Kişisel Veri Kavramının Hukuki Niteliğine İlişkin Yaklaşımlara Mukayeseli Bir Bakış”, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, 2(1), 2020, s.20-32.
- ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- ATAMER, Yeşim/KURTULAN GÜNER, Gökçe: “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu ile İmalatçının Sorumluluğu Konusu Türk Hukuku Açısından Çözölmüş Müdür?”, *AÜHFD*, 70(2), 2021, s.543-588.
- ATASOY, Kemal: “Kişilik Hakkı Kapsamında Sosyal Medyada Kişisel Verilerin Korunması ve Veri Sahibinin Rızası”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22(3), 2016, s.269-301.
- BAYGIN, Cem/NAR, Ahmet: *Medeni Hukuk Dersleri-I, Başlangıç Hükümleri ve Gerçek Kişiler Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru: “Nesnelerin İnternetinin Hukuki Yönden İncelenmesi”, *DEÜHFD*, 17(2), 2016, s.113-139.
- CHOWDHURY, Wahida: “Toys That Talk to Strangers: A Look at the Privacy Policies of Connected Toys”, *Proceedings of the Future Technologies Conference (FTC)*, 2018, s.152-158.
- CUSTERS, Bart/SEARS, Alan M./DECHESENE, Francien/GEORGIEVA, Ilina/TANI, Tommaso/VAN DER HOF, Simone: *EU Personal Data Protection in Policy and Practice*, Springer-Verlag GmbH, 2019.
- DÜLGER, Murat Volkan/KAHRAMAN, Cansu Ceren/YALÇIN, Simay: “GDPR ve KVKK Bakımından Çocukların Kişisel Verilerinin Korunması ve Konuya İlişkin Kurul Kararının Değerlendirilmesi”, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3792410 (Erişim: 31.07.2022).
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: *Kişiler Hukuku*, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.
- ERDAL, Erdal/ERGÜZEN, Atilla: “Nesnelerin İnterneti (IoT)”, *UMAGD*, 12(3), 2020, s.24-34.
- GONZALES FUSTER, Gloria: *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, Springer International Publishing, Switzerland, 2014.
- GREENGARD, Samuel: *The Internet of Things*, MIT Press, Revised and Update Edition, 2021.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: *Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*, Ankara Barosu Dergisi, (4), 2009, s.9-22.
- KANIŞLI, Erdal: “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 78(3), 2020, s.1413-1468.
- KILINÇ, Doğan: “5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9/A Maddesi Çerçevesinde Özel Hayatın Korunması”, *GÜHFD*, 20(2), 2016, s.577-624.

- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, DEÜHFD, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, 21, 2019, s.69-93.
- KRAMP, Throsten/VAN KRANENBURG, Rob/SEBASTIAN, Lange: "Introduction to the Internet of Things", Enabling Things to Talk, Bassi vd. (ed.), Springer, Berlin, 2013, https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-642-40403-0_1#citeas (Erişim: 12.03.2022).
- KÜZECİ, Elif: Kişisel Verilerin Korunması, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- MAALOUFAALOUF, Melissa A.: "This Is Not Child's Play The Regulation Of Connected Toys In The EU And U.S.", Archives de philosophie du droit, 59(1), 2017, s.221-236.
- MADEN, Mehmet: Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- NANSEN, Bjorn/NICOLL, Benjamin/APPERLEY, Thomas: "Postdigitality in Children's Crossmedia Play: A Case Study of Nintendo's Amiibo Figurines", in Mascheroni, Giovanna/Holloway, Donell (ed.), The Internet of Toys, Practices, Affordances and the Political Economy of Children's Smart Play, Springer Nature, Switzerland, 2019, s.89-108.
- NELSON, Bill: Children's Connected Toys: Data Security and Privacy Concerns, Office of Oversight and Investigations Minority Staff Report, December 14, 2016.
- OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku, Gözden Geçirilmiş 18. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- PEPPET, Scott R.: "Regulating the Internet of Things: First Steps Toward Managing Discrimination, Privacy, Security, and Consent", Texas Law Review, 85, 2014, s.85-176.
- PETER, Jochen/KÜHNE, Rinaldo/BARCO, Alex/JONG, De Chiara/VAN STRATEN, Caroline L.: "Asking Today the Crucial Questions of Tomorrow: Social Robots and the Internet of Toys", in Mascheroni, Giovanna/Holloway, Donell (ed.), The Internet of Toys, Practices, Affordances and the Political Economy of Children's Smart Play, Springer Nature, Switzerland, 2019, s.25-47.
- POLAT, Alperen: Sorumluluk Hukukunda Rıza, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- SOLMAZ, Eren: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları'nın "Kişisel Verilerin Korunması"na Katkısı", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 18(1), 2019, s.61-78.
- THOMAS, Casey: "Learning to Share (Personal Information) with My Friend Cayla", AELJ Blog, 162, 2017, s.1-5. <https://larc.cardozo.yu.edu/aelj-blog/162> (Erişim: 25.06.2022).
- UÇAK, Murat: "Kişisel Verilerin Hukuka Uygun İşlenmesinde Çocuğun Rızası", Kişisel Verileri Koruma Dergisi, 3(1), 2020, s.41-60.
- VAN HOOFF, Ben: Protecting Personal Data in the Age of the Internet of Toys, Master Thesis, Tilburg University, 2020. <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=150358> (Erişim: 13.03.2022).
- WEBER, Wolf H./WEBER, Romana: Internet of Things Legal Perspectives, Springer, Berlin, 2010.
- YURTCAN, Erdener: Yargıtay Kararları Işığında Özel Hayata Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- ZAFER, Hamide: "Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme Suçu", Duruşma Arası Dergisi, (4), 2020, s.38-63.

Raporlar ve Görüşler

- Report From The Commission To The European Parliament, The Council And The European Economic And Social Committee, Report on the Safety and Liability Implications of Artificial Intelligence, the Internet of Things and robotics, Brussels, 19.2.2020, COM(2020) 64 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?qid=1593079180383&uri=CELEX%3A52020DC0064> (Erişim: 28.06.2022).
- FOSI Report: Kids and the Connected Home, 2016. <https://fpf.org/wp-content/uploads/2016/11/Kids-The-Connected-Home-Privacy-in-the-Age-of-Connected-Dolls-Talking-Dinosaurs-and-Battling-Robots.pdf> (Erişim: 22.07.2022).
- Internet of Things, Privacy & Security in a Connected World, FTC Staff Report, 2015, <https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/federal-trade-commission-staff-report-november-2013-workshop-entitled-internet-things-privacy/150127iotrpt.pdf> (Erişim: 14.03.2022).
- Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 2/2009 on the protection of children's personal data (General Guidelines and the special case of schools). https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2009/wp160_en.pdf, s.3. (Erişim: 28.06.2022).
- Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 8/2014 on the on Recent Developments on the Internet of Things, Brüksel, 2014. <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/> (Erişim: 12.03.2022).

İnternet Kaynakları

- <https://laughingsquid.com/the-huggable-a-plush-interactive-robotic-companion-that-provides-comfort-to-young-cancer-patients/> (Erişim: 15.03.2022).
- <https://www.marketsandmarkets.com/Market-Reports/connected-toys-market-38031230.html> (Erişim: 20.03.2022).
- <https://dijitalmedyavecocuk.bilgi.edu.tr/2016/12/26/ag-baglanti-oyuncaklar-dunyanin-gundeminde/> (Erişim: 13.03.2022).
- <https://www.mbkaya.com/hukuk/unutulmahakki.pdf> (Erişim: 12.03.2022).
- <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=150358> (Erişim: 13.03.2022).
- <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim: 06.06.2022).

İDARİ DAVALARDA EŞİTLİK DENETİMİNİN YOĞUNLUĞU

THE INTENSITY OF JUDICIAL EQUALITY REVIEW IN ADMINISTRATIVE CASES

Züleyha KESKİN*  10.21492/inuhfd.1115229 

Makale Bilgi

Gönderi: 20/05/2022
Kabul : 02/03/2023

Anahtar Kelimeler

*Eşitlik İlkesi,
Yargısal Denetim
Yoğunluğu,
İdari Davalar,
Ayrımcılık Yasası.*

Article Info

Received: 20/05/2022
Accepted: 02/03/2023

Keywords

*Equality Principle,
Intensity of Judicial
Review,
Administrative Cases,
Prohibition of
Discrimination.*

Özet

Eşitlik ilkesi, temel bir ilke ve hak normu olarak idarenin yargısal denetiminde önemli bir yer tutmaktadır. Yargısal denetim yoğunluğu, idari yargı yetkisinin sınırlarına göndermede bulunan ve idari dava konusunun nasıl ve ne kadar denetlendiği ile ilgili bir kavramdır. Denetimin yoğunluğunu maddi denetim ölçütleri, usuli yetkiler ve kanıt standardı belirler. Eşitlik ilkesinin denetim ölçütü olarak kullanıldığı davalarda denetim yoğunluğu, belirli bir dava konusuna ve sınıflandırmaya bu hususlar göz önüne alınarak hangi düzeyde bir denetim uygulanacağına bağlıdır. İdari davalarda eşitlik denetiminin yoğunluğunun bilinmesi, yargısal denetiminin belirliliği ve öngörülebilirliği açısından önemlidir. Eşitlik ilkesinin benzer davalarda tutarlı bir şekilde uygulanması, mahkemelerin ‘duruma göre’ davranmasını engellediği gibi kişi hak ve özgürlüklerinin en üst düzeyde korunmasını da sağlar. Bu çalışma, eşitlik ilkesinin norm yapısını ve kapsamı ile birlikte yargıç yetkilerini dikkate alarak idari davalarda eşitlik denetiminin yoğunluğunu ortaya koymayı amaçlamaktadır. Çalışma, özellikle kural-ilke ayrımına ve eşitlik ilkesinin kapsamına odaklanarak eşitlik testinin idari davalarda ne kadar etkili kullanılabileceğini göstermeye çalışmaktadır.

Abstract

The principle of equality, as a basic principle and subjective right norm, has an important place in the judicial review of the administration. Judicial review intensity is a concept that refers to the limits of administrative jurisdiction and is related to how and how much the subject of administrative cases is reviewed. The intensity of the review is determined by the substantive review criteria, procedural powers and standard of evidence/evidence standard. In cases where the principle of equality is used as a review criterion, the intensity of review depends on the level of review that will be applied to a particular case and classification, taking these considerations into account. In administrative cases, the intensity of the equality review is important in terms of the certainty and predictability of the judicial review. The consistent application of the principle of equality in similar cases prevents the courts from ruling according to the case and ensures the protection of individual rights and freedoms at the highest level. This study aims to reveal the intensity of equality reviews in administrative cases, by taking into account the norm’s structure, scope of the principle of equality and the powers of judges. This study tries to reveal how effectively the equality test can be used, with particular focus on the distinction between rule-principle and the scope of the principle of equality in administrative cases.

 Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

*Arş. Gör. Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi, İİBF, Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | Cite As: KESKİN Züleyha, “İdari Davalarda Eşitlik Denetiminin Yoğunluğu”, İnÜHFD, 14(1), 2023, s.58-72. **İntihal | Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

In cases where the principle of equality is used as a review criterion, the intensity of the judicial can be determined by revealing the content of this principle. For this, the norm structure and the scope of this principle need to be addressed. The norm structure and the different meanings of the principle of equality, along with the regulations in the Constitution, can be explained using the "Theory of Constitutional Rights," where Alexy examines the scope, definition, and normative structure of constitutional rights. When the norm structure of the equality principle is analyzed based on the principle-rule distinction expressed in Alexy's work, it is clear that the rule or principle character of equality determines the intensity of review. This principle's personal and interest scope can be reached by analyzing article 10 of the Constitution. According to this analysis, who will be subject to which interest or rights to equality review can be determined.

The intensity of review can change according to the judge's powers and how to use these powers, regardless of the substantive review's criterion. In the administrative judiciary, the judge has been authorized to do in-depth review with the ex officio examination power regulated in article 20 of the administrative procedure law. In general, the ex officio examination power has lessened the burden of proof in favor of individuals considering the inequalities between parties and the objective nature of administrative cases. Therefore, in administrative law, the intensity of review does not change based on the burden of proof. However, it changes based on the standard of the proof. It is necessary to determine to what extent the burden of the proof for administrative interference which is incompatible with the principle of equality is standardized. The court can determine the intensity of review by changing the standard of proof to find out the legitimacy of the persuaded purpose of administrative action.

In order to determine the intensity of the review, it is necessary to point out what tests the equality review consists of, which questions are asked, and the scope of the equality test. Equality means a set of standards used to decide the constitutionality of a violation of constitutionally protected rights. The equality review usually takes place in two-tier. First, it is examined whether there is an interference with a constitutionally protected right by an administrative action. Such a review involves determining what the scope of the right is. If there is differential treatment that is unreasonable or based on suspect grounds, it violates the right to equality. Then, whether such administrative action has a legal and legitimate basis and whether it complies with the principle of proportionality are determined. In short, reviewing discrimination includes tests of comparison, reasonable justification, and proportionality.

The intensity of review in equality cases may also change depending on the importance and nature of the rights and interests brought up in the legal system, along with the principle of equality. The Council of State has not been able to develop a general formula to control the benefits and rights that are considered to be "fundamental" in equality cases more intensely than others. In the equality review, the review is intensified by using the principle of proportionality, which partially includes contextual factors such as the importance and nature of the right, the degree of violation, the intensity of the interference, and the public interest.

The review of the principle of equality can take place at different levels depending on tendency of the judiciary to review or not to review administrative action. When the administrative judiciary tends to carry out a less intensive review, it uses the administration's discretion as just a cause or includes the ex officio examination power (inquiry) in less review and ignores suspect grounds. In addition, there are no clear and robust justifications that the nature and importance of the right in dispute intensify the review in equality cases. In this respect, it can be said that the predictability in the equality review in the administrative judiciary is weak. There are only consistent practices for certain types of administrative actions, albeit exceptions. The court can use different criteria to strengthen judicial protection in equality cases. When the court is eager to review administrative action, regardless of the existence of administrative discretion, it can do in-depth review with its ex officio examination power and make the comparison on suspect grounds and seek a higher standard of proof to be convinced of the lawfulness of the administrative action. Precise assessments of the nature and importance of the right in the court case might contribute to predictability.

I. GİRİŞ

Yoğunluk kavramı, Türk hukuk yazınında yargısal denetimin derecesini belirlemek için kullanılan bir kavram değildir. Bunun yerine, ‘yargısal denetimin kapsamı ve sınırları’ ifadesi tercih edilmektedir. Bu çalışma için yoğunluk, yargısal denetim derecesini ya da standardını belirleyen bir kavram olarak kullanılmıştır. Yargısal denetim yoğunluğu¹, ‘işlemin usul ve esasa yönelik hukuka aykırılıkların ortaya konulmasında kullanılan yargısal yetkiler ve hukuki referans normlar ile bunların etkililiğini ortaya koyan bir kavram’ olarak ele alınabilir². Yargısal denetimin yoğunluğu, denetimde kullanılan ölçütlerin içerdiği sorular ile bu soruların yanıtları için yargı yerinin hangi yetkileri, ne kadar kullandığı ve bu sorulara verilen yanıtların yeterliliğine ikna olup olmamaya ilgilidir. Yargıç, hukuka uygunluk ölçütleri ve araştırma ve kanıt kabul etme usulleriyle yargı denetiminin yoğunluğunu belirleyebilir.

Eşitlik ilkesinin denetim ölçütü olarak kullanıldığı davalarda denetimin yoğunluğu, eşitlik testinin içeriğinin ortaya konulmasıyla tespit edilebilir³. İlk olarak eşitlik denetiminin hangi testlerden oluştuğunun, daha doğrusu, hangi sorulara yanıt aradığının ortaya konulması gerekir. İkinci olarak, eşitlik ilkesine aykırı idari müdahalenin hukuka uygun olduğunu kanıtlama yükümlülüğünün hangi düzeyde gerçekleşmesi gerektiğinin belirlenmesi gerekir⁴. Bu çalışmada, eşitlik ilkesiyle ne kadar ‘yoğun’ bir denetim gerçekleştirildiği, eşitlik ilkesine uygunluk testleri ve kanıt standardıyla birlikte belirlenecektir.

II. EŞİTLİK İLKESİNİN NORM YAPISI VE KAPSAMI

A. Eşitlik İlkesinin Norm Yapısı

1982 Anayasası m.10’deki eşitlik ilkesi, eşitliğin farklı yönlerini ifade edecek şekilde düzenlenmiştir. 10. madde; özgül ayırım yasaklarıyla ayrımcılığı ve ayrıcalığı yasaklayan; maddede sayılan bazı kişi gruplarına pozitif ayrımcılığı haklı neden olarak kabul eden; devlet organlarına ve idareye maddi ve şekli eşitlik yükümlülüğü yükleyen genel bir eşitlik ilkesidir. Bu düzenleme, ayrımcılık yasağıyla hem ‘özel bir hak’⁵; hem de devletin temel amaç ve ödevlerini düzenleyen ve sosyal politika ilkeleri öngören yapısıyla ‘nesnel düzen normu’ olarak işlev görmektedir.

Eşitlik, ister nesnel bir hukuk ilkesi, ister temel bir özel hak olarak kabul edilsin, kendisini bir dizi kavram aracılığıyla ifade eder: nisbi-mutlak veya şekli-maddi eşitlik, ayrımcılık yasağı, eşitlik yükümlülüğü, eşitlik hakkı, yasa önünde eşitlik, yasaların genelliği. Bu kavramların her biri, eşitlik ilkesinin hem kural hem de ilke normları içerdiğini göstermektedir. Bunların tümü, eşitlik ilkesinin farklı bir tanımını oluşturmaktadır. Her bir tanımlama, eşitlik ilkesinin norm değeri ve kapsamını; dolayısıyla, yargısal denetim yoğunluğunu farklılaştırabilir.

Eşitlik ilkesinin norm değerini belirlemek için Alexy’nin anayasal hakların kapsamını, tanımını ve normatif yapısını açıklayan “Temel Haklar Teorisi” kullanılabilir⁶. Alexy normları, ilke ve kural normlar olarak ikiye ayırmaktadır⁷. Yazara göre kuralların hangi durumlarda uygulanacağı açıkça belirtilmiştir. Kurallar tanımlıdır, belli koşullar ve kesin ifadeler içerirler. Kesin ifadeler, kuralda yer alandan fazlasına ve azına izin vermez. Kurallar için ancak somut durumların (olgular ve yasal olasılıkların) yarattığı istisnalar söz konusu olabilir⁸. Bu normların uygulanmasında yargıcın yorum yetkisi oldukça sınırlıdır⁹. Dolayısıyla kurallar, optimizasyon (uygunlaştırma) gerektirmeyen normlardır. İlkeler ise optimizasyon ve tartım gerektirir. Kuralların tersine ilkeler, tanımlı ve belli değildir; her olayın özelliğine göre uygulaması değişir¹⁰. İlkeler, fiili ve hukuki sebepler dikkate alındığında farklı düzeylerde gerçekleşme olanağı sunan optimizasyon yükümlülükleridir. İlkeler, somut olayda başka ilkelerle yarışabilir ve her ilke yarıştığı diğer ilkenin gerçekleştirilme ihtimalini sınırlar¹¹. Yarışan ilkelerden birinin tartımda ağır basması durumunda diğer ilke uygulanmaz.

Anayasa’daki formülasyonda genel eşitlik ilkesinden yapılacak ilk çıkarımlardan biri, bütün kural ve uygulamaların Anayasa’da sayılan ve şüpheli temellerle ilişkilendirilmeden genel ve soyut olarak

¹ Bkz. KNIGHT, Dean R.: Vigilance and Restraint in the Common Law of Judicial Review: Scope, Grounds, Intensity, Context, A Thesis Submitted to Department of Law of the London School of Economics and Political Science for the degree of Doctor of Philosophy, London, December 2014, s.140.

² Bkz. KESKİN Züleyha: İdari Yargı Denetiminin Yoğunluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

³ Bkz. CHAN, Core: “Proportionality and Invariable Baseline Intensity of Review”, The Society of Legal Scholars (SLS) Annual Conference, Bristol, UK., 11-14 September 2012, in Legal Studies I, 33(1), 2013, s.6.

⁴ Yargılamada kanıt standardının belirlenmesi, yargıcın ikna düzeyine ilişkin nesnel standardın belirli olması, davanın tarafları bakımından dava sonucunun öngörülebilir olması anlamına gelir. YILDIRIM, Mehmet Kamil: Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1990, s.43-44; YASİN, Melikşah: İdari Yargılama Usulünde İspat, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s.187.

⁵ Bkz. KARAN, Ulaş: “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, in İnceoğlu, Sibel (ed.) İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme), 3. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s.459; TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 20. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2020, s.130; ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 21. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s.154.

⁶ ÇAP, Güneş: “Robert Alexy’nin İlkeler Teorisine Genel Bir Bakış”, Anayasa Yargısı, 38(2), 2021, s.221.

⁷ Bkz. ALEXY, Robert: A Theory of Constitutional Rights, (Trans. Julien Rivers), Oxford University Press, 2nd Ed., Oxford 2002, s.44-49.

⁸ Bkz. ÇAP, s.226.

⁹ Bkz. ALEXY, Robert: “Constitutional Rights and Proportionality”, Revus -Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law-, (22) 2014, s.52.

¹⁰ Bkz. ALEXY, “Constitutional Rights and Proportionality”, s.52.

¹¹ ALEXY, Theory of Constitutional Rights, s. 51. GÜLFİDAN, Osman Serkan: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Yaşam Hakkı Bakımından Devletin Pozitif Yükümlülükleri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul 2018, s.106.

uygulanmasıdır. Anayasa m.10/1’de düzenlenen eşitlik ilkesi, koşulların eşitliğini değil, şekli eşitliği düzenlemektedir. Bu haliyle kural karakterinde bir norm gibi gözükmektedir. Bununla birlikte, yasa önünde eşitlik, herkese devlet organları ve idare önünde aynı kuralların uygulanacağı yönünde tek bir anlam içermez. Eşitlik; sayılan ayırım yasaklarına aykırı olmayacak biçimde benzer durumda olanlara eşit ve farklı durumda olanlara farklı muamaleyi öngörür. Buna *maddi* veya *nisbi* eşitlik denir. Maddi eşitlik, bir kuralda ya da işlemde öngörülen yarar ve yükümlülüğün herhangi bir ayrımcılık temeliyle ilişkilendirilmeden herkese tarafsız olarak özgülenip özgülenmediğini değil, bunların sonuçlarına ve içeriğine ilişkin bir değerlendirmeyi gerektirir. Bu değerlendirmeye göre eşitlik ilkesi, “farklı muamale hakkını” kapsar¹². Anayasa’da maddi eşitliğin sağlanması yönünde belirli sosyal koruma önlemlerinin alınması konusunda devlete yükümlülük yükleyen ve pozitif ayrımcılığı hukuka uygun kabul eden açık kurallar (AY m.10/2-3), farklı muamele hakkının varlığını ortaya koymaktadır. İlkenin, devlet için hem maddi hem de şekli eşitliği sağlama yükümlülükleriyle kural ve ilkelerden oluşan anayasal bir “hak” olarak düzenlendiği söylenebilir¹³.

Eşitlik, kural norm olarak kabul edildiğinde yargısal denetimde daha öngörülebilir sonuçlar sunabilir. Kurallar, somut olaya uygulanır ya da uygulanmazlar¹⁴. Bu yönüyle kesin ve otomatik sonuçları vardır. Mahkemeler, farklı muamelenin ayrımcılık oluşturup oluşturmadığını inceleyerek, eşitlik hakkının ihlal edilip edilmediğini belirlemek için ilk olarak ırk, etnik köken veya cinsiyet gibi ayrımcı sınıflandırmaları belirlemede ve ardından genellikle haklı neden ve ölçülülük testleriyle bunların gerekçelerini incelemektedir. Eşitlik ilkesinin mutlak-kural yönünün; özellikle ölçülülük ve haklı neden ilkeleriyle birlikte değerlendirildiği veya bu ilkelerle yarıştırdığı göz önüne alındığında mutlak bir şekilde uygulanması mümkün değildir. Farklı ölçütlerin eşitlik denetiminde kullanılması, denetimin yoğunluğunu değiştirebilir. Anayasa’da her ne kadar emredici ifadeler yer alsın da, mahkemeler aksi kanıtlara (haklı neden-ölçülülük) başvurarak farklı muameleyi hukuka uygun kabul edebilir. O halde eşitlik ilkesinin kural karakterinde olduğu ve her durumda kesin olarak uygulandığı söylenemez.

Yine de, şüpheli-anayasal temellere dayalı ayrımcılık yasağı kural benzeri bir normdur. Anayasa m.10/1’de sayılan temellerin farklı uygulama ve sınıflandırmalarla ilişkili olamayacağı Anayasa’da özel olarak belirtilmiştir¹⁵. Mahkemeler, ayrımcılık yasağı¹⁶ ya da eşitlik hakkını, ölçülülük ilkesiyle optimize etmeye çalışsa da, dava konusu normu (özellikle m.10/1’i) ilkedeki çok bir kural gibi uygulamaktadır¹⁷. Bu nedenle mahkemeler, ölçülülük ve haklı neden ilkesini eşitlik ilkesini optimize etmek için değil, somut olayda ayrımcılığı yasaklayan kuralın uygulanıp uygulanmayacağını belirlemek için eşitlik hakkını tanımlamanın ve kapsamını belirlemenin bir yolu olarak kullanma eğilimindedir. Başka bir deyişle, mahkemeler ilkelerin dengelenmesi amacıyla değil, daha çok kategorik bir yasak ya da hakkın ihlal edilmeyecek özünü belirlemek amacıyla mutlak ayırım yasağına başvurmaktadır¹⁸.

Bununla birlikte, 1982 Anayasası’nın 10. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında, özel önlemlerle korunma gereksinimi olan kişi kesimleri için alınacak pozitif ayrımcılık önlemlerinin eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacağı yönündeki istisna, kesin ve açık bir şekilde ifade edilmiştir. Bu istisnalar, tam olarak uygulanması gereken kural normları ifade eder ve uygulanmadığında eşitlik ihlal edilmiş olur. Anayasa m.10’daki pozitif ayrımcılık düzenlemesi, sayılan gruplara pozitif ayrımcılık öngören işlemlerin haklı nedenleri konusunda başka bir anayasal neden aranmasına gerek bırakmamaktadır. Bu düzenlemeyle ayrıca haklı neden konusunda mahkemenin ikna olması gerekmemekte, dolayısıyla yargısal denetim yoğunluğu düşmektedir¹⁹. Bu açık ve kesin kural, optimizasyona elverişli değildir. Bu durumda önceliklerin hukuken nasıl tayin edileceği, yani belirli bir durumda ağır gelen ilkenin nasıl tespit edileceği ve tartımın nasıl yapılacağı sorun teşkil etmez. Böylece yargısal denetimin yoğunlaştırılmasına gerek kalmamaktadır. Sayılan kişi gruplarına yönelik pozitif ayrımcılığın eşitlik ilkesine aykırı olamayacağı kuralı, emir niteliğinde olmakla birlikte, farklı muamelenin pozitif ayrımcılık oluşturup oluşturmadığına mahkeme karar

¹² Farklı olanlara farklı muamele edilebileceğinin kabulünü “farklılık hakkı” olarak ele alan görüş için bkz. ANDREESCU, Marius/ANDREESCU, Claudia: “The Constitutional Principle of Equality”, Challenges of the Knowledge Society; Bucharest (2018), s.370.

¹³ Alexy’nin teorisinde, anayasal haklar hem kural hem ilke içerebilir (bkz. ALEXY, A Theory of Constitutional Rights, s.70-79; 80-86). Oder de “Anayasa’da soyut ve genel olmaları nedeniyle ‘ilke’ niteliğine sahip temel hak ve özgürlük normları yanında, ‘hak ve özgürlük lehine yasaklar’ olarak beliren ve ilgili hak ve özgürlüğün Anayasa’da somutlaşmış öz güvencesini bildiren normlar da bulun(duğunu)” ifade etmektedir (bkz. ODER, Bertil E.: “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtama ve Somutlaştırma Sorunları: 2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler”, in Ergül, Ozan (ed.), Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Kamu Hukukçuları Platformu, TBB, Ankara 2013, s.128). Bu yönüyle eşitlik, hem ilke hem kural değerinde bir anayasal haktır.

¹⁴ Bkz. ÇAP, s.226.

¹⁵ Eşitlik ilkesinin negatif yönünü ifade eden ayrımcılık yasağının uluslararası kamu hukukunda çekince konulmayacak emredici kural (jus cogens) olduğu kabul edilmektedir. AKILLIOĞLU, Tekin: İnsan Hakları: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, İmaj Yayınları, Ankara 2010, s.295. Aktaran Ayşe ÖZKAN DUVAN: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik Hakkı ve Ayrımcılık Yasağı”, GSÜHFD, (2) 2017, s.21-22.

¹⁶ Bkz. ÖDEN, Merih: Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s.216.

¹⁷ AYM, 14.04.1966, E.1961/1, K.1966/21. Ayrıca bkz. AYM, 14.11.1967, E.1967/14, 1967/36; AYM, 21.10.1975, E.1975/152, K.1975/202. Danıştay 12.D., 22.02.2006, E.2004/4382, K.2006/539. Danıştay bir kararında 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu’nun 1/I. maddesinde yer alan “...kadınlardan...” sözcüğünü ve 3/I. maddesini cinsiyet ayrımcılığı içerdiği gerekçesiyle Anayasa’ya aykırılık itirazında bulunmuştur. Bkz. AYM, 23.07.2009, E.2006/166, K.2009/113.

¹⁸ LURIE, Guy: Proportionality and the Right to Equality, German Law Journal, (21) 2020, s.178.

¹⁹ KESKİN, Züleyha: “Toplumsal Cinsiyet Eşitliğini Sağlamada Korumacı Yaklaşımlar-Pozitif Ayrımcılık Çare mi Çıkamaz mı?”, in Yalçın, Türkan (ed.), Kadın Yazıları, Savaş Yayınları, Ankara 2020, s.441.

vermektedir. Hangi önlemlerin pozitif ayrımcılık oluşturduğu konusunda ise mahkemelerin içtihatları sorunludur²⁰.

B. Eşitlik İlkesinin Kişi ve Yararlar Yönünden Kapsamı

Yasal düzenlemelerdeki “herkes” veya “hiç kimse” ifadeleri, yasaların genelliğine göndermede bulunur. Yasa önünde eşitlik ilkesi, kural olarak “herkes” için ‘genel’ bir anayasal ilkedir²¹. Anayasa m.10/1’de eşitlik ilkesi, sayılan temellerde kimseye ayrımcılık yapılamayacağını düzenlemiştir. 1. fıkranın devamında yer alan “ve benzeri sebepler” sözcüklerinin, ayırım gözetmeksizin hukuk önünde eşitlik güvencesinin Anayasa’da sayılmayan temellere dayalı ayrımcılıkları da kapsadığı söylenebilir. Dolayısıyla 10. maddedeki eşitlik, “herkes” ve “benzeri sebepler” ifadeleriyle tek yönlü olmayan ve açık uçlu bir düzenlemedir²². Bu yaklaşımın bir sonucu olarak medeni hal, evlilik dışı çocuk, yaş ve engellilik gibi Anayasa’da sayılmayan temellerde yapılan ayrımcılık bu kapsamda görülmüş ve maddenin norm alanı genişletilmiştir²³.

Anayasa 10. maddenin 1. fıkrasında “cinsiyet” bir ayırım yasağı olarak yer almasına rağmen, maddenin 2. fıkrasında kadınların ve erkeklerin eşit haklara sahip oldukları belirtildikten sonra, devletin bu eşitliği sağlama yükümlülüğüne işaret edilmiştir. Bu düzenlemede, kadınlara ve erkeklere yönelik ayrımcılığın iki yönlü yasaklandığı kabul edilebilse bile, kadın erkek eşitliğine dair vurgu, kadınların erkeklerle eşit duruma getirilmesi ve pozitif ayrımcılık uygulamalarının haklı görülmesi amacıyla eklenmiştir²⁴. Maddenin 2. fıkrasında kadınlara ve 3. fıkrasında sayılan gruplara yönelik pozitif ayrımcılık içeren uygulamaların eşitliği bozmayacağı yönündeki ifadeler, maddenin tek yönlü yorumlanmasına olanak vermektedir. Bu tek yönlü yaklaşım, Anayasa’da sayılan gruplar içinde olmayanlara, örneğin erkeklere yönelik bir pozitif ayrımcılık uygulamalarının haklı neden olarak görülmeyeceği anlamına gelir. Eşitlik ilkesi, ‘herkesi’ Anayasa’da sayılan ve sayılmayan temellerde korumakla birlikte, bazı kişi gruplarına yönelik ayrıca bir koruma sağlamaktadır.

Anayasa, eşitliğin koruduğu değer ve haklar bakımından bir sınırlama öngörmemektedir. Bununla birlikte 10. madde, eşitliği herhangi bir hak ya da özgürlükten yararlanmada eşitlik olarak düzenlenmemiştir²⁵. Anayasa Mahkemesi ise eşitlik ilkesini, hak ve özgürlüklerden yararlanmada Anayasa’da yer alan kavramlardan biri olarak kabul etmiştir²⁶. Eşitlik, tek başına uygulanan bir hak değildir, bir hakla birlikte ileri sürülebilir²⁷. Bu nedenle AİHM, AİHS’nin 14. maddesi kapsamında ayrımcılığı, nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın kişi kategorileri arasında -eşitliğin yanı sıra- başka bir hakkın kullanılmasında farklı muamele olarak tanımlamıştır²⁸.

Danıştay eşitlik ilkesini başka hak ve yararlar çerçevesinde değerlendirerek esnek bir yaklaşım ortaya koymuştur. Danıştay genellikle, Anayasa’daki ayrımcılık temellerine ve temel haklara dayandırmadan işlemin hukuka uygunluğunu; hakkaniyet ve adalet²⁹, fırsat ve olanak eşitliği³⁰ ve kamu hizmetinde eşitlik³¹ ilkeleriyle birlikte değerlendirme eğiliminde olmuştur. Bu tutum, iptal davasının menfaat ihlali koşuluna bağlanmasının bir sonucu olarak kabul edilebilir. Danıştay, özellikle son dönemde, eşitliği idari işlemlerin temel haklar üzerindeki etkileriyle birlikte ele almakta, giderek daha fazla hak temelinde bir denetim yapmaktadır. İdari davaların söz konusu olduğu bireysel başvurularda ise AİHS’in koruduğu haklar ve AİHM içtihatları referans alınarak her hak ve menfaat, eşitlik hakkının koruma kapsamına alınmamıştır³². Dolayısıyla sosyal haklar, belli ölçüde eşitlik korumasının dışında kalmaktadır³³.

Eşitlik ilkesinin hak ve yararlar yönünden kapsamı, devlete yüklenen ödevin niteliğine göre değişir. Eşitlik ilkesi, bir hakkın veya menfaatin tarafsız veya adil olarak özgülenmesini ‘isteme’ hakkını içerir. ‘İsteme’, eşitlik ilkesinin devlete yüklediği edimlerle doğrudan ilişkilidir. Bu edimlerden hangisinin idare ve yargı önünde istenebileceğini yükümlülüğün karakteri (pozitif/negatif) belirler.

²⁰ Bkz. KESKİN, “Korumacı Yaklaşımlar”, s.439.

²¹ KESKİN, Züleyha: Kamu Hizmetlerinde Eşitlik İlkesi, XII Levha Yayınları, İstanbul 2014, s.21.

²² KARAN, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, s. 464-469. Anayasa m.10’daki “benzeri nedenler” ifadesinin ayrımcılık temellerinin maddede sayılanlarla sınırlı olmadığı yönünde bkz. AYM, 04.11.1986, E.1986/11, K.1986/26; AYM, 17.03.2011, E.2009/47, K.2011/51; AYM, 06.05.2004, E.2002/70, K.2004/56; AYM, Tuğba Arslan, [GK], B.N. 2014/256, 25.06.2014, § 115; AYM, İbrahim Uysal, B.N. 2014/1711, 23.07.2014, § 48; AYM, Hüseyin Kesici, B.N. 2013/3440, 20.04.2016, § 56.

²³ Bkz. AYM, 11.09.1987, E.1987/1, K.1987/18; Danıştay 10.D., 29.06.2009, E.2006/2214, K.2009/7098; Danıştay 5.D., 15.01.2008, E.2005/3518, K.2008/57; Danıştay 8.D., 19.11.1990, E.1989/1379, K.1990/1339; Danıştay 10.D., 18.11.1986, E.1985/1885, K.1986/2093; Danıştay 8.D., 17.12.2008, E.2007/6457, K.2008/8352; Danıştay İDDGK, 21.11.2012, E.2008/2220, K.2012/2239.

²⁴ Bkz. AYM, 29.11.1990, E.1990/30, K.1990/31.

²⁵ GÜLMEZ, s.65.

²⁶ AYM, 20.11.2008, E.2008/42, K.2008/167.

²⁷ NIKOLAİDIS, Charilaos: “The Right to Equality in European Human Rights Law: The Quest for Substance” in The Jurisprudence of The European Courts 51–55 (2015). AYM, Mesude Yaşar, B.N. 2013/2738, 16.07.2014, § 46; AYM, Onurhan Solmaz, B.N. 2012/1049, 26.03.2013, § 33.

“...(İ)lgili temel hak ve özgürlük ihlal edilmemiş olsa da o hakla ilgili bir konuda sergilenen ayrımcı tutumun, eşitlik ilkesini ihlal ettiği sonucuna ulaşılabilir.” AYM, İhsan Asutay, B.N. 2012/606, 20/2/2014, § 48; aynı yönde AYM, Mesude Yaşar, § 47.

²⁸ Belçika Dil Davası (No. 2), B.N. 2126/64, 1 Eur. H.R. Rep. 252 (1968).

²⁹ Bkz. Danıştay 8.D., 11.12.1989, E.1988/460, K.1989/1011; Danıştay 8.D., 18.10.1988, E.1988/668, K.1988/714; Danıştay 8.D., 17.10.1991, E.1991/324, K.1991/1653; Danıştay 11.D., 08.04.2003, E.2000/8963, K.2003/1623.

³⁰ Danıştay 8.D., 11.12.1989, E.1988/460, K.1989/1011; Danıştay 8.D., 16.11.1993, E.1992/2839, K.1993/3652.

³¹ Danıştay 10.D., 23.06.1999, E.1996/993, K.1999/3627.

³² AYM, Onurhan Solmaz, § 18.

³³ Bkz. AYM, Mehmet Hadi Tunç, B.N. 2013/1958, 07.07.2015, § 28.

İlkenin içerdiği negatif yükümlülük ve bunun yargısal yolla korunması ya da istenmesi yönünde herhangi bir sorun gözükmemektedir. Negatif yükümlülük norm ifadesinde görülmekte ve hangi hallerde ihlalin mevcut olacağı da açıkça anlaşılabilir. Negatif yükümlülüklerle belirlenen negatif statü hakları, bireyin dokunulamayacak alanının sınırlarını çizerek devletin müdahale edemeyeceği alanı belirler³⁴. Bu yönüyle negatif bir hak olan ayrımcılık yasağı, ihlal edilmemekle ifa edilecek olan emredici bir hükümdür. Negatif yükümlülük, bütün haklarla birlikte ileri sürülebilir.

Eşitlik ilkesinde yer alan pozitif ayrımcılık düzenlemelerinin devlete pozitif yükümlülük yüklediği kabul edilse bile³⁵ pozitif ayrımcılık düzenlemeleri, idareyi pozitif ayrımcı bir eylem/işleme zorlama konusunda dava hakkı vermez; buna karşılık pozitif ayrımcılık içeren bir işlemin hukuka uygun kabul edilmesini sağlar. Pozitif ayrımcılıkta, normal koşullarda ayrımcılık olarak değerlendirilen ‘öncelik verme’ veya ‘tercih etme’ ayrımcılık olarak değerlendirilmez³⁶. Pozitif ayrımcılık içeren düzenleme, devlet organları açısından açık bir emir gibi görünse de; idari yargı, eşitlik yükümlülüğü bulunan organları, pozitif ayrımcılık yapmaya zorlayabilecek yetkilere sahip değildir. Bu tür kararların, “idari işlem ya da eylem niteliğinde yargı kararı” verilmesi yasağına aykırı değerlendirilmesi mümkündür. Bu hâliyle pozitif ayrımcılık hükmü; yasama ve yürütme organlarına yönelik bir program hüküm (ilke)³⁷, yargı önünde kural karakterinde bir denetim normu olarak işletilmektedir.

Anayasa m.10, maddi eşitliğin sağlanması yönünde ifadeler içermekle birlikte; bu, sosyal hakların gerçekleştirilmesini değil, sosyal hakların diğer haklar gibi eşitlik ilkesine uygun sağlanmasını gerektirir. Sosyal hakların gerçekleştirilmesine yönelik olumlu eylem gerektiren uygulamalar için Anayasa’da başka hükümler öngörülmüştür³⁸. Eşitlik ilkesi, çoğunlukla, hakların denetiminde keyfi ayrımlarla ilgili ve sınırlı olarak yorumlanmaktadır³⁹.

III. YARGIÇ YETKİLERİ

Hukuki uyumsuzluk, büyük oranda olguların varlığı/yokluğu tespitine dayanılarak çözülür. Olgusal gerçeklik olmadan kamu yararı ve kamu düzeninin ihlaline ilişkin bir yargıya varmak güçtür. Mahkemelerin taraflardan istedikleri bilginin niceliği ve niteliği, yargısal denetimin yoğunluğunu belirler. Olgulara ait bilgilerin istenmesi, ayrımcı kararların denetlenmesinde önemli bir araçtır. Bu bilgiler, işlemin ilgili yasaya ve yasanın amacına ve hukuka uygun olup olmadığının değerlendirilmesinde işlevseldir. Bu yönüyle, yargısal usuli yetkiler ile maddi denetim arasında yakın bir bağlantı vardır⁴⁰.

Birçok idari yargı sisteminde resen araştırma yetkisiyle mahkemelere olgusal gerçekliği bulma görevi verilmiştir⁴¹. Türk hukukunda, resen araştırma yetkisi, İYUK m.20’de düzenlenmiştir. Bu yetkiyle idari yargıç, taraflardan bağımsız olarak, onların sundukları bilgiler dışında gerekli gördüğü her türlü inceleme, bilgi edinme ve araştırma yoluna başvurabilir, taraflar ve taraflar dışındaki kişilerden her türlü bilgi ve belgeyi isteyebilir⁴², yapılacak keşif incelemesine katılabilir ve bilirkişi incelemesi yaptırabilir⁴³. Olgulara dair kapsamlı araştırma yetkisi, idari yargıcın hukuksal gerçekleri ortaya çıkarmadaki rolüne önemli katkıda bulunmaktadır.

Genel olarak, resen araştırma yetkisi, tarafların eşitsizliği ve iptal davalarının objektif niteliği sebebiyle kanıt yükünü birey lehine azaltmıştır^{44,45}. Bu durumda kanıt unsurları elinde olan idarenin işlemde hata yapmadığını göstermesi gerekmektedir. Resen araştırma yetkisi, kanıt yükünün davacı üzerinden tamamen alındığı anlamına gelmez. Davacı⁴⁶ dava konusu olguya dair yanlışlıkları kanıtlama yükünü taşımaya devam etmektedir. Tereddüt halinde yargıç, resen araştırmaya devam edebilir. Böylece, araştırma mahkeme tarafından, taraflardan bağımsız olarak derinleştirilebilir. Bu sebeple, idari yargıda denetim yoğunluğu kanıt yüküne değil; mahkemenin sunulan kanıtlara ikna olma düzeyine bağlı olarak

³⁴ GÜLFİDAN, s.18.

³⁵ Bkz. Mesut GÜLMEZ, “Anayasal Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Eleştirel ve Aykırı Düşünceler”, in Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu 3, 25-26 Ekim 2011, Petrol-İş Yayınları, 116, Can Matbaacılık, s.64.

³⁶ KARAN, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, s.477.

³⁷ Özen yükümlülüğü içeren pozitif yükümlülüklerin ilke karakterinde olduğu yönünde bkz. GÜLFİDAN, s.107.

³⁸ Bkz. AY m.29/3, 41/1, 68/3, 50, 55. 42, 70, 67/2.

³⁹ TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s.131.

⁴⁰ CRAIG, Paul: “Law, Fact And Discretion in UK”, s.28-29. https://www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr/chaire-madp/files/paul_craig.pdf. (Erişim: 02.03.2022).

⁴¹ Bkz. ARAI-TAKAHASHI, Yutaka: “Discretion in German Administrative Law: Doctrinal Discourse Revisited”, *European Public Law*, 6(1), 2000, s.71; BERMAN, George A.: “The Scope of Judicial Review in French Administrative Law,” *Columbia Journal of Transnational Law*, 16(2), 1977, s.210; BROWN, Neville L./GARNER, John F.: *French Administrative Law*, 2d Ed., Butterworth&Co Publishers, Lincoln 1973, s.47-48.

⁴² İYUK m.20/3, bu konuda istisna bir düzenleme içermektedir. Bkz. Danıştay 5.D., 02.04.1996, E.1994/7820, K.1996/1370.

⁴³ İYUK m.20.

⁴⁴ Bkz. BERMAN, s. 208-209. Danıştay bir kararında olumsuz sicil işleminin iptali istemiyle açılan davada, işlemin neden unsurunun kanıt yükünün davalı idarede olduğuna hükmetmiştir. Danıştay 2.D., 31.01.2005, E.2004/6213, K.2005/329. İptal davalarında amaç unsurunun kanıtlanmasında kanıt yükünün davacıya düşebileceğini kabul eden yazarlar vardır. Bkz. ONAR, S. Sami: *İdare Hukukunun Umumi Esasları C. III*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s.1980; YASİN, s.94.

⁴⁵ OĞURLU, Yücel: “Danıştay Kararları Işığında İdari Yargılama Usulünde Resen Araştırma İlkesi”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(1), s. 130. İYUK’da kanıt yükü konusunda açık bir hüküm yoktur. Danıştay, İYUK m.31’de belirtilen haller dışında HMK’ye başvurmayı kabul etmemektedir.

⁴⁶ 2577 sayılı İYUK m.20 dışında kanıt konusunda sessizdir. Ancak İYUK m.3/2/b’de davacının dava dilekçesinde “Davanın konu ve sebepleri ile dayandığı deliller”i göstermesi beklenir.

değişmektedir. Mahkeme, idarenin idari işlem için öngördüğü aracın haklılığını görmek için kanıt standardını daha yüksek veya daha düşük tutarak denetim yoğunluğunu belirleyebilir⁴⁷.

Kanıt standardı, mahkemenin bir idari işlemi değerlendirmeden önce işleme konu olayın varlığı ya da yokluğuna; “ikna düzeyi”⁴⁸ veya “bir olayın kanıtlanmış sayılması için gereken kanıt yoğunluğu”dur⁴⁹. İdari yargıda, kanıt standardı konusunda ne mevzuatta ne içtihatlarda somut bir kural öngörülmüştür. Eşitlik denetiminin yapıldığı davalarda kanıt standardını, esas olarak, mahkemenin ayrımcı muamelenin olup olmadığına ve ayrımcı muamelenin haklılığına ikna olma düzeyi belirlemektedir. Genel olarak, “açık ve ikna edici kanıt standardı”⁵⁰ idari yargıda uygulanmaktadır. Bu standardın; “makul şüphenin ötesinde kanıt standardından”⁵¹ daha düşük, “delil üstünlüğü standardından”⁵² daha yüksek, ikisinin ortasında bir kanıt standardı olduğu söylenebilir⁵³. İdari yargıda, her davada açık ve ikna edici delil standardının uygulandığı söylenemez. Kanıt standardı genellikle davanın konusuna ve ihlalin ciddiyetine göre değişmektedir. Davanın türüne göre “delil üstünlüğü standardının” veya “açık ve ikna edici delil standardının” uygulandığı kararlar da vardır⁵⁴. Danıştay, hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak kadar yüksek dereceli kanıt standardı olan makul şüphenin ötesinde kanıt standardını ise işkence yasağının söz konusu olduğu davalarda aramaktadır⁵⁵. Bunun dışında idari yaptırımlar⁵⁶ için makul şüphenin ötesinde kanıt standardına yakın yüksek bir standardın benimsendiği söylenebilir.

IV. EŞİTLİK DENETİMİNİN KAPSAMI

Eşitlik, anayasal olarak korunan hakların ihlalinin anayasaya uygunluğuna karar vermek için kullanılan bir dizi standart anlamına gelir. Eşitlik denetimi, genellikle iki aşamalı olarak gerçekleşir. İlk olarak, söz konusu işlemle anayasal olarak korunan bir hakka müdahale olup olmadığı incelenir. Böyle bir inceleme, hakın kapsamının ne olduğunu belirlemeyi içerir. Farklı muamele varsa ve bu muamele, akla uygun değilse (farklılık-aynılık temelinde kurulmamışsa) veya şüpheli temellere dayanıyorsa bu, eşitlik hakkını ihlal etmektedir. Daha sonra, işlemin yasal ve meşru bir temeli olup olmadığı ve ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığı tespit edilerek işlemin hukuka uygunluğu denetlenir⁵⁷. Kısacası ayrımcılık tespiti; karşılaştırma, haklı neden ve ölçülülük testlerini içerir⁵⁸.

A. Karşılaştırma Temeli

Eşitlik ilkesine uygunluk denetimi, büyük ölçüde farklı muamelenin varlığını belirlemeyi gerektirir. Farklı muamelenin tespiti, öncelikle farklı muamelenin yöneldiği kişi ya da kişi gruplarını, şeyleri ve durumları karşılaştırmayı gerekli kılar. Durumlar karşılaştırılabilir görülmezse eşitlik denetimi yapılmasına gerek kalmaz⁵⁹. Örneğin sınav süresinin, eşitliğe aykırı bir şekilde, kısa olduğu yönündeki başvuruda Mahkeme, tüm adaylar için aynı sürenin öngörüldüğüne ve hiçbir aday için farklı bir muamelenin söz konusu olmadığına karar vermiştir⁶⁰. Bu örnekte muamelenin ayrımcı olduğunun kabul edilebilmesi için farklı kişi/gruplara farklı sınav sürelerinin verilmesi gerekmektedir. Farklı muamelenin tespiti için karşılaştırılabilir kişi ya da grupların varlığı şarttır.

⁴⁷ Örneğin Danıştay, özellikle idari yaptırımlara ilişkin davalarda yüksek kanıt standardı aramaktadır. Bkz. YASİN, s.201 vd.

⁴⁸ YASİN, s.181.

⁴⁹ PARRET, Laura: “Sense and Nonsense of Rules on Proof in Cartel Cases: How to Reconcile a More Economics-Based Approach to Competition Law With More Attention for Rules on Proof?”, *European Competition Journal*, 4(1), 2008, s.173; SHERWIN, Emily/CLERMONT, Kevin M.: “A Comparative View of Standards of Proof”, *The American Journal of Comparative Law*, 50(2), 2002, s.244.

⁵⁰ “Açık ve ikna edici delil standardı, delil üstünlüğü standardından daha yüksek ve katı bir standarttır. Bu standardın uygulandığı davalarda delilin üstünlüğü yetmez, mahkemenin ikna olması da gerekir”. YASİN, s.91.

⁵¹ Makul şüphenin ötesinde kanıt; iddianın yeterince güçlü, açık ve uyumlu çıkarımlara dayanması ya da olaylara ilişkin çürütülemez varsayımların bulunmasıdır. Bkz. AİHM, İrlanda/Birleşik Krallık, B.N. 5310/71, 18.01.1978, § 161; AYM, Nejla Özer ve Müslim Özer, B.N. 2013/3782, 21.4.2016, § 114.

⁵² Olasılıklar dengelenmesi/delil üstünlüğü standardı, bir olayın gerçekleşmiş olmasının, gerçekleşmemiş olmasından daha olası olması şeklinde özetlenebilir. Olayın gerçekleşmiş olma olasılığının %50’nin üzerinde olması durumunda olayın gerçekleştiği hukuken kanıtlanmış olacaktır. Bkz. ROSCH, J. Thomas: “Observations on Evidentiary Issues in Antitrust Cases”, *EU Competition Law and Policy Workshop Florence, Italy, June 19, 2009*, https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/observations-evidentiary-issues-antitrust-cases/090619antitrustcases.pdf (Erişim: 03.02.2022); CLERMONT/SHERWIN, s.251.

⁵³ Bkz. MEADOW, Robin: “Clear and Convincing Evidence: How Much Is Enough?”, *California Insurance Litigator*, May 1999, s.116-117.

Anayasa Mahkemesi, idari uyumsuzluklarda ceza hukukuna ilişkin uyumsuzluklarda kullanılan kanıt standardından daha düşük bir standardın geçerli olduğunu kabul etmektedir. Bkz. AYM, S.S.A., B.N. 2013/2355, 07.11.2013 § 31; AYM, Işıl Yaykır, B.N. 2013/2284, 15/4/2014, § 44; AYM, Barış Baş, B.N. 2016/14253, 02.07.2020, § 57.

⁵⁴ Bkz. BİR BİR EFENDİOĞLU, Didem: İdari Yargılama Hukukunda İspat Standardı, İstanbul Üniversitesi SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, YLTezi, İstanbul 2019, s.108 vd.

⁵⁵ Bkz. Danıştay 10.D., 26.01.2010, E.2008/5198, K.2010/88; Danıştay 10.D., 11.01.2007, E.2004/2216, K.2007/4; Danıştay 10.D., 20.11.2007, E.2005/8721, K.2007/5293.

⁵⁶ AİHM, adil yargılanma hakkına ilişkin kararlarda idari yaptırımların ceza yargılaması ilkeleri kapsamında değerlendirilebileceğini ifade etmiştir. Bkz. AİHM, Engel ve diğerleri/Hollanda, B.N. 5100/71, 23.11.1976; Öztürk/Almanya, B.N. 8544/79, 23.10.1984.

⁵⁷ H.K., § 18-19.

⁵⁸ AYM, İbrahim Kaptan, B.N. 2017/30510, 18.07.2018, § 75.

⁵⁹ Anayasa Mahkemesi, yürürlükteki yasaların kadınları askerlikten muaf tutması sebebiyle itiraz konusu düzenlemenin kadınlara uygulanmasının mümkün olmaması sebebiyle eşitlik ilkesine aykırılık görmemiştir. Bkz. AYM, 25.12.1964, E.1964/36, K.1964/77.

⁶⁰ Danıştay 8.D., 04.06.1991, E.1990/851, K.1991/1084.

Danıştay kararlarında karşılaştırma, aynılık ve farklılık temelinde yapılır⁶¹. Aynılık-benzerlik testi, genellikle; şüpheli temeller ve akla uygun sınıflandırmalar esas alınarak yapılmaktadır.

1. Şüpheli Temellerde Sınıflandırma

“Şüpheli”, tarihsel olarak bazı grupların ayrımcılığa uğrama ihtimaline ve bu gruplara ayrımcılık yapılmadığı yönünde sunulan kanıtlara karşı duyulan şüpheyi ifade eder⁶². Bazı toplum kesimlerine yönelik kökleşmiş toplumsal yargılar ve süregelen uygulamalar, muamelenin ayrımcı olduğu yönündeki “şüpheyi” güçlendirir⁶³. Örneğin kamu görevinden cinsel yönelimi nedeniyle alınan davacının görevin gerektirdiği nitelikler yerine ahlak kuralları⁶⁴ gerekçesiyle görevinden alındığına yönelik şüpheli, kökleşmiş toplumsal algılara ve süregelen ayrımcı uygulamaların varlığına dayanabilir. Şüpheli temellerde herhangi bir farklı muamelenin “ilk bakışta” ayrımcılık oluşturduğu kabul edilir⁶⁵. Şüpheli temelde gerçekleşen ayrımcı muamele için daha yüksek kanıt standardı ve birey için daha fazla yargısal koruma söz konusu olmaktadır. Bu durumda ayrımcı muameleyle maruz kalanın ayrımcılığı kanıtlaması beklenmez, aksine idarenin farklı muameleyi haklı göstermek için önemli gerekçelere ihtiyacı vardır⁶⁶. İdari yargı, kanıt standardını yükseltme ve ayrıca davacı lehine kanıtları arama konusunda yetkilidir.

Anayasal ayrımcılık temelleri, genellikle “şüpheli” olarak kabul edilir⁶⁷. Anayasal temeller geneldir ve ayrımcılığın tespit edilmesinde kolaylaştırıcıdır⁶⁸. Ancak ayrımcılığın başka temellerde gerçekleşme olasılığı vardır. Danıştay için de anayasal temeller ayrımcılığın tespit edilmesinde işlevseldir. Örneğin mühendis kadrosuna yapılacak atamalar için bir düzenlemede yer alan “cinsiyeti erkek olmak” koşulunun cinsiyet temelinde bir ayrımcılık olduğu kolayca görülmüş ve koşulun ayrımcı olduğu kabul edilmiştir⁶⁹. Diğer yandan, mahkemelerin yalnızca Anayasa’da sayılan mutlak ayırım yasaklarına odaklanması durumunda diğer temellerde yapılan ayrımcılığın görülmesini engelleyebilir. Böyle durumlarda benzerlik-farklılık temelindeki karşılaştırma testi, hakkın koruma gücünü zayıflatır⁷⁰.

Her ne kadar Anayasa’da sayılan temeller, ayrımcılığın yaygın olduğu gerçeğinin bir ifadesi ise de, mahkemeler her davada bu temelleri ‘şüpheli’ olarak değerlendirmemektedir. Anayasa Mahkemesi işkence ve kötü muamele yasağının ihlaline hükmettiği bir davada, dava dosyasında bazı veriler olmasına rağmen⁷¹ soruşturma yürütülürken ırkçılık saikiyle⁷² ayrımcı bir muamelenin söz konusu olup olmadığını inceleme gereği duymamıştır⁷³. Danıştay ve Anayasa Mahkemesi, uzun yıllar din temelindeki ayrımcılık iddialarını da şüpheli temellerde değerlendirmemiştir⁷⁴. Anayasa Mahkemesi’nin din veya inanç temelindeki

⁶¹ Aynılık-benzerlik Danıştay kararlarında; “aynı statüde olma” Danıştay 11.D., 08.04.2003, E.2000/8963, K.2003/1623; Danıştay 10.D., 18.02.1988, E.1987/932, K.1988/242, “eşit seviyede olma” Danıştay 8.D., 27.10.1998, E.1997/2359, K.1998/3478, “aynı hukuki durumda olma” Danıştay İDD, 17.04.2008, E.2005/270, K.2008/1286; Danıştay 7.D., 24.01.2007, E.2004/5815, K.2007/461; Danıştay 5.D., 09.05.2000, E.1997/1325, K.2000/1470 biçiminde ifade edilmiştir.

⁶² Bkz. AYM, 14.04.1966, E.1961/1, K.1966/21.

⁶³ AİHM, başvurucuların cinsel, ulusal, etnik ve dinsel azınlık hakları ve kadına, engellilere karşı yapılan ayrımcılığa karşı kamuoyunun dikkatini çekme amaçlı olarak düzenlemek istedikleri yürüyüş ve toplantılarının engellenmesi sebebiyle önüne gelen Backovvski ve Diğerleri/Polonya davasında cinsel yönelim temelli ayrımcılık iddiasını değerlendirirken belirli bir ayrımcılık temeline gönderme yapmadan ancak yetkili makamların yapmış olduğu homofobik açıklamaları dikkate alarak ihlal kararı vermiştir. AİHM, Backovvski ve Diğerleri/Polonya, B.N. 1543/06, 03.05.2007.

⁶⁴ Cinsel yönelim temelinde ayrımcılığın iddia edildiği bir olayda (AYM, Z.A., B.N. 2013/2928, 18.10.2017) başvurucunun görevine “göreviyle bağdaşmayan iffetsiz fiil” sebebiyle son verildiği belirtilmiştir. Ancak Mahkeme kararından başvurucunun görev yaptığı okulda cinsel yöneliminin bilinmesi, okul hademesine eşcinsel ilişki teklif etmiş olması gibi hususların “iffetsiz fiil” olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır.

⁶⁵ BAYEFSKY, Anne F.: “Defining Equality Rights”, in Bayefsky, Anne F./Carswell, Mary Eberts (ed.) Equality Rights and The Canadian Charter of Rights and Freedoms, Toronto-Calgary-Vancouver 1985, s.167.

⁶⁶ AİHM, Inze/Avusturya, B.N. 8695/79, 28.10.1987, § 4; Mazurek/Fransa, B.N. 34406/97, 01.02.2000, § 49; AYM, Gülbu Özgüler, B.N. 2013/7979, 11.11.2015, § 43.

⁶⁷ Bkz. ÖZKAN DUVAN, s.69, 70.

⁶⁸ HARRIS David J/O’BOYLE, Michael/BATES Ed/BUCKLEY, Carla: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, (Çev. Ulaş Karan/Mehveş Bingöllü Kılıcı), Şen Matbaa, Ankara 2013, s.604.

⁶⁹ Danıştay 12.D., 22.02.2006, E.2004/4382, K.2006/539.

⁷⁰ Anayasa Mahkemesi önüne gelen bir düzenlemede engelli bireyler arasında cinsiyet temelli ayrımcılığın söz konusu olduğu bir davada Mahkeme’nin cinsiyet temelli ayrımcılık yönünden ihlal kararı vermiş olması, ayrıca engellilik temelinde hak kaybı yaşayan davacı için bir yasal boşluğun doğmasına ve engellilik temelinde ayrımcılığın devam etmesine neden olmuştur. AYM, 07.02.2008, E.2004/30, K.2008/55. Bkz. ÇAĞLAR, Selda: “Engelli Hakları Sözleşmesi’nde Ayrımcılık Yasağı ve Türkiye’nin Uyum Sorunu”, TBB Dergisi, 24(96), 2011, s.163 vd.

⁷¹ Anayasa Mahkemesi’nin bazı kararlarında etnik kökenin ayrımcılık temellerinden biri olarak kabul edildiği izlenimi veren ifadeler yer almıştır. “Başvurucuların yargılamanın hiçbir aşamasında etnik kökenleri nedeniyle ayrımcılığa uğradıkları yönünde herhangi bir iddiayi ileri sürmedikleri” ifadesini kullanmıştır. Bkz. AYM, Mehmet Çetinkaya ve Maide Çetinkaya, B.N. 2013/1280, 28.05.2014, § 46.

⁷² Dava dosyasında başvuruya konu olayda işkence ve kötü muamele yasağını ihlalden sorumlu olan kamu görevlilerinin kullandıkları “...demek Diyarbakır’ın, adın da Deniz. Sen üniversitede az dayak yedin herhalde, doktor oldun da bir şey mi oldun” şeklindeki ifadeler yer almıştır. AYM, Deniz Yazıcı, B. N. 2013/6359, 10.12.2014, § 12.

⁷³ AİHM’e göre kötü muamelenin özellikle ırkçı bir saikle gerçekleştiğine dair bir şüphenin olduğu durumlarda ulusal makamlar, kapsamlı bir soruşturma yükümlülüğü altındadır. AİHM, Secic/Croatia, B.N. 40116/02, 31.05.2007, § 67.

⁷⁴ Danıştay 8.D., 13.12.1984, E.1984/636, K.1984/1574; Danıştay 8.D., 28.03.2000, E.1999/3772, K.2000/2293; Danıştay 8.D., 15.05.2000, E.1997/6285, K.2000/3653; Danıştay 8.D., 16.02.2000, E.1998/4242, K.2000/1449; Danıştay 8.D., 13.07.2010, E.2009/10610, K.2010/4213; Danıştay 8.D., 14.04.2003, E.2002/2939, K.2003/1720; Danıştay DİDDGK, 17.06.1994, E.1993/6, K.1994/327; Danıştay DİDDGK, 10.06.1994, E.1993/73, K.1994/310; Danıştay 10.D., 25.10.1995, E.1992/3226, K.1995/4872; Danıştay 10.D., 01.03.2006, E.2003/2029, K.2006/6340; Danıştay 10.D., 13.11.2006, E.2003/2040, K.2006/6339; Danıştay 10.D., 15.02.1996, E.1994/8030, K.1996/719.

ayrımcılığı, yakın dönemde şüpheli temellerde değerlendirdiği söylenebilir. Mahkeme bu yöndeki bir kararında, ancak “çok önemli gerekçeler”in farklı muameleyi haklı gösterebileceğini belirtmiştir⁷⁵.

Kadının soyadına ilişkin düzenlemelerin cinsiyet ayrımcılığı⁷⁶ içerdiği yönündeki başvurularında Anayasa Mahkemesi, başlangıçta evli kadının evlenmeden önceki soyadını ancak eşinin soyadı ile birlikte kullanılabileceğini öngören yasa kuralını cinsiyete dayalı farklı muamele olarak değerlendirmemiştir⁷⁷. Mahkeme daha sonra bireysel başvuru kararlarında cinsiyet ayrımcılığını, Anayasa ve uluslararası sözleşmelerde açıkça düzenlenen “önemli bir ayrımcılık temeli” olarak değerlendirmiştir⁷⁸. Cinsiyet ayrımcılığının bir görünümü olan cinsel yönelim temelli⁷⁹ ayrımcılık konusunda da Anayasa Mahkemesi kararları tutarlı değildir. Mahkeme’nin bazı kararlarında cinsel yönelim “şüpheli” bir ayrımcılık temeli kabul edilmekte⁸⁰, bazılarında kabul edilmemektedir. Anayasa Mahkemesi, travesti olan başvurucuya yönelik muameleyi değerlendirdiği bir kararında, başvurucunun polis merkezinde suç şüphesi olmadan tutulmasının ve kendisine para cezası verilmesinin ayrımcılık oluşturduğu yönündeki iddiayı ayrımcılık yasağı ve özel yaşama saygı hakkıyla birlikte değerlendirmiştir. Mahkeme davada kanıt yükünün paylaşılabilirliğini de kabul etmesine rağmen (§44) yalnızca dava dosyasındaki tutanakları esas alarak başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur⁸¹. Mahkeme, idareyi ayrımcı davranmadığını kanıtlaması yönünde çok önemli gerekçeler sunmaya zorlamadığı gibi davacı lehine bir araştırma da yapmamıştır. Mahkeme bu davada, başvurucuya yapılan muameleyi cinsel kimliği sebebiyle “şüpheli” görseydi, başvurucuya yapılan muamele ile verilen cezanın benzerlerine kimlerin maruz kaldığını, bu cezaların herkes için mi yoksa çoğunlukla tranvestiler için mi uygulandığını idareden isteyeceği bilgilerden edinebilirdi⁸². Mahkeme’nin bu davada cinsel yönelim temelinde ayrımcılığı, şüpheli görmediği söylenebilir⁸³.

Cinsel yönelimin bir idari işlemin nedenini oluşturduğu davaları Danıştay, şüpheli temeller yerine, ayrımcı uygulamanın ihlal ettiği hakkın kapsamını belirleyerek denetlemektedir⁸⁴. Eşitlik ilkesi, bu davaların karar gerekçelerinde yer almakla birlikte, Mahkeme eşitlik testi uygulamamaktadır. Mahkeme, cinsel yönelim temelinde devlet memurluğundan çıkarma işlemlerini özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirmektedir. Cinsel eğilimi nedeniyle meslekten çıkarılan davacı hakkındaki bir davada Danıştay, davaya konu olan fiili özel yaşama saygı hakkı çerçevesinde değerlendirmiş ve işlemi hukuka aykırı bulmuştur⁸⁵. Mahkeme, cinsellik ve mahremiyet hakkının söz konusu olduğu bu davalarda eşitlik denetimi yapmasa da, takdir yetkisini dar yorumlamakta ve bu alanlara yönelik müdahalenin haklılığının ancak ciddi gerekçelere dayanabileceğini kabul etmiş olmaktadır⁸⁶. Danıştay’ın bu hakka yönelik sınırlamalar için ciddi gerekçeler araması, müdahaleyi “ayrımcı” olarak nitelense de “şüpheli” gördüğünü göstermektedir.

2. Akla Uygun Sınıflandırma

Yasal statü ve diğer idari uygulamalara dayanan ayrımcı muamelelerde düşük yoğunluktaki “akla uygun sınıflandırmalar” (*reasonable classification*)⁸⁷ kriterinin uygulandığı söylenebilir. Akla uygun sınıflandırma testinde idari işlem, yasanın amacı bakımından benzer durumda bulunan tüm kişileri kapsıyorsa eşitlik ilkesine uygundur⁸⁸. Burada yasal sınıflandırma ile yasanın amacı arasında asgari düzeyde bir akla uygunluk ilişkisinin varlığı yeterlidir. İdarenin sınıflandırmasına bağlanacak amaç, yasaya uygun olabilecek herhangi bir amaç olabilir⁸⁹. Burada idarenin sınıflandırmasından duyulan şüphe, yoğun denetime göre çok azdır⁹⁰. Sınıflandırma akla uygun değilse, bu ölçütten sapmayı haklılaştıracak bir haklı neden bulunup bulunmadığı incelenmelidir.

İdari yargı kararlarında eşitlik denetimi, çoğunlukla verili ayrımlar (yasa) kullanılarak yapılır. Yasal sınıflandırmanın akla uygun olduğu varsayılır, sadece idarenin işlem konusu şey, durum ya da kişi için yasal

⁷⁵ Tuğba Arslan, §§ 145-146.

⁷⁶ AİHM, cinsiyet ayrımcılığını şüpheli temellerde görmektedir. Bkz. AİHM, Ünal Tekeli/Türkiye, B.N. 29865/96, 16.11.2004, § 53/63; Burghats/İsviçre, B.N. 16213/90, 22.02.1994, § 27; Schuler-Zraggen/İsviçre, 24.06.1993, Seri A, Sayı 263, § 67.

⁷⁷ AYM, 10.03.2011, E.2009/85, K.2011/49; AYM, 08.12.2011, E.2010/119, K.2011/165.

⁷⁸ Bkz. AYM, Nurcan Yölcü, B.N. 2013/9880, 11.11.2015, § 36; Gülbu Özgüler, § 43.

⁷⁹ AİHM içtihatlarında cinsel yönelim, ayrımcılık temellerinden biri olarak kabul edilmiştir AİHM, L ve V/Avusturya, B.N. 39392/98, 09.01.2003, § 45; E.B./Fransa, B.N. 43546/02, 22.01.2008, § 96; Identoba ve diğerleri/Gürcistan, B.N. 73235/12, 12/05/2015, § 96.

⁸⁰ AYM, Şahin Karaman, B.N. 2012/1205, 08.05.2014, § 41. Sinem Hun, B.N. 2013/5356, 08.05.2014, § 32; Mehmet Fatih Yiğit ve Diğerleri, B. N. 2014/16838, 09.09.2015, § 82.

⁸¹ Bkz. AYM, Cemal Duğan, B.N. 2014/19308, 15.02.2017, § 48, 52.

⁸² Bkz. Ulaş KARAN, “Anayasa Mahkemesi’nin Cemal Duğan Kararı: Ayrımcılığa Karşı Korumada Hiyerarşik Yaklaşım ve İspat Sorunu”, İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, 28 Aralık 2017, <http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/blog/anayasa-mahkemesinin-cemal-dugan-karar-ayrilmca-ka/> (Erişim: 03.03.2022).

⁸³ Kararın karşı oyunda başvurucunun cinsel yönelimi sebebiyle ayrımcılığa uğradığı belirtilmiştir. Bkz. Cemal Duğan Başvurusu, Engin Yıldırım’ın karşı oyu. Ayrıca bkz. AYM, Z. A., B.N. 2013/2928, 18.10.2017, §§ 73-75.

⁸⁴ Danıştay 12.D., 23.03.2016, E.2012/8980, K.2016/1586.

⁸⁵ Danıştay 2.D., 07.11.2014, E.2011/750, K.2014/7169.

⁸⁶ Bkz. AYM, Z. A., B.N. 2015/6302, 12.09.2019. Mahkeme, ayrıca idarenin memurun özel hayatı kapsamında olan ancak idarece disiplin cezasına gerekçe gösterilen fiillerin meslek ve kurum üzerindeki etkilerinin ikna edici delillerle ortaya koymasını beklemektedir. Bkz. AYM, Sevilay Sümer, B.N. 2016/7091, 18.07.2019.

⁸⁷ Amerikan öğretisinde kabul gören bu denetim ölçütü hakkında bkz. ÖDEN, s.201.

⁸⁸ ÖDEN, s. 201-202. Bkz. Danıştay 2.D., 14.03.2007, E.2004/6569, K.2007/1038; Danıştay 11.D., 08.04.2003, E.2000/8963, K.2003/1623.

⁸⁹ Bkz. ÖDEN, s.203.

⁹⁰ Şüpheli olmayan sınıflandırmalar için rasyonel temel testi (rational basis scrutiny), daha düşük yoğunlukta ve yasanın amacına sadık bir test olarak uygulanmaktadır. STRAUSS, Marcy: “Reevaluating Suspect Classifications”, Seattle University Law Review, (135) 2011-2012, s.136.

sınıflandırmayı belirleyen ana özellikleri ya da yasanın amacını dikkate alıp almadığına bakılır⁹¹. Bu davalarda yargısal denetim yoğunluğunu, takdir yetkisinin dar ya da geniş yorumu belirler. Mahkeme, idarenin takdir alanını geniş yorumladığı davalarda, düşük yoğunluklu denetim testlerinden birini, örneğin açık hata testini, uygulayabilir veya araştırma yetkilerini hiç kullanmaz veya daha az kullanır⁹². Bir çok durumda aynı yasal statüdekiler için farklı muamele, idarenin takdirine bağlı olarak hukuka uygun kabul edilebilmektedir⁹³.

İdari yargı, idari takdir yetkisinin olduğu durumlarda; işlemin unsurlarıyla ve idari istikrar, açık hata, kamu hizmetlerinde eşitlik gibi ilkelerle eşitlik denetimi yapmaktadır. Bu ilkelerin kullanıldığı denetimlerde, yasanın amacı ve kullanılan araç arasındaki ilişki olgusal gerçekler göz önünde bulundurularak değerlendirilmektedir. Örneğin kamu yararı amacı dışında kişisel ve duygusal saikler ya da belli bir kişi ya da grubun yararı gözetilerek yapılan sınıflandırmalar akla uygun değildir⁹⁴. Burada da farklı muamele, benzerler için yapılan işlemlerle karşılaştırma yoluyla tespit edilir⁹⁵. Danıştay bir davada idarenin ilgili yönetmelikte gerekli koşulları taşımadığı gerekçesiyle görevden aldığı kişinin yerine, aynı yönetmelikte belirlenen koşulları taşımayan birini atadığını tespit etmiş ve işlemi eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur⁹⁶. Bir başka davada Danıştay, aynı ekipte görevli bir polis memuru hakkında geçmiş hizmetleri dikkate alınarak bir alt disiplin cezasının uygulanmasına karar verilmesine karşın, davacı bakımından bir alt cezanın uygulanmasına karar verilmemesini eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur⁹⁷.

Danıştay idarenin sahip olduğu takdir yetkisinin kullanılmasında işlemin amacı bakımından (hizmet gerekleri) akla uygun ilişkinin kurulması için “görevin önemi, görevin sorumluluk ve niteliği, görev yerinin özelliği, hizmet süresi, kadro ünvanı ve derecesi ve eğitim seviyesi” hususlarının gözönünde bulundurulması gerektiğini belirtmiş, bu koşulların göz ardı edilerek tazminat oranının belirlenmesini eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur⁹⁸. Danıştay, bazı durumlarda takdir yetkisinin yasanın amacı doğrultusunda kullanılması için *benzerliği/rasyonel temelde sınıflandırmayı* kendisi kurmaktadır. Buna göre bir haktan ya da menfaatten yararlanmak için öngörülen bütün koşulları yerine getirenler “aynı/benzer”dir⁹⁹.

İdari istikrar ilkesinin kullanıldığı davalarda benzerlik, süregelen uygulamalar esas alınarak kurulur ve amaç düzenlilik, devamlılık ve idareye güveni korumaktır. Bu ilkeye göre idare, yetkili olsa bile, haklı bir sebep olmadan yerleşik idari davranışlara aykırı davrandığında eşitlik ilkesini ihlal eder¹⁰⁰. Burada karşılaştırma, çoğunlukla yasal statülere dayandırılmadan idarenin önceki uygulamaları esas alınarak yapılmaktadır¹⁰¹. İdarenin bu ilkeyi mutlak olarak uygulaması beklenmez. Bazı sapmalar, yasanın amacına uygun kabul edildiğinde hukuka uygun kabul edilebilir¹⁰².

Karşılaştırmanın şüpheli temeller yerine, akla uygun (yasal) sınıflandırmaya dayanılarak yapılması, eşitlik denetiminin yoğunluğunu belirgin bir şekilde değiştirmektedir. Danıştay, cem ve kültür evlerinin su ve enerji giderlerinin idare tarafından karşılanması yönündeki yarardan faydalanmak üzere yapılan başvurunun reddi yönündeki idari kararı, cem evlerinin yasal olarak “ibadet yeri” olmadıkları, daha doğrusu, hukuki olarak diğer ibadet yerleriyle benzer olmadıkları gerekçesiyle hukuka uygun bulmuştur¹⁰³. Bir kilisenin su kullanımının bedelsiz olması isteminin reddi üzerine açılan davada ise Danıştay, kilisenin yasal statüsünü tartışma konusu yapmadan kilisenin bedelsiz su sağlanacak ibadet yerleri kapsamında olduğunu kabul etmiş, şüpheli temellerde (din) denetim yaparak kararın eşitlik ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir¹⁰⁴.

⁹¹ Bkz. ÖDEN, s.202.

⁹² Bkz. Danıştay 5.D., 17.05.1999, E.1997/1899, K.1999/1526; Danıştay 5.D., 30.10.1997, E.1995/1788, K.1997/2389; Danıştay 5.D., 15.10.1997, E.1996/502, K.1997/2127; Danıştay 5.D., 09.11.1993, E.1993/5695, K.1993/4225; Danıştay İDDGK, 10.12.1999, E.1998/283, K.1999/1218.

⁹³ Bkz. Danıştay 5.D., 13.10.1992, E.1989/1847, K.1992/2607.

⁹⁴ Bkz. ÖDEN, s.206.

⁹⁵ Yetki saptırmasının dava dosyasındaki verilerden tespit edilememesi durumunda Danıştay’ın kanıt yükünün davacıda olduğu yönünde verdiği kararlar vardır. Danıştay 2.D., 31.01.2005, E.2004/6213, K.2005/329; Danıştay 12.D., 04.03.1974, E.1971/2042, K.1974/572.

⁹⁶ Danıştay İDDGK, 25.12.1998, E.1997/669, K.1998/708. Aynı yönde bkz. Danıştay 12.D., 13.10.1969, E.1968/339, K.1969/1582; Danıştay 5.D., 27.02.1996, E.1993/7780, K.1996/721. Aktaran ALAN, Nuri: “Anayasanın İdari Yargıda Somutlaşması”, s.6-7. <https://cdn.bartın.edu.tr/personel/ecf292227efb77dbdc4ccb91b19d8031/danistay-dergisi-92.pdf> (Erişim: 02.03.2022).

⁹⁷ Danıştay 10.D., 18.02.1988, E.1987/932, K.1988/242.

⁹⁸ Danıştay 8.D., 27.10.1998, E.1997/2359, K.1998/3478; Danıştay 11.D., 08.04.2003, E.2000/8963, K.2003/1623.

⁹⁹ Danıştay, “...asgari şartları kabul eden eczanelerin tamamı ile anlaşma yapılması zorunlu olduğundan, esas indirim oranı olan %3 den fazla indirim yapan eczane bulunduğu gerekçesiyle sadece bu eczane ile anlaşma yapıp, diğerleri ile anlaşma yapılmaması konusunda idarenin takdir yetkisinin bulunmadığını” belirtmiştir. Danıştay 10.D., 1987 E, 1989/813 K, 01.11.1989. Aynı yönde bkz. Danıştay 1.D., 11.10.1989, E.1989/123, K.1989/148; Danıştay 10.D., 12.03.1990, E.1987/2461, K.1990/526.

¹⁰⁰ Bkz. NOLTE, s.203.

¹⁰¹ Eğitim enstitüsü mezunlarının özel liselere öğretmen ve müdür yardımcısı olarak atanamayacakları gerekçesiyle talebi reddedilen kişinin açtığı davada Danıştay, daha önce benzer şekilde atamalar yapılmış olması sebebiyle kararı idari istikrar prensibine ve eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur. Danıştay 12.D., 22.09.1970, E.1969/, K.1970/1739.

¹⁰² Kamu hizmetlerinde değişkenlik ilkesi de idari istikrar ilkesinin mutlak olarak uygulanmasını engelleyebilmektedir. İdari istikrar, eşitlik ilkesi kadar işlevli bir ilke değildir. Danıştay takdir yetkisinin hukuka uygun kullanılmış olması ve kazanılmış hakların korunması koşuluyla idarenin uzun süren uygulamasından vazgeçebileceğini belirtmiştir. Bkz. Danıştay 8.D., 2009/6617 E, YD, 25.12.2009; Danıştay 8.D., 18.09.2006, E.2005/2542, K.2006/3075.

¹⁰³ Danıştay 10.D., 02.02.2010, E.2006/5564, K.2010/476.

¹⁰⁴ Danıştay kararın, “belde sakinlerinin mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak ile yükümlü olan belediyenin hizmet sunumunda dinsel farklılık gözetmesinin düşünülmemeyeceğini; dolayısıyla kilisenin karar kapsamında sayılan dini yerlerden olduğu ve su

B. Haklı Neden

İdarenin amacını haklılaştıracak gerekçelerin niteliği üzerindeki denetim, denetim yoğunluğunu belirlemektedir. Haklı neden çoğunlukla, anayasal nedenlere ya da kamu yararı, hizmet gerekleri ve kamu düzeni gibi olgusal gerçeklerle içi doldurulabilecek belirsiz kavramlara dayandırılmaktadır.

Anayasal nedenler dışındaki haklılık incelemesi, neden ögesi yönünden yapılır. Haklı nedenin arandığı davalarda, kamu yararı, hizmet gerekleri ve kamu düzeni gerekçesiyle yapılan farklı muamele, makul¹⁰⁵ ve nesnel bir gerekçeyle haklı kılınabilirse eşitlik ilkesine aykırı olmaz¹⁰⁶. Olgularla tespit edilebilecek makul ve nesnel neden; somut, yeterli, ilgili ve ikna edici olmalıdır¹⁰⁷. Karşılaştırma temeli ve çıkarın niteliği, nedenin “makul ve nesnel” kabul edilme koşullarını değiştirebilir. Örneğin `H.K. Başvurusunda; ilgili, yeterli ve ikna edici kanıt, farklı muamelelerin şüpheli temellerde kabul edilmesi sebebiyle yüksek bir kanıt standardına denk gelmiştir¹⁰⁸. Bir başka davada ise Danıştay, şüpheli bir sınıflandırma olmasına rağmen, kadın olmayı bazı hizmetler yönünden “hizmetin gerektirdiği niteliklere sahip olmamak” şeklinde yorumlamış; kadınların ilgili hizmetin gereklerine uygun olmadığı konusunda somut, yeterli, ilgili ve ikna edici bir kanıt aramamıştır¹⁰⁹.

İdari yargıda haklı nedenin aranmadığı davalarda, takdir yetkisi geniş yorumlanmakta, düşük yoğunluklu denetim yapılmaktadır. Danıştay, idarenin geniş takdir yetkisinin bulunduğu kabul edildiği alanlarda asgari denetim uygulayarak haklı neden incelemesini yapmamaktadır¹¹⁰. Diğer davalarda asgari bir amaç-araç ilişkisinin kurulmuş olması, farklı muameleyi haklılaştırmaktadır¹¹¹. Bu ilişki genellikle yasayla kurulur. Yasayla belirlenen statüler ve takdir yetkisi, farklı muamelelerin haklı nedenini oluşturur. Danıştay, özellikle yasayla belirlenmiş farklı statülere dayalı işlem yapıldığında, farklı muameleyi idarenin takdirine dayandırmakta ve haklı neden konusunda detaylı bir inceleme yapmamaktadır. Örneğin güvenlik ve düzen ve vatandaşlardan gelen şikayetler gibi sebeplerden dolayı Belediye encümeninin, içkili mekanların kapanış saatinin 22.00, diğer yerlerin kapanış saatinin 24.00 olarak belirlenmesine karar vermesi üzerine açılan davada

“idarenin işyerinin kapanış saatlerini belirleme konusunda yetkili bulunduğu tartışmasız olup;... Olayda aynı statüde bulunmayan içkili ve içkisiz yerler bakımından farklı kuralların konulduğu anlaşıldığından ve bu tür yerlerin aynı nitelikteki işyerleri olmaması nedeniyle kendi aralarında farklı kuralların getirilmesi eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacaktır. Bu hale göre; idarenin mevzuatla verilen takdir hakkını haklı sebeplere dayandırdığı görüldüğünden işlemde hukuka aykırılık görülme(diği)”¹¹²

yönünde karar verilmiştir. Kararda, olayda belirtilen vatandaş şikayetleri, asayiş ve güvenlik sorunları olgusal düzlemde tartışma konusu olmamıştır.

Farklı muameleyi eşitliğe uygun hale getiren haklı nedenler, Anayasa’dan kaynaklanabilir. Anayasa’dan kaynaklı haklı nedenlerin başında pozitif ayrımcılık ve Anayasa m.2, m.5 ve diğer hükümlerin¹¹³ devlete yüklediği ödevlerle birlikte sosyal devlet ilkesi gelir. Anayasa’da, pozitif ayrımcılık öngören özel normlar, mahkemelerin norm öznelere özgül koruma sağlamakta takdiri davranmalarını engeller¹¹⁴. Anayasa m.10’daki pozitif ayrımcılık düzenlemesi, sayılan gruplara yönelik yapılan pozitif ayrımcılık içeren işlemlerin haklı nedenleri konusunda başka bir anayasal neden aranmasına gerek bırakmaz. Mahkemeler, koruyucu özel önlemler öngören düzenlemeleri ise Anayasa’nın başka maddelerine dayanarak haklı neden saymaktadır. Anayasa Mahkemesi¹¹⁵ ve Danıştay pozitif ayrımcılık düzenlemesinden önce verdiği kararlarda; pozitif ayrımcılık uygulamalarını, “fırsat ve imkân eşitliği ilkesi”¹¹⁶ ve “sosyal devlet ilkesi”¹¹⁷ çerçevesinde haklı neden olarak kabul etmiştir.

kullanım hakkından yararlandırılması gerekirken, aksi yönde tesis edilen işlemin eşitlik ve hakkaniyet kurallarına aykırı” olduğuna karar vermiştir. Danıştay 8.D., 22.02.2005, E.2004/4350, K.2005/809.

¹⁰⁵ Her ne kadar “makul” ve “akla uygun” ifadeleri arasında anlam bakımından bir fark olmasa da bu başlık altında mahkemeler tarafından ifade edilen şekliyle “makul” ifadesi tercih edilmiştir.

¹⁰⁶ AYM, 14.12.1995, E.1995/19, K.1995/64.

¹⁰⁷ Bkz. Danıştay İDD, 17.04.2008, E.2005/270, K.2008/1286; Danıştay 5.D., 30.01.2003, E.2002/3312, K.2003/253. Danıştay 5.D., 13.10.1993, E.1992/5775, K.1993/3756.

¹⁰⁸ AYM, H.K., B.N. 2019/42944, 17.06.2021, § 47-48.

¹⁰⁹ Danıştay 5.D., 15.11.1984, E.1984/9357, K.1984/3836.

¹¹⁰ Danıştay 5.D., 23.10.1986, E.1985/596, K.1986/1084.

¹¹¹ Anayasa Mahkemesi’ne göre “anlaşılabilir, amaçla ilgili, makul ve adil haklı neden”, farklı muameleyi eşitliğe uygun hale getirir. Bkz. AYM, 19.02.1992, E.1991/13, K.1992/10; AYM, 31.10.1991, E.1991/24, K.1991/40; AYM, 17.11.1998, E.1997/74, K.1998/69; AYM, 19.02.1992, E.1996/13, K.1992/10; AYM, 24.03.2010, E.2006/159, K.2010/47.

¹¹² Danıştay 8.D., 29.03.2013, E.2010/8660, K.2013/2616.

¹¹³ AY m.29/3, m.41/1 ve m.68/3, m.50, m.55, m.42, m.70, m.67/2.

¹¹⁴ Bkz. ODER, Bertil E.: “Eşitlik İlkesi ve Temel Hakların Norm Alanlarının Somutlaşması Bakımından Evli Kadının Soyadı”, in Ögüz, Tufan/Helvaci, İlhan (ed.), Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu, 21 Mayıs 2012, 1. Basi, XII Levha Yayınları, İstanbul 2013, s.5.

¹¹⁵ AYM, 19.06.2008, E.2006/101, K.2008/126.

¹¹⁶ “... (K)ız öğrenci ise üç puan eklenir” kuralının iptali istemiyle açılan davayı Danıştay, fırsat eşitliğinin sağlanması amacını dikkate alarak eşitlik ilkesine aykırı bulmamıştır. Danıştay 8.D., 09.01.1985, E. 1983/826, K.1985/4.

¹¹⁷ Danıştay, yapılan inceleme sonucu ailenin ekonomik gelirinin yeterli bulunması nedeniyle engelli çocuğa kurumda ücretsiz olarak bakılmayacağı yönündeki kararda, muhtaç ve engelli herkesin aynı hizmetten faydalanmasını sosyal devletin bir gereği olarak görmüştür. Danıştay İDDGK, 03.07.2000, E.2000/401, K.2000/938, Aksi yönde bkz. Danıştay 10.D., 06.05.1999, E.1998/1582, K.1999/2239; Danıştay 8.D., 17.12.2008, E.2007/6457, K.2008/8352. Mahkeme, engelliler arasında hizmetten yararlanmada “yaş” ayrımı yapan düzenleme hakkında da aynı yönde karar vermiştir. Bkz. Danıştay 8.D., 22.04.2004, E.2003/614, K.2004/1921; Danıştay 8.D., 17.12.2008, E.2007/6457, K.2008/8352.

Anayasal düzenlemeler, normatif beyanlar olarak hukukun yorumlanması faaliyetini doğrudan yönlendirirler¹¹⁸. Anayasal haklı nedenler için davacının mahkemeyi ikna etmesi gerekmez. Farklı muamelelerin haklılığının anayasal nedenlerle belirlenmesi, kanıt gerektirmeyen nesnel amaç unsuru bakımından hukuka uygunluk denetiminin bir parçasıdır. Nesnel amaçsal yorumla yapılan denetim, olguların gerçekliği ortaya konulduktan sonra olguların nitelendirilmesi ve uyumsuzluğa uygulanacak hukuk kurallarının yorumlanmasıyla ilgili bir denetim olduğundan bu durum, kanıtlamaya ilişkin standartların uygulanmasını gerektirmez.

C. Ölçülülük

Eşitlik denetiminin farklı durumların karşılaştırılmasına ve farklılık hakkının tanınmasına dayanması, ölçülülük denetiminin özel bir yönü olarak kabul edilmektedir¹¹⁹. Eşitlik denetiminde, durumlar farklıysa muamele farklılaştırılabilir, bu ölçülülük denetimini içerir¹²⁰. AİHM, ayrımcılık yasağını (AİHS m.14) kullandığı denetimde hakka yapılan farklı müdahalenin ‘haklı’lığını tespit etmek için değil, farklı uygulamanın eşitlik hakkını ihlal edip etmediğinin tespiti için ölçülülük ilkesini kullanmaktadır¹²¹. AİHM için “meşru bir amaç taşımadığı veya kullanılan araçlarla gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunmadığı tespit edilen farklı muamele”, ayrımcıdır¹²². AİHM, ayrımcı olmakla birlikte, izlenen amaca ulaşılmasında kullanılan daha az ayrımcı veya daha az dezavantajlı bir önlemler ölçülü ve eşitliğe uygun kabul etmektedir¹²³.

Danıştay’ın eşitlik denetimi genellikle, anayasa-yasa temelli bir benzerlik farklılık karşılaştırmasına ve farklı muamele için haklı bir nedenin aranmasına dayanır. Danıştay çok az kararda ölçülülük ilkesini, ayrımcı işlemin hukuka uygunluğunu belirlemek amacıyla kullanmıştır. Bu kararlara göre ölçülü karar, eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Mahkeme’ye göre hakkın özüne zarar vermeyen, işlemde beklenen amaç ile araç arasında adil bir dengenin olduğu kabul edilen kararlar ölçülüdür¹²⁴.

Danıştay, eşitlik denetiminde ölçülülük ilkesini kullanmak yerine ölçülülük testini uygularken bazı karşılaştırmalar yapmaktadır. Danıştay bir yüksek öğretim kurumuna girdiğini belgeleyen öğrencinin öğretmenler kurulunca başarısızlığı nedeniyle sınıfta bırakılması işleminde,

“...sınıf öğretmenler kurulunun bakanlık emrini amacı doğrultusunda kurulda başarılı sayılan öğrencilerin durumu ile karşılaştırıldığında Milli Eğitim Gençlik ve Spor Bakanlığına bağlı Okullar ile Lise ve Dengi Okulların Sınıf Geçme ve Sınav Yönetmeliğinin 50. maddesi uygulanırken takdir yetkisinin dengeli ve hakkaniyet ilkesine uygun kullanılmadığı”¹²⁵

sonucuna varırken orantılılığı kullanmıştır. Bir başka davada, bir öğrenciye verilen uzaklaştırma cezasının onun yurt içinde herhangi bir eğitim kuruluşuna devam olanağını ortadan kaldırdığı için cezanın Anayasa (m.42 eğitim hakkı) ve 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu’na (m.7 eğitimde fırsat ve olanak eşitliği) ve “hak ve adalet ilkelerine ve bu kurullarla kişilere tanınan temel hakların işlerliğine engel teşkil ettiği(ne)” karar verilmiştir. Burada disiplin cezası almış öğrenci ile almamış öğrenci arasında fark yaratılarak eğitime devam olanağını ortadan kaldıran işlem, verilen ceza ile hakkın sınırlandırılması arasında orantı bulunmadığı gerekçesiyle hukuka aykırı bulunmuştur¹²⁶.

V. İHLALİN KONUSU YARARIN NİTELİĞİ VE ÖNEMİ

Hukuk devletini ve temel hakları, kamu yararına feda etmenin sosyal maliyeti; yargının ve anayasanın kurduğu haklar düzeninin işlevsizleşmesidir. Hak ihlali ne kadar ciddi olursa anayasanın koruduğu temel değer o kadar tehlikede olur, idari kararın toplumsal maliyeti de o kadar yüksek olur. Hakkın koruduğu temel değer, denetiminin belli bir yoğunlukta yapılmasını gerektirir.

Ayrımcılık yasaklı eşitlik ilkesinin koruduğu temel değer insan onurudur¹²⁷. İnsan onuruna aykırı davranış, çoğu kez eşitlik ilkesinin ihlali anlamına gelir. Eşitlik hakkı, insan onuru hakkıyla nitelendirildiğinde, insanlık onurunu zedeleme potansiyeline sahip herhangi bir farklı muamele eşitlik hakkını ihlal edebilir. İnsan onuru, mahkemenin eşitlik anlayışına göre değişebilir. Bireylere ikinci sınıf muamelesi yapıldığı ve bir kişinin özerkliğini ve özgür iradesini göz ardı eden ayrımcılık veya sosyal

¹¹⁸ SANCAR, Mithat: Temel Hakların Yorumu, Ankara Üniversitesi, SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara 1995, s.211.

¹¹⁹ ANDREESCU/ANDREESCU, s.370.

¹²⁰ “(F)arklı durumda olan kişilere aynı şekilde muamele ediliyorsa fakat bu muamele belirli bir kişiyi veya gurubun üyelerini orantısız ve olumsuz yönde etkiliyorsa da ayrımcılıktan söz edilebilir.” Tuğba Arslan, § 115.

¹²¹ CONESA, Luisa: The Tropicalization of Proportionality Balancing: The Colombian and Mexican Examples, Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers, paper 13 (2008), https://scholarship.law.cornell.edu/lps_clap/13/ (Erişim: 03.03.2022).

¹²² AİHM, Belçika Dil Davası, Seri A, 23.07.1968, § 10; Fabris/France, B.N. 16574/08, 07.02.2013, § 56; Tuğba Arslan, §§ 120, 121.

¹²³ GERARDS, Janneke: “The Application of Article 14 ECHR by the European Court of Human Rights”, in Jan Niessen, Jan/Chopin, Isabelle (ed.), The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston 2004, s.34-36.

¹²⁴ Bkz. Danıştay 8.D., 27.01.2010, E.2010/2, K.2010/0000; Danıştay İDDK, 10.12.2009, E.2009/1005.

¹²⁵ Danıştay 8.D., 18.10.1988, E.1988/668, K.1988/714.

¹²⁶ Danıştay 8.D., 11.12.1989, E.1988/460, K.1989/1011, ayrıca bkz. Danıştay 8.D., 16.11.1993, E.1992/2839, K.1993/3652.

¹²⁷ Anayasa m.10’nun gerekçesine göre eşitlik, ‘insan onuru’nun gereğidir. Bkz. https://www.anayasa.gov.tr/media/7465/gerekceli_anayasa_2021.pdf. (Erişim: 02.03.2022).

malların insanlara eşitsiz dağılımı insan onuruna aykırı kabul edilebilir¹²⁸. Bu durumda, insan onuruna aykırı herhangi bir davranış hiçbir gerekçeyle haklılaştırılmaz¹²⁹.

Bununla birlikte, eşitlik denetimin yoğunluğu, eşitlik ilkesiyle birlikte dava edilen kişisel hak ve yararların hukuk sistemi içindeki önemine ve niteliğine¹³⁰ göre değişebilmektedir¹³¹. Dava konusu hak, temel nitelikte¹³² kabul edildiğinde daha yüksek bir standart aranır. AİHM içtihatlarında zaman zaman, bazı hakların niteliği üzerinden denetim yoğunluğunun artırıldığı görülebilir. Örneğin mülkiyet hakkına yönelik müdahalede denetim oldukça yoğundur. Mahkeme, mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında kamu yararı olduğu kanıtlanmadıkça, sınırlamanın hukuka uygun olmadığı konusunda ısrar etmektedir¹³³. Anayasa Mahkemesi'nin eşitlik denetimi yaptığı davalarda, eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülen yasal sınıflandırmaların etkilediği hak ya da menfaatin Anayasa tarafından tanınmış olup olmadığına göre farklı bir tutum sergilediği ifade edilmiştir¹³⁴. Bu, hak veya menfaatin Anayasa'da mutlak ya da koşullu olarak tanınıp tanınmadığına bağlıdır¹³⁵. Örneğin Anayasa Mahkemesi, bir kararında masumiyet karinesini bireyler için "vazgeçilmez bir temel hak" ve güvence olarak değerlendirmiş ve yasakoyucunun bu kuraldan ayrılması için haklı bir nedeni olup olmadığını bile tartışmamıştır¹³⁶.

Danıştay, eşitlik denetimi yaptığı davalarda "temel" nitelikte sayılan yararları ve hakları diğerlerinden daha yoğun denetlemek için genel bir formül ortaya koyabilmiş değildir. Yoğun denetim yapılan durumlarda bile yoğunluk, çoğu zaman hakkın veya menfaatin "temel" önemde görülmesi gerekçesine bağlanmaz¹³⁷. Bu durumda eşitlik denetiminin yapıldığı bir davada anayasal güvence altındaki herhangi bir temel hakkın Danıştay tarafından daha yoğun denetime tabi olacağı söylenemez. Eşitlik denetiminde hakkın önemi ve niteliğiyle müdahale derecesi, müdahalenin ve kamu yararının yoğunluğu gibi bağlamsal faktörleri içinde kısmen barındıran¹³⁸ ölçülülük ilkesi kullanılarak denetim yoğunlaştırılmaktadır. Temel hakkın anayasal güvence altına alınması tek başına yoğun bir yargısal denetim sunmasa bile, anayasal (temel) bir hakka müdahale niteliği taşıyan bir işlemin hukuka aykırı görülmesi daha muhtemeldir. Örneğin Danıştay, dışarıdan okul bitirme sınavlarına giren davacının, kalan sınavlarına işini ve evini taşıdığı ilde bulunan bir okulda girmesinin sağlanması yönündeki istemin reddine ilişkin işlemi eşitlik ilkesine aykırı bulduğu kararında eğitim hakkını esas almıştır¹³⁹.

VI. SONUÇ

Eşitlik ilkesinin denetimi, yargının bir işlemi denetleme veya denetlememe eğilimine göre farklı düzeylerde gerçekleşmektedir. İdari yargı daha az yoğun bir denetim yapmak istediğinde idarenin takdir yetkisini haklı neden olarak kullanmakta ya da araştırma yetkilerini denetime daha az dahil etmekte ve karşılaştırma temeli bakımından denetim standardını düşürmektedir. Ayrıca eşitlik denetiminin yapıldığı davalarda dava konusu hakkın niteliği ve öneminin denetimi yoğunlaştırdığına dair açık ve güçlü gerekçelendirmeler de söz konusu değildir. Bu bakımdan idari yargıda eşitlik denetiminde öngörülebilirliğin zayıf olduğu söylenebilir. Yalnızca belli işlem türleri için, istisnalar olmakla birlikte, istikrarlı uygulamalar söz konusudur.

Eşitlik denetiminde yargısal korumayı güçlendirmek için mahkeme farklı ölçütleri kullanabilir. Mahkeme bir kararı denetlemek istediğinde idari takdirin varlığından bağımsız olarak araştırma yetkileriyle denetimi derinleştirebilir ve karşılaştırmayı şüpheli temellerde yapabilir ve idari işlemin hukuka uygunluğuna ikna olmak için daha yüksek kanıt standardı arayabilir. Bununla birlikte, mahkeme gerekçelerinde dava konusu hakkın niteliği ve önemi konusunda açık değerlendirmelerin yapılması öngörülebilirliğe katkı sunar.

¹²⁸ LURIE, s.179.

¹²⁹ Aksi uygulamalar için bkz. AYM, 12.01.1989, E.1988/4, K.1989/3; Anayasa Mahkemesi "fuhuşu meslek edinen kadın/iffetli kadın" ayrımı yaparak, birincilere karşı işlenen bazı suçların daha hafif cezayla karşılanmasını eşitliğe aykırı saymamış, mağdurenin mesleğini eşitsizliğin haklı nedeni saymıştır. Bu ayırım, 3679 sayılı ve 21.11.1990 tarihli Yasa değişikliğiyle giderilmiştir. "Bu yorumun insan onuruna saygı ve eşit saygı görme hakkına ters düştüğü söylenmelidir." TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s.132.

¹³⁰ ŞUŞNJAR, Davor: Proportionality, Fundamental Rights and Balance of Powers, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston 2010, s.122.

¹³¹ CHAN, s.6.

¹³² Amerikan Yüksek Mahkemesi, temel hak ve menfaatlerle ilgili sınıflandırmada, yasama organının takdir yetkisini aklı uygunluk ölçütünden daha fazla sınırlayan bir ölçüt olarak "temel menfaatler" formülünü kullanmaktadır. Bkz. ÖDEN, s.361-362

¹³³ Mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerde belli bir düzeyde kanıt standardının aranması gerektiği, bazı yazarlarca desteklenmektedir. Bkz. GREER, Steven: "Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights", Oxford Journal of Legal Studies, 23(3), s.428.

¹³⁴ ÖDEN, s.363.

¹³⁵ Bkz. AYM, 11.12.1964, E.1963/138, K.1964/71; AYM, 05.03.1965, E.1963/171, K.1965/13; AYM, 21.10.1975, E.1975/147, K.1975/201.

¹³⁶ AYM, 29.01.1980, E.1979/38, K.1980/11.

¹³⁷ Danıştay, sosyal hakların (maddi eşitliğin) söz konusu olduğu davalarda insan onuru, yaşam hakkı, sağlık ve çevre hakkının öneminden bahsederek gerekçesini güçlendirmektedir. Bkz. Danıştay 11.D., 04.11.2015, E.2012/8725, K.2015/5032; Danıştay 11.D., 27.02.2014, E.2010/4736, K.2014/552; Danıştay 11.D., 26.11.2014, E.2014/1363, K.2014/7360; Danıştay 11.D., 18.12.2014, E.2012/6073, K.2014/8383; Danıştay 11.D., 27.02.2014, E.2010/4736, K.2014/552; Danıştay 11.D., 04.11.2015, E.2012/8725, K.2015/5032.

¹³⁸ CHAN, s.19.

¹³⁹ Danıştay 8.D., 24.02.1987, E.1985/735, K.1987/88. Aynı yönde bkz. Danıştay 8.D., 04.02.2015, E.2014/6621, K.2015/450.

Zazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Atrif Şekli: Yazar Züleyha KESKİN, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Züleyha KESKİN who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.
Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.
Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.
Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.
Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnULR in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.

KAYNAKÇA

- ALAN, Nuri: “Anayasanın İdari Yargıda Somutlaşması”, <https://cdn.bartın.edu.tr/personel/ecf292227efb77dbdc4ccb91b19d8031/danistay-dergisi-92.pdf>, (Erişim: 02.03.2022).
- ALEXY, Robert, “Constitutional Rights and Proportionality”, *Revus* (Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law), (22) 2014, s.51–65.
- ALEXY, Robert: *A Theory of Constitutional Rights* (Trans. Julien Rivers), Oxford University Press, 2nd Ed., Oxford 2002.
- ANDREESCU, Marius/ANDREESCU, Claudia: “The Constitutional Principle of Equality”, *Challenges of the Knowledge Society*; Bucharest, 2018, s.369-375.
- ARAI-TAKAHASHI, Yutaka: “Discretion in German Administrative Law: Doctrinal Discourse Revisited”, *European Public Law*, 6(1), 2000, s.69-80.
- BAYEFSKY, Anne F.: “Defining Equality Rights”, in *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Ed. Anne F. Bayefsky/Mary Eberts, Toronto-Calgary-Vancouver, Carswell, 1985, s.345-359.
- BERMANN, George A.: “The Scope of Judicial Review in French Administrative Law,” *Columbia Journal of Transnational Law*, 16(2), 1977, s.195-254.
- BİRBİR EFENDİOĞLU, Didem: *İdari Yargılama Hukukunda İspat Standardı*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.
- BROWN, Neville L./GARNER, John F., *French Administrative Law*, 2nd Ed., Butterworth&Co Publishers, Lincoln 1973.
- CHAN, Core: “Proportionality and Invariable Baseline Intensity of Review”, *The Society of Legal Scholars (SLS) Annual Conference*, Bristol, UK., 11-14 September 2012, in *Legal Studies I*, 33(1), 2013, s.1-21.
- CONESA, Luisa: *The Tropicalization of Proportionality Balancing: The Colombian and Mexican Examples*, Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers, paper 13 (2008), https://scholarship.law.cornell.edu/lps_clacp/13/ (Erişim: 03.03.2022).
- CRAIG, Paul: “Law, Fact And Discretion in UK”, s. 28-29. https://www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr/chaire-madp/files/paul_craig.pdf. (Erişim: 02.03.2022).
- ÇAĞLAR, Selda: “Engelli Hakları Sözleşmesi’nde Ayrımcılık Yasağı ve Türkiye’nin Uyum Sorunu”, *TBB Dergisi*, 24(96), 2011, s.149-178.
- ÇAP, Güneş: “Robert Alexy’nin İlkeler Teorisine Genel Bir Bakış”, *Anayasa Yargısı*, 38(2), (2021), s.221–245.
- GERARDS, Janneke: “The Application of Article 14 ECHR by the European Court of Human Rights”, in Niessen, Jan/Chopin, Isabelle (ed.), *The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston 2004, s.3-60.
- GREER, Steven: “Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 23(3), s.405-433.
- GREER, Steven: *The European Convention On Human Rights: Achievements, Problems And Prospects* 203, 217, 2006.
- GÜLFİDAN, Osman Serkan: *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Yaşam Hakkı Bakımından Devletin Pozitif Yükümlülükleri*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul 2018. (Yaşam Hakkı)
- GÜLMEZ, Mesut: “Anayasal Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı: Eleştirel ve Aykırı Düşünceler”, in *Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu* 3, 25-26 Ekim 2011, Petrol-İş Yayınları -116, Can Matbaacılık, s.51-84.
- HARRIS David J./O’BOYLE, Michael/BATES Ed/BUCKLEY, Carla: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, (Çev.Ulaş Karan/Mehveş Bingöllü Kılıcı), Şen Matbaa, Ankara 2013.
- KARAN, Ulaş: “Anayasa Mahkemesi’nin Cemal Duğan Kararı: Ayrımcılığa Karşı Korumada Hiyerarşik Yaklaşım ve İspat Sorunu”, *İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi*, 28 Aralık 2017, <http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/blog/anayasa-mahkemesinin-cemal-dugan-karar-ayrilmclga-ka/> (Erişim: 03.03.2022).
- KARAN, Ulaş: “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, in *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme)*, Ed. Sibel İnceoğlu, 3. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s.159-178.
- KESKİN, Züleyha: “Toplumsal Cinsiyet Eşitliğini Sağlamada Korumacı Yaklaşımlar-Pozitif Ayrımcılık Çare mi Çıkmaz mı?”, in *Kadın Yazıları*, Hazırlayan Türkan Yalçın, Savaş Yayınları, Ankara 2020, s.437-465. (Korumacı Yaklaşımlar).

- KESKİN, Züleyha: İdari Yargı Denetiminin Yoğunluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- KESKİN, Züleyha: Kamu Hizmetlerinde Eşitlik İlkesi, XII Levha Yayınları, İstanbul 2014.
- KNIGHT, Dean R., *Vigilance and Restraint in the Common Law of Judicial Review: Scope, Grounds, Intensity, Context*, A Thesis Submitted to Department of Law of the London School of Economics and Political Science for the Degree of Doctor of Philosophy, London, December 2014.
- LURIE, Guy, “Proportionality and the Right to Equality”, *German Law Journal* (21) 2020, s.174-196.
- MEADOW, Robin: “Clear and Convincing Evidence: How Much Is Enough?”, *California Insurance Litigator*, May 1999, s.116-121.
- NIKOLAIDIS, Charilaos: *The Right to Equality in European Human Rights Law: The Quest for Substance in The Jurisprudence of The European Courts* 51–55 (2015).
- NOLTE, George: “General Principles of German and European Administrative Law: A Comparison in Historical Perspective”, *The Modern Law Review*, 57(2), 1994, s.191-212.
- ODER, Bertil E., “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtama ve Somutlaştırma Sorunları: 2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler”, in Ergül, Ozan (ed.), *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, Kamu Hukukçuları Platformu, TBB, Ankara 2013, s.121-213.
- ODER, Bertil E.: “Eşitlik İlkesi ve Temel Hakların Norm Alanlarının Somutlaşması Bakımından Evli Kadının Soyadı”, in Ögüz, Tufan/Helvaci, İlhan (ed.), *Anayasa Mahkemesinin Medenin Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu*, 21 Mayıs 2012, 1. Bası, XII Levha Yayınları, İstanbul 2013, s.1-18.
- OĞURLU, Yücel: “Danıştay Kararları Işığında İdari Yargılama Usulünde Resen Araştırma İlkesi”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2(1), s.119-133.
- ONAR, S. Sami: *İdare Hukukunun Umumi Esasları C. III*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.
- ÖDEN, Merih: *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.
- ÖZBUDUN, Ergun: *Türk Anayasa Hukuku*, 21. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- ÖZKAN DUVAN, Ayşe: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik Hakkı ve Ayrımcılık Yasağı”, *GSÜHFD*, (2)2017, s.17-81.
- PARRET, Laura: “Sense and Nonsense of Rules on Proof in Cartel Cases: How to Reconcile a More Economics-Based Approach to Competition Law With More Attention for Rules on Proof?”, *European Competition Journal*, 4(1), 2008, s.169-199.
- ROSCH, J. Thomas: “Observations on Evidentiary Issues in Antitrust Cases”, *EU Competition Law and Policy Workshop* Florence, Italy, June 19, 2009, https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/observations-evidentiary-issues-antitrust-cases/090619antitrustcases.pdf. (Erişim: 03.02.2022).
- SANCAR, Mithat: *Temel Hakların Yorumu*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Ankara 1995.
- SHERWIN, Emily/CLERMONT, Kevin M.: “A Comparative View of Standards of Proof”, *The American Journal of Comparative Law*, 50(2), 2002, s.243-275.
- STRAUSS, Marcy: “Reevaluating Suspect Classifications”, *Seattle University Law Review*, (35) 2011, s.135-174.
- ŠUŠNJAR, Davor: *Proportionality, Fundamental Rights and Balance of Powers*, Martinus Nijhoff, Leiden-Boston 2010.
- TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 20. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2020.
- YASİN, Melikşah: *İdari Yargılama Usulünde İspat*, XII Levha Yayınları, İstanbul 2015.
- YILDIRIM, Mehmet Kamil: *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1990.

YABANCI MAHKEME KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİNDE SIKLIKLA KARŞILAŞILAN HUKUKİ SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

LEGAL PROBLEMS FREQUENTLY OCCUR IN THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN COURT DECISIONS AND SUGGESTIONS FOR SOLUTIONS

Zeynep Derya TARMAN*  

Makale Bilgi

Gönderi: 26/09/2022
Kabul : 06/03/2023

Anahtar Kelimeler

Tanım ve Tenfiz,
Görevli Mahkeme,
Kamu Düzeni,
Teminat,
Harç,
Geçici Koruma
Tedbirleri,
Zorunlu Arabuluculuk.

Article Info

Received: 26/09/2022
Accepted: 06/03/2023

Keywords

Recognition and
Enforcement,
Competent Court,
Public Policy,
Security,
Court Fee,
Provisional Measures,
Mandatory Mediation.

Özet

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde uygulamada birçok farklı sorun yaşanmakta ve bu sorunlar yargılama faaliyetlerinin aksamasına, sürecin ise uzamasına neden olmaktadır. Öyle ki uyumsuzluğun tarafları çoğu zaman beklentilerine ulaşamamakta veya beklentilerine ulaşmak pahasına öngördüklerinden çok daha büyük masraflar yapmak durumunda kalmaktadırlar. Bu çalışmada, uygulamada yaşanan başlıca sorunlar olan; görevli mahkemenin tespiti, harçlar, yabancılık teminatı, yargılama usulü ve dava dilekçesindeki eksiklikler, MÖHUK m.50 ve devamında belirtilen şartlara ilişkin yaşanan aksaklıklar yahut yorum eksiklikleri, tebligat usulü, geçici koruma tedbirleri – ihtiyati tedbir ve zorunlu arabuluculuk hususları ele alınacak olup bu hususlara ilişkin olarak çözüm önerileri sunulmaya çalışılacaktır. Çalışmanın ilk bölümünde yargılama sürecinin başında yaşanan usulü problemler ele alınacak olup ikinci bölümünde ise MÖHUK'ta yer verilen ön ve esas şartlara ilişkin ortaya çıkan problemler incelenecektir. Son olarak ise uygulamada arz ettiği önem sebebiyle ihtiyati tedbir kararlarının tenfizi ve zorunlu arabuluculuk müessesesinin tanıma ve tenfiz davaları bakımından incelenmesi ile bu hususlara ilişkin çözüm önerileri ele alınacaktır.

10.21492/inuhfd.1180338 

Abstract

Numerous difficulties arise in the recognition and enforcement of foreign decisions, which cause delays in judicial activities and prolong the process. In fact, the conflicting parties often cannot reach their expectations or even have to make much more expenses than they expected to reach the right to a fair trial. In this paper, the problems encountered in practice, such as the determination of the competent court, court fees, security, public order, and enforcement procedure, will be discussed, and solutions will be offered for these problems to be solved. In the first part of the paper, the procedural problems will be discussed and in the second part of the paper, the problems encountered in terms of the preliminary and basic conditions of recognition and enforcement within the scope of Article 50 and 54 of the International Private and Civil Procedure Law numbered 5718 will be examined in detail. Finally, under the titles of provisional measures and mandatory mediation, which are of particular importance in practice, the problems experienced in enforcement and solution recommendations will be evaluated.

 Bu eser [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır.

*Prof. Dr., Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı

Atıf Şekli | **Cite As:** TARMAN Zeynep Derya, "Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Karşılaşılan Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri", İnÜHFD, 14(1), 2023, s.73-86. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

This paper aims to identify the problems frequently encountered in practice regarding the recognition and enforcement of foreign court decisions and to present suggestions for solutions. Even though there are studies, including academic papers and theses, on the recognition and enforcement of foreign court decisions, jurisprudence and doctrine are insufficient to overcome the problems experienced in practice. Thus, most of the time, references are made to doctrine and judicial decisions on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards, and the provisions applied to this subject are also applied in the recognition and enforcement of foreign court decisions by analogy. However, the unique characteristics of court decisions, the intimate relationship with the sovereignty of states, and the absence of a widely accepted international agreement on the recognition and enforcement of foreign court decisions made it necessary to study this subject.

In this paper, the problems that are frequently experienced in practice are discussed, and the problems that both foreign and domestic legal consultants or lawyers encounter that impede the trial process are compiled. The paper consists of seven sections, and these sections are listed as follows: Introduction, Procedural Problems, Problems Encountered in Terms of Pre-conditions for Recognition and Enforcement, Problems in Terms of Basic Conditions for Recognition and Enforcement, Interim Measures – Temporary Injunction, Mandatory Mediation, and Conclusion. Interim Measures – Temporary Injunction and Mandatory Mediation are included in a separate category due to their importance in practice. The categories of Problems Encountered in Terms of Pre-conditions for Recognition and Enforcement and Problems in Terms of Basic Conditions for Recognition and Enforcement are divided into sub-headings and have been specified to include the conditions set forth in Article 54 of the International Private and Civil Procedure Law. Thus, although this article enumerates the conditions necessary for recognition/enforcement in Turkey, each of these conditions brings different problems in practice. Therefore, it has been thought that evaluating these problems separately will be an accurate way to identify the source of the problems and offer solutions.

The conclusion reached as a result of the paper is that the Court of Cassation (Yargıtay) does not have a unity of jurisprudence in terms of foreign court decisions. This situation not only prolongs the proceedings but also increases the costs when the fees and security evaluations are considered. In addition to that, this situation does not provide predictability. In this context, it is deemed that it will be accurate and reasonable to establish specialized courts and for one of the chambers of the Court of Cassation to deal with recognition enforcement cases (which by their nature require expertise) to ensure a unity of jurisprudence. If this is achieved, it will speed up the process in terms of matters such as translation problems, procedural deficiencies, obtaining help from the competent authorities for more detailed research of international and bilateral agreements, the differences in format, and procurement of court fees.

Due to its importance in practice, Interim Measures – Temporary Injunction are discussed under a separate heading in the paper. In order to be able to take an interim injunction decision from Turkish courts, there must be a Turkish court authorized to examine the merits of the dispute, or no foreign state court should be authorized with a jurisdiction agreement concluded between the parties to examine the merits of the case. As there is no provision in the International Private and Civil Procedure Law stating that Turkish courts have a special authority to take interim measures and because the interim injunction is of a temporary nature, the condition for finalization in accordance with Article 50 is not fulfilled. This situation is considered a restraint for enforcement. Since this situation would harden to obtain the right or even make it impossible, it was emphasized that the problems existing in practice should be eliminated by adding a provision on this subject in the International Private and Civil Procedure Law. Finally, the issue of how to practice mediation in terms of recognition and enforcement of foreign court decisions has been evaluated, and it has been concluded that mediation is not a prerequisite for filing a recognition and enforcement case before the Turkish courts.

Throughout this paper, the scarcity of diversity and consensus in the case-law of the Court of Cassation constructed constraints in terms of identifying problems and suggesting solutions. Although there have been articles and thesis studies on this subject before, since no permanent and sustainable solution proposals have been made for the problems, this paper mainly focused on the solutions for the identified problems. It is assumed that this paper may be beneficial for practitioners and researchers as it offers solutions on the subject, and it is believed that the suggestions presented in the paper can also be a guide for the judicial authorities.

I. GİRİŞ

Yabancı ülke mahkemesince verilen bir kararın Türkiye’de etki doğurması ve icra edilebilmesi, bu kararın Türk mahkemelerinde tanınmasına ve tenfizine bağlıdır. Tanıma ve tenfizin gerçekleşmesi için ise Türk mahkemelerinde bir tanıma ve/veya tenfiz davası açılması gerekmektedir. Bu bağlamda doğrudan tenfiz milletlerarası veya ikili anlaşma bulunmadıkça kural olarak mümkün değildir. Nitekim Türk hukukunda tanıma ve tenfizin gerçekleşebilmesi için belli şartların yerine getirilmesi gerekmektedir. Bu şartlar Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’unun¹ (“MÖHUK”) 50 ve devamı maddelerinde düzenlenmektedir.

Türk mahkemelerinde görülen yabancı unsurlu bir mahkeme kararının tenfizi davasında hâkimin gözetmesi gereken koşullar MÖHUK’ta bulunmakla birlikte esasa ilişkin bir inceleme yapıp yapılmayacağı hususunda revizyon yasağı (esastan inceleme yapma yasağı) gündeme gelecektir. Türk hukuku bakımından revizyon yasağı kabul edildiğinden Türk mahkemeleri önüne gelen yabancı unsurlu bir uyuşmazlığa ilişkin tanıma ve tenfiz yalnızca kanunda belirtilen şartların varlığının incelenmesi yoluyla yapılacak olup hâkimin takdir yetkisi ya da ek koşullar getirmesi söz konusu olmayacaktır. Bu kapsamda belirtmek gerekir ki tanıma ve tenfiz şartları aynı olmakta yalnızca tenfizde tanımadan farklı olarak karşılıklılık şartı da aranmaktadır.

MÖHUK m.50 ve devamı hükümleri dikkate alındığında sayılan şartların ön şartlar ve esas şartlar olarak sınıflandırılması mümkündür. Nitekim ön şartlar bakımından MÖHUK m.50 uyarınca öncelikle yabancı bir mahkeme kararının verilmiş olması ve bu kararın kesinleşmiş olması gerekmektedir. Esas şartlar bakımından ise MÖHUK m.54 dikkate alınmaktadır. Madde hükmü incelendiğinde esas şartlar şu şekildedir: Karşılıklılık (yalnızca tenfizde), ilamın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması, kamu düzenine açıkça aykırılık bulunmaması ve davalının savunma haklarına riayet edilmiş olması. O halde Türk mahkemelerince yalnızca bu şartlar incelenecek ve bu şartların varlığı halinde tanıma ve/veya tenfiz kararı verilecektir.

Uygulamada karşılaşılan sorunlar incelendiğinde, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi bakımından özellikle usule ilişkin konularda çokça problem yaşandığı ve bu problemlerin çözümlerine ilişkin olarak çoğu zaman kanunlarda, yargı içtihatlarında ya da doktrinde yeknesak öneriler bulunmadığı görülmektedir. Bu çalışmada, uygulamada yaşanan başlıca sorunlar olan; görevli mahkemenin tespiti, harçlar, yabancılık teminatı, yargılama usulü ve dava dilekçesindeki eksiklikler, MÖHUK m.50 ve devamında belirtilen şartlara ilişkin yaşanan aksaklıklar yahut yorum eksiklikleri, tebligat usulü, ihtiyati tedbir ve zorunlu arabuluculuk hususları ele alınacak olup bu hususlara ilişkin olarak çözüm önerileri sunulmaya çalışılacaktır. Çalışmanın ilk bölümünde yargılama sürecinin başında yaşanan usulü problemler ele alınacak olup ikinci bölümünde ise MÖHUK’ta yer verilen ön ve esas şartlara ilişkin ortaya çıkan problemler incelenecektir. Son olarak ise uygulamada arz ettiği önem sebebiyle ihtiyati tedbir kararlarında yetki ve zorunlu arabuluculuk müessesesinin tanıma ve tenfiz davaları bakımından incelenmesi ile bu hususlara ilişkin çözüm önerileri ele alınacaktır.

II. USULE İLİŞKİN SORUNLAR

A. Görevli Mahkemenin Tespiti

MÖHUK m.51 uyarınca tenfiz davalarında Asliye Mahkemeleri görevlidir. Ancak, anılan hükümde yer verilen “Asliye Mahkemeleri” ibaresi bazı tartışmalara sebep olmaktadır. “Asliye Mahkemesi” ifadesinin Asliye Hukuk Mahkemesi mi yoksa Asliye Ticaret Mahkemesi olarak mı anlaşılması gerektiği hakkında doktrinde ve Yargıtay kararlarında henüz bir görüş birliği bulunmamaktadır². Uygulamada davacıları oldukça zor durumda bırakan bu tartışmanın çözüme kavuşturulması son derece önem arz etmektedir. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu³ (“HMK”) m.1’de ifade edildiği üzere, mahkemelerin görevine ilişkin kurallar kamu düzenindedir ve dava şartı olan görev incelemesi mahkeme yargılamasının her aşamasında re’sen dikkate alınmaktadır. Bu sebeple görevli mahkemenin doğru tayini yargı makamlarının işini kolaylaştıracağı gibi yargılamaya ilişkin sürecin de uzamasını engelleyecektir.

Doktrinde bir görüş, Türk mahkemelerinde tanıma ve tenfiz davasına konu olacak yabancı mahkeme kararı ticari dava niteliğinde ise tanıma ve tenfiz davası bakımından Asliye Ticaret Mahkemeleri’nin görevli olması gerektiğini belirtir⁴. Bu görüş uyarınca görevli mahkeme olarak MÖHUK m.51 hükmünde “Asliye Hukuk Mahkemesi” yerine “Asliye Mahkemesi” ibaresinin tercih edilmiş olmasıyla kanun koyucu aile, ticaret, iş mahkemeleri gibi diğer Asliye Mahkemeleri’nin de kendi alanlarına giren hususlarda görevli olabileceğini amaçladığına işaret eder⁵. Ayrıca, kendi alanında uzmanlaşmış mahkemelerin aşağıda

¹ 5718 sayılı MÖHUK için bkz. RG: 12.12.2007, 26728.

² Asliye Ticaret Mahkemeleri’nin görevli olduğuna ilişkin kararlar için bkz. Yargıtay HGK, 15.06.2016, E.2014/1090, K.2016/819. <http://www.kanunum.com> (Erişim: 21.02.2023); Yargıtay 15.HD., 08.12.2015, E.2015/5244, K.2015/6250. <http://www.kazanci.com.tr> (Erişim: 21.02.2023); Yargıtay 11.HD., 02.05.2013, E.2013/5133, K.2013/8847. <http://www.lexpera.com.tr> (Erişim: 21.02.2023). Aksi yönde Asliye Hukuk Mahkemelerinin görevli olduğuna ilişkin kararlar için bkz. Yargıtay 15.HD., 28.02.2017, E.2016/6213, K.2017/832. <http://www.kanunum.com> (Erişim: 21.02.2023); Yargıtay 19.HD., 09.04.2015, E.2014/13776, K.2015/5121. <http://www.kazanci.com.tr> (Erişim: 21.02.2023).

³ RG: 04.02.2011, 27836.

⁴ NOMER, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, 22. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2017, s.513; ÇELİKEL, Aysel/ERDEM Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, 16. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2020, s.718; AKINCI, Ziya: Milletlerarası Özel Hukuk, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s.216; GÜNGÖR, Gülin: Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s.273; EKŞİ, Nuray: Mahkeme Kararlarıyla Milletlerarası Özel Hukuk El Kitabı, 1. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2022, s.223.

⁵ HUYSAL, Burak: “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler Işığında Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Konusunda Bazı Tespitler”, MHB, 32(1), 2012, s.75-76, 75-101.

değinilecek olan MÖHUK m.54 (ç) bendi uyarınca bir tenfiz engeli teşkil eden kamu düzeni incelemesini yapmakta daha yetkin olabileceğini savunur⁶.

Doktrinde bu görüşe katılmayan yazarlar ise tenfiz davası sırasında Türk hâkiminin yabancı mahkeme kararını esastan incelemesinin mümkün olmayacağını (revizyon yasağı) gözetir. Bu görüş uyarınca, Türk hâkimi tanıma ve tenfiz davalarında yalnızca MÖHUK ya da sair milletlerarası anlaşmalarda yer alan tenfiz engelleri çerçevesinde bir inceleme yapacaktır. Dolayısıyla bu görüş, tanıma veya tenfiz davasını gören mahkemelerin uzmanlık alanlarının bu davalar yönünden bir fark yaratmayacak olduğuna işaret eder. Bu bakımdan her ne kadar tenfize konu yabancı ilam, bir ticari dava mahiyetinde de olsa Asliye Ticaret Mahkemeleri'nin uzmanlık alanını ilgilendiren bir inceleme yapılamayacağı gözetilerek tanıma ve tenfiz davalarında Asliye Hukuk Mahkemeleri'nin görevli olması gerektiğini savunur⁷.

Ekleme gerekir ki, göreve ilişkin benzer bir tartışma geçmiş yıllarda ticari dava niteliğindeki yabancı hakem kararlarının Türkiye'de tenfizi bakımından da söz konusu olmuştur. Ancak bu konu, kanuni bir değişikliğe gidilerek tartışmaya yer vermeyecek şekilde çözüme kavuşturulmuştur. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun⁸ m.5. çerçevesinde yabancı hakem kararlarının Türkiye'de tenfizi hakkında Asliye Ticaret Mahkemeleri görevli kılınmıştır.

Bunun yanı sıra, tanıma ve tenfiz davalarında göreve ilişkin bu tartışmaların yalnız ticari davalarda değil, aile hukukuna ilişkin davaların tanınması ve tenfizi hakkında da gündeme gelebileceğine değinmek gerekir. 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun⁹ m.4 uyarınca aile hukukundan doğan davalara ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde Aile Mahkemeleri görevlidir. Ancak, anılan kanun 2003 tarihli olup, 2007 tarihli MÖHUK'un bu kanunun yerine geçip geçmediği konusunda kanunda açıklık bulunmamaktadır. Bu bağlamda aile hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde Asliye Mahkemeleri'nin mi Aile Mahkemeleri'nin mi görevli olacağı sorusu gündeme gelmiştir. Ancak, Yargıtay'ın bu meseleye ilişkin yaklaşımı istikrarlı olarak aile hukukuna ilişkin yabancı mahkeme ilamlarının tanınması ve tenfizinde Aile Mahkemeleri'nin görevli olduğu yönündedir¹⁰.

Görevli mahkemelere ilişkin bu tartışmaların ışığında halihazırdaki yasal düzenleme kapsamında kanaatimiz, tenfiz davalarında ticaret mahkemelerinin görevli olduğu yönündedir. Ancak, bu tartışmanın bertaraf edilmesi ve böylece tanıma ve tenfiz davalarının daha kısa sürede karara bağlanabilmesi için kanun koyucu tarafından yapılacak bazı değişikliklerin de gündeme getirilebileceği fikrindeyiz. Bu kapsamda getirilebilecek bir öneri tenfiz davalarına bakmak üzere hangi mahkemenin görevli olduğu hususunun kanunda açıkça belirtilmesi olarak kendini göstermektedir. Bu önerimizin yanı sıra tenfiz davalarının, tıpkı Milletlerarası Tahkim Kanunu¹¹ (“MTK”) kapsamında hakem kararlarının iptalinde olduğu gibi doğrudan Bölge Adliye Mahkemeleri'nce görülmesi de kanun koyucu tarafından göz önünde tutulabilecek bir diğer husus olabilir. Böylece, İlk Derece Mahkemesi kararlarının istinaf ve temyiz süreçleri ile Bölge Adliye Mahkemesi ve ardından Yargıtay'a taşınması şeklinde ilerleyen sürecin kısaltılması sonucuna erişilebilir.

B. Harçlar

Harçlar Kanunu¹² m.4 uyarınca, “Yabancı bir mahkeme tarafından verilen ilamların tenfizi için açılacak davalardan, bu ilamlarda hükmolunmuş şeyin değeri, nevi ve mahiyetine göre (1) sayılı tarife gereğince harç alınır”. (1) sayılı Tarife III. Bölümü uyarınca ise “konusu belli bir değerle ilgili bulunan davalarda hüküm altına alınan anlaşmazlık konusu değer üzerinden” belirli bir nispette harç alınacağı (nispi harç) alınacağı düzenlenmektedir. Bu kapsamda eda hükmü içermeyen davalar maktu harca tabidir.

Anılan bu iki hükmün tenfiz davaları bağlamında nasıl yorumlanması gerektiği konusunda, diğer bir ifadeyle tenfiz davası açacak kişinin yatırması gereken harcın maktu harç mı yoksa nispi harç mı olacağı sorusu hakkında Yargıtay kararlarında görüş birliği bulunmamaktadır. Kimi Yargıtay daireleri, kararlarında tenfiz davalarında maktu harç alınmasına hükmederken başkaca Yargıtay daireleri, kararlarında tenfiz davalarının nispi harca tâbi olduğu yönünde hüküm kurmuştur¹³. Bu çelişkili durum uygulamada davacıları büyük bir güçlük altına sokmaktadır.

Kanaatimizce, bu sorunun çözümünde tenfiz davalarının hukuki niteliği ve bu kapsamda mahkemenin tenfiz davalarında esastan bir inceleme yapmadığı göz önünde bulundurulmalıdır. Tenfiz davalarında MÖHUK m.50 vd. hükümleri çerçevesinde ya da kapsamına girdiği ölçüde milletlerarası veya ikili anlaşmalar çerçevesinde öngörülen şartlar uyarınca tenfize engel teşkil eden bir sebebin bulunup bulunmadığı incelenir. Esastan inceleme (*revision au fond*) yasağı ışığında tenfiz davalarında yabancı

⁶ EKŞİ, s.223; HUYSAL, s.75-76.

⁷ ŞANLI, Cema/ESEN Emre/ATAMAN-FİGANMEŞE İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Bası, Beta Yayın, İstanbul 2021, s.735.

⁸ RG: 07.10.2004, 25606.

⁹ 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun için bkz. RG: 18.01.2003, 24997.

¹⁰ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s.734; NÖMER, s.513; ÇELİKEL/ERDEM, s.718; AKINCI, s.216; EKŞİ, s.223. Bu yönde Yargıtay kararı için bkz: Yargıtay 2.HD., 25.05.2011, E.2010/20342, K.2011/9075. <http://www.kazanci.com.tr> (Erişim: 21.02.2023)

¹¹ RG: 05.07.2001, 24453.

¹² RG: 17.07.1964, 11756.

¹³ İlgili Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 11.HD., 15.9.2009, E.2009/5703, K.2009/8256. Aksi yönde, tenfiz davasının maktu harca tâbi olduğunu belirten karara örnek olarak bkz. Yargıtay 11.HD., 23.06.2014, E.2014/9333, K.2014/11865, <http://www.kazanci.com.tr> (Erişim: 21.02.2023); Yargıtay 11.HD., 10.11.2020, E.2020/6716, K.2020/4927. <http://www.kazanci.com.tr> (Erişim: 21.02.2023)

mahkeme kararının içeriği denetlenemez. Bu bakımdan tenfiz davaları, nispi harca hükmedilmesi gereken bir alacak davası kapsamında Türk mahkemesinin yapacağı incelemeden farklıdır ve maktu harca tabi olması gerekir. Nitekim Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (“UYAP”) üzerinden yapılan başvurularda tanıma ve tenfiz dava türü bakımından “maktu harç” ibaresine yer verilmiş olduğu görülmektedir.

Harçlar Kanunu m.4 lafzi açıdan yorumlandığında, davanın nevi ve mahiyetine yani türüne göre her somut olay bakımından ayrı bir değerlendirme yapılması gerektiği düşünülebilir. Örneğin, yabancı mahkeme kararının icrasının maddi bir değerinin olması ihtimalinde nispi harç yatırılmasının makul olduğu düşünülebilir. Ancak Harçlar Kanunu m.4 ve (1) Sayılı tarifeyi, bazı Yargıtay kararlarında olduğu gibi tenfiz davalarında nispi harç alınması gerektiği şekilde yorumlamanın en sakıncalı sonuçlarından biri, bu durumda davacının mükerrer harç yatırmak zorunda kalmasıdır¹⁴. Zira davacı hem davayı açtığı yabancı mahkemede hem de bu yabancı mahkeme kararının Türkiye’de tenfizi için Türkiye’de açtığı davada dava konusu değer oranında bir harç yatırmak zorunda kalacaktır. Eğer davacının yatırdığı harçların miktarı davacı açısından adil yargılanma hakkına erişim bağlamında aşırı bir güçlük yaratırsa bu durum, taraf olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.6 kapsamında değerlendirilen mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak yorumlanabilecektir¹⁵.

Yabancı mahkeme kararlarının tenfizi için ödenmesi gereken harç bakımından gerek Yargıtay içtihatlarında gerekse doktrinde bir açıklık olmaması yabancı ilamın tenfizi istemi ile dava açanların harç yatırırken ciddi sorunlarla karşılaşmasına neden olmaktadır. Nitekim, 2020 yılında Kayseri Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi’nce verilen kararda, davalının konusunun bir miktar paranın ödenmesine dayanan alacak talebine ilişkin olduğundan bahisle mahkeme, davalının maktu harç yatırdığını ancak nispi harç yatırmaması gerektiğini belirterek dosyanın ilk derece mahkemesine geri çevrilmesine karar vermiştir¹⁶. Aynı karar içerisinde istinaf mahkemesi, HMK m.344’e atf yaparak ilk derece mahkemesince verilen kesin süre içinde harç ve giderlerin tamamlanmaması halinde mahkemece başvurunun yapılmamış sayılacağına dikkat çekmiştir. İlgili karar değerlendirildiğinde, maktu harç yatıran ve mahkemece kesin süre verilerek nispi harç yatırmaması/tamamlaması kendisine bildirilen taraf bakımından, hukuki belirsizlik söz konusu olacağı gibi yargılamanın süresi uzayacak ve aynı zamanda davacı beklemediği bir masrafla karşı karşıya kalacaktır.

Bu tartışma çerçevesinde, yabancı hakem kararlarının tenfizinde maktu harç alınması yönündeki kanun değişikliğini hatırlamakta da fayda vardır. 492 sayılı Harçlar Kanunu ve (1) sayılı tarifesi “A) Mahkeme Harçları” başlıklı bölümünün “III. Karar ve İlam Harcı” başlık alt bölümü 1. fıkrasının (a) bendi uyarınca yabancı hakem kararlarının tenfizi davasında maktu harç alınacağı açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla, harç meselesi yabancı hakem kararlarının tenfizi bakımından tartışmalı bir konu olmaktan çıkmıştır. Yabancı mahkeme kararlarının tenfizi davalarında da maktu harç alınmasına ilişkin bir kanun değişikliği yapılması uygulamadaki bu sorunu ortadan kaldıracaktır. Ayrıca bu yöndeki bir değişiklik, davacının mükerrer harç ödenmesinin önüne geçerek Türkiye’nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamındaki yükümlülükleri açısından da daha uygun olacaktır.

C. Basit Yargılama Usulü

MÖHUK m.55/f.1 uyarınca, tanıma ve tenfiz davaları basit yargılama usulü hükümlerine göre incelenerek karara bağlanır. Basit yargılama usulü, HMK’nın altıncı kısmında düzenlenmiştir. Buna göre, taraflar cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçelerini vermezler (HMK m.317/f.3). Hâkim mümkün olan hâllerde tarafları duruşmaya çağırılmadan dosya üzerinden karar verir (HMK m.320/f.1). İddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı dava açılmasıyla; savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı cevap dilekçesinin mahkemeye verilmesiyle başlar (HMK m.319). Anılan hükümler de göz önünde bulundurulduğunda, tenfiz davalarının basit yargılama usulü ile görülmesinin tarafların menfaatine ve tenfiz davalarının niteliğine uygun düşmediği söylenmelidir¹⁷.

Her ne kadar basit yargılama usulü daha hızlı bir tahkikat öngörerek tarafların zaman kaybetmesini önlemek amacı taşımakta ise de iddia ve savunmaların genişletilmesi bağlamında bazı sorunları barındırır. Zira tenfiz davaları basit yargılama usulüne göre görüldüğünden davacı cevaba cevap dilekçesi verememektedir. Bu durumda davacı, davalının cevap dilekçesinde ileri sürdüğü tenfiz engellerine ilişkin iddialara yönelik gerekli savunmayı yapamamaktadır. Davacıdan, davalının ileri sürebilmesi muhtemel tenfiz engellerine ilişkin savunmaları önceden tahmin ederek dava dilekçesini buna göre hazırlamasını beklemek uygulamadaki durum ile örtüşmemektedir. Ayrıca, bu durum davacının hukuki dinlenilme hakkını zedeleyebilmektedir ve doktrinde de makul bir düzenleme olarak görülmemektedir¹⁸. Nitekim uygulamada, tenfiz davaları basit yargılama usulüne tabi olmasına rağmen, tarafların “beyan dilekçesi” adı altında bir dilekçe sunarak iddia ve savunmalarını genişlettikleri bilinmektedir¹⁹. Ancak uygulamadaki bu durum iddia ve savunmaların genişletilmesi yasağına aykırıdır. Sonuç olarak, basit yargılama usulünün tenfiz davaları bakımından uygulamadaki ihtiyaca cevap veremediği görülmektedir. Bu bakımdan kanunda bir değişiklik gidilerek tenfiz davalarında da yazılı yargılama usulünün izlenmesi gerekmektedir.

¹⁴ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s.742.

¹⁵ SARIOZ BÜYÜKALP, İpek: “Adil Yargılanma Hakkının Türk Tanıma ve Tenfiz Hukukuna Etkileri”, Tarman, Zeynep Derya (ed), Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı, XII Levha Yayın, İstanbul 2018, s.123 vd.

¹⁶ İlgili karar için bkz. Kayseri BAM, 6 H.D., 31.01.2020, E.2020/131, K.2020/14. <http://www.lexpera.com> (Erişim: 21.02.2023)

¹⁷ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s.725, dn.557.

¹⁸ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s.725, dn.557.

¹⁹ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s.725, dn.557.

Uygulamada karşılaşılan bir diğer husus ise dava arkadaşlığı²⁰ meselesine ilişkindir. Mecburi dava arkadaşlığı olması halinde tenfiz davasının ne şekilde olacağına ilişkin uygulamada bazı problemler ortaya çıkmaktadır. Özellikle tenfiz davası görülürken tüm davacıların yahut da tüm davalıların katılımı esastır²¹. Aksi halde davanın görülmesi hukuken mümkün olmayacaktır. O halde dava dilekçesi hazırlanırken bu hususa dikkat edilmesi sürecin uzamasını engelleyecek ve hukuki dinlenilme hakkından da tüm tarafların faydalanması sağlanacaktır.

D. Dava Dilekçesindeki Eksiklikler

Basit yargılama usulüne ilişkin yukarıdaki eleştirilerin yanı sıra davacıların MÖHUK m.53 çerçevesinde öngörülmüş olan ve dava dilekçesinde bulunması zorunlu bazı belgeleri²² eksik biçimde mahkemeye sunması halinde hâkimin ne yönde karar vereceği, bu eksikliğin yaptırımının ne olacağı hususuna da değinmek gerekir. Zira bu hususta da Yargıtay kararlarında bir görüş birliği bulunmamaktadır. Örneğin, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, tenfiz dilekçesinde yer alması gereken belgelerin eksikliği hâlinde HMK m.119/f.2 çerçevesinde davacıya bir haftalık kesin süre vermiş, ancak bu sürenin sonunda belgelerin ikame edilmediği hâllerde davanın açılmamış sayılacağını belirtmiştir²³. Bu karar doktrinde MÖHUK m.53'te sayılan belgelerin "delil" niteliğinde olduğu şeklindeki yaklaşım ile de paraleldir²⁴. Buna karşılık Yargıtay daha eski tarihli olmakla beraber başkaca kararlarında MÖHUK m.53'te sayılan belgelerdeki eksikliği, "dava şartı eksikliği" sayarak davayı usulden reddetmiştir²⁵. MÖHUK'ta özel olarak düzenlenmeyen ve sair kanun ya da milletlerarası anlaşmalarda da hakkında hüküm bulunmayan usul hukukuna ilişkin meselelerde hâkimin hukukunun (*lex fori*) uygulanması prensibi karşısında bu konuda HMK'nın ilgili hükümlerinden faydalanmak gerektiği kanaatindeyiz. Bu çerçevede HMK m.119/f.2 ışığında hâkimin MÖHUK m.52 ve 53 kapsamında dilekçedeki eksikleri re'sen dikkate alması ve eksikliğin bir haftalık kesin süre içinde tamamlanması halinde davanın görülmeye devam edeceği kanaatindeyiz.

Bu noktada ele alınması gereken bir diğer husus, apostil şerhidir. Yabancı mahkemeden verilmiş olan bir kararın Türk mahkemesine sunulmadan önce kural olarak yabancı ülkede bulunan Türk Büyükelçiliğince yahut Konsoloslüğünca tasdik edilmesi gerekmektedir. Ne var ki, uygulamada karşılaşılan güçlükler ve sorunlar neticesinde 5.10.1961 tarihinde "Yabancı Resmî Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılması Hakkındaki La Haye Sözleşmesi"²⁶ hazırlanmıştır. Sözleşmenin 2. maddesi uyarınca akit devletlerden her biri, sözleşmenin kapsamına giren ve kendi ülkelerinde kullanılacak olan belgeleri onay işleminden muaf tutacaktır. Bu bağlamda belgenin diğer akit devletlerde doğruluğunun teyidi için apostil şerhi verilmesi ve bu sayede ülke temsilciliklerince herhangi bir onay alınmasına gerek kalmaması söz konusu olacaktır. O halde apostil, resmî makamlarca verilen belge veya kararlarının doğruluğunu gösteren bir tasdik şerhidir.

Yabancı mahkeme kararlarının tenfizi bakımından uygulamada önem arz eden apostil şerhi konusunda mahkemeler kimi zaman her belgede apostil şerhi bulunması gerektiğinden bahisle süre vererek eksikliğin giderilmesini talep etmektedir. Bu noktada mahkemeler, tenfiz kararı vermek için La Haye Sözleşmesi'nin 4. maddesi uyarınca yabancı ülkenin yetkili makamlarınca belgeye yahut da belgeye eklenecek bir kâğıt üzerine apostil şerhi konulması usulüne dikkat etmektedirler. Ne var ki, uygulamada mahkemeler kimi zaman Türkiye'nin başka devletlerle yaptığı ve apostil şerhinden muaf olmayı içeren ikili anlaşmaları atlamaktadırlar. Nitekim Türkiye Cumhuriyeti bazı ülkelerle ikili anlaşmalar akdetmek suretiyle apostil şerhi şartından karşılıklı muafiyet sağlamıştır. Örneğin, Türkiye Cumhuriyeti ile Polonya Halk Cumhuriyeti arasında yapılan "Hukuki ve Ticari Konularda Adli Yardımlaşma Sözleşmesi"nin 13. maddesinin 1. fıkrası uyarınca akit tarafların ülkesinde yetkili makamlarca düzenlenmiş, verilmiş, onaylanmış ve resmi mühür taşıyan belgeler bakımından diğer akit devlette bu belgelerin tasdik edilmesine gerek bulunmamaktadır²⁷. O halde uygulamada bu hususun göz ardı edilerek her belgeden apostil şerhi istenmesi kanaatimizce süreci uzatacak ve yabancı davacılar bakımından hukuki belirsizlik yaratacaktır. Bu noktada uygulamada karşılaşılan apostile ilişkin problemleri ortadan kaldırmak için mahkemelerin Polonya ile yapılan anlaşmada olduğu gibi Türkiye Cumhuriyeti'nin bazı ülkelerle ikili anlaşmalar yaparak apostil

²⁰ Bir davada birden fazla davalının yahut davacının taraf sıfatını haiz olması durumu dava arkadaşlığı olarak nitelendirilmektedir. Dava arkadaşlığı mecburi ya da ihtiyari olarak ikiye ayrılmaktadır. Mecburi dava arkadaşlığında hak ya birden fazla kişiye yönelik olarak ya da birden fazla kişi tarafından ileri sürülmektedir. Bu halde mahkemece tüm davalılar veya davacılar bakımından tek bir hüküm verilmektedir. Bkz. POSTACIOĞLU, İlhan E./ALTAY, Sümer: Medeni Usul Hukuku Dersleri, 8. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s.302-322.

²¹ ŞANLI, Cemal: Hukuki Mütalaalarım, 1. Bası, Adalet Yayınları, Ankara 2016, s.403.

²² MÖHUK md.53'e göre tenfiz isteminde dilekçeye eklenecek belgeler şu şekildedir: (a) Yabancı mahkeme ilâmının o ülke makamlarınca usulen onanmış aslı veya ilâmı veren yargı organı tarafından onanmış örneği ve onanmış tercümesi, (b) İlâmın kesinleştiğini gösteren ve o ülke makamlarınca usulen onanmış yazı veya belge ile onanmış tercümesi.

²³ İlgili Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 11.HD., 11.12.2017, E.2017/4818, K.2017/7059. <http://www.kazanci.com.tr> (Erişim: 21.02.2023); Yargıtay 2.HD., 05.07.1994, E.1994/6006, K.1994/6993. <http://www.legalbank.net> (Erişim: 21.02.2023); Yargıtay 2.HD., 12.06.2008, E.2007/9930, K.2008/8463. <http://www.kazanci.com> (Erişim: 21.02.2023)

²⁴ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s.741.

²⁵ İlgili Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 2.HD., 28.03.1994, E.1994/2085, K.1994/3103; Yargıtay 2.HD., 20.01.1994, E.1993/12856, K.1994/470. Kararlar yayımlanmamıştır; bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s.741, dn.586.

²⁶ Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, La Haye Sözleşmeleri; "5 Kasım 1961 Tarihli Yabancı Resmî Belgelerin Tasdikten Muaf Tutulmasına Dair Sözleşme (APOSTİL)", https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/sozlesmeler/cocktarafilsoz/lahey/turkce_lah12.pdf, Erişim Tarihi: 16.07.2022. (Türkiye Cumhuriyeti de 08.05.1962 tarihinde sözleşmeyi imzalamış olup sözleşmenin 29.09.1985 tarihinden itibaren yürürlüğe girmesi ile akit devlet haline gelmiştir. Bkz. RG: 16.09.1984, 18517).

²⁷ RG: 23.07.1990, 20583.

şerhi şartını karşılıklı olarak kaldırdığını²⁸ dikkate alarak her davayı kendi içinde dikkatlice incelemesi gerekmektedir.

Bu kapsamda son olarak uygulamada çok sıklıkla karşılaşılan tercüme ve yabancı mahkeme kararının formatına/şekline ilişkin sorunları da ele almakta fayda bulunmaktadır. MÖHUK m.53/f.1 uyarınca tenfiz dilekçesine eklenmesi gereken belgelerin tercüme edilmesi gerekmektedir. Her ne kadar yeminli tercümanlardan yardım alınarak resmî belgelerin çevirisi yapılmakta ise de çoğu zaman birçok hukuki terimin karşılığı yanlış çevrilmekte veya çevrilememektedir. Bu durum ise sürecin uzamasına sebep olduğu gibi tarafların kendilerini yeterince ifade edememelerine ve yargılamanın eksik yapılmasına neden olmaktadır. Bu noktada daha deneyimli, birden çok dil bilen hâkimlerden oluşan ve özellikle hukuki çeviri konusunda uzmanlaşmış ihtisas mahkemelerinin kurulması yerinde olacaktır.

Bunun yanı sıra MÖHUK m.56'ya göre, "mahkemece ilamın kısmen veya tamamen tenfizine veya istemin reddine karar verilebilir. Bu karar yabancı mahkeme ilamının altına yazılır ve hâkim tarafından mühürlenip imzalanır." Bu noktada her yabancı mahkeme kararının formatının Türk mahkemelerinin karar formatı ile aynı olmadığını belirtmekte fayda bulunmaktadır. Türk mahkemelerince verilen kararlarda hüküm fıkrası kararın sonunda yer almaktadır. Buna karşılık örneğin Alman mahkemelerince verilen kararlarda²⁹ önce hüküm fıkrası kurulmakta akabinde gerekçeler açıklanmaktadır. Bu farklılığa rağmen uygulamada bazen mahkemeler, bu şekilde farklı formatta olan mahkeme ilamlarının Türk mahkemelerince verilen kararla aynı formata haiz olduğunu düşünerek tenfiz kararının ekine yabancı mahkeme kararını koymak suretiyle işlem yapmaktadır ancak böyle bir ihtimalde kararın icrası noktasında bazı sorunlar yaşanabilmektedir. Nitekim icra dairelerince hüküm fıkrasının Türk mahkeme ilamlarında olduğu gibi belgenin sonunda yer aldığı düşünülerek hareket edilmesi yanlış yorumlamalara sebep olduğu gibi sürecin uzamasına da neden olmaktadır. Bu kapsamda hakkında tenfiz kararı verilen dosyalar yönünden mahkemelerin hüküm fıkrasını, icra makamlarının anlayacağı şekilde kurmasını ve şüpheye mahal vermeyecek netlikte belirtmesi isabetli olacaktır.

E. Dava Dilekçesinin Karşı Tarafa Tebliği

MÖHUK m.55/f.1 uyarınca, "tenfiz istemine ilişkin dilekçe duruşma günü ile birlikte karşı tarafa tebliğ edilir." Davalının Türkiye'de bulunması halinde kendisine Tebligat Kanunu hükümlerine göre posta yoluyla tebligat yapılacaktır. Eğer davalı yurt dışında bulunuyorsa o zaman kendisine milletlerarası tebligat esasları uyarınca tebligat yapılacaktır.

Çekişmesiz yargı kararlarının tanınması ve tenfizi davalarında karşı taraf olmadığından yabancı mahkeme tarafından verilen kararın tanınması ya da tenfizi davalarında tebligat yapılacak bir kişi de bulunmamaktadır. Bu durumda gaiplik, ölmüş sayılma, cinsiyet değişikliği kararlarının tanınması için açılan davalarda davalı bulunmadığından tebligat yapılması gerekliliği bulunmamaktadır. Fakat MÖHUK m.55 uyarınca ihtilafsız kaza kararlarının tanınması ve tenfizinin de aynı hükme tabi olduğu ifadesinden hareketle uygulamada bu tür davalarda suni bir davalı yaratılmakta ve nüfus kütüğünde değişiklik yaratacak bu tür ilamların tanınması davaları nüfus idarelerine karşı açılmaktadır³⁰. Halbuki hasımsız ihtilafsız kaza kararlarında tebliğ hükmü uygulanmaz ve bu tür davalarda suni davalı yaratılması uygulaması yerinde değildir.

F. Teminat

Bir yabancı mahkeme kararına Türkiye'de kesin hüküm ve icra kabiliyeti kazandırmak isteyen davacının Türkiye'de tenfiz davası açması gerekir. Türkiye'de dava açacak yabancı gerçek ve tüzel kişilerin teminat yatırma mükellefiyetleri temel olarak MÖHUK m.48 uyarınca düzenlenmiştir. Ayrıca, MÖHUK m.1/f.2 çerçevesinde kapsamına girdiği ölçüde milletlerarası anlaşmalar ve ikili adli yardım anlaşmalarının ilgili hükümleri de yabancıların teminat yatırma yükümlülükleri kapsamında uygulama alanı bulacaktır.

MÖHUK m.48 uyarınca,

"Türk mahkemelerinde dava açan, davaya katılan veya icra takibinde bulunan yabancı gerçek veya tüzel kişiler, yargılama ve takip giderleriyle karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılamak üzere mahkemenin belirleyeceği teminatı göstermek zorundadırlar."

MÖHUK m.48/f.2 bu hükmün istisnasını teşkil eder ve bu hüküm uyarınca hâkimin yabancı gerçek ve tüzel kişileri karşılıklılık esasına göre teminat yatırmaktan muaf tutacağı düzenlenmiştir. Karşılıklılık Türkiye'nin taraf olduğu iki taraflı adli yardım anlaşmaları veya milletlerarası sözleşmeler vasıtasıyla sağlanabileceği gibi, kanuni veya fiili karşılıklılık bulunması halinde de yabancıların teminat muafiyeti söz konusu olabilir³¹. Türkiye, teminattan muafiyete ilişkin hükümler içeren birçok iki taraflı anlaşmaya taraf³². Türkiye

²⁸ Diğer ülkelerle yapılan ve sınırlı sayıda olmayan bazı ikili anlaşmalara örnek olarak bkz. Makedonya: RG: 14.05.2000, 24049 md.14/1; Macaristan: RG: 23.07.1990, 20583 md.13/1; Azerbaycan: RG: 23.03.2004, 25411 md.12/1 (adli makam önündeki işlemler bakımından); Bosna Hersek: RG: 04.11.2007, 26690 md.12/1 (adli makam önündeki işlemler bakımından), Hırvatistan: RG: 24.05.2000, 24058 md.12/1; Litvanya: RG: 20.04.2004, 25439 md.7/2; Mısır: RG: 23.07.1990, 20583 md.23/1 (<https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/sozlesmeler/ikili.html>).

²⁹ Benzer karar örnekleri için bkz. (https://en.justiz.de/onlinedienste/rechtsprechung/index.php?sessionid=B219D46C6B1436ABAE3C2F461A3EA680).

³⁰ EKŞİ, s.227.

³¹ İlgili Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 12.HD., 26.02.2015, E.2014/28848, K.2015/4079; Yargıtay 12.HD., 09.07.2012, E.2012/16820, K.2012/23886; Yargıtay 12.HD., 05.06.2012, E.2012/1510, K.2012/19223. <http://www.kazanci.com.tr> (Erişim: 21.02.2023)

³² Örneğin, Türkiye ile ABD arasında imzalanan 28.10.1931 tarihli İkamet Sözleşmesi'nin 1. maddesinde 'en çok gözetilen ulus' kaydı yer almaktadır. Türkiye ile ABD'nin birbirine tanıdığı 'en çok gözetilen ulus muamelesi'nin bir sonucu olarak Türkiye, bir

teminattan muafiyeti öngören Hukuk Usulüne Dair La Haye Sözleşmesi³³'ne de taraftır. Ayrıca, taraf olduğumuz Avrupa İkamet Sözleşmesi³⁴ m.9 uyarınca da âkit devlet vatandaşları bakımından yabancı olmaları veya ülkede ikametgâh sahibi olmamaları sebebiyle diğer âkit devletlerde herhangi bir teminat veya depozito istenemeyeceği hükme bağlanmıştır.

Hukuk Usulüne Dair La Haye Sözleşmesi m.17 Türkiye'de dava açan tüzel kişilerin teminat yatırma muafiyeti açısından önem arz eden bir tartışmaya konu olmuştur.

Hukuk Usulüne Dair La Haye Sözleşmesi m.17 hükmüne göre:

“Âkit Devletlerden birisinde ikamet eden ve diğer bir devlet mahkemeleri huzurunda davacı veya müdahil olarak bulunan âkit bir Devletin vatandaşlarından yabancı olmaları veya o memlekette ikametgâh veya meskenleri bulunmaması sebebiyle, ne nam altında olursa olsun, herhangi bir teminat veya depozito istenemez.”

Yargıtay, 1954 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin söz konusu 17. maddesinde öngörülen teminattan muafiyete ilişkin kuralı yalnızca gerçek kişiler bakımından uygulamaktadır. Yargıtay bu sonuca varırken iki gerekçeden hareket etmektedir. Bunlardan ilki anılan 17. madde hükmünde “vatandaşlık” (*nationality*) ibaresine yer verilmiş olması karşısında tüzel kişilerin vatandaşlığından söz edilemeyeceği ve dolayısıyla bu ibarenin tüzel kişileri dışlayacak şekilde kullanıldığının düşünülmesidir. Diğeri ise Hukuk Usulüne Dair La Haye Sözleşmesi'ni tadil etmek amacıyla daha sonraki yıllarda hazırlanan ancak Türkiye'nin henüz onaylamadığı “Adalet Uluslararası Erişim Hakkında Sözleşme” m.14/f.1 uyarınca teminattan muafiyete ilişkin düzenlemede “tüzel kişiler de dahil olmak” üzere ibaresinin açıkça sözleşme metnine eklenerek vurgulanmış olmasıdır³⁵. Yargıtay Türkiye'nin henüz taraf olmadığı bu Sözleşme'deki ibareyi de göz önünde bulundurarak Hukuk Usulüne Dair La Haye Sözleşmesi m.17'nin tüzel kişileri kapsamadığı yönünde hüküm kurmaktadır³⁶. Kanaatimizce Yargıtay'ın bu yaklaşımı Hukuk Usulüne Dair La Haye Sözleşmesi'nin amacı ile örtüşmediği gibi yargıya erişim hakkını da zedelemektedir. Sözleşme'nin tüzel kişiler hakkında da uygulanması gerekmektedir³⁷.

Öte yandan, HMK'nın 84/1-a maddesi uyarınca, “Türkiye'de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşının dava açması, davacı yanında davaya müdahil olarak katılması veya takip yapması hâlinde, davalı tarafın muhtemel yargılama giderlerini karşılamak üzere teminat yatırması gerekir.” Bu hükmün hemen ardından gelen HMK m.85 hükmü ise Türkiye'de mutad meskeni bulunmayan Türk vatandaşlarının teminat gösterme yükümlülüğünden muaf tutulacağı bazı istisnalar öngörmektedir. Türkiye'de mutad meskeni bulunmayan Türk vatandaşlarının teminat gösterme yükümlülüğünün tenfiz davalarında yabancı gerçek ve tüzel kişilerin teminat gösterme yükümlülüğü ile bağlantısını yaratan durum ise anılan HMK'nın 85 hükmünün yabancı kişiler bakımından da uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin tartışmadır. Örneğin, Türkiye'de mutad meskeni bulunmayan ancak Türkiye'de taşınmazı bulunan Türk vatandaşları HMK m.85 uyarınca teminat yatırmaktan muaftır. Acaba, Türkiye'de taşınmazları bulunan ancak Türkiye ile karşılıklılığın sağlanamadığı bir devletin vatandaşı olan kişi yönünden HMK m.85 çerçevesinde teminat muafiyeti öngörülecek midir? Doktrindeki bir yaklaşım³⁸ ve Yargıtay'ın 2014 tarihli bir kararındaki³⁹ hükmü bu soruyu olumlu yanıtlamaktadır. Doktrinde ayrıca HMK m.85/f.1 (ç) bendi gözetilerek yabancı gerçek ve tüzel kişilerin ilamlı icra takibi yaptığı durumlarda da teminat yatırmaktan muaf tutulması gerektiği ifade edilmiştir⁴⁰. Buna karşılık, yabancıların Türk mahkemelerinde dava açarken teminat yatırmasına ve bu teminat yükümlülüğünden muafiyete ilişkin MÖHUK m.48'in özel hüküm mahiyetinde olduğuna dikkat çekilmiş ve bu hüküm uyarınca yabancı kişilerin teminattan muafiyeti hakkında yalnızca karşılıklılık esası kabul edilmiştir⁴¹. Bu nedenle, HMK m.85 hükmünün yabancılar bakımından uygulama alanı bulamayacağı belirtilmiştir⁴².

Kanaatimizce HMK m.85 uyarınca öngörülen istisnaların yabancı gerçek ve tüzel kişiler açısından da dikkate alınması uygun olacaktır. Yabancı kişinin söz gelimi Türkiye'de bulunan taşınmazı yargılama giderleri için zaten yeterli teminatı oluşturuyor olabilir. Veyahut ilamlı icra söz konusu ise yabancı kişinin haklılığı büyük ölçüde ortaya konmuş sayılabileceğinden teminata ayrıca hükümlenmesi gerekli görülmebilir. Nitekim MÖHUK m.48 hükmünün gerekçesinde hâkimin teminat belirlemede bir takdir yetkisi olduğuna yer verilmiş ancak kanunlaşma sırasında bu takdir yetkisi MÖHUK metnine aktarılmamıştır. Bu konuda kanuni bir değişiklik yapılması ve bu değişikliğe dayanılarak HMK m.85'te sayılan muafiyet sebeplerinin yabancılar için de uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

(X) devletine teminattan muafiyet hakkı tanıdığına, ABD 'en çok gözetilen ulus muamelesi'ne dayanarak Türkiye'den kendi vatandaşlarına (şirketlerine) da aynı muameleyi göstermesini talep edebilecektir.

³³ RG: 23.03.1972, 14137.

³⁴ RG: 20.04.1989, 20145.

³⁵ İlgili Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 12.HD., 11.02.2016, E.2015/26555, K.2016/3489. <http://www.kanunum.com> (Erişim: 21.02.2023)

³⁶ Bu kararlar için bkz. Yargıtay 12.HD., 11.02.2016, E.2015/26555, K.2016/3489; Yargıtay 12.HD., 02.07.2013, E.2013/17436, K.2013/24686. <http://www.kanunum.com> (Erişim: 21.02.2023)

³⁷ ESEN, Esen: “Hukuk Usulüne Dair La Haye Sözleşmesi Kapsamında Yabancı Tüzel Kişilerin Teminat Yükümlülüğünden Muafiyeti”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9(1), 2018, s.1-26.

³⁸ TÖTÜNCÜBAŞI, s.209.

³⁹ İlgili karar için bkz. Yargıtay 3.HD., 16.06.2014, E.2014/1296, K.2014/9607. <http://www.kazanci.com> (Erişim: 21.02.2023)

⁴⁰ ÇELİKEL/ERDEM, s.671.

⁴¹ Türk vatandaşı olmayan gerçek ve tüzel kişiler bakımından teminattan muafiyetin ancak MÖHUK m.48/f.2 çerçevesinde karşılıklılık esasına göre öngörülebileceği yönünde bkz. NOMER, s.500.

⁴² NOMER, s.500.

MÖHUK'ta yabancı gerçek ve tüzel kişilerin Türkiye'de dava açmak için yatırması gereken teminat miktarının nasıl tayin edileceğine ilişkin özel bir düzenleme yer almamaktadır. Buna karşın, HMK m.87, Türkiye'de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşlarının yatırması gereken teminatın miktarı ve şekli hakkında bir düzenleme içerir. Buna göre teminatın miktarı ve şekli mahkeme (ya da icra takibi söz konusu ise icra dairesi) tarafından olayın özellikleri ve şartlar dahilinde serbestçe belirlenecektir. MÖHUK m.48 çerçevesinde yabancı gerçek ve tüzel kişilerin göstermesi gereken teminat bedeli hakkında da bu hüküm kıyasen uygulanmaktadır.

Uygulamada bu teminat çoğunlukla döviz cinsinden⁴³ belirlenerek tayin edildiği gibi Yargıtay teminatın Merkez Bankası'na yatırılması yönünde hüküm kurmaktadır⁴⁴. Bu hususta önemle eklemek gerekir ki Türk hâkimi, yabancı gerçek veya tüzel kişi davacının yatırması gereken teminat miktarını takdir ederken yabancının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkına saygılı biçimde hareket etmelidir. Ayrıca MÖHUK'ta özel bir düzenleme bulunmayan usul hukukuna ilişkin meselelerde iç hukukun usule ilişkin kurallarının uygulanması karşısında (*lex fori* prensibi) önemle belirtmek gerekir ki, teminat bir dava şartıdır. Dolayısıyla hâkim tarafından kendiliğinden teminata hükmedilir [HMK m.114/f.1(ğ)]. Mahkeme davacıya tayin ettiği teminatı yatırması için uygun bir süre verir. Belirlenen bu kesin süre içinde teminat gösterilmezse, dava şartı noksanlığından dolayı dava usulden reddedilir (HMK m.115).

Son olarak yukarıda açıklanan harç meselesi ile bağlantılı olarak yabancı mahkeme kararlarının tenfizi bakımından nispi harca hükmedilmesi halinde ayrıca yabancılık teminatının talep edilmesi, adil yargılamaya erişimde sıkıntı yaratacağı gibi masraf bakımından da uygulamada yabancı davacının ciddi bir maddi yük ile karşılaşmasına neden olacaktır.

III. TANIMA VE TENFİZİN ÖN ŞARTLARI BAKIMINDAN KARŞILAŞILAN SORUNLAR

A. Kesinleşme (MÖHUK m.50)

MÖHUK m.50 hükmünün lafzında da açıkça belirtildiği üzere, Türkiye'de tanınması ya da tenfizi talep edilen ilamin, verilmiş olduğu yabancı devlet hukuku uyarınca kesinleşmiş olması gerekmektedir. Türkiye'de tenfizi talep edilen yabancı mahkeme kararının kesinleşip kesinleşmediği yabancı devlet hukuku uyarınca belirlenecektir. Söz konusu yabancı kararın Türk hukuku uyarınca da kesinleşmiş olup olmadığına ilişkin ayrıca bir inceleme yapılmayacaktır. Kesinleşmenin yabancı hukuk açısından gerçekleşip gerçekleşmediği incelenecek olmakla beraber, şekli anlamda bir kesinleşme mi yoksa maddi anlamda bir kesinleşme mi aranması gerektiği yoksa kararın her iki anlamda da kesinleşmiş olması mı gerektiği konusunda doktrinde görüş ayrılığı bulunmaktadır⁴⁵. Kanaatimizce şekli kesinliğin gerçekleşmiş olması yeterlidir ve bu konuda MÖHUK'ta açık bir düzenleme yapılması gereği bulunmaktadır.

MÖHUK m.53'e göre, tenfiz isteminde dilekçeye yabancı ilâmın kesinleştiğini gösteren ve o ülke makamlarınca usulen onanmış yazı veya belge ile onanmış tercümesinin eklenmesi gerekir. Yabancı mahkeme kararının tenfizi bakımından kesinleşme dava şartı olduğundan mahkemece bu husus re'sen dikkate alınır. Bu noktada kesinleşmenin sağlanmadığı hallerde mahkeme HMK m.115/f.2 uyarınca eksikliğin tamamlanması için kesin süre verir. Bu süre içerisinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse davayı dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddeder. O halde, yabancı mahkeme kararının tenfizi için kesinleşme şartı sağlanmadığı halde mahkemece kesin süre verilip bu sürenin sonunda sonuçların ne olacağı karşı tarafa açıkça bildirilir. Nitekim HMK m.94'e göre, kesin süreye ilişkin ara karar duraksamaya mahal vermeyecek kadar açık olmalı ve verilen sürenin amaca uygun, elverişli olması gerekmektedir. Aksi halde verilen hüküm hukuki sonuç doğurmayacaktır. Yargıtay'ın içtihatları da bunu destekler niteliktedir⁴⁶.

B. MÖHUK m.50 "Mahkeme" Şartı – İdari Kararların Tanınması ve Tenfizi

MÖHUK m.50 uyarınca, yabancı bir ülkeden alınmış bir kararın Türkiye'de icra olunabilmesi için aranan ön şartlardan ikincisi, kararın yabancı bir mahkeme tarafından verilmiş olmasıdır. Kural olarak, tenfize konu kararı veren yabancı makamın mahkeme niteliğini haiz olup olmadığını kararın verildiği ilgili yabancı devlet hukukuna göre belirlemek gerekir. Ancak, doktrinde de öne sürüldüğü üzere eğer tenfiz devletine göre söz konusu yabancı makam "mahkeme" niteliğini taşııyorsa bu şart gerçekleşmiş sayılmaz⁴⁷. O halde, yabancı belediye, noter ya da valilik gibi idari makamların verdiği kararların Türkiye'de tenfizi -kural olarak- mümkün değildir⁴⁸.

Bu bağlamda, milletlerarası anlaşmalarda aksi öngörülmediği müddetçe yabancı idari makamlarca verilen kararların tanınması ve tenfizi mümkün değildir. Ne var ki, özellikle aile hukuku alanındaki ihtilaflarda, örneğin boşanma kararları bakımından pek çok yabancı devlet kendi iç hukukunda idari

⁴³ ÇELİKEL/ERDEM, s.673; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s.553.

⁴⁴ İlgili Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 11.HD., 13.10.2015, E.2014/13901, K.2015/10418. <http://www.kanunum.com> (Erişim: 21.02.2023)

⁴⁵ Türk doktrinindeki baskın görüşe göre bu kesinleşme şartı, kararın verildiği hukuka göre hem şekli hem de maddi anlamda kesinleşmesini gerektirmektedir. Bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s.643; NÖMER, s.508; ÇELİKEL/ERDEM, s.792; AKINCI, s.143. Buna karşılık, doktrinindeki bir başka görüşe göre yabancı mahkeme kararının tanınabilmesi için verildiği ülke hukukuna göre şekli anlamda kesinleşmiş olması yeterlidir. Bu görüşü savunan yazarlar için bkz: Özkan Işıl/ TÛTÛNCÛBAŞI Uğur: Uluslararası Usul Hukuku, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s.184 vd.; EKŞİ Nuray: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, İstanbul 2013, s.573.

⁴⁶ İlgili Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 8.HD., 26.05.2021, E.2019/3630, K.2021/4428. <http://www.lexpera.com>; Yargıtay 2.HD., 07.02.2019, E.2018/8258, K.2019/696. <http://www.lexpera.com> (Erişim:21.02.2023)

⁴⁷ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s.635; NÖMER, s.417.

⁴⁸ EKŞİ, s.229.

makamlarına (örn. belediyeler) yetki vermiş olabilmektedir. Örneğin, bir Türk vatandaşı yurtdışında idari makamların verdiği bir karar ile boşanmış olabilir. Söz konusu boşanma kararına MÖHUK m.50 uyarınca Türkiye’de hukuki etki tanınmaması yeniden evlenmek isteyen Türk vatandaşı için bir sorun teşkil edecektir. Bu sorunun çözümü için Nüfus Hizmetleri Kanunu⁴⁹ (“NHK”) m.27/A hükmü ile bir kanuni değişiklik yapılmıştır. Buna göre, yabancı makamlarca verilmiş olan boşanma, evliliğin butlanı, iptali ve mevcut olup olmadığının tespitine ilişkin idari kararların nüfus müdürlüklerince belli şartlar çerçevesinde incelenerek (tanıma davasına gerek olmaksızın) nüfus kütüğüne tescili öngörülmüştür. Bu hüküm uygulamadaki ihtiyaca cevap verecek olumlu bir gelişme olarak yorumlanabilir. Ancak bu meselenin MÖHUK yerine NHK altında düzenlenmiş olmasının kanun yapma sistematığına uygun olmadığı kanaatindeyiz. MÖHUK m.50’ye istisna teşkil eden bu önemli hükmün MÖHUK’a aktarılması daha yerinde olacaktır. Öte yandan, NHK m.27/A’da anılan tescil işlemi öncesi aranan şartlardan biri olan kamu düzenine aykırılık incelemesinin idari personel tarafından nasıl uygulanacağı ve hukuki yönden denetlenebileceği de bir diğer endişe sebebi teşkil etmektedir.

Yabancı idari makamlarca verilen kararların tanınması ve tenfizi hakkında Türk hukukunda öngörülen bir diğer istisna ise milletlerarası evlat edinme kararları hakkındadır. NHK m.30 uyarınca, evlat edinme olaylarına ilişkin yabancı idari makamlarca verilen ve o ülkenin hukukuna göre kesinleşmiş olan veya kesin hüküm gibi sonuç doğuran karar ve belgeler Türkiye’de tanıma davasına konu edilebilir. MÖHUK m.50’ye önemli bir istisna teşkil eden bu hükmün de MÖHUK’a aktarılmasının sistematik açıdan daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

IV. TANIMA VE TENFİZİN ESAS ŞARTLARI BAKIMINDAN KARŞILAŞILAN SORUNLAR

A. Karşılıklılık

MÖHUK m.58 uyarınca yabancı mahkeme kararlarının tanınmasında aranan şartlar ile tenfizde aranan şartların ayrıştığı tek koşul MÖHUK m.54/f.1 (a) bendinde yer verilmiş olan “karşılıklılık” (mütekabiliyet) koşuludur. Diğer bir ifade ile tanımda karşılıklılık aranmazken tenfizde aranır.

Karşılıklılık; hukuki, sözleşmesel veya fiili karşılıklılık olarak gerçekleşebilir. Yabancı mahkeme kararının tenfizi şartlarını inceleyen Türk hâkiminin karşılıklılığın gerçekleşip gerçekleşmediği hakkında bir araştırma yapması gerekir ve bu kapsamda Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü’ne de başvurabilir. Sözleşmesel karşılıklılık Türkiye’nin gerek ikili adli yardım anlaşmaları gerek çok taraflı milletlerarası anlaşmalar vasıtasıyla Türk mahkemesine yöneltilmiş olan tenfiz talebine konu mahkeme kararının verildiği ülke ile arasında ilamların tenfiz edileceğine ilişkin düzenlemeler içermesi halinde ortaya çıkar. Hukuki karşılıklılık ise Türk mahkemesine yöneltilmiş olan tenfiz talebine konu mahkeme kararının verildiği ülkenin tenfize ilişkin kurallarının Türk hukukunda aranan koşullara benzer olması ve bu anlamda birebir aynı şartları içermese bile Türk hukukunda arananlardan daha ağır şartlar içermemesidir⁵⁰. Son olarak, fiili karşılıklılık ise Türk mahkemesine yöneltilmiş olan tenfiz talebine konu mahkeme kararının verildiği ülkede Türk mahkemesi kararlarının tenfizinin fiiliyatta da mümkün olmasıdır.

Sözleşmesel ve hukuki mütekabiliyetin karşısında fiili karşılıklılığın arz ettiği önem bakımından Yargıtay kararları dikkate alınmalıdır. Yargıtay, hukuki ya da sözleşmesel karşılıklılığa rağmen fiiliyatta Türk mahkemesi kararlarının tenfiz edilmediğinin ortaya konulduğu durumlarda karşılıklılığın gerçekleşmediğine hükmetmiştir⁵¹. Bu bakımdan hukuki ya da sözleşmesel karşılıklılık, olumsuz fiili durum karşısında dikkate alınmamaktadır. Buna ilişkin olarak MÖHUK m.54/f.1 (a) bendinde bir değişiklik yapılması düşünülebilir. Zira kanun bu haliyle her üç karşılıklılık halini “veya” bağlacı ile sıralamakta ve aralarında bir hiyerarşi öngörmemektedir⁵². Ekleme gerekir ki, hukuki ya da sözleşmesel karşılıklılığın varlığına rağmen ilgili yabancı devlet mahkemelerine daha önce bir Türk mahkemesi kararının tenfizine ilişkin hiç talep götürülmemiş olduğundan fiili karşılıklılık ortaya konulamıyor ise bu durum bir tenfiz engeli teşkil etmeyecektir⁵³.

Yukarıda anılan karşılıklılık kriterinin tenfiz davaları bakımından bir şart olarak MÖHUK m.54’te düzenlenmiş bulunmasının yerindeliğinin sorgulanması gerekir. Keza doktrinde yalnızca tenfiz davaları bakımından aranan söz konusu karşılıklılık kriteri pek çok eleştiriye maruz kalmıştır. Siyasi gerekçeler ile kabul edilen ancak taraf menfaatine hizmet etmeyen bu kriterin kaldırılması önerilmiştir⁵⁴. Karşılaştırmalı hukuka bakılacak olursa İsviçre ve Fransız hukuklarında yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde karşılıklılık esasının aranmadığı; Alman hukukunda ise karşılıklılığın yalnızca malvarlığına ilişkin taleplerde arandığı görülmektedir⁵⁵. Buna mukabil, doktrinde karşılıklılığın tenfiz davaları bakımından gerekli olduğu da savunulmuştur⁵⁶. Bu yaklaşım, yargı ve icra hakkının kullanılmasının bir egemenlik tasarrufu olduğu

⁴⁹ RG: 29.04.2006, 26153.

⁵⁰ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s.656.

⁵¹ İlgili Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 11.HD., 30.01.2009, E.2008/1284, K.2009/980. <http://www.lexpera.com> (Erişim: 21.02.2023). Ayrıca bu yönde bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s.658.

⁵² NOMER, s.519; AKINCI, s.203.

⁵³ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, s.658; NOMER, s.519.

⁵⁴ ÖZKAN/TÜTÜNCÜBAŞI, s.190.

⁵⁵ SARIÖZ BÜYÜKALP, s.162 dn.103.

⁵⁶ SARIÖZ BÜYÜKALP, s.162 dn.103; ŞENSÖZ MALKOÇ, Ebru: Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması, 1.Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s.256-257; DEMİRKOL, Özüm: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde Karşılıklılık Esası, 1.Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s.39 ve s.50; SARGIN, Fügen: “A Critical Analysis of the Requirements of Recognition and Enforcement of Foreign Judgments under Turkish Law”, IPRax-Heft 4/2008, 2008, s.355.

noktasından hareket eder ve Türk mahkemesi tarafından verilen kararları icra etmeyen bir devletin mahkemelerinin vereceği kararların icrasına izin verilmesini haklı görmez. Kanaatimizce karşılıklılık kriteri salt siyasi amaçlar güden ve dahası bu amaçları da tam olarak yerine getiremeyen bir araçtır. Karşılıklılık şartı, ilgili mahkeme kararının tarafları bakımından bir cezalandırıcı etki yaratmaktadır. Öyle ki, kimi zaman tenfiz talebinde bulunan kişi Türk vatandaşı olabilir ve karşılıklılık şartı Türk vatandaşı davacıyı çok güç bir durumda bırakabilir. Bunun yanı sıra, karşılıklılık şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tayini hâkime ek bir külfet getirmekte ve yargılamanın uzamasına neden olmaktadır. Taraflar, yabancı ülke hukuklarındaki karşılıklılığa ilişkin uygulamanın her an değişebilme ihtimalini göz önünde bulundurmalıdırlar. Bu nedenlerle, karşılıklılık şartının ortadan kaldırılması yönünde MÖHUK m.54'e ilişkin bir kanun değişikliği yapılması gerektiği fikrindeyiz.

B. Kamu Düzeni

MÖHUK m.54/f.1 (c) bendi uyarınca Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil eden yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizi mümkün değildir. Kamu düzeni kavramının açık bir kanuni tanımı bulunmamaktadır⁵⁷. Kamu düzeni kavramı, zamana ve yere göre farklılık arz eder. Kamu düzenine aykırılığın tespiti Türk hâkiminin önüne gelen her bir dava bakımından ayrı bir değerlendirme yapılmasını gerektirir. MÖHUK m.54 (ç) bendi ancak kamu düzenine “açıkça” bir aykırılık bulunması halinde uygulama alanı bulabilir ve bu açıdan son derece istisnai hallerde başvurulması gereken bir tenfiz engelidir. Örneğin, Türk hukukunun emredici hükümlerine aykırı bir yabancı mahkeme ilamı kategorik olarak Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmez.

Kamu düzeni kavramının kesin bir tanımının bulunmayışı karşısında özellikle tanıma ve tenfiz davalarında davacı bakımından şaşırtıcı olabileceği⁵⁸, kamu düzeninin müdahalesinin istisnaiğini ihlal eden ve bu kavramı geniş yorumlayan yargı kararlarıyla karşılaşılabilir. Öte yandan, Yargıtay yine şaşırtıcı biçimde kimi zaman kamu düzeni kavramını oldukça dar bir biçimde yorumlayarak, geleneksel yaklaşımından da ayrılabilir. Örneğin, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 2012 tarihli kararında gerekçesiz yabancı mahkeme kararlarının tenfizi kamu düzeni bağlamında incelenmiş ve kararda salt gerekçesizliğin Türk kamu düzenine aykırı olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu bu karara varırken Türk tanıma ve tenfiz hukukunda kabul gören esastan inceleme yasağına da vurgu yapmış ve gerekçeyi kararın esasına ilişkin olarak maddi hukuk kapsamında ele almıştır⁵⁹. Kanaatimizce bu yaklaşım esastan inceleme yasağının vurgulanması bakımından haklı olmakla beraber yabancı ilamın dayandığı gerekçe yalnızca maddi hukuk yönünden uygulanan hukukun doğru tatbik edilip edilmediği yönünden önem arz etmez. Gerekçe, yabancı mahkemenin adil yargılanma ilkesine saygılı biçimde davrandığının tespiti bakımından da önem arz eder. Öte yandan Anayasamız m.141/f.3 hükmü uyarınca da “[b]ütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır”. Ancak elbette kimi zaman ilgili yabancı devletin usul hukuku kuralları gereği bazı tür mahkeme kararları gerekçesiz biçimde yayınlanıyor olabilir. Kanaatimizce, bu nedenlerle her olayın somut özellikleri değerlendirilerek adil yargılanma ilkesini zedeleyici hallerde gerekçesizliğin Türk kamu düzeni müdahalesini haklı kılacak bir durum olabileceği de göz önünde bulundurulmalıdır.

Tanıma ve tenfiz davalarında kamu düzeni incelemesi, davacıların hukuki güvenlik duygusunu zedeleyici ve taraflar için sürpriz etkisi yaratacak boyutlara ulaşmamalı; Türk kamu düzeni ancak yabancı ilamın Türk adalet anlayışı bakımından tahammül edilemez sonuçlar doğurması halinde devreye girmelidir. Kamu düzeni engeli tanıma ve tenfiz davalarının mesnetsiz iddialar ile uzamasına, sürüncemede kalmasına neden olabilecek bir kavram olarak düşünülemez. Kamu düzeni engelinin ancak Türk kamu düzenine açıkça aykırılık halinde ve istisnai olarak devreye girmesi gerekir.

Öte yandan, tenfiz davalarında uygulamada kimi zaman mahkemenin bilirkişi tayin etmek suretiyle kararın içerik bakımından denetimine varacak incelemelerde bulunduğu görülmektedir. Tanıma ve tenfiz davalarında kamu düzeni adı altında içerik denetimi yapılması esastan inceleme yasağına aykırılık teşkil eder.

⁵⁷ 2012 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararında yer verilen kamu düzeni kavramı şu şekilde tanımlanmıştır: “[...] Kamu düzeni, niteliği gereği zamana, yere göre değişen, içeriğinin tespiti zor, her somut olaya göre değişiklik gösteren bir kavramdır. İlimi açıklamalara ve yargısal kararlara rağmen gelişen hukuk sistemlerinde bile tanımlanmamasına rağmen “toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kuralların bütünü” olarak tanım yapılabilir. Kamu düzeni kavramının müdahale alanı son derece geniş ve yoruma müsaittir. Hükmün gerekçesiz oluşundan dolayı kamu düzeni kavramından hareket ederek, yabancı ilamın verilmesinde işlenen usulün, uygulanan hukukun, ilamın icrasının meydana getireceği sonuçların incelenmesi suretiyle, bir kararın kamu düzenine aykırı bulunarak tenfizi mümkün olmayacaktır demek çok ağır bir neticeyi yaratmak olacaktır. Türk kamu düzeninin ihlalini gerektirecek haller çoğunlukla emredici bir hükmün açıkça ihlali halinde düşünülecektir. Fakat her emredici hükmün ihlali halinde veya her emredici hükmü ihlal eden bir yabancı kararın Türk kamu düzenine aykırı bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. O halde, iç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir. İç hukukta kamu düzeninin, tarafların uymak zorunda oldukları, kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kurallar olarak anlaşılması gerekir.” Yargıtay İBGGK, 10.02.2012, E.2010/1, K.2012/1. <http://www.kazanci.com> (Erişim: 21.02.2023)

⁵⁸ TARMAN, Zeynep Derya: “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Bazı Tespitler”, *Public and Private International Law Bulletin*, 37(2), 2017, s.812.

⁵⁹ İlgili karar için bkz. Yargıtay İBGGK, 10.02.2012, E.2010/1, K.2012/1. <http://www.kazanci.com> (Erişim: 21.02.2023)

C. Davanın Savunma Haklarına Riayet Edilmiş Olması Şartı (m.54/ç) Bağlamında Tebligat Usulü

MÖHUK m.54 (ç) bendi uyarınca öngörülmüş olan bir diğer tenfiz engeli davalının savunma hakları ve tebligat usulü ile ilgilidir. Buna göre, o yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş ve bu kişi yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk mahkemesine itiraz etmiş ise bu bir tenfiz engeli teşkil eder. Bu hüküm kapsamında yer verilmiş olan “o yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış” olması şartı milletlerarası tebligat hakkında bazı tartışmaları beraberinde getirmektedir.

Türkiye'nin taraf olduğu 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair La Haye Sözleşmesi ile 1965 tarihli La Haye Sözleşmesi⁶⁰ milletlerarası tebligat hakkında hükümler içerir. İç hukukta ise Tebligat Kanunu m.25 yabancı ülkeye yapılacak tebligat hakkında hükümler içerir.

Türkiye'nin 1965 tarihli La Haye Sözleşmesi m.10(a) hükmüne ilişkin koymuş olduğu çekince nedeniyle Türkiye'de bulunan kişilere doğrudan adı posta yolu ile tebligat yapılması geçerli bir tebligat usulü olarak addedilemez. Dolayısıyla, eğer tenfize konu yabancı ilamın kesinleşmesine ilişkin olarak davalıya yapılan tebligat bu şekilde adı posta biçiminde yapılmış ise ve bu durum davalı tarafından bir tenfiz engeli olarak ileri sürülmüş ise MÖHUK m.54(ç) bendi kapsamında bu durum bir tenfiz engeli teşkil edecektir.⁶¹ Buna karşın, anılan durumun aksine kişi, kendisine usulüne uygun tebligat yapıldığı halde bilerek mahkemeye gitmemiş ve karar gıyabında alınmış; daha sonra bu kararın tenfizi aşamasında savunma haklarının ihlal edildiğini öne sürmüştü bu durumun MÖHUK m.54(ç) bendi uyarınca bir tenfiz engeli teşkil etmemesi gerektiği belirtilmiştir⁶².

Savunma haklarının ihlal edilip edilmediği Türk usul hukukuna göre değil, kararı veren yabancı mahkemenin usul hukukuna göre belirlenecektir. Nitekim m.54(ç) bendine “o yer kanunları uyarınca” ifadesi kullanılarak savunma haklarının ihlal edilip edilmediğine ilişkin değerlendirmenin yabancı mahkemenin hukukuna göre yapılacağı açıkça vurgulanmıştır. O halde, tenfiz davasında davalı savunma haklarının ihlal edildiğini ileri sürerse, davacı vekillerinin tebligatın hukuka ve usulüne uygun şekilde yapıldığına ve hukuki dinlenilme hakkının doğru kullandırıldığına dair yabancı mahkemeden belge istemeleri makul ve uygun olacaktır.

V. GEÇİCİ HUKUKİ KORUMALAR–İHTİYATİ TEDBİR

Esas hakkındaki davaya bakmaya yetkili bir Türk mahkemesinin bulunmadığı ya da tarafların aralarındaki uyuşmazlığın esası hakkında yabancı bir devlet mahkemesini yetkilendirdikleri hallerde Türk mahkemelerinden bir ihtiyati tedbir kararı alınması mümkün olamamaktadır. Zira, ihtiyati tedbir kararlarına ilişkin Türk mahkemelerinin yetkisi MÖHUK'ta bu konuda özel bir hükmün bulunmaması karşısında MÖHUK m.40'tan hareketle HMK m.390 uyarınca belirlenir. Bu hükme göre, davacı “dava açılmadan önce, esas hakkında görevli ve yetkili olan mahkemeden; dava açıldıktan sonra ise ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden” ihtiyati tedbir talebinde bulunabilir. İhtiyati tedbir kararı almak üzere yetkili bir Türk mahkemesinin bulunmaması durumunda taraflar ihtiyati tedbir kararını yurtdışında yetkili bir mahkemeden alabilirler. Ancak bu durumda da bu kararı Türkiye'de icraya koyamazlar. Zira, ihtiyati tedbir kararları geçici nitelikte olup kesinleşmiş değildir; bu bakımdan MÖHUK m.50'de aranan kesinleşme şartını sağlamaz. Bu tablo karşısında uygulamada HMK m.389'da yer verilen hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşmasından veya imkânsız hale gelmesinden veya gecikme nedeniyle ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesinin yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar bakımından önüne geçilemediği ve ilgili tarafın menfaatlerinin zedelendiği açıkça görülmektedir. Mülga HUMK m.104 uyarınca bu soruna yol açmayan farklı bir kural öngörülmekteydi; buna göre “ihtiyati tedbire en az masrafla karar verecek ve kararı en hızlı icra edecek yer mahkemesi” yetkili mahkeme olarak belirlenmişti.

Doktrinde HMK m.390'ın taraflar arasında yabancı mahkemeleri yetkilendiren bir yetki sözleşmesinin bulunduğu durumlarda dahi bu yetki anlaşması yokmuşçasına ihtiyati tedbir konusu malvarlığının Türkiye'de bulunduğu yer mahkemesinde dava açılabilmesi yönünde yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir⁶³. Nitekim doktrinde HMK m.390 hükmünün yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklardaki ihtiyaçlara cevap vermedeki bu eksikliği HMK'da değişiklik yapılmasına ilişkin bir kanun tasarısında da yer bulmuştur. Mart 2020'de Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Teklifi'nin 41. maddesi uyarınca HMK m.390/f.1'e “esas hakkında yabancı devlet mahkemesinin, hakemin veya hakem kurulunun görevli ve yetkili olması halinde, ihtiyati tedbir, bu talebe konu hak veya şeyin bulunduğu yer Türk mahkemelerinden talep edilir.” ibaresinin eklenmesi teklifi meclise sunulmuştur. Ne var ki, ilgili kanun değişikliği teklifi anılan hüküm çıkartılarak kabul edilmiştir. Bu durum uygulamadaki ihtiyaçlar düşünüldüğünde yerinde olamamıştır. Kanaatimizce doktrinindeki eleştiriler gözetilerek kanunda bir değişiklik yapılması gerekir. Ancak bu meseleye ilişkin hükmün HMK'ya değil,

⁶⁰ RG: 17.06.1972, 14218.

⁶¹ İlgili Yargıtay Kararları için bkz. Yargıtay 11.HD., 20.02.2020, E.2018/3992, K.2020/1847. <http://www.lexpera.com.tr>; Yargıtay 11. HD., 19.02.2015, E.2015/1049, K.2015/2238. <http://www.lexpera.com.tr> (Erişim: 21.02.2023); Yargıtay 11.HD., 06.04.2012, E.2012/3175, K.2012/5547. <http://www.kazanci.com> (Erişim: 21.02.2023)

⁶² NOMER, s.535.

⁶³ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s.610; ÇELİKEL/ERDEM, s.582-583; NOMER, s.487.

MÖHUK'a ayrı bir madde eklenmesi suretiyle yapılması daha isabetli olacaktır. Bu konuda Tiryakioğlu'nun kanun değişikliği önerisine⁶⁴ katılmaktayız. İlgili değişiklik önerisi şu şekildedir:

“Yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda ihtiyati tedbir kararları, tedbir talebinin doğduğu esasa ilişkin uyuşmazlığın Türkiye’de görüldüğü ya da görüleceği mahkemeden talep edilir. Türk mahkemelerinde veya yabancı ülke mahkemelerinde görülecek ya da görülen uyuşmazlıklarla ilgili ihtiyati tedbir kararları, Türkiye’de tedbir konusu mal veya hakkın bulunduğu yer mahkemelerinden de talep edilebilir.”

Önemle eklemek gerekir ki, anılan sorun tarafların geçerli bir tahkim anlaşmasına dayanarak aralarındaki uyuşmazlığın çözümü için tahkime başvurdukları durumlar bakımından aşılmıştır. Zira, MTK m.1/f.3 uyarınca ihtiyati tedbir kararı almaya ilişkin MTK m.6, MTK'nın kapsamına girmeyen tahkim yargılamaları bakımından da (örneğin, tahkim yeri Fransa olmak üzere Milletlerarası Ticaret Odası tahkim kurallarına tabi bir tahkim yargılamasında) uygulama alanı bulacaktır. Bu madde ile tahkim yeri Türkiye’de olmayan ya da MTK'nın uygulanmasının taraflarca seçilmediği milletlerarası tahkim yargılamalarında ihtiyati tedbir kararı almak üzere MTK m.3 uyarınca belirlenecek yetkili bir Türk mahkemesi tesis edilmiştir. Buna göre, davalının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerinin bulunduğu yer Asliye Hukuk Mahkemesi veya dava konusuna göre Asliye Ticaret Mahkemesi (Ek Madde 1); davalının Türkiye’de yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya işyeri yoksa İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesi veya dava konusuna göre Asliye Ticaret Mahkemesi (Ek Madde 1) görevli ve yetkili olacaktır. Yukarıda da vurgulandığı üzere, esasa ilişkin uyuşmazlık hakkında yabancı devlet mahkemelerinin yetkilendirildiği durumlar ve uygulamadaki sorunlar gözetilerek benzer bir düzenlemenin MÖHUK'ta da yapılması gereği açıktır.

VI. ZORUNLU ARABULUCULUK

Türk milletlerarası usul hukukunda hâkim olan *lex fori* prensibi gereği, yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar hakkında Türk mahkemelerine başvurulduğunda halihazırda yürürlükte bulunan ilgili kanunlar uyarınca öngörülmüş olan iş ve tüketici davaları ile ticari davalarda zorunlu arabuluculuk bir dava şartı olarak re'sen gözetilecektir. Diğer bir ifade ile yabancılık unsuru içeren uyuşmazlık iş, tüketici ya da ticaret hukukuna ilişkin bir konuda ise kural olarak davanın Türk mahkemelerince görülmesinden önce zorunlu arabuluculuk sürecinin tamamlanmış olması bir dava şartıdır. Zorunlu arabuluculuğa başvurulmadan dava açılmış ise 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu⁶⁵ (“HUA”) m.18A/2 uyarınca herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı noksanlığı sebebiyle usulden reddine karar verilecektir.

Söz konusu düzenlemeler ışığında her ne kadar yabancılık unsuru içeren ve yukarıda anılan konulardaki davalarda arabuluculuk bir dava şartı ise de bu şart tanıma ve/veya tenfiz davalarını kapsamaz. Uygulamada tanıma ve tenfiz davaları hakkında da – tanınması ve tenfizi istenen yabancı ilamın yukarıda sayılı dava konularından biri hakkında olması durumunda – zorunlu arabuluculuğa başvurulması yönünde yanlış bir uygulamanın geliştiği gözlemlenmektedir⁶⁶. Tanıma ve tenfiz davalarında tanımaya ya da tenfize konu yabancı mahkeme kararı Türk Ticaret Kanunu (“TTK”), İş Mahkemeleri Kanunu (“İMK”) ya da Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (“TKHK”) kapsamında zorunlu arabuluculuğun öngörüldüğü türden bir uyuşmazlığa ilişkin olsa dahi tenfiz davası öncesinde zorunlu arabuluculuk prosedürü uygulama alanı bulmayacaktır. Türk mahkemelerinde görülen yabancı unsurlu bir mahkeme kararının tenfizi davasında revizyon yasağı (esastan inceleme yapma yasağı) söz konusu olduğundan tanınması ve tenfizi istenen yabancı ilamın Türk hukukunda zorunlu arabuluculuğa tabi bir konu olmasının bir önemi bulunmamaktadır.

VII. SONUÇ

Yabancı mahkeme kararlarına Türkiye’de hukuki etki tanımak için açılan davalarda karşılaşılan problemlerin incelenmesi neticesinde varılan sonuç, özellikle Yargıtay’ın bir içtihat birliğine sahip olmaması ve bu durumun yargılama sürecini uzattığı gibi harç ve teminat hakkında yapılan değerlendirmeler düşünüldüğünde masrafları da arttırdığı yönündedir. Nitekim gerek tanıma ve tenfizin ön şartları gerek esas şartları gerekse de usule ilişkin çeşitli konularda Yargıtay’ın içtihatları değişiklik göstermektedir. Bu kapsamda tanıma ve tenfiz davalarında içtihat birliği sağlanması açısından Yargıtay dairelerinden birinin tanıma ve tenfiz davalarına bakması yerinde olacaktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Yargıtay’ın belirli dairesinin tanıma ve tenfiz davaları için görevlendirilmesi yargılama sürecinde karşılaşılan tercüme sorunları, usulü eksiklikler, milletlerarası ve ikili anlaşmaların daha detaylı araştırılması konusunda yetkili makamlardan yardım alınması, formata ilişkin farklılıkların dikkate alınması gibi hususlarda süreci hızlandıracağı gibi masrafların da azalmasına neden olacaktır. Ayrıca, tenfiz davalarının doğrudan Bölge Adliye Mahkemeleri’nce görülmesi de kanun koyucu tarafından göz önünde tutulabilecek bir diğer husus olabilir.

Bunların yanı sıra, geçici hukuki koruma tedbirleri bakımından da uygulamada birtakım sorunların yaşandığı gözlemlenmektedir. Nitekim uyuşmazlığın esası hakkında yetkili bir Türk mahkemesinin bulunmaması durumunda yahut da tarafların aralarında yetki sözleşmesi yapmak suretiyle esas hakkında yabancı bir devlet mahkemesini yetkilendirmesi halinde bir geçici hukuki koruma tedbiri olan ihtiyati tedbir kararının Türk mahkemelerinden alınması söz konusu olmayacaktır. Bunun temelinde yatan neden ise MÖHUK'ta Türk mahkemelerinin ihtiyati tedbir kararı almak konusunda özel bir yetkisinin olduğuna dair

⁶⁴ TİRYAKIOĞLU, Bilgin: “Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin İhtiyati Tedbir Kararı Alma Yetkisi”, Public and Private International Law Bulletin, 40(2), 2020, s.934.

⁶⁵ RG: 22.06.2012, 28331.

⁶⁶ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s.628-629 dn.380.

hüküm bulunmamasıdır. Ayrıca, ihtiyati tedbir kararının geçici nitelikte olması yabancı mahkemelerden alınan ihtiyati tedbir kararlarının Türkiye’de tanınıp tenfiz edilmesini de mümkün kılmamaktadır. Zira, MÖHUK m.50 uyarınca kesinleşmemiş bir mahkeme kararının tenfizi mümkün değildir. Bu hal ise hakkın elde edilmesini güçleştireceği, zorlaştıracığı ve hatta imkânsız hale getirebileceğinden uyuşmazlık taraflarının zarara uğramasına ya da hakkını elde edememesine neden olacaktır. Bu bağlamda MÖHUK’ta konuyla ilgili bir düzenleme yapılarak uygulamada var olan sorunların giderileceği kanaatindeyiz.

Son olarak yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi bakımından arabuluculuk uygulamasının ne şekilde yapılacağı konusunda tartışmalar mevcuttur. Nitekim *lex fori* ilkesi uyarınca yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlığın ticari, tüketici ya da iş hukukuna ilişkin olması durumunda arabuluculuk, yargılama öncesi zorunludur ve dava şartıdır. Ne var ki, uyuşmazlık konusu ticari, tüketici ya da iş hukukuna ilişkin olsa dahi tanıma ve tenfiz davaları bakımından bu durum söz konusu değildir. Uygulamada her ne kadar aksi yönde işlemler yapılsa da niteliği gereği tanıma ve tenfiz davalarında bu durum söz konusu olmayacaktır.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Zeynep Derya TARMAN, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Zeynep Derya TARMAN who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors' Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnULR in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that İnonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnonu University Law Review.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Ziya: Milletlerarası Özel Hukuk, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, Bahadır: Milletlerarası Özel Hukuk, 16. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2020.
- DEMİRKOL Özüm: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinde Karşılıklılık Esası, 1. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2017.
- EKŞİ, Nuray: Mahkeme Kararlarıyla Milletlerarası Özel Hukuk El Kitabı, 1. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2022.
- EKŞİ, Nuray: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, İstanbul, 2013.
- ESEN, Emre: "Hukuk Usulüne Dair La Haye Sözleşmesi Kapsamında Yabancı Tüzel Kişilerin Teminat Yükümlülüğünden Muafiyeti", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi (1), 2018, s.1-25.
- GÜNGÖR, Gülin: Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- HUYSAL, Burak: "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler Işığında Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Konusunda Bazı Tespitler", MHB (32), 2012, s.75-101.
- NOMER, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, 22. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2017.
- ÖZKAN, Işıl/TÜTÜNCÜBAŞI, Uğur: Uluslararası Usul Hukuku, 2 Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- POSTACIOĞLU, İlhan E./ALTAY, Sümer: Medeni Usul Hukuku Dersleri, 8 Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- SARGIN, Fügen: "A Critical Analysis of the Requirements of Recognition and Enforcement of Foreign Judgments under Turkish Law", IPRax-Heft (4), 2008, s. 354-359.
- SARIOZ BÜYÜKALP, İpek (2018). "Adil Yargılanma Hakkının Türk Tanıma ve Tenfiz Hukukuna Etkileri", in Zeynep Derya Tarman (ed.), Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018, s. 123-205.
- ŞANLI, Cemal: Hukuki Mütalaaların, 1. Bası, Adalet Yayınları, Ankara, 2016.
- ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN FİGANMEŞE, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.
- ŞENSÖZ MALKOÇ, Ebru: Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması, 1. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2017.
- TARMAN, Zeynep Derya: "Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Bazı Tespitler", Public and Private International Law Bulletin (37), 2017, s. 798-820.
- TİRYAKIOĞLU, Bilgin: "Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin İhtiyati Tedbir Kararı Alma Yetkisi", Public and Private International Law Bulletin (40), 2020, s. 917-935.
- TÜTÜNCÜBAŞI, Uğur: "Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2), 2010, s. 183-223.

**VERGİ HUKUKUNDA MÜKELLEFİYET KAYDININ RE'SEN TERKİNİ VE
TEBLİGATA İLİŞKİN ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR****EX OFFICIO CANCELLATION OF TAX REGISTRATION AND
PROBLEMS ARISING FROM NOTIFICATION IN TAX LAW**Altan RENÇBER*  & Selin OVALIOĞLU** **Makale Bilgi**Gönderi: 08/11/2022
Kabul : 06/03/2023**Anahtar Kelimeler***Mükellefiyet Kaydının
Re'sen Terkini,
Teşebbüs Özgürlüğü,
Sahte Belge Düzenleme
Suçu,
Gizleme Suçu,
Masumiyet Karinesi.***Article Info**Received: 08/11/2022
Accepted: 06/03/2023**Keywords***Ex Officio Cancellation
of Tax Registration,
Freedom of Enterprise,
Crime of Forging
Documents,
Crime of Concealment,
Presumption of
Innocence.***Özet**10.21492/inuhfd.1200542 

Çalışmada Vergi Usul Kanunu'nun 160 ve 160/A maddelerinde düzenlenen mükellefiyet kaydının vergi idaresi tarafından terkin edebileceği üç farklı hal vergi hukuku ve ceza hukukunun temel kavram ve ilkeleri çerçevesinde eleştirel bir bakış açısıyla incelenmiştir. Çalışmanın ilk üç bölümünde re'sen terkin işlemlerinin şartları, dördüncü bölümde ise bu işlemlerin hukuki nitelikleri tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu doğrultuda özellikle sahte belge düzenlenmesi suçunun işlendiğine dair tespitlerin ya da şüphenin olduğu durumlarda mükellefiyet kaydının re'sen terkin kararı alınması sürecinde temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından dikkat edilmesi gereken hususlar belirtilmiştir. Beşinci bölümde ise re'sen terkin yapılan durumlarda tebligatla bağlantılı yaşanan sorunlar ele alınmıştır. Bu kapsamda uygulamada vergi incelemesi sonucunda mükellefiyet kaydının terkin edildiği hallerde bu hususun mükellefe ihbarname ile tebliğ edilmesinin ve mükellefiyet kaydı terkin edilen kişilere elektronik tebligat yapılarak defter ve belgelerin istenmesinin mükellef nezdinde yarattığı olumsuz durumlar açıklanmıştır. Sonuç olarak, mükellefiyet kaydının re'sen terkin edildiği durumlarda mevzuat ya da uygulamadan kaynaklı sorunlara dair değerlendirme yapılmış ve çözüm önerileri sunulmuştur.

Abstract

In the study, three different cases where taxpayer registration can be canceled by the tax administration, regulated in Articles 160 and 160/A of the Tax Procedure Law, have been critically examined within the framework of the basic concepts and principles of tax law and criminal law. In the first three parts of the study, the conditions of ex officio cancellation transactions, and in the fourth part, the legal qualities of these transactions are tried to be determined. In this respect, the issues that need to be considered in terms of protecting fundamental rights and freedoms in the process of ex officio cancellation of the taxpayer registration in cases where there is a suspicion or identification that the crime of issuing forged documents has been committed are stated. In the fifth chapter, the problems experienced in connection with the notification in cases of ex officio cancellation are discussed. In this context, in practice, in cases where the taxpayer registration is canceled as a result of the tax inspection, the negative situations caused by the notification of this issue to the taxpayer together with the notification and the request for the books and documents by electronic notification to the persons whose taxpayer registration is canceled are explained. As a result, in cases where the tax registration is canceled ex officio, the problems arising from the legislation or practice have been evaluated and solutions have been presented.



Bu eser Creative Commons Atıf-Gayri Ticari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

* Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı.

** Arş. Gör., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** RENÇBER Altan/OVALIOĞLU Selin "Vergi Hukukunda Mükellefiyet Kaydının Re'sen Terkini ve Tebligata İlişkin Ortaya Çıkan Sorunlar", İnÜHFD, 14(1), 2023, s.87-102. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

Our study aims to critically examine the situations in which ex officio cancellation of the taxpayer registration by tax administration is regulated in Articles 160 and 160/A of the Tax Procedure Law, within the framework of the basic concepts and principles of tax law and criminal law.

In the first three chapters, the situations, in which ex officio cancellation of the taxpayer registration is possible, were classified under three different groups and their conditions were tried to be determined within the framework of the letter of the law, the general regulatory administrative actions and judicial decisions for the implementation of the article. In the fourth chapter, the legal status of the ex officio cancellation decisions taken by the tax administration in three different situations is tried to be qualified within the framework of the concepts of administrative action-administrative sanction-administrative measure-protection measure, and security measure. In the fifth chapter, the problems experienced in connection with the notification in cases of ex officio cancellation are discussed.

When the literature is reviewed, it is seen that in the studies on the regulation of cancellation in Articles 160 and 160/A of the Tax Procedure Law, the conditions for the ex officio cancellation of the taxpayer registration are mainly mentioned, but the legal nature of this institution is not explained. To fill the gap related to this subject in the doctrine, the cases of ex officio cancellation of taxpayer registration are examined by comparing them with the basic institutions of administrative law, tax law, and criminal law.

In this study, the problems arising from the legislation or practice in cases where taxpayer registration is canceled ex officio have been evaluated and solutions have been presented. Below, our evaluations and suggestions are summarized in terms of the status of each ex officio cancellation.

The first situation of ex officio cancellation is the situation where it is determined that a taxpayer who did not give notice of quitting has quit his job, or that he cannot be found at the known addresses of the taxpayer as a result of the research, and there is no information that he continues his activity at another address (TPC art.160/II). In this case, taxpayers should have the right to prove the opposite of the tax administration's claim in terms of the expiry date of the taxpayer's obligation. Otherwise, might encounter unnecessary administrative sanctions.

Another ex officio cancellation situation regulated in Article 160 is foreseen for those who register exclusively to issue false documents. For the liability to be canceled within the scope of this regulation, the tax administration must also investigate the purpose of establishing the taxpayer record. Determining the purpose of the taxpayer's activity is only possible if the tax inspection is carried out at the workplace. If the taxpayer has more than one workplace or branch, these should also be investigated within the scope of the examination.

Ex officio cancellation of the tax liability registration should be considered an administrative measure, as it is a compelling action established by the tax office. It is concluded that the general provisions of the Misdemeanor Law should be applied to the ex officio cancellation of the taxpayer record in this context and that all principles, especially the presumption of innocence and the principle of proportionality in Article 38 of the Constitution, are also valid for this administrative measure.

This regulation in its current form violates the presumption of innocence, as it allows a punitive action to be taken by tax inspectors without it being proven that the crime of forging tax documents has been committed.

To make it compatible with the presumption of innocence, the condition of waiting for the finalization of the verdict given against the taxpayer as a result of the criminal proceedings should be added before the ex officio cancellation is made.

Finally, the records of taxpayers who have a high risk of issuing false documents as a result of analyses and evaluations of the tax administration may be canceled with the approval of the taxpayer or the head of the tax office, depending on the opinion and interest of the tax office, according to the result of the inspection made before the taxpayer. The tax administration should not be content with a single inspection before the cancellation as it will have severe consequences for the taxpayer.

Risk analysis is an important tool used by the tax administrations of many countries, including our country, to ensure effective auditing of taxpayers. On the other hand, under the rule of law principle, the risk analysis process should be carried out in a transparent manner, the taxpayer should know which criteria will be taken into account in this process and which taxation periods the analysis will cover. However, giving the opportunity to object to the findings in the risk analysis before taking any action against the taxpayers will prevent many disputes from being brought to court. The current version 160/A does not contain any procedural guarantees for taxpayers.

As we explained above, the cancellation within the scope of article 160/A has the general characteristics of protection measures. It has been concluded that there must be a strong suspicion that the crime has been committed before the ex officio cancellation decision since the risk of committing the crime of issuing false documents is sought to be high in the regulation and the signs are not satisfied as in the tax raid. However, it cannot be said that the 160/A regulation has the preconditions of the protection measure, proportionality, and regulation by law.

So far, the problems and problematics in the regulations regarding the ex officio cancellation of the liability registration have been discussed. In addition to these, in practice, in cases where the taxpayer's liability is canceled as a result of tax inspection, not notifying the taxpayer of this issue immediately, and the taxpayer's learning of this issue in different ways (for example, by not being able to submit a declaration) creates problems. Because, in this case, the taxpayer can only file a lawsuit against the cancellation decision ex officio by the notification of the tax penalty notice and cannot engage in any commercial activity until the notice is issued and served. For these reasons, the cases where cancellation will be made without waiting for the notification of the notice should be limited to inactive taxpayers.

Another problem in practice is notification via electronic mail (e-notification) by the tax administration against those whose taxpayer registration is ex officio canceled. Per the second paragraph of Article 107/A of the Tax Procedure Law, e-notifications are deemed to have been notified 5 days after they are sent to the addressee's system. However, taxpayers whose liability registration is abandoned ex officio are often not aware of these notifications. Especially with the notification of the letter of request for books and documents in the electronic environment, taxpayers do not give the books and documents to the tax administration because they cannot see the notifications, and "concealment crime", which is one of the crimes of tax evasion, may occur. On this subject, we conclude that e-notification to those whose taxpayer registration is canceled ex officio does not comply with the rules of law and logic, therefore, the obligation to receive e-notification should be eliminated from the ex officio cancellation process.

I. GİRİŞ

Türk Vergi Sistemi beyana dayalı olduğu için mükelleflere belirli ödevler yüklenmiştir. Sistemin temelini oluşturan söz konusu ödevler, Vergi Usul Kanunu'nun (VUK) İkinci Kitabı altında toplu biçimde düzenlenmiştir. Bu kapsamda VUK'un 153. maddesinde sayılan mükellefler, işe başlama, iş değişikliği ve işi bırakma hallerinde bildirimde bulunmak zorundadırlar.

Bildirimde bulunmak mükellefin ödevleri arasında yer almakla birlikte vergi idaresi, vergi mükelleflerinin iş durumuna dair bildirimleriyle bağlı değildir. Zira vergi hukukuna egemen ekonomik yaklaşım ilkesi, vergi idaresine vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetini araştırma yetkisi ve görevini vermektedir. Başka bir ifadeyle; vergi idaresi yasal düzenlemelere ve hukuka uygun olmak kaydıyla vergi mükellefiyetinin başlangıç ve bitiş zamanlarına ilişkin re'sen bir tespit yapma yetkisini haizdir. Bu anlayış, vergi dairesini, "mükellefi tespit eden, vergi tarh eden, tahakkuk ettiren ve tahsil eden daire" şeklinde tanımlayan VUK'un 4. maddesinin de doğal sonucudur.

Öte yandan VUK incelendiğinde vergi idaresine mükellefiyeti tespit etmenin ötesinde kayıt dışı ekonomiyle mücadele ve suçun önlenmesi amaçlarıyla da mükellefiyet kaydını re'sen terkin yetkisi tanındığı gözlemlenmektedir.

Çalışma kapsamında VUK'un 160 ve 160/A maddelerinde öngörülen "mükellefiyet kaydının re'sen terkin halleri" vergi hukuku ve ceza hukukunun temel kavram ve ilkeleri çerçevesinde ele alınacaktır. Devamında ise mükellefiyet kaydı re'sen terkin edilenlerin uygulamada tebligata ilişkin yaşadığı sorunlar açıklanacak ve bunlara ilişkin çözüm önerileri sunulacaktır.

II. MÜKELLEFIYET KAYDININ RE'SEN TERKİNE DAİR GENEL BİLGİLER

VUK'da mükellefiyet kaydını vergi idaresi tarafından terkin edebileceği haller, Kanun'un 160/2 ve 160/A maddelerinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler incelendiğinde Kanun'un üç halde idarece mükellefiyetin re'sen terkinine izin verdiği görülmektedir. Bu hallerden ilk ikisi VUK'un 160. maddesinde, son hal ise aynı Kanun'un 160/A hükmünde düzenlenmiştir.

Buna göre;

- İşi bırakma bildiriminde bulunmayan bir mükellefin işi bıraktığının tespit edilmesi veya yapılan araştırma ve yoklamalar sonucunda bilinen adreslerinde bulunamaması ve başka adreste faaliyetine devam ettiğine dair bilgi edinilememesi;
- Başkaca bir ticarî, ziraî ve meslekî faaliyeti olmadığı halde münhasıran sahte belge düzenlemek amacıyla mükellefiyet tesis ettirilmesinin inceleme raporu ile tespit edilmesi ve mükellefiyet kaydının devamına gerek görülmemesi;
- Mükellefiyet kaydının analiz ve değerlendirme sonuçlarına bağlı olarak terkinini (VUK m.160/A); hallerinde hukukumuzda mükellefiyetin re'sen terkin edilmesi mümkündür. Benzer nitelikte gözükse de mükellefiyet kaydının analiz ve değerlendirme sonucunda terkin edilmesinin diğer terkin hallerinden farklı iki temel özelliği olduğunu belirtmek gerekmektedir.

Öncelikle bu düzenleme ile idare riskli bir durumun varsayılması halinde önlem alma şansına kavuşmuş olmaktadır. Bu bağlamda bu düzenlemenin vergi idaresinin "risk odaklı denetim anlayışı"nın bir sonucu olan "Sahte Belge Risk Analizi Programı" (SARP) uygulamasının bir devamı olduğu söylenebilir¹.

Teknolojik gelişmelerin hızlanmasıyla vergi idarelerinin risk analizine dayalı işlem tesis etmelerinin önü açılmıştır. Örneğin, Avrupa Birliği Hukuku'nda kaçakçılıkla mücadelede önleyici risk analiz sistemine başvurulduğu, bunu gerçekleştirmek için mükellefler hakkında faaliyet alanları, finansal durumları, ticari faaliyetleri, beyanları ve katma değer vergisi idelerine dair mikro ve makro bilgileri içeren yazılımların ve elektronik veritabanlarının kullanıldığı görülmektedir². Bununla birlikte risk analizi yöntemlerinin vergi kayıplarının sebeplerini tespit etme ve bunları önleme işleviyle sınırlı kalması gerektiğinin altı çizilmelidir. Risk analizinin idarenin yaptırımlarını meşrulaştırmak amacıyla ve vergi mükelleflerinin hak ve özgürlük alanının kısıtlanması sonucunu doğuracak biçimde kullanılması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacaktır.

İkinci olarak; VUK'un 160/A maddesi, başkaca bir ticarî, ziraî ve meslekî faaliyetin varlığına ve mükelleflerin haklarında kesinleşen bir yargı kararı ya da cezalı tarhiyat olmamasına rağmen mükellefiyet kayıtlarının re'sen terkin edilebilmesine imkan tanımaktadır. Bu bakımdan mevcut haliyle VUK'un 160/A maddesindeki uygulamanın masumiyet karinesi ilkesine uygunluğu tartışmaya açıktır.

III. VERGİ USUL KANUNU'NUN 160. MADDESİ UYARINCA MÜKELLEFIYET KAYDININ TERKİNİ İÇİN ARANAN ŞARTLAR

A. Mükellefin İşini Bıraktığının Tespit Edilmesi veya Mükellefin Bilinen Adreste Bulunamaması Halinde Aranılan Şartlar

VUK'un 160. maddesinin 2. fıkrasının ilk cümlesine göre;

"işini bırakma bildiriminde bulunmayan bir mükellefin işini bıraktığının tespit edilmesi" veya "yapılan araştırma ve yoklamalar sonucunda mükellefin bilinen adreslerinde bulunamaması ve başka bir adreste faaliyetine devam ettiğine dair bilgi edinilememesi"

hallerinde mükellefiyet kaydı re'sen terkin edilebilecektir.

¹ ÖZVEREN, Görkem Ali/HAYRULLAHOĞLU, Betül: "Mükellefiyet Kaydının Re'sen Terkinini Düzenleyen Vergi Usul Kanunu'nun 160/A Maddesinin Değerlendirilmesi", Vergi Dünyası, 483(Kasım), 2021, s.45.

² BORSELLİ, Fabrizio, "Pragmatic Policies to Tackle VAT Fraud in the European Union", International VAT Monitor, September/October, 2008, s.336'dan aktaran YALTI, Billur, "Kod Listelerinden KDV İadesi Risk Analiz Sistemine Geçiş: KDV İndirim Hakkının Sınırlanması İlişkin Değerlendirmeler", Vergi Sorunları Dergisi, 258(10), 2010, s.24.

Bu düzenleme ilk bakışta iki farklı durumu ele alıyor gibi görünse de aslında mükellefin çeşitli denetimler sonucunda işi bıraktığının herhangi bir şüpheye yer bırakmayacak biçimde tespit edilmesi hallerinde mükellefiyetin re'sen terkinini konu almaktadır. Faaliyetin devamı halinde bu düzenleme uyarınca re'sen terkin gerçekleştirilemez³.

Düzenlemenin ilk bölümüne göre mükellefin re'sen terkin için;

- Mükellefin işi bırakma bildiriminde bulunmamış olması ve
- Buna rağmen işi bıraktığının tespit edilmiş olması

şartlarının bir arada gerçekleşmiş olması aranmaktadır. Ancak bahsi geçen hükümde mükellefin işi bıraktığının nasıl tespit edileceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Hiç kuşkusuz vergi idaresinin elinde yer alan denetim usullerinin kullanılması suretiyle bu tespit yapılabilecektir.

Düzenlemenin ikinci bölümüne göre ise,

- Yapılan araştırma ve yoklamalar sonucunda mükellefin bilinen adreslerinde bulunamaması;
- Başka bir adreste faaliyetine devam ettiğine dair bilgi edinilememesi;

şartlarının bir arada gerçekleşmesi halinde mükellefin mükellefiyet kaydı yine re'sen terkin edilebilecektir. Bu düzenlemede herhangi bir tespit yapmadan önce vergi idaresinin birden fazla yoklama gerçekleştirmesi ve yoklamaların yanı sıra araştırmalar yapması gerektiği özellikle vurgulanmıştır. Mükellefin faaliyetinin olmadığına dair emareler olsa bile tek bir yoklamaya dayalı olarak bu düzenleme uyarınca mükellefiyet kaydının terkinini hukuka aykırıdır, mükellefiyet kaydının terkinini için yapılan yoklamalarda mükellefin faaliyetinin olmadığı kesin ve somut delillerle ortaya konulması gereklidir⁴.

Mükellefiyet kaydının bu düzenleme uyarınca terkinini için izlenmesi gereken usul Gelir İdaresi Başkanlığı'nın 12.05.2016 tarihli ve 2016/2 sayılı Uygulama İç Genelgesi'nde düzenlenmiştir. Burada "gayriaktif mükellefler"⁵ ilişkin bir liste hazırlanması ve re'sen terkin işlemlerinde bu listenin esas alınması öngörülmüştür.

Maddi gerçekliğin doğru bir şekilde tespit edilebilmesi için işyerinde farklı tarihlerde birden fazla yoklama yapılması, her bir yoklamaya ilişkin detaylı tutanak tutulması ve mükellefin güncel işlemlerinin, bildirim ve beyanlarının incelenmesi gerekmektedir. Nitekim bu anlayış doğrultusunda Uygulama İç Genelgesi'nde yoklama yapılması gereken adresler, yoklama tutanağında yer alması ve araştırılması gereken hususlar ayrıntılı biçimde ve sınırlayıcı olmadan sayılmıştır.

Yapılan kontrol sonucunda, mükellefin işine devam ettiğine dair herhangi bir bilgi veya belgenin bulunmaması halinde söz konusu listenin sisteme konulduğu ayı izleyen üçüncü ayın sonuna kadar gerekli yoklama ve araştırma işlemleri yapılarak re'sen terkin işlemleri tamamlanacaktır.

B. Münhasıran Sahte Belge Düzenlenmesi Amacıyla Mükellefiyet Tesis Edilmesi Sebebiyle Terkin Halinde Aranılan Şartlar

VUK'un 160. maddesinin birinci fıkrasına göre mükellefiyet kaydının re'sen silinebilmesi için;

- Başka bir ticari, zirai ve mesleki faaliyeti olmadığı halde münhasıran sahte belge düzenlemek amacıyla mükellefiyet tesis ettirilmesi;
- Bunun vergi incelemesine yetkili olanlarca düzenlenen rapor ile tespit edilmesi;
- Bu raporda mükellefiyet kaydının devamına gerek görülmediğinin belirtilmesi;

şartlarının birlikte gerçekleşmesi aranmaktadır.

VUK'un 359. maddesinin (b) bendinde sahte belge, "gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge" olarak tanımlanmaktadır. Sahte belge düzenleme suçunun oluşabilmesi için düzenlenen belgenin vergi kanunlarının aradığı şekil şartlarına sahip, kendisine hukuki sonuçlar bağlamış ve ispat aracı niteliğinde bir belge olması gereklidir⁶. Aldatma kabiliyetini haiz olmayan bir belgenin sahte belge düzenleme suçunun konusunu oluşturması mümkün değildir⁷.

Mükellefiyetin bu düzenleme kapsamında terkin edilebilmesi için sahte belge düzenleme fiilinin tespit edilmesi tek başına yeterli değil, vergi idaresinin mükellefiyet kaydının tesis edilme amacını da araştırması gereklidir. Yasa koyucunun "münhasıran" ifadesiyle sahte belge düzenleyerek komisyon geliri elde edilmek amacıyla mükellefiyet tesis ettiren işletmeleri hedeflediği anlaşılmaktadır⁸. Danıştay 4. Dairesi de herhangi bir demirbaşaya ya da çalışana sahip olmayan, beyanlarında yer alan yüksek matrahlara ulaşabilecek ticari ve teknik kapasitesinin bulunmayan şirketlerin münhasıran sahte belge düzenlemek

³ Danıştay VDDK, 26.05.2022, E.2019/1544, K.2021/799, LEXPERA, (Erişim:20.10.2022).

⁴ "Olayda, beyanname verilmeyen son dönemi izleyen ay içinde gerekli yoklama işlemlerinin yapılmış olması ve yapılan yoklamalarda faaliyetinin olmadığı kesin ve somut verilerle ortaya konulması gerekirken, 02/07/2015 tarihli yoklamadan sonra davacı nezdinde hiçbir yoklama yapılmadığı ve faaliyetinin bulunmadığının kesin ve somut delillerle ortaya konulmadığı anlaşılmıştır." Danıştay VDDK, 26.05.2022, E.2019/1494, K.2021/798, LEXPERA, (Erişim: 20.10.2022). Benzer yönde bkz. Danıştay 4.D., 22.12.2020, E.2016/10002, K.2020/5981; Danıştay 4.D.,16.11.2020, E.2016/15710, K.2020/4326; Danıştay 4.D., 8.10.2020, E.2016/8461, K.2020/3607, LEXPERA, (Erişim: 20.10.2022).

⁵ Uygulama İç Genelgesi'ne göre gayriaktif mükellef, Vergi Usul Kanununun 160. maddesi gereğince işi bırakma bildiriminde bulunması gerekmezle birlikte bildirimde bulunmayanlardan, yapılan araştırma ve yoklamalar sonucunda işi bıraktığı tespit edilen veya bilinen adreslerinde bulunamayan ve başka bir adreste faaliyetine devam ettiğine dair bilgi edinilemeyen mükelleftir.

⁶ KAŞIKCI, Mahmut: Türk Hukukunda Vergi Kaçakçılığı Suçları, (Vergi Kaçakçılığı Suçları), Ethemler, İstanbul 2007, s.267,268.

⁷ KAŞIKCI, Vergi Kaçakçılığı Suçları, s.268. Öte yandan Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun yakın dönemdeki bir kararında bu anlayışı terk ettiği gözlenmektedir. Karar için bkz. Yargıtay, CGK, 08.11.2018, E.2018/427, K.2018/517 LEXPERA, (Erişim: 16.10.2022).

⁸ "Sahte belge ticareti" olarak da adlandırılan bu uygulamayla ile sahte belge kullananlar, bu belgeleri gider olarak kayıtlarına intikal ettirerek gelir veya kurumlar vergisi matrahlarını aşındırmakta veya haksız katma değer vergi iadesi almaktadır GERÇEK, Adnan: Türk Mali Hukukunda Teminat Kurumu, Seçkin, İstanbul 2013, s.58.

amacıyla kurulduklarını ve mükellefiyetlerinin re'sen terkin edilmesinin hukuka uygun olduğunu kabul etmektedir⁹.

Düzenlemenin mefhumu muhalifinden (*a contrario sensu*) ise mükellefin bir ticari, zirai ve mesleki faaliyet ile uğraştığı/münhasıran sahte belge düzenleme amacıyla hareket etmediği tespit edilirse mükellefiyetin re'sen terkininin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla vergi incelemesi sırasında her bir fatura bakımından tek tek değerlendirme yapılarak faaliyetin gerçek amacı tespit edilmeli ve birtakım emarelere dayanılarak varsayımda bulunulmamalıdır. Danıştay'ın bir kararında mükellefin alış yaptığı mükellefler hakkında sahte fatura düzenlediği yönünde vergi tekniği raporu düzenlenmiş olmasının münhasıran sahte belge düzenleme amacıyla mükellefiyet tesis edildiği anlamına gelmeyeceğine karar verilmiştir¹⁰. Bir başka kararında ise Danıştay, mükellefiyetin terkinini için faaliyet konusunu gerçekleştirebilecek ve beyan ettiği cirolara ulaşabilecek yeterli, donanım, sermaye, finansman imkanlarına sahip bulunmadığı yönünde varsayıma dayalı bir belirleme yapılmasının yeterli olmadığını vurgulamıştır¹¹.

Yukarıdaki açıklamalarımız, vergi inceleme raporunda mükellefiyet kaydının devamına gerek görülmediği sonucuna ulaşılabilmesi için mükellefin faaliyetinin detaylı biçimde incelenmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Mükellefin faaliyet amacının belirlenmesi ise ancak vergi incelemesinin işyerinde yapılması halinde mümkün olacaktır. Mükellefin birden fazla işyeri ya da şubeleri var ise buralar da inceleme kapsamında araştırılmalıdır¹².

160. maddede mükellefiyet kaydının terkinini sonuçlu bir rapor düzenlenebilmesi için vergi incelemesinin işyerinde yapılmasını zorunlu kılan bir düzenleme bulunmamaktadır, ancak bu konuda açık bir düzenleme olmaksızın da vergi inceleme elemanları işyerinde inceleme yapabilecektir. VUK'un 139. maddesinde 14.10.2021 tarihli ve 7338 sayılı Kanun'un 17. maddesiyle yapılan değişiklik uyarınca 01.07.2022 tarihinden sonra yürütülen vergi incelemeleri kural olarak dairede gerçekleştirilecek olsa da bu düzenleme, vergi idaresinin gerekli görmesi halinde işyerinde inceleme yapmasını engellememektedir.

Maddenin lafzından olumsuz görüş içeren vergi inceleme raporunun düzenlenme tarihinden itibaren icrai nitelik taşıyacağı, başka bir ifadeyle mükellefiyetin vergi inceleme raporunun düzenlenmesi tarihinden itibaren terkin edileceği anlaşılmaktadır.

Yukarıda sayılan şartların oluşması halinde mükellefiyeti re'sen terk edilenler, VUK m.153/A'da belirtilen teminatı yine kanunda yer alan sürede ödemedikleri müddetçe yeniden mükellefiyet tesis ettiremezler. Öğretide bahsi geçen teminat uygulaması, "idari yaptırım", "idari tedbir" ya da "güvenlik tedbiri" olarak çeşitli şekillerde değerlendirilmektedir¹³.

IV. VERGİ USUL KANUNU'NUN 160/A MADDESİ UYARINCA MÜKELLEFIYET KAYDININ ANALİZ VE DEĞERLENDİRME SONUÇLARINA BAĞLI OLARAK TERKİNİ İÇİN ARANAN ŞARTLAR

VUK'un 160/A maddesine göre;

- Hazine ve Maliye Bakanlığı'nca mükellefiyetin süresi, aktif ve öz sermaye büyüklüğü, ödenen vergi tutarı, çalışan sayısı, vergisel yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediği gibi hususlar dikkate alınarak mükellefiyet vergisel uyum seviyelerine yönelik bir analiz ve değerlendirme çalışması yapılması;
- Bu analiz ve değerlendirmeler sonucunda mükellefin sahte belge düzenleme riskinin yüksek olduğunun tespit edilmesi;
- Bu mükelleflerin vergi incelemesine sevk edilmesi ve bunların nezdinde yoklama yapılması,
- Yoklama sonrası, Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından belirlenen esaslar çerçevesinde vergi dairesinin mükellefin sahte belge düzenleme riskinin yüksek olduğuna ilişkin görüşü (ilgisine göre defterdarın veya vergi dairesi başkanının onayı);

şartlarının birlikte gerçekleşmesi ile mükellefiyet kaydı re'sen terkin edilebilir.

⁹ "...şirketin faaliyette olduğuna yönelik diğer yoklamalarda dahi herhangi bir ticari emtia bulunduğuna yönelik tespit yer almadığı...bu şirketlerin hiçbir ekipman ve malzemeye sahip olmamasına rağmen birbirlerine bu ekipmanların kiralama faturaları kestiği ve iç piyasaya bu yolla fatura düzenledikleri, aynı şirkete sahip ortağın ve müdürün aynı adreste yine kendisine ekipman kiralama faturası kesmesinin ticari ve teknik icaplara uymadığı...mükellefiyet kaydının re'sen terkinine ilişkin...şartların oluştuğu anlaşıldığından..." Danıştay 4.D, 8.3.2021, E.2016/138, K.2021/1488, LEXPERA, (Erişim: 25.10.2022).

¹⁰ "Vergi Mahkemesince verilen kararda; davacı hakkında düzenlenen ... Vergi Tekniği Raporu'nun incelenmesinden, ... davacının münhasıran sahte fatura düzenleme işiyle uğraştığı kanaatine ulaşıldığı, ancak...inceleme elemanınca davacının satışları yönünden iki mükellefin araştırıldığı, bunların da davacıdan aldıkları faturaları kayıtlarına dahil ettiklerinin tespit edildiği, alış yaptığı mükellefler hakkında vergi tekniği raporunun alınmasının sahte olduğunun göstermeyeceği hususları dikkate alındığında, davacının vergi mükellefiyetinin...re'sen terkin edilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı..." Danıştay 4.D, 23.12.2020, E.2016/17357, K.2020/6152, LEXPERA, (Erişim: 21.10.2022).

¹¹ Danıştay 4.D, 09.02.2016, E.2012/7632, K.2016/398, LEXPERA, (Erişim: 21.10.2022).

¹² Danıştay 4.D, 23.12.2020, E.2016/17357, K.2020/6152, LEXPERA, (Erişim: 21.10.2022).

¹³ Teminat uygulamasının idari tedbir olduğu yönünde bkz. KANETİ, Selim/EKMEKÇİ, Esra/GÜNEŞ, Gülsen/KAŞIKCI, Mahmut: Vergi Hukuku, 2.bası, Filiz, İstanbul 2022, s.350. Teminatın istenmesi sadece sahte belge düzenlenmesi fiiline bağlanmış iken, teminatın iadesi sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge kullanılması hariç Vergi Usul Kanunu m.359'da sayılan fiillerden herhangi birinin işlenmediğinin tespitine bağlanmasının cezai nitelikte olduğu yönünde bkz. GERÇEK, s.66. 153/A'daki teminat uygulamasının idari tedbir aşan bir nitelikte olduğu, vergi kaçakçılığını önlemeyi hedefleyerek güvenlik tedbirlerinde olduğu gibi toplumu koruma amacını taşıdığı yönünde bkz. SEMİZ, İmran, "Vergi Usul Kanunu'nun 153/A Maddesinde Yer Alan "Teminat Uygulaması"nın Hukuki Niteliğinin, Anayasaya Uygunluğu Sorunu ve Kuruma İlişkin Çeşitli Sorunsallar", IV. Vergi Hukuku Konferansı (Genç Hukukçular/Yeni Yaklaşımlar), Oniki Levha, İstanbul 2016, s.67-68. Öğretideki çeşitli görüşlerin Vergi Usul Kanunu m.153/A'da düzenlenen teminat kurumunun cezai bir boyutu olduğunu kabul ettiği anlaşılmaktadır.

Görüldüğü üzere öncelikle hükümde idarenin mükellefiyetle ilgili şüphesinin ortaya çıkışında dikkat edeceği noktalar açıklanmaktadır. Bunlar, mükellefiyetin süresi, aktif ve öz sermaye büyüklüğü, ödenen vergi tutarı, çalışan sayısı, vergisel yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediğidir. 520 Sıra Numaralı VUK Genel Tebliği'nde¹⁴ göre analiz ve değerlendirmede incelenecek hususlar detaylı biçimde sayılmıştır¹⁵. Ancak “gibi” edatı kullanılmış olduğu için bu sayılanlar sınırlı sayıda değildir. Mükellefin genel olarak VUK kapsamındaki “vergisel ödevlerini yerine getirmedikleri durumlar” bu kapsamda değerlendirilebilir.

Yasada ya da Genel Tebliğ'de mükellefin maddede belirtilen kriterlere hangi ölçüde takılmasının riskli bulunmak için yeterli olacağına ya da risk analizinin hangi vergilendirme döneminden itibaren yapılacağı konusunda belirleme yer almaması önemli bir eksiklik¹⁶.

Risk analizinden sonra mükellefin incelemeye sevk edilmesi ve nezdinde yoklama yapılması gerekmektedir. Yoklama sonuçlarına göre mükellefiyetin terkin edilmesi mümkündür. Ancak inceleme sonucunda mükellefin sahte belge düzenlemediği sonucuna varılması halinde mükellefiyetin yeniden tesisi ve teminatın iadesi gündeme gelecektir.

160/A maddesindeki yoklamanın amacı, yukarıda incelediğimiz gayriaktif mükelleflerin tespiti amacıyla yürütülen yoklamalar ve araştırmalardan farklıdır. Buradaki yoklama ile faaliyetin gerçek mahiyetini araştırmaktan ziyade sahte belge düzenleme suçunun işlendiği şüphesini kuvvetlendirecek somut bulgulara erişmek ve sahte belge düzenleme riskinin varlığını bilgi ve belgelerle ispatlamak amaçlanmaktadır.

VUK'un 160 ve 160/A maddelerinin lafzı karşılaştırıldığında VUK'un 160. maddesindeki “yoklamalar ve araştırmalar” ifadesinden gayriaktif mükelleflerinin kaydının re'sen terkinini için tek bir yoklamanın kendi başına yeterli olmayacağı anlaşılmaktadır. Analiz ve değerlendirme sonucunda re'sen terkin için ise “yoklama” yeterli görülmüştür. Sahte belge düzenleme suçunun işlendiği riskinin varlığına bir sefer yoklama yapılarak yaptırım kararı alınmasının mümkün olması eleştiriye açıktır.

Öte yandan 520 Sıra Numaralı VUK Genel Tebliği'nde yoklamanın mükellefin bilinen işyeri adresinde yapılacağı, ancak yapılan yoklama sonucunda, geçici ayrılmalar hariç, nezdinde yoklama yapılanın veya yetkilisinin, bilinen işyeri adresinde bulunmaması (işyeri adresinde bulunmaması, adreste başkasının olması ya da adresteki işyerinin boş olması gibi) hâlinde ikinci bir yoklama daha yapılacağı düzenlenmiştir. İkinci yoklama, gerçek kişilerde kendisinin, tüzel kişilerde bunların başkan, müdür veya kanuni temsilcilerinden birinin, tüzel kişiliği olmayan teşekküllerde ise bunları idare edenler veya varsa temsilcilerinden herhangi birinin, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununa göre oluşturulan adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresinde gerçekleştirilecektir.

Yoklama tutanağı, mükellefiyet kaydının terkinini için yeterli değildir. 160/A'nın ikinci fıkrasının birinci cümlesine göre vergi dairesi nezdinde bir komisyon oluşturulmalı, komisyon tarafından yapılan değerlendirme neticesinde, mükellefin sahte belge düzenleme riskinin yüksek olduğuna karar verilirse mükellefiyet terkinini için ilgisine göre defterdarın veya vergi dairesi başkanının onayı aranmalıdır. 520 Sıra Numaralı VUK Genel Tebliği'ne göre yoklamanın ardından vergi dairesinde, vergi dairesi müdürü başkanlığında toplanan üç kişilik komisyon, yoklama ile işletme kapasitesi ile beyanların uyumunu da kontrol edecektir. Bu düzenlemelerde komisyonun çalışmalarını hangi tarihe kadar tamamlayıp kendi değerlendirmelerini içeren çalışmayı ilgili makama sunacakları hususu ihmal edilmiştir, ancak bu aşamada geçirilen sürenin kısa tutulmasında ve makul bir süre belirlenmesinde fayda bulunmaktadır¹⁷.

Yasal ve idari düzenlemeler incelendiğinde vergi dairesi başkanlığındaki komisyonun mükellefin başkaca bir faaliyeti olup olmadığına dair bir değerlendirme yapmak zorunda olmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu düzenleme kapsamında münhasıran sahte belge düzenlemek amacıyla mükellefiyet tesis etmesi dahi sahte belge düzenleme riski yüksek olan mükelleflerin analiz ve değerlendirme sonuçlarına bağlı olarak mükellefiyet kayıtlarının re'sen terkin edilmesi mümkündür.

Son olarak; bu madde kapsamında mükellefiyet kaydı terkin edilenlerin ve bunlara ilişkili kişilerin - VUK'un 153/A ve 160. maddelerinde olduğu gibi- belli bir miktarda teminat vererek yeniden mükellefiyet tesis ettirmeleri mümkündür¹⁸.

V. MÜKELLEFIYET KAYDININ RE'SEN TERKİNİ İŞLEMLERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Mükellefiyet kaydının re'sen terkinini kurumunun bir vergi güvenlik önlemi¹⁹ olduğu kuşkusuzdur. Bir vergi güvenlik önlemi olarak, mükellefiyet kaydının belli bir miktar teminat ödenene kadar terkinini, VUK'un

¹⁴ RG: 07.10.2020, 32167.

¹⁵ “Sahte belge düzenleme riski yüksek olan mükelleflerin belirlenmesine yönelik olarak yapılan analiz ve değerlendirme çalışmalarında, ... mükelleflerin aktif ve öz sermaye büyüklükleri, iş yeri, taşıt, makine, teçhizat, demirbaş bilgileri ve çalışan sayıları itibarıyla üretim ve/veya ticaret/faaliyet kapasitesi ile beyan ve bildirimlerinin uyumlu olup olmadığı, haklarında sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleme ya da kullanma yönünden rapor/tespit bulunup bulunmadığı, alış ve satış yaptıkları mükellefler hakkında düzenlenen/yapılan sahte veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleme/kullanma rapor/olumsuz tespit bilgileri, ortaklık yapısı ile ortaklara ilişkin bilgiler gibi hususlara bağlı olarak analiz ve değerlendirme çalışmaları yapılır.”

¹⁶ ARSLAN, Ömer Faruk/AKÇAY, Önal, “Vergi Usul Kanunu'nun 160/A Maddesinin Uygulamasına İlişkin Tebliğ Taslağı Üzerine Görüş ve Öneriler”, Vergi Raporu, 249 (Haziran), 2020, s.17.

¹⁷ ARSLAN/AKÇAY, s.19.

¹⁸ 160/A maddesinin ikinci fıkrasında hangi hallerde mükellefiyetin yeniden açılabileceğini düzenlemiştir. Maddenin üçüncü fıkrası ise 160/A hükmü kapsamındaki re'sen terkin kararının 153/A maddesinde sayılan “ilişkili kişiler” bakımından da hüküm doğuracağını öngörmektedir.

¹⁹ Geniş anlamda vergi güvenliği kavramı, “vergi sisteminin güvenliği”ni ifade etmektedir. Değerlendirme için bkz. AKMAN, İnci Solak: Türk Vergi Sisteminde Vergi Güvenlik Önlemleri, Ankara Üniversitesi, SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış YL Tezi, Ankara 2004, s.6.

mülga mükerrer 354. maddesinde düzenlenen işyeri kapatma cezası²⁰ ve 7194 sayılı Kanun'un 7. maddesinde dijital hizmet vergisi mükellefleri bakımından öngörülen erişimin engellenmesi yaptırımını²¹ anmsatmaktadır. Bununla birlikte vergi güvenliği önlemleri birçok farklı nitelikteki işlemi barındıran bir şemsiye niteliği taşıdığından bu nitelendirme re'sen terkin kurumunun özelliklerini tespit etmek bakımından yetersiz kalmaktadır.

Mükellefiyet kaydının re'sen terkinin işleminin hukuki niteliğini ilk bakışta tespit etmek güçtür, zira yukarıda üç farklı re'sen terkin hali tespit edilmiştir. Yasal düzenlemelerden her bir halde uygulanacak idari işlemin farklı özelliklere ve niteliğe sahip olacağı anlaşılmaktadır. Bu başlıkta idari işlem-idari yaptırım-idari tedbir-koruma önlemi ve güvenlik tedbiri kavramları ekseninde re'sen terkin işlemlerinin hukuki niteliği kavranmaya çalışılacaktır.

Yaptırım, bireylerin hukuk kurallarına uygun davranmalarını sağlamak ve hukuk düzeninin kişiler arasında oluşturduğu dengeyi yeniden tesis etmek üzere harekete geçebilecek olan devlet tepkisidir²². Hukukumuzda yaptırımlara ilişkin temel esaslar, 26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) ve 30.03.2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda düzenlenmiştir. Suçları "cürüm" ve "kabahat" olarak iki grupta tasnif eden 01.03.1926 tarihli ve 765 sayılı TCK yürürlükten kaldırıldıktan sonra idari yaptırımı gerektiren kabahatler konusunda yeni bir sisteme geçilmiştir²³.

5237 sayılı TCK'nın "Yaptırımlar" başlıklı üçüncü kısmı uyarınca bir suçun varlığı halinde uygulanacak yaptırımlar, cezalar ve güvenlik tedbirleri olarak sınıflandırılmıştır. Bahsi geçen Kanun'un 45. maddesi uyarınca suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak cezalar, hapis ve adli para cezalarıdır. Güvenlik tedbirleri ise kanunda sayılmıştır ancak tanımlanmamıştır.

Güvenlik tedbirleri, suç işleyen kişiye suç işlemesi dolayısıyla, suçun tekrarlanması ihtimali karşısında kişinin gösterdiği tehlikelilik durumu göz önünde bulundurulmak suretiyle uygulanan, kendisini ve toplumu koruyucu nitelikteki ceza hukuku yaptırımlarıdır²⁴. Güvenlik tedbirleri, işlediği suçtan dolayı kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, suç işleyen kişi hakkında ya da suçun konusu ile veya suçun işlenmesinde kullanılan araçla ilgili olarak uygulanan, koruma ve iyileştirme amacına yönelik yaptırımlardır²⁵.

İdari yaptırım ise idarenin doğrudan doğruya bir işlemlerle ve idare hukukuna özgü usullerle vermiş olduğu cezalar olarak tanımlanabilecektir²⁶. Anayasa Mahkemesi de idari yaptırım kavramını, "idarenin yargı kararına gerek olmaksızın kanunların verdiği yetkiye dayanarak, idare hukuka özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya uyguladığı yaptırımlar" olarak tanımlamıştır²⁷.

Bu noktada idari işlem ve idari yaptırım kavramlarını da birbirinden ayırt etmek gerekmektedir. Yaptırımların ve özeldede idari yaptırımların temelinde yer alan iki özellik şunlardır: bir mevzuat ihlalinin doğrudan karşılığı olarak verilmeleri ve hukuksal zorlama içermeleri. Bir idari tasarrufun idari yaptırım olarak nitelendirilebilmesi için bu iki özelliği birlikte içermesi gerekmektedir²⁸.

Kabahatler Kanunu'nun 2. maddesi idari yaptırımı, kabahatin yaptırımı olarak tanımlamıştır. İdari yaptırımdan ne anlaşılması gerektiği ise, aynı kanunun 16. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre: "Kabahatler karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımlar, idari para cezası ve idari tedbirlerden ibarettir. İdari tedbirler, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirlerdir." Bu kapsamda Kanun idari yaptırımları ikili bir ayırım içinde incelemiş ve idari yaptırımların idari para cezası ve idari tedbirlerden ibaret olduğunu belirtmiştir²⁹. Bu bağlamda değerlendirildiğinde caydırma amacıyla başvuru hallerde mükellefiyet kaydının re'sen terkinin işleminin -para cezası olmadığından- bir idari tedbir niteliğinde olup olmadığı değerlendirilmelidir.

²⁰ İşyeri kapatma cezası, bir takvim yılında üç kez Vergi Usul Kanunu'nun 353. maddesinin 1 ve 2. maddesine aykırılık oluşturan eylemlerin (özel usulsüzlük kabahatinin) gerçekleştirilmiş olduğunun idarece saptanması uygulanabilmekte idi. İlk seferde yükümlülerin işyerleri 1 haftaya kadar kapatılabiliyor, ancak yükümlünün talebi üzerine bir sefere mahsus olmak üzere ceza para cezasına çevrilebiliyordu. Bu ceza hak arama özgürlüğünü, çalışma özgürlüğünü ve mülkiyet hakkını hukuka aykırı bir şekilde sınırlaması nedeni ile eleştirilmiş ve yürürlükten kaldırılmıştır. Bununla birlikte işyeri kapatılmadan önce işyeri kapatma cezasının uygulanacağına dair yazılı ihtar yapılması mükellefiyet kaydının terkinin bakımından öngörülmemiş (ancak öngörülmesi gereken) bir usuli güvencedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. FEVZİOĞLU, Metin, "İşyeri Kapatma Cezası ve Anayasa Karşısındaki Konumu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 5(1), 1993, s.5-22.

²¹ Dijital hizmet vergisi nedeniyle erişimin engellenmesinin hukuki niteliği ve ifade özgürlüğü bakımından incelenmesi için bkz. RENÇBER, Altan, "Dijital Hizmet Vergisinde Güvenlik Önlemi: İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması Meselesi", Legal Mali Hukuk Dergisi, 16(183), 2020, s.573-598.

²² ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17.Baskı, Seçkin, Ankara 2021, s.769; RENÇBER, Altan: Kabahat Genel Teorisi Açısından Vergi Kabahatleri, Oniki Levha, İstanbul 2017, s.40.

²³ ÖZGENÇ, s.781 vd.

²⁴ KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ/İlhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara 2021, s.641-642.

²⁵ ÖZGENÇ, s.928.

²⁶ ÖZAY, İlhan: İdari Yaptırımlar, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1985, s.35.

²⁷ AYM, 13.05.2004, E.2000/43, K.2004/6, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, (Erişim: 30.09.2022).

²⁸ TEZCAN, Durmuş "İdari Muhakeme Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukuku Arasındaki Farklılığın Anlamı ve Önemi", İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Seçkin, Ankara 2009, s.163. ULUSOY, Ali: İdari Yaptırımlar, Oniki Levha, İstanbul 2013, s.7. Doktrindeki bir görüşe göre bir idari işlemin idari ceza olup olmadığı ayrıştırılmasında "muhatap için yeterli hukuksal koruma" testi yapılması da belirleyici olabilecektir. Buna göre; eğer yükümlülük doğuran o idari işlem kişi için yeterli koruma sağlamıyor ve ceza hukukuna ilişkin, örneğin savunma alınmasının zorunluluğu gibi bazı ek güvenceler gerekiyor ise, o idari işlemin bir idari yaptırım niteliğinde olduğunu söylemek mümkün olabilmektedir. ULUSOY, Ali, "Erkler Ayrılığı ve Yürütme-Yargı İlişkileri Bağlamında Kabahatler Kanunu'nun Değerlendirilmesi", Danıştay ve İdari Yargı Günü, 140. Yıl Sempozyumu, 12 Mayıs 2008, Danıştay Matbaası, Ankara 2009, s.25.

²⁹ RENÇBER, s.43.

Son olarak, koruma önlemleri ise ceza muhakemesinde yargılamanın yapılabilmesi veya ileride verilecek hükmün yerine getirilebilmesi için uygulanan çeşitli tedbirlerdir³⁰. Ceza muhakemesi bakımından koruma önlemlerine soruşturma aşamasında delil elde etmek ya da delillerin karartılmasını önlemek amacıyla başvurulmaktadır³¹. Vergi icra hukuku açısından ise koruma önlemleri kamu alacağının tahsilini güvence altına alan tedbirlerdir³².

A. Mükellefin İşi Bıraktığının Tespit Edilmesi veya Mükellefin Bilinen Adreste Bulunamaması Sebebiyle Mükellefiyet Kaydının Re'sen Terkini

Vergi mükellefiyeti kaydı, mükellefiyetten sorumlu olacak hukuki süjenin belirlenmesini sağlayan idari işlemdir³³. Bu başlık kapsamındaki terkin ise vergi idaresinin VUK'un 4. maddesinde öngörülen "mükellefiyeti tespit etme" yetkisini kullanarak faaliyette bulunmayan işletmenin mükellefiyet kaydını silmesinden ibarettir. Başka bir ifadeyle; hukuki gerçekliğin maddi gerçeklikle örtüşmesini sağlamak amacıyla bir idari işlem tesis etmektedir.

Danıştay 9. Dairesi bir kararında mükellefin işi bıraktığının tespit edildiği durumlarda re'sen terkin yapılmasının amacını, "sadece işi bırakma keyfiyetinin vergi dairesine bildirilmemiş olması nedeniyle gereksiz tarhiyatlar yapılmasının ve ihtilaflar yaratılmasının ortaya çıkardığı sakıncaları gidermek" olarak açıklamıştır³⁴. Bu bağlamda VUK'un 160. maddesi uyarınca gayriaktif olduğu gerekçesiyle mükellefiyeti terkin edilen bir mükellefin bu statüye bağlı vergisel ödevleri gerçekleştirmekle sorumlu tutulmaması gerekmektedir³⁵.

Yukarıdaki açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere, vergi idaresi bu hallerde mükellefiyet kaydının terkin için vergi kaçakçılığı suçlarının işlendiğine ilişkin bir tespit ya da bu yönde bir suç şüphesinin varlığı aramamaktadır. Bu halde mükellefiyet kaydının re'sen terkin edilmesi, hukuksal zorlama barındırmaması gerektiğinden bir yaptırım değil, sadece bir idari işlem niteliğindedir.

Gayriaktif bir mükellefin mükellefiyet kaydı terkinin bir idari işlem olduğu tespit edildikten sonra bu işlemin açıklayıcı mı yoksa kurucu bir işlem olduğunun tartışılması konumuz bakımından önemlidir. Bu işlemin amacının maddi gerçekliği yansıtmak olduğu göz önüne alındığında işlemin de açıklayıcı nitelikte olduğunun kabulü gerekmektedir. Bu durumda mükellefler, vergi idaresince tespit edilen tarihten başka bir tarihte mükellefiyetlerinin sona erdiğini ispat edebilirse bu ikinci tarihten itibaren vergisel ödevlerini yerine getirmedikleri dolayısıyla haklarında herhangi bir idari yaptırım uygulanmaması gerekmektedir³⁶.

B. Münhasıran Sahte Belge Düzenlenmesi Sebebiyle Mükellefiyet Kaydının Re'sen Terkini

Sahte belge düzenlenmesinin vergi kaçakçılığı suçları arasında sayıldığı göz önünde bulundurulduğunda ilk bakışta bu kurumun münhasıran sahte belge düzenleme suçunu işlemek amacıyla mükellefiyet tesisin önüne geçmek ve böylece kamu menfaatinin korunmak için öngörülmüş bir güvenlik tedbiri olduğu düşünülebilir. Bununla birlikte güvenlik tedbirlerine ancak ceza yargılaması sonucunda hakim kararı ile hükmedilebilmektedir. Burada ise sadece inceleme elemanının raporuna dayalı olarak işlem tesis edilmektedir. Dolayısıyla bu kurum, 5237 sayılı TCK kapsamında değerlendirilebilecek bir güvenlik tedbiri değildir.

Benzer biçimde bu kapsamdaki terkinin hakim kararıyla hükmedilen ve hükmün kesinleşmesine kadar uygulanma alanı bulan geçici nitelikteki bir koruma önlemi olmadığı da açıktır. Zira terkin işleminin yapılabilmesi için vergi kaçakçılığı bakımından soruşturma aşaması niteliğindeki vergi incelemesinin³⁷ sona ermesi ve bu yönde bir vergi inceleme raporunun düzenlenmesi gereklidir.

Mükellefiyet kaydının re'sen terkin işlemi, münhasıran sahte belge düzenlenmesini durdurmaya, böylece vergi kaybının önlenmesini amaçlayan ve vergi dairesi tarafından tesis edilen bir işlemdir. Bu doğrultuda bu kurumun sahte belge düzenleme suçu ile vergi ziyayı kabahatinin karşılığında öngörülmüş bir idari tedbir niteliğinde olduğu ifade edilebilir.

İdari tedbirler, cezalandırma amacı yerine, kamu hizmetlerinin ve diğer idari faaliyetlerin aksamasını önlemek ve doğru bir şekilde işlemeye devam etmesini sağlamak ve kamu düzeninin bozulmasını engellemek amacıyla öngörülmüş idari yaptırımlardır³⁸. Kabahatler Kanunu veya başka bir kanun idari tedbirlerin ne olduğunu sınırlı olarak sayılmamıştır. İdari tedbirlerin, "geçici engelleme", "idari iznin geri

³⁰ CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 16.Bası, Beta, İstanbul 2019, s.364.

³¹ ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ Pınar: Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Bası, Seçkin, Ankara 2021, s.222; ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan ve diğerleri: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, Seçkin, Ankara 2021, s.442.

³² SEMİZ, s.67.

³³ ORTAÇ, Fevzi Rifat/ORTAÇ, Cenk Selçuk: "Mükellef Kaydı Terkin Edilebilir Mi?", Mali Hukuk Dergisi,16(187), 2020, s.1852.

³⁴ Danıştay 9.D., 6.4.2018, E.2014/14213, K.2018/2185, LEXPERA, (Erişim: 24.10.2022).

³⁵ "Davacının, şirketin kurulduğu tarihten itibaren hiçbir ticari faaliyette bulunmadığı yönündeki iddiası, davalı İdarece aksi yönde yapılmış bir tespitin bulunmaması,...mükellefiyetin de İdarece re'sen sonlandırılmış olması karşısında, uyumsuzluk konusu dönemde davacı şirketin gayriaktif olduğu sonucuna varılmıştır. Buna göre, mükellefiyetinin geçmişe dönük olarak terkinin gereken davacı şirket adına, uyumsuzluk konusu dönemlerde beyanname verme ve bildirimde bulunma yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle ceza kesilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır." Danıştay 4.D., 04.03.2014, E.2012/9010, K.2014/1347, LEXPERA, (Erişim: 24.10.2022).

³⁶ Danıştay 4.D., 04.03.2014, E.2012/9010, K.2014/1347; Danıştay 9.D.,6.4.2018, E.2014/14213, K.2018/2185, LEXPERA, (Erişim: 24.10.2022).

³⁷ Vergisel uyumsuzluk sürecinin sadece davanın açılması ile başlayan süreci değil, isnadın araştırılması sürecini de belirlediği hakkında bkz. KAŞIKCI, Mahmut: Vergi Yargılaması Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, (Yargılamanın Yenilenmesi), Filiz, İstanbul 2017, s.135.

³⁸ RENÇBER, s.45 vd.

alınması”, “eşyaya geçici el koyma” ve “atipik idari tedbirler” gibi türleri bulunmaktadır³⁹. Kabahatler Kanunu idari tedbirleri mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve diğer idari tedbirler olarak ayırmıştır. Diğer idari tedbirleri ise Kanun iki ayrı grupta incelemektedir. Buna göre ilk grupta gerçek anlamda bir tehlikeye son verme ihlali devam ettirmeme, durdurma, engelleme amacı taşıyan idari tedbirler bulunmaktadır. Bu tedbirler birazdan sayılacak tedbirlerden farklı olarak Kabahatler Kanunu’nun genel hükümlerine tabi kılınmışlardır. İkinci gruptaki idari tedbirler ise sınırlı sayıda olmamak koşulu ile Kanun’un 19. maddesinde sayılmıştır ve bunlar bakımından diğer kanunlarda aksine hükümler bulunması halinde Kabahatler Kanunu uygulanmayacaktır.

Kabahatler Kanunu’nun 19. maddesinde bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi, işyerinin kapatılması, ruhsat veya ehliyetin geri alınması halleri diğer kanunlarda kabahat karşılığında öngörülen belirli bir süre için uygulanacak olan idari tedbirler arasında sayılmıştır. Bu yaptırımlara karar verilebilmesi için meslek ve sanatın yerine getirilmesinin, işyerinin çalışmasının veya ruhsat ve ehliyete dayanarak faaliyette bulunulmasının bir tehlike oluşturması aranmamaktadır. Bu bakımdan, bu maddede belirtilen yaptırımlar, ilgili kanunlarında idari tedbir olarak düzenlenen yaptırımlar değil, cezai niteliği olan idari yaptırımlardır.

Bu düzenlemeden, mevzuatta düzenlenmiş olan her idari tedbirin aslında bir kabahat karşılığı olduğu gibi bir anlam çıkartılmamalıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere tedbirin bir mevzuat ihlalinin karşılığında verilmiş olup olmadığına bakılmalıdır. Burada nelerin idari tedbir olduğunu ayırt etmede iki ölçütten yararlanılması mümkündür: Eğer tedbir; mevzuat ihlalinin doğrudan karşılığı olarak verilmiş ve hukuksal zorlama içermeğe ise burada artık kabahatin karşılığı olan idari tedbir bulunmaktadır⁴⁰.

Bu açıklamalar bağlamında, mükellefiyetin re’sen terkinin işlemleri değerlendirildiğinde, her ne kadar Kabahatler Kanunu’nun 19. maddesinde “b) İşyerinin kapatılması, c) Ruhsat veya ehliyetin geri alınması” şeklinde sayılan idari tedbirlere benzediği görülse de, belirli bir süre için değil süresiz olarak uygulandığından, mevzuat ihlalinin doğrudan karşılığı olarak verildiğinden ve hukuki zorlama içerdiğinden, kabahatin karşılığı olan bir idari tedbir niteliğinde olduğu ve bu sebeple Kabahatler Kanunu’nun 19. maddesi kapsamında olmadığı söylenebilir.

Kabahatler Kanunu’nun 19. maddesinin kapsamında olmaması, mükellefiyetin re’sen terkinin işlemine Kabahatler Kanunu’nun genel hükümlerinin (Kabahatler Kanunu’nun 3-a ve Ek-1. maddeleri gereği), diğer kanunlarda aksine hüküm olsa bile uygulanması gerektiğini ve Anayasa’nın 38. maddesinde yer alan masumiyet karnesi ve orantılılık ilkesi başta olmak üzere tüm ilkelerin bu idari tedbir açısından da geçerli olduğunu göstermektedir. Öte yandan Kabahatler Kanunu’nun 15. maddesinin birinci fıkrası uyarınca kabahatlerle ilgili olarak kanunda idarî para cezasından başka idarî yaptırımlar da öngörülmüş ise, bu yaptırımların her birinin uygulanmasına karar verilebilmektedir, dolayısıyla terkin tedbiri yanı sıra vergi hukukuna özgü diğer idari yaptırımların uygulanması mümkündür.

C. Mükellefiyet Kaydının Analiz ve Değerlendirme Sonuçlarına Bağlı Olarak Terkin

Madde gerekçesine göre VUK’un 160/A maddesi, “sahte belge düzenleme ve kullanma fiilleri ile etkin bir şekilde mücadele edilmesi, vergiye uyum seviyesinin yükseltilmesi ve kayıt dışı ekonomi ile mücadelenin etkinliğinin artırılması” amaçlarıyla kanuna eklenmiştir⁴¹. 520 Sıra Numaralı VUK Genel Tebliği de benzer biçimde “idarî süreçleri kısaltmak ve etkinleştirmek suretiyle, sahte belge düzenleyen mükelleflerin sahte belge üretimini sonlandırarak ve iktisadi alanda sahte belge sirkülasyonunu azaltarak “belge”ye olan güveni güçlendirmek” amacıyla bu düzenlemenin kabul edildiğini ifade etmektedir.

Maddenin getiriliş amacı incelendiğinde 160/A’daki terkin işleminin sahte belge düzenleme ve kullanma suçunun işlenmesini caydırma amacını taşıyan bir idari tedbir olduğu izlenimi uyanmaktadır. Bununla birlikte bu kapsamda terkin işleminin yapılabilmesi için bu suçlardan hüküm giyilmiş olması ya da idare tarafından mevzuata aykırılığın bir soruşturma sonucunda tespit edilmiş olması aranmamaktadır. Terkin kararının verilebilmesi için sadece sahte belge düzenleme suçunun işlenmesi riskinin yüksekliği yeterlidir.

Yaptırım teorisine göre mevzuata aykırılık sebebiyle bir yaptırım uygulanabilmesi için güvenlik tedbirleri bakımından suçun ve idari tedbirler bakımından ise kabahatin işlenmiş olduğunun yargısal (güvenlik tedbirlerinde) / idari (kabahatlerde) süreçler sonucunda tespit edilmesi gerekmektedir⁴². Oysaki 160/A maddesi kapsamında re’sen terkinin yapılabilmesi için sadece yoklama sonucunda sahte belge düzenleme suçunun işlendiği riskinin yüksek olduğu görüşü aranmaktadır, suçun unsurlarına -özellikle maddi unsura- yönelik bir tespit yapılması şart değildir. Özetle; varsayım dayalı olarak ve herhangi bir usuli güvence sunulmaksızın yaptırım kararı alınması mümkün olmadığı için analiz ve değerlendirme sonuçlarına bağlı re’sen terkinin idari tedbir ya da güvenlik tedbiri olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

520 Sıra Numaralı VUK Genel Tebliği’ne göre re’sen terkin, “sahte belge düzenleme riski yüksek olan mükelleflerin İdare tarafından bir an önce tespit edilerek bu fiillerinin sonlandırılması için” kullanılan bir araçtır. Bu tanımdan ise analiz ve değerlendirme sonuçlarına göre re’sen terkin işleminin gecikmesinde sakınca bulunan hallerde uygulanabileceği ve yasa koyucunun 160/A maddesi ile cezalandırma amacından öte sahte belge düzenlenmesi suçuna ilişkin delillerin karartılmasının önüne geçmek istediği amaçladığı

³⁹ ULUSOY, İdari Yaptırımlar, s.175.

⁴⁰ RENÇBER, s.46.

⁴¹ <https://www.5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss128.pdf>, (Erişim: 29.10.2022).

⁴² ÖZGENÇ, s.928.

anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu madde kapsamında terkin, diğer iki halden farklı olarak koruma önlemi olarak nitelendirilebilecektir⁴³.

Koruma tedbirlerinin özellikleri, bir temel hakkı sınırlama, geçici olma (hüküm kesinleşinceye kadar sürme) ve hüküm vermenin aracı olma şeklinde sıralanabilir⁴⁴. Analiz ve değerlendirme sonuçlarına göre re'sen terkin işleminin geçicilik haricinde özellikleri taşıdığı açıktır. Bu noktada temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıyan re'sen terkinin kararının idarenin görüş ve onayıyla değil, diğer koruma tedbirlerinde olduğu gibi mahkeme kararıyla verilmesi gerekmektedir.

Öncelikle re'sen terkin işlemi yüksek miktarda bir teminat ödenmeksizin mükellefin kayıt içi çalışmasını engellediği için Anayasa'nın 48. maddesinde düzenlenen teşebbüs özgürlüğünü sınırlandırmaktadır. Ayrıca sahte belge düzenleme suçunu işlediği hükmen sabit olmadan mükellefiyet kaydının terkinini, masumiyet karinesini de zedelemektedir.

Koruma tedbirlerinin araç niteliği, tedbire başvurunun amaç değil, maddi gerçekliğin tespiti, muhakeme sonucunda doğru karar verilebilmesi ve hükmün yerine getirilebilmesi için araç niteliğinde olduğunu ifade etmektedir⁴⁵. Bu doğrultuda vergi incelemesi yapılmasının beklenmesi sonucunda sahte belge düzenlenmesi suçuna ilişkin delillerin karartılacağı şüphesinin bulunduğu hallerde re'sen terkinin araç niteliğini haiz olduğu düşünülebilir.

Son olarak, 160/A düzenlemesi kapsamındaki re'sen terkin işlemi, mükellef hakkında hüküm verilip verilmemesinden bağımsız olarak vergi incelemesinin sonucuna göre ya da teminat ödendiği durumlarda kaldırılabilir. Şöyle ki; analiz ve değerlendirmeler sonucunda mükellefin sahte belge düzenleme riskinin yüksek olduğunun tespit edilmesi halinde bu mükellefler, vergi incelemesine sevk edilecektir. Yoklama sonrasında ilgili mercilerin görüşü ve onayı sonrasında mükellefiyet kaydı terkin edilen mükelleflerin hakkında sahte belge düzenlenmediğine dair vergi inceleme raporu düzenlenirse mükellefin talebiyle mükellef kaydının yeniden tesisi sağlanabilecektir ve mükellefiyet kaydının yeniden tesisi için teminat alınmışsa başkaca vergi borcu bulunmaması kaydıyla mükellefe iade olunacaktır⁴⁶. Bu durumda sahte belge düzenleme suçunu işlemeyi yönünde vergi inceleme raporu düzenlenenler bakımından re'sen terkin işleminin geçici olduğunu söylemek mümkündür, ancak mükellefin sahte belge düzenlediğinin tespit edildiği hallerde geçicilik teminatın ödenmesi şartına bağlanmıştır.

Temel haklara müdahale niteliği taşıdığı için hukukun temel ilkelerinden ve hakkaniyet ve adalet gibi üst kavramlardan yola çıkılarak koruma önlemlerine başvurulmadan önce gerçekleştirilmesi gereken bir takım ön şartlar bulunmaktadır⁴⁷. Bu ön şartlar; haklı görünüş, gecikmesinde tehlike bulunması, orantılılık ve kanun ile düzenlenmedir⁴⁸.

İlk olarak, koruma tedbirlerine başvurulabilmesi için en azından görünüşte haklılık barındırması yani soruşturmaya veya kovuşturmaya konu olan suçun işlendiği konusunda belirli derece bir şüphe bulunması gerekmektedir⁴⁹. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen koruma tedbirlerinde kuvvetli şüphe ya da makul şüphenin varlığı aranmaktadır⁵⁰. Kuvvetli şüphe somut delillerin olayı aydınlatma açısından kesinlik boyutuna ulaşması iken makul şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar karşısından genelde duyulan şüphedir⁵¹.

VUK'da 160/A maddesinde mükellefiyet kaydının re'sen terkinini için "sahte belge düzenlenmesi suçunun işlendiğine dair yüksek risk" aranmaktadır. Bu ifadenin Ceza Muhakemesi Hukukundaki karşılığı ise ancak sistematik bir yorumla mümkündür.

VUK'un 142. maddesinde bir başka koruma önlemi niteliğindeki vergisel arama koruma önlemi için mükellefin vergi kaçıracağına delalet eden emarelerin varlığı yeterli görülmüştür. VUK'daki "emare" ibaresi ile basit belirti boyutunu aşan, maddi bulgularla desteklenen, bu nedenle aykırılık iddiasını görünüşte gerçek kılan, ancak yine de delil boyutuna ulaşmayan makul şüpheli belirlemektedir⁵². Yasa koyucu emare yerine yüksek risk ifadesini kullandığı için 160/A maddesi kapsamında re'sen terkin işlemi için kuvvetli şüphenin varlığının arandığı sonucuna varılmıştır.

Gecikmezlik ön şartı ise koruma önlemine başvurulmadığı takdirde, o koruma önlemi ile ulaşılmak istenen amaca ulaşma ve istenilen faydanın sağlanması olasılığının azalması yahut tamamen ortadan kalkmasını ifade etmektedir⁵³. Düzenlenen sahte belgelerin sirkülasyona girmesi halinde takibinin son derece güç ya da imkansız olduğu durumlarda bu şartın gerçekleşmiş olacağı söylenebilir.

Orantılılık ilkesi gereği koruma tedbirine karar vermekle elde edilecek yarar ile bu suretle ortaya çıkacak zarar arasında makul, akla uygun bir denge olmalıdır⁵⁴. Mükellefiyet kaydının terkinini, mükellefin ve VUK'un 153/A maddesinde belirtilen ilişkili kişilerin faaliyetlerini önemli ölçüde sekteye uğratacaktır. Her

⁴³ Bu halin 160. maddedeki hallerden farklı olmadığı yönünde bkz. ORTAÇ/ORTAÇ, s.1858.

⁴⁴ ÖZER ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s.223; CENTEL/ZAFER, s.366.

⁴⁵ ÖZER ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s.223; CENTEL/ZAFER, s.366.

⁴⁶ 520 Sıra Numaralı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği, "6.3. Vergi İnceleme Raporunun Sahte Belge Düzenlenmediğine Dair Olması" başlığı.

⁴⁷ KAŞIKCI, Mahmut: Vergi Hukukunda Arama Koruma Önlemi (Vergisel Arama), Ethemler Yayıncılık, İstanbul 2007, s.69.

⁴⁸ ÖZER ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s.223 vd.; CENTEL/ZAFER, s.367 vd.

⁴⁹ CENTEL/ZAFER, s.368; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM, s.442.

⁵⁰ ÖZER ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s.224.

⁵¹ ÖZER ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s.224.

⁵² KAŞIKCI, Vergisel Arama, s.24 vd.

⁵³ KAŞIKCI, Vergisel Arama s.72.

⁵⁴ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM, s.445.

ne kadar teminat ödeyerek mükellefiyetin yeniden tesis edileceği ileri sürülebilecek olsa da 153/A maddesine göre hesaplanacak olan teminatın işletmelerin nakit akışını bozacak nitelikte olduğu ve mükelleflerin bir bölümünün bu teminatı ödemesinin mümkün olmadığı ya da büyük zorluklar içinde ödeyeceği açıklar.

Bu doğrultuda orantılılığın sağlanabilmesi için re'sen terkin kararının idare değil, yargı mercileri tarafından alınması ve mükellefiyet kaydı terkin edilmeden önce mükelleflere bu işlemin sonuçları bakımından bilgi verilmesi, faaliyetlerini açıklama imkanı sunulması gerekmektedir. Mevcut haliyle 160/A'daki terkin düzenlemesi -bu kapsamdaki mükelleflerin isimlerinin ilan edileceği de göz önünde bulundurulduğunda- teşebbüs özgürlüğüne orantısız bir müdahale niteliğindedir.

Temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıdığı için koruma önlemlerinin kanunla düzenlenmiş olmaları şarttır⁵⁵. Bu açıdan bu kuruma ilişkin usul ve esasların Hazine ve Maliye Bakanlığı'na belirlenmesi kanunilik şartını karşılamamaktadır.

VI. MÜKELLEFIYET KAYDININ RE'SEN TERKİNİ HALLERİNDE TEBLİGATA İLİŞKİN OLARAK ORTAYA ÇIKAN SORUNLAR

A. Mükellefiyet Kaydının Terkin Edildiğine Dair Yapılacak Tebligat

Uygulamada vergi incelemesi sonucunda mükellefiyetin terkin edildiği durumlarda bu husus mükellefe hemen tebliğ edilmemekte, mükellef bu hususu farklı yollardan (örneğin beyanname veremeyerek) öğrenmektedir. Bu sorun genellikle vergi inceleme raporunun tamamlandığı ancak henüz mükellefe tebliğ edilmediği durumlarda ortaya çıkmaktadır. Mükellef re'sen terkine itiraz etmek isterse ancak vergi ceza ihbarnamesinin kendisine tebliği ile dava açabilmekte ve bu süre zarfında hiçbir ticari faaliyette bulunamamaktadır.

Mükellefin bu halde orantısız bir zarara uğradığı açıktır. Gerçekten de mükellefin o süre zarfında hiçbir iş yapamaması, daha sonra ise bütün müşterileri önünde ticari itibarı zedelendiği için, mükellefiyeti tekrar açılabilir eskisi gibi çalışmaması, geri döndürülemez ticari zararların ortaya çıkabilmesine neden olmaktadır.

Ayrıca mükellefiyet kaydı re'sen terkin edilen mükellefler her zaman münhasıran sahte fatura düzenlemek için mükellefiyet tesis ettiren kişiler olmamakta, kullandığı ve düzenlediği faturaların bazılarının sahte olduğu yönünde rapor düzenlenen ve bu nedenle de tüm kullandığı ve düzenlediği faturaların sahte olabileceği yönünde vergi idaresince görüş bildirilen mükellefler de olabilmektedir. Uygulamada çoğu zaman yoklama sonucunda bu mükelleflerin gerçek bir faaliyeti olduğu tespit edilse bile inceleme sonucunda, özellikle de karşıt incelemeler ile mükellefin yoğun şekilde sahte fatura kullandığı tespit edilmekte ve mükellefiyeti terkin edilmektedir⁵⁶. Bu mükelleflerin çoğunun gerçek bir faaliyeti olduğu/olabileceği düşünüldüğünde, mükellef nezdinde oluşan zararın büyüklüğü daha iyi anlaşılmaktadır.

Bu nedenlerle ihbarnamenin tebliği beklenmeden terkin yapılacak haller, gayriaktif mükellefler ile sınırlı olmalıdır. Zira sadece bu kişilerin gerçek bir faaliyeti yoktur ve bu kişilerin fatura düzenlemesinin engellenmesi doğaldır. Bunun dışında özellikle yoklamada faal olduğu tespit edilen ancak inceleme sonucunda mükellefiyetin terkin edilmesi gerektiğine karar verilen kişilerde, tebligat yapılmadan mükellefiyet kaydı re'sen terkin edilmemelidir. Bir adım daha öteye giderek, münhasıran sahte belge düzenlemek amacıyla mükellefiyet tesis edenlerin mükellefiyet kayıtlarının re'sen terkinini yukarıda belirtildiği üzere bir yaptırım (ceza) niteliğinde olduğundan, re'sen mükellefiyet kaydının terkinini kararının iptali talebiyle açılan davalarda 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinin 3. fıkrası⁵⁷ gereği işlemin yürütmesi kendiliğinden durmalıdır. Bu durumda vergi idaresinin dava açma süresi bitmeden mükellefin mükellefiyetini re'sen terkin etmemesi gereklidir.

B. Mükellefiyet Kaydı Re'sen Terkedilen Kişilere Yapılan Elektronik Tebligatlar ve Gizleme Suçu

Uygulamada mükellefiyet kaydı re'sen terk edilenlere karşı vergi idaresi tarafından daha sonra bir bildirimde bulunulduğunda (örneğin; defter ve belgeleri isteme yazısı ya da izaha davet talebi gibi) bunun elektronik tebligat (e-tebligat) olarak gönderildiği görülmektedir. Mükellefiyet kaydı re'sen terk edilen mükellefler ise çoğu zaman e-tebligat sistemine bakmadıkları için bu tebligatlardan haberdar olamamakta ve VUK'un 107/A maddesinin ikinci fıkrası uyarınca yazısının muhatabın sistemine düştükten 5 gün sonra tebliğ edilmiş sayılmaktadırlar. Özellikle defter ve belge isteme yazısının elektronik ortamda tebliğ edil(eme)mesiyle, mükellefler tebligatları göremedikleri için defter ve belgeleri vergi idaresine vermemekte ve ortaya vergi kaçakçılığı suçlarından olan "gizleme suçu" oluşabilmektedir. Bu başlık altında da bu durumlar değerlendirilecektir.

Tebliğat, hukuki işlemlerin kanunda öngörüldüğü şekilde muhatabına veya muhatap adına kabule kanunen yetkili şahıslara yazılı olarak bildirim ve bu bildirim yapıldığının belgelendirilmesi işlemi olarak tanımlanabilir. Arapça kökenli bir kelime olan tebliğ "belle ğa" fiil kökünden tef il kalıbına sokularak türetilmiş bir kelime olup bu dilde "bir şeyin ulaştığı, yettiği, yeterli olduğu ve maksadına kavuştuğu"

⁵⁵ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM, s.442.

⁵⁶ Bu şekilde yapılan tarhiyatların hukuksuzluğu ise ayrı bir çalışmanın konusu olabileceği genişliktedir. Kısaca değinirsek, uygulamada haklarında sadece sahte fatura düzenleyicisi olabileceğine yönelik rapor düzenlenmiş olan kişilerden fatura kullanan mükellefler de sahte fatura kullanıcısı sayılmaktadır. Ancak böyle bir uygulama açıkça masumiyet karnesine aykırıdır. Bu kişiler hakkında yapılan tarhiyat kesinleşmeden, bir başka deyişle bir dava açılmışsa bunun sonucu beklenmeden, bu kişilerden fatura kullanan mükellefler doğrudan sahte fatura kullanıcısı sayılmamalıdır.

⁵⁷ "Vergi mahkemelerinde, vergi uyumsuzlarından doğan davaların açılması, tarh edilen vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlerin ve bunların zam ve cezasının dava konusu edilen bölümünün tahsil işlemlerini durdurur."

anlamında kullanılmaktadır⁵⁸. Arapçada dahi kelimenin anlamında “maksadına kavuşma” yer almakta ve bu bile aslında bize tebliğin neden mutlaka muhatabına ulaşması gerektiğini göstermektedir.

Tebliğatin amacının ne olduğuna ilişkin ise Danıştay ve Yargıtay kararlarında birçok tanım yapılmıştır. Danıştay bir kararında⁵⁹, hukukumuzda tebliğatin hukuki bir işlemde, muhatabın haberdar olmasını sağlamak amacıyla yetkili makamın kanuni şekilde posta veya ilan ile yapacağı belgeme işlemi şeklinde, Yargıtay bir kararında ise tebliğati bilgilendirme yanında, belgelendirme özelliği de bulunan bir usul işlemi olarak tanımlamıştır⁶⁰.

Tebliğat, mükellefin adına salınan vergiden ya da diğer yükümlülüklerinden haberdar olmasını vergilendirme sürecinde oldukça önemlidir. Tarhiyat işlemiyle vergi idaresi tarafından yapılan hesaplama ancak tebliğat işlemi ile tahakkuk ederek ödenmesi gereken aşamaya gelmektedir⁶¹. Çalışmamız açısından bu başlık altında öncelikle elektronik tebliğata ve özellikle de e-tebliğatin konumuzla ilgili olan kısımlarına ilişkin bilgi verilecektir.

Devletin e-dönüşümü kapsamında vergi hukukunda e-tebliğat, 23.07.2010 tarihinde 6009 sayılı Kanun ile VUK’a eklenmiştir⁶². Kanun hükmü ile elektronik tebliğata ilişkin usul ve esasları belirleme konusunda Hazine ve Maliye Bakanlığı’na önemli bir yetki verilmiştir ve Bakanlık bu yetkisini 456 Sıra No’lu VUK Genel Tebliği ile kullanmıştır⁶³. Bu Tebliğ’in 4. maddesi kimlere zorunlu olarak e-tebliğat yapılacağını belirtmiştir:

- a) Kurumlar vergisi mükellefleri
- b) Ticari, zirai ve mesleki kazanç yönünden gelir vergisi mükellefiyeti bulunanlar (Kazançları basit usulde tespit edilenlerle gerçek usulde vergiye tabi olmayan çiftçiler hariç)
- c) İsteğe bağlı olarak kendilerine elektronik tebliğat yapılmasını talep edenler.”

Yine Tebliğ ile kendisine elektronik ortamda tebliğ yapılabilecek olanların, Tebliğ’de belirlenen sürelerde bildirimde bulunarak e-tebliğat adresi almak ve e-tebliğat sistemini kullanmak zorunda olduğu da hükme bağlanmıştır. Tebliğ’de elektronik tebliğattan ne zaman çıkılabileceği de düzenlenmiştir. Tüzel kişilerde ticaret sicil kaydının silindiği tarih itibarıyla, elektronik tebliğat adresi kapatılabilmektedir.

Defter ve belgeleri gizleme suçu ise VUK’un 359. maddesinde düzenlenmiş olan vergi kaçakçılığı suçlarından bir tanesidir. İlgili hükme göre defter kayıt ve belgeleri gizleyenler 18 aydan 5 yıla kadar hapis cezasına mahkum olurlar.

Vergi kaçakçılığı suçlarından olan defter ve belgeler gizleme suçunun hareket unsuru “gizleme” fiilidir. Gizleme ise yukarıda da açıklandığı üzere varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesidir. Bu nedenle gizleme fiilinin gerçekleşebilmesi için mükelleften defter ve belgelerin usulüne uygun olarak talep edilmesi gerekmektedir. Usulüne uygun bir talep olmadan ibraz etmeme gizleme fiili değildir ve böyle bir durumda suçun maddi unsurlarından hareket unsuru ortaya çıkmış sayılmayacaktır. Bu nedenle tebliğatin usulüne uygun olarak yapılıp yapılmadığının tespiti hayati önemdedir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere VUK’un 107/A maddesinin 3. fıkrasıyla ise tebliğe ilişkin usul ve esasların Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından tespit edileceğini belirlemiştir. Yukarıda anılan 456 Sıra No’lu Genel Tebliğ’de ise kurumlar vergisi mükelleflerine ve kazançları basit usulde tespit edilenlerle gerçek usulde vergiye tabi olmayan çiftçiler hariçinde ticari, zirai ve mesleki kazanç yönünden gelir vergisi mükellefiyeti bulunanlara (yani gelir vergisi mükelleflerinin büyük bölümüne) e-tebliğatin yapılmasını zorunlu olduğu vurgulanmıştır. Bu bağlamda bu kapsamdaki gelir ve kurumlar vergisi mükelleflerine e-tebliğat yapılması gerektiği ihtilafsızdır. Ancak bahsi geçen mükelleflerin mükellefiyeti vergi dairesi aracılığı ile re’sen terk işlemi yapılarak sonlandırıldıktan sonra, ilgili artık bir gelir ya da kurumlar vergisi mükellefi değildir hatta vergi kanunları uyarınca herhangi bir mükellefiyeti dahi bulunmamaktadır. Mükellefiyetin ortadan kaldırılması ile mükellefin ödevleri arasında sayılan e-tebliğat sahibi olma ve bunu takip etme zorunluluğu da ortadan kalkmıştır. Bu nedenle eskiden mükellef olan bu kişi ve kurumlara yapılacak olan tebliğatların e-tebliğat olarak yapılması VUK ve 456 sıra No’lu VUK Genel Tebliği hükümlerine açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

Belirtmek gerekir ki Vergi Daireleri İşlem Yönergesi’nin⁶⁴ “İhbarnamenin Tebliğ İşlemleri” başlıklı 85. maddesinde

- “213 sayılı Kanun’un 160. maddesinin birinci fıkrası ve ilgili mevzuatı kapsamında işi bırakanlara veya aynı maddenin ikinci fıkrası ve ilgili mevzuatı kapsamında işi bırakmış ad olunanlara tebliğ doğrudan adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresinde yapılır”

hükmü bulunmaktadır. Vergi idaresince bu konuda vergi suçu raporu düzenlenmesi vergi idaresinin anılan yönergesine açıkça aykırıdır.

⁵⁸ YÜCE, Mehmet/CELİK, Muhammed: Karşılaştırmalı Vergi Tebliğat Hukuku, Ekin, Bursa 2017, s.1.

⁵⁹ Danıştay 6.D, 27.03.1986, E.1986/461, K.1986/83, LEXPERA, (Erişim: 27.10.2022).

⁶⁰ Yargıtay 10.HD, 05.12.2013, E.2013/20434, K.2013/23677, LEXPERA, (Erişim: 27.10.2022).

⁶¹ ÖNCEL, Mualla/ÇAĞAN, Ahmet/KUMRULU, Ahmet/GÖKER, Cenker: Vergi Hukuku, 28. Baskı, Turhan, İstanbul 2021, s.112.

⁶² RG: 01.08.2010, 27659. Vergi Usul Kanunu’nun 107/A maddesinin ilk iki fıkrası şu şekildedir: “Bu Kanun hükümlerine göre tebliğ yapılacak kimselere, 93 üncü maddede sayılan usullerle bağlı kalınmaksızın, tebliğe elverişli elektronik bir adres vasıtasıyla elektronik ortamda tebliğ yapılabilir. Elektronik ortamda tebliğat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır.”

⁶³ <https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=21102&mevzuatTur=Tebliğ&mevzuatTertip=5>, (Erişim: 27.10.2022).

⁶⁴ İdarenin iç işlemi niteliğindeki bu yönerge yayımlanmamıştır.

Aksinin kabulü hukuk mantığına hiç uymayan sonuçların ortaya çıkmasına da neden olabilecektir. Örneğin; 20 yaşında ticari kazanç elde edip bir sene sonra işi bırakan bir kişi, ölene kadar en geç 5 günde bir elektronik tebligat sistemini kontrol etmek zorunda kalacaktır. Hukuk mantığı bir yana birine bu şekilde orantısız bir yükümlülüğün kanun dışında genel tebliğle yüklenebileceği düşüncesi de verginin ve cezanın yasallığı ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.

Ayrıca bu durum VUK'un kimlere tebliğ yapılabileceğini düzenleyen 94. maddesine de aykırılık teşkil etmektedir. Buna göre tebliğ, "mükelleflere, bunların kanuni temsilcilerine, umumi vekillerine ve vergi cezası kesilenlere" yapılacaktır. Konumuz bağlamında değerlendirildiğinde, mükellefiyet kaydı terkin edilenlerin artık bir mükellefiyeti olmadığından VUK'a göre bu şirkete e-tebligat yapılması gene mümkün olmayacaktır.

Bu görüşümüzü destekleyen bir başka düzenleme, VUK'un 101. maddesidir. İlgili hükmün 3. fıkrasında,

"işyeri adresinde tebliğ yapılacak olanların adresinde bulunamaması, işin bırakılması veya işin bırakılmış addolunması hallerinde tebliği, gerçek kişilerde kendisinin, tüzel kişilerde bunların başkan, müdür veya kanuni temsilcilerinden birinin... adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresine yapılır."

demektedir. Değerlendirildiğinde, mükellefiyetin re'sen terkin işleminin, VUK'un 101. maddesindeki tabirle "işin bırakılmış addolunduğu" anlamına geldiği görülmektedir. Böyle bir durumda yapılacak olan tebliğler, gerçek kişinin ya da tüzel kişinin e-tebligat adresine değil, gerçek kişinin ya da tüzel kişilerde kanuni temsilcilerin adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yerine ve posta vasıtasıyla yapılmalıdır. Bu hüküm dikkate alınmadan doğrudan kanuni temsilciye yapılan e-tebligat açıkça hukuka aykırıdır. Bir başka anlatımla tebligatın elektronik ortamda değil, posta yoluyla yapılması gerekmektedir.

Özetle; yapılan tebligat hukuka aykırı olduğu için gizleme suçunun maddi unsurunun oluştuğunu kabul etmek mümkün değildir. Öte yandan yapılan tebligat hukuka uygun sayılsa dahi benzer durumlarda benzer şekilde gizleme suçunun manevi unsuru da ortaya çıkmamaktadır.

Bilindiği üzere tüm suçlar aksi kanunda belirtilmedikçe kasten işlenebilir. VUK'da yer alan "defter ve belgeleri gizleme suçunun" manevi unsuru da kasttir. Kanunda aksine bir düzenleme yer almadığı için bu suç taksirle işlenebilen bir suç değildir. Bir başka deyişle mükellefin bu suçtan ceza sorumluluğunun doğabilmesi için defter ve belgeleri gizleme kastıyla hareket etmesi ve bu suçu tüm unsurlarıyla "bilerek ve isteyerek" gerçekleştirmiş olması gerekmektedir. Aksi takdirde "tipiklik" oluşmayacağından suçtan sorumluluk da gündeme gelmeyecektir.

Bu suçun ortaya çıkabilmesi için mükellefe defter ve belgeleri isteme yazısının usulüne uygun olarak tebliğ edilmesi ve mükellefin de defter ve belgeleri bilerek ve isteyerek vergi idaresine teslim etmemiş olması gerekmektedir. Suçun manevi unsuru ancak bu bilme ve isteme unsurlarının birlikte gerçekleşmesi ile tamam olacaktır.

Ancak yukarıda örneğini vermiş olduğumuz olaylarda mükellefler bu yazıları gerçekten görmemektedirler. Mükelleflerin yazıları ne zaman tebellüğ ettikleri ise sistem üzerinden takip edilebilmektedir. Defter ve belgeleri isteme yazısını görmemiş olan mükelleflerin de defter ve belgeleri ibraz etmeme yönünde bir iradesinin olduğundan bahsedilemeyeceği ortadadır.

Bir an için VUK'un 107/A. maddesinin 2. fıkrası gereği, okunsun veya okunmasın tebligatın 5. günün sonunda yapılmış sayılacağı ve kişinin bu tebligatı görmüş olup olmamasının bir önemi olmadığı düşünülebilir. Ancak bu maddenin sonuçlarını vergi hukuku ve ceza hukuku bakımından ayrı ayrı ele almak hukukun temel prensipleri bakımından zorunludur.

Kusursuz suç ve ceza olmaz prensibi (nulla poena sine culpa), gerek Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda gerekse 5237 sayılı TCK'da yer alan en önemli prensiplerden birisidir. Nitekim bu prensibin önemine Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında şu şekilde değinilmiştir⁶⁵:

"Çağdaş ceza hukukunun önde gelen özelliklerinden biri kusurlu sorumluluğu benimsemiş bulunmasıdır. Ceza hukukçularının büyük bir çoğunluğuna göre, bir insan davranışı olmadan suç olmaz, ancak onun bu davranışı nedeniyle ortaya çıkan sonuçtan sorumlu tutulabilmesi için de o davranışının en azından kusurlu bulunması gerekir. Böylece modern ceza hukuku, objektif sorumluluğu terk ederek 'kusursuz suç olmaz' anlayışını ceza hukukunun temel bir ilkesi olarak kabul etmiştir"

Bu ilke ile, ceza hukuku bağlamında objektif sorumluluk esası terk edilmiştir. Böylece kişinin fiilinden dolayı ceza sorumluluğunun belirlenmesinde; maddi unsurların oluşup oluşmadığının yanı sıra failin kast veya taksirinin bulunup bulunmadığı hususu incelenmekte, akabinde kusurluluk değerlendirmesi yapılmaktadır. Bu esasın benimsenmesi ile ceza adaleti bakımından önemli olan bu ilke Türk Ceza Hukuku'nun temel ilkelerden biri haline getirilmiştir. Bu sayede çağdaş ceza hukuku bakımından çok önemli bir adım atılmıştır.

Yukarıda yapılan e-tebligatın usulsüz olduğu izah edilmiş olmakla birlikte, bu tebligatın usulsüz olmayacağını varsayılması ihtimalinde tebliğ edilmiş olmanın doğuracağı sonuçların vergi hukuku açısından geçerli olduğu sonucuna varılması hatalı bir düşünce değildir. Ancak ceza hukukunda, özellikle de manevi unsurun tespitinde bu hükmü dikkate almak mümkün değildir. Zira yukarıda da belirtildiği üzere kişinin mutlaka gizleme kastı ile hareket etmiş olması gerekir. Tebliğ edilmiş sayılsın veya sayılmasın, tebliğ evrakını bir şekilde görmeyen bir mükellefin gizleme kastıyla hareket ettiğini söylemek mümkün değildir.

⁶⁵ AYM, 19.02.2009, E.2006/72, K.2009/24, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, (Erişim: 30.09.2022).

VUK'un 107/A. maddesinin 2. fıkrasının "Elektronik ortamda tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır" hükmünün ceza hukuku bağlamında bir sorumluluğu gündeme getirebilecek sonuçlar doğurmasını kabul etmek objektif sorumluluğu kabul etmek anlamına gelecektir ki bu durum hem Anayasa hem de genel bir kanun olan 5237 sayılı TCK'nın kabul ettiği "kusursuz suç ve ceza olmaz prensibi" ile çelişecektir.

VII. SONUÇ VE ÖNERİLER

VUK'un 160 ve 160/A maddeleri, mükellefiyet kaydının vergi idaresi tarafından terkin edebileceği üç farklı durum öngörmüştür.

İlk re'sen terkin hali, işi bırakma bildiriminde bulunmayan bir mükellefin işi bıraktığının tespit edilmesi veya yapılan araştırma ve yoklamalar sonucunda mükellefin bilinen adreslerinde bulunamaması ve başka bir adreste faaliyetine devam ettiğine dair bilgi edinilememesi durumudur (VUK m.160/f.2). Bu gerekçeyle mükellefiyetin terkinini için vergi idaresinin mükellefin işyerinde farklı tarihlerde birden fazla yoklama yapması, her bir yoklamaya ilişkin detaylı tutanak tutması ve mükellefin güncel işlemlerinin, bildirim ve beyanlarının incelemesi gerekmektedir.

Gayrifaal mükellefler bakımından vergi idaresinin terkin kararının açıklayıcı bir idari işlem olduğunun ve mükelleflerin mükellefiyetin sona erme tarihi bakımından vergi idaresinin iddiasının aksini ispatlayabileceğinin kabulü gereklidir. Böylece faaliyeti idarenin kararından daha önce sona ermiş olan mükelleflerin fuzuli idari yaptırımlarla karşılaşması da önlenmiş olacaktır.

160. maddede düzenlenen diğer bir re'sen terkin durumu, münhasıran sahte belge düzenleme amacıyla mükellefiyet tesis edenler için öngörülmüştür. Mükellefiyetin bu düzenleme kapsamında terkin edilebilmesi için vergi idaresinin mükellefiyet kaydının tesis edilme amacını da araştırması gereklidir. Mükellefin faaliyet amacının belirlenmesi ise ancak vergi incelemesinin işyerinde yapılması halinde mümkün olacaktır. Mükellefin birden fazla işyeri ya da şubeleri var ise buralar da inceleme kapsamında araştırılmalıdır. Yukarıda alıntılıdığımız Danıştay kararları da bu yöndedir.

Mükellefiyet kaydının re'sen terkinini işlemi, münhasıran sahte belge düzenlenmesini durdurmayı, böylece vergi kaybının önlenmesini amaçlayan ve vergi dairesi tarafından tesis edilen zorlayıcı nitelikte bir işlem olduğu için idari tedbir olarak nitelendirilmelidir. Ancak bu idari tedbir, yukarıda açıkladığımız sebeplerle Kabahatler Kanunu'nun 19. maddesinin kapsamında değildir. Dolayısıyla mükellefiyetin re'sen terkinini işlemine diğer kanunlarda aksine hüküm olsa bile Kabahatler Kanunu'nun genel hükümlerinin uygulanması gerektiği ve Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan masumiyet karinesi ve orantılılık ilkesi başta olmak üzere tüm ilkelerin bu idari tedbir açısından da geçerli olduğu sonucuna varılmıştır. Öte yandan Kabahatler Kanunu'nun 15. maddesine göre terkin tedbiri yanı sıra vergi hukukuna özgü diğer idari yaptırımların uygulanması mümkündür.

Düzenleme mevcut haliyle masumiyet karinesini ihlal etmektedir, zira sahte belge düzenleme suçunun işlendiği sabit olmadan vergi müfettişleri tarafından cezalandırıcı bir işlemin uygulanmasına imkan vermektedir. Ayrıca münhasıran sahte belge düzenlediği sebebiyle mükellefiyet kaydı re'sen terkin edilenlere ait çeşitli belge ve bilgilerin Hazine ve Maliye Bakanlığınca duyurulacak olması (VUK m.160/IV) mükellefler üzerinde psikolojik bir baskı aracıdır ve kamu yararı ile mükellefler hakları arasındaki dengeyi mükellef aleyhine orantısız biçimde bozmaktadır.

Düzenlemenin masumiyet karinesine uygun hale getirilebilmesi için re'sen terkin yapılmadan önce mükellef hakkında ceza yargılaması sonucunda verilen hükmün kesinleşmesinin beklenmesi şartının eklenmesi gerekmektedir. Nitekim belgenin sahteliği konusunda da ceza yargılamasının değerlendirmesi esas alınmalıdır çünkü idari yargılamanın aksine ceza yargılamasında delil serbestisi ilkesi herhangi bir kısıtlama olmaksızın uygulanarak gerçek mahiyet tüm yönleriyle tespit edilebilmektedir. Benzer gerekçelerle tarhiyatın ya da vergi inceleme raporunun kesinleşmiş olması mükellefiyet kaydının mükellefi cezalandırma amacıyla terkin edilmesi için yeterli değildir.

Son olarak, analiz ve değerlendirmeler sonucunda sahte belge düzenleme riski yüksek bulunan mükelleflerin kayıtları, mükellef nezdinde yapılan yoklamanın sonucuna göre vergi dairesinin görüşü ve ilgisine göre defterdarın veya vergi dairesi başkanının onayı ile terkin edilebilecektir (VUK m.160/A). Mükellef bakımından ağır sonuçları olacağından terkin öncesinde vergi idaresinin tek bir yoklamayla yetinmemesi gerektiği açıktır, 160/A'nın uygulanmasına ilişkin 520 Sıra No.'lu Genel Tebliğ'den de bu sonuç çıkmaktadır. Ancak yasal düzenlemenin 160. maddede olduğu gibi "yoklamalar" olarak değiştirilmesi bu konudaki karışıklıkların önüne geçecektir.

Risk analizi, ülkemiz dahil birçok ülkenin vergi idaresi tarafından mükelleflerin efektif biçimde denetlenmesini sağlamak amacıyla kullanılan önemli bir araçtır. Öte yandan hukuk devleti ilkesi gereği risk analiz sürecinin şeffaf biçimde yürütülmesi, mükellefin bu süreçte hangi kriterlerin ne ölçüde dikkate alınacağını ve analiz hangi vergilendirme dönemlerini kapsayacağını bilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte mükellefler hakkında herhangi bir işlem tesis etmeden önce risk analizindeki bulgulara itiraz etme imkanı tanınması, birçok uyuşmazlığın yargıya taşınmasının önüne geçebilecektir. Mevcut haliyle 160/A, mükellefler açısından herhangi bir usuli güvence barındırmamaktadır.

Yukarıda açıkladığımız üzere, 160/A maddesi kapsamındaki terkin, koruma önlemlerine dair genel özellikleri taşımaktadır. Düzenlemede sahte belge düzenleme suçunun işlenmesi riskinin yüksek olması arandığı ve vergisel aramada olduğu gibi emarelerle yetinilmediği için re'sen terkin kararı öncesinde suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphenin var olması gerektiği sonucuna varılmıştır.

Bununla birlikte, 160/A düzenlemesinin koruma önleminin ön şartlarından orantılılık ve kanunla düzenleme şartlarını taşıdığı söylenememektedir. Öncelikle; 160/A maddesine ilişkin usul ve esasların Hazine ve Maliye Bakanlığı'nca belirlenmesi kanunilik şartını karşılamamaktadır.

Bu düzenleme ile teşebbüs özgürlüğüne yapılan müdahale orantılı değildir çünkü analiz ve değerlendirme sonuçlarına göre mükellefiyet kaydı terkin edilenler, idari bir karara dayalı olarak yüksek miktarda teminat ödemeksizin faaliyetlerine devam edemeyecek ve isimleri ilan edilecektir (VUK m.160/A-son). Bu doğrultuda orantılılığın sağlanabilmesi için re'sen terkin kararının idare değil yargı mercileri tarafından alınması ve mükellefiyet kaydı terkin edilmeden önce mükelleflere bu işlemin sonuçları bakımından bilgi verilmesi, faaliyetlerini açıklama imkanı sunulması gerekmektedir.

Buraya kadar mükellefiyet kaydının re'sen terkin hallerine ilişkin düzenlemelerdeki sorunlar ve sorunsallar ele alınmıştır. Bunlara ek olarak, uygulamada vergi incelemesi sonucunda mükellefiyetin terkin edildiği durumlarda bu hususun mükellefe hemen tebliğ edilmemesi, mükellefin bu hususu farklı yollardan (örneğin beyanname veremeyerek) öğrenmesi de sorun yaratmaktadır. Zira mükellef bu durumda re'sen terkin kararına karşı ancak vergi ceza ihbarnamesinin kendisine tebliği ile dava açabilmekte ve ihbarname düzenlenip tebliğ edilene kadar hiçbir ticari faaliyette bulunamamaktadır.

Bu nedenlerle ihbarnamenin tebliği beklenmeden terkin yapılacak haller, gayrifaal mükellefler ile sınırlı olmalıdır. Bir adım daha öteye giderek, münhasıran sahte belge düzenlemek amacıyla mükellefiyet tesis edenlerin mükellefiyet kayıtlarının re'sen terkinini bir yaptırım niteliğinde olduğundan dava açılması ile işlemin yürütmesi kendiliğinden durmalıdır.

Uygulamadaki bir başka sorun, mükellefiyet kaydı re'sen terk edilenlere karşı vergi idaresi tarafından e-tebligat yapılmasıdır. VUK'un 107/A maddesinin ikinci fıkrası uyarınca e-tebligatlar muhatabın sistemine düştükten 5 gün sonra tebliğ edilmiş sayılmaktadırlar. Ancak mükellefiyet kaydı re'sen terk edilen mükellefler, mükellefiyete bağlı ödevleri sona erdiği düşüncesiyle çoğu zaman e-tebligat sistemine bakmadıkları için bu tebligatlardan haberdar olamamaktadırlar. Özellikle defter ve belge isteme yazısının elektronik ortamda tebliğ edil(eme)mesiyle, mükellefler tebligatları göremedikleri için defter ve belgeleri vergi idaresine vermemekte ve ortaya vergi kaçakçılığı suçlarından olan "gizleme suçu" oluştuğu iddia edilmektedir.

Çalışmamızda mükellefiyet kaydı re'sen terkin edilenlere e-tebligat yapılmasının VUK'un 94. ve 101. maddeleriyle, Vergi Daireleri İşlem Yönergesi'nin 85. maddesiyle ve mantıkla bağdaşmadığı, dolayısıyla e-tebligat almak zorunluluğu re'sen terkin işlemi ile ortadan kalkmış bu kişiler ve kurumların ilgilileri bakımından gizleme suçunun maddi unsurunun oluşmadığı sonucuna varılmıştır. Bir an için e-tebligatın geçerli olduğu kabul edilse dahi tebliğ evrakını bir şekilde görmeyen bir mükellefin gizleme kastıyla hareket ettiğini söylemek mümkün değildir. Aksi bir kabul kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesine aykırıdır.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Atıf Şekli: Yazarlar Altan RENÇBER ve Selin OVALIOĞLU, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Altan RENÇBER and Selin OVALIOĞLU who are the authors have not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazarlar tarafından birlikte hazırlanmıştır. | This article has been co-written by the authors.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazarlar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazarlar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir.

| The authors declare that they comply with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that they do not make any falsification of the data collected. In addition, they declare that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

KAYNAKÇA

- ARSLAN, Ömer Faruk/AKÇAY, Önal: “Vergi Usul Kanunu’nun 160/A Maddesinin Uygulamasına İlişkin Tebliğ Taslağı Üzerine Görüş Ve Öneriler”, Vergi Raporu, 249, 2020, s.11-22.
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Bası, Beta, İstanbul 2019.
- FEVZİOĞLU, Metin: “İşyeri Kapatma Cezası ve Anayasa Karşısındaki Konumu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 5(1), 1993, s.5-22.
- GERÇEK, Adnan: Türk Mali Hukukunda Teminat Kurumu, Seçkin, İstanbul 2013.
- KANETİ, Selim/EKMEKÇİ, Esra/GÜNEŞ, Gülsen/KAŞIKCI, Mahmut: Vergi Hukuku, 2.bası, Filiz, İstanbul 2022
- KAŞIKCI, Mahmut: Vergi Yargılaması Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Filiz, İstanbul 2017.
- KAŞIKCI, Mahmut: Vergi Hukukunda Arama Koruma Önlemi (Vergisel Arama), Ethemler, İstanbul 2007.
- KAŞIKCI, Mahmut: Türk Hukukunda Vergi Kaçakçılığı Suçları, Ethemler, İstanbul 2007.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara 2021.
- ORTAÇ, Fevzi Rifat/ORTAÇ, Cenk Selçuk: “Mükellef Kaydı Terkin Edilebilir Mi?”, Mali Hukuk Dergisi, 16(187), 2020, s.1849-1864.
- ÖNCEL, Mualla/ÇAĞAN, Ahmet/KUMRULU, Ahmet/GÖKER, Cenker: Vergi Hukuku, 28.B, Turhan, İstanbul 2021.
- ÖZAY, İlhan: İdari Yaptırımlar, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1985.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAĞIZ, Pınar: Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Bası, Seçkin, Ankara 2021.
- ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17.Baskı, Seçkin, Ankara 2021.
- ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan ve diğerleri: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 15.Bası, Seçkin, Ankara 2021.
- ÖZVEREN, Görkem Ali/HAYRULLAHOĞLU, Betül: “Mükellefiyet Kaydının Re’sen Terkinini Düzenleyen Vergi Usul Kanunu’nun 160/A Maddesinin Değerlendirilmesi”, Vergi Dünyası, 483(Kasım), 2021, s.44-53.
- RENÇBER, Altan: Kabahat Genel Teorisi Açısından Vergi Kabahatleri, Oniki Levha, İstanbul 2017
- RENÇBER, Altan: “Dijital Hizmet Vergisinde Güvenlik Önlemi: İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması Meselesi”, Legal Mali Hukuk Dergisi, 16(183), 2020, s.573-598.
- SEMİZ, İmran: “Vergi Usul Kanunu’nun 153/A Maddesinde Yer Alan “Teminat Uygulaması”nın Hukuki Niteliğinin, Anayasaya Uygunluğu Sorunu ve Kuruma İlişkin Çeşitli Sorunsallar”, IV. Vergi Hukuku Konferansı (Genç Hukukçular/Yeni Yaklaşımlar), Oniki Levha, İstanbul 2016, s.55-78.
- AKMAN, İnci Solak: Türk Vergi Sisteminde Vergi Güvenlik Önlemleri, Ankara Üniversitesi, SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2004.
- TEZCAN, Durmuş: “İdari Muhakeme Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukuku Arasındaki Farklılığın Anlamı ve Önemi”, İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, Seçkin, Ankara 2009, s.161-172.
- ULUSOY, Ali: “Erkler Ayrılığı ve Yürütme-Yargı İlişkileri Bağlamında Kabahatler Kanunu’nun Değerlendirilmesi”, Danıştay ve İdari Yargı Günü, 140. Yıl Sempozyumu, 12 Mayıs 2008, Danıştay Matbaası, Ankara 2009, s.21-36.
- ULUSOY, Ali: İdari Yaptırımlar, Oniki Levha, İstanbul 2013.
- YALTI, Billur: “Kod Listelerinden KDV İadesi Risk Analiz Sistemine Geçiş: KDV İndirim Hakkının Sınırlandırılmasına İlişkin Değerlendirmeler”, Vergi Sorunları Dergisi, 258(10), 2010, s.24-32.
- YÜCE, Mehmet/ÇELİK, Muhammed: Karşılaştırmalı Vergi Tebligat Hukuku, Ekin, Bursa 2017.

SİGORTA ACENTESİNİN MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASI

PROFESSIONAL LIABILITY INSURANCE OF INSURANCE AGENT

Metin KIRATLI*  10.21492/inuhfd.1229385 

Makale Bilgi

Gönderi: 04/01/2023
Kabul : 21/03/2023

Anahtar Kelimeler

*Sigorta Acentesi,
Mesleki sorumluluk
Sigortası,
Sorumluluk,
Sigortalının
Sorumluluğu,
Sigorta Sözleşmesi.*

Article Info

Received: 04/01/2023
Accepted: 21/03/2023

Keywords

*Insurance Agent,
Professional Liability
Insurance,
Liability,
Liability of Insurance,
Insurance Contract.*

Özet

Mesleki sorumluluk sigortası, sigortalının malvarlığını üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğundan doğan yükümlülüklerle karşı korumayı amaçlar. Bu sigorta ile sigortalının sigorta poliçesinde belirtilen mesleki faaliyetinden dolayı hukuki sorumluluğu sigorta edilmiş olur. Mesleki sorumluluk sigortası tazminat yükümlülüğünün yerine getirilmesi, hukuki koruma, ekonomik varlıkların korunması ve likidite sağlanması işlevlerini yerine getirir. Mesleki sorumluluk sigortası, sigortalının mesleki itibarının da zarar görmesini engeller. Mağdurun tazminat taleplerinin güvence altına alınması sigorta acenteliği sektörüne de olumlu etki yapacaktır ve bu açıdan mesleki sorumluluk sigortası itibar koruması işlevi de görmektedir. Mesleki sorumluluk sigortası, sigortalının poliçede belirtilen mesleği icra etmesinden doğan sorumluluğunu, sigorta acentesinin mesleki sorumluluk sigortası ise sigorta acentesinin sigorta sözleşmesinin kurulmasından ve kurulmasına aracılık etmekten doğan mesleki sorumluluğunu kapsar. Bu bağlamda, mesleki faaliyetin kapsamının belirlenmesi özellikle önemlidir. Bu kapsamda hangi tehlikenin maddi olarak meydana geldiği belirlenerek mesleki faaliyetin tespiti yapılabilir. Sigorta Acenteleri Yönetmeliği'nin 11. maddesinde, acentelerin mesleki faaliyetleri nedeniyle sebep olacakları zararlardan sorumlu oldukları ve bu sorumluluğun karşılanması için sigorta veya benzeri teminat istenebileceği hükme bağlanmıştır. Sigorta acentesinin mesleki sorumluluk sigortası ile sigorta acentesinin sigorta sözleşmesinin akdinden ve sigorta sözleşmesine aracılık etmesinden doğan mesleki sorumluluğu sigorta edilmiş olur.

Abstract

Professional liability insurance aims to protect the insured's assets against liabilities arising from his liability to a third party. With this insurance, the legal liability of the insured due to the professional activity described in the insurance policy is insured. The fulfillment of the professional liability insurance indemnity obligation performs the functions of legal protection, protection of economic assets and assuring liquidity. Professional liability insurance also prevents the insured's professional reputation from being harmed. Securing the victim's compensation claims will also have a positive impact on the insurance agency sector, and in this respect, professional liability insurance also functions as a reputation protection. Professional liability insurance covers the liability of the insured arising from the performance of the profession described in the policy, while the professional liability insurance of the insurance agent covers the professional liability of the insurance agent arising from the conclusion of the insurance contract and mediating the conclusion of the insurance contract. In this regard, it is especially important to determine the scope of professional activity. In this context, the determination of professional activity can be made by determining which danger has materially occurred. In the 11th article of the Insurance Agencies Regulation, it is stipulated that the agents are responsible for the damages they may cause due to their professional activities and that insurance or similar collateral may be required to cover this responsibility. With the professional liability insurance of the insurance agent, the professional liability of the insurance agent arising from the conclusion of the insurance contract and the intermediation of the insurance contract is insured.

 Bu eser Creative Commons Atıf-Gayri Ticari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

*Dr., Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı.

Atıf Şekli | **Cite As:** KIRATLI Metin, "Sigorta Acentesinin Mesleki Sorumluluk Sigortası", İnÜHFD, 14(1), 2023, s.103-113. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

Professional liability insurance also prevents the insured's professional reputation from being harmed. Securing the victim's compensation claims will also have a positive impact on the insurance agency sector, and in this respect, professional liability insurance also functions as a reputation protection.

Professional liability insurance covers the liability of the insured arising from the performance of the profession described in the policy, while the professional liability insurance of the insurance agent covers the professional liability of the insurance agent arising from the conclusion of the insurance contract and mediating the conclusion of the insurance contract. In this regard, it is especially important to determine the scope of professional activity. In this context, the determination of professional activity can be made by determining which danger has materially occurred.

It should be accepted that the insurance agency that has received a dismissal penalty can also benefit from professional liability insurance, since there is no exception against the risk under the Insurance Agents Professional Liability Insurance Clause for insurance agents who are faced with the penalty of dismissal from the profession within the framework of the relevant legislation.

The agency has the authority to represent the insured in terms of litigation and enforcement activities within the scope of the Turkish Commercial Code (TCC). However, the responsibility of the agent arising from the transactions within the scope of the authority to represent in litigation and proceedings pursuant to Article 105/2 of the TCC should not benefit from the professional liability insurance coverage of the insurance agent.

When the 1st article of the Insurance Agencies Professional Liability Insurance Clause and the A1 provision of the Professional Liability Insurance General Conditions are evaluated together, insurance protection is provided to the insurance agents against the claims made pursuant to the liability provisions.

In professional liability insurance, it is possible to classify the professional liability of the agency provided for coverage towards the insurer as "direct professional liability" and "indirect professional liability". In direct professional liability, there are claims for damages arising from the faulty transactions of the insurance agent directly against the insurer. In indirect professional liability, it is related to the claims made by the customer to the insurer and the insurer recourse to the agency. Professional Liability Insurance General Conditions. Since the Insurance Agents Professional Liability Insurance Clause does not distinguish between direct or indirect professional liability, insurance coverage will be provided in both cases. However, pursuant to Article 2 of the aforementioned clause, claims for damages that may arise as a result of not keeping or misusing professional secrets will not benefit from the insurance coverage.

In cases where the insurer uses the insurance agent in the performance of obligations or the exercise of rights, the insurer recourse to the insurer insurance agency for his actions in accordance with the contractual relationship between them.

The liability of the insurance agent directly to the customer will also be included in the scope of the professional liability insurance. As the Supreme Court of Appeals emphasized in one of its decisions, agencies draw up the contracts they sign or act as intermediaries on behalf of the person they are the agent of, not on their own behalf and account. Therefore, as a rule, they are not liable for these contracts.

The insurer and the insurance agency are obliged to inform the insured within the scope of the relevant legislation. Although the agency acts as an informant, the scope of this obligation is limited to what the agency knows and should know. In case of violation of the obligation to inform, the insured has the right to terminate or claim compensation if the policyholder is affected by this violation, has suffered damage and there is a causal link between the damage and the obligation to inform.

In the professional liability insurance of the insurance agent, the insured risk must be determined by evaluating the general conditions' A1 titled "subject of the insurance" and B1 titled "realization of the risk" together.

In the event that the act or negligence causing the liability of the insurance agent occurred before or after the expiry of the insurance contract, the insurance agent will not be able to claim insurance protection even if the third party's loss has occurred within two years from the expiry of the period. In order for compensation to arise, the defective professional activity must occur within the contract period.

Lean asset losses occur as a typical result of faulty action by an insurance agent in the exercise of his professional activity. Bare property damages are damages that are not bodily or property-related damages. Accordingly, in case the professional fault of the insurance agent directly (without the occasional damage to the person or damage to the property) negatively affects the third party's assets, only property damage will come to the fore. If the third party claims that the insured's professional activity violates his health integrity interest or the interest of owning a property, and therefore incurs property damage, in his claim for compensation, a claim based solely on property damage cannot be mentioned. In such cases, it is mentioned that a bodily or property-related damage and the resulting real property damage are mentioned.

All kinds of penalties and penal conditions, including administrative and judicial fines, are in the nature of property damage. However, according to subparagraph (a) of clause A.4.3 of the General Conditions of Professional Liability Insurance, such payments are not covered unless there is a contract to the contrary. The case of being out of cover is not only such payments to which the insurance agent is directly addressed; All kinds of penal and penal conditions, including the administrative and judicial fines that the insurer has to pay due to the agent's action or action, also include the case of recourse to the insured.

In the 11th article of the Insurance Agencies Regulation, it is stipulated that the agents are responsible for the damages they may cause due to their professional activities and that insurance or similar collateral may be required to cover this responsibility.

With the professional liability insurance of the insurance agent, the professional liability of the insurance agent arising from the conclusion of the insurance contract and the intermediation of the insurance contract is insured.

The professional liability insurance of the insurance agency provides coverage against the damages to the goods and the damages to the person as well as the damages to the bare assets, since there is no limitation in the general conditions.

I. GİRİŞ

Her Sigortacılık Kanununun 2'nci maddesi uyarınca, sigorta acentesi,

“Ticarî mümessil, ticarî vekil, satış memuru veya müstahdem gibi tâbi bir sıfatı olmaksızın bir sözleşmeye dayanarak muayyen bir yer veya bölge içinde daimî bir surette sigorta şirketlerinin nam ve hesabına sigorta sözleşmelerine aracılık etmeyi veya bunları sigorta şirketleri adına yapmayı meslek edinen, sözleşmenin akdinden önce hazırlık çalışmalarını yürüten ve sözleşmenin uygulanması ile tazminatın ödenmesinde yardımcı olan kişiyi”

ifade etmekte olup, Sigorta Acenteleri Yönetmeliğinin 11'inci maddesine göre, “Acenteler, mesleki faaliyetleri nedeniyle verebilecekleri zararlardan sorumludur”. Mesleki sorumluluk sigortası sigortalının malvarlığını korumayı amaçlamakta olup, sigortanın kapsamı, bu bağlamda sigortanın konusu ve teminat dışında kalan hususlar Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının 1'inci maddesinde düzenlenmiştir.

Bu çalışmada öncelikle genel olarak mesleki sorumluluk sigortası hakkında bilgi verilmiş, daha sonra sigortalı faaliyet, mesleki sorumluluk sigortası teminatının konusu olan sigorta acentesinin mesleki sorumluluğu, sigortalanan riziko ve sigortalı zarar konuları ilgili ve mevzuat ve Yargıtay kararları çerçevesinde açıklanmıştır.

II. GENEL OLARAK

Sigorta Acenteleri Yönetmeliği'nin¹ 11'inci maddesinde, acentelerin mesleki faaliyeti nedeniyle verebilecekleri zararlardan sorumlu olduğu ve bu sorumluluğun karşılanması için sigorta veya benzeri teminat şartının aranabileceği düzenlenmiştir.

Mesleki sorumluluk sigortası, sigortalının malvarlığını, onun üçüncü kişiye karşı sorumlu olmasından doğan pasiflere karşı korumayı amaçlamaktadır. Bu sigorta ile sigortalının, sigorta poliçesinde tarif edilen mesleki faaliyetinden dolayı kanuni sorumluluğu sigortalanmaktadır. Nitekim, Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları Sigorta Acenteleri Mesleki Sorumluluk Sigortası Klozu'nun 1'inci maddesine göre:

“.....bu kloz ile sigortacı, sözleşmedeki şartlara tabi olmak kaydı ile sigorta acentesinin mesleki faaliyeti sonucu neden olduğu zarar dolayısıyla ödeyeceği tazminat tutarları ile kararlaştırılmış yargılama giderleri ve avukatlık ücretlerini poliçede yazılı limitler dahilinde temin eder”.

Mesleki sorumluluk sigortası tazminat yükümlülüğünün ifa edilmesi; hukuki himaye fonksiyonu, ekonomik varlığı koruma fonksiyonu ve nihayet likiditeyi güvence altına alma fonksiyonlarını icra eder.

Sigorta ettirenin sigortacıya karşı olan üçüncü kişinin ileri sürdüğü tazminat taleplerinden kurtarılmaya yönelik talebi², üçüncü kişinin haklı tazminat taleplerini ifa etme ve hukuki himaye fonksiyonlarında yansımaları bulmaktadır. Türk Ticaret Kanunu (TTK) m.1473/I uyarınca, sigortacı, haklı tazminat taleplerini zarar görene ödemek suretiyle sigortalıya sigorta güvencesi sağlamaktadır. Bu hükümden anlaşılacağı üzere, sigortacının yükümlülüğü, sigorta tazminatını üçüncü kişiye iletmesi için sigortalıya ödenmesine yönelik değildir. Sigortacı, doğrudan doğruya zarar görene ödeme yaparak onun ileri sürdüğü haklı tazminat taleplerinden sigortalıyı kurtarmakla yükümlüdür³. Mesleki sorumluluk sigortasının hukuki himaye fonksiyonu ise, üçüncü kişinin ileri sürdüğü tazminat talebinin haksız olması durumunda gündeme gelmektedir. Sigortacı bu yükümlülük kapsamında sigortalının savunmasını üstlenmek suretiyle haksız tazminat taleplerini savuşturmakla yükümlüdür. Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın B.3.4'üncü maddesine göre:

“Sigortacı, sigortalı tarafından usulüne uygun olarak bildirimde bulunulması ya da zarar gören tarafından kendisine doğrudan talepte bulunulmasından itibaren beş gün içinde, zarara uğrayanın istemleriyle ilgili olarak ve sigortalının adına, fakat sorumluluk ve tüm giderler kendisine ait olmak üzere, gerekli hukuki işlemlerin gerçekleştirilip, kararların alınmasını ve ayrıca savunmaya yardımcı bulunmayı üstlenip üstlenmeyeceğini sigortalıya bildirir”.

Mesleki sorumluluk sigortası ile sigorta acentesinin sorumlu olduğu tazminat yükümlülüğünü ifa edememesi nedeniyle mesleki itibarına halel gelmesi de engellenmektedir. Mağdurun tazminat taleplerinin güvence altına alınmasının, sigorta acenteliği sektörüne de olumlu etkisi olacaktır. Bu açıdan mesleki sorumluluk sigortası, itibar koruma fonksiyonu görmektedir⁴.

Mesleki sorumluluk sigortası hem acentenin hem de zarar görenin ekonomik varlığını koruma fonksiyonu da görmektedir. Bu sigorta, acenteyi onun ekonomik varlığını tehdit edebilen tazminat taleplerinden kurtarır. Tazminat taleplerini karşılamak için tüm birikimlerini zarar görene vermekten kurtarır. Aynı zamanda da, zarar görenin tazminat taleplerini karşılar. Bu suretle, acente tarafından kısmen veya tamamen ödenemeyen tazminat talepleri yüzünden ekonomik varlığının yok olması tehlikesini bertaraf eder⁵.

Sigorta acentesinin, sorumlu olduğu durumlarda, zarar görenin müracaat edebileceği malvarlığı yetersiz olabilir. Mesleki sorumluluk sigortası, potansiyel mağdurlara, zarar veren acentenin kendi şahsi malvarlığı dışında sigortadan kaynaklı başka bir malvarlığının da olduğu; sorumluluk hadisesi karşısında bu malvarlığına başvurarak tazminat alacağına kavuşacağı hususunda bir güvence vermektedir (likiditeyi güvence altına alma fonksiyonu)⁶.

¹ RG: 22.04.2014, 28980

² Ayrıntılı açıklama için bkz. ŞENOCAK, Kemal: Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara 2000, s.161 vd.

³ KAUFMANN, Arnd: Die Berufshaftpflichtversicherung des Steuerberaters, Karlsruhe 1996, s.76.

⁴ KESSLER, Martin A.: Die Stellung der gebundenen und ungebundenen Versicherungsvermittler nach Inkrafttreten des neuen VAG am. 1. Januar, Zürich 2009, Nr. 203.

⁵ KESSLER, Nr. 204.

⁶ KESSLER, Nr. 205.

III. SİGORTALI FAALİYET

Mesleki sorumluluk sigortası ile sigorta ettirenin poliçede tarif edilen mesleği icra etmesinden kaynaklanan sorumluluğu sigortalanmaktadır. Sigorta acentesinin mesleki sorumluluk sigortası ile de sigorta acentesinin sigorta sözleşmesinin akdi ve sigorta sözleşmesinin akdine aracılık etmekten kaynaklanan mesleki sorumluluğu sigortalanmaktadır. Nitekim, Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları Sigorta Acenteleri Mesleki Sorumluluk Sigortası Klozu'nun 1'inci maddesine göre "...sigorta acentesinin mesleki faaliyeti sonucu neden olduğu zarar dolayısıyla ödeyeceği tazminat tutarları ile kararlaştırılmışsa yargılama giderleri ve avukatlık ücretlerini poliçede yazılı limitler dahilinde temin eder". Bu hükümle sigortacının üstlendiği riziko mesleki faaliyetle bağlantılı olarak sınırlandırılmaktadır. Dolayısıyla, acentenin mesleki faaliyeti dışında kalan iş, işlem ve eylemlerinden doğan sorumluluğu mesleki sorumluluk sigortasının teminat kapsamı dışında kalacaktır.

Bu bağlamda sigorta ettirenin mesleki faaliyeti ile mesleki olmayan faaliyeti arasında ayırım yapılması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Ayırım yapılması zorunluluğu da, mesleki faaliyet ile mesleki olmayan faaliyet arasındaki ayırımın hangi kriterlere göre yapılması gerektiği sorununu da beraberinde getirmektedir. Bir görüşe göre, hatır için, yani ücretsiz yapılan faaliyetten doğan sorumluluk, mesleki sorumluluk sigortasının teminat kapsamı dışında kalmaktadır⁷. Bu görüşe iştirak edilemez. Zira, örneğin bir mali müşavir arkadaşına veya akrabasına hatır için mali konuda danışmanlık yaparken mali müşavirlik mesleğinin bir mensubu olarak faaliyet icra etmektedir. Arkadaş veya akraba olduğundan daha ziyade mali müşavir olduğu için mali mevzuatta danışmanlık için kendisine başvurulmaktadır. Hangi sebeple olursa olsun ister ücret alsın ister almasın mali konuda danışmanlık yaptığında hatalı danışmanlık onun mesleki alanında gerçekleşmektedir. Dolayısıyla, sigorta teminatı kapsamına giren mesleki faaliyetin belirlenmesi için hangi tehlikenin somut olarak gerçekleştiğine bakmak gerekir⁸.

Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları Sigorta Acenteleri Mesleki Sorumluluk Sigortası Klozunun 2'nci maddesi uyarınca,

"Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği nezdinde oluşturulan levhaya kayıtlı olmaksızın veya 3/6/2007 tarihli ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 27'nci maddesi uyarınca meslekten geçici olarak çıkarıldığı süre içinde yürütülen acentelik faaliyetleri nedeniyle doğan zararlara ilişkin tazminat talepleri teminat dışındadır".

Sigortacılık Kanunu'nun 27'nci maddesinin altıncı fıkrasına göre,

"Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanununun 87'nci maddesinin üyelikten geçici çıkarma ve üyelikten uzun süreli çıkarmaya ilişkin hükümleri; meslekten geçici çıkarma ve meslekten uzun süreli çıkarma şeklinde uygulanır".

5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanununun 87'nci maddesine göre,

"üyelikten geçici çıkarma; üyenin iki aydan az ve oniki aydan fazla süreli olmamak üzere oda veya borsa üyeliğinden çıkarılmasıdır. Kınama cezası alan üyenin, beş yıl içinde aynı cezayı gerektirecek yeni bir davranışta bulunması halinde üyelikten geçici çıkarma cezası verilir".

Anılan Kanuna göre,

"üyelikten uzun süreli çıkarma; üyenin kaydının üyesi bulunduğu oda veya borsa ile ticaret sicilinden beş yıl süre ile silinmesidir. Üyelikten geçici çıkarma cezası alan üyenin, üç yıl içinde kınama cezasını gerektirecek yeni bir davranışta bulunması halinde üyelikten uzun süreli çıkarma cezası verilir".

Sigortacılık Kanunu'nun 27'nci maddesinin altıncı fıkrasına nazaran, "hakkında meslekten çıkarma cezası gerektirebilecek mahiyetteki bir işten dolayı soruşturma yapılmakta olan sigorta acentesi, Sigorta Acenteleri İcra Komitesi kararıyla, tedbir mahiyetinde işten el çektirilebilir". Geçici işten el çektirme, üyelikten ne geçici çıkarma ne de uzun süreli çıkarma niteliğindedir Sigorta Acenteleri Mesleki Sorumluluk Sigortası Klozunun 2'nci maddesi geçici işten el çektirmeye ilişkin bir riziko istisnasına yer vermediğinden, tedbir niteliğinde işten el çektirilen sigorta acentelerinin sorumluluğu mesleki sorumluluk sigortası teminatından yararlandırılmalıdır.

Sigorta sözleşmelerinin akdi veya sigorta sözleşmelerine aracılık sigorta acentesinin mesleki faaliyetleri kapsamında olduğundan şüphe duymamak gerekir. TTK'nın 1423'üncü maddesinde düzenlenen "aydınlatma yükümlülüğü"nin ifasını da acentenin mesleki faaliyetleri kapsamında düşünmek gerekir. TTK m.1423'e göre, sigortacı yanında sigorta acentesi de,

"sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce, gerekli inceleme süresi de tanınmak şartıyla kurulacak sigorta sözleşmesine ilişkin tüm bilgileri, sigortalının haklarını, sigortalının özel olarak dikkat etmesi gereken hükümleri, gelişmelere bağlı bildirim yükümlülüklerini sigorta ettirene yazılı olarak bildirir. Ayrıca, poliçeden bağımsız olarak sözleşme süresince sigorta ilişkisi bakımından önemli sayılabilecek olayları ve gelişmeleri sigortalıya yazılı olarak açıklar".

Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik'in 6'ncı maddesine göre de:

"Sigorta sözleşmesinin kurulması ve devamı sırasında, 12'nci ve 13'üncü madde hükümleri hariç olmak üzere, sigortacı için bu Yönetmelikte öngörülen yükümlülükler sigorta acenteleri için de geçerlidir. Ancak, sigorta şirketinin kurmuş olduğu kayıtlı veri saklayıcısı ile acentenin düzenlediği sigorta sözleşmeleri için de bu Yönetmeliğin öngördüğü biçimde bilgilendirme yapılıyor ise acentenin bilgilendirme yükümlülüğü ortadan kalkar"⁹.

⁷ Bkz. HONSELL, Thomas: Der Umfang des Deckungsausschlusses bei Anwendung der sogenannten Tätigkeits- und der Herstellungs- bzw. Lieferungsklausel, VersR 1985, s.4.

⁸ KAUFMANN, s.92.

⁹ Sigorta araçlarının bilgilendirme ile yükümlü kılınmasını gerektiren etkenler hakkında bkz. YAZICIOĞLU, Emine: Sigorta Araçları Hukuku, İstanbul 2010, s.182 vd.

Mesleki faaliyet kavramı kapsamı içerisinde tartışılması gereken diğer husus, TTK m.105'te düzenlenen acentenin müvekkili temsil yetkisidir. Söz konusu maddeye göre, aracılıkta bulunduğu yahut yaptığı sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar sebebiyle sigortacıya izafeten sigorta acentesi aleyhine dava açılabilir. Sigorta acentesinin dava temsil yetkisi dar yorumlanması gereken bir imkândır; dolayısıyla müvekkili ile müşteri arasındaki her türlü sözleşme ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıkları kapsamaz¹⁰. Sigorta acentesi, aracılık ettiği ya da akdettiği sigorta sözleşmeleriyle sınırlı olmak üzere sigortacı adına dava açma ve sigortacıya izafeten aleyhine açılan davada¹¹ sigortacıyı temsil yetkisine¹² sahiptir¹³. Dava, acentenin müvekkilinin işlediği haksız fiil sonucunda açılmışsa, acente müvekkilini mahkemede temsil edemez¹⁴. TTK m.105/2 hükmünde yer alan “dava” kelimesi, teknik anlamda dava kavramı içine dahil olmayan takip işlemlerini de kapsar şekilde yorumlanmalıdır¹⁵. TTK m.105/2 sadece avukatların vekil sıfatı ile dava takip edebileceklerini düzenleyen Avukatlık Kanunu'nun 35'inci maddesine bir istisna teşkil etmektedir¹⁶. Avukatlık Kanunu'nun 35'inci maddesine göre,

“Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir”.

Dolayısıyla, bu maddede sayılan iş, işlem ve eylemler, avukatlık mesleğini ilgilendiren faaliyetlerdir. TTK m.105/2'nin dava ve takiplerde sigorta acentesine temsil yetkisi vermiş olması, avukatlık mesleği tekelinde olan bu faaliyetin, sigorta acentesinin mesleki sorumluluk sigortası anlamında mesleki faaliyeti olarak görülmesine yol açmamalıdır. Sonuç olarak, acentenin TTK m.105/2 uyarınca dava ve takipte temsil yetkisi kapsamındaki işlemlerinden doğan sorumluluğu, sigorta acentesinin mesleki sorumluluk sigortası teminatından yararlandırılmamalıdır.

Avusturya Yüksek Mahkemesi'ne göre, ikinci el hayat sigortası sözleşmesinin satılmasına aracılık etme, sigorta aracılığı faaliyeti olarak değerlendirilemez. Avusturya Yüksek Mahkemesi'ne göre, hayat sigortası sözleşmesinden doğan alacakların, sigorta süresi dolmasından önce başkasına satılmasına konu olan sigorta sözleşmeleri “kullanılmış hayat sigorta sözleşmeleri” (*gebrauchte Lebensversicherungsverträge*) veya “ikinci el poliçe” (*secondhand-Polizzen*) olarak adlandırılır. Sigorta ettiren bu satımla, hayat sigorta sözleşmesini iştirak etme hakkını kullanması halinde elde edeceği gelirden (ayrılma değeri) (TTK m.1500) daha fazla gelir elde etmeyi amaçlamaktadır. Alıcı açısından satın alma işlemi ekonomik açıdan bir yatırım işlemidir. Alıcılı, satıcıya ayrılma değerinden daha yüksek; fakat poliçenin ekonomik değerinden daha düşük bir bedel ödemektedir. Yatırımcı, sözleşme süresinin sonuna kadar primleri ödemeye devam etmektedir. Yatırımcı, sürenin bitiminden sonra veya ölüm rizikosunun gerçekleşmesinden sonra her türlü kâr payı dahil sigorta bedelini alma hakkına sahiptir. Yüksek Mahkemeye göre, ikinci el poliçe satımıyla yeni bir sigorta ilişkisi kurulmadığından, sadece mevcut sigorta sözleşmesinden doğan talepler ivaz mukabilinde devredildiğinden, ikinci el poliçe satımına aracılık, sigorta aracılığı faaliyeti olarak nitelendirilmez¹⁷. Türk hukuku açısından da bu görüşe iştirak edilmelidir. Bu vesile ile TTK m.1491/3 hükmünün hayat sigortası sözleşmesinin devrine engel teşkil etmeyeceğini vurgulamak gerekir. Bu hüküm, sigorta bedelini tahsil eden sigorta ettiren ve mirasçılara ait, rizikonun gerçekleşmesine yol açan üçüncü kişiye karşı sahip olunan tazminat alacağının sigorta şirketine temlik edilmesini yasaklamaktadır.

IV. MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASI TEMİNATININ KONUSU OLAN SİGORTA ACENTESİNİN MESLEKİ SORUMLULUĞU

Sigorta Acenteleri Mesleki Sorumluluk Sigortası Klozu'nun 1'inci maddesi ile Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın A1 hükmü birlikte değerlendirildiğinde, sigorta acentelerine de, sorumluluk hükümlerine dayanarak ileri sürülen tazminat taleplerine karşı sigorta güvencesi sağlanmaktadır. Sorumluluk hükümleriyle kastedilen tarafların iradesinden bağımsız olarak ihlaline tazminat hukuki sonucunu bağlayan hukuk normlarıdır¹⁸. Buna karşılık sözleşmenin ifasına yönelik talepler, ayıp nedeniyle tamiratı talep etme

¹⁰ ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N.Fusun: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2019, s.845.

¹¹ “6102 Sayılı TTK 105. maddesine göre her ne kadar acentenin aracılıkta bulunduğu sigorta sözleşmelerinden doğan ihtilaflardan dolayı acente aleyhine de aynı sıfatla dava açılabilir hükmün asıl için verilmesi mümkün ise de, somut olayda, asıl olan ... Sigorta A.Ş Türkiye’de bulunup kendisine dava dilekçesi tebliğ edilmiş olmasına ve asıl olan ... Sigorta A.Ş tarafından davaya cevap da verilmiş olmasına göre bundan sonra yargılamaya acentenin huzuru ile devam edilmesi ve hükmün de acente ... Sigorta A.Ş’ni temsilen... Sigorta Aracılık Hizmetleri A.Ş.’ye yönelik olarak verilmesi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir” Yargıtay 17.HD., 26.1.2017, E.2014/16592, K.2017/560.

¹² “TTK 105/2 (eski 119/2) "Bu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıklardan dolayı acente müvekkili namına dava açabileceği gibi kendisine karşı da aynı sıfatla dava açılabilir" hükmünü öngörmektedir. Ancak her ne kadar Mahkemece, olayın gerçekleştiği tarihte ... Sigorta AŞ ile davalı Sigorta Aracılık Hiz.Tic. Ltd. Şti. arasında acentelik ilişkisinin bulunduğu, TTK 'nın 119/2 maddesi uyarınca acentenin müvekkili namına dava açılabilirliği gibi kendisine karşı da aynı sıfatla dava açılabilirliği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiş ise de; somut olayda uyuşmazlık, davacının sigortalı olduğu ve sigortacı ... Sigorta Şirketi nezdinde işyeri sigorta poliçesi ile sigortalı işyerinde çalışan işçinin uğradığı iş kazası nedeniyle sigortalının işçisine ödediği tazminatın, davalı acenteden rücuen tazmini istemine ilişkin olup; talep sigorta poliçesi kapsamında olup davacının rücuen tazminini istediği zarar için davalı acentenin şahsi kusuruna da dayanılıp ispat edilmediğine göre davalı acentaya husumet düşmeyeceği kabul edilerek davanın pasif husumet yokluğundan reddi gerekirken işin esasına girilerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.” Yargıtay 17.HD., 1.6.2017, E.2014/24922, K.2017/6288.

¹³ YAZICIOĞLU, Sigorta Aracıları, s.154.

¹⁴ ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 28.B., Ankara 2022, s.236; ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.845.

¹⁵ ÜLGEN/HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN, s.846.

¹⁶ ARKAN, s.235-236 dph. 3.

¹⁷ OGH, 27.01.2010, 70b226/09z. Ayrıca bkz. GRUBER, Michael: Der Vertrieb von Secondhand-Polizzen, wbl 431.

¹⁸ BGH, VersR 1971, s.144; BGH, VersR 2000, s.311; BGH; VersR 2003, s.236; OLG Düsseldorf, VersR 2019, s.475.

hakkı ile istihkak taleplerinde bir zararın tazmini söz konusu olmadığından mesleki sorumluluk sigortası ile himaye edilmemektedir¹⁹. Aynı şekilde sebepsiz zenginleşmeden doğan taleplerde de, acentelik mesleğinin ifası sırasında gerçekleştirilen kusurlu eylemin sonucu meydana gelen zararın denkleştirilmesi söz konusu değildir²⁰.

Sigortacılık Kanununun 2'nci maddesine göre,

“sigorta acentesi, ticarî mümessil, ticarî vekil, satış memuru veya müstahdem gibi tâbi bir sıfatı olmaksızın bir sözleşmeye dayanarak muayyen bir yer veya bölge içinde daimi bir surette sigorta şirketlerinin nam ve hesabına sigorta sözleşmelerine aracılık etmeyi veya bunları sigorta şirketleri adına yapmayı meslek edinen, sözleşmenin akdinden önce hazırlık çalışmalarını yürüten ve sözleşmenin uygulanması ile tazminatın ödenmesinde yardımcı olan”

kişidir. Sigorta acentesi, TTK m.102 hükmü uyarınca akdettiği acentelik sözleşmesi ile bir veya müteaddit sigortacı ile akdi ilişki tesis eder. İşte sigortacının mesleki sorumluluk sigortası ile teminat altına alınan tazminat talepleri ilk planda akdedilen bu sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda, TTK m.109 uyarınca, acente, sigortacının menfaatlerini korumakla yükümlü olduğundan, onun hukuken korunan mal ve değerlerine veya malvarlığına zarar vermemekle yükümlüdür²¹. Sigorta acentesinin TTK m.104'de öngörülen rekabet yasağına aykırı eylemlerinden doğan tazminat talepleri sigorta himayesinden yararlanacaktır. Buna karşılık, sigorta acentesinin, sigorta şirketinin sigorta tazminatlarını haksız yere ödememek için bahaneler uydurduğu veya sigorta şirketinin mali açıdan âciz içerisinde bulunduğu gibi gerçeğe aykırı beyanlarında olduğu gibi haksız rekabet teşkil eden eylemlerinden (TTK m.54 vd.) doğan tazminat talepleri aksine sözleşme yoksa sigorta güvencesi altında değildir (Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları (MSSGŞ) m.A.4.1/b. c).

Mesleki sorumluluk sigortasında teminat sağlanan acentenin sigortacı karşısındaki mesleki sorumluluğunu, “doğrudan mesleki sorumluluk” ve “dolaylı mesleki sorumluluk” şeklinde ikili bir tasnife tutmak mümkündür. Doğrudan mesleki sorumlulukta, sigorta acentesinin doğrudan doğruya sigortacı karşısındaki kusurlu işlemlerinden doğan zararlar nedeniyle ileri sürülen tazminat talepleri söz konusudur. Dolaylı mesleki sorumluluk ise, müşterinin sigortacıya ileri sürdüğü ve sigortacının da acenteye rücu ettiği tazminat talepleri ilgilidir. Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları Sigorta Acenteleri Mesleki Sorumluluk Sigortası Klozu, doğrudan veya dolaylı mesleki sorumluluk ayrımı yapmadığından, her iki durumda da sigorta teminatı sağlanacaktır. Ancak, söz konusu klozun 2'nci maddesi uyarınca, mesleki sırların saklanmaması veya kötüye kullanılması sonucunda ortaya çıkabilecek zararlara ilişkin tazminat talepleri sigorta teminatından yararlanamayacaktır.

Sigortacı, sigorta acentesini yükümlülüklerin ifasında veya hakların icrasında kullandığı durumlarda sigortacı onun eylemlerinden dolayı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.116 uyarınca sorumlu olacaktır²². Sigortacının, sigorta acentesinin eylemlerinden dolayı sorumlu olabilmesi için, sigorta sözleşmesinin ihlali, sigorta ettirenin zarar görmesi, sigorta sözleşmesinin ihlali ile zarar arasında illiyet bağı ve sigorta acentesinin kusurunun varlığı şarttır²³. Acentenin, sigorta ettirenin teklifini gecikerek işleme almaması veya sigorta ettirene bildirilmesi gereken önemli hususları bildirmemesi ve bunun sonucunda sigorta ettirenin zarar görmesi, sigortacının sorumluluğunu doğuran acente eylemlerine örnek olarak verilebilir²⁴. Sigortacı sigorta acentesine aralarındaki akdi ilişki uyarınca rücu eder. Sigortacı ile acente arsında akdi ilişkinin bulunmaması hâlinde, TBK'nın 116. maddesinde rücu konusu özel olarak düzenlenmiş bulunmadığından, yardımcı kişinin alacaklıya zarar veren fiilinin haksız fiil niteliğinde olması halinde, TBK 62'nci maddesi kapsamında sigortacı, kusuru oranında yardımcı kişiye rücu edilebilecektir²⁵.

Bu bağlamda, sigortacının, sözleşme yapılmasını sağlayan yardımcıların eylemlerinden dolayı güven sorumluluğundan söz etmek gerekir. Sigorta acentesinin sözleşmenin kurulmasından önce, sigorta ettirene sözleşmenin içeriği, kapsamı ve süresi ile ilgili yanlış bilgi vermesi veya var olan yanlış bilginin düzeltilmesinden dolayı sigortacı, güven sorumluluğu esaslarına göre sorumludur²⁶. Güvenden doğan sorumluluk, olumlu ve olumsuz olarak iki şekilde gerçekleşir. Pozitif anlamda güvenin korunmasında, güvenin tam anlamı ve bütün içeriği ile korunması (ifa sorumluluğu, negatif anlamda güvenin korunmasında ise, güvenin boşa çıkması dolayısıyla meydana gelen zararın giderilmesi durumu (tazminat sorumluluğu) söz konusudur. Bir kimsenin güveni boşa çıkarılmışsa, yani o kişinin belirli bir duruma güvenmesinden kaynaklanan bir zararı meydana gelmişse, bu halde, boşa çıkan güvenden kaynaklanan zararın karşılanması demek olan durum, güvenin negatif olarak korunması halidir. Güvenin pozitif olarak korunması, güvenen kimsenin bir ifa menfaati elde etmesini sağlar. İfa menfaatinin tazmini ise, sözleşme doğru bir şekilde ifa edilmiş olsaydı zarar gören hangi durumda olacaktı ise, o duruma getirilmesi suretiyle gerçekleştirilir.

¹⁹ GRÄFE, Jürgen/BRÜGGE, Michael/MELCHERS, Michael: Berufshaftpflichtversicherung für rechts- und steuerberatende Berufe, München, 2021, s.164.

²⁰ GRÄFE/BRÜGGE/MELCHERS, s.175.

²¹ Bkz. BGH, NJW 1983, s.2814; KG, NJW 1985, s.2137.

²² KESSLER, Nr. 238-239; FUHRER, Stephan: schweizerisches Privatversicherungsrecht, Basel-Genf 2011, Nr. 7.67.

²³ FUHRER, Nr. 7.67.

²⁴ KÖRNER, Alexandra/FURRER, Andreas/BENZ, Christian: Warentransportversicherung, Bern 2016, Nr. 205.

²⁵ ŞENOCAK, Zariye: Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolaylı Sorumluluğu, 1. Baskı, Ankara 1995, s.262; YAĞCI, Mine: Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk (TBK m.116), İstanbul 2018, s.189.

²⁶ ÖZDAMAR, Mehmet: Alman Sigorta Sözleşmeleri Hukukunda Sigortacının Geleneksel Güven (İfa) Sorumluluğu, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s.672.

Böylece, sigorta ettiren doğrudan doğruya tazminat istemek yerine, sigorta sözleşmesinin onun arzu ettiği şekilde yerine getirilmesini talep edebilecektir²⁷.

Şüphesiz sigorta acentesinin doğrudan doğruya müşteri karşısında sorumluluğu da mesleki sorumluluk sigortasının teminatı kapsamı içerisinde yer alacaktır. Yargıtay'ın da bir kararında vurguladığı üzere, “acenteler imzaladıkları ya da aracılık yaptıkları sözleşmeleri kendi nam ve hesaplarına değil, acentesi buldukları kişi adına düzenler. Dolayısıyla kural olarak, bu sözleşmelerden dolayı sorumlulukları yoktur”²⁸.

Sigorta acentesinin sigortacı arasında akdi ilişki bulunmaması durumunda, sigortacı, acentenin işlemine onay vermemiş ve temsil yetkisi bulunmadan yapılan bu işlemde dolayı sigortacı güven sorumluluğu esasları dairesinde de sorumlu değilse, sigorta acentesi müşteri karşısında sözleşmeden dolayı bizzat sorumlu olacaktır (TTK m.108). Sigorta acentesi rizikonun gerçekleşmesinden sonra, yetkili olmadığı halde sigorta tazminatının ödenmesi vaadinde bulunursa, sigortalı karşısında bizzat sorumlu olur²⁹. Sigorta acentesinin hukuka aykırı eylemlerinin sigortacının yükümlülüklerinin ifası veya haklarının icrası ile bir bağlantısının bulunmaması halinde de, sigorta yaptırmak isteyenler karşısında doğrudan doğruya sorumluluğu gündeme gelecektir³⁰. Ancak, bu durumda acentenin sorumluluğunun sigorta teminatından yararlanabilmesi için, söz konusu hukuka aykırı eylemlerinin sigorta acentesinin mesleki faaliyeti kapsamında bulunmasının zorunlu olduğunu önemle vurgulamak gerekir.

Sigorta acentesinin bilgilendirme (aydınlatma) yükümlülüğü kapsamında sorumluluğuna özel olarak değinmek gerekir. Sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce ve kurulduktan sonra sigorta ettirenin aydınlatılmasının yükümlüsü, TTK m.1423 ve Sigorta Kanunu m.11/3 uyarınca sigortacı yanında sigorta acentesidir. Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik'in³¹ 6'ncı maddesine göre de, sigorta acentesi, bilgilendirme yükümlüsü olarak kabul edilmiştir. Ancak, aynı maddeye göre, sigorta şirketinin kurmuş olduğu kayıtlı veri saklayıcısı ile acentenin düzenlediği sigorta sözleşmeleri için de bu Yönetmeliğin öngördüğü biçimde bilgilendirme yapılıyor ise sigorta acentesinin bilgilendirme yükümlülüğü ortadan kalkar. Sözleşme görüşmeleriyle başlayan sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında sözleşme yapmaya yetkili acente her halde yükümlü iken aracı acente sözleşme görüşmesi yapması halinde yükümlüdür. Sözleşmenin kurulmasında sonra ise tüm acenteler, akdine aracılık ettiği veya akdettiği sözleşmeler bakımında bilgilendirme yükümlüsüdür. Şu kadar ki, acentenin bilgilendirme yükümlülüğünün kapsamı bildiği veya bilmesi gereken hususlarla sınırlıdır³². Sigorta acentesinin bilgilendirme ile yükümlü kılınması, sigorta ettirene sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğünün hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi yüzünden uğradığı zararlardan doğrudan doğruya sigorta acentesini sorumlu tutma imkânı vermesi sebebiyle önem arz etmektedir³³. Sigorta acentesinin sözleşme kurulmadan önce ve sözleşme kurulduktan sonra bilgilendirme yükümlülüğünü hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi yüzünden sigorta ettiren, lehtar ve sigortalının uğradığı zararlardan sorumluluğunun hukuki dayanağı, Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik'in 7'nci maddesidir³⁴. Söz konusu maddeye göre,

“sigorta sözleşmesinin kurulması ve devamı sırasında; bilgilendirme yükümlülüğü gereği gibi yerine getirilmemiş veya sigortacı hakkında yanıltıcı bilgi verilmiş veya Bilgilendirme Metninde yer alan bilgiler gerçeğe aykırı şekilde düzenlenmiş ve bu hâllerden herhangi biri sigorta ettirenin kararına

²⁷ ÖZDAMAR Mehmet, Prof.Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s.678-679.

²⁸ Yargıtay HGK 15.6.2021, E.2017/1090, K.2021/770: “.....Görüldüğü gibi, TTK'nın 105/2. maddesine göre; acentelikte bulunduğu veya akdettiği sözleşmeden doğan uyumsuzluktan dolayı ilgili kişilerin acente aleyhine (müvekkili namına) dava açması mümkün bulunmaktadır. Eş söyleyiş ile; bu tür davalarda esas sigorta şirketine izafeten acente aleyhine dava açılabilir ve asıl şirkete izafeten acente aleyhine karar verilebilir. Çünkü acenteler imzaladıkları ya da aracılık yaptıkları sözleşmeleri kendi nam ve hesaplarına değil, acentesi buldukları kişi adına düzenlerler. Dolayısıyla kural olarak, bu sözleşmelerden dolayı sorumlulukları yoktur (ULAŞ, İşil: Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku, Ankara 2012, s.22, 23).

Policeyi düzenleyen acentenin tazminattan sorumlu tutulabilmesi için poliçenin düzenlenmesinde, primin tahsilinde ya da sigorta şirketinin sigorta tazminatını ödememesinde şahsi kusurunun bulunduğu iddia edilip ispatlanmış olması gerekmektedir (ULAŞ, 20).

Eldeki dava, sigorta acentesinin şahsi kusuruna dayanılarak açılmış, davacı kendisine yöneltilen haksız eylem sonucu zarara uğradığını iddia etmiştir. Davacının, acentenin şahsi kusuru nedeniyle talepte bulunduğu noktada Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasında bir uyumsuzluk da bulunmamaktadır. İhtilaf, acentenin akdettiği sözleşmeden kaynaklanmayıp, acentenin kişisel kusuruna ve haksız fiiline dayandırıldığından, bu iddia dolayısıyla açılan davanın doğrudan acentenin kendisine yöneltilmesinde de bir usulsüzlük bulunmadığından, yerel mahkemece işin esasına girilip sonucuna göre bir karar verilmelidir.

Hâl böyle olunca; yerel mahkemece, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle;

Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici 3. maddesi atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA....”

²⁹ KÖRNER/FURRER/BENZ, Nr. 206; FUHRER, Nr. 7.72.

³⁰ KESSLER, Nr. 240.

³¹ RG: 14.02.2020; 31039.

³² YAZICIOĞLU, Emine: Sigortacının Bilgilendirme (Aydınlatma) Yükümlülüğü, Sorumluluk Sigortaları Sempozyumu, 1-2 Aralık 2017-İstanbul, Ünan Samim/Yazıcıoğlu Emine (Ed.), İstanbul 2018, s.400.

³³ YAZICIOĞLU, s.184; ŞENOCAK, Kemal: Avrupa Birliği Sigorta Aracıları direktifi (3003/92/EG), Prof. Dr. Ergon A Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s.1063.

³⁴ YAZICIOĞLU, Sigorta Aracıları, s.197.

etkili olmuş ise sigorta ettiren sigorta sözleşmesini feshedebileceği gibi, varsa uğradığı zararın tazminini de talep edebilir”.

Tazminat talep hakkının doğumu için sigorta acentesi tarafından bilgilendirme yükümlüğünün ihlal edilmiş olması, bu durumun sigorta ettirenin kararını etkilemiş olması, sigorta ettirenin zarara uğramış olması ve zararlar bilgilendirme yükümlülüğünü ihlali arasında uygun illiyet bağının bulunması şarttır³⁵.

V. SİGORTALANAN RİZİKO

Sigorta acentesinin mesleki sorumluluk sigortasında sigortalı rizikonun, genel şartların “sigortanın konusu” başlıklı A1 maddesi ile “rizikonun gerçekleşmesi” başlıklı B1 maddesinin birlikte değerlendirilmesi suretiyle tespit edilmelidir.

Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları’nın A1’inci maddesine göre:

“Bu sigorta sözleşmesi ile sigortalının poliçede belirtilen ve ilgili taraflarca konusu tarif edilerek sınırları çizilen mesleki faaliyeti ifa ederken; a) Sözleşme süresi içinde meydana gelen olay sonucu doğan ve sorumluluk hükümleri uyarınca tazmini sözleşme süresi içinde ya da sonrasında talep edilen zararlara karşı veya b) Sözleşme yapılmadan önce veya sözleşme yürürlükteyken meydana gelen bir olay nedeniyle, sadece sözleşme süresi içinde sigortalıya karşı ileri sürülebilecek taleplere karşı sözleşmede belirtilen miktara kadar isteme ilişkin makul giderleri de içerecek şekilde teminat verilir. Taraflar, (a) ve (b) bendlerinden birini içerecek şekilde sözleşme yapabilecekleri gibi, her ikisini içerecek şekilde de sözleşme yapabilir”.

Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları’nın B1’inci maddesine nazaran ise:

“Sözleşmenin; - A.1.’in (a) bendinde belirtilen şekilde yapılması hâlinde, sigortalının, sözleşme süresi içinde yürüttüğü mesleki faaliyeti dolayısıyla, gerek sözleşme dönemi gerekse sözleşmenin bitiminden itibaren iki yıl içinde başkalarının zarara uğraması sonucunda, - A.1.’in (b) bendinde belirtilen şekilde yapılması hâlinde bir yıldan az olmamak kaydıyla sözleşme yapılmasından önce veya sözleşme yürürlükteyken meydana gelen olaya bağlı olarak; a) Sigortacının bilgisi ve yazılı muvafakatı dahilinde olmak koşuluyla sigortalı tarafından ödeme yapılması veya, b) Sigortacının, sigortalıya ayrıca hukuki yardımda bulunmayı da üstlendiği mesleki sorumluluk sigortalarında, tebligat ile davanın veya hukuki takibin öğrenilmesiyle, c) Zararın gerçekleştiğinin ve bu zararın sigortalının sorumluluğundan kaynaklandığının mahkeme tarafından karar altına alınması hallerinde riziko gerçekleşmiş olur”.

Buna göre, sigorta acentesinin mesleki sorumluluğunun MSSGS’nin A1’inci maddesinin (a) bendi seçeneğinde öngörülen esas ile sigortalanması halinde, riziko, sigortalının sözleşme süresi içerisinde sigorta konusu acentelik mesleği faaliyeti kapsamında sorumluluk sebebinin teşkil eden icrai veya ihmali harekette bulunması (sebeplere bağlı) ve bunun sonucunda sigorta sözleşmesi süresi içinde veya sözleşmenin bitiminden itibaren iki yıl içinde üçüncü kişilerin zarara uğraması (zarar olayı)³⁷ olarak belirlenmiştir. Sigortacının edim yükümlülüğünün doğumu açısından zarar görenin veya rücu taleplerinde sigortacının sözleşme süresi içerisinde veya bu sürenin bitiminden itibaren iki yıl içerisinde sigorta acentesinden talepte bulunmuş olup olmamasının bir önemi yoktur³⁸.

Sigorta acentesinin sorumluluğuna neden olan icrai veya ihmali hareketin sigorta sözleşmesinin süresinin bitiminden sonra gerçekleştirilmiş olması durumunda, üçüncü kişinin zararı sürenin bitiminden itibaren iki yıl içerisinde gerçekleşmiş olsa dahi sigorta acentesi sigorta korumasını talep edemeyecektir. Zira, MSSGS’nin A1 ve B1 maddesi uyarınca sigortacının edim yükümlülüğünün doğabilmesi için, kusurlu mesleki faaliyetin sigorta sözleşmesi süresi içerisinde gerçekleşmiş olması zorunludur.

Aynı şekilde, MSSGS’nin A1’inci maddesinin (a) seçeneğinde, sigorta acentesinin mesleki sorumluluğuna neden olan icrai veya ihmali hareketin sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce gerçekleşmiş olması halinde sigorta himayesi sağlanmayacaktır. Zararın sigorta sözleşmesi süresi içerisinde gerçekleşmiş olması bu sonucu değiştirmeyecektir. Ancak, TTK m.1458’in şartları dairesinde geçmişe etki klozunun kararlaştırılması halinde³⁹, sigorta ettiren sigorta himayesinden yararlanabilecektir. Şüphesiz, sigorta ettirenin sorumluluğunu doğuran icrai veya ihmali hareketi gerçekleştirmiş olduğunu öğrenmesinden sonra mesleki sorumluluk sigortasını akdetmesi halinde, sigorta sözleşmesi TTK m.1458 uyarınca geçersiz olacaktır. Nihayet, mesleki sorumluluk sigortası sözleşmesinin A.1.’in (a) bendinde belirtilen şekilde yapılması hâlinde, geçmişe etki klozu, A.1.’in (b) bendinde belirtilen şekilde yapılmasından farklı olarak bir yıllık azami süreye tâbi tutulmamıştır.

MSSGS’nin A2’inci maddesinin (b) bendine göre, mesleki sorumluluk sigortası sözleşmesi yapılmadan önce veya sözleşme yürürlükteyken gerçekleşen icrai veya ihmali hareket nedeniyle, sadece sözleşme süresi içinde sigortalıya karşı tazminat talebi ileri sürüldüğünde riziko gerçekleşecektir⁴⁰. Şartların B1’inci maddesinde söz edilen haller, her ne kadar maddenin lafzında “riziko gerçekleşmiş olur” dense bile, rizikonun gerçekleştiği haller değildir. Bu haller, A1 maddesinin (b) bendi uyarınca gerçekleşen riziko durumunda, sigortacının edim yükümlülüğünün muaccel olacağı halleri göstermektedir⁴¹. Aksi halde, örneğin, zararın gerçekleştiğinin ve zararın sigortalının sorumluluğundan kaynaklandığının mahkeme kararı ile

³⁵ YAZICIOĞLU, Sigorta Aracıları, s.201.

³⁶ ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk, s.79 vd.

³⁷ ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk, s.87 vd.

³⁸ Bkz. YAZICIOĞLU, Emine: Sorumluluk Sigortalarında Riziko, Sorumluluk Sigortaları Sempozyumu, 1-2 Aralık 2017-İstanbul, Ünan Samim/Yazıcıoğlu Emine (Ed.), İstanbul 2018, s.453.

³⁹ CAN, Mertol: Mesleki Sorumluluk Sigortası genel Şartlarına Genel Bir Bakış, Ankara 2006, s.18.

⁴⁰ YAZICIOĞLU, s.454.

⁴¹ YAZICIOĞLU, s.453.

tespit altına alınması halinde rizikonun gerçekleşmiş olduğunun kabul edilmesi durumunda, sebep olayı ile tazminat talebinin sigorta süresi içerisinde gerçekleştiği durumlarda, mahkeme kararının kesinleştiği tarihin sigorta süresi dışında olması halinde sigortalıya himaye sağlanamayacaktır. Sigorta sözleşmesi sürelerinin çoğunlukla 1 yıl kararlaştırıldığı dikkate alınacak olursa, tazminat talebinin ileri sürülmesi ile mahkeme kararının kesinleşmesinin bir yıl içerisinde gerçekleşmesi neredeyse imkânsız gibidir. Dolayısıyla, sigortalıya sağlanan himaye sadece kâğıt üzerinde kalmaya mahkumdur. Buna göre, “sigortacının bilgisi ve yazılı onayı ile sigortalı tarafından ödeme yapılması” olarak ifade edilen birinci varsayımda, sözleşme yapılmadan önce veya sözleşme süresi içerisinde sorumluluğu doğuran icrai veya ihmali hareketin gerçekleşmesi sonra sözleşme süresi içerisinde tazminat talebinin ileri sürülmüş olması zorunludur. Bu şart dahilinde, sigortacının onayı ile zarar görene sigortalı sözleşme süresinin bitiminden sonra ödemiş yapmış olsa bile ödeme yapıldığı anda, sigortacının sigortalıya tazminat ödeme borcu gene doğacak⁴² ve aynı anda muaccel hale gelecektir. İkinci halde ise, hukuki himaye edimi borcunun doğduğu ân belirtilmektedir. Bu borcun doğumu için üçüncü kişinin sözleşme süresi içerisinde tazminat talebinde bulunmuş olması şarttır. Sigorta süresi içerisinde tazminat talebi ileri sürülmemişse, tebligat ile davanın açıldığı öğrenilme ânı sigorta süresi içerisinde olsa bile sigortacının hukuki himaye yükümlülüğü doğmayacağı gibi, üçüncü kişinin haklı tazminat edimlerinden sigortalıyı kurtarma yükümlülüğü de doğmayacaktır⁴³. Üçüncü kişi dava açma veya takipte bulunma yoluyla tazminat talebinde bulunacak olursa, sigortacının hukuki himaye sağlama yükümlülüğünün doğumu için davanın veya takibin tebligat yoluyla öğrenildiği ânın sigorta süresi içerisinde olması şarttır⁴⁴. “Zararın gerçekleştiğinin ve bu zarardan sigortalının sorumlu olduğunun mahkeme kararı altına alınmış” olması durumunda, icrai ve ihmali hareketin sözleşme yapılmadan önce veya sözleşme süresi içerisinde; tazminat talebinin sözleşme süresi içerisinde ileri sürülmüş olması koşuluyla, mahkemece karar altına alınma ile sigortacının zarar görene ödeme yapmak suretiyle sigortalıyı tazminat talebinden kurtarma yükümlülüğü muaccel hale gelecektir⁴⁵.

VI. SİGORTALI ZARAR

Sigorta acentesinin, mesleki faaliyetini icra ederken gerçekleştirdiği kusurlu eylemin tipik sonucu olarak *yalın malvarlığı zararları* meydana gelir. Yalın malvarlığı zararları, cismani veya eşyaya ilişkin zarar niteliğinde olmayan zararlardır. Buna göre, sigorta acentesinin mesleki kusurunun doğrudan doğruya (arada kişiye verilen zarar veya eşyaya ilişkin zarar meydana gelmeksizin) üçüncü kişinin malvarlığına olumsuz etki yapması hâlinde salt malvarlığı zararı gündeme gelecektir⁴⁶. Üçüncü kişi ileri sürdüğü tazminat talebinde sigortalının meslek faaliyetinin kendisinin sağlık bütünlüğü menfaatini veya bir eşyaya sahip olma menfaatini ihlal ettiğini bu yüzden malvarlığı zararına uğradığını iddia ediyorsa, salt malvarlığı zararına dayanan tazminat talebinden söz edilemez. Bu tür durumlarda, uğranılan bir cismani veya eşyaya ilişkin zarar ile bundan doğan gerçek olmayan malvarlığı zararından söz edilir⁴⁷.

İdarî ve adli para cezaları dahil her tür ceza ve cezai şartlar, malvarlığı zararı niteliğindedir. Bununla birlikte, Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın A.4.3 hükmünün (a) bendine göre, bu türden ödemeler, aksine sözleşme yoksa teminat dışıdır. Teminat dışı olma hâli, sadece sigorta acentesinin doğrudan doğruya muhatap olduğu bu türden ödemeleri değil; acentenin eylem veya işleminden dolayı sigortacının ödemek zorunda kaldığı idarî ve adli para cezaları dahil her tür ceza ve cezai şartları, sigorta ettirene rücu etmesi durumunu da kapsamaktadır.

Aynı şekilde, Sigorta Acenteleri Mesleki Sorumluluk Sigortası Klozu'nun II. Maddesi uyarınca, mesleki sırların saklanmaması veya kötüye kullanılması nedeniyle ortaya çıkabilecek salt malvarlığı zararlarına ilişkin tazminat talepleri de sigorta teminatının kapsamı dışındadır.

Eşyaya verilen zarar, bir şeyin kaybı, tahribi veya hasara uğramasından doğan zarardır⁴⁸. Eşyanın yok olması (harap olması), hasara uğraması veya kaybolması zarar olmayıp, sadece ihlâl fiilidir. Zarar, tahrip, hasar veya kaybın zarar görenin malvarlığında meydana getirdiği eksilmedir⁴⁹. Eşyaya verilen zarar, bir taşınır veya taşınmazın özüne verilen zarardır ve bu nedenle doğan malvarlığı eksilmesidir⁵⁰. Eşyaya verilen zarar kapsamına zarar görenin tüm evrak ve dosyaları da girmektedir. Müvekkilinin elektronik verilerinin yok edilmesi de eşyaya verilen zarar olarak görülmelidir⁵¹. Bununla birlikte, Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın A.4.1 hükmünün (a) bendine göre: “Herhangi bir bilgisayar esaslı veya elektronik ortamda saklanabilir, yazılı, basılmış veya herhangi bir yöntem ile (veya benzer bir şekilde) tekrar çoğaltılmış olsun veya olmasın her tür belge kaybı veya sigortalının bakım, gözetim ve kontrolüne verilmiş bilgi ve malzemenin kaybı veya imha edilmesi”, aksine sözleşme yoksa teminat dışıdır.

Sigortalının değerli eşyalarının kaybedilmesi, sigorta teminatı dışına çıkarılmadığından bu tür eşyaya evrilen zararlar da sigorta himayesinden yararlanmalıdır.

⁴² YAZICIOĞLU, s.454.

⁴³ YAZICIOĞLU, s.454.

⁴⁴ YAZICIOĞLU, s.454.

⁴⁵ YAZICIOĞLU, s.454.

⁴⁶ GRÄFE/BRÜGGE/MELCHERS, s.187.

⁴⁷ GRÄFE/BRÜGGE/MELCHERS, s.187.

⁴⁸ TANDOĞAN, Haluk: Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dış ve Akdi Mes'uliyet), İstanbul 2010, s.69.

⁴⁹ EREN, Fikret/DÖNMEZ, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C.II. m.49-82, Ankara 2022, s.1082; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2021, Nr. 1643

⁵⁰ BAYSAL, Başak: Haksız Fiil Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s.182.

⁵¹ GRÄFE/BRÜGGE/MELCHERS, s.188.

Kişiye verilen zarar, bedensel zarar olarak da nitelendirilmekte olup, adam öldürme veya beden bütünlüğünün ihlali sonucunda malvarlığında meydana gelen eksilmeleri ifade eder. Kişinin şeref ev haysiyetine yapılan bir saldırı sonucu ortaya çıkan manevi zarar da kişiye verilen zarardır⁵². Sigorta yaptırmak isteyenle yapılan görüşmeler esnasında güvenlik tedbirlerinin alınmaması nedeniyle bu kişinin acente ofisinde bedensel zarara uğraması kişiye verilen zarara örnek olarak verilebilir⁵³. Üçüncü kişinin manevi zarar talepleri, aksine sözleşme yoksa, sigorta teminatının kapsamı dışındadır⁵⁴ (MSSGŞ m.A.4.2/b. f).

Şüphesiz, yukarıda zikredilen zararların, mesleki faaliyetin ifası sırasında sigortalı tarafından kasten sebep olunması (MSSGŞ m.A.3/b.b) veya sigortalının alkol, uyuşturucu ya da narkotik maddelerin tesiri altında bulunması sonucunda meydana gelmesi hâlinde (MSSGŞ m.A.3/b.c) sigorta teminatı sağlanmayacaktır.

Büro çalışanının veya sigorta yaptırmak isteyenlerin sigorta acentesine verdiği zararlar, üçüncü kişinin uğradığı zarar niteliğinde olmadığından sigorta korumasından yararlanamayacaktır. Bu vesile ile belirtmek gerekirse,

“sigortalının işletmesi ile ilgili sorumluluğu için yaptırılmışsa, sözleşmede aksine hüküm yoksa bu sigorta, sigortalının temsilcisi ile işletmenin veya işletmenin bir kısmının yönetiminde, denetiminde ve işletmede çalıştırılan kişilerin sorumluluğunu da karşılar” (MSSGŞ m.1/II).

VII. SONUÇ

Sigorta Acenteleri Yönetmeliği'nin⁵⁵ 11'inci maddesinde, acentelerin mesleki faaliyeti nedeniyle verebilecekleri zararlardan sorumlu olduğu ve bu sorumluluğu karşılanması için sigorta veya benzeri teminat şartının aranabileceği öngörülmüştür. TTK m.1423'üncü maddede düzenlenen “*aydınlatma yükümlülüğü*” nün ifasını da acentenin mesleki faaliyetleri kapsamında düşünmek gerekir. TTK m.105/2'nin dava ve takiplerde sigorta acentesine temsil yetkisi vermiş olması, avukatlık mesleği tekelinde olan bu faaliyetin, sigorta acentesinin mesleki sorumluluk sigortası anlamında mesleki faaliyeti olarak değerlendirilmesine neden olmamalıdır.

Sigorta acentesinin mesleki sorumluluk sigortası ile de sigorta acentesinin sigorta sözleşmesinin akdi ve sigorta sözleşmesinin akdine aracılık etmekten kaynaklanan mesleki sorumluluğu sigortalanmaktadır. Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları Sigorta Acenteleri Mesleki Sorumluluk Sigortası Klozunun 2'inci maddesi uyarınca,

“Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği nezdinde oluşturulan Levhaya kayıtlı olmaksızın veya 3/6/2007 tarihli ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 27'nci maddesi uyarınca meslekten geçici olarak çıkarıldığı süre içinde yürütülen acentelik faaliyetleri nedeniyle doğan zararlara ilişkin tazminat talepleri teminat dışındadır”.

Buna karşılık, geçici işten el çektirme, üyelikten ne geçici çıkarma ne de uzun süreli çıkarma niteliğindedir Sigorta Acenteleri Mesleki Sorumluluk Sigortası Klozunun 2'inci maddesi geçici işten el çektirmeye ilişkin bir riziko istisnasına yer vermediğinden, tedbir niteliğinde işten el çektirilen sigorta acentelerinin sorumluluğu mesleki sorumluluk sigortası teminatından yararlandırılmalıdır.

Sigorta acentesinin mesleki sorumluluğunun MSSGŞ'nin A1'inci maddesinin (a) bendi seçeneğinde öngörülen esas ile sigortalanması halinde, riziko, sigortalının sözleşme süresi içerisinde sigorta konusu acentelik mesleği faaliyeti kapsamında sorumluluk sebebinin teşkil eden icrai veya ihmali harekette bulunması (sebeplere olayı) ve bunun sonucunda sigorta sözleşmesi süresi içinde veya sözleşmenin bitiminden itibaren iki yıl içinde üçüncü kişilerin zarara uğraması (zarar olayı) olarak belirlenmiştir. MSSGŞ'nin A2'inci maddesinin (b) bendine göre, mesleki sorumluluk sigortası sözleşmesi yapılmadan önce veya sözleşme yürürlükteyken gerçekleşen icrai veya ihmali hareket nedeniyle, sadece sözleşme süresi içinde sigortalıya karşı tazminat talebi ileri sürüldüğünde riziko gerçekleşecektir. Genel Şartların B1'inci maddesinde söz edilen haller, her ne kadar maddenin lafzında “riziko gerçekleşmiş olur” dense bile, rizikonun gerçekleştiği haller değildir. Bu haller, A1 maddesinin (b) bendi uyarınca gerçekleşen riziko durumunda, sigortalının edim yükümlülüğünün muaccel olacağı halleri göstermektedir.

Sigorta acentesinin mesleki sorumluluk sigortası, genel şartlarda herhangi bir sınırlandırma yapılmadığından yalın malvarlığı zararları yanına eşyaya verilen zararlar ile kişiye verilen zararlara karşı da teminat sağlamaktadır.

⁵² BAYSAL, s.175.

⁵³ DILLER, Martin: Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte, 2. Auflage, München 2017, § 1 Rdnr. 86.

⁵⁴ Buna karşılık, Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası Klozu'nun 1'inci maddesi uyarınca, manevi tazminat talepleri sigorta himayesinin kapsamında yer alır.

⁵⁵ RG: 22.04.2014, 28980.

KAYNAKÇA

- ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 28. Baskı, Ankara 2022
- BAYSAL, Başak: Haksız Fiil Hukuku, İstanbul 2019.
- CAN, Mertol: Mesleki Sorumluluk Sigortası genel Şartlarına Genel Bir Bakış, Ankara 2006.
- DİLLER, Martin: Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte, 2. Auflage, München 2017.
- EREN, Fikret/DÖNMEZ, Ünsal: Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C.II. m.49-82, Ankara 2022.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2021.
- FUHRER, Stephan: schweizerisches Privatversicherungsrecht, Basel-Genf 2011.
- GRÄFE, Jürgen/BRÜGGE, Michael/MELCHERS, Michael: Berufshaftpflichtversicherung für rechts- und steuerberatende Berufe, München, 2021.
- HONSELL, Thomas: Der Umfang des Deckungsausschlusses bei Anwendung der sogenannten Tätigkeits- und der Herstellungs- bzw. Lieferungsklausel, VersR 1985.
- KAUFMANN, Arnd: Die Berufshaftpflichtversicherung des Steuerberaters, Karlsruhe 1996.
- KESSLER, M.A.: Die Stellung der gebundenen und ungebundenen Versicherungsvermittler nach Inkrafttreten des neuen VAG am. 1. Januar, Zürich 2009.
- KÖRNER, Alexandra/FURRER, Andreas/BENZ, Christian: Warentransportversicherung, Bern 2016.
- ÖZDAMAR, Mehmet: Alman Sigorta Sözleşmeleri Hukukunda Sigortacının Geleneksel Güven (İfa) Sorumluluğu, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008.
- ŞENOCAK, Kemal: Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara 2000.
- ŞENOCAK, Kemal: Avrupa Birliği Sigorta Aracıları direktifi (3003/92/EG), Prof. Dr. Ergon A Çetingil ve Prof. Dr. Rayegân Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007.
- ŞENOCAK, Zarife: Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995.
- TANDOĞAN, Haluk: Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dış ve Akdi Mes'uliyet), İstanbul 2010.
- ULAŞ, Işıl: Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku, Ankara 2012.
- ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/KAYA, Arslan/NOMER ERTAN, N. Füsün: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2019.
- YAĞCI, Mjine: Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk (TBK m.116), İstanbul 2018.
- YAZICIOĞLU, Emine: Sigorta Aracıları Hukuku, İstanbul 2010.
- YAZICIOĞLU, Emine: Sigortacının Bilgilendirme (Aydınlatma) Yükümlülüğü, Sorumluluk Sigortaları Sempozyumu, 1-2 Aralık 2017-İstanbul, Ünan Samim/Yazıcıoğlu Emine (Ed.), İstanbul 2018.
- YAZICIOĞLU, Emine: Sorumluluk Sigortalarında Riziko, Sorumluluk Sigortaları Sempozyumu, 1-2 Aralık 2017-İstanbul, Ünan Samim/Yazıcıoğlu Emine (Ed.), İstanbul 2018..

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Atıf Şekli: Yazar Metin KIRATLI, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Metin KIRATLI who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that he complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnULR in all processes of the paper and that he does not make any falsification of the data collected. In addition, he declares that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.

ULUSLARARASI HUKUKTA DEVLET EGEMENLİĞİNİN HAVA SAHASINA
UZANMASININ MEŞRULUĞUTHE LEGITIMACY OF THE EXTENSION OF STATE SOVEREIGNTY IN THE AIRSPACE IN
INTERNATIONAL LAWSelman ÖZDAN*  10.21492/inuhfd.1172503 

Makale Bilgi

Gönderi: 08/09/2022
Kabul : 20/03/2023

Anahtar Kelimeler

Egemenlik,
Hava Hukuku,
Serbest Hava Sahası,
Chicago Sözleşmesi,
Uluslararası Hukuk.

Article Info

Received: 08/09/2022
Accepted: 20/03/2023

Keywords

Sovereignty,
Aviation Law,
Free Airspace,
Chicago Convention,
International Law.

Özet

Egemenlik kavramı uluslararası hava hukukunda merkezi bir role sahiptir. 1919 Paris ve onun yerine geçen 1944 Chicago Sözleşmelerinin birinci maddelerinde belirtildiği gibi taraf devletlerin kendi ülkeleri üzerindeki hava sahalarında tam ve münhasır egemenliğe sahip olmasına dair yapılan vurgu bu merkezi rolü açıklar niteliktedir. Literatürde karşımıza, hem bu egemenliğin savunulduğu bir hava sahası rejim sistemi çıkmakta hem de bu anlayışın kısmen karşısında olacak şekilde hava sahasında serbestliği savunan bir rejim sistemi çıkmaktadır. Dolayısıyla bu noktada, hangi sistemin çağdaş uluslararası hukukta uygulanması gerektiği değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme için hem egemenlik kavramının hem de hava sahasının uluslararası hukuk açısından incelenmeleri elzemdir. Bu makalede öncelikle egemenlik kavramı uluslararası hukuk çerçevesinde izah edilecektir. Akabinde, hava sahasının hukuki statüsü değerlendirilip serbest hava sahası ve ulusal egemenliğe dayalı hava sahası yaklaşımları detaylı olarak incelenecektir. Nihayetinde, uluslararası anlaşmalar nezdinde hava sahasında uygulanması öngörülen rejim tartışmalarına yer vererek devletin kendi ülkesi üzerinde devam eden egemenlik haklarının meşruluğu ve sınırları incelenecektir. Bu bağlamda, çalışmanın temel amacı, uluslararası hukuk açısından devletin ülkesi üzerindeki hava sahasında devam eden egemenliğinin meşruluğunu inceleyip izah etmektir.

Abstract

Sovereignty plays a central role in the international aviation law. The first article of the 1919 Paris Convention relating to the Regulation of Aerial Navigation and the 1944 Chicago Convention on civil aviation highlight the significance of sovereignty by stating that the contracting States recognize that every State has complete and exclusive sovereignty over the airspace above its territory. Considering the concept of sovereignty in international aviation, two schools have been noticed in the literature. The first one is the national sovereignty school which addresses a state's sovereign competence over its territory. The second one is the free air school that has been taken as an antithesis of the national sovereignty school's theory. In this sense, it should be evaluated which school should be applied in the contemporary international law. Hence, it is essential to examine both the concept of sovereignty and the airspace in terms of international law. In this article, first, the concept of sovereignty is being explained within the framework of international law. Afterwards, the legal status of the airspace will be analyzed, and the free air school and national sovereignty school will be examined in detail. Finally, in the light of international agreements, the legitimacy and limits of the State's ongoing sovereign rights over its own territory will be analyzed. The main purpose of this study is to examine and explain the legitimacy of the continued sovereignty of the State in the airspace over its country in terms of international law.

 Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

*Dr. Öğr. Üyesi., Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

Atf Şekli | Cite As: ÖZDAN Selman, "Uluslararası Hukukta Devlet Egemenliğinin Hava Sahasına Uzmanmasının Meşruluğu", InÜHFD, 14(1), 2023, s.114-126. İntihal | Plagiarism: Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

International aviation law is one of the most recently developed field of international law which has tremendous growth since World War I. The question of the control of international aviation has become a substantial issue within this period. The concept of sovereignty plays a key role in this question and has always been a contentious issue in the international aviation law. In this sense, the first Article of the 1919 Paris Convention relating to the Regulation of Aerial Navigation and the 1944 Chicago Convention on civil aviation highlight the significance of sovereignty by stating that the contracting States recognize that every State has complete and exclusive sovereignty over the airspace above its territory.

International aviation law considers the concept of sovereignty as the legal basis for policy making and rulemaking competencies for international air transport. In other words, signatory States to the Chicago Convention reserve their own sovereign rights in international air transport. In this sense, Bin Cheng, in his *The Law of International Air Transport*, addresses the concept of sovereignty over airspace and states that “the rule of international law that each State possesses complete and exclusive sovereignty over the airspace above its territory means that international civil aviation today rests on the tacit acquiescence or express agreement of States flown over”. Therefore, the concept of sovereignty which is a fundamental issue for nation States, becomes vital in assessing policies to apply in the international and national airspace. The concept of sovereignty has always been a contentious case in international law and international aviation law, as it utters the paradox of authority to enact a law and the law that confines that authority.

Considering the concept of sovereignty in international aviation, two schools have been noticed in the literature. The first one is the national sovereignty school which claims a state’s sovereign competence over its territory. The second one is the free air school that has been taken as an antithesis of the national sovereignty school’s theory.

Regarding the first theory, Carl Christol, based on the Roman law, claims that airspace should be accepted as a *res nullius* and should be open to the free use of all. Christol also says that the air might be used freely as might the sea. In the same vein, Paul Fauchille who is a French lawyer, argues that the air should be free, and States can only apply their own sovereign rights over the air in peacetime and wartime as are indispensable for their national protection. Fauchille, that is to say, criticizes the idea that claims absolute freedom on the air. The second theory is an antithesis of the national sovereignty school’s theory. The Latin maxim, *cujus est solum ejus usque ad coelum et ad inferos* (He who owns the soil owns everything above and below) is considered as a significant maxim for addressing a state’s sovereign competence over its territory. This maxim was recognized as the legal rule of England from the reign of Edward I. Based on this Latin maxim, John Westlake who is an English lawyer, stated that the State has sovereignty over the airspace above its territory, except for the right of innocent passage.

States have always claimed their national sovereignty rights in the airspace over the area they maintain their sovereignty over their own territory. The reflection of the sovereignty claim at the international level can be observed in both the 1919 Paris Convention and the Chicago Convention, which was adopted in 1944 and entered into force in 1947. The 1919 Paris Aviation Convention was the first official document to establish a rule of law regarding sovereignty over the airspace. According to the convention, the States party to the convention have the power to partially or completely close their airspace to foreign States’ aircraft or to declare no-fly zones. Although the Paris Convention was a good move in terms of establishing the legal dimension of airspace on the basis of sovereignty, with the increase in the use of airspace, wider cooperation in the international arena and a more detailed legal infrastructure were needed. Ultimately, the Chicago Convention, signed on December 7, 1944, emerged as a convention that universally regulates the principles of civil aviation and determines the binding rules of international air law. For this reason, the Chicago Convention is accepted as the constitution of civil aviation. The Chicago Convention, like the Paris Convention, states in its first article that each State has absolute and exclusive sovereignty over its airspace over its territory.

Sovereignty plays a central role in aviation, as demonstrated by the 1919 Paris and 1944 Chicago Conventions, which laid the foundations for civil aviation. It can be claimed that the Chicago Convention has revealed many of the guiding principles of international public air law: Territorial sovereignty, national airspace (The territory of a sovereign state should be evaluated in three dimensions, including its airspace over the country and its inland and territorial waters), and the principle of freedom on the High Seas.

Is the Chicago Convention sufficient for today? There have been some amendments in the interpretation of the concept of sovereignty between the period when the Chicago Convention was created and today. However, the provisions of the Convention are neither in a nature to usurp the sovereign rights of States nor are they of a nature to hinder the progress of international civil aviation.

I. GİRİŞ

Miadını hiçbir zaman dolduramayacak olan hukuk bilimi, her bir icat ve her gelişme için bir hukuki alt yapı oluşturacak ve/veya bir dava konusu ortaya atabilecektir. Bu açıdan değerlendirildiğinde, 1930'lu yıllarda havacılıkla ilgili gelişmelerin, hukuk zemininde yeni düzenlemelere gebe olacağını ve havacılıkla ilgili düzenlemelerin veya uğraşların gelecek nesillerin hukukçuları için göz ardı edilemeyecek yeni bir endüstri olacağını vurgulayan George Logan'ın, mübalağaya yer vermeyecek şekilde haklı olduğuna her geçen gün ve her yenilenen teknolojinin ardından şahit oluyoruz¹. Nitekim hava taşıtlarının gelişmesi beraberinde hava ve uzay sahası çalışmalarının da ileri boyutlara geçmesini sağlamıştır. Bu durum hava sahasının farklı devletler tarafından farklı amaçlarla kullanılmasına izin verir. Böylece hava sahası, uluslararası bir kullanıma açılmış ve devletler bu sahayı kullanmada hukuki düzenlemelere ihtiyaç duymuşlardır. Askeri, diplomatik, ekonomik, siyasi ve sivil açıdan son derece önemli olan havacılık konusu hukuki zeminde tartışmaya açıldığında karşımıza ortak bir konu çıkıyor: Egemenlik. Havacılığa ilişkin tüm ilişkiler egemenlik kavramı üzerine kurulu olması hasebiyle bu kavram uluslararası havacılıkta merkezi bir rol oynar. Devletlerin ülkeleri üzerindeki hava sahasında egemenliklerini idame ettirme konusu uluslararası hukukta hava sahası sorununun esas kaynağını teşkil etmektedir. 1919 Hava Seyrüseferi Düzenlemesine ilişkin Paris Sözleşmesi'nde ve bu Sözleşme'nin yerine geçen 1944 Milletlerarası Sivil Havacılık Sözleşmesi'nde (Chicago Sözleşmesi)² egemenliğin havacılık manasında oynadığı rol, sivil havacılık çerçevesinde açıkça belirtilmiştir.

Hava sahaslarının kargo ve ulaşım gibi sebeplerle kullanılmasının yaygınlaşmasının yanında özellikle İkinci Dünya Savaşı'nda ulusal sınırları ihlal eden savaş uçaklarının kullanılması hava sahası için hangi rejimin kullanılacağı sorusunu ortaya çıkarmıştır. Bu rejim tartışmaları, serbest hava sahası rejimi ve devlet egemenliğine dayalı hava sahası rejimi tartışmalarında vücut bulmuştur. İkinci Dünya Savaşı sonrası yapılan uluslararası konferanslarda bu iki rejim farklı boyutlarda ileri sürülmüş ve aynı zamanda eleştirilmiştir.

Bu makale öncelikle egemenlik ve hava sahası kavramlarını teorik ölçekte izah edecektir. Akabinde, hava sahası üzerindeki farklı egemenlik anlayışlarını inceleyip bu hususta önde gelen görüşlere yer verilecektir. Böylece, hava sahası ile egemenlik arasındaki ilişkide ne tür endişelerin ve/veya çekincelerin gündeme getirildiği tespit edilmeye çalışılacaktır. Ardından, sivil havacılıkta yeknesak bir sistem arayışının getirdiği uluslararası sözleşmelerde egemenlik anlayışı nasıl yer aldığı incelenecektir.

II. ULUSLARARASI HUKUKTA EGEMENLİK

Westphalia Barış Anlaşması ile modern ulus devletlerin ortaya çıkmasından bu yana egemenlik kavramı, devletler arasındaki ilişkilere göre evrilmiştir. Egemenliğin kapsamı ve sınırları hususunda bir mutabakat sağlanamadığı için, egemenlik kavramının herkesin üzerinde uzlaşabileceği bir tanımlanabilmiş değildir³. Geleneksel olarak egemenliğin iki şekli mevcuttur: Ülke içi egemenlik (veya iç egemenlik) ve uluslararası sahada egemenlik (veya dış egemenlik)⁴. Ülke içi egemenlik; yasama, yürütme ve yargı erkleriyle birlikte yönetme yetkisini yansıtırken, uluslararası sahada egemenlik, ülkenin bağımsızlığını yansıtır⁵. Uluslararası hukuk açısından değerlendirdiğimizde de egemenlik kavramının dayandığı birtakım ilkeler mevcuttur. Bunlar; devletlerin egemen eşitliği ilkesi, iç işlerine müdahale etmeme ilkesi ve ulusal mahkemeler önünde yargısal dokunulmazlık ilkesidir⁶.

Uluslararası hukukta egemenlik, yabancı bir devletin yargı yetkisine veya uluslararası hukuk haricinde yabancı hukuka tabi olmayan bir devletin uluslararası manada hukuki statüsü olarak tanımlanabilir⁷. Devlet egemenliği, uluslararası hukukun esas prensiplerinden biridir. Uluslararası hukuk prensipleri bir devlet tarafından tanındığı sürece o devlet için bu prensipler geçerli olacağından, uluslararası hukuk ile devlet egemenliği kavramı arasında bir uyumsuzluk olduğunu söylemek zordur. Bir devlet, egemenliği marifetiyle uluslararası hukuku tanıır ve sözleşmelerine taraf olur. Bu durumda, egemenliğinde bir sınırlamaya gidecekse yine bunun rızasını kendi egemenlik ilkesinin gerekçesiyle verecektir. Dolayısıyla, uluslararası hukukun kati surette devletten üstün olduğunu iddia etmek zordur⁸. Bir devletin egemenlik haklarına kısıtlamalar getirmek, devletlerin uluslararası hukuk kurallarına rıza göstermesi nedeniyle devlet egemenliğinin bir özelliği olarak kabul edilebilir. Diğer bir ifade ile, uluslararası anlaşmalara taraf olmanın veya başka türlü taahhütler altına girmenin, esasında egemenlikten feragat edildiği veya daha keskin ifade ile vazgeçildiği anlamına gelmediği açıktır⁹.

Uluslararası hukukun evrensel açıdan en çok kabul gören ilkeleri arasında; egemenlik, *self-determination*, ülke bütünlüğü, müdahale etmeme ve rıza gösterme ilkeleri vardır¹⁰. Uluslararası hukukun söz konusu bu ilkeler, egemenlik başta olmak üzere ortaya çıkan uluslararası nitelikli sorunlarla birlikte büyümekte ve dönüşmektedir. Egemenlik konsepti, bu zaman içerisinde dönüşmesine rağmen, bu konseptin özü, diğer bir ifadeyle devlet ile olan ilişkisi, değişmeden devam etmektedir.

¹ LOGAN, George: "Aviation and the Maxim Cujus Est Solum", St Louis Law Review, 16(4), 1931, s.303.

² Milletlerarası Sivil Havacılık Anlaşması (MSHA), Resmî Gazete 6029 (12 Haziran 1945), Kanun No. 4749.

³ AYBAY, Rona/ORAL, Elif: Kamusal Uluslararası Hukuk, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016, s.233.

⁴ AYBAY/ORAL, s.233.

⁵ AYBAY/ORAL, s.233-234.

⁶ ÖZDAN, Selman: The Human Rights Challenge to Immunity in International Law, Palgrave MacMillan, Cham, 2022, s.24.

⁷ ÖZDAN, s.27.

⁸ KELSEN, Hans: "Sovereignty and International Law", Georgetown Law Journal, 48(4), 1960, s.637.

⁹ ÖZDAN, s.30.

¹⁰ KOSKENNIEMI, Martti: "The Future of Statehood", Harvard International Law Journal, 32(2), 1991, s.406.

Uluslararası hukukta, havacılık açısından da izlenen esas ilke, her devletin kara ülkesi ve karasuları üzerindeki hava sahasında tam, münhasır ve kesin egemenliğe sahip olduğudur¹¹. Havacılığa ilişkin ilk tecrübeler göstermiştir ki, hususiyetle ulusal hukuktan alınan kavram ve emsaller üzerinden görüşler beyan edilmiş, karasuları ve açık deniz konusundaki ilkelerden ve kurallardan ilham alınmıştır¹².

Birleşmiş Milletler Sözleşmesi 2. maddenin 1. fıkrasında devletlerin egemen eşitliği ilkesine vurgu yapar ve 8. fıkrasında da devletlerin iç işlerine müdahale etmeme ilkesini hatırlatır:

“İşbu Antlaşma'nın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletlere herhangi bir devletin kendi iç yetki alanına giren konulara müdahale yetkisi vermediği gibi üyeleri de bu türden konuları işbu Antlaşma uyarınca bir çözüme bağlamaya zorlayamaz...”.

Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin sahil dışı devletlere yönelik egemenlik anlayışı da uluslararası hukuk açısından önem arz eder. Sözleşme'nin 2. maddesi şu şekildedir:

“1. Sahil dışı devletin egemenliği kara ülkesinin ve iç sularının ötesinde ve bir Takımda Devleti söz konusu olduğunda, takımda sularının ötesinde karasuları denilen bir bitişik deniz bölgesine kadar uzanır. 2. Bu egemenlik karasuları üzerindeki hava sahasını ve de bu suların deniz yatağı ile toprak altını da kapsar. 3. Karasuları üzerindeki egemenlik işbu Sözleşmenin hükümlerinde öngörülen şartlar ve uluslararası hukukun diğer kuralları dahilinde kullanılır”.

Sözleşme'nin 3. maddesine göre de karasuları esas hattan itibaren 12 deniz milini geçemez. Hugo Grotius'un *Mare Liberum*'da yer alan teorisi referans alınarak, açık denizlerin hiçbir devlet tarafından mülk edinilemeyeceği hususu, uluslararası teamül hukuku uyarınca tesis edilmiştir¹³. Diğer bir ifadeyle, hiçbir devlet bu bölgeler üzerinde egemenlik iddiasında bulunamazlar. Deniz hukukunda yer alan düzenlemeler hava hukukunun da oluşturulması hususunda rehber niteliğinde olmuştur. Egemenlik kavramını uluslararası hukuk açısından manasını ve sınırlarını verdikten sonra hava sahasının hukuki statüsüne ilişkin farklı yaklaşımları egemenlik kavramı üzerinden değerlendirebiliriz.

III. HAVA SAHASININ HUKUKİ STATÜSÜ

Hava sahasının hukuki statüsünün tespit edilmesi ve devletler tarafından müşterek bir sistemin izlenebilmesi oldukça tartışmalı bir konu olagelmıştır. Bu durum hava sahasında izlenecek politika ve uygulanacak hukuki rejim ile ilgili farklı teorilerin doğmasına sebebiyet vermiştir. Dolayısıyla, havacılığa ilişkin ilk tecrübelerin yaşandığı dönemlerde ve devamında, çözümlenmeye çalışılan sorun şu idi: Devlet üzerindeki hava sahasında izlenecek rejim, açık denizlerde olduğu gibi bir serbestliği öngören rejim mi olmalı, yoksa, devlet ülkesinde olduğu gibi bir egemenlik rejimi mi takip edilmelidir?¹⁴ Makalenin bu bölümünde, tartışmalardan ortaya çıkan bu iki önemli rejim tartışmaları üzerinden egemenlik konseptinin oluşturduğu meşru kaygı zemininin devletlerin izleyecekleri politikalara, hava sahası özelinde, nasıl etki ettiği izah edilecektir.

1889 yılında Fransız Hükümeti tarafından Paris'te düzenlenen konferans ve bunu takip eden diğer konferanslarda serbest hava sahası yaklaşımı ile ulusal egemenliğe dayanan hava sahası yaklaşımı tartışmaları ön plana çıkmıştır. Özellikle, 1902 ile 1913 yılları arasında Brüksel, Madrid, Gent ve Paris şehirlerinde farklı zamanlarda gerçekleştirilen konferanslarda, hava sahasında serbestlik ve ulusal egemenlikle ilgili rejim tartışmaları ortaya atılmıştır¹⁵. Bu toplantılarda Fransız hukukçu Paul Fauchille ile İngiliz hukukçu John Westlake tarafından ortaya atılan yukarıda bahsettiğimiz yaklaşımlara ilişkin görüşler, hava sahasında izlenecek rejimin şekillenmesinde etkili olmuştur.

A. Serbest Hava Sahası Yaklaşımı

Hava sahasında serbesti fikrinin savunusunda karşımıza temel olarak mutlak ve sınırlı serbesti fikirleri çıkar. Mutlak serbestliği savunanların az sayıda olduğunu belirten Akipek, mutlak serbesti taraftarlarından Bluntschli'nin bu husustaki görüşlerini şu şekilde tercüme eder:

“Şayet insanlar atmosferin etrafını duvarlarla çevirebilselerdi, bazıları, toprakları üzerinde yükselen havayı kendi münhasır mülkiyetlerine dahil etmekte kusur etmezlerdi. Fakat atmosferin her tarafında dolaşan hava cereyanları hiçbir suretle devletlere tabi değildir; bu cereyanlar, hudutlara aldırmağsızın yollarına devam ederler”¹⁶.

Akipek, bu tür fikri savunuların, hava ile hava sahası mefhumları arasındaki farkı tespit edemediklerini savunmaktadır¹⁷.

Carl Quimby Christol, Chicago Üniversitesi'nde yazdığı doktora tezinde, Roma hukuku temelli bir düşünce ile hava sahasında serbest bir rejim izlenmesi gerektiğini ve bu sahanın herkesin kullanımına açık olması gerekliliğini ifade etmiştir. Bu sebeple hava sahasını *res nullius* yani yasal sahibi belirlenemeyen saha olarak nitelendirmiştir¹⁸. Serbest hava sahası rejimini savunan birçok kişi gibi Christol de hava sahasının statüsü ile açık denizlerin statüsü arasında benzerlik olduğunu ve bu alanların serbest bir şekilde tüm milletler

¹¹ MERAY, Seha L.: Uzak ve Milletlerarası Hukuk, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1964, s.106.

¹² MERAY, s.106-107.

¹³ ERÖTOKRİTOU, Chrystel: “Sovereignty Over Airspace: International Law, Current Challenges, and Future Developments for Global Aviation”, *Inquiries Journal/Student Pulse*, 4(5), 2012.

¹⁴ MERAY, s.107.

¹⁵ JACOBINI, HB: “International Aviation Law a Theoretical and Historical Survey”, *Journal of Public Law*, 2(2), 1953, s.316-28.

¹⁶ AKİPEK, Ömer İlhan: Hava Sahasının Devletler Hukuku Bakımından Durumu, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1959, s.21.

¹⁷ AKİPEK, s.21.

¹⁸ CHRISTOL, Carl Quimby: *Transit by Air in International Law: A Part of a Dissertation*, University of Chicago, 1944; Aktaran: JACOBINI, HB: “Problems of High Altitude or Space Jurisdiction”, *Western Political Quarterly*, 6(4), 1953, s.680-88.

tarafından kullanılabilirliğini belirtmiştir¹⁹. Hava sahası rejiminde sınırlı serbesti fikrini savunan Paul Fauchille, Christol ile paralel düşünceleri savunmuş ve Fauchille, havacılığın ve telgraf gibi havacılıkla ilgili faaliyetlerin kullanımı için hava sahalarının açık denizler gibi tüm milletlerin kullanımına serbest bırakılması gerekliliğini vurgulamıştır.

Kullanım açısından hava sahasının hukuki statüsünü değerlendirenler ise, hava sahasının yapı itibarı ile insanlığın sürekli kullanımı için ya da o sahada var olabilmesi için uygun bir yapıya sahip olmamasından dolayı, bu sahayı ortak kamu malı (*common property*) olarak nitelendirmişlerdir. Böylece hava sahası herkesin faydalanabileceği ve kimsenin bu saha üzerinde ayrıcalıklı bir hak iddia edemeyeceği ve bu sebeplerle de kesinlikle ticari bir mülk olarak değerlendirilemeyeceği bir alan olarak dikkate alınmıştır²⁰. Seha Meray da, serbestlik rejimi tarafında olanların düşüncesini şu şekilde ifade etmiştir:

“Devlet ülkesi üzerindeki [hava sahasının], açık denizler gibi, tam bir serbestlik rejimine bağlanmasını isteyenler, [hava sahasının] mülkiyete, fiili hakimiyete konu olamayacağını da belirtmekte idiler”²¹.

Bu hususta, Akipek’in şu ifadeleri de kayda değerdir:

“Egemenlik prensibinin kabulü havacılığı engelleyebilirdi. Bu sebeptendir ki devletlerin keyfi hareketlerine karşı hava seyrüseferini teminat altına almak için serbesti fikrini benimsemekten başka çare göremiyorlardı. Ancak, buna hukuki bir mesnet de bulmaları lazımdı. Bu mesnedi ... hava ile deniz arasında yapılacak bir teşbihte ve denize müteallik prensiplerin havaya intikal ettirilmesinde aradılar”²².

Fauchille, 1902 yılında Brüksel’de gerçekleştirilen Uluslararası Hukuk Enstitüsü’nün toplantısında şunu ifade etmiştir:

“Hava bütünüyle düzenli bir işgale açık (müsait) olmadığından, havanın mülkiyeti söz konusu olamaz. Mülkiyet olamayacağına göre, egemen kontrol hakkı da iddia edilemez. Bu durum da bize, hava sahasının serbest bırakılmasından başka bir seçenek bırakmıyor”²³.

Açık denizlerin ve hava sahasının statülerini karşılaştıran Hugo Grotius, bir eserinde şöyle bir benzerliğe vurgu yapar: Açık denizler öylesine engin ve geniş bir kapsama sahiptir ki, bütün milletlerin buradan su, balıkçılık veya denizcilik gibi yararlanabilecekleri tüm kullanımlar için yeterlidir²⁴. Grotius, hava sahası için de aynı mantığın izlenebileceğini belirtip farklı olarak açık denizler gibi faydalanabilip kullanılamayacağını ifade eder. Sonuç olarak, hava sahasının ortak bir mal olarak değerlendirilebileceğini iddia etmiştir²⁵. Bununla birlikte Grotius, havanın kullanılabilmesi için toprağın da kullanılması gerektiğine işaret edip bir kuş avı yapılacaksa, toprak üzerinde egemen gücü olanın kanununa uyulması gerekliliğinden bahseder²⁶. Dolayısıyla, denizler için ifade edilen mülkiyet hakkı hava için tam olarak zikredilemez. Bu sebeplerle, Akipek’in de iddia ettiği üzere, Grotius’un hava sahasında serbest görüşü savunduğunu ileri sürmek zordur; aksine, hava sahasını karadan ayrı şekilde idrak etmeden hava sahasının ilgili devlet egemenliğine tabi olması gerekliliğini savunur²⁷.

Sınırlandırılmamış bir serbestlik hiçbir dönem için sorgusuz ve sualsiz kabul edilebilecek bir düşünce olmamıştır. Bu anlamda, Graf Zeppelin’in şunu ifader: Hava sahasını çevreleyecek ve o mertebeye kadar uzanacak çitlerin olması mümkün olmadığı için uluslararası hava trafiğini fiziki olarak engellemek söz konusu değildir, bu sebeple söz konusu trafiğin uluslararası deniz hukukuna benzer şekilde anlaşmalar ile düzenlenmesi gerekir²⁸. Böylece Zeppelin de hava sahasında uygulanması gereken rejimi denizlerin kullanımı ile bağdaştırarak açıklamaya çalışır.

Uluslararası hukukta yer alan, devletlerin kendini müdafaa etme ilkesi sınırlı serbesti fikrini ileri sürerken dikkate alınması gerekir. Fauchille için de bu ilke, mutlak ve esas kabul edilir. Fauchille, devletlerin hava sahası üzerinde yalnızca müdafaası için zaruri olan hakları kullanabileceklerini ileri sürmüştür²⁹. Bu hususta Fauchille, iki kurala işaret eder: 1- Barış zamanında balonlar, yükleme ve tahliye hariç, kıtalar üzerinde seyrederken 1500 metrenin³⁰ altındaki bölgeye giremezler; 2- Savaş zamanında balonlar, başka bir devletin ülkesi üzerinde düşmanca eylemlerde bulunamazlar ve yüksekliklerine bakılmaksızın düşman devletin toprağı üzerinden seyredemezler³¹.

¹⁹ Aktaran: JACOBINI, “International Aviation Law a Theoretical and Historical Survey”, s.314-15.

²⁰ ODUNTAN, Gbenga: Sovereignty and Jurisdiction in Airspace and Outer Space: Legal Criteria for Spatial Delimitation, Routledge, New York, 2012, s.57.

²¹ MERAY, s.107.

²² AKİPEK, s.19.

²³ Aktaran: JACOBINI, “International Aviation Law a Theoretical and Historical Survey”, s.316. Bu hususta Fauchille, bir izahat yapılması gerekliliğini vurgular. Ona göre, kararı çevreleyen hava sahası maddi temellük fikrine aykırı değildir; toprağın üzerindeki hava sütunu, maddi olarak inşa edilmesi mümkün bir binanın yüksekliği kadar mülkiyet hakkına tabi tutulabilir. Bu yükseklik de Eiffel Kulesinin yüksekliği olan 300 metre idi. Peki, toprağın maliki herhangi bir inşaat teşebbüsünde bulunmadan bu hava sütununun maliki olabilecek midir sorusuna Fauchille şu şekilde cevap verir: “mülkiyeti doğuran temellüktür, temellük edebilme imkânı değil”. Dolayısıyla, fiziki olarak binanın bulunmasını şart koşmaktadır. Fauchille’in bu görüşlerini aktaran: AKİPEK, s.22.

²⁴ GROTIUS, Hugo: The Rights of War and Peace, Liberty Fund, Indianapolis, 2005, s.428-429.

²⁵ GROTIUS, s.428-429.

²⁶ AKİPEK, s.20.

²⁷ AKİPEK, s.20.

²⁸ ZEPPELIN, Graf: Die Eroberung der Luft, Deutsche Verlagsanstalt, Stuttgart, 1908, s.28; Aktaran: NIJEHOLT, JF Lycklama à: Air Sovereignty, Springer, Netherlands, 1910, s.11.

²⁹ Aktaran: AKİPEK, s.24.

³⁰ Bu mesafe 1901 yılı için fotoğraf çekmenin mümkün olduğu en uzak mesafeye tekabül ediyor. AKİPEK, s.24.

³¹ AKİPEK, s.24.

Nitekim 1906 yılında Gent şehrinde gerçekleştirilen toplantıda Uluslararası Hukuk Enstitüsü (*Institute of International Law*), Fauchille'in görüşlerini destekler şekilde havacılıkla ilgili bazı prensipleri kabul ve tasdik etmiştir. Bunlardan en dikkat çeken ve birinci maddede yer alan düzenleme, kural olarak hava sahasının serbestliği prensibi kabul edilmekle birlikte hem savaş hem de barış zamanında devletlerin hava sahası üzerinde kendini müdafaa etme hakkına sahip olduğunu da hüküm altına almasıdır³². Böylece hava sahasında uygulanacak mutlak serbestlik rejiminden ziyade kısıtlı serbestlik rejimi vurgulanmakla birlikte devletlerin ülkelerinde emniyet ve güvenliği tesis etmek adına egemenlik kavramı ön plana çıkarılmıştır.

Sınırlı serbesti fikrinin esasında birtakım uluslararası anlaşmalarda da benimsendiğini görebiliriz. Mesela, 26 Temmuz 1913 tarihli Fransız – Alman Anlaşması, askeri uçaklarının ancak davet üzerine ülke üzerinden seyredebileceği ve sivil uçakların da yasak bölgeler haricinde uçuş gerçekleştirebilecekleri hükümlerine yer vererek hem devlet egemenliğini kabul etmiş olduğunu hem de sınırlı serbesti fikrini benimsediğini anlayabiliriz³³.

1919 Versailles Barış Andlaşması'nın bazı hükümleri hava sahasında serbesti rejiminin izlendiğine dair birtakım işaretler sunsa da aşağıda göreceğimiz üzere bu serbestinin esasında sınırlı serbesti fikrine ziyadesiyle yakın olduğu açıktır. Andlaşmanın 200. maddesine göre,

“Müttefik ve Ortak birlikler tarafından Alman topraklarının bütünüyle boşaltılmasına kadar, bu birliklerin uçakları Almanya'da hava sahasından geçiş serbestisinden, transit geçiş ve iniş serbestilerinden yararlanacaklardır.”³⁴

Andlaşmanın hava seyrüseferine ilişkin hükümlerinden 313. maddeye göre,

“Müttefik ve Ortak birliklerin uçakları, Almanya'nın toprakları ve karasuları üzerinde geçiş ve iniş serbestisine sahip olacak ve özellikle [...] tehlike durumunda Alman uçaklarıyla aynı ayrıcalıklardan yararlanacaktır”³⁵.

314. madde hükmü ise şu şekildedir:

“Müttefik ve Ortak birliklere mensup uçaklar, Almanya tarafından yapılabilecek ve Almanya'nın ve Müttefik ve Ortak birliklerin uçaklarına eşit olarak uygulanabilecek herhangi bir düzenlemeye tabi olmak kaydıyla, herhangi bir yabancı ülkeye transit halindeyken, Almanya toprakları ve karasuları üzerinde iniş yapmadan seyretme hakkından yararlanacaklardır”³⁶.

Andlaşmanın 315. maddesine göre de Alman havaalanlarının Müttefik ve Ortak birliklerin uçaklarına açık olacağı ve Alman uçakları ile eşit muamele göreceği hükme bağlanmıştır³⁷. Versailles Andlaşması'nın ilgili hükümlerine nazaran her ne kadar serbesti fikri ön plana çıksa da mutlak bir serbestiden bahsedemeyiz. Akipek'in bu husustaki yorumu da kayda değerdir; nitekim ona göre, bu serbestinin sadece Müttefik ve Ortak birliklerin uçaklarına uygulandığı ve özellikle Almanya'nın hava sahasında egemenliğini sınırlamak amacıyla konulduğu açıktır³⁸.

Neticede, hava sahasında mutlak serbestlik fikrinden ziyade sınırlı serbestlik fikrinin ön plana çıktığını görüyoruz. Nitekim Fauchille'in da görüşleri bunu yansıtmaktadır. Zitelmann da benzer şekilde, hava sahasının mutlak bir şekilde serbest olması fikrinin uygulama bakımından mümkün olmadığını belirtmiştir³⁹.

B. Ulusal Egemenliğe Dayalı Hava Sahası Yaklaşımı

Hava taşıtlarının icadından yüzyıllar önce ortaya konulan ve Kral I. Edward döneminde İngiliz hukukunda teamül olarak kabul edilen Latin ilkesi *cujus est solum ejus est usque ad coelum*⁴⁰, devlet egemenliği temelli hava hukuku sistemini izah etmede en önemli dayanak noktasıdır. Bu hususta Meray şunu ifade eder:

“Hususi hukuktaki mülkiyet kavramından ve toprağın maliki bunun üstünde bulunan her şeyin de malikidir (Cujus est solum ...) ilkesinden ilham alanlara göre ... her Devletin, ülkesi üzerindeki [hava sahası da], sonsuz yüksekliklere kadar, o Devletin egemenliğine tabidir”⁴¹.

Hava sahasında devletin mutlak ve sınırsız egemenliğini sürdürmesi fikri, doktrinde var olan bir yaklaşımdır. Bir devletin nasıl ki kara ve deniz ülkesi mevcut, aynı şekilde bir hava ülkesinin de var olduğu düşüncesi ve devletin ülkesinden ayrı düşünülmeceği öne sürülmüştür. Bu hususta, devletin kendi ülkesinin hava sahasında mutlak egemenliği olduğuna dair birtakım görüşler ortaya çıkmıştır. Her birine ayrı ayrı yer vermek yerine genel itibarıyla bu düşüncenin altında yatan gerekçeleri üç noktada izah edebiliriz.

³² HERSHEY, Amos S: “The International Law of Aerial Space”, *The American Journal of International Law*, 6(2), 1912, s.381.

³³ AKİPEK, s.32-33.

³⁴ Treaty of Versailles, 28.06.1919, m.200. https://www.census.gov/history/pdf/treaty_of_versailles-112018.pdf (Erişim: 7 Eylül 2022).

³⁵ Treaty of Versailles, m.313.

³⁶ Treaty of Versailles, m.314.

³⁷ Treaty of Versailles, m.315.

³⁸ AKİPEK, s.34.

³⁹ Aktaran: AKİPEK, s.39.

⁴⁰ *Cujus est solum* ilkesi 13. yüzyılda müfessir Accursius tarafından kullanılmış ve Roma hukukunda etkili bir prensip haline gelmiştir. Bu deyim İngiltere'de ortaya çıkması ve yaygınlaşması yine Accursius ile bağlantılıdır. Accursius'un en büyük oğlu da kendisi gibi hukuk dalında bir bilim insanıdır ve Roma hukukunun gelişmesinde katkıda bulunmuştur. 1274 yılında İngiliz Kral I. Edward tarafından Accursius'un oğlu İngiltere'ye getirilir ve Oxford Üniversitesi'nde Roma Hukuku üzerine dersler, seminerler ve konferanslar vermeye başlar. Böylece, Accursius'un oğlunun etkisi ile *cujus est solum* ilkesi İngiliz hukuk sisteminde ve hukuk felsefesinde yerini almış olur. Bkz. EPSTEIN, Richard A: “Natural Rights, Disequilibrium, and The Limits of Human Knowledge: An Appreciation for Suri Ratnapala”, *University of Queensland Law Journal*, 33(2), 2014, s.256.

⁴¹ MERAY, s.107.

1- Devlet sınırlarının üstündeki hava sahası da devletin ülkesinin ayrılmaz parçasıdır ve dolayısıyla bu bölge devletin gücüne yani egemenliğine tabi olmalıdır.

2- Devletlerin meşru müdafaa hakkında dolayı hava sahasından gelebilecek saldırıları önlemek amacıyla devletin egemenliği tüm hava sahasında var olmalıdır.

3- Hava sahası bir devletin mevcudiyeti açısından onun ayrılmaz bir parçası olarak addedilir. Dolayısıyla, hava sahasında olan her vaka aşağısındaki devlet için bir tehdit unsuru içerebilir⁴².

Ulusal egemenlik yaklaşımında, ulusal güvenlik açısından hava sahasının ulusal kontrol altında olması gerekliliği vurgulanırken bu durumun mutlak egemenlik yaklaşımından ziyade sınırlı egemenlik yaklaşımıyla da izah edildiğini görüyoruz. Bu hususta, İngiliz hukukçu ve sosyal reformcu olan John Westlake, *cujus est solum* ilkesi üzerinden hava sahasındaki egemenlik anlayışını vurgulamıştır. 1906 yılında Gent'te gerçekleştirilen toplantıda Westlake, yukarıda bahsettiğimiz Fauchille'in düşünceleri temel alınarak oluşturulan ilkelere alternatif olan ve uluslararası düzen ile daha rasyonel bağlantı sağlayabilecek öneriler sunmuştur. Westlake, Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün bir toplantısında, *cujus est solum* ilkesinde ısrarcı olarak, hava hukukunda geçiş özgürlüğünün veya devletin korunmasının altında yatan temel ilkenin ne olması gerektiği sorusunu yönlendirir. Akabinde Westlake, yukarıda ifade ettiğimiz birinci maddenin şu şekilde tadil edilmesi Enstitü'ye teklif eder: "Devletin, hava taşıtlar ve telsiz yazışmaları için zararsız geçiş hakkı hariç tutularak, yer üstündeki hava sahası üzerinde egemenlik hakkı saklı kalmalıdır"⁴³. Diğer bir ifadeyle, devletlerin hava sahası üzerindeki egemenlik hakkının bir kural olarak bulunması gerektiğini fakat bu kurala devletlerin zararsız geçiş hakkının istisna olarak getirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Fauchille de bir uzlaşmaya varmak amacıyla, devletlerin kendini savunma hakkı saklı kalmak kaydıyla hava serbestliğine izin verilmesini önermiştir. Enstitü'nün bu değişikliğe ilişkin olarak harekete geçmesi gerekip gerekmediği hususunda birtakım ihtilaflar olmasına rağmen, nihayet 1906 Eylül'ünde bir oylama yapılmış ve oy çokluğu ile Fauchille tarafından tadil edilen on maddelik plan kabul edilmiştir⁴⁴. Konuya ilişkin iki maddenin toplantı sonucunda nihai hali şu şekilde olmuştur:

m.1 Hava serbesttir. Devletlerin, kendi korumaları için gerekli olanın haricinde ne barış ne de savaş zamanında hava sahası üzerinde hiçbir kontrolü yoktur.

m.3 Her devlet, güvenliğini sağlamak için gerekli olduğu ölçüde, hertz dalgalarının kendi toprakları veya karasuları üzerinden geçişini yasaklama hakkına sahiptir. Bu dalgalar ister karada, ister bir gemide, isterse bir balonda bulunan bir devlet vericisi veya özel bir verici tarafından gönderilsin, devletin uygun göreceği herhangi bir yüksekliğe kadar söz konusu yasaklama uygulanabilir⁴⁵.

1910'da Verona'da gerçekleştirilen Hava Seyrüseferini Düzenlemek Üzere Uluslararası Hukuk Kongresinde de benzer görüşler benimsenmiştir. Kongrede bu hususta şu iki karar alınmıştır:

1- Kara ülkesi ile kara suları üzerinde bulunan hava sahasında devletin egemenliği devam etmelidir; işgal edilmemiş bölgeler ve açık deniz üzerindeki hava sahası serbest hava sahası olarak kabul edilmelidir.

2- Kamu menfaatlerini muhafaza etmek adına gerekli görülen güvenlik kuralları ve uçakların tabiiyetine ilişkin hukuki rejim hariç olmak üzere, kara ülkesi ve kara suları üzerindeki hava sahasında uçakların geçişi ve seyrüseferi serbest olmalıdır⁴⁶.

Görüldüğü üzere, sınırlı egemenlik yaklaşımında, devletlerin menfaatlerinin korunması adına bir yandan hava sahasında egemenlik anlayışı savunulurken diğer yanda bu anlayış zararsız geçiş hakkı ile sınırlandırılmaktadır.

1910 yılında Paris'te gerçekleştirilen, Enstitü'nün diğer bir toplantısında, Fauchille'in hava sahasındaki serbestlik rejimini savunan iddiası tekrardan gündeme getirilir; fakat bu serbestliğin barış zamanı ile sınırlandırılması şartının öne sürülmesi ifadesiyle diğer açıklamalardan farklılık göstermiştir. 1910 yılında gerçekleştirilen bu toplantıda ortaya çıkan taslak sözleşmede bu hususa ilişkin özellikle şu maddeler benimsenmiştir:

m.7 Hava dolaşımının serbestlik ilkesine dayanması gerektiği vurgulanmış ancak bununla birlikte, devletler mevcudiyetlerini devam ettirebilmeleri için, diğer bir ifadeyle güvenliklerini tesis edip topraklarını koruyabilmek adına gerekli hakları da saklı tutacakları belirtilmiştir.

m.8 Bu sebeplerle, devletlerin kendi hava sahalarında belirli alanlarda dolaşımı yasaklayabilecekleri ileri sürülmüştür.

m.10 Askeri ve polis uçaklarının, üzerinden uçmak istedikleri veya inmeyi planladıkları devletin izni olmadıkça ülkelerinin sınırlarını geçmemeleri gerektiği vurgulanmıştır⁴⁷.

Görüldüğü üzere, serbestlik ilkesi güçlü bir şekilde iddia edilmekle birlikte birtakım sınırlamalar öngörülmüştür. Uluslararası Hukuk Enstitüsü dışında diğer bir uluslararası kuruluş olan Uluslararası Hukuk Derneği (*International Law Association*) de bu konu üzerine toplantılar gerçekleştirmiştir. Dernek, 1913 yılında Madrid'de gerçekleştirdiği toplantıda komiteye hem serbestlik ilkesine hem de egemenliğe dayalı iki görüşü sundu. Komite bu görüşleri her biri üç alt bölümden oluşan iki ana kategoride raporlamıştır:

"1. Hava sahasının doğası gereği serbest olduğunu savunanların ileri sürdüğü hava sahasının serbestliği teorisi.

⁴² Franz von Liszt, Rudolf Busse ve Lycklama a Nijeholt tarafından öne sürülen bu fikirlerin detayı için bkz. AKİPEK, s.42-44.

⁴³ Aktaran: JACOBINI, "International Aviation Law a Theoretical and Historical Survey", s.317.

⁴⁴ JACOBINI, "International Aviation Law a Theoretical and Historical Survey", s.317.

⁴⁵ JACOBINI, "International Aviation Law a Theoretical and Historical Survey", s.317.

⁴⁶ Aktaran: AKİPEK, s.53.

⁴⁷ JACOBINI, "International Aviation Law a Theoretical and Historical Survey", s.317-318.

- a) Herhangi bir kısıtlama olmaksızın hava serbesttir.
 - b) Hava serbestliği, ilgili devletin, yükseklik açısından sınırlı olmayacak şekilde, bazı özel haklarıyla sınırlandırılmıştır.
 - c) Hava serbestliği ülkesel bir bölge ile sınırlandırılmıştır.
2. Devletin kendi ülkesinin hava sahasında o Devletin egemenliğinin devam ettiği teorisi.
- a) Herhangi bir kısıtlama olmaksızın bu hava sahasında tam egemenlik mevcuttur.
 - b) Hava seyirüferinde zararsız geçiş hakkı ile sınırlandırılmış tam egemenlik geçerlidir.
 - c) Tam egemenlik yalnızca sınırlı bir yüksekliğe kadar geçerlidir⁴⁸.

Uluslararası Hukuk Derneği bu raporda ayrıca, yabancı uyruklu uçakların bir devletin ülkesinin hava sahasından geçişine ilişkin olarak uygun göreceği yasaklama, kısıtlama ve diğer düzenlemeleri yapmak her devletin hakkı olduğuna değinmiş ve bu hak saklı kalmak kaydıyla uçakların geçiş özgürlüğü her ulusun uçağına serbestçe verilmesi de öngörülmüştür⁴⁹. Nihayetinde Dernek, devlet egemenliği teorisinin kabulü yönünde oy kullanmıştır. Böylece, Birinci Dünya Savaşı'nın hemen öncesinde, uluslararası nitelikli bu kuruluşlardan Uluslararası Hukuk Enstitüsü serbest hava teorisini benimserken, bir diğeri olan Uluslararası Hukuk Derneği, ulusal egemenlik teorisini kabul etmiştir.

Dünyada bu hususa ilişkin genel eğilim serbestlik rejiminin benimsenmesiyle, Birinci Dünya Savaşı'nın patlak vermesi ile bu eğilimin devletlerin kendi hava sahalarında da egemenliğe sahip oldukları görüşüne doğru kaydığını görüyoruz. Henry Hotchkiss de *cujus est solum* prensibine vurgu yapmış ve feodal sistemde hava sahasının sahip olunan toprak parçasının bir uzantısı veya eklentisi olarak gördüğünü belirtmiştir⁵⁰.

Hava sahası doğal sınırlara ve dolaylı olarak da fiziksel sınırlara sahip değildir. Bir hava taşıtının A ülkesinin hava sahasından B ülkesinin hava sahasına geçerken karşılaşacağı bir fiziksel engel mevcut değildir. Bu sebeple, egemenlik, ulusal hava sahalarında emniyet ve güvenliği sağlamada göz ardı edilemeyecek bir ihtiyaçtır⁵¹. Uluslararası ve ulusal hukuk açısından baktığımızda, hava sahasından faydalandığı ve bu saha kontrol edildiği sürece hava sahasının, devletlerin egemenliğini idame ettirdiği ülke bölgesine tabi olması rahatsızlık oluşturacak bir durum değildir⁵². Devletler dünya üzerindeki egemenliklerini sürdürdükleri alan üzerindeki hava sahasında her zaman ulusal egemenlik haklarını iddia etmişlerdir. Egemenlik iddiasının uluslararası seviyede yansımaları da hem 1919 Paris Sözleşmesi hem de 1944'te kabul edilen ve 1947'de yürürlüğe giren Chicago Sözleşmesi'nde görebiliyoruz.

IV. HAVA HUKUKUNA DAİR ULUSLARARASI DÜZENLEMELERDE DEVLET EGEMENLİĞİ ANLAYIŞI

Modern dünya düzeninde, devlet egemenliği kavramı bağımsızlık ve müdahale etmeme politikaları üzerine kurulduğu kadar karşılıklı bağımlılık durumu da egemenlik kavramının önemli bir bileşenidir. Şüphesiz ki uluslararası hukukta karşılıklı bağımlılık, devletlerin egemen güçlerini iddia ettikleri hava sahalarında da ortaya çıkmış ve hukuki düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur. Vurgulamak gerekir ki, egemenlik konsepti hava hukukunun dayandığı en temel konseptlerden biridir.

Uluslararası hukukun spesifik yansımalarından biri olan uluslararası hava hukuku, hava sahasının aktif bir şekilde kullanılması ve bu sahanın keskin çizgilerle belirlenememesi nedeniyle dünya arenasında en önemli konular arasında değerlendirilmeye alınmıştır. Uluslararası ortak bir düzenden uzak oluşturulan ikili anlaşmalar hava sahasını parçalı ve uyumsuz bir sistem haline getiren birbirinden farklı yasal düzenlemeler olarak nitelendirilebilir. İkinci Dünya Savaşı öncesi uluslararası uçuşlar, devletlerarasında imzalanan yüzlerce bireysel anlaşmadan oluşan yamalı bir sistem tarafından düzenlenmiştir⁵³. Sayısı oldukça fazla olan bu yamalı anlaşmalar etkisiz ve hantal olmakla birlikte⁵⁴, dünya üzerinde birbirinden farklı ve *sui generis* düzenlemeler yarattığı için uluslararası ilişkilerin yoğunlaştığı dönemlerde devletlerarasında kaotik bir durum oluşturması kaçınılmazdı. Oluşabilecek kaosun önüne geçmek için sivil havacılığa ilişkin, uluslararası kamu hukuku kurallarını düzenleyen çok taraflı sözleşmeler imzalanmıştır. Uluslararası nitelikli bu sözleşmelerin her birinde devletlerin hava sahası üzerindeki egemen kontrol rejiminin belirlenmesi ve egemenliklerinin sınırlandırılması meseleleri en kritik konulardan olmuştur. 1919 Paris Barış Konferansı'nda kurulan özel bir komisyon tarafından hazırlanan 1919 Paris Havacılık Sözleşmesi (Convention Relating to the Regulation of Aerial Navigation) ve Chicago Sözleşmesi hava hukuku konusunda imzalanan en önemli sözleşmeler olarak addedilebilir.

Birinci Dünya Savaşı sonunda, havacılığın uluslararası ölçekte bir düzenlemeye ihtiyacı olduğu ortaya çıkmış ve savaşın akabinde toplanan Barış Konferansı'nda imzalanan 1919 Paris Havacılık Sözleşmesi, hava sahası üzerindeki egemenlik konusu ile ilgili hukuk kuralı oluşturan ilk resmî belge olmuştur⁵⁵. Paris Sözleşmesi ayrıca uluslararası havacılık faaliyetlerinin idaresi ve gözetimi için oluşturulan

⁴⁸ JACOBINI, "International Aviation Law a Theoretical and Historical Survey", s.321.

⁴⁹ JACOBINI, "International Aviation Law a Theoretical and Historical Survey", s.322.

⁵⁰ HOTCHKISS, Henry Greene: A Treatise on Aviation Law, 2. Bası, Baker Voorhis, New York, 1938; JACOBINI, "International Aviation Law a Theoretical and Historical Survey", s.315.

⁵¹ LEON, Pablo Mendes de: "The Dynamics of Sovereignty and Jurisdiction in International Aviation Law", İçinde State, Sovereignty, and International Governance, (ed.) Gerard Kreijen, Oxford University Press, Oxford, 2002.

⁵² HERSHEY, s.382.

⁵³ PEARSON, Michael W/RILEY, Daniel S: Foundations of Aviation Law, Ashgate, Dorchester, 2015, s.308.

⁵⁴ PEARSON/RILEY, s.308.

⁵⁵ GÜNDÜZ, Aslan: Milletlerarası Hukuk (ed. Reşat Volkan Günel), 8. Bası, Beta, İstanbul, 2015, s.413. Egemenlik konusunun yanında Paris Sözleşmesi, pilotlara getirilecek standartlar, askeri hava taşıtlarının uçuşu ve hava taşıtlarının tescili ile ilgili hususlarda

ilk resmi örgütü yani Uluslararası Hava Seyrüsefer Komisyonunu (*International Commission on Air Navigation*) kurmuştur. Bu anlamda Sözleşmenin, hava sahasında yaşanabilecek egemenlik temelli sorunlar için etkili bir sistem geliştirmeye çalıştığını görebiliriz. Nitekim Sözleşmenin 1. maddesi ulusal egemenliği temel alan bir hava hukuku rejiminin kurulacağını habercisi niteliğindedir. Bu madde her devletin ülkesinin üzerindeki hava sahasında mutlak ve münhasır egemenliğe sahip olduğu⁵⁶ hususunu prensip haline getirmiştir. Maddenin devamında da söz konusu bu egemenliğin boyutunu açıkça belirtmek üzere şu ifadeye yer verilmiştir: “Bu Sözleşmenin amacı bakımından, bir devletin ülkesi hem ana vatanın hem de onun kolonilerinin ulusal topraklarını ve ona bitişik karasularını içerecek şekilde anlaşılacaktır”⁵⁷. Dolayısıyla, açık denizler ve sahihsiz yerler üzerindeki hava sahası serbest hava sahası olarak addedilebilir. Sözleşmeye taraf devletler ayrıca, ulusal egemenlik altında bulunan hava sahalarında, “yabancı ülke gemilerine karasularında tanınan zararsız geçiş hakkına benzer bir hakkı, barış zamanında diğer taraf devletlerin uçaklarına ayırım gözetmeksizin” tanıyacakları ifade edilebilir⁵⁸. Devletin egemenliğini idame ettirdiği hava sahasında mutlak ve münhasır yetkiye sahip olmasının sonuçlarından biri, ulusal hava sahasına yabancı olarak addedilen hava araçlarının girişinin devletin iznine tabi olmasıdır⁵⁹. Bir diğer sonucu ise, devlet kendi hava sahası içerisinde tüm ulusal yasalarını kural olarak herkese karşı ileri sürme ve uygulama yetkisine sahip olmasıdır⁶⁰.

Kamusal hava hukukuna ilişkin uluslararası mevzuat düzenlemeleri 1919 Paris Havacılık Sözleşmesi ile başladı diyebiliriz. O dönemde devletlere hava sahasında egemenlik tanınmasının gerekçelerini üç noktada izah edebiliriz:

- 1- Savaş esnasında hava sahasının serbest olması fikrini savunmak gücü;
- 2- Hava sahasının serbest olması, savaş esnasında tarafsız olan devletleri müşkül bir vaziyete sokabilirdi;
- 3- Paris Sözleşmesi'nin 1. maddesi gereği, savaş sonrası devletlerin çoğu hava sahasında egemen olduğu fikrini açıkça beyan etmeleri gerekmişti⁶¹.

Sözleşmeye göre, hava sahasında devletlerin egemen olmasının sonucu olarak da sözleşmeye taraf devletler kendi hava sahalarını kısmi veya bütün olarak yabancı devletlerin uçaklarına kapatabilme veya uçuşa yasak bölgeler ilan edebilme gücüne sahip oldular. Nitekim Paris Sözleşmesi'nin 3. maddesi; her akit devlet, askeri nedenlerle veya kamu menfaati gerekçesiyle ülkesi üzerinde bazı bölgelerde diğer devletlerin uçaklarının seyretmesini yasak etme hakkına sahip olabilir hükmüne yer verir⁶².

Bu Sözleşme, Avrupa'nın çoğu ve dünyanın diğer bazı bölgeleri için de geçerli bir anlaşma haline geldi ve bununla birlikte, dünya üzerinde yapılacak diğer düzenlemeler için de bir örnek teşkil etmiştir⁶³. Sözleşme, dünya çapında bir yaptırım gücüne sahip ve günümüzde dahi hava seyrüseferi konusunda uluslararası hukuki düzenlemelerin temelidir diyebiliriz⁶⁴.

İspanya ve Güney Amerika arasındaki sivil havacılık faaliyetlerinin yoğunlaşması ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD) ile birlikte Orta ve Güney Amerika devletlerinin Paris Sözleşmesi'nin hükümlerine sadık kalmamaları sebepleriyle yeni bir sözleşmeye ihtiyaç duyulmuştur. 25-30 Ekim 1926 tarihlerinde İspanya, Latin Amerikan devletleri, Karayip Devletleri Topluluğu ve Portekiz arasında Madrid şehrinde Ibero-Amerikan Konferansı düzenlenmiştir. Konferansın akabinde, 1926 Madrid Sözleşmesi olarak bilinen Ibero-Amerikan Hava Seyrüseferi Sözleşmesi (Convenio Ibero-Americano de Navegacion Aérea - CIANA) imzalanmıştır. Madrid Sözleşmesi, harita, yer işaretleri, meteoroloji ve teamüller konusunda hiçbir hüküm içermemesine rağmen Paris Sözleşmesi'nin hükümlerine büyük ölçüde benzer hükümler içeriyordu⁶⁵. Paris Sözleşmesi'nin yukarıda yer alan 1. maddesinin benzer metni Madrid Sözleşmesinde de mevcuttur. Dolayısıyla bu Sözleşme de egemenliğe dayalı hava sahası yaklaşımını benimsemiştir.

Madrid Sözleşmesi hiçbir zaman yürürlüğe giremediği için başarısız bir girişim olarak değerlendirilebilir⁶⁶. Uluslararası anlamda düzenleyici bir yapıya sahip olamayan Madrid Sözleşmesi'nin başarısız olmasının üç temel nedenini şu şekilde açıklayabiliriz: (1) O dönemin hava taşıtları, İberia ve Latin Amerika'yı birbirine bağlayacak yeterlikte teknolojiye sahip değillerdi. (2) İspanya İç Savaşı'na doğru giden o dönemde, İspanya'nın siyasi yapısı istikrarsız bir görüntü çiziyordu. (3) Madrid Sözleşmesi'nin imzalanmasından sadece birkaç yıl sonra, Latin Amerikan devletlerinin faaliyetleri, İberia'dan ziyade Kuzey

da hukuk kuralı oluşturan ilk resmî belgedir. SPECIALE, Raymond C: *Fundamentals of Aviation Law*, McGraw Hill, New York, 2006, s.281.

⁵⁶ Convention Relating to the Regulation of Aerial Navigation, 11 LNTS 173, Paris, 13.10.1919, md. 1. <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/LON/Volume%2011/v11.pdf> (Erişim: 02.03.2023). Türkiye bu Sözleşmeye taraf olmamıştır. SUR, Melda: *Uluslararası Hukukun Esasları*, 13. Bası, Beta, İstanbul, 2019, s.416.

⁵⁷ Convention Relating to the Regulation of Aerial Navigation, md. 1.

⁵⁸ ACER, Yücel/KAYA, İbrahim: *Uluslararası Hukuk: Temel Ders Kitabı*, 9. Bası, Seçkin, Ankara, 2018, s.242.

⁵⁹ ACER/KAYA, s.245.

⁶⁰ ACER/KAYA, s.245.

⁶¹ AKİPEK, s.60.

⁶² Convention Relating to the Regulation of Aerial Navigation, md. 3.

⁶³ JACOBINI, “International Aviation Law a Theoretical and Historical Survey”, s.323.

⁶⁴ Ayrıca bkz. POLKOWSKA, Małgorzata: “Global Governance of Air”, *Revista Europea de Derecho de la Navegación Marítima y Aeronáutica*, 36, 2019, s.4.

⁶⁵ FIXEL, Rowland W: *The Law of Aviation*, 2. Bası, The Michie Company, Charlottesville, 1945, s.26.

⁶⁶ MILDE, Michael: *International Air Law and ICAO*, Eleven International Publishing, Utrecht, 2008, s.12.

Amerika üzerine yoğunlaştı⁶⁷. Neticede, Madrid Sözleşmesi uluslararası boyutta etkili bir mevzuat olamamıştır. Madrid Sözleşmesi hiçbir zaman yürürlüğe girmemiştir ve Latin Amerikan devletleri ile yapılabilecek bir iş birliğinde, siyasi olarak liderlik iddiasında bulunan İspanya, uluslararası havacılıkta ortak bir sistem oluşturma konusunda etkisiz kalmıştır.

Paris Sözleşmesi her ne kadar hava sahaslarının egemenlik bazında hukuki boyutunu oluşturma açısından iyi bir başlangıç olsa da hava sahasının kullanımının artması ile uluslararası arenada daha geniş çaplı iş birliğine ve daha detaylı hukuki nitelikte bir altyapıya ihtiyaç duyulmuştur. Bunun üzerine, 1928 yılında Havana Sözleşmesi imzalanmış ve Paris Sözleşmesi'ne ek olarak uluslararası havacılığın yönetimi hususunda birçok yeni hukuki prensip getirilmiştir⁶⁸. Havana Sözleşmesi, münhasıran özel uçaklara uygulanan ve devlet uçaklarının dahil edilmediği hava seyrüseferine ilişkin temel ilke ve kuralları belirleyen bir sözleşme olmuştur. Egemenlik hususunda da devletin kendi hava sahasında egemen kontrole mutlak olarak sahip olduğunu 1. maddesinde şu şekilde ifade eder: “Yüksek Akit Taraflar, her devletin kendi topraklarına tekabül eden hava sahası ve karasuları üzerinde tam ve münhasır egemenliğe sahip olduğunu kabul ederler”⁶⁹. Paris ve Madrid Sözleşmelerinden farklı olarak daha liberal hava trafik hakları sunan Havana Sözleşmesi 1928 yılında 15 Latin Amerikan devleti ve ABD arasında imzalanmıştır. Ancak Havana Sözleşmesi, bölgesel nitelikli bir hava hukuku düzenlemesi olarak değerlendirilmiştir⁷⁰. Bir başka ifadeyle, bu düzenleme de uluslararası bir nitelik kazanmamıştır.

Nihayetinde, 7 Aralık 1944 tarihinde 52 ülkenin delegelerinin katılımı ile imzalanan Chicago Sözleşmesi, sivil havacılığın esaslarını evrensel anlamda düzenleyen ve uluslararası hava hukukunun bağlayıcı kurallarını belirleyen bir sözleşme olarak ortaya çıktı. Bu sebeple, Chicago Sözleşmesi, dünya çapında sivil havacılığın anayasası olarak kabul edilmektedir. Ayrıca, Birleşmiş Milletlerin uzmanlaşmış bir kurumu ve sivil havacılıkta merkez bir düzenleyici olan Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü'nün kurulmasını sağlayan bu sözleşme, evrensel düzeyde sivil havacılık için en önemli belgelerden biri olarak kabul edilir. Kendisinden önce yapılan uluslararası anlaşmalara göre uluslararası niteliği daha güçlü olan Chicago Sözleşmesi'nin 80. maddesi gereği hem Paris hem de Havana Sözleşmeleri tarihe karıştı diyebiliriz⁷¹.

Chicago Sözleşmesi önsözünde milletler arasında dostane ilişkilerin tesis edilip teşvik edileceği hususunda geleceğe yönelik teminat verilmektedir. Chicago Sözleşmesi, Paris Sözleşmesi'nde olduğu gibi, 1. maddesinde her devleti kendi ülkesi üzerindeki hava sahasında mutlak ve münhasır egemenliğe sahip olduğunu belirtmektedir. Genellikle uluslararası teamül hukukunun bir ilkesi olarak kabul edilen ve ilk olarak 1919 Paris Sözleşmesi'nde ortaya konan bu temel ilke, sözleşmeye taraf olmayan devletler de dahil olmak üzere tüm devletler açısından yeniden tasdik edilmiştir⁷². Ancak, Paris Sözleşmesi'nin 2. maddesinde bulunan diğer sözleşmeye taraf devletlerin uçakları için ulusal hava sahasından zararsız geçiş hakkı ilkesi Chicago Sözleşmesi'nde tanınmamıştır⁷³.

Sözleşmenin 2. maddesi ayrıca devletin egemenliğini idame ettirebileceği hava sahasının sınırlarını da tasavvur edebilme gereğiyle ülke sınırlarını belirtmektedir: “Bir devletin ülkesinden maksat o devletin hâkimiyeti, hükümrânlığı, himayesi veya mandası altında bulunan arazi ile ona bitişik bulunan kara sularındır”⁷⁴.

Bir sahildevletinin devletin karasuları sınırı da BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'ne göre belirlenir. Sözleşme'nin 3. maddesine göre bu sınır, tespit edilen esas hattın itibaren 12 deniz milini geçmez. Sözleşme'nin 49. maddesine göre, bir takımada devletin egemenliği, yine aynı sözleşmenin 47. maddesi uyarınca tespit edilen esas hatlarla çevrelenen takımada sularının üzerindeki hava sahasına kadar uzanır. Ancak, bir sahildevletinin bitişik bölgesi veya münhasır ekonomik bölgesi üzerindeki hava sahasında ilgili devletin egemenliği söz konusu değildir⁷⁵. Neticede, hava sahası egemenliğinin bir sonucu olarak, sahildevletinin devletin Chicago Sözleşmesi'nin hükümleri saklı kalmak kaydıyla, kabotaj⁷⁶ iznini reddedebilir, yasaklı bölgeler⁷⁷ ilan edebilir ve devlet kendi kanun ve diğer düzenlemelerinin kendi ülkesinde yabancı sivil hava taşıtları tarafından uygulanmasını⁷⁸ talep edebilir. Dolayısıyla, bir devletin egemen olduğu hava sahasına izinsiz şekilde giren veya temel kurallara riayet etmeyen veya talep üzerine kendilerini tanıtmayan yabancı sivil uçaklar, Sözleşme'nin Ek 2 kısmında belirtilen uluslararası önleme prosedürlerine katı bir şekilde uyularak, askeri uçaklar tarafından durdurulabilirler⁷⁹.

⁶⁷ ICAO, “The Postal History of ICAO: 1926 The Ibero-American Convention”, [https://www.icao.int/secretariat/PostalHistory/1926 the ibero american convention.htm](https://www.icao.int/secretariat/PostalHistory/1926%20the%20ibero%20american%20convention.htm) (Erişim: 5.11.2018).

⁶⁸ Bkz. SPECIALE, s.281.

⁶⁹ Organization of American States, Law and Treaty Series, No. 34. <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-29.html> (Erişim: 31.05.2022).

⁷⁰ MILDE, s.13.

⁷¹ Chicago Sözleşmesi'nin 80. maddesine göre, “İmzacı devletlerden her biri gerek 13 Ekim 1919 tarihinde Paris'te imzalanan hava seyrüseferlerinin tanzimine müteallik Anlaşmaya ve gerekse 20 Şubat 1928 tarihinde Havana'da imzalanan ticari havacılık Anlaşmasına vaziumimza bulunduğu takdirde işbu Anlaşmanın mevkiî meriyete girmesinin hemen akabinde, bunların feshini ihbar etmeyi taahhüt eyler. İmzacı Devletlerarasında işbu konvansiyon yukarıda zikredilen Paris ve Havana Konvansiyonlarının yerine kaim olur.”

⁷² WEBER, Ludwig: “The Chicago Convention”, İçinde Routledge Handbook of Public Aviation Law, (ed.) Paul Stephen Dempsey ve Ram S Jakhu, Routledge, London, 2017, s.11.

⁷³ Bu durumun büyük ölçüde İkinci Dünya Savaşı'nın getirdiği kötü deneyimden kaynaklandığı ifade edilebilir. Bkz. WEBER, s.11.

⁷⁴ MSHA, md. 2.

⁷⁵ WEBER, s.11.

⁷⁶ MSHA, md. 7.

⁷⁷ MSHA, md. 9.

⁷⁸ MSHA, md. 11-13.

⁷⁹ WEBER, s.12.

Sözleşmenin 6. maddesi egemenlik prensibine dikkat çekerek devletlerin hava sahaslarının serbestçe kullanılması konusunda gündeme getirebilecekleri çekincelere yanıt verecek şekildedir. 6. maddeye göre, “Tarifeli uluslararası hava servisleri ancak hususi müsaade veya o Devletten başka suretle salahiyet almış olmak ve ancak bu müsaade veya salahiyet hükümlerine riayet şartıyla taraf Devletlerden birinin ülkesi üzerinden veya ülkesi dâhilinde uçuş gerçekleştirebilirler”⁸⁰.

Chicago Sözleşmesi’ne imzacı devletler, hava taşımacılığına ilişkin konularda egemenlik haklarını saklı tutmuşlardır⁸¹.

Sivil havacılığın temellerini atan 1919 Paris ve 1944 Chicago Sözleşmelerinin de gösterdiği üzere egemenlik, havacılıkta merkezi bir rol oynamaktadır. Her iki sözleşme, egemenlik ilkesinin açık bir şekilde ilanı ile başlamaktadır. Egemenliğin bu sözleşmelerde açıkça ilan edilmesinin arka planında askeri gerekçeler mevcuttur. Birinci Dünya Savaşı ve İkinci Dünya Savaşı sırasında askeri uçakların yabancı ulusal hava sahası üzerinde seyrederken bombalama eylemleri sebebiyle, bu hava sahaslarının etkin ve sıkı şekilde korunması gerekliliği ve ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Neticede, hava sahasının doğal ve fiziki sınırları yoktur; ülkeler arası uçuş gerçekleştirilirken herhangi bir fiziki engel söz konusu olamaz. Fiziki sınırların mevcut olmaması, devletlerin hava sahasındaki güvenliği tesis edebilmeleri için başka bir meşru sebebe yönelmelerine vesile olmuştur. Egemenliğin ülkenin üzerindeki hava sahasında da devam ettiğine dair iddia bu meşru ve yasal sebep olarak ortaya çıkmıştır⁸².

1919 ile 1939 yılları arasındaki yirmi yıllık dönemin sonunda, uluslararası havacılık küresel ölçekte önem kazanmıştı. Bununla beraber, Chicago Sözleşmesi’ne giden yolda yapılan hazırlık konferanslarında hava sahasında egemenlik anlayışına dair farklı tutumlar sergilenmiştir. Bunların arasında, ABD ve Birleşik Krallık delegelerinin tutumları ön plandadır. Nitekim sivil havacılığın ekonomik boyutunun düzenlenmesi hususunda birbirine taban tabana zıt tutum sergilemişlerdir⁸³. ABD hava sahasında egemenliğin idame ettirilmesi konusunda ısrarcı olmakla beraber bu egemenliğe tabi olarak, hava hizmetlerinin ekonomik işleyişi üzerindeki kısıtlamaların en düşük seviyede tutulmasını istemiştir. Ulusal güvenliğin korunmasına ilişkin gerekçelerle, Birleşik Krallık delegasyonu hava sahası üzerinde egemenliğin idame ettirilmesi konusunda hemfikir olsa da ekonomik alanda ABD delegasyonunda farklı tutum izleyerek, egemenliğin bu alanda da güçlü bir şekilde devam ettirilmesi tarafında olmuştur⁸⁴. Kanada tarafı da bu süreçte birtakım görüş ve tekliflerde bulunmuştur. Kanada özellikle bir uluslararası hava otoritesi kurulması taraftarıydı ve bu otoritenin amaçları şunlar olmalıydı:

“Sivil havacılığın suiistimal edilmesini önlemek; hükümetler ve milletler arasında gerginlik yaratabilecek anlaşmazlıklara mani olmak; iktisaden zararlı rekabet şekillerinden içtinabı sağlamak; milletlerarası hava yollarının hakkaniyete uygun bir şekilde dağılmasını temin etmek ve her üye devlete [...] milletlerarası hava yollarının işletilmesine iştirak fırsatını vermek; [uçakların] devamlı gelişmesini teşvik etmek; müteaddit servisler arasından birisini serbestçe seçebilme imkanlarını arz etmek ve nihayet dünya halkının müessir ve iktisadi hava nakliyatına olan ihtiyacını karşılamak”⁸⁵.

Böylelikle Kanada tarafının, ABD ve Birleşik Krallık tutumları arasında ılıman bir yol izlediği anlaşılabilir. Avustralya ve Yeni Zelanda da benzer şekilde bir milletlerarası hava otoritesinin kurulması teklifinde bulunmuşlar ancak gerek hava taşıtlarının ve gerek tüm havacılık tesislerinin söz konusu bu ortaklığın mülkiyeti altında bulunması ve onun tarafından işletilmesini önermişlerdir. Diğer bir ifadeyle, iç hat uçuşları hariç tüm hava trafiğinin uluslararasılaştırılması teklif edilmiştir. Ancak, bu teklifin kabul edilmesi halinde, devletlerin ulusal egemenliğinden taviz vermesini gerektireceği açıkça anlaşılmaktadır⁸⁶. Bu teklif uluslararası arenada pek taraftar bulamamıştır. Sonuç olarak, yukarıda da ifade edildiği üzere, ulusal hava sahası üzerinde tam ve münhasır egemenliğin sağlanması teyit edilmiştir.

Nihayetinde, Chicago Sözleşmesi’nin uluslararası hava hukukunun rehber niteliğindeki ilkelerinin birçoğunu ortaya çıkarttığı söylenebilir. Bunlardan birincisi ülkesel egemenliktir. Buna göre, her devlet, diğer tüm devletleri hariç tutarak, kendi ülkesinin hava sahasına girişe izin verme veya bunu reddetme konusunda tek taraflı ve mutlak hakka sahip olmakla beraber, bu bölge içindeki tüm hareketleri kontrol etme hususunda da benzer hakka sahiptir⁸⁷. İkincisi: Ulusal hava sahası. Buna göre, egemen bir devletin ülkesi, ülke üzerindeki hava sahası ile iç ve kara suları dahil olmak üzere üç boyutlu olarak değerlendirilmelidir⁸⁸. Bu hususta Hans Kelsen, devlet ülkesi olarak addedilen sahanın sadece yeryüzünün muayyen bir kısmından ibaret olmadığını belirterek devlet ülkesi, söz konusu bu muayyen yeryüzü parçasının hem üzerindeki hava sahasına hem de arzın altına, yani arzın merkezine doğru yayıldığını ifade eder⁸⁹. Kelsen’e göre, devlet ülkesinin egemen olduğu bölgeyi idrak etmek için tek boyutlu düşünemeyiz; egemen gücün etki alanı ancak devlet ülkesinin üç boyutlu şekilde idrak edilmesiyle mümkündür. Dolayısıyla devlet ülkesi; kara, deniz ve hava ülkesinden oluşmaktadır. Hava ülkesi de “devletin kara ve deniz ülkesi üzerinde bulunan ve belirli bir

⁸⁰ MSHA, md. 6.

⁸¹ LEON, “The Dynamics of Sovereignty and Jurisdiction in International Aviation Law”, s.488.

⁸² LEON, Pablo Mendes de: Introduction to Air Law, 10. Bası, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2017, s.9.

⁸³ LEON, Introduction to Air Law, s.10.

⁸⁴ LEON, Introduction to Air Law, s.10.

⁸⁵ AKİPEK, s.78-79.

⁸⁶ AKİPEK, s.79.

⁸⁷ DEMPSEY, Paul Stephen: “Introduction: Multilateral Conventions and Customary International Law”, İçinde Routledge Handbook of Public Aviation Law, (ed.) Paul Stephen Dempsey ve Ram S Jakhu, Routledge, London, 2017, s.2.

⁸⁸ DEMPSEY, s.2.

⁸⁹ Aktaran: AKİPEK, s.49.

yüksekliğe kadar [...] olan hava sahasını kapsamaktadır”⁹⁰. Neticede devlet egemenliği ulusal hava sahası içerisinde mutlak ve münhasır olarak kabul edilir⁹¹. Üçüncüsü: Denizlerde serbestlik. Açık denizlerin yüzeyinde seyir ve bu denizlerin üzerindeki hava sahasından uçuş herkesin kullanımı için serbest bırakılmadır⁹². Dolayısıyla, açık denizlerde yer alan serbestlik ilkesi o alanın üzerindeki hava sahası için de uygun görüldüğü söylenebilir.

Egemenlik konusunda döneme göre detaylı bir tavır sergileyen bu Sözleşmenin kısa bir analizini Bin Cheng şu şekilde yapıyor:

“Her bir devletin, ülkesi üzerindeki hava sahasında sahip olduğu tam ve münhasır egemenliği artık temelleri sağlam olan bir uluslararası hukuk kuralı olarak tesis edilmiştir. Bugün uluslararası sivil havacılık artık devletlerin üzerinden yapılan uçuşları ilgilendiren anlaşmada zımni olarak verilen rızalara dayanmaktadır”⁹³.

Ulus devlet için en hassas konulardan biri olan egemenlik sorunu böylece hava sahasında uygulanacak rejimi ve dolayısıyla hukuki rejimi belirleme açısından önemli bir kavram olarak karşımıza çıkar. Ancak, devletlerin egemenlik haklarına mutlak şekilde başvurarak Chicago Sözleşmesi'nin hükümlerini ihlal ettiği durumlar da olmaktadır. 1988 yılında, Dubai'den İran'a giden İran'a ait bir sivil uçak, Basra Körfezi'nde Amerikan donanması tarafından vurulmuştur. Parçalanan uçaktan 290 ceset Keşm Adası açıklarındaki sulara düşer. 290 yolcu ve mürettebat hayatını kaybeder. İran ve Irak'ın savaş halinde olduğu dönem, ABD subayları uçağın yanlışlıkla bir düşman askeri uçağı olduğuna inandıklarını söyleyerek savunma yaparlar. ABD tarafı yapılan bu hatayı kabul etmedi. Ölenlerin yakınlarına bir lütuf olarak tazminat ödeme teklifi yapmışlardır⁹⁴. Söz konusu olayda açık bir şekilde Chicago Sözleşmesi'nin 3. maddesi ihlal edilmiştir. İlgili maddenin d bendine göre, “Akid [d]evletler, devlet hava nakil vasıtaları için nizamlar vazederken sivil hava nakil vasıtalarının seyrüseferinin emniyetini göz önünde bulundurmaya taahhüt ederler”⁹⁵. Neticede Chicago Sözleşmesi'nin hükümlerine devletler tarafından tam anlamıyla riayet sağlandığını iddia edemeyeceğimiz gibi bu uluslararası düzenlemenin çağdan uluslararası ilişkiler ve hukuk sisteminde ideal bir sistem olduğunu inkar edemeyiz.

V. SONUÇ

Hava sahası ülke toprağı ile bağdaştırılıp onun bir eklentisi olarak düşünülüyorsa, bu sahadaki egemen kontrol anlayışı da ülke toprağında elde edilen egemen kontrol anlayışın amacına göre yorumlanmalıdır. Yani, egemen kontrolden kasıt öncelikli olarak ülkenin bütünlüğünün korunması ve dış müdahalelere karşı bir kalkan oluşturması ise hava sahasında da bu amacı gerçekleştirmek için egemen kontrolün tanınması gerekecektir. Nitekim ülke hava sahasının boyut açısından tanımlanması deniz ve toprak alanlarının tanımlanmasından daha zor ve çetrefillidir. Açık denizler, okyanuslar ve egemenlik iddiasında bulunulmayan sahipsiz toprak parçaları üzerinde kalan hava sahasının serbest kabul edilmesi pek tabii mümkündür, fakat karasularının, iç suların veya siyasi toplum olarak organize olmuş insanların yaşadığı toprak parçalarının üzerindeki hava sahası için bu serbestlik iddiasında bulunmak zor olacaktır⁹⁶.

Egemenlik temelli hava hukuku düzenlemesi hem yakın geçmiş hem de günümüz için makul bir sistem olsa da bu rejimin yerleşmesi kolay olmamıştır. Hava sahası üzerindeki ulusal egemenlik anlayışı devlet merkezli olarak benimsense de uluslararası arenada kaosun önüne geçmek için ulusal egemenliği de dikkate alan müşterek düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur. Bu düzenlemeler, Chicago Sözleşmesi ile nihai bir hal almıştır. Bu Sözleşmede, devletlerin kendi ülkesinin üzerindeki hava sahasındaki egemenliği tanımlanırken buna ilişkin sınırlandırmalar da getirilmiştir. Hava sahasındaki devlet egemenliği kavramı, bir devleti yabancı devletlerin izinsiz şekilde havadan müdahalelerine karşı koruma sağlaması ile uluslararası hukuktaki kritik konumunu korumaktadır. Bu husustaki başta Chicago Sözleşmesi olmak üzere yapılan uluslararası düzenlemeler hem sivil havacılığın gelişmesinde hem de devletlerin egemen haklarının korunmasında önemli rol oynar.

Devletlerin hava sahasındaki egemenliği, uygulamada devletlerin ulusal güvenliği açısından önemli bir rol oynamaya devam etmektedir. Ancak, teknolojinin gelişmesi ve devletlerin hem hava taşıtlarının hem de hava ve uzay sahasındaki faaliyetlerinin çeşitlenmesi, söz konusu egemen hakların kullanımında birtakım sınırlamaların olması gerekliliği söz konusudur. Dolayısıyla, Chicago Sözleşmesi bu hususta görevini teoride yapıyor diyebiliriz.

Son olarak, Chicago Sözleşmesi'nin günümüz için yeterli olup olmadığı sorusuna özetle şu şekilde cevap verilebilir: Chicago Sözleşmesi'nin oluşturulduğu dönem ile günümüz arasında egemenlik kavramının yorumlanmasına bazı değişiklikler olmuştur, ancak Sözleşme'nin getirdiği hükümler ne devletlerin egemen haklarını gasp eder niteliktedir ne de uluslararası sivil havacılığın ilerlemesine ket vuracak niteliktedir. Chicago Sözleşmesi, devletlerin kendi hava sahasında egemen haklarını diğer devletlerin haklarına riayet edecek şekilde oluşturulmuş uluslararası bir düzenleme olduğu kanaatine varabiliriz.

⁹⁰ AKSAR, Yusuf: Temel Metinler ve Davalarla Uluslararası Hukuk, Seçkin, Ankara, 2017, s.297.

⁹¹ ACER/KAYA, s.249.

⁹² DEMPSEY, s.2.

⁹³ CHENG, Bin: The Law of International Air Transport, Stevens, London, 1962, s.3.

⁹⁴ Bkz. EROKROITOU.

⁹⁵ MSHA, md. 3(d).

⁹⁶ HERSHEY, s.383-84.

KAYNAKÇA

- ACER, Yücel/KAYA, İbrahim: Uluslararası Hukuk: Temel Ders Kitabı, 9. Bası, Seçkin, Ankara, 2018.
- AKİPEK, Ömer İlhan: Hava Sahasının Devletler Hukuku Bakımından Durumu, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1959.
- AKSAR, Yusuf: Temel Metinler ve Davalarla Uluslararası Hukuk, Seçkin, Ankara, 2017.
- AYBAY, Rona/ORAL, Elif: Kamusal Uluslararası Hukuk, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016.
- CHENG, Bin: The Law of International Air Transport, Stevens, London, 1962.
- CHRISTOL, Carl Quimby: Transit by Air in International Law: A Part of a Dissertation, University of Chicago, 1944.
- Convention Relating to the Regulation of Aerial Navigation. 11 LNTS 173. Paris, 13.10.1919, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/LON/Volume%2011/v11.pdf>, (Erişim: 29.07.2018).
- DEMPSEY, Paul Stephen: "Introduction: Multilateral Conventions and Customary International Law", İçinde Routledge Handbook of Public Aviation Law, (ed.) Paul Stephen Dempsey ve Ram S Jakhu, s.1-8, Routledge, London, 2017.
- EPSTEIN, Richard A: "Natural Rights, Disequilibrium, and The Limits of Human Knowledge: An Appreciation for Suri Ratnapala", University of Queensland Law Journal, 33(2), 2014, s.247-61.
- EROTOKRITOU, Chrystel: "Sovereignty Over Airspace: International Law, Current Challenges, and Future Developments for Global Aviation", Inquiries Journal/Student Pulse, 4(5), 2012.
- FIXEL, Rowland W: The Law of Aviation, 2. Bası, The Michie Company, Charlottesville, 1945.
- GROTIUS, Hugo: The Rights of War and Peace, Liberty Fund, Indianapolis, 2005.
- GÜNDÜZ, Aslan: Milletlerarası Hukuk (ed. Reşat Volkan Günel), 8. Bası, Beta, İstanbul, 2015.
- HERSHEY, Amos S: "The International Law of Aerial Space", The American Journal of International Law, 6(2), 1912, s.381-88, DOI: <https://doi.org/10.2307/2187458>.
- HOTCHKISS, Henry Greene: A Treatise on Aviation Law 2. Bası, Baker Voorhis, New York, 1938.
- ICAO, "The Postal History of ICAO: 1926 The Ibero-American Convention", https://www.icao.int/secretariat/PostalHistory/1926_the_iberian_american_convention.htm, (Erişim: 5.11.2018).
- JACOBINI, HB: "International Aviation Law a Theoretical and Historical Survey", Journal of Public Law, 2(2), 1953, s.314-32.
- JACOBINI, HB: "Problems of High Altitude or Space Jurisdiction", Western Political Quarterly 6(4), 1953, s.680-688.
- KELSEN, Hans: "Sovereignty and International Law", Georgetown Law Journal, 48(4), 1960, s.627-529.
- KOSKENNIEMI, Martti: "The Future of Statehood", Harvard International Law Journal, 32(2), 1991, s.397-410.
- LEON, Pablo Mendes de: Introduction to Air Law, 10. Bası, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2017.
- LEON, Pablo Mendes de: "The Dynamics of Sovereignty and Jurisdiction in International Aviation Law", İçinde State, Sovereignty, and International Governance, (ed.) Gerard Kreijen, s.483-96, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- LOGAN, George: "Aviation and the Maxim Cujus Est Solum", St Louis Law Review, 16(4), 1931, s.303-10.
- MERAY, Seha L: Uzay ve Milletlerarası Hukuk, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1964.
- MILDE, Michael: International Air Law and ICAO, Eleven International Publishing, Utrecht, 2008.
- MSHA, Milletlerarası Sivil Havacılık Anlaşması (Kanun No. 4749). Resmî Gazete 6029 (12 Haziran 1945). <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/6029.pdf> (Erişim: 2 Mart 2023).
- NIJEHOLT, JF Lycklama à: Air Sovereignty, Springer, Netherlands, 1910.
- ODUNTAN, Gbenga: Sovereignty and Jurisdiction in Airspace and Outer Space: Legal Criteria for Spatial Delimitation, Routledge, New York, 2012.
- Organization of American States, Law and Treaty Series, No. 34. <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-29.html>, (Erişim: 31.05.2022).
- ÖZDAN, Selman: The Human Rights Challenge to Immunity in International Law, Palgrave MacMillan, Cham, 2022.
- PEARSON, Michael W/RILEY, Daniel S: Foundations of Aviation Law, Ashgate, Dorchester, 2015.
- POLKOWSKA, Malgorzata: "Global Governance of Air", Revista Europea de Derecho de la Navegación Marítima y Aeronáutica, 36, 2019, s.1-15.
- SPECIALE, Raymond C: Fundamentals of Aviation Law, McGraw Hill, New York, 2006.
- SUR, Melda: Uluslararası Hukukun Esasları, 13. Bası, Beta, İstanbul, 2019.
- Treaty of Versailles, 28.06.1919, https://www.census.gov/history/pdf/treaty_of_versailles-112018.pdf, (Erişim: 7.09.2022).
- WEBER, Ludwig: "The Chicago Convention", İçinde Routledge Handbook of Public Aviation Law, editörler Paul Stephen Dempsey ve Ram S Jakhu, s.9-32, Routledge, London, 2017.
- ZEPPELIN, Graf: Die Eroberung der Luft., Deutsche Verlagsanstalt, Stuttgart, 1908.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Selman ÖZDAN, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Selman ÖZDAN who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors' Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İNÜHF'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İNÜHF'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İNÜHF'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that he complies with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that he does not make any falsification of the data collected. In addition, he declares that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

YÜKSEKÖĞRETİMDE ÖĞRENCİLİK STATÜSÜ KARŞISINDA İLİŞİĞİ KESİLMİŞ KİŞİNİN STATÜSÜ VE DİSİPLİN REJİMİNDEKİ DURUMU

THE STATUS OF DISMISSED PERSON AGAINST THE STATUS OF THE STUDENT IN THE
HIGHER EDUCATION AND THE DISCIPLINARY REGIME

Hulüsi Alphan DİNÇKOL*  

10.21492/inuhfd.1163157 

Makale Bilgi

Gönderi: 17/08/2022
Kabul : 05/04/2023

Anahtar Kelimeler

*Yükseköğretim,
İlişği Kesilmiş
Öğrenci,
İdari Yaptırım,
Disiplin Soruşturması,
Disiplin Cezası.*

Article Info

Received: 17/08/2022
Accepted: 05/04/2023

Keywords

*Higher Education,
Dismissed Student,
Administrative
Sanction,
Disciplinary
Proceeding,
Disciplinary
Punishment.*

Özet

Yükseköğretim kurumları ile öğrenci arasındaki ilişkinin sürdürülmesindeki en önemli konulardan birisi öğrenci disiplin rejimidir. Yükseköğretim kurumu içindeki düzenin sağlanabilmesi bakımından öğrencilerin çeşitli kurallara tabi olması zorunludur. Bu bağlamda gelişen öğrenci disiplin rejimi, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu çatısı altında düzenlenmiştir. Yükseköğretim kurumlarında ilişği kesilmiş öğrenciler hakkında disiplin soruşturması açılabilmesi kapsamında 2547 sayılı Kanun, 2023 yılında yapılan değişiklik ile bu duruma bir açıklık getirmiştir. Kanunun 54/6-d maddesi kapsamında her ne sebeple olursa olsun ayrılan kişiler hakkında disiplin soruşturmasının açılması, yürütülmesi ve tamamlanması zorunluluğu bulunmaktadır. Ancak soruşturma sonucu verilecek kararların uygulanması bakımından öğrencilik statüsü devam etmeyen kişilerin durumunun da göz önüne alınarak incelenme yapılması gereği doğmaktadır. Bu çalışma ile ilişki kesme türleri belirlenerek, disiplin soruşturması başlatılan ilişği kesilmiş öğrenciler hakkında alınacak disiplin cezası kararlarının uygulanabilirliğinin ortaya konulmasına çalışılacaktır. Bu kapsamda ortaya çıkan çeşitli olasılıkların getirdiği hukuki problemlere de çözüm önerileri getirilmesi hedeflenmektedir.

Abstract

One of the most important subjects in establishing the relation between higher education institutions and students is the student discipline regime. In order to ensure the order within the higher education institution, students must be subject to various regulations. The developing student discipline regime has been regulated under the umbrella of the Higher Education Law No. 2547. Law No. 2547 clarified the opening a disciplinary investigation against dismissed students in higher education institutions with the amendment regulated in 2023. Within the scope of Article 54/6-d of the Law No. 2547, it is obligatory to open, conduct and complete a disciplinary investigation against former students who have left for whatever reason. However, in terms of the implementation of the decisions to be made as a result of the investigation, it is necessary to examine the situation of the people whose student status does not continue. In this study, the types of dismissal will be determined and the applicability of the disciplinary punishment decisions to be taken against the dismissed students will be tried to be revealed. In this context, it is aimed to propose solutions to the legal problems brought about by various possibilities.

 Bu eser [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır.

*Dr. Öğr. Üyesi, Özyeğin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** DİNÇKOL Hulüsi Alphan, "Yükseköğretimde Öğrencilik Statüsü Karşısında İlişği Kesilmiş Kişinin Statüsü ve Disiplin Rejimindeki Durumu", İnÜHFD, 14(1), 2023, s.127-140. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

As in every public institution, it is also necessary to establish a solid disciplinary regime in higher education institutions. In particular, the student discipline regime should be clear and predictable in order for the relationship between these institutions and students to function properly. However, sometimes some issues that are not included in the legislation regarding the disciplinary regime may arise and hinder predictability.

One of these problematic issues is how the disciplinary investigation initiated against the student who has been dismissed from higher education institutions, regardless of the reason (graduation, transfer to another institution, etc.), will be carried out and how the results will be implemented. Although the Higher Education Law No. 2547 states that the disciplinary regime will be also applied to the dismissed students, it is not specified how to follow some procedures for these individuals. The area where this gap exists is not regulated in the Higher Education Law No. 2547. Therefore, this can cause problems in practice.

One of the problems that may arise in practice is that the notification to be made cannot be submitted to the person concerned in a short time. This leads that the right of defence may be impaired. Another problem is related to the material effect of the disciplinary punishment to be given to the dismissed student. For instance, when a person who had been already dismissed from any higher education institute, has been suspended as a result of a disciplinary investigation, a problem arises that how this penalty will be applied.

In this study, possible problems that may arise in the disciplinary investigations carried out in higher education institutions about the dismissed student will be examined and suggestions will be tried to solve these problems. About this attempt, this study researches legislation, jurisprudence and also doctrine. Unanswered questions can be answered in the investigations to be carried out about the dismissed students within the scope of the study. Thus, the particular features of the disciplinary investigation procedure conducted against dismissed students will be revealed.

In order for clearing the possible disciplinary investigation problems which have been mentioned in the study, it is necessary to determine the legal status of the dismissed student. As in every administrative act, it is necessary to determine the legal status of the persons who are the subject of the disciplinary investigation. Therefore, understanding the status of dismissed students and explaining their types will ensure the main subject of the disciplinary investigation which is the administrative action. In addition, it is also necessary to examine the possible outcomes of each dismissal action, due to separate legal consequences.

In order to understand the process, it should also be determined what kind of problems may occur at every stage of the investigation regarding the dismissed student. In this context, every stage has unique regulations. For example, there is a difference between a student and a dismissed student by the notification reaching the relevant person. In practice, it is easier to notify a relevant student than a dismissed student. However, it is equally important to serve the notification each party on time. The importance of the notification is directly connected with the right of defense. Therefore, in the context of the right of defense, the dismissed student should have more response time than normal students. The Higher Education Law No. 2547 states that at least seven days of the period is given the investigator to receive a defense from normal students. However, this period may be too short for the dismissed student. This problem may cause the disciplinary investigation, which is an administrative action, to be unlawful because of both shape element and also cause element of the action.

Another problem is the need to create a concrete effect in order to ensure the order of higher education institutions. If an act that violates the legal order goes unpunished, the maintenance of public order will be disrupted. Therefore, it is important to apply an effective administrative sanction to the relevant behavior. However, imposing a punishment that can only be applied in a higher education institution, to a student who has been dismissed may sometimes not have a material effect. These administrative actions, which are important for the maintenance of public order, must have a material effect. This obstacle can be overcome by determining another type of punishment that may be appropriate just for dismissed students and adding it to both the law and the regulation. However, the penalty must be determined in accordance with the principle of proportionality. There is much more realistic solution to this problem, and this is related to the dismissed student's disciplinary file. It would be fairer than the other solution if the disciplinary penalty to be entered in the disciplinary file becomes applicable when the person concerned enters another higher education institution. So it would be beneficial to regulate this issue in procedural provisions in the context of solving the problem.

I. GİRİŞ

Yükseköğretimin önemli öznesi olan öğrenci, yükseköğretim kurumlarının varlık nedeni olarak karşımıza çıkar. Anayasa'nın 130. maddesinde açık bir şekilde belirtildiği üzere; "çağdaş eğitim öğretim esaslarına dayanan bir düzen içinde milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun insan gücünü yetiştirmek amacı" ile kurulan üniversiteler¹, öğrencilerin yetiştirilmesi dışında başka amaçlara da sahiptirler. Ancak eğitim ve öğretimin sağlanmasının ilk sıraya alınması, öğrenciye verilen önemi vurgulamaktadır.

Öğrencilerin bir yükseköğretim kurumunun olmazsa olmaz ögesi olduğunun tespitiyle beraber kurum-öğrenci ilişkisinin kurulması ve bu ilişki ile düzenin korunması maksadıyla çeşitli kuralların koyulması ihtiyacı da ortaya çıkmaktadır. Yükseköğretim kurumları içindeki düzenin korunması, öğrencilere verilecek eğitim-öğretim hizmetinin aksamadan sürdürülmesini sağlayacaktır. Bu nedenle öğrencilerle ilgili bir disiplin rejiminin geliştirilmesi zaruridir. Her kamu tüzel kişinin kendi içindeki düzeni koruma için uyguladığı disiplin rejiminin, yükseköğretim kurumlarındaki faaliyeti göz önüne alınarak kendisine has özelliklerle uygulanması gerektiği açıktır. Bu nedenle yükseköğretim kurumlarının statüsel bir ilişki içinde bulunduğu öğrencilere, buldukları statü kurallarına aykırı davranışları durumunda disiplin cezası adı verilen idari yaptırımları uygulayacakları² ve bu yaptırımların uygulanabilmesi için de usul ve esasları önceden belirlenen disiplin soruşturmasını yürütecekleri açık bir gerçektir³.

Yükseköğretim kurumlarından ayrılmış/ayırılmış diğer bir deyişle ilişkisi kesilmiş öğrencilerin, mevcut yürütülen ya da ilişki kesilme tarihinden sonra başlatılan disiplin soruşturmaları bakımından durumunun ne olacağı hususunda bazı sorunlar bulunmaktadır. İlgili kurumla öğrencilik ilişkisi sona eren bu kişiler hakkında nasıl disiplin cezası uygulanacağı sorunu göze çarpmaktadır. Bu husus, disiplin soruşturması bakımından ilişkisi kesilmiş öğrenciler açısından kimi sorunlara yol açabilmektedir.

Öğrencilerin yükseköğretim kurumlarında tabi oldukları disiplin rejiminde ilişkisi kesilmiş öğrencilerin durumu, bu çalışmanın yapılmasına neden olmuştur. Bu çalışma kapsamında öncelikle öğrencilik kavramı ile bu statü ve öğrencilere uygulanacak disiplin rejimi incelenmektedir. Çalışmanın ikinci bölümünde ise öğrencilerin yükseköğretim kurumundan nasıl ilişkilerinin kesildiği üzerinde durularak, ilişki kesilmesinden sonra kendileri hakkında yürütülen disiplin soruşturmalarındaki olası bazı durum ve ihtimaller değerlendirilmiş ve bazı önerilerde bulunulmuştur.

II. ÖĞRENCİLİK KAVRAMI VE YÜKSEKÖĞRETİM KURUMUNDAKİ ÖĞRENCİLERE İLİŞKİN DİSİPLİN REJİMİ

Yükseköğretim kurumu öğrencilerinin tabi olduğu disiplin rejiminin hukuki niteliğinin tespit edilebilmesi için öncelikle öğrenciliğin ne anlama geldiği ve öğrencilik statüsünün hukuki niteliği ile bu statünün sahip olduğu özelliklerin belirlenmesi gerekir.

Pozitif hukuk kuralları ve doktrinin öğrencilik kavramına yaklaşımı, kavramın şekillenmesini doğrudan etkilemektedir. Öğrencilik statüsünün tespit edilmesiyle de öğrencilere uygulanacak disiplin rejiminin anlaşılması sağlanacaktır.

A. Pozitif Hukuk Kapsamında Yükseköğretim Kurumu Öğrencisi Kavramı

Kamu hizmeti olarak belirlenen yükseköğretim, üç eğitim-öğretim türünün sonucusu olarak karşımıza çıkmaktadır⁴. İlk ve orta öğretimden sonra üçüncü tahsil türü olarak belirlenen yükseköğretim Anayasal bir faaliyet türüdür. Diğer bir deyişle yükseköğretim, faaliyet türü bakımından bir kamu hizmeti olarak Anayasal anlamda ele alınmıştır⁵.

Yükseköğretimin sadece kamu tüzel kişileri tarafından yürütüleceği, Anayasa'nın 130. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasında açık bir şekilde belirtildiği üzere yükseköğretim kurumları;

"Çağdaş eğitim-öğretim esaslarına dayanan bir düzen içinde milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun insan gücü yetiştirmek amacı ile; ortaöğretime dayalı çeşitli düzeylerde eğitim-öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapmak, ülkeye ve insanlığa hizmet etmek üzere çeşitli birimlerden oluşan kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip üniversiteler Devlet tarafından kanunla kurulur".

İkinci fıkrasında ayrıca devletin gözetim ve denetimine tabi olarak, yine kamu tüzel kişiliğine sahip yükseköğretim kurumlarının da kurulabileceği belirtilmiştir.

¹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG: 09.11.1982, 17863 (Mükerrer) 130. maddesinde üniversitelerin devlet tarafından ya da devletin gözetim ve denetimi altında vakıflar tarafından kurulabileceği belirtilmektedir. Ancak ilk fıkrada belirtilen kamu tüzel kişiliğine sahip yükseköğretim kurumlarını sadece üniversiteler olarak sınırlamamak gerekir. Ülkemizde sadece yükseköğretim kurumları da bulunmaktadır. Zira maddeyi "Yükseköğretim kurumları" başlığı ile incelediğimizde, Anayasamız sadece üniversiteleri değil tüm yükseköğretim kurumlarını düzenlediğini görmekteyiz.

² YILDIRIM, Turan/YASİN, Melikşah/KAMAN, Nur/ÖZDEMİR, H. Eyüp/ÜSTÜN, Gül/ÇAKIR, Hüseyin Melih/OKAY TEKİNSOY, Özge: İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s.315.

³ ULUSOY, Ali: İdari Yaptırımlar, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.170.

⁴ HIRSCH, Ernst E.: Dünya Üniversiteleri ve Türkiye'de Üniversitelerin Gelişmesi, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1998, s.11'den aktaran ÇAKMAK, Volkan: Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Suç ve Cezaları, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara, 2012, s.77.

⁵ Yükseköğretim kurumlarındaki kamu hizmeti türü bakımından bilgi için bakınız; AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku, 14. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2021, s.564; YILDIRIM/YASİN/KAMAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/ÇAKIR/OKAY TEKİNSOY, s.563; GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, Cilt II, İkinci Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009, s.270; YAŞAR, Hasan Nuri: İdare Hukuku, 2. Basım, Der Yayınları Ankara, 2014, s.171; ATAY, Ender Ethem Atay: İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s.591.

Anayasa'nın 130. maddesinde öğrenci kavramı kullanılmasa da hükmün öğrenci yetiştirme amacını içerdiği söylenebilmektedir. Aynı doğrultuda yükseköğretimin esasını oluşturan 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun tanımlar hükmünde de açık bir öğrenci kavramı tanımlamasının bulunmadığı görülmektedir⁶. Ancak Kanunun özü gereği öğrenciliğin çeşitli hükümler altında şekillendiğini belirtmek yanlış olmayacaktır. Özellikle 2547 sayılı Kanun'un "lisans düzeyinde öğretim"i tanımladığı 43. maddesinde, "diploma alma, ... öğrencilik haklarından yararlanma..." konusu ayrıntılı açıklanmakta, öğrencilik statüsüne ilişkin hak ve yükümlülüklerin sıralandığı 44. maddesinde ve "yükseköğretime giriş ..." hakkı düzenlenmekte, 45. maddesinde öğrencilik statüsünün sınırları ve bu sınırlar içindeki hak ve yükümlülüklerinin açıklığa kavuşturulması hedeflenmektedir.

Yürürlükten kaldırılmış Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği'nde, 2547 sayılı Kanun ve diğer ilgili mevzuatta öğrencilik kavramı daha açık bir tanımlamaya sahip idi. Çalışmanın konusu bakımından önem arz eden ve 2547 sayılı Kanun'da 2023 yılındaki değişiklik⁷ ile icrailiği son bulan⁸ mülga Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği incelendiğinde öğrenci tanımına açıkça yer verildiği görülmektedir. Mülga Yönetmeliğin 3. maddesinde öğrencilik kavramı ile "Yükseköğretim kurumlarında ön lisans, lisans, yüksek lisans, doktora, tipta uzmanlık veya sanatta yeterlilik öğrenimi gören kişiler" kastedilmektedir⁹. Kavram tanımlamasından öğrencilerin, kanun ve ilgili diğer mevzuatın öngördüğü şekilde yükseköğrenim görmeye hak kazanmış ve kayıt yaptırmış kişiler olduğu anlaşılmaktadır.

B. Yükseköğretim Kurumu Öğrencilerine Uygulanan Disiplin Rejimi

Her kamu tüzel kişiliğinde, faaliyet konusunun layığıyla yerine getirebilmesi için korunması gereken bir düzen bulunmaktadır. Özellikle kamu görevlilerinin yürütülen faaliyet içerisinde düzenin bozulmaması için dikkatli ve özenli davranış sergilemeleri gerekir¹⁰. Ancak çalışma konumuzun esasını oluşturan yükseköğretim kurumlarında diğer kamu kurumlarından farklı olarak, çalışan personelin yanı sıra sunulan kamu hizmetinden yararlanan öğrencilerin de davranışlarında dikkatli ve özenli olması zorunluluğu aranmaktadır. Diğer bir deyişle yükseköğretim kurumlarında sunulan hizmetin etkin ve faydalı bir biçimde yürütülmesi için bu hizmetten yararlanan öğrencilerin, kendi statülerini düzenleyen hukuk kurallarına uygun davranmaları gerekmektedir¹¹. Dolayısıyla yükseköğretim kurumlarında eğitim-öğretim hakkında yararlanan öğrenciler bakımından da bir disiplin rejiminin geliştirilmesi zorunluluktur.

Hem yükseköğretim hem de ilköğretim ve ortaöğretim kapsamında eğitim ve öğrenime ulaşabilme hakkı, Anayasa tarafından koruma altına alınmış bir temel hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasa'nın "Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi" başlıklı 42. maddesi uyarınca "Kimse, eğitim ve öğrenim hakkında yoksun bırakılamaz". Hükümde her ne kadar eğitim ve öğrenim hakkının temel bir hak olduğu belirtilse de, her temel hak gibi bazı sınırlamalara tabi tutulabileceğinin de yine hükümde vurgulandığı görülmektedir¹². Dolayısıyla kanunla getirilebilecek sınırlandırmalar bakımından eğitim ve öğretim faaliyetlerinin disiplin rejimine bağlı bir şekilde yürütülebileceğini belirtmek gerekir. Yükseköğretimde bu faaliyetlerin düzenli bir şekilde yürütülmesi adına yükseköğretim kurumlarından çıkarma da dahil olmak üzere çeşitli disiplin yaptırım ve tedbirleri uygulanabilir¹³. Aynı doğrultuda Anayasa Mahkemesi de disiplin yaptırımlarının hem öğrencilerin gelişimi hem de eğitim ve öğretime ilişkin kamu hizmetinin amacına ulaşmasını sağlaması bakımından önemli bir araç olduğunu ifade etmektedir¹⁴.

Anayasa'nın verdiği yetki ile 2547 sayılı Kanun'un "Öğrencilerin disiplin işleri" başlıklı 54. maddesi kapsamında yükseköğretim kurumu öğrencilerine uygulanacak disiplin rejiminin temeli düzenlenmiştir. 54. madde kapsamında sınırlı sayı prensibince disiplin cezası türleri sayılmıştır ve bu cezalar dışında farklı bir cezanın uygulanması mümkün değildir¹⁵. Bu ceza türleri, kınama, yükseköğretim kurumundan bir haftadan bir aya kadar uzaklaştırma, yükseköğretim kurumundan bir yarıyıl için uzaklaştırma, yükseköğretim kurumundan iki yarıyıl için uzaklaştırma ve yükseköğretim kurumundan çıkarma cezalarıdır¹⁶. Madde

⁶ Yükseköğretim Kanunu, "Tanımlar" başlıklı 3. maddesi. Kanun Numarası: 2547, Kabul Tarihi: 04.11.1981, RG: 06.11.1981, 17506.

⁷ Yükseköğretim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 7437, Kabul Tarihi: 02.02.2023, RG: 09.02.2023, 32099.

⁸ Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği'nin yürürlükten kaldırıldığına ilişkin olarak Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı tarafından çıkarılan Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik bulunmaktadır. İlgili Yönetmelik 1. maddesi kapsamında Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği açık bir şekilde yürürlükten kaldırılmış ve bu doğrultuda icra gücünü yitirmiştir. RG: 11.03.2023, 32129.

⁹ Mülga Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği, "Tanımlar" başlıklı 3. maddesi. RG: 18.08.2012, 28388.

¹⁰ ÜSTÜN, Gül: "Disiplin Soruşturamalarında Hukuka Aykırı Deliller", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 24(1), 2018, s.18.

¹¹ HAREKET, Erdem: "Eğitim Hukukunda Yükseköğretim Öğrencilerine Yönelik Disiplin Suçları ve Cezaları: Hukuki Esaslarıyla Bazı Sorunsallar Üzerine", Yükseköğretim Dergisi, 11(2), 2021, s.193.

¹² Anayasa'nın "Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi" başlıklı 42. maddesinin 2 ve 3. fıkraları uyarınca; "2) Öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir. 3) Eğitim ve öğretim, Atatürk ilkeleri ve inkılapları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılmaz".

¹³ ÖZTÜRK, İlhami/SÜMER, Arif Emre: "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yükseköğretim Öğrencileri Disiplin Rejiminin Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 27(2), 2021, s.1044.

¹⁴ Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararı, 15.02.2017; Başvuru No: 2014/5881, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/10728>, (Erişim: 03.08.2022).

¹⁵ OKUYUCU ERGÜN, Güneş/BAŞ, Eylem: "Yükseköğretim Kurumu Öğrenci Disiplin Suçları, Cezaları ve Soruşturamalarına İlişkin Bazı Değerlendirmeler" Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 27(1), 2021, s.29.

¹⁶ Yükseköğretim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesi kapsamında uyarı cezası 54. maddeden çıkarılmıştır. Kanun Numarası: 7437, Kabul Tarihi: 02.02.2023, RG: 09.02.2023, 32099.

kapsamında tek tek suç ve ceza eşleşmesi yapılmaktadır¹⁷. Hangi fiilin ve eylemin hangi suçu oluşturduğu ve bu suçlara karşılık hangi cezanın uygulanması gerektiğine ilişkin açık düzenleme ise 2547 sayılı Kanun'un 54. maddesinde yapılan değişiklik ile getirilmiştir. Bu husus, değişiklikten önce Mülga Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği ile gösterilmekte idi¹⁸. Öğrencilerin tabi tutulacakları disiplin suçlarının ve disiplin cezalarının kanunda toplu halde sayılması fakat hangi nitelikteki eyleme hangi cezanın verileceğinin irdelenmeden bu hususun ilgili yönetmeliğe bırakılmasının suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceği yönünde doktrinde tartışmalara konu olmaktadır, Anayasa Mahkemesi'nin 2547 sayılı Kanunun 54. maddesinin 1. fıkrasının eski (a) bendi ile 65. maddesindeki "ile öğrencilerin" ibaresini iptal etmesiyle yönetmeliğin uygulama alanı ortadan kalkmış oldu¹⁹.

7437 sayılı Kanun kapsamında 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 54. maddesinde yapılan değişiklik sonucu icrai etkisi ortadan kalkan Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği hakkında ilgi çekici detaylardan birisi, yönetmeliğin öğrenci statüleri arasında ayırım yapmadan yükseköğretim kurumlarında öğrenim gören herkese karşı uygulanacak nitelikte bir düzenleyici işlem olduğudur. Daha önce de belirttiğimiz üzere, tanımlar maddesi olan 3. maddede yer alan öğrencilik kavramı, yükseköğretim kurumlarında öğrenim gören tüm ön lisans, lisans, yüksek lisans, doktora, tıpta uzmanlık²⁰ ve sanatta yeterlilik öğrencilerini kapsamaktadır. Dolayısıyla sayılan farklı öğrencilik türlerini ilgilendiren suç tipleri farklılaşsa bile tüm öğrenciler bakımından uygulanacak disiplin soruşturma ve ceza usulünün yeknesak olduğu açıktır. Bu doğrultuda 2547 sayılı Kanun'un 54. maddesinin yine aynı paralellikle tüm öğrenciler bakımından uygulamaya sahip olacağını vurgulamak gerekir.

2547 sayılı Kanunun uygulama kapsamı bakımından öğrenciliğin ne kadar geniş sınırlara sahip olduğu görülse de bazı eğitim faaliyetlerinden yararlananlar bu Kanunun disiplin hükümlerinin dışında tutulmuştur. Örneğin yükseköğretim kurumlarınca oluşturulan sürekli eğitim merkezleri çatısı altında sunulan çeşitli mesleki eğitimlerden faydalananlar, 2547 sayılı Kanun'da belirtilen birçok öğrencilik hakkından yararlanamazlar²¹. Yine aynı doğrultuda kendileri hakkında 2547 sayılı Kanun'da yer alan öğrenci disiplin rejimine ilişkin hükümlerin uygulanamayacağını da belirtmek gerekir.

III. YÜKSEKÖĞRETİM KURUMUNDAN İLİŞİĞİ KESİLMİŞ ÖĞRENCİLER VE HAKLARINDA YÜRÜTÜLEN DİSİPLİN SORUŞTURMALARINDAKİ OLASILIKLAR

A. Yükseköğretim Kurumunda Öğrencilik ile İlişik Kesilme ya da Öğrenciliğin Sona Erme Durumu ve Türleri

Yükseköğretim kurumlarından ilişkisi kesilmiş öğrenciler için disiplin soruşturmalarının yürütülebilmesine ilişkin olarak, öğrencilerin hangi durumlarda ilişkilerinin kesildiğinin tespit edilmesi gerekir.

1. Öğretim Programının Diplomayla Tamamlanması ile Öğrencilik Statüsünün Sona Ermesi

Mezuniyet, bir öğrencinin bağlı bulunduğu yükseköğretim kurumu ile ilişkisini sona erdiren hallerden birisidir. Diğer ilişik kesme hallerinde olduğu gibi, diploma alma ile de öğrencinin öğrencilik hak ve yükümlülükleri sona ermektedir. Dolayısıyla öğrencinin öğrencilik statüsünün kendisine sunduğu yükseköğretim kurumunda yararlandığı haklar ile diğer sosyal haklar da sona ermektedir.

2547 sayılı Kanunun "Diploma alma, ders kredilerinin hesaplanması, öğrencilik haklarından yararlanma ve sınavlar" başlıklı 44. maddesinin 1. fıkrasının 'a' bendi uyarınca;

"Yükseköğretim kurumlarının ön lisans, lisans ve lisansüstü düzeyindeki diploma programlarına kayıtlı öğrenciler, bu madde hükümlerine göre belirlenen ders kredileri ve diğer yükümlülükleri başarı ile tamamlamaları halinde; ön lisans, lisans, yüksek lisans veya doktora diploması alır".

Hükümden de anlaşılacağı üzere, yükseköğretim kurumlarındaki öğrencilik kural olarak öğrencinin programı tamamlaması için gereken ders ve diğer yükümlülüklerin tamamlanması ile sona ermektedir. Yükümlülüğünde bulunan dersleri tüm sınavlarını başarı ile tamamlamış bir öğrencinin diploma alması inşai

¹⁷ Maddenin 2023 yılındaki değişikliğinden önce hükümden tek tek suç ve ceza eşleşmesi yapılmamakla beraber, toplu bir sayım tekniğine gidilmişti. Konuya ilişkin olarak bakınız; ÖZTÜRK/SÜMER, s.1046.

¹⁸ 2547 sayılı Kanun'un "Yönetmelikler" başlıklı 65/1-a-9. maddesi uyarınca; "Öğretim elemanları, memur ve diğer personel ile öğrencilerin disiplin işlemleri, disiplin amirlerinin yetkileri ve disiplin kurullarının teşkili ve çalışması ile ilgili hususlar" hükmü kapsamında Yükseköğretim Kurulu tarafından çıkarılan yönetmelik ile düzenlenmekte iken, Anayasa Mahkemesi'nin 8/9/2022 tarihli ve E.: 2022/54, K.: 2022/99 sayılı Kararı ile bu alt bentte yer alan "ile öğrencilerin" ibaresi "disiplin işlemleri" ve "ile ilgili hususlar" ibareleri yönünden iptal etmesi ile öğrencilere ilişkin disiplin rejimi 2547 sayılı Kanun altında düzenlenmesi gereği ortaya çıkmıştır. Anayasa Mahkemesi, 08.09.2017, E.2022/54, K.2022/99, RG: 20.09.2022, 31959, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/09/20220920-8.pdf> (Erişim: 02.10.2022).

¹⁹ Öğrenci disiplin suç ve cezalarının 2547 yerine Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği kapsamında açık bir şekilde düzenlenmesinin hukuka aykırılığının olduğu ya da olmadığı yönünde detaylı görüşler için bakınız; ULUSOY, s.170; DURSUN, Hasan: İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s.455 vd; ÖZTÜRK/SÜMER, s.1040 vd; OKUYUCU ERGÜN/BAŞ, s.29 vd.

²⁰ Tıpta uzmanlık sınavı esaslarına göre çalışan öğretim elemanlarının diğer bir ifadeyle 2547 sayılı Kanunun 3/1-1 maddesi kapsamında araştırma görevlisi statüsüne sahip olan öğretim elemanlarının durumunun incelenmesi gerekir. Kanunun 53/1-b maddesi uyarınca; "Devlet ve vakıf yükseköğretim kurumlarının öğretim elemanlarına uygulanabilecek disiplin cezaları uyarı, kınama, aylıktan veya ücretten kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması veya birden fazla ücretten kesme, üniversite öğretim mesleğinden çıkarma ve kamu görevinden çıkarma cezalarıdır" ifadesi kapsamında tıpta uzmanlık yapanların eğitim süreçlerinin yanı sıra, bu eğitim sürecinde öğretim elemanı olarak çalışmaları sebebiyle haklarında uygulanacak disiplin rejiminin öğretim elemanları için yürütülecek disiplin rejimi olduğunu söylemek gerekir.

²¹ 2547 sayılı Kanun'un 3. maddesi kapsamında belirtilen bir diploma programı olmayan sertifika programlarında eğitim gören kişiler, öğrencilik hakkına sahip olamamaktadır.

bir işlem olmamakla beraber tespit edici bir niteliğe sahiptir²². Zira mezuniyet hakkını doğuran yeni hukuki durum son sınav notunun açıklanması ile gerçekleşmiş olup, diploma bu durumu sadece tespit etmektedir.

Diploma alımı ile programın tamamlanması, yükseköğretim kurumu ile öğrenci arasındaki ilişkinin sona ermesi adına istenen en temel amaçtır. Bu nedenle 44/1-c hükmünde ifade edilen temel süreler içinde öğrenciler, giriş yaptıkları öğretim programlarındaki tüm ders ve diğer sorumlulukları tamamlamak zorundadırlar²³. Diğer bir deyişle kanunda yer alan süreler sadece diploma programında alınıp tamamlanması gereken dersleri değil, ayrıca ilgili program kapsamında alınıp tamamlanması gereken işletmede mesleki eğitim, staj ve uygulamalı dersleri de kapsar²⁴.

Diplomanın öğrenci üzerindeki hukuki statüsü ise bir yükseköğretim kurumunda sunulan öğretim programı hizmetinin tamamlanması ile ilgili alanda uzmanlığın edinildiğine dair tesis edilmiş bir birel işlemdir. Belli bir kişiyi yeni bir hukuki duruma sokan diploma işleminin, bir birel işlem niteliğinde olduğu açıktır²⁵. Bir birel işlem olan diploma ile öğrenciler, hem öğretim programını tamamladıkları için bu statülerinden çıkmış olurlar hem de bitirdiği programa ilişkin faaliyet alanlarında çalışabilme yeterliliğini edinerek yeni bir hukuki statünün içine girerler.

2. Öğrencinin İsteği ile İlişğin Kesilmesi

Öğrencilik hakkının kazanılmasının yanı sıra bu haktan vaz geçilmesinin de bir hak olduğunu düşünmemek gerekir. Öğrencilik statüsü her zaman ayrılmaya iradesiyle sona erdirilebilmektedir. Devam edilen öğrencilik statüsünün sona erdirilmesi, yeni bir idari işlemdir. Bu nedenle öğrencinin bu statüsünün sona erbilmesi için idarenin bir idari işlem tesis etmesi gerekecektir.

Hem Anayasa'nın "Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı" başlıklı 74. maddesi²⁶, hem de 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "İdari makamların sükutu" başlıklı 10. maddesi²⁷ kapsamında ilgililerin idarelere başvurarak idari işlem tesis edilmesi veya eylemde bulunulmasını talep hakları vardır. Bu hak ışığında öğrenciler, bir kamu kurumu olan yükseköğretim kurumundan ilişik kesme talebinde bulunabileceklerdir. Bu talep sonucunda tesis edilecek ilişik kesme işleminin birel işlem niteliğinde olduğu açıktır.

Öğrencilerin ilişik kesmek için yükseköğretim kurumuna herhangi bir gerekçe sunmasına ihtiyacı bulunmaz. Öğrencilerin yükseköğrenim hayatından ayrılabilme hakları olduğu gibi, 2547 sayılı Kanun'un 44/1-c hükmü kapsamında bir başka yükseköğretim kurumuna yatay geçiş yaparak kayıtlı oldukları yükseköğretim kurumundan ayrılmaları olanaklıdır.

3. Azami Öğrenim Süresinin Sona Ermesi ile İlişğin Kesilmesi

Öğrencilerin yükseköğretim kurumları ile aralarındaki ilişkinin sona ermesine neden olan bir diğer durum ise mevzuatta belirlenmiş olan azami öğrenim süresi içerisinde kayıtlı oldukları diploma programındaki ders ve diğer yükümlülükleri yerine getirememeleri durumudur. Diğer bir deyişle, yasal azami süre içinde mezun olamayan öğrencilerin iradesi aranmaksızın ilgili yükseköğretim kurumu ilişik kesme kararı almak zorundadır.

2547 sayılı Kanun'un 44/1-c hükmü kapsamında belirlenen azami süreler, yükseköğretim kurumlarında öğrenim gören öğrencilerin yasal süre sınırını göstermektedir. Bu doğrultuda bu sürelerin aşılması nedeniyle bu hükümdeki bağlı yetki kapsamında yükseköğretim kurumları, ilgili öğrencilerin ilişik kesme zorundadır. Diğer bir deyişle kanunun açık hükmü nedeniyle yükseköğretim kurumlarının ilişik kesme bakımından takdir yetkisinin bulunmadığını belirtmek gerekmektedir²⁸.

Yükseköğretim kurumunda öğrenim gören öğrencinin azami öğrenim süresi bakımından her ne kadar takdir yetkisinin kullanılamayacağını belirtmemiz gerekse de, içinde bulunduğu yükseköğretim kurumuna başlamadan önce başka bir yükseköğretim kurumunda öğrenim görülmesi hususunun da incelenmesi gerekir. Birçok yükseköğretim kurumunda öğrenim görme olasılığı her zaman karşımıza çıkabilmektedir. Bu kapsamda birden fazla yükseköğretim kurumunda sırayla öğrenim görülmesi olasılıklarından birisi de dikey geçiş sürecidir. Danıştay, dikey geçiş ile bir lisans programına kaydolun öğrencinin öğreniminde, 2547 sayılı

²² GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, Cilt I, İkinci Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009, s.689.

²³ 2547 sayılı Kanun'un 44/1-c hükmü uyarınca; "Öğrenciler, bir yıl süreli yabancı dil hazırlık sınıfı hariç, kayıt olduğu programa ilişkin derslerin verildiği dönemden başlamak üzere, her dönem için kayıt yaptırıp yaptırmadığına bakılmaksızın öğrenim süresi iki yıl olan ön lisans programlarını azami dört yıl, öğrenim süresi dört yıl olan lisans programlarını azami yedi yıl, öğrenim süresi beş yıl olan lisans programlarını azami sekiz yıl, öğrenim süresi altı yıl olan lisans programlarını azami dokuz yıl içinde tamamlamak zorundadırlar".

²⁴ Yükseköğretimde Uygulamalı Eğitimler Çerçeve Yönetmeliği, RG: 17.06.2021, 31514'ün "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde işletme; "Mal ve hizmet üreten kamu ve özel kurum, kuruluş ve iş yerleri" olarak tanımlanmıştır. Ancak kamu kuruluşları için işletme kavramının kullanılması, kamu yararına idari faaliyette bulunan bu kurumların doğru olarak tanımlanmasında sorun yaratabileceği düşünülebilir. Bu nedenle kamu kurumlarının özel işletmelerden ayrı tutularak tanımlanması, idare hukukunun genel ilkeleri bakımından daha uygun olacaktır.

²⁵ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.359; YILDIRIM/YASİN/KAMAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/ÇAKIR/OKAY TEKİNSOY, s.452.

²⁶ Anayasa'nın "Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı" başlıklı 74. maddesi uyarınca; "Vatandaşlar ve karışıklıklık esaslı gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir".

²⁷ İdari Yargılama Usulü Kanunu, Kanun Numarası: 2577, Kabul Tarihi: 06.01.1982, RG: 20.01.1982, 17580'nin "İdari makamların sükutu" başlıklı 10. maddesi uyarınca; "İlgililer, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilirler".

²⁸ İdarenin takdir yetkisi ve bağlı yetkisi hakkında detaylı bilgi için bakınız; KAYA, Cemil: İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s.36; ÜSTÜN, Gül/SEÇKİN, Sinan: "İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, (Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın'a Armağan), 21(2), 2015, s.512.

Kanunun ayrı bir usul belirlememesi nedeniyle mevcut lisans programındaki süre hesabında önceki ön lisans öğrenimindeki sürenin dahil edilmemesi yönünde karar vermiştir²⁹. Diğer bir deyişle, dikey geçişle lisans programına kayıt yaptıran öğrencinin lisans öğrencilik statüsü azami süresinin, lisans programına kayıt tarihinden itibaren yedi yıl olduğu Danıştay tarafından saptanmıştır.

Öğrencilerin azami öğrenim süresinde yükseköğretim kurumunun ilgili öğretim programındaki ders yükümlülüklerini tamamlayamayacağı öğrenim süresi içinde fark edildiği bazı haller de bulunmaktadır. Bu gibi hallerde yükseköğretim kurumunun ilişik kesme işlemi tesis etmesinde erken davrandığı görülebilmektedir. Azami öğrenim süresini aşmadan öğretim programındaki dersleri tamamlamasının matematiksel olarak mümkün olmaması nedeniyle ilişkisi kesilen öğrencinin işlemin iptaline ilişkin açtığı davada idari yargı, işlemin hukuka uygun olarak tesis edildiğine karar vermiştir³⁰. Somut olayda yükseköğretim kurumunun, öğrencinin azami öğrenim süresini tüketmesini beklememesi tutumunu, Danıştay hukuka aykırı bulmamıştır. Burada Danıştay'ın, yükseköğretim kurumunun ilgili öğrencinin öğrenim hakkının zaten yükümlülüğündeki dersler tamamlanmadan sona ereceğini hesaplamasıyla öğrenciye geleceğini belirleyebilmesi adına erken bir işlem tesis etmesini hukuka uygun bulduğunu da söyleyebiliriz.

4. Yükseköğretim Kurumunu Yanıltıcı Bilgiler Nedeniyle Hukuka Aykırı Yapılan Kaydın Tespit Edilmesi ile İlişğin Kesilmesi

Yükseköğretim kurumlarının ön lisans ile lisans programlarına ilişkin öğrenci alımları, kural olarak Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi'nin düzenlediği sınav ile sağlanmaktadır³¹. Ancak sınav kapsamında alınan başarının yanı sıra, kayıt esnasında bazı evraklar kimi zaman ayrıca talep edilebilmektedir. Bu evraklar kapsamında yanıltıcı ya da hileli davranış sergilemek, yükseköğretim kurumunun kayıt işlemini sakatlayabilecek bazı sonuçlara yol açabilmektedir. Yükseköğretim kurumunun bu hususu tespit etmesiyle ilgili öğrencinin kaydını geri alacak şekilde hareket etmesi gerekecektir.

İdarenin bir işlemini geri alması durumunda, o işlem, idare tarafından yürürlüğe sokulduğu tarihe kadar ortaya çıkan bütün hukuki sonuçlarıyla beraber ortadan kalkacaktır³². İlgili işlemin hukuk aleminden geçmişe yönelik olarak silinmesi olarak da belirtebileceğimiz geri alma, ilgilisi bakımından artık hiç tesis edilmemiş hale gelmektedir³³. Bu doğrultuda yükseköğretim kurumuna hile ile kayıt yaptıran kişinin kaydının geri alınması gerekmektedir.

Kesin kayıt hakkını kazanan ancak askerlik ödevini tecil ettiremeyecek statüde bulunmasından dolayı bu ödevi yerine getirmesi gerekirken adayın yükseköğretime kayıt yaptırdığı sahte askerlik durum belgesi sunması gerekçesiyle ilgili yükseköğretim kurumunun kaydı geri alma işlemi tesis etmesinde Danıştay hukuka aykırılık bulmamış ve işlemin iptali talebini reddetmiştir³⁴. Bu kapsamda Danıştay, öğrencinin kanuna karşı hile eylemini gerçekleştirmesi nedeniyle yükseköğretim kurumuna kaydının geri alınması işleminin hukuka uygun nitelikte olduğunu belirtmektedir.

ÖSYM'nin yapmış olduğu merkezi sınava kendisi yerine başka bir kişiyi sokan öğrenci adayının da buradan alınan puan kapsamında ilgili yükseköğretim kurumuna kayıt yaptıramayacağı, kayıt yapılsa bile geri alınabileceği ve alınması gerektiği yine Danıştay tarafından vurgulanmaktadır³⁵. Bu durumda da ilgili idare olan yükseköğretim kurumunun işlemi sırasında iradesini sakatlayıcı bir davranışın öğrenci tarafından gerçekleştirildiği sonradan anlaşılrsa dahi, işlemin geri alınması Danıştay'ın belirttiği gibi hukuka uygundur.

5. Disiplin Cezası Sonucu İlişğin Kesilmesi

Disiplin rejiminin uygulanması sonucu yükseköğretim kurumu ile öğrenci arasındaki bağın kesilmesi, ilişik kesilmesinin bir diğer türü olarak karşımıza çıkmaktadır. 2547 sayılı Kanun'un 54. maddesi kapsamında öğrencilerin yükseköğretim kurumundan çıkarılmasını gerektiren suçlar belirtilmektedir³⁶. Burada sayılan fiillerin işlenmesinin tespit edilmesiyle öğrencilik statüsünün sona ereceği açıktır.

²⁹ Danıştay 8.D., 09.03.2015; E.2011/6343, K.2015/1640, www.lexpera.com.tr, (Erişim: 03.08.2022).

³⁰ Danıştay 8.D., 07.07.1993; E.1992/2284, K.1993/2631, www.lexpera.com.tr, (Erişim: 03.08.2022).

³¹ 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, RG: 15.07.2018, 30479'un 347. maddesi kapsamında ÖSYM; "... kamu tüzel kişiliğine, idari ve mali özerkliğe sahip, Yükseköğretim Kurulu ile ilgili, merkezi Ankara'da bulunan özel bütçeli bir kuruluştur". Aynı hükmün 2. fıkrasının a bendi kapsamında ön lisans, lisans veya lisansüstü öğrenim görece adayların puan sıralamasına göre tespit ve yerleştirme görevi bulunmaktadır. Ancak istisnai bazı diploma programlarında öğrencilerden yeteneklerini, yarışma ilkesi kapsamında sergilenmeleri istenebilmektedir. 2547 sayılı Kanun'un 9. ek maddesinin 2. fıkrasında bu belirleme yetkisi, her bir yükseköğretim kurumuna tanınmıştır.

³² TAN, Turgut: İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s.283; GÖZLER, İdare Hukuku, Cilt I, s.1106; BÜLBÜL, Erdoğan: İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s.19; ÇAĞLAYAN, Ramazan: "İdari İşlemin Geri Alınması Üzerine", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(1-2), 2000, s.43; GÜNDÜZ, F. Ebru: "Disiplin Cezalarının Geri Alınması", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 20(1), 2016, s.412; ALTINDAĞ, Halil: "İdari İşlemin Geri Alınması Sebebi Olarak Açık Hata", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 20(4), 2016, s.82.

³³ YILDIRIM/YASİN/KAMAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/ÇAKIR/OKAY TEKİNSOY, s.462.

³⁴ Danıştay 8.D., 23.06.1997; E.1996/2031, K.1997/2226, www.lexpera.com.tr, (Erişim: 03.08.2022); benzer nitelikteki karar, Danıştay 8.D., 05.12.1995, E.1994/7034, K.1995/4107, www.lexpera.com.tr, (Erişim: 03.08.2022).

³⁵ Danıştay 8.D., 29.04.1997, E.1996/1867, K.1997/1427, www.lexpera.com.tr, (Erişim: 03.08.2022).

³⁶ 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu 54/1-d uyarınca; "1) Mahkeme kararıyla kesinleşmiş olmak kaydıyla suç işlemek amacıyla örgüt kurmak, böyle bir örgütü yönetmek veya bu amaçla kurulan örgüte üye olmak,

2) Suç işlemek amacıyla kurulan bir örgüte üye olmamakla birlikte, örgüt adına faaliyette bulunmak veya örgüte yardım etmek,

3) Uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri satmak, başkalarına vermek ya da ticaretini yapmak,

4) 6136 sayılı Kanuna aykırı olarak ateşli silahlarla, mermilerini ve bıçaklarla saldırı ve savunmada kullanılmak üzere özel olarak yapılmış bulunan diğer aletleri, patlayıcı maddeleri kullanmak,

Çıkarıldıkları yükseköğretim kurumlarına bir daha alınmamak üzere ilişğin kesilmesi hususunun burada bir değerlendirilmesinin yapılması gerekmektedir. İlgili hükmün ilişik kesmeye ilişkin 2023 yılı değişikliğinden önceki kısmı, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen 2547 sayılı Kanun'un 54. maddesinin 1. fıkrasının g bendinin 2. cümlesi uyarınca; “öğrenciye, bir daha çıkarıldığı yükseköğretim kurumuna alınmamak üzere öğrencilikten çıkarıldığı yazı ile bildirilmesi” gerekmektedir. Bu hüküm, Anayasa'nın 42. maddesindeki eğitim ve öğrenim hakkının özüne dokunulmasından dolayı Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir³⁷. Anayasa Mahkemesince verilen bu kararda, eğitim ve öğrenim hakkının sağlanabilmesi amacının ön planda tutulduğu görülmektedir. Ancak 2023 yılında yapılan değişiklik ile bu hüküm tekrar 2547 sayılı Kanun'da yer bulmuştur.

Eğitim ve öğrenim hakkının olabildiğince korunması kapsamında 2547 sayılı Kanun'un 54/2-b hükmünde yer alan ifade önem taşımaktadır. Hüküm uyarınca, “Disiplin suçunun tekrarı gerekçesiyle yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası verilemez”. Maddede açıkça ifade edildiği üzere, disiplin hukukuna hakim olan tekrarı uygulamasının bir istisnası 54/2-b maddesinde hüküm altına alınmıştır. Bir alt ceza olan yükseköğretim kurumundan iki yarıyıl uzaklaştırma cezasını gerektiren disiplin suçunu tekrarı ettiren öğrenciye bir üst ceza olan yükseköğretim kurumundan çıkarma cezasının uygulanmayacağı belirtilmektedir. Buradaki amaç eğitim ve öğrenim hakkının olabildiğince korunmasıdır.

B. Yükseköğretim Kurumundaki Öğrenci Disiplin Soruşturmasında Öğrencilik ile İlişgi Kesilenlere İlişkin Süreç

Yükseköğretim kurumları ile bağlarının kesilmesinden sonra bile, ilişgi kesilmiş öğrenciler hakkında disiplin soruşturması açılabilmesine ilişkin 2547 sayılı Kanun'daki açık hüküm karşımıza çıkmaktadır. Kanunun 54. maddenin 6. fıkrasının d bendi uyarınca;

“Öğrencinin, disiplin suçunu işledikten sonra yükseköğretim kurumundan her ne sebeple olursa olsun ayrılmış olması, soruşturma açılmasına, devamına ve gerekli kararların alınmasına engel teşkil etmez”.

Hükümden de anlaşılacağı üzere öğrenci ne şartta ayrılmış olursa olsun, hakkında disiplin soruşturmasının açılması, açılan disiplin soruşturmasının tamamlanması ve soruşturma sonucu ortaya çıkan bilgiler ışığında ilgili kararların alınması gerekmektedir. Yasal zeminde 2023 yılında eklenen bu hükmün bir başka bendi sayesinde başka yükseköğretim kurumuna geçmesinden önce işlediği fiiller bakımından öğrencinin disiplin soruşturmasının yeni geçilen yükseköğretim kurumu tarafından yürütülmesine ilişkin getirilen yükümlülük ile bir çözüm ortaya çıkmıştır. Kanun'un 54. maddenin 6. fıkrasının e bendi uyarınca;

“Öğrenci başka bir yükseköğretim kurumunda eğitim aldığı sırada disiplin cezasını gerektiren bir suç işlediğinde soruşturma yapma ve disiplin cezası verme yetkisi o yükseköğretim kurumuna aittir. Öğrenci hakkında verilen karar, uygulanmak üzere öğrencinin kayıtlı olduğu yükseköğretim kurumuna gecikmeksizin bildirilir”.

Başka bir yükseköğretim kurumundan yaz öğretimi dersi alan ya da özel öğrenci statüsünden yararlanan öğrenci hakkında uygulanacak disiplin soruşturması ve sonucunda çıkabilecek disiplin cezası yönünden açıklık getirilirken, mülga Yönetmeliğin yürürlükte bulunduğu süredeki sorunlu bir husus çözüme kavuşturulmuştur. Bu doğrultuda ilgili öğrencinin kayıtlı bulunduğu yükseköğretim kurumunun dışında başka bir yükseköğretim kurumundan belirli süreli ders alan öğrencinin, bu süre içinde işlediği fiiller bakımından kayıtlı olduğu yükseköğretim kurumuna geri döndüğünde bir disiplin soruşturması ile karşılaşacağı açıktır.

Aynı açıklığın başka yükseköğretim kurumlarına geçmiş olan öğrenciler hariç olmak üzere yükseköğretim kurumu ile tamamen ilişgi kesilmiş ya da yükseköğretim kurumundan mezun olmuş kişiler açısından getirilmediği gözükmektedir. Diğer bir deyişle mezun olan bir kişi ya da yükseköğretim kurumunda öğrenim gördüğü diploma programından ilişgi kesilen ancak başka bir yükseköğretim kurumuna kayıt yaptırmayan bir kişi hakkında disiplin soruşturmasının yürütüleceği açıkken, yapılan disiplin soruşturması sonucu verilecek disiplin cezasının ne şekilde uygulanacağı konusunun muğlak kaldığı söylenebilmektedir.

Bu konuda benzeri bir sorun, devlet memurları kapsamında bulunmaktadır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda da devlet memurluğundan herhangi bir sebeple ayrılan kişi hakkında disiplin soruşturması yürütülüp, disiplin cezası verilmesi hususunda açıklık bulunmamaktadır³⁸. Ancak Danıştay'ın konuyu aydınlatacak nitelikli bir kararında, memuriyetten ayrılmış kişiler hakkında disiplin soruşturmasının açılması ve sonuçlandırılması gerektiğine ilişkin şu hükme varılmıştır:

“... bir memurun memuriyet statüsü devam ederken bir disiplin suçu işlemesi halinde, bu suçla ilgili belgelerin sicil dosyasında bulunması gereklidir. Zira suç, memur iken işlenmiştir, soruşturma sırasında herhangi bir nedenle o kişinin memuriyetten ayrılması, suçu işlediği andaki illiyet rabitasını ortadan kaldırmayacağı gibi artık o kişinin memuriyet sıfatı kalmadığı gerekçesi ile her suça işlediği andaki fiili ve hukuki duruma yürürlükte bulunan mevzuat hükümleri çerçevesinde ceza verilmesi gerektiği yolundaki hukuk kuralının uygulanmasını da önleyemez, ... Verilen disiplin cezasının uygulamasına gelince; cezanın niteliğine göre uygulama olanağı var ise dosyada muhafaza edilir.

5) Kişilerin vücudu üzerinde cinsel davranışlarda bulunmak suretiyle cinsel dokunulmazlıklarını ihlal etmek” fiilleri yükseköğretim kurumundan çıkarma cezasını gerektiren fiillerdir.

³⁷ Anayasa Mahkemesi 28.04.2011, E.2009/59, K.2011/69.

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2011/69?KararTarihik=28%2F04%2F2011&KararTarihiSon=29%2F04%2F2011>, (Erişim: 03.08.2022).

³⁸ YILDIRIM/YASİN/KAMAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/ÇAKIR/OKAY TEKİNSOY, s.332.

Kaldı ki, 657 sayılı Yasa'nın 92. ve 93. maddelerinden istifade ederek yeniden memuriyete giren bir kişi hakkında böyle bir durum var ise uygulama da o zaman mümkün olabilecektir"³⁹.

Karardan da anlaşılacağı üzere, kamu görevinden ayrılrsa da memurun kamu görevini icra sırasında işlediği iddia edilen disiplin suçlarından dolayı mutlaka soruşturulması gereklidir. Bu kişinin daha sonra tekrar aynı ya da bir başka kamu görevine atanması durumunda dikkate alınması bakımından önceki disiplin cezasının belirlenmesi lazımdır. Bu hususun hakkaniyet ve ilgili idarenin iç işleyişinde düzenin sağlanması bakımından önemi bulunmaktadır.

Her ne kadar devlet memurları hakkında uygulanan 657 sayılı Kanun'da memurların kamu görevinden ayrılması sonucu haklarında yürütülen disiplin soruşturmaları bakımından açık hüküm bulunmasa da⁴⁰, 2547 sayılı Kanun'da belirli ve kısıtlı süreliğine başka yükseköğretim kurumlarında öğrenim gören öğrencileri hakkında bulunan hükme benzer biçimde yükseköğretim kurumu çalışanları için özel bir hüküm getirilmiştir. 2547 sayılı Kanun'un "Disiplin soruşturması ve savunma hakkı" başlıklı 53/A maddesinin 1. fıkrasının, m bendi uyarınca;

"Fiili işleyen emeklilik veya başka nedenlerle görevinin sona ermesi, hakkında soruşturma açılmasına ve soruşturmanın devamına engel olmaz. Bu durumda soruşturma sonunda verilen disiplin cezası, özlük dosyasında saklanır. Aylıktan veya ücretten kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması veya birden fazla ücretten kesme cezaları ilgilinin kamu görevine dönmesi ya da bir vakıf yükseköğretim kurumunda göreve başlaması halinde uygulanır".

Görevden ayrılan kişiler hakkında soruşturmanın devam etmesi gerektiğini vurgulayan hükmün, Danıştay'ın görüşünü birebir yansıttığını belirtmek yanlış olmayacaktır. Zira kamu görevine tekrar başlama ya da bir vakıf üniversitesi bünyesinde istihdam edilecek bu kişi hakkında saklı kalan cezanın uygulanması yasal bir zorunluluktur. Bu nedenle her ne kadar görevden hangi suretle olursa olsun ayrılrsa da ilgili devlet ya da vakıf üniversitesi personeli hakkında soruşturmanın başlaması, devam ettirilmesi ve sonuçlandırılması gerekir. Kanun koyucunun 54. maddenin 6. fıkrasının e bendine başka bir yükseköğretim kurumuna geçen öğrenci bakımından bir hüküm düzenlemiş olması, konuya ilişkin boşluğun doldurulması anlamında gerekli bir düzenlemeyi yaptığını göstermektedir.

Yükseköğretim kurumundan ilişkisi kesilmiş olsa bile bir eski öğrenci hakkında disiplin soruşturmasının başlatılabilmesi için işlenen fiilin tarihi de önem arz eder. Disiplin suçuna konu olan fiil tarihi itibarıyla ilgili kişinin yükseköğretim kurumu öğrencisi olması gerektiği açıktır⁴¹. Zira öğrenci olmayan bir kişiye disiplin soruşturması açılmayacağından dolayı, fiilin gerçekleştiği tarihte kişi öğrencilik statüsüne muhakkak bir biçimde sahip olmalıdır.

Yükseköğretim kurumları ile ilişkisi kesilen öğrenciler hakkında yürütülen disiplin soruşturmalarında çeşitli olasılıkların gözden geçirilmesi gereklidir. Bu olasılıklar, somut olayın gelişimi bakımından ayrı değerlendirilmelere tabi tutulmalıdır.

1. İlişkisi Kesilmiş Öğrenci Hakkında Başlatılan Soruşturmanın Yürütülmesi

Yükseköğretim kurumlarında yürütülen disiplin soruşturmalarına ait süreç, 2547 sayılı Kanun kapsamında oldukça açıktır. Disiplin suçu niteliğinde bir fiil iddiası yönünde şikayet ya da ihbarın alınması, bunun üzerine soruşturmayı kimlerin açabileceği ve kim ya da kimler tarafından yürütülebileceğinin belirlenmesi, soruşturma süreci araçları ve soruşturma azami süresinin kesinliği, savunma hakkı, soruşturmanın ceza kovuşturması ile paralel olarak yürütülmesi, soruşturma sonucu raporun hazırlanması, karar verilerek soruşturmanın sonuçlandırılması, disiplin cezası verilecek ise tebliğ edilmesi ile cezanın uygulanması ve tebliğ üzerine ilgili öğrencinin idari ya da yargısal yollara başvurma hakkının belirtilmesi hususlarının her biri Kanun kapsamında açıklığa kavuşturulmuştur. Ancak atipik bir durum olan hali hazırda ilişkisi kesilmiş bir öğrenci bakımından bu süreçlerin bazılarında sorunlar ortaya çıkabilecektir.

Hayatın doğal akışı bakımından ilişkisi kesilmiş bir öğrencinin ilgili yükseköğretim kurumu ile bağı kalmamaktadır. Dolayısıyla hakkında yürütülecek soruşturmada haberi olabilmesi için tebligat hususu daha da önem kazanmaktadır. Kanunun 54. maddesi 5. fıkrası ile düzenlenen "Savunma hakkı"nın (a) bendi kapsamında hakkında soruşturma yürütülen öğrencinin, isnat edilen suçun neden ibaret olduğunu öğrenmesi ve kendisinin bu kapsamda savunma vermesi gerektiğinin en az yedi gün önceden belirtilmesi gerekir. Savunma hakkı, kamu görevlileri ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu üyeleri bakımından Anayasa'nın 129. maddesi kapsamında korunan bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır⁴². Anayasal boyutta korunan bu hak doğrultusunda disiplin soruşturmasında, savunma alınmaksızın disiplin cezasının tesis

³⁹ Danıştay 3.D., 27.01.1977, E.1977/47, K.1977/12'den aktaran

YILDIRIM/YASIN/KAMAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/ÇAKIR/OKAY TEKİNSOY, s.332.

⁴⁰ 657 sayılı Kanun'da memurların kamu görevinden ayrılması sonucu haklarında yürütülen disiplin soruşturmaları bakımından açık hüküm bulunmasa da, 29.04.2021 tarih ve 3935 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile 30.04.2021 tarih ve 31470 sayılı Resmî Gazetede Yayımlanan Devlet Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin "Disiplin soruşturması ve cezaları hakkında çeşitli hükümler" başlıklı 34. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, "Hakkında açılan disiplin soruşturması devam ettiği sırada, ölüm hâli hariç olmak üzere, herhangi bir sebeple memuriyeti sona erenlerin soruşturmaları tamamlanır. Soruşturma sonucunda 657 sayılı Kanun ve bu Yönetmelikteki usul ve esaslar çerçevesinde kesinleşen disiplin cezaları ilgililere tebliğ edilir ve karar özlük dosyasına konulur. Bu durumda olanların tekrar memuriyete dönmeleri durumunda verilmiş olan ceza uygulanır".

⁴¹ ŞEN, Ersan: "Disiplin Hukuku ve Öğrenci Disiplin Yönetmeliği" Hukuki Haber, 22 Haziran 2015, <https://www.hukukihaber.net/diisiplin-hukuku-ve-ogrenci-disiplin-yonetmeliigi-makale,4062.html>, (Erişim: 03.08.2022).

⁴² Anayasa'nın "Görev ve sorumlulukları, disiplin kovuşturulmasında güvence" başlıklı 129. maddesinin 2. fıkrası uyarınca; "Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez".

edilemeyeceği açıktır⁴³. Anayasal düzlemde bu hakkın kamu görevlilerine sağlandığı görülmekle beraber bu hakkın disiplin rejimi bakımından bu rejime tabi tüm ögelere de yasal anlamda sağlandığı görülmektedir. İşte bu sayede 2547 sayılı Kanun'un 54. maddesi ile bu hakkın öğrenciler için de korunması gereken temel bir hak olduğunu belirtmemiz gerekecektir.

İlişği kesilmiş öğrencinin hakkında açılan soruşturmadan haberdar olması için yapılacak tebligat soruşturma açısından elzemdir. Ancak ilgili yükseköğretim kurumundan ilişği kesilen öğrencinin verdiği iletişim bilgilerinde hata olması durumunda ilgili öğrenciyle iletişime geçmenin zorlaşacağı da açıktır. Kanun öğrencilere ne şekilde tebligat yapılacağına ilişkin 54/5-a kapsamında bir açıklamaya yer vermiştir. Kanun, bir soruşturmanın, ilgisine yazılı olarak bildirilmesi gerektiğini; ayrıca öğrenci bilgi sistemi üzerinden veya elektronik posta ya da kısa mesaj ile de durumun bildirilebileceğini belirtmektedir.

Adres değişikliği yapılması durumunda, bildirim hatalı ya da eksik yapılması ile hiç bildirilmemesi konusunda 2547 sayılı Kanundaki 2023 yılında yapılan değişiklik ile açıklık getirildiği görülmektedir. Kanunun 54. maddenin 11. fıkrası uyarınca;

“Özel olarak düzenlenen haller hariç öğrenciye yapılacak tebligatta, 11/2/1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümleri uygulanır. Ancak yükseköğretim kurumuna kaydolurken bildirdiği adresi değiştirdiği halde, bunu mensubu bulunduğu yükseköğretim kurumuna bildirmeyen veya yanlış ya da eksik bildiren öğrenciye, yükseköğretim kurumunda kayıtlı adresine gönderilmiş tebligat, usulüne uygun tebligat sayılır”.

Hüküm incelendiğinde, adres değişikliğini yanlış bildirme, eksik bildirme ya da hiç bildirmeme nedeniyle yükseköğretim kurumunda en son kayıtlı adrese tebligat yapılacağını belirtilmesi ile artık tebligatın takip edilme sorumluluğunu öğrenciye yüklenmiş olduğu görülmektedir.

Ancak ilişği kesilmiş olan bir öğrencinin adres değiştirmesi durumunda, artık öğrencilik statüsü devam etmediği için yükseköğretim kurumuna bir adres değişikliği bildirimi yapma yükümlülüğünün kalmadığı gerçeğini göz ardı edemeyiz. Bu durumda Kanunun 54. maddesinin 11. fıkrasının uygulanması, soruna çözüm getirilmesi adına faydalı olabilecektir.

Savunmaya ilişkin tebligatın, ilişği kesilen öğrenciye yapılabilmesi için soruşturmanın genel süresi 2023 yılındaki Kanun değişikliği ile mülga Yönetmelikte belirlenmiş olan “onbeş gün”den 2547 sayılı Kanun'un 54/4. maddesi kapsamında “otuz gün”e çıkarılmıştır⁴⁴. Mülga Yönetmelik ile belirlenmiş olan onbeş günlük sürenin çok kısa, hatta yetersiz kaldığı açıktır⁴⁵. Bu durumda ilişği kesilmiş bir öğrencinin durumdan haberdar edilebilmesi için adres tespitinin yapılması zorunluluğu, ilgili yükseköğretim kurumunun yükümlülüğü haline gelecektir. Bu nedenle kanun koyucunun süreyi otuz güne çıkarması, savunma hakkının ilişği kesilmiş öğrenciler tarafından kullanılması bakımından olumlu bir gelişme olmuştur.

İlgili öğrenciye usulüne uygun tebligat yapılmadan ve savunması alınmadan verilen disiplin cezasının hukuka aykırı olacağı açıktır. Danıştay savunma alınmasındaki usulün kesin bir şekilde mevzuata uygun olarak yapılması gerektiğini vurguladığı bir kararında;

“... hakkında disiplin soruşturması açılan öğrenciye atfedilen suçun neden ibaret olduğunun, savunmasını yapacağı tarihten ... önce yazılı olarak bildirileceği, bu yazıda, öğrenciden belirtilen gün saat ve yerde savunmasını yapmak üzere hazır bulunmasının istenileceği, öğrenciye yollanacak davetiyede, çağrıya özürsüz olduğu halde uymadığı veya özürünü zamanında bildirmediği takdirde, savunmadan vazgeçmiş sayılacağı ve diğer delillere dayanılmak suretiyle hakkında gerekli kararın verileceğinin kaydolacağı, makbul sayılan bir özür bildiren veya mücbir sebep nedeniyle çağrıya uymadığı anlaşılan öğrenciye yeniden uygun süre verileceği veya belirtilecek bir süre içinde yazılı savunmasını göndermesinin isteneceği ...”

hususlarının tebligatta bulunmaması halinde soruşturmanın hukuka aykırı olarak tesis edileceğini belirtmektedir⁴⁶.

Danıştay'ın ilgili görüşü doğrultusunda bir disiplin soruşturmasının yürütülmesinde olmazsa olmaz bir usul adımı olan savunmanın alınması ve tebligatın yapılması işlemlerinin, ilişği kesilmiş bir öğrenci için de uygulanması gerektiği açıktır. İlişği kesilmiş öğrencinin elektronik posta adresi ya da telefon numarasını değiştirmiş olması olasılıkları düşünüldüğünde, tebligatın ulaştırılmasında çeşitli güçlükler yaşanabileceği açıktır. Mülga Yönetmelik döneminde ortaya çıkan soruşturma sürenin kısalığı yönündeki bu sorun, Kanunun 54/11. maddesi kapsamında sürenin uzatılmasıyla çözüldüğü görülmektedir.

2. İlişği Kesilmiş Öğrenci Hakkında Disiplin Cezası Uygulanması

İlişği kesilmiş öğrenciler hakkında yürütülen disiplin soruşturmalarının disiplin cezası ile sonuçlanması hususu kapsamında ilgi çekici örneklerle karşılaşılabilmektedir. Örneğin mezun bir öğrenci hakkında uyarı cezası kararı alınması, uygulanabilirlik bağlamında karmaşık bir durumu ortaya

⁴³ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.714; YILDIRIM/YASİN/KAMAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/ÇAKIR/OKAY TEKİNSOY, s.328; TAN, s.531; ATAY, s.889; BOZ, Selman Sacit: “Memur Disiplin Hukukuna Hakim Olan İlkeler”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 25(2), 2017, s.25.

⁴⁴ 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 54/4-a hükmü uyarınca; “Disiplin soruşturmasına, disipline konu olay öğrenilince derhal başlanılır ve soruşturma en geç otuz gün içinde sonuçlandırılır. Soruşturma bu süre içinde tamamlanamaz ise soruşturmacı gerekçeli olarak ek süre talep edebilir. Disiplin amiri sunulan gerekçeyi ve zamanaşımı sürelerini dikkate alarak her defasında otuz günü geçmemek üzere almış güne kadar, toplu olarak işlenen suçlarda ise doksana güne kadar ek süre verilir”.

⁴⁵ Mülga Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği'nin “Soruşturmanın süresi ve zamanaşımı” başlıklı 13. maddesi uyarınca; “Disiplin soruşturmasına olayın öğrenilmesini müteakip derhal başlanılır. Soruşturma, onay tarihinden itibaren onbeş gün içinde sonuçlandırılır”.

⁴⁶ Danıştay İDDK., 27.10.1989, E.1989/401, K.1989/156, www.lexpera.com.tr, (Erişim: 03.08.2022).

çıkarmaktadır. İlgili öğrencinin yükseköğrenim kurumu içindeki öğrenim hayatının devamı sırasında işlediği iddia edilen disiplin suçu fiili kapsamında savunma alınmadan ceza uygulanması kapsamında hukuka aykırılığın bulunduğu ayrı bir konu olmakla beraber ilgili cezanın nasıl bir etki yaratacağı ise diğer bir tartışma konusudur. Benzer bir olay yaşayan bir mezun öğrenci, mezuniyetten sonra verilen uyarma cezasının kendisi hakkında nasıl bir etki yaratacağını bilmemektedir⁴⁷. Yükseköğretim ile artık ilişkisi bulunmayan bu öğrenci gibi benzeri durumların da oluşabileceği ihtimal dahilindedir.

Bir idari yaptırım olan disiplin cezalarının en büyük özelliği icrai bir niteliğe sahip olmalarıdır. Diğer bir anlatımla idari yaptırımın, kişiler üzerinde doğrudan etki doğuracağını belirtmemiz gerekir. İptal davası konusu olabilecek idari işlemlerin, kesin ve yürütülmesi gereken icrai işlemler olduğu açıktır⁴⁸. Disiplin cezalarının karar tarihlerinin yanı sıra icrai etki kazanabilmeleri için ne zaman uygulanması gerektiği de ayrıca belirlenmelidir. 2547 sayılı Kanun'un 54/10-c maddesi kapsamında disiplin cezası vermeye yetkili amir ya da kurul, kararın uygulanma tarihini belirleme yetkisine sahiptirler. Hüküm kapsamında cezanın uygulanma tarihi, karar tarihi dışında başka bir tarih olarak belirlenebileceği gibi, herhangi bir tarihin belirlenmemesi durumunda cezanın verildiği tarih de olabilmektedir.

Kanun'un 54/10-c maddesi kapsamında belirlenen disiplin cezalarının uygulanması hususunda Kanunun 54/6-e maddesinde belirtilen başka yükseköğretim kurumuna geçiş yapan öğrenciler bakımından bir sorunun kalmadığını belirtebiliriz. Önceki yükseköğretim kurumunda belirlenmiş olan cezanın uygulanması için öğrencinin artık kayıtlı olduğu yükseköğretim kurumuna en kısa süre içinde iletilmesi gerektiği açıktır. Bu doğrultuda yeni kayıt yapılan yükseköğretim kurumu artık ilgili öğrenciye, alınmış kararı doğrudan uygulamakla yükümlüdür.

Ön lisans programını tamamlamış olanların lisans programına devam etmesi, lisans programını tamamlayanların lisansüstü programlara devam etmesi ya da ikinci kere lisans programına kaydolma ihtimalleri düşünüldüğünde, geçmiş öğrencilik dosyalarında yer alan cezaların artık uygulanabilirliği ortaya çıkacaktır. Bu durumda Kanun'un 54/10-c maddesinde belirtilen cezanın uygulanması hususu sağlanabilecektir. Ancak problem ilişkisi kesilmiş olup bir daha yükseköğretim kurumlarındaki diploma programlarına giriş yapmayanlar için devam edecektir. İşte bu durumda hakkaniyetin ve kamu düzeninin tekrar sağlanabilmesi adına ilişkisi kesilenler için farklı uygulamaların hüküm altına alınmasında fayda vardır. Her ne kadar ilişkisi kesilmiş öğrenciye verilecek cezanın fiilen uygulanma kabiliyeti kalmamış olsa bile, ilgilisi olan ilişkisi kesilmiş kişi üzerinde yarattığı manevi etkisinden dolayı cezanın iptal davasına konu edilebileceği gerçeğini belirtmek gerekir. Ancak bu manevi etki dışında, maddi bir etki yaratacak özel ceza hükümlerinin de getirilebileceği önerisi akla gelmektedir. Ayrıca bu ceza hükümlerinin 2547 sayılı Kanun kapsamında düzenlenmesi gerekir. Zira bu hükümlerin 2547 sayılı Kanun kapsamında düzenlenmesi, suç ve cezada kanunilik ilkesinin bir gereğidir.

İlişkisi kesilmiş kişinin bir disiplin cezası almasından sonra belirli sürenin geçirilmesi nedeniyle cezanın sicil dosyasından silinme talebine ilişkin ayrı bir hükmün bulunmaması da ayrı bir incelenmesi gereken husustur. Yükseköğretim kurumunda çalışan kişilere verilecek cezaların 2547 sayılı Kanun'un 53/G maddesi kapsamında özlük dosyasında, verilen cezaların türüne göre saklanma sürelerinin açıkça belirtildiği görülmektedir⁴⁹. Yine benzeri bir sistematik çerçevesinde öğrencilere verilecek cezaların, sicil dosyasından silinebilme sürelerinin açık bir şekilde belirtilmesi, personele sağlanan bu hakkın öğrenciler tarafında da tüketilebilmesini sağlayacak bir öneri olarak belirtilebilir. Bu öneri doğrultusunda yükseköğretim kurumu ile ilişkisi kalmayan kişilere de sürelerin tamamlanmasından sonra sicilden silme için öğrenim görmüş oldukları kurumlara başvuruda bulunabilme hakkının verilmesi gerekecektir.

3. Mezuniyet Şartı Tez veya Projenin Sakatlığına Neden Olacak Bir Disiplin Cezası Bakımından Mezun Öğrencinin Durumu

Bazı disiplin cezaları, mezuniyet ile ilişkisi kesilenler bakımından ağır bazı sonuçlara yol açmaktadır. Bu durumlar özellikle mezuniyeti gerektirecek yükümlülüklerin sakatlanmasına neden olacak fiillerin varlığı halinde karşımıza çıkmaktadır.

Mezuniyet gerekleri arasında en dikkat çekici olanı, mezuniyet şartının bir tez ya da bitirme projesine bağlı olması yönündedir. Mezuniyetin bir tez ya da bitirme projesine kapsamında bu şartın yerine getirilmesi, çalışmanın özgün olmasına bağlıdır. Dolayısıyla ortaya çıkan çalışmanın intihalden arınmış olması lüzumludur⁵⁰. Bir tez ya da bitirme projesinin intihal ile sonuçlanması, o diploma programındaki mezuniyet şartının yerine getirilmediği anlamına gelmektedir⁵¹. Disiplin soruşturması sonucu intihalin tespit

⁴⁷ BALKAN, Arif: "Mezun Öğrenciye 'Uyarı' Cezası Gitti", Milliyet Gazetesi, İstanbul, 05.05.2014, <https://www.milliyet.com.tr/gundem/mezun-ogrenciye-uyari-cezasi-gitti-1877303>, (Erişim 03.08.2022).

⁴⁸ İcrai işlem hakkında detaylı bilgi için bakınız; SEZGİNER, Murat: İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s.43; YILMAZ, Dilşat, İdari İşlemin İcraîlik Özelliği, Astana Yayınları, Ankara, 2014, s.32; KAYA, Cemil: "Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler" Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9(1-2), 2004, s.253, 260; ERKUT, Celal: İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, T.C. Danıştay Yayınları No: 51, Ankara, 2015, s.163.

⁴⁹ 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53/G-2 hükmü uyarınca; "Uyarma ve kınama cezalarının uygulanmasından itibaren beş yıl, aylıktan veya ücretten kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması veya birden fazla ücretten kesme cezalarının uygulanmasından itibaren on yıl sonra atamaya yetkili amire başvurularak verilmiş olan cezaların özlük dosyasından silinmesi talep edilebilir. İlginin, bu süreler içerisindeki davranışları, isteğini haklı kılacak nitelikte görülürse, talep yerine getirilir".

⁵⁰ İntihal, Arapça kökene sahip olan bir kelime olup, Türk Dil Kurumu Güncel Sözlüğünde aşırma olarak tanımlanmaktadır; <https://sozluk.gov.tr>, (Erişim 03.08.2022). İntihal kelimesini çalışmamız kapsamında bilimsel aşırma anlamında kullanacağız.

⁵¹ İntihal eyleminin disiplin hukuka yansımaları bakımından detaylı bilgi için bakınız; YAVUZDOĞAN, Seçkin: "İdari Yargı Kararlarından Hareketle "İntihal", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(1), 2017, s.254; DEMİRCİOĞLU, Mustafa Yaşar:

edilmesiyle verilecek disiplin cezasının yanı sıra diplomanın geri alınması kararı da ayrıca verilmelidir. Bu durumda intihali gerçekleştirmiş olan mezun öğrencinin, sanki mezun olmamış gibi eski hale iadesinin yapılması zaruridir.

Danıştay, intihalin mezuniyetten sonra bir disiplin soruşturmasıyla tespit edilmesi durumunda, soruşturma sonucu verilecek disiplin cezası ile diplomanın geri alınması işlemi olmak üzere iki ayrı idari işlemin uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Bir yüksek lisans tezinde intihalde bulunulduğuna dair ihbar üzerine açılan disiplin soruşturması sonucu intihalin tespit edilmesiyle hem disiplin cezasının uygulanması hem de diplomanın geri alınması işleminin Danıştay tarafından hukuka uygun bulunduğu bir kararda;

“... usulüne aykırı olarak hazırlanan, hatalı veri ve sonuçlar içeren söz konusu tezin belirtilen amaçlarla da kullanılmayacağı, bu nedenlerle davacının anılan yüksek lisans tezinin, mezuniyetinin ve diplomasının iptal edilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı, öte yandan herhangi bir kişi tarafından hazırlanan tez veya bilimsel yayın ve eserde yukarıda yer verilen mevzuat hükümlerinde tanımlanan etik ihlallerinin bulunması halinde bu tez veya bilimsel yayının iptal edilmesi veya yok sayılmasının hukuki bir gereklilik olduğu, ayrıca bu durumların açık hata kapsamında değerlendirilerek, idari işlemlerin dava açma süresi olan 60 günlük sürede geri alınabileceğine ilişkin kural dışında, her zaman geri alınması ve işlem tesisi mümkün olduğundan, bu yönden de işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı, disiplin hükümleri arasında yüksek lisans tezinin iptaline ilişkin bir düzenleme bulunmadığından bahisle, herhangi bir disiplin işlemi olmayan dava konusu işlemi, disiplin hükümleri kapsamında değerlendirilerek, disiplin soruşturması yapılmadan karar verildiği, suç ve cezaların kanuniliği ve orantılılık ilkelerine aykırı olduğu gerekçeleriyle iptale ilişkin verilen istinafa konu Mahkeme kararında yasal isabet görülmediği gerekçesiyle davalı idarenin istinaf başvurusunun kabulüne, ... İdare Mahkemesi kararının kaldırılmasına, davanın reddine karar verilmiştir”⁵².

Danıştay kararında açık bir şekilde diplomanın geri alınması işlemi, bir idari yaptırım amacıyla değil, ilgili idarenin tesis ettiği işlemin ilgili tarafından hırsızca sakatlığa uğratılması nedeniyle hatadan geri dönme amacıyla tesis ettiğini belirtmiştir.

Mezuniyet şartı kimi zaman bir araştırmanın sonuçlarının ortaya konduğu tez olabileceği gibi, kimi zaman ise staj ve benzeri uygulamalı eğitimi tamamlama anlamında verilen dersler olabilmektedir⁵³. Örneğin staja ilişkin imza defteri yükümlülüğünün ya da not çizelgesinin sahteliğinin disiplin soruşturması kapsamında tespiti halinde mezuniyetin de sakatlığından bahsedilmesi gerekecektir. Danıştay da disiplin soruşturmasında sahte not çizelgesi düzenleyen mezuna hem disiplin cezasının uygulanması hem de diplomanın geri alınması işlemlerinin hukuka uygun olduğunu belirtmektedir⁵⁴.

İlgili örneklerden de görüleceği üzere mezuniyeti hileli irade ile kazanan öğrenciye ait diplomanın geri alınmasının nedeni, ilgili öğrencinin kötü niyetinin varlığıdır. Kötü niyet kazanılmış bir hak oluşturamaz ve hukuk kötü niyeti korumaz. Bu nedenle dava açma süresine bağlı kalmaksızın ilgili idare olan yükseköğretim kurumunun, hileli davranışta bulunan ilgili öğrencinin diplomasını geri alması hukuka uygun olarak yorumlanmalıdır⁵⁵. Dolayısıyla mezuniyet ile öğrenciliği sona eren kişinin hileli bir davranışı ile mezuniyete hak kazanması ve bu durumun hakkında yürütülen bir disiplin soruşturması sırasında tespit edilmesi halinde, bu mezuniyetin kanıtı olan diplomanın geri alınmasında hukuki bir yarar bulunmaktadır.

Sonuç olarak disiplin soruşturması sonucu verilecek disiplin cezası ile diplomanın geri alınması işleminin birbirinden ayrı iki idari işlem olduğunu vurgulamakta fayda vardır. Dolayısıyla bir disiplin suçu fiilinden dolayı iki idari yaptırımın uygulandığı yorumu yerine; bir disiplin suçu fiili sonucu bir disiplin cezası idari yaptırımı gerçekleştirildiği dolayısıyla hukuka aykırı olan başka bir idari işlemin geri alınmasına ilişkin yeni bir işlemin tesis edildiği yorumunu yapmak yerinde olacaktır.

IV. SONUÇ

2547 sayılı Kanun kapsamında uygulanan disiplin rejiminde, yükseköğretim kurumlarından ilişkisi kesilmiş öğrencilerin durumunun, 2023 yılındaki değişim ile şekil almaya başladığı görülmekle beraber, bu kişilere ilişkin disiplin soruşturmalarının yürütülmesi ve cezaların uygulanması bakımından hala kimi eksiklikleri olduğu görülmektedir. Dolayısıyla mevzuat yönünden açık kalan bir bölgenin varlığından bahsedilebilmektedir.

İlişkisi kesilmiş öğrenciler hakkında hâlâ öğrencilik statüsündeymiş gibi disiplin rejiminin uygulanması Kanun kapsamında bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Her ne kadar soruşturmanın yürütülmesi kapsamında açıklık bulursa da soruşturmanın en önemli ögesi olan sonuç kısmındaki cezanın belirlendikten sonra uygulanması noktasında, yeni bir yükseköğretim kurumuna geçiş yapan öğrenciler hariç olmak üzere bir açıklık bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle 2547 sayılı Kanunun yükseköğretim kurumu değişikliği yapan öğrenciler için getirdiği yeni hükümler dışında, herhangi bir yükseköğretim kurumuyla ilişkisi kalmamış olan kişilerin yükseköğretim kurumunda öğrenim gördükleri süreçte işledikleri fiiller kapsamında nasıl bir uygulamaya tabi tutulacakları konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bir idari

“Üniversitelerde 2014 Yılından Önce İşlenen İntihal Suçlarıyla İlgili Disiplin Soruşturması ve Cezalandırma Sistemi”, Ankara Barosu Dergisi, 4, 2014, s.362.

⁵² Danıştay 8. D., 08.12.2020; E.2019/1221, K.2020/5371, www.lexpera.com.tr, (Erişim: 03.08.2022).

⁵³ Uygulamalı eğitimler kapsamındaki ders ve benzeri yükümlülükler, Yükseköğretimde Uygulamalı Eğitimler Çerçeve Yönetmeliği kapsamında işletmede mesleki eğitim, staj ve uygulamalı ders olmak üzere yükümlülükler üç gruba ayrılmıştır.

⁵⁴ Danıştay 8.D., 05.10.1992, E.1991/2628, K.1992/2147, www.lexpera.com.tr, (Erişim: 03.08.2022).

⁵⁵ İlgilinin hileli davranış kapsamında idarenin dava açma süresine tabi olmadan işlemini geri alması hakkında bakınız; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.455; YILDIRIM/YASİN/KAMAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/ÇAKIR/OKAY TEKİNSOY, s.463; ÇAĞLAYAN, s.50; ALTINDAĞ, s.93.

işlemin icrai nitelikte bir etki yaratması için ilgili hukuki statünün içinde bulunma zorunluluğu kapsamında ilişiği kesilmiş öğrencilikte problemler yaşanmaktadır. Bu problemler, kimi zaman disiplin soruşturmasının etkisiz kaldığının düşünülmesine yol açacak çeşitli sonuçları ortaya çıkarmaktadır.

Çalışma kapsamında da ortaya konan çeşitli olasılıkların çözümsüz kalmaması adına 2547 sayılı Kanun'da farklı yükseköğretim kurumuna geçiş yapan öğrenciler dışındaki diğer ilişiği kesilmiş öğrencilerin de göz önünde bulundurulmasında fayda olacaktır. Süre bakımından kısıtlı bir zaman diliminde yer alan öğrencilik statüsünün süresinin göz önüne alınması zaruri olmalıdır.

Çalışmada gerekliliğinden bahsedilen bu düzenlemelerin regüle edilmesi, sadece yükseköğretim kurumlarındaki iç düzenin korunmasını değil, yükseköğretim kurumlarından tamamen ilişiği kesilmiş öğrenciler kapsamında yürütülen disiplin soruşturmalarındaki olası aksaklıkların önlenmesini de sağlayacaktır. Ayrıca her ne kadar ilişiği kesilmiş bile olsa, öğrencilerin savunma hakkının kullanılabilmesi için tebligat düzeninin sağlanması ihtiyacının vurgulanması gerekir.

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku, 14. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2021.
- ALTINDAĞ, Halil: "İdari İşlemin Geri Alınması Sebebi Olarak Açık Hata", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 20(4), 2016, s.81-97.
- ATAY, Ender Ethem Atay: İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.
- BÜLBÜL, Erdoğan: İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.
- BOZ, Selman Sacit: "Memur Disiplin Hukukuna Hakim Olan İlkeler", SÜHFD, 25(2), 2017, s.15-41.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: "İdari İşlemin Geri Alınması Üzerine", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(1-2), 2000, s.43-58.
- ÇAKMAK, Volkan: Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Suç ve Cezaları, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara, 2012.
- DEMİRCİOĞLU, Mustafa Yaşar: "Üniversitelerde 2014 Yılından Önce İşlenen İntihal Suçlarıyla İlgili Disiplin Soruşturması ve Cezalandırma Sistemi", Ankara Barosu Dergisi, 4, 2014, s.327-362.
- DURSUN, Hasan: İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- ERKUT, Celal: İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, T.C. Danıştay Yayınları No: 51, Ankara, 2015.
- GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, Cilt I, İkinci Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009.
- GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, Cilt II, İkinci Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009.
- GÜNDÜZ, F. Ebru: "Disiplin Cezalarının Geri Alınması", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 20(1), 2016, s.411-424.
- HAREKET, Erdem: "Eğitim Hukukunda Yükseköğretim Öğrencilerine Yönelik Disiplin Suçları ve Cezaları: Hukuki Esaslarıyla Bazı Sorunsallar Üzerine", Yükseköğretim Dergisi, 11(2), 2021, s.191-214.
- KAYA, Cemil: İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- KAYA, Cemil: "Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler" Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 9(1-2), 2004, s.253-284.
- OKUYUCU ERGÜN, Güneş/BAŞ, Eylem: "Yükseköğretim Kurumu Öğrenci Disiplin Suçları, Cezaları ve Soruşturmalarına İlişkin Bazı Değerlendirmeler" MÜHF-HAD, 27(1), 2021, s.26-47.
- ÖZTÜRK, İlhami/SÜMER, Arif Emre: "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yükseköğretim Öğrencileri Disiplin Rejiminin Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi", MÜHF-HAD, 27(2), 2021, s.1039-1065.
- SEZGİNER, Murat: İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.
- TAN, Turgut: İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- ULUSOY, Ali: İdari Yaptırımlar, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- ÜSTÜN, Gül: "Disiplin Soruşturmalarında Hukuka Aykırı Deliller", MÜHF-HAD, 24(1), 2018, s.17-35.
- ÜSTÜN, Gül/SEÇKİN, Sinan: "İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi", MÜHF-HAD, (Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın'a Armağan), 21(2), 2015, s.509-533.
- YAŞAR, Hasan Nuri: İdare Hukuku, 2. Basım, Der Yayınları Ankara, 2014.
- YAVUZDOĞAN, Seçkin: "İdari Yargı Kararlarından Hareketle 'İntihal'", İnÜHFD, 8(1), 2017, s.225-254.
- YILDIRIM, Turan/YASİN, Melikşah/KAMAN, Nur/ÖZDEMİR, H. Eyüp/ÜSTÜN, Gül/ÇAKIR, Hüseyin Melih/OKAY TEKİNSOY, Özge: İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- YILMAZ, Dilşat, İdari İşlemin İcrailik Özelliği, Astana Yayınları, Ankara, 2014.

Elektronik Kaynaklar:

<https://www.hukukihaber.net/disiplin-hukuku-ve-ogrenci-disiplin-yonetmeligi-makale,4062.html>, (Erişim: 03.08.2022).

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, (Erişim: 03.08.2022)

<https://www.milliyet.com.tr/gundem/mezun-ogrenciye-uyari-cezasi-gitti-1877303>, (Erişim: 03.08.2022).

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2011/69?KararTarihiIlk=28%2F04%2F2011&KararTarihiSon=29%2F04%2F2011>, (Erişim: 03.08.2022).

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Hulüsi Alphan DİNÇKOL, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Hulüsi Alphan DİNÇKOL who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that he complies with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that he does not make any falsification of the data collected. In addition, he declares that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

OLAĞANÜSTÜ ZAMANAŞIMIYLA TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN KAZANILMASI VE İYİNİYET ŞARTININ ARANMAYIŞI İLE ANAYASA MAHKEMESİ KARARININ GETİRDİĞİ DEĞİŞİKLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

ACQUISITION OF IMMOVABLE PROPERTY WITH EXTRAORDINARY TIMEOUT AND THE NON-REQUEST OF THE GOODWILL CONDITION AND EVALUATION OF THE CHANGES BROUGHT BY THE CONSTITUTIONAL COURT DECISION

Merve ARSLAN*  ID.21492/inuhfd.1143803 

Makale Bilgi

Gönderi: 14/07/2022
Kabul : 13/04/2023

Anahtar Kelimeler

Taşınmaz Mülkiyeti,
Aslen Kazanma,
Tescilsiz Kazanma,
Olağanüstü
Zamanaşımı Yoluyla
Kazanma,
Tescil Davası.

Article Info

Received: 14/07/2022
Accepted: 13/04/2023

Keywords

Immovable Property,
Acquisition Originally,
Acquisition
Unregistered,
The Acquisition
Through Extraordinary
Statute of Limitations,
Registration Case.

Özet

Aslen ve tescilsiz olarak kazanımın türü olan, taşınmaz mülkiyetinin olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanılması, belirli şartların mevcut olmasını gerektirmektedir. Bu şartlar, maddi ve şekli şartlar olmak üzere ikili ayırım yapılmak suretiyle incelenebilecektir. Maddi şartlar da aralarında taşınmaza ve zilyetliğe ilişkin maddi şartlar şeklinde ikili ayırımla ele alınmaktadır. Taşınmaza ilişkin maddi şartlar bakımından öncelikle taşınmazın olağanüstü zamanaşımı ile kazanımının mümkün olması gerekmektedir. Ayrıca, “taşınmazın tapu kütüğüne kayıtlı olmayan bir taşınmaz olması” veya “taşınmazın tapu kütüğüne kayıtlı bir taşınmaz ise taşınmaz malikinin tapu kütüğünden anlaşılabilmesi veya maliki hakkında yirmi yıl önce gaiplik kararı verilmiş olması” gerekmektedir. Zilyetliğe ilişkin maddi şartlar ise, zilyedin, “taşınmaza malik sıfatıyla zilyet olması” ile bu “zilyetliğin yirmi yıl boyunca, davasız ve aralıksız sürdürülmüş olması”dır. Şekli şartlar bakımından da TMK ve Kadastro Kanunu bakımından ayırım yapılmıştır. TMK’ya göre şekli şart tescil davası iken, KK gereğince, şekli şart, aynı kanunda öngörülen şartların varlığına ilişkin yapılacak tespitin kesinleşmesidir. Bu şartlar arasında zilyedin iyiniyetli olması gerektiğine ilişkin şart bulunmamaktadır. Mevzuat gereğince, diğer şartların mevcudiyeti halinde taşınmaz mülkiyeti zamanaşımı yoluyla kazanılmış olacaktır.

Abstract

The acquisition of immovable property through extraordinary statute of limitations, which is the type of acquisition originally and unregistered, requires certain conditions to be present. These conditions can be examined by making two distinctions as material and formal conditions. Material conditions are also handled with a dual distinction as material conditions related to immovable property and possession. In terms of the material conditions regarding the immovable, first of all, it must be possible to acquire the immovable with extraordinary statute of limitations. In addition, if the immovable is an immovable that is not registered in the land registry, or if the immovable is a registered immovable in the land registry, the owner of the immovable cannot be identified from the land registry or the owner must have been given an absenteeism decision twenty years ago. The material conditions for possession are that the possessor is the owner of the immovable property and this possession has been continued for twenty years without a lawsuit and uninterrupted. In terms of formal conditions, a distinction is made between the Civil Law and the Cadastre Law. According to the Civil Law, the formal condition is the registration case; in accordance with the Cadastre Law, the formal condition is the finalization of the determination to be made regarding the existence of the conditions stipulated in the same law. Among these conditions, there is no requirement that the possessor must be in good faith. In accordance with the legislation, in the presence of other conditions, the ownership of the immovable will be acquired through the statute of limitations.

 Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

*Arş. Gör., Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** ARSLAN Merve, “Olağanüstü Zamanaşımıyla Taşınmaz Mülkiyetinin Kazanılması ve İyiniyet Şartının Aranmayışı ile Anayasa Mahkemesi Kararının Getirdiği Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, İnÜHFD, 14(1), 2023, s.141-152.

İntihal | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

A number of classifications have been made in terms of the ways in which immovable property is acquired. In this context, the two most basic distinctions are "acquisition of property by original and transfer" and "acquisition with or without registration". Acquisition of property by original refers to the independent acquisition of the ownership of an immovable without relying on the ownership right of the previous owner; in acquisition of property by transfer, it is possible to acquire the property by relying on the property right of the previous owner. The acquisition of immovable property with an extraordinary statute of limitations is one of the ways in which the property is actually acquired. In addition, in Turkish Law, immovable property is acquired in the form of acquisition with registration as a rule. This is because, this situation is regulated in article 705/I of the Turkish Civil Code. However, in exceptional cases, it may also be possible to acquire property through 'acquisition without registration'. Exceptional cases are listed in the second paragraph of the same article of the law by way of example. Unregistered acquisition of immovable property can be in the form of original or subcontracted acquisition. The acquisition of immovable property with an extraordinary statute of limitations is also a state of unregistered acquisition, which we encounter in the form of acquisition. The acquisition of property by statute of limitations is regulated in the Turkish Civil Code with a dual distinction between ordinary statute of limitations (article 712) and extraordinary statute of limitations (article 713), by specifying the conditions.

Certain conditions must be present in order to be granted with the ordinary statute of limitations. These conditions are divided into two as material and formal conditions. Material conditions are divided into two as material conditions in terms of real estate and material conditions in terms of possession. In terms of real estate, the first of the material conditions is that it is possible to acquire the real estate with extraordinary statute of limitations. For this, the immovable must be an immovable subject to private ownership. It is not possible for the immovables under the rule and disposal of the state to be acquired through extraordinary statute of limitations. Secondly, the immovable must be an immovable that is not registered in the land registry. In other words, immovables without title deed can be acquired with extraordinary statute of limitations. However, in some cases, if the immovable is registered in the title deed, it is possible to acquire the immovable through extraordinary statute of limitations. If the owner of the immovable registered in the title deed cannot be understood from the land registry, it is possible to acquire the immovable through extraordinary statute of limitations.

Another material condition annulled by the Constitutional Court in 2011 is that the owner of the immovable has died twenty years ago. The purpose of the regulation of the acquisition of immovable property with an extraordinary statute of limitations is to bring the said immovable to the economy after a long period of twenty years. In the event of the death of the deceased, the inability of the heirs to acquire through extraordinary statute of limitations means that the immovable cannot be included in the economy for a long time, despite the fact that the heirs have not taken any action within the twenty-year period. This situation results in the failure to fulfill the purpose of introducing the extraordinary statute of limitations. Therefore, the decision of the court is not correct.

Another material requirement in terms of immovable is that the immovable is a registered immovable in the land registry, but the owner has been given a decision of absence twenty years ago. In case of absence, although it is not possible for the immovables to automatically pass to the heirs, as in the case of death, there is a transfer upon request. In other words, with the finalization of the decision of absence, the same result as death occurs, and the ownership of the immovables passes to the heirs. For this reason, it is contradictory to abolish the death clause with an extraordinary statute of limitations in terms of property acquisition, but to preserve the absence by the Constitutional Court.

The first of the material conditions in terms of possession is possession as the owner of the immovable. Possession with the title of owner means that the possessor acts with the belief that he/she is the owner, and does not recognize the superior possession of another (owner). The second is to be held for twenty years without a lawsuit and without interruption. In the continuation of possession without a lawsuit, the intent is essentially that no remuneration lawsuit has been filed and acquired by the original owner. What is meant by the uninterrupted continuation of possession is that the possession is not lost definitively within a period of twenty years.

In addition to the material conditions, there are also formal conditions regarding the acquisition of property with an extraordinary statute of limitations. The first of these is the registration case regulated in the Turkish Civil Code. With the realization of the material conditions, the possessor acquires the immovable property out of the register with the extraordinary statute of limitations, but the formal condition must also be fulfilled for the registration to be made in his/her own name. This condition is the opening of the registration case. The lawsuit must be filed in the Civil Court of First Instance where the real estate is located. After the lawsuit is filed, there is also a condition of announcement. Accordingly, the immovable property must be announced by the court at different times, once in the newspaper and at least three times by appropriate means in the place where the immovable is located. If there is no objection within three months after the last announcement, even if there is an objection, if it is deemed inappropriate or unfair, the unregistered acquired property is registered with a court decision in the name of the owner. The second of the formal conditions is the determination condition regulated in the Turkish Cadastre Code.

The property is acquired by the person who has been in possession for twenty years, without litigation and without interruption, at the moment when the described extraordinary statute of limitations conditions are met. Among the aforementioned conditions was the condition that the owner of the immovable had died twenty years ago before the annulment decision of the Constitutional Court. The cancellation of this condition is contrary to the purpose of bringing the immovable to the economy, which is the main purpose of the institution of acquiring real property through extraordinary statute of limitations. Such that, with the cancellation of this condition, after the death of the owner of the immovable, the immovable does not participate in the economy for a long time, such as twenty years. There have been some criticisms in the doctrine that the annulment decision should also be given in terms of absenteeism, because the absence of absence is also suitable for annulment due to the same reasons, on the grounds that the condition regarding death is abolished. However, contrary to the cancellation of the condition regarding absence here, the condition regarding both death and absence must be preserved. Thus, the institution of acquiring immovable property with an extraordinary statute of limitations will effectively fulfil its purpose.

I. GİRİŞ

Taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasına ilişkin doktrinde birçok sınıflandırma yapılmıştır. Olağanüstü zamanaşımı ile taşınmaz mülkiyeti kazanımı ise doktrindeki sınıflandırmalardan yola çıkılarak aslen-tescilsiz kazanma hali olarak kabul edilmiştir. Bir başka ifadeyle, olağanüstü zamanaşımı ile aslen ve tescilsiz yani sicil dışı mülkiyet kazanımı mümkündür. Ancak söz konusu kazanım, kanun gereğince, birtakım şartlara tabi tutulmuştur. Bu şartların gerçekleşmesi halinde olağanüstü zamanaşımıyla mülkiyet kazanılacaktır. Ancak bu şartlar arasında olağan zamanaşımı ile kazanımdan farklı olarak iyiniyet şartı aranmamıştır. Çalışmamızda bu şartın aranmamasına ilişkin değerlendirmeler yapılarak, konu ele alınacaktır.

II. GENEL OLARAK

Mevzuatımızda taşınmaz tanımı yapılmamış olmakla beraber, doktrinde taşınmaz tanımlanmıştır. Buna göre, taşınmaz kavramı, özünde değişiklik yapılamayan ve bir yerden başka bir yere taşınamayan eşyaları ifade eder¹. Taşınmaz mülkiyetinin konusunu nelerin oluşturacağına ilişkin hüküm, TMK m.704'te düzenlenmiştir. Buna göre, taşınmaz mülkiyetinin konusunu, "Arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler" oluşturur. Taşınmaz mülkiyetinin konusunu oluşturan söz konusu haklar, doktrinde yapılan taşınmaz tanımı dışında kalmaktadır. Bu sebeple, taşınmaz kavramı, "özünde değişiklik yapılamayan ve bir yerden başka bir yere taşınamayan eşyalar" ile "tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar" şeklinde tanımlanmalıdır.

Taşınmaz mülkiyetinin kazanılma şekilleri bakımından birtakım sınıflandırmalar yapılmıştır. Bu bağlamda, en temel iki ayırım taşınmaz mülkiyetinin "aslen ve devren kazanılması" ve "tescille-tescilsiz kazanılması"dır. Aslen kazanma, bir taşınmazın mülkiyetinin kendisinden önceki malikin mülkiyet hakkına dayanmaksızın, bağımsız şekilde edinilmesini ifade ederken²; devren kazanmada kendisinden önceki malikin mülkiyet hakkına dayanmak suretiyle mülkiyetin kazanılması söz konusudur³. Taşınmaz mülkiyetinin olağanüstü zamanaşımıyla kazanılması mülkiyetin aslen kazanılma yollarından birini oluşturur⁴.

Hukukumuzda taşınmaz mülkiyeti kural olarak tescille kazanılır. Zira, bu durum TMK m.705/I'de "Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, tescille olur" denilmek suretiyle ortaya konulmuştur. Ancak, istisnai hallerde taşınmaz mülkiyeti tescilsiz de kazanılabilmektedir. İstisnai haller, TMK m.705/II'de getirilen "Miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma hâlleri ile kanunda öngörülen diğer hâllerde, mülkiyet tescilden önce kazanılır" düzenlemesiyle örnekleme suretiyle sayılmıştır. Taşınmaz mülkiyetinin tescilsiz kazanılması aslen veya devren kazanma şeklinde olabilmektedir⁵. Taşınmaz mülkiyetinin olağanüstü zamanaşımıyla kazanılması da aslen kazanma şeklinde karşımıza çıkan, tescilsiz kazanma halidir⁶.

Zamanaşımı ile mülkiyetin kazanılması, mevzuatımızda, şartları belirtilmek suretiyle, olağan zamanaşımı (TMK m.712) ve olağanüstü zamanaşımı (TMK m.713) ile kazanılmaya yönelik olarak ikili ayırımla düzenlenmiştir. Taşınmaz mülkiyetinin olağanüstü zamanaşımı ile kazanılabilmesi için belirli şartların mevcut olması gerekmektedir. Bu şartlar, maddi ve şekli şartlar olmak üzere ikili bir ayırımda incelenecektir

III. OLAĞANÜSTÜ ZAMANAŞIMI İLE TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN KAZANILMASININ ŞARTLARI

A. Maddi Şartlar

1. Taşınmaz Bakımından

a. Taşınmazın Olağanüstü Zamanaşımı ile Kazanımının Mümkün Olması

Taşınmaz mülkiyetinin olağanüstü zamanaşımıyla kazanılabilmesi için her şeyden önce taşınmazın özel mülkiyete konu edilebilmesi zorunludur⁷. Bir başka deyişle, devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmazların olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanılmaları söz konusu olamaz⁸. Nitekim TMK m.715/I'de,

¹ OĞUZMAN, M.Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, İstanbul 2021, s.14; GÜRSOY, Kemal Tahir/EREN, Fikret/CANSEL, Erol: Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984, s.470.

² OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.406; EREN, Fikret: Mülkiyet Hukuku, Ankara 2023, s.198; ERTAŞ, Şeref: Eşya Hukuku, İzmir 2017, s.266; AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Eşya Hukuku, İstanbul 2018, s.461; YILDIRIM, Abdülkerim/KESKİN Dilşad: "Olağanüstü Zamanaşımı ile Taşınmaz Mülkiyetinin Kazanılması Anı", Prof. Dr. Özer SELİÇİ'ye Armağan, Ankara 2006, s.656; SİRMEN, Lale: Eşya Hukuku, Ankara 2021, s.340; KESKİN, A. Dilşad/DEMİRCİOĞLU, H. Reyhan: Medeni Hukuk II (Eşya Hukuku-Miras Hukuku), Ankara 2018, s.99.

³ AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku II- Mülkiyet, Ankara 2016, s.156; YILDIRIM/KESKİN, s.656; SİRMEN, s.340.

⁴ AYAN, s.256; YILDIRIM/KESKİN, s.658.

⁵ YILDIRIM/KESKİN, s.658.

⁶ YILDIRIM/KESKİN, s.658.

⁷ AYAN, s.257; ESMER, Galip: Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili, İstanbul 1990, s.488; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s.524; RUHİ, Ahmet Cemal/RUHİ, Canan: Tapu İptali ve Tescil Davaları, Ankara 2021, s.1152; TOPUZ, s.225.

⁸ DÜZCEER, Ali Rıza: Kazandırıcı Zamanaşımıyla Taşınmaz İktisabı, Ankara 1994, s.7; KARAHASAN, Mustafa Reşit: Türk Eşya Hukuku, C. 1, İstanbul 2007, s.591; HATEMİ, Hüseyin: Eşya Hukuku, İstanbul, 2020, s.124.

“Sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait mallar, Devletin hüküm ve tasarrufu altında” sayılmış ve TMK m.715/II’de “aksi ispatlanmadıkça, yararı kamuya ait sular ile kayalar, tepeler, dağlar, buzullar gibi tarıma elverişli olmayan yerler ve bunlardan çıkan kaynaklar, kimsenin mülkiyetinde değildir ve hiçbir şekilde özel mülkiyete konu olamaz.”

denilmiştir. Yine, Kadastro Kanunu (KK) m.18/II’de de buna paralel düzenlemeler getirilmiştir⁹. Dolayısıyla, kamu malı niteliğindeki yerler ile sahipsiz yerler bakımından olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanma söz konusu olmayacaktır (TMK m.715/I). Kamu malları, “hizmet malları” ile “kamunun ortak kullanılmasına açılmış mallar” şeklinde ikiye ayrılır¹⁰. Hizmet malları, doğrudan kamunun kullanımına tesis edilen malları ifade eder¹¹. Kamunun ortak kullanılmasına açılmış mallar ise sahipsiz mallar ve orta malları şeklinde ikiye ayrılır: sahipsiz mallar, tabii nitelikleri gereği kamunun yararına hizmet eden yerleri ifade ederken; orta mallar, özel olarak tahsis işlemi yapılarak kamunun yararına açılan yerlerdir¹². Olağanüstü zamanaşımı ile kazanılması mümkün olmayan kamu mallarına örnek olarak, Yargıtay kararlarına da konu olan, tarıma elverişsiz taşlıklar¹³, ormanlar¹⁴, kıyı şeridi¹⁵, göller¹⁶, yollar¹⁷ vb. verilebilir¹⁸. Aynı şekilde denizler, ırmaklar, dağlar gibi kamuya ait yerler de olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanılamayacaktır.

Vakıfların mülkiyetindeki taşınmazların da olağanüstü zamanaşımıyla edinilmesi mümkün değildir¹⁹. Zira, bu husus TMK m.117 ve 5737 Sayılı Vakıflar Kanunu m.23’te “Vakıfların malları üzerinde zilyetlik yoluyla kazanma hükümleri uygulanmaz” denilmek suretiyle ortaya konulmuştur. Yine, Vakıflar Kanunu m.15/I ile getirilen “Vakıfların hayrat taşınmazları haczedilemez, rehnedilemez, bu taşınmazlarda mülkiyet ve irtifak hakkı için kazandırıcı zamanaşımı işlemez” düzenlemesiyle hayrat vakıf mallarının da olağanüstü zamanaşımı ile kazanılamayacağı vurgulanmıştır.

Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu (KTVKK) m.5²⁰ gereğince, kültür ve tabiat varlıkları Devlet mülkiyetindedir ve yine aynı kanunun 11. maddesi²¹ gereğince, olağanüstü zamanaşımı yoluyla mülkiyetlerinin kazanılması mümkün olamayacaktır²².

Olağanüstü zamanaşımı ile kazanılması mümkün olan özel mülkiyete elverişli taşınmazlar ise, TMK m.713/I ve II’de “tapu kütüğünde kayıtlı olmayan taşınmazlar”, “maliki tapu

⁹ KK m.18: “Yukarıdaki maddelerin hükümleri dışında kalan ve tescile tabi bulunan taşınmaz mallar ile tarım alanına dönüştürülmesi veya ekonomik yarar sağlanması mümkün olan yerler Hazine adına tespit olunur. Orta malları, hizmet malları, ormanlar ve Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerdir. Böyle bir yer ancak 3402 sayılı Kadastro Kanununun 17. maddesinde belirtilen koşullar altında para ve emek sarfedilmek suretiyle kültür arazisi haline getirilmesi ve bu olgunun tamamlandığı tarihten itibaren 20 yıldan fazla süre ile koşullarına uygun olarak tasarruf edilmiş olması halinde kazanılabilir...” (Erişim: 25.11.2021).

¹⁰ ÇETİN, Özge: Olağan ve Olağanüstü Zamanaşımı Yoluyla Taşınmazın Mülkiyetinin Kazanılması, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019, s.52 (Yayımlanmamış).

¹¹ ÇETİN, s.52.

¹² ÇETİN, s.52.

¹³ Yargıtay 8. HD, 06.03.2006, E.2006/694, K.2006/1472, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “...Tescil konusu taşınmaz 1967 yılında taşlık niteliğiyle tespit dışı bırakılan bir yerdir. Taşlık bir yer TMK’nın 715. maddesi hükmü uyarınca Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerdendir. Böyle bir yer ancak 3402 sayılı Kadastro Kanununun 17. maddesinde belirtilen koşullar altında para ve emek sarfedilmek suretiyle kültür arazisi haline getirilmesi ve bu olgunun tamamlandığı tarihten itibaren 20 yıldan fazla süre ile koşullarına uygun olarak tasarruf edilmiş olması halinde kazanılabilir...” (Erişim: 25.11.2021).

¹⁴ Yargıtay 20. HD, 7.4.2008, E.2008/2973, K.2008/5543, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “...Taşınmazın memleket haritasında ağaççıklarla kaplı ormanın devamı niteliğinde olduğu, bilirkişi raporunda %40 eğimli olduğu belirtildiğine göre, hem toprak muhafaza karakteri taşınması, hem de kadastro dışında kalmış orman olması nedeniyle zilyetlikle kazanılması mümkün değildir.” (Erişim: 25.11.2021).

¹⁵ Yargıtay 8. HD, 18.6.1992, E.1991/7899, K.1992/9765, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “Dava konusu taşınmazın kuzeyinde deniz bulunduğu bildirilmiş ve deniz sınır olarak gösterilmiştir...Jeolog bilirkişi tarafından düzenlenen raporda taşınmazın, kum, çakıl ve toprak karışımından meydana gelmiş bir yer olduğu bildirilmiştir... Denizin etkisi ile oluşan yerler denizin devamı sayılacağından bu tür yerlerin zamanaşımı ve zilyetlik yoluyla kazanılması mümkün değildir...” (Erişim: 25.11.2021).

¹⁶ Yargıtay 8. HD, 30.10.1990, E.1990/4860, K.1990/14346, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “...Yapılan keşifler sonunda dava konusu taşınmazın üç tarafının göl suları ile kaplı bulunduğu, göl suları çekildiğinde diğer taşınmazların toprak olarak ortaya çıktıkları tespit edilmiş bulunmaktadır. Ziraatçı bilirkişi raporu hükme yeterli olmadığından taşınmazın göl sahasında olup olmadığına, göl sularının daimi etkisi altında bulunup bulunmadığına dair bu konuda uzman sayılan bir jeolog tarafından rapor düzenlenmesi gerekir...” (Erişim: 25.11.2021).

¹⁷ Yargıtay 8. HD, 6.6.2006, E.2006/1688, K.2006/3964, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “...Kamulaştırılıp yol bakım, onarım ve güvenlik şeridi olarak, sonra da fiilen yol olarak kullanıldığı anlaşılan taşınmazların kamu emlakı niteliğini kazanmış olması nedeniyle, kazandırıcı zamanaşımı zilyetliği ile kazanılması olanağı bulunmaması ve davacıların kamulaştırma tarihinden geriye doğru yirmi yıla ulaşan zilyetliklerinin de ispatlanamamış olması karşısında, davanın reddine karar verilmesi gerekir...” (Erişim: 25.11.2021).

¹⁸ AYAN, s.257 vd.

¹⁹ HATEMİ, s.125: Yazar, hükmün “vakıflar bakımından, kamu yararına vakıf ve eski vakıfların doğrudan hayrattan olan malları hususlarında ayırım yapmamış olmasından dolayı amacını aştığını” belirtmektedir; YILDIRIM/KESKİN, s.661; AYDOS, Oğuz Sadık: Pratik Eşya Hukuku, Ankara 2021, s.164; KÜLAHÇI SERENGİL, Şölen: “Vakıf Taşınmazlarının Olağanüstü Zamanaşımı Yoluyla Kazanılması” (Vakıf), AÜHF, 60(4), 2011, s.926: “İster hayrattan olsun ister olmasın vakıf taşınmazları olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanılamaz.”

²⁰ KTVKK m.5: “Devlete, kamu kurum ve kuruluşlarına ait taşınmazlar ile özel hukuk hükümlerine tabi gerçek ve tüzelkişilerin mülkiyetinde bulunan taşınmazlarda varlığı bilinen veya ileride meydana çıkacak olan korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları Devlet malı niteliğindedir.”

²¹ KTVKK m.11: “...ancak , kültür ve tabiat varlıklarını koruma bölge kurullarınca birinci grup olarak tescil ve ilan edilen kültür varlıklarının bulunduğu taşınmazlar ile birinci ve ikinci derece arkeolojik sit alanlarındaki taşınmazlar zilyetlik yoluyla iktisap edilemez.”

²² YILDIRIM/KESKİN, s.661.

kütüğünden anlaşılamayan taşınmazlar” ve “yirmi yıl önce hakkında gaiplik kararı verilmiş bir kimse adına kayıtlı bulunan taşınmazlar” olmak üzere sınırlı sayıda belirlenmiştir. Bunlar olağanüstü zamanaşımı yoluyla taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasının şartlarından olup, aşağıda ele alınacaktır.

b. Taşınmazın Tapu Kütüğüne Kayıtlı Olmasına İlişkin Şart

i. Taşınmazın Tapu Kütüğüne Kayıtlı Olmayan Bir Taşınmaz Olması

TMK m.713/I gereğince, tapu kütüğüne kayıtlı olmayan taşınmazlar olağanüstü zamanaşımı ile mülkiyeti kazanılabilecek olan taşınmazlardan birini oluşturmaktadır. Bunlar tapusuz taşınmazlar şeklinde de ifade edilmektedir²³. Yine, KK m.14’de “Tapuda kayıtlı olmayan ... taşınmaz mal” ifadesi kullanılarak tapusuz taşınmazların olağanüstü zamanaşımı ile kazanılabileceği ifade edilmiştir²⁴. Bu bağlamda yalnızca yevmiye defterine kaydedilen taşınmazların olağanüstü zamanaşımı ile kazanılması mümkün olmaktadır²⁵. Olağanüstü zamanaşımı ile kazanılmak istenen taşınmazın tapuya kayıtlı olup olmadığını, açılacak tescil davasında, hakim, resen araştırmak durumundadır²⁶.

Tapusuz taşınmazlar, üzerinde özel mülkiyet kurulmasına elverişli olan ve tapulu taşınmaz niteliğinde olması gereken, ancak tapuya kaydı yapılmadığından tapusuz taşınmaz niteliğinde olan tarım arazileri²⁷ ve önceden tapulu taşınmaz niteliğinde olmasına karşın kadastro esnasında tapulanmayarak tapusuz taşınmaz niteliğine düşen yerlerdir²⁸. Tarıma elverişli olmayan, Devlet mülkiyetinde olan yerler ise bu kapsamda değerlendirilemeyecek ve olağanüstü zamanaşımı ile mülkiyet kazanılmasına konu olmayacaktır²⁹. Bir yerin tarıma elverişli olup olmadığının tespiti ise bilirkişi tarafından yapılacaktır³⁰.

ii. Taşınmazın Tapu Kütüğüne Kayıtlı Bir Taşınmaz Olması Ancak Taşınmaz Malikinin Tapu Kütüğünden Anlaşılabilmesi

TMK m.713/I gereğince, taşınmaz mülkiyetinin olağanüstü zamanaşımı ile kazanılmasının tapusuz taşınmazlar için mümkün olduğunu belirttik. Ancak kimi durumlarda taşınmazın tapuya kayıtlı olması halinde de olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanılması mümkündür. Bunlardan birini TMK m.713/II gereğince, tapuya kayıtlı taşınmazın malikinin tapu kütüğünden anlaşılabilmesi oluşturur. Taşınmazın malikinin tapu kütüğünden anlaşılabilmesi farklı şekillerde söz konusu olabilmektedir.

Tapu kütüğünde malike ilişkin kayıt var, ancak bu kayıt malikin kim olduğunu tespitinde yeterli değilse, söz konusu taşınmazın olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanılması mümkün olmaktadır³¹. Söz gelimi, malikin adının çizilmesi, malike ilişkin yalnızca ad veya yalnızca soyad bilgilerinin yazılmış olması hallerinde durum böyledir³². Daha açık ifadeyle, tapuda malik olarak örneğin yalnızca Ali yazması, Ali isminde birçok kişinin bulunması sebebiyle, malikin tespitinde yeterli olmayacağından, maliki belli olmayan taşınmaz söz konusu olacaktır. Ancak, malikin adresinin tespit edilememesi bu husus bakımından önem arz etmez³³. Taşınmazın

²³ TOPUZ, Murat: Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti, Ankara 2020, s. 225; AYAN, s.264.

²⁴ KK m.14/I: “Tapuda kayıtlı olmayan ve aynı çalışma alanı içinde bulunan ve toplam yüzölçümü sulu toprakta 40, kuru toprakta 100 dönüme kadar olan (40 ve 100 dönüm dahil) bir veya birden fazla taşınmaz mal, çekişmesiz ve aralıksız en az yirmi yıldan beri malik sıfatıyla zilyetliğini belgelerle veya bilirkişi veyahut tanık beyanlarıyla ispat eden zilyedi adına tespit edilir.”

²⁵ REİSOĞLU, Safa, “Fevkalade Müruru Zaman ve İlgili İçtihatı Birleştirme Kararları”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 17(2), 1962, s.363; AYAN, s.264.

²⁶ Yargıtay 8. HD, 4.10.1988, E.1988/11717, K.1988/12556, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “...Tescil davalarında bir yerin tapuda kayıtlı olup olmadığının mahkemece kendiliğinden araştırılması gerekir...” (Erişim: 09.11.2021); ÇETİN, s.64.

²⁷ AYAN, s.265; DOĞAN, Ayşegül: Tapusuz Taşınmazların Olağanüstü Zamanaşımı ile Kazanılması, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s.68 (Yayımlanmamış); ÇETİN, s.63; KESKİN/DEMİRCİOĞLU, s.105; TOPUZ, s.227.

²⁸ Yargıtay 8. HD, 21.05.1985, E.1985/5521, K.1985/5659, Sinerji Mevzuat: “...Dava konusu taşınmazın tapulama sırasındaki tespit dışı bırakıldığı anlaşılmaktadır... Kural olarak tapulu bir yerin Medeni Kanununun 639. maddesi hükmüne göre, yeniden tescilinin istenmesi mümkün değildir. Ancak olayımızda, o birlikte tapulama faaliyetinin son bulunduğu ve bu taşınmazın tapulamasının yapılmadığı ortaya çıkmış ve bu durumda o yere ait tapu kayıtları tapu kaydı olma niteliğini ve değerlerini yitirmişlerdir. Bu tapu kayıtları ancak tapulamadan sonra birer belge sayılırlar. Yoksa, o bölgede tüm kayıtlar revizyon görmüş olduğundan tapulamaya rağmen tapu kaydı olarak varlıklarını koruyamazlar. O itibarla önceden tapulu olmasına rağmen böyle bir yerin zilyed adına tesciline karar verilmesi mümkündür. Mahkemece de konu bu şekilde değerlendirilmiş ve ... taşınmazın tesciline karar verilmiştir. Hüküm usul ve yasaya uygundur...” (Erişim: 09.11.2021); AYAN, s.265.

²⁹ AYAN, s.265.

³⁰ Yargıtay 14. HD, 26.1.1990, E.1989/8332, K.1990/796, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “... Üç uzman bilirkişi ile keşif yapılarak toprak yapısı, bitki örtüsü, çevresi göl ile olan ilişkisi tam ve doğru olarak saptanıp, raporlar arasındaki çelişki giderilmeli, zilyetlikle kazanılabilecek kültür arazisi olan kesim ile sazlık ve göl alanında kalan, iktisabı olanaksız kesim belirlenip sonucuna göre hüküm kurulmalıdır...” (Erişim: 09.11.2021); AYAN, s.265.

³¹ RUHİ/RUHİ, s.1152; AYAN, s.266.

³² AYAN, s.266.

³³ Yargıtay 8. HD, 28.4.1986, E.1986/4678, K.1986/6449, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “Elife'nin oğlu Musa'nın kim olduğunun bilinmediği ileri sürülmek suretiyle bu kişiye ait pay kaydının iptali istenilmiştir... Elife'nin oğlu Musa'nın kim olduğu bellidir... Kim olduğunun bilinmemesi ile, bir kimsenin adresinin tesbit edilmemesi arasında anlam bakımından ayırım yapmak gerekir. O itibarla bu hukuki sebebe dayanılarak adı geçen üzerindeki kaydın iptali istenilemez...” (Erişim: 09.11.2021).

gerçekte olmayan bir kimse (hayali kişi, nam-ı mevhum) adına tescili³⁴ ve aynı taşınmazın birden fazla kişi adına ayrı ayrı tescili (çift tapu)³⁵ halinde de söz konusu şart sağlanmış kabul edilir.

Tapu kütüğünde taşınmazın malikine ilişkin kayıt varken bu kayıt silinmiş ve silinme sebebi belli değilse veya terk sebebiyle sicilden silinme söz konusuysa ve yahut silinme sebebinin geçersiz olduğu ortaya çıkmışsa³⁶, yine taşınmazın olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanılması mümkün olmaktadır³⁷.

Tüm bu hallerde gerçek malikin kim olduğu başka bir yolla öğrenilmiş olsa dahi olağanüstü zamanaşımı ile kazanma mümkündür³⁸. Zira, olağanüstü zamanaşımı ile kazanma şartları arasında iyiniyet şartı yer almamaktadır³⁹. İyiniyet şartının olağanüstü zamanaşımı yoluyla taşınmaz mülkiyeti bakımından mevcut olmamasının yanında, Yargıtay bir kararında, mirasçıları korumak amacıyla, mirasçıları bilinen taşınmaz malların olağanüstü zamanaşımıyla kazanılamayacağını ortaya koymuştur⁴⁰. Ancak, bu durum ilerde açıklayacağımız “taşınmaz malikinin yirmi yıl önce ölmüş olması” şartının AYM kararıyla iptal edilmesi sonucunda zaten mevcut hale gelmiştir.

iii. Anayasa Mahkemesi Kararı ile İptal Edilen Şart: Taşınmaz Malikinin Yirmi Yıl Önce Ölmüş Olması

TMK m.599/I gereğince⁴¹, ölümle birlikte murisin mülkiyetindeki taşınmazlar herhangi bir işlem gerekmeksizin mirasçılara geçmektedir. Ancak, TMK m.705/II gereğince⁴², bu taşınmazlar üzerinde mirasçılar tarafından tasarrufta bulunabilmesi için, taşınmazların mirasçılara adına tescilinin gerçekleştirilmesi gerekir. AYM, E.2009/58, K.2011/52 numaralı, 17.03.2011 tarihli kararından önce, TMK m.713/II'de yer alan hüküm gereğince, mirasçıların, bildirici nitelikteki bir tescil işlemini yirmi yıl içinde gerçekleştirmemesi⁴³ veya yirmi yıllık zilyedin açtığı tescil davasına süresi içinde itiraz etmemesi halinde⁴⁴, bu taşınmazların, diğer şartların da sağlanması koşuluyla, olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanılması mümkün olmaktadır. Ancak, AYM ilgili kararında “taşınmaz malikinin yirmi yıl önce ölmüş olmasına ilişkin şart”ın kaldırılmasına ilişkin iptal kararı vermiştir.

Yirmi yıl önce ölmüş olma şartına ilişkin iptal kararının gerekçesi hükmün Anayasa m.2 ve 35'e aykırılığıydı⁴⁵. Anayasa m.2'ye aykırılık iddiası kararda şu şekilde ele alınmıştır:

“Tapuda muris adına kayıtlı olan ve mülkiyetin ve miras hakkının temel haklardan birisi olduğu Anayasada belirtildiği için bir hakkın sırf tapuda intikal yapılmadığı diye belirli bir süre sonra sona erdiğinin kabul edilmesi de Anayasanın 2. maddesinde belirtilen Hukuk devleti ile bağdaşmamaktadır. Mülkiyet hakkının içerik ve sınırlarını belirleme yetkisi yasalara verilmiş ise de bu yetki sınırsız değildir. Hukuk devletinin genel ilkelerinden biri de mülkiyet hakkının zaman ötesi niteliğidir. Başka bir anlatımla, mülkiyet hakkının zamanaşımına uğramamasıdır. Bu nedenle TMK ve BK tarafından bir taşınmazın malik, zilyet ve mirasçılara tanınmış olan hakların hak sahiplerince yirmi yıl boyunca kullanılmaması, o kimselerin taşınmazla aralarındaki ilişkiyi fiilen kesmiş olsa bile o taşınmazla aralarında ki hukuksal ilişkinin belli bir süre sonra sona erdiği anlamına gelmez.

³⁴ AKİPEK, Jale G: Türk Eşya Hukuku (Aynı Haklar)- İkinci Kitap: Mülkiyet, Ankara 1971, s.140; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s.529; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.502; ERTAŞ, s.323; KESKİN/DEMİRCİOĞLU, s.106.

³⁵ REİSOĞLU, s.366; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.502; ERTAŞ, s.323; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s.563; Her iki kayıta da aynı kişinin adı malik olarak yazılmışsa, olağanüstü zamanaşımı yoluyla taşınmaz mülkiyeti kazanılamayacak, yalnızca farklı kayıtların mevcut olması durumunda söz konusu yolla mülkiyet kazanılabilecektir; YILDIRIM/KESKİN, s.662; RUHİ/RUHİ, s.1153; TOPUZ, s.230.

³⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.502; YILDIRIM/KESKİN, s.661.

³⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.502.

³⁸ AKİPEK, s.139; YILDIRIM/KESKİN, s.662; AYAN, s.267.

³⁹ AKİPEK, s.139; YILDIRIM/KESKİN, s.662.

⁴⁰ Yargıtay 8. HD, 9.6.2011, E.2010/6784, K.2011/3330, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “... Dosya arasındaki mirasçılık belgesine göre, davacılar miras bırakanı Halim 1974 yılında ölmüş, geride davacı mirasçıları bırakmıştır. Dava TMK'nun 713/2. maddesi gereğince açılan ve maliki bilineme sebebine dayalı tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir. Malikin tapu kütüğünden anlaşılabilen hali; taşınmaz malın sahibinin kim olduğunun bilinmesine yarayacak gerekli bilgilerin tapu sicilinden çıkarılmasının imkansız olmasıdır (HGK'nun 10.04.1991 tarih 1991/8-51 Esas, 194 Karar sayılı ilamı). ... Somut olayda, kayıt maliki Ahmet evlatları Esat, Feride ve Hafize'nin gerek tapu kaydındaki gerekse kadastro tutanağındaki bilgilere göre bilinmeyen kişiler olarak nitelendirilmeleri mümkün değildir. Davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır.” (Erişim: 09.11.2021).

⁴¹ TMK m.599/I: “Mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanırlar.”

⁴² TMK m.705/II: “Miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma hâlleri ile kanunda öngörülen diğer hâllerde, mülkiyet tescilden önce kazanılır. Ancak, bu hâllerde malikin tasarruf işlemleri yapabilmesi, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlıdır.”

⁴³ Yargıtay 8. HD, 13.6.2006, E.2006/2675, K.2006/4132, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “... Tapuda kayıtlı bir taşınmazın maliki ölmüş veya anlaşılamiyorsa, zilyedi mülkiyet hakkının tescilini isteyebilir. Kayıt malikinin mirasçılarının hayatta olması işlemeye başlayan zilyetliği kesmez...” (Erişim: 09.11.2021); AKİPEK, s.140; SUNGURBEY, İsmet Gülümser: İsviçre-Türk Hukukuna Göre İktisabi Müruru Zaman, İstanbul, 1956, s.19.

⁴⁴ İstihkak edinaları da TMK m.639 gereğince, yirmi yıllık süreye tabidir. Madde metni şöyledir: “Miras sebebiyle istihkak davası, davacının kendisinin mirasçı olduğunu ve iyiniyetli davalının terekeyi veya tereke malını elinde bulundurduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde mirasbırakanın ölümünün veya vasiyetnamenin açılmasının üzerinden on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. İyiniyetli olmayanlara karşı zamanaşımı süresi yirmi yıldır.”

⁴⁵ PAKSOY, Meliha Semih: “Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Işığında Tapuya Kayıtlı Taşınmazlarda Olağanüstü Kazandırıcı Zamanaşımı”, İÜHF, 73(1), 2015, s.446-447: Yazar iptal kararının gerekçesinin yüzeysel ve sınırlı olduğunu ifade etmektedir.

Devletin kazanılmış haklara saygılı olması ve kişilerin temel haklarını koruyucu düzenlemeleri yapması gerekir. TMK'daki bu düzenleme belirlenen bu ilkeye taban tabana zıt bir durum oluşturduğundan ve TMK 713/2'deki bu hüküm hakkın özünü ortadan kaldırdığından Anayasanın 2. maddesine de aykırıdır⁴⁶.”

Anayasa m.35 bakımından aykırılık iddiası ise,

“TMK hükümlerine göre mülkiyet hakkı sahibine mülkiyete yapılacak saldırıları önleme ve temin etme hakkı sağlamaktadır. Önleme davaları ise hiçbir süreye tabi değildir. Ölümden itibaren 20 yıl geçmekle mülkiyet hakkının sona erdiğinin belirtilmesi Anayasanın 35. maddesinde belirtilen herkes mülkiyet ve miras hakkına sahiptir. Bu haklar ancak kamu yararı amacı ile kanun ile sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz. Hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. Anayasanın 35. maddesi mülkiyet hakkının sınırlanabileceğinden belirtmekte, ancak tamamen ortadan kaldırılmasına olanak sağlayan bir düzenleme getirmemektedir. Anayasa Mahkemesinin 10/04/2003 tarih, 112/33 sayılı kararında da mülkiyet haklarının belirli bir süre geçmekle sona ermeyeceğine karar verdiğine göre TMK 713 deki 20 yıllık süre geçmekle mülkiyet hakkının sona erdirilmesi Anayasanın 35. maddesine aykırılık teşkil etmektedir⁴⁷.”

şeklinde yapılmıştır. Her iki iddia da mülkiyet hakkının (sahipliği ve saldırıların önlenmesi bakımından) zamanla sınırlı olarak korunmasının genel hukuk düzenine ve mevzuatımıza aykırılığını içermektedir. Bu sebeple, AYM yirmi yıl önce ölmüş olma şartı bakımından yürürlüğün durdurulması kararı vermiştir. Ancak, bu kararın verildiği 17.03.2011 tarihinden önceki bir tarihte olağanüstü zamanaşımı ile kazanmanın şartlarını gerçekleştirmiş kişilerin hakları saklı olup, bu kişilerin 17.03.2011 tarihinden sonra da tescil davası açarak mülkiyeti adlarına tescil ettirebilmeleri mümkündür⁴⁸.

AYM kararı ile “taşınmaz malikinin yirmi yıl önce ölmüş olmasına ilişkin şart”ın iptali yerinde olmamıştır. Zira, olağanüstü zamanaşımı ile taşınmaz mülkiyetinin kazanılması müessesesinin getirilmesindeki amaç, yirmi yıl gibi uzun bir sürenin ardından söz konusu taşınmazı ekonomiye kazandırmaktır. Murisin ölümü halinde yirmi yıllık süre içinde mirasçıların bir girişimde bulunmamış olmasına rağmen, olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanılmasının mümkün olmaması, taşınmazın ekonomiye uzun bir süre dahil edilemeyecek olması anlamına gelir, ki bu da olağanüstü zamanaşımı müessesesinin getiriliş amacının karşılanmaması sonucunu doğurur. Dolayısıyla, bu şartın varlığının kabul edilmesi ve tekrar Kanuna alınması müessesenin etkin yürütülmesi bakımından önem arz etmektedir.

Tapu kayıtların güncelliğinin korunması amacıyla, 03.05.2015'te 2644 sayılı Tapu Kanunu Ek m.1 ile

“Ölüm tarihinden itibaren en geç iki yıl içinde tapu sicilinde miras intikalinin gerçekleşmemesi halinde tapu müdürlüğü, mirasçılık belgesi düzenlenmesi için yargıya başvurabilir. Tapu müdürlüğü mirasçılık belgesine göre tapu sicili kayıtlarını elbirliği mülkiyeti şeklinde tescil ederek güncelleştirir.”

düzenlemesi getirilmiştir. Buna göre, ölümden sonra iki yıl mirasçılar tarafından tescil işlemi yaptırılmazsa, tapu müdürlüğü tescil işlemini gerçekleştirecektir.

iv. Taşınmazın Tapu Kütüğüne Kayıtlı Bir Taşınmaz Olması Ancak Maliki Hakkında Yirmi Yıl Önce Gaiplik Kararı Verilmiş Olması

Tapuya kayıtlı taşınmazın olağanüstü zamanaşımıyla edinilmesi hallerinden birini, TMK m.713/II gereğince, tapuya kayıtlı taşınmaz maliki hakkında gaiplik kararı bulunması oluşturur. TMK m.713/II'de yer alan “yirmi yıl önce ölmüş olma şartı” AYM kararı ile kaldırılmışken gaipliğe ilişkin şart varlığını korumaktadır. Oysa, gaiplik halinde her ne kadar ölüm halinde olduğu gibi taşınmazların kendiliğinden mirasçılara geçmesi söz konusu olmamaktaysa da taleple geçiş söz konusudur. Bir başka ifadeyle, gaiplik kararının kesinleşmesiyle birlikte ölümle aynı sonuç ortaya çıkmakta, taşınmazların mülkiyeti mirasçılara geçmektedir (TMK m.35/II)⁴⁹. Bu sebeple, AYM tarafından ölüm şartının olağanüstü zamanaşımıyla mülkiyet kazanımı bakımından kaldırılması ancak gaipliğin muhafaza edilmesi çelişki doğurmuştur. Zira, Anayasa m.2 ve 35'e aykırılık, ölümle aynı sonuçları doğurması sebebiyle gaiplik bakımından da geçerlidir. Ölümle ilişkin şartın kaldırılmış olması karşısında, gaipliğe ilişkin şartın kaldırılmamasının çelişki yarattığı açık olmakla birlikte, yukarıda da açıkladığımız üzere, hem ölüme hem gaipliğe ilişkin

⁴⁶ AYM, 17.03.2011, E.2009/58, K.2011/52, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (Erişim: 10.11.2021).

⁴⁷ AYM, 17.03.2011, E.2009/58, K.2011/52, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (Erişim: 10.11.2021).

⁴⁸ Yargıtay 8. HD, 22.12.2011, E.2011/3109, K.2011/7477, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “... Anayasa Mahkemesinin 17.03.2011 tarihli kararı ile TMK'nın 713/2 maddesindeki "20 yıl önce ölmüş" sözcüğü iptal edilmiş... Anayasa Mahkemesinin verdiği yürürlüğün durdurulması karar tarihi olan 17.03.2011 tarihinden önce hak sahipleri yararına kazanma koşulları oluşmuş, malik 20 yıl önce ölmüş ve 20 yıllık kazanma süresi de dolmuş ise, bu tür hak sahiplerinin de dava açma yönünden kazanılmış haklarının olduğu gözetilmelidir... Davalılar miras bırakanı adına kayıtlı taşınmazların tapulama tutanaklarının ölü İ. adına tescilinden davanın açıldığı tarihe kadar 20 yıllık sürenin dolduğu anlaşılmaktadır. Kazanma koşulları ve süresinin davacı yararına gerçekleştiği anlaşıldığından, davacının zilyetliğinin kesintiye uğratıldığı ispatlanamamıştır. Davanın belirlenen parseller yönünden kabulüne karar verilmesi hukuka uygundur...” (Erişim: 10.11.2021); AYAN, s.269.

⁴⁹ TMK m.35/II: “İlândan sonuç alınmazsa, mahkeme gaipliğe karar verir ve ölüme bağlı haklar, aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılır.”

şartın muhafaza edilmesi yerinde olacaktır. Zira, ancak bu durumda olağanüstü zamanaşımı müessesesi taşınmazın ekonomiye katılması amacını yerine getirmiş olacaktır.

Mevzuatımızda yirmi yıl önce hakkında gaiplik kararı verilmiş bir kimsenin taşınmazlarının, diğer şartların da varlığı halinde, olağanüstü zamanaşımı ile kazanılması mümkün olup, bu hususun koşullarının değerlendirilmesi gerekmektedir. Burada yirmi yıllık sürenin hangi andan itibaren başlayacağı tartışmalıdır. Doktrinde hakim görüş, sürenin, TMK m.713/II’de yer alan “yirmi yıl önce hakkında gaiplik kararı verilmiş bir kimse” ifadesinden yola çıkarak, karar tarihinden itibaren başlayacağını kabul etmektedir.⁵⁰ Bir diğer görüş, TMK m.35/II’de yer alan “Gaiplik kararı ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak hüküm doğurur” düzenlemesinden yola çıkarak sürenin gaipliğin hüküm doğurduğu andan itibaren başlayacağını savunmaktadır⁵¹. Bir başka görüş ise, gaiplik kararının kesinleşmesi ile sürenin başlayacağını ileri sürmektedir⁵². Doğrudan olağanüstü zamanaşımının gaiplik halinde kazanılmasına ilişkin özel hüküm bulunması ve hükmün lafzından sürenin başlangıcının gaiplik kararının verildiği tarih olarak anlaşılması sebebiyle ilk görüş kabul edilebilirse de, gaipliğin genel hukuk düzeni çerçevesinde hüküm ve sonuçlarını doğurması, kararın kesinleşmesine bağlı olduğundan, son görüşe katılmaktayız. Öyle ki, Yargıtay’ın da görüşü aynı yöndedir⁵³.

2. Zilyetlik Bakımından

a. Taşınmaza Malik Sıfatıyla Zilyetlik

Taşınmazın olağanüstü zamanaşımıyla kazanılabilmesi için, mülkiyeti kazanacak kimsenin taşınmaz üzerinde malik sıfatıyla zilyet olması gerekir: Malik sıfatıyla zilyetlikten kasıt, zilyedin malik olduğu inancıyla hareket etmesi, bir başkasının (malikin) üstün zilyetliğini tanımamasıdır⁵⁴. Zilyette malik olma inancının olmadığı ortaya koyan davranışların⁵⁵ (söz gelimi kira bedeli ödeme) mevcudiyetinde, bu şartın sağlanmadığı kabul edilecek, olağanüstü zamanaşımı ile mülkiyet kazanımı söz konusu olmayacaktır⁵⁶.

Malik sıfatıyla zilyetlik, doğrudan olabileceği gibi dolaylı zilyetlik de olabilecektir⁵⁷. Söz gelimi, doğrudan malik sıfatıyla zilyet, taşınmazı yirmi yıl süre ile davasız ve aralıksız olarak zilyetliğinde bulundurursa, diğer şartlar da mevcutsa, olağanüstü zamanaşımıyla mülkiyeti kazanması söz konusu olacaktır. Yine, malik sıfatıyla zilyet, söz konusu taşınmazı bir başkasına kiralarsa, bu ilişki kapsamında dolaylı malik sıfatıyla zilyet konumunda bulunacak ve yirmi yıl süre ile davasız ve aralıksız olarak dolaylı zilyetliğini sürdürürse, diğer şartlar da mevcutsa, olağanüstü zamanaşımıyla mülkiyeti kazanabilecektir⁵⁸.

b. Yirmi Yıl Boyunca, Davasız ve Aralıksız Zilyetlik

TMK m.713 gereğince, olağanüstü zamanaşımı yoluyla mülkiyet kazanılması için taşınmaz üzerindeki zilyetliğin, “yirmi yıl boyunca, davasız ve aralıksız” olarak devam etmesi gerekmektedir. Yirmi yıllık sürenin başlangıcı, tapu kütüğüne kayıtlı olmayan taşınmazlar bakımından malik sıfatıyla zilyetliğin söz konusu olduğu andan itibaren başlamaktadır⁵⁹. Tapu kütüğüne kayıtlı olup taşınmaz malikinin belli olmadığı taşınmazlar bakımından zamanaşımı malikin belli olmama anında başlamaktadır⁶⁰. Gaiplik halinde, zamanaşımının hangi andan başlayacağı tartışmalı olup, buna ilişkin açıklamalar yukarıda yapılmıştır. Katıldığımız görüşe göre, gaiplik halinde zamanaşımı süresi gaiplik kararının kesinleşmesiyle başlamaktadır.

⁵⁰ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 435; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s.532.

⁵¹ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.499; SUNGURBEY, s.19.

⁵² SAYMEN, Ferit H./ ELBİR, Halit K.: Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1963, s.297; AYAN, s.272.

⁵³ Yargıtay 8. HD, 20.10.2008, E.2008/3264, K.2008/5027, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “...Gaiplik kararının kesinleşmesinden itibaren 20 yıldan fazla tasarruf halinde tapunun hukuki değerini yitireceğinden davanın reddi kararı doğrudur...” (Erişim: 10.11.2021).

⁵⁴ AYAN, s.270; AKİPEK, s.142; SİRMEN, s.404; ESMEER, s.512; AYDOS, s.164; KÜLAHÇI SERENGİL, Şölen: “Olağanüstü Zamanaşımı Yoluyla Taşınmaz Mülkiyetinin Kazanılması” (Olağanüstü Zamanaşımı), İÜHF, 73(1-2), 2010, s.226.

⁵⁵ Yargıtay 8. HD, 17.9.2007, E.2007/4148, K.2007/4870, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “... Yerin özel harman yeri olarak kullanıldığı, makinelik tarıma geçilmesi üzerine tarım aletleri ve sair malzemeler konulmak suretiyle tasarruf edildiği belirlenmiştir. Bu şekilde sürdürülen zilyetlik ve yararlanma TMK'nın 713/1. maddesi karşısında kazanma sağlar...” (Erişim: 10.11.2021).

⁵⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.512; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s.535.

⁵⁷ AYAN, s.271.

⁵⁸ AYAN, s.271.

⁵⁹ GÜRSOY/EREN/CANSEL, s.535; AKİPEK, s.143; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.515; SUNGURBEY, s.43; DÜZCEER, s.230; KÜLAHÇI SERENGİL, Olağanüstü Zamanaşımı, s.230; KESKİN/DEMİRCİOĞLU, s.107; RUHİ/RUHİ, s.1154.

⁶⁰ ÇETİN, s.83.

Zilyetliğin devri halinde, TMK m.996 gereğince⁶¹, devralan zilyet, ilk zilyedin süresini kendi süresine ekleyebilmekte ve böylece yirmi yıllık süreyi tamamlayabilmektedir⁶². Ancak, bunun için her iki zilyedin de zilyetliklerinin olağanüstü zamanaşımı ile mülkiyeti kazanma şartlarını taşıması gerekmektedir⁶³.

Zilyetliğin davasız sürdürülmesinden kasıt, esasen, asıl malik tarafından herhangi bir istihkak davasının açılmış ve kazanılmış olmamasıdır⁶⁴. Asıl malik tarafından açılacak zilyetliğe ilişkin davaların ise, bu davaların zamanaşımını kesmemesi sebebiyle, kimi yazarlarca, davasızlık şartına hanel getirmediği kabul edilmektedir⁶⁵. Ancak, aksi görüşte olan yazarlar da mevcuttur⁶⁶.

Yirmi yıllık süre dolmadan zilyet tarafından açılan davaların ise, davasızlık şartının oluşmasına engel olup olmadığı konusunda ortak bir yaklaşım kabul edilmemekte, Yargıtay kimi kararlarında engel olduğunu⁶⁷, kimi kararlarında engel olmadığını⁶⁸ kabul etmekteydi⁶⁹. Ancak, 19.01.2007 tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kararıyla, zilyedin açtığı davanın, zamanaşımını keseceği ve davasızlık şartının sağlanmasına engel olacağı kabul edilmiştir⁷⁰.

Zilyetliğin aralıksız sürdürülmesinden kasıt ise, yirmi yıllık süre içinde zilyetliğin kesin şekilde kaybedilmemesidir⁷¹. Bir başka ifadeyle, zilyetlik kesin şekilde kaybedilirse, yirmi yıllık zamanaşımı süresi kesilecektir⁷². Ancak zilyetliğin hastalık, seyahat, sel gibi geçici felaketler sebebiyle geçici olarak kaybedilmesi, aralıksız zilyetliğin gerçekleşmesine engel teşkil etmeyecektir⁷³. Olağanüstü zamanaşımı süresinin hesaplanması, durması ve kesilmesi bakımından TMK m. 714 gereğince, TBK'nın alacak zamanaşımına ilişkin 146 ve devamı hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁷⁴.

B. Şekli Şartlar

1. TMK m.713 Gereğince Kabul Edilen Şekli Şart: Tescil Davası

TMK m.713/V gereğince, maddi şartların gerçekleşmesiyle birlikte, zilyet, taşınmaz mülkiyetini olağanüstü zamanaşımı ile sicil dışı kazanmış olur, ancak kendi adına tescilin yapılması için şekli şartın da gerçekleşmesi gerekir⁷⁵. Bu şart tescil davasının açılmasıdır⁷⁶. Davada HMK m.2 gereğince, değeri ve miktarı önemli olmaksızın Asliye Hukuk Mahkemesi

⁶¹ TMK m.996: “Kazandırıcı zamanaşımından yararlanma hakkına sahip olan zilyet, zilyetliği kendisine devreden aynı yetkiye sahip idiyse onun zilyetlik süresini kendi süresine ekleyebilir.”

⁶² Yargıtay 8. HD, 24.1.2005, E.2004/9125, K.2005/317, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “... Davacı TMK'nun 996. maddesine göre; önceki malikin zilyetlik süresinden istifade ederek bu taşınmazı iktisap edebilecektir...” (Erişim: 10.11.2021).

⁶³ Yargıtay HGK, 24.4.1985, E.1983/8-578, K.1985/349, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “... Zilyetlik sürelerinin birbirine eklenebilmesi için, zilyetlik süresi eklenecek önceki zilyedlerin de kazandırıcı zamanaşımından faydalanma hakkına sahip bulunmaları zorunludur. Bu yön, halefiyet kuralının gereğidir. Davacının, kendisinden önceki zilyedlerin sahip bulunmadıkları bir haktan halefiyet yolu ile yararlanması hukuken mümkün değildir...” (Erişim: 10.11.2021); YAZAN, İsmail Hakkı Kürşat, Taşınmaz Mülkiyetinin Olağanüstü Zamanaşımıyla Kazanılması, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2019, s.79 (Yayımlanmamış).

⁶⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.513; YILDIRIM/KESKİN, s.665; ERTAŞ, s.325; AYDOS, s.165.

⁶⁵ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.513; ERTAŞ, s.325.

⁶⁶ REİSOĞLU, s.377; AKİPEK, s.143-144; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s.535.

⁶⁷ Yargıtay 8. HD, 18.1.1996, E.1995/4585, K.1996/308, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “...Mahkeme, o davada davacının, 1971 yılında taşınmazda zilyetliğe başladığı ve dava tarihine kadar 20 yıllık iktisap süresi dolmadığı nedeniyle davanın reddine karar verilmiş ve o hüküm kesinleşmiştir. Bu kez davacı aynı nedene dayanarak bu davayı açmıştır. Evvelki davada kayıt malikinin mirasçıları olan davalılar karşı çıktığına göre zilyetlik hakkında niza doğmuştur. Bu itibarla, önceki kararda açıklanan 1971 yılında başlayan zilyetlik o davanın karar tarihinde kesinleşmiştir. Kararın kesinleştiği tarihten itibaren yeniden 20 yıllık bir zilyetlik süresinin geçmesi gerekir. Sonradan açılan davada dayanılan zilyetlik, 1971 yılında başlayan zilyetliğin devamı olarak düşünülemez...” (Erişim: 10.11.2021).

⁶⁸ Yargıtay 7. HD, 20.12.1990, E.1990/12149, K.1990/15575, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “...Tescil davasının davacısının taşınmazda sürdürdüğü zilyetlik üzerinde niza çıkarılmadığı zilyet tarafından kazandırıcı zamanaşımı hükümlerine göre açılan tescil davasının bu parsel yönünden zilyetliğin iktisaba yeterli süreye ulaşmaması sebebiyle reddedilmiş olması halinde zilyetliği kesmeyeceği gözönünde tutularak deliller hep birlikte değerlendirilmeli ve sonucuna göre bir karar verilmelidir...” (Erişim: 10.11.2021).

⁶⁹ AYAN, s.273.

⁷⁰ Yargıtay İBKG, 19.1.2007, E.2005/1, K.2007/1, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “...4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 713'üncü maddesinin 1 ve 2 nci fıkraları gereğince açılan tescil davasının süre yönünden reddedilmesi halinde; aynı yerle ilgili malikinin mirasçıları olan davalıların olumlu sonuçlanabilmesi için, ilk kararın kesinleşmesinden itibaren taşınmaz üzerindeki zilyetliğin davasız, aralıksız ve malik sıfatıyla yeniden 20 yıl sürmesi gerekir...” (Erişim: 10.11.2021).

⁷¹ AYAN, s.274; ESMER, s.513.

⁷² Yargıtay 14. HD, 17.1.1985, E.1984/3847, K.1985/309, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: “... Muayyen süre tasarruftan sonra zilyetlik inkitaa uğrarsa, bu inkitai müteakip yeniden başlayacak zilyetlikten itibaren 20 yılı geçmesi gerekir. Daha evvelki zilyetlik bu müddete ilâve edilmez. Bir kimsenin bir taşınmaz üzerindeki zilyetliği, taşınmaz kendisi tarafından terkedilmek suretiyle alâkasının kesilmesi neticesinde veya başka bir kimsenin aynı taşınmaz üzerinde malik sıfatıyla tasarruf etmeye başlaması ile nihayet bulur. Eğer zilyedin zilyetliği zamanaşımı süresini doldurmuş ise, bu zilyetliğin inkitai üzerine yeni zilyet aynı mal üzerinde iktisap zamanaşımı ile mülkiyet hakkı kazanmadıkça eski zilyedin taşınmaza elatmayı defettirmek hakkı bulunmaktadır...” (Erişim: 10.11.2021); OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.516; AYAN, s.274; YILDIRIM/KESKİN, s.665.

⁷³ HATEMİ, s.126; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s.536-537; AYAN, s.274; YILDIRIM/KESKİN, s.665; KÜLAHÇI SERENGİL, Olağanüstü Zamanaşımı, s.236: Zilyetliğin aralıksız kabul edilmesi için fiili hakimiyet yeterlidir, zilyedin taşınmazdan sürekli tasarruf etmesi gerekmemektedir.

⁷⁴ AYAN, s.274; YILDIRIM/KESKİN, s.666.

⁷⁵ ÇETİN, s.91.

⁷⁶ TOPUZ, s.239; YILDIRIM/KESKİN, s.666.

görevlidir⁷⁷. Yetkili mahkeme ise, HMK m.12 gereğince, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi olup, bu yetki kesin yetki niteliğindedir, taraflarca aksi kararlaştırılmayacaktır⁷⁸. Tescil davası, TMK m.713/III gereğince, “Hazineye ve ilgili kamu tüzel kişilerine veya varsa tapuda malik gözükken kişinin mirasçılara” karşı açılmaktadır.

Tescil davasında, zilyet, olağanüstü zamanaşımıyla kazanım şartlarını sağladığına ilişkin ispat yükü altındadır⁷⁹. Zilyetliğin ispatı konusunda, tapulu taşınmazlar bakımından herhangi bir kısıtlama mevcut olmayıp, her türlü delille ispat söz konusu olabilmektedir⁸⁰. Ancak, tapusuz taşınmazların ispatı, taşınmazın sulu toprak veya kuru toprak olmasına göre farklılık göstermektedir⁸¹. KK m.14/I ile bu husus,

“Tapuda kayıtlı olmayan ve aynı çalışma alanı içinde bulunan ve toplam yüzölçümü sulu toprakta 40, kuru toprakta 100 dönüme kadar olan (40 ve 100 dönüm dahil) bir veya birden fazla taşınmaz mal, çekişmesiz ve aralıksız en az yirmi yıldan beri malik sıfatıyla zilyetliğini belgelerle veya bilirkişi veyahut tanık beyanlarıyla ispat eden zilyedi adına tespit edilir.”

şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre, aynı çalışma alanında sulu toprakta kırk, kuru toprakta yüz dönüme kadar olan taşınmaz için her türlü delille ispatı mümkündür. Maddede belirtilen dönüm sınırını aşan taşınmaz mallar için ise ispat, ancak KK m.14'te belirtilen belgelerle mümkün olabilmektedir⁸². Bu belgeler madde metninde,

“31/12/1981 tarihine veya daha önceki tarihlere ait vergi kayıtları, tasdikli irade suretleri ile fermanlar, muteber müteveli, sipahi, mültezim temessük veya senetleri, kayıtları bulunmayan tapu veya mülga hazineci hassa senetleri veya muvakkat tasarruf ilmuhaberleri, tasdiksiz tapu yoklama kayıtları, mülkname, muhasebatı atika kalemi kayıtları, mubayaa, istihkam ve ihbar hüccetleri, evkaf idarelerinden tapuya devredilmemiş tasarruf kayıtları”

şeklinde sayılmıştır.

Davanın açılmasından sonra bir de ilan şartı mevcuttur ki, bu da TMK m.713/IV'te düzenlenmiştir. Buna göre, taşınmaz mal, mahkeme tarafından, bir kez gazetede ve en az üç kez taşınmazın bulunduğu yerdeki uygun araçlarla farklı zamanlarda ilan edilmelidir. Son ilanın yapılmasından sonraki üç ay içinde herhangi bir itiraz olmazsa, itiraz olsa da yerinde görülmez veya haksız görülürse, sicil dışı kazanılmış mülkiyet, mülkiyeti kazanan adına, mahkeme kararıyla tescil edilir (TMK m.713/VI). TMK m.713/VI'de “yukarıdaki koşulların gerçekleşmediğini ileri sürerek” yapılan itirazdan bahsedildiğinden, itiraz yalnızca olağanüstü zamanaşımı ile kazanım şartlarının gerçekleşmediğine ilişkin olabilir, malik istihkak iddiasıyla itirazda bulunamaz⁸³. Burada mahkeme tarafından verilecek tescile ilişkin karar, yenilik doğuran nitelikte değil, bildirici niteliktedir⁸⁴. Ancak itiraz söz konusu olur da, mahkeme tarafından haklı görülürse, haklı olan itiraz sahipleri kendi adlarına tescilin yapılmasını mahkemeden talep edebilir, hakim de bu yönde karar verebilir (TMK m.713/VI). Olağanüstü zamanaşımı ile mülkiyeti kazanan kimsenin, taşınmaz tapusuz bir taşınmazsa, tescil davasında, tescille birlikte, taşınmazın tapuya kaydını da talep etmesi gerekmektedir⁸⁵.

2. Kadastro Kanunu Gereğince Kabul Edilen Şekli Şart: Tespit

KK m.13 ve m.14'te olağanüstü zamanaşımı yoluyla taşınmaz mülkiyetinin kazanılması için sağlanması gereken şartlar, TBK m.713'e benzer şekilde düzenlenmiştir. Taşınmaz mülkiyeti TMK m.713 gereğince değil de, KK gereğince kazanılmaktaysa, zilyedin tescil davası gibi bir dava açmasına gerek bulunmamaktadır⁸⁶. Burada, KK m.13 ve 14'te yer alan şartlarının varlığına ilişkin tespit yapılacak ve bu tespit olumlu olarak kesinleşirse, taşınmaz mülkiyeti zilyet tarafından kazanılacaktır⁸⁷.

⁷⁷ PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2021, s.39; ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2021, s.90: “Bir davanın hangi mahkemenin görev alanına gireceği tespit edilirken öncelikle bu uyumsuzluğun özel mahkemelerden birinin görev alanına girip girmediğine bakılır. Herhangi bir özel mahkemenin görev alanına giriyorsa dava o özel mahkemede açılmalıdır. Özel mahkemelerden birisinin görev alanına girmiyorsa sulh hukuk mahkemesinin görev alanına girip girmediği araştırılmalı, sulh hukuk mahkemesinin görev alanına da girmiyorsa dava en genel mahkeme niteliğindeki asliye hukuk mahkemesinde açılmalıdır.”; HMK m.2: “(1) Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir. (2) Bu Kanunda ve diğer kanunlarda aksine düzenleme bulunmadıkça, asliye hukuk mahkemesi diğer dava ve işler bakımından da görevlidir.”

⁷⁸ AYAN, s.277; ATALI/ERMENEK, s.99; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.78; ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2020, s.231.

⁷⁹ GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s.540; AYAN, s.277.

⁸⁰ AYAN, s.278-279; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s.541.

⁸¹ KK m.14/II: “Sulu veya kuru arazi ayrımı, Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu hükümlerine göre yapılır”; AYAN, s.279.

⁸² KK m.14/IV: “Taşınmaz malın, yukarıdaki fıkranın kapsamı dışında kalan kısmının zilyedi adına tespit edilebilmesi için, birinci fıkra gereğince delillendirilen zilyetliğin ayrıca aşağıdaki belgelerden birine dayandırılması lazımdır.”

⁸³ SUNGURBEY, s.73; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s.540.

⁸⁴ AKİPEK, s.147; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s.543.

⁸⁵ AKİPEK, s.147.

⁸⁶ ÇETİN, s.100.

⁸⁷ ÇETİN, s.100.

Tespitin kesinleşebilmesi ise, tespite ilişkin tutulan tutanağın, malik iddiasıyla Kadastro Mahkemesinde dava açılması olanağı sunulması amacıyla, otuz gün boyunca askı ile ilan edilmesi, ilan süresi içinde herhangi bir dava açılmaması halinde gerçekleşmektedir (KK m.11-12). Tespitin kesinleşmesiyle beraber, mahkeme kararı gerekmez, mülkiyet, en geç üç ay içinde, zilyet adına tescil edilir (KK m.12).

IV. HÜKÜMLERİNİ DOĞURMASI

TMK m.713/V gereğince, mülkiyet, olağanüstü zamanaşımı şartlarının olduğu anda, davasız ve aralıksız, yirmi yıl boyunca zilyet olan kişi tarafından kazanılmaktadır. Ancak mülkiyeti kazanmanın etkisinin ne zamandan itibaren olacağı mevzuatımızda hüküm bulunmaması sebebiyle tartışmalıdır. Bir görüşe göre, mülkiyet, zamanaşımı süresi olan yirmi yıllık sürenin başladığı andan itibaren, geriye etkili olarak sonuç doğurmaktadır⁸⁸. Bir başka görüş ise, mülkiyetin, şartların tamamlanıp mülkiyetin kazanıldığı andan itibaren sonuç doğuracağını kabul etmektedir⁸⁹. Bu tartışma, ecrimisil ödenmesi bakımından önem arz etmekte olup, mülkiyet kazanımının geçmişe etkili olarak sonuç doğurduğu kabul edilirse, mülkiyeti kazanan kimseden geçmişe dönük olarak ecrimisil istenemezken⁹⁰; aksi görüş benimsendiğinde geçmişe dönük beş yıllık ecrimisil talep edilebilecektir⁹¹.

V. SONUÇ

Olağanüstü zamanaşımı ile mülkiyet kazanılmasına ilişkin mevzuatta yer alan tüm şartların sağlanması halinde taşınmaz olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanılmış olacaktır. Bu şartlar arasında, AYM'nin verdiği iptal kararından önce, taşınmaz malikinin yirmi yıl önce ölmüş olması şartı da yer almaktaydı. Bu şartın AYM kararı ile iptal edilmesi, olağanüstü zamanaşımı yoluyla taşınmaz mülkiyetinin kazanılması müessesesinin esas amacını oluşturan taşınmazın ekonomiye kazandırılması amacına ters düşmektedir. Öyle ki, bu şartın iptal edilmesiyle, taşınmaz malikinin ölümünden sonra, taşınmazın yirmi yıl gibi uzun bir süre ekonomiye katılmaması söz konusu olmaktadır. Burada AYM'nin iptal kararını gaiplik bakımından da vermesi gerektiği, zira gaipliğin de ölüme ilişkin şartın kaldırılması gerekçesiyle aynı gerekçeler sebebiyle iptal edilmeye elverişli olduğu konusunda doktrinde birtakım eleştiriler getirilmiştir. Ancak burada gaipliğe ilişkin şartın iptal edilmesinin aksine, hem ölüme hem gaipliğe ilişkin şartın muhafaza edilmesi gerekmektedir. Böylece, olağanüstü zamanaşımı ile taşınmaz mülkiyetinin kazanılması müessesesi etkin bir şekilde amacını gerçekleştirmiş olacaktır.

⁸⁸ ŞUNGURBEY, s.84; AKİPEK, s.152; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s.546.

⁸⁹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.493.

⁹⁰ Yargıtay 8. HD, 11.02.1993, E.1992/365, K.1993/1209, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası: "... Tapulama tesbitine kadar 20 yılı aşkın süre koşullarına uygun şekilde tasarruf edilen taşınmaz, tesbit tarihinde olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanılmış ve mutasarrıfı lehine mülkiyet hakkı doğmuştur. Bundan sonra idare tarafından ecrimisil adı altında para alınması haksız zenginleşme sayılır..." (Erişim: 14.11.2021); SUNGURBEY, s.85-86.

⁹¹ AYAN, s.283.

KAYNAKÇA

- AKİPEK, Jale G: Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) - İkinci Kitap: Mülkiyet, AÜHF Yayınları, Ankara 1971.
- AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK Turgut/ATEŞ Derya: Eşya Hukuku, Beta, İstanbul 2018.
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel: Medeni Usul Hukuku. Yetkin, Ankara 2020.
- ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim: Medeni Usul Hukuku, Seçkin, Ankara 2021.
- AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku II- Mülkiyet. Seçkin, Ankara 2016.
- AYDOS, Oğuz Sadık: Pratik Eşya Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara 2021.
- ÇETİN, Özge: Olağan ve Olağanüstü Zamanlaşımı Yoluyla Taşınmazın Mülkiyetinin Kazanılması, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019.
- DOĞAN, Ayşegül: Tapusuz Taşınmazların Olağanüstü Zamanlaşımı ile Kazanılması. Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007.
- DÜZCEER, Ali Rıza: Kazandırıcı Zamanlaşımıyla Taşınmaz İktisabı, Yetkin, Ankara 1994.
- EREN, Fikret: Mülkiyet Hukuku, Yetkin, Ankara 2023.
- ERTAŞ, Şeref: Eşya Hukuku. Barış Yayınları Fakülteler Kitapevi, İzmir 2017.
- ESMER, Galip: Mevzuatımızda Gayrimenkul Hükümleri ve Tapu Sicili. Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1990.
- GÜRSOY, Kemal Tahir/EREN Fikret/CANSEL Erol: Türk Eşya Hukuku. AÜHF Yayınları, Ankara 1984.
- HATEMİ, Hüseyin: Eşya Hukuku. On İki LevhaYayıncılık, İstanbul 2020.
- KARAHASAN, Mustafa Reşit: Türk Eşya Hukuku, C. 1. Arıkan, İstanbul 2007.
- KESKİN, A. Dilşad/DEMİRCİOĞLU H. Reyhan: Medeni Hukuk II (Eşya Hukuku-Miras Hukuku), Seçkin, Ankara 2018.
- KÜLAHÇI SERENGİL, Şölen: “Olağanüstü Zamanlaşımı Yoluyla Taşınmaz Mülkiyetinin Kazanılması”. İÜHF, 73(1-2), 2010, s.219-244. (Olağanüstü Zamanlaşımı).
- KÜLAHÇI SERENGİL, Şölen: “Vakıf Taşınmazlarının Olağanüstü Zamanlaşımı Yoluyla Kazanılması”, AÜHFD, 60(4), 2011, s.921-933. (Vakıf).
- OĞUZMAN, M.Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY ÖZDEMİR Saibe: Eşya Hukuku. Filiz, İstanbul 2021.
- PAKSOY, Meliha Semih: “Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Işığında Tapuya Kayıtlı Taşınmazlarda Olağanüstü Kazandırıcı Zamanlaşımı”, İÜHF, 73(1), 2015, s.441-464.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, On İki Levha, İstanbul 2021.
- REİSOĞLU, Safa: “Fevkalade Müruru Zaman ve İlgili İçtihatı Birleştirme Kararları”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 17(2), 1962, s.361-392.
- RUHİ, Ahmet Cemal/RUHİ, Canan: Tapu İptali ve Tescil Davaları, Seçkin, Ankara 2021.
- SAYMEN, Ferit H./ELBİR Halit K: Türk Eşya Hukuku Dersleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1963.
- SİRMEN, Lale: Eşya Hukuku. Yetkin, Ankara 2021.
- SUNGURBEY, İsmet Gülümser: İsviçre-Türk Hukukuna Göre İktisabi Müruru Zaman, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1956.
- TOPUZ, Murat: Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti, Seçkin, Ankara 2020.
- YAZAN, İsmail Hakkı Kürşat: Taşınmaz Mülkiyetinin Olağanüstü Zamanlaşımıyla Kazanılması, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2019.
- YILDIRIM, Abdülkerim/KESKİN Dilşad: “Olağanüstü Zamanlaşımı ile Taşınmaz Mülkiyetinin Kazanılması Anı”, Prof. Dr. Özer SELİÇİ’ye Armağan, Seçkin, Ankara 2006, s.655-678.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Merve ARSLAN, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlaması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Merve ARSLAN who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

**İKİNCİ DAĞLIK KARABAĞ SAVAŞI SONRASINDA İMZALANAN ATEŞKES
ANDLAŞMASI'NA GÖRE AZERBAIJANLI GÖÇMENLERİN YERLERİNE DÖNÜŞÜ*****RETURN OF AZERBAIJANI IMMIGRANTS TO THEIR LANDS ACCORDING TO THE CEASEFIRE
AGREEMENT SIGNED AFTER THE II. NAGORNO-KARABAKH WAR**Tuğçe İSAYEV** 10.21492/inuhfd.117019 **Makale Bilgi**Gönderi: 05/09/2022
Kabul : 11/04/2023**Anahtar Kelimeler***Azerbaycanlı
Göçmenler,
Azerbaycanlı
Göçmenlerin Yerlerine
Dönüşü,
II. Dağlık Karabağ
Savaşı,
Ateşkes Andlaşması,
Birleşmiş Milletler
Mülteciler Yüksek
Komiserliği.***Article Info**Received: 05/09/2022
Accepted: 11/04/2023**Keywords***Azerbaijani
Immigrants,
Return of Azerbaijani
Immigrants to Their
Places,
II. Nagorno-Karabakh
War,
Ceasefire Agreement,
United Nations High
Commissioner for
Refugees***Özet**

Dağlık Karabağ sorunu ve I. Dağlık Karabağ Savaşı Azerbaycanlı göçmenlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Azerbaycanlı göçmenlerin sorunlarının çözülmesi ve yerlerine dönüşü Azerbaycan açısından her zaman öncelikli meselelerden biri olmuştur. Bu çalışmanın amacı, II. Dağlık Karabağ Savaşı sonrasında imzalanan Ateşkes Andlaşması'na göre Azerbaycanlı göçmenlerin yerlerine dönüşünü ayrıntılı şekilde incelemektir. Ateşkes Andlaşması'nın 7. maddesine göre, mülteciler ve ülke içinde yerinden edilmiş kişiler, Dağlık Karabağ'ın topraklarına ve etrafındaki rayonlara Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin kontrolü altında dönecektir. Bu çalışma ile varılan sonuca göre I. Dağlık Karabağ Savaşı ve bu savaş sırasında Ermenistan tarafından gerçekleştirilen işgal sebebiyle 1991 yılı ve sonrasında Eski Dağlık Karabağ Özerk Bölgesi ve etrafındaki yedi rayonda ülke içinde yerinden edilmiş Azerbaycanlı göçmenler Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin denetimi ve kontrolü altında yerlerine dönebilecektir. Bu çerçevede, 1988 yılı ve sonrasında Ermenistan'dan zorunlu olarak göç ettirilen Azerbaycanlı göçmenlerin yerlerine başka bir ifade ile, zorunlu olarak göç ettirildikleri Ermenistan'a dönüşü Ateşkes Andlaşması ile getirilen düzenlemenin kapsamına dahil değildir. Ancak, Ateşkes Andlaşması'nın 7. maddesine göre bu kişiler de Dağlık Karabağ'ın topraklarına ve etrafındaki rayonlara Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin denetimi ve kontrolü altında dönebilecektir. Azerbaycan Hukuku bakımından mülteciler ve ülke içinde yerinden edilmiş kişilerin aynı hukuki statüye tabi tutulduğu, bu durum sebebiyle de ülke içinde yerinden edilmiş kişiler ile birlikte mültecilerin Dağlık Karabağ topraklarına ve etrafındaki rayonlara dönmeye izin verildiği ifade edilebilir. Azerbaycanlı göçmenlerin yerlerine dönüşü ile ilgili en önemli sorun Azerbaycanlı göçmenlerin dönecekleri toprakların Ermenistan tarafından mayınlanmış olması ve bölgedeki mayınların temizlenmesinin uzun yıllar sürecek olmasıdır.

Abstract

Azerbaijani immigrants emerged due to the Nagorno-Karabakh conflict and the I. Nagorno-Karabakh War. The return of Azerbaijani immigrants to their places and the solution of their problems are always one the priority issues for Azerbaijan. The aim of this study is to examine in detail the return of Azerbaijani immigrants to their lands according to the Ceasefire Agreement signed after the II. Nagorno-Karabakh War. According to the regulation of the Ceasefire Agreement on the return of Azerbaijani migrants to their land and the conclusion reached by this study, in the former Nagorno-Karabakh Autonomous Region and its surrounding 7 raions, internally displaced Azerbaijani immigrants who were displaced due to the First Nagorno-Karabakh War and the occupation by Armenia during this war, in 1991 and after will be able to return to their places under the control of the United Nations High Commissioner for Refugees. The return of the Azerbaijani immigrants, who were forced to migrate from Armenia in 1988 and later, to their land, in other words to Armenia, where they were forced to migrate, is not included in the scope of the arrangement brought by the Ceasefire Agreement. However, according to Article 7 of the Ceasefire Agreement, these people will also be able to return to the Nagorno-Karabakh lands and surrounding raions under the control of the United Nations High Commissioner for Refugees. The most important problem regarding the return of Azerbaijani immigrants to their land is that the lands where the Azerbaijani immigrants will return were mined by Armenia. Armenia refuses to give the maps of the mines laid in the region to Azerbaijan, and even if these maps are given to Azerbaijan, it will take many years to clear the mines in the region.

 Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

* Bu makale 15-16 Haziran 2022 tarihinde gerçekleştirilen 8. Asoscongress Uluslararası Hukuk Sempozyumu'nda sunulmuş özet bildirinin geliştirilmiş ve genişletilmiş halidir.

** Dr. Öğr. Üyesi, Kırklareli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** İSAYEV Tuğçe, "İkinci Dağlık Karabağ Savaşı Sonrasında İmzalanan Ateşkes Andlaşması'na Göre Azerbaycanlı Göçmenlerin Yerlerine Dönüşü", İnÜHFD, 14(1), 2023, s.153-165. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

The Nagorno-Karabakh problem is a problem that stems from Armenia's territorial demands from Azerbaijan, and its historical origins go back quite far. Around 250.000 Azerbaijani people living in Armenia after 1988, when the Nagorno-Karabakh problem was provoked, were forced to migrate from Armenia due to this problem. The Azerbaijani people who were forced to emigrate from Armenia settled in various cities within the borders of Azerbaijan. After the dissolution of the Union of Soviet Socialist Republics in 1991 and Azerbaijan and Armenia became independent states, the Nagorno-Karabakh problem turned into a problem between the two independent states in 1991 and afterward, and then into war. During this war, which we may call the First Nagorno-Karabakh War, approximately 20% of Azerbaijan's territory was occupied by Armenia. The lands occupied by Armenia during the First Nagorno-Karabakh War are the Old Nagorno-Karabakh Autonomous Oblast, which is the subject of Armenia's territorial demands from Azerbaijan, and the 7 raions around it. As a result of the occupation, about 40.000 Azerbaijanis living within the borders of the former Nagorno-Karabakh Autonomous Region occupied by Armenia and about 560.000 Azerbaijanis living in 7 raions around the Former Nagorno-Karabakh Autonomous Region, and a total of about 600.000 Azerbaijanis forcibly migrated from the occupied territories to various cities within the borders of Azerbaijan. All of these people are generally named Azerbaijani immigrants.

The aim of this study is to examine in detail the return of Azerbaijani immigrants to their lands according to the Ceasefire Agreement signed after the II. Nagorno-Karabakh War. Among the research questions that consist of the basis of this study there included questions as; What are the reasons that reveal Azerbaijani immigrants? Who are the Azerbaijani immigrants mainly composed of? What results are encountered when the legal status of Azerbaijani immigrants is examined in terms of international law? What are the problems faced by Azerbaijani immigrants? For what reason is the return of Azerbaijani immigrants significant for Azerbaijan? What kind of regulation was made in the Ceasefire Agreement signed after the II. Nagorno-Karabakh War on the return of Azerbaijani immigrants to their places?

Nagorno-Karabakh problem, I and II. Nagorno-Karabakh Wars are generally discussed in Turkish and Azerbaijani literature with their political and historical dimensions. There are few studies examining the aforementioned issues with their legal dimension and the dimension of international law. This situation is also relevant in terms of addressing the return of Azerbaijani immigrants to their land. In the studies on Azerbaijani immigrants, the issue is discussed with its political, historical, and social dimensions. There are few studies examining the return of Azerbaijani immigrants to their land with their legal dimension and the dimension of international law. This study is important and meaningful as it primarily aims to fill the mentioned deficiency. Apart from this, there is another issue that makes this study important and meaningful. A regulation on the return of Azerbaijani migrants to their land was taken part in the Ceasefire Agreement signed after the II. Nagorno-Karabakh War. The Ceasefire Agreement is examined in Turkish and Azerbaijani literature, in general, all the time. In the studies on the Ceasefire Agreement, the assignment of the Russian Peace Contingent in the region, the establishment of a Ceasefire Agreement Control Center, the creation of corridors are emphasized, and the regulation on the return of Azerbaijani immigrants to their land is mentioned with a few sentences. This study will fill the gap on this issue by examining the regulation of the Ceasefire Agreement on the return of Azerbaijani immigrants to their places in detail and with the dimension of international law and will contribute to the literature by filling the lack of literature on this subject.

This is a qualitative study. In this study, all studies on the subject have been reviewed, research has been made on the subject, and various conclusions have been reached based on these researches. In this context, this study is a research study.

The findings of this study reveal that; Azerbaijani immigrants emerged due to the Nagorno-Karabakh conflict and the I. Nagorno-Karabakh War, although all the Azerbaijani immigrants are called this way in general, their legal status differs in terms of international law; the return of Azerbaijani immigrants to their places and the solution of their problems are always one of the priority issues for Azerbaijan, the arrangements for the return of Azerbaijani immigrants are included in many documents, including the Ceasefire Agreement signed after the I. Nagorno-Karabakh War, but that it is not possible for Azerbaijani immigrants to return to their places due to the Armenia's occupation that lasted for about 30 years.

According to the regulation of the Ceasefire Agreement on the return of Azerbaijani migrants to their land and the conclusion reached by this study, In the former Nagorno-Karabakh Autonomous Region and its surrounding 7 raions, internally displaced Azerbaijani immigrants who were displaced due to the I. Nagorno-Karabakh War and the occupation by Armenia during this war, in 1991 and after will be able to return to their places under the control of the United Nations High Commissioner for Refugees. The return of the Azerbaijani immigrants, who were forced to migrate from Armenia in 1988 and later, to their land, in other words to Armenia, where they were forced to migrate, is not included in the scope of the arrangement brought by the Ceasefire Agreement. However, according to Article 7 of the Ceasefire Agreement, these people will also be able to return to the Nagorno-Karabakh lands and surrounding raions under the control of the United Nations High Commissioner for Refugees. The fact that the return of Azerbaijani immigrants to their land will be carried out under the control of the United Nations High Commissioner for Refugees is an important and positive development for Azerbaijan since all the Azerbaijani immigrants are among the working subjects of the United Nations High Commissioner for Refugees. In addition, it is another important and positive development for Azerbaijan that the return of Azerbaijani immigrants to their land will not be under the control of the Russian Peacekeeping Contingent, but under the control of the United Nations High Commissioner for Refugees. The fact that Azerbaijan ended the occupation of Armenia with the II. Nagorno-Karabakh War, and in this context, a different situation from the circumstance after the I. Nagorno-Karabakh War indicates Azerbaijani immigrants can return to their land this time and regulations are applicable in terms of the Azerbaijani immigrants' return to their land in the Ceasefire Agreement. The most important problem regarding the return of Azerbaijani immigrants to their land is that the lands where the Azerbaijani immigrants will return were mined by Armenia. Armenia refuses to give the maps of the mines laid in the region to Azerbaijan, and even if these maps are given to Azerbaijan, it will take many years to clear the mines in the region.

The main limitation encountered in the study is the existence of various uncertainties about how to implement the Ceasefire Agreement and therefore the return of Azerbaijani immigrants to their land within the framework of the Ceasefire Agreement.

After the uncertainties about the implementation of the Ceasefire Agreement have disappeared, it is necessary to monitor how the regulation of the Ceasefire Agreement on the return of Azerbaijani immigrants will be implemented and whether the process will be continued under the control of the United Nations High Commissioner for Refugees by the regulation introduced by the Ceasefire Agreement.

I. GİRİŞ

Dağlık Karabağ sorunu Ermenistan'ın Azerbaycan'dan toprak taleplerinden kaynaklanan, kökleri oldukça gerilere giden bir sorundur. Dağlık Karabağ sorununun şiddetlendiği 1988 yılı ve sonrasında Ermenistan'da yaşayan yaklaşık 250.000 Azerbaycanlı Ermenistan'dan bu sorun sebebiyle zorunlu olarak göç ettirilmiştir. Ermenistan'dan zorunlu olarak göç ettirilen Azerbaycanlılar Azerbaycan sınırları içindeki çeşitli şehirlere yerleşmiştir. Dağlık Karabağ sorunu Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin¹ parçalanmasının, Azerbaycan ile Ermenistan'ın bağımsız devletler haline gelmesinin ardından 1991 yılı ve sonrasında iki bağımsız devlet arasındaki bir soruna ve ardından savaşa dönüşmüştür. I. Dağlık Karabağ Savaşı olarak adlandırabileceğimiz bu savaş sırasında Azerbaycan'ın ülkesinin neredeyse yüzde yirmisi Ermenistan tarafından işgal edilmiştir. Ermenistan tarafından I. Dağlık Karabağ Savaşı sırasında işgal edilen topraklar, Ermenistan'ın Azerbaycan'dan toprak taleplerine konu olan Eski Dağlık Karabağ Özerk Bölgesi² ve etrafındaki yedi rayondur³. Ermenistan tarafından gerçekleştirilen işgal sonucu işgal edilmiş EDKÖB sınırları içinde yaşayan yaklaşık 40.000 Azerbaycanlı ve EDKÖB'nin etrafındaki yedi rayonda yaşayan yaklaşık 560.000 Azerbaycanlı toplamda ise yaklaşık 600.000 Azerbaycanlı zorunlu olarak işgal edilmiş topraklardan Azerbaycan sınırları içindeki çeşitli şehirlere göç etmiştir. Bu kişilerin tamamı genel olarak, Azerbaycanlı göçmenler şeklinde adlandırılmaktadır.

I. Dağlık Karabağ Savaşı sonrasında imzalanan Ateşkes Andlaşması'nda⁴ Azerbaycanlı göçmenlerin yerlerine dönüşü ile ilgili bir düzenleme yer almış ancak, Ermenistan tarafından EDKÖB ve etrafındaki rayonlarda yaklaşık 30 yıl sürdürülen işgal sebebiyle Azerbaycanlı göçmenlerin yerlerine dönüşü mümkün olmamıştır. Azerbaycanlı göçmenler Ermenistan'ın EDKÖB ve etrafındaki rayonlarda yaklaşık 30 yıl sürdürdüğü işgali sırasında barınma, beslenme, sağlık, eğitim, güvenlik ve çalışma gibi konularda pek sorun ile karşılaşmıştır. Azerbaycan açısından Azerbaycanlı göçmenlerin yerlerine dönüşü ve sorunlarının çözülmesi her zaman için öncelikli meseleler arasında yer almıştır. Azerbaycan Dağlık Karabağ sorununun barışçı yollardan çözümü çalışmaları sırasında Ermenistan'ın işgal ettiği topraklardan çekilmesinin ve Azerbaycanlı göçmenlerin yerlerine dönmelerinin bu sorunun barışçı yollardan çözümünün ilk şartı olduğunu her fırsatta ifade etmiştir. Azerbaycanlı göçmenlerin yerlerine dönüşü ile ilgili düzenlemeler çeşitli kişilerce Dağlık Karabağ sorununun çözümü için hazırlanan planlarda, Dağlık Karabağ sorununun barışçı yollardan çözümü için sunulan çözüm önerilerinde, Avrupa Güvenlik ve İş Birliği Teşkilatı⁵ Minsk Grubu eş başkanları tarafından hazırlanan Madrid Prensiplerinde, yenilenmiş Madrid Prensiplerinde ve benzeri pek çok belgede yer almıştır.

Azerbaycan'ın işgal altındaki topraklarını işgalden kurtardığı ve Ermenistan karşısında büyük bir zafer elde ettiği II. Dağlık Karabağ Savaşı sonrasında imzalanan Ateşkes Andlaşması'nda⁶ da Azerbaycanlı göçmenlerin yerlerine dönüşü ile ilgili bir düzenleme yer almaktadır. Ateşkes Andlaşması'nın Azerbaycanlı göçmenlerin yerlerine dönüşü ile ilgili düzenlemesi Azerbaycan açısından Ateşkes Andlaşması'nın en önemli düzenlemelerinden birini teşkil etmektedir. Bu çalışmanın amacı, II. Dağlık Karabağ Savaşı sonrasında imzalanan Ateşkes Andlaşması'na göre Azerbaycanlı göçmenlerin yerlerine dönüşünü ayrıntılı şekilde incelemektir. Ateşkes Andlaşması'nın Azerbaycanlı göçmenlerin yerlerine dönüşü ile ilgili olan 7. maddesine göre, mülteciler ve ülke içinde yerinden edilmiş kişiler, Dağlık Karabağ'ın topraklarına ve etrafındaki rayonlara Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin⁷ kontrolü altında dönecektir.

Bu çalışmanın birinci bölümünde Azerbaycanlı göçmenler başlığı altında; Azerbaycanlı göçmenleri ortaya çıkartan Dağlık Karabağ sorunu ile I. Dağlık Karabağ Savaşı'ndan, Dağlık Karabağ sorunu ile I. Dağlık Karabağ Savaşı sebebiyle ortaya çıkan Azerbaycanlı göçmenlerin esasen kimlerden oluştuğundan ve uluslararası hukuk açısından Azerbaycanlı göçmenlerin hukuki statüsünden bahsedilecektir. Bu çalışmanın ikinci bölümünde ise Azerbaycanlı göçmenlerin yerlerine dönüşü başlığı altında, Azerbaycan'ın işgal altındaki topraklarını işgalden kurtardığı Ermenistan karşısında büyük bir zafer elde ettiği II. Dağlık Karabağ Savaşı'ndan ve bu savaş sonrasında imzalanan Ateşkes Andlaşması'ndan, Ateşkes Andlaşması'nın Azerbaycanlı göçmenlerin yerlerine dönüşü ile ilgili düzenlemesinden ve Azerbaycanlı göçmenlerin yerlerine dönüşünün önündeki en büyük engel olan mayınlar sorunundan bahsedilecektir.

II. AZERBAJCANLI GÖÇMENLER

A. Dağlık Karabağ Sorunu ve I. Dağlık Karabağ Savaşı

Dağlık Karabağ sorununun kökleri oldukça eski tarihlere gitmektedir. Bununla birlikte, bugünkü hali ile Dağlık Karabağ sorunu esasen 1980'li yılların sonlarında ortaya çıkmıştır. Ermenistan, 1988 yılı ve sonrasında Dağlık Karabağ sorunu bağlamında önce kendi ülkesindeki Azerbaycanlılara karşı daha sonra ise

¹ Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği bundan sonra "SSCB" olarak anılacaktır.

² Eski Dağlık Karabağ Özerk Bölgesi bundan sonra "EDKÖB" olarak anılacaktır.

³ Rayon sözcüğü idari birim anlamına gelmektedir.

⁴ I. Dağlık Karabağ Savaşı sonrasında imzalanan Ateşkes Andlaşması'nın metni için bkz. <https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/Bishkek%20Protocol.pdf>, (Erişim: 03.04.2023).

⁵ Avrupa Güvenlik ve İş Birliği Teşkilatı bundan sonra "AGİT" olarak anılacaktır.

⁶ II. Dağlık Karabağ Savaşı sonrasında imzalanan Ateşkes Andlaşması'nın Azerice metni için bkz. <https://president.az/az/articles/view/45923/print>, (Erişim: 15.06.2022); II Dağlık Karabağ Savaşı sonrasında imzalanan Ateşkes Andlaşması'nın Türkçe çevirisi için bkz. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu: Ermenistan'ın Karabağ'daki Eylemleri: İnsan Hakları İhlalleri ve İhlallerin Takibi, TİHEK Yayınları, Ankara 2021, s.16.

⁷ Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği bundan sonra "BMMYK" olarak anılacaktır.

Azerbaycan'ın sınırları içinde şiddet uygulamaya başlamıştır⁸. Bu sorunun en önemli sebeplerinden biri, Ermenistan'ın topraklarını genişletmek istemesi bu çerçevede, Azerbaycan'dan toprak talebinde bulunmasıdır. Ermenistan, Azerbaycan'dan toprak talepleri bağlamında öncelikle EDKÖB'nin kendisi ile birleştirilmesini talep etmiştir. Ermenistan, EDKÖB'nin kendisi ile birleştirilmesi taleplerinin uluslararası hukuk açısından kabul edilebilir olmadığını anlamasının ardından ise kendisinin bu sorunun bir tarafı olmadığını, Dağlık Karabağ Ermenilerinin self determinasyon hakkının bulunduğunu, Ermenistan'ın ise bu hakkın kullanılmasını sağlama konusunda Dağlık Karabağ Ermenilerine yardım etmeye çalıştığını ileri sürmüştür. Dağlık Karabağ sorunun sebepleri arasında Ermenistan'ın Azerbaycan'dan toprak talepleri dışında bölgenin önemli küresel aktörlerin mücadele alanı olması gibi başka sebepler de yer almaktadır⁹.

Dağlık Karabağ sorunu, Azerbaycan ile Ermenistan'ın 1991 yılında bağımsız devletler haline gelmesinin ardından iki bağımsız devlet arasındaki bir uluslararası soruna dönüşmüştür. Özellikle 1992 yılından itibaren yaşanan gelişmeler çerçevesinde ise Dağlık Karabağ sorunu iki bağımsız devlet arasındaki savaşa dönüşmüştür. I. Dağlık Karabağ Savaşı olarak adlandırabileceğimiz bu savaş sırasında Ermenistan hem Dağlık Karabağ sorunu bağlamında toprak taleplerine konu ettiği EDKÖB topraklarını hem de bu toprakları çevreleyen yedi rayonu işgal etmiştir. Ermenistan'ın I. Dağlık Karabağ Savaşı sırasında işgal ettiği topraklar Azerbaycan topraklarının yüzde yirmisine tekabül etmektedir. Ermenistan hem I. Dağlık Karabağ Savaşı sırasında hem de sonrasında insancıl hukuk kurallarını ihlal etmiştir. I. Dağlık Karabağ Savaşı 1994'te imzalanan Ateşkes Andlaşması ile sona ermiştir. I. Dağlık Karabağ Savaşı sebebiyle yaklaşık 20.000 Azerbaycanlı yaşamını yitirmiş, 50.000 Azerbaycanlı yaralanmış ve 5.000 Azerbaycanlı esir alınmış, bu kişilerden daha sonra haber alınamamıştır. Ayrıca, Dağlık Karabağ sorunu ve I. Dağlık Karabağ Savaşı sebebiyle yaklaşık 1 milyon Azerbaycanlı yerinden edilmiştir¹⁰.

1994'te I. Dağlık Karabağ Savaşı'nı sona erdiren Ateşkes Andlaşması'nın imzalanmasının ardından Dağlık Karabağ sorunu dondurulmuş bir soruna dönüşmüştür. I. Dağlık Karabağ Savaşı'nı sona erdiren Ateşkes Andlaşması'nın imzalanmasından II. Dağlık Karabağ Savaşı'na kadar geçen süre boyunca zaman zaman küçük çaplı ateşkes ihlalleri yaşanmıştır. Bu süreçte sorunun barışçı yollardan çözümü için de önemli girişimlerde bulunulmuştur. Sorunu barışçı yollardan çözmek için Rusya, ABD gibi devletler ve AGİT gibi uluslararası örgütler arabuluculuk yapmıştır. Sorunun barışçı yollardan çözümü için pek çok görüşme de yapılmıştır. Ancak, sorunun barışçı yollardan çözülmesi mümkün olmamıştır. Dağlık Karabağ sorununun barışçı yollardan çözümü çabaları sırasında Azerbaycan'ın önceliği her zaman, Ermenistan işgalinin sona ermesi, I. Dağlık Karabağ Savaşı ve bu savaş sırasında Ermenistan tarafından gerçekleştirilen işgal sebebiyle yerlerinden edilen Azerbaycanlı göçmenlerin yerlerine dönmesi olmuştur¹¹.

⁸ Ermenistan EDKÖB topraklarının tarihsel süreçte Ermenilere ait olduğunu, büyük Ermeni devletinin bir parçasını teşkil ettiğini ve hiçbir zaman Azerbaycanlılara ait olmadığını ileri sürmektedir. Ermenistan Dağlık Karabağ sorununun tarihsel gelişim süreci bağlamında ayrıca, bu toprakların SSCB döneminde hukuka aykırı şekilde Azerbaycan'a verildiğini iddia etmektedir. Azerbaycan ise bu toprakların tarih boyunca Azerbaycanlılara ait olduğunu, bu topraklarda hiçbir zaman büyük bir Ermeni devletinin bulunmadığını belirtmektedir. Dağlık Karabağ sorununun kökleri ve bu sorunun gelişim süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İŞYAR, Ömer Göksel: "Karabağ'ın Tarihsel Arka Planı", Ataman, Muhittin/Pirinççi, Ferhat (ed.), Çıkmazdan Çözüme Karabağ Sorunu, Seta, İstanbul 2021, s.77-97; ASLANLI, Araz: "Birinci Karabağ Savaşı'nın Nedenleri ve Sonuçları", Ataman, Muhittin/Pirinççi, Ferhat (ed.), Çıkmazdan Çözüme Karabağ Sorunu, Seta, İstanbul 2021, s.118-126; SAM Center for Strategic Studies: The Nagorno Karabakh Conflict: A Historical & Legal Appraisal, SAM, Baku 2013.

⁹ Ermenistan tarihsel verilerden ve bölgenin Rus Çarlığı'nın bölgeyi Hristiyanlaştırma ve Ermenileştirme politikaları sonucu ortaya çıkan nüfus yapısından hareketle Azerbaycan'dan toprak taleplerinde bulunmaktadı. Ermenistan'ın toprak talepleri Azerbaycan'a yönelik talepler ile sınırlı değildir. Ermenistan yayılmacı politikası çerçevesinde zaman zaman Türkiye'den de toprak taleplerinde bulunmaktadır. Ermenistan'ın Azerbaycan'dan toprak talepleri dışında Rusya, ABD ve Fransa gibi küresel aktörler Güney Kafkasya'da etkinlik sağlama mücadelesi çerçevesinde bu soruna dahil olmaktadır. Bu hususlar da Dağlık Karabağ sorununun sebepleri arasında yer almaktadır. Dağlık Karabağ sorununun konusu, sebepleri ve hukuki boyutu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ASLANLI, s.123-126; ATAMAN, Muhittin/PİRİNÇÇİ, Ferhat: "Karabağ Sorunu: Dondurulmuş Yapaylıktan Kaçınılmaz Çözüme", Ataman, Muhittin/Pirinççi, Ferhat (ed.), Çıkmazdan Çözüme Karabağ Sorunu, Seta, İstanbul 2021, s.17-37; İSMAYILOV, Meşdi: "Karabağ'ın Ermenistan İçin Anlamı", Ataman, Muhittin/Pirinççi, Ferhat (ed.), Çıkmazdan Çözüme Karabağ Sorunu, Seta, İstanbul 2021, s.57-74; KRÜGER, Heiko: The Nagorno Karabakh Conflict A Legal Analysis, Springer, Heidelberg 2010.

¹⁰ I. Dağlık Karabağ Savaşı sırasında Azerbaycan'ın topraklarının yüzde yirmisinin işgalini önleyememesinin, Ermenistan'ın saldırıları ve işgalleri karşısında duramamasının sebepleri arasında; Ermenistan'ın daha örgütlü ve eğitimli olması, daha fazla dış desteğe sahip olması, Azerbaycan'ın ise nizami bir orduya sahip olmaması ve iç karışıklıklar ile mücadele etmek zorunda olması gibi hususlar yer almaktadır. Azerbaycan'ın bahsedilen durumu karşısında Ermenistan hem I. Dağlık Karabağ Savaşı sırasında hem de sonrasında pek çok insancıl hukuk kuralını ihlal etmiştir. Ermenistan bu çerçevede sivillere ve sivil yerleşim yerlerine saldırmış, Hocalı Soykırımını örneğinde olduğu gibi insancıl hukukun en temel kurallarını ihlal etmiştir. I. Dağlık Karabağ Savaşı hakkında ve I. Dağlık Karabağ Savaşı sırasında Ermenistan tarafından gerçekleştirilen insancıl hukuk kuralları ihlalleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ASLANLI, s.126-138; HAZIR, Ümit Nazmi: "Karabağ'ın İşgali ve Yansımaları", Özarslan, Bahadır Bumin (ed.), Kanayan Yara Karabağ, Astana Yayınları, Ankara 2016, s.121-140; YILMAZ, Reha: "Dağlık Karabağ Savaşı'nın İnsan Hakları Açısından Analizi", Aras, Osman Nuri/Dedeyev, Bilal/Yılmaz, Reha/İbayer, Vefaddin (ed.), Karabağ Savaşı Siyasi Hukuki Ekonomik Analiz, Kafkasya Araştırmaları Enstitüsü Yayınları, Bakü 2008, s.65-124; ALİYEV, Kamal Makili: Nagorno-Karabakh Conflict in International Legal Documents and International Law, SAM, Baku 2013; SHAW, Malcolm/HART, Naomi: Report on War Crimes in the Occupied Territories of the Republic of Azerbaijan and the Republic of Armenia's Responsibility, Red N Line, Baku 2020.

¹¹ 1994'te imzalanan Ateşkes Andlaşması'nın ardından Dağlık Karabağ sorununun barışçı yollardan çözümü çalışmaları genel olarak AGİT çerçevesinde yapılmıştır. Bu süreçte AGİT Minsk Grubu'nun çalışmaları bağlamında sorunun çözümü için görüşmeler yapılmış, taraflara çeşitli çözüm önerileri sunulmuştur. Bu süreçte taraflara sunulan çözüm önerileri arasında; toptan çözüm, aşamalı çözüm ve ortak devlet önerileri yer almıştır. Aynı dönemde AGİT Minsk Grubu eş başkanlarından Rusya'nın da sorunu tekeline alma ve barışçı yollardan çözüme çabaları söz konusu olmuştur. Ancak, sorunun barışçı yollardan çözülmesi mümkün olmamıştır. 1994'te imzalanan Ateşkes Andlaşması'nın ardından Dağlık Karabağ sorununun barışçı yollardan çözümü için atılan adımlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SARIKAYA, Yalçın/ASLANLI, Araz: "Karabağ Sorununda Diplomatik Müzakereler ve Minsk Süreci", Ataman, Muhittin/Pirinççi, Ferhat (ed.), Çıkmazdan Çözüme Karabağ Sorunu, Seta, İstanbul 2021, s.141-166; CAŞIN, Mesut Hakkı/KISACIK, Sina: Kafkasya'da Azerbaycan-Ermenistan Uyuşmazlığı: Çatışma-Barış Sarkacı, Seçkin Yayıncılık,

B. Dağlık Karabağ Sorunu ve I. Dağlık Karabağ Savaşı Sebebiyle Yerinden Edilen Azerbaycanlı Göçmenler

Ermenistan Dağlık Karabağ sorunu çerçevesinde kendi ülkesinde yaşayan Azerbaycanlılara yönelik saldırılarını 1988 yılı ve sonrasında şiddetlendirmiştir. Ermenistan'ın bu süreçteki hedeflerinden biri Azerbaycanlıların yaşamadığı sadece Ermenilerin yaşadığı bir Ermenistan devleti yaratmaktır. Ermenistan'ın Azerbaycanlılara yönelik saldırıları sonucunda Ermenistan'da yaşayan yaklaşık 250.000 Azerbaycanlı Ermenistan'dan zorunlu olarak göç ettirilmiştir. Ermenistan'dan zorunlu olarak göç ettirilen Azerbaycanlılar Azerbaycan sınırları içindeki çeşitli şehirlere yerleşmiştir. Ermenistan'ın son Azerbaycanlı köyü olan Nuveyde 1991 yılında zorla boşaltıldıktan ve yaklaşık 250.000 Azerbaycanlı Ermenistan'dan zorunlu olarak göç ettirildikten sonra Ermenistan sadece Ermenilerin yaşadığı bir Ermenistan devleti hedefine ulaşmıştır¹².

Dağlık Karabağ sorunu, SSCB'nin parçalanmasının Azerbaycan ile Ermenistan'ın bağımsız devletler haline gelmesinin ardından 1991 yılında iki bağımsız devlet arasındaki bir soruna ve ardından savaşa dönüşmüştür. I. Dağlık Karabağ Savaşı olarak adlandırabileceğimiz bu savaş sırasında Azerbaycan'ın ülkesinin neredeyse yüzde yirmisi Ermenistan tarafından işgal edilmiştir. Ermenistan tarafından I. Dağlık Karabağ Savaşı sırasında işgal edilen topraklar, Ermenistan'ın Azerbaycan'dan toprak taleplerine konu olan EDKÖB ile etrafındaki yedi rayondur. Ermenistan işgali sonucu EDKÖB sınırları içinde yaşayan yaklaşık 40.000 Azerbaycanlı ve EDKÖB'nin etrafındaki yedi rayonda yaşayan yaklaşık 560.000 Azerbaycanlı toplamda ise yaklaşık 600.000 Azerbaycanlı zorunlu olarak işgal edilmiş topraklardan Azerbaycan sınırları içindeki çeşitli şehirlere göç etmiştir¹³.

Dağlık Karabağ sorunu ile I. Dağlık Karabağ Savaşı ve bu savaş sırasında Ermenistan tarafından gerçekleştirilen işgal sebebiyle yaklaşık 1 milyon Azerbaycanlı zorunlu olarak göç etmiştir. Bu kişiler genel olarak, Azerbaycanlı göçmenler şeklinde adlandırılmaktadır. Azerbaycanlı göçmenler pek çok sorun ile mücadele etmek zorunda kalmıştır. Azerbaycanlı göçmenlerin mücadele etmek zorunda kaldığı en önemli sorunlar arasında; barınma, beslenme, sağlık, çalışma, eğitim ve güvenlik sorunları yer almaktadır. Azerbaycan, Azerbaycanlı göçmenlerin sorunlarını çözmek adına Mültecilerin ve Zorunlu Göçmenlerin (Ülke İçinde Göç Ettirilmiş Kişilerin) Statüsü Hakkında Azerbaycan Cumhuriyeti'nin Kanunu'nu¹⁴ çıkarmış, Mültecilerin ve Zorunlu Göçmenlerin Sorunlarının Çözümüne İlişkin Devlet Programı'nı¹⁵ ilan etmiştir. Türkiye başta olmak üzere çeşitli devletler ve uluslararası örgütler de Azerbaycanlı göçmenlerin karşılaştıkları sorunların çözümü için yoğun çaba harcamıştır. Bütün çabalara rağmen Azerbaycanlı göçmenlerin sorunlarının tam olarak çözülmesi mümkün olmamıştır¹⁶.

Ankara 2017, s.66-106.

¹² Ermenistan'da yaşayan Azerbaycanlılar 1988 yılı ve sonrasında Dağlık Karabağ sorunu sebebiyle baskı ve işkence görmüş, katliamlara uğramıştır ayrıca, bu kişilerin topraklarına el konulmuştur. Ermenistan'da yaşayan Azerbaycanlılar bu sebeplerle tarihi topraklarından göç etmek zorunda kalmıştır. Dağlık Karabağ sorunu sebebiyle Ermenistan'dan Azerbaycan'a göç etmek zorunda kalan yaklaşık 250.000 Azerbaycanlı hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. YEŞİLOT, Okan: "Karabağ Savaşının Sessiz ve Mağdur Tanıkları", Sosyal Bilimler Dergisi, (15), 2006, s.85-86; SEFEROV, Rehman/İBADOV, Adalet: "Ermenistan'ın Karabağ'ı İşgal Süreci ve Sonrasında Azerbaycan'da Yaşanan Zorunlu Göçler ve Sorunları", Selçuk Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Edebiyat Dergisi, (18), 2007, s.165-167; ÖZKUL, Osman/Hüseyin, VERMEZ: "Dağlık Karabağ Göçmenlerinin Sosyo-Ekonomik Sorunları", Bilig, (51), 2009, s.139-170; VERMEZ, Hüseyin: Dağlık Karabağ Göçmenlerinin Sosyo-Ekonomik Problemleri, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, TC Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sakarya 2007, s.14-16; SEFEROV, Rehman/AKIŞ, Ayhan: "Karabağ Savaşı ve Bağımsızlık Sonrası Yaşanan Sorunların Azerbaycan'daki Göç Etkileri", Bayram, Fatih/Yılmaz, Şakir (ed.), Avrasya Etüdları, TC BAŞBAKANLIK Türk İşbirliği ve Kalkınma İdaresi Başkanlığı, Ankara 2006, s.214-215; OĞAN, Sinan: "Yüzyılın Dramı-Azerbaycan'da Göçmen (Kaçkın) Sorunu", Avrasya Dosyası Azerbaycan Özel Sayı, 7(1), 2001, s.431-543; International Crisis Group: "Tackling Azerbaijan's IDP Burden", <https://www.crisisgroup.org/europe-central-asia/caucasus/azerbaijan/tackling-azerbaijan-s-idp-burden>, (Erişim: 02.06.2022).

¹³ I. Dağlık Karabağ Savaşı ve savaş sırasında Ermenistan tarafından gerçekleştirilen işgal sebebiyle işgal edilmiş topraklardan Azerbaycan sınırları içindeki çeşitli şehirlere göç etmek zorunda kalan Azerbaycanlılar genel olarak Bakü'ye yerleşmiştir. Bu kişilerin yoğun olarak yerleştiği diğer şehirler arasında Sumgayıt, Gence, Mingeçevir, Berde vb. şehirler yer almaktadır. I. Dağlık Karabağ Savaşı ve savaş sırasında Ermenistan'dan tarafından gerçekleştirilen işgal sebebiyle işgal edilmiş topraklardan Azerbaycan sınırları içindeki çeşitli şehirlere göç etmek zorunda kalan yaklaşık 600.000 Azerbaycanlı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YEŞİLOT, s.86; SEFEROV/İBADOV, s.162; ÖZKUL/VERMEZ, s.149-150; VERMEZ, s.32; SEFEROV/AKIŞ, s.211; OĞAN, s.436.

¹⁴ "Qaçqınların və məcburi köçkünlərin (ölkə daxilində köçürülmüş şəxslərin) statusu haqqında Azərbaycan Respublikasının Qanunu" için bkz. <http://idp.gov.az/az/law/93/parent/15> (Erişim: 03.06.2022).

¹⁵ "Qaçqınların və məcburi köçkünlərin problemlərinin həlli üzrə" Dövlət Proqramının təsdiq edilməsi haqqında Azərbaycan Respublikası Prezidentinin Sərəncamı" için bkz. <https://e-qanun.az/framework/3441>, (Erişim: 03.06.2022).

¹⁶ Azerbaycanlı göçmenlerin en önemli sorunlarından biri barınma sorunudur. Barınma sorunu sebebiyle Azerbaycanlı göçmenler uzun süre çadırlarda, barakalarda, devlete ait okul, yurt gibi çeşitli binalarda, vagonlarda yaşamak zorunda kalmıştır. Azerbaycanlı göçmenlerin barınmak zorunda kaldığı bu yerler genel olarak elektrikli, suyu ve kanalizasyonu olmayan yerlerdir. Azerbaycanlı göçmenlerin bir başka önemli sorunu sağlık sorunudur. Sağlıksız barınma şartlarında yaşayan Azerbaycanlı göçmenler sık sık salgın hastalıklar ile mücadele etmek zorunda kalmıştır. Sağlık sorunu çerçevesinde Azerbaycanlı göçmenler yeterli tedavi imkanlarına sahip olamamış, yetersiz beslenmeden kaynaklanan sağlık sorunlarıyla mücadele etmiştir. Psikolojik sorunlar da savaş ve işgali görmüş Azerbaycanlı göçmenlerin en önemli sağlık sorunları arasında yer almıştır. Eğitim sorunu çerçevesinde ise Azerbaycanlı göçmenler yeterli eğitim imkanlarından mahrum kalmıştır. Pek çok eğitim kurumunun Azerbaycanlı göçmenlerin barınması için kullanılması, mevcut eğitim kurumlarının ise teknik imkanlarının eksik olması Azerbaycanlı göçmenlerin eğitim sorunlarının sebepleri arasında yer almıştır. Azerbaycanlı göçmenler çalışma, beslenme ve güvenlik konusunda da ciddi sorunlar yaşamıştır. Azerbaycanlı göçmenlerin sorunları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YEŞİLOT, s.85-92; SEFEROV/İBADOV, s.159-173; ÖZKUL/VERMEZ, s.139-170; VERMEZ, s.59-84; SEFEROV/AKIŞ, s.207-223; OĞAN, s.431-543.

C. Azerbaycanlı Göçmenlerin Hukuki Statüsünün Uluslararası Hukuk Açısından İncelenmesi

Azerbaycanlı göçmenlerin hukuki statüsünün uluslararası hukuk açısından incelenmesi için mülteci ve ülke içinde yerinden edilmiş kişi kavramlarının tanımlarının yapılması gerekmektedir. Mülteci tanımı, Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme’de yapılmaktadır. Bu Sözleşme ve eklerine göre mülteci,

“ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle, yararlanmak istemeyen; yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen kişileri”

ifade etmektedir¹⁷. Bu tanıma göre mülteciler çeşitli sebeplerden dolayı zulüm görme korkusuyla bir devletin sınırlarından çıkıp başka bir devletin sınırlarına girmektedir.

Ülke içinde yerinden edilmiş kişiler genel olarak, devletlerin ülkesel sınırları içinde savaş, işgal, şiddet, baskı gibi çeşitli sebeplerle ve topluca yer değiştiren kişilerdir. Başka bir ifade ile ülke içinde yerinden edilmiş kişiler, aynı devletin sınırları içinde topluca bir nüfus hareketi gerçekleştirmekte ve yer değiştirmektedir¹⁸. Bu tanıma göre ülke içinde yerinden edilmiş kişiler mültecilerden farklı olarak çeşitli sebeplerden dolayı zulüm görme korkusuyla bir devletin sınırlarından çıkıp başka bir devletin sınırlarına girmektedir, bu kişiler savaş, işgal gibi çeşitli sebeplerle aynı devletin sınırları içinde, topluca yer değiştirmektedir.

Mültecilerin ve Zorunlu Göçmenlerin (Ülke İçinde Göç Ettirilmiş Kişilerin) Statüsü Hakkında Azerbaycan Cumhuriyeti’nin Kanunu’nun 1. maddesinde Kanun’un uygulanması bakımından gerekli olan kavramların tanımı yapılmaktadır. Bu tanımlara göre mülteci; Azerbaycan Cumhuriyeti’nin vatandaşı olmayıp, ırkı, milliyeti, dini, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncesi sebebiyle zulme uğramaktan haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve o ülkenin korumasından yararlanamayan veya yararlanmak istemeyen veya belirli bir vatandaşlığı olmayan ve benzer durumlar sonucunda genellikle daha önce ikamet ettiği ülkeyi terk etmiş ve oraya dönemeyen veya dönmek istemeyen kişidir. Bahsedilen Kanun’da yer alan mülteci tanımı, Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme’de yapılan mülteci tanımı ile paraleldir. Yapılan tanımlar çerçevesinde dağılmak üzere olan SSCB’de, 1988 yılı ve sonrasında Dağlık Karabağ sorunu sebebiyle Ermenistan’dan Azerbaycan’a zorunlu olarak göç ettirilen Azerbaycanlılar uluslararası hukuk ve Azerbaycan Hukuku açısından mülteci statüsündedir. Çünkü, bu kişiler Ermenistan tarafından uygulanan zulüm sebebiyle Ermenistan devletinin sınırlarından çıkıp Azerbaycan devletinin sınırlarına girmiştir¹⁹.

Mültecilerin ve Zorunlu Göçmenlerin (Ülke İçinde Göç Ettirilmiş Kişilerin) Statüsü Hakkında Azerbaycan Cumhuriyeti’nin Kanunu’nun 1. maddesinde zorunlu göçmenler, ülke içinde yerinden edilmiş kişiler de tanımlanmaktadır. Bu tanıma göre ülke içinde yerinden edilmiş kişiler; Azerbaycan Cumhuriyeti vatandaşı olup Azerbaycan Cumhuriyeti topraklarında askeri saldırı, doğal ve insan kaynaklı afetler sonucu daimi ikamet yerini terk etmek zorunda kalan kişilerdir. Bahsedilen Kanun’da yer alan ülke içinde yerinden edilmiş kişiler tanımı, uluslararası hukuk çerçevesinde yapılan ülke içinde yerinden edilmiş kişiler tanımı ile paraleldir. Yapılan tanımlar çerçevesinde 1991 yılı ve sonrasında I Dağlık Karabağ Savaşı ile savaş sırasında Ermenistan tarafından gerçekleştirilen işgal sebebiyle işgal edilen topraklardan Azerbaycan’ın sınırları içindeki çeşitli şehirlere göç etmek zorunda kalan Azerbaycanlılar uluslararası hukuk ve Azerbaycan Hukuku açısından ülke içinde yerinden edilmiş kişi statüsündedir. Çünkü, bu kişiler çeşitli sebeplerden dolayı zulüm görme korkusuyla bir devletin sınırlarından çıkıp başka bir devletin sınırlarına girmemiş, sadece Azerbaycan devletinin sınırları içinde işgal sebebiyle topluca yer değiştirmiştir²⁰.

Uluslararası hukuk açısından mülteci ve ülke içinde yerinden edilmiş kişiler farklı şekillerde tanımlanmakta ve farklı bir hukuki statüye tabi tutulmaktadır. Azerbaycan Hukuku bakımından da mülteci ve ülke içinde yerinden edilmiş kişiler farklı şekillerde tanımlanmaktadır. Ancak, Azerbaycan Hukuku farklı şekillerde tanımlanan bu kişilerin tamamına mülteci statüsü vermiştir²¹. Böylece, Azerbaycan Hukuku

¹⁷ “The 1951 Refugee Convention” için bkz. <https://www.unhcr.org/4d934f5f9.pdf>, (Erişim: 03.06.2022); 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme’nin Türkçe çevirisi için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/10898.pdf>, (Erişim: 03.06.2022); Mülteci tanımı ve mültecilerin hukuki statüsü ile hukuksal korunması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. PAZARCI, Hüseyin: Uluslararası Hukuk Dersleri 2. Kitap, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s.186-199; BOZKURT, Enver/POYRAZ, Yasin/ERDAL, Selcen: Devletler Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s.152; GÖZEN ERCAN, Pınar/KUL, Selin: “Ülkeleri İçinde Yerinden Edilmiş Kişilerin ve Mültecilerin Koruma Sorumluluğu Çerçevesinde Korunması”, Uluslararası İlişkiler, 18(71), 2021, s.5-8. ERGÜVEN, Nasih Sarp/ÖZTURANLI, Beyza: “Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türkiye”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 62(4), 2013, s.1007-1061; SÜTLÜOĞLU, Balay: Uluslararası Mülteciler Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türkiye Örneği’nin Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, TC İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2019.

¹⁸ Ülke içinde yerinden edilmiş kişilerin BMMYK tarafından yapılan tanımı için bkz. <https://www.unhcr.org/internally-displaced-people.html>, (Erişim: 03.06.2022). Ülke içinde yerinden edilmiş kişiler ile ilgili olarak devletlere kılavuzluk etmek üzere Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi Kararı ile kabul edilmiş Ülke İçinde Yerinden Edilmiş Kişilerin Korunmasında Yol Gösterici İlkeler için bkz. <https://www.unhcr.org/43ce1cff2.pdf>, (Erişim: 10.06.2022). Ülke içinde yerinden edilmiş kişilerin tanımlanması, hukuksal korunması ve mülteciler ile karşılaştırılması konuları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. PAZARCI, s.194; GÖZEN ERCAN/KUL, s.4-9; SARAÇLI, Murat: Uluslararası Hukukta Yerinden Edilmiş Kişiler, Adalet Yayınevi, Ankara 2019; BOZKAYA, Özge/EYLEMER, Sedat: “Güney Kafkasya’da Ülke İçinde Yerinden Edilmiş Kişilerin Sorunu: Avrupa Birliği’nin Yaklaşımı Üzerine Bir Değerlendirme”, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, 18(1), 2019, s.109-142.

¹⁹ YEŞİLOT, s.86; ÖZKUL/VERMEZ, s.147; VERMEZ, s.7; OĞAN, s.431.

²⁰ YEŞİLOT, s.86; ÖZKUL/VERMEZ, s.147; VERMEZ, s.7; OĞAN, s.431-432.

²¹ ÖZKUL/VERMEZ, s.148; VERMEZ, s.7.

bakımından farklı şekillerde tanımlanan mülteci ve ülke içinde yerinden edilmiş kişiler aynı hukuki statüye, mülteci statüsüne tabi tutulmuştur.

Azerbaycan Hukuku bakımından farklı şekillerde tanımlanan mülteci ve ülke içinde yerinden edilmiş kişilerin aynı hukuki statüye, mülteci statüsüne tabi tutulması durumunun ortaya çıkmasında Azerbaycan'da genel olarak yukarıda bahsedilen kişilerin tamamını ifade etmek üzere "qaçqın" mülteci kavramının kullanılması ve kavram kargaşasını önleme düşüncesi önemli rol oynamıştır²². Ancak, bu durum Azerbaycanlı göçmenler arasında uluslararası hukuk çerçevesinde mülteci ve ülke içinde yerinden edilmiş kişiler tanımlarından söz konusu olan farkı dikkate almaması, uluslararası hukuk açısından mülteci ve ülke içinde yerinden edilmiş kişilerin farklı hukuki statülere sahip olduğunu göz önünde bulundurmaması nedeniyle sorun teşkil etmektedir.

III. AZERBAJCANLI GÖÇMENLERİN YERLERİNE DÖNÜŞÜ

A. Dağlık Karabağ Savaşı ve Sonrasında İmzalanan Ateşkes Andlaşması

I. Dağlık Karabağ Savaşı sonrasında imzalanan Ateşkes Andlaşması ile Dağlık Karabağ sorunu bir anlamda dondurulmuştur²³. I. Dağlık Karabağ Savaşı sonrasında imzalanan Ateşkes Andlaşması'ndan II. Dağlık Karabağ Savaşı'na kadar geçen süre boyunca sorunun barışçı yollardan çözülmesi için çeşitli çalışmalar yapılmış ancak, bu konuda başarılı olunamamıştır²⁴. İki savaş arasında geçen süre boyunca zaman zaman çeşitli küçük çaplı çatışmalar yaşanmış ve ateşkes ihlalleri söz konusu olmuştur²⁵. Bu çatışmaların ve ateşkes ihlallerinin sonucunda 12 Temmuz 2020'de yaşanan Tovuz saldırısıdır. Tovuz saldırısı 17 Temmuz 2020'de sona erdirilmiş ve II. Dağlık Karabağ Savaşı'nın habercisi olmuştur. 44 gün süren ve bu sebeple 44 Gün Savaşı olarak da adlandırılan II. Dağlık Karabağ Savaşı 27 Eylül 2020'de Ermenistan'ın Terter'e yönelik saldırıları ve Ateşkes Andlaşması'nın ciddi şekilde ihlali ile başlamıştır²⁶. Ateşkes Andlaşması'nı ciddi şekilde ihlal eden Terter'e yönelik saldırıları ile Ermenistan uluslararası hukukun emredici kurallarından olan kuvvet kullanma yasağını bir kez daha ihlal etmiştir²⁷.

II. Dağlık Karabağ Savaşı sırasında Ermenistan tarafından insancıl hukuk kuralları ihlalleri gerçekleştirilmiştir²⁸. II. Dağlık Karabağ Savaşı sırasında Ermenistan tarafından Terter, Ağcabedi ve Goranboy'da fosfor bombası kullanılmış ve pek çok yerde mayınlama faaliyetleri gerçekleştirilmiştir. Ermenistan tarafından insancıl hukuk kuralları ile kullanımı yasaklanan smerch füzesi gibi çeşitli silahlar ile de saldırılar düzenlenmiştir. Ermenistan Gence, Berde gibi savaş alanından uzakta bulunan yerlere yönelik, sivil kişileri ve sivil yerleşim yerlerini hedef alan, hastanelere, tıp merkezlerine, okul binalarına, çocuk kreşlerine, idari binalara, ticaret merkezlerine yönelik saldırılar da düzenlenmiştir. Ermenistan II. Dağlık Karabağ Savaşı'nda 93 sivilin ölümüne, 454 sivilin yaralanmasına, 12292 konut ya da konut dışı alanın zarar görmesine, 288 ulaşım aracının hasara uğramasına, 1018 çiftlikte zararın ortaya çıkmasına sebep olmuş ve orman yangınları çıkarmıştır. Bahsedilen hususlar, Ermenistan'ın II. Dağlık Karabağ Savaşı sırasında insancıl hukuk kurallarından kaynaklanan silahlı çatışmalar sırasında başvurulabilecek araçlara, silahlı

²² SEFEROV/İBADOV, s.160; ÖZKUL/VERMEZ, s.148; VERMEZ, s.7.

²³ I. Dağlık Karabağ Savaşı sonrasında imzalanan Ateşkes Andlaşması ile Dağlık Karabağ sorununun dondurulmuş bir soruna dönüşmesi hakkında bilgi için bkz. ABDULLAHZADE, Cavid: Hukuki Yönleriyle Dağlık Karabağ Sorunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s.1.

²⁴ I. Dağlık Karabağ Savaşı sonrasında imzalanan Ateşkes Andlaşması'ndan II. Dağlık Karabağ Savaşı'na kadar geçen süre boyunca sorunun barışçı yollardan çözülmesi için yapılan çalışmalar arasında; taraflar arasında görüşmeler yapılması, Rusya, İran gibi devletlerin arabuluculuğu, AGİT çerçevesinde çözüm arayışları ve benzeri yer almaktadır. I. Dağlık Karabağ Savaşı sonrasında imzalanan Ateşkes Andlaşması'ndan II. Dağlık Karabağ Savaşı'na kadar geçen süre boyunca Dağlık Karabağ sorununun barışçı yollardan çözülmesi için yapılan çalışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ASLANLI, Araz: Qarabağ Problemi: Tarixi, Mahiyyəti, Həll Prosesi, Azərbaycan Respublikasının Prezidenti yanında Qeyri-Hökumət Təşkilatlarına Dövlət Şurasının Araz Tədqiqatlar Mərkəzi, Bakı 2009, s. 41 – 87; ABBASOV, Ali/XAÇATRYAN, Harutiun: Karabakh Conflict : Variants of Settlement: Concepts and Reality, AREAT, Bakı 2006.

²⁵ İki savaş arasında geçen süre boyunca zaman zaman söz konusu olan çeşitli küçük çaplı çatışmalar ve ateşkes ihlallerinden birini teşkil eden, 2016 yılında söz konusu olan Dört Gün Savaşı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. CAFEROV, Nazim/ASLANLI, Araz: "Karabağ Sorununda Ateşkes ve Rusya", Ermeni Araştırmaları, (53), 2016, s.239-259; TUNCEL, Turgut Kerem: "Güney Kafkasya'da 2-5 Nisan 2016'da Yaşanan 4 Gün Savaşı", Ermeni Araştırmaları, (53), 2016, s.301-338.

²⁶ Terter saldırısı, bu saldırıda hayatını kaybedenler ve Terter saldırısı sonrasında II. Dağlık Karabağ Savaşı'nın başlaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TİHEK, s.12-14; ŞEFİYEYEV, Ferid/HUSEYNOV, Vasif: "İkinci Karabağ Savaşı'na Giden Yol", Ataman, Muhittin/Pirinççi, Ferhat (ed.), Çıkmazdan Çözüm Karabağ Sorunu, Seta, İstanbul 2021, s.169-181; <https://genprosecutor.gov.az/az/page/azerbaycan/i-ve-ii-qarabag-muharibesi/44-gun-suren-veten-muharibesi-ii-qarabag-muharibesi>, (Erişim: 14.06.2022).

²⁷ Uluslararası hukukun emredici kuralları arasında yer alan kuvvet kullanma yasağı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. MALANÇUK, Peter: Akehurst's Modern Introduction to International Law, Routledge, London and New York 1997, s.306-341; BROWNLIE, Ian: Principles of Public International Law and the Use of Force By States, Oxford University Press, New York and London 1963; SHAW, Malcolm N. : Principles of Public International Law, Chambridge University Press, New York 2008, s.1118-1166; BAŞEREN, Sertaç Hami: Uluslararası Hukukta Devletlerin Münferiden Kuvvet Kullanmalarının Sınırları, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 2003; BOZKURT, Enver: Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma, Asil Yayıncılık, Ankara 2007; KESKİN, Funda: Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma: Savaş, Karşıma ve Birleşmiş Milletler, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara 1998.

²⁸ İnsancıl hukuk genel olarak silahlı çatışmalar sırasında uygun davranılacak kuralları ve silahlı çatışmalar sırasında sivillerin, hasta, yaralı ve mağdurların korunması ile ilgili düzenlemeler getirmektedir. İnsancıl hukuk, silahlı çatışmalar sırasında askeri zorunluluklar ile insancıl gerekliliklerin dengelenmesini, gereksiz acıların önlenmesini hedeflemektedir. İnsancıl hukuk hakkında bilgi için bkz. PAZARCI, Hüseyin: Uluslararası Hukuk Dersleri 4. Kitap, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s.135-365; TÜRÜNCÜ, Ayşe Nur: İnsancıl Hukuka Giriş, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012; TAŞDEMİR, Fatma/ALBAYRAK, Gökhan: Uluslararası İnsancıl Hukuk, Kavramlar, İlkeler ve Yeni Gelişmeler, Adalet Yayınevi, Ankara 2018; HÜSEYNOV, Lətif: Beynəlxalq Hüquq, Qanun Nəşriyyatı, Bakı 2012, s.182-196.

çatışmalar sırasında başvurulabilecek yöntemlere ve silahlı çatışmalar sırasında kişileri, genel olarak malları ve çevreyi korumaya ilişkin çeşitli uluslararası yükümlülüklerini ihlal ettiğini ortaya koymaktadır²⁹.

Ateşkes Andlaşması, 10 Kasım 2020’de imzalanmıştır ve II. Dağlık Karabağ Savaşı’nı sona erdirmiştir. Ateşkes Andlaşması’nın imzalanması için arabuluculuk eden devlet Rusya’dır. Ateşkes Andlaşması’nın tarafları Rusya, Azerbaycan ve Ermenistan’dır. Bu çerçevede, Ateşkes Andlaşması Üçlü Bildiri, Ortak Bildiri, Üçlü Ortak Bildiri olarak farklı şekillerde de anılmaktadır. Ateşkes Andlaşması 9 maddeden oluşmaktadır. Ateşkes Andlaşması’nın 1. maddesi ile Dağlık Karabağ’daki bütün askeri olan faaliyetler gece yarısı itibari ile durdurulmuştur. Ateşkes Andlaşması’nın 2. maddesi ile Ermenistan’ın 15 Kasım 2020’ye kadar Kelbecer’i ve 1 Aralık 2020’ye kadar da Laçın’ı Azerbaycan’a iadesi kararlaştırılmıştır. Ateşkes Andlaşması’nın 6. maddesine göre Dağlık Karabağ ile Ermenistan arasında Laçın koridoru oluşturulacaktır. Ateşkes Andlaşması’nın 3. maddesine göre Rus Barış Gücü bölgede görevlendirilecektir. Rus Barış gücünün görev yerleri Laçın koridoru ile Dağlık Karabağ temas hattıdır. Ateşkes Andlaşması’nın 9. maddesine göre ise bölgede ulaşım ile ekonomiyi sağlayan bağlantılar üzerindeki bütün blokaj kaldırılacaktır. Ayrıca, Azerbaycan ile Nahçıvan arasında Nahçıvan koridoru oluşturulacaktır. Ateşkes Andlaşması’nın 5. maddesi ile getirilen düzenlemeye göre Andlaşma’nın taraflarca uygulanmasını etkin şekilde kontrol etmek için Ateşkes İzleme Merkezi kurulacaktır. Ateşkes Andlaşması’nın 8. maddesi çerçevesinde de savaş esirleri ve askerlerin cenazelerinin karşılıklı iadesi yapılacaktır³⁰.

B. Ateşkes Andlaşması’nın Azerbaycanlı Göçmenlerin Yerlerine Dönüşü ile İlgili Düzenlemesi

Dağlık Karabağ sorununun barışçı yollardan çözümü için atılan adımlar çerçevesinde Azerbaycan’ın ilk şartı her zaman için Ermenistan’ın I. Dağlık Karabağ Savaşı sırasında işgal ettiği topraklardan çekilmesi ve bu işgal sebebiyle yerinden edilen yaklaşık 600.000 Azerbaycanlı göçmenin yerlerine dönüşünün sağlanması olmuştur. II. Dağlık Karabağ Savaşı ve sonrasında imzalanan Ateşkes Andlaşması ile Azerbaycan’ın işgal altındaki topraklarını işgalden kurtarması Azerbaycan açısından büyük bir zaferdir. Ateşkes Andlaşması’nda Azerbaycanlı göçmenlerin yerlerine dönüşü ile ilgili bir düzenleme yer alması da Azerbaycan açısından çok önemli ve olumlu bir gelişmedir. Bu düzenleme çerçevesinde 28 yıl süren işgal sebebiyle yerlerine dönemeyen ve çok zor şartlar altında yaşayan, bu süreç boyunca pek çok sorunla mücadele eden yaklaşık 600.000 Azerbaycanlı göçmen yerlerine dönme imkanına kavuşmuştur³¹.

Ateşkes Andlaşması’nın Azerbaycanlı göçmenlerin yerlerine dönüşü ile ilgili düzenlemesi 7. maddesinde yer almaktadır. Ateşkes Andlaşması’nın 7. maddesine göre, mülteciler ile ülke içinde yerinden edilmiş kişiler Dağlık Karabağ’ın topraklarına ve etrafındaki rayonlara BMMYK’nın denetimi ve kontrolü altında dönecektir³². Bu düzenleme çerçevesinde I. Dağlık Karabağ Savaşı ve bu savaş sırasında Ermenistan tarafından gerçekleştirilen işgal sebebiyle 1991 yılı ve sonrasında EDKÖB ve etrafındaki yedi rayonda ülke içinde yerinden edilmiş yaklaşık 600.000 Azerbaycanlı göçmen BMMYK’nın denetimi ve kontrolü altında yerlerine başka bir ifade ile, Dağlık Karabağ topraklarına ve etrafındaki rayonlara dönebilecektir. 1988 yılı ve sonrasında Ermenistan’dan zorunlu olarak göç ettirilen yaklaşık 250.000 Azerbaycanlı göçmenin

²⁹ Ermenistan’ın II. Dağlık Karabağ Savaşı sırasında gerçekleştirdiği insancıl hukuk kuralları ihlalleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <https://genprosecutor.gov.az/az/page/azerbaycan/i-ve-ii-qarabag-muharibesi/44-gun-suren-veten-muharibesi-ii-qarabag-muharibesi>, (Erişim: 15.06.2022); ACER, Yücel: “Ermenistan’ın Savaş Suçları Uluslararası Hukuk ve Ermenistan’ın Karabağ’a Dair Askeri Faaliyetleri”, Seta Analiz, (337), 2020, s.5-15; ACER, Yücel: “Ermenistan’ın İkinci Karabağ Savaşı’ndaki Askeri Faaliyetleri ve Uluslararası İnsancıl Hukuk”, Ataman, Muhittin/Pirinççi, Ferhat (ed.), Çıkmazdan Çözüme Karabağ Sorunu, Seta, İstanbul 2021, s.271-298; ABDULLAHZADE, Cavid: “Dağlık Karabağ Sorunu’nda Ermenistan’ın Rolü ve Sorumluluğu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 69(4), 2020, s.1541-1568; ERÇAKICA, Mustafa: “Kültürel Varlıklara İlişkin Uluslararası İnsancıl Hukuk Kuralları Kapsamında, Ermenistan ve Azerbaycan Arasındaki Çatışmalarda Zarar Gören Kültürel Varlıklardan Dolayı Sorumluluk”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12(1), 2021, s.66-84; ÖZDAŞLI, Esmâ: “İkinci Karabağ Savaşı’nda Ermenilerin Sivillere Yönelik Saldırılarının Uluslararası İnsancıl Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, Giresun Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, 7(1), 2021, s.51-83; KAY QC, Steven/BECKER, Drea/KREN, Joshua: Armenia-Azerbaijan Nagorno Karabakh Conflict Targeting of Civilians in Azerbaijan September-November 2020 An Interim Report, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2021.

³⁰ Ateşkes Andlaşması ile Ermenistan’ın Azerbaycan topraklarındaki yaklaşık 30 yıllık işgali sona ermiştir. Ateşkes Andlaşması Azerbaycan’ın II. Dağlık Karabağ Savaşı’nda kazandığı zaferin bir sonucu olması ve Dağlık Karabağ sorununun çözümü ile ilgili düzenlemeler getirmesi gibi sebeplerle önem arz etmektedir. Bununla birlikte, Ateşkes Andlaşması bir barış andlaşması değildir ve Dağlık Karabağ sorunu nihai olarak çözememiştir. Çünkü, Ateşkes Andlaşması ile Dağlık Karabağ’ın hukuki statüsü belirlenmemiştir. Ayrıca, Ateşkes Andlaşması’nda yer alan içeriği itibarıyla belirsiz olan düzenlemeler yeni sorunları beraberinde getirebilecek niteliktedir. Ateşkes Andlaşması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TİHEK, s.14-21; ERÇAKICA, Mustafa: “Dağlık Karabağ Sorunu’nun ve ‘Ateşkes’ Andlaşması’nın Uluslararası Hukuk ve İnsancıl Hukuk Açılımlarından İncelenmesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 12(47), 2021, s.287-314; AZNEVİ, Ferhat: Hukuksal Boyutuyla Türkiye ve Azerbaycan’ın Ortak “Ermeni Sorunu” Yukarı Karabağ ve 10 Kasım 2020 Ateşkes Antlaşması, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2021.

³¹ İkinci Dağlık Karabağ Savaşı ve sonrasında imzalanan Ateşkes Andlaşması ile Azerbaycan’ın işgal altındaki topraklarını işgalden kurtarması ve Ateşkes Andlaşması’nda Azerbaycanlı göçmenlerin yerlerine dönüşü ile ilgili bir düzenleme yer alması Dağlık Karabağ sorunu bakımından Azerbaycan lehine bir statüko değişikliğini beraberinde getirmiştir. Ermenistan’ın I. Dağlık Karabağ Savaşı sırasında işgal ettiği topraklardan çekilmesinin ve bu işgal sebebiyle yerinden edilen yaklaşık 600.000 Azerbaycanlı göçmenin yerlerine dönüşünün sağlanmasının Azerbaycan açısından arz ettiği önem hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. PİRİNÇÇİ, Ferhat/GÜLER, Mehmet Çağatay: “Azerbaycan’ın Stratejik Sabrının Sonu ve Karabağ’da Yeni Denklem”, Ataman, Muhittin/Pirinççi, Ferhat (ed.), Çıkmazdan Çözüme Karabağ Sorunu, Seta, İstanbul 2021, s.205-228; HUSEYNOV, Vasif: “Güney Kafkasya’da Savaş Sonrası Durum”, Ataman, Muhittin/Pirinççi, Ferhat (ed.), Çıkmazdan Çözüme Karabağ Sorunu, Seta, İstanbul 2021, s.229-244; VELİYEV, Cavid: “Jeleznovodsk Bildirisi’nden Moskova Bildirisi’ne Rusya’nın Dağlık Karabağ Politikası”, Ataman, Muhittin/Pirinççi, Ferhat (ed.), Çıkmazdan Çözüme Karabağ Sorunu, Seta, İstanbul 2021, s.301-324.

³² Ateşkes Andlaşması’nın Azerbaycanlı göçmenlerin yerlerine dönüşü ile ilgili düzenlemesinin yer aldığı 7. maddesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TİHEK, s.14-21; ERÇAKICA, s.305; AZNEVİ, s.119; PİRİNÇÇİ/GÜLER, s.218; HUSEYNOV, s.233; VELİYEV, s.318.

yerlerine başka bir ifade ile, zorunlu olarak göç ettirildikleri Ermenistan'a dönüşü ise Ateşkes Andlaşması ile getirilen düzenlemenin kapsamına dahil değildir. Çünkü, Ateşkes Andlaşması'na göre geri dönüş sadece Dağlık Karabağ topraklarına ve etrafındaki rayonlara söz konusu olabilecektir. Ancak, Ateşkes Andlaşması'nın 7. maddesine göre bu kişiler de Dağlık Karabağ topraklarına ve etrafındaki rayonlara BMMYK'nın denetimi ve kontrolü altında dönebilecektir³³.

Azerbaycan Hukuku bakımından mülteciler ve ülke içinde yerinden edilmiş kişilerin aynı hukuki statüye tabi tutulduğu, bu durum sebebiyle de ülke içinde yerinden edilmiş kişiler ile birlikte mültecilerin Dağlık Karabağ topraklarına ve etrafındaki rayonlara dönmesine izin verildiği ifade edilebilir.

Ateşkes Andlaşması'nın Azerbaycanlı göçmenlerin yerlerine dönüşü ile ilgili 7. maddesinin genel olarak bahsedilen şekilde yorumlanması mümkün olmakla birlikte, Ateşkes Andlaşması'nın pek çok maddesinde görülen belirsizlikler bu düzenleme bakımından da söz konusudur. Örneğin, bu düzenlemenin nasıl uygulanacağı, mülteciler ile ülke içinde yerinden edilmiş kişilerin kapsamına tam olarak kimlerin girdiği, bu kişilerin çocukları ile çocuklarının ailelerinin de bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği belirsizliğini korumaktadır³⁴.

Ateşkes Andlaşması'nın 7. maddesine göre Azerbaycanlı göçmenlerin yerlerine dönüşü BMMYK denetimi ve kontrolünde gerçekleşecektir³⁵. Bu noktada, BMMYK'nın sadece mülteciler ile ilgilenmediği çalışma konuları arasında ülke içinde yerinden edilmiş kişilerin de bulunduğu ifade edilmelidir. BMMYK'nın görev alanı genişletilmiştir ve çalışma konuları arasında ülke içinde yerinden edilmiş kişiler eklenmiştir³⁶. Bu çerçevede, Ateşkes Andlaşması'nın 7. maddesine göre yerlerine dönecek kişilerin öncelikle I. Dağlık Karabağ Savaşı ve bu savaş sırasında Ermenistan tarafından gerçekleştirilen işgal sebebiyle 1991 yılı ve sonrasında EDKÖB ve etrafındaki yedi rayonda ülke içinde yerinden edilmiş kişiler olması, bu kişilerin de BMMYK'nın çalışma konuları arasında yer alması önem arz etmektedir. Ateşkes Andlaşması'nın 7. maddesinin sadece ülke içinde yerinden edilmiş kişilerin yerlerine dönüşünü içermediği, aynı zamanda 1988 yılı ve sonrasında Ermenistan'dan zorunlu olarak göç ettirilen, Dağlık Karabağ sorunu sebebiyle mülteci durumuna düşen kişilerin Dağlık Karabağ topraklarına ve etrafındaki rayonlara dönüşü ile ilgili düzenleme getirdiği bu bağlamda da konunun BMMYK'nın çalışma konuları arasında yer aldığı belirtilmelidir. Azerbaycanlı göçmenlerin yerlerine dönüşünün Rus Barış Gücü kontrolünde gerçekleştirilmeyecek olması da Azerbaycan açısından önemli ve olumlu bir gelişmedir.

C. Mayınlar Sorunu

Azerbaycanlı göçmenlerin yerlerine dönüşünün önündeki en büyük engel bölgeye Ermenistan tarafından döşenmiş mayınlardır. Ermenistan, hem Azerbaycan Ermenistan arasındaki 300 km'lik temas hattına hem de I. Dağlık Karabağ Savaşı sırasında işgal edip yerleşime açmadığı alanlara anti-personel ve anti-tank mayınlar döşemiştir. Ermenistan mayın döşeme faaliyetlerini II. Dağlık Karabağ Savaşı sırasında da sürdürmüştür. Ermenistan II. Dağlık Karabağ Savaşı'nda aldığı yenilginin ardından terk etmek zorunda kaldığı alanlara da mayın döşemiştir³⁷. Anti-personel mayınların kullanımı 1997 tarihli Anti-Personel Mayınların Yasaklanması, Stoklanması, Üretimi, Transferi ve İmha Edilmesi Hakkında Sözleşme ile

³³ Ateşkes Andlaşması'nın 7. maddesi, "Daxili məcburi köçkünlər və qaçqınlar Dağlıq Qarabağın ərazisinə və ətraf rayonlara BMT-nin Qaçqınlar üzrə Ali Komissarlığının Ofisinin nəzarəti altında geri qayıdır." şeklinde bir düzenleme getirmektedir. Ateşkes Andlaşması'nın 7. maddesi ile getirilen bu düzenleme "Qaçqınların və məcburi köçkünlərin (ölkə daxilində köçürülmüş şəxslərin) statusu haqqında Azərbaycan Respublikasının Qanunu"na uyğun olarak hem "qaçqınların" hem de "məcburi köçkünlərin (ölkə daxilində köçürülmüş şəxslərin)" Dağlık Karabağ topraklarına ve etrafındaki rayonlara geri döneceğini ifade etmektedir. Bu çerçevede, "qaçqınlar" ve "məcburi köçkünlər (ölkə daxilində köçürülmüş şəxslər)" ile ilgili olarak yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda, Dağlık Karabağ topraklarına ve etrafındaki rayonlara sadece I. Dağlık Karabağ Savaşı ve bu savaş sırasında Ermenistan tarafından gerçekleştirilen işgal sebebiyle ülke içinde yerinden edilmiş Azerbaycanlı göçmenler dönebilecektir, bu kişilere ek olarak Dağlık Karabağ sorunu sebebiyle Ermenistan'dan zorunlu olarak göç ettirilen Azerbaycanlı göçmenler de dönebilecektir.

³⁴ Ateşkes Andlaşması'nın 7. maddesi ile ilgili belirsizlikler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AZNEVİ, s.119.

³⁵ Mültecilerin korunması için Birleşmiş Milletler öncesinde de çeşitli çalışmalar yapılmıştır. Ancak, bu çalışmalar sonucunda evrensel bir mülteci tanımı yapılamamış, mültecilere ilişkin genel bir koruma uygulanamamış, daha çok belirli gruplara yönelik koruma planlarının hazırlanması söz konusu olmuştur. Birleşmiş Milletler döneminde 1951'de mültecilerin korunması için BMMYK Ofisi kurulmuştur. BMMYK esasen Birleşmiş Milletler'in yardımcı organlardan biridir. BMMYK, BM Genel Kurulu'na bağlıdır. BMMYK'nın asıl amacı, mültecilere yönelik uluslararası bir koruma temin etmek ile mültecilerin sorunları için kalıcı olan çözümler üretmektir. BMMYK'nın kuruluşu, yapısı ve işleyişi hakkında ve uluslararası mülteci hukuku hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. UZUN, Elif: "Uluslararası Hukuk Çerçevesinde BMMYK'nın Yapısı, Görevleri ve Uluslararası Mülteci Hukukunun Gelişimindeki Yeri", Göç Araştırmaları Dergisi, 2(2), 2016, s.60-85; ÇİÇEKLİ, Bülent: Yabancılar ve Mülteciler Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s.221-390.

³⁶ BMMYK'nın çalışma konuları arasında; mülteciler, sığınma arayanlar, geri dönenler, vatansızlar, ülke içinde yerinden edilmiş kişiler yer almaktadır. BMMYK'nın çalışma konularını genişleten karar için bkz. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0167/26/PDF/NR016726.pdf?OpenElement>, (Erişim, 23.08.2022); BMMYK'nın görevleri ile çalışma alanları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.unhcr.org/who-we-help.html>, (Erişim, 23.08.2022).

³⁷ Ermenistan tarafından gerçekleştirilen mayın döşeme faaliyetleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TİHEK, s.18-20; Ermenistan tarafından gerçekleştirilen mayın döşeme faaliyetleri ile ilgili olarak Azerbaycan İnsan Hakları Ombudsmanlığı bir rapor hazırlamıştır. Bu rapora göre, Ermenistan Birinci Dağlık Karabağ Savaşı'ndan sonraki işgal sürecinde, II. Dağlık Karabağ Savaşı sırasında ve II. Dağlık Karabağ Savaşı'ndan sonra işgal ettiği topraklardan çekilirken mayın döşeme faaliyetleri gerçekleştirmiştir. II. Dağlık Karabağ Savaşı sonrasında Ateşkes Andlaşması'nın imzalanmasını takip eden süreçte bölgeden 35.000'den fazla mayın temizlenmesine rağmen bölge henüz mayınlardan tamamen arındırılmamıştır. Bölgede asker ve sivillerin mayınlar sebebiyle ölüm ve yaralanmaları devam etmektedir. Azerbaycan İnsan Hakları Ombudsmanlığı'nın Ermenistan tarafından gerçekleştirilen mayın döşeme faaliyetleri hakkında hazırladığı rapor için bkz. https://www.ombudsman.az/upload/editor/files/Ad%20Hoc%20Hesabat%20Azeri_last_vers.pdf, (Erişim: 25.08.2022).

yasaklanmıştır³⁸. Anti-personel mayınlar, asker ve sivil arasında ayırım yapmayan bu sebeple, insancıl hukuka ilişkin uluslararası örf adet hukuku kuralları çerçevesinde de kullanımı yasaklanan silahlardır. Ermenistan 1997 tarihli Sözleşme'ye taraf olmadığı için gerçekleştirdiği mayın döşeme faaliyetleri ile Sözleşme'den doğan bir uluslararası yükümlülüğünü ihlal etmemiştir. Ancak, Ermenistan gerçekleştirdiği mayın döşeme faaliyetleri ile insancıl hukuka ilişkin uluslararası örf adet hukuku kurallarından kaynaklanan uluslararası yükümlülüklerini ihlal etmiştir³⁹.

Ateşkes Andlaşması'nın getirdiği düzenleme bağlamında Azerbaycanlı göçmenlerin yerlerine dönebilmesi için Ermenistan'ın bölgeye döşediği bütün mayınların temizlenmesi gerekmektedir. Mayınların bir an önce temizlenebilmesi için ise Ermenistan'ın bölgeye döşediği bütün mayınların haritalarını Azerbaycan'a vermesi gerekmektedir. Ancak, Ermenistan şimdiye kadar sadece Ağdam, Fuzuli ve Zengilan bölgelerine döşediği mayınların haritalarını Azerbaycan'a vermiştir. Bu haritalara göre Ağdam'da 97.000, Fuzuli ve Zengilan'da ise 92.000 mayın bulunmaktadır. Ermenistan bölgeye döşediği diğer mayınların haritalarını Azerbaycan'a vermeyi reddetmektedir. Haritaları bulunan mayınlar dışında Ermenistan'ın bölgede çeşitli yerlerde haritasız mayın döşeme faaliyetleri gerçekleştirdiği tahmin edilmektedir⁴⁰. Ateşkes Andlaşması Azerbaycanlı göçmenlerin yerlerine dönüşünü düzenlemektedir. Ermenistan ise Ateşkes Andlaşması'nın taraflarından biridir. Ermenistan'ın Ateşkes Andlaşması'ndan kaynaklanan, Azerbaycanlı göçmenlerin yerlerine dönüşü ile ilgili bir uluslararası yükümlülüğü söz konusudur. Bu yükümlülük, Ermenistan'ın bölgeye döşediği bütün mayınların haritalarını bir an önce Azerbaycan'a verme yükümlülüğüdür. Ermenistan bölgeye döşediği bütün mayınların haritalarını bir an önce Azerbaycan'a vermediği takdirde Azerbaycanlı göçmenlerin yerlerine dönüşü gecikecektir ve Ermenistan Ateşkes Andlaşması'ndan doğan bir uluslararası yükümlülüğünü ihlal etmiş olacaktır. Bu çerçevede, Ermenistan'ın uluslararası sorumluluğu doğacaktır⁴¹.

Mayınların haritalarının teslim edilmesinin ve yerlerinin tespit edilmesinin ardından, mayınların temizlenmesi gerekmektedir. Mayın temizleme faaliyetlerinin iki aşaması söz konusudur. Birinci aşamada tehlike yaratan mayınlar temizlenmekte, tehlike yaratmayanlar bırakılmaktadır. İkinci aşamada ise bütün mayınların temizlenmesi hedeflenmektedir. Azerbaycan'ın işgalden kurtardığı, Azerbaycanlı göçmenlerin döneceği yerlerdeki mayın temizleme işlemleri Azerbaycan Ulusal Mayın Temizleme Ajansı tarafından gerçekleştirilecektir. Ajans tarafından gerçekleştirilecek mayın temizleme işlemlerinin ilk aşamasının tamamlanmasının dahi 5-7 yıl arası süreceği tahmin edilmektedir. İkinci aşama da düşünüldüğünde mayın temizleme işlemlerinin uzun yıllar süreceği, Azerbaycanlı göçmenlerin yerlerine dönüşü için beklemesi gerektiği anlaşılmaktadır. Mayın temizleme işlemlerinin uzun zaman gerektirmesinin dışında maliyeti yüksek işlemler olduğunun da ifade edilmesi gerekmektedir⁴².

IV. SONUÇ

Azerbaycan açısından Azerbaycanlı göçmenlerin yerlerine dönüşü ve sorunlarının çözülmesi her zaman için öncelikli meseleler arasında yer almıştır. Azerbaycan Dağlık Karabağ sorununun barışçı

³⁸ "Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on their Destruction" için bkz. <https://geneva-s3.unoda.org/static-unoda-site/pages/templates/anti-personnel-landmines-convention/APLC%2BEnglish.pdf>, (Erişim: 25.08.2022); Resolution 74/61 titled "Implementation of the Convention on the Prohibition of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-Personnel Mines and on Their Destruction" için bkz. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N19/415/81/PDF/N1941581.pdf?OpenElement>, (Erişim: 07.04.2023); 1997 tarihli Anti-Personel Mayınların Yasaklanması, Stoklanması, Üretimi, Transferi ve İmha Edilmesi Hakkında Sözleşme'nin Türkçe çevirisi için bkz. <https://www5.tmm.gov.tr/kanunlar/k4824.html>, (Erişim: 08.04.2023); Sözleşme'ye taraf devletler için bkz. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVI-5&chapter=26&clang=_en, (Erişim: 25.08.2019).

³⁹ Asker ve sivil arasında ayırım yapmama gibi sebeplerle, insancıl hukuka ilişkin kuralları çerçevesinde kullanımı yasaklanan silahlar ve mayınlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. PAZARCI (2016), s.244-254; Anti-personel mayınların, asker ve sivil arasında ayırım yapmayan bu sebeple, insancıl hukuka ilişkin uluslararası örf adet hukuku kuralları çerçevesinde de kullanımı yasaklanan silahlar olduğu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. TİHEK, s.60. Ermenistan'ın anti-personel mayınlar döşemek suretiyle insancıl hukuka ilişkin uluslararası örf adet hukuku kurallarından kaynaklanan uluslararası yükümlülüklerini ihlali uluslararası sorumluluğunu beraberinde getirmektedir. Azerbaycan, uluslararası sorumluluğunun sonucu olarak Ermenistan'dan eski hale getirme ya da tazminat talebinde bulunabilir. Devletlerin insancıl hukuk kurallarının ihlallerinden doğan uluslararası sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DÜLGER, Kenan: Devletin Uluslararası İnsancıl Hukukun İhlalinden Doğan Sorumluluğu, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015; GEYİK, Hatice: "Devletlerin İnsancıl Hukuk Kurallarının İhlali Nedeniyle Sorumluluğu", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 24(2), 2016, s.57-91.

⁴⁰ Ermenistan tarafından bölgeye döşenen bütün mayınların haritalarının Azerbaycan'a verilmesi meselesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TİHEK, s.18-21. Ermenistan'ın bölgeye döşediği bütün mayınların haritalarını bir an önce Azerbaycan'a verme yükümlülüğü, Azerbaycan İnsan Hakları Ombudsmanlığı'nın Ermenistan tarafından gerçekleştirilen mayın döşeme faaliyetleri hakkında hazırladığı raporda da ifade edilmiştir. Bu raporda yer alan ifadelere göre, Azerbaycanlı göçmenlerin yerlerine dönebilmesi için, Ateşkes Andlaşması'nın ardından bölgeye barışın gelebilmesi için, bölgede mayınlardan kaynaklanan sivil ve asker ölümlerinin önlenmesi için Ermenistan'ın bölgeye döşediği bütün mayınların haritalarını bir an önce Azerbaycan'a vermesi gerekmektedir. Ermenistan'ın bölgeye döşediği bütün mayınların haritalarını bir an önce Azerbaycan'a verme yükümlülüğü aynı zamanda insancıl hukuk kurallarından kaynaklanan bir uluslararası yükümlülüktür. Azerbaycan İnsan Hakları Ombudsmanlığı'nın Ermenistan tarafından gerçekleştirilen mayın döşeme faaliyetleri hakkında hazırladığı rapor için bkz. https://www.ombudsman.az/upload/editor/files/Ad%20Hoc%20Hesabat%20Azeri_last_vers.pdf, (Erişim: 25.08.2022).

⁴¹ Devletlerin uluslararası yükümlülüklerini ihlalden doğan uluslararası sorumluluğunun şartları, sonuçları ve ileri sürülmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. UZUN, Elif: Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016; ERKİNER, Hakkı Hakan: Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.

⁴² Azerbaycan Ulusal Mayın Temizleme Ajansı, Azerbaycan'ın mayın temizleme işlemlerinden sorumlu ulusal kurumudur. Azerbaycan Ulusal Mayın Temizleme Ajansı, bölgeden yaklaşık 35.000 mayın temizlemiştir. Azerbaycan Ulusal Mayın Temizleme Ajansı ve bölgedeki faaliyetleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TİHEK, s.18-21; <http://www.anama.gov.az/>, (Erişim: 26.08.2022).

yollardan çözümü çalışmaları sırasında Ermenistan'ın işgal ettiği topraklardan çekilmesinin ve Azerbaycanlı göçmenlerin yerlerine dönmelerinin bu sorunun barışçı yollardan çözümünün ilk şartı olduğunu her fırsatta ifade etmiştir. Azerbaycanlı göçmenlerin yerlerine dönüşü ile ilgili düzenlemeler I. Dağlık Karabağ Savaşı sonrasında imzalanan Ateşkes Andlaşması'nda ve Dağlık Karabağ sorununun barışçı yollardan çözümü ile ilgili çeşitli belgelerde yer almıştır. Ancak, Ermenistan'ın devam eden işgali sebebiyle bu süreçte Azerbaycanlı göçmenlerin yerlerine dönüşü mümkün olmamıştır.

Azerbaycan'ın işgal altındaki topraklarını işgalden kurtardığı ve Ermenistan karşısında büyük bir zafer elde ettiği II. Dağlık Karabağ Savaşı sonrasında imzalanan Ateşkes Andlaşması'nda da Azerbaycanlı göçmenlerin yerlerine dönüşü ile ilgili bir düzenleme yer almaktadır. Ateşkes Andlaşması'nın Azerbaycanlı göçmenlerin yerlerine dönüşü ile ilgili düzenlemesine ve bu çalışma ile varılan sonuca göre I. Dağlık Karabağ Savaşı ve bu savaş sırasında Ermenistan tarafından gerçekleştirilen işgal sebebiyle 1991 yılı ve sonrasında EDKÖB ve etrafındaki yedi rayonda ülke içinde yerinden edilmiş Azerbaycanlı göçmenler BMMYK'nın denetimi ve kontrolü altında yerlerine dönebilecektir.

1988 yılı ve sonrasında Ermenistan'dan zorunlu olarak göç ettirilen Azerbaycanlı göçmenlerin yerlerine başka bir ifade ile, zorunlu olarak göç ettirildikleri Ermenistan'a dönüşü Ateşkes Andlaşması ile getirilen düzenlemenin kapsamına dahil değildir. Ancak, Ateşkes Andlaşması'nın 7. maddesine göre bu kişiler de Dağlık Karabağ'ın topraklarına ve etrafındaki rayonlara BMMYK denetimi ve kontrolü altında dönebilecektir. Azerbaycan Hukuku bakımından mülteciler ve ülke içinde yerinden edilmiş kişilerin aynı hukuki statüye tabi tutulduğu, bu durum sebebiyle de ülke içinde yerinden edilmiş kişiler ile birlikte mültecilerin Dağlık Karabağ topraklarına ve etrafındaki rayonlara dönmelerine izin verildiği ifade edilebilir.

Azerbaycanlı göçmenlerin tamamının BMMYK'nın görevleri ve çalışma konuları arasında yer alması sebebiyle Azerbaycanlı göçmenlerin yerlerine dönüşünün BMMYK denetimi ve kontrolü altında gerçekleştirilecek olması Azerbaycan açısından önemli ve olumlu bir gelişmedir. Ayrıca, Azerbaycanlı göçmenlerin yerlerine dönüşünün Rus Barış Gücü kontrolünde değil BMMYK'nın denetimi ve kontrolü altında gerçekleştirilecek olması da Azerbaycan açısından önemli ve olumlu bir gelişmedir.

Azerbaycan'ın II. Dağlık Karabağ Savaşı ile Ermenistan'ın işgalini sona erdirmesi ve bu çerçevede I. Dağlık Karabağ Savaşı'ndan sonraki durumdan farklı bir durumun söz konusu olması Azerbaycanlı göçmenlerin bu defa yerlerine dönebileceğine, Ateşkes Andlaşması'nda Azerbaycanlı göçmenlerin yerlerine dönüşü ile ilgili olarak yer alan düzenlemenin uygulanabileceğine işaret etmektedir. Azerbaycanlı göçmenlerin yerlerine dönüşü ile ilgili en önemli sorun ise Azerbaycanlı göçmenlerin dönecekleri toprakların Ermenistan tarafından mayınlanmış olması, Ermenistan'ın bölgeye döşediği mayınların haritalarını Azerbaycan'a vermeyi reddetmesi, bu haritaların Azerbaycan'a verilmesi durumunda dahi bölgedeki mayınların temizlenmesinin uzun yıllar sürecektir.

KAYNAKÇA

- ABBASOV, Ali/XAÇATRYAN, Harutiun: Karabakh Conflict: Variants of Settlement: Concepts and Reality, AREAT, Bakı 2006.
- ABDULLAHZADE, Cavid: Hukuki Yönleriyle Dağlık Karabağ Sorunu, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- ABDULLAHZADE, Cavid: "Dağlık Karabağ Sorunu'nda Ermenistan'ın Rolü ve Sorumluluğu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 69(4), 2020, s.1541-1568.
- ACER, Yücel: "Ermenistan'ın Savaş Suçları Uluslararası Hukuk ve Ermenistan'ın Karabağ'a Dair Askeri Faaliyetleri", Seta Analiz, (337), 2020, s.5-15.
- ACER, Yücel: "Ermenistan'ın İkinci Karabağ Savaşı'ndaki Askeri Faaliyetleri ve Uluslararası İnsancıl Hukuk", Ataman, Muhittin/Pirinççi, Ferhat (ed.), Çıkmazdan Çözüme Karabağ Sorunu, Seta, İstanbul 2021, s.271-298.
- ALİYEV, Kamal Makili: Nagorno-Karabakh Conflict in International Legal Documents and International Law, SAM, Bakı 2013.
- ASLANLI, Araz: Qarabağ Problemi: Tarixi, Mahiyyəti, Həll Prosesi, Azərbaycan Respublikasının Prezidenti yanında Qeyri-Hökumət Təşkilatlarına Dövlət Dəstəyi Şurasının Araz Tədqiqatlar Mərkəzi, Bakı 2009.
- ASLANLI, Araz: "Birinci Karabağ Savaşı'nın Nedenleri ve Sonuçları", Ataman, Muhittin/Pirinççi, Ferhat (ed.), Çıkmazdan Çözüme Karabağ Sorunu, Seta, İstanbul 2021, s.117-140.
- ATAMAN, Muhittin/PİRİNÇÇİ, Ferhat: "Karabağ Sorunu: Dondurulmuş Yapaylıktan Kaçınılmaz Çözüme", Ataman, Muhittin/Pirinççi, Ferhat (ed.), Çıkmazdan Çözüme Karabağ Sorunu, Seta, İstanbul 2021, s.17-37.
- AZNEVİ, Ferhat: Hukuksal Boyutuyla Türkiye ve Azerbaycan'ın Ortak "Ermeni Sorunu" Yukarı Karabağ ve 10 Kasım 2020 Ateşkes Antlaşması, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2021.
- BAŞEREN, Sertaç Hami: Uluslararası Hukukta Devletlerin Münferiden Kuvvet Kullanmalarının Sınırları, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 2003.
- BOZKAYA, Özge/EYLEMER, Sedef: "Güney Kafkasya'da Ülke İçinde Yerinden Edilmiş Kişiler Sorunu: Avrupa Birliği'nin Yaklaşımı Üzerine Bir Değerlendirme", Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, 18(1), 2019, s.109-142.
- BOZKURT, Enver: Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma, Asil Yayıncılık, Ankara 2007.
- BOZKURT, Enver/POYRAZ, Yasin/ERDAL, Selcen: Devletler Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- BROWNLIE, Ian: Principles of Public International Law and the Use of Force By States, Oxford University Press, New York and London 1963.
- CAFEROV, Nazim/ASLANLI, Araz: "Karabağ Sorununda Ateşkes ve Rusya", Ermeni Araştırmaları, (53), 2016, s.239-259.
- CAŞIN, Mesut Hakkı/KISACIK, Sina: Kafkasya'da Azerbaycan-Ermenistan Uyuşmazlığı: Çatışma-Barış Sarkacı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- ÇİÇEKLİ, Bülent: Yabancılar ve Mülteciler Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

- ERÇAKICA, Mustafa: “Kültürel Varlıklara İlişkin Uluslararası İnsancıl Hukuk Kuralları Kapsamında, Ermenistan ve Azerbaycan Arasındaki Çatışmalarda Zarar Gören Kültürel Varlıklardan Dolayı Sorumluluk”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12(1), 2021, s.66-84.
- ERKİNER, Hakkı Hakan: Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.
- DÜLGER, Kenan: Devletin Uluslararası İnsancıl Hukukun İhlalinden Doğan Sorumluluğu, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015.
- ERÇAKICA, Mustafa: “Dağlık Karabağ Sorunu’nun ve ‘Ateşkes’ Andlaşması’nın Uluslararası Hukuk ve İnsancıl Hukuk Açılımlarından İncelenmesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 12(47), 2021, s.287-314.
- ERGÜVEN, Nasih Sarp/ÖZTURANLI, Beyza: “Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türkiye”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 62(4), 2013, s.1007-1061.
- GEYİK, Hatice: “Devletlerin İnsancıl Hukuk Kurallarının İhlali Nedeniyle Sorumluluğu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 24 (2), 2016, s.57-91.
- GÖZEN ERCAN, Pınar/KUL, Selin: “Ülkeleri İçinde Yerinden Edilmiş Kişilerin ve Mültecilerin Koruma Sorumluluğu Çerçevesinde Korunması”, Uluslararası İlişkiler, 18(71), 2021, s.1-19.
- HAZIR, Ümit Nazmi: “Karabağ’ın İşgali ve Yansımaları”, Özarslan, Bahadır Bumin (ed.), Kanayan Yara Karabağ, Astana Yayınları, Ankara 2016, s.121-140.
- HUSEYNOV, Vasıf: “Güney Kafkasya’da Savaş Sonrası Durum”, Ataman, Muhittin/Pirinççi, Ferhat (ed.), Çıkmazdan Çözüme Karabağ Sorunu, Seta, İstanbul 2021, s.229-244.
- HÜSEYNOV, Lətif: Bəynəlxalq Hüquq, Qanun Nəşriyyatı, Bakı 2012.
- International Crisis Group: “Tackling Azerbaijan’s IDP Burden”, <https://www.crisisgroup.org/europe-central-asia/caucasus/azerbaijan/tackling-azerbaijan-s-idp-burden>, (Erişim: 02.06.2022).
- İSMAYILOV, Meşdi: “Karabağ’ın Ermenistan İçin Anlamı”, Ataman, Muhittin/Pirinççi, Ferhat (ed.), Çıkmazdan Çözüme Karabağ Sorunu, Seta, İstanbul 2021, s.57-74.
- İŞYAR, Ömer Göksel: “Karabağ’ın Tarihsel Arka Planı”, Ataman, Muhittin/Pirinççi, Ferhat (ed.), Çıkmazdan Çözüme Karabağ Sorunu, Seta, İstanbul 2021, s.77-97.
- KAY QC, Steven/BECKER, Drea/KREN, Joshua: Armenia-Azerbaijan Nagorno Karabakh Conflict Targeting of Civilians in Azerbaijan September-November 2020 An Interim Report, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2021.
- KESKİN, Funda: Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma: Savaş, Karışma ve Birleşmiş Milletler, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları, Ankara 1998.
- KRÜGER, Heiko: The Nagorno Karabakh Conflict A Legal Analysis, Springer, Heidelberg 2010.
- MALANCZUK, Peter: Akehurst’s Modern Introduction to International Law, Routledge, London and New York 1997.
- OĞAN, Sinan: “Yüzyılın Dramı-Azerbaycan’da Göçmen (Kaçkın) Sorunu”, Avrasya Dosyası Azerbaycan Özel Sayı, 7(1) 2001, s.431-543.
- ÖZDAŞLI, Esmâ: “İkinci Karabağ Savaşı’nda Ermenilerin Sivillere Yönelik Saldırıların Uluslararası İnsancıl Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, Giresun Üniversitesi İktisadi ve İdari Birimler Dergisi, 7(1), 2021, s.51-83.
- ÖZKUL, Osman/Hüseyin, VERMEZ: “Dağlık Karabağ Göçmenlerinin Sosyo-Ekonomik Sorunları”, Bilig, (51), 2009, s.139-170.
- PAZARCI, Hüseyin: Uluslararası Hukuk Dersleri 2. Kitap, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.
- PAZARCI, Hüseyin: Uluslararası Hukuk Dersleri 4. Kitap, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.
- PİRİNÇÇİ, Ferhat/GÜLER, Mehmet Çağatay: “Azerbaycan’ın Stratejik Sabrının Sonu ve Karabağ’da Yeni Denklem”, Ataman, Muhittin/Pirinççi, Ferhat (ed.), Çıkmazdan Çözüme Karabağ Sorunu, Seta, İstanbul 2021, s.205-228.
- SAM Center for Strategic Studies: The Nagorno Karabakh Conflict: A Historical & Legal Appraisal, SAM, Baku 2013.
- SARAÇLI, Murat: Uluslararası Hukukta Yerinden Edilmiş Kişiler, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- SARIKAYA, Yalçın/ASLANLI, Araz: “Karabağ Sorununda Diplomatik Müzakereler ve Minsk Süreci”, Ataman, Muhittin/Pirinççi, Ferhat (ed.), Çıkmazdan Çözüme Karabağ Sorunu, Seta, İstanbul 2021, s.141-166.
- SHAW, Malcolm N.: Principles of Public International Law, Cambridge University Press, New York 2008.
- SHAW, Malcolm/HART, Naomi: Report on War Crimes in the Occupied Territories of the Republic of Azerbaijan and the Republic of Armenia’s Responsibility, Red N Line, Baku 2020.
- SEFEROV, Rehman/AKIŞ, Ayhan: “Karabağ Savaşı ve Bağımsızlık Sonrası Yaşanan Sorunların Azerbaycan’daki Göç Etkileri”, Bayram, Fatih/Yılmaz, Şakir (ed.), Avrasya Etüdüleri, TC BAŞBAKANLIK Türk İşbirliği ve Kalkınma İdaresi Başkanlığı, Ankara 2006, s.207-223.
- SEFEROV, Rehman/İBADOV, Adale: “Ermenistan’ın Karabağ’ı İşgal Süreci ve Sonrasında Azerbaycan’da Yaşanan Zorunlu Göçler ve Sorunları”, Selçuk Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Edebiyat Dergisi, (18), 2007, s.159-173.
- SÜTLÜOĞLU, Balay: Uluslararası Mülteciler Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türkiye Örneği’nin Değerlendirilmesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, TC İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2019.
- ŞEFİYEV, Ferid/HUSEYNOV, Vasıf: “İkinci Karabağ Savaşı’na Giden Yol”, Ataman, Muhittin/Pirinççi, Ferhat (ed.), Çıkmazdan Çözüme Karabağ Sorunu, Seta, İstanbul 2021, s.169-181.
- TAŞDEMİR, Fatma/ALBAYRAK, Gökhan: Uluslararası İnsancıl Hukuk, Kavramlar, İlkeler ve Yeni Gelişmeler, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- TUNCEL, Turgut Kerem: “Güney Kafkasya’da 2-5 Nisan 2016’da Yaşanan 4 Gün Savaşı”, Ermeni Araştırmaları, (53), 2016, s.301-338.
- Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu: Ermenistan’ın Karabağ’daki Eylemleri: İnsan Hakları İhlalleri ve İhlallerin Takibi, TİHEK Yayınları, Ankara 2021.
- TÜTÜNCÜ, Ayşe Nur: İnsancıl Hukuka Giriş, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012.
- UZUN, Elif: “Uluslararası Hukuk Çerçevesinde BMMYK’nın Yapısı, Görevleri ve Uluslararası Mülteci Hukukunun Gelişimindeki Yeri”, Göç Araştırmaları Dergisi, 2(2), 2016, s.60-85.
- UZUN, Elif: Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- VELİYEV, Cavid: “Jelesnovodsk Bildirisi’nden Moskova Bildirisi’ne Rusya’nın Dağlık Karabağ Politikası”, Ataman, Muhittin/Pirinççi, Ferhat (ed.), Çıkmazdan Çözüme Karabağ Sorunu, Seta, İstanbul 2021, s.301-324.
- VERMEZ, Hüseyin: Dağlık Karabağ Göçmenlerinin Sosyo-Ekonomik Problemleri, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, TC Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sakarya 2007.

YEŞİLOT, Okan: “Karabağ Savaşının Sessiz ve Mağdur Tanıkları”, Sosyal Bilimler Dergisi, (15), 2006, s.85-92.
YILMAZ, Reha: “Dağlık Karabağ Savaşı’nın İnsan Hakları Açısından Analizi”, Aras, Osman Nuri/Dedeyev, Bilal/Yılmaz, Reha/İbayer, Vefaddin (ed.), Karabağ Savaşı Siyasi Hukuki Ekonomik Analiz, Kafkasya Araştırmaları Enstitüsü Yayınları, Bakü 2008, s.65-124.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Tuğçe İSAYEV, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Tuğçe İSAYEV who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir.

| The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnULR in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.

MALİ SUÇLA MÜCADELEDE ŞÜPHELİ İŞLEM BİLDİRİMLERİ*

REPORTING OF SUSPICIOUS TRANSACTIONS IN THE FIGHT AGAINST FINANCIAL CRIME

Yasemin TAŞKIN**  

Makale Bilgi

Gönderi: 15/09/2022
Kabul : 18/04/2023

Anahtar Kelimeler

Mali Suç,
Aklama Suçu,
Şüpheli İşlem,
Şüpheli İşlem
Bildirimi.

Article Info

Received: 15/09/2022
Accepted: 18/04/2023

Keywords

Financial Crime,
Laundering Crime,
Suspicious
Transactions,
Reporting of
Suspicious
Transactions.

Özet

10.21492/ inuhfd.1175517 

Suçun gizlenmesi ve suç gelirlerine yasal bir görünüm kazandırılması amacıyla suçtan elde edilen malvarlığı değerlerinin niteliğinin, kaynağının, yerinin, durumunun, hareketlerinin ve bu değerlerin kime ait olduğunun saklanması olarak ifade edilen aklama suçu, 5549 Sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun'da 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 282. maddesine atıfta bulunularak açıklanmıştır. Aklama suçunun önlenmesine yönelik tedbirlerden biri olan Şüpheli İşlem Bildirimleri ise 5549 Sayılı Kanun'da ve ikincil mevzuatta düzenlenmiştir. Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı (MASAK), suç gelirlerinin aklanması ve terörizmin finansmanı ile mücadelede etkin bir rol oynamaktadır. Bu kapsamda MASAK tarafından yıllık olarak açıklanan faaliyet raporlarında da şüpheli işlem bildirimlerinin ve bildirim sonucunda uygulanan yaptırımların payı yıldan yıla artmaktadır. Ayrıca, şüpheli işlem bildirimleriyle yükümlü olanlara da uygulanan yaptırımların da arttığı görülmektedir. Bu çalışmada, mali suçlarla mücadelede şüpheli işlem bildirimlerinin anlamı ve hukuki niteliği, MASAK'a yapılan şüpheli işlem bildirimleri, bildirim yükümlülüğü olanların yükümlülük ihlalinin sonuçları açıklanmış ve yıllar itibarıyla şüpheli işlem bildirimleri değerlendirilmiştir.

Abstract

Laundering crime has been defined as the hiding of nature, source, location, situation, movements, and owner of the assets gained by crime for the purpose of concealing crime and to give a legal appearance to the gains of crime regulated in the Law Regarding the Prevention of Laundering of Crime Revenues no. 5549 by being referred to article 282 Turkish Criminal Law, no. 5237. A suspicious transaction, which is one of the precautions to prevent against the laundering of crime has been regulated in Law no. 5549 and also the secondary legislation. The Financial Crimes Investigation Board (MASAK) serves an efficient function effectively fights against the laundering proceeds of crime and financial terrorism. In this context, the share of suspicious transaction reports and the sanctions imposed as a result of the notification in the annual reports announced by MASAK is increasing year by year. Additionally, sanctions enforced on persons who are responsible for reporting have been increasing. In this article, the meaning and legal aspects of reporting suspicious transactions in the fight against financial crimes, reporting suspicious transactions made to MASAK, the consequences of the violation of obligations of those who are obliged to report are explained. Reporting suspicious of transactions has been evaluated over the years.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

* Bu çalışma, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi'nin 82. Kuruluş Etkinliği (13.12.2018) kapsamında sözlü olarak sunulan ve herhangi bir yerde yayımlanmayan "Şüpheli İşlem Bildirimi ve Hukuki Sonuçları" başlıklı çalışmanın genişletilmiş ve güncellenmiş halidir.

** Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi, İktisat Fakültesi, Maliye Bölümü, Mali Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** TAŞKIN Yasemin, "Mali Suçla Mücadelede Şüpheli İşlem Bildirimleri", InÜHFD, 14(1), 2023, s.166-180.

İntihal | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

The scope of financial crimes has broadened with increasing globalization and technological developments. For this reason, measures have been taken to prevent this type of crime from increasing. Financial crime has not been described in the Law to Prevent Money Laundering no. 4208 or in the Law Regarding the Prevention of Laundering of Crime Revenues. Laundering crime was defined in Law no. 5549 by being referred to article 282 Turkish Criminal Law, no. 5237. But it is debatable whether money laundering is within the scope of financial crime. Laundering crime is the action of hiding the crime and giving a legal appearance to the proceeds of the crime. To realize this action, the values of assets have been hidden in various ways.

As well, national and international precautions can be taken to prevent financial crime with international cooperation. One of these precautions is the reporting of suspicious transactions. Reporting suspicious transactions was undertaken for the first time by the Directive for Implementation of Law no. 4208. Following this regulation, they were regulated the Law Regarding the Prevention of Laundering of Crime Revenues, no. 5549 as well as secondary legislation.

This study aimed to reveal the role of reporting suspicious transactions, the obligations responsible for reporting transactions and the criminal responsibilities of these obligations, the reporting of suspicious transactions over the years in Turkey and the results of these notifications.

As it's rightfully pointed out by Yüce-Akkaya, there are different legal definitions of "financial crimes". The notion of "economic crimes" is derived from it and Becker qualified it as a financial crime in a study in 1968. Yüce-Akkaya in their article, it was stated that the crimes in economic models were being developed by various authors. In this context, he stated that the definition of financial crime has changed due to the impact of technological developments and he emphasized that he has taken many actions within its scope with international cooperation in the fight against financial crimes.

In a study on the reporting of suspicious transactions Romaniuk et al. (2007) emphasize that there are three important functions of reporting suspicious transactions. They have emphasized that multiple reportings of potential criminal acts by different financial institutions constitute an important source of intelligence, countries have developed strategies to prevent money laundering and terrorism financing, and reporting has a deterrent feature.

The reports of the Financial Crimes Investigation Board indicate the number of suspicious transaction notifications over the years and that actions have been taken against those who do not fulfill their suspicious transaction notification obligation. It should be said that Board statistics are not Turkey specific as US (FinTec) and UK datas have the same trends.

In this context, it is advised that contracting states should establish units that take and analyze the reporting of suspicious transactions. In Turkey, this charge belongs to the Financial Crimes Investigation Board (MASAK). This Institution depends on the Ministry of Treasury and Finance and publishes reports regularly on its operations. In addition, it makes some publications, such as guide books, and articles about operation subjects.

When assets are acquired as the result of illegal actions or used with unlawful objectives, the liability of reporting suspicious transactions will arise according to article 4 of Law no. 5549. Only suspicion has been accepted enough by this rule. Any financial limit has been defined for reporting and any constraint has not been required, except for the existence of the suspicion.

Judicial police investigation demands and institutional denouncements are other means accompanying to reporting suspicious transactions to by the third parties to MASAK.

Some types of notification have been defined in the sectoral reportings by MASAK , nevertheless they are optional.

The concept obligant has defined at article 2/1-d of Law no. 5549. Article 4/3 of the same law, authorized by statute to define activities and the procedure and rules on declaring suspicious transaction. According to article 4 of the Regulation Regarding the Prevention of Laundering of Crime Revenues and the Prevention Financing of Terrorism, liability in reporting suspicious transactions; fulfilled real by persons themselves, and for legal persons by legal representatives; by managers of unincorporated persons, or officials authorized by them is fulfilled. Furthermore, agencies, representatives, mercantile agents, etc., have the same the same reporting obligations. In addition suspicious transactions reporting, obligants must fulfill the duties of detecting the identity information of customers, providing of information and documents. While an amount of limitation exists for the other reportings, demanding personal identifying information of customers is obligatory without any constraint of limitation for reporting suspicious transactions. The obligants are under obligation to protect the privacy while performing their duties, at the expense of administrative and/or criminal sanctions (art. 4/2 law no. 5549).

Persons who do not fulfill their task of reporting are subject to criminal and administrative sanctions. According to article 4/2 of Law no. 5549, obligants are prohibited from declaring their reportings to anybody, with exceptions. Persons who violate that rule have been punished by administrative fines. Moreover, according to the mentioned Law, administrative fines are imposed by MASAK for those who violate any of their obligations. Various regulations about reporting suspicious transactions have been ruled based on the advice of no.20 and no. 29 of Recommendation no. 40 of the Financial Action Task Force.

Some protective rules has included for obligants article 10 of the above-mentioned Law relieving them from the civil or criminal liabilities. On the other hand, courts take preventive precautions to keep their identifying information confidential and provide for their safety.

The increasing trends in reporting suspicious transactions requires wider perspective and tigher international coopeations assisted by the impact of technological developments. These developments benefit financial intelligent units (FIUs) contributing to the detections of crimes and perpetrators and revealing the natures and types of financial crimes hidden.

I. GİRİŞ

Mali suç kavramının mahiyeti ve kapsamı üzerinde tam bir uzlaşmaya varılamamıştır. Bu belirsizliğin nedeni “mali” sıfatına yüklenen farklı anlamlar ile açıklanabilir. Etimolojik olarak “mal” kökünden türeyen “mali” kelimesi “malîyeye dair” anlamını ifade etmektedir. Türkiye’de bugünkü anlamı ile ilk olarak Tanzimat döneminde kullanılmaya başlanan “malîye” kavramı devlet ya da kamu maliyesini ifade eder. Oysa Batı dillerindeki Latince kökenli “finans” kelimesi hem piyasa finansını hem de kamusal finansı kapsayacak şekilde kullanılır. Bu nedenle, kamusal anlamı ifade edilmek istendiğinde, sadece “finans” yerine “kamusal finans” tabirinin kullanılması gerekir¹. Mali suçun hangi suç kategorilerini kapsadığı konusunda çeşitli hukukçu ve uzmanlar ile kurumlar farklı görüşler ortaya koymuşlardır.

Mali suçlarla mücadelede çeşitli yöntemler kullanılmaktadır. Bu yöntemlerden biri de şüpheli işlem bildirimleridir. Şüpheli işlem bildirimlerinin yıllar itibarıyla artmakta olması bu konunun dikkatle incelenmesi gereğini ortaya koymaktadır. Gerek kanun düzeyinde gerekse ikincil mevzuat düzeyinde hukuk sisteminde yer alan şüpheli işlem bildirimlerinin analizinde mali istihbarat birimleri ile şüpheli işlemleri bildirmekle yükümlü olanlar etkin bir rol oynamaktadır.

Çalışmada, şüpheli işlem bildirimleri Türkiye’deki yasal düzenlemeler çerçevesinde açıklanacak, bu kapsamda Mali Suçları Araştırma Kurulu tarafından yayımlanan raporlar ve veriler de dikkate alınarak incelenecektir. Öncelikle, genel olarak mali suç, şüpheli işlem bildirimlerinin aklama suçu ve terörizmin finansmanın önlenmesinde kullanılan yöntemlerden biri olması nedeniyle aklama suçu ve aklama suçunun niteliği ve hukuk sistemindeki yerinin belirlenmesine çalışılacaktır. Daha sonra şüpheli işlem bildirimlerinin hukuki niteliği, şüpheli işlem bildiriminde bulunmakla yükümlüler ve bunların cezai sorumlulukları incelenecektir. Son olarak Türkiye’de yıllar itibarıyla yapılan şüpheli işlem bildirimleri ve bu bildirimlerin sonuçları değerlendirilecektir.

II. MALİ SUÇ VE AKLAMA SUÇU

A. Genel Olarak Mali Suç

Mali suç açık olarak tanımlanmamasına rağmen yaygın olarak kullanılan bir kavramdır. Ne 4208 sayılı “Kara Paranın Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanun”²da ne de 5549 Sayılı “Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun”³da mali suç tanımına rastlanmamaktadır. Kavram olarak mali suç ekonomik suç, ticari suç, mali sektör suçları, yolsuzluk suçları, kaçakçılık suçları, beyaz yaka suçları gibi suç kategorileriyle ifade edilmektedir³. Benzer bir kavram olan ekonomik suç zaman zaman mali suç ile eşanlamli olarak kullanılmasına rağmen bu kavramlar birbirinden farklıdır.

En genel anlamda ekonomik amaçlarla ekonomik çıkar sağlamak için gerçekleştirilen yasadışı eylemleri kapsayan⁴ ekonomik suçlar, genel bir şiddet içermeyen ancak suçu işleyen kimsenin mesleği ve bilgisi aracılığıyla; çoğunlukla varsayılan güveni hile ya da başka bir şekilde kötüye kullanarak işlenebilen suçlardır. Mali suç ise ekonomik suçlardaki genel özellikleri taşımasına rağmen failinin herkes olabileceği, suç amaç ve konusunun belirlenebilecek her tür suçu kapsayabileceği suçlar olarak tanımlanmaktadır⁵. Mali suç kavramı ekonomik suç olarak Gary S. Becker tarafından yayımlanan “Crime and Punishment: An Economic Approach” adlı çalışmada tanımlanmış ve suça ait ekonomik modeller kapsamında ilk paradigma ortaya çıkmıştır⁶.

Mali suçların kapsamı, küreselleşmenin etkisi, para ya da mal birikiminin artışı, teknolojinin kullanımındaki artışla birlikte genişlemeye başlamıştır⁷. Özellikle teknolojinin gelişmesiyle birlikte bireylerin hayatlarını birçok yönden tehdit eden, sosyal ve ekonomik etkiler yaratan kara para aklama, tefecilik faaliyeti, sahte para, kaçakçılık faaliyeti, yolsuzluk, dolandırıcılık, vergi suçları gibi şiddet içermeyen suçların yanısıra terörizmin finansmanının gerçekleştirilmesi gibi suçları da içeren “çok boyutlu ve eylemli suçlar” da mali suç olarak tanımlanmaya başlamıştır⁸. Ayrıca mülkiyete karşı işlenen suçlar da mali suç olarak ifade edilmekte ve bu suçların tamamı suçlunun şahsi yararı için işlenmekte ve mülk sahipliği yasalara uygun olmayan bir biçimde dönüştürülmektedir⁹.

Türkiye’de mali suçun tanımı ve kapsamı konusunda açıklık bulunmamaktadır¹⁰. Mali suça ilişkin çeşitli kanunlarda farklı tanım ve yaptırımlar öngörülmüştür. Örneğin: “Dolandırıcılık” Türk Ceza Kanunu’nun 157. maddesinde, “Hileli İflas” Türk Ceza Kanunu’nun 161. maddesinde, Yolsuzluk suçları (irtikap, rüşvet ve zimmet) Türk Ceza Kanunu’nun “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar” başlıklı bölümünde, “Parada Sahtecilik” suçu Türk Ceza Kanunu’nun 197. maddesinde, “İhaleye

¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. OKTAR, S. Ateş: “Mali Hukukun Anlamı ve Kapsamı Üzerine”, Sosyal Bilimler Dergisi, 3(2), 1997, s.30.

² “Kanun’un tam ismi; “Karaparanın Aklanmasının Önlenmesine, 2313 Sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanunda, 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununda ve 178 Sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”

³ AYKIN, Hasan: “Mali Suç ve Mali Suçla Mücadele”, <https://vergidosyasi.files.wordpress.com/2017/01/mali-suc3a7-ve-mali-suc3a7la-mc3bccadele-hasan-aykin.pdf>, (Erişim: 19.02.2023).

⁴ TÜRKKAN, Erdal (2005), Türkiye’de ve Dünyada Ekonomik Suçlar (I. Oturum), Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu, 30 Nisan-1 Mayıs 2005, Kızılcahamam Ankara, TOBB Yayın No: Ekim-25, s.35.

⁵ GÖREN, Ömer (2012): Mali Suçlar Hukuku, Ankara 2012, Adalet, s.3-4.

⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. YÜCE, Mehmet, AKKAYA, Hüseyin: “Mali Suçlarla Mücadele ve Bazı Ülke Örnekleri”, Uygulamalı Bilimler Fakültesi Dergisi, 2(2), 2020, s.42.

⁷ GÖREN, s.6.

⁸ YÜCE/AKKAYA, s.43.

⁹ YÜCE/AKKAYA, s.41.

¹⁰ AYKIN, “Mali Suç ve Mali Suçla Mücadele”, s.2.

Fesat Karıştırma” Türk Ceza Kanunu’nun 235. maddesinde, “Tefecilik” Türk Ceza Kanunu’nun 241. maddesinde, “Fiyatları Etkileme” Türk Ceza Kanunu’nun 237. maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıca “Kaçakçılık Suçları”nın 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nda, vergi suçlarının Vergi Usul Kanunu’nda, “Suçtan Kaynaklanan Mal Varlığı Değerlerini Aklama” suçunun Türk Ceza Kanunu’nda ve 5549 Sayılı Kanun’da düzenlendiği görülmektedir. Bankacılık faaliyetleri, sermaye piyasası suçlarına ilişkin düzenlemeler ise sırası ile Bankacılık Kanunu, Sermaye Piyasası Kanunu ve ilgili mevzuatta yer almaktadır.

B. Mali Suç Kapsamında Aklama Suçu

Aklama suçu, suçlunun suçlarını gizleyebilmek ve suç gelirlerine yasal bir görünüm kazandırabilmek amacıyla, suçtan elde edilen malvarlığının değerinin, niteliğinin, kaynağının, yerinin, durumunun, hareketinin ve kime ait olduğunu saklanması, örtülmesi veya olduğundan farklı gösterilmesi olarak ifade edilebildiği gibi¹¹ yine yasal olmayan yollarla elde edilen kazançların elde edildiği kaynağın gizlenmesi; kazancın niteliğinin değiştirilmesi suretiyle yasal bir görünüm kazandırılarak ekonomiye dahil edilmesi olarak da tanımlanır¹². Bir başka tanımlamaya göre kara para aklama; suçu oluşturan fiillerin gizlenerek elde edilen maddi menfaatlerin saklanması; bu faaliyet sonucu elde edilen maddi menfaatlerin kaynağının gizlenmesi ya da yasal bir görünüm kazandırılması gibi işlemlere tabi tutulmak suretiyle ekonomik sisteme kazandırılma sürecidir¹³. Bu şekilde yasa dışı yollardan elde edilen gelirin değeri korunarak, gizlenerek ve yasal bir gerekçe kazandırılmak suretiyle aynı zamanda yetkili makamların da dikkati çekilmemiş olduğundan başka varlıklara dönüştürülmektedir¹⁴.

Buradaki temel amaç paranın mümkün olduğu kadar fazla işleme tabi tutularak yetkili makamlar tarafından izinin bulunmasının engellenmesidir¹⁵. Literatürde çok fazla tanımlama olmasına rağmen bu tanımlamaların ortak noktası bir suçun bulunması ve bu suçtan maddi bir menfaatin elde edilmesidir¹⁶. Aklama suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 282. maddesinde “Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama” suçu olarak nitelendirilmiştir.

Kara para aklama ya da organize suçların finansal görünümünün belirlenmesi oldukça güçtür. Suç her ülkede farklı şekilde tanımlanmakta ve suça karşı alınan önlemler de ülkeden ülkeye değişmektedir. Ayrıca kara paranın ya da organize edilmiş suçların finansal araçları da açık değildir¹⁷.

Akılan fonların akışını azaltmak için mali suçların tespiti ve vergi kaçakçılığı ile mücadelenin etkisi önemlidir. Bunun yanı sıra ülkelerde karaparanın aklanması, yolsuzluk ve organize suç vb. eylemlerin hukuki karakterinin farklılığı uluslararası işbirliklerin gerçekleşmesini ve uluslararası stratejilerin oluşturulmasını zorlaştırmaktadır¹⁸.

1980’lerden sonra uyuşturucuyla mücadele kapsamında kara para ve kara paranın aklanması suçu gerek ulusal gerekse uluslararası düzeyde ilgi çekmeye başlamış ve bu kapsamda ülkelerde yasal düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır¹⁹.

Kara paranın aklanması suçunda Al Capone örneği önemli örneklerden biridir. Bu örnekte, suç imparatorluğundan elde edilen gelirlerin gizlenmesi amacıyla nakit olarak çamaşırhaneler satın alınmış ve bu şekilde kara para aklanmıştır. Ancak Al Capone tarafından zenginliğin kaynağı kaçakçılık ve kumardan elde edilen gelirler yerine çamaşırhaneden elde edilen gelirler olarak açıklanmıştır. Neredeyse yüzyıl sonra, kara para aklama şekli değişmemiş. Sadece aklamanın hacmi ve yapılan işlemlerin karmaşıklığı artmıştır²⁰.

Finansal teknolojilerde yaşanan hızlı gelişme kara para aklamaya ilgili görünümün karmaşıklaşmasına yol açmıştır. Mobil para transferleri, dağıtık defter teknolojisi ve sanal varlıkların kullanımı meşru ve bu varlıklar üretken varlıklar olmasına rağmen suç faaliyetlerini gizlemek ve kolaylaştırmak için de kullanılabilmektedir²¹.

Karaparanın aklanması sürecinde bazı adımlar izlenmektedir. Öncelikle yasadışı kârlar finansal sisteme yerleştirilmekte; sonrasında para mevduata karmaşık adımlar ya da işlemler yoluyla dönüştürülmektedir. Bu süreçte farklı devletler arasında karmaşık finansman işlemleri gerçekleştirilerek paranın kökeni gizlenmektedir. Paranın yeniden sistem içinde yer almasıyla organize suçla herhangi bir bağlantısı kalmamakta ve para görünür bir varlığa dönüşmektedir. Son adımda da bir işletmeye, sanayi kuruluşuna, turizm projeleri gibi yatırımlara aktarılmaktadır²². Ayrıca taşınır, taşınmaz mal, hisse senedi

¹¹ AYKIN, Hasan: “Aklama ve Terörün Finansmanı ile Mücadelede Şüpheli İşlem Bildirim Sistemi”, Bankacılar Dergisi, (65), 2008, s.37.

¹² MASAK, Şüpheli İşlem Bildirim Rehberi, 2006, s.1, https://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Dosyalar/SIB_rehberi.doc (Erişim: 15.01.2021).

¹³ COŞKUN, Neslihan: “Karaparanın Aklanması Suçu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12(3-4), 2004, s.231.

¹⁴ İPEK, Halim, “Önemli Bir Sorun: Kara Para ve Kara Paranın Aklanması”, Beta, 1. B., 2000, s.15.

¹⁵ MİYNAT, Mustafa/DURAMAZ, Selim: “Karapara Aklama Aracı olarak Yeni Bir Mali Suç: Siber Aklama”, Yönetim ve Ekonomi, 20(1), 2013, s.316.

¹⁶ ŞEN, Y. Furkan/YALÇIN Ersin: “Global Bir Suç: Suçtan Elde Edilen Gelirlerin Aklanması ve Ortaya Koyduğu Sorunlar”, Polis Bilimleri Dergisi, 9(1-4), s.68.

¹⁷ SCHNEIDER, Friedrich: “Money Laundering and Financial Means of Organized Crime: Some Preliminary Empirical Findings, Economics of Security Working Paper”, No. 26, Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung (DIW), Berlin, (25), 2010, s.24.

¹⁸ ORAL, GEDİZ Burcu/GÖKBUNAR, Ali Rıza: Karapara Aklamanın (Politik) Araçları: Yolsuzluk, Organize Suç ve Mücadelede Mali Önlemler, Yönetim ve Ekonomi, 24(1), 2017, s.108.

¹⁹ YILMAZ, Sacit: “Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu”, Ankara Barosu Dergisi, (2), 2011, s.71.

²⁰ BROWN, WEEKS, Rhoda: “Cleaning up Countries are advancing efforts to Stop criminals from laundering their trillions”, Finance&Development, December 2018, s.44.

²¹ BROWN, WEEKS, s.45.

²² SCHNEIDER, s.16.

tahvil gibi menkul kıymet alımı, borç ödemesi yapılması yanında teminat gösterilmek suretiyle de paranın yasal işlemler yapılarak mali sisteme dahil edilmesi sağlanmaktadır²³.

Genel olarak ulusal düzeyde karapara aklamaya karşı düzenlemelerde iki farklı yaklaşım bulunmaktadır. Bu yaklaşımlardan biri rutin nakit işlemlerinin raporlanmasına dayanmaktadır. Yerel ve belirli finansal araçlar-bankalar hatta döviz bürosu, gazino ve araç satıcıları tarafından gerçekleştirilen ve belirlenen eşğin ötesinde (örneğin 10.000 ABD Dolar) veya bu eşikte müşterilerin belirlenmesidir. Diğer yaklaşım ise Avrupa, Hong Kong ve Japonya gibi doğu merkezlerinin benimsediği şüpheli işlemlerin raporlanmasına dayalı yaklaşımdır. Bu yaklaşım rutin nakit mevduat raporlaması dışında şüpheli işlemlerin araçlar tarafından raporlanmasının zorunlu tutar ya da raporlamaya izin verir²⁴.

Mali piyasalar için de bir tehdit unsuru olan karapara aklanması ve terörizmin finansmanının sağlanması için gelir elde edilmekte ve gelirlerin bir kısmı yasal bir kısmı ise yasadışı gelirlerden sağlanmaktadır²⁵. Gelir elde etmek için aklama suçunun işlenmesiyle sosyal yaşamı etkileyen birçok unsur da ihlal edilmektedir. Suçtan elde edilen gelirlerin özgürce kullanılması suç teşvik edebilmektedir. Ancak aklama fiilinin cezalandırılması ve suçtan elde edilen gelirlerin müsaderesi suç işlemeyi düşünen kişileri de suç işlemekten caydırır²⁶.

Mülga 4208 sayılı Kanun'un 2/b maddesine göre karapara aklama suçu;

“Türk Ceza Kanununun 296 ıncı maddesinde belirtilen haller haricinde, bu maddenin (a) bendinde sayılan fiillerin işlenmesi suretiyle elde edilen karaparanın elde edenlerce meşruiyet kazandırılması amacıyla değerlendirilmesi, bu yolla elde edildiği bilinen karaparanın başkalarınca iktisap edilmesi, bulundurulması, elde edenlerce veya başkaları tarafından kullanılması, kaynak veya niteliğinin veya zilyet ya da malikinin değiştirilmesi, gizlenmesi veya sınır ötesi harekete tabi tutulması veya bu hareketin gizlenmesi, yukarıda belirtilen suçların hukuki sonuçlarından failin kaçmasına yardım etmek amacıyla kaynağının veya yerinin değiştirilmesi veya transfer yoluyla aklanması veya karaparanın tespitini engellemeye yönelik fiilleri”

ifade etmektedir. Karapara aklama suçu eski Ceza Kanunu'nda düzenlenmiş olmamasına rağmen 1996 yılında yürürlüğe giren 4208 sayılı Kanunla kazuistik yöntem olarak da ifade edilen sayma yöntemi ile sadece kanunda sayılı suçlardan elde edilen gelirlerin karapara olarak kabul edileceği ifade edilmiştir²⁷. 4208 Sayılı Kanun'da kara para aklama suçu tanımlanmış, cezası belirlenmiş ve aklamanın öncül suçları belirlenmiştir. Yükümlülüler konu olarak kanunda yer almamıştır²⁸.

“Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama” suçu 5237 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir. 2006 yılında yürürlüğe giren 5549 sayılı Kanun'un 2/1-g maddesinde aklama suçunun 5237 sayılı Kanun'un 282. maddesinde düzenlenen suç ifade edeceği belirtilmiştir.

5237 sayılı Kanun'un “Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama” başlıklı 282/1 maddesinde;

“Alt sınırı altı ay veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini, yurt dışına çıkararak veya bunların gayrimeşru kaynağını gizlemek veya meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadıyla, çeşitli işlemlere tâbi tutan kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır”

hükmü yer almaktadır²⁹. Aynı maddenin gerekçesinde de “Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerine meşruiyet görüntüsü verilerek ekonomik sisteme sokulması, suç işlemenin kazanç elde etme açısından cazip bir yol” olduğu ifade edilmiştir³⁰.

Bir suçun aklama suçu olarak kabul edilebilmesi için öncül suç yani gelir elde edilmesi için gerekli olan ve Türk Ceza Kanun'unda “alt sınırı altı ay” ya da “daha fazla hapis cezasını gerektiren” bir suç olması; bu suç sonucunda bir ekonomik değer elde edilmesi; elde edilen ekonomik değer yasadışı olmaktan çıkartılarak yasaya uygun bir kaynaktan elde edilmiş gibi gösterilmesi için eylemlerin gerçekleştirilmesi

²³ TAŞDELEN, Aziz: Hukuksal Açından Türkiye'de Kara Paranın Aklanması ve Önlenmesi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s.39.

²⁴ LEVİ Michael: “Money Laundering and Its Regulation”, The Annals of The American Academy, 582, Temmuz 2002, s.182.

²⁵ AYDIN, Süleyman/YILMAZER, Yakup: Yolsuzluk ve Mali Suçlar, 3. Baskı, Adalet, Ankara 2010, s.375.

²⁶ YILMAZ, Sacit: “Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu”, Ankara Barosu Dergisi, (2), 2011, s.75.

²⁷ AYDIN/YILMAZER, s.332.

²⁸ ÜSTÜN, Oktay: “5549 Sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun ile Getirilen Temel Değişiklikler”, Bankacılar Dergisi, (64), 2008, s.43.

²⁹ “Madde 282- (1) (Değişik: 26/6/2009–5918/5 md.) Alt sınırı altı ay veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini, yurt dışına çıkararak veya bunların gayrimeşru kaynağını gizlemek veya meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak maksadıyla, çeşitli işlemlere tâbi tutan kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (2) (Ek: 26/6/2009–5918/5 md.) Birinci fıkradaki suçun işlenmesine iştirak etmeksizin, bu suçun konusunu oluşturan malvarlığı değerini, bu özelliğini bilerek satın alan, kabul eden, bulunduran veya kullanan kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (1) (3) Bu suçun, kamu görevlisi tarafından veya belli bir meslek sahibi kişi tarafından bu mesleğin icrası sırasında işlenmesi halinde, verilecek hapis cezası yarı oranında artırılır. (4) Bu suçun, suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek ceza bir kat artırılır. (5) Bu suçun işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükümlenir. (6) Bu suç nedeniyle kovuşturma başlamadan önce suç konusu malvarlığı değerlerinin ele geçirilmesini sağlayan veya bulunduğu yeri yetkili makamlara haber vererek ele geçirilmesini kolaylaştıran kişi hakkında bu maddede tanımlanan suç nedeniyle cezaya hükümlenmez.”

³⁰ Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Kararı, 1/593, TBMM S.Sayı: 664. Dönem: 22, Yasama Yılı: 2 <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm>. (Erişim: 02.2022).

gerekir³¹. Yapılan düzenlemeyle kanun koyucu 4208 sayılı Kanunla kabul edilen sayma yönteminden vazgeçerek bir yıllık ceza sınırı eşik olarak belirlemiştir³².

Suçtan kaynaklanan malvarlığını aklama suçu ile ilgili 5237 sayılı Kanun'da yapılan düzenleme doğrudan doğruya maddi çıkar amacı ortaya konulmamış olmasına rağmen, hem suçun doğal niteliği hem de uluslararası sözleşmeler bakımından bu unsur önemli kabul edilmelidir³³.

Aklama ile mücadelede ulusal ve uluslararası tedbirler alınabileceği gibi bu mücadeleyi etkin bir uluslararası işbirliği ile yürütmek de mümkündür. Bu kapsamda aklama suçu ve terörizmin finansmanının önlenmesine yönelik sözleşmeler yapılmıştır.

"Aklama suçu ile mücadelede Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi"nde (Vienna Konvansiyonu) öncül suç veya karapara aklama suçu ile ilgili başlık olarak tanımlama yapılmamakla birlikte taraf ülkelerin sözleşmede sayılı fillerin suç olarak kabul edilmesi için gerekli önlemleri almaları gerektiği ifade edilmiştir. "Terörizmin Finansmanı ve Suçtan Elde Edilen Gelirlerin Aklanması, Aranması, Elkonması ve Müsaderesi Hakkındaki Avrupa Konseyi Sözleşmesi" (AK Sözleşmesi 198) ile terörün finansmanı, mali istihbarat birimi ve aklama suçu ve terörizmin finansmanında kimlik tespiti ve şüpheli işlem bildirimleri gibi önleyici tedbirlere yer verilmiştir. "Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi"nde ise (Palermo Konvansiyonu) karapara aklama ile mücadelede; bankalara, banka dışı mali kurumlara ve aklama suçunun işlenmesinin mümkün olduğu diğer kurumlara kimlik tespiti yanında kayıtların saklanması ve şüpheli işlem bildirimleri yükümlülükleri getirilmesi; aklamaya yönelik bilgi toplama, analiz ve ilgili birimlere aktarım için ulusal düzeyde mali istihbarat birimleri kurulması; nakit ve parasal değere sahip her türlü evrakın yurtdışı hareketlerinin denetlenmesi, izlenmesi ve yurtdışı transferlerine yönelik bildirimde bulunulması gibi önlemlere yer verilmiştir. OECD bünyesinde 1989 yılında G-7 ülkeleri tarafından karaparanın aklanmasıyla mücadele amacıyla "Mali Eylem Görev Gücü" (FATF), üye ülkeleri belirli sürelerle denetleyerek değerlendirmektedir. "Mali Eylem Görev Gücü" tarafından yayımlanan 40 Tavsiye Kararı ile karaparanın aklanması ve terörün finansmanının önlenmesi yönelik uyulması gereken standartlar belirlenmiştir. Bu standartlar belirli aralıklarla güncellenmektedir. 9 Haziran 1995'te karaparanın aklanması ile mücadele amacıyla Brüksel'de oluşturulan "Egmont Grubu", uluslararası bilgi değişiminde engellerin kaldırılması ve ülkelerin ulusal düzeyde kara paranın aklanmasının önlenmesine yönelik sistemlerin geliştirilmesine yönelik destek sağlamaktadır. 1996 yılında yapılan toplantıda Mali İstihbarat Biriminin (FIU);

"suçtan elde edildiğinden şüphe duyulan gelirlere ve potansiyel terörün finansmanına veya karapara aklama ve terörün finansmanı ile mücadele amacıyla ulusal mevzuat ve düzenlemelerin gerektirdiği mali bilgilere ilişkin bildirimleri toplamak, analiz etmek ve ilgili makamlara sevk etmekle sorumlu merkezi ulusal birim"

olduğu kabul edilmiştir. Türkiye "Egmont Grubu"na Haziran 1998 üye olarak kabul edilmiştir. MASAK bu kapsamda "Egmont Güvenlik Ağı" içinde faaliyetlerini sürdürmektedir³⁴.

III. ŞÜPHELİ İŞLEM BİLDİRİMLERİ

Bilgi; Türk Dil Kurumu sözlüğünde, "İnsan aklının erebileceği olgu, gerçek ve ilkelerin bütünü, bili, malumat" olarak tanımlanmışken; şüphe ise "kuşku" olarak tanımlanmıştır³⁵. Bilginin varlığı kesinlik olarak ifade edilirken, şüphe ise bilgi kadar kesin olmamakla birlikte kuşku uyandıracak bir durumun varlığını ifade etmektedir. Yükümlülerin subjektif değerlendirmeleri neticesinde işleme konu malvarlığının yasadışı yollardan elde edildiği ya da yasadışı amaçlarla kullanıldığından şüphelendiği durumlarda 5549 sayılı Kanun'daki şüpheden söz edilmelidir. Şüpheliyi gerektirecek husus ise hayatın olağan akışına göre; aynı bilgi, deneyim ya da eğitime sahip başka kişilerin de şüphe duymasına yol açacak durumlarda söz konusu olmalıdır³⁶. Nitekim "Suç Gelirlerinin Aklanması ve Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik" in 18. maddesinde

"Yükümlüler karmaşık ve olağandışı büyüklükteki işlemler ile görünürde makul hukuki ve ekonomik amacı bulunmayan işlemlere özel dikkat göstermek, talep edilen işlemin amacı hakkında yeterli bilgi edinmek için gerekli tedbirleri almak ve bu kapsamda elde edilen bilgi, belge ve kayıtları istenildiğinde yetkililere sunmak üzere muhafaza etmek zorundadır"

hükmüne yer verilmiştir. Uluslararası kara para aklama karşıtı belgelerde (FATF (Mali Eylem Görev Gücü) Tavsiyeleri ve EC (Avrupa Birliği Konseyi) Direktifleri), finansal sistemlerin vazgeçilmez uzmanlık alanlarından biri olan şüpheli işlem bildirimleri ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır³⁷.

İlk kez 1990 yılında FATF 16 No'lu Tavsiyede; "eğer finansal kurumlar, fonların suç faaliyetleri ile ilgili olduğundan şüphelenirse: şüphelerini yetkili makamlara bildirimlerine izin verilmeli ya da istenilmelidir" denilmiştir. Bu tavsiye uluslararası düzeyde ilk tavsiye niteliğini taşımaktadır. 1991 yılında

³¹ T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı (MASAK), Kripto Varlık Hizmet Sağlayıcıları için Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Yükümlülüklerle İlişkin Esaslar, Mayıs 2021, s.3. <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/12/2021/05/Kripto-Varlik-Hizmet-Saglayicilar-Rehberi.pdf> (Erişim: 10.12.2021).

³² AYDIN/YILMAZER, s.332.

³³ GÖREN, s.17.

³⁴ T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı (MASAK), Uluslararası Mücadele, <https://masak.hmb.gov.tr/uluslararasi-mucadele> (Erişim: 11.03.2022).

³⁵ Türk Dil Kurumu (TDK), <https://sozluk.gov.tr/?q=B%C4%B0LG%C4%B0&aranan>, (Erişim: 23.01.2021).

³⁶ GENÇ, UYMAZ Fatma: "Şüpheli İşlem Bildirimi Yükümlülüğünün İhmal Halinde Yükümlünün Ceza Sorumluluğu", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 25 (4), 2012, s.626

³⁷ PING, He: "The Suspicious Transactions Reporting System", Journal of Money Laundering Control, 8 (3), 2005. s.252.

ise Konsey'in kararanın aklanması amacıyla finansal sistemlerin kullanımının engellenmesine yönelik direktifi ile şüpheli işlem bildirimini zorunlu raporlama haline getirmiştir³⁸.

FATF güncel 20 No'lu Tavsiyede; eğer bir finansal kurum fonların terörizmin finansmanı ile ilişkili ya da suç gelirlerinden oluştuğu konusunda şüphe duyarsa ya da şüphe duyması için kabul edilebilir gerekçeleri varsa, bu şüphelerini kanuni olarak mali istihbarat birimine hemen bildirmelidir. Bu bildirim için herhangi bir miktar sınırlaması da bulunmamaktadır³⁹.

Şüpheli işlem bildirim gerekliliğinin üç temel fonksiyonu bulunmaktadır. Farklı finansal kurumlar tarafından birçok kez raporlanmış potansiyel suç eylemleri hakkında şüpheli işlem bildirimini önemli bir istihbarat kaynağıdır. Bildirimler kara para aklanmasının yeni yöntemlerinin tanımlanmasına yardım etmekte, ayrıca kara para aklanması ve terörizmin finansmanı stratejilerinin geliştirilmesi için önemli bir çıktı oluşturmaktadır. Son olarak şüpheli işlem bildirimini caydırıcı niteliğe sahiptir. Tek başına caydırıcı özelliğe sahip olmamasına rağmen, finansal sistem içinde hareketleri kısıtlayıcı bir etkiye sahiptir⁴⁰.

A. Şüpheli İşlem Bildirimlerinin Hukuki Dayanağı

Şüpheli işlem bildirimini, nakit işlem bildirimini ile olağanüstü işlem bildirimlerinden farklı olarak işlemin miktarına bağlı olmaksızın yapılması gereken bir bildirimdir. Ayrıca, bildirim sonucu tespit edilen miktarın yasadışı bir gelir olması yanında, aynı zamanda vergisel konuları da içermesi gerektiği yönünde diğer unsurlarla ilişkilendirme zorunluluğunu da içermemesi gerekir. Tamamlanmış işlemlerin yanısıra teşebbüs aşamasındaki işlemlerden de şüphe duyulması halinde şüpheli işlem bildiriminde bulunulacaktır⁴¹. Şüpheli işlem bildirimini yükümlülüğü suç gelirlerinin aklanmasının önlenmesi yanında malvarlıklarının da yasadışı kullanılmasını önlemeye yönelik bir tedbirdir⁴².

Şüpheli işlem bildirimini zorunluluğu Türkiye'de ilk kez Kararanın Aklanmasının Önlenmesine Dair 4208 sayılı Kanunun Uygulanmasına Yönelik Yönetmelik'in (mülga) 12. maddesi ile getirilmiştir. Bu madde hükmüne göre:

“Yükümlüler nezdinde veya bunlar aracılığı ile yapılan veya yapılmaya teşebbüs edilen işlemlere konu para ve para ile temsil edilebilen değerlerin yasadışı yollardan elde edildiğine dair herhangi bir bilgi, şüphe veya şüpheyi gerektirecek bir husus bulunması halinde yükümlü, işlemi kabul edip kimlik tesbitini yaptıktan sonra Başkanlığa bildirimde bulunmak zorundadır.”

Bu kapsamda MASAK'a ilk şüpheli işlem bildirimini Eylül 1997'de yapılmıştır⁴³. Şüpheli işlem bildirimlerinin kanuni dayanağı 5549 sayılı Kanun'un “Şüpheli İşlem Bildirimi” başlıklı 4. maddesidir. Mezkur Kanun'un 4/1 maddesine göre:

“Yükümlüler nezdinde veya bunlar aracılığıyla yapılan veya yapılmaya teşebbüs edilen işlemlere konu malvarlığının yasa dışı yollardan elde edildiğine veya yasa dışı amaçlarla kullanıldığına dair herhangi bir bilgi, şüphe veya şüpheyi gerektirecek bir hususun bulunması halinde bu işlemlerin yükümlüler tarafından Başkanlığa bildirilmesi zorunludur”.

Bu fıkra hükmüne göre; malvarlığının yasa dışı yollardan elde edildiği ya da yasa dışı amaçlarla kullanıldığına dair herhangi bir bilgi, şüphe veya şüpheyi gerektirecek hususun varlığı bildirim yükümlülüğü için yeterli kabul edilmiştir. Ayrıca, terörün finansmanın önlenmesi konusunda malvarlığının yasadışı amaçlarla kullanıldığının bildirilme yükümlülüğü getirilmesi de önemli bir tedbir olarak kabul edilebilir⁴⁴.

Bu düzenleme kaynağını Mali Eylem Görev Gücü'nün (FATF) 40 Tavsiye Kararı'nın Şüpheli İşlem Bildirimi başlıklı 20 No'lu Tavsiyesinden almaktadır. Mali Eylem Görev Gücü'nün 2019 yılı Türkiye değerlendirmesinde 20 No'lu Tavsiyenin tamamen karşılandığı da ifade edilmiştir⁴⁵.

5549 Sayılı Kanun'da Mali Eylem Görev Gücü'nün 20 No'lu Tavsiyesinden farklı olarak yükümlü kavramına yer verilmiş; ayrıca terörün finansmanına yer verilmemekle birlikte “şüphe” ve “şüpheyi” gerektirecek bir hususun dışında “herhangi bir bilgi”nin varlığı şüpheli bildirim için yeterli kabul edilmiştir⁴⁶.

FATF 29. Tavsiyede taraf ülkelerden şüpheli işlem bildirimlerinin analizini ve ilgili birimlere dağıtımını için ulusal merkez kurmaları istenmiş; Türkiye'nin “Mali İstihbarat Birimi” (MASAK) bu fonksiyonunun yanısıra düzenleyici, denetleyici ve eğitici rol oynamaktadır⁴⁷.

³⁸ PING, s.252.

³⁹ FATF, Methodology for Assessing Technical Compliance with the FATF Recommendations and the Effectiveness of AML/CFT Systems, October 2021, s.63-64. <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/methodology/FATF%20Methodology%202022%20Feb%202013.pdf>, (Erişim: 23.06.2022).

⁴⁰ ROMANIUK, Peter/ HABER Jeffrey/ MURRAY, Gary: “Suspicious Activity Reporting Regulatory Chang and The Role of Accountants”, The CPA Journal, March 2007, s.70-71.

⁴¹ AYKIN, “Aklama ve Terörün Finansmanı ile Mücadelede Şüpheli İşlem Bildirim Sistemi”, s.42-43.

⁴² GENÇ, s.619.

⁴³ Kara paranın Aklanmasının Önlenmesine Dair 4208 sayılı Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik. (RG: 02.07.1997; 23037). Bkz: AYKIN, s.41.

⁴⁴ ÜSTÜN, s.49.

⁴⁵ Mali Eylem Görev Gücü Türkiye Değerlendirmesi – 2019 Raporu, Teknik Uygunluk Özeti. https://hyd.org.tr/attachments/article/970/FATF%20Tu%CC%88rkiye%20Deg%CC%86erlendirmesi_Tablo_2019.pdf, FATF, Antimoney Laundering and counter-terrorist financing measures Turkey Mutual Evaluation Report, December 2019, s.201. <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer4/Mutual-Evaluation-Report-Turkey-2019.pdf>, (Erişim: 12.03.2022).

⁴⁶ GENÇ, s.615-616.

⁴⁷ T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı Faaliyet Raporu, 2020, s.8.

B. Şüpheli İşlem Bildiriminde Yükümlülük

Aklama suçunun ve terörizmin finansmanının önlenmesinde kullanılan yöntemlerden biri olan şüpheli işlem bildiriminde bahse konu bildirim yapmakla yükümlü olanlara kanunla bazı yükümlülükler getirilmiştir.

Şüpheli işlem bildirimini zorunluluğu uluslararası düzeyde yapılan düzenlemelerle pek çok ülkede kabul edilmesine rağmen hangi faaliyet ya da işlemlerin şüpheli işlem olarak kabul edileceği konusunda ortak kriterlerin kabul edilmemesi nedeniyle ülkeden ülkeye değişen bir özelliğe sahiptir⁴⁸.

Şüpheli işlemlerin belirlenmesinde genel kabul gören sınıflandırma şu şekilde yapılmaktadır⁴⁹:

- a) İşlem boyutlu raporlama sistemi
- b) Şüpheliye dayalı raporlama sistemi
- c) Hibrit sistem

İşlem boyutlu raporlama sistemi objektif sistem olarak adlandırılmakta olup bu sistemde finansal işlemlerin türlerine göre raporlama yapılması gerekmektedir. Subjektif sistem olarak tanımlanan şüpheliye dayalı raporlama sisteminde ise müşterilerin davranışları, kişisel özellikleri gibi faktörlerin kombinasyonuna göre işlemin niteliği belirlenmekte ve bu belirleme büyük ölçüde uzmanlığa dayanmaktadır. Her iki sistemin karışımı olan hibrit sistem ise Almanya, Avusturya, Çin, Hollanda ve İtalya’da uygulanan ve şüpheli işlem bildirimlerinin en iyi uygulama örnekleridir.

Avrupa Birliği’nde bildirim yükümlülüğü finansal kurumlar ve finansal olarak organize olmamış kurum ya da meslekler aittir. Avukat, muhasebeci, bankalar aracılığıyla gerçekleşen işlemlerde müşterilerin belirlenmesi ve bu süreçte şüphelinin oluşması halinde mali istihbarat birimlerine şüpheli işlem bildiriminde bulunulması zorunludur. Mali istihbarat birimleri tarafından raporlar analiz edilmekte ve gerekli durumlarda Birliğe üye diğer devletlerin mali istihbarat birimlerine paylaşımında bulunmaktadır. Yapılan analizlerde şüphelinin varlığı doğrulanırsa mali istihbarat birimi durumu kolluk kuvvetlerine, denetçi ya da diğer yetkili makamlara yasaların uygulanması için göndermektedir⁵⁰. Avukatlarla ilgili olarak getirilen düzenlemelerde avukatların tüm şüpheli işlemleri teşebbüs halinde olanlar da dahil olmak üzere bildirmeleri zorunlu tutulmuştur⁵¹.

Şüpheli işlem bildirimleri konusunda Türkiye uygulaması ise hem işlem yapan müşterilerin kişisel özellik ve davranış biçimleri hem de işlem boyutuna bağlı olarak bildirimde dayanmaktadır.

Şüpheli işlem bildirimlerinde yükümlülükle ilgili düzenlemeler, 5549 sayılı Kanun’un 2/1-d maddesinde yer almıştır⁵². Mezkur Kanun’un 4/3 maddesinde yükümlülerin şüpheli işlem bildiriminde tabi olacağı usuller ve esasların yönetmelikle belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Bu kapsamda çıkarılan “Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik”in⁵³ 4. maddesinde kanunun uygulanmasında yönetmelikte sayılanlar ile bunların şube, acente, temsilci ve ticari vekilleri ile benzeri bağlı birimlerinin yükümlü olduğu ifade edilmiştir⁵⁴. Şüpheli işlem

⁴⁸ PING, s.254.

⁴⁹ PING, s.254.

⁵⁰ European Commission, Preventing money laundering and terrorist financing across the EU, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/diagram_aml_2018.07_ok.pdf, (Erişim:14.07.2022).

⁵¹ Development and Organization of Training for Lawyer on Antimoney Laundering and Counter Terrorist Financing (AML-CTF) Rules at EU Level, 2021, Bkz. 33 ve 35. maddeler. file:///C:/Users/User/Downloads/aml-ctf-lawyers-training-users-manual_en.pdf (Erişim: 13.07.2022).

⁵² “Yükümlü: Bankacılık, sigortacılık, bireysel emeklilik, sermaye piyasaları, ödünç para verme ve diğer finansal hizmetler ile posta ve taşımacılık, talih ve bahis oyunları alanında faaliyet gösterenler; döviz, taşınmaz, değerli taş ve maden, mücevher, nakil vasıtası, iş makinesi, tarihi eser, sanat eseri ve antika ticareti ile işgal edenler veya bu faaliyetlere aracılık edenler ile noterler, spor kulüpleri, savunma hakkı bakımından diğer kanun hükümlerine aykırı olmamak ve 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 35 inci maddesinin birinci fıkrası ile alternatif uyumsuzluk çözüm yolları kapsamında ifa edilen mesleki çalışmalar nedeniyle edinilen bilgiler hariç olmak üzere, taşınmaz alım satımı, sınırlı ayni hak kurulması ve kaldırılması, şirket, vakıf ve dernek kurulması, birleştirilmesi ile bunların idaresi, devredilmesi ve tasfiyesi işlerine ilişkin finansal işlemlerin gerçekleştirilmesi, banka, menkul kıymet ve her türlü hesaplar ile bu hesaplarda yer alan varlıkların idaresi işleriyle sınırlı olmak üzere serbest avukatlar ve Cumhurbaşkanınca belirlenen diğer alanlarda faaliyet gösterenleri”

⁵³ “Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik”e yapılan atıflar “Yönetmelik” olarak ifade edilecektir.

⁵⁴ “Yükümlü

MADDE 4- (1) Kanunun uygulanmasında yükümlü, aşağıda sayılanlar ile bunların şube, acente, temsilci ve ticari vekilleri ile benzeri bağlı birimleridir:

- a) Bankalar.
- b) Bankalar dışında banka kartı veya kredi kartı düzenleme yetkisini haiz kuruluşlar.
- c) Kambiyo mevzuatında belirtilen yetkili müesseseler.
- ç) (Değişik: 29/2/2016-2016/8566 K.) Finansman ve faktoring şirketleri.
- d) (Değişik: 29/2/2016-2016/8566 K.) Sermaye piyasası aracı kurumları ve portföy yönetim şirketleri.
- e) (Değişik: 29/2/2016-2016/8566 K.) Ödeme kuruluşları ile elektronik para kuruluşları.
- f) Yatırım ortaklıkları.
- g) (Değişik: 28/12/2009-2009/15720 K.) Sigorta, reasürans ve emeklilik şirketleri ile sigorta ve reasürans brokerleri. ğ) Finansal kiralama şirketleri.
- h) Sermaye piyasası mevzuatı çerçevesinde takas ve saklama hizmeti veren kuruluşlar.
- ı) (Değişik: 29/2/2016-2016/8566 K.) Kıymetli Madenler ve Kıymetli Taşlar Piyasasına ilişkin saklama hizmeti ile sınırlı olmak üzere Borsa İstanbul Anonim Şirketi.
- i) (Değişik: 29/2/2016-2016/8566 K.) Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi ile kargo şirketleri.
- j) Varlık yönetim şirketleri.
- k) Kıymetli maden, taş veya mücevher alım satımı yapanlar.
- l) Cumhuriyet altın sikkeleri ile Cumhuriyet ziynet altınlarını basma faaliyeti ile sınırlı olmak üzere Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü.

bildiriminde yükümlülük; gerçek kişilerin bizzat kendileri, tüzelkişilerin kanuni temsilcileri, tüzel kişiliği olmayanların ise yöneticileri ya da bunlar tarafından yetkilendirilen görevliler tarafından yerine getirilmektedir. Şüpheli işlemleri bildirmek zorunda olanlara ait, şube, acente, temsilci, ticari vekilleri ve benzerleri tarafından bildirim yapılır. Yabancı kişi ya da kuruluşların Türkiye’de faaliyet gösteren şube, acente gibi birimlerinin yükümlü olması halinde, bildirim bu birimler tarafından yerine getirilir⁵⁵.

Şüpheli işlem durumunda yükümlüler herhangi bir miktar gözetmeksizin kimliğe ilişkin bilgileri almak ve bu bilgilerin doğruluğunu teyit ederek müşterilerin ya da müşterileri adına ya da hesabına hareket edenlerin kimliğini tespit etmek durumundadırlar (Yönetmelik m.5/d).

Şüpheli işlem bildiriminde bulunmakla yükümlü olanlar mahremiyet ilkesi ile sınırlandırılmışlardır. Yükümlüler, MASAK’a şüpheli işlem bildiriminde bulunduğu, yükümlülük denetimi ile görevlendirilen denetim elemanları ile yargılama esnasında mahkemeler hariç, işleme taraf olanlar dahil hiç kimseye açıklayamazlar (5549 sayılı Kanun m.4/2).

Yükümlülük, şüpheli işlemi MASAK’a bildiren kişi, kurum ve kuruluşlar ya da bu kimselerin işlemi fiilen gerçekleştiren ve yöneten mensupları veya bunların kanuni temsilcileri ve vekillerinin yanı sıra şüpheli işlem bildiriminde bulunduğu herhangi bir şekilde öğrenen diğer personeli de kapsamaktadır. Uyum görevlisi atanan yükümlüler de, uyum görevlisine yapılan dâhili bildirimler de gizlilik kapsamındadır. Şüpheli işlem bildirimlerini dijital ortamda gerçekleştiren uyum görevlileri, sisteme erişimi sağlayan her türlü ortamdaki kart, şifre ve diğer bilgi ve araçları da hiç kimseye paylaşamazlar (Yönetmelik m.29).

Yükümlüler şüpheli işlem bildirimini işleme ilişkin şüphenin olduğu tarihten itibaren en geç 10 gün içinde MASAK’a bildirmek zorundadırlar. Gecikmesi bulunan hallerde derhal bildirim yapılmaktadır. (Yönetmelik m.28/2)

Mezkur Kanununun 10. maddesinde ise yükümlüler bakımından koruyucu hükümler yer almaktadır. Yükümlüleri hiçbir şekilde hukuki ve cezai bakımından sorumlu tutulamayacağı gibi, kimliklerinin saklı tutulması ve güvenliklerinin sağlanması için mahkemeler tarafından gerekli önlemleri de alınacaktır.

Yükümlüler şüpheli işlemle karşılaştıklarında kimlik tespiti yaptıktan sonra bu bildirimleri şüpheli işlem bildirim formu ile MASAK’a bildirirler. Bildirimde bulunan işlemle ilgili olarak daha sonra yeni bilgi ve bulgu edinildiğinde tekrar şüpheli işlem bildirim formu doldurulmakta ve bildirim yapılmaktadır. Ayrıca elektronik ortamda da bildirimlerin yapılması konusunda düzenlemeler yapılabilmektedir. (Yönetmelik m.28)

Bazı kurumlar için şüpheli işlem bildirimini yükümlülüğü uyum görevlileri⁵⁶ aracılığıyla yerine getirilmektedir. Uyum görevlisi olarak atanan görevliler de kendisine yapılan bildirimler dolayısıyla gizlilik kapsamında olup, elektronik ortamda gerçekleştirilen bildirimleri, sisteme erişimi sağlayan her türlü ortamdaki kart, şifre ve diğer bilgi ve araçları hiç kimseye veremezler (Yönetmelik m.29).

C. Şüpheli İşlem Tipleri

Şüpheli işlem tipleri için evrensel olarak belirlenmiş bir kriter bulunmamaktadır. Ancak finansal işlemler bakımından gerçekleştirilen bir finansal işlemin diğer finansal işlemlerden farklılığı şüpheli işlem kabul edilmesi için yeterli kabul edilebilir. Ancak ABD Hazine Bakanlığı Mali Suçlar Uygulama Ağı (FinCEN)⁵⁷ tarafından kabul edilmiş herhangi bir ticari ya da başka bir yasal amaca hizmet etmeyen ve

m) (Değişik: 29/2/2016-2016/8566 K.) Kıymetli madenler aracı kuruluşları.

n) Ticaret amacıyla taşınmaz alım satımıyla uğraşanlar ile bu işlemlere aracılık, n) Ticaret amacıyla taşınmaz alım satımıyla uğraşanlar ile bu işlemlere aracılık edenler.

o) İş makineleri dâhil her türlü deniz, hava ve kara nakil vasıtalarının alım satımı ile uğraşanlar.

ö) Tarihi eser, antika ve sanat eseri alım satımı ile uğraşanlar veya bunların müzayedeciliğini yapanlar.

p) Milli Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü, Türkiye Jokey Kulübü ve Spor Toto Teşkilat Başkanlığı dâhil talih ve bahis oyunları alanında faaliyet gösterenler.

r) Spor kulüpleri.

s) Noterler.

ş) (Değişik:RG-24/2/2021-31405 2. Mükerrer-C.K-3580/2 md.) Savunma hakkı bakımından diğer kanun hükümlerine aykırı olmamak ve 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 35 inci maddesinin birinci fıkrası ile alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kapsamında ifa edilen mesleki çalışmalar nedeniyle edinilen bilgiler hariç olmak üzere, taşınmaz alım satımı, sınırlı aynı hak kurulması ve kaldırılması, şirket, vakıf ve demek kurulması, birleştirilmesi ile bunların idaresi, devredilmesi ve tasfiyesi işlerine ilişkin finansal işlemlerin gerçekleştirilmesi, banka, menkul kıymet ve her türlü hesaplar ile bu hesaplarda yer alan varlıkların idaresi işleriyle sınırlı olmak üzere serbest avukatlar.

t) (Değişik: 28/12/2009-2009/15720 K.) Bir işverene bağlı olmaksızın çalışan serbest muhasebeci, serbest muhasebeci mali müşavir ve yeminli mali müşavirler.

(u) (Ek: 28/12/2009-2009/15720 K.) Finansal piyasalarda denetim yapmakla yetkili bağımsız denetim kuruluşları.

(ü) (Ek: RG-1/5/2021-31471-C.K-3941/1 md.) Kripto varlık hizmet sağlayıcılar.

(v) (Ek: RG-1/5/2021-31471-C.K-3941/1 md.) Tasarruf finansman şirketleri.

(2) (Ek: 28/12/2009-2009/15720 K.) Merkezi yurt dışında bulunan yükümlünün Türkiye’deki şube, acente, temsilci ve ticari vekilleri ile benzeri bağlı birimleri birinci fıkra kapsamında yükümlü sayılır.(1)

(3) Merkezi Türkiye’de bulunan yükümlünün yurt dışındaki şube, acente, temsilci ve ticari vekilleri ile benzeri bağlı birimleri, faaliyet gösterdikleri ülkenin mevzuatı ve yetkili otoritelerinin izin verdiği ölçüde asgari olarak bu Yönetmelikte yer alan tedbirleri uygulamak zorundadır. (Ek cümle:RG24/2/2021-31405 2. Mükerrer-C.K-3580/2 md.) İlgili ülke mevzuatının bu tedbirlerin uygulanmasına izin vermemesi halinde durum Başkanlığa bildirilir”

⁵⁵ Yönetmelik, m.27. MASAK. Şüpheli İşlem Bildirim Rehberi, 2006, s.32. https://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Dosyalar/SIB_rehberi.doc (Erişim: 15.01.2021).

⁵⁶ “Uyum görevlisi: Kanun ve Kanuna dayanılarak yürürlüğe konulan mevzuatla getirilen yükümlülüklerle uyumu sağlamak amacıyla, yükümlülerce tayin edilen gerekli yetkiyle donatılmış görevliyi ifade etmektedir’. Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik m.3/k.

⁵⁷ Financial Crimes Enforcement Network.

varolan gerekçelerin yeterli olmadığı işlemler şüpheli işlemlerin belirlenmesinde en önemli kabullerden biri olmuştur⁵⁸.

FinCEN tarafından kabul edilen şüpheli işlem tiplerinden bazıları yeterli yasal kanıt olmayan işlemler, belirli iş türleri arasında olağan dışı finansal işlemler, belirli bir iş türü ile bağlantılı işlemler ya da benzer işlemlere kıyasla olağandışı beklenmedik işlemler, alışılmadık sayılarda ve/veya hacimlerde gerçekleştirilen ve/veya tekrarlayan banka havaleleri, olağan dışı etkinliğin göstergesi olarak gerçekleştirilen karmaşık banka, muhasebe işlemleridir⁵⁹.

Avusturalya Menkul Kıymetler ve Yatırım Komisyonu (ASIC)⁶⁰ tarafından belirlenen ve raporlanması gereken şüpheli işlem tipleri ise benzer özellikler göstermektedir. Olağan dışı ya da beklenmedik ticari faaliyetler, bir duyuru öncesinde fiyata duyarlı işlemler yapmak, ekonomik olarak anlamı olmayan işlemleri gerçekleştirmek, hemen ya da acilen siparişler vermek, davranış ya da profille uyum olmayan siparişler vermek şüpheli işlemler olarak kabul edilmiştir⁶¹.

Türkiye’de ise ilgili Kanuna dayanılarak çıkarılan 13 sıra No’lu Mali Suçları Araştırma Kurulu Genel Tebliği’nin 8. maddesinde; yükümlülerin suç gelirlerinin aklanması ve terörizmin finansmanında araç olarak kullanılması ihtimaline karşı MASAK tarafından şüpheli işlem tiplerinin belirleneceği ve bu kapsamda hazırlanan şüpheli işlem bildirim rehberlerinde bu tiplere yer verileceği ifade edilmiştir. Şüpheli işlem tipleri genel mahiyetteki şüpheli işlem tipleri, sektörel mahiyette şüpheli işlem tipleri ve terörün finansmanı ile bağlantılı şüpheli işlem tipleri olarak belirlenmiştir.

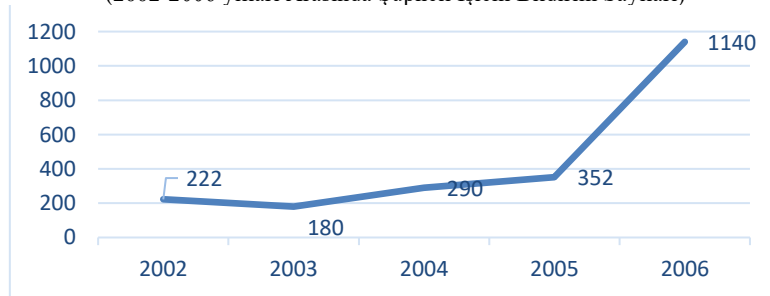
Bankalarla ilgili olarak hazırlanan rehberde belirlenen şüpheli işlem tipleri, müşteri profiline ilişkin tipler, işlemlere ilişkin tipler, bankacılık işlemlerine ilişkin tipler, terör örgütleriyle bağlantısından şüphelenilen kişiler ya da riskli ülkelerle yapılan işlemlere ilişkin tipler, kar amacı taşımayan kuruluşlara ilişkin tipler olarak sınıflandırılmıştır⁶². Sermaye Piyasası Aracı Kurumları için hazırlanan rehberde de bankalar için hazırlanan rehberdeki tipler yanında bu kurumlara özgü olarak finansal işlemlere ilişkin tipler, sermaye piyasalarına ilişkin tipler sınıflandırmaya eklenmiştir⁶³. Ayrıca, sigorta ve emeklilik şirketleri, faktöring, finansman ve finansal kiralama şirketleri, yetkili kuruluşlar, kargo şirketleri, kıymetli maden, taş veya mücevher alımı-satımı yapanlar ve diğer yükümlüler için MASAK tarafından hazırlanmış sektörel şüpheli işlem bildirim rehberleri de bulunmaktadır. Bu rehberlerde belirlenmiş şüpheli işlem tipleri yükümlülere yol göstermek amacıyla hazırlanmıştır.

D. Yıllar İtibariyle Şüpheli İşlem Bildirimleri

1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 231. maddesine göre; suç gelirlerinin aklanması ve terörizmin finansmanının önlenmesine için veri toplanması, analiz edilip değerlendirilmesi, araştırma ve inceleme yapılması, elde edilen bilgilerin ve sonuçların yetkili makamlara iletilmesi MASAK’ın görevlerindedir. Suç gelirlerinin aklanması ve terörizmin finansmanı ile ilgili mücadelede alt programı kapsamında MASAK’ın elde ettiği veriler ve şüpheli işlem bildirimleri ilgili olarak risk odaklı analizler gerçekleştirdiği ifade edilmiştir⁶⁴.

5549 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesiyle birlikte bildirimde bulunan yükümlülerin koruma altına alınmasına sağlayan “Yükümlülerin Korunması” başlıklı 10. maddesinin etkisi ve gerçekleştirilen eğitimlerin sonucu olarak şüpheli işlem bildirimlerinin sayısı 2006 yılında 1140’a yükselmiştir⁶⁵.

Grafik 1: 5549 Sayılı Kanun’un ve Yapılan Eğitimlerin Etkisi (2002-2006 yılları Arasında Şüpheli İşlem Bildirim Sayıları)



Kaynak: T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı, Faaliyet Raporu, 2006, s.94.

⁵⁸ Types and Examples of Suspicious Transactions: A Closer Book, Şubat 2022, <https://www.unit21.ai/blog/types-and-examples-of-suspicious-transactions-a-closer-look>, (Erişim: 16.06.2022)

⁵⁹ Guidance on Preparing A Complete & Sufficient Suspicious Activity Report Narrative, Financial Crime Enforcement Network, November 2003, s.5. https://www.fincen.gov/sites/default/files/shared/sarnarrcompleguidfinal_112003.pdf (Erişim: 01.07.2022).

⁶⁰ Australian Securities & Investment Commission,

⁶¹ ASIC Australian Securities & Investment Commission, Report Suspicious Activity, <https://asic.gov.au/regulatory-resources/markets/report-suspicious-activity/> (Erişim: 10.07.2022)

⁶² T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı. Şüpheli İşlem Bildirim Rehberi (Bankalar). https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/12/2021/02/MSK-RHB-SIB-001-1.4-2_1k1s.pdf, (Erişim: 02.01.2022).

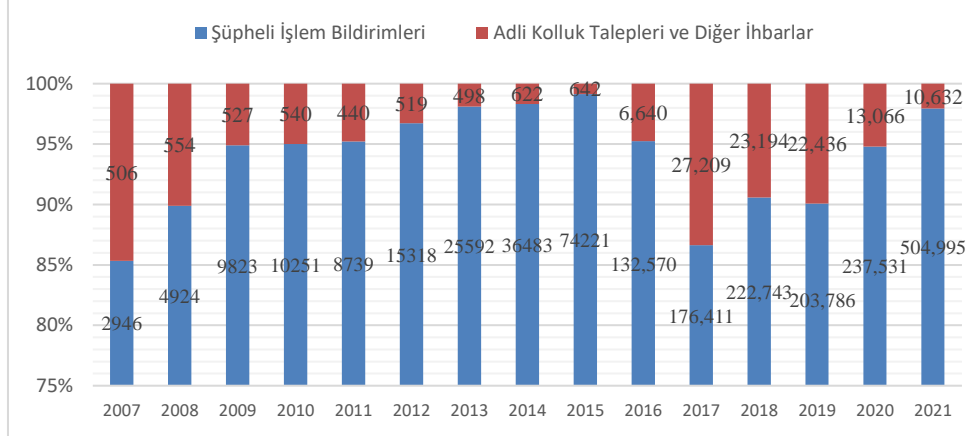
⁶³ T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı. Şüpheli İşlem Bildirim Rehberi (Sermaye Piyasası Aracı Kurumları). (https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/12/2021/02/MSK-RHB-SIB-002-1.3._21.pdf) (Erişim: 3.12.2021).

⁶⁴ T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı, Performans Programı, 2022, s.35.

⁶⁵ T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı, Faaliyet Raporu, 2006, s.94.

5549 sayılı Kanun kapsamında yapılan bildirimlerin sayısı yıllar itibariyle artış göstermektedir. Bu bildirimlerin şüpheli işlem bildirimleri, adli kolluk araştırma talepleri ve diğer bildirimler olmak üzere farklı alt ayrımları bulunmaktadır. Bildirimler içinde şüpheli işlem bildirimlerinin payı daha fazladır.

Grafik 2: Alınan Bildirimlerin Dağılımı (2007-2021)

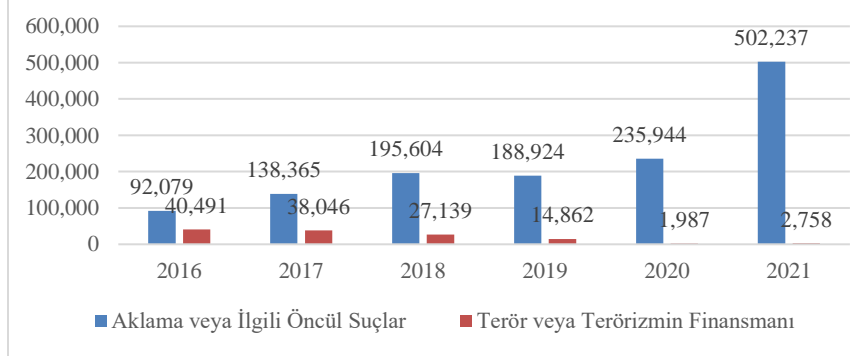


Kaynak: T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı (MASAK), 2007-2021 yılı Faaliyet Raporlarından tarafımızca oluşturulmuştur⁶⁶.

T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın 2021 yılı Faaliyet Raporunda şüpheli işlem bildirim sayısının 504.995, diğer bildirimlerin sayısının 10.682 olduğu açıklanmış ve suç gelirlerinin aklanması ile ilgili bildirimlerin beş yıl öncesi ile kıyaslandığında artışın % 264 olduğu ifade edilmiştir⁶⁷.

Şüpheli işlem bildirimlerinin aklama suçu ve öncül suç ile terör ya da terörizmin finansmanı arasındaki dağılımında aklama suçu ve öncül suç kapsamında yapılan bildirimlerin sayısı daha yüksektir. Bu dağılımı aşağıdaki grafikte görmek mümkündür.

Grafik 3: Şüpheli İşlem Bildirimlerinin Dağılımı (2016-2021)



Kaynak: T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı (MASAK), Faaliyet Raporu, 2020, s.19; Faaliyet Raporu, 2021, s.17.

2021 yılında yükümlü olduğu kabul edilen kişi, kurum ve meslek grubundan 292 adet farklı yükümlünün şüpheli işlem bildiriminde bulunduğu tespit edilmiştir. Bu yükümlülerden 246'sı mali sektörde faaliyette bulunan finansal kurumlardır⁶⁸.

Önleyici bir tedbir niteliğinde olan şüpheli işlem bildirimlerinde bildirilen suç dağılımları arasında en yüksek pay % 71,34 ile yasadışı bahis, kumar oynatma fiiline ait olup, bu suçlar arasında en çok şüphelenilen diğer suç ise vergi kaçakçılığı ve vergi kaçırmasıdır. Vergi kaçakçılığı ve vergi kaçırmanın oranı % 14,81; dolandırıcılık-nitelikli dolandırıcılık % 4,6; diğer suçlar % 4,42; lisanssız ödeme ve elektronik para hizmeti verilmesi % 4,07; başkası hesabına işlem yapıldığının beyan edilmesi % 3,93'tür⁶⁹.

FinCEN tarafından paylaşılan ABD eyaletlerinin tamamını ve çeşitli işlem türlerini kapsayan şüpheli işlem faaliyet raporu istatistiklerinde yıllar itibariyle şüpheli işlem bildirimlerinin arttığı görülmektedir (2022 yılı 10.928.666, 2021 yılı için 9.467.922). İstatistiklerin farklı sektörler ve şüpheli işlem faaliyet türleri yönünden her bir sektördeki dağılımın ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak kara paranın aklanmasına yönelik gerçekleştirilen faaliyetlere yönelik bildirimlerin toplam bildirimler içindeki payının yaklaşık olarak % 20-25 düzeyinde olduğu söylenebilir. Bu sektörler içinde ise mevduat kuruluşu olarak ifade edilen sektör tarafından yapılan bildirimlerin 2021 yılı için 1.414.516 olduğu; paranın kaynağı ile ilgili

⁶⁶ T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı (MASAK), 2007-2021 yılı Faaliyet Raporları, <https://masak.hmb.gov.tr/faaliyet-raporlari>, (Erişim: 18.02.2023).

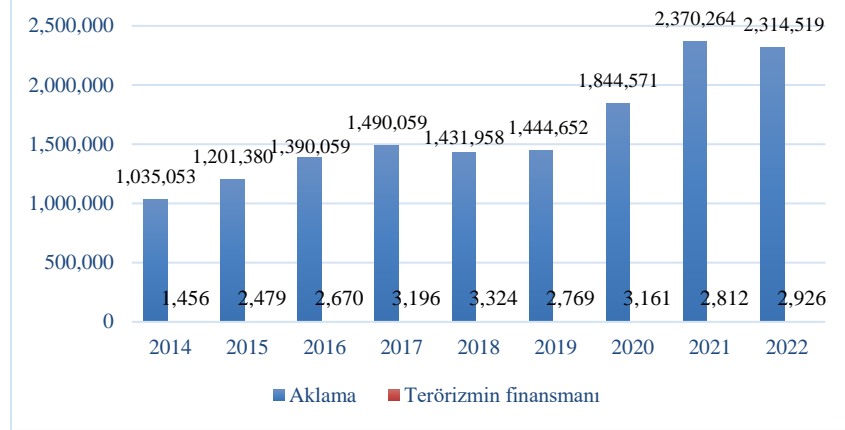
⁶⁷ T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı, Faaliyet Raporu, 2021, s.97.

⁶⁸ T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı (MASAK), Faaliyet Raporu, 2021, s.19.

⁶⁹ T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı (MASAK), Faaliyet Raporu, 2021, s.19.

şüpheli işlem bildirimlerin toplam bildirimler içindeki payının % 9,44 ile en yüksek payı taşıdığı görülmektedir. Finans kuruluşu olarak adlandırılan kuruluşlar tarafından gerçekleştirilen şüpheli işlem bildirimlerinde ise mortgage faaliyetleri, kara para aklama ve diğer şüpheli işlem bildirimleri kapsamında yapılan bildirimlerin payının yüksek olduğu söylenebilir. ABD’de gerçekleştirilen şüpheli işlem bildirimlerinin sayısı yıllar itibarıyla artış göstermektedir. Ancak bu pay içinde aklama faaliyetlerine ilişkin bildirimler de dikkat çekecek düzeydedir⁷⁰.

Grafik 4: ABD Karapara Aklama Faaliyeti ve Terörizmin Finansmanı Kapsamında Şüpheli İşlem Bildirimleri (2014-2022)



Kaynak: Financial Crimes Enforcement Network Şüpheli Faaliyet Raporu İstatistikleri verilerinden tüm sektörler, eyaletler ve karapara aklama faaliyeti verileri seçilerek tarafımızca oluşturulmuştur⁷¹.

Birleşik Krallık Mali Suçlar Birimi yıllık olarak 460.000’den fazla şüpheli işlem bildirimini almakta ve bu bildirimler güvenli veri tabanında tutularak analiz edilmekte⁷² ve belirlenen şüpheli işlem bildirimleri araştırılması için yetkili birimlere gönderilmektedir⁷³. 2022 yılı Şüpheli Etkinlik Raporuna göre, 2021-2022 döneminde yükümlüler tarafından 901.255 şüpheli işlem bildiriminde bulunulmuş ve bu bildirimlerin sayısı bir önceki döneme göre % 21 artmıştır. Yapılan bildirimler içinde kara paranın aklanmasına karşı savunmaya yönelik 83.300, terörizmin finansmanına karşı ise 358 bildirim bulunmaktadır. Bu oran ise bir önceki döneme göre % 21 azalmış, bu düşüş ise bu dönemde yapılan kanun değişiklikleri ile açıklanmıştır⁷⁴.

Grafik 5: Birleşik Krallık Aklama Faaliyeti ve Terörizmin Finansmanı Kapsamında Şüpheli İşlem Bildirimleri



Kaynak: Birleşik Krallık 2017-2022 Şüpheli İşlem Etkinlik Raporlarındaki veriler kullanılarak tarafımızca oluşturulmuştur⁷⁵.

⁷⁰ Ayrıntılı istatistik verileri için bakınız. Financial Crimes Enforcement Network, <https://www.fincen.gov/reports/sar-stats/>, (Erişim: 10.02.2023).

⁷¹ Financial Crimes Enforcement Network, <https://www.fincen.gov/reports/sar-stats>, <https://www.fincen.gov/reports/sar-stats/sar-filings-industry> (Erişim: 10.02.2023).

⁷² Online Şüpheli İşlem Bildirimi süreci için bkz. National Crime Agency, Sar Online User Guidance, February 2021, <https://www.nationalcrimeagency.gov.uk/who-we-are/publications/498-sar-online-user-guidance-february-2021/file> (Erişim: 04.06.2022).

⁷³ National Crime Agency, <https://www.nationalcrimeagency.gov.uk/what-we-do/crime-threats/money-laundering-and-illicit-finance/suspicious-activity-reports>, (Erişim: 02.05.2022).

⁷⁴ United Kingdom Financial Intelligence Unit, Suspicious Activity Report 2022, s.4-7.

<https://www.nationalcrimeagency.gov.uk/who-we-are/publications/632-2022-sars-annual-report-1/file>, (Erişim: 15.03.2023).

⁷⁵ United Kingdom Financial Intelligence Unit, Suspicious Activity Report 2020, s.4.

<https://www.nationalcrimeagency.gov.uk/who-we-are/publications/480-sars-annual-report-2020/file>, United Kingdom Financial Intelligence Unit, Suspicious Activity Report 2019, s.4, <https://www.nationalcrimeagency.gov.uk/who-we-are/publications/390->

Mali suçla mücadele kapsamında şüpheli işlem bildirimleri Türkiye, ABD ve Birleşik Krallık verileri esas alınarak değerlendirildiğinde yıllar itibariyle şüpheli işlem bildirim sayılarının arttığı, aklama suç kapsamında yapılan bildirimlerin bazı dönemlerde azalış göstermesine rağmen dönemsel olarak arttığı ve ülkelerin bu konuda önlemler alarak mücadeleyi sürdürdükleri söylenebilir. Ayrıca teknolojik gelişmelerin etkisiyle şüpheli işlemlerin bildirim konusunda yeni yükümlülüklerin getirilmesi de (örneğin Birleşik Krallıkta fintech ve kripto para sektörlerinin şüpheli işlem bildirim yükümlülüğü) bildirim sayılarında artışa yol açacağı ifade edilebilir.

E. Yükümlülük İhlalinin Sonuçları

Şüpheli işlem bildiriminde yükümlü olanlar aklama ile mücadelede sorumluluklarının farkında olmaları ve bunun getirdiği kurallara uymaları durumunda aklama ile mücadelenin etkinliği artacak; tam tersi durumda ise bir takım yaptırımlarla karşılaşmaları söz konusu olacaktır⁷⁶.

Şüpheli işlem bildiriminin ihlali bazı yaptırımlara bağlanmıştır. 5549 sayılı Kanun'un 4/2 maddesine göre: "Yükümlüler, Başkanlığa şüpheli işlem bildiriminde bulunulduğunu, yükümlülük denetimi ile görevlendirilen denetim elemanları ile yargılama sırasında mahkemeler dışında, işleme taraf olanlar dahil hiç kimseye açıklayamazlar". Bu düzenleme mülga 4208 sayılı Kanuna bağlı olarak çıkarılan yönetmelikte⁷⁷ de bulunmaktaydı. Düzenleme getirilen bu yasağın amacı kara para aklama faaliyetini içine alan ve işleme ilgisi bulunanlara karşı meslek sırrı⁷⁸ olarak nitelendirilebilir.

Ayrıca, 5549 sayılı Kanuna göre; yükümlüler yükümlülüklerinden herhangi birini ihlal edenlere MASAK tarafından idari para cezası uygulanmaktadır. Yükümlünün banka, finansman şirketi, faktoring şirketi, ikrazatçı, finansal kiralama şirketi, sigorta ve reasürans şirketi, emeklilik şirketi, sermaye piyasası kurumu ya da yetkili kurum olması halinde, idari para cezası işlem tutarının yüzde beşinden az olmamak şartıyla iki kat olarak uygulanmaktadır. (5549 Sayılı Kanun m.13/1) Görüldüğü gibi bildirim yükümlülüğünün ihlali suç değil kabahat sayılmaktadır⁷⁹. Ayrıca yükümlülüğün ihlalinin sekiz yıl geçmesi durumunda idari ceza uygulanmamaktadır (5549 Sayılı Kanun m.13/6).

2021 yılı itibariyle idari para cezası uygulanan yükümlü sayısı 130 iken, yükümlülük ihlaline konu fiiller içinde şüpheli işlem bildirim yükümlülüğü 371 olarak gerçekleşmiştir. 2021 yılında 70.798.763 TL idari para cezası kesilmiştir⁸⁰.

5549 sayılı Kanun'un 14. maddesine göre; aynı Kanun'un 4. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen "yükümlülerin şüpheli işlem bildiriminde bulunulduğunu, yükümlülük denetimi ile görevlendirilen denetim elemanları ve yargılama sırasında mahkemeler dışında hiç kimseye açıklayamayacakları" şeklindeki yükümlülüğün ihlali ile 7. maddesindeki bilgi ve belge verme ve 8. maddesindeki muhafaza ve ibraz yükümlülüklerinin ihlali durumunda bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası uygulanır.

2021 yılında MASAK tarafından yapılan inceleme ve değerlendirme sonucunda muhafaza ve ibraz yükümlülüğü ile bilgi ve belge verme yükümlülüğünü ihlal ettikleri için 9 kişi hakkında Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulmuştur⁸¹.

IV. SONUÇ

Mali suçlarla mücadeleye önce her bir suçu doğuran sebebin doğru şekilde tespitinden başlamak gerekir. Genel olarak suçun, özel olarak da mali suçun oluşmasına uygun sosyal, siyasi, ekonomik, psikolojik ve kültürel zemin ve faktörler araştırılmadan etkin bir suç politikası uygulanması çok güçtür. Bununla birlikte, nispeten uzun vadeli bu çalışmalar henüz tamamlanmadan da bazı tedbirlerin alınması ile sorunun akut safhasında belli bir rahatlamanın sağlanması mümkün olabilecektir.

Cezalar ve diğer yaptırımlar mali suçun önlenmesinin şüphesiz ki olmazsa olmaz şartıdır. Mali suçla mücadelede görev alan çeşitli birimler arasında koordinasyon sağlanmasını zorunlu kılmaktadır. Bu bağlamda, Hazine ve Maliye Bakan Yardımcısının başkanlığında çeşitli idari birimlerin ve bağımsız idari otoritelerin başkanlarından teşekkül eden Mali Suçları Araştırma Koordinasyon Kurulu bu amacın gerçekleştirilmesine görevlerini ifa etmektedir.

Mali suçlarla mücadelede bastırıcı önlemlerin etkinliğinin yanısıra suçun işlenmesinin önlenmesine yönelik tedbirler de önem taşımaktadır. Bu çerçevede şüpheli işlem bildirim sisteminin 5549 sayılı Kanun ve buna bağlı olarak çıkarılan ikincil mevzuat ile uygulama alanı gittikçe genişlemiştir. Şüpheli işlem bildirimlerinin dünyada yıllar itibariyle sayı olarak artması ve bunun sonucunda gerçekleştirilen denetimlerdeki artış bu tedbirlerin gelecek yıllar itibariyle de artarak kullanılacağını göstermektedir. Nitekim MASAK tarafından yayımlanan faaliyet raporları da bunu destekler niteliktedir.

Yapılmış olan düzenlemeler ve bu düzenlemelere göre yürütülen denetimler şüpheli işlem bildirimlerinin yükümlülere pek çok görev yüklediğini göstermektedir.

sars-annual-report-2019/file, United Kingdom Financial Intelligence Unit, Suspicious Activity Report 2018, s.4, <https://www.nationalcrimeagency.gov.uk/who-we-are/publications/256-2018-sars-annual-report/file>, United Kingdom Financial Intelligence Unit, Suspicious Activity Report 2017, s.6, <https://www.nationalcrimeagency.gov.uk/who-we-are/publications/112-suspicious-activity-reports-annual-report-2017/file>, (Raporlara Erişim: 20.02.2023).

⁷⁶ AYKIN, "Aklama ve Terörün Finansmanı ile Mücadelede Şüpheli İşlem Bildirim Sistemi", s.61.

⁷⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. 97-9523 Kararının Aklanmasının Önlenmesine Dair 4208 sayılı Kanunun Uygulanmasına Yönelik Yönetmelik (mülga).

⁷⁸ TAŞDELEN, s.188.

⁷⁹ GENÇ, s.635.

⁸⁰ T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı (MASAK), Faaliyet Raporu, 2021, s.36.

⁸¹ T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı (MASAK), Faaliyet Raporu, 2021, s.37.

Mali suçla mücadelede teknolojik gelişmelerin etkisi ve katkısını da vurgulamak gerekmektedir. Teknolojinin gelişmesi mali suçun niteliğinin ve türlerinin değişmesine yol açmasına rağmen suçların ve faillerinin tespitinde yeni teknolojiler çok önemli katkılar sağlamaktadır. Bilişim teknolojileri endüstrisi devletlere her türlü izleme, denetleme ve önleme imkânını sunmaktadır. Ancak, benzer imkânların suç failleri için de mevcut olduğunu, aynı teknolojilerden faydalanarak yeni suç tipleri yaratabildikleri gibi, kamu otoritelerinin takip ve denetiminden kurtulabildiklerini de ifade etmek gerekir. Küresel düzeyde mali suçla mücadelede şüpheli işlem bildirimlerinin sayısının artışı ülkeler arasında mali suçla mücadelede işbirliğinin yapılmasını da zorunlu kılmaktadır.

KAYNAKÇA

- ASIC Australian Securities & Investment Commission: Report Suspicious Activity, <https://asic.gov.au/regulatory-resources/markets/report-suspicious-activity/> (Erişim: 10.07.2022)
- AYDIN, Süleyman/YILMAZER, Yakup: Yolsuzluk ve Mali Suçlar, 3. Baskı, Adalet, Ankara 2010.
- AYKIN, Hasan: “Aklama ve Terörün Finansmanı ile Mücadelede Şüpheli İşlem Bildirim Sistemi”, Bankacılar Dergisi, (65), 2008, s.37-65. https://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Arastirma_ve_Raporlar/Aklama_ve_Terorun_Finansmani_ile_Mucadelede_Supheli_Islem_Bildirim_Sistemi.pdf (Erişim: 23.09.2018).
- AYKIN, Hasan: “Mali Suç ve Mali Suçla Mücadele”, <https://vergidosyasi.files.wordpress.com/2017/01/mali-suc3a7-ve-mali-suc3a7la-mc3bccadele-hasan-aykin.pdf>, (Erişim Tarihi:19.02.2023).
- BROWN WEEKS, Rhoda: “Cleaning up Countries are advancing efforts to Stop criminals from laundering their trillions”, Finance&Development, December 2018, s.44-45. <https://www.imf.org/en/Publications/fandd/issues/2018/12/imf-anti-money-laundering-and-economic-stability-straight> (Erişim: 10.07.2022).
- COSKUN, Neslihan: “Kararın Aklanması Suçu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12(3-4), 2004, s.229-261. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/262618> (Erişim: 30.10.2021).
- European Commission: Preventing money laundering and terrorist financing across the EU, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/diagram_aml_2018.07_ok.pdf, (Erişim: 14.07.2022).
- Development and Organization of Training for Lawyer on Antimoney Laundering and Counter Terrorist Financing (AML-CTF) Rules at EU Level, 2021, file:///C:/Users/User/Downloads/aml-ctf-lawyers-training-users-manual_en.pdf (Erişim: 13.07.2022).
- FATF: Antimoney Laundering and counter-terrorist financing measures Turkey Mutual Evaluation Report, December 2019, s.201. (çevrimiçi) <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer4/Mutual-Evaluation-Report-Turkey-2019.pdf>, (Erişim: 12.03.2022).
- FATF: Methodology for Assessing Technical Compliance with the FATF Recommendations and the Effectiveness of AML/CFT Systems, October 2021, (63-64), <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/methodology/FATF%20Methodology%2022%20Feb%202013.pdf>, (Erişim: 23.06.2022)
- Financial Crimes Enforcement Network, <https://www.fincen.gov/reports/sar-stats/>, (Erişim: 10.02.2023).
- Financial Crimes Enforcement Network, <https://www.fincen.gov/reports/sar-stats/sar-filings-industry> (Erişim: 10.02.2023).
- GENÇ UYAY, Fatma: “Şüpheli İşlem Bildirimi Yükümlülüğünün İhmal Halinde Yükümlünün Ceza Sorumluluğu”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 25(4), 2021, s.614-653. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/2062424> (Erişim: 15.12.2021).
- GÖREN, Ömer: Mali Suçlar Hukuku, Adalet, Ankara 2012.
- Guidance on Preparing A Complete & Sufficient Suspicious Activity Report Narrative, Financial Crime Enforcement Network, November 2003, (5), https://www.fincen.gov/sites/default/files/shared/sarnarrcompleguidfinal_112003.pdf (Erişim: 01.07.2022).
- İPEK, Halim: Önemli Bir Sorun: Kara Para ve Kara Paranın Aklanması, Beta, 1. B., 2000, s.15.
- LEVI Michael: “Money Laundering and Its Regulation, The Annals of The American Academy, 582, Temmuz, 2002.
- Mali Eylem Görev Gücü Türkiye Değerlendirmesi-2019 Raporu, Teknik Uygunluk Özeti. https://hyd.org.tr/attachments/article/970/FATF%20Tu%CC%88rkiye%20Deg%CC%86erlendirme_si_Tablo_2019.pdf, (Erişim: 12.03.2022).
- MİYNAT, Mustafa, DURAMAZ, Selim: “Kararın Aklama Aracı olarak Yeni Bir Mali Suç: Siber Aklama, Yönetim ve Ekonomi”, 20(1), 2013, (315-325). <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/146128> (Erişim: 04.02.2018).
- National Crime Agency: Sar Online User Guidance, February 2021, <https://www.nationalcrimeagency.gov.uk/who-we-are/publications/498-sar-online-user-guidance-february-2021/file> (Erişim: 04.06.2022).
- National Crime Agency: <https://www.nationalcrimeagency.gov.uk/what-we-do/crime-threats/money-laundering-and-illicit-finance/suspicious-activity-reports>, (Erişim: 02.05.2022).
- OKTAR, S. Ateş: “Mali Hukukun Anlamı ve Kapsamı Üzerine”, Sosyal Bilimler Dergisi, 3(2), 1997, s.29-40.
- ORAL, GEDİZ Burcu/GÖKBUNAR, Ali Rıza: “Kararın Aklanması (Politik) Araçları: Yolsuzluk, Organize Suç ve Mücadelede Mali Önlemler”, Yönetim ve Ekonomi, 24(1), 2017, s.108, <https://search.trdizin.gov.tr/yayin/detay/246460> (Erişim: 04.11.2021).
- PING He: “The Suspicious Transactions Reporting System”, Journal of Money Laundering Control, 8 (3), 2005, s.252-259.
- ROMANİUK, Peter/HABER Jeffery/MURRAY, Gary: “Suspicious Activity Reporting Regulatory Change and The Role of Accountants”, The CPA Journal, March 2007, s.70-71.
- SCHNEIDER, Friedrich: “Money Laundering and Financial Means of Organized Crime: Some Preliminary Empirical Findings”, Economics of Security Working Paper, No. 26, Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung (DIW), Berlin, 2010.
- Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelik <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/21.5.200713012.pdf> (Erişim: 04.02.2018).
- ŞEN, Y. Furkan/YALÇIN, Ersin: “Global Bir Suç: Suçtan Elde Edilen Gelirlerin Aklanması ve Ortaya Koyduğu Sorunlar”, Polis Bilimleri Dergisi, 9(1-4), s.68.
- TAŞDELEN, Aziz: Hukuksal Açından Türkiye’de Kara Paranın Aklanması ve Önlenmesi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.

- T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı: Faaliyet Raporu, 2006, (<https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2018/10/Maliye-Bakanligi-C4%B1%C4%9F%C4%B1-2006-Y%C4%B1-C4%B1-Faaliyet-Raporu.pdf>) (Erişim: 10.10.2021).
- T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı: Faaliyet Raporu. 2021 (<https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2022/03/Hazine-ve-Maliye-Bakanligi-2021-Yili-Faaliyet-Raporu.pdf>) (Erişim: 12.03.2022).
- T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı: Performans Programı, 2022, <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2022/01/HMB-2022-Yili-Performans-Programi.pdf> (Erişim: 09.12.2021).
- T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı (MASAK), 2007-2021 yılı Faaliyet Raporları, <https://masak.hmb.gov.tr/faaliyet-raporlari>, (Erişim: 18.02.2023).
- T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı (MASAK): Faaliyet Raporu 2020, <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/12/2021/09/Faaliyet-Raporu-2020.pdf> (Erişim: 09.12.2021).
- T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı (MASAK): Faaliyet Raporu. 2021, <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/12/2022/03/Faaliyet-Raporu-2021.pdf> (Erişim: 26.03.2022).
- T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı (MASAK): Şüpheli İşlem Bildirim Rehberi (Bankalar). https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/12/2021/02/MSK-RHB-SIB-001-1.4-2_1k1s.pdf, (Erişim: 02.01.2022).
- T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı (MASAK): Şüpheli İşlem Bildirim Rehberi (Sermaye Piyasası Aracı Kurumları). (<https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/12/2021/02/MSK-RHB-SIB-002-1.3.21.pdf>) (Erişim: 3.12.2021).
- T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı (MASAK): Kripto Varlık Hizmet Sağlayıcıları için Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Yükümlülüklerle İlişkin Esaslar, 2021. <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/12/2021/05/Kripto-Varlik-Hizmet-Saglayicilar-Rehberi.pdf> (Erişim: 10.12.2021).
- T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı, (MASAK): Uluslararası Mücadele, <https://masak.hmb.gov.tr/uluslararasi-mucadele> (Erişim: 11.03.2022).
- T.C. Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı (MASAK): Şüpheli İşlem Bildirim Rehberi, 2006, https://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Dosyalar/SIB_rehberi.doc (Erişim: 15.01.2021).
- Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Kararı, 1/593, TBMM S.Sayı: 664. Dönem: 22, Yasama Yılı: 2 <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm>. (Erişim: 10.02.2022).
- Türk Dil Kurumu: <https://sozluk.gov.tr/?q=B%C4%B0LG%C4%B0&aranan>, (Erişim: 23.01.2021)
- Types and Examples of Suspicious Transactions: A Closer Book, Şubat 2022, <https://www.unit21.ai/blog/types-and-examples-of-suspicious-transactions-a-closer-look>, (Erişim: 16.06.2022).
- TÜRKKAN, Erdal (2005): Türkiye’de ve Dünyada Ekonomik Suçlar (I. Oturum), Ekonomik Suç ve Ceza Sempozyumu, 30 Nisan-1 Mayıs 2005, Kızılcahamam Ankara, TOBB Yayın No: Ekim-25.
- United Kingdom Financial Intelligence Unit, Suspicious Activity Report 2022, s.4-7. <https://www.nationalcrimeagency.gov.uk/who-we-are/publications/632-2022-sars-annual-report-1/file>, (Erişim: 15.03.2023).
- United Kingdom Financial Intelligence Unit, Suspicious Activity Report 2020, s.4. <https://www.nationalcrimeagency.gov.uk/who-we-are/publications/480-sars-annual-report-2020/file>, (Erişim: 20.02.2023).
- United Kingdom Financial Intelligence Unit, Suspicious Activity Report 2019, s.4, <https://www.nationalcrimeagency.gov.uk/who-we-are/publications/390-sars-annual-report-2019/file>, (Erişim: 20.02.2023).
- United Kingdom Financial Intelligence Unit, Suspicious Activity Report 2018, s.4, <https://www.nationalcrimeagency.gov.uk/who-we-are/publications/256-2018-sars-annual-report/file>, (Erişim: 20.02.2023).
- United Kingdom Financial Intelligence Unit, Suspicious Activity Report 2017, s.6, <https://www.nationalcrimeagency.gov.uk/who-we-are/publications/112-suspicious-activity-reports-annual-report-2017/file>, (Erişim: 20.02.2023).
- ÜSTÜN, Oktay: “5549 Sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun ile Getirilen Temel Değişiklikler”, Bankacılar Dergisi, (64), 2008, https://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Arastirma_ve_Raporlar/5549_Sayili_Suc_Gelirlerinin_Aklanmasinin_Onlenmesi.pdf (Erişim: 22.02.2023).
- YILMAZ, Sacit: “Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu”, Ankara Barosu Dergisi, (2), 2011, s.70-97. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/397830> (Erişim: 03.01.2018).
- YÜCE, Mehmet/AKKAYA, Hüseyin: “Mali Suçlarla Mücadele ve Bazı Ülke Örnekleri”, Uygulamalı Bilimler Fakültesi Dergisi, 2020, 2(2), <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1302861> (Erişim: 07.06.2022).

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Yasemin TAŞKIN, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Yasemin TAŞKIN who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors' Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.



Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İNÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İNÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İNÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

ALMAN İCRA HUKUKUNDA İCRAYA KARŞI DAVA

DEFENSE ACTION AGAINST ENFORCEMENT IN GERMAN ENFORCEMENT LAW

Ferhat BÜYÜKAY*  

[10.21492/inuhfd.1236308](https://doi.org/10.21492/inuhfd.1236308) 

Makale Bilgi

Gönderi: 16/01/2023
Kabul : 20/04/2023

Anahtar Kelimeler

İcra Darısı Dava,
İcra Takibine Yönelik
Tedbirler,
ZPO § 767,
ZPO § 769,
Menfi Tespit Davası

Özet

Alman hukukunda cebri icraya konu bir belgede yer alan alacağın maddi hukuk boyutunda meydana gelen ve belgenin icra edilebilirlik özelliğini etkileyen değişimlerin ileri sürülmesi ZPO § 767’de düzenlenen icraya karşı dava ile mümkündür. Borçlu icraya karşı dava ile icra edilebilir belgede gösterilen alacak hakkına yönelik ZPO § 767/II-III’deki sınırlamalara uygun olarak maddi hukuka dayanan itirazlarını ileri sürebilmekte ve bu davada alacağı ilam ile belgenin icra edilebilirlik özelliğini ortadan kaldırmaktadır. İcraya karşı davanın açılmasının icra takibi üzerinde doğrudan bir etkisi bulunmamaktadır. Bununla birlikte gerekli şartların sağlanması halinde nihai karara kadar geçerli olmak üzere ZPO § 769’da anılan ve nihai karardan sonra geçerli olmak üzere ZPO § 770’te anılan icra takibine yönelik tedbirlere karar verilebilmektedir. Çalışmamızda Türk icra hukukundaki menfi tespit davası ile benzer işlevi yerine getiren icraya karşı davanın esas itibarıyla tanıtımı yapılacak ve bu davanın icra takibine etkisi açıklanacaktır. Çalışmamızda aynı zamanda bu davanın genel menfi tespit davası ve ülkemiz hukukundaki benzer düzenlemeler çerçevesinde kısa bir değerlendirilmesi yapılacaktır.

Article Info

Received: 16/01/2023
Accepted: 20/04/2023

Keywords

Defense Action Against
Enforcement,
Interim Orders for
Enforcement
Proceeding,
CCP § 767,
CCP § 769,
Negative Declaratory
Action

Abstract

In German law, it is possible to assert the changes in the substantive law of the claim in the enforceable document that affect the enforceability of the document through the action against enforcement regulated in CCP § 767. With this action, the debtor may assert objections based on substantive law under the limitations in § 767/II-III of the CCP against the claim and may annul the enforceability of the document with the judgment. The filing of an action against enforcement does not have a direct effect on the enforcement proceedings. However, if the necessary conditions are met, the interim orders referred to in CCP § 769-770 may be granted for the enforcement proceedings. In our study, we will mainly focus on the introduction of the action against enforcement, which fulfills a similar function to the negative declaratory action in Turkish enforcement law, and the effect of this action on the enforcement proceedings. In addition, our study will also briefly evaluate this action with the regulations in Turkish enforcement law.

 Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

*Arş. Gör., İnönü Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** BÜYÜKAY Ferhat, “Alman İcra Hukukunda İcra Karşı Dava”, İnÜHFD, 14(1), 2023, s.181-194. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | **This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.**

EXTENDED SUMMARY

Several principles shape the enforcement law. The most characteristic of these principles is the principle of formalization of enforcement. This principle, in terms of the interaction of the enforcement law with the substantive law, leads to the result that the substantive law dimension of the right of claim is ignored if the formal requirements for enforcement are met. This makes the existence of the enforceable document and the existence of the right of claim shown in this document independent from each other. As a result of the application of this principle, this document may continue to be enforceable and enforcement proceedings may be initiated against the debtor based on this document, despite the changes in the claim in the document subject to enforcement proceedings, for example, in case of termination of the claim. Since the enforcement law serves to realize substantive law, the enforceability of documents that no longer comply with substantive law must be completely, partially, or temporarily eliminated.

In German law, it is possible to assert the changes in the substantive law of the claim in the enforceable document that affect the enforceability of the document through the action against enforcement regulated in CCP § 767. According to CCP § 767/I, “debtors are to assert objections that concern the claim itself as established by the judgment by filing a corresponding action with the court of first instance hearing the case.” An action against enforcement is an action for the partial or full non-enforceability of a document. With this action, the debtor claims that the enforceable document subject to enforcement proceedings is no longer enforceable by asserting objections based on substantive law against the claim and requests a decision from the court in this direction. On the other hand, the subject and purpose of this action are not to cancel the enforceable document or to determine that the receivable does not exist or no longer exists, or to determine the existence of the objections on which the action is based. Even if the grounds of objection raised in this action show that the claim in the document has been terminated or postponed, no such decision will be given as a result of the action. It is only decided that the document is unenforceable due to the objections in question. An action against enforcement is a design action. This is because the document, which was enforceable before the action, becomes unenforceable with the acceptance of the action. Although it is possible to terminate or limit compulsory enforcement with the judgment of the action, this is not important in terms of determining the legal nature of the action. The fact that the action against enforcement is a design action does not result from the annulment of the enforcement, but from the fact that it brings about a change in the legal status of the enforceable document. The debtor may file an action against the enforcement based on all objections and defenses in the sense of substantive law against the claim. However, CCP § 767/II-III provides certain limitations on the objections that may be raised in action against enforcement. In § 767/II ZPO, there is a provision protecting the res judicate of the enforceable document (if the enforceable document has a res judicate): “Such objections by way of an action may admissibly be asserted only insofar as the grounds on which they are based arose only after the close of the hearing that was the last opportunity, pursuant to the stipulations of the present Code, for objections to be asserted, and thus can no longer be asserted by entering a protest”. This limitation does not apply to enforceable documents that do not have the force of res judicata. According to the CCP § 767/II, the debtor must assert all objections that he was able to assert at the time at which he filed the action. The purpose of this limitation is to prevent the debtor from filing multiple successive actions based on different grounds of objection and to prevent the enforcement from being delayed.

The filing of an action against enforcement does not have a direct effect on the enforcement proceedings. Therefore, it is possible to initiate or continue enforcement proceedings based on the document after an action against enforcement has been filed. This brings with it the danger that enforcement proceedings may be initiated against the debtor based on a document that may later be declared unenforceable. This danger can be eliminated by CCP § 769. According to the CCP § 769/I, “upon a corresponding petition being filed, the court hearing the case may direct that until the judgment has been entered regarding the objections designated in sections 767 and 768, compulsory enforcement be stayed against or without provision of security, or that it be continued only against the provision of security and that enforcement activities are to be abrogated against the provision of security. The court shall not assess any security for the stay of compulsory enforcement where the debtor is unable to provide security, and where the action he is bringing holds out sufficient prospects of success. The factual assertions on which the petition is based are to be demonstrated to the satisfaction of the court.” However, the types of orders that may be granted are not limited to those listed in the Article. The court should make the most appropriate choice among the types of orders that will balance the interests of the parties. In deciding which orders to choose, the court should weigh the disadvantages threatening the parties and, if possible, take into account the debtor's need for protection and make the decision that poses the least danger to the creditor. In accordance with CCP § 769/II, the enforcement court may grant a temporary injunction for a certain period in cases of urgent necessity (i.e., when the court hearing the main proceedings cannot issue an order on time). According to the provision, the enforcement court determines the period for which the interim injunction shall be valid, and if an interim injunction is obtained from the trial court before the expiration of this period, the interim injunction shall lapse at the end of the period.

It can be said that the action against enforcement in German law generally fulfills a similar function to the negative declaratory action (Enforcement and Bankruptcy Code Art. 72) in Turkish enforcement law. This is because both actions are filed by asserting objections based on substantive law regarding the merits of the claim. In addition, in both actions, injunctions may be issued for the enforcement proceedings and the enforcement proceedings may be suspended or annulled with the decisions given in the actions. However, the contents of the injunctions to be granted in action against enforcement and in the negative declaratory action may differ. If the negative declaratory action is filed before the enforcement, the court may, upon request, issue an interim injunction to suspend the enforcement proceeding against a security deposit of not less than fifteen percent of the claim. If the negative declaratory action is filed after the enforcement, an interim injunction shall not be granted to suspend the enforcement proceedings. However, the debtor may request the court not to give the money in the enforcement cashier's office to the creditor by way of an interim injunction to cover the damages arising from the delay and against a security of not less than fifteen percent of the claim.

I. GİRİŞ

Cebri icra, etkili hukuki korumanın son ve aynı zamanda vazgeçilmez bir aracıdır. Nihai kararlar sağlanan yasal korumanın yetersiz kaldığı, daha açık bir ifade ile nihai kararın gereğinin borçlu tarafından yerine getirilmediği durumda, hukuki koruma ihtiyacı cebri icra yolu ile karşılanmaktadır¹. Bu nedenle cebri icra hukukunun nihai amacının hakların yerine getirilmesini sağlamak olduğu söylenebilir². Bununla birlikte cebri icra hukukunda borçlunun mülkiyet hakkına, kişilik alanına ve dolayısıyla temel haklarına devlet eliyle ciddi bir saldırı (müdahale) söz konusu olduğundan, yapılacak bu müdahalenin ölçülü ve amaca uygun olabilmesi için kanun koyucular, icra takipleri bakımından bir dizi gereklilikler ve uyulması gereken bir takım şekli kurallar öngörmüşlerdir. Bu kurallar nedeniyle cebri icra hukuku şekli bir hukuk halini almış ve öğretilde cebri icranın şekilselliği şeklinde ifade edilen bir ilke ortaya çıkmıştır³.

Cebri icranın şekilselliği ilkesi, esasen tarafların takibe yön verecek nitelikteki işlemlerini örneğin itiraz veya şikâyetlerini hiç veya kanunun öngördüğü şekil ve sürede ileri sürmemeleri halinde, bunun sonuçlarına katlanmaları gereği ile bağlantılı şekilde ele alınmaktadır⁴. Bu ilke uyarınca icra takiplerinde verilecek kararlar bakımından tarafların gerçek durumlarından ziyade, takip içerisindeki davranışları esas alınmaktadır. Bu ilke özellikle icra hukukunun maddi hukukla etkileşimini açısından, cebri icraya ilişkin şekli şartların gerçekleşmesi halinde talep hakkının maddi hukuk boyutunun göz ardı edilmesi sonucunu doğurmaktadır⁵. Bu durum ise icraya konu belgenin varlığı ile bu belgede gösterilen talep hakkının varlığını birbirinden bağımsız hale getirmektedir⁶. Ayrıca bu bağımsızlık sonucunda da icra organlarına sadece cebri icra için gerekli olan şekli ön koşulların var olup olmadığını kontrol etmeleri yönünde bir görev yüklenmektedir. Buna karşılık icra organlarının icraya konulacak belgede yer alan maddi talebin gerçekten var olup olmadığını veya halen devam edip etmediğini kontrol etmeleri gerekmemektedir⁷.

Cebri icranın şekilselliği ilkesi, icra takibinin hızlı ve etkili bir şekilde yürütülmesi için gerekli bir ilke olsa da bu ilkenin bazı olumsuz yönleri de bulunmaktadır. Örneğin, icra edilebilir bir belgede yer alan talep hakkının maddi hukuk boyutunda daha sonradan meydana gelen değişimlerin, bu belgenin icra edilebilirliği üzerinde doğrudan bir etkisi olmamaktadır. Zira icra organlarının belgedeki bu yönlü değişimleri kontrol yükümlülükleri bulunmadığından, talep hakkındaki değişimlere rağmen alacaklı bu belgede yer alan talep hakkını (ilk halindeki gibi) sorunsuz bir şekilde icra etme imkanına sahip olmaya devam etmektedir⁸. Aynı zamanda bu belgede borçlu olarak gösterilen kişinin de artık gerçek durumu yansıtmayan belgelere dayalı icra takipleri ile muhatap olması ve aleyhine cebri icra yaptırımlarının uygulanması mümkündür. Yine alacaklının elindeki icra edilebilir belge gerçek durumu yansıtmamasına rağmen, borçlu kendisini savunmak zorunda kalmaktadır⁹.

II. ALMAN İCRA HUKUKUNDA BORÇLUNUN SAVUNMA İMKANLARI

Alman hukukunda cebri icra “*Vollstreckungstitel*”¹⁰ olarak adlandırılan icra edilebilir kararlara veya belgelere dayalı olarak yürütülmektedir¹¹. İcra edilebilir bu belgelerden bir kısmı maddi anlamda kesin hüküm gücüne sahipken bir kısmı değildir. Söz konusu belgelerde gösterilen alacak hakkının varlığı başlangıçta taraflar arasında tartışmasız olsa ve taraflar arasındaki gerçek durumu yansıtsa da belgenin oluşturulmasından sonra söz konusu alacak hakkının maddi hukuk boyutunda değişiklikler meydana gelebilir. Örneğin, icra edilebilir belgede yer alan alacağın ödenmesi veya alacaklının alacak hakkından feragat etmesi gibi durumlarda alacak hakkı sona erer¹². Bununla birlikte söz konusu değişimlere rağmen alacaklı, icra edilebilir belgeyi ilk halindeki gibi elinde tutabilir veya bu belgeye dayalı olarak icra takibi başlatabilir. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere icra takibinin şekilselliği ilkesi sonucu, alacaklı icra

¹ STOLL, Florian: Implikationen des Formalisierungsprinzips in der Zwangsvollstreckung, Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften, Frankfurt-Berlin-Bern-Bruxelles-New York-Oxford-Wien 2015, s.13.

² BLOMEYER, Arwed: Zivilprozessrecht-Vollstreckungsverfahren, Springer, Berlin-Heidelberg-New York 1975, s.66; BAUER, Fritz/STÜRNER, Rolf/BRUNS, Alexander: Zwangsvollstreckungsrecht, C.F. MÜLLER, Heidelberg 2022, Rn.1.1.

³ Grundsatz der Formalisierung der Zwangsvollstreckung

⁴ STOLL, s.14.

⁵ STOLL, s.14; WIECZOREK, Bernhard/SCHÜTZE, Rolf A./SPOHNHEIMER, Frank: Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 4. Auflage, Band 9, De Gruyter, Berlin-Boston 2016, ZPO §767, Rn.1.

⁶ JAUERNIG, Othmar/BERGER, Christian/KERN, Christoph Alexander: Zwangsvollstreckungsrecht, 24. Auflage, C.H. BECK, München 2021, §12, Rn.1.

⁷ Cebri icra bakımından belirleyici unsurun icra edilebilir bir belgenin bulunması olduğu, icra edilecek talep hakkının varlığı gerekli olmadığı hakkında bkz. JAUERNIG/BERGER/KERN, §7, Rn.1; THOMAS, Heinz/PUTZO, Hans: Zivilprozessordnung, 42. Auflage, C.H. BECK, München 2021, §750, Rn.8.

⁸ JAUERNIG/BERGER/KERN, §12, Rn.1.

⁹ STOLL, s.14.

¹⁰ Bu belgeleri ilam veya ilam niteliğinde belgeler olarak adlandırmak mümkündür. Bir eda hükmünü içeren kesin mahkeme kararları ile geçici icra edilebilirlik kararı verilmiş mahkeme kararları ve ZPO § 794'te belirtilen belgeler “*Vollstreckungstitel*” olarak icra takibine konu edilebilmektedir. Alman hukukunda alacaklının icra takibi yapabilmesi için icra edilebilir belgeye sahip olmasının yanında bu belge için ZPO § 725 vd. hükümlerine göre karara eklenen icra şartı da (“*Vollstreckungsklausel*”) alınmış olması gerekir (<https://www.juracademy.de/zivilprozessordnung/voraussetzungen-zwangsvollstreckung.html>). (Erişim: 10.12.2022) Bu konuda ayrıca bkz. BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.13.1.

¹¹ BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.12.1.

¹² SCHUSCHKE, Winfried/WALKER, Wolf-Dietrich/KESSEN, Martin/THOLE, Christoph/RAEBEL, Bernd: Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 7. Auflage, Carl Heymanns, Köln 2020, §767, Rn.1.

edilebilir belgeyi elinde bulundurduğu sürece alacak var olarak kabul edilir¹³ ve icra takibine başvurulduğunda ilgili icra organı, belgede yer alan talep hakkının gerçekten (hala) mevcut olup olmadığını kontrol etmek zorunda değildir¹⁴. Bununla birlikte, cebri icra nihai olarak maddi hukukun gerçekleşmesine hizmet ettiğinden, artık maddi hukuka uygun olmayan belgelerin icra edilebilirliğinin tamamen, kısmen ya da geçici olarak ortadan kaldırılması gerekir¹⁵. Bu nedenle borçlunun icra edilebilir belgede yer alan alacağa yönelik itirazlarını ileri sürmesine imkân tanınmalıdır.

Borçlunun, icra edilebilir belgedeki alacağa yönelik itirazları Alman Medeni Usul Kanunu (ZPO) §775/IV-V'teki belgelerle ispat edilebilmesi halinde, söz konusu itirazların icra mahkemesi önünde ileri sürülmesi ve takibinin durdurulması mümkündür¹⁶. Bununla birlikte borçlunun söz konusu itirazlarını anılan belgelerle ispat edememesi halinde, bu itirazlarına dayalı olarak genel mahkemelerde bir dava açması gerekir. Zira icra edilebilir belgede gösterilen alacağın kendisine yönelik itirazlar maddi hukuka ilişkin itirazlardır ve genellikle taraflar arasında bu itirazların varlığı ihtilaftır. Sekli bir süreç olan cebri icra sürecinde bu itirazların ileri sürülmesi ve incelenmesi mümkün değildir¹⁷. Bu nedenle icra edilebilir belgedeki alacağa yönelik itirazların icra prosedürü dışında ileri sürülmesi gerekir. Borçlunun söz konusu itirazlarını ileri sürerek açacağı dava ZPO § 767'de düzenlenen icraya karşı davadır¹⁸ (*Vollstreckungsabwehrklage/Vollstreckungsgegenklage*)¹⁹.

İcra karşı dava ve bu davanın icra takibine etkisi ZPO §§ 767-770 arasında düzenlenmiştir. ZPO § 767/I'de icra edilebilir belgede yer alan alacağın kendisine yönelik itirazların borçlu tarafından genel mahkemelerde dava yolu ile ileri sürülebileceği ifade edilmiştir. Maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında icraya karşı davada ileri sürülebilecek itirazlara yönelik birtakım sınırlamalar öngörülmüştür. ZPO § 768'de ise, § 767/I ve III hükmünün icra şartlarına karşı (*Vollstreckungsklausel*) açılacak davalarda niteliğine uygun düşüğü ölçüde uygulanacağı düzenlenmiştir. İcra karşı davada icra takibine yönelik verilecek tedbir kararları ve buna ilişkin usul ise §769 ve §770'te düzenlenmiştir.

III. İCRAYA KARŞI DAVA

A. Genel Olarak İcra Karşı Dava ve Hukuki Niteliği

İcra karşı dava, icra takibine konu edilen ilam veya ilam niteliğindeki belgenin kısmen veya tamamen icra edilebilirliğine yönelik bir davadır. Borçlu bu dava ile icra edilebilir belgede yer alan alacağın kendisine yönelik maddi hukuka dayalı itirazlarını ileri sürerek²⁰ takibe konu ilam veya ilam niteliğindeki belgenin artık icra edilemez olduğunu iddia etmekte ve mahkemeden bu yönde bir karar talep etmektedir²¹.

İcra karşı davanın amacı, icra edilebilir belgenin, icra edilebilirlik özelliğinin tamamen, kısmen veya geçici olarak ortadan kaldırılmasıdır²². Dolayısıyla bu dava, icra edilebilir belgede gösterilen alacağa değil, söz konusu belgenin icra edilebilirliğine yöneltilmiş bir davadır²³. Bu nedenle bu davanın konusu esasen icra takibine konu olan veya olması muhtemel olan bir belgenin belirli itirazların varlığı nedeniyle

¹³ WIECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEIMER, ZPO §767, Rn.1.

¹⁴ BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.45.1; WIECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEIMER, ZPO §767, Rn.1.

¹⁵ SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, §767, Rn.1.

¹⁶ ZPO § 775/IV-V'e göre icra edilebilir belgenin verilmesinden sonra alacaklının tatmin edildiği veya alacağın ertelendiğini gösteren resmi veya alacaklı tarafından düzenlenmiş bir belge ibraz edilirse ya da alacaklıyı tatmin etmek için gerekli olan miktarın alacaklıya veya alacaklının hesabına ödenmek üzere yatırıldığını veya transfer edildiğini gösteren bir banka veya tasarruf bankasından alınmış belge ibraz edilirse, icra takibi durdurulur veya ertelenir.

¹⁷ JAUERNIG/BERGER/KERN, §12, Rn.1; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, §767, Rn.1.

¹⁸ BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.45.1. İcra karşı davanın, cebri icranın şekilselliği ilkesinin olumsuzluklarını telef etmeye yönelik bir dava olduğuna ilişkin bkz. MüKoZPO/SCHMİDT, Karsten/BRINKMANN, Moritz: ZPO §767, Rn.1 (RAUSCHER, Thomas/KRÜGER, Wolfgang: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 6. Auflage, C.H. BECK, München 2020).

¹⁹ Bu davayı karşılamak üzere ZPO § 767'nin madde başlığında "*Vollstreckungsabwehrklage*" kavramının yanında; öğretide "*Vollstreckungsgegenklage*" kavramı da fazlaca kullanılmaktadır. Maddenin İngilizce çeviri metninde madde başlığı olarak özel bir kavram kullanılmamış bunun yerine "icra edilen talebe itirazların ileri sürüldüğü dava" anlamına gelen "*action raising an objection to the claim being enforced*" ifadesi kullanılmıştır. İcra edilebilir belgedeki alacağa yönelik itirazların ileri sürülmesine hizmet eden bu davayı karşılamak üzere çalışmamızda *icra karşı dava* kavramı kullanılmıştır.

²⁰ BeckOK ZPO/PREUß, ZPO §767 Rn.1 (VORWERK, Volkert/WOLF, Christian, BeckOK ZPO, 47. Edition, C.H. BECK, München 2022). PRÜTTING, Hans/GEHRLEIN, Markus/SCHUECH, Silke: ZPO-Kommentar, 14. Auflage, Luchterhand, Köln 2022, ZPO §767, Rn.1; ROSENBERG, Leo/GAUL, Hans Friedhem/SCHILKEN, Eberhard/BECKER-EBERHARD, Ekkehard: Zwangsvollstreckungsrecht, C.H. Beck München 2010, §40, Rn.1; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO § 767, Rn.11; KINDL, Johann/MELLER-HANNICH, Caroline/SCHNEIDERS, Uwe: Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 4. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2021, ZPO §767, Rn.1.

²¹ JAUERNIG/BERGER/KERN, §12, Rn.3. Bu nedenle dava dilekçesinde talep sonucunun ZPO § 775/I'e uygun olarak kaleme alınması gerekir (BLOMEYER, s.133. ZPO § 775/I: "İcra edilecek kararın veya geçici olarak icra edilebilirliğine karar verilen kararın iptal edildiğini veya bu belgenin icra edilemezliğine karar verildiğini ya da bu belgeye dayalı icra takibinin durdurulmasına karar verildiğini gösteren bir karar suretinin ibraz edilmesi halinde icra takibi durdurulabilecek veya iptal edilebilecektir."

²² JAUERNIG/BERGER/KERN, §12, Rn.2; PRÜTTING/GEHRLEIN/SCHUECH, ZPO §767, Rn.1; BeckOK ZPO/PREUß ZPO §767 Rn.1-2; HK-ZPO/KINDL, Johann: ZPO §767 Rn.1 (SAENGER, INGO, Zivilprozessordnung Handkommentar, 9. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2021); MUSIELAK, Hans-Joachim/VOIT, Wolfgang/LACKMANN, Rolf: Zivilprozessordnung, 19. Auflage, Franz Vahlen, München 2022, ZPO § 767 Rn.1; KINDL/MELLER-HANNICH, ZPO §767 Rn.2; ROSENBERG/GAUL/SCHILKEN/BECKER-EBERHARD, §40, Rn.11; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE, ZPO §767, Rn.11; ZÖLLER, Richard/HERGET, Kurt, ZÖLLER Zivilprozessordnung, 34. Auflage, Otto Schmidt, Köln 2022, ZPO §767, Rn.1).

²³ MüKoZPO/SCHMİDT/BRINKMANN, ZPO §767, Rn.2.

icra edilebilir olup olmadığıdır²⁴. Buna karşılık bu davanın konusu ve amacı, takibe konu icra edilebilir belgenin iptal edilmesi veya bu belgede gösterilen alacağın mevcut olmadığı tespit edilmesi ya da davaya dayanak olan itirazların varlığının tespit edilmesi değildir²⁵. Bu davada ileri sürülen itiraz sebepleri icra edilebilir belgede gösterilen alacağın sona erdirdiğini veya ertelendiği gösterse dahi dava sonucunda bu yönde bir tespit yapılmaz, sadece söz konusu itirazlar nedeniyle belgenin icra edilemez olduğuna karar verilir²⁶. Bu nedenle icraya karşı davada verilecek olumlu bir karara rağmen icra edilebilir belge, varlığını ve icra edilebilirlik dışındaki diğer etkilerini sürdürmeye devam eder. Örneğin, bir ilama karşı açılan icraya karşı davanın kabulü halinde, ilamın icra edilebilirlik özelliği dışındaki özellikleri örneğin ilamın maddi anlamda kesin hüküm gücü bu karardan etkilenmez²⁷.

İcra karşı davanın hukuki niteliği konusunda Alman hukukunda hâkim görüş, bu davanın usule ilişkin inşai bir dava olduğu yönündedir²⁸. İcra karşı dava, inşai bir davadır. Zira dava öncesi icra edilebilir -icraya konu edilebilir- nitelikte olan ilam veya ilam niteliğindeki belge, davada verilen kabul kararı ile birlikte icra edilemez hale gelmekte ve niteliğinde bir değişiklik meydana gelmektedir²⁹. İcra karşı davada alınan ilam ile başlatılan takibin iptal edilmesi ve durdurulması mümkün ise de³⁰ bu durum, davanın hukuki niteliğini belirleme bakımından önem arz etmemektedir. İcra karşı davanın inşai karakterli bir dava olması, takibin iptalini sağlamasından değil, takibe konu belgenin hukuki durumunda bir değişiklik meydana getirmesinden kaynaklanmaktadır³¹.

B. İcra Karşı Davanın Uygulama Alanı

Cebri icraya konu olabilecek belgeler, aynı zamanda icraya karşı davanın uygulama alanını da belirlemektedir. Bu kapsamda eda hükmü içeren nihai mahkeme kararları ile geçici icra edilebilirlik kararı verilen mahkeme kararlarına karşı icraya karşı dava açılabilir. Mahkeme kararları haricinde ZPO § 794'te belirtilen icra edilebilir belge ve kararlar da icraya karşı davanın uygulama alanındadır (ZPO § 795). Bu çerçevede mahkeme uzlaşmalarına ilişkin belgelere³², yargılama giderlerine ilişkin mahkeme kararlarına, icra ihbarnamelerine (*Vollstreckungsbescheiden*), icra edilebilirlik kararı alınmış hakem kararı veya yabancı mahkeme kararına, düzenleme şeklindeki noter senetlerine karşı icraya karşı dava açılabilir ve ZPO § 767 hükmü niteliğine uygun düştüğü ölçüde bu davalarda uygulanacaktır³³. Buna karşılık ihtiyati tedbir kararlarına karşı ZPO § 927 ve § 936 hükümleri nedeniyle icraya karşı dava kabul edilmemektedir³⁴.

C. İcra Karşı Davanın Kabul Edilebilirliği

İcra karşı davanın kabul edilebilirliği, bu davanın amacı çerçevesinde belirlenmektedir³⁵. Bu davanın amacı ilamın veya ilam niteliğinde belgenin icra edilebilirliğini ortadan kaldırmak olduğundan bu davanın kabul edilebilmesi için öncelikle alacaklının elinde icraya konu olabilecek bir ilam veya ilam niteliğinde belgenin bulunması gerekir³⁶. Bu davanın kabul edilebilmesi için gerekli olan ikinci koşul, borçlu aleyhine icra takibi yapılma ihtimalinin varlığıdır. Bu açıdan icraya karşı davanın açılabilmesi için mutlaka

²⁴ SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE, ZPO § 767, Rn.7; MüKoZPO/SCHMİDT/BRİNKMANN, ZPO § 767 Rn.41; HK-ZPO, KİNDL, ZPO § 767 Rn.1; İcra karşı davanın konusuna ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. WİECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO § 767, Rn.32-35.

²⁵ KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO § 767, Rn.2; HK-ZPO, KİNDL, ZPO § 767 Rn.1; MüKoZPO/SCHMİDT/BRİNKMANN, ZPO § 767 Rn.39. Benzer şekilde bkz. SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO § 767, Rn.11.

²⁶ SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, § 767, Rn.42.

²⁷ KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO § 767, Rn.2-3; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, § 767, Rn.42; WİECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO § 767, Rn.6; MUSİELAK/VOİT/LACKMANN, ZPO § 767 Rn.16; BeckOK ZPO/PREUB, ZPO § 767 Rn.52; MüKoZPO/SCHMİDT/BRİNKMANN, ZPO § 767 Rn.2-3; HK-ZPO, KİNDL, ZPO § 767 Rn.1; ROSENBERG/GAUL/SCHİLKEN/BECKER-EBERHARD, § 40, Rn.12; ZÖLLER/HERGET, ZPO § 767, Rn.5; LÜKE, Wolfgang: Zivilprozessrecht II, 11. Auflage, C.H. BECK, München 2021, § 21, Rn.3.

²⁸ ROSENBERG/GAUL/SCHİLKEN/BECKER-EBERHARD, § 40 Rn.13 vd.; BeckOK ZPO/PREUB, ZPO § 767 Rn.1; PRÜTTING/GEHRLEIN/SCHUECH, ZPO § 767, Rn.1; HK-ZPO, KİNDL, ZPO § 767 Rn.1; MUSİELAK/VOİT/LACKMANN, ZPO § 767 Rn.1; MüKoZPO/SCHMİDT/BRİNKMANN, ZPO § 767 Rn.3; KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO § 767 Rn.1; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, § 767, Rn.12; BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.45.3; STEIN, Friedrich/JONAS, Martin/MÜNZBERG, Wolfgang: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Auflage, Band 7, Mohr Siebeck, Tübingen 2002, ZPO § 767, Rn.6; WİECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO § 767, Rn.5; ZÖLLER/HERGET, ZPO § 767, Rn.1.

²⁹ ROSENBERG/GAUL/SCHİLKEN/BECKER-EBERHARD, § 40 Rn.13; MUSİELAK/VOİT/LACKMANN, ZPO § 767 Rn.2; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, § 767, Rn.12.

³⁰ ROSENBERG/GAUL/SCHİLKEN/BECKER-EBERHARD, § 40 Rn.13.

³¹ MüKoZPO/SCHMİDT/BRİNKMANN, ZPO § 767 Rn.3; WİECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO § 767, Rn.5. Öğretide Blomeyer, icraya karşı davanın inşai karakterinin belgenin icra edilebilirliği üzerinden açıklanmasına karşı çıkmaktadır. Yazara göre icra organlarının icra takibini durdurması veya iptal etmesi, kararın verilmesi ile değil, bu konudaki mahkeme kararının kendilerine sunulması ile mümkündür. Söz konusu karar icra organlarına sunulana kadar, icra organları icra takibini yürütmekle yükümlüdür (BLOMEYER, s.136).

³² Mahkeme uzlaşmalarına karşı ileri sürülecek itiraz, mahkeme uzlaşmasının tamamen geçersizliğine sebep olacak ise ve bu ihtimalde eski davaya devam etmek mümkün ise, icraya karşı dava açılmasında hukuki yarar yoktur (JAUERNİG/BERGER/KERN, § 12, Rn.4).

³³ WİECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO § 767, Rn.7-17; MüKoZPO/SCHMİDT/BRİNKMANN, ZPO § 767 Rn.25 vd.

³⁴ BLOMEYER, s.128; MüKoZPO/SCHMİDT/BRİNKMANN, ZPO § 767 Rn.37; WİECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO § 767, Rn.17.

³⁵ BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.45.4.

³⁶ Bu belgeler hakkında bkz. BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.45.5 vd.

icra takibinin başlamış olması gerekli olmadığı³⁷ gibi yakın bir icra tehdidinin bulunmasına da gerek yoktur³⁸. Bunun haricinde icraya karşı davanın kabul edilebilmesi için tespit davalarında olduğu gibi özel bir hukuki yararın varlığının ispatı da gerekli değildir³⁹. Zira icraya karşı dava ile sağlanan yasal koruma, başka bir dava türü ile elde edilememektedir. Bu nedenle burada da herhangi bir eda davası veya inşai davada olduğu gibi genel hukuki menfaatin yani olumsuz bir dava şartının aranması yeterlidir⁴⁰. İcra edilebilir belgenin alacaklının elinde bulunduğu ve bu belge icrai kabiliyetini haiz olduğu sürece bu dava kabul edilebilirdir⁴¹.

D. İcra Karşı Davada İleri Sürülebilecek İtirazlar

İcra karşı dava ile icra edilebilir belgede gösterilen alacağa karşı ileri sürülebilecek itirazlar, maddi hukuka dayanan itirazlardır⁴². Borçlu icra edilebilir belgede gösterilen alacağa yönelik maddi hukuk anlamında itiraz ve def'ilere dayanarak icraya karşı davayı açabilir⁴³. Buna karşılık takip hukukuna ilişkin itiraz sebepleri bu dava yolu ile ileri sürülemez⁴⁴.

Maddi hukuk kapsamındaki tüm itirazlar örneğin, hakkın doğumuna yönelik itirazlar, hakkı sona erdiren itirazlar ve hakkın kullanımına engel olan itiraz ve def'iler⁴⁵ kural olarak alacağa yönelik itirazlar olarak değerlendirilir⁴⁶. Bu itirazların icraya karşı dava ile ileri sürülmesi mümkündür. Bununla birlikte ZPO § 767/II ve III'de icraya karşı davada ileri sürülebilecek itirazlar bakımından birtakım sınırlamalar getirilmiştir.

1. İtirazların Doğum Anı Bakımından Getirilen Sınırlama (ZPO § 767/II)

ZPO § 767/II'de maddi anlamda kesin hüküm gücüne sahip icra edilebilir belgelere karşı ileri sürülebilecek itirazlar bakımından, kesin hükmün bu gücünü koruyucu bir düzenleme söz konusudur⁴⁷. Düzenlemeye göre icraya karşı dava ile ilamda yer alan alacağa yönelik ileri sürülebilecek itirazların dayandıkları gerekçelerin, ilamın karara bağlandığı yargılamanın (son duruşmasından) sözlü duruşmasından sonra ortaya çıkmış olması ve bunların artık o yargılamada ileri sürülemeyecek olması gerekir⁴⁸.

İtirazların doğumu bakımından getirilen bu objektif sınırlama⁴⁹, kesin hükmün zamansal kapsamını belirleyen ZPO § 323/II hükmü ile de uyumludur. Bu ilke uyarınca icraya karşı davaya dayanak olan itirazların, nihai kararın verildiği yargılamada bir itirazın ileri sürülebileceği son duruşmadan sonra ortaya çıkmış olması gerekir. Bu da ilgili itirazların ilk derece ve istinaf yargılamalarında sözlü duruşmadan sonraki zaman diliminde ortaya çıkması anlamına gelir⁵⁰. Temyiz yargılamasında yeni vakıaların ileri sürülmesi mümkün olmadığından, temyiz aşaması bu noktada dikkate alınmaz⁵¹.

Söz konusu itirazların belirtilen zamandan sonra ortaya çıkmış olması gerektiğinden, bir ilama karşı ancak hakkı engelleyen (erteleme, icrayı kısıtlayan sözleşme vb.) ve hakkı sona erdiren (itfa, feragat, ibra,

³⁷ BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.45.8; ROSENBERG/GAUL/SCHILKEN/BECKER-EBERHARD, §40, Rn.109;

³⁸ SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, §767, Rn.15.

³⁹ ROSENBERG/GAUL/SCHILKEN/BECKER-EBERHARD, §40, Rn.109; STEIN/JONAS/MÜNZBERG, ZPO §767, Rn.42; ZÖLLER/HERGET, ZPO §767, Rn.8.

⁴⁰ ROSENBERG/GAUL/SCHILKEN/BECKER-EBERHARD, §40, Rn.109.

⁴¹ BLOMEYER, s.133; BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.45.8; MüKoZPO/SCHMIDT/BRINKMANN, ZPO §767 Rn.43; ROSENBERG/GAUL/SCHILKEN/BECKER-EBERHARD, §40, Rn.109; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO §767, Rn.15; HK-ZPO, KINDL, ZPO §767 Rn.17; WIECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEIMER, ZPO §767, Rn.48.

⁴² BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.45.9; WIECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEIMER, ZPO §767, Rn.18; MüKoZPO/SCHMIDT/BRINKMANN, ZPO §767 Rn.58.

⁴³ Def'ilere dayalı olarak da icraya karşı dava açılabilmesine dair bkz. WIECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEIMER, ZPO §767, Rn.65; MüKoZPO/SCHMIDT/BRINKMANN, ZPO §767 Rn.58-60.

⁴⁴ SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO §767, Rn.13. İcra takibine ilişkin usulü kurallara aykırılıkların ve icra memurunun uyması gereken kurallara aykırılıkların ZPO § 766'da düzenlenen itiraz yolu (Erinnerung gegen Art und Weise der Zwangsvollstreckung) ile icra mahkemesinde ileri sürülmesi gerekir.

⁴⁵ Hakkın kullanımına engel olan itiraz sebepleri teknik anlamında itiraz (örneğin alacağın takip edilebilir bir alacak olmadığı itirazı) ve def'i (zaman aşımı def'i gib) olabilir.

⁴⁶ BLOMEYER, s.128-129; WIECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEIMER, ZPO §767, Rn.57.

⁴⁷ ZÖLLER/HERGET, ZPO §767, Rn.14; MüKoZPO/SCHMIDT/BRINKMANN, ZPO §767 Rn.77; WIECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEIMER, ZPO §767, Rn.73.

⁴⁸ BLOMEYER, s.130; MüKoZPO/SCHMIDT/BRINKMANN, ZPO §767 Rn.77; WIECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEIMER, ZPO §767, Rn.72; ZÖLLER/HERGET, ZPO §767, Rn.14.

⁴⁹ Kanunda öngörülen sınırlama objektif bir sınırlamadır. Bu nedenle borçlunun söz konusu itirazı ileri sürüp sürmediği veya itirazın varlığından haberdar olup olmadığı sınırlama bakımından önemli değildir. BLOMEYER, s.130; WIECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEIMER, ZPO §767, Rn.81; MüKoZPO/SCHMIDT/BRINKMANN, ZPO §767 Rn.81; JAUERNIG/BERGER/KERN, §12, Rn.7; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO §767, Rn.33; ZÖLLER/HERGET, ZPO §767, Rn.14.

⁵⁰ İcra karşı davanın dayanağı olan itiraz, ilk derece duruşmasının sonuçlanmasından sonra ancak kararın kesinleşmesinden önce ortaya çıkarsa, borçlu kendi tercihiyle bağlı olarak karara karşı istinafa gidebilir veya itiraza dayalı olarak icraya karşı dava açabilir. Bu ihtimalde borçlu, öncelikli olarak karara karşı istinaf yoluna gitmeyi tercih etmişse, artık icraya karşı davaya yönelik hukuki yarar bulunmamaktadır. Buna karşılık borçlu öncelikli olarak söz konusu itiraza dayalı olarak icraya karşı dava açmışsa, bu itirazı da içeren istinaf talebi yine de kabul edilebilirdir. Zira istinafta borçlu, icraya karşı davada ileri sürülebileceği itirazlar da dahil olmak üzere ilk derece mahkemesindeki eksiklikleri ve hataları da ileri sürülecek ve bu suretle ilk derece mahkemesi kararı kaldırılabilir. Buna karşılık ZPO § 767 uyarınca açılacak davada, itirazın yöneldiği kararın iptali söz konusu olmayıp, kararın sadece icra edilemez olduğuna karar verilmektedir (BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.45.13; WIECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEIMER, ZPO §767, Rn.25; ZÖLLER/HERGET, ZPO §767, Rn.4; MüKoZPO/SCHMIDT/BRINKMANN, ZPO §767 Rn.14; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO §767, Rn.18).

⁵¹ BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.45.11.

sonraki imkânsızlık, zamanaşımı vb.) itirazlara dayalı olarak icraya karşı dava açılabilir⁵². Buna karşılık hakkın doğumuna ilişkin (kesin hükümsüzlük gibi) itirazların bu dava ile ileri sürülmesi mümkün değildir. Zira hakkın doğumuna ilişkin itirazların ileri sürülebilmesi, mahkeme kararının maddi anlamda kesin hüküm gücüne sahip olması ile bağdaşmaz. Takip konusu alacak bir mahkeme kararında tespit edilmiş olduğundan bu alacağın doğumuna ilişkin itirazların ileri sürülebileceğinin kabul edilmesi, mahkeme kararının daha sonradan değiştirilmesi anlamına gelir⁵³. Bu sınırlamaya uygun olarak kesin hüküm gücüne sahip bir icra edilebilir belgeye karşı ifa, itfa, ifa yerine edim, feragat, borcun üstlenilmesi, sonraki kusursuz imkânsızlık, zamanaşımı gibi itiraz ve def'ilere dayalı olarak icraya karşı dava açılması mümkündür⁵⁴.

Kanun § 767/II'de öngörülen sınırlama, esasen kesin hüküm gücünü haiz mahkeme kararlarına karşı açılacak icraya karşı davalar için söz konusudur. Bununla birlikte maddi anlamda kesin hüküm gücüne sahip diğer icra edilebilir belgeler söz konusu olduğunda bu sınırlama onlar hakkında da niteliğine uygun düşüğü oranda geçerlidir⁵⁵. Bu kapsamda hakem kararlarına veya yabancı mahkeme kararlarına karşı, icra edilebilirlik kararından (*Vollstreckbarerklärung*) sonra ortaya çıkan nedenlerle⁵⁶, icra ihbarnamelerine karşı ihbarnamenin tebliğinden sonra ortaya çıkan nedenlerle⁵⁷ icraya karşı dava açılabilir.

İcra karşı davada bir mahkeme kararına karşı ileri sürülebilecek itirazlar bakımından en tartışmalı olan konu, yenilik doğurucu hakların kullanımına yöneliktir⁵⁸. Bu tartışma, özellikle, inşai hakkın ilamda gösterilen alacak hakkının karara bağlandığı yargılama sona ermeden önce mevcut olması ve takas gibi daha sonradan ileri sürülmeleri halinde geriye dönük olarak etki göstermesi halinde önemli hale gelmektedir. Örneğin, yargılama devam ederken var olan ve ileri sürülmeyen bir takas hakkının, kararın verilmesinden sonra icraya karşı dava ile ileri sürülüp sürülmeyeceği tartışmalıdır.

Bu konuda hâkim görüş, inşai hakkın borcu sona erdirebilmesi için kullanılmış olması gerektiğinden hareketle, bu hakkın kullanılması zamanını, ZPO § 767/II anlamında itirazın oluşması için belirleyici olay olarak görmektedir. Buna göre inşai hak, kullanıldığı anda istenilen değişikliği meydana getirebileceğinden, inşai hak kullanılmadan önce, bu hakkın ileride kullanılabilecek olması herhangi bir sonuç doğurmaz⁵⁹. Dolayısıyla icraya karşı davanın dayanağı olan itiraz, bu inşai hakkın varlığı değil, bunun kullanılmasıdır ki bu da ancak hak sahibi tarafından beyan edilmesi ile meydana gelir. İnşai etkinin geçmişe etkili olması, diğer bir ifade ile ilamda tespit edilen alacağı etkilemesi, bu gerçeği değiştirmez⁶⁰. Bu görüşteki yazarlara göre kesin hüküm müessesesi, müteakip inşai hakların kullanılmasını yasaklamadığından, bunların ileri sürülmesi ZPO § 767/II'deki sınırlamaya tâbi olmamalıdır⁶¹. Bu kapsamda takas hakkına değinilecek olursa, takas hakkının sonradan kullanılabilmesi, kesin hükmün ilkeleri ile engellenmemelidir. Bağımsız bir karşı hak olarak takas hakkı, §322/I anlamında talep doğrultusunda belirlenen kararın (kesin hükmün) kapsamında da değildir. Zira bir davada verilen nihai karar, alacağın var olduğunu tespit etmekle beraber, bu tespit gelecekteki bir olay örneğin takasta olduğu gibi, bu alacağın varlığının geçmişe yönelik olarak sona erdirilemeyeceğini belirtmez. Buna karşılık takas yargılamada ileri sürülmüş ve reddedilmişse, takas hakkına dayalı olarak icraya karşı dava açılması artık mümkün değildir⁶².

Alman yargı içtihatlarında ZPO § 767/II uygulaması bakımından inşai hakkın doğum anının esas alındığı görülmektedir. Buna göre ZPO § 767/II'deki sınırlama bakımından inşai hakların kullanılma zamanı değil, doğum anı önemlidir⁶³. Bununla birlikte Federal Mahkemenin sözleşmeden doğan inşai haklar ile kanundan doğan inşai haklar arasında ayırım yaptığı kararları da bulunmaktadır. Buna göre sözleşmeye dayalı inşai haklar (fesih, iptal gibi) söz konusu olduğunda inşai hakkın kullanım zamanı, ZPO § 767/II için belirleyici olarak kabul edilmektedir⁶⁴. Öğretide Federal Mahkemenin görüşünü benimseyen yazarlar da mevcuttur⁶⁵. Bu görüşteki kimi yazarlara göre mahkeme kararları, kararda yer alan talep hakkının varlığının yanında bu kararın icra edilebilirliğini de kesin bir şekilde ortaya koyduğundan, mahkeme kararlarının

⁵² ROSENBERG/GAUL/SCHILKEN/BECKER-EBERHARD, §40, Rn.37; MüKoZPO/SCHMIDT/BRINKMANN, ZPO §767 Rn.59; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO §767, Rn.21; HK-ZPO, KINDL, ZPO §767 Rn.10; KINDL/MELLER-HANNICH, ZPO §767 Rn.36; LÜKE, ZivilProzR II, § 21, Rn.9.

⁵³ ROSENBERG/GAUL/SCHILKEN/BECKER-EBERHARD, §40, Rn.37; JAUERNIG/BERGER/KERN, §12, Rn.7.

⁵⁴ İtiraz sebepleri bakımından bkz. WIECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEIMER, ZPO §767, Rn.58 vd.

⁵⁵ BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.45.19-20; WIECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEIMER, ZPO §767, Rn.74-75; MüKoZPO/SCHMIDT/BRINKMANN, ZPO §767 Rn.78; JAUERNIG/BERGER/KERN, §12, Rn.17.

⁵⁶ BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.45.19-20; Hakem kararının verilmesinden sonra ortaya çıkan itiraz nedenleri hakem kararlarına icra edilebilirlik verilmesi yargılamasında ileri sürülebileceğinden, bunlar daha sonradan icraya karşı davaya konu edilemeyeceğine yönelik bkz. BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.45.19.

⁵⁷ BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.45.21. İcra ihbarnamelerinin (*Vollstreckungsbescheid*) maddi anlamda kesin hüküm gücünü haiz olmadığına yönelik Köln OLG kararı için bkz. NJW 1986, 1350.

⁵⁸ Tartışmalar için bkz. BLOMEYER, s.130 vd.

⁵⁹ ROSENBERG/GAUL/SCHILKEN/BECKER-EBERHARD, §40, Rn.62; WIECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEIMER, ZPO §767, Rn.82 vd; STEIN/JONAS/MÜNZBERG, ZPO §767, Rn 32 vd; BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.45.14; MUSIELAK/VOIT/LACKMANN, ZPO §767 Rn.37.

⁶⁰ ROSENBERG/GAUL/SCHILKEN/BECKER-EBERHARD, §40, Rn.62.

⁶¹ ROSENBERG/GAUL/SCHILKEN/BECKER-EBERHARD, §40, Rn.63; WIECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEIMER, ZPO §767, Rn.73.

⁶² ROSENBERG/GAUL/SCHILKEN/BECKER-EBERHARD, §40, Rn.67.

⁶³ BGHZ 24, 97, (98); BGHZ 34, 274 (279); BGHZ 38, 122 (123).

⁶⁴ BGHZ 94, 29, 34 f.. BGHZ 103, 362, 366 f.

⁶⁵ SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO §767, Rn.33; ZÖLLER/HERGET, ZPO §767, Rn.14. Kimi yazarlar fıkra ikinin inşai haklar üzerindeki etkisinin belirlenmesinde maddi hukukun takip edilmesi gerektiğini ancak kötüye kullanımların önüne geçilmesi için usul hukukunda çözüm aranması gerektiğini ifade etmektedir (JAUERNIG/BERGER/KERN, §12, Rn.15).

etkilerini korumak öncelikli olmalıdır. Alacaklının, çoğu zaman zahmetli bir şekilde kazandığı ilamı, davadan sonra hesaba katmak zorunda olmadığı itirazlar nedeniyle icra etmesi engellenmemelidir⁶⁶. Öğretide ZPO § 767/II hükmünün borçlunun maddi hukuk kapsamındaki irade özerkliğine (karar özgürlüğüne) bir sınır getirdiği ve bu kapsamdaki sınırlama bakımından inşai hakkın kullanılabilmesi zaman diliminin esas alınması gerektiği de ifade edilmektedir⁶⁷.

İtirazların doğumuna yönelik ZPO § 767/II'de öngörülen sınırlama, kesin hüküm teşkil etmeyen icra edilebilir belgeler söz konusu olduğunda uygulanmaz (§ 797/IV)⁶⁸. Bu kapsamda icra edilebilir noter senetleri, avukatlık ve mahkeme uzlaşmaları ilgili olarak icra karşı dava, sadece hakkı sona erdiren veya engelleyen itirazlara değil, aynı zamanda senette yer alan hukuki işlemin hükümsüzlüğü veya geçersizliği gibi hakkın doğumuna yönelik itirazlara da dayandırılabilir⁶⁹.

2. İtirazların İleri Sürülmesine İlişkin Sınırlama (§ 767/III)

ZPO § 767/III'e göre borçlu davanın açıldığı tarihte ileri sürebileceği tüm itirazlarını dava dilekçesinde ileri sürmelidir⁷⁰. Söz konusu düzenlemenin amacı, borçlunun farklı itiraz nedenlerine dayalı olarak birbirini izleyen birden çok icraya karşı dava açmasını ve icranın sürüncemede bırakılmasını engellemektir⁷¹. Bu sınırlama uyarınca borçlu icraya karşı davayı açtığı sırada var olan ancak iddia etmediği itirazlara dayalı olarak ayrı bir icraya karşı dava açamayacaktır. Bu durumda borçlu ancak borcu ödedikten sonra BGB (Alman Medeni Kanunu) uyarınca geri alma davası veya sebepsiz zenginleşme davası açabilecektir⁷². Bununla birlikte öğretide (madde lafzından farklı olarak) borçlunun tüm bu itirazları dava dilekçesinde dile getirmiş olmasının gerekli olmadığı, bu maddenin yalnızca borçlunun dava açarken dile getirebileceği tüm itirazları aynı anda veya art arda birden fazla davada değil, tek bir davada dile getirmesini sağlamayı amaçladığı ifade edilmektedir. Bu nedenle borçlunun, daha önce dava dilekçesinde ileri sürmediği itirazlarını dava devam ederken ileri sürebileceği ifade edilmektedir⁷³. Bununla birlikte daha sonradan ileri sürme durumunun davada ıslah kurallarına tâbi olup olmadığı konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre borçlu ZPO § 263 ve § 267'deki sınırlamalara uygun olarak dava dilekçesinde ileri sürmediği itirazları daha sonradan ileri sürebilir⁷⁴. Buna karşılık kimi yazarlar ZPO § 767/III'ün uygulanmasında ZPO § 263'ü göz ardı etmekte ve sonradan ileri sürülen savunmalara herhangi bir kısıtlama olmaksızın izin vermektedir⁷⁵.

Söz konusu sınırlama ile ilgili tartışmalı bir diğer husus, fıkarda öngörülen sınırlamanın objektif bir sınırlama olup olmadığı diğer bir ifade ile söz konusu sınırlamaların borçlunun kusuru olmaksızın ileri sürülemeyen itirazları kapsayıp kapsamadığıdır. Bu konuda hâkim görüş ve yakın tarihli kararlar, bu sınırlamanın objektif bir sınırlama olduğu yönündedir⁷⁶. Federal Mahkemeye göre yeni (ikinci) bir icraya karşı dava, ancak ilk icraya karşı davanın son duruşmasından sonra ortaya çıkan itirazlara dayandırılabilir⁷⁷. Buna karşılık öğretide ZPO § 767/III'teki sınırlamanın subjektif bir sınırlama olduğu ve borçlunun kusuru olmaksızın ileri süremediği itirazların bu kapsamda değerlendirilmemesi gerektiği ileri sürülmektedir⁷⁸.

E. İcra Karşı Davada Karar

İcra karşı dava, kanun yolları da dâhil olmak üzere yargılama usulü konusunda genel hükümlere tâbidir⁷⁹. Bununla birlikte davada borçlunun talebi üzerine devam etmekte olan icra takibine yönelik ZPO § 769'da öngörülen tedbirlerin alınması mümkündür.

⁶⁶ SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO §767, Rn.33.

⁶⁷ ZÖLLER/HERGET, ZPO §767, Rn.14.

⁶⁸ BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.45.24; WİECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO §767, Rn.74; JAUERNİG/BERGER/KERN, §12, Rn.17; ZÖLLER/HERGET, ZPO §767, Rn.20.

⁶⁹ MüKoZPO/SCHMİDT/BRİNKMANN, ZPO §767 Rn.79; ZÖLLER/HERGET, ZPO §767, Rn.20. Bununla birlikte mahkeme uzlaşmaları taraflar arasındaki uyumsuzluğa sona erdirmenin yanında yargılama sürecini de sona erdirdiğinden, uzlaşmanın geçersizliğine ilişkin itirazların tespiti halinde, uzlaşma ortadan kalkacağından eski yargılama da sona ermiş olacaktır. Bu nedenle böyle bir durumda eski yargılamaya devam edilmesi gerekir (Bu konuda bkzn. SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO §767, Rn.29.).

⁷⁰ JAUERNİG/BERGER/KERN, §12, Rn.18; KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO §767, Rn.57; MüKoZPO/SCHMİDT/BRİNKMANN, ZPO §767 Rn.88.

⁷¹ ZÖLLER/HERGET, ZPO §767, Rn.22; KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO §767, Rn.57; BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.45.32; MüKoZPO/SCHMİDT/BRİNKMANN, ZPO §767 Rn.88; ROSENBERG/GAUL/SCHİLKEN/BECKER-EBERHARD, §40, Rn.112; WİECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO §767, Rn.102; JAUERNİG/BERGER/KERN, §12, Rn.18; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, §767, Rn.45; STEIN/JONAS/MÜNZBERG, ZPO §767, Rn.52; PRÜTTING/GEHRLEİN/SCHEUCH, ZPO §767, Rn.49.

⁷² WİECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO § 767, Rn.111; ZÖLLER/HERGET, ZPO § 767, Rn.22; PRÜTTING/GEHRLEİN/SCHEUCH, ZPO §769, Rn.51; MüKoZPO/SCHMİDT/BRİNKMANN, ZPO §767 Rn.93; KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO §767, Rn.24.

⁷³ MUSİELAK/VOİT/LACKMANN, ZPO §769, Rn.41; ZÖLLER/HERGET, ZPO §767, Rn.22.

⁷⁴ BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.45.32; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO §767, Rn.11; MüKoZPO/SCHMİDT/BRİNKMANN, ZPO §767 Rn.90.

⁷⁵ ROSENBERG/GAUL/SCHİLKEN/BECKER-EBERHARD, §40, Rn.114.

⁷⁶ BGHZ 61.25 26f.; BGH NJW-RR 1987; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE, ZPO §767, Rn.43.

⁷⁷ BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.45.32.; BGHZ 61, 25, 26; BGH WM 1986, 1032, 1033.

⁷⁸ JAUERNİG/BERGER/KERN, §12, Rn.18; MüKoZPO/SCHMİDT/BRİNKMANN, ZPO §767 Rn.87; ROSENBERG/GAUL/SCHİLKEN/BECKER-EBERHARD, §40, Rn.116; BeckOK ZPO/PREÜB, ZPO §767 Rn.50.1.

⁷⁹ KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO §767, Rn.59.

İcraya karşı davanın kabulü halinde, dava dilekçesindeki talebe uygun olarak belirli bir belgenin tamamen, kısmen veya belirli bir süre için icra edilemez olduğuna karar verilir⁸⁰. Diğer bir ifade ile kabul kararı ile söz konusu belgenin icra edilebilirliği ortadan kaldırılır. Davanın kabulüne ilişkin kararın kesinleşmesine gerek olmadan karar hakkında ZPO § 708 uyarınca geçici icra edilebilirlik kararı verilebilir ve böylece kabul kararı ile ZPO § 775/I uyarınca icranın durdurulması sağlanabilir⁸¹.

İcraya karşı davanın kabulüne ilişkin karar maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder. Bununla birlikte ilamda yer alan alacağa yönelik yapılan tespitler veya icraya karşı dava ile ileri sürülen itirazlar, kesin hükmün kapsamında değildir⁸². Kesin hükmün kapsamı, belgenin icra edilemez olduğu ile sınırlıdır. Davada ileri sürülen itirazlar hakkında da kesin hüküm alınmak isteniyorsa bu konuda ara tespit davası (ZPO § 256/II) açılabilir⁸³.

İcraya karşı davanın reddedilmesi halinde, davacı tarafından ileri sürülen itirazlara rağmen belgenin icra edilebilir olduğu teyit edilmiş olur. Bununla birlikte ret kararı sonucu, itirazlar hakkında yapılan tespitler ve belgedeki alacağın varlığı kesin hüküm haline gelmez. Ancak aynı nedenlere dayalı olarak tekrar icraya karşı dava veya tazminat davası açılmaz⁸⁴.

IV. İCRAYA KARŞI DAVADA TAKİBE YÖNELİK TEDBİRLER

A. Genel Olarak

İcra edilebilir bir belgeye karşı ZPO §767 uyarınca icraya karşı dava açılmasının, belgenin cebri icrası üzerinde doğrudan bir etkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla icraya karşı dava açıldıktan sonra söz konusu belgeye dayalı olarak icra takibi başlatılması veya başlatılan takibe devam edilmesi mümkündür⁸⁵. Bu ise daha sonradan icra edilemez olduğuna karar verilebilecek bir belgeye dayalı olarak borçlu aleyhine cebri icranın uygulanması tehlikesini beraberinde getirmektedir⁸⁶.

ZPO §769'da, ZPO §767 ile borçluya sağlanan hukuki korumanın sonucunun güvence altına alınması amacıyla icra takibine yönelik çeşitli tedbirlere karar verilebileceği düzenlenmiştir⁸⁷. Düzenlemeye göre (§769/I-II),

“davaya bakan mahkeme talep üzerine, ZPO § 767 ve § 768. maddelerde belirtilen itirazlar hakkında karar verilinceye kadar, teminat karşılığında veya teminatsız olarak cebri icranın durdurulmasına veya sadece teminat karşılığında icraya devam edilmesine ya da teminat karşılığında belirli icra tedbirlerinin durdurulmasına karar verebilir⁸⁸. Borçlunun teminat gösteremeyecek olması halinde, açtığı davanın makul bir başarı olasılığı bulunmakta ise icra takibinin durdurulması için teminat aranmaz. Borçlu bu halde başvurusunu dayandırdığı gerekçeleri ispatlamalıdır. Acil durumlarda icra mahkemesi de davaya bakan mahkemenin bu konuda kararı için belirli bir süre belirleyerek, anılan tedbirlere karar verebilir. Süre içinde davaya bakan mahkemeden karar alınmaması halinde, cebri icraya devam olunur.”

ZPO § 769'da düzenlenen tedbirler nitelikleri itibariyle geçici hukuki koruma kararlarıdır. Bununla birlikte söz konusu tedbirler ZPO § 935 vd. düzenlenen genel ihtiyati tedbire nazaran özel düzenleme niteliğindedir ve genel ihtiyati tedbire ilişkin hükümler, § 769'daki tedbirler hakkında uygulanmaz⁸⁹.

B. Tedbir Kararı için Şartlar

ZPO §769/I uyarınca tedbir kararı verilmesi için maddede birtakım şartlar aranmıştır. Bu şartlardan ilki talep gerekliliğidir. Buna göre ZPO § 769/I uyarınca tedbir kararı verilmesi için davacının bu yönde bir talepte bulunması gerekir⁹⁰. Borçlunun ZPO § 769 uyarınca icra takibine yönelik tedbir talep edebilmesi için icraya karşı davayı açmış olması gerektiği ifade edilmektedir⁹¹. Bununla birlikte esas davanın henüz açılmadığı aşamada ZPO §769/II uyarınca icra mahkemesinden geçici süreli tedbir kararı talep edilebileceği de ifade edilmektedir⁹².

Maddede tedbir kararı verilebilmesi için aranan ikinci şart, tedbir karşılığında teminat gösterilmesi şartıdır. İcra takibinin durdurulmasına veya belirli bir icra tedbirinin durdurulmasına yönelik tedbir kararı

⁸⁰ BLOMEYER, s.135-136; KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO §767, Rn.60; WİECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO §767, Rn.92; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO §767, Rn.41; ZÖLLER/HERGET, ZPO §767, Rn.21.

⁸¹ KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO §767, Rn.62; ZÖLLER/HERGET, ZPO §767, Rn.21.

⁸² KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO §767, Rn.64; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, §767, Rn.42; ZÖLLER/HERGET, ZPO §767, Rn.5.

⁸³ WİECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO §767, Rn.96.

⁸⁴ SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, §767, Rn.43; ZÖLLER/HERGET, ZPO §767, Rn.5.

⁸⁵ KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO §769, Rn.1; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, §769, Rn.1; BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.45.34.

⁸⁶ WİECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO §769, Rn.1.

⁸⁷ SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, §769, Rn.1.

⁸⁸ ZPO § 769'daki tedbir kararlarının bazı hallerde ilama karşı açılan menfi tespit davalarında uygulanabileceği kimi yazarlarca dile getirilmektedir (MUSİELAK/VOİT/LACKMANN, ZPO §769, Rn.1a; ZÖLLER/HERGET, ZPO §769, Rn.1). Ancak öğretilde genel kabul, maddedeki tedbir kararlarının § 767 ve § 768'da münhasır olduğu yönündedir (WİECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO §769, Rn.5).

⁸⁹ WİECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO §769, Rn.6;

⁹⁰ KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO §769, Rn.12; WİECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO §769, Rn.19.

⁹¹ KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO §769, Rn.15; WİECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO §769, Rn.10; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, §769, Rn.2; BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.45.34.

⁹² WİECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO §769, Rn.10.

verilebilmesi için kural olarak borçlunun teminat göstermesi gerekir. Yine icra takibinin devamı, alacaklı tarafından teminat gösterilmesi şartına da tâbi tutulabilir. Bu nedenle madde uyarınca tedbir kararı verilebilmesi için (alacaklı veya borçlu tarafından) teminat gösterilmesi gerekir.

İcra takibinin durdurulmasına yönelik tedbir kararları bakımından teminat şartı açısından maddede borçlu lehine bir düzenleme söz konusudur. Buna göre borçlu, teminat gösteremeyecek durumda olduğunu ve açtığı davanın başarı ihtimalinin bulunduğunu yaklaşık olarak ispat etmesi halinde teminat alınmasından vazgeçilebilmektedir⁹³. Buna ek olarak öğretide ana davanın açıkça haklı gerekçelere dayanması halinde, hâkimin takdir yetkisine dayanarak teminatsız bir şekilde takibin durdurulmasına karar verebileceği belirtilmektedir⁹⁴.

Tedbir kararları için gösterilecek teminatların kapsamı tedbirin türüne göre değişiklik gösterebilecektir. Buna göre icra takibinin durdurulmasına karar verilmişse, teminat tedbir kararı sonucu alacaklının uğrayacağı muhtemel zararlar (faiz, masraflar, daha sonradan icra edilememe riski vb.) göz önüne alınarak belirlenmektedir. İcranın devam ettirilmesi için alacaklının teminat göstermesine hükmedilmişse, teminatın miktarı icra takibi sonucunda borçlunun uğrayacağı muhtemel zararlara göre belirlenmektedir⁹⁵.

ZPO § 769'da açıkça ifade edilen bu iki şart haricinde borçlunun bu tedbire yönelik hukuki yararının ve borçlunun açtığı davanın başarı ihtimalinin bulunması gerekir⁹⁶. Ancak tedbir kararı verilirken göz önünde bulundurulmuş esas davanın başarı şansına yönelik kriterin ne olması gerektiği çok açık değildir⁹⁷. Ancak bu noktada hâkimin takdir yetkisi söz konusudur. Yine borçlunun tedbire yönelik menfaatinin alacaklının icra takibinin devamına yönelik menfaatinin ağır olması gerekir⁹⁸.

C. Tedbir Kararı İçin Yargılama

ZPO §769 uyarınca verilecek tedbir kararlarında görevli ve yetkili mahkeme, talep anında icraya karşı davanın görüldüğü mahkemedir. Bu mahkeme ilk derece mahkemesi olabileceği gibi istinaf veya temyiz mahkemesi de olabilir⁹⁹. Ayrıca borçlu aciliyet arz eden durumlarda icra mahkemesinden de tedbir kararı talep edebilir.

Tedbir kararı verilmeden önce kural olarak alacaklının dinlenmesi gerekir. Ancak aciliyet nedeniyle önceden bir duruşma yapılmaksızın derhal bir karar alınması gerekiyorsa, alacaklı dinlenmeden de karar alınabilir¹⁰⁰.

Tedbir kararı, mahkeme tarafından aksi belirtilmediği sürece, esas hakkında karar verinceye kadar geçerlidir. Esas hakkında karar verildiğinde ise tedbir kararı kendiliğinden kalkar. Ancak esas hakkındaki karardan sonra da tedbirin devam etmesi isteniyorsa, talep üzerine veya re'sen ZPO §770 uyarınca yeniden tedbir kararı verilebilir¹⁰¹. Nihai kararla beraber verilecek tedbir kararı yalnızca davanın kabulü halinde değil istisnai hallerde borçlunun korunmasını gerektiriyorsa, hükmün kesinleşmesine kadar geçen süre için davanın reddine ilişkin bir karar halinde de verilebilecektir¹⁰². Bunun haricinde mahkeme talep üzerine, değişen koşullar veya yeni vakıalar nedeniyle herhangi bir zamanda tedbir kararını kaldırabilir veya değiştirebilir¹⁰³.

Mahkemenin tedbir talepleri hakkında verdiği kararlara karşı bir başvuru yolunun bulunup bulunmadığı belirsizdir¹⁰⁴. Ancak bu konuda hâkim görüş ve Federal Mahkeme uygulaması hem tedbir kararları hem de tedbir taleplerinin reddine ilişkin kararlara karşı bir başvuru yolu bulunmadığıdır¹⁰⁵. Bununla birlikte ikinci fıkra uyarınca icra mahkemesi tarafından verilen tedbir kararlarına karşı RPflG § 11/II (Yardımcı Adalet Memuru Kanunu) uyarınca itiraz yoluna gidilebilmektedir¹⁰⁶.

Mahkemece verilen tedbir kararlarının daha sonradan haksız oluşunun ortaya çıkması halinde, bundan doğan zararların tazmini konusunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Böyle bir durumda geçici icra edilebilirlik kararı verilen bir kararın daha sonradan iptal edilmesi halinde, bu nedenle uğranılan zararların tazminini düzenleyen ZPO § 717/II hükmünün veya genel ihtiyati tedbirlerden kaynaklanan

⁹³ KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO §769, Rn.22; WİEZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO §769, Rn.28.

⁹⁴ KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO §769, Rn.22.

⁹⁵ KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO §769, Rn.25; WİEZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO §769, Rn.29; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, §769, Rn.10.

⁹⁶ KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO §769, Rn.19 vd.; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, §769, Rn.8.

⁹⁷ Kimi yazarlara göre tedbir kararı verilebilmesi için ana davanın başarı ihtimaline sahip olması yeterlidir. Buna karşılık tedbir kararı için esas davanın ağırlıklı olarak haklılığının aranması gerektiği ifade edilmektedir. Bu konuda bkz. KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO §769, Rn.19.

⁹⁸ WİEZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO §769, Rn.20; ZÖLLER/HERGET, ZPO §769, Rn.6.

⁹⁹ WİEZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO §769, Rn.9; KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO §769, Rn.13; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO §769, Rn.3.

¹⁰⁰ KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO §769, Rn.28-29; WİEZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO §769, Rn.23; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO §769, Rn.5.

¹⁰¹ KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO §769, Rn.31-32; WİEZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO §769, Rn.30; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO §769, Rn.11.

¹⁰² KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO §770, Rn.2.

¹⁰³ KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO §769, Rn.33; WİEZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO §769, Rn.31; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO §769, Rn.11.

¹⁰⁴ Bu konuda bkz. WİEZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO §769, Rn.32 vd.

¹⁰⁵ BGH NJW 2004, 2224 (2225); NJW-RR 2005, 1009 (1010); NJW-RR 2006, 286.

¹⁰⁶ BAUR/STÜRNER/BRUNS, Rn.45.34; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, §769, Rn.15.

zararların tazminini düzenleyen ZPO § 945 hükmünün doğrudan uygulanabilir olmadığı ifade edilmektedir¹⁰⁷. Böyle bir durumda hâkim görüğe göre yalnızca kusur sorumluluğuna dayalı talepler söz konusu olur¹⁰⁸.

D. Verilebilecek Tedbir Kararları

İcraya karşı davada mahkemenin hükmedebileceği tedbir türleri ZPO § 769'da belirtilmiştir. Buna göre mahkeme teminat karşılığında veya şartları varsa teminatsız olarak icra takibinin durdurulmasına veya alacaklının teminat gösterilmesi şartıyla takibe devam edebileceğine ya da teminat karşılığında belirli bir icra tedbirinin durdurulmasına (örneğin belirli bir mal üzerindeki haczin kaldırılmasına) karar verebilir.

Bununla birlikte öğretide hükmedilebilecek tedbir türlerinin maddede sayılanlar ile sınırlı olmadığı, hâkime bu konuda takdir yetkisi verildiği ifade edilmektedir¹⁰⁹. Buna göre örneğin, haczedilen belirli bir malın korunmasında borçlunun özel bir menfaati yoksa veya taraflar malın satılması konusunda anlaşılırsa, mahkeme haczedilen malın satılmasından sonra elde edilen bedel üzerine tedbir konulmasına karar verebilir¹¹⁰.

Bu açıdan mahkeme tarafların menfaatlerini dengeleyecek tedbir türleri arasında en uygun seçimi yapmalıdır. Mahkemenin icranın durdurulması halinde alacaklının, icraya devam edilmesi halinde borçlunun karşılaşacağı olumsuzlukları dikkate alması gerekir¹¹¹. Mahkeme hangi tedbiri seçeceğine karar verirken, tarafların karşılaşacağı olumsuzlukları tartmalı ve mümkünse, borçlunun korunma ihtiyacını göz önünde bulundurarak alacaklı için en az tehlike arz eden kararı vermelidir¹¹².

E. İcra Mahkemesi Tarafından Tedbir Kararı Verilmesi

ZPO § 769/II'de istisnai olarak icra mahkemesinin de madde uyarınca icra takibine yönelik tedbir kararı verebileceği düzenlenmiştir. Buna göre aciliyet arz eden durumlarda icra mahkemesi, belirli bir süre geçerli olmak üzere geçici ihtiyati tedbir kararı verebilir. İcra mahkemesinin bu düzenleme uyarınca vereceği tedbirlere sadece acil durumlarda diğer bir ifade ile esas davaya bakan mahkemece zamanında tedbir kararı verilemeyeceği durumlarda başvurulabilir¹¹³.

İcra mahkemesi tarafından verilecek tedbir kararları, davaya bakan mahkeme tarafından verilecek tedbir kararları ile aynıdır. Ancak bu tedbir kararları, davaya bakan mahkemece verilecek tedbir kararlarının aksine kısa süreli tedbir kararlarıdır. Düzenlemeye göre icra mahkemesi tedbir kararında tedbirin geçerli olacağı süreyi belirler ve bu süre sona ermeden davaya bakan mahkemeden aynı yönde tedbir kararı alınmamışsa, tedbir sürenin sonunda kalkar¹¹⁴.

V. İCRAYA KARŞI DAVANIN MENFİ TESPİT DAVASI İLE İLİŞKİSİ (ZPO § 256)

Alacaklının elindeki icra edilebilir belgeye karşı ZPO § 767'da düzenlenen dava ile ileri sürülen itirazların ayrıca ZPO § 256'ya tâbi bir menfi tespit davası ile ileri sürülüp sürülemeyeceği açıklığa kavuşturulmalıdır. Öncelikle borçlunun alacaklının elindeki belgeye karşı bazı itirazlarını icraya karşı dava ile ileri sürmesinin mümkün olmadığı belirtilmelidir. Örneğin, ilamın içeriği konusunda tereddüt bulunmakta ve alacaklının hangi edimi talep edebileceği tartışmalı ise borçlunun kendisinin yükümlü olmadığını düşündüğü bir edime yönelik olarak menfi tespit davası açması mümkündür¹¹⁵.

İcraya karşı davada alacağın varlığına ilişkin veya borçlu tarafından ileri sürülen itirazlara yönelik bir tespit yapılmadığından ve bu hususlar kesin hükmün kapsamında olmadığından, borçlunun alacağın bulunmadığına ilişkin bir tespit kararına yönelik menfaati bulunabilir¹¹⁶. Bu durumda borçlunun kesin hükmün sınırlamalarına tâbi kalmak ve ZPO § 767/II'deki sınırlamaya uygun olmak şartı ile icraya karşı davada dayandığı itirazlara dayalı olarak icra edilebilir belgedeki alacağın bulunmadığının tespitini talep etmesi mümkündür¹¹⁷. Borçlu bu yöndeki talebini ayrı bir menfi tespit davası ile ileri sürebileceği gibi icraya karşı dava ile birlikte de ileri sürebilir¹¹⁸. Bununla birlikte öğretide borçlunun bu yöndeki talebinin kabul edilebilmesi için tespit kararına yönelik ZPO § 767'deki korumayı aşan bir menfaatinin bulunduğunu ispat

¹⁰⁷ WIECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEIMER, ZPO §769, Rn.37.

¹⁰⁸ BGH NJW 1985, 1959 ff.; STEIN/JONAS/MÜNZBERG, ZPO §769, Rn.21; MüKoZPO/SCHMIDT/BRINKMANN, ZPO §769, Rn.39; WIECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEIMER, ZPO §769, Rn.37.

¹⁰⁹ SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO §769, Rn.9; KINDL/MELLER-HANNICH/SCHNEIDERS, ZPO §769, Rn.24; WIECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEIMER, ZPO §769, Rn.26; MüKoZPO/SCHMIDT/BRINKMANN, ZPO §769, Rn.24; BeckOK ZPO/PREUB, ZPO §769, Rn.11.

¹¹⁰ STEIN/JONAS/MÜNZBERG, ZPO §769 Rn.14; ZÖLLER/HERGET, ZPO §769, Rn.7.

¹¹¹ WIECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEIMER, ZPO §769, Rn.27; MüKoZPO/SCHMIDT/BRINKMANN, ZPO §769, Rn.17; BeckOK ZPO/PREUB, ZPO §769, Rn.7.

¹¹² SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO §769, Rn.9.

¹¹³ KINDL/MELLER-HANNICH/SCHNEIDERS, ZPO §769, Rn.42; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO §769, Rn.12; Tedbir kararına yönelik acileyetin değerlendirilmesinde borçlu başvurmada gerekli özeni gösterip göstermediği de dikkate alınır (WIECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEIMER, ZPO §769, Rn.14).

¹¹⁴ KINDL/MELLER-HANNICH/SCHNEIDERS, ZPO §769, Rn.43; WIECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEIMER, ZPO §769, Rn.16; SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO §769, Rn.12; STEIN/JONAS/MÜNZBERG, ZPO §769, Rn.2,16; PRÜTTING/GEHRLEIN/SCHUECH, ZPO §769, Rn.17.

¹¹⁵ SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO §767, Rn.7; MüKoZPO/SCHMIDT/BRINKMANN, ZPO §767, Rn.18; KINDL/MELLER-HANNICH/SCHNEIDERS, ZPO §767, Rn.23; BeckOK ZPO/PREUB, ZPO §767 Rn.68.

¹¹⁶ MUSIELAK/VOIT/LACKMANN, ZPO §767 Rn.9.

¹¹⁷ SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO §767, Rn.7; MUSIELAK/VOIT/LACKMANN, ZPO §767 Rn.9.

¹¹⁸ MüKoZPO/SCHMIDT/BRINKMANN, ZPO §767, Rn.18; HK-ZPO, KINDL, ZPO §767 Rn.8; ZÖLLER/HERGET, ZPO §767 Rn.2; JAUERNIG/BERGER/KERN, §12, Rn.26.

etmesi gerektiği ifade edilmektedir. Dolayısıyla borçluya karşı icra takibinin varlığı veya icra tehdidinin bulunması tek başına menfi tespit davası açılması için gerekli hukuki yarar sağlamayacaktır¹¹⁹. Federal Mahkemeye göre de borçlunun menfi tespit davasına yönelik menfaatini alacaklının ilamı icra etmek istemesiyle gerekçelendirmesi halinde tespit davasına yönelik menfaati bulunmamaktadır¹²⁰. Alacaklının başlatabileceği icra takibine karşı başvurulacak yol, ilke olarak icraya karşı davadır ve yalnızca bu davada alınacak karar ile icra takibinin durması sağlanabilir. Zira menfi tespit davası sonucunda alınan tespit kararı, ZPO § 775/I uyarınca icra takibinin durdurulması için yeterli bir karar değildir¹²¹. Öğretide bu konuda ayrıca borçlunun menfi tespit davasına yönelik menfaatinin tespit davası–eda davası arasındaki ilişki gibi değerlendirilmesi gerektiği ve tespit hükümlerinin, icraya karşı davada alınacak kararın etkisine göre daha geride kaldığı ifade edilmektedir. Bu nedenle menfi tespit davasına ilişkin menfaatin sadece özel durumlarda teyit edilmesi gerekir¹²².

VI. İCRAYA KARŞI DAVA İLE TÜRK HUKUKUNDAKİ DÜZENLEMELERİN KISACA DEĞERLENDİRİLMESİ

Alman hukukunda icraya karşı dava, genel itibarıyla hukukumuzdaki icra takiplerindeki menfi tespit davası ile benzerlik göstermektedir. Ancak Alman cüzi icra sistemi genel itibarıyla ilamlı icra üzerine kurulduğundan ve davanın yöneldiği husus belgenin icra edilebilirliği olduğundan bu davanın Türk hukuku bakımından tam karşılığının olduğunu söylemek mümkün değildir. Bununla birlikte bu davanın icra takiplerindeki menfi tespit davası ile benzer bir işlevi yerine getirdiği de söylenebilir. Zira her iki dava da alacağın esasına ilişkin maddi hukuka dayalı itirazlar ileri sürülerek açılmaktadır. Bunun haricinde her iki davada da icra takibine yönelik tedbir kararları verilebilmekte ve davalarda alınan kararlar ile icra takibi durdurulabilmekte veya iptal edilebilmektedir.

Hukukumuzda ilamlı icrada borçlunun menfi tespit davası açabileceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte İİK m.33/IV'te borçlu olmadığı bir parayı ödemek zorunda kalan borçlunun İİK m.72 uyarınca istirdat davası açabileceği düzenlenmiştir. Öğretide söz konusu düzenlemede menfi tespit davasının zikredilmemesinin bir unutmaya olduğu, borçlunun bu borcu ödemediği önce de İİK m.72 uyarınca menfi tespit davası açabileceği ifade edilmektedir¹²³. Yargıtay görüşü de esasen bu yöndedir. Örneğin, 11. HD. bir kararında İİK m.41'de yapılan genel yollamanın İİK m.72'yi kapsadığını, menfi tespit davasının istirdat davasının öncüsü olduğunu ve bu nedenle borçlunun takip borcunu ödemediği önce bu davayı açmasında hukuki yararının bulunduğunu ifade etmiştir. Mahkeme kararın devamında menfi tespit davasının ilamın verilmesinden sonra ortaya çıkan itfa sebeplerine dayandırılabilirliğini aksi takdirde bu durumun kesin hükmün varlığı ile bağdaşmayacağını da belirtmiştir¹²⁴. 12. HD. ilam niteliğinde bir belgeye dayalı olarak başlatılan ilamlı icra takibinde, ilam niteliğinde belgenin kesin hüküm gücünü haiz olmadığından bahisle bu belge tarihinden önceki itfa ve zamaşımı iddialarına dayalı menfi tespit davasının açılabilirliğine karar vermiştir¹²⁵. Görüleceği üzere hukukumuzda ilamlı icrada menfi tespit davası açılabilirliği konusunda tereddüt bulunmamakta ve bu konuda niteliğine uygun düştüğü oranda İİK m.72 hükmünün uygulanacağı ifade edilmektedir.

Alman hukukunda icraya karşı dava için ZPO § 767/II'de öngörülen kesin hüküm gücünü haiz belgeler bakımından alacağın doğumuna yönelik sınırlamanın, hukukumuzda da açık bir düzenleme olmasa da kesin hüküm müessesesi nedeniyle geçerli olduğu görülmektedir. Ayrıca ZPO § 767/II'deki sınırlamanın kesin hüküm gücüne sahip olmayan diğer ilam niteliğindeki belgeler bakımından uygulanmaması konusunda da her iki dava bakımından benzerlik bulunmaktadır. Bununla birlikte her iki davanın hukuki nitelikleri ve nihai amaçları farklıdır. İcra karşı davanın nihai amacı, belgenin icra edilemez olduğuna ilişkin bir karar almak iken menfi tespit davasının nihai amacı, borcun bulunmadığını tespit etmektir. Menfi tespit davasında takibe yönelik tedbir kararı alınabilmesi veya dava sonucunda takibin iptalinin sağlanabilmesi, bu davanın esas amacı değil, davanın açılmasının ve karara bağlanmasının icra takibi üzerindeki sonuçlarıdır.

Her iki davanın icra takibine etkisi konusunda ise her iki davanın açılmasının icra takibi üzerinde doğrudan bir etkisi bulunmamakta ancak her iki davada da takibe yönelik tedbir kararları verilebilmektedir. Bununla birlikte icraya karşı dava ile menfi tespit davasında takibe yönelik verilecek tedbir kararlarının içerikleri farklılaşabilmektedir.

Hukukumuzda menfi tespit davalarında, davanın icra takibinden önce veya sonra açılmasına göre iki farklı tedbir kararı verilebilmektedir. Buna göre icra takibinden önce açılan menfi tespit davalarında teminat karşılığı icra takibinin durdurulmasına karar verilmesi mümkün iken icra takibinden sonra açılan menfi tespit

¹¹⁹ MüKoZPO/SCHMİDT/BRINKMANN, ZPO §767, Rn.18; BLOMEYER, s.138. Menfi tespit davasının icrayı durdurmak için kullanılamayacağı hakkında bkz. JAUERNIG/BERGER/KERN, §12, Rn.26.

¹²⁰ BGH NJW 2009, 1671, 1672.

¹²¹ SCHUSCHKE/WALKER/KESSEN/THOLE/RAEBEL, ZPO §767, Rn.7; KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO §767, Rn.23. Bu nedenle öğretide kimi yazarlarca borçlunun icra edilebilir bir belgeye karşı menfi tespit davasını tek başına açması halinde, hukuki yararının eksik olabileceği ancak bunu icraya karşı dava ile talep etmesi halinde bu eksikliğin tamamlanabileceği ifade edilmektedir (WİECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO § 767, Rn.28; KİNDL/MELLER-HANNİCH/SCHNEİDERS, ZPO §767, Rn.23).

¹²² WİECZOREK/SCHÜTZE/SPOHNHEİMER, ZPO §767, Rn.28.

¹²³ KURU, Baki, İcra ve İflas Hukuk El Kitabı, Adalet, Ankara 2013, s.955; TÜRK, Ahmet, Maddi Hukuk ve İcra-İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası, Yetkin, Ankara 2006, s.174.

¹²⁴ Yargıtay 11. HD., 21.02.2005, E.2004/5023, K.2005/1472; İstanbul BAM, 31. HD., 25.4.2017, E.2017/1085, K.2017/557. www.lexpera.com (Erişim: 12.12.2022). TÜRK, s.174-175; KURU, s.956.

¹²⁵ Yargıtay, 12. HD., 17.3.2009, E.2008/24059, K.2009/5604. www.lexpera.com (Erişim: 12.12.2022). TÜRK, s.176.

davalarında sadece icra veznesine giren paranın alacaklıya ödenmemesi konusunda tedbir kararı verilebilmektedir. Menfi tespit davasında takibe yönelik verilecek tedbir kararları sadece bu sayılanlarla sınırlı olup, hâkimin bunlar haricinde tedbir kararı vermesi mümkün değildir. Buna karşılık Alman hukukunda icraya karşı davada takibe yönelik tedbir kararı verilebilmesi konusunda hâkime geniş bir takdir yetkisi verilerek, hâkime tarafların menfaatlerine en uygun tedbir türünü seçme imkânı tanınmıştır. Kanaatimizce hâkimin tedbir türü seçimi konusunda takdir hakkına sahip olması veya verilecek tedbir kararlarının içeriklerinin sınırlı olmaması yönünde bir düzenleme, ülkemiz hukuku açısından da faydalı olabilecektir. Özellikle icra takibinden sonra açılan menfi tespit davalarında, davanın başarı ihtimalinin büyük olasılıkla muhtemel olması halinde dahi, İİK m.72/III hükmü nedeniyle durdurulamaması, tarafların menfaatlerinin dengelenmesi noktasında yetersiz kalmaktadır.

Her iki davada verilecek tedbir kararları arasındaki bir diğer farklılık, tedbir kararı için teminat alınmasından vazgeçilebilmesi konusundadır. Alman hukukunda borçlunun teminat gösteremeyecek durumda olması halinde açtığı davanın başarı ihtimali varsa, teminat alınmasından vazgeçilebileceği açık bir şekilde düzenlenmiş iken İİK’da bu konuda açık bir düzenleme bulunmamakta¹²⁶, öğretide ve uygulamada İİK m.72 kapsamında teminatsız tedbir kararı verilemeyeceği ifade edilmektedir¹²⁷.

Her iki davada verilecek tedbir kararları arasındaki bir diğer farklılık da tedbir kararlarına karşı başvuru yolları konusundadır. Alman öğretisi ve uygulamasında ZPO § 769 kapsamında verilen tedbir kararlarına karşı başvuru yolu bulunmadığı ancak hâkimin değişen koşullara göre tedbir konusundaki kararını her zaman değiştirebileceği ifade edilmektedir. Hukukumuzda ise mahkemenin verdiği tedbir kararlarına karşı istinaf yoluna gidilebileceği konusunda uygulama ve öğretide tereddüt yok iken¹²⁸, değişen koşullar nedeniyle hâkimin İİK m.72 çerçevesinde verdiği tedbir kararını değiştirip değiştiremeyeceği belirsizdir¹²⁹.

Son olarak hukukumuzda menfi tespit davasında takibi yönelik tedbir kararları nedeniyle uğranılan zararların tazmini konusunda da açık bir düzenleme (İİK m.72/4) bulunmakta iken, Alman hukukunda icraya karşı davada verilen tedbir kararları nedeniyle uğranılan zararların tazmini konusunda düzenleme bulunmamaktadır.

VII. SONUÇ

Cebri icranın şekilselliği ilkesi sonucu icra organlarının, icra edilebilir belgede yer alan talep hakkının daha sonradan borçlu lehine değişip değişmediğini kontrol etmeleri gerekmemektedir. İcra takiplerinde alacak hakkına ilişkin bu tür değişimlerin dikkate alınabilmesi için bunların borçlu tarafından ileri sürülmesi gerekir. Borçlunun bu halde başvurabileceği yollardan biri ZPO § 767’de düzenlenen icraya karşı davadır.

İcraya karşı davanın konusu, icra edilebilir belgenin maddi hukuka dayanan itirazlar nedeni ile icra edilebilirlik özelliğinin tamamen, kısmen veya geçici olarak ortadan kaldırılmasıdır. Buna karşılık bu davanın konusu ve amacı, takibe konu icra edilebilir belgenin iptal edilmesi veya bu belgede gösterilen alacağın mevcut olmadığının veya artık mevcut olmadığının tespit edilmesi ya da davaya dayanak olan itirazların varlığının tespit edilmesi değildir. Dava bu yönü ile menfi tespit davasından ayrılmaktadır.

İcraya karşı dava hukuki nitelik itibarıyla, inşai karakterli bir davadır. Bu davanın inşai dava karakterli olması, takibe konu belgenin hukuki durumunda bir değişiklik meydana getirmesinden kaynaklanmaktadır.

Borçlu icra edilebilir belgede gösterilen alacağa yönelik maddi hukuk anlamında itiraz ve def’ilere dayanarak icraya karşı davayı açabilir. Bununla birlikte ZPO § 767/II ve III’de bu davada ileri sürülebilecek itirazlar bakımından birtakım sınırlamalar getirilmiştir. Buna göre kesin hüküm gücünü haiz icra edilebilir belgelere karşı açılacak davalarda, davanın dayanağı olan itirazın kararın verildiği yargılamanın son duruşmasından sonra ortaya çıkmış olması gerekir. ZPO § 767/III’te de icra takibinin birden fazla icraya karşı dava açılması suretiyle sürüncemede bırakılmasının önüne geçilmesi amacıyla itirazların ileri sürülmesine ilişkin bir sınırlama getirilmiştir. Buna göre borçlu davayı açtığı sırada ileri sürebileceği tüm itirazları ileri sürmek zorundadır. Aksi takdirde söz konusu itirazların ayrı bir icraya karşı dava ile ileri sürülmesi mümkün değildir.

İcraya karşı davanın kabulü halinde, dava dilekçesindeki talebe uygun olarak icra edilebilir belgenin tamamen, kısmen veya belirli bir süre için icra edilemez olduğuna karar verilir. İcraya karşı davanın kabulüne ilişkin karar maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder. Bununla birlikte ilamda yer alan alacağa yönelik yapılan tespitler veya icraya karşı dava ile ileri sürülen itirazlar, kesin hükmün kapsamında değildir.

¹²⁶ Maddeye ilişkin Adalet Komisyonu gerekçesine göre “maddede sadece teminatın asgari haddi hakkında bir kayıt konulmuştur. Bunun dışında teminatın nev’i, kimlerin teminattan muaf oldukları gibi hususlarda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun teminat hakkındaki genel hükümleri uygulanacaktır.”

¹²⁷ İstanbul BAM, 13. HD., 25.11.2021, E.2021/2096, K.2021/1684. www.lexpera.com (Erişim: 12.12.2022). OKUR, Mustafa, Adli Teminat, Yetkin, Ankara 2011, s.402.

¹²⁸ Sakarya BAM, 7. HD., 18.11.2021, E.2021/1578, K.2021/1957; Ankara BAM, 22. HD., 3.7.2017, E.2017/1105, K.2017/929; Ankara BAM, 21. HD., 28.4.2021, E.2021/670, K.2021/648; İstanbul BAM, 12. HD., 20.4.2020, E.2020/377, K.2020/438. www.lexpera.com (Erişim: 12.12.2022)

¹²⁹ Kanaatimizce İİK m.72 kapsamında verilen tedbirler hakkında HMK m.396 hükmünün kıyasen uygulanması mümkün olmalıdır. Esasen İİK m.72’de bu yönde bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte bu yönde bir uygulamayı engelleyecek bir düzenleme de mevcut değildir.

İcraya karşı dava açıldıktan sonra davaya konu belgeye dayalı olarak icra takibi başlatılması veya başlatılan takibe devam edilmesi mümkündür. Bununla birlikte davaya bakan mahkemece talep üzerine takibe yönelik ZPO §769'de sayılan tedbir kararları verilmesi mümkündür. Buna göre davaya bakan mahkeme veya acil durumlarda icra mahkemesi tarafından teminatlı veya teminatsız olarak icra takibinin durdurulmasına, icra takibinin devamını için alacaklının teminat yatırmasına veya belirli bir icra takip işleminin durdurulmasına yönelik tedbir kararı verebilir. Ayrıca maddede sayılan tedbir türleri sınırlı sayıda değildir. Davaya bakan mahkeme, takipte tarafların menfaatlerine uygun olan başkaca tedbirlere de karar verebilir.

Alman hukukunda icraya karşı davanın genel olarak Türk icra hukukundaki menfi tespit davası (İİK m.72) ile benzer bir işlevi yerine getirdiği söylenebilir. Zira her iki dava da alacağın esasına ilişkin maddi hukuka dayalı itirazların ileri sürülmesi suretiyle açılmaktadır. Ayrıca her iki davada da icra takibine yönelik tedbir kararı verilebilmekte ve davalarda verilen kararlar ile icra takibi durdurulabilmekte veya iptal edilebilmektedir. Ancak icraya karşı dava ile menfi tespit davasında verilecek tedbir kararlarının içerikleri farklılık gösterebilmektedir. Türk hukukunda menfi tespit davasının açılma zamanına göre sadece teminat karşılığında takibin durdurulmasına veya icra veznesindeki paranın alacaklıya ödenmemesine karar verilebilmektedir (İİK m.72/II-III). Buna karşılık icraya karşı davada hâkime bu konuda geniş bir takdir yetkisi verilerek, taraflar arasındaki menfaat dengesine uygun tedbir kararı verebilme imkânı tanınmıştır. Bu benzerliklere rağmen her iki davanın konusu ve nihai amacı farklıdır. İcraya karşı davanın nihai amacı, belgenin icra edilemez olduğuna ilişkin bir karar almak iken menfi tespit davasının nihai amacı, borcun bulunmadığını tespit etmektir. Menfi tespit davasında takibe yönelik tedbir kararı alınabilmesi veya dava sonucunda takibin iptalinin sağlanabilmesi, bu davanın esas amacı değil, davanın açılmasının ve karara bağlanmasının icra takibi üzerindeki sonuçlarıdır.

KAYNAKÇA

- BAUER, Fritz/STÜRNER, Rolf/BRUNS, Alexander: Zwangsvollstreckungsrecht, C.F. Müller, Heidelberg 2022.
BLOMEYER, Arwed: Zivilprozessrecht–Vollstreckungsverfahren, Springer, Berlin-Heidelberg-New York 1975.
JAUERNIG, Othmar/BERGER, Christian/KERN, Christoph Alexander: Zwangsvollstreckungsrecht, 24. Auflage, C.H. BECK, München 2021.
KINDL, Johann/MELLER-HANNICH, Caroline/SCHNEIDERS, Uwe: Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 4. Auflage Nomos, Baden-Baden 2021.
KURU, Baki: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Adalet, Ankara 2013.
LÜKE, Wolfgang: Zivilprozessrecht II, 11. Auflage, C.H. BECK, München 2021.
MUSIELAK, Hans-Joachim/VOIT, Wolfgang/LACKMANN, Rolf: Zivilprozessordnung, 19. Auflage, Franz Vahlen, München 2022.
OKUR, Mustafa, Adli Teminat, Yetkin, Ankara 2011.
RAUSCHER, Thomas/KRÜGER, Wolfgang: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 6. Auflage, C.H. BECK, München 2020 (MüKoZPO/SCHMIDT, Karsten/BRINKMANN, Moritz, ZPO § 767).
ROSENBERG, Leo/GAUL, Hans Friedhem/SCHILKEN, Eberhard/BECKER-EBERHARD, Ekkehard: Zwangsvollstreckungsrech, C.H. BECK, München 2010.
SAENGER, INGO: Zivilprozessordnung Handkommentar, 9. Auflage, Nomos, Baden-Baden 202. (HK-ZPO/KINDL, Johann, ZPO § 767)
SCHUSCHKE, Winfried/WALKER, Wolf-Dietrich/KESSEN, Martin/THOLE, Christoph/RAEBEL, Bernd: Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 7. Auflage, Carl Heymanns, Köln 2020.
STEIN, Friedrich/JONAS, Martin/MÜNZBERG, Wolfgang: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Auflage, Band 7, Mohr Siebeck, Tübingen 2022.
STOLL, Florian: Implikationen des Formalisierungsprinzips in der Zwangsvollstreckung, Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften, Frankfurt-Berlin-Bern-Bruxelles-New York-Oxford-Wien 2015.
THOMAS, Heinz/PUTZO, Hans: Zivilprozessordnung, 42. Auflage, C.H. BECK, München 2021.
TÜRK, Ahmet: Maddi Hukuk ve İcra-İflas Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası, Yetkin, Ankara 2006.
VORWERK, Volkert/WOLF, Christian: BeckOK ZPO, 47. Edition, C.H. BECK, München 2022.
PRÜTTING, Hans/GEHRLEIN, Markus/SCHEUCH, Silke, ZPO-Kommentar, 14. Auflage, Luchterhand, Köln 2022.
WIECZOREK, Bernhard/SCHÜTZE, Rolf A./SPOHNHEIMER, Frank: Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 4. Auflage, Band 9, De Gruyter Berlin-Boston 2016.
ZÖLLER, Richard/HERGET, Kurt: ZÖLLER Zivilprozessordnung, 34. Auflage, Otto Schmidt, Köln 2022.
<https://www.juracademy.de/zivilprozessordnung/voraussetzungen-zwangsvollstreckung.html>. (Erişim: 10.12.2022)

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Ferhat BÜYÜKAY, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Ferhat BÜYÜKAY who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.
Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.
Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.
Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.
Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHF'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHF'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHF'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that he complies with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that he does not make any falsification of the data collected. In addition, he declares that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

RADYO VE TELEVİZYON ÜST KURUL PAYININ HUKUKİ NİTELİĞİNİN BELİRLENMESİNE YÖNELİK BİR DEĞERLENDİRME

AN EVALUATION ABOUT THE SHARE OF RADIO AND TELEVISION SUPREME COUNCIL IN TERMS OF LEGAL QUALIFICATION

Güneş YILMAZ*   & Özgür BİYAN**  ID.21492/inuhfd.1227871 

Makale Bilgi

Gönderi: 01/01/2023
Kabul : 20/04/2023

Anahtar Kelimeler

*Mali Yükümlülük,
Vergilendirme,
Vergi Hukuku,
Kanunilik İlkesi,
İdari Yapılanma.*

Article Info

Received: 01/01/2023
Accepted: 20/04/2023

Keywords

*Financial Obligation,
Taxation,
Tax Law,
Legality Principle,
Administrative
Structure.*

Özet

Düşünce ve kanaatleri yayma hakkı çerçevesinde gerçek ya da tüzel kişiler tarafından gerçekleştirilen radyo ve televizyon yayınları, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun düzenlemesi ve denetimine yönelik regülasyonlara bağlıdır. Bu kurumun gelirleri arasında en önemlilerinden biri medya hizmet sağlayıcılarının ticari iletişim gelirlerinden aylık olarak tahsil ettiği paylardır. Bu payların düzenli olarak gelirlere bağlı bir şekilde tahsil edilmesi mali bir yükümlülük olup olmadığı hususunda tereddüt yaratmaktadır. Bu paylar nitelik olarak mali yükümlülük ise Anayasal kurallara bağlı bir şekilde tahsil edilmeli ve düzenlenmelidir. Zira Anayasa'da vergi, resim ve harç benzeri mali yükümlülükler ile ilgili temel ilkeler belirlenmiştir. Bu çalışmada söz konusu paylar literatür taraması yöntemi ve yargı kararları analizleri kapsamında inceleme konusu yapılmış ve hukuki niteliği tespit edilmeye çalışılmıştır. Çalışmanın sonucunda ilgili payların vergi resim ve harç kavramları ile ilişkisi olmadığı, onların özelliklerinin bir ya da birkaçını taşısa da kendine has bir yapı sergileyerek "benzeri mali yükümlülük" olduğu ve ayrıca genel bütçe gelirleri arasında yer almadığı tespit edilmiştir.

Abstract

Radio and television broadcasts made by real or legal persons within the framework of the right to disseminate thoughts and opinions are subject to the regulations for the regulation and supervision of the Radio and Television Supreme Council. One of the most important revenues of this institution is the monthly shares collected by media service providers from commercial communication revenues. The regular collection of these shares, depending on income, creates hesitation as to whether it is a financial obligation or not. If these shares are financial liabilities in nature, they should be collected and regulated in accordance with the Constitutional rules. Because the basic principles related to financial obligations such as taxes, duties and fees have been determined in the Constitution. In this study, the shares in question were examined within the scope of the literature review method and judicial decisions analysis, and their legal nature was tried to be determined. As a result of the study, it has been determined that the relevant shares are not related to the concepts of tax duties and fees, although they have one or more of their characteristics, they exhibit a unique structure and "similar financial liabilities" and are also not included in the general budget revenues.

EXTENDED SUMMARY

Many fundamental rights and freedoms, especially the right to property can be restricted by various instruments under the constitutional limits. One of these instruments is financial tools like taxes. All financial liabilities, notably taxes, may use for restriction and guidance tools to practice of fundamental rights. According to the Constitution of the Republic of Turkey, Article 26, "Everyone has the right to express and disseminate his/her thoughts and opinions by speech, in writing or in pictures or through other media, individually or collectively. This freedom includes the liberty of receiving or imparting information or ideas without interference from official authorities. This provision shall not preclude subjecting transmission by radio, television, cinema, or similar means to a system of licensing". In this case, when the relevant regulations are read in terms of fundamental rights such as freedom of expression, the right to broadcast, and the right to receive information, the financial obligations regulated and imposed on this issue are considered to be a direct intervention to fundamental rights, and for this reason, it is inevitable that they have some constitutional restrictions.

Radio and Television Supreme Council (RTSC) in Turkey has been established as a constitutional institution by being charged with regulating and supervising radio and television activities for the liberalization of radio and television broadcasts since the beginning of the 1990s. RTSC is a "regulatory and supervisory institution" included in the Table (III) of the Central Government Budget of Turkey. Since it is an independent institution, it also has several incomes earned. One of the most important incomes is "The Supreme Board Shares". Supreme board shares (SBS) are RTSC income received in accordance with Article 41 of the Law No. 6112. SBS is collected at the rate of 1.5% of the gross commercial communication income of the media service providers in each calendar month.

According to the Constitution of the Republic of Turkey, Article 73/3, "Taxes, fees, duties, and other such financial obligations shall be imposed, amended, or revoked by law". Considering the subject in terms of "other such financial obligations" in Article 73 of the Constitution, the term in question is used as a continuation of the terms of "tax, dues, fees" and therefore it contains one or more of the characteristics of the related concepts, but distinctive features. In short, even though the "other such financial obligations" concept resembles tax, dues or fees, it is influenced by a "unique" concept under the principle of legality, and is implemented on the basis of public power. In addition, although the concept of "other such financial obligations" includes some features of tax or duty, it is a resource outside the general budget, unlike taxes and fees. In other words, the common characteristics of taxes, duties, fees and other such financial obligations are that they are imposed by law and taken by force based on public power. Therefore, according to the definition in the doctrine, "other such financial obligations" means "in return for public services or not in return for a service, in accordance with the purpose specified in the law, in order to meet the expenses of the relevant institution or organization, which is collected on the basis of public power and is not included in the general budget revenues and must be put by law; It is a financial liability that carries one or more of the features of tax, fee and tax".

On the other hand, the fact that RTSC's supreme board shares are collected at a rate determined as a certain percentage of commercial earnings (gross) may lead to the opinion that the type of these shares at first glance is a type of "tax" similar to "taxation of commercial income" when considered in depth and careful consideration. It will be revealed that they are not "taxes" in the sense that they are not included in the general budget and do not aim to meet all public expenditures, but only to meet the expenses of public institutions that will fulfill the regulatory and supervision duties in a certain sector or field.

On the other hand, benefiting from the services of a public institution or providing a private benefit to individuals by the public. When we compare it with the fee, which we can define as the payment made in return for the private occupation of individuals and/or the public administration, it does not seem possible to be considered as "fee" since it does not meet the features listed here. It is possible to make the same determination for the "fee", which is defined as "the money received for the financing of public expenditures, in return for the permission given by the competent authorities to perform a certain service or work".

In the context of all these explanations, when it is desired to evaluate the income source stated in Law No. 6112 as "1.5% shares of media service providers to be allocated from monthly gross commercial communication revenues excluding program support revenues", the media service providers of this income source It can be stated that it is in the nature of an "other such financial obligations" "imposed by law" and collected "based on public power". The most prominent features are that it is not directly in return for a public service that it can be used only for the purpose specified in the law, on the other hand, it is collected based on public power but is not included in the general budget revenues. Therefore, we have come to the conclusion that it would be more appropriate and correct to legally position the supervisory board shares in the "other such financial obligations" category in the context of both their own legal regulations and the principles we have explained in the context of Administrative and Tax Law.

I. GİRİŞ

Anayasal sınırlar ve evrensel hukuk kuralları dâhilinde kanunlar aracılığı ile mülkiyet hakkı başta olmak üzere, pek çok temel hak ve özgürlüklere çeşitli araçlarla sınırlamalar getirilebilir. Bu araçlardan biri de mali araçlardır. Başta vergiler olmak üzere mali yükümlülükler temel hakların kullanılmasında sınırlandırma ve yönlendirme aracı konumuna gelebilmektedir. 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.26 uyarınca;

“Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet Resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir”.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi “İfade Özgürlüğü” başlıklı m.10/1’de;

“Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir”

hükmü bulunmaktadır. Bu bağlamda radyo ve televizyon yayını ifade özgürlüğünün bir uzantısı olarak görülmekte, ancak yine de devlet eliyle düzenleme ve denetim altında tutulabileceği anlaşılmaktadır.

Diğer taraftan, bireylerin haber alma, fikir ve bilgi edinme hakları olduğu da açıktır. Nitekim Anayasa’da devlet tarafından “... basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri(n)” alınması gerektiği emredilmiş (m.28), kanun yolu ile “... haber, düşünce ve kanaatlerin serbestçe yayımlanmasını engelleyici veya zorlaştırıcı siyasal, ekonomik, mali ve teknik şartlar” konulamayacağı, yine kanun yolu ile “...halkın ... haber almasını, düşünce ve kanaatlere ulaşmasını ve kamuoyunun serbestçe oluşmasını engelleyici kayıtlar” konulamayacağı temel olarak belirlenmiştir. Bu durumda ilgili düzenlemeler ifade özgürlüğü, yayın hakkı, haber alma hakkı gibi temel haklar açısından okunduğunda, bu konuda düzenlenen ve getirilen mali yükümlülükler doğrudan temel haklara müdahale olarak kabul edilir ve yine bu nedenle anayasal açıdan da birtakım sınırlamalara sahip olması kaçınılmazdır.

1990’lı yılların başından itibaren geçerli olacak şekilde radyo ve televizyon yayımları serbestleştirilmiştir. 3913 sayılı Kanun¹ ile yapılan düzenleme sonrasında Anayasa’nın 133. maddesi:

“Radyo ve televizyon istasyonları kurmak ve işletmek kanunla düzenlenecek şartlar çerçevesinde serbesttir. Devletçe kamu tüzelkişiliği olarak kurulan tek radyo ve televizyon kurumu ile kamu tüzelkişilerinden yardım gören haber ajanslarının özerkliği ve yayınlarının tarafsızlığı esastır”

şeklinde yeniden düzenlenmiştir. Bu madde başlığında ve içeriğinde daha sonra 5370 sayılı Kanun² ile tekrar değişiklik yapılmıştır.

Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) Anayasal bir kuruluş olarak radyo ve televizyon faaliyetlerini düzenlemek ve denetlemek³ ile görevlidir. Anayasal hükümler gereği, RTÜK dokuz üyeden oluşur. Üyeler, siyasi parti gruplarının üye sayısı oranında belirlenecek üye sayısının ikişer katı olarak gösterecekleri adaylar arasından, her siyasi parti grubuna düşen üye sayısı esas alınmak suretiyle Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunca seçilir. Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun kuruluşu, görev ve yetkileri, üyelerinin nitelikleri, seçimin usulleri ve görev süreleri Kanunla düzenlenir (AY m.133).

RTÜK Merkezi Yönetim Bütçesi içinde (III) Sayılı Cetvel kapsamında yer alan “düzenleyici ve denetleyici bir kurum”dur. Kurum gelirleri arasında önemli bir yer tutan ve ekonomik anlamda ana gelir kaynağı olan “üst kurul payları”, medya hizmet sağlayıcı kuruluşlarının elde ettiği ticari iletişim gelirleri üzerinden alınmaktadır. Söz konusu üst kurul paylarının düşünce ve kanaatleri yayma hakkı gibi temel bir hakkı etkilemesi söz konusu olduğundan, anayasal vergi hukuku açısından konunun ne olduğu ve hukukî niteliğinin belirlenmesi yerinde olacaktır. Böylece söz konusu payların vergilendirmeye benzer taraflarının da ortaya konulması ve yasallık ilkesi karşısındaki konunun netleştirilmesi gerektiği düşünülmektedir. Diğer yandan bu konuya yönelik çalışmalar, tespitimize göre literatürde oldukça az sayıdadır. Dolayısıyla radyo ve televizyon yayımları başta olmak üzere, medya hizmet sağlayıcı kuruluşlarının elde ettiği ticari iletişim gelirleri üzerinden beyanname yoluyla elde edilen gelirlerin niteliği bu çalışmanın ana konusunu oluşturmaktadır. Çalışmada öncelikle RTÜK’ün idari yapılanma içindeki konumu, yeri ve niteliği ile mali yapısı ve gelirleri ana hatlarıyla açıklandıktan sonra, konunun esasını oluşturan üst kurul paylarının vergi, resim, harç ya da benzeri mali yükümlülükler arasında “nerede” konumlanması gerektiği hususu, anayasal açıdan analiz edilmeye çalışılmaktadır.

II. BAĞIMSIZ İDARİ OTORİTE OLARAK RTÜK’ÜN İDARİ YAPILANMADAKİ YERİ VE NİTELİĞİ İLE VARLIK NEDENİ

A. RTÜK’ün İdari Yapılanmadaki Yeri ve Niteliği

Piyasa mekanizmasının işleyişinde tüketicilerin aleyhine işleyecek olan tutum ve davranışlar (doğal tekellerin oluşumu, asimetrik bilgi sorunu, tam rekabet piyasasından sapmalar) düzenleyici ve denetleyici kuruluşlar tarafından regüle edilmektedir. Regüle edilen sektöre, regülatör tarafından düzenleme, denetleme ve gerektiğinde yaptırımlar uygulanmaktadır ve bu yaptırımların yasal dayanağı ise düzenleyici ve denetleyici kuruluşların kendi kanunlarında ve 1982 tarihli Anayasasının 167’nci maddesinde yer almaktadır. Anayasa’nın söz konusu maddesine göre “Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet

¹ RG: 10.07.1993, 21633.

² RG: 23.06.2005, 25854.

³ 6112 Sayılı Kanun, RG: 03.03.2011, 27863, m.34.

piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler”. Bu hükme göre devletin, düzenleyici ve denetleyici kuruluşlar ile piyasa mekanizmasının aksak çalışmasına sebep olan faktörlere karşı tedbir alması, gerektiğinde ise yaptırım gücünü kullanarak tüketiciler aleyhine oluşacak olan piyasa aksaklıkları ile mücadele etmesi⁴ görevleri arasındadır. Bu itibarla radyo ve televizyon yayınlarının da kendine has özelliği, bunların kullanımı ve denetimi konusunda farklı düzenlemeler yapılmasını gerektirdiğinden, Anayasa’da Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun oluşturulması, görev ve yetkilerinin Kanunla düzenlenmesi öngörülmüş ve Üst Kurul, idari ve mali açıdan özerk ve tarafsız bir kamu tüzel kişiliği olarak kurulmuştur. Tüm bu Anayasal ve yasal düzenlemeler bağlamında, bu tür özerk idari otoritelerin ortak özelliği, kamu kurumu olmalarının yanı sıra mali yönden bağımsızlıklarını pekiştiren kendilerine ait kamu gelirlerinin olması ve bu gelirlerin tahsil edilebilmesi için özel idari yaptırım imkânlarının bulunmasıdır⁵.

Düzenleyici ve denetleyici kurumların idari teşkilatlanma içerisinde ortaya çıkış gerekçesi, daha evvel kamu işletmeleri tarafından yürütülen bir takım faaliyetlerin, ilgili sektörlerin serbestleşmesi sonucunda özel teşebbüslere devredilmesi ile, özel teşebbüs tekellerinin ortaya çıkma veya doğal tekel niteliklerinden dolayı piyasa aksaklıklarının oluşması ihtimaline karşı, sektörde yer alanların ve tüketicilerin hak ve menfaatlerinin korunmasına yönelik denetleyici, düzenleyici ve gerektiğinde yaptırım uygulayıcı bir mekanizmaya olan ihtiyaçtır⁶.

Bu noktada belirtilmesi gerekir ki, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’nda⁷ ilk kez yerini bulan “düzenleyici ve denetleyici kurumlar” kavramı yerine önceden, 1990’lardan itibaren dünyada uygulama alanı bulan ve fakat ülkemizde hali hazırda yasal olarak herhangi bir tanımlaması ve düzenlemesi olmamasına rağmen genelde üst başlık olarak değerlendirilebilecek “bağımsız idari otorite (BİO)” kavramının kullanıldığı görülmektedir⁸. Bağımsız İdari Otoritelerin (BİO) siyasi bağımsızlığı ifadesi, genel olarak bu kurumların işlevlerini yerine getirirken siyasi kurumlar ve siyasiler karşısında bağımsız olmaları anlamına gelmektedir. Bu bağımsızlığın en temel unsuru, bu kurumların personelinin atanması meselesidir. Gerçekten de BİO’ların gerek karar organına gerekse diğer sürekli kadrolarına yapılacak atamalarda siyasi bağımsızlık konusu ön plana çıkmaktadır. Genel uygulamaya bakıldığında, karar organına yapılacak atamalarda iki tür usul benimsendiği görülmektedir. Bunlardan ilki, ABD’de uygulanan yöntemdir ve buna göre Başkanın gösterdiği adaylar arasından Kongre seçim yapmaktadır; ikinci yöntem ise genellikle AB üye ülkelerinde uygulanmakta olan yöntemdir. Bu yöntemde göre, BİO’ların karar organlarına yapılacak atamaları ya hükümet ya da ilgili bakan yapmaktadır. Ülkemizde genel olarak AB’de uygulanan yöntem tercih edilmektedir. Örneğin, EPDK’nın karar organı olan Kurul’un üyeleri, belirli eğitim düzeyine ve mesleki tecrübeye sahip kişiler arasından Bakanlar Kurulu’na atanırlar. Fakat ABD modelinin uygulandığı BİO’lar da istisnaî olarak bulunmaktadır. Örneğin, RTÜK üyeleri, hükümet ve muhalefet tarafından gösterilen adaylar arasından TBMM tarafından seçilmektedirler⁹. Diğer yandan yasal kaynaklarda “bağımsız idari otorite” deyimine rastlanmamakla ve dolayısıyla yasal bir tanımlanmamakla birlikte, Türk hukukunda Fransızcadan (Autorité Administrative Indépendante) çevrilerek bu terim kullanılmaktadır. Bu kurumları düzenlemeye yönelik yasa tasarısında ise “düzenleyici ve denetleyici kurum” olarak anılmaktadırlar. Türk hukuk öğretisinde “bağımsız idari otorite” teriminden, kamu tüzel kişiliğine sahip, belli alanlarda bağımsız olarak faaliyette bulunan idari birimler anlaşılmaktadır¹⁰. Nihayetinde düzenleyici ve denetleyici kurumların, bağımsız idari otoriteler çatısı altında yer aldığı ve düzenleyici ve denetleyici kurum yerine bağımsız idari otorite kavramını kullanmanın yanlış olmayacağı yönünde literatürde genel bir görüş hâkimdir¹¹, denilebilir.

Genel anlamda düzenleyici ve denetleyici kurumlar ya da bağımsız idari otoriteler hem devletin örgütlenmesinde yeni bir modele, hem de devletin piyasanın düzenlenmesindeki rolüne ilişkin bir dönüşüme karşılık gelirler ve âdem-i merkeziyetçilik hedefinin bir parçası olarak ortaya konulmuşlardır¹². Diğer taraftan Anayasal sistem açısından bakıldığında düzenleyici ve denetleyici kurum ya da bağımsız idari otoriteler, yapısal olarak idare içinde değerlendirilmektedir ve yine Anayasanın öngördüğü iş bölümü çerçevesinde faaliyet alanları farklı olmakla beraber, bu kurumların yasama ve yargının denetiminden

⁴ İLİMAN, Tarık/TEKELİ, Recep: “Türkiye’de Düzenleyici ve Denetleyici Kuruluşlar: İdari Para Cezalarının Hukuksal Zeminlerinin Değerlendirilmesi”, Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 3(1), 2017, s.34-35.

⁵ AYM, 12.12.2007, E.2003/40, K.2007/96, Zehra Ayla Perktaş’ın Karşı Oy Yazısından.

⁶ Ayrıntılı gerekçe için bkz. TC. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü’nün 12/07/2004 tarih ve B.02.0.KKG.0.10/101-766/3350 sayılı “Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar Hakkında Kanun Tasarısı”, https://www.tspb.org.tr/wp-content/uploads/gmektuplar/gMektup_241_ek2.pdf, (Erişim: 27.03.2021).

⁷ RG: 24.12.2003, 25326.

⁸ Daniştay, bağımsız idari otoriteleri, “toplumsal yaşam için özel bir önem ve duyarlılık taşıyan, temel hak ve özgürlükler ile ekonomik ve sosyal sektörlerde veya alanlarda düzenleme, denetleme ve yönlendirme faaliyetinde bulunan, kararları üzerinde hiçbir makam ve merciin etkisinin olmadığı, karar organları özel güvencelere sahip, mali özerkliği haiz, özerk bütçeli kamu tüzel kişileri” şeklinde nevi şahsına münhasır kurumlar olarak tanımlanmaktadır. Daniştay 13 D. E.2015/4515, K.2021/1150; Daniştay 13.D., E.2015/558, K.2021/1149; Daniştay 13.D., E.2014/4352, K.2017/3243; Daniştay 13.D., E.2018/2435, K.2018/2748, <https://karararama.danistay.gov.tr/getDokuman?id=671502500&arananKelime=ba%4C%9F%4C%B1ms%4C%B1z+idari+otorite>. (Erişim: 10.04.2023).

⁹ ERGÜN, Çağdaş Evrim: “Türkiye ve Avrupa Birliğinde Enerji Alanındaki Bağımsız İdari Otoriteler”, TBB Dergisi, 17(50), 2004, s.50-51.

¹⁰ TEKİNSOY, M. Ayhan: “Bağımsız İdari Otoriteler ve Regülasyon Anlayışı-Tartışmalar, Sorunlar”, Ankara Barosu Dergisi, 65(2), 2007, s.119-121.

¹¹ ASLAN, Gündüz Alp: “Türk Hukukunda Bağımsız İdari Otoritelerin Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi ve Yetki Unsurundaki Sakatlığın Düzenleyici İşleme Etkisi”, AÜHF, 65(3), 2016, s.577.

¹² SEVER, D. Çiğdem: “Türkiye’de Düzenleyici Kurumların Yapısı, İşlevi ve Dönüşümü”, AÜHF, 64(1), 2015 s.232.

bağımsız ya da ayrıklıkları söz konusu değildir. Elbette ki, bu kurumlar açısından “bağımsızlık” kavramının, karar alma ve bunu uygulama süreçlerinde diğer idari birimlerin iradesiyle bağlı olmama şeklinde anlaşılması¹³ gerekir. Bu özelliklerinin yanı sıra Türkiye’de genel olarak bu kurumlar, belirli bir alanda düzenleme ve denetim yapmakla görevlendirilmiş ve yetkilerle donatılmış, malî ve idarî özerkliğe sahip ve dolayısıyla bütçelerini kendileri hazırlayan kuruluşlardır. Her ne kadar 5018 sayılı Kanun m.3/b ve m.12/2’de, düzenleyici ve denetleyici kurumlar “merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri” kategorisine dâhil edilmişse de bu düzenlemeler, ilk bakışta, düzenleyici ve denetleyici kurumların merkezden yönetim ilkesi çerçevesinde faaliyet göstereceği ve bu sebeple de merkezi idare içinde bulunduğunu akla getirebilecektir. Fakat böyle bir görüş, 5018 sayılı Kanun idari yapıyı değil, idarenin mali yönetimini düzenlediği için hatalı olacaktır¹⁴. Zira öteki kamu tüzel kişilerinde pek rastlanmayacak boyutta bir idari ve mali özerkliğe sahip olacak şekilde oluşturuldukları doktrinde de ifade edilmiştir¹⁵.

Ayrıca giderlerini karşılamaları için kuruluş kanunlarında kendilerine özgü gelir kalemleri bulunmakta ve yetkilerini kendi sorumlulukları altında bağımsız olarak kullanmakta, yani merkezi yönetimin hiyerarşi ve vesayet denetimi dışında kalmaktadırlar. Doktrinde bu hususa ilişkin önemli bir tespit şu şekilde yapılmıştır¹⁶:

“...vesayet yetkisi istisnai ve sınırlı bir yetkidir. Kanun kuran tüzel kişi kurulan tüzel kişi üzerinde fevkalâde sınırlı bir vesayet yetkisi verebileceği gibi, hiçbir vesayet yetkisi vermemiş de olabilir. İşte devlet tüzel kişisi ile BİO’lar arasındaki durum bundan ibarettir. BİO’lar doğrudan doğruya devlet tarafından kurulduğuna göre, devletin vesayet denetimine tabi tutulabilirler. Ancak devlet kendisine bu otoriteler üzerinde hiçbir vesayet yetkisi tanımamıştır. Devlet ile BİO’lar arasında bir “vesayet durumu” vardır; ancak bu, içi boş bir durumdur; içi yetkilerle donatılmamıştır...”.

Yaptırım uygulama ve kendi alanlarındaki uyumsuzlukları çözebilme yetkilerine de sahip olan¹⁷ bu kurumlar, yasalarla belirlenen ilkeler çerçevesinde hesap veren tüzel kişiliğe haiz kurumlardır¹⁸. Nitekim Anayasa Mahkemesi de 2002 yılında verdiği bir kararında, BİO’ların idari teşkilattaki yerleri açısından herhangi bir sorun doğurmadıklarını kabul etmekte ve bu kurumları idari teşkilattaki olağan kurumlar arasında sayma eğiliminde olduğu yönünde görüş belirtmekte ve üstelik Yüce Mahkeme özellikle Anayasa’nın “Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler” hükmünü içeren m.167’yi bağımsız idari otoriteler için bir dayanak olarak da görmekte ve göstermektedir¹⁹. Tüm bu yönleriyle, aktif idare içinde yer alan ve kararları “istişari” değil, “icraî” nitelikte olan BİO’lar, bu “icraî karar alma” özellikleri sebebiyle kamu gücü ayrıcalıklarına da sahiptirler²⁰. Özetle genel olarak BİO’ların, özelde RTÜK’ün bağımsızlığı, organik ve işlevsel anlamda yürütme organı karşısındaki bağımsız statülerini; idari nitelikleri idari organlar içinde yer almalarını ve otorite olmaları da basit birer danışma organı değil, düzenleyici işlemler ve bireysel nitelikli icraî mahiyette karar alabilmelerini ve uygulamalarını ifade etmektedir²¹. Diğer yandan doktrinde yukarıda ifade edilen ve BİO’lara tanınan söz konusu yetkilerin genişliğinin de ayrıca tartışılması gerektiği ifade edilmiştir. Özellikle regülasyonları tartışmaktan ziyade “yetki devri”nin tartışılması gerektiğine, özellikle yasama yetkisinin devredilemeyeceğine ilişkin Anayasal hüküm (m.7) karşısında, idareye bırakılabilecek düzenleme alanının sınırlarının nasıl belirlenmesi gerektiği hususunun önemli olduğuna dikkat çekilmektedir. Diğer bir ifadeyle BİO’ların özellikle temel haklara ilişkin konularda yasadan kaynaklanmayan yetkiler kullanması, kurulan regülasyon çerçevesini anayasaya aykırı kılabilir²².

Bu bağlamda bağımsız idari otorite mahiyetinde bir kurum olan RTÜK, radyo ve televizyon faaliyetlerini düzenlemek ve denetlemekle görevli ve Anayasanın 133. maddesine dayanarak, üyeleri TBMM Genel Kurulunca seçilen, özerk ve tarafsız bir kamu tüzel kişiliğine sahip bir düzenleyici ve denetleyici kurumdur. Bu anlamda bizatihi RTÜK, varlığını da doğrudan Anayasa’dan alan bir bağımsız idari otoritedir. Tüm bunların yanı sıra RTÜK özelinde ifade edilmesi gereken önemli bir husus da, RTÜK’ün kurumsal bağlamda diğer bağımsız idari otorite ya da kurumlara göre yasama organına yakınlığı ile ayrılmakta olduğudur. Bu bakımdan gerek üyelerinin atanma sürecinde gerekse bütçe açısından TBMM’nin etki alanında tutulmuştur demek²³ mümkündür.

B. RTÜK’ün İdari Yapılanmada Yer Almasının Süreci ve Nedeni

Çalışmanın bir önceki kısmında da tespit edildiği üzere bağımsız idari otorite niteliğinde, kamu tüzel kişiliğine sahip ve kamusal alanda idarenin yararlandığı üstünlük ve ayrıcalıklara sahip²⁴ RTÜK’ün Anayasa’da yer alışı sürecinin ve nedeninin de irdelenmesi konununun belirginleşmesi açısından faydalı görülmektedir.

¹³ TEKİNSOY, s.121-122.

¹⁴ Aynı yönde görüş için bkz. ASLAN, s.588.

¹⁵ GÜNDAĞ, Metin: İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara 2003, s.506.

¹⁶ GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, 2. Baskı, Cilt I, Ekin Yayınevi, Bursa 2009, s.587-589.

¹⁷ NOHUTÇU, Ahmet: İdare Hukuku, 20. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2016, s.266.

¹⁸ ERGÜN, s.51; UĞUR, Hüsamettin: “Türkiye’nin Yolsuzlukla Mücadele Enstrümanları”, TBB Dergisi, 24(98), 2012, s.331.

¹⁹ TEKİNSOY, s.126.

²⁰ GÖZLER, s.584; İLİMAN/TEKELİ, s.35.

²¹ ATAY, Ethem: “Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, X(1,2), 2006 s.270.

²² TEKİNSOY, s.132.

²³ SEZEN, Seriya: Türk Kamu Yönetiminde Kurullar: Geleneksel Yapılanmadan Kopuş, TODAİE, Ankara 2003, s.121.

²⁴ TİRYAKİ, Refik: “Bağımsız İdari Kurum Olarak RTÜK”, AÜHFD, 51(4), 2002, s.170.

RTÜK'ün faaliyet konusunu oluşturan radyo ve televizyon alanı Türkiye'de ilk olarak özel teşebbüsün konusunu oluşturmuştur. Ancak Cumhuriyetin ilk yıllarında bu alan devlet tekeline girmiştir ve 1961 Anayasası sürecinde de bu durum konunun devlet tekelinde yürütülmesi düzenlenmesiyle devam etmiştir. Aynı mantık ve düzenleme 1982 Anayasası'nın yapımı aşamasında da geçerli olmuştur. Nitekim Anayasanın ilk halinde konu m.133'de, "Radyo ve televizyon idareleri ancak devlet eliyle kurulur ve idareleri tarafsız bir kamu tüzel kişiliği halinde düzenlenir" şeklinde ifade edilmiştir. Ancak 1980'li yılların sonunda özel kişilerce kurulan radyo-televizyonların varlığı ile Anayasa'nın değiştirilmesi ihtiyacı hâsıl olmuştur. Bu çerçevede yapılan değişikliklerle konu Anayasa'da, "Radyo ve televizyon istasyonları kurmak ve işletmek kanunla düzenlenecek şartlar çerçevesinde serbesttir" şeklinde düzenlenmiştir. İşte bu anayasal durum, alanı idare edecek bir idari yapının da kurulmasını gerektirmiştir²⁵. Bu bağlamda radyo ve televizyon yayınlarının özelliği, bunların kullanımı ve denetimi konusunda farklı düzenlemeler yapılmasını gerektirdiğinden, söz konusu maddede yapılan değişikliklerle RTÜK'ün oluşturulması, görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenmesi öngörülmüş, Üst Kurul, görevinin niteliği gereği 3984 sayılı Yasa ile özerk ve tarafsız bir kamu tüzel kişiliği olarak kurulmuştur²⁶.

Hal böyleyken radyo ve televizyon alanında faaliyet gösteren RTÜK'ün klasik idarî yapılanmadaki yerinin tespit edilmesi de her şeyden evvel teknolojik yenilik ve ilerlemeler sonrasında var olan temel hak ve özgürlüklere daha fazla temas etmesi ile birlikte yeni hukuki düzenlemeler yapılmasının kaçınılmaz olması ile başlamıştır. Daha evvel de bahsedildiği üzere bunların en bilinenleri görsel-işitsel iletişim özgürlüğüdür. Temel hak ve özgürlükler bağlamında konu ele alındığında karşımıza ilk olarak bu konuda faaliyette bulunan özel/tüzel kişilerin ekonomik özgürlükleri; ikinci olarak da bu faaliyet konusunun aktif aktörleri konumundakilerin ifade özgürlüğü, son olarak da faaliyet konusunun pasif aktörleri olan kişilerin "bilgi edinme ve düşünce özgürlüğü" karşımıza çıkmaktadır. İşte idarenin radyo-televizyon faaliyet konusundaki temel rolünü de bu saydıklarımız meydana getirmiştir. Bundan ötürüdür ki, devletin radyo-televizyon alanına ilişkin öncelikli amacı "kamu hizmeti yürütmek" olmuştur. Bu noktada faaliyetin içeriği hem hizmet ifası niteliğindedir hem de bahsi geçen özgürlük çerçevesinin düzenlenmesi ve denetimini kapsamaktadır. Fakat söz ettiğimiz fiili durumun ardından konunun Anayasal güvence altına alınmış olması ile, idaresin radyo-televizyon faaliyeti bağlamında işlevi ikiye bölünmüştür. Bunlardan ilkinin farklılaşan boyutuyla düzenleme ve denetleme işlevi oluşturur ki, bir idari kuruma bırakılmak durumunda kalmıştır, diğer ise çeşitli nedenlerle vazgeçilemeyen kamu hizmeti ifasının sürdürülmesidir²⁷. Anayasa Mahkemesi 1990 yılında verdiği bir kararda, idari yapılanma ve kamu hizmetleri kavramının günümüz koşullarındaki konum ve anlamı açısından önemli şu açıklamalarda bulunmuştur²⁸:

"Kamu hizmetleri, aslında bir bütündür ve yerine getirilmesi de ilke olarak Devlete aittir. Ancak toplum hayatının gittikçe genişlemesiyle çoğalan kamu hizmetlerinin mutlaka klasik idare kuruluşları tarafından görülmesi koşulu artık aranmamakta, bunların dışında özel kişilerce de gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, kamusal hizmet ünitelerinin nitelik ve özellikleriyle uyushabildiği ölçüde, kamu ve özel hukuk kurallarından oluşan karma nitelikte yapılandırılmaları mümkündür. Bu sebeptendir ki, kamu hizmetleri ne suretle yürütülürse yürütülün kamu kurum ve kuruluşlarının gözetim ve denetimleriyle hizmeti yönlendirme yetkileri var olduğu sürece, hizmet kamusal niteliğini korumuş olur".

Anayasa Mahkemesi başka bir kararda, kamu hizmeti ve sunumu konusunda daha ayrıntılı olacak şekilde şu açıklamaları yapmıştır²⁹:

"Kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararını ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir. Kamu hizmeti asli olarak idarece yerine getirilmesi gerekse de zaman içindeki toplumsal değişim, hizmetlerin çeşitliliği ve niteliklerinin artması, ekonomik ve sosyal zorunluluklar nedeniyle çeşitli yöntemlerle özel kişilerce de gerçekleştirilmeye başlanmıştır. 'Kamu hizmeti' kavramının gerek öğretilerde gerekse uygulamalarda Devletçe ve öteki kamu tüzel kişilerin genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler alanının dışına taşın ve yayılan bir kapsamı olduğu ve kapsamın da gittikçe genişlediği bir gerçektir. Çağdaş kamu hizmeti kavramına giren hizmetler yalnızca devlet etkinlikleri ile sınırlanmaz. Devletin genel idare esaslarına göre yürütmek zorunda olduğu ve başkasına devredemeyeceği çeşitli kamu hizmetlerinin yanında sürekli gözetimi ve denetimi altında, belli yasal usullerle kamu ya da özel hukuk tüzel kişileri aracılığıyla yaptırabileceği hizmetler de bulunmaktadır. Kamusal hizmet ünitelerinin nitelik ve özellikleriyle uyushabildiği ölçüde, kamu ve özel hukuk kurallarından oluşan karma nitelikte yapılandırılmaları mümkündür. Bu sebeptendir ki, kamu hizmetleri ne suretle yürütülürse yürütülün kamu kurum ve kuruluşlarının gözetim ve denetimleriyle hizmeti yönlendirme yetkileri var olduğu sürece hizmet kamusal niteliğini korumuş olur".

İdari yapılanmanın temel yapı taşı ve belirleyicisi olan Anayasa m.123, idarenin merkezden yönetim ve yerinden yönetim olmak üzere iki ülkeye dayalı olarak örgütleneceğini düzenleme altına almaktadır. Hal böyleyken kamu tüzel kişilerinin yapılanması, merkezden yönetim ilkesi bağlamında devlet idaresi, yer yönünden yerinden yönetim ilkesi bağlamında yerel idareler ve hizmet yönünden yerinden yönetim ilkesi bağlamında kamu kurumları şeklinde örgütlenmektedir. Doktrinde konu, bu hususla ilgili olarak, örgütlenme

²⁵ TİRYAKI, s.173.

²⁶ AYM, 12.12.2007, E.2003/40, K.2007/96, A. Necmi Özler'in Karşı Oy Yazısından.

²⁷ Daha fazla bilgi için bkz. TİRYAKI, s.174.

²⁸ AYM, 12.04.1990, E.1990/4, K.1990/4.

²⁹ AYM, 18.07.2012, E.2011/85, K.2012/109.

içerisinde bağımsız idari otoritelerin (özelde RTÜK'ün), hizmetsel kuruluşlar niteliğinde olduğu, yani hizmet yönünden yerinden yönetim içerisinde değerlendirilebileceği ve fakat bunlardan farklı olarak kamu hizmeti sunma görevinden ziyade, kendi özel kanunları ile kamu tüzel kişiliğine sahip olarak kurulan ve belirli bir hizmet alanının düzenlenmesi ve denetlenmesi ile görevlendirilen bir kamu kurumu niteliği ile bir çeşit özel kolluk faaliyeti yerine getirmekte olduğu tespiti yapılmaktadır³⁰.

Bu açıklamalar ışığında RTÜK özelinde konu değerlendirilirse şayet varabileceğimiz sonuç şudur ki, RTÜK kuruluş itibarıyla “idarenin bütünlüğü ilkesine” tabi olmasına rağmen (bizatihi dayanağını Anayasa'dan almaktadır), işleyişi itibarıyla bu ilkeye tabi olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, İdare Hukuku bağlamında soru ve sorun çeşitli şekillerde ele alınmakla birlikte, vergi hukuku açısından ilgili kurum ve kuruluşların Anayasal bakımdan idarenin bütünlüğü içerisinde değerlendirildiği görülmektedir. Üstelik RTÜK özelinde durum daha da nettir, nitekim RTÜK Anayasal dayanağı olan ve belirli bir hizmet alanının düzenlenmesi ve denetlenmesi ile görevlendirilen kamu tüzel kişiliğine haiz kamu kurumu niteliği ile, değişen teknolojik ilerleme ve ekonomik koşul ve gereklilikler neticesinde, idari örgütlenmede yerini almış bir nev'i özel kolluk görevini de yürüten bağımsız idari otoritedir³¹. Burada ifade edilen “idari kolluk kavramı”, bir idari makama kamu düzeninin sağlanması amacıyla icrai kararlar alma ve bunların uygulanması için gerekli maddi işlemleri yapma ayrıcalığı anlamına gelmektedir³².

III. RADYO TELEVİZYON ÜST KURULUNUN MALÎ YAPISI VE GELİRLERİ

Üst başlıkta BİO'ların, alt başlıkta da RTÜK'ün idari teşkilatlanma içindeki yeri, yukarıda idare hukuku ve idari teşkilatlanma bağlamında ele alınmasına karşın, söz konusu kurulun mali yapılanmasını ortaya koymak açısından, 5018 sayılı Kanun kapsamında açıklanması ve değerlendirilmesi faydalı ve yerinde olacaktır. 5018 sayılı Kanun, genel yönetim kapsamındaki idarelerin bütçelerini; merkezî yönetim bütçesi, sosyal güvenlik kurumları bütçeleri ve mahallî idareler bütçeleri olarak belirtmektedir. Merkezî yönetim bütçelerinin de Genel Bütçe (I sayılı cetvel), Özel Bütçe, (II sayılı cetvel) ve Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların (III sayılı cetvel) bütçelerinden oluştuğunu ifade etmektedir. Yine Kanun, düzenleyici ve denetleyici kurumların bütçesini, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurul, kurum veya üst kurul şeklinde teşkilatlanan ve bu Kanuna ekli (III) sayılı cetvelde yer alan her bir düzenleyici ve denetleyici kurumun bütçesi olarak tanımlamaktadır (m.12).

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar diğer kamu kurumlarından farklı bir bütçe yapısına sahiptirler. Nitekim 5018 sayılı Kanun m.18. maddesi gereği bu kurumlar bütçelerini, Sayıştay denetimine tabi olmaksızın TBMM'ye sunmaktadırlar ve Hazine ve Maliye Bakanlığı'nın da müdahalesi söz konusu değildir. Ayrıca, yine Kanun m.78/II'ye göre söz konusu kurumların yılın her çeyreğinde (üçer aylık dönemde) ortaya çıkacak gelir fazlaları, her çeyrekte genel bütçeye aktarılmaktadır. Bu kurumların bütçesi hususundaki diğer bir ayrıcalıklı konu da ayrıntılarının aşağıda RTÜK özelinde de inceleneceği üzere, gelirlerinin mühim bir kısmının verdikleri lisans, ruhsat benzeri işlemlerin bedellerinden ya da uyguladıkları idarî para cezalarından oluşmasıdır. Özellikle idarî para cezalarının gelirlerinde yer almasının mahzurları belirtilmişse de RTÜK özelinde bu görüşe dayanarak gerçekleştirilen bir iptal başvurusu Anayasa Mahkemesi'nin 2004 tarihli bir kararı ile reddedilmiştir³³. Dolayısıyla bu bütçe yapısı içinde yer alan düzenleyici ve denetleyici kurum olarak radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetleri sektörünü düzenlemek ve denetlemek amacıyla kurulan, idarî ve malî özerkliğe sahip, tarafsız bir kamu tüzel kişiliği niteliğinde olan RTÜK de, 6112 Sayılı Kanun ve 5018 sayılı Kanunda belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde kendisine tahsis edilen malî kaynakları görev ve yetkilerinin gerektirdiği ölçüde, kendi bütçesinde belirlenen usul ve esaslar dâhilinde serbestçe kullanabilmektedir (6112 Sayılı Kanun m.34/3).

İdari örgütlenmede önemli bir düzenleyici ve denetleyici kurum olarak RTÜK'ün görevleri 6112 sayılı Kanun'da

“Radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmeti sağlayıcı kuruluşlardan alınacak yayın lisans ücretleri, karasal ortamdan sunulacak yayın hizmetleri için yıllık televizyon kanal, multipleks kapasitesi ve radyo frekansı kullanım ücretleri ile platform, multipleks, altyapı işletmecileri ve verici tesis ve işletim şirketinden alınacak yayın iletim yetkilendirme ücretini belirlemek”

olarak belirtilmektedir (m.37/1-d). Sayılan bu görevleri yerine getirmesine yardımcı olması ve malî özerkliğinin de önemli bir göstergesi açısından Kurul'un malî kaynakları ise aynı Kanun m.41'de şu şekilde sıralanmaktadır:

- a) Medya hizmet sağlayıcı kuruluşlardan alınacak yayın lisansı ücretleri.
- b) Karasal ortamdan yayın yapan kamu ve özel medya hizmet sağlayıcı kuruluşlardan alınacak televizyon kanal, multipleks kapasite ve radyo frekans yıllık kullanım ücretleri.
- c) 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ve ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla, yayın hizmetlerinin iletimi faaliyetinde bulunan platform, multipleks ve altyapı işletmecileri ile verici tesis ve işletim şirketinden alınacak yayın iletim yetkilendirme ücretleri.
- ç) Medya hizmet sağlayıcılarının, program destekleme gelirleri hariç aylık brüt ticarî iletişim gelirlerinden ayrılacak %1,5 paylar.
- d) Gerekliğinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı bütçesinden alınacak Hazine yardımı.
- e) Sair gelirler”.

³⁰ ULUSOY, Ali: “Bağımsız İdari Kurumlar”, Danıştay Dergisi, 29(100), 1999, s.12.

³¹ Daha fazla bilgi için bkz. TİRYAKİ, s.202.

³² GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut: İdare Hukuku, Cilt I, Genel Esaslar, 9. Basi, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s.645.

³³ Daha fazla bilgi için SEVER, s.230-231.

Gelirlerin tahsiline ilişkin düzenlemeler ise söz konusu Kanun m.42’de şu şekilde yer almaktadır:

“- Yayın lisans ücreti birinci taksiti, lisans belgesinin verilmesinden önce ödenmek koşuluyla kalan taksitler takip eden her yılın Şubat ayının son gününe kadar ödenecek şekilde on eşit taksitte; yayın iletim yetkilendirme ücreti, yetki belgesinin verilmesini müteakip altı ay içinde eşit taksitlerle alınır.

- Televizyon kanal, multipleks kapasitesi ve radyo frekans yıllık kullanım ücreti, her yılın ocak, nisan, temmuz ve ekim aylarında olmak üzere dört eşit taksitte, (ç) bendinde öngörülen ticari iletişim gelirlerinden ayrılacak paylar, elde edildikleri ayı takip eden üçüncü ayın en geç yirmisinde ilgili medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar tarafından ödenir.

- Medya sağlayıcıları, her takvim ayı içinde elde ettikleri ticari iletişim gelirlerini, takip eden ayın son gününe kadar şekil ve içeriğiyle verilme usul ve esasları Üst Kurul tarafından belirlenen beyanname ile beyan ederler.

Yukarıda sözü edilen gelirlerin süresinde ödenmemesi halinde bu gelirlere 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 51. maddesine göre belirlenen gecikme zammı oranında faiz uygulanmaktadır”.

Tüm bu teknik düzenlemelere ilişkin açıklamalar, bu çalışmanın sonraki adımı olan söz konusu gelirlerin hukukî niteliği ve Anayasal ilkeler bağlamında değerlendirilmesinde temel alınacağından önem arz etmektedir. Ayrıca yine önemli bir gösterge de yıllar itibarıyla bağımsız idarî otorite olan RTÜK’ün yıllık gelirlerinin boyutudur. Aşağıdaki tabloda görüleceği üzere RTÜK gelirleri arasında en büyük kalemi “ticari iletişim gelirleri” oluşturmaktadır. Dolayısıyla hem boyutu hem de niteliği itibarıyla bu ve diğer gelirlerin, Anayasal vergileme ilkeleri bakımından yerinin değerlendirilmesinde fayda bulunmaktadır.

Tablo 1. YILLAR İTİBARIYLA RTÜK GELİRLERİ (TL)

Gelir Türleri	2017	2018	2019	2020	2021	2022
Lisans Ücreti Gelirleri	7.084.712,13	3.661.130,37	6.308.943,50	7.357.103,44	21.783.992,16	21.540.000,00
Frekans Yıllık Kullanım Gelirleri	32.748.462,05	37.919.103,60	46.028.163,12	54.898.427,17	58.562.106,79	68.254.000,00
Yayın İletim Yetkilendirme Gelirleri	4.826.856,29	5.539.416,14	6.219.237,35	9.761.142,80	12.874.769,78	15.000.000,00
Faiz Gelirleri	1.071.596,03	2.197.341,99	1.626.707,05	29,32	-	-
Ticari İletişim Gelirleri	54.588.721,39	54.225.865,20	50.651.793,67	53.404.868,82	90.686.828,26	88.154.000,00
Zamanında Ödenmeyen Ücret Gelirlerinden Alınan Gecikme Zamları	2.231.235,99	379.890,59	2.502.270,37	2.444.933,58	2.954.520,65	4.000.000,00
Şartname, Basılı Evrak, Form Satış Geliri	62.966,22	85.995,64	33.006,25	17.142,33	36.364,32	300.000,00
Diğer Gelirler	4.170.143,05	577.505,69	839.864,70	1.961.614,13	37.708.364,16	11.533.000,00
Hazine Yardımı	-	-	40.000.000,00	50.000.000,00	65.000.000,00	63.000.000,00
TOPLAM	106.784.693,15	104.586.249,22	154.299.986,01	179.845.261,59	289.665.225,62	271.781.000,00

Kaynak: RTÜK Faaliyet Raporlarından derlenmiştir. Söz konusu raporlar için bkz. <https://www.rtuk.gov.tr/faaliyet-raporlari-3696>; <https://www.rtuk.gov.tr/Media/FM/Icerik/STRATEJ%C4%B0%20FAAL%C4%B0YET%20RAPORLARI/2022raporu.pdf>.

IV. RTÜK ÜST KURUL PAYLARINA İLİŞKİN USUL VE ESASLAR

Üst kurul payları (ÜKP) 6112 sayılı Kanun m.41’e göre alınan bir RTÜK gelidir. Söz konusu gelir, medya hizmet sağlayıcılarının her takvim ayı içinde elde ettikleri brüt ticari iletişim gelirleri üzerinden %1,5 oranında tahsil edilmektedir. Söz konusu ÜKP’nin beyannamesinin nasıl ve ne şekilde verileceği ile ilgili usul ve esaslar bir Yönetmelikle³⁴ (bundan sonra Üst Kurul Payları Yönetmeliği olarak kullanılacaktır) belirlenmiştir. 6112 Sayılı Kanun m.42 kapsamında ÜKP, “takip eden ayın son gününe kadar şekil ve içeriğiyle verilme usul ve esasları Üst Kurul tarafından belirlenen beyanname ile beyan edilir. İlgili dönemde gelir elde edilmemiş olsa dahi beyanname verilmesi zorunludur”. Bu düzenleme, 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu’nun³⁵ 85. maddesinde ifadesini bulan “Tacirlerle çiftçiler ve serbest meslek erbabı ticari, zirai ve mesleki faaliyetlerinden kazanç temin etmemiş olsalar bile, yıllık beyanname verirler.” genel kuralına paraleldir.

6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanununda belirtildiği üzere;

“medya hizmet sağlayıcıları ile ticari iletişim gelirinin elde edilmesine aracılık yapanlar, yasal defter kayıtlarını, ÜKP’nin hesaplanmasına esas teşkil eden ticari iletişim gelirlerinin doğru tespit edilmesini sağlayacak şekilde düzenlerler. Medya hizmet sağlayıcıları ile ticari iletişim gelirinin elde edilmesine aracılık yapanlar, ÜKP’nin hesaplanmasına esas teşkil eden ticari iletişim gelirlerinin tespitine ilişkin olarak Üst Kurul tarafından veya Hazine ve Maliye Bakanlığı’na bağlı vergi incelemesine yetkili elemanlar tarafından incelendikleri hallerde, incelemeyi yapanlarca istenilen bilgileri vermeye ve bunlarla ilgili defter ve belgeleri ibraz etmeye mecburdurlar. Bilgiler yazı ile istenilir ve cevap vermeleri için kendilerine 15 günlük süre verilir”.

Zor durumda bulunmaları sebebiyle bilgi verme ve ibraz ödevlerini süresi içinde yerine getiremeyecek olanlara, sürenin bitmesinden önce yazı ile istemde bulunulması ve istemde belirtilen mazeretin kabule layık

³⁴ RG: 26.08.2011, 28037.

³⁵ RG: 06.01.1961, 10700.

görülmesi kaydıyla kanuni sürenin bir katını geçmemek üzere ek süre verilebilir. Düzenlemelerden anlaşılacağı üzere, ÜKP'nin denetimlerinde sadece RTÜK tarafından yetkili elemanlarla sınırlı kalınmamış, aynı zamanda esas faaliyet konusu vergi incelemesi ve denetimi olan Vergi Usul Kanunu (VUK)³⁶ kapsamındaki yetkili inceleme elemanlarına da gönderme yapılmıştır. Diğer bir ifadeyle, vergi incelemelerinde ÜKP'nin de denetime tabi tutulabileceği açıktır. Bunun nedeni söz konusu payların hukukî niteliğinin ve konumunun- vergi, resim ve harç benzeri mali yükümlülük olarak kabulü- belirsizliği olmalıdır ki, kanun koyucu vergi inceleme elemanlarının da denetimini kendi kanununda düzenlemek zorunda kalmıştır. Nitekim VUK'un, kapsam ile ilgili ilk maddesinde "...genel bütçeye giren vergi, resim ve harçlar ile il özel idarelerine ve belediyelere ait vergi, resim ve harçlar hakkında..." uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla ÜKP, VUK kapsamına girmediğinden kanun koyucunun böyle bir düzenleme yapma ihtiyacı hasıl olmuştur. Üstelik söz konusu denetimlerle ilgili "ibraz yükümlülüğü", "15 günlük süre", "yazılı talep", "zor durumda ek süre" ile ilgili düzenlemelerin de yine VUK kapsamındaki düzenlemelere (VUK m.14, 17, 256) paralel ve benzer şekilde yer aldığı dikkat çekmektedir.

Beyanname verilmemesi durumunda uygulanacak cezalar açısından da "vergi, harç ve benzeri yükümlülük" niteliğine benzerlik gösteren bir başka düzenleme ise, 6112 sayılı Kanunda düzenlenmiş idarî cezalara ilişkin madde hükmüdür. Bu itibarla, ÜKP'nin açıkça VUK kapsamında bir yükümlülük olarak belirtilmemesi nedeniyle, kanun koyucu 6112 sayılı Kanunda beyanname verilmemesi durumunda ne gibi idarî cezalarla karşılaşılacağına dair hükümlere de açıkça yer verme ihtiyacı duymuştur. Buna göre (m.42/1-5) ilgili Kanun, icraî nitelikte kararlarına yasal dayanak oluşturmak suretiyle Kurul'un uygulayabileceği yaptırımları düzenlemiştir:

- ÜKP ile ilgili beyannameyi süresinde vermeyen medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar hakkında, 5.000 Türk Lirası;

- Bilgi verme ve ibraz yükümlülüklerini süresi içinde yerine getirmeyen veya eksik yerine getiren medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar ile ticari iletişim gelirinin elde edilmesine aracılık yapanlar hakkında, 10.000 Türk Lirası tutarında idari para cezası uygulanmaktadır. Söz konusu ceza, radyo kuruluşları hakkında %50 oranında hesaplanmaktadır.

Kanun maddesinin devamında vergi hukukunda "müsamaha süresi" olarak bilinen ve süresinde verilmeyen beyannameye yönelik indirimli cezalar uygulanmasına olanak veren düzenlemeler de bulunmaktadır. ÜKP Beyannamesinin verilmesi gereken kanunî süresinden sonra gelen ilk 30 gün içerisinde verilmesi durumunda yukarıda belirtilen ceza tutarı 1/10 oranında, devam eden 30 gün içerisinde verilmesi durumunda ise ceza tutarı 1/5 oranında, devam eden günlerde verilmesi durumunda ise ceza tutarı tam hali ile uygulanmaktadır. Söz konusu payların süresinde ödenmemesi halinde bu gelirlere 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 51. maddesine göre belirlenen gecikme zammı oranında faiz de ayrıca hesaplanmaktadır (6112 Sayılı Kanun m.42/1-6).

Diğer yandan Üst Kurul Payları Yönetmeliği uyarınca ÜKP'nin temel alınacağı medya hizmet sağlayıcı kuruluşların ticari iletişim gelirleri, söz konusu kuruluşların;

"radyo ve televizyon reklamları, program desteklemesi, tele-alışverişi ve ürün yerleştirmeyi de kapsamak üzere, ekonomik bir faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişinin ürün, hizmet veya imajını, doğrudan veya dolaylı olarak tanıtmak amacıyla tasarlanmış sesli veya sessiz görüntülerin bir ücret veya benzeri bir karşılıkla ya da öz tanıtım amacıyla bir programla birlikte ya da bir program içine yerleştirilerek yayımlanmasının karşılığı olan ticari iletişim bedelleri üzerinden"

belirlenmektedir (m.4/1). İlgili maddenin devamına göre

"Ticari iletişim bedeli, verilen ticari iletişim hizmeti karşılığında, gerçek ve tüzel kişilerden her ne suretle olursa olsun alınan veya bunlar tarafından borçlanılan para, mal ve diğer suretlerle sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaat, hizmet ve değerlerin brüt toplamını ifade eder. Verilen ticari iletişim hizmetine ilişkin olarak tahakkuk ettirilen vade farkı, fiyat farkı, faiz, prim, iskonto, komisyon ve benzeri adlar altında sağlanan her türlü menfaat, hizmet ve değerler (katma değer vergisi hariç) bu bedele dâhildir. Ticari iletişim bedelinin mal, menfaat, hizmet gibi paradan başka değerler olması halinde, ticari iletişim bedeli, ticari iletişim hizmetinin türü, süresi, yayımlandığı program ve saati dikkate alınmak suretiyle, medya hizmet sağlayıcı kuruluşun diğer ticari iletişim için uyguladığı bedeldir"

Yine Üst Kurul Payları Yönetmeliği m.5 uyarınca "medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar, her takvim ayı içinde elde ettikleri ticari iletişim gelirlerini takip eden ayın son gününe kadar Ticari İletişim Geliri Beyannamesi ile beyan ederler". Ticari İletişim Gelirleri Beyannamesinin verilmemesi durumunda ilgili televizyon kuruluşları hakkında 5.000 TL, radyo kuruluşları hakkında 2.500 TL idari para cezası uygulanır. Ayrıca kesilecek idari para cezaları 5326 sayılı Kabahatler Kanunu çerçevesinde tahsil edilmektedir.

"Beyannamenin kanuni süresinden sonraki ilk 30 gün içinde verilmesi hâlinde, bu fıkrada belirlenen ceza tutarı 1/10 oranında, devam eden otuz gün içinde verilmesi hâlinde ceza tutarı 1/5 oranında, devam eden günlerde verilmesi hâlinde ise ceza tutarı tam olarak uygulanır (m.7/1)".

Tüm bu açıklamalardan görüleceği üzere, ÜKP'ye ilişkin beyannamenin süresinde verilmemesi durumunda karşı karşıya kalınacak cezalar, 6112 sayılı Kanun ve Yönetmelik kapsamında aynı (yani paralel) düzenlemelere sahip iken, ilgili beyannamenin hiç verilmemesi durumuna ilişkin yaptırım ise sadece Yönetmelik ile düzenlenmiştir. Her ne kadar 6112 sayılı Kanun'un 41/3.maddesi "...gelirlerin beyanına ve ... alınacak payların ödenmesine ilişkin usul ve esaslar, Maliye Bakanlığının görüşü alınarak Üst Kurulca hazırlanacak yönetmelikle düzenlenir" düzenlemesi içerse de ilgili kanun kapsamında olmayan bir

³⁶ RG: 10.01.1961, 10703.

yaptırımın, yönetmelik kapsamında uygulanması dikkat çekmektedir. Ve ayrıca beyannamenin verilmemesi bir “kabahat” olarak kabul edilmiş ve Kabahatler Kanununa ilişkin genel hükümler çerçevesinde tahsil edileceği ifade edilmiştir. Bu açıdan ilgili yönetmelik düzenlemesinin sebep unsuru olan 6112 sayılı Kanun’da yer almayan bir yaptırımın, yönetmelikte düzenlenmesinin açıkça hukuka aykırı olduğu ifade edilmelidir.

Vurgulamakta fayda vardır ki, bağımsız idari otoritelerin kanundan gelen görevlerine istinaden idari ceza verebilecekleri konusunda herhangi bir tereddüt yoktur. Konuyu izah eden bir Anayasa Mahkemesi kararında³⁷ da ifade edildiği gibi

“özel bir faaliyet alanında kamu düzenini korumak veya belli bir sektörü düzenlemek amacıyla ilgili kanunlarda özel olarak yetkilendirilmiş idari makamlar tarafından verilen idari cezalar “regülatif cezalar”dır. Bu itibarla bağımsız idari otoritelerden olan Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu tarafından özel kolluk veya düzenleme yetkileri kapsamında verilen idari cezalar da bu kategoriye girmektedir.”

Yüce mahkeme kararındaki açıklamaları ile sözü geçen cezaların idare hukuku bağlamında geçerliliği konusunda görüşünü ortaya koymuştur.

Üst Kurul Payları Yönetmeliği uyarınca, beyannamesini vermeyen medya hizmet sağlayıcı kuruluşlara 30 gün içinde söz konusu beyannamesini göndermesi ve tahakkuk eden ticari iletişim gelirlerine ilişkin Üst kurul payının ödenmesi konusu bir yazı ile bildirilir. Yönetmeliğin ilgili hükmü aynen yukarıda alıntılandığı gibi bir anlatım bozukluğuna da sahiptir. Beyannamesini göndermeyen medya hizmet sağlayıcı kuruluşların hesapları Üst Kurulun bildirimine üzerine Hazine ve Maliye Bakanlığınca incelemeye alınır. Bu suretle bulunacak matraha göre hesaplanan ticari iletişim gelirleri üst kurul payı ve faizi ilgili yönetmelik hükümlerine göre tahsil edilir (m.7/2).

Ticari iletişim gelirlerinden Üst Kurula ödenecek pay tutarlarının zamanında ödenmemesi halinde, ilgili kuruluştan, yedi gün süre verilerek 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun m.51 bağlamında tespit edilen “gecikme zammı oranında hesaplanacak faizi ile birlikte ödeme yapması istenir. Verilen sürede ödenmeyen Üst Kurul payı genel hükümlere göre tahsil edilir (m.8/1)”. İlgili yönetmelik m.9 uyarınca

“Üst Kurul, ödenmesi gereken ticari iletişim gelirleri Üst Kurul payının doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak bakımından, medya hizmet sağlayıcı kuruluşların ve aracılık yapanların hesaplarını Hazine ve Maliye Bakanlığı aracılığı ile incelettirebilir. Vergi Usul Kanununa göre vergi inceleme yetkisine haiz olanlar, Üst Kurulun talebi olmaksızın da ticari iletişim gelirleri Üst Kurul paylarının beyan ve ödenmesine ilişkin yükümlülüğün Kanuna ve bu Yönetmeliğe uygun olarak yerine getirilip getirilmediğini inceleyebilir”.

Bu noktada da Yönetmeliğin ilgili maddesi ile söz konusu Kanun’un m.42’de yer alan “...Maliye Bakanlığına bağlı vergi incelemesine yetkili elemanlar tarafından incelendikleri hallerde...” şeklindeki paralel düzenleme, söz konusu gelirlerin “vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülük” kapsamında bir yükümlülük gücünde olduğu kanaatini tekrar vurgulamaktadır.

V. RTÜK PAYLARININ HUKUKİ NİTELİĞİNİN TESPİTİ

Kamu tüzel kişiliğine sahip bir kamu kurumu olarak RTÜK, Anayasal dayanağı olan ve belirli bir hizmet alanının düzenlenmesi ve denetlenmesi ile görevlendirilmiş ve idari örgütlenmede yerini almış bir nev’i özel idari kolluk görevini yürüten bağımsız idari otoritedir³⁸ ve diğer bağımsız idari otoriteler gibi, kamu düzenini sağlamak amacıyla icraî kararlar alma ve bunların uygulanması için gerekli maddi işlemleri yapma ayrıcalığına³⁹ sahiptir.

Hal böyleyken idarî ve malî açıdan bağımsız olan ve regülasyon işlevi gören ve buna dayalı olarak da bireysel kararlar alma ve müeyyideler uygulama yetkisi yanında faaliyet ve görev alanlarında düzenleme yapma yetkisine⁴⁰ de sahip olan RTÜK’ün önemli bir gelir kaynağı olan üst kurul paylarının (ÜKP) Anayasa m.73/3 hükmü bağlamında, bir vergi mi, harç mı, resim mi yoksa “benzeri mali yükümlülük” mü olduğuna ilişkin soruların cevabı⁴¹ taşınması gereken özelliklere göre hukukî olarak doğru konumlandırılmasına bağlıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi’nin de pek çok kararında belirttiği üzere, kamu kurumları tarafından tahsil edilen malî yükümlülüklerin isimleri ne olursa olsun, bunların içerik ve niteliklerine göre değerlendirme yapmak⁴² hukukî niteleme ve konumlandırma için bir zorunluluktur. Yapmak istediğimiz tespit, ÜKP’nin hukukî nitelemesinin, münhasır ve salt bir “pay” olarak mı, yoksa “vergi, resim, harç” ya da “benzeri mali yükümlülük” olarak mı yapılması gerektiğidir.

Söz konusu hukukî niteleme ve konumlandırma çalışmamıza katkı sağlaması açısından ifade edilmelidir ki, RTÜK 6112 sayılı Kanun bağlamında malî ve idarî açıdan özerk ve tarafsız bir kamu tüzel kişisi olarak radyo ve televizyon faaliyetlerini düzenlemek amacıyla kurulmuştur ve bunun için kullanılacak malî kaynakları da tek tek ilgili Kanunda sayılmıştır. Üstelik Kanun, gelir ve cezalarının tahsili ile ilgili icraî nitelikte kararlar vermesine imkân sağlayan ayrıntılı düzenlemeler getirmiştir. Hal böyleyken RTÜK’e bir kamu tüzel kişisi olarak “yasa” ile gelir ve kaynaklar verilmiş, yükümlü olanlar belirtilmiş, tahsil ve denetime

³⁷ AYM, 07.04.2016, E.2015/109, K.2016/28.

³⁸ TİRYAKI, s.202.

³⁹ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.645.

⁴⁰ AYM, 10.07.2013, E.2012/66, K. 2013/85, Muammer TOPAL’ın karşı oy yazısından.

⁴¹ Bu konuda geniş değerlendirme için bkz. YILMAZ, Güneş/BİYAN, Özgür: “Vergi Hukukunda Bir Belirsizlik: “Benzeri Mali Yükümlülük” Kavramı ve Bu Kavram Açısından Bakanlar Kuruluna Verilen Yetkilerin Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi İİB Dergisi, 38(2), 2016, s.335-360.

⁴² GEREK, Şahnaz/AYDIN, Ali Rıza: Anayasa Yargısı ve Vergi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s.30.

ilişkin mekanizmaları düzenlenmiştir. Peki hukukî anlamda temel dayanak olan Anayasada yer alan “vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülük” kavramları ile RTÜK üst kurul payı arasındaki ilişkinin çerçevesi nasıl çizilecektir?

Anayasa'nın 73. maddesinde yer bulan “benzeri mali yükümlülük” açısından konuya bakıldığında söz konusu kavram, “vergi, resim, harç” kelimelerinin devamı niteliğinde kullanılmaktadır, dolayısıyla da ilgili kavramların niteliklerini bünyesinde barındırmakta, ancak bunlardan ayrı bazı nitelik ve özellikleri de içermektedir⁴³. Yani kısaca “benzeri mali yükümlülük” kavramı, vergi, resim veya harcı andırırsa da “kendine özgü” dür ve yine kanunilik ilkesinden etkilenmekte, kamu gücüne dayanılarak uygulanmaktadır. Ayrıca “benzeri mali yükümlülük” kavramı vergi veya harcın bazı özelliklerini bünyesinde barındırmakla birlikte, vergi ve harçtan farklı olarak genel bütçe dışında bir kaynaktır⁴⁴. Yani vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin müşterek özellikleri, yasayla vücut bulabilmeleri ve kamu gücüne dayanılarak lüzumunda cebri olarak alınmalarıdır⁴⁵. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesinin bir yükümlülüğün “benzeri mali yükümlülük” addedilmesinde aradığı ve tespit ettiği temel kıstasın “kamu gücüne dayalı olarak, gerektiğinde zorla alınabilmesi” olduğu görülmektedir⁴⁶. Malum olduğu üzere, vergi, resim, harç kavramlarının maliye literatüründe tanımları “benzeri malî yükümlülükler” nazaran net ve açıktır denilebilir. Oysa “benzeri malî yükümlülük” kavramı konusunda AYM kararlarında dahi bir görüş birliği olduğunu ifade etmek güçtür. Genel kabul gören görüş, Anayasada ifadesini bulan malî yükümlülüklerin ortak özelliklerinin, kanunla vücut bulmaları ve kamu gücüne dayanılarak gerektiğinde cebren tahsilidir. Bu açıdan, “benzeri malî yükümlülükler” kimi zaman vergi, harç ve resmin niteliğini ayrı ayrı gösterirken, bazen de “verginin, harç ve resmin” ortak unsurlarını taşıyabiliyor olması bakımından girift bir kavramdır. Vergi dışındaki malî yükümlülüklerde bazı yönlerden de olsa karşılık ve faydalanma ilkesi geçerli olur. Çünkü bu yükümlülüklerle konu olan hizmetlerden kişilerin faydalandırılması ve bu açıdan da mali bir karşılığa dayandırılabilmesi imkânı vardır⁴⁷. AYM bir kararında,

“Haklarında tedrici tasfiye veya iflas kararı verilen aracı kurumların yaptıkları sermaye piyasası faaliyetleri ve işlemleri nedeniyle müşterilerine karşı hisse senedi işlemlerinden doğan nakit ödeme ve hisse senedi teslim yükümlülüklerini yerine getirmek ve tasfiye giderlerini karşılamak amacıyla kurulan Yatırımcıları Koruma Fonu'na aracı kuruluşlarca yapılacak yıllık ödentiler, Anayasa'nın 73. maddesinde yer alan “vergi ve benzeri mali yükümlülük”ler kapsamına girmemektedir.”

açıklamasına yer vermiştir⁴⁸. Dolayısıyla doktrindeki tanımlamaya göre “benzeri malî yükümlülük”, “yapılan kamu hizmetleri karşılığında ya da bir hizmet karşılığı olmaksızın, yasadaki belirtilen amaca uygun olarak, ilgili kurum ya da kuruluşun giderlerini karşılamak üzere, kamu gücüne dayanılarak tahsil edilen ve genel bütçe gelirleri arasında yer almayan ve yasayla konulması gereken; vergi, harç ve resmin belirli bir ya da birkaç özelliğini bünyesinde taşıyan malî yükümlülüktür”⁴⁹.

Tüm bu açıklama tespit ve tanımlamalar bağlamında inceleme konumuz olan “medya hizmet sağlayıcılarının, program destekleme gelirleri hariç aylık brüt ticarî iletişim gelirlerinden ayrılacak %1,5 paylar” olarak 6112 sayılı Kanun'da ifadesini bulan gelir kaynağı değerlendirilmek istendiğinde, bu gelir kaynağının medya hizmet sağlayıcıları için “yasayla konulan” ve “kamu gücüne dayalı” olarak tahsil edilen bir “benzeri malî yükümlülük” mahiyetinde olduğu ifade edilebilir. Üstelik yine Kanun gereği, vadesinde ödenmeyen Üst Kurul gelirleri genel düzenlemelere göre, yani icra yoluyla tahsil edilmekte ve 6183 sayılı Kanuna göre (m.51) tespit edilmiş gecikme zammı oranında fer'i nitelikteki malî yükümlülüğe konu edilmektedir. Diğer taraftan RTÜK üst kurul paylarının, ticari kazancın (brüt) belli bir yüzdesi olarak belirlenmiş oran üzerinden tahsil ediliyor olması, bu payların nev'nin ilk bakışta “ticari kazancın vergilendirilmesine” benzer bir “vergi” türü olduğu kanaatini oluşturabilirse de, derinlemesine ve dikkatli değerlendirildiğinde bunların “genel bütçe içinde yer almaması ve tüm kamusal harcamaları karşılama amacı gütmemesi”, yalnızca belirli bir sektör ya da alanda düzenleme ve denetleme görevini yerine getirecek kamu kurumlarının giderlerini karşılamak amacıyla yönelik olması bakımında “vergi” olmadıkları da ortaya

⁴³ Sayın Oktar'ın da ifade ettiği gibi, “Vergi- resim, harç- benzeri mali yükümlülükler” Anayasanın m.73/3-4'de yer almakla birlikte, nelerden ibaret olduğu açıklanmamaktadır. Bunların parafiskal yükümlülüklerden ibaret olduğu gibi bir kullanıma da rastlanırsa da, bunlardan çok daha geniş bir anlam ve içeriğe sahip olduğu bilinmektedir. Buna göre, Anayasa m.73/3-4'ün yarattığı *sui generis* bir kavram olarak, Anayasal Vergi-Resim- Harç- Benzeri Mali Yükümlülükler= Parafiskal Yükümlülükler (Mesleki Yükümlülüklerle, Sosyal Güvenlik Yükümlülükleri, Fon Yükümlülükleri) + Diğer Vergi Benzerleri (Şerefiyeler, Harcamalara Katılma Payları) şeklinde ifade edilebilir (OKTAR, Ateş: “Vergi Benzeri Mali Yükümlülükler Ek Mali Yükümlülükler ve Bir Totolojik Düzenlemenin Analizi”, İ.Ü. İktisat Fakültesi, Maliye Araştırmaları Merkezi Konferansları, 37. Seri/ Yıl 1996/1997, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/7373>, s.172.).

Sayın KANETİ/EKMEKÇİ/GÜNEŞ/KAŞIKCI eserlerinde, Anayasa m. 73 düzenlemesi temelinde konuyu, genelden farklı olarak “vergiler ve vergilerin dışındaki malî yükümlülükler (harçlar, resimler, harcamalara katılma payları, diğer malî yükümlülükler)” şeklinde tasniflendirecek ele almayı tercih etmişlerdir ki, bu anlamda “benzeri malî yükümlülüğün” öneminin azaltılmakta olduğunu ifade etmemiz yanlış olmaz (Bkz. KANETİ, Selim/EKMEKÇİ, Esra/GÜNEŞ, Gülsen/KAŞIKCI, Mahmut: Vergi Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022, 2. Baskı, s.3-10.

⁴⁴ NADAROĞLU, Halil: Kamu Maliyesi Teorisi, Beta Yayınları, İstanbul 2000, s.202. EDİZDOĞAN, Nihat/ÇETİNKAYA, Özhan/GÜMÜŞ, Erhan: Kamu Maliyesi, Ekin Yayınları, Bursa 2017, s.347.

⁴⁵ Sayın Sayar'ın 1975 yılında yayımlanmış eserinde konunun “vergiye benzer harçlar” başlığı altında anlatıldığı ve “benzeri malî yükümlülük” kavramına yer verilmediği görülmektedir. Oysa ki 1961 Anayasası m.61/2'de “Vergi, resim, harçlar ve benzeri malî yükümler ancak Kanunla konulur” denilerek ilgili kavrama yer verilmiştir (SAYAR, Nihad: Kamu Maliyesi I-II, Sermet Matbaası, İstanbul 1975, 247-248).

⁴⁶ YILMAZ/BİYAN, s.346.

⁴⁷ AYM, 07.04.2004, E.2004/21, K.2004/48.

⁴⁸ AYM, 26.12.2003, E.2000/8, K.2003/104. Ayrıca bkz. AYM 03.04.2013, E.2011/142, K.2013/52.

⁴⁹ YILMAZ/BİYAN, s.348.

çıkacaktır.

Diğer taraftan bakılacak olursa, bireylerin bir kamu kurumu hizmetinden faydalanmaları veya bireylere kamu eliyle özel bir fayda sağlanması ve/ ya da kamu kurumlarının bireylerin özel bir işiyle uğraşması karşılığında yapılan ödeme olarak tanımlayabileceğimiz harç⁵⁰ ile de kıyasladığımızda burada sıralanan özellikleri karşılamadığından “harç” olarak kabulü de mümkün görünmemektedir. Aynı tespiti “kamusal harcamaların finansmanı için, belirli bir hizmetin veya işin görülmesi için yetkili makamlarca verilen iznin karşılığında alınan para” olarak tanımlanan “resim” için de yapmak mümkündür. Böylece ÜKP niteliğindeki gelirler özel bütçe içinde de yer almayan, dolayısıyla “vergi, resim ve harç” olarak nitelendirilmesi teorik olarak mümkün olmayan bir türdür tespitini yapmak yanlış olmayacaktır. Burada unutulmaması gereken husus, inceleme konumuz RTÜK’ün ÜKP’sine ilişkindir. Dolayısıyla bu tespitlerimiz yalnızca ÜKP için geçerlidir, diğer gelir türleri ayrı çalışmaların konusunu oluşturmaktadır.

Yukarıda hem hukukî hem de idarî yapılanmadaki yerini tartıştığımız ve son dönemde devletin büründüğü ekonomik ve politik rol ile ekonomik gelişme ve ilerlemeler çerçevesinde yerini bulan ve şekillenen söz konusu bağımsız idari otoriteler, yine merkezi yönetim bütçesi içinde üçüncü ayağı oluşturan “düzenleyici ve denetleyici kurumlar bütçesi” olarak bir bütçe içerisinde kendi bütçeleri ile anılmaktadırlar⁵¹.

Bu tespitlerden ifade edilebilir ki ÜKP’lerin “benzeri malî yükümlülük” kapsamında kabul edilmesi teorik açıdan en doğrusu olacaktır. Zira, malî yükümlülüklerdeki tüm ortak yönler ve yukarıda açıklanan farklılıkları baz alarak yapılan tanımlama uyarınca, yapılan bir kamu hizmeti karşılığı olmaksızın, kanunda belirlenen gayeye uygun olarak, ilgili kurum/ kuruluşun giderlerini karşılamak üzere, kamu gücüne dayanılarak tahsil edilen ve genel bütçe gelirleri arasında yer almayan ve kanunla vücut bulması gereken; verginin, harcın ve resmin belirli bir yahut birkaç niteliğini bünyesinde barındıran malî yükümlülük olarak tanımlanabilen “benzeri malî yükümlülük” kategorisinde değerlendirilmesi isabetli olacaktır. Nitekim değişen ve gelişen teknolojik ve ekonomik ilerlemeler ve ekonomik sistemde devletin rollerindeki değişimlerle, radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetlerinin düzenlenmesi ve denetlenmesi ile ifade ve haber alma özgürlüğünün sağlanması amacıyla merkezi yönetim içerisinde yeni tür kamu tüzel kişisi olarak RTÜK de kamusal hizmet sunmaktadır (Nitekim tanımımız gereği bir hizmet karşılığı olması da şart değildir). Yine söz konusu gelire ilişkin Vergi Usul Kanununa ilişkin bazı hükümlerin uygulanabileceği de kendi yasasında yukarıda ayrıntılı yer verildiği üzere açıkça yer almaktadır.

Bu tespitimizi destekler mahiyette Anayasa Mahkemesi Kararlarından da bahsetmek yerinde olacaktır. Öncelikle 2018 yılına ait bir AYM Kararında

“genel sağlık sigortası primini, kamu gücüne dayalı olarak tek taraflı bir iradeyle ve zorla alınması nedenleriyle Anayasa’nın 73. maddesinde belirtilen “benzeri malî yükümlülük” kapsamında ödenen bir kamu geliri niteliğinde⁵²

olduğu belirtilmiştir. Yine AYM tarafından verilen başka bir kararda, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu’nun iletim ek ücreti konusunda aşağıdaki gerekçe ve açıklamalarla “vergi, resim, harç benzeri malî yükümlülük” kavramı içinde değerlendirilebilecek bir kamu geliri niteliği taşıdığını” belirtmiştir. Bu bağlamda gerekçe olarak da,

“iletim ek ücretinin iletim tarifesi üzerinden EPDK tarafından kamu otoritesi kullanılarak, yıllık belirlenen iletim ek ücreti oranına göre alınması, iletim ek ücretinin alınıp alınmaması noktasında kullanıcıların bir iradesinin olmaması, elektrik enerjisinin iletim faaliyeti ile ilgili maliyet ve hizmet bedeli olmaması nedeniyle karşılığının bulunmaması hususları göz önünde bulundurulduğunda iletim ek ücretinin vergiye benzediğini ve ancak iletim ek ücretinin belirli bir kamu hizmeti olan elektrik hizmeti ile ilgili olarak, iletim tarifesi kapsamında iletim sistemini kullanan üreticilerden ve tüketicilerden alınması hususu dikkate alındığında ise, iletim ek ücretinin “vergi” olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı”

belirtmiştir⁵³. Bu bağlamda elektrik piyasasının düzenleyici-denetleyici kuruluşu niteliğindeki EPDK’nın gelir kaynaklarından olan ve malî yükümlülük içeren “iletim ek ücretinin” elektrik enerjisinin iletim sistemi üzerinden naklinden yararlanan tüm kullanıcılara iletim tarifesi kapsamında yansıtılmasına olanak sağlayan kuralın, kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında kanunla düzenlendiğinden “verginin yasallığı” ilkesine de aykırılık teşkil etmediği, üstelik devletin temel amaç ve görevlerini kaleme alan Anayasa m.5’e de uygun olduğunu ilgili kararında AYM ayrıca belirtmektedir.

2014 yılına ilişkin bir başka AYM kararında ise, 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun m.5’e göre,

“yapı denetimi hizmet sözleşmelerinin yapılmasını ve uygulamasını; anılan maddenin 6. fıkrası ise yapı denetimi hizmet bedellerinin emanet nitelikli hesaba yatırılmasını ve bu hesaptan ruhsat veren idare ile Çevre ve Şehircilik Bakanlığı bünyesinde bulunan döner sermaye işletmesinin hesabına aktarılacak oranları”

düzenlemektedir. Bu bağlamda 5. maddenin 6. fıkrasında yapılan değişiklik ile “yapı denetimi hizmet bedellerinden ruhsatı veren idare veya Bakanlık hesabına yapılan kesinti oranının %1’den %3’e çıkarılmasını” öngören kuralın Anayasaya aykırılığını tartışmış ve bu tartışma esnasında şu tespitlerde bulunulmuştur⁵⁴:

⁵⁰ AYM, 26.01.2011, E.2009/42, K.2011/26.

⁵¹ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.645; NADAROĞLU, s.202.

⁵² AYM, 28.02.2018, E.2017/117, K.2018/28.

⁵³ AYM, 28.12.2017, E.2016/150, K.2017/179.

⁵⁴ AYM, 03.04.2013, E.2011/142, K.2013/52; Benzer bir karar için bkz. AYM, 29.01.2014, E.2013/66, K.2014/19.

“Anayasal denetimin yapılabilmesi için öncelikle dava konusu kural ile oranı yükseltilecek payın ismine bakılmaksızın içeriğinin ve hukuksal niteliğinin saptanması gerekmektedir. Vergi; kamu giderlerini karşılamak amacıyla yasalarla gerçek ve tüzel kişilere mali güçlerine göre getirilen bir yükümlülüktür. Belirli bir hizmetten doğrudan yararlanma karşılığı olmayan vergi tüm kamu hizmetleri için yapılan giderlere ortak katılma payıdır. Harç; kimi kamu hizmetlerinden yararlanmanın karşılığı olarak tahsil edilen kamu gelirleridir. Ödenen vergiler bakımından, vergi mükelleflerinin bireysel bir hizmet ya da karşılık talep etme haklarının bulunmamasına karşın, harçlar belirli bir kamu hizmetinden yararlanmanın (tapu, pasaport gibi) karşılığıdır.

Resim; bir iş ya da faaliyetin yapılmasına yetkili kuruluşlar tarafından izin verilmesi dolayısıyla yapılan bir ödeme şeklinde tanımlandığı gibi harca benzer biçimde kamu kuruluşlarında görülen hizmetin ve yapılan giderlerin karşılığı olarak yalnız o işle ilgili gerçek ve tüzel kişilerden sağlanan gelirler şeklinde de açıklanmaktadır.

Vergi, resim, harç benzeri mali yükümlülük ise; kişilerden yapılan kamu hizmetleri karşılığında ya da bir hizmet karşılığı olmaksızın kamu gücüne dayanılarak alınan paralardır. Benzeri mali yükümlülük kimi zaman vergi, harç ve resimin özelliğini ayrı ayrı yansıtırken kimi zaman da verginin, harç ve resimin ortak öğelerini taşıyabilir. Dava konusu kural ile oranı artırılan pay, Devlet tarafından yerine getirilmesi gereken yapı denetiminin özel hukuk tüzel kişiliği olan yapı denetim kuruluşları aracılığıyla yapılmasına izin verilmesi karşılığı alınmaktadır. Denetim yetkisinin devri niteliğindeki bu iznin verilmemesi durumunda belirtilen kuruluşların denetim yapamayacakları açıktır. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından verilen izne dayalı bir faaliyet olan yapı denetimi hizmetlerinden elde edilen gelirin bir yüzdesinin idare payı olarak alınması şeklindeki yükümlülük, vergi kavramı ile tam olarak örtüşmemektedir. Bir izne dayalı faaliyetten alınması nedeniyle resme, il muhasebe birimlerinde açılacak hesaba yatırılmasından sonra % 3’ünün ruhsat veren idareye, (valilik veya belediye) % 3’ünün ise genel bütçeli idare olan Çevre ve Şehircilik Bakanlığı bünyesinde bulunan döner sermaye işletmesine aktarılması nedeniyle vergiye benzemektedir. Kamu gücüne dayalı olarak, tek taraflı bir iradeyle alınan söz konusu pay, belirtilen özellikleriyle itibarıyla Anayasa’nın 73. maddesinde belirtilen “benzeri mali yükümlülük” kavramı içinde değerlendirilebilecek bir kamu geliri niteliği taşımaktadır.

Anayasa’nın 73. maddesinin üçüncü fıkrasında; vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulacağı, değiştirileceği veya kaldırılacağı kuralı yer almaktadır. “Verginin yasallığı” ilkesi olarak da nitelendirilen bu kural gereği, vergilendirme yetkisi sadece yasama organına aittir. Kanun koyucunun herhangi bir şekilde vergi, harç, resim ve “benzeri yükümlülüklerin” konusunu, miktar ve oranını ve yükümlüsünü belirleme noktasında yürütmeyi yetkilendirmesi, açıkça yasama yetkisinin devri sonucunu doğuracaktır”.

Benzer bir tespit ile aynı sonuca AYM,

“yurt dışına çıkış yapan vatandaşlardan harç adı altında alınması öngörülen tutarın, kamu gücüne dayalı olarak, tek taraflı bir iradeyle alındığı hususları gözetildiğinde Anayasa’nın 73. maddesinde belirtilen “vergi, resim, harç benzeri mali yükümlülük” kavramı içinde değerlendirilebilecek bir kamu geliri niteliği taşıdığı”

açıklaması ile varmaktadır. Yine bir başka kararında AYM,

“İdareden alınan izin çerçevesinde yürütülen kılavuzluk ve römorkaj hizmetlerinden elde edilen gelirin aylık gayri safi tutarının belli bir yüzdesinin Devlet payı olarak alınması şeklindeki itiraz konusu kuralla öngörülen yükümlülük, vergi kavramı ile birebir örtüşmeyen, bir izne dayalı faaliyetten alınması nedeniyle resme, genel bütçeli idare saymanlıklarınca tahsil edilerek yarısının genel kamu hizmetleri için kullanılması ve diğer yarısının da kendisi de genel bütçeli idare olan Denizcilik Müsteşarlığı bünyesinde faaliyet gösteren Denizcilik Müsteşarlığı Döner Sermaye İşletmesi’ne aktarılması nedeniyle de vergiye benzemektedir. Kamu gücüne dayalı olarak, tek taraflı bir iradeyle ve gereğinde zorla alınan söz konusu pay, belirtilen özellikleriyle “benzeri mali yükümlülük” kavramı içinde değerlendirilebilecek bir kamu geliri niteliği taşımaktadır.”

açıklaması ile RTÜK ÜKP’nin Anayasal vergileme ilkeleri bağlamında ortaya koyduğumuz görüşe benzer açıklama ile “benzeri mali yükümlülük” niteliğine haiz bir kamu geliri olduğunu ortaya koymuştur⁵⁵.

VI. SONUÇ

Kamu tüzel kişiliğine sahip anayasal bir kurum niteliğinde olan RTÜK, idari yapılanma içinde radyo ve televizyon faaliyetlerini düzenlemek ve denetlemekle görevli ve idari örgütlenmede bir tür özel bir idari kolluk görevini yürüten bağımsız idari otorite olarak yer almaktadır. Diğer düzenleyici ve denetleyici kurumlar gibi kamu düzenini sağlamak amacıyla icraî kararlar almakta ve bunların uygulanması için gerekli maddi işlemleri yapabilmektedir. Görevini sürdürebilmesi için kendi gelirlerine sahip olan RTÜK’ün en önemli finansman kaynaklarından biri de medya hizmet sağlayıcılarının, program destekleme gelirleri hariç

⁵⁵ AYM, 07.04.2004, E.2004/21, K.2004/48. Karara karşı oy olarak, “Anayasa’nın Vergi Ödevi başlıklı 73. maddesinde de vergi resim harç ve benzeri mali yükümlülüklerin konulması değiştirilmesi ve kaldırılmasında hukuk devletinde uyulması gereken ilkeler belirlenmiştir. Bu ilkelerin temel amacı adaletli bir hukuk düzeni kurmaktır. İtiraz konusu kuralla özel hukuk tüzel kişilerine bir kamu hizmetinin görülmesine izin verilmesinin karşılığı bu işten elde ettikleri aylık gayrisafi hasıllardan belli bir oranda pay alınmaktadır. Anayasa’nın 73. maddesinin birinci fıkrasında herkesin mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlü olduğu kuralı, kamu alacağının tesbiti ve tahsilini yasa koyucunun mutlak takdirine bırakmayan, hukuk devletinin gereklerine uyulması amacını sağlamaya yönelik adil bir ölçüttür. Kuralın 73. maddenin birinci fıkrasında belirtilmiş olması aynı madde kapsamındaki diğer kamu alacaklarının bu kuralın dışında kaldığı anlamına gelmez. O halde değinilen madde kapsamında mali yükümlülüğü Anayasa Mahkemesi kararıyla belirlenen pay’ın da mali güce göre alınması Anayasa’nın 2. ve 73. maddesi gereğidir”. (Tülay Tuğcu ve Fazıl Sağlık tarafından verilen azlık oy). Sayın Öztürk, RTÜK’nun Üst Kurul gelirlerinin “vergi benzeri mali yükümlülük” niteliğinde olduğunu tespit ettikten sonra, bu gelirlerle ilişkin aşağı ve yukarı hadlerin kanun ile düzenlenmemiş olmasının ve bunu belirleme yetki ve görevinin RTÜK’e bırakılmış olmasının Anayasa’nın 73. maddesi bağlamında kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiğini belirtmiştir (ÖZTÜRK, İlhami: Vergi Benzeri Mali Yükümlülükler, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s.258).

aylık brüt ticarî iletişim gelirlerinden tahsil edilen %1,5 paylardır.

Söz konusu payların gelir (vergi) hukuku açısından konumlandırılmasına yönelik çalışmamızda tespit edildiği üzere, söz konusu paylar ne vergi ne harç ve resim mahiyetindedir. Her ne kadar onların özelliklerinin bir ya da birkaçını taşısa da aslında kendine has bir gelir türü olarak, “benzeri mali yükümlülük” kapsamında olduğu anlaşılmaktadır. Doğrudan bir kamu hizmet karşılığında olmaması, sadece yasada belirtilen amaca uygun olarak kullanılabilmesi, öte yandan kamu gücü bağlamında tahsil edilmesi ve fakat “genel bütçe gelirleri” arasında yer almaması en belirgin özellikleri olarak belirginleşmektedir. Dolayısıyla üst kurul paylarının gerek kendi yasal düzenlemeleri gerekse İdare ve Vergi Hukuku bağlamında açıkladığımız ilkeler bağlamında, “benzeri mali yükümlülük” kategorisinde hukuki konumlandırılmasının yapılmasının daha uygun ve doğru olacağı kanaati hasıl olmuştur.

KAYNAKÇA

- ASLAN, Gündüz Alp: “Türk Hukukunda Bağımsız İdari Otoritelerin Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi ve Yetki Unsurundaki Sakatlığın Düzenleyici İşleme Etkisi”, AÜHFD, 65(3), 2016, s.577-632.
- ATAY, Ethem: ‘Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması’, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, X(1,2), 2006, s.259-293.
- OKTAR, Ateş: “Vergi Benzeri Mali Yükümlülükler Ek Mali Yükümlülükler ve Bir Totolojik Düzenlemenin Analizi”, İ.Ü. İktisat Fakültesi, Maliye Araştırmaları Merkezi Konferansları, 37. Seri/Yıl 1996/1997, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/7373>, s.155-189.
- AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ, <https://www.yargitay.gov.tr/documents/AIHM.pdf>, (Erişim: 22.02.2021).
- BAŞBAKANLIK KANUNLAR VE KARARLAR GENEL MÜDÜRLÜĞÜ, “Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar Hakkında Kanun Tasarısı”, https://www.tspb.org.tr/wp-content/uploads/gmektuplar/gMektup_241_ek2.pdf, (Erişim: 27.03.2021).
- EDİZDOĞAN, Nihat/ÇETİNKAYA, Özhan/GÜMÜŞ, Erhan: Kamu Maliyesi, Ekin Yayınları, Bursa 2017.
- ERGÜN, Çağdaş Evrim: “Türkiye ve Avrupa Birliğinde Enerji Alanındaki Bağımsız İdari Otoriteler”, TBB Dergisi, 17(50), 2004, s.45-60.
- GEREK, Şahnaz/AYDIN, Ali Rıza: Anayasa Yargısı ve Vergi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.
- GÖZLER Kemal: İdare Hukuku, İkinci Baskı, Cilt I, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2009.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, TAN Turgut: İdare Hukuku Cilt I, Genel Esaslar, Güncellenmiş 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.
- GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 8. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara 2003.
- İLİMAN, Tarık/TEKELİ, Recep: “Türkiye’de Düzenleyici ve Denetleyici Kuruluşlar: İdari Para Cezalarının Hukuksal Zeminlerinin Değerlendirilmesi”, Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 3(1), 2017, s.23-36.
- KANETİ, Selim/EKMEKÇİ, Esra/GÜNEŞ, Gülsen/KAŞIKCI, Mahmut: Vergi Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022.
- NADAROĞLU, Halil: Kamu Maliyesi Teorisi, Beta Yayınları, İstanbul 2000.
- NOHUTÇU, Ahmet: İdare Hukuku, 20. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2016.
- RTÜK Faaliyet Raporları, <https://www.rtuk.gov.tr/faaliyet-raporlari-3696>; <https://www.rtuk.gov.tr/Media/FM/Icerik/STRATEJ%C4%B0%20FAAL%C4%B0YET%20RAPORLARI/2022raporu.pdf>.
- SAYAR, Nihad: Kamu Maliyesi I-II, Sermet Matbaası, İstanbul 1975.
- SEVER, D. Çiğdem: “Türkiye’de Düzenleyici Kurumların Yapısı, İşlevi ve Dönüşümü”, AÜHFD, 64(1), 2015, s. 195-236.
- SEZEN, Seriya: Türk Kamu Yönetiminde Kurullar: Geleneksel Yapılanmadan Kopuş, TODAİE Yayın No: 316, Ankara 2003.
- TEKİNSOY, M. Ayhan: “Bağımsız İdari Otoriteler ve Regülasyon Anlayışı-Tartışmalar, Sorunlar”, Ankara Barosu Dergisi, 65(2), 2007, s.119-134.
- TİRYAKI Refik: “Bağımsız İdari Kurum Olarak RTÜK”, AÜHFD, 51(4), 2002, s.169-205.
- ÖZTÜRK, İlhami: Vergi Benzeri Mali Yükümlülükler, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- UĞUR, Hüsamettin: “Türkiye’nin Yolsuzlukla Mücadele Enstrümanları”, TBB Dergisi, 24(98), 2012, s.342-344.
- ULUSOY, Ali: “Bağımsız İdari Kurumlar”, Danıştay Dergisi, 29(100), 1999, s.3-12.
- YILMAZ, Güneş/BIYAN, Özgür: ‘Vergi Hukukunda Bir Belirsizlik: “Benzeri Mali Yükümlülük” Kavramı ve Bu Kavram Açısından Bakanlar Kuruluna Verilen Yetkilerin Değerlendirilmesi’, Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, 38(2), 2016, s.335-360.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Güneş YILMAZ ve Özgür BIYAN, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Güneş YILMAZ and Özgür BIYAN who are the authors, have not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazarlar tarafından birlikte hazırlanmıştır. | This article has been co-written by the authors.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazarlar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the authors.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazarlar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The authors declare that they comply with the scientific, ethical, and quotation rules of İnULR in all processes of the paper and that they do not make any falsification of the data collected. In addition, they declare that İnonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnonu University Law Review.

MİRASTAN FERAGAT SÖZLEŞMESİNDEN MİRAS SÖZLEŞMESİNE ÖZGÜ SEBEPLERLE DÖNME

RECISSION OF THE INHERITANCE RENUNCIATION CONTRACT FOR REASONS SPECIFIC TO THE INHERITANCE CONTRACT

Dilşah Buşra KARTAL*  

[10.21492/inuhfd.1245952](https://doi.org/10.21492/inuhfd.1245952) 

Makale Bilgi

Gönderi: 01/02/2023
Kabul : 27/04/2023

Anahtar Kelimeler

Mirastan Feragat,
Miras Sözleşmesi,
Sözleşmeden Dönme.

Article Info

Received: 01/02/2023
Accepted: 27/04/2023

Keywords

Renunciation of
Inheritance,
Inheritance Contract,
Recission of Contract.

Özet

Mirastan feragat sözleşmesi mirasbırakan ve mirasçı arasında resmi vasiyetname şekline uyularak düzenlenen bir sözleşmedir. Bu sözleşmeye göre feragat eden kişi, mirasbırakanın mirasından pay alamaz. Yani feragat eden, beklenen mirasçı sıfatını kaybeder. Mirastan feragat sözleşmesi ivazlı veya ivazsız olarak düzenlenebilir. Mirastan feragat sözleşmesi olumsuz miras sözleşmesi niteliğinde olduğu için miras sözleşmelerine ilişkin hükümler de bünyesine uygun düştüğü ölçüde mirastan feragat sözleşmesine uygulanır. Miras sözleşmeleri iki taraflı işlemler oldukları için vasiyetnamelerden farklı olarak tek taraflı şekilde ortadan kaldırılmaları kural olarak mümkün değildir. Ancak kanunkoyucu Türk Medeni Kanunu'nun 546. ve 547. maddelerinde miras sözleşmelerinin tek taraflı irade açıklaması ile ortadan kaldırılmasına imkan tanımıştır. Çalışmamız kapsamında söz konusu düzenlemelerin mirastan feragat sözleşmesine ne şekilde uygulanacağı incelenmektedir. Bu kapsamda mirastan feragat sözleşmesinin miras sözleşmesine özgü sebeplerle, tarafların tek taraflı irade açıklaması ile sona erdirilmesine ilişkin şartlar ve sona ermenin hükümleri değerlendirilmiştir. Bunlara ek olarak mirasbırakana mirastan feragat sözleşmesinden serbestçe dönme hakkının tanınıp tanınmayacağı da açıklanmıştır.

Abstract

The inheritance renunciation contract is a contract between the legator and the heir in accordance with the form of an official will. According to this contract, the renunciant cannot receive a share from the inheritance of the legator. In other words, the renunciant loses the title of expected heir. The inheritance renunciation contract can be arranged with or without consideration. Since the inheritance renunciation contract is in the nature of a negative inheritance contract, the provisions regarding the inheritance contracts are also applied to the inheritance renunciation contract to the extent that it is suitable for its structure. Since inheritance contracts are bilateral transactions, unlike wills, as a rule, it is not possible to nullify them unilaterally. However, the legislator allowed the nullification of inheritance contracts with the unilateral declaration of will in Articles 546 and 547 of the Turkish Civil Code. Within the scope of our study, it is examined how these regulations will be applied to the inheritance renunciation contracts. In this context, the conditions regarding the termination of the inheritance renunciation contract with the unilateral declaration of will of the parties based on the reasons specific to the inheritance contracts and the provisions of the termination have been evaluated. In addition to these, it has also been explained whether the right to freely terminate the inheritance renunciation contract can be granted to the legator.

 Bu eser [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır.

*Dr. Öğr. Üyesi., Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** KARTAL Dilşah Buşra, "Mirastan Feragat Sözleşmesinden Miras Sözleşmesine Özgü Sebeplerle Dönme", İnÜHFD, 14(1), 2023, s.209-217. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

The inheritance renunciation contract is a testamentary disposition signed between the testator and the future heir about the renunciation of the entire or a part of the expected inheritance rights. The inheritance renunciation contract is of the nature of a negative testamentary disposition. It can be done either with or without consideration (Art. 528/I of the TCC). In both cases, the renouncing party will lose the status of an heir. When the testator dies, the renouncing party is considered to have died before the testator and does not have any rights over the inheritance and is not held responsible for the testator's debts. The inheritance renunciation contract is a bilateral legal transaction and cannot be unilaterally revoked as a rule. However, if certain legal reasons exist, it can be unilaterally revoked. The legislator has regulated the reasons for rescission specific to positive and negative testamentary dispositions in the provisions of Art. 546-547 and 574 of the TCC.

In testamentary dispositions, the testator may reserve the right to rescind the contract. The inheritance renunciation contract constitutes a favourable situation for the testator in terms of increasing his dispositive rate, so it is not a common situation for the testator to reserve the right to rescind the contract, especially in the case of renunciation without consideration. On the other hand, in the case of renunciation with consideration, there may be a legal interest for the testator who does not want to be bound by the performance of the consideration to reserve the right to rescind the contract.

If the beneficiary of the testamentary disposition engages in a behaviour that constitutes a reason for disinheritance after the contract is made, the testator may unilaterally rescind the contract in conformity with one of the forms provided for wills (Art. 546 of the TCC). The right to rescind based on disinheritance reasons is regulated by considering positive testamentary dispositions. In an inheritance renunciation contract without consideration, the testator cannot use the right to rescind based on the reasons for disinheritance since the renouncing party has already lost the status of an heir. In the case of an inheritance renunciation contract with consideration, the testator may rescind the contract and ask for the return of the performed consideration under the provisions of unjust enrichment. After rescission, the renouncing party will restore the status of an heir. However, the testator will have the right to disinherit him/her again based on the reasons for disinheritance. As a result, the heir status will be abolished without any consideration.

According to Art. 546 of the TCC, the testator may rescind the contract based on the two disinheritance reasons regulated in Art. 510 of TCC. These are the commission of a serious crime against the testator or one of the testator's close relatives and the failure to fulfil the obligations arising from family law to a significant extent, against the testator or members of the testator's family. The behaviour constituting the reason for disinheritance must occur after the inheritance renunciation contract has been signed.

The testator may use the right to rescind based on the reasons for disinheritance in compliance with one of the forms provided for wills (Art. 546/III of the TCC). No notification to the other party is required for the validity of the rescission. However, according to the good faith principle, a notification must be sent to the other party with the information that the right has been exercised. Otherwise, negative damages suffered by the other party due to the rescission must be compensated.

If the inheritance renunciation contract with consideration is concluded validly, the renouncing party acquires the right to demand the performance of the consideration. According to Art. 547 of the TCC, the party who has the right to demand performance of the obligation in an inheritance contract can rescind the contract under the rules of the law of obligations if the obligation is not performed or secured properly. This provision can also be applied to inheritance renunciation contracts. On the other hand, it is not possible to apply this rule in case of an inheritance renunciation contract without consideration. The reference to the rules of the law of obligations is general and covers not only the rescission of the contract but also other alternative rights arising from the default of the debtor. The failure to perform an obligation constitutes default in the sense of the law of obligations. Therefore, the provisions regulating the default under Art. 117 et seq. of the TCO are applied. As a rule, a notice of default must be served on the debtor (Art. 117/I of the TCO). If the due date has been determined, the default will occur without notice after the date has passed (Art. 117/II of the TCO). As a rule, the right to rescind the contract arises when the renouncing party gives a reasonable additional period for performance and the obligation is still not performed at the end of this period (Art. 123, Art. 125 of the TCO). However, if it is understood that giving an additional period would be ineffective due to the testator's situation or attitude or if there is no longer any benefit for the performance for the renouncing party or if a definite due date has been set for performance, the right to rescind the contract can also be used without giving an additional period (Art. 124 of the TCO). In a valid inheritance renunciation contract, the renouncing party uses the right to rescind the contract with a notification directed to the testator.

After the rescission, the inheritance renunciation contract and the mutual performance obligations arising therefrom come to an end. As a result, the renouncing party regains the status of an heir. Partially performed obligations must be returned. If the default of the testator is a result of his/her fault, he/she is obliged to compensate the damages the other party suffered.

I. GİRİŞ

Mirastan feragat sözleşmesi, mirasbırakan ve feragat eden müstakbel mirasçı arasında imzalanan ve feragat edenin beklenen miras hakkının tamamı veya bir kısmından feragat etmesini konu alan maddi anlamda bir ölüme bağlı tasarruftur¹. Hem yasal hem de atanmış mirasçıların bu sözleşmeye taraf olması mümkün olsa da mirastan feragat asıl önemini saklı paylı yasal mirasçılar bakımından gösterir². Çünkü vasiyetname ile atanan mirasçı vasiyetnamenin geri alınması yoluyla (MK m.542-544), miras sözleşmesi ile atanan mirasçı ise mirasbırakan ile yapılacak adi yazılı sözleşme ile bu sıfatını kaybedebilir (MK m.546/I). Yine de miras sözleşmesi ile sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişi mirasçı olarak atandığı takdirde, bu kişinin beklenen miras hakkından feragat etmesi için mirasbırakan ile arasında mirastan feragat sözleşmesi imzalanması gerekir³.

Mirastan feragat sözleşmesi, olumsuz miras sözleşmesi niteliğindedir. Bu sebeple MK m.545 uyarınca resmi vasiyetname şekline uyularak ve bu hükümdeki diğer şartları sağlayarak düzenlenmesi gerekir. Resmi vasiyetnameden farklı olarak ise -MK m.535'e göre düzenlenen bir miras sözleşmesi söz konusu olmadıkça- her iki tarafın da sözleşmeyi imzalaması gereklidir⁴.

Mirastan feragat sözleşmesinin hukuki sonucu feragat edenin mirasçı sıfatını kaybetmesidir (MK m.528/II). Mirastan feragat sözleşmesi ivazlı veya ivazsız olarak yapılabilir (MK m.528/I). Her iki durumda da feragat eden, mirasçı sıfatını yitirecektir. Mirasbırakan öldüğü, yani miras açıldığı sırada feragat eden mirasbırakandan önce ölmüş gibi değerlendirilir, tereke üzerinde hak sahibi olmaz ve tereke borçlarından da kural olarak sorumlu tutulmaz⁵. İvazsız feragat sözleşmesinde, feragat edenin altsoyu bundan etkilenmez ve kök içi halefiyet ilkesi gereği feragat edenin yerine geçerek mirasçı olur. İvazlı feragat sözleşmesinde ise taraflar aksini kararlaştırmadıkça feragat edenin altsoyu da mirasçı olamaz (MK m.528/III).

Mirastan feragat sözleşmesi iki taraflı bir hukuki işlem olduğu için tek taraflı olarak ortadan kaldırılması kural olarak mümkün değildir⁶. Ancak bazı hukuki sebeplerin varlığı halinde mirastan feragat sözleşmesi tek taraflı olarak ortadan kaldırılabilir. Kanun koyucu olumlu ve olumsuz miras sözleşmelerine özgü bazı sözleşmeden dönme sebeplerini MK m.546-547 ve m.574 hükümlerinde düzenlemiştir. Çalışmamız kapsamında da miras sözleşmelerine özgü söz konusu sebeplerin mirastan feragat sözleşmesine nasıl uygulanabileceği incelenecektir.

II. MİRASBIRAKANIN SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKI

A. Mirasbırakana Serbestçe Dönme Hakkı Tanınması

Alman Medeni Kanunu m.2293 uyarınca miras sözleşmelerinde mirasbırakanın sözleşmeden dönme hakkını saklı tutması mümkündür. Buna benzer bir hüküm Türk ve İsviçre Hukuklarında mevcut değildir. Doktrinde ise dönme hakkının sözleşmede saklı tutulabileceği ve mirasbırakanın buna dayalı olarak sözleşmeden dönebileceği kabul edilmektedir⁷. Öte yandan sözleşmeden dönme hakkının sınırsız olarak mı

¹ EREN, Fikret/YÜCER AKTÜRK, İpek: Türk Miras Hukuku, 3. Bası, Yetkin, Ankara 2020, s.183; STUDHALTER, Philipp: ZGB Kommentar: Schweizerisches Zivilgesetzbuch Orell Füssli Kommentar (OFK), Ed. Jolanta Kren Kostkiewicz vd., 3. Bası, Orell Füssli Verlag, Zürich 2016, Art. 495, N. 1; BELEN, Herdem: Miras Hukuku Şema Kitap, 2. Bası, Beta, İstanbul 2021, s.97; AYİTER, Nuşin: Miras Hukuku, 3. Bası, Sevinç, Ankara 1974, s.102; ÇABRİ, Sezer: Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574), C. I, On İki Levha, İstanbul 2018, s.470; İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan: Miras Hukuku, 15. Bası, Der, İstanbul 2021, s.181; İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan: Miras Hukuku, 11. Bası, Seçkin, Ankara 2022, s.289.

² EREN/YÜCER AKTÜRK, s.184; İMRE/ERMAN, s.198; YILMAZ, Süleyman: Miras Hukuku, C. IV, Yetkin, Ankara 2022, 93; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.290. Saklı paylı olmayan yasal veya atanmış mirasçılarla yapılan sözleşmenin içerik itibarıyla mirastan feragat sözleşmesi teşkil etmeyeceği yönündeki görüş için bkz: BELEN, s.98.

³ ESCHER, Arnold: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben, Art. 457-536, C.III, 3. Bası, Schulthess, Zürich 1959, Art. 495, N. 5; HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie, Erbrecht, Art. 457-640 (Art. 495, 513-514), CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Ed. Peter Breitschmid/Alexandra Jungo, 3. Bası, Schulthess, Zürich Basel Genf 2016, Art. 495, N. 1a; STUDHALTER, Art. 495, N. 1; EREN/YÜCER AKTÜRK, s.184-185. Üçüncü kişi ve ilgililerin adi yazılı anlaşma ile miras sözleşmesini ortadan kaldıramayacağı yönünde bkz: İMRE/ERMAN, s.190.

⁴ İMRE/ERMAN, s.189; YILMAZ, s.89.

⁵ EREN/YÜCER AKTÜRK, s.187; ÇABRİ, s.480-481. İstisnai olarak, MK m. 530'da aranan şartlar gerçekleştiği takdirde mirastan feragat edenin mirasbırakanın alacaklılarına karşı mirasbırakanın ölümünden önceki 5 yıl içinde aldığı karşılıktan, mirasın açılması anındaki mevcut zenginleşme tutarında sorumlu olması mümkündür.

⁶ BÜTTİKER, Arnold: Der Erbverzicht nach schweizerischem ZGB, Stämpfli, Bern 1942, s.126; HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie: "Der Erbvertrag im schweizerischen Zivilgesetzbuch" (2018), Der Erbvertrag aus rechtsvergleichender Sicht, Stämpfli, Bern 2018, s.139; YAKUPOĞLU, Sekine Derya: "Olumlu Miras Sözleşmesi ve Bağlayıcılık Sorunu", İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Bölümü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2019, s.272; DİNÇER, Seher Serap: "Mirastan Feragat Sözleşmesi ve Hukuki Sonuçları" Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009, s.67; HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie: "Die Rücktrittsmöglichkeit der Vertragspartei beim positiven Erbvertrag nach Art. 514 ZGB" (Anwalts), Anwalts Revue de l'Avocat, 4, 2008, s.147.

⁷ İMRE/ERMAN, s.191; DURAL, Mustafa: Miras Sözleşmeleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, s.229; BADERTSCHER, Pia: ZGB Kommentar: Schweizerisches Zivilgesetzbuch OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), Ed. Jolanta Kren Kostkiewicz vd., 4. Bası, Orell Füssli, Zürich 2021, Art. 513, N. 1; BIÇAKÇI, Levent: Mirastan Feragat Sözleşmesi, y.y., İstanbul 1999, s.86; AYİTER, s.101; SEÇER, Öz: "Miras Sözleşmesinden Tek Taraflı Dönme", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (111), 2014, s.39; ÇABRİ, s.681; YAKUPOĞLU, s.330; DİNÇER, s.70; ÖZTAN, Bilge: Miras Hukuku, 11. Bası, Yetkin, Ankara 2020, s.263. Bu hakkın sadece mirasbırakan değil sözleşmenin diğer tarafı için de öngörülebileceği yönünde bkz: ANTALYA, Gökhan/SAĞLAM, İpek: Miras Hukuku, C. III, 4. Bası, Seçkin, Ankara 2019, s.206. ANTALYA, O. Gökhan: Mirastan Feragat Sözleşmesi, Alkim, İstanbul 2002, s.220-221. Ölüme bağlı tasarrufta bulunamayacağı için feragat edenin bu hakka sahip olamayacağı yönünde bkz: BIÇAKÇI, s.86.

yoksa sözleşmede belirlenen süre ve şartlarla sınırlanarak mı kullanılabilirdir⁸. Kanaatimizce sözleşme özgürlüğü kapsamında mirasbırakana sözleşmede tanınan dönme hakkının belirli sebeplerle sınırlı olarak kullanılabilirdiğini öngörmeye gerek yoktur. Herhangi bir sebep olmadan da sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilirdiğini kabul etmek daha uygundur. Belirtmek gerekir ki mirastan feragat sözleşmesi mirasbırakanın tasarruf oranını artırmak suretiyle lehine bir durum teşkil ettiğinden özellikle ivazsız feragat sözleşmesinde mirasbırakanın bu hakkını saklı tutması pek rastlanacak bir durum değildir⁹. Öte yandan ivazlı feragat sözleşmesinde ivazın ifasıyla yükümlü olmak istemeyen mirasbırakanın dönme hakkını saklı tutma konusunda bir hukuki menfaati söz konusu olabilir. Mirasbırakan, MK m.546/III'ün kıyasen uygulanması yoluyla vasiyetname düzenleyerek sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir¹⁰. Bu sebeple de sözleşmeden dönme hakkının bizzat mirasbırakan tarafından kullanılması gerekecektir¹¹.

B. Mirasçılıktan Çıkarma Sebeplerine Dayalı Dönme

1. Genel Olarak

Miras sözleşmesinin lehtarı, sözleşmenin düzenlenmesinden sonra mirasbırakana karşı mirasçılıktan çıkarma sebebi teşkil eden bir davranışta bulunursa, mirasbırakan miras sözleşmesini vasiyetnameler için kanunda öngörülen şekillerden birine uyararak tek taraflı olarak ortadan kaldıracaktır (MK m.546/II-III). Mevzu ZGB m.513/II'de de MK m.546/II'ye paralel olarak “tek taraflı ortadan kaldırma” ifadesine yer verilmektedir. Türk Hukukunda hakim olan görüşe göre¹² ortadan kaldırma hakkının hukuki niteliği sözleşmeden dönmedir. Böyle bir sebebin ortaya çıkması halinde dönme hakkı mirasçılara geçmeyecek ve münhasıran mirasbırakan tarafından kullanılacaktır¹³. Mirasçılıktan çıkarma sebebi teşkil eden davranışın ise lehtar olarak kim belirlendiyse onun tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. Yani üçüncü kişi yararına düzenlenen miras sözleşmesinde sözleşmenin karşı tarafının değil üçüncü kişinin çıkarma sebebi teşkil eden davranışta bulunması halinde mirasbırakanın sözleşmeden dönme hakkı doğar¹⁴.

Söz konusu düzenleme olumlu miras sözleşmeleri dikkate alınarak düzenlenmiştir. Doktrindeki bir görüşe göre¹⁵ de mirastan feragat sözleşmelerinden mirasçılıktan çıkarma sebebine dayalı olarak dönülmesine imkan yoktur. Nitekim mirastan feragat sözleşmesinde zaten feragat eden mirasçılık sıfatını kaybettiği için dönme hakkının tanınmasında hukuki menfaat bulunmamaktadır. Bu görüş uyarınca mirastan ivazlı feragatte feragat edenin mirasbırakana karşı çıkarma sebebi teşkil eden bir davranışta bulunması halinde ortaya çıkan sakıncayı gidermek için çıkarma davranışında bulunmanın bozucu koşul olarak belirlenmesi tavsiye edilmektedir¹⁶.

Bizim de katıldığımız azınlıkta kalan diğer görüşe göre¹⁷ ise meseleyi incelerken ivazlı ve ivazsız mirastan feragat sözleşmelerini ayırmak gerekir. İvazsız feragat sözleşmesinde, mirasçı sıfatı zaten kaybedildiği için mirasbırakan çıkarma sebebine dayalı dönme hakkını kullanamaz. İvazlı feragat sözleşmesinde ise mirasbırakan çıkarma sebebine dayalı olarak miras sözleşmesinden dönerek ifa etmiş olduğu ivazın sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesini isteyebilir. Feragat sözleşmesinden dönülmesi feragat edene mirasçı sıfatını her ne kadar iade edecekse de mirasbırakan bu sefer de mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunarak ilgili mirasçının mirasçılık hakkını sonlandırabilecektir. Böylece mirasçının beklenen miras hakkı hiçbir ivaz sağlanmadan ortadan kaldırılmış olacaktır.

2. Dönme Hakkının Şartları

Mirasbırakanın MK m.546'ya göre mirastan feragat sözleşmesinden dönebilmesi için MK m.510'da düzenlenen iki mirasçılıktan çıkarma sebebinden birinin gerçekleşmesi gerekir. Bunlar, mirasçının, mirasbırakana veya mirasbırakanın yakınlarından birine karşı ağır bir suç işlemesi ve mirasbırakana veya

⁸ Bu konudaki görüşler için bkz: DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku, Miras Hukuku, C. IV, 16. Bası, Filiz, İstanbul 2021, s.119; DURAL, s.228-29; DİNÇER, s.70; ÇABRİ, s.681; ÖZTAN, s.263; BIÇAKÇI, s.86; YAKUPOĞLU, s.327 vd.

⁹ BIÇAKÇI, s.86; SEÇER, s.39; AKBULUT, Pakize Ezgi: “Sağlararası İvaz Borcunun Yerine Getirilmemesi Sebebiyle Miras Sözleşmesinden Dönme”, Legal Hukuk Dergisi, 18(209), 2020, s.2046.

¹⁰ DURAL, s.229; ÇABRİ, s.682; SEÇER, s.40; AKBULUT, s.2046. Bu hak vasiyetname düzenlenerek kullanıldığında dönme beyanının karşı tarafa yöneltilmesine gerek olup olmadığı sorunu ortaya çıkacaktır. Bu sorunun çözümünde mirasbırakanın mirasçılıktan çıkarma sebebine dayalı olarak miras sözleşmesini ortadan kaldırması bahsinde yapacağımız açıklamalar geçerli olacaktır. Bu açıklamalar için bkz: B.3.

¹¹ DURAL, s.229; TEKÇE, Ayşegül: “Miras Sözleşmesinin Sona Ermesi”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2022, s.107.

¹² ÇABRİ, s.672; SEÇER, s.41; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Miras Hukuku, 10. Bası, Turhan, Ankara 2019, s.137; DURAL/ÖZ, s.119; SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay: Miras Hukuku, 7. Bası, Seçkin, Ankara 2021, s.332; ÖZTAN, s.264. YAKUPOĞLU'na göre ise mirasçılıktan çıkarma sebeplerine dayalı olarak miras sözleşmesini ortadan kaldırma hakkı teknik anlamda bir sözleşmeden dönme hakkı değildir. Bu hak MK m. 546/II'nin lafzına ve İsviçre Hukuk doktrinindeki yerleşik yaklaşıma uygun olarak tek taraflı ortadan kaldırma hakkı olarak nitelendirilmelidir. Bkz: YAKUPOĞLU, s.272-273.

¹³ DURAL, s.233; DURAL/ÖZ, s.120; ÇABRİ, s.672; AKÇA, Neslihan: İvazlı Miras Sözleşmeleri, Adalet, Ankara 2022, s.224; BADERTSCHER, Art. 513, N. 7; AKBULUT, s.2047; YAKUPOĞLU, s.286.

¹⁴ DURAL, s.234; DURAL/ÖZ, s.120; ÇABRİ, s.676; ANTALYA/SAĞLAM, s.205; ÖZTAN, s.265; SEÇER, s.47; YAKUPOĞLU, s.277.

¹⁵ BÜTTİKER, s.133; SEROZAN, Rona: Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, Vedat, İstanbul 2007, s.312 dn. 173; SÜRMEİLİ, Mehmet Can: “Mirastan Feragat Sözleşmesi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2022, s.154; YAKUPOĞLU, s.276; DİNÇER, s.71.

¹⁶ YAKUPOĞLU, s.277.

¹⁷ BIÇAKÇI, s.85; SEÇER, s.41-42; ÇABRİ, s.673; AKÇA, s.222-223.

mirasbırakanın ailesi üyelerine karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemesidir.¹⁸

MK m.510 sadece mirasbırakana değil, ağır suç bakımından mirasbırakanın yakınlarına, aile hukukundan doğan yükümlülüklerin ihlali bakımından ise mirasbırakanın aile üyelerine yönelik davranışları da çıkarma sebebi olarak düzenlemiştir. Oysa MK m.546 çıkarma sebebi teşkil eden davranışın mirasbırakana yönelmesi gerektiğini hüküm altına almıştır. İki düzenleme arasındaki bu fark doktrinde çıkarma sebebi teşkil eden davranışın muhatabı bakımından bir tartışma doğurmuştur. Bir görüşe göre¹⁹, MK m.546'nın açık lafzı gereği sadece mirasbırakana yönelik çıkarma sebebi teşkil eden davranışlara dayalı olarak miras sözleşmesinden dönülebilir. Yakınlara veya aile üyelerine yönelik davranışlar bu kapsama girmez. Bunun istisnası ise yakınlar veya aile üyelerine yönelen davranışın aynı zamanda mirasbırakana da yönelmiş sayılacak kadar aradaki güven ilişkisini sarsmasıdır²⁰. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre²¹ ise hem mirasbırakana hem de yakınlarına veya aile üyelerine karşı çıkarma sebebi teşkil eden bir davranışta bulunulması halinde dönme hakkı kullanılabilir. Buna göre iki hükmün lafzı arasındaki fark sadece görünüştedir. Yoksa hükümlerin uygulama alanı açısından da fark yaratmak için haklı bir gerekçe bulunmamaktadır²².

Mirasçılıktan çıkarma sebebine dayalı olarak sözleşmeden dönme konusundaki bir diğer sorun mirasçılıktan koruyucu çıkarma sebebinin mevcut olması halinde bu hakkın ileri sürülüp sürülemeyeceğidir. Mirasçılıktan koruyucu çıkarmada, mirasbırakan, hakkında borç ödemediği belgesi bulunan altsoyunu, saklı payının yarısı için mirasçılıktan çıkarır ve bu kısmı çıkarılanın doğmuş ve doğacak çocuklarına övgüler (MK 513). Mirastan ivazsız feragat sözleşmesinin konusu bizatihi mirasçının bu sıfatı kaybetmesi olduğu ve altsoyunun onun yerine geçeceği öngörüldüğü için burada koruyucu çıkarma sebebine dayalı dönme hakkının kullanılmasında bir menfaat olmadığı ve dolayısıyla bu hakkın mevcut olmadığı söylenebilir. İvazlı feragat sözleşmesi açısından ise mirasbırakanın sözleşmeden dönerek muhtemelen alacaklılara gidecek olan ivazı ödemekten kurtulması ve feragat eden mirasçının yeniden mirasçı olmasını sağlayarak bu sefer de koruyucu çıkarma tasarrufunda bulunmak suretiyle onu mirasçılıktan çıkarması ihtimali gündeme gelecektir. Bu sayede altsoyunun çocuklarının saklı payın yarısını almasını sağlayacaktır. Oysa ivazlı feragat sözleşmesinin hukuki sonucu feragat edenin altsoyunun da mirasçı olamamasıdır. Mirasbırakan da bu sonucu bilerek ve göze alarak ivazlı feragat sözleşmesine taraf olmuştur. Koruyucu çıkarma sebebine dayalı olarak mirasbırakana feragat sözleşmesinden dönme hakkı tanındığı takdirde ivazlı feragat ve koruyucu çıkarmanın birbiriyle bağdaşmayan amaçları nedeniyle ortaya bir çelişki çıkacaktır. Sonuç olarak kanaatimizce ne ivazlı ne de ivazsız mirastan feragat sözleşmesinde mirasbırakan koruyucu mirasçılıktan çıkarma sebebine dayanarak sözleşmeden dönebilir²³.

Son olarak, mirasçılıktan çıkarma sebebi teşkil eden davranışın mirastan feragat sözleşmesi imzalandıktan sonra gerçekleşmesi gerekir²⁴. Eğer bu davranış sözleşmeden önce gerçekleşseyse ancak sonradan öğrenildiyse sözleşmenin irade sakatlığına dayalı iptali söz konusu olabilir²⁵. Öte yandan mirasbırakan, çıkarma sebebi teşkil eden davranışı bilmesine rağmen ivazlı feragat sözleşmesine taraf olduysa feragat edeni affetmiş sayılacağı için artık sözleşmeden dönemez²⁶.

3. Dönme Hakkının Kullanılması

Mirasbırakan, mirasçılıktan çıkarma sebebine dayalı dönme hakkını vasiyetname şekillerinden birine uyarak kullanabilir (MK m.546/III). Vasiyetname, tek taraflı ve karşı tarafa varması gerekmeyen bir irade açıklamasının, kanunda öngörülen şekillerden birine uygun olarak yapılmasıyla gerçekleştirilen şekli anlamda ölüme bağlı bir tasarruftur. Miras sözleşmesi ise iki taraflı hukuki işlemdir. Kanun koyucu çıkarma sebebine dayalı olarak miras sözleşmesinden dönmenin vasiyetname şeklinde yapılması gerektiğini öngördüğünden bu işlemin sözleşmenin diğer tarafına bildirilmesinin gerekip gerekmediği sorunu gündeme gelecektir. Çünkü vasiyetnamelere ilişkin düzenlemeler doğrudan uygulanırsa karşı tarafın hiç haberi olmadan sözleşmeden dönülmüş olacaktır. Doktrinde kanunun lafzına ağırlık veren bir görüşe göre²⁷,

¹⁸ Mirasçılıktan çıkarma sebeplerine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz: KARTAL, Dilşah Buşra: Yargıtay Kararları Işığında Mirasçılıktan Çıkarmanın Geçerlilik Şartları, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 30(2), 2022, s.609 vd.

¹⁹ HRUBESCH-MILLAUER, Art. 513, N. 5; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.213; SEROZAN, s.312; AKÇA, s.227; BREITSCHMID, Peter/BORNHAUSER, R.: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch, C. II, 6. Basi, Helbing & Lichtenhahn, Basel 2019, Art. 513 N. 10; YAKUPOĞLU, s.281.

²⁰ BREITSCHMID/BORNHAUSER, Art. 513 N. 10; AKÇA, s.227; SEROZAN, s.312.

²¹ DURAL, s.238; WEIMAR, Peter: Das Erbrecht, Art. 457 - 516 ZGB, Berner Kommentar, Ed. Heinz Hausheer/Hans Peter Walter, C. III/1/1/1, 2. Basi, Stämpfli, Bern 2009, Art. 513 N. 9; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Miras Hukuku, 3. Basi, Filiz, İstanbul 1987, s.243 dn. 5; İMRE/ERMAN, s.192; ÇABRİ, s.675; YILMAZ, s.91; SEÇER, s.46. İvazsız olumlu miras sözleşmeleri bakımından temelde ilk görüşe katılan AKÇA'ya göre söz konusu olan mirastan feragat sözleşmesi ise ikinci görüşe ağırlık verilerek MK m. 510'ün feragat edene bütünüyle uygulanması gerekir. Bkz: AKÇA, s.228.

²² WEIMAR, Art. 513 N. 9.

²³ Aynı yönde bkz: ÇABRİ, s.676; SEÇER, s.47; YAKUPOĞLU, s.283-285; Aksi görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: YAKUPOĞLU, s.283.

²⁴ BÜTTİKER, s.134; WEIMAR, Art. 513, N. 10; BADERTSCHER, Art. 513, N. 7; İMRE/ERMAN, s.192; ÇABRİ, s.676; DURAL/ÖZ, s.120; YILMAZ, s.91; AKÇA, s.220.

²⁵ BÜTTİKER, s.134; WEIMAR, Art. 513, N. 10; BADERTSCHER, Art. 513, N. 7; HRUBESCH-MILLAUER, Art. 513, N. 3; DURAL/ÖZ, s.120; ÇABRİ, s.677; ÖZTAN, s.264; AKÇA, s.220.

²⁶ WEIMAR, Art. 513, N. 10; AKÇA, s.220.

²⁷ WEIMAR, Art. 513, N. 12; DURAL/ÖZ, s.122; ÇABRİ, s.677-678; SEÇER, s.48; YAKUPOĞLU, s.292-293; DURAL, s.242-243; TEKÇE, s.119.

mirasbırakan sözleşmeden dönme hakkını karşı tarafa varması gerekli olmayan bir irade açıklaması ile kullanır. Öte yandan dürüstlük kuralı gerektirdiği takdirde karşı tarafa bu hakkın kullanıldığına dair şekle tabi olmayan bir bildirim yapılması, aksi takdirde ise diğer tarafın uğradığı olumsuz zararın tazmini gerekir. Bunu yeterli görmeyen diğer görüşe göre²⁸ ise sözleşmeden dönme hakkının geçerli bir şekilde kullanılabilmesi için, dönme beyanının sözleşmenin karşı tarafına da yöneltilmesi gerekir.

Kanaatimizce ilk görüşe göre ağırlık verilmelidir. Çünkü Kanun koyucu bu hakkın vasiyetname ile kullanılacağını açıkça hüküm altına almıştır. Bu sebeple sözleşmeden dönme beyanının geçerliliğini ek şartlara bağlamaya imkan yoktur. Öte yandan sözleşmelerin genelinde mevcut olan güvenin korunması ilkesi burada da geçerlidir. Haliyle hem ivazlı hem de ivazsız miras sözleşmesinde sözleşmeden dönüldüğüne ilişkin olarak karşı tarafa da bir bildirim yapılmalıdır. Mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarruf düzenlemeksizin sadece karşı tarafa yapacağı bildirim miras sözleşmesini ortadan kaldırmaz²⁹. Başka anlatımla, bu bildirim sözleşmeden dönme tasarrufunun geçerliliği için aranan bir şart değildir. Ama bildirim yapılmaması karşı tarafın bu nedenle uğradığı zararın tazminini gerektirir.

Bir görüşe göre³⁰, işlemin geçerli olması için çıkarma sebebinin ölümüne bağlı tasarrufta gösterilmesine gerek yoktur. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre³¹ ise bu sebebin tasarrufta gösterilmesi gereklidir. Sözleşmeden dönme iradesinin ise vasiyetnmeden açıkça anlaşılmasının gerekmediği ve vasiyetnamenin yorumu yoluyla da bu sonuca varılabileceği kabul edilmektedir.³²

Çıkarma sebebine dayalı olarak mirastan feragat sözleşmesinden dönme açıklaması kanunda aranan şartları taşımaması halinde, vasiyetnamenin iptali talep edilerek hükümsüz hale getirilmedikçe, geçerli olarak hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır³³. Mirasbırakan hayatta iken vasiyetnamenin geri alınması yollarından birine başvurarak ortadan kaldırdığı mirastan feragat sözleşmesinin hüküm doğurmasını sağlayabilir³⁴.

4. Dönmenin Hukuki Sonuçları

Mirasbırakana tanınan sözleşmeden dönme hakkı bozucu yenilik doğuran bir hak niteliğindedir³⁵. Mirasbırakanın feragat sözleşmesinden dönmeye ilişkin tasarrufu maddi anlamda bir ölümüne bağlı tasarruf olduğu için mirasbırakanın ölümü ile hüküm ifade eder³⁶. Bu sözleşmeden dönülmesiyle birlikte feragat eden mirasçı, bu sıfatını kaybetmemiş olur ve mirasbırakanın ölümünde külli halef sıfatıyla mirastan payını alır. İvazlı feragat söz konusu ise ve mirasbırakan ivazı halihazırda ifa etmişse, mirasbırakanın ölümünden sonra ivazın sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre terekeye iadesi talep edilebilir³⁷. Feragat eden mirasçı dönme ile birlikte yasal mirasçı sıfatını yeniden kazandığı için mirasbırakan bu sefer de mirasçılıktan çıkarma tasarrufunda bulunarak herhangi bir ivaz ödemeksizin feragat edeni mirasçılıktan çıkarabilir³⁸.

III. FERAGAT EDENİN SAĞLARARASI İVAZIN İFA EDİLMEMESİ NEDENİYLE SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKI

A. Genel Olarak

Mirastan feragat sözleşmesinin ivazlı olarak akdedilmesi halinde, feragat eden sağlararası bir edimin ifasını talep hakkını kazanmaktadır. MK m.547 uyarınca miras sözleşmesinde sağlararası edimin ifasını talep etme hakkı bulunan taraf, edimin gereği gibi ifa edilmemesi veya güvenceye bağlanmaması halinde borçlar hukuku kurallarına göre sözleşmeden dönebilir. Bu hüküm ivazlı feragat sözleşmesinde, feragat edenin ivazı elde edemediği haller bakımından da uygulanabilir. Öte yandan ivazsız miras sözleşmelerinde bu hükmün uygulanmasına imkan yoktur³⁹.

Esasında olumlu veya olumsuz miras sözleşmeleri çoğunlukla tek tarafa sağlararası bir borç yükler. Eğer her iki tarafın da sağlararası bir edimi ifa yükümlülüğü olsaydı karşılıklı sözleşmelerde borçlu temerrüdünden doğan sözleşmeden dönme hakkı burada doğrudan uygulanabilirdi ve MK m.547'ye gerek de kalmazdı⁴⁰. Ancak MK m.547 sayesinde sadece taraflardan birinin sağlararası bir edimi ifa yükümlülüğü altına girdiği miras sözleşmelerinde borçlu temerrüdü hükümlerine göre sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının önü açılmış olmaktadır⁴¹. Belirtmek gerekir ki, kanunkoyucunun sağlararası ivaz alacaklısına sözleşmeden dönme hakkını tanıması, alacaklının aynen ifayı talep hakkını ortadan kaldırmaz⁴². Doktrinde, borçlar hukuku hükümlerine yapılan atfın sadece sözleşmeden dönme hakkını mı yoksa hem

²⁸ HRUBESCH-MILLAUEER, Art. 513, N. 4; HRUBESCH-MILLAUEER, 2018, s.151; BADERTSCHER, Art. 513, N. 8; SEROZAN, s.313.

²⁹ WEIMAR, Art. 513, N. 12.

³⁰ WEIMAR, Art. 513, N. 13; HRUBESCH-MILLAUEER, Art. 513, N. 5; YAKUPOĞLU, s.287.

³¹ İMRE/ERMAN, s.192; SEÇER, s.50; DURAL/ÖZ, s.122; ÇABRİ, s.679.

³² DURAL, s.243; BREITSCHMID/BORNHAUSER, Art. 513, N. 7; SEÇER, s.49; HRUBESCH-MILLAUEER, Art. 513, N. 4; HRUBESCH-MILLAUEER, 2018, s.151.

³³ WEIMAR, Art. 513, N. 11; SEÇER, s.49.

³⁴ BREITSCHMID/BORNHAUSER, Art. 513, N. 7; YAKUPOĞLU, s.297.

³⁵ DURAL, s.232; BADERTSCHER, Art. 513, N. 7; TEKÇE, s.109.

³⁶ ÇABRİ, s.674.

³⁷ WEIMAR, Art. 513, N. 14; DURAL/ÖZ, s.123; ÇABRİ, s.678; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.214; SEROZAN/ENGİN, s.333.

³⁸ ÇABRİ, s.673; AKÇA, s.222-223.

³⁹ WEIMAR, Art. 514, N. 2; HRUBESCH-MILLAUEER, Anwalts, s.148.

⁴⁰ WEIMAR, Art. 514, N. 4.

⁴¹ WEIMAR, Art. 514, N. 4.

⁴² WEIMAR, Art. 514, N. 3; BADERTSCHER, Art. 514, N. 3.

sözleşmeden dönme hem de aynen ifadan vazgeçip olumlu zararın giderilmesini talep hakkını mı kapsadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁴³, burada ifadan vazgeçip olumlu zararın talep edilmesine imkan yoktur. Nitekim hüküm sadece sözleşmeden dönme hakkını düzenlemiştir. Bizim de katıldığımız ve doktrinde baskın olan diğer görüşe göre⁴⁴ ise borçlar hukuku hükümlerine yapılan atıf genel nitelikte olup sözleşmeden dönmenin yanısıra borçlu temerrüdünden doğan diğer seçimlik hakları da kapsar.

B. Dönme Hakkının Şartları

Kanunkoyucu sözleşmeden dönme hakkının, borcun ifa edilmemesi veya güvence altına alınmaması halinde, borçlar hukuku hükümlerine göre kullanılacağını düzenlemiştir. Buna göre ilk şart borcun ifa edilmemesidir. Mirastan ivazlı feragat sözleşmesindeki ivaz MK m.547¹e göre ifa edilmesi gereken borçtur. Feragat edene karşı üstlenilen ivazın illa para borcu olması gerekmez. Para dışında alacak hakkı, taşınır veya taşınmaz mallar da ivaz olarak belirlenebilir⁴⁵.

Feragat edenin dönme hakkını kullanması için aranan ikinci şart, borcunu ifa etmeyen mirasbırakanın güvence de göstermemesidir. Sağlararası edimi güvence altına alacak teminatın aynı veya şahsi olması mümkün olup önemli olan borcun tamamını kapsamasıdır⁴⁶. Mirasbırakan yeterli güvence gösterdikten sonra feragat eden sözleşmeden dönme hakkını kullanmаса da aynen ifa veya teminatların paraya çevrilmesi taleplerini ileri sürebilir⁴⁷. Güvencenin hiç veya yeterli oranda gösterilmemesi halinde feragat eden dönme hakkını kullanabilir⁴⁸.

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için aranan son şart bu hakkın borçlar hukuku hükümlerine göre ileri sürülmesidir. Sağlararası edimin ifa edilmemesi borçlar hukuku anlamında borçlu temerrüdü teşkil eder. Dolayısıyla uygulanacak hükümler de borçlu temerrüdüne ilişkin TBK m.117 vd. olacaktır⁴⁹. Borçlu temerrüdü ifası imkansız olmayan edimin ifasında nitelikli gecikme anlamına gelir. Borçlunun temerrüde düşebilmesi için kural olarak kendisine ihtar çekilmesi gerekir (TBK m.117/I). Eğer borcun vadesi belirlendiyse ya da sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayalı olarak taraflardan birinin usulüne uygun şekilde yapacağı muacceliyet ihbarı ile belirlenecekse bu tarihin geçmesiyle ihtarsız olarak temerrüt gerçekleşir (TBK m.117/II). Mirastan feragat sözleşmesinde de feragat eden, sağlararası edim ifa edilmezse kural olarak mirasbırakana şekle tabi olmayan bir ihtar göndererek onu temerrüde düşürmelidir. Eğer borç vadeye bağlandıysa bu tarihte, muacceliyet ihbarı gerektiği takdirde ise buna göre belirlenecek tarihte ihtarsız olarak borçlu temerrüdü gerçekleşir.

Mirasbırakanın temerrüde düşmesi sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için yeterli değildir. Sözleşmeden dönme hakkı kural olarak, feragat edenin mirasbırakana ifa için uygun bir ek süre vermesi ve bu süre sonunda da ifanın gerçekleşmemiş olması halinde doğar (TBK m.123, m.125). Ancak mirasbırakanın içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağını anlaşılmaması, ifanın feragat eden için artık bir faydasının kalmaması veya ifa için kesin vade belirlenmiş olması hallerinde sözleşmeden dönme hakkı ek süre verilmeksizin de kullanılabilir (TBK m.124).

Son olarak mirasbırakanın sağlararası edimin ifasında borçlu temerrüdüne düşmesi ve buna dayalı olarak sözleşmeden dönme hakkının kullanılması için mirasbırakanın kusuru aranmaz⁵⁰. Kusur sadece temerrüdün tazminat borcu da doğurması için gerekli bir şart olarak öngörülmüştür.

C. Dönme Hakkının Kullanılması

Mirastan ivazlı feragat sözleşmesinde, feragat eden dönme hakkını mirasbırakana yönelteceği, varması gerekli ve şekle tabi olmayan bir irade açıklaması ile kullanır⁵¹. Feragat eden, dönme hakkını bizzat veya temsilci aracılığıyla kullanabilecektir⁵². Feragat edenin mirasbırakandan önce ölmesi halinde ise MK m.548 uyarınca miras sözleşmesi hükümden düşeceği için sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasına imkan ve gerek kalmayacaktır⁵³.

⁴³ WEIMAR, Art. 514, N. 8; ANTALYA, s.226-227.

⁴⁴ DURAL, s.260; BELEN, s.124; BADERTSCHER, Art. 514, N. 2; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.245; HRUBESCH-MILLAUER, Art. 514, N. 3; HRUBESCH-MILLAUER, Anwalts, s.148; YAKUPOĞLU, s.312; AKÇA, s.201; TUNÇ, Aybike: “İvazlı Mirastan Feragat Sözleşmesinde Sağlar Arası Edim Borçlusunun Temerrüdü”, Legal Hukuk Dergisi, 14(164), 2016, s.4217; AKBULUT, s.2063; BREITSCHMID/BORNHAUSER, Art. 514, N. 4; BIÇAKÇI, s.93-94.

⁴⁵ BIÇAKÇI, s.91; AKBULUT, s.2053.

⁴⁶ ÇABRİ, s.692.

⁴⁷ WEIMAR, Art. 514, N. 7; ÇABRİ, s.692; SEROZAN/ENGİN, s.334.

⁴⁸ ÇABRİ, s.692.

⁴⁹ KILIÇOĞLU, s.138; BADERTSCHER, Art. 514, N. 2; OĞUZMAN, M. Kemal Miras Hukuku, 3. Bası, Filiz, İstanbul 1984, s.229; DURAL/ÖZ, s.123; ÇABRİ, s.691; SEROZAN/ENGİN, s.394; SEÇER, s.52; ANTALYA/SAĞLAM, s.205; HATEMİ, Hüseyin: Miras Hukuku, 9. Bası, On İki Levha, İstanbul 2021, s.114. Borçlar hukukuna yapılan atfın sadece temerrüt hükümlerine değil imkansızlık, gereği gibi ifa etmeme hükümlerine de yapıldığı yönündeki görüş için bkz: AKÇA, s.197; DURAL, s.255; HRUBESCH-MILLAUER, 2018, s.152; HRUBESCH-MILLAUER, Art. 514, N. 3; HRUBESCH-MILLAUER, Anwalts, s.148; AKBULUT, s.2056.

⁵⁰ DURAL, s.258; AKÇA, s.199; YAKUPOĞLU, s.305.

⁵¹ DURAL, s.248; ANTALYA, s.225; WEIMAR, Art. 514, N. 9; BIÇAKÇI, s.91; DURAL/ÖZ, s.124; ÇABRİ, s.694; ÖZTAN, s.266; AKÇA, s.204; BADERTSCHER, Art. 514, N. 5; AKBULUT, s.2058; SÜRMELE, s.152; YAKUPOĞLU, s.313; DİNÇER, s.68-69.

⁵² BIÇAKÇI, s.91; ÇABRİ, s.694.

⁵³ AKBULUT, s.2051.

D. Dönmenin Hukuki Sonuçları

Sözleşmeden dönme hakkı yenilik doğuran hak niteliğindedir⁵⁴. Sözleşmeden dönmenin hukuki sonuçları ise doktrinde tartışmalıdır⁵⁵. Bu tartışma miras sözleşmesinden sağlararası ivazın ifa edilmemesine dayalı olarak dönülmesi halinde de geçerli olur. Doktrinde sözleşmeden dönmenin hukuki etkilerine ilişkin birçok görüş ileri sürülmekle beraber iki görüş öne çıkmaktadır. Bu görüşlerden ilki olan klasik dönme teorisine göre⁵⁶, feragat edenin sözleşmeden dönme hakkını kullanması ile birlikte ivazlı feragat sözleşmesi geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Feragat eden kişi, mirasçı sıfatını yeniden kazanır. Eğer ivaz kısmen ifa edilmişse bunun sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre mirasbırakana iade edilmesi gerekir⁵⁷.

Dönüşüm teorisine göre⁵⁸ ise sözleşmeden dönme hakkı kullanıldıktan sonra taraflar arasında bir tasfiye ilişkisi kurulur. Buna göre tarafların karşılıklı olarak elde ettikleri edimleri iade yükümlülüğü doğar. Bu yükümlülük sözleşmenin bir tasfiye ilişkisine dönüşmesine dayalı olarak ortaya çıktığı için sözleşmesel iade yükümlülüğü niteliği taşır⁵⁹. İade borcuna işleyecek zamanaşımı da TBK m.146'da hüküm altına alınan 10 yıllık genel zamanaşımı süresidir⁶⁰.

Hangi görüş kabul edilirse edilsin sözleşmeden dönmenin ortak sonucu taraflar arasındaki mirastan feragat sözleşmesinin ve buna bağlı olarak da karşılıklı ifa yükümlülüklerinin sona ermesidir⁶¹. Böylece feragat eden, mirasçı sıfatını yeniden kazanır. Halihazırda kısmen de olsa ifa edilmiş edimlerin iadesi ise kabul edilen görüşe uygun hukuki dayanakla ileri sürülebilir. Eğer mirasbırakan sağlararası ivazın ifasında temerrüde düşmede kusuru olmadığını ispatlayamazsa feragat edenin uğramış olduğu zararları tazminle yükümlü olur⁶². Tazmin edilecek zararın hukuki niteliği de iade borcunda olduğu gibi takip edilen dönme teorisine göre değişiklik arz edecektir.

VI. SONUÇ

Mirastan feragat sözleşmesi iki taraflı bir hukuki işlem olduğu için kural olarak tek taraflı irade açıklaması ile ortadan kaldırılamaz. Ancak kanunkoyucu belirli sebeplerin gerçekleşmesi halinde miras sözleşmelerinin tek taraflı irade açıklaması ile ortadan kaldırılmasına imkan tanımıştır. Mirastan feragat sözleşmesi de olumsuz miras sözleşmesi teşkil ettiği için bu sebepler bünyesine uygun düştüğü ölçüde mirastan feragat sözleşmesi açısından da geçerlidir. Ayrıca kanunda düzenlenmemekle beraber doktrindeki hakim görüş uyarınca mirasbırakanın miras sözleşmesinde sözleşmeden dönme hakkını saklı tutması mümkündür. Mirastan ivazsız feragat sözleşmesinde mirasbırakanın bu hakkını saklı tutması pek rastlanabilecek bir şey değildir. Ancak mirastan ivazlı feragat sözleşmesinde ivazı ifa etmek istemeyen mirasbırakanın sözleşmeden dönme hakkını saklı tutma konusunda bir menfaati olabilir.

MK m.546'da miras sözleşmesinin lehtarının, sözleşmenin düzenlenmesinden sonra mirasbırakana karşı mirasçılıktan çıkarma sebebi teşkil eden bir davranışta bulunması halinde mirasbırakanın vasiyetnameler için kanunda öngörülen şekillerden birine uyararak miras sözleşmesini tek taraflı olarak ortadan kaldırmaya hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm olumlu miras sözleşmeleri dikkate alınarak düzenlenmiş olsa da mirastan ivazlı feragat sözleşmelerine de uygulanabilir. Böylece mirasbırakan mirastan feragat sözleşmesinden dönerek ivazı ifa etmekten kurtulur. Daha sonra ise mirasçılığı mirasçılıktan çıkararak hiçbir ivaz sağlamadan bu kişinin mirasçı sıfatını yeniden ortadan kaldırabilir. Mirastan ivazsız feragat sözleşmesinde ise mirasçı sıfatı zaten kaybedildiği için mirasbırakan çıkarma sebebine dayalı dönme hakkını kullanamaz. Mirasçılıktan çıkarma sebebine dayalı olarak mirastan feragat sözleşmesinden dönme hakkı vasiyetname şekillerinden birine uyularak kullanılır. Yani karşı tarafa sözleşmeden dönüldüğüne dair bir irade açıklamasının yöneltilmesine gerek yoktur. Öte yandan dürüstlük kuralı uyarınca karşı tarafa bu hakkın kullanıldığına dair şekle tabi olmayan bir bildirim yapılması, aksi takdirde ise diğer tarafın uğradığı olumsuz zararın tazmini gerekir.

Mirastan ivazlı feragat sözleşmesinde, feragat edenin ivazın ifasını talep hakkı bulunmaktadır. MK m.547 uyarınca miras sözleşmesinde sağlararası ediminin ifasını talep etme hakkı bulunan taraf, edimin gereği gibi ifa edilmemesi veya güvenceye bağlanmaması halinde borçlar hukuku kurallarına göre sözleşmeden dönebilir. Mirastan ivazlı feragat sözleşmesinde de uygulama alanı bulacak bu hükme göre feragat eden, borçlu temerrüdünden doğan hükümlere dayalı olarak sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir. Bunun için mirasbırakana kural olarak ihtar çekerek ifa için ek süre vermesi de gerekir. Ancak ihtar ve ek süre verme şartının istisnalardan biri mevcutsa, feragat eden sözleşmeden dönme hakkını doğrudan mirasbırakana yönelteceği bir irade açıklaması ile kullanabilecektir. Katıldığımız görüşe göre her

⁵⁴ BIÇAKÇI, s.91; HRUBESCH-MILLAUER, Art. 514, N. 2.

⁵⁵ Sözleşmeden dönmenin hukuki sonuçları hakkındaki tartışmaya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: BUZ, Vedat: Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Yetkin, Ankara 1998, s.118 vd.

⁵⁶ DURAL, s.261; BIÇAKÇI, s.94; DURAL/ÖZ, s.126; AKÇA, s.204; SEÇER, s.57; HRUBESCH-MILLAUER, Art. 514, N. 3; AKBULUT, s.2065; BREITSCHMID/BORNHAUSER, Art. 514, N. 2; HRUBESCH-MILLAUER, 2018, 151; TUNÇ, s.4319.

⁵⁷ DURAL/ÖZ, s.126; ÇABRİ, s.695; ÖZTAN, s.267; AKÇA, s.204; SEÇER, s.57; AKBULUT, s.2065.

⁵⁸ WEIMAR, Art. 514, N. 9; BADERTSCHER, Art. 514, N. 5.

⁵⁹ BUZ, s.123.

⁶⁰ WEIMAR, Art. 514, N. 9.

⁶¹ DURAL, s.261; WEIMAR, Art. 514, N. 9; BREITSCHMID/BORNHAUSER, Art. 514, N. 6; BADERTSCHER, Art. 514, N. 5; AKBULUT, s.2261.

⁶² BIÇAKÇI, s.94; ÇABRİ, s.695; ÖZTAN, s.267; AKÇA, s.202; SEÇER, s.57; WEIMAR, Art. 514, N. 9; BADERTSCHER, Art. 514, N. 5.

ne kadar hüküm sadece sözleşmeden dönme hakkına atıfta bulursa da feragat edenin aynen ifanın yanısıra ifadan vazgeçip olumlu zararını talep hakkı da mevcuttur.

Sözleşmeden dönmenin hukuki sonuçları doktrinde tartışmalıdır. Mirastan feragat sözleşmesinden dönme durumunda da bu tartışma geçerlidir. Dolayısıyla sözleşmeden dönmenin hukuki sonuçları takip edilen görüşe göre değişiklik gösterecektir.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Pakize Ezgi: “Sağlararası İvaz Borcunun Yerine Getirilmemesi Sebebiyle Miras Sözleşmesinden Dönme”, Legal Hukuk Dergisi, 18(209), 2020, s.2037-2072.
- AKÇA, Neslihan: İvazlı Miras Sözleşmeleri, Adalet, Ankara 2022.
- ANTALYA, Gökhan/SAĞLAM, İpek: Miras Hukuku. C. III, 4. Bası, Seçkin, Ankara 2019.
- ANTALYA, O. Gökhan: Mirastan Feragat Sözleşmesi, Alkim, İstanbul 2002.
- AYİTER, Nuşin: Miras Hukuku, 3. Bası, Sevinç, Ankara 1974.
- BADERTSCHER, Pia: ZGB Kommentar: Schweizerisches Zivilgesetzbuch OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), Ed. Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser, 4. Bası, Orell Füssli, Zürich 2021 (Art. 513-514).
- BELEN, Herdem: Miras Hukuku Şema Kitap, 2. Bası, Beta, İstanbul 2021.
- BIÇAKÇI, Levent: Mirastan Feragat Sözleşmesi, İstanbul 1999.
- BREITSCHMID, Peter/BORNHAUSER, R.: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch, C. II, 6. Bası, Helbing & Lichtenhahn, Basel 2019 (Art. 513-514).
- BUZ, Vedat: Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Yetkin, Ankara 1998.
- BÜTTIKER, Arnold: Der Erbverzicht nach schweizerischem ZGB, Stämpfli, Bern 1942.
- ÇABRİ, Sezer: Miras Hukuku Şerhi (TMK m.495-574), C. I, On İki Levha, İstanbul 2018.
- DİNÇER, Seher Serap: “Mirastan Feragat Sözleşmesi ve Hukuki Sonuçları”, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009.
- DURAL, Mustafa: Miras Sözleşmeleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980.
- DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku, Miras Hukuku, C. IV, 16. Bası, Filiz, İstanbul 2021.
- EREN, Fikret/YÜCER AKTÜRK, İpek: Türk Miras Hukuku. 3. Bası, Yetkin, Ankara 2020.
- ESCHER, Arnold: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben, Art. 457-536, C. III, 3. Bası, Schulthess, Zürich 1959.
- HATEMİ, Hüseyin: Miras Hukuku, 9. Bası, On İki Levha, İstanbul 2021.
- HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie: CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Erbrecht, Art. 457-640 ZGB (Art. 495, 513-514), Ed. Peter Breitschmid/Alexandra Jungo, 3. Bası, Schulthess, Zürich Basel Genf 2016.
- HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie: “Der Erbvertrag im schweizerischen Zivilgesetzbuch” (2018), Der Erbvertrag aus rechtsvergleichender Sicht, Stämpfli, Bern 2018, s.136-165.
- HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie: “Die Rücktrittsmöglichkeit der Vertragspartei beim positiven Erbvertrag nach Art. 514 ZGB” (Anwalts), Anwalts Revue de l’Avocat, (4), 2008, s.147-150.
- İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan: Miras Hukuku, 15. Bası, Der, İstanbul 2021.
- İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan: Miras Hukuku, 11. Bası, Seçkin, Ankara 2022.
- KARTAL, Dilşah Buşra: Yargıtay Kararları Işığında Mirasçılıktan Çıkarmanın Geçerlilik Şartları, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 30(2), 2022, s.605-636.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M: Miras Hukuku, 10. Bası, Turhan, Ankara 2019.
- KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, Necip: Miras Hukuku. 3. Bası, Filiz, İstanbul 1987.
- OĞUZMAN, M.Kemal: Miras Hukuku, 3. Bası, Filiz, İstanbul 1984.
- ÖZTAN, Bilge: Miras Hukuku, 11. Bası, Yetkin, Ankara 2020.
- SEÇER, Öz: “Miras Sözleşmesinden Tek Taraflı Dönme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (111), 2014, s.37-60.
- SEROZAN, Rona: Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, Vedat, İstanbul 2007.
- SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay: Miras Hukuku, 7. Bası, Seçkin, Ankara 2021.
- STUDHALTER, Philipp: ZGB Kommentar: Schweizerisches Zivilgesetzbuch Orell Füssli Kommentar (OFK), Ed. Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser, Orell Füssli Verlag, Zürich 2016 (Art. 495).
- SÜRMEİLİ, Mehmet Can: “Mirastan Feragat Sözleşmesi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2022.
- TEKÇE, Ayşegül: “Miras Sözleşmesinin Sona Ermesi”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2022.
- TUNÇ, Aybike: “İvazlı Mirastan Feragat Sözleşmesinde Sağlar Arası Edim Borçlusunun Temerrüdü”, Legal Hukuk Dergisi, 14(164), 2016, s.4209-4222.
- WEIMAR, Peter: Das Erbrecht, Art. 457 - 516 ZGB, Berner Kommentar, Ed. Heinz Hausheer/Hans Peter Walter, 2. Bası, C. III/1/1/1, Stämpfli, Bern 2009 (Art. 513-514).
- YAKUPOĞLU, Sekine Derya: “Olumlu Miras Sözleşmesi ve Bağlayıcılık Sorunu”, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Bölümü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2019.
- YILMAZ, Süleyman: Miras Hukuku, C. IV, Yetkin, Ankara 2022.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Dilşah Buşra KARTAL, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Dilşah Buşra KARTAL who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnÜHFD in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.

ÇOCUKLARA YÖNELİK PLASTİK REKONSTRÜKTİF VE ESTETİK AMAÇLI TIBBİ MÜDAHALELERİN HUKUKA UYGUNLUK ŞARTLARI

REQUIREMENTS REGARDING COMPLIANCE WITH LAW OF PLASTIC RECONSTRUCTIVE AND AESTHETIC MEDICAL PROCEDURES FOR CHILDREN

Duygu KOÇAK DİKER*  

Makale Bilgi

Gönderi: 19/12/2022
Kabul : 25/04/2023

Anahtar Kelimeler

*Çocuk,
Rekonstrüktif,
Estetik,
Müdahale,
Ayırt Etme Gücü.*

Article Info

Received: 19/12/2022
Accepted: 25/04/2023

Keywords

*Child,
Reconstructive,
Aesthetics,
Procedure,
Capability of
Judgement.*

Özet

10.21492/inuhfd.1221257 

İnsan vücudunun karmaşık yapısı nedeniyle tıp bilimi çeşitli ana bilim dallarına ayrılmaktadır. Plastik rekonstrüktif ve estetik cerrahi de bunlardan biridir. Rekonstrüktif cerrahi, doğuştan gelen veya kaza, hastalık gibi sebeplerle sonradan ya da kendiliğinden oluşan fiziksel görüntü ve/veya işlev bozukluklarını düzeltmeye; estetik cerrahi ise kişinin anatomik farklılıkları nedeniyle duyduğu ruhsal yakınmaları gidermeye veya sadece genç ve güzel görünme isteğini karşılamaya yöneliktir. Ayrıca günümüzde cerrahi olmayan estetik müdahaleler de yaygındır. Rekonstrüktif ve estetik amaçlı tıbbi müdahale ifadesi ile cerrahi olan ve olmayan tüm uygulamalar kastedilmektedir. Fiziksel ve/veya işlevsel bozukluklardan kurtularak toplumun idealize ettiği görüntüye kavuşma ve güzelleşme isteği, bu tür müdahalelerin artmasına neden olmaktadır. Artışa paralel şekilde yaş ortalaması gitgide düşmekte ve karşımıza hasta olarak çocuklar da çıkmaktadır. Çalışma, velayet altındaki küçük çocuklara yönelik rekonstrüktif ve estetik amaçlı tıbbi müdahalelerle sınırlıdır. Bu müdahalelerin hukuka uygunluğunun denetlenmesinde, öncelikle çocuğun yararına olup olmadıkları incelenmelidir. Uzman hekim tarafından yapılması şarttır. Ayırt etme gücü olmayanlara yönelik rekonstrüktif müdahalelere, çocuğun yararının bulunması şartıyla, yasal temsilci rıza beyanında bulunabilecektir. Estetik amaçlı müdahalelerin ise yasal temsilcinin rızasıyla yapılması mümkün değildir. Ayırt etme gücü olan çocukların ise rekonstrüktif müdahalelere tek başlarına rıza beyanında bulunabilecekleri kabul edilmelidir. Ancak önemli nitelikte rekonstrüktif müdahalelerde ve estetik amaçlı müdahalelerin tamamında, çocuğun rıza beyanı yanında yasal temsilcinin de rızası aranmalıdır. Yasal temsilcinin rıza beyanında bulunmaması, çocuğun korunması gereken durumlarda müdahaleyi önleme yetkisi olarak işlev görecektir.

Abstract

Due to the complex structure and needs of the human body, medical science is divided into various branches. Plastic reconstructive and aesthetic surgery is among one of them. Reconstructive procedures aim at ameliorating physical appearance and/or dysfunctions that are congenital, or that occur subsequently due to reasons such as accident or disease, or that occur spontaneously. Aesthetic medical procedures, on the other hand, aim at eliminating the psychological complaints of the persons due to anatomical differences or just to meet the desire to look young and beautiful. Additionally, non-surgical aesthetic procedures are also common recently. The expression of reconstructive and aesthetic procedure refers to all surgical and non-surgical interventions. The desire to achieve the beauty standard idealized by the society via getting rid of physical disorders and/or dysfunctions causes such procedures to increase. In parallel with this increase, the average age is decreasing all over the world and we come across with children as patients in said procedures. In the inspection of the legality of these procedures, it should be examined whether they are in the best interest of the child. It must be done by a specialist doctor. The legal representative will give consent to the reconstructive procedure for the child without the capability of judgement, provided that it is in the best interest of the child. It is not possible to make aesthetic procedures with the consent of the legal representative. It should be accepted that child with the capability of judgement can give their own consent to reconstructive procedures. Furthermore, it would be appropriate to seek the participation of the legal representative in the child's consent declaration in all important reconstructive and aesthetic procedures. The participation of the legal representative will function as the authority to prevent procedure where the child needs to be protected.

 Bu eser Creative Commons Atıf-Gayri Ticari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

*Dr. Öğr. Üyesi, Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** KOÇAK DİKER Duygu, "Çocuklara Yönelik Plastik Rekonstrüktif ve Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları", İnÜHFD, 14(1), 2023, s.218-231. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

Plastic, reconstructive and aesthetic surgery or non-surgical aesthetic procedures on child creates issues that need to be discussed. It can be stated that plastic reconstructive and aesthetic surgical procedures partially or completely ameliorate the physical appearance and/or functional disorders which are congenital or occur subsequently or spontaneously due to reasons such as accident and disease. Those procedures that change and beautify the appearance of people are performed to eliminate the psychological complaints caused by the appearance they do not like. On the other hand, they can be implemented with the only intention of beautification/rejuvenation without any psychological complaint. Apart from these procedures, non-surgical beautification procedures, which are called non-surgical aesthetics, are also frequently applied recently. In the doctrine, it is accepted that reconstructive and constructive aesthetic surgical procedures, also called repair/reconstruction surgeries, are for therapeutic purposes. In case of a person not having a physical and/or functional disorder, the procedures that allow him/her to change his/her appearance in accordance with his/her understanding of beauty are qualified as aesthetic surgeries. In these procedures, the aim can be realizing the person's subjective sense of beauty, or changing the physical appearance that the person does not like to eliminate the psychological problems caused by this situation. Elimination of physical disorders or dysfunctions will often bring a more beautiful appearance. For this reason, it is difficult to draw the line between constructive and reconstructive procedures and aesthetic procedures. The type of procedure should be determined according to the characteristics of the concrete case.

The fact that children are subjects of plastic reconstructive and non-surgical aesthetic procedures causes discussions. The concept of child, which does not have a legal definition in the Turkish Civil Code (TCC), is often used synonymously with minor as it evokes individuals who have not reached a certain maturity. Those two concepts have overlapping and diverging aspects. Minor is a legal term describing non-majority, used in provisions specific to Law of Persons and Family Law. (TCC arts. 11-14, 16, 118, 126, 128, 136, ff.). Person(s) who have not fulfilled the legal age of majority, who have not become major by marriage or court decisions, are minors. (TCC arts. 11/II, 12, 124). The concept of the child which is encountered in the provisions of Family Law has two meanings. The first one is the descendant reproduced from the parents, which is their first-degree relative. No matter how old a person is, he/she is legally a child from the point of his/her parents. Therefore, in this sense, childhood is an unchanging status. In its second meaning, the child as a term describes the person under guardianship. In this sense, the child needs preservation, guidance and care until he/she completes his/her physical, mental and social development, if he/she is not a major. Therefore, in principle, minors are under guardianship until they reach majority.

The application of plastic, reconstructive and aesthetic medical procedures for children by a specialist must be for the benefit of the child. It is undisputed that treating burns, injuries, and attached fingers are medically indicated and therefore, as a rule, is in the child's best interests. Apart from these examples, circumstances where the medical indication is unclear can also be encountered frequently. Without evaluating reconstructive and constructive procedures' effects on the child, it may not be feasible to assert that they are directly medically indicated. For instance, medical conditions such as a prominent ear do not affect hearing. However, even at a stage when the child is not yet aware of the circumstances, parents consult physicians with the concern that the child may be exposed to peer bullying or stigmatization. If the specialist physician does not consider this condition as a physical disorder and a risk to the health of the child but is of the opinion that the procedure will result as a success in the primary school age against the possibility to cause psychological problems in the future, then a medical indication could not be mentioned. There is no psychological or social indication for a child who has not yet grasped his/her anatomical difference. In these cases, attributing a psychological or social indication to the parents' concerns for surgical procedure would violate the child's personality. The psychological and social indication can be used for aesthetic procedures with the intention of beautification. Recently, it is known that high school-age children are treated with botox to reduce sweating, PRP and dermapen to beautify skin, liposuction to eliminate weight problems, or rhinoplasty for a more beautiful and upturned nose. The lack of a normative basis for the concepts of psychological and social indications specific to such procedures, and uncertainty of who evaluates and for whom they will be evaluated, endanger the development of the child's personality. In evaluating plastic reconstructive and aesthetic surgery or non-surgical aesthetic procedures for children, if the procedure is performed instead of categorizing the intertwined purposes and using the concepts of psychological and social indications, it should be examined whether the child's benefit will be realized. At this point, the risks of the procedure, its possible consequences, whether it can be postponed, whether there will be a suspicion that the harm will be greater than the benefits in terms of the child's biological-psychological functioning and future, whether there are irreversible effects and whether the effects of the procedure will be adopted by the child in the future, should be determined by examining if the procedure is compatible with the legal regime on the protection of the child's personality (TCC art. 23). Consent must be declared by the legal representative for procedures which are in the best interest of the child who lacks capacity to act. In aesthetic procedures for beautification with the consent of the legal representative, and in cases where the medical indication is controversial and the fear of the parents regarding exclusion, stigma, and ridicule towards the child, which has not yet occurred, the application of plastic reconstructive surgical procedures should not be applied to children without the capability of judgement. Despite it is accepted that children with the capability of judgement can give consent to the medical procedure on their own, in terms of important plastic reconstructive and beautification procedures, even the consent of the limited incapacity is essential, the participation of the legal representative in the declaration of consent should be sought.

I. GİRİŞ

Rekonstrüktif ve estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde, fiziksel veya ruhsal bakımdan iyileşme veya sadece güzelleşme amacı ya da her ikisi bir arada bulunabilmektedir. Fiziksel ve/veya işlevsel bozuklukların giderilmesi çoğunlukla aynı zamanda daha iyi bir görünüm yaratmakta; görünümün güzelleştirilmesi veya değiştirilmesi ise müdahalenin uygulandığı organlarda işlevselliğin artmasına neden olabilmektedir. Müdahalelerin etkilerinin sıklıkla iç içe geçmiş şekilde ortaya çıkması, rekonstrüktif ve estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin birbirinden ayrılmasını zorlaştırmaktadır.

Cerrahi nitelikte olanların uzman hekim tarafından uygulanması zorunluluğu, cerrahi nitelikte olmayanlar için bu şartın aranmaması, estetik amaçlı müdahalelerde tıbbi endikasyon boşluğunun psikolojik veya sosyal endikasyon kavramlarıyla doldurulması ve bu sayede hukuka uygun kabul edilmeleri, pek çok örnekte iyileşme ve güzelleşmenin bir arada bulunması, bu müdahaleleri klasik tıbbi müdahalelerden farklılaştırmaktadır. Ayrıca günümüzde, rekonstrüktif ve estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde yaş ortalaması gitgide düşmekte ve artık karşımıza hasta olarak çocuklar da çıkmaktadır. Bu durum beraberinde pek çok soruyu getirdiği için konunun odağına velayet altındaki küçük çocuklar alınmıştır.

Çalışmamız çocuklara yönelik uygulamalar bakımından, müdahalenin hukuken öngörülen amaçlara yönelik olmasının anlamının ortaya konulması, tıbbi endikasyonun bulunmadığı durumlarda sosyal ve psikolojik endikasyonun haklı bir müdahalenin varlığı açısından yeterli kabul edilip edilemeyeceği, çocuğun yararı ilkesinden hukuka uygunluğun değerlendirilmesinde nasıl yararlanılacağı, müdahaleye maruz kalan çocuğun ayırt etme gücünün olup olmamasına göre rızanın kimler tarafından verileceği konularındaki soruların tartışılması gerektiği fikri üzerinden şekillenmiştir. Amacımız, çocuklara yönelik rekonstrüktif ve estetik amaçlı tıbbi müdahaleleri amaçlarını ve türlerini inceleyerek, hukuka uygunluk şartlarını ortaya koymaktır.

II. MEDENİ HUKUK BAKIMINDAN ÇOCUK

Çocuk kavramı, belirli bir olgunluğa erişmemiş bireyleri çağrıştırdığı için genellikle küçük ile eş anlamlı kullanılmaktadır. Her ikisinin kesişen ve birbirinden ayrılan yönleri bulunmaktadır. Küçük, ergin olmayanları anlatan yasal bir terimdir (TMK m.11-14, 16, 118, 126, 128, 136 vd)¹. Yasal erginlik yaşını doldurmayan, evlenme ya da mahkeme kararı ile ergin kılınmayan kişiler, küçüktür² (TMK m.11/II, 12, 124). Çocuk ise iki anlamda kullanılmaktadır. İlki, ana ve babadan türeyen, onların birinci derece hısımları olan altsoydu. Kişi kaç yaşına gelirse gelsin, ana ve babası bakımından hukuken çocuktur³. Bu anlamı ile çocukluk, değişmeyen bir statüdür⁴. İkinci anlamı ile çocuk, velayet altındaki kişiyi anlatır⁵. Çocuk henüz ergin değil ise fiziksel, zihinsel ve sosyal gelişimini tamamlayana kadar korunmaya, yönlendirilmeye ve bakıma ihtiyaç duyar⁶. Bu nedenle, kural olarak küçükler ergin olana kadar velayet altındadır (TMK m.355)⁷. Velayet ilişkisi bağlamında çocukluk kural olarak erginliğe kadar olan geçici bir statüdür⁸. Açıklamalar ışığında, küçük kavramının ehliyet; çocuk kavramının ise hısımlık ve velayet kurumuna özgü olduğu görülmektedir⁹. Soybağı ve velayete özgü düzenlemeler esas alınarak anlamlandırılan çocuk hem erginleri

¹ AKYÜZ, Emine: Çocuk Hukuku ve Çocuk Haklarının Korunması, 7. Baskı, Pegem Akademi Yayıncılık, Ankara 2020, s.102 vd.; YÜCEL, Yeliz: Türk Medeni Hukukunda Boşanma Halinde Velayet, Çocukla Kişisel İlişki Kurulması ve Çocuğun Soyadı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s.10; SEROZAN, Rona: Çocuk Hukuku, (Çocuk Hukuku), Beta Yayınevi, İstanbul 2000, N.10; İMAMOĞLU, S. Hülya: “Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması” (Koruma), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 54(2), 2005, s.190; REYHANİ YÜKSEL, Sera: Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, Legal Yayınları, İstanbul 2020, s.7 vd.; WERLEN, Mirjam: Persönlichkeitsschutz des Kindes, höchstpersönliche Rechte und Grenzen elterlicher Sorge im Rahmen medizinischer Praxis, Das Beispiel von Varianten der Geschlechtsentwicklung und DSD, Stämpfli, Bern 2014, N.18, 19; DEDE, İsmail: Çocuğun Velayet İlişkisinden Doğan Kişi Varlığı Zararlarının Tazmini, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s.12, 13.

² AFFOLTER-FRINGELI, Kurt/VOGEL, Urs: Die elterliche Sorge/der Kindesschutz, Art.296-317 ZGB – Das Kindesvermögen, Art.318-327 ZGB–Minderjährige unter Vormundschaft, Art.327a-327c ZGB, in: HAUSHEER, Heinz/WALTER, Hans Peter (Hrsg.), BK-Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Stämpfli, Bern 2016, Vorbem zu Art.307-327c, N.13; AKYÜZ, s.105 vd; DEDE, s.12 vd. BMÇHS m.1 uyarınca, belirli devletlerin kanunlarında daha genç bir erginlik yaşı öngörülmedikçe, 18 yaşın altındaki her insan çocuktur.

³ SEROZAN, Çocuk Hukuku, N.8.

⁴ İMAMOĞLU, Koruma, s.190.

⁵ SEROZAN, Çocuk Hukuku, N.8; AKYÜZ, s.102; DEDE, s.13; REYHANİ YÜKSEL, s.7; YÜCEL, s.6, 9; İMAMOĞLU, Koruma, s.190; ÖCAL APAYDIN, Bahar/HİŞİM, Selin: “Türk Aile Hukukunda Çocuğun Katılım Hakkı”, in MAKARACI BAŞAK, Aslı/ÖKTEM ÇEVİK, Seda/TEK, Gülen Sinem: Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, s.286, 287.

⁶ İMAMOĞLU, Koruma, s.192; WERLEN, N.19; AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Vorbem zu Art.307-327c, N.113.

⁷ TROST, Tanja: Das elterliche Erziehungsrecht und die Persönlichkeitsrechte des Kindes, Eine Untersuchung am Beispiel von Cognitive Enhancement, Stämpfli, Bern 2017, s.9; AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art.296, N.6; BREITSCHMID, Peter: Personen- und Familienrecht Partnerschaftsgesetz Art.1-456 ZGB-PartG, in, BREITSCHMID, Peter/UNGO, Alexandra (Hrsg), CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Schulthess, Zürich 2016, Art.296 N.1; İMAMOĞLU, Koruma, s.192; DEDE, s.13. Velayet hakkı sahipliği için TMK’de öngörülen sistem için bkz. BİRİNCİ UZUN, Tuba: “Türk Medeni Kanunu’na Göre Velayetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6(1), 2016, s.139-148; DEDE, s.25-40; YÜCEL, s.10; DURAL, Mustafa/ÖGÜZ Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022, N.1688-1696.

⁸ DEDE, s.13.

⁹ DEDE, s.12, 13; YÜCEL, s.9; İMAMOĞLU, Koruma, s.190.

hem küçükleri kapsamaktadır¹⁰. Çalışmamızın konusunu, velayet altındaki küçük çocuklar oluşturmaktadır¹¹.

III. PLASTİK REKONSTRÜKTİF ve ESTETİK AMAÇLI TIBBİ MÜDAHALE ve TÜRLERİ

A. Tanım

Tıbbi müdahale, HHY m.4/g uyarınca, “Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbin sınırları içinde gerçekleştirilen fiziki ve ruhi girişimdir”¹² (TDT m.13, HHY m.12). Tanım doğrultusunda, tıbbi müdahale yalnızca tedaviyi değil, önleme veya sağlığı koruma amaçlı girişimleri de kapsamaktadır¹³. Ancak organ, doku, kan nakli, deney ve klinik araştırmalar, ceza veya hukuk yargılamalarında delillerin toplanması, isteğe bağlı gebeliğin sonlandırılması¹⁴ veya sterilizasyon¹⁵, sünnet¹⁶, nüfus planlaması amacıyla yapılan müdahaleler göz önüne alındığında tıbbi müdahaleyi yalnızca bu amaçlarla tanımlamak mümkün değildir¹⁷ (ODNKH m.5 vd., NPHK m.4-5). Konumuzu oluşturan rekonstrüktif ve estetik amaçlı müdahaleler¹⁸, tedavi ve güzelleştirme amacını bünyesinde barındırmaktadır. Rekonstrüktif müdahaleler, doğuştan gelen veya sonradan oluşan fiziksel görüntü ve/veya işlev bozukluklarını düzeltmeye; estetik amaçlı müdahaleler ise kişinin anatomik farklılıkları nedeniyle duyduğu ruhsal yakınmaları gidermeye veya sadece güzel görünme isteğini karşılamaya yöneliktir¹⁹. Bu tür

¹⁰ YÜCEL, s.8, 9.

¹¹ Belirli yaş aralıklarına ilişkin sınıflandırma için bkz. WERLEN, N.18.

¹² Tanımın isabetli olmadığı yönünde bkz. YÜCEL, Özge: “Sağlık ve Tıp Hukukuna İlişkin Temel Kavramlar ve Özneler” (Temel Kavramlar), in: SERT, Gürkan/YÜCEL, Özge: Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, s.37, 38. Yetkili olmayan bir kimse tarafından yapılan müdahalenin, tıbbi müdahale olarak değerlendirilemeyeceği yönünde bkz. ARPACI, Abdulkadir: “Özel Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6(2), 2009, s.5; aynı yönde bkz. GÜNEY TUNALI, Işıl: Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s.52 vd.; BADUR, Emel: Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, s.34, 38, 39; OKYAR, Dila: “İnterseks Küçüğe Uygulanan Genital Rekonstrüktif Cerrahi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu Meselesi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 30(1), 2022, s.169, 170; KAHRAMAN, Zafer: “Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(1), 2016, s.480; ŞENOCAK, Zarife: “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 50(4), 2001, s.66; GÜLEL, İlhan: “Tıbbi Müdahale Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler” (Hükümler), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 1(5), 2011, s.585; GÜLEL, İlhan: Tıbbi Müdahaleye Rıza (Rıza), Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s.21; KAYA, Mine: “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu” (Aydınlatma), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1(100), 2012, s.47; KILIÇGİL ÇİÇEK, Tuğçe: “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Sözleşmeden Doğan Hukuki Sorumluluğu”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XXIV(1-4), 2020, s.122; ARINCI, Atilla/USTA, Sevgi: “Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumlulukları ve Eser Sözleşmesi”, Turkish Journal of Plastic Surgery, 25(2), 2017, s.85,86; KOYUNCU AKTAŞ, Nihan: Hekimin Özen Borcuna Aykırılıktan Doğan Sözleşmesel Sorumluluğu, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s.38.

¹³ Tanımlar için bkz. MAJID, Nadja: Die Geschäftsfähigkeit der urteilsfähigen minderjährigen Person im Bereich der Schönheitsoperationen- Rechtslage, Kritik und Postulat, Schulthess, Zürich 2017, N.92, 97; MICHEL, Margot/RUTISHAUSER, Christoph: “Referate/Kinder und Jugendliche als Patientinnen und Patienten – Ein Beitrag aus rechtlicher und medizin-ethischer Sicht”, in: BUCHLER, Andrea/SCHWENZER, Ingeborg, Achte Schweizer Familienrechtstage, Stämpfli, Zürich 2016, s.7; PFISTER PILLER, Barbara: Kinderschutz in der Medizin Elterliche und staatliche Bestimmungsrechte bei der medizinischen Behandlung des Kindes, Schulthess, Zurich 2016, N.6; GÜNEY TUNALI, s.40 vd.; KILIÇGİL ÇİÇEK, s.122; BADUR, s.38, 39; KOYUNCU AKTAŞ, s.43; ÖZPINAR, Berna: Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2007, s.4; OKYAR, s.169, 170; ÜNAL, Esin: Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2017, s.4 vd.; YÜCEL, Temel Kavramlar, s.37 vd.; GÜLEL, Hükümler, s.585; GÜLEL, Rıza, s.21; KAYA, Aydınlatma, s.47; KAHRAMAN, s.480; ŞENOCAK, s.66. Biyopsikososyal yaklaşım çerçevesinde yapılan -geniş- tanım için bkz. YÜCEL, Özge: “Tıbbi Müdahalelerde Onam Hakkının Sınırı Olarak Üstün Yazar” (Onam), İstanbul Hukuk Mecmuası, 79(2), 2021, s.448; OZANOĞLU, Hasan Seçkin: “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 52(3), 2003, s.58, 59.

¹⁴ UYUMAZ, Alper/AVCI, Yasemin: “Türk Hukuku’nda Gebeliğin Sonlandırılması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(1), 2016, s.600-604.

¹⁵ DEMİR, Remzi: “Üreme Hakkına İlişkin Tıbbi Müdahalelerde Rıza”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (133), 2017, s.293, 294; GÜNEY TUNALI, s.74.

¹⁶ ŞENOL, Ayşe Nilay: “Sünnet ve Çocuğun Menfaati”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, 25(2), 2019, s.1338, 1352.

¹⁷ YÜCEL, Temel Kavramlar, s.37; GÜNEY TUNALI, s.59 vd., 64; BADUR, s.27, 45 vd.; ŞENOCAK, s.66; GÜLEL, Rıza, s.26; ZEVLİLİLER, Aydın: “Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Haklarına Saldırının Sonuçları (1982-1983 Öğretim Yılı Açılış Dersi Metni)”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(1), 1983, s.20 vd.; MAJID, N.109, 114, 141 vd.

¹⁸ Bu çalışmada, rekonstrüktif ve estetik müdahale kavramı ile konstrüktif, rekonstrüktif, estetik cerrahi alanına giren ve cerrahi olmayan müdahaleler kastedilmektedir.

¹⁹ Tanımlar için bkz. “MAJID, N.88, 89; PETEK, Hasan: “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (8)1, 2006, s.180; ÖZAY, Merter: Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s.23, KAYA, Mine: “Estetik Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı” (Estetik), Terazi Hukuk Dergisi, 117(11), 2016, s.24; GÖKCAN, Hasan Tahsin: “Etik ve Hukuk İlişkisi Bağlamında Estetik Tıbbi Müdahaleler ve Cezai Sorumluluk” (Etik), Terazi Hukuk Dergisi, 9(23), 2014, s.120; ARINCI/USTA, s.85, 86, ÜNAL, s.7; ZEVLİLİLER, s.28; ALTUN, Zeynep: Plastik Cerrahinin Hukuki Sorumluluğunun Sözleşmesel Bağlamda İncelenmesi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s.23-25; KILIÇGİL ÇİÇEK, s.124; KOYUNCU AKTAŞ, s.75”.

müdahalelerde hem cerrahi hem cerrahi olmayan yöntemler kullanılmaktadır²⁰. Cerrahi nitelikte olmayan ve günümüzde ameliyatsız estetik işlemler olarak adlandırılan müdahaleler de çalışmamızın kapsamındadır²¹.

B. Türleri

Rekonstrüktif ve estetik müdahaleler, farklı şekillerde ele alınmaktadırlar. Bazı yazarlar, tedavi ve estetik amaçlı müdahaleler olarak²²; bazıları ise bedensel rahatsızlıkları giderme, ruhsal rahatsızlıkları giderme ve salt güzelleştirme amaçlı estetik müdahaleler olarak sınıflandırma yapmaktadır²³. Bizim de katıldığımız bazı yazarlarca, rekonstrüktif/konstrüktif ve estetik amaçlı cerrahi müdahaleler olarak tıp alanına özgü ayırım benimsenmektedirler²⁴. Sonradan oluşan fiziksel görüntü ve işlev bozukluklarını düzeltmeye yönelik müdahaleler, rekonstrüktif cerrahi başlığı altındadır²⁵. Bunlarda amaç, hastaya eski görüntüsünü veya vücut işlevlerini yeniden kazandırmaktır. Kaza sonucu vücudunda yanık veya yara izi oluşan çocuğa deri nakledilmesi, spor karşılaşmasında burnu kırılan çocuğa rinoplasti ameliyatının yapılması, hormon bozukluğu ile gelişen jinekoma hastası erkek çocuğunun eski görüntüsüne kavuşturulması, bir tümör sebebiyle alınan memenin yerine protez meme yapılması bu tür müdahalelerin örnekleridir²⁶. Doğuştan gelen fiziksel ve/veya işlevsel bozuklukları düzeltmeye yönelik müdahaleler ise konstrüktif cerrahi başlığı altındadır²⁷. Bunlarda amaç hastaya yeni ve normal bir görüntü veya düzgün çalışan vücut işlevleri kazandırmaktır. Çocuklarda, yapışık parmakların ya da tavşan dudakların düzeltilmesi bu tür müdahalelerin örnekleridir. Doktrinde, onarım/yeniden yapım cerrahisi olarak da adlandırılan rekonstrüktif ve konstrüktif estetik cerrahi müdahalelerin, tedavi amaçlı olduğu kabul edilmektedir, çalışmamızda da rekonstrüktif müdahaleler, konstrüktif olanları da kapsar şekilde kullanılacaktır²⁸. Kişide fiziksel ve/veya işlevsel bir bozukluk olmamasına rağmen görüntüsünün, onun güzellik anlayışına uygun olarak değiştirilmesini sağlayan müdahaleler ise estetik cerrahi başlığı altındadır²⁹. Bu müdahalelerde, bazen sadece kişinin subjektif güzellik anlayışını gerçekleştirme bazen de beğenmediği görüntüsünün değiştirilmesi ile bu durumun onda yarattığı ruhsal rahatsızlıkları giderme amacı vardır³⁰. Fiziksel veya işlevsel bozuklukların giderilmesi, çoğunlukla beraberinde daha güzel bir görünümü de getirecektir. Bu nedenle konstrüktif, rekonstrüktif müdahaleler ile estetik amaçlı tıbbi müdahaleler arasındaki sınırı çizmek güçtür³¹, müdahalenin türü; uygulanma amacı ve yarattığı sonuçlar birlikte değerlendirilerek belirlenmelidir³².

IV. RIZA DIŞINDAKİ HUKUKA UYGUNLUK ŞARTLARI

Tıbbi müdahale, hekimin veya yetkili sağlık personelinin, kişinin bedensel veya ruhsal bütünlüğüne yönelik davranışıyla gerçekleşir³³. Rekonstrüktif ve estetik amaçlı tıbbi müdahaleler ise kişinin yalnızca bedensel bütünlüğüne yönelik olup ruhsal bütünlüğe etkileri dolaylıdır³⁴. Bedensel ve ruhsal bütünlük, yaşam ve sağlık hakkının konusunu oluşturur (AİHS m.2-5, AY m.12, 15, 17, TMK m.23, 24). Yaşam hakkı, kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğünün, doğal etkenler dışındaki sebeplerle sınırlandırılmaması veya

²⁰ GÜNEY TUNALI, s.59; KILIÇGİL ÇİÇEK, s.124.

²¹ Dermatoloji uzmanları tarafından cilde uygulanan kozmetik müdahaleler olarak da ifade edilmektedir. Bkz. GÜNEY TUNALI, s.68. Örnekler için bkz. ÜNAL, s.7, 10-12; MAJID, N.114.

²² PETEK, s.178; ARINCI/USTA, s.86; GÜNEY TUNALI, s.67.

²³ ÖZAY, s.25, 26; KURT, Munise Gülen: “Estetik Müdahaleler İçin Kurulan Sözleşmelerde Cerrahin Yükümlülükleri” (Cerrahin Yükümlülükleri), s.109-111; ALTUN, s.25 vd.

²⁴ ÜNAL, s.10, 11; İMAMOĞLU, S., Hülya: “İsviçre ve Türk Yargı Kararlarında Eser Kavramı, Özellikle Estetik Operasyonu Konu Edinen Sözleşmenin Hukuki Niteliğine İlişkin Olarak Yargıtay’ın Yaklaşımı: Güncel Bir Bakış” (Estetik), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 68(1), 2019, s.249; KILIÇGİL ÇİÇEK, s.124, 125; MAJID, N.117 vd.; KOYUNCU AKTAŞ, s.75 vd. Bu tür müdahaleleri estetik cerrahi ve plastik cerrahi olarak iki başlık altında inceleyen ve plastik cerrahi başlığı altındaki müdahaleleri rekonstrüktif cerrahi, yanık cerrahisi ve el cerrahisi olarak açıklayan görüş için bkz. PFISTER PILLER, N.61.4.

²⁵ İMAMOĞLU, Estetik, s.249; MAJID, N.118.

²⁶ İMAMOĞLU, Estetik, s.249; MAJID, N.119.

²⁷ İMAMOĞLU, Estetik, s.250; MAJID, N.120.

²⁸ ARINCI/USTA, s.86. Rekonstrüktif cerrahi alanına giren müdahalelerin doğrudan tedavi amacına yöneldiği ve olağan tıbbi müdahalelerden farklı olmadığı yönünde bkz. KOYUNCU AKTAŞ, s.78.

²⁹ KOYUNCU AKTAŞ, s.79; ÜNAL, s.11; ARINCI/USTA, s.86; ALTUN, s.24; İMAMOĞLU, Estetik, s.250; MAJID, N.122.

³⁰ İMAMOĞLU, Estetik, s.250; MAJID, N.122; KOYUNCU AKTAŞ, s.41.

³¹ WERLEN, N.974 vd.; İMAMOĞLU, Estetik, s.250; MAJID, N.124; Tıbbi endikasyona dayanan müdahaleler ile salt estetik amaçlı müdahalelerin sınırlarının çizilmesinin güç olduğu yönünde bkz. PFISTER PILLER, N.6.26.

³² İMAMOĞLU, Estetik, s.250; MAJID, N.124. Tıbbi endikasyona dayanan ve salt estetik amaçlı müdahaleler arasındaki sınırların çizilebilmesinde kullanılabilecek kriterler için bkz. PFISTER PILLER, N.6.26.

³³ KAHRAMAN, s.483; OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: “Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. 2, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s.1315; BAYGIN, Cem/NAR, Ahmet: Medeni Hukuk Dersleri – I, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s.459; DEMİRSOY AŞIKOĞLU, Eda: “Kişi Dokunulmazlığı Hakkı Bağlamında Rıza Olmaksızın Yapılan Tıbbi Müdahaleler”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, (35) 2018, s.320; WERLEN, N.764; PFISTER PILLER, N.2.12.

³⁴ Vücut bütünlüğünün, beden bütünlüğü yanında ruh bütünlüğünü de kapsadığı yönünde bkz. ERLÜLE, Fulya: Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015, s.106; ATAAY, Aytekin: “Vücut (Beden) ve Cesed Üzerindeki Hak”, İsmet Sungurbey’e Armağan, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 20, 1996, s.26, 27; OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku, (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Filiz Kitabevi, İstanbul 2021, N.579, 583; HAAS, Raphaël: Die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach Art.28 Abs. 2 ZGB, Schulthess, Zürich 2007, N.36-38. Yargıtay, 21. HD., 3.04.2018, E.2016/15664, K.2018/3275 “Bedensel bütünlük eş deyişle vücut bütünlüğü kavramının fizik bütünlük yanında ruhsal bütünlüğü ve sağlığı da kapsadığı tartışmasıdır”. www.hukukturk.com, (Erişim: 16.11.2022).

sonlandırılmamasıdır³⁵. Diğer haklar, yaşam hakkının korunması ile anlam ifade edebilir³⁶ (AY m.17, 56, TMK m.23-24, TBK m.53-56, TDT m.14, HHY m.5, AİHS m.2). Sağlık hakkı ise kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğünün sorunsuz işlemesi olarak ifade edilmektedir³⁷. Kişinin yaşamı, sağlığı ve bedensel ve/veya ruhsal bütünlüğüne yönelik müdahaleler kural olarak hukuka aykırı olup kişilik hakkına saldırı niteliği taşırlar³⁸ (AY m.12, 17, TMK m.23-24). Müdahalelerin kişinin yararına yapıyor olması dahi onları hukuka uygun hale getirmez³⁹. Buna ek olarak tıbbi müdahalelere özgü hukuka uygunluk şartları bulunmalıdır (TBK m.63, TMK m.24/II)⁴⁰. Yetkili sağlık personeli tarafından, hukuken öngörülen amaçlara yönelik olarak ve hastanın aydınlatılmış rızası alınarak gerçekleştirilen tıbbi müdahale, hukuka uygundur⁴¹ (AY m.17, TMK m.23).

A. Müdahalenin Uzman Hekim Tarafından Gerçekleştirilmesi

Tıbbi müdahaleyi yapan sağlık personeli kural olarak hekimdir (TŞSTİDK m.1, 3/I-II)⁴². Uzman, uzmanlık eğitimini tamamlayarak o dalda sanatını uygulama hakkı ve uzmanlık unvanını kullanma yetkisi kazanmış olan hekimdir (TDHUEY m.3/ö, 21)⁴³. Uzmanlık alanlarına ilişkin esaslar TDHUEY’de, uzmanlık anadal ve yandalları ile eğitim süreleri ise TŞSTİDK ek m.14 hükmünde düzenlenmektedir. TŞSTİDK m.3/I uyarınca, tüm cerrahi müdahalelerde, hekimin uzman olması; m.23 uyarınca da genel veya lokal anestezi ile yapılan önemli cerrahi müdahalelerde uzman hekimin bulunması şarttır⁴⁴. TŞSTİDK m.3/I’de, cerrahi müdahalelerde, uzman hekimin bulunması emredilmekte ancak uzmanlık anadali sınırlanmamaktadır.

Uzmanlık alanlarına ilişkin esasların, anadal ve yandallar ile eğitim sürelerinin özel olarak TDHUEY ve TŞSTİDK ek m.14 hükmünde düzenlenmiş olması karşısında, hekimlerin kendi uzmanlık alanlarında faaliyet göstermeleri gerektiği kabul edilmelidir. Rekonstrüktif ve estetik cerrahi alanına giren tüm müdahalelerde de hekim, kural olarak bu alanda uzman olmalıdır⁴⁵. TDHUEY’in, “Tanımlar” başlıklı m.3/r-s hükmünde, uzmanlık eğitimi çekirdek müfredatı ve çekirdek eğitim müfredatının tamamını kapsayan genişletilmiş müfredat tanımları yapılmıştır. Her iki müfredat da TDHUEY m.5/(1), b uyarınca, Tıpta Uzmanlık Kurulu tarafından belirlenmektedir. Tıpta Uzmanlık Kurulu tarafından yayınlanan çekirdek eğitim müfredatında, uzmanlık alanları bakımından ortak içerikler söz konusudur. Dolayısıyla, rekonstrüktif ve estetik cerrahi uzmanlık eğitimine özgü müfredat ile belirli alanlarda ortak içerik taşıyan uzmanlık anadal veya yan dallarında eğitim alan hekimlerin de bu tür müdahaleleri gerçekleştirebileceğini kabul etmek gerekir. Nitekim günümüzde kulak burun boğaz uzmanı hekimler tarafından da rinoplasti ameliyatları yapılmaktadır. TŞSTİDK ek m.14’te, çocuklara yönelik estetik cerrahi müdahaleler açısından özel bir anadal veya yandal uzmanlık alanı öngörülmemiştir. Bu nedenle çocuk cerrahisi, plastik rekonstrüktif ve estetik cerrahi veya kulak burun boğaz gibi ortak içerik taşıyan diğer anadal veya yandal eğitimi almış uzmanların müdahalede yetkili olduklarını kabul etmek gerekir. Cerrahi olmayan müdahalelerde ise uzmanlık şartı aranmamaktadır. Bunlar, botoks, dolgu, lazer ve leke tedavileri, akne ve sivilce izleri tedavisi, ameliyatsız burun estetiği olarak örneklenebilir.

B. Müdahalenin Hukuken Öngörülen Amaçlara Yönelik Olması

1. Genel Olarak

Tıbbi müdahalenin hukuken öngörülen amaçlara yönelik olması, onun yasal amaçlara hizmet etmesini anlatır⁴⁶. Tıp alanındaki dağınık mevzuat doğrultusunda, hukuken öngörülen amaçlar, teşhis, tedavi,

³⁵ ÇİFTÇİOĞLU, Cengiz Topel: “Yaşam Hakkı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (103), 2012, s.138; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N.579, 583; TACİR, Hamide: “Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı (Beginning of Life Within the Context of Right to Life)”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı: Prof.Dr. Nur Centel’e Armağan, 19(2), 2013, s.1302; HAAS, N.34; BAYGIN/NAR, s.456, 457; AKİPEK, G. Jale/AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 13. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2016, s.360 vd.; DURAL, Mustafa/ÖGÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku, C.II, Kişiler Hukuku, 23. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, N.526, 527; ERLÜLE, s.100; KOYUNCU AKTAŞ, s.28.

³⁶ ZEVKLİLER s.4; TACİR, s.1302; ERLÜLE, s.100.

³⁷ ERLÜLE, s.104; ZEVKLİLER s.9; BAYGIN/NAR, s.457, 458.

³⁸ ERLÜLE, s.182, DURAL/ÖGÜZ, N.531; GÜNEY TUNALI, s.223; KAHRAMAN, s.483; KOYUNCU AKTAŞ, s.31, 42; SPRECHER, Franziska: “Patientenrechte Urteilsunfähiger -Veto- und Partizipationsrechte Urteilsunfähiger in medizinischen Angelegenheiten und ihre (spezialgesetzliche) Regelung im schweizerischen Recht”, Die Praxis des Familienrechts, FamPra.ch 2/2011, s.273; WERLEN, N.777; PFISTER PILLER, N.2.12.

³⁹ GEISER,Thomas: “Medizinische Zwangsmassnahmen bei psychisch Kranken aus rechtlicher Sicht”, Recht, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, (3), 2006, s.N.1.3; DURAL/ÖGÜZ, s.524.

⁴⁰ GEISER, N.1.3; GÜNEY TUNALI, s.224; ŞENOCAK, s.68. Kişilik hakkına yönelik müdahalelerin hukuka uygunluk şartları, TMK m.24/II uyarınca, rıza, üstün nitelikte özel yarar, kamusal yarar ve yasanın verdiği yetkinin kullanılmasıdır. Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu için ayrıca AY, TŞSTİDK, HHY ve müdahalenin niteliğine bağlı olarak diğer özel yasalarda düzenlenen hukuka uygunluk şartları da bulunmalıdır.

⁴¹ GÜNEY TUNALI, s.225. Farklı unsurlarla ele alan görüşler için bkz. YÜCEL, Özge: “Medeni Hukuk Bakış Açısıyla Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları” (Hukuka Uygunluk), in: SERT, Gürkan/YÜCEL, Özge: Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, s.287 vd.; KOYUNCU AKTAŞ, s.37, 38.

⁴² Hekimler dışındaki sağlık personeli, eğitimleri doğrultusunda meslek mensubu, sağlık teknisyeni olarak tanımlanmış ve TŞSTİDK ek m.13’te belirlenmiştir. TŞSTİDK m.29-30 uyarınca dış hekimleri, m.47 uyarınca ebeler, m.68 uyarınca hastabakıcı ve hemşireler de tıbbi müdahaleye yetkilidir.

⁴³ ALTUN, s.8; GÜNEY TUNALI, s.326.

⁴⁴ KOYUNCU AKTAŞ, s.23, 24; ALTUN, s.8.

⁴⁵ ALTUN, s.9. Özel uzmanlık şartı aranan tıbbi müdahaleler için bkz. GÜNEY TUNALI, s.327.

⁴⁶ GÜNEY TUNALI, s.331. Meşru amaca yönelik olması şeklinde ifade eden yazarlar için bkz. YÜCEL, Hukuka Uygunluk, s.320; YÜCEL, Onam, s.452; GÜLEL, Hükümler, s.587; GÜLEL, Rıza: s.25. Kişinin sağlık refahının sağlanması, korunması veya artırılması amacına yönelik olması gerektiği yönünde bkz. BADUR, s.39; ÇAKAL, Ayça: Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahaleye

koruma, bakım, rehabilitasyon ve nüfus planlaması olarak sayılabilir (TMK m.23-24, TŞSTİDK m.1-8, NHK, ODNKHK, TDT m.13, HHY m.5/d, 12, ASHY)⁴⁷. Doktrinde tıbbi müdahalelerin hukuken öngörülen amaçlara yönelik olmasının, endikasyon olarak da adlandırılan tıbbi zorunluluk ile sağlanacağı savunulmaktadır⁴⁸. Endikasyon tıp biliminin ilkeleri uyarınca, müdahalenin gerekli eş deyişle haklı görülmesidir⁴⁹ (TDT m.13/III, HHY m.12). Kanımızca hukuken öngörülen amaçlara yönelik olma ve endikasyon farklı kavramlardır. Şöyle ki, hekimin hastalığın teşhisi için hastadan kan örneği alması, hukuken öngörülen amaca yönelik bir müdahaledir. Ancak hastalık, kan örneği alınmadan teşhis edilebilecek idiye hastaya gerekli olmayan bir müdahale yapıldığı için somut olayda endikasyon söz konusu değildir.

Endikasyonun tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından biri olarak kabul edilmesi, AY m.17/II hükmünün, “Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz...” şeklindeki ifadesine dayandırılmaktadır. Ancak katıldığımız görüş uyarınca⁵⁰, AY m.17/II ile rıza dışı müdahalelerin, tıbbi zorunluluk olması koşuluyla ve yasada yazılı hallerde mümkün olabileceği, bunlar dışında kişinin bütünlüğüne rıza alınmaksızın dokunulamayacağı düzenlenmektedir⁵¹. Anayasa Mahkemesi de bir kararında⁵², tıbbi müdahalelerde rıza şartına istisna getirilebilecek hallerin genel olarak acil durumlar bağlamında tıbbi zorunluluk halleri ile yasada belirtilen durumlarla sınırlandırıldığını belirtmektedir. Anayasa m.17/II’nin, HHY’deki tekrarı niteliğindeki m.5/d’nin, “Tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz” şeklindeki ifadesi de bu yorumu desteklemektedir.

Hukuken öngörülen teşhis, tedavi ve acının dindirilmesi gibi amaçlara yönelik müdahalelerin tıbben gerekli oldukları tartışmasızdır. Rekonstrüktif müdahalelerde kural olarak tedavi söz konusu olduğu için bunların da hukuken öngörülen amaçlara yönelik oldukları ve tıbbi endikasyona dayandıkları kabul edilmektedir⁵³. Çocuklarda yanıkların, kesici, delici alet yaralanmalarının, yüz veya parmak şekil bozukluklarının veya nefes almayı güçleştiren burun eğriliğinin ya da doğuştan kulak yokluğunun giderilmesi bunların örneğidir. Ancak hukuken öngörülen amaçlara yönelik olmayan tıbbi müdahaleler de bulunmaktadır. Bunların bir kısmı özel yasalarda düzenlenmekte ve tıbbi endikasyon olmaksızın hukuka uygun kabul edilmektedir (ODNHK m.6, NPHK m.4/I-II)⁵⁴. Ayrıca özel olarak yasalarda düzenlenmeyen, hukuken öngörülen teşhis, tedavi, acıların dindirilmesi amaçlarına hizmet etmeyen ve tıbben gerekli olmadıkları da açık olan sünnetin⁵⁵ veya estetik amaçlı müdahalelerin de günümüzde hukuka uygun kabul edildikleri bir gerçektir. Bu tür müdahalelerde, hukuken öngörülen amaçlara yönelik olma ve tıbbi endikasyon yokluğu, psikolojik veya sosyal endikasyon kavramları ile aşılmaktadır⁵⁶.

Kanımızca hukuka uygunluğun denetlenmesinde, hukuken öngörülen amaçlara yönelik olma ve endikasyon şartı, teşhis, tedavi, acıların dindirilmesi, rehabilitasyon, koruma amaçlı tipik tıbbi müdahaleler dışında ihtiyaçları karşılamamaktadır. Etik ilkeler⁵⁷, insan hakları alanındaki gelişmeler ve kişinin kendi geleceğini belirleme eş deyişle özerklik hakkı⁵⁸ göz önüne alındığında tipik olmayan müdahaleler bakımından bu kavramlardan vazgeçilmelidir⁵⁹. Katıldığımız görüş uyarınca, kişi özerklik hakkı kapsamında

Rıza, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s.33, 34.

⁴⁷ GÜLEL, Rıza, s.26; KAHRAMAN, s.480; ALTUN, Abdurrahim: “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası” (Rıza), Necmettin Erbakan Hukuk Fakültesi Dergisi, (1)1, 2018, s.40; POLAT, Alperen: Sorumluluk Hukukunda Rıza, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s.94, 96; KOYUNCU AKTAŞ, s.37; GÜNEY TUNALI, s.333.

⁴⁸ WERLEN, N.769; MAJID, N.102; GÜNEY TUNALI, s.4.

⁴⁹ WERLEN, N.894. Hasta için yararlı olmayan, tıbbi endikasyona dayanmayan ancak yasal düzenlemeye dayandığı için hukuka uygun olan tıbbi müdahaleler de söz konusudur. Örnekler için bkz. GÜNEY TUNALI, s.337 vd.; KORU, Onur, “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu: Endikasyon Şartı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (12)2, 2021, s.496.

⁵⁰ YÜCEL, Onam: s.452. Yazar tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için onamin yarar sağlamaya yönelik olması koşulunun aranması gerektiğini ve böyle bir yaklaşımın TMK m.23 hükmüne uygun düşeceğini belirtmektedir. UZELTÜRK TAHMAZOĞLU, Sultan, Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı (Ulusal ve Uluslararası Boyutuyla), Legal Yayınları, İstanbul 2012, s.111 vd.; BADUR, s.19, 236, 341.

⁵¹ YÜCEL, Hukuka Uygunluk, s.320; YÜCEL, Onam, s.452.

⁵² HALİME SARE AYSAL BAŞVURUSU, B.N. 2013/1789, T. 11/11/2015, R.G.24.12.2015-29572. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/1789> (Erişim: 16.11.2022)

⁵³ ARINCI/USTA, s.86. Rekonstrüktif cerrahi alanına giren müdahalelerin doğrudan tedavi amacına yöneldiği ve olağan tıbbi müdahalelerden farklı olmadığı yönünde bkz. KOYUNCU AKTAŞ, s.78. Kanımızca rekonstrüktif cerrahi alanına giren müdahalelerin bir kısmında, tıbbi endikasyonun varlığı tartışılabilir. Bkz. III.B.2.

⁵⁴ GÜNEY TUNALI, s.342. Ayrıca bkz. II.A.

⁵⁵ ŞENOL, s.1338.

⁵⁶ KILIÇGİL ÇİÇEK, s.124; ZEVKLİLER, s.28, 29; GÜNEY TUNALI, s.337, 338; KORU, s.496; OKYAR, s.181. Tedavi amacı taşımayan tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunun, diğer koşulların yanında, ahlaka uygunluk bakımından da denetleneceği, dolaylı da olsa tedavi amacı taşımayan, estetik müdahalelerin, ilgilinin hayatı ve sağlığı bakımından tıbben bir sakınca taşımadığı ve riskin estetik girişimi gereksiz kilacak derecede büyük olmadığı durumlarda hukuka uygun kabul edileceği yönünde bkz. KURT, Cerrahin Yükümlülükleri, s.110. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. GÖKCAN, Etik, s.122, 123; ARINCI/USTA, s.86, 87. Estetik müdahalelerin amacına göre ayırma tabi tutulmaksızın dolaylı da olsa tedavi amacı taşıdığı, bu sebeple de hukuka uygunluğunun kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. ALTUN, s.33.

⁵⁷ Tıp etiği ilkeleri için bkz. YÜKSEL, Hilal, Kişilik Hakkı İhlali Kapsamında İnsan Üzerinde Yapılan Deneyler ve Hukuki Sonuçları, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s.34-39; KARABACAK FURUNCI Semra, Türk Hukuk Düzeninde Biyoetik Kurullar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2013, s.65-83; KOYUNCU AKTAŞ, s.33-37.

⁵⁸ YÜCEL, Özge, Tıbbi Kararlarda Özerklik Hakkının Korunması ve Hasta Talimatları (Özerklik), Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s.119 vd.; KOYUNCU AKTAŞ, s.34-36; YÜKSEL, s.35.

⁵⁹ Kişinin biyoloji ve tıbbın bilgi ve yöntemlerinden yararlanma hakkı olduğunun kabul edilmesi ve tıbbi gerekliliğin olduğu haller dışındaki müdahaleler açısından, psikolojik, sosyal endikasyon gibi zorlama gerekçeler bulmaktan vazgeçilmesi gerektiği yönünde katıldığımız görüş için bkz. YÜCEL, Onam, s.452. Müdahalenin sağlık refahının sağlanması, korunması veya artırılması amacıyla

dış görünüşüne, anatomik özelliklerine karar verebilmelidir⁶⁰. Psikolojik ve sosyal endikasyon yerine kişinin rıza gösterdiği tıbbi müdahalenin, kişiliğin korunmasını teminat altına alan yasal rejim ile bağdaşp bağdaşmadığı denetlenmelidir (AY 12-17-20-50; MK m.23-24, HHY m.12). Bu yasal rejim ile bağdaşan müdahaleler, aynı zamanda kişilik değerlerinin korunmasına, geliştirilmesine ve dolayısıyla kişinin yararına hizmet edeceği için psikolojik ya da sosyal endikasyon kavramlarına gerek kalmadan hukuken öngörülen amaçlara yönelik olma koşulu sağlanmış olacaktır.

2. Çocuklar Bakımından

Hukuken öngörülen amaçlara yönelik olma ve endikasyona dayanma şartı, çocuklara yönelik rekonstrüktif ve estetik amaçlı müdahaleler açısından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Çocuklarda yanıkların, yaralanmaların, yapışık parmakların tedavi edilmesinin tıbben gerekli olduğu tartışmasızdır⁶¹. Ancak rekonstrüktif alanda bile müdahalenin çocuk üzerindeki etkileri değerlendirilmeden doğrudan tıbben gerekli olduklarını söylemek mümkün olmayabilir. Örneğin kepçe veya yelken kulak olarak değerlendirilen anatomik farklılık, duyma yetisini etkilememektedir. Ancak ana ve babalar, henüz çocuğun durumun farkında olmadığı bir evrede bile akran zorbalığına veya damgalanmaya maruz kalabileceği endişesi ile hekimlere başvurumaktadırlar. Uzman hekimin, bu durumun sağlık açısından risk oluşturmadığı ve psikolojik sorunlar yaratması ihtimaline karşı isteğe bağlı olarak gelişimin tamamlandığı dönemde giderilmesinin başarılı sonuçlar vereceği kanaatinde olması halinde, tıbbi endikasyondan bahsedilemeyecektir. Anatomik farklılığını henüz kavrayamamış bir çocuk bakımından psikolojik ve sosyal endikasyon da bulunmamaktadır. Bu durumlarda, cerrahi müdahale için ana ve babanın endişelerine, psikolojik veya sosyal endikasyon atfetmek çocuğun kişiliğini ihlal etmek anlamına gelecektir⁶². Bu kavramların normatif temellerinin bulunmaması, kim tarafından değerlendirileceklerinin belirsiz olması, çocuğun kişiliği bakımından tehlikeli bir alan yaratmaktadır.

Tıbben gerekli olup olmadıkları tartışmalı olan rekonstrüktif müdahaleler dışında, çocuğun ilerideki bedensel veya psikolojik gelişimini ve biyolojik işleyişini etkileme riski olan estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin de psikolojik ve sosyal endikasyonun varlığı ile hukuken öngörülen amaca hizmet ettiğini söylemek güçtür. Bu güçlük, bir tıbbi endikasyondan söz edemeyeceğimiz sünnet ve interseks çocuklara yapılan müdahalelerde daha belirgindir⁶³. Bu nedenlerle, çocuklara yönelik tıbbi müdahaleler bakımından psikolojik veya sosyal endikasyon yerine çocuğun yararı kavramına başvurulmalıdır. Doktrinde, çocuğun yararı, çocuk yetişkin olsaydı makul, ortalama zekâya sahip bir kişi olarak kendi yararı için nasıl karar verecek idiyse, çocukla ilgili karar verecek kişinin de aynı yönde davranması olarak açıklanmaktadır⁶⁴. Yargıtay da bu tarifi, çocuğun yararının belirlenmesi bakımından bir kriter olarak ele almaktadır⁶⁵. Çocuğun yararı değerlendirilirken, müdahalenin sağlığının korunması, muhafazası ve devamı için zorunlu olup olmadığı, riskleri, ertelenip ertelenemeyeceği, çocuğun biyolojik-psikolojik işleyişi ve geleceği bakımından yararları ve zararları, geri dönüşü olmayan etkilerinin bulunup bulunmadığı ve bunların ileride çocuk tarafından benimsenip benimsenmeyeceği incelenmelidir. Bu doğrultuda, çocuğun fiziksel ve psikolojik sağlığı bakımından zorunlu olmayan ve güzelleştirme veya bedeni değiştirmeye yönelik estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin; çocuktan ziyade ana ve babanın toplumsal endişelerinin giderilmesine yönelik veya ertelenebilen rekonstrüktif müdahalelerin, çocuğun yararı ile bağdaştığı söylenemeyecektir⁶⁶.

V. HUKUKA UYGUNLUK KOŞULU OLARAK RIZA

A. Genel Olarak

Rıza, kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği hukuki değerlerine yönelik müdahalelere izin vermesidir⁶⁷. Kişinin geçerli rızası olmaksızın vücut bütünlüğüne dokunulması kural olarak mümkün değildir (AY m.12, 17/II, MK m.24/II, TŞSTİDK m.70, HHY m.5/d, 22, 24). Aksi halde kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının görünümü olan kendi geleceğini belirleme hakkı ihlal edilmiş olur⁶⁸.

yönelik olmasının araması gerektiği yönünde bkz. BADUR s.39; ÇAKAL, s.33, 34.

⁶⁰ Bkz. YÜCEL, Onam, s.452.

⁶¹ Tıbbi endikasyona dayanan müdahaleler ile salt estetik amaçlı müdahalelerin sınırlarının çizilmesinin güç olduğu yönünde bkz. PFISTER PILLER, N.6.26.

⁶² Doktrinde, çocuğun yararına yapılan tıbbi müdahalelerin yalnızca tedavi amaçlı değil sağlık refahına hizmet eden müdahaleler olarak geniş anlaşılması gerektiği ve bunların başkalarının sosyal beklentilerine değil çocuğun sağlık refahına hizmet edip etmediğinin belirlenmesinin zor olduğu ifade edilerek, bu duruma kepçe kulakların düzeltilmesi örneği verilmekte, müdahalenin çocuğun sağlık refahına hizmet edip etmediği belirlenirken ağırlığı, tehlikeleri ve sonuçlarının büyük önem taşıdığı belirtilmektedir. Bkz. BUCHLER, Andrea/MICHEL, Margot: Medizin-Mensch-Recht, Eine Einführung in das Medizinrecht der Schweiz (Medizin), 2. Auflage, Schulthess, Zurich 2020, s.98, 99. Doktrinde down sendromlu küçüklerin, normal küçüklerle benzerliği amacıyla yapılan yüz estetiği müdahaleleri açısından yapılan değerlendirme için bkz. ERDEM ÇETİN, Dilara: Küçüklerin Üzerinde Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu, Altınbaş Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası Ticaret Hukuku Yüksek Lisans Programı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2021, s.50.

⁶³ ŞENOL, s.1352; OKYAR, s.186 vd.; BUCHLER/MICHEL, Medizin, s.100 vd.; YÜCEL, Özerklik, s.272, 273.

⁶⁴ ELÇİN, E. Gülçin: “Çocuğun Menfaati Gereği Çocukla İlgili Uyuşmazlıklarda Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar”, in: ELÇİN, Evgen Gülçin/GENÇ ARIDEMİR, Arzu: Çocuk Hakları Çalışmaları I, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s.3; GENÇ ARIDEMİR, Arzu: “Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Halinde Çocuğun Hukuki Durumu”, in: ELÇİN, Evgen Gülçin/GENÇ ARIDEMİR, Arzu: Çocuk Hakları Çalışmaları I, Oniki Levha Yayın, İstanbul 2017, s.145; REYHANİ YÜKSEL, s.125.

⁶⁵ Yargıtay 2. HD., 9.3.2021, E.2021/939, K.2021/2071, www.legalbank.net (Erişim: 12.22.2022).

⁶⁶ Ayrırt etme gücüne sahip çocuklar bakımından yaptığımız farklı değerlendirme için bkz. IV.C.

⁶⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N.585, 669; BADUR, s.47. Rızanın geniş tanımı için bkz. POLAT, s.8. Tıbbi müdahaleye rıza gösterme ile bir tedavi sözleşmesi yapma yetkisi birbirinden farklı kavramlar olup inceleme konumuzun kapsamına yalnızca tıbbi müdahaleye rıza girmektedir. Konu hakkında bkz. PFISTER PILLER, N.6.48; ŞENOCAK, s.67 vd.

⁶⁸ DURAL/ÖĞÜZ, N.536-542; BUCHLER/MICHEL, Medizin, s.63, 64. Bu hakkın, biyo-tıp etiği ilkelerinden olan özerklik

Rızanın yöneldiği müdahale, emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlaka ve kişilik haklarına aykırı nitelikte olmamalıdır (MK m.23, TBK m.27)⁶⁹. Kişiliği koruyan yasal rejim ile bağdaşmayan ve bu kriterden hareketle çocuğun yararına olmayan bir müdahaleye verilen rızanın geçerli olduğundan bahsedilemeyecektir.

Rıza, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkının sonuçlarından biri olduğu için hastanın müdahalenin olumlu ve olumsuz sonuçlarını, risklerini, alternatiflerini bilmesi gerekmektedir. Bu nedenle diğer şartlara ek olarak tıbbi müdahalelere özgü bir geçerlik şartı olan aydınlatmanın yapılması şarttır⁷⁰. Hekim açısından bir yükümlülük, hasta açısından bir hak olan aydınlatma, tıbbi müdahaleden önce veya en geç müdahale sırasında yapılmalıdır (HHY m.4/h, 15, 18, 31).

Hastanın tıbbi müdahaleye geçerli rıza beyanında bulunabilmesi için ayırt etme gücüne sahip olması aranır. Ayırt etme gücü, bir kimsenin akla uygun şekilde davranabilmesi yeteneğidir⁷¹. Akla uygun şekilde davranabilme, kişinin davranışlarının sebep ve sonuçlarının doğru olarak kavraması ve buna uygun hareket edebilmesidir⁷². Yaş küçüklüğü, akla uygun davranma yeteneğini etkilediği ölçüde ayırt etme gücünü ortadan kaldıran bir sebeptir⁷³ (MK m.13). Her insanın gelişimi, genetik etkenler, eğitim, sosyoekonomik çevre veya beslenme gibi sebeplerle farklı olabilir. Bu farklılıklar, aynı yaştaki çocukların, olgunluk derecesine ve algılama yeteneğine etki edebilir. Bu nedenle, isabetli bir yaklaşımla, yasa koyucu, ayırt etme gücünün hangi yaşta kazanılacağı düzenlenmeyi tercih etmemiştir⁷⁴. Çünkü nisbi bir kavram olan ayırt etme gücünün var olup olmadığı, her somut olayda, sebep ve sonuçları bakımından kavranması gereken olgunun ağırlığına bağlı olarak küçüğün zihinsel gelişme derecesine göre değişebilir⁷⁵. Bu nedenle, rekonstrüktif ve estetik amaçlı tıbbi müdahaleler bakımından, çocuğun, müdahalenin anlamını, kapsamını, müdahale sırasında ve sonrasında yaratacağı etkileri ve muhtemel sonuçlarını kavrama ve buna göre rıza beyanında bulunma yeteneğine sahip olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Doktrinde, çocukların yakın çevrelerinin değerler sistemiyle bütünleştikleri ve kolayca etki altında kaldıkları belirtilerek, tıbben zorunlu olmayan müdahalelerin risklerinin ve geri dönüşmez sonuçlarının farkında olup olmadıklarının özel olarak değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁷⁶. Ayrıca, kronik hastalığı olan ve birden fazla müdahaleye katlanmak zorunda kalan çocukların ayırt etme güçlerinin, diğerlerinden farklı değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır⁷⁷.

B. Ayırt Etme Gücüne Sahip Olmayan Çocuklar

Tıbbi müdahaleye rıza, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için bizzat müdahaleye maruz kalan kimse tarafından beyan edilmelidir⁷⁸. Ancak tam ehliyetsiz çocukların, ayırt etme gücü yokluğu sebebiyle rıza beyanında bulunmaları mümkün değildir. Hakkın kullanılmasına bizzat hak sahibinin karar vermesi gerektiği için yasal temsilcinin de ayırt etme gücü olmayan çocuk adına tıbbi müdahaleye rıza beyanında bulunması mümkün değildir⁷⁹. Bu kuralın katı bir şekilde uygulanması, ayırt etme gücü olmayanların korunmasına değil aksine zarar görmesine neden olabilecektir. Bu düşünceden hareketle, kişiye sıkıya bağlı

ilkesinin de temelini oluşturduğu yönünde bkz. KOYUNCU AKTAŞ, s.33, 34; GÜNEY TUNALI, s.232; PFISTER PILLER, N.2.12.

⁶⁹ WERLEN, N.776; DURAL/ÖĞÜZ, N.745; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N.670, 671.

⁷⁰ OKTAY-ÖZDEMİR, s.1323; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N.586; BUCHER, Eugen/AEBI-MULLER, Regina Elisabeth: Die natürlichen Personen, Art.11-19d ZGB, Rechts- und Handlungsfähigkeit, BK-Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Stämpfli, Bern 2017, Art.19-19c, N.250; WERLEN, N.766, 801; İMAMOĞLU, Koruma, s.212; DURAL/ÖĞÜZ, N.541, 542; BUCHLER/MICHEL, Medizin, s.63-66; OZANOĞLU, s.58 vd; KAHRAMAN, s.490; İŞİK YILMAZ, Berfin: "Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (98), 2012, s.392, 393; ÖZCAN, Burcu G.ÖZEL, Çağlar: "Kişilik Hakları-Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler", Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, 10(1), 2007, s.58; KAYA, Mine: "Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu" (Aydınlatma), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (100), 2012, s.53 vd.

⁷¹ SEROZAN, Rona: Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku (Medeni), 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s.430; BUCHLER, Andrea/MICHEL, Margot: Erwachsenen-schutz, FamKommentar, in: BUCHLER, Andrea/HÄFELİ, Christoph/LEUBA, Audrey/STETTNER, Martin (Hrsg): Stämpfli, Bern 2013, Art. 16, N.2, 3; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.288; BAYGIN/NAR, s.338; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N.162; DURAL/ÖĞÜZ, N.287; BREITSCHMID, Peter: Personen- und Familienrecht Partnerschaftsgesetz Art.1-456 ZGB-PartG, in, BREITSCHMID, Peter/JUNGO, Alexandra (Hrsg): CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Schulthess, Zürich 2016, Art.16, N.2; MAJID, N.31, 196; FANKHAUSER, Roland/BLEICHENBACHER, Anna: ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, in: Kostkiewicz, Jolanta Kren/WOLF, Stephan/AMSTUTZ, Marc/FANKHAUSER, Roland (Hrsg.): OFK-Orell Füssli Kommentar, Orell Füssli, Zürich 2021, Art.16, N.2.

⁷² OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N.161, 162; DURAL/ÖĞÜZ, N.288; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.288; BREITSCHMID, Art.16, N.9; BAYGIN/NAR, s.338; FANKHAUSER/BLEICHENBACHER, Art.16, N.5, 6; MAJID, N.31, 196.

⁷³ BUCHLER/MICHEL, Art. 16, N.12; DURAL/ÖĞÜZ, N.293.

⁷⁴ MAJID, N.199; BUCHLER/MICHEL, Art.16, N.12; BUCHER/AEBI-MULLER, Art.16, N.86;

FANKHAUSER/BLEICHENBACHER, Art.16, N.5; BREITSCHMID, Art.16, N.5.

⁷⁵ SEROZAN, Medeni, s.431; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s.289; AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Vorbem zu Art.307-327c, N.127; BUCHLER/MICHEL, Art.16, N.8, 9; BUCHLER/MICHEL, Medizin, s.66; BUCHER/AEBI-MULLER: Art.16, N.112; MAJID, N.32, 204; BREITSCHMID, Art.16, N.9; ERKAN, Vehbi Umur/YÜCER, İpek: "Ayırt Etme Gücü", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 60(3), 2011, s.490.

⁷⁶ PFISTER PILLER, N.6.11.

⁷⁷ PFISTER PILLER, N.6.12; BADUR, s.107.

⁷⁸ DURAL/ÖĞÜZ, N.532; KAHRAMAN, s.486; KURT, Ekrem: "Türk Hukukunda Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar ve Hukuki Sonuçları" (Haklar), İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15(2), 2016, s.124; OKTAY ÖZDEMİR, Rıza, s.1323; KARAKAŞ, Tülay: Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s.66; ŞENOCAK, s.73.

⁷⁹ KURT, Haklar, s.132; OKTAY ÖZDEMİR, s.1335; ŞENOCAK, s.74. TMK'de bu konuda açık kanun boşluğu olduğu yönünde bkz. KARAKAŞ, s.58.

haklar mutlak ve nisbi olarak ikiye ayrılmaktadır⁸⁰. Doktrinde, tıbbi endikasyona dayanan, teşhis, tedavi, önleme amaçlarına yönelik olan ve ertelenmesinde sakınca bulunan müdahalelere rızanın, nisbi kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olduğu ve yasal temsilcinin bu müdahalelere rıza beyanında bulunabileceği kabul edilmektedir⁸¹.

Bu görüş, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesinin, “Muvafakat verme yeteneği bulunmayan kişilerin korunması” başlıklı m.6/1-2 hükmünün,

“Aşağıda, 17 ve 20. maddelere tâbi olmak koşuluyla, muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir kimse üzerinde tıbbi müdahale, sadece onun doğrudan yararı için yapılabilir. - 2. Kanuna göre bir müdahaleye muvafakatini verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni ile müdahalede bulunabilir”

şeklindeki ifadesi ile de uyumludur. Konuyu rekonstrüktif ve estetik cerrahi müdahaleler ve ameliyatsız estetik işlemler bakımından değerlendiren çeşitli bakış açıları bulunmaktadır. Bir görüşe göre, yapışık parmakların ayrılması, tavşan dudağın giderilmesi veya yanık izlerinin onarılması gibi psikolojik sağlık refahına yönelik müdahalelerin yasal temsilcinin rızasıyla yapılması mümkündür ancak çocuğun yararına olup olmadıkları tartışmalı olan burun kaldırma, meme büyütme, dudak dolgunlaştırma veya liposuction gibi sadece estetik kaygı güden cerrahi müdahaleler, hastanın kendi rızasıyla yapılmalıdır⁸². Bir başka görüşe göre, salt estetik amaçlı müdahalelere ilişkin rıza, mutlak kişiye sıkı sıkıya bağlı olup yasal ya da iradi temsilci tarafından bu hususta karar verilemeyecektir⁸³. Diğer bir görüş ise teşhis ve tedavi amacı taşımayan botoks, estetik amaçlı girişimlere, tam ehliyetsizin ayırt etme gücü yokluğu, yasal temsilcinin de kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanılmasına karar veremeyecek olması nedeniyle rıza beyanında bulunulamayacağını savunmaktadır⁸⁴. Son olarak velinin, küçüğün vücudundan rahatsızlık duyarak onun adına estetik amaçlı müdahaleye karar vermesinin kişilik hakkına saldırı niteliği taşıyacağı, bu durumun onun maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkını da ihlal edeceği ve küçüklere ayırt etme gücü olmayanlara güzelleştirme amaçlı estetik müdahalelerin uygulanamayacağı ileri sürülmektedir⁸⁵.

Kanımızca da tıbbi endikasyondan söz edilemeyen estetik cerrahi veya ameliyatsız tıbbi müdahalelerde, ayırt etme gücü olmayan çocuk adına yasal temsilci rıza beyan edemez. Rekonstrüktif cerrahi müdahaleler kapsamında kalan, kepçe kulak örneğindeki gibi tıbbi endikasyonun tartışmalı olduğu ve ana-babanın çocuğuyla ilgili henüz gerçekleşmemiş akran zorbalığı veya damgalanma endişesinin bulunduğu durumlarda da müdahalenin yalnızca yasal temsilcinin rızası ile gerçekleştirilebilmesine çocuğun yararı ilkesi engeldir. Örneğin normalden sapan ve tıbben bir anomali olarak değerlendirilen durumların, belirli bir süre içinde düzelmeye veya etkilerinin hafifleme ihtimalinin bulunduğu veya müdahalenin ileride de yapılabileceğinin tespit edilmesinde halinde yasal temsilcinin rıza beyanında bulunamayacağı kabul edilmelidir. Benzer şekilde doğumsal bir anomali olan hemanjiomların, ileride düzelebileceği ve erken yaşta giderilmesinin gereksiz olduğu hekim tarafından tespit edilebiliyorsa, müdahalenin çocuğun yararına olduğu ve temsilcinin rıza beyanında bulunabileceği söylenemeyecektir (MK m.23/II). Dolayısıyla bu tür müdahalelerde, çocuğun yararının değerlendirilmesi, hem müdahalenin onun kişiliğini koruyan yasal rejim ile bağdaşıp bağdaşmadığının hem yasal temsilcinin rıza beyanında bulunup bulunamayacağını belirlemede ikili bir fonksiyon icra edecektir.

C. Ayırt Etme Gücüne Sahip Olan Çocuklar

Ayırt etme gücüne sahip çocuklar, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını tek başlarına kullanabilirler (TMK m. 16/II). Kural böyle olmakla birlikte, tıbbi müdahaleye rıza, TŞSTDİK m. 70/I, c.1 ve HHY m. 24’te özel olarak düzenlenmekte ve yasal temsilcinin de rızası aranmaktadır⁸⁶. Ancak hükümlerde, küçüğün ayırt etme gücüne sahip olup olmaması açısından bir ayırım yapılmamaktadır. Bu durum, doktrinde sınırlı ehliyetsiz

⁸⁰WERLEN, N.396; BEREITSCHMID, Art.19c, N.1; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N.273; BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 19-19c, N.239-243; KURT, Haklar, s.135, 136; AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Vorbem zu Art.307-327c, N.130; GEISER, N.2.11; ŞENOCAK, s.73; BUCHLER/MICHEL, Medizin, s.97; KAHRAMAN, s.487. Konu hakkındaki görüşler için bkz. DURAL/ÖĞÜZ, N.408-418; KARAKAŞ, s.56-58. Bu yaklaşımın sakıncalı olduğu yönünde bkz. SEROZAN, Medeni, s.445, 446.

⁸¹FRINGELI/VOGEL, Vorbem zu Art.307-327c, N.134; BEREITSCHMID, Art.19c, N.1; BUCHLER/MICHEL, s.97, 98; PFISTER PILLER, N.2.17, 6.47; BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 19-19c, N.295; WERLEN, s.813, 1182. ÇAKAL, s.153. Tam ehliyetsizin bedensel ve ruhsal sağlığı açısından önemli, yararlı ve ivedi tıbbi müdahalelerde, yasal temsilcinin mümkün olacağı yönünde bkz. SEROZAN, Medeni, s.436; Tam ehliyetsiz adına rızanın gerçek anlamda rıza değil, üstün yarar olduğu yönünde bkz. OKTAY ÖZDEMİR, s.1324.

⁸²BADUR, s.133, dn.161.

⁸³YÜCEL, Özerklik, s.273, 274. Tedavi amacına yönelik olmayan tıbbi müdahalelere rızanın, mutlak nitelikli kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olduğu yönünde bkz. PFISTER PILLER, N.6.47; KARAKAŞ, s.66; KURT, Haklar, s.138, 139. Organ bağıışı veya tıbbi deneyler gibi mutlak şekilde kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara yönelik müdahalelere, yasal temsilcinin rıza beyanında bulunamayacağı yönünde bkz. FRINGELI/VOGEL, Vorbem zu Art.307-327c, N.134.

⁸⁴KURT, Haklar, s.139. Ayırt etme gücü bulunmayan hastanın güzelleştirme amaçlı estetik ameliyata yönelik iradesinden bahsedilemeyeceği, bir başkasının onun vücudu üzerinde tasarruf edecek şekilde bir ameliyat kararı vermesinin de mümkün olamayacağı, güzelleştirme amaçlı estetik ameliyat olamayacakları, ancak doğumsal bir bozukluğun düzeltilmesinin çocuk küçükkken (ayırt etme gücüne henüz sahip değilken) gerçekleştirilebileceği ve daha sonra bu bozukluğu düzeltmenin mümkün olmadığı istisnai durumda, ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüklerin de estetik ameliyat olabileceği sonucuna varmak gerektiği yönünde bkz. PETEK, s.206, dn.85.

⁸⁵Bu görüş, tam ve sınırlı ehliyetsizler arasında ayırım yapmamaktadır. Bkz. AĞIN, Serenay: “Estetik Tıbbi Müdahalelerin Hukuki Niteliğinin ve Hekimin Özel Hukuk Sorumluluğu”, İzmir Barosu Dergisi, 86(3), 2021, s.161.

⁸⁶Özel nitelikli hükümlerin, TMK m.16/II ile çeliştiği yönünde bkz. KAHRAMAN, s.489; ŞENOL, s.1346. Yasal temsilcinin rızasının tamamlayıcı nitelikte olduğu yönünde bkz. YÜCEL, Özerklik, s.61, 62.

çocukların tıbbi müdahaleye rızası konusunda tartışmalara neden olmuştur⁸⁷. Tıbbi müdahalelerin teknolojinin etkisiyle teşhis, tedavi, önleme amaçlarını çoktan aştığı düşünüldüğünde, TMK m.16/II ve TŞSTDİK m.70/I, c.1 ile HHY m.24 hükümleri arasındaki ilişkinin tek bir düşünce tarzı ile çözülmesi mümkün görünmemektedir. Kanımızca, TMK m.16/II ile getirilen düzenleme temel ilke kabul edilmelidir. Bu nedenle, TŞSTDİK m.70/I, c.1 ile HHY m.24 hükümlerinde yer alan küçük ifadesinden kural olarak amaca göre daraltıcı yorum ile yalnızca ayırt etme gücü olmayanlar anlaşılmalıdır⁸⁸. Dolayısıyla ayırt etme gücü olan çocukların tıbbi müdahaleye tek başlarına rıza verebilecekleri kabul edilmelidir. Ancak konumuzu oluşturan tıbbi müdahalelerin, ciltten bir yağ bezesinin alınmasından interseks bireylerde genital konstrüktif müdahalelere, yüz nakline veya el ve yanık cerrahisine uzanan bir yelpazede, insan vücuduna farklı önem derecelerinde etkileri olacağı unutulmamalıdır. Bu nedenle rekonstrüktif cerrahi alanında önemli müdahaleler bakımından, sınırlı ehliyetsizin rızası esas olmakla birlikte yasal temsilcinin de rıza beyanına katılmasını aramak yerinde olacaktır. Yasal temsilcinin katılımının aranmasının dayanağı, TMK m.319/I'de düzenlenen, çocuğun kişiliğinin korunması yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için onun bakımı, sağlığının korunması, kişisel ve duygusal gelişiminin sağlanmasında karar alma yetkisidir (TMK m. 339/V, 340-341). Çocuğun kişi varlığının korunması amacıyla ana babaya tanınan bu yetkilerin sınırları, ölçülülük ilkesi (AY m. 13), çocuğun yararı ve katılım hakkı oluşturur (TMK m. 339/I-III)⁸⁹. Kanımızca ana ve babanın, çocuğun sağlığının korunabilmesi için önemi müdahalelerde rızasını aramak çocuğun yararına hizmet eden, ölçülülük ilkesi ile bağdaşan bir düşüncedir. Bu yaklaşım yasa koyucunun, kişiye sıkı sıkıya bağlı bazı hakların kullanılmasında, sınırlı ehliyetsizin korunabilmesi için onun yanında işleme yasal temsilcinin de katılımını arayan tercihi ile de uyumludur (TMK m.12, 126, 204, 295 ve 309)⁹⁰. Yasal temsilcinin de işleme katılması, çocuk yerine irade beyanında bulunması değil, onun korunması gereken durumlarda, beyanda bulunmaktan kaçınarak müdahaleyi önleme yetkisi olarak işlev göreceklerdir⁹¹. Müdahalenin, çocuğun okul döneminde değil, yaz tatilinde yapılmasının sağlanması, daha tecrübeli bir hekimin tespit edilmesi, bu durumlara örnek verilebilir.

Estetik amaçlı cerrahi ve cerrahi olmayan müdahaleler üzerinde de durmak gerekir. Günümüzde ergenlik çağına giren çocuklara, lazer yöntemi ile vücut tüylerden yok edilmesi, kimyasal maddelerle cilt bakımı yapılması, rinoplasti için aranan yaşa gelmeyenlerde dolgu enjeksiyonu ile kemerli burnun düzeltilmesi gibi estetik müdahalelerin yapıldığı bilinmektedir. Kanımızca bu müdahalelerin çocuğun beden algısını veya eğitim hayatını olumsuz etkilemesi, onu akranlarından uzaklaştırması, uzun vadede psikolojik sorunlara yol açması söz konusu olabilir. Ayrıca vücuda lazer ışınlarının uygulanmasının veya dolgu ya da kimyasal maddelerin enjekte edilmesinin uzun vadede nasıl sonuçlara yol açacağı da kesin olarak bilinmemektedir. Bu nedenle bu tür müdahalelerin çocuğun yararına olduğu söylenemeyecektir. Ancak bu başlık altındaki çocuk, söz konusu tıbbi müdahaleler bakımından ayırt etme gücü bulunduğunu varsaydığımız bireylerden oluşmaktadır. Dolayısıyla müdahalenin çocuk bakımından yararının değerlendirilmesinde onun iradesi, istekleri göz önüne alınacaktır⁹². Cerrahi olsun olmasın, müdahalenin, çocuğun sağlığı için tehlike yaratmadığının veya yararlarının zararlarına oranla baskın olduğunun uzman hekim tarafından tıbben tespit edilebildiği durumlarda uygulanabilmesi kabul edilmelidir. Bu noktada müdahalenin TMK m.23 hükmüne aykırılık taşıyıp taşımadığı önemlidir. Çocuğun kişiliğinin bir parçası olan kendi geleceğini belirleme yanında beden ve ruh bütünlüğü üzerindeki hakkı ile estetik amaçlı tıbbi müdahalenin uygulanmasındaki menfaati karşılaştırılmalıdır. Çocuğun beden ve ruh sağlığı açısından yapılmasının uygun görülmediği müdahalelere çocuk veya yasal temsilcinin rıza vermesinden bahsedilemeyecek, böyle bir müdahaleye rıza geçerli olamayacaktır (TMK m.23, TBK m.27). Ancak çocuğun sağlığına olumsuz etki etmeyecek müdahalelerde, çocuğun rızasının yanında yasal temsilcinin de rızasını açıklayarak katılımını aramak yerinde olacaktır. Burada da yasal temsilcinin rıza beyanında bulunmaması, çocuğun korunması gereken durumlarda müdahaleyi önleme yetkisi olarak işlev göreceklerdir

⁸⁷ Yasal temsilcinin rızasının alınması gerektiği yönünde bkz. OKTAY ÖZDEMİR, s.1335, 1336; ADIGÜZEL, Sibel: "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi", (19), 2014 s.960, 961; ÖZDEMİR, Hayrunnisa: "Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü", EBYÜ-HFD, XII(3-4), 2008, s.364. Yasal temsilcinin rızası olmadan, tam ve sınırlı ehliyetsizlere tıbbi müdahale uygulanamayacağını ve mümkün olduğu ölçüde küçük veya kısıtlının dinlenmesi gerektiğini düzenleyen HHY m.26 hükmünden, hekimin, küçük veya kısıtlının beyanı ile bağlı olmadığı anlaşıldığı yönünde bkz. ARPACI s.10. Aynı yönde bkz. DURAL/ÖGÜZ, N.533. Tıbbi ve cerrahi müdahale benzeri ciddi ve önemli tasarruflar bakımından yasal temsilcinin olurunun aranması gerektiği yönünde bkz. SEROZAN, Medeni, s.444. Sınırlı ehliyetsizin rızasının yeterli olduğu yönünde bkz. KAHRAMAN, s.489; ŞENOL, s.1346; ŞENOL, s.79, 80; HAAS, N.320.

⁸⁸ ŞENOL, s.1346; KAHRAMAN, s.489.

⁸⁹ TMK'de çocuğun üstün yararı ilkesine yer veren hükümler için bkz. YÜCEL, Özge: "Çocuğun (Üstün) Yüksek Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi", Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (1)2, s.127, 128.

⁹⁰ Yasa koyucu, bazı önemli işlerde kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanılması bakımından işleme yasal temsilcinin de katılımını aramaktadır (TMK m.12, 26, 118/II, 126, 127, 204, 295 ve 309). Bkz. FFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 327b, N.9; KURT, Haklar, s.134; BREITSCHMID, Art.19c, N.2; BUCHLER/MICHEL, Medizin, s.105; DURAL/ÖGÜZ, N.478.

⁹¹ Mutlak kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar açısından bkz. KARAKAŞ, s.65, 66.

⁹² Ayırt etme gücüne sahip kişinin aldığı kararın mantıklı ve onun yüksek yararına olup olmadığı sorgulanamayacağı, çocuğun aldığı kararın ayırt etme gücünün varlığı konusunda şüpheye yol açması durumunda bu şüphenin giderilmesi için uzman kişilerle veya mahkemeye başvurulması gerektiği yönünde bkz. YÜCEL, Özerklik, s.65, 66.

(TMK m.23, 339/II)⁹³. Estetik amaçlı müdahalenin, çocuğu eğitim hayatından veya akranların uzaklaştırma ihtimalinin olduğu durumlar bunlara örnek olarak gösterilebilir.

VI. SONUÇ

Çocuklara yönelik rekonstrüktif ve estetik cerrahi alanındaki müdahalelerin uzman hekim tarafından uygulanması gerekir. Hekimin, uzmanlık eğitimi sırasında rekonstrüktif ve estetik cerrahi alanı ile ortak müfredata sahip bir alanda uzman olması da mümkündür.

Müdahalenin mutlak şekilde çocuğun yararına olması gerekir. Çocuklara yönelik rekonstrüktif ve estetik cerrahi veya ameliyatsız estetik müdahalelerin hukuka uygunluğunun değerlendirilmesinde, çoğunlukla iç içe geçmiş amaçları kategorize etmek ve psikolojik veya sosyal endikasyon kavramlarını kullanmak yerine müdahalenin yapılması halinde çocuğun yararının gerçekleşip gerçekleşmeyeceği sorusunun yanıtı aranmalıdır. Bu noktada müdahalenin riskleri, muhtemel sonuçları, ertelenip ertelenemeyeceği, çocuğun biyolojik-psikolojik işleyişi ve geleceği bakımından yararlarına oranla zararların daha fazla olacağı konusunda bir şüphe doğup doğmayacağı, geri dönüşü olmayan ve ileride çocuk tarafından benimsenip benimsenmeyeceği bilinmeyen etkilerinin olup olmadığı incelenerek müdahalenin çocuğun kişiliğın korunmasına ilişkin yasal rejim ile bağdaşıp bağdaşmadığı belirlenmelidir (TMK m.23). Yanıkların, yaralanmaların, yapışık parmakların tedavi edilmesinin tıbben gerekli olduğu ve dolayısıyla kural olarak çocuğun yararına olduğu tartışmasızdır. Tıbbi endikasyonun bu örneklerdeki gibi belirgin olmadığı durumlarla da sıklıkla karşılaşabilmektedir. Rekonstrüktif müdahalelerin bile çocuk üzerindeki etkileri değerlendirilmeden doğrudan tıbben gerekli olduklarını söylemek mümkün olmayabilir. Estetik cerrahi müdahalelerin ve ameliyatsız estetik işlemlerin kural olarak çocuğun yararına olduğu söylenemeyecektir.

Ayırt etme gücü olmayanlara yönelik rekonstrüktif müdahalelere, çocuğun yararının bulunması şartıyla, yasal temsilci rıza beyanında bulunabilecektir. Ancak tıbbi endikasyonun varlığının tartışılması olduğu ve ana-babanın çocuğuyla ilgili dışlanma, yaftalanma, alay edilme korkusu ya da utanç duygusu nedeniyle talep ettiği rekonstrüktif cerrahi müdahalelerde, çocuğun yararından bahsedilemeyecektir. Aynı sonuç estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde de geçerlidir. Dolayısıyla bunların yasal temsilcinin rızası ile gerçekleştirilmesi mümkün olmamalıdır.

Ayırt etme gücü olan çocukların ise rekonstrüktif müdahalelere tek başlarına rıza beyanında bulunabilecekleri kabul edilmelidir. Ancak önemli nitelikte rekonstrüktif müdahalelerde ve estetik amaçlı müdahalelerin tamamında, çocuğun rıza beyanına, yasal temsilcinin de katılması aranmalıdır. Yasal temsilcinin katılımı, çocuğun korunması gereken durumlarda müdahaleyi önleme yetkisi olarak işlev görecektir.

KAYNAKÇA

- ADIGÜZEL, Sibel: “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi”, (19), 2014, s.943-996.
- AFFOLTER-FRINGELI, Kurt/VOGEL Urs: Die elterliche Sorge/der Kindesschutz, Art.296-317 ZGB – Das Kindesvermögen, Art.318-327 ZGB–Minderjährige unter Vormundschaft, Art.327a-327c ZGB, in: HAUSHEER, Heinz/WALTER, Hans Peter (Hrsg.), BK-Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Stämpfli, Bern 2016.
- AĞIN, Serenay: “Estetik Tıbbi Müdahalelerin Hukuki Nitelendirmesi ve Hekimin Özel Hukuk Sorumluluğu”, İzmir Barosu Dergisi, (3), 2021, s.153-185.
- AKİPEK, G., Jale/AKINTÜRK, Turgut/ATES, Derya: Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 13. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2016.
- AKYÜZ, Emine: Çocuk Hukuku ve Çocuk Haklarının Korunması, 7. Baskı, Pegem Akademi Yayıncılık, Ankara 2020.
- ALTUN, Abdurrahim: “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası” (Rıza), Necmettin Erbakan Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(1), 2018, s.37-52.
- ALTUN, Zeynep: Plastik Cerrahin Hukuki Sorumluluğunun Sözleşmesel Bağlamda İncelenmesi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- ARINCI, Atilla/USTA, Sevgi: “Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumlulukları ve Eser Sözleşmesi”, Turkish Journal of Plastic Surgery, 25(2), 2017, s.84-93.
- ARPACI, Abdulkadir: “Özel Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6(2), 2009, s.5-14.
- ATAAY, Aytekin: “Vücut (Beden) ve Cesed Üzerindeki Hak”, İsmet Sungurbey'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 20, 1996, s.25-29.
- BADUR, Emel: Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017.
- BAYGIN, Cem/NAR, Ahmet: Medeni Hukuk Dersleri – I, Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku, Yetkin, Ankara 2022.
- BİRİNCİ UZUN, Tuba: “Türk Medeni Kanunu’na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6(1), 2016, s.135-166.
- BREITSCHMID, Peter: Personen- und Familienrecht Partnerschaftsgesetz Art.1-456 ZGB-PartG, in, BREITSCHMID, Peter/JUNGO, Alexandra (Hrsg.), CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Schulthess, Zürich 2016.
- BUCHER, Eugen/AEBI-MULLER, Regina Elisabeth: Die natürlichen Personen, Art.11-19d ZGB, Rechts- und Handlungsfähigkeit, BK-Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Stämpfli, Bern 2017.
- BUCHLER Andrea/MICHEL Margot: Medizin-Mensch-Recht (Medizin), Schulthess, Zurich 2020.

⁹³ Mutlak kişiye sıkı sıkı bağlı haklar açısından bkz. KARAKAŞ, s.65, 66.

- ÇAKAL, Ayça: Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018.
- ÇİFTÇİOĞLU, Cengiz Topel: “Yaşam Hakkı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (103), 2012, s.137-168.
- DEDE, İsmail: Çocuğun Velayet İlişkisinden Doğan Kişi Varlığı Zararlarının Tazmini, Oniki Levha Yayın, İstanbul 2019.
- DEMİR, Remzi: “Üreme Hakkına İlişkin Tıbbi Müdahalelerde Rıza”, TBB Dergisi, (133), 2017, s.270-298.
- DEMİRİSOY AŞIKOĞLU, Eda: “Kişi Dokunulmazlığı Hakkı Bağlamında Rıza Olmaksızın Yapılan Tıbbi Müdahaleler”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, (35), 2018, s.319-343.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku C. III, Aile Hukuku, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku, C.II, Kişiler Hukuku, 23. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022.
- ELÇİN, E. Gülçin: “Çocuğun Menfaati Gereği Çocukla İlgili Uyuşmazlıklarda Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar”, in: ELÇİN, Evgen Gülçin/GENÇ ARIDEMİR, Arzu, Çocuk Hakları Çalışmaları I, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- ERDEM ÇETİN, Dilara: Küçüklerin Üzerinde Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu, Altınbaş Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası Ticaret Hukuku Yüksek Lisans Programı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2021.
- ERKAN, Vehbi Umud/YÜCER, İpek: “Ayırt Etme Gücü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 60(3), 2011, s.485-522.
- ERLÜLE, Fulya: Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015.
- FANKHAUSER Roland/BLEICHENBACHER Anna: ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, in: Kostkiewicz, Jolanta Kren/WOLF, Stephan/AMSTUTZ, Marc/FANKHAUSER, Roland (Hrsg.), OFK-Orell Füssli Kommentar, Orell Füssli, Zürich 2021.
- GEISER, Thomas: “Medizinische Zwangsmassnahmen bei psychisch Kranken aus rechtlicher Sicht”, Recht, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis, (3), 2006, s.91-101.
- GENÇ ARIDEMİR, Arzu: “Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Halinde Çocuğun Hukuki Durumu”, in: ELÇİN, Evgen Gülçin/GENÇ ARIDEMİR, Arzu, Çocuk Hakları Çalışmaları I, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin: “Etik ve Hukuk İlişkisi Bağlamında Estetik Tıbbi Müdahaleler ve Cezai Sorumluluk” (Etik), Terazi Hukuk Dergisi, 23(9), 2014, s.119-126.
- GÜLEL, İlhan: “Tıbbi Müdahale Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler” (Hükümler), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 5(1), 2011, s.585-644.
- GÜLEL, İlhan: Tıbbi Müdahaleye Rıza (Rıza), Seçkin Yayınevi, Ankara 2018.
- GÜNEY TUNALI, Işıl: Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.
- HAAS, Raphaël: Die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach Art.28 Abs. 2 ZGB, Schulthess, Zürich 2007.
- İŞİK YILMAZ, Berfin: “Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (98), 2012, s.389-410.
- İMAMOĞLU, S. Hülya: “Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması” (Koruma), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 54(2), 2005, s.183-218.
- İMAMOĞLU, S. Hülya: “İsviçre ve Türk Yargı Kararlarında Eser Kavramı, Özellikle Estetik Operasyonu Konu Edinen Sözleşmenin Hukuki Niteliğine İlişkin Olarak Yargıtay’ın Yaklaşımı: Güncel Bir Bakış” (Estetik), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 68(1), 2019, s.241-260.
- KAHRAMAN, Zafer: “Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(1), 2016, s.479-510.
- KARABACAK FURUNCI, Semra: Türk Hukuk Düzeninde Bıyoetik Kurullar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2013.
- KARAKAŞ, Tülay: Kişiyi Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- KAYA, Mine: “Estetik Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı” (Estetik), Terazi Hukuk Dergisi, 117(11), 2016, s.23-37.
- KAYA, Mine: “Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu” (Aydınlatma), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (100), 2012, s.45-82.
- KILIÇGİL ÇİÇEK, Tuğçe: “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Sözleşmeden Doğan Hukuki Sorumluluğu”, EBYÜ-HFD, XXIV(1-4), 2020, s.119-146.
- KORU, Onur: “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu: Endikasyon Şartı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12(2), 2021, s.491-500.
- KOYUNCU AKTAŞ, Nihan: Hekimin Özen Borcuna Aykırılıktan Doğan Sözleşmesel Sorumluluğu, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- KURT, Ekrem: ‘Türk Hukukunda Kişiyi Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar ve Hukuki Sonuçları’ (Haklar), İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15(2), 2016, s.121-187.
- KURT, Munise Gülen: “Estetik Müdahaleler İçin Kurulan Sözleşmelerde Cerrahin Yükümlülükleri” (Cerrahin Yükümlülükleri), Ankara Barosu Dergisi, 78(2), 2020, s.103-133.
- MAJID, Nadja: Die Geschäftsfähigkeit der urteilsfähigen minderjährigen Person im Bereich der Schönheitsoperationen-Rechtsslage, Kritik und Postulat, Schulthess, Zürich 2017
- MICHEL, Margot/RUTISHAUSER, Christoph: “Referate / Kinder und Jugendliche als Patientinnen und Patienten – Ein Beitrag aus rechtlicher und medizin-ethischer Sicht”, in: BUCHLER, Andrea/SCHWENZER, Ingeborg, Achte Schweizer Familienrechtstage, Stämpfli, Zürich 2016.
- OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku, (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Filiz Kitabevi, İstanbul 2021.
- OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: “Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. 2, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s.1315-1351.
- OKYAR, Dila: “İnterseks Küçüğe Uygulanan Genital Rekonstrüktif Cerrahi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu Meselesi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 30(1), 2022, s.161-193.
- OZANOĞLU, Hasan Seçkin: “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 52(3), 2003, s.55-77.
- ÖCAL APAYDIN, Bahar/HIŞİM, Selin: “Türk Aile Hukukunda Çocuğun Katılım Hakkı”, in Makaracı BAŞAK, Aslı/ÖKTEM ÇEVİK, Seda/TEK, Gülen Sinem, Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021.

- ÖZAY, Merter: Estetik Amaçlı Tıbbî Müdahalelerde Hekimin Hukukî Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.
- ÖZCAN, Burcu G./ÖZEL, Çağlar: “Kişilik Hakları-Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi, 10(1), 2007, s.49-73.
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa: “Teşhis ve Tedavi Sözleşmesinde Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XII(3-4), 2008, s.347-379.
- ÖZPINAR, Berna: Tıbbî Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2007.
- PETEK, Hasan: “Güzelleşme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(1), 2006, s.177-240.
- PFISTER PILLER, Barbara: Kindeschutz in der Medizin Elterliche und staatliche Bestimmungsrechte bei der medizinischen Behandlung des Kindes, Schulthess, Zurich 2016.
- POLAT, Alperen: Sorumluluk Hukukunda Rıza, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- REYHANİ YÜKSEL, Sera: Velayet Hakkı ve Anayasal Sınırları, Legal Yayınları, İstanbul 2020.
- SEROZAN, Rona: Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku (Medeni), 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.
- SEROZAN, Rona: Çocuk Hukuku, (Çocuk Hukuku), Beta Yayınevi, İstanbul 2000.
- SPRECHER, Franziska: “Patientenrechte Urteilsunfähiger - Veto- und Partizipationsrechte Urteilsunfähiger in medizinischen Angelegenheiten und ihre (spezialgesetzliche) Regelung im schweizerischen Recht”, Die Praxis des Familienrechts, FamPra.ch 2/2011, s.270-300.
- ŞENOCAK, Zarife: “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, AÜHFDrgisi, 50(4), 2001, s.65-80.
- ŞENOL, Ayşe Nilay: “Sünnet ve Çocuğun Menfaati”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, 25(2), 2019, s.1337-1357.
- TACİR, Hamide: “Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı (Beginning of Life Within the Context of Right to Life)”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı: Prof.Dr. Nur Centel'e Armağan, 19(2), 2013, s.1301-1319.
- TROST, Tanja: Das elterliche Erziehungsrecht und die Persönlichkeitsrechte des Kindes, Eine Untersuchung am Beispiel von Cognitive Enhancement, Stämpfli, Bern 2017.
- UYUMAZ, Alper/AVCI, Yasemin: “Türk Hukuku'nda Gebeliğin Sonlandırılması”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(1), 2016, s.579-638.
- UZELTÜRK TAHMAZOĞLU, Sultan: Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı (Ulusal ve Uluslararası Boyutuyla), Legal Yayınları, İstanbul 2012.
- ÜNAL, Esin: Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2017.
- WERLEN, Mirjam: Persönlichkeitsschutz des Kindes, höchstpersönliche Rechte und Grenzen elterlicher Sorge im Rahmen medizinischer Praxis, Das Beispiel von Varianten der Geschlechtsentwicklung und DSD, Stämpfli, Bern 2014.
- YÜCEL, Özge: Tıbbi Kararlarda Özerklik Hakkının Korunması ve Hasta Talimatları (Özerklik), Seçkin Yayınevi, Ankara 2018.
- YÜCEL, Özge: “Çocuğun (Üstün) Yüksek Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi”, UÜHFD, 1(2), s.117-137.
- YÜCEL, Özge: “Medeni Hukuk Bakış Açısıyla Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları” (Hukuka Uygunluk), in: SERT, Gürkan/YÜCEL, Özge, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021.
- YÜCEL, Özge: “Sağlık ve Tıp Hukukuna İlişkin Temel Kavramlar ve Özneler” (Temel Kavramlar), in: SERT, Gürkan/YÜCEL, Özge, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021.
- YÜCEL, Özge: “Tıbbi Müdahalelerde Onam Hakkının Sınırı Olarak Üstün Yarar” (Onam), İstanbul Hukuk Mecmuası, 79(2), 2021, s.441-483.
- YÜCEL, Yeliz: Türk Medeni Hukukunda Boşanma Halinde Velayet, Çocukla Kişisel İlişki Kurulması ve Çocuğun Soyadı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- YÜKSEL, Hilal: Kişilik Hakkı İhlali Kapsamında İnsan Üzerinde Yapılan Deneyler ve Hukuki Sonuçları, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- ZEVKLİLER, Aydın: “Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Haklarına Saldırının Sonuçları (1982-1983 Öğretim Yılı Açılış Dersi Metni)”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(1), 1983, s.1-37.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Duygu KOÇAK DİKER, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Duygu KOÇAK DİKER who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnÜHFD in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.

**TÜRK BORÇLAR KANUNU KAPSAMINDA ESER SÖZLEŞMESİNDE
AYIP SEBEBİYLE SORUMLULUK****LIABILITY DUE TO DEFECT IN THE WORK CONTRACT
UNDER THE TURKISH LAW OF OBLIGATIONS**Metin SÜRER*  & Bahadır DEMİR** **Makale Bilgi**Gönderi: 25/10/2022
Kabul : 25/04/2023**Anahtar Kelimeler***Eser Sözleşmesi,
Ayıptan Doğan
Sorumluluk,
İş sahibinine Tanınan
Haklar,
Ayıptan Doğan
Hakların Kullanımı***Article Info**Received: 25/10/2022
Accepted: 25/04/2023**Keywords***Contract of Work,
Responsibility Arising
From Defect,
Rights Given to the
Work Owner,
Use of Rights Arising
From Shame.***Özet**10.21492/inuhfd.1194401 

Eser sözleşmesi TBK 470 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Kanundan hareketle eser sözleşmesinde yüklenici, maddi ya da gayri maddi bir varlığı olan bir eser meydana getirmekte, alıcı ise bu edime karşılık ücret ödeme borcu altına girmektedir. İşgörmeye sözleşmelerinin bir türü olan eser sözleşmelerinde edim sonucuna yönelik taahhüt, bu tür sözleşmelerin ayırıcı unsurudur. Eser sözleşmesinde yüklenici, ücret karşılığında bir eseri meydana getirmek ve meydana getirmiş olduğu eseri teslim etmek hususlarını iş sahibine borçlanmaktadır. Eser sözleşmelerinde yüklenicinin borçlarından birisi ise ayıba karşı tekeffül borcudur. Ayıba karşı tekeffül borcu, iş sahibinin sözleşmede meydana getirilmesi kararlaştırılan eserin kusursuz ve eksiksiz olmasına ilişkin menfaatini korumaktadır. Ayıptan doğan sorumluluk hükümleri birçok hâlde teslimden sonra gündeme gelmekle beraber, bazı durumlarda teslimden önceki aşamalarda da uygulama alanı bulmaktadır. Yüklenici, eserin ayıplı olması durumunda, Kanunda öngörülen şartların sağlanması kaydıyla, eserdeki ayıptan sorumlu olur. Kanunkoyucu, eserin ayıplı olması durumunda alıcıya; sözleşmeden dönme, bedel indirim ve onarım seçicilik haklarının yanı sıra tazminat hakkı da tanımaktadır. Aşağıda ayıptan doğan sorumluluğun şartları ve sonuçları sırası ile incelemeye tabi tutulacaktır.

Abstract

Contract of work regulated at article 470 and following articles of Turkish Code of Obligations. Considering the law, in the contract of work, the contractor creates a work, which could be a material or intangible asset, and in return of that, the buyer falls under the obligation of wage payment. In contract of work, which are a form of contract for works and services, the commitment on the result of execution is the distinguishing element of such contracts. In the contract of work, the contractor become in debt to the work owner, to create and deliver a work for a fee. At contract of work, contractor is responsible against defects a.k.a warranter. This responsibility preserves the work owner's interest in the flawless and complete work which was agreed to be created in the contract. The liability provisions arising from the defect come to the agenda after delivery in many times but in some cases, it also finds application field in the stages before delivery. If the work is defective, the contractor is responsible for the defect in the work, provided that the conditions stipulated in the law are met. The right to return from the contract, the price reduction and repair, as well as the right to compensation, have been granted to the work owner by the lawmaker at defective work situations. At below, the terms and results of the liability arising from the defect will be examined in order.

*Ars.Gör. Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

** Dr. Öğr. Üyesi., Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Adalet Meslek Yüksek Okulu.

Atıf Şekli | **Cite As:** SÜRER Metin/DEMİR Bahadır "Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Eser Sözleşmesinde Ayıp Sebepiyle Sorumluluk", İnÜHFD, 14(1), 2023, s.232-243. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

A contract, which is a type of legal transaction, is established by “mutual declarations, of will of two or more parties”. The motive that leads the parties to enter into a contract is interest. In a contract, both parties have conflict interests. The parties enter into an agreement in the hope of reaching to their interests. With the conclusion of the contract, the agreements are expected to be effectuated as the benefit to be obtained from the other party in accordance with the contract and rule of “good faith” in full and complete.

The contractor and the owner also have mutual interests in the contract of work. The contract of work which is regulated under Articles 470-486 of the Turkish Code of Obligations (“TCO”) is defined as “a contract in which the contractor undertakes to create a work and the job owner undertakes to pay a sum of money in return”. In contracts of work, the interests of the job owner is a tangible or intangible work, for the creation and delivery of which a price is agreed to be paid. The aim of the contract is to obtain a work in accordance with the agreed qualities and the qualities expected from it in accordance with the rule of good faith, in return for a price. In the event that the work does not have the qualities listed, the liability of the contractor naturally arises. This responsibility is the responsibility arising from defects, in other words the contractor’s liability of defective products.

In order for the contractor to be liable for defects in the work, certain conditions must be satisfied. It is not possible to hold the contractor liable for defects if the job owner does not fulfill his obligations.

Although the defectiveness of the work is generally in question after the delivery, the provision of Art. 472/2 of the TCO regulating the case where it is clearly understood that the work will be defective at the time of its creation shows that the liability arising from the defectiveness may arise before its delivery.

In this study, after examining the situation where it is understood that the work will be defective before delivery and the rights which the job owner may apply in such a case, the conditions and consequences of the liability arising from defects, the rights of the job owner arising from defects, and the exercise and limits of these rights will be examined in order, according to provisions of Art. 474 ff. of the TCO, where the obligation to guarantee against defects is in question.

The performance expected to be performed in the contract of work is the performance that is agreed upon in the contract and that embodies the qualities and characteristics that should be present in the work in accordance with the rule of good faith. Only if a complete and accurate performance is fulfilled, the contractor shall be deemed to have duly fulfilled its obligation and the obligation shall be terminated.

If it is clearly evident during the construction of the work that the work will not have the qualities that were agreed upon in the contract or if not agreed upon, that the work in question will not have the qualities expected to exist in accordance with the rule of good faith and if the defective work is not caused by the job owner; the job owner may request the defect to be eliminated by giving a deadline to the contractor. If the defect cannot be remedied or if the defects cannot be remedied and the result will not change due to the behavior and attitude of the contractor even if a deadline is given, giving a deadline is not necessary. If the defect is not remedied within the given period of time, the job owner has the right to assign the work to a third party at the expense of the contractor, as well as the right to rescind the contract.

In the contract of work, the responsibility for the absence of the agreed or expected qualities is mainly in question after delivery. If the completed and delivered work does not have the agreed or expected qualities, the contractor’s liability arises in the presence of certain material and formal conditions. The material conditions of liability for defect are that the work has been created and delivered, that it is defective, that the defect cannot be attributed to the job owner and finally that the work is not accepted by the owner in its defective state. The formal conditions are fulfillment by the job owner of the obligations of inspection and notification and the exercise of the rights arising from the defect within the statute of limitations. As a rule, the statute of limitations is 2 years for movable works and 5 years for immovable works. However, if the contractor is grossly negligent, the statute of limitations is 20 years, regardless of the nature of the work. The period starts from the delivery of the work.

In the presence of material and formal conditions, the job owner may exercise one of the optional rights granted to him. The optional rights may be exercised in accordance with their limitations. The rights listed in the law are rescission of the contract, reduction in the price and free repair. The owner may choose only one of these rights and the other rights shall terminate upon the choice.

In addition to the optional rights, the legislator has regulated that the right of the job owner to demand compensation according to the general provisions is reserved. Accordingly if apart from the defect in the work, direct or consequential damages are incurred due to the defect and the contractor is at fault, the contractor is obliged to compensate the job owner for the damages, provided that there is a proper causal link between the damage and the defect.

I. GİRİŞ

Hukuki işlemlerin bir türü olan sözleşme “iki veya daha fazla tarafın, birbirine uygun, karşılıklı irade beyanları” ile kurulur¹. Tarafları bir sözleşme yapmaya sevk eden düşünce, menfaattir. Sözleşmede her iki tarafın da birbirine zıt menfaatleri mevcuttur². Taraflar menfaatlerine kavuşmak umuduyla âkit olurlar. Âkitlerin sözleşmenin kurulmasıyla birlikte karşı taraftan elde edeceği menfaatin sözleşmeye ve dürüstlük kuralına uygun bir biçimde, tam ve eksiksiz olarak gerçekleştirilmesi beklenir³.

Eser sözleşmesinde de yüklenici ve iş sahibinin karşılıklı menfaatleri mevcuttur. TBK 470-486 maddeleri arasında düzenlenmiş olan eser sözleşmesi, “yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme” şeklinde tanımlanır⁴. Eser sözleşmelerinde iş sahibinin menfaati, meydana getirilmesi ve teslimi karşılığı bedel ödeneceği kararlaştırılan, maddi (*körperliches Werk*) yahut gayri maddi (*unkörperliches Werk*) varlığı olan bir eserdir⁵. Sözleşmeyle hedeflenen, kararlaştırılan niteliklere ve dürüstlük kuralı gereğince ondan beklenen niteliklere uygun bir esere bedel karşılığında sahip olmaktır⁶. Eser sayılan nitelikleri haiz olmadığı takdirde, pek tabii olarak yüklenicinin sorumluluğu gündeme gelir. Bu sorumluluk ise ayıptan doğan sorumluluk, başka bir deyişle yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcudur.

Yüklenicinin eserdeki ayıptan sorumlu olması için birtakım şartların yerine getirilmesi gerekmektedir. İş sahibi üzerine düşen külfetleri yerine getirmede, yükleniciyi ayıptan sorumlu tutmak mümkün değildir.

Eserin ayıplı olması genel olarak teslimden sonra söz konusu olmakla birlikte, TBK m.473/2 hükmü ile eserin meydana getirileceği sırada ayıplı olacağının açıkça anlaşılması hâlinin düzenlenmesi, tesliminden önce de ayıptan doğan sorumluluğun gündeme gelebileceğini göstermektedir.

Söz konusu çalışmada; eserin teslimden önce ayıplı olacağının anlaşılması hâli ve iş sahibinin böyle bir durumda başvurabileceği haklar incelendikten sonra ayıba karşı tekeffül borcunun asıl olarak söz konusu olduğu, TBK m.474 vd. hükümlerine göre, ayıptan doğan sorumluluğun şartları, sonuçları, iş sahibinin ayıptan doğan hakları ve bu hakların kullanılması ve sınırları sırası ile incelenecektir.

II. ESERİN TESLİMİNDEN ÖNCE AYIPLI OLACAĞININ ANLAŞILMASI VE İŞSAHİBİNE TANINMIŞ OLAN HAKLAR

A. Genel olarak

Eser sözleşmesinde yüklenici edim fiilinin yanında edim sonucunu da gerçekleştirme yüklenmektedir⁷. Başka bir deyişle, yüklenici sözleşmede kararlaştırılan tarz ve nitelikte bir edim fiilinin sonucunda eseri meydana getirme borcu altına girer. Kanunda ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine başvurmak belirli şartlara tâbi tutulmaktadır. “Ayıp sebebiyle sorumluluk başlıklı” TBK m.474 hükmü, eserin tesliminden sonra, iş sahibini eseri gözden geçirmek ve varsa ayıpları bildirmekle mükellef kılmıştır. Anılan düzenlemeden anlaşılacağı üzere ayıp sebebiyle sorumluluk için öncelikli şart eserin teslimidir. Yani eserin henüz teslim edilmediği bir aşamada TBK m.474 vd. hükümlerine başvurulamaz⁸.

Eserin teslimden önce ayıplı olacağının anlaşılması TBK m.473/2 hükmüyle düzenlenmiştir. Buna binaen, eserin ortaya çıkarılması sırasında, yüklenicinin kusuru sebebiyle ayıplı yahut sözleşmeye aykırı şekilde meydana getirileceği açık bir şekilde belli ise iş sahibi, yükleniciden ayıbın giderilmesini, aksi takdirde hasar ve masrafların kendisi üzerinde bırakılarak, onarımı yahut da işin devamının üçüncü bir kişiye yaptırılacağı hususunu ihtar edebilir.

B. Şartları

1. Eserin Tamamlanmamış ve Teslim Edilmemiş Olması

TBK m.473/2 hükmünün uygulanabilmesi için ilk şart, eserin tamamlanmamış ve teslim edilmemiş olmasıdır. Zira eser tamamlanmış ve teslim edilmiş ise artık TBK m.473/2 hükmü değil, TBK m.474 vd. hükümleri uygulanacaktır⁹.

Teslim Kanunda açıkça düzenlenmemekle beraber yüklenicinin tabii olarak yerine getirmekle mükellef olduğu bir borcudur ve eser sözleşmesine ilişkin hükümlerden dolayı olarak çıkarılmaktadır¹⁰.

¹ VON TUHR, Andreas: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı C. 1-2 Çev. Cevat Edege,

Ankara 1983, s.138; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2021, s.211; ANTALYA, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1, Ankara 2019, s.286.

² EREN Borçlar Genel, s.173-174.

³ EREN Borçlar Genel, s.1030; VON TUHR, s.457; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Yusuf/HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdulkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm Üçüncü Cilt, İstanbul 2016, s.8.

⁴ ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan: Borçlar Hukuku. Özel Borç İlişkileri, Ankara 2021, s.371; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2021 s.595 vd.; KURT, Leyla Müjde: Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara 2012, s.27 vd.; ŞENOCAK, Zariife: Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002, s.5; YAVUZ, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014, s.956-957; ZEVLİLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2019, s.462.

⁵ KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2021, s.448.

⁶ ARAL/AYRANCI, s.412; BÜYÜKAY, Yusuf: Eser Sözleşmesi, Ankara 2019, s.99; ÇELİK, Yusuf: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Yapının Ayıplı Olması Sebebiyle Sona Ermesi, Ankara 2020, s.87; TANDOĞAN Halük: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. II, İstanbul 2010, s.160; YAVUZ, s.994.

⁷ EREN Özel Hükümler, s.597-598; KILIÇOĞLU, s.455.

⁸ EREN Özel Hükümler, s.646; ARAL/AYRANCI, s.412.

⁹ ARAL/AYRANCI, s.397; AYDOĞDU Murat/KAHVECİ Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Ankara 2019, s.762; EREN Özel Hükümler, s.644; TANDOĞAN, s.160; YAVUZ, s.975; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s.521.

¹⁰ SELİMOĞLU, Yaşar Engin: İstisnâ (Eser) Sözleşmesi, Ankara 2021, s.168; TANDOĞAN, s.124; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s.484.

(TBK m.473/1, 474/1, 478/1, 479/1-2 vs.) Teslim, yüklenicinin meydana getirdiği eseri, sözleşmede kararlaştırılan yer ve zamanda eksiksiz olarak iş sahibine vermesi,¹¹ başka bir deyişle tamamlanmış eserin iş sahibine arzıdır¹².

Anılan hükümle düzenlenen hâl, eser sözleşmesinin akdedilmesi ile sözleşmenin ifa edilerek borcun sona ermesi arasında eserin ayıplı olarak meydana geleceğinin açıkça anlaşıldığı hâldir. Ancak eser henüz meydana getirilmemiş ya da tamamlanmamış iken teslimden önce ayıba ilişkin hükümler gündeme gelir.

2. Eserin Ayıplı Olacağına Açıkça Anlaşılması

TBK 473/2 hükmünün uygulanmasının ikinci şartı eserin ayıplı olacağına açıkça anlaşılır olmasıdır. Yüklenici eseri meydana getirirken özen yükümlülüğüne uygun olarak hareket etmek ve eseri ayıpsız bir şekilde teslim etmekle yükümlüdür¹³. İlgili hükümle birlikte iş sahibinin eserin tamamlanmasını beklemeden TBK m.473/2'de öngörülen haklarını kullanması mümkün olmaktadır. Zaten eserin açıkça ayıplı olarak meydana geleceği daha eser tamamlanmadan anlaşılıyor ise, iş sahibinin eserin tamamlanmasını bekleyerek aiptan doğan sorumluluk hükümlerine başvurmasını istemek hakkaniyetle de bağdaşmaz.

Ayıbın açıkça anlaşılıyor olması deyiminden, işin yürütülmesi sırasında belli bir aşamada belli bir niteliğin bulunmaması, eser tamamlandığında onun ayıplı bir eser olacağı anlaşılıyor ise, eserin açıkça ayıplı olarak meydana getirileceği anlaşılabilir olur¹⁴. Bu duruma, yüklenicinin yapı için elverişli olmayan bir malzemeyi işyerinde depo etmesi,¹⁵ sözleşmede el becerisiyle yapılacağı kararlaştırılmasına rağmen makine yardımıyla eserin yapımına başlanmış olması, sözleşmede kararlaştırılan inşaat alanından daha küçük bir temel atılmış olması, restorasyon yapılacağı ve sözleşme konusunun orijinalliğinin korunacağına kararlaştırılmasına rağmen eski yapıya zarar verilmesi vb. örnekler verilebilir.

3. Ayıbın Yüklenicinin Kusuruyla Meydana Gelmiş Olması

Ayıbın yüklenicinin kusurundan kaynaklanması hususu, iş sahibine ayıbın yüklenilememesi şeklinde anlaşılmalıdır¹⁶. Zira ayıp sebebiyle sorumluluk hükümlerinde yüklenicinin kusuru olmasa dahi sebep sorumluluğu söz konusu olmakta, eser ayıplıysa ve ayıplı olması iş sahibine yüklenemiyor ise yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcu doğmaktadır. Teslimden sonra kusur aranmazken, teslimden önce kusur şartının aranması da kabul edilemez. Bu sebeple Kanunda yer alan kusur kavramı teknik manada kusur olarak anlaşılmalıdır, yüklenici aynı teslimden sonra sorumlu olacağı gibi teslimden önce de sebep sorumluluğu ilkesine göre sorumlu tutulmalıdır.

4. İşsahibinin Yükleniciye Süre Vermesi ve İşin Başkasına Yaptırılabilceğinin İhbarı

İşsahibinin TBK 473/2'de öngörülen imkanlardan faydalanmasının son şartı ise yükleniciye ayıba ya da sözleşmeye aykırılığı gidermesi için belirli bir süre verilmesi, bununla birlikte işin başkasına yaptırılabilceğinin ihtar edilmesidir¹⁷. İşsahibi, süreyi kendi belirlemek yerine süre verilmesini hâkimden de talep edebilir¹⁸. Verilecek süre somut olayın şartlarına göre belirlenmelidir, bu hususta Kanunda bir belirleme yapılmamıştır¹⁹. Süre verilme şartı mutlak bir şart değildir²⁰. Eğer süre verilse dahi eserdeki eksiklik veya ayıbın giderilemeyeceği açıkça anlaşılıyor ise, böyle bir durumda süre verilmesine gerek yoktur²¹.

Verilen süre içerisinde yüklenici, sözleşmeye aykırılığı, eksiklik veya ayıba giderirse sorun çözüme kavuşmaktadır. Ancak süre verilmesi ayıbın giderilmesi sonucunu doğurmaz ise artık TBK 473/2 hükmü ile iş sahibine tanınan haklar kullanılabilir hâle gelir.

C. İş Sahibine Tanınan Haklar

Yukarıda sayılan şartların varlığı hâlinde iş sahibi, TBK m.473/2 hükmü uyarınca, hasar ve masrafi yükleniciye ait olmak üzere, ayıba ya da sözleşmeye aykırılığı giderme veyahut işin devamını üçüncü bir kişiye verme imkânlarından faydalanabilir. TBK m.113 hükmünden farklı olarak burada hâkimden izin alınmasına lüzum yoktur²².

Öğretide hâkim görüş olarak, aynı maddenin birinci fıkrasının kıyasen uygulanmak suretiyle, iş sahibine işin onarımı yahut devamını üçüncü bir kişiye vermek yerine; sözleşmeden dönme hakkının da verilmesi gerektiği savunulmaktadır²³. Başka bir deyişle, iş sahibi böyle bir durumda onarım veya işin

¹¹ OZANOĞLU, Hasan Seçkin: İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları, s.3 http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/3_4.pdf (Erişim: 13.10.2022).

¹² ARAL/AYRANCI, s.405; ŞAHİNİZ, Cevdet Salih: Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadadan Sorumluluğu, İstanbul 2014

¹³ ARAL/AYRANCI, s.394-395.

¹⁴ TANDOĞAN, s.64.

¹⁵ TANDOĞAN, s.63.

¹⁶ ARAL/AYRANCI, s.397; EREN Özel Hükümler, s.647; TANDOĞAN, s.64; YAVUZ, s.975; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.505.

¹⁷ ARAL/AYRANCI, s.398; EREN Özel Hükümler, s.644; TANDOĞAN, s.66; YAVUZ, s.975; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.505.

¹⁸ GÜMÜŞSOY KARAKURT, Güler: Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması, İstanbul 2017, s.240.

¹⁹ GÜMÜŞSOY KARAKURT, s.241-242.

²⁰ TANDOĞAN, s.65.

²¹ CR-Chaix, CO art 366, n. 34; TERCİER/FAVRE, N. 4451; Federal Mahkeme 4C. 77/2005, 20.04.2005, cons.4. (ARAL/AYRANCI, s.398'dan naklen).

²² ARAL/AYRANCI, s.398; EREN Özel Hükümler, s.645; TANDOĞAN, s.65; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.506.

²³ ARAL/AYRANCI, s.400-401; EREN Özel Hükümler, s.645; GÜMÜŞSOY KARAKURT, s.267; TANDOĞAN, s.63.

devamını üçüncü bir kişiye yaptırabileceği gibi; TBK m.125'te sayılan aynen ifa, aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazminini, sözleşmeden dönüp menfi zararının tazminini seçme haklarını kullanabilir²⁴.

III. AYIPTAN DOĞAN SORUMLULUĞUN ŞARTLARI

A. Genel olarak

Eser sözleşmelerinde ayıp sebebiyle sorumluluk Kanunun 474 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Bütün sözleşmelerde olduğu gibi eser sözleşmesinde de ifa büyük bir önemi haizdir. İfa sözleşmede kararlaştırılan şekilde, ifa modalitelerine uygun olduğu takdirde, borç gereği gibi yerine getirilmiş olur²⁵. Eser sözleşmesi sonuca yönelik bir taahhüt içerdiğinden, bu sözleşmelerde tam ve gereği gibi²⁶ ifa ayrı bir önem taşır. Sonuca yönelik taahhüt dolayısıyla eser sözleşmelerinde edim fiili sonucunda meydana getirilen eser, sözleşmede öngörülen veya dürüstlük kuralı gereği ondan beklenen niteliklere sahip değilse yüklenicinin kusuru olmasa da sorumluluğu doğar²⁷.

Ayıp sebebiyle sorumluluğun söz konusu olabilmesi için lazım olan şartlar, maddi ve şekli şartlar olarak ayırma tâbi tutulabilir²⁸. Kanundaki düzenlemeden hareketle maddi şartlar; eserin iş sahibine teslimi, eserin ayıplı olması, ayıbın iş sahibine yüklenememesi, tarafların sorumsuzluk anlaşması yapmamış olması ve iş sahibinin ayıplı eseri kabul etmemiş olmasıdır. Şekli şartlar ise eserin gözden geçirilmesi, yükleniciye ayıbın bildirilmesi ve nihayet hakkın zamanaşımı süresi içerisinde kullanılmış olmasıdır. Sayılan şartlar aşağıda sırasıyla incelenecektir.

B. Maddi Şartlar

1. Eser Meydana Getirilmiş ve Teslim Edilmiş Olmalıdır

Yüklenicinin eseri teslim borcu Kanunda açıkça düzenlenmemekle birlikte; TBK 474 hükmünde “işsahibi, eserin tesliminden sonra” denilmek suretiyle ayıptan sorumluluk için eserin tamamlanarak teslim edilmesini gerekli kılınmıştır²⁹. Teslim kısaca meydana getirilmiş ve tamamlanmış olan eserin iş sahibinin fiili hakimiyetine bırakılmasıdır³⁰. Maddi varlığa sahip taşınır eserler söz konusu ise bu zilyetliğin verilmesi, eserin zilyetliğe elverişli olarak iş sahibinin hakimiyetine bırakılması vb. yollarla³¹, taşınmaz eserlerde ise iş sahibine eserin tamamlandığının bildirilmesi ve zilyetliği temsil eden aracın bırakılmasıyla; maddi varlığı olmayan eserlerde ise teslim gayri maddi eserin cisimleştiği şeyin iş sahibine verilmesiyle gerçekleşir³².

Teslim; öğretide farklı görüşler ileri sürülmekle birlikte, fikrimizce hukuki niteliği bakımından maddi bir fiildir ve fiili bir sonucun elde edilmesi yani zilyetliğin devri gayesi ile yapılır³³. Kanun koyucu teslimde ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin zamanaşımının işlemeye başlaması, bedel alacağına muaccel olması gibi birtakım hukuki sonuçlar da bağlamaktadır³⁴. Ancak bunlar teslimin hukuki niteliğini değiştirmez. Teslimin maddi bir fiil olması, onu kabulden ayırır. Zira kabul hukuki bir işlemdir ve açık veya örtülü olarak irade beyanını bünyesinde barındırmaktadır³⁵. Yani eserin teslimi ve dahi iş sahibi tarafından teslim alınması, kabul anlamına gelmez ve ayıplara ilişkin bir irade beyanını da içermez³⁶.

Eserin teslim edilebilmesinin öncelikli şartı eserin tamamlanmış olmasıdır. Yüklenici kural olarak eserin tamamlanarak teslim edildiğini ispat ile mükelleftir³⁷. Eserin ayıplı olması ise tamamlanmadığı anlamına gelmemektedir. Zaten ayıp, eserin teslimi sonrasında tespit edilebileceği için eserin ayıplı olması teslimde engel teşkil etmez³⁸.

2. Eser Ayıplı Olmalıdır

a. Ayıp, Eksik İş ve Aliud

Ayıplı bir eserden bahsedilebilmesi için öncelikli şart, eserin tamamlanmış ve teslim edilmiş olmasıdır. Sözleşmede taahhüt edilen işler henüz tam anlamıyla yapılmamışsa böyle bir durumda eser tamamlanmamış olacağından ayıptan söz edilemez³⁹. Başka bir deyişle eksik iş söz konusuysa eser ayıplı değildir ve ayıptan doğan sorumluluk hükümleri uygulanmaz. Ancak noksan yapılan işler, tamamlanırken eserin başka bir kısmının da tadil edilmesi veya değiştirilmesi gerekiyorsa bu durumda eksik iş değil ayıplı iş söz konusudur⁴⁰. Ayıp, sözleşmede kararlaştırıldığı için veya dürüstlük kuralı uyarınca, eserin taşıdığı varsayılan vasıfları taşımaması dolayısıyla niteliğe ilişkin iken, eksik iş ise üzerinde anlaşıldığı hâlde yerine

²⁴ ARAL/AYRANCI, s.400-401; EREN Özel Hükümler, s.645; TANDOĞAN, s.70; YAVUZ, s.976; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.505.

²⁵ BÜYÜKAY, s.99; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s.8-9.

²⁶ EREN Borçlar Genel, s.1030.

²⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s.247; TANDOĞAN, s.160.

²⁸ EREN Özel Hükümler, s.646; KILIÇOĞLU, s.469.

²⁹ GÜLEÇ, Şafak: Eser Sözleşmesinin Beklenilmeyen Haller Nedeniyle Feshi, Ankara 2009, s.40; TURANBOY, Asuman: “Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaattaki Noksan ve Bozukluklardan Mesuliyeti”, AÜHF, 41(104), 1990, s.154.

³⁰ ARAL/AYRANCI, s.405; KURT, s.67; OZANOĞLU, s.3; TANDOĞAN, s.125; YAVUZ, s.990; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.680.

³¹ AKÇAAL, Mehmet: Eşya Hukuku, Ankara 2021, s.75 vd.; OĞUZMAN, M.Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, İstanbul 2018, s.63 vd.; SİRMEN, A. Lale: Eşya Hukuku, Ankara 2017, s.55-56; ÜNAL Mehmet/BAŞPINAR Veysel: Şekli Eşya Hukuku, Ankara 2017, s.146 vd.

³² EREN Özel Hükümler, s.633-634.

³³ AKÇAAL, s.75 vd.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.63 vd.; SİRMEN, s.55-56; ÜNAL/BAŞPINAR, s.148.

³⁴ ARAL/AYRANCI, s.406; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.485.

³⁵ EREN Özel Hükümler, s.652; KURT, s.69.

³⁶ TANDOĞAN, s.127.

³⁷ KURT, s.70.

³⁸ ARAL/AYRANCI, s.405; KURT, s.68; TANDOĞAN, s.126

³⁹ EREN Özel Hükümler, s.646; TANDOĞAN, s.160.

⁴⁰ ŞAHİNİZ, s.38; ŞENOCAK, s.106; TANDOĞAN, s.160-161.

getirilmemiş bir edimdir⁴¹. Taşınmaz yapıyı konu alan bir eser sözleşmesinde peyzaj düzenlemesinin yapılmaması, asansörlü bir bina inşa edileceği kararlaştırılmasına rağmen asansörün kabininin takılmaması olması ve kameralı bir insansız hava aracı üzerinde anlaşılmasına rağmen kameranın monte edilmemiş olması hâlleri eksik işe; aynı sözleşmelerde peyzajda kararlaştırılan pahalı ve ithal ağaçlar yerine yerli ağaç kullanılması, 8 kişilik kabin takılacağı kararlaştırılmasına rağmen 4 kişilik kabin takılması ve kameranın gece görüşü özelliği taşınması gerektiği sözleşmede belirtilmesine rağmen bu özelliğe sahip olmayan kamera takılması ayıplı işe örnek verilebilir.

Ayıplı eser ile aliud da birbirinden farklıdır. Aliud, sözleşmede kararlaştırılan şeyden tamamen başka bir şeyin teslim edilmesi iken, ayıplı şey sözleşmede kararlaştırılan şey olmakla birlikte nitelik yönünden defolu, eksik bir eserdir⁴². Aliud yani sözleşmede kararlaştırıldan başka bir şeyin teslim edilmesi durumunda ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin hükümler değil, borcun hiç ifa edilmemesi sebebiyle sorumluluğu düzenleyen TBK 112 hükmü uygulanacaktır⁴³.

Ayıp, eserin sözleşmede taahhüt ve vaat edilmiş olan veyahut dürüstlük kuralı uyarınca ondan beklenen vasıfları taşınmaması hâlidir⁴⁴. Eserin ayıplı olup olmadığı hakkında önceden kesin belirlemeler yapmak, kurallar öngörmek mümkün değildir. Zira eserin ayıplı olması somut olayın şartlarına, eser sözleşmesinin içeriğine göre değişkenlik gösterir. Eserin ayıplı olup olmadığı, sözleşme hükümleri ve dürüstlük kuralı gereği ondan beklenen nitelikler ışığında, yüklenicinin teslim ettiği şeyin tahliliyle meydana çıkar⁴⁵.

b. Ayıbın Türleri

Ayıp öğretide çeşitli ayrımlara tabi tutulmuştur⁴⁶. Ayıp, sebeplerine göre maddî, ekonomik(iktisadî) ve hukukî ayıp olmak üzere üçe ayrılır. Ayıp kendisine bağlanan sonuçlara göre ise açık, gizli ve gizlenmiş ayıp olmak üzere üçe ayrılır⁴⁷. Ayıp ağırlığına göre ise önemli(tam) ve önemsiz(daha az önemli) ayıp olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁴⁸. Aşağıda sayılan ayıp türleri sırasıyla incelenecektir.

aa. Maddî Ayıp-Ekonomik(İktisadî) Ayıp-Hukukî Ayıp

Maddî ayıp, eserin fizikî varlığına ilişkin ayıptır. Maddî ayıp eserin fiziki, kimyevi yahut teknik varlığını menfi yönde etkileyen, eseri bozan ayıptır⁴⁹. Maddî ayıba eserin duvarlarının çatlak, yamuk olması; sipariş edilen özel gözlüğün camlarının çizik, kırık olması; deri koltuk takımının derilerinin yırtık veya renklerinin farklı olması vb. örnekler vermek mümkündür.

Ekonomik ayıp, eserden beklenen verim ve geliri getirememesi, eserin ekonomik niteliğinde eksiklik olmasıdır⁵⁰. Sipariş edilen oyun bilgisayarının taahhüt edilenden fazla enerji sarfiyatı yapması, büyük konserlerde kullanılacak ses sistemlerinin gerekli desibelde ses verememesi, özel olarak yapılan üç boyutlu yazıcının taahhüt edilenden fazla filament tüketmesi hâlleri ekonomik ayıba örnek verilebilir.

Hukukî ayıp ise eserin kıymetini ve/veya eserden beklenen faydaları menfi surette azaltan ve daha çok kamu hukuku kaynaklı sınırlamalardan kaynaklanan ayıptır⁵¹. İmara aykırı bir şekilde fazla katlı inşa edilen bir yapı⁵², milli standartları karşılayamaması sebebiyle kullanılamayan özel sipariş ithal makineler⁵³, gümrük yasağı olan bir makinenin siparişi⁵⁴ hukuki ayıplara örnek verilebilir.

bb. Açık Ayıp-Gizli Ayıp-Gizlenmiş Ayıp

Ayıptan doğan sorumluluk bakımından açık ve gizli ayıp ayrımları büyük bir öneme sahiptir. Açık ayıp eserin teslim edildiği sırada, açıkça gözlemlenen ya da usulüne uygun bir biçimde yapılacak gözden geçirme ile tespit edilebilen ayıptır⁵⁵. Bu şekilde görülemeyen ve olağan bir gözden geçirme ile tespit edilmesi mümkün olmayan, ancak zamanla veya zaman geçtikten sonra fark edilebilen ayıplara ise gizli ayıp denir. Gizli ayıplar yüklenicinin ayıptan haberdar olup olmamasına göre ise gizli ve gizlenmiş ayıp olarak ikiye ayrılmaktadır. Yüklenici ayıbın varlığını biliyor ise ya da kendisinden beklenen özeni gösterseydi ayıbın varlığın bilecek ise; yüklenici, makul ve dürüst bir yüklenicinin bu durumda yapacağı gibi, ayıptan iş sahibini haberdar etmelidir. Yüklenici, varlığını bildiği ya da bilmesi gerektiği hâlde, gizli ayıbı iş sahibine haber vermiyorsa bu durumda artık ayıp gizlenmiş ayıptır⁵⁶.

⁴¹ AKSOY DURSUN, Sanem: “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Eksik İş Kavramı ve Kavramın Ayıplı İşten Farkları”, Legal Hukuk Dergisi, 9(101), 2011, s.1846-1847; AYDEMİR, Efrail: Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Ankara 2016, s.342; BÜYÜKAY, s.110; ŞENOCAK, s.93.

⁴² BÜYÜKAY, s.113; ŞENOCAK, s.105

⁴³ ŞENOCAK, s.105; TANDOĞAN, s.166.

⁴⁴ ARAL/AYRANCI, s.412; BÜYÜKAY, s.103; SELİMOĞLU, s.173; TANDOĞAN, s.161; YAVUZ, s.994. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.522.

⁴⁵ BÜYÜKAY, s.104; EREN Özel Hükümler, s.646-647.

⁴⁶ ARAL/AYRANCI, s.124 vd.; BÜYÜKAY, s.105 vd.; EREN Özel Hükümler, s.108 vd.; RUHİ, Ahmet Cemal/RUHİ, Canan: Eser Sözleşmesi ve Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar, Ankara 2018, s.48 vd.; TANDOĞAN, s.166-167;

⁴⁷ EREN Özel Hükümler, s.647.

⁴⁸ BÜYÜKAY, s.108.

⁴⁹ BÜYÜKAY, s.105; EREN Özel Hükümler, s.108.

⁵⁰ ARAL/AYRANCI, s.125; EREN Özel Hükümler, s.109; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.116.

⁵¹ ARAL/AYRANCI, s.125; BÜYÜKAY, s.105; TANDOĞAN, s.167.

⁵² ARAL/AYRANCI, s.125; EREN Özel Hükümler, s.110.

⁵³ TANDOĞAN, s.167.

⁵⁴ YHGK T. 24.01.2007, E. 2007/19-25; K. 2007/21 (ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.117'den naklen).

⁵⁵ BÜYÜKAY, s.107; EREN Özel Hükümler, s.657; SELİMOĞLU, s.177 vd.; ŞENOCAK, s.104

⁵⁶ EREN Özel Hükümler, s.658.

cc. Önemli ve Önemsiz Ayıp

Önemli ve önemsiz ayıp ayrımı, ayıbın derecesine ilişkindir ve seçimlik hakların kullanılmasında büyük bir önem taşır. TBK 475. maddesinin birinci hükmüne göre, “iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde” ihlal eden ayıplara önemli ayıp; iş sahibinin kullanımını tümüyle engellemeyen veya ayıplı olsa da hakkaniyet gereği iş sahibinin kabul yükümlülüğünün bulunduğu ayıplara daha az önemli (önemsiz) ayıp denilmektedir⁵⁷. Bu ayırım somut olayın şartlarına, eser sözleşmesinin hükümlerine göre yapılabilir, önceden net bir şekilde önemli ayıplar ile önemsiz ayıpların birbirinden ayırt edilmesi mümkün değildir.

3. Ayıp İş Sahibine Yüklenememelidir

a. Genel Olarak

Ayıptan doğan sorumluluk için gerekli bir diğer şart, ayıbın iş sahibine yüklenememesidir. Ayıp iş sahibine yüklenebiliyorsa yani ayıp iş sahibinden kaynaklanmışsa, yüklenici ayıptan sorumlu olmaz. Zira iş sahibine yüklenebilen ayıptan yüklenicinin sorumlu tutulması Roma hukukundan günümüze kadar gelen temel kurallardan “Hiç kimse kendi kusuruna dayanarak hak iddia edemez (Nemo auditur propriam turpitudinem allegans)” ilkesi ile “Hak arayan kimsenin ellerinin pak olması gerekir (He who comes into equity must come with clean hand)” ilkesine⁵⁸ aykırılık teşkil eder. TBK 476. maddesi hükmüyle, “Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın, iş sahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilecek olursa iş sahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz.” denilerek söz konusu durum kanunda ifade edilmiştir. Talimat, yükleniciye sözleşmeye ilişkin konularda verilen bağlayıcı emir ve direktiflerdir⁵⁹; bağlayıcı olmayan öneri ve tavsiyelerin talimat olarak nitelendirilmesi mümkün değildir⁶⁰. İş sahibine yüklenebilecek sebepler denilerek kanunda iş sahibi aleyhine genel bir sebep kümesi oluşturulmuştur⁶¹. Bu sebep kümesine iş sahibinin ayıba neden olacak herhangi bir davranış veya hareketi girebilir. Bu diğer sebeplere arsanın veya iş sahibi tarafından sağlanan malzemenin ayıplı veya kalitesiz olması örnek verilebilir⁶².

b. Ayıbın İş Sahibinden Kaynaklanması Sebebiyle Yüklenicinin Sorumluluktan Kurtulması

Anılan hükümden hareketle, yüklenicinin ayıptan sorumlu olmaması için, eserin ayıplı olmasının iş sahibinin talimatı veya ona yüklenebilecek herhangi bir sebepten meydana geldiğini ispat etmenin yanı sıra; sayılan sebeplerden dolayı eserin ayıplı olacağını, yapacağı bir bildirim ile iş sahibine ihbar ettiğini de kanıtlaması gerekmektedir. Başka bir deyişle, yüklenici sorumluluktan kurtulabilmek için öncelikle ayıbın iş sahibinin talimatından veya ona yüklenebilecek herhangi bir sebepten kaynaklandığını ispat etmelidir. Daha sonra ise bu sebeplerle eserin ayıplı olacağını iş sahibine ihtar etmiş, bildirmiş olduğunu ispat etmesi gerekecektir. Bu iki şartın varlığı ve yükleniciye yüklenebilen sebep ile eserdeki ayıp arasında uygun illiyet bağının varlığı⁶³ hâlinde yüklenici, ayıp sebebiyle sorumlu olmayacaktır.

İş sahibine yüklenebilen sebebin yanında eserin ayıplı olmasında yüklenicinin de kusuru mevcutsa, bu durumda iş sahibi ayıptan doğan haklarını tamamen kaybetmez⁶⁴. Ortak kusur varsa yüklenici TBK m.114/II yollamasıyla, TBK m.52 hükmü uygulanacağı için ayıptan kısmen sorumlu olacaktır⁶⁵.

Öğretide ekseriyetle kabul edilen görüşe göre, yüklenicinin sorumluluktan kurtulması için eserin ayıplı olacağını iş sahibine ihtar etmesi şartı mutlak bir şart değildir. Yüklenici böyle bir bildirimde bulunsaydı dahi iş sahibinin işe aynı şekilde devam edilmesini isteyeceğini veya başka bir sebeple yine eserin ayıplı olarak meydana geleceğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir⁶⁶.

4. İş Sahibi Eseri Ayıplı Bir Şekilde Kabul Etmemiş Olmalıdır

Bir diğer olumsuz şart iş sahibinin eseri ayıplı hâliyle kabul etmiş olmamasıdır. Kabul, iş sahibinin eseri mevcut hâliyle benimsediğine ilişkin, açık veya örtülü olarak yapılan irade beyanıdır⁶⁷. TBK'nin 477/I maddesi hükmü uyarınca, “Eserin açıkça veya örtülü olarak kabulünden sonra yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur.” Kanunda kabulün ne şekilde yapılacağına ilişkin bir şekil şartı öngörülmediğinden kabulün geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlı değildir⁶⁸.

İş sahibinin kabulüyle yüklenici yalnızca açık olan ayıplar bakımından olan sorumluluğundan kurtulur, gizli veya gizlenmiş ayıplar bakımından ise sorumlu olmaya devam eder⁶⁹. Bu husus, TBK m.477/I hükmünün devamında, “...ancak onun tarafından kasten gizlenen ve usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek olan ayıplar için sorumluluğu devam eder.” şeklinde ifade edilmiştir. Aynı hükümde, gizli

⁵⁷ BÜYÜKAY, s.108; ŞENOCAK, s.104; TANDOĞAN, s.167.

⁵⁸ Kavramlar hakkında geniş bilgi için bkz. EDİS, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, İzmir 1987, s.346.

⁵⁹ EREN Özel Hükümler, s.648.

⁶⁰ ARAL/AYRANCI, s.413; TANDOĞAN, s.208.

⁶¹ ARAL/AYRANCI, s.413.

⁶² TANDOĞAN, s.208.

⁶³ EREN Özel Hükümler, s.650.

⁶⁴ ARAL/AYRANCI, s.414.

⁶⁵ EREN Özel Hükümler, s.647; TANDOĞAN, s.209; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.523.

⁶⁶ GAUTSCHİ, Art. 5a,6b; GAUCH, N. 1964 vd.; DÜRR, s.73; ZİNDEL/PULVER-BSK OR Art. 369, N. 14 vd.; BGE 116 II 456, 309 vd (EREN Özel Hükümler, s.650'den naklen).

⁶⁷ PAKET, Sabure: Eser Sözleşmesinin İfasında Kabul, Ankara 2020, s.120; ŞAHİNİZ, s.4; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.524.

⁶⁸ BÜHLER-ZK OR Art. 370, N. 12; HÜRLİMANN/SİEGENTHÄLER-CHK OR Art. 370, N. 2(EREN Özel Hükümler, s.652'den naklen).

⁶⁹ PAKET, s.204-205.

veya gizlenmiş ayıpların ortaya çıkması durumunda, iş sahibi bu durumu derhal yükleniciye bildirmelidir. Aksi hâlde iş sahibinin, eseri mevcut hâliyle kabul etmiş sayılacağı da öngörülmektedir.

Ayrıca TBK 477/I hükmü, gözden geçirme ve bildirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesini de kabul olarak değerlendirmektedir. Bu durumda da iş sahibi eseri kabul etmiş sayılmakta ve yüklenici ayıp sebebiyle sorumlu tutulamamaktadır.

C. Şekli Şartlar

Yüklenicinin ayıp sebebiyle sorumlu tutulabilmesi için yalnızca maddi şartların varlığı yeterli değildir. Maddi şartların yanında birtakım şekli şartların da sağlanması hâlinde yüklenici ayıptan sorumlu olacaktır. İş sahibi, külfet niteliğindeki bu şartları yerine getirmez ise yükleniciye başvurma hakkını kaybeder⁷⁰. Aşağıda şekli şartlar sırasıyla incelenecektir.

1. Gözden Geçirme

TBK'nin 474/I hükmüne göre, "İş sahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek...zorundadır." Buradaki zorunluluk aslında bir iş sahibinin teknik anlamda yerine getirmesi gereken bir borç değildir. İş sahibi gözden geçirmeyi ihmal ederse, bunun sonucu kendisine tanınan hakkı kaybetmesidir. Başka bir deyişle iş sahibinin gözden geçirme yükümlülüğü hukuki niteliği bakımından külfettir⁷¹.

Gözden geçirme tamamlanıp teslim edilen eserin sözleşme şartlarına veya ondan beklenen niteliklere uygun olup olmadığının araştırılıp, tespit edilmesi faaliyetidir⁷². Gözden geçirme hayatın olağan akışı içerisinde, fırsat bulunur bulunmaz yapılmak zorundadır. Gözden geçirme süresi, iş sahibinin meslek çevresine, eserin niteliğine ve amacına yani kısacası somut olayın şartlarına göre belirlenmektedir.

Bu bağlamda bir ev inşasına ilişkin eser sözleşmesi ile baraj inşasına ilişkin sözleşmede gözden geçirme süreleri birbirinden farklı olacaktır. Zira baraj inşa edildikten hemen sonra ayıplı olup olmadığını anlamak mümkün değildir. Barajın su tutması beklenecektir. Bir başka örnek olarak, kış mevsiminde teslim edilen bir yelkenlinin ya da denize yakın olmayan bir yerde teslim edilen bir teknenin gözden geçirilebilmesi bakımından şartların kullanıma uygun hâle getirilmesi, yani yaz aylarının beklenmesi ya da denize indirilmesi sağlandıktan sonra olağan sürenin beklenmesi verilebilir.

TBK m.474'te düzenlenen gözden geçirme külfeti(yükümlülüğü) ancak açık ayıplar için söz konusudur⁷³. Zira eserde mevcut olan gizli veya gizlenmiş ayıplar gözden geçirme ile tespit edilemezler. Bunlar kullanım ile birlikte zamanla ortaya çıkacak olan ayıplardır.

TBK'nin 474/2. hükmü uyarınca, "Taraflardan her biri, giderini karşılayarak, eserin bilirkişi tarafından gözden geçirilmesini ve sonucun bir raporla belirlenmesini isteyebilir." İlgili hüküm düzenleyici bir hükümdür dolayısıyla sözleşme veya teamül mecbur kılmadıkça eserin uzmanca gözden geçirilmesi zorunlu değildir⁷⁴.

2. Bildirim

İş sahibinin bildirim yükümlülüğü, TBK m.474/I hükmünde, "iş sahibi...eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır." şeklinde düzenlenmiştir. Bildirim de hukuki mahiyeti bakımından külfet niteliğindedir.

İş sahibi, ister gözden geçirme isterse de sonradan ortaya çıksın her türlü ayıbı bildirmek zorundadır⁷⁵. Bildirim külfeti yerine getirilmezse iş sahibi ayıptan doğan haklarını kaybeder. Gözden geçirme sırasında ortaya çıkan ayıplar, gözden geçirmeden sonra uygun bir süre içerisinde; sonradan ortaya çıkan gizli ya da gizlenmiş ayıplar ise gecikmeksizin yükleniciye bildirilmelidir.

Ayıp bildirim için genel nitelikteki(eser ayıplıdır vs. şeklinde) bir bildirim yeterli değildir⁷⁶. Yapılacak bildirim, ayıbı tam olarak yansıtmalı, ayıba ilişkin detaylı bilgiler vermelidir⁷⁷.

İş sahibi tarafından yapılacak olan bildirim, herhangi bir geçerlilik şekline bağlı olmayıp, açık yahut örtülü bir biçimde yapılabilir⁷⁸.

3. Hakkın Zamanaşımı İçerisinde Kullanılmış Olması

En nihayetinde iş sahibi, ayıptan dolayı yükleniciyi sorumlu tuttuğuna ilişkin hakkını zamanaşımı süresi içinde kullanmalıdır. İş sahibi kendisine düşen diğer yükümlülükleri yerine getirmiş olsa dahi, hakkını zamanaşımı süresi içinde kullanmaz ise yüklenici ayıp sebebiyle sorumlu olmaz.

TBK'nin 478. maddesi uyarınca, "Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar."

⁷⁰ Bkz. İLHAN, Cengiz: Günümüz Türkçesiyle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye) Aslı ile birlikte tam metin, Ankara 2011, s.593. Mecelle ve roma hukukunda ortak ilke "Külfet nimete, nimet külfete göredir." - "Qui sentit commodum sentire debet et onus; et contra."; KILIÇOĞLU, s.472.

⁷¹ BÜYÜKAY, s.118; EREN Özel Hükümler, s.653.

⁷² EREN Özel Hükümler, s.655.

⁷³ BÜYÜKAY, s.119.

⁷⁴ ARAL/AYRANCI, s.416; BÜYÜKAY, s.120; EREN Özel Hükümler, s.655.

⁷⁵ ARAL/AYRANCI, s.416; KILIÇOĞLU, s.473; TANDOĞAN, s.172.

⁷⁶ TANDOĞAN, s.172.

⁷⁷ EREN Özel Hükümler, s.656.

⁷⁸ ARAL/AYRANCI, s.417; TANDOĞAN, s.173.

Anılan hükümden hareketle, eserin tesliminden itibaren taşınır yapılarda iki sene, taşınmaz yapılar bakımından beş sene geçmesinin ardından, ayıp sebebiyle iş sahibine verilen haklar “kural olarak” zamanaşımına uğramaktadır. Ancak yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıbın niteliği önem taşımaksızın yirmi yıllık zamanaşımı süresi boyunca yüklenici ayıp sebebiyle sorumlu olur. Başka bir deyişle, ayıp ister açık isterse gizli veya gizlenmiş olsun, ayıptan doğan hakkın zamanaşımına uğrayacağı süre, taşınırlarda iki, taşınmazlarda ise beş yıldır. Yüklenicinin ağır kusurlu olması durumunda ise ayıp nasıl olursa olsun, niteliği önem taşımaksızın süre yirmi yıldır.

Süre teslimden itibaren işlemeye başlayacağı için ayıbın ne zaman öğrenildiği önem taşımamaktadır⁷⁹. Ayıbın öğrenildiği zaman gözden geçirme ve bildirim külfetleri yönünden büyük önem taşır.

IV. AYIP SEBEBİYLE SORUMLULUKTAN DOĞAN HAKLAR

A. Genel Olarak

Yukarıda sayılan maddi ve şekli şartlar sağlandığı takdirde, iş sahibi TBK m.475 hükmünde kendisine tanınan haklardan istifade edebilir. İlgili hükme göre iş sahibi aşağıdaki hakları kullanabilir:

“Madde 475- Eserdeki ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumlu olduğu hâllerde işsahibi, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir:

1. Eser işsahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme.
2. Eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme.
3. Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme.”

Aynı hükmün ikinci fıkrasında kanun koyucu, “işsahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme” hakkının saklı olduğunu düzenlemiştir.

İlgili hükümden sayılan ilk üç hak, seçimlik haklardır. İşsahibi bunlardan, kanunda öngörülen sınırlamalara uygun olmak kaydıyla, dilediğini tercih edebilir. Seçilen hak kesin hâle gelir ve diğer seçimlik haklar artık sona erer⁸⁰. Seçim hakkı hukuki niteliği itibarıyla yenilik doğuran haklardandır. Yenilik doğuran hakların tümünde olduğu gibi, buradaki seçimlik hakların kullanılması da şarta bağlanamaz, kullanılan hak geri alınmaz, dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılamaz, hakkın kullanılması karşı tarafın onayına bağlı değildir ve nihayet bu haklar tek taraflı irade beyanının karşı tarafa varmasıyla kullanılmış olurlar⁸¹.

Kanunda sayılan seçimlik hakların kullanılması kural olarak herhangi bir geçerlilik şekline tâbi değildir⁸². Ayıptan doğan hakların kullanımına ilişkin irade beyanı açık olabileceği gibi örtülü de olabilir⁸³. Ancak TTK'nin 18/3 hükmü uyarınca tacirler arasındaki temerrüt, dönme ve fesih ihbarları belirli şekillerde yapılmak zorunda olduğundan, tacirler arasındaki bir eser sözleşmesinde, iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanacak ise söz konusu hükümden sayılan şekillere uygun bir ihbar yapmak zorundadır⁸⁴.

İşsahibine tanınan seçimlik haklardan birinin kullanılmasıyla eserdeki ayıp telafi edilmiş olur. Eserdeki ayıptan hariç olarak, iş sahibinin başka zararları yani ayıbı takip eden zararlar söz konusuysa; böyle bir durumda iş sahibi, kendisine tanınan seçimlik haklardan birini kullanmasının yanında tazminat da talep edebilir⁸⁵.

Eserin ayıplı olmasından doğan seçimlik hakların kullanılması için yüklenicinin kusurunun mevcudiyeti şart olmayıp; yüklenici eserdeki ayıptan kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince sorumlu tutulmaktadır. Fakat iş sahibi seçimlik hakların yanında, ayıbı takip eden zararları için tazminat talep ediyorsa, yüklenicinin kusurunun varlığı gerekmektedir⁸⁶. Başka bir deyişle yüklenici, ayıbı takip eden zararlarından ancak kusurlu ise sorumlu olur.

Aşağıda iş sahibine tanınan seçimlik haklar ve tazminat hakkı sırasıyla incelemeye tâbi tutulacaktır.

B. Seçimlik Haklar

1. Sözleşmeden Dönme

Ayıp sebebiyle sorumluluktan doğan ilk seçimlik hak sözleşmeden dönme hakkıdır. TBK'nin 475/1 hükmü uyarınca, eser iş sahibinin kullanamayacağı derecede ayıplı ise ya da dürüstlük kuralı uyarınca kendisinden eserin kabul edilmesi beklenemeyecek durumda ise, iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.

Dönme hakkı iş sahibinin, karşı tarafa varması gereken tek taraflı irade beyanıyla kullanılır ve bu hakkın kullanımıyla beraber sözleşme ilişkisi geçmişe şamil olarak ortadan kalkar⁸⁷. Kural olarak dönme hakkının kullanılabilmesi için dava açılmasına gerek yoktur. Fakat Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat

⁷⁹ EREN Özel Hükümler, s.667; SELİMOĞLU, s.174.

⁸⁰ EREN Özel Hükümler, s.659; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.528.

⁸¹ ANTALYA, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1, s.90 vd.; CANSAL, Erol/ÖZEL, Çağlar: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1, Ankara 2017, s.70 vd.; EREN Borçlar Genel, s.67 vd.; VON TUHR, s.22 vd.

⁸² BÜYÜKAY, s.133.

⁸³ EREN Özel Hükümler, s.659.

⁸⁴ Bkz. 6102 s.TTK. m.18/3: “Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır.”

⁸⁵ ARAL/AYRANCI, s.418; DOĞAN, Cem: İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009, s.74.

⁸⁶ TURANBOY, s.167.

⁸⁷ BÜYÜKAY, s.133-134; TANDOĞAN, s.177; TURANBOY, s.169.

sözleşmelerinde dönme, taşınmazın aynına ilişkin sonuçlar doğuracağından, bu hakkın dava açılmak suretiyle kullanılacağını kabul etmektedir⁸⁸.

Dönme hakkının kullanılabilmesi için varlığı gerekli özel şart, iş sahibinin kabulünün beklenemeyeceği kadar eserin sözleşmeye ya da dürüstlük kuralı gereği ondan beklenen özelliklere aykırı olmasıdır. Eser bu oranda ayıplı değilse iş sahibi dönme hakkını kullanamaz. Eserdeki ayıbın derecesi, somut olayın şartlarına ve tarafların anlaşmasına, menfaat çatışmalarına göre hâkim tarafından belirlenecektir⁸⁹. Bu bağlamda zeminin sağlam olmadığı bir yerde, fore kazık temel şeklinde bir inşaat yapılacağı kararlaştırılmış iken, bunun yerine alelade bir inşaatın yapılmış olması durumunda iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğunun kabulü mümkündür.

TBK'nin 475/III hükmünde eser sözleşmesinde ayıp nedeniyle sözleşmeden dönme hakkına bir sınırlama daha getirilmiştir. Buna göre, "Eser, işsahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa işsahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz.". Söz konusu hükümle birlikte taşınmaz bir yapıya ilişkin eser sözleşmelerinde dönme hakkının kullanılabilmesi, eserin sökülüp kaldırılmasının aşırı bir zarar doğurmaması şartına bağlanmıştır. İşsahibi eserin sökülüp kaldırılması aşırı bir zarara sebep olacak ise bu durumda kendisine tanınan diğer seçimlik haklarını kullanabilir⁹⁰.

İşsahibi eseri kabul etmekte temerrüde düşmüşse ve eser de beklenmeyen bir olay sonucunda yok olmuştaki bu durumda iş sahibi dönme hakkını kullanamaz, sadece bedelde indirim talep edebilir⁹¹.

Öğretide dönmenin sonuçları bakımından yeni dönme görüşü hâkimdir⁹². Buna göre sözleşmeden dönme karşı tarafa varması gereken, tek taraflı irade beyanıyla kullanılır ve taraflar arasında akdi bir tasfiye ilişkisi kurar⁹³. Henüz ifa edilmeyen borçlar sonra erer ve taraflar daha önce alacaklı oldukları için kendilerine ifa edilen edimleri, artık borçlu olarak ifa etmekle mükellef olurlar.

Yüklenici iş sahibinin arsası üzerinde bir yapı inşa etmiş ise sözleşmeden dönme hâlinde yapının sökülüp kaldırılması yüklenici tarafından gerçekleştirilecektir⁹⁴. Yüklenici bu borcunu ifa etmese, iş sahibi masrafları yüklenici hesabına olmak üzere yapıyı kendisi sökebilir veya üçüncü bir kişiye bu işi yaptırabilir. Yapıya ilişkin malzemenin yüklenici veya iş sahibi tarafından sağlanmış olması bu açıdan farklılık göstermez.

2. Bedelde İndirim

Eserin ayıplı olması durumunda iş sahibine tanınan diğer bir seçimlik hak bedelde indirim hakkıdır. Bu hakkı kullanan iş sahibi, sözleşmede kararlaştırılan bedelden ayıp oranında indirim yapılması şartıyla eseri ayıplı hâliyle kabul eder.

Ayıp, eseri kabulden kaçınmayı haklı gösterecek derecede olsa dahi⁹⁵, iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanmayarak, bedelde indirim talep edebilir⁹⁶. Ancak ayıplı eserin hiçbir objektif değeri olmadığı için indirim, sözleşmede kararlaştırılan bedele eşitse, bu durumda TBK'nin 227/IV hükmü kıyasen uygulanmalı ve iş sahibi sadece sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmelidir⁹⁷.

Bedelde indirim hakkının kullanılabilmesi için ayıbın, eserin değerini düşürmüş olması gerekmektedir⁹⁸. Ayıbın eserin değerini düşürüp düşürmediği piyasa değerine göre objektif olarak belirlenir; sözleşmede kararlaştırılan bedel belirleyici değildir, eserin ayıplı değeri kararlaştırılan bedelden yüksek olsa dahi, bedelde indirim talep edilebilir⁹⁹.

Ayıp eserin değerini düşürmemiş ise bedelde indirim hakkı kullanılamayacaktır. Sipariş edilen altın bilekliğin kilidinin geçmeli olması istenmesine rağmen papağan kilit yapılmış olması, oyma ceviz sandığın kapağının yüz seksen derece açılacağı taahhüt edilmesine rağmen doksan derece açılıyor olması vb. örneklerde eser ayıplıdır ancak söz konusu ayıp eserin değerini düşürmemektedir. Dolayısıyla buna benzer hâllerde ayıp eserin değerini düşürmediğinden bedelde indirim talep edilemez.

Bedelde indirim nispi hesap yöntemine göre yapılır¹⁰⁰. Buna göre, sözleşmede kararlaştırılan bedel ile eserin ayıplı halinin kıymetinin, ayıpsız halinin kıymetine oranı çarpılarak yeni bedel tespit edilir. Kararlaştırılan bedel ile yeni bedel arasındaki fark indirilir. Örneğin, kararlaştırılan bedel 20.000 TL, ayıplı değer 30.000 TL, ayıpsız olsaydı değer 40.000 TL olacak idiyse, yapılacak indirim 20.000 - (20.000 x 30.000 / 40.000) işleminin yapılması ile 5.000 TL olarak tespit edilir.

⁸⁸ Yargıtay 15.HD., 08.10.1998, E.1998/2263, K.1998/3752 (BÜYÜKAY, s.134).

⁸⁹ ARAL/AYRANCI, s.419.

⁹⁰ Özellikle iş sahibinin arsası üzerinde bir eserin meydana getirilmesini konu edinen sözleşmeler bakımından Yargıtay, dönme hakkının kullanılmasında aşırı bir zararın ortaya çıkmasını inşaatın gerçekleştiği seviye bakımından değerlendirmektedir. İnşaat %90 ve üzeri oranda gerçekleşmiş ise bu durumda dönmenin değil ancak ileriye etkili olarak feshin söz konusu olabileceği ifade edilmektedir. Bkz. Yargıtay 23.HD, 04.03.2020, E.2016/66059, K.2020/1489.

⁹¹ BUCHER, BT, s.210 (EREN Özel Hükümler, s.660'tan naklen).

⁹² GAUCH, N. 1530 vd.; OR-ZİNDEL/PULVER, Art. 368, N. 24; GAUTSCHI, Art. 368, N. 10 a; KLAUSER, s.46 (ARAL/AYRANCI, s.419'den naklen); diğer görüşler için bkz. BÜYÜKAY, s.135.

⁹³ ARAL/AYRANCI, s.419, EREN Özel Hükümler, s.661; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.529.

⁹⁴ EREN Özel Hükümler, s.662.

⁹⁵ Bir diğer görüşe göre, bedelde indirim hakkının kullanılabilmesi için eserdeki ayıp, eserin kabulünü engelleyecek derecede önemli ise iş sahibi, yalnızca sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir. Bkz. BÜYÜKAY, s.142.

⁹⁶ ARAL/AYRANCI, s.420; TANDOĞAN, s.186.

⁹⁷ TANDOĞAN, s.186.

⁹⁸ EREN Özel Hükümler, s.662.

⁹⁹ ARAL/AYRANCI, s.420; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.530.

¹⁰⁰ ARAL/AYRANCI, s.421; EREN Özel Hükümler, s.663.

3. Ücretsiz Onarım

İş sahibine tanınan bir diğer seçimlik hak ayıplı eserin, masrafları yükleniciye ait olmak kaydıyla onarılmasını talep etme hakkıdır. Söz konusu hak, TBK m.475/I hükmünün üçüncü bendinde “Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme” şeklinde ifade edilmiştir.

Onarım hakkının kullanılabilmesinin ön şartı eserin onarımının objektif olarak mümkün olmasıdır¹⁰¹. Bunun yanı sıra diğer şart, ilgili hükümde de belirtildiği üzere, onarımın aşırı bir masraf gerektirmiyor olmasıdır. Eğer onarım aşırı bir masraf gerektiriyor ise bu durumda ücretsiz onarım hakkı kullanılamayacaktır. Onarımın aşırı bir masraf gerektirip gerektirmediği tespit edilirken; tarafların menfaat dengeleri, onarım için yapılacak masraf ile ayıbın giderilmesindeki yarar vb. hususlar göz önünde tutulmalıdır¹⁰².

İş sahibinin onarım hakkını kullanması hâlinde yüklenici derhal ayıbın giderilmesi için gereken çalışmalara başlamak ve makul bir süre içerisinde onarımı gerçekleştirmek zorundadır. Yüklenici onarım faaliyetlerine başlamaz ya da başladığı hâlde uygun bir süre içerisinde ayıbı gideremezse, bu durumda borçlu temerrüdüne ilişkin hükümler uygulanacaktır¹⁰³.

C. Tazminat Hakkı

Kanunun 475/III hükmünde de belirtildiği üzere yukarıda sayılan seçimlik hakların yanı sıra yüklenici eserin ayıplı olması durumunda tazminat isteme hakkına da sahiptir. Başka bir deyişle, iş sahibi kendisine tanınan seçimlik haklardan birini seçerek bununla birlikte, şartlar mevcutsa tazminat da talep edebilir.

Tazminat talep edilebilmesi için yüklenici kusurlu bir fiil ile iş sahibine zarar vermiş olmalıdır. Akdî bir sorumluluk olduğu için iş sahibi, zararını ispat etmekle yetinecek; yüklenici aleyhine kusur karinesi mevcut olduğundan, yüklenici kusursuzluğunu ispat edemediği takdirde, zarardan sorumlu olacaktır¹⁰⁴. Buradaki zarar yüklenicinin bizzat kendi fiilinden kaynaklanabileceği gibi altyüklenici veya yardımcı kişilerin fiillerinden de kaynaklanabilir¹⁰⁵. Tazminat istenebilmesi için sorumluluk hukukunun temel kaidelerine uygun olarak, yüklenici veya eylem ve işlemlerinden sorumlu olduğu kişilerin davranışı ile gerçekleşen zarar arasında uygun illiyet bağının varlığı gerekmektedir.

İş sahibinin uğramış olduğu her türlü zarar bu tazminatın kapsamına girmez. Özellikle eserin ayıplı olmasına ilişkin zarar bu tazminat kapsamında değildir¹⁰⁶. Zira eserin ayıplı olması hâlinde iş sahibi, yukarıda sayılan seçimlik haklardan birini kullanmakta ve ayıp bu suretle giderilmektedir. Burada tazmin edilecek zarar sözleşmeden dönme, bedelde indirim veya ücretsiz onarım haklarından birinin kullanılmasıyla giderilemeyen ve bununla birlikte ayıbın sebebiyet verdiği zarardır¹⁰⁷. Tazminatın kapsamına giren zarar doğrudan ayaftan doğan zarar olabileceği gibi ayıplı takip eden zarar da olabilir. Isı yalıtımı yapılmasına ilişkin sözleşmede teknik kurallara uyulmaması sebebiyle eserin ayıplı olması durumunda, yalıtım yapılmadığı için fazladan harcanan enerji doğrudan ayaftan doğan zarara; ayıp sebebiyle binanın dış boyasının da hasar görmesi ise ayıplı takip eden zarara örnek olarak verilebilir.

V. SONUÇ

Eser sözleşmesinde ifası beklenen edim sözleşmede kararlaştırılan ve dürüstlük kuralı gereği eserde mevcut olması gereken vasıf ve nitelikleri bünyesinde barındıran edimdir. Ancak tam ve doğru bir edim yerine getirildiği takdirde, yüklenici borcunu gereği gibi ifa etmiş olur ve borç sona erer.

Eserin sözleşmede kararlaştırılan veya kararlaştırılmadığı hâlde, söz konusu eserde dürüstlük kuralı uyarınca var olması beklenen vasıfları taşımayacağı, eserin yapımı sırasında açıkça belli ise ve eserin ayıplı olarak meydana gelmesi iş sahibinden kaynaklanmıyorsa; iş sahibi yükleniciye süre verilerek ayıbın giderilmesini isteyebilir. Ayıp giderilemeyecek durumda veya süre verilse dahi yüklenicinin davranış ve tavırları sebebiyle ayıp giderilemeyecek, sonuç değişmeyecek ise süre verilmesi ihtiyaç yoktur. Verilen süre içerisinde ayıp giderilmez ise iş sahibi, işin devamını hasar ve masraflar yüklenicinin üzerinde bırakılarak, üçüncü bir kişiye verme hakkına sahip olduğu gibi, sözleşmeden dönme hakkına da sahiptir.

Eser sözleşmesinde kararlaştırılan veya beklenen vasıfların bulunmamasından sorumluluk asıl olarak teslimden sonra söz konusu olmaktadır. Meydana getirilmiş ve teslim edilmiş eser kararlaştırılan veya sahip olması beklenen vasıfları taşıyor ise birtakım maddi ve şekli şartların varlığı hâlinde yüklenicinin sorumluluğu doğmaktadır. Ayıp sebebiyle sorumluluğun maddi şartları; eserin meydana getirilmiş ve teslim edilmiş olması, ayıplı olması, ayıbın iş sahibine yüklenememesi ve nihayet eserin ayıplı hâliyle iş sahibi tarafından kabul edilmemiş olmasıdır. Şekli şartlar ise iş sahibinin gözden geçirme ve bildirim külfetlerini yerine getirmesiyle, ayaftan doğan hakların zamanaşımı süresi içerisinde kullanılmasıdır. Zamanaşımı süresi kural olarak taşınır eserlerde iki yıl, taşınmaz eserlerde ise beş yıldır. Ancak yüklenici ağır kusurlu ise eserin niteliği önem taşımaksızın zamanaşımı süresi yirmi yıldır. Süre eserin tesliminden itibaren başlar.

Maddi ve şekli şartların varlığı hâlinde iş sahibi kendisine tanınan seçimlik haklardan birini kullanabilir. Seçimlik haklar kendi sınırlamalarına uygun olarak kullanılabilir. Kanunda sayılan haklar

¹⁰¹ BÜYÜKAY, s.141.

¹⁰² ARAL/AYRANCI, s.421.

¹⁰³ ARAL/AYRANCI, s.422; BÜYÜKAY, s.140; EREN Özel Hükümler, s.664; TANDOĞAN, s.198 vd.

¹⁰⁴ EREN Özel Hükümler, s.665-666; YAVUZ, s.1009.

¹⁰⁵ EREN Özel Hükümler, s.626.

¹⁰⁶ ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s.532.

¹⁰⁷ YAVUZ, s.1009.

sözleşmeden dönme, bedelde indirim ve ücretsiz onarımdır. İş sahibi sayılan haklardan yalnızca birini seçebilir ve seçim ile birlikte diğer haklar sona erer.

İş sahibinin, seçimlik haklara ilaveten genel hükümlere göre tazminat isteme hakkının da saklı olduğu kanun koyucu tarafından düzenlenmiştir. Buna göre, eserdeki ayıbın dışında, ayıp sebebiyle doğrudan veya takip eden zararlara uğranmışsa ve yüklenicinin kusuru mevcutsa, zarar ile ayıp arasında uygun illiyet bağının varlığı hâlinde, yüklenici iş sahibinin zararını tazmin ile mükelleftir.

KAYNAKÇA

- AKÇAAL, Mehmet: Eşya Hukuku, Ankara 2021.
- AKSOY DURSUN, Sanem: “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Eksik İş Kavramı ve Kavramın Ayıplı İşten Farkları”, Legal Hukuk Dergisi, 9(101), 2011, s.1845-1860.
- ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2021.
- AYDEMİR, Efrail: Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Ankara 2016.
- AYDOĞDU Murat/KAHVECİ Nalan: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Ankara 2019.
- BECKER, Herman: İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Çev. Dr. A. Suat DURA, Ankara 1993.
- BÜYÜKAY, Yusuf: Eser Sözleşmesi, Ankara 2019.
- CANSEL, Erol/ÖZEL, Çağlar : Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1, Ankara 2017.
- ÇELİK, Yusuf: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Yapının Ayıplı Olması Sebebiyle Sona Ermesi, Ankara 2020
- DOĞAN, Cem: İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009.
- EDİS, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, İzmir 1987.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2021 (Kısaltılmışı: EREN Borçlar Genel).
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2021 (Kısaltılmışı: EREN Özel Hükümler).
- GÜLEÇ, Şafak: Eser Sözleşmesinin Beklenilmeyen Haller Nedeniyle Feshi, Ankara 2009.
- GÜMÜŞSOY KARAKURT, Güler: Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması, İstanbul 2017.
- İLHAN, Cengiz: Günümüz Türkçe’siyle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye) Aşlı ile birlikte tam metin, Ankara 2011.
- KAYAR, İsmail: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2019.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2021.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip/HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdulkadir: Borçlar Hukuku Genel Bölüm Üçüncü Cilt, İstanbul 2016.
- KURT, Leyla Müjde: Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara 2012.
- OĞUZMAN, M.Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, İstanbul 2018.
- OZANOĞLU, Hasan Seçkin: İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/3_4.pdf (Erişim: 13.10.2022).
- PAKET, Sabure: Eser Sözleşmesinin İfasında Kabul, Ankara 2020.
- RUHİ, Ahmet Cemal/RUHİ, Canan: Eser Sözleşmesi ve Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar, Ankara 2018.
- SELİMOĞLU, Yaşar Engin: İstisna (Eser) Sözleşmesi, Ankara 2021.
- SİRMEN, A. Lale: Eşya Hukuku, Ankara 2017.
- ŞAHİNİZ, Cevdet Salih: Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu, İstanbul 2014.
- ŞENOCAK, Zarife: Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002.
- TANDOĞAN, Halûk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. II, İstanbul 2010.
- TURANBOY, Asuman: “Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatdaki Noksan ve Bozukluklardan Mesuliyeti”, AÜHFD, 41(104), 1990, s.151-189.
- ÜNAL, Mehmet/BAŞPINAR, Veysel: Şekli Eşya Hukuku, Ankara 2017.
- VON TUHR, Andreas: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1-2, Çev. Cevat EDEGE, Ankara 1983.
- YAVUZ, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014.
- ZEVKİLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2019.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Metin SÜRER & Bahadır DEMİR, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Metin SÜRER & Bahadır DEMİR who are the authors have not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazarlar tarafından birlikte hazırlanmıştır. | This article was prepared by the authors together.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazarlar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the authors.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazarlar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir.

| The author declares that they comply with the scientific, ethical, and quotation rules of İnULR in all processes of the paper and that they do not make any falsification of the data collected. In addition, they declare that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.

ÇOCUK CEZA ADALETİ İLKELERİ ÇERÇEVESİNDE 12-15 YAŞ ARASI ÇOCUKLARIN CEZAI SORUMLULUĞUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

EVALUATION OF THE CRIMINAL RESPONSIBILITY OF CHILDREN AGED 12-15 WITHIN THE FRAMEWORK OF THE PRINCIPLES OF CHILD CRIMINAL JUSTICE

Bilgehan SAVAŞCI TEMİZ*  

Makale Bilgi

Gönderi: 10/11/2022
Kabul : 09/05/2023

Anahtar Kelimeler

Çocuk Ceza Adaleti,
Çocukların Cezai
Sorumluluğu,
Çocuklara Özgü
Güvenlik Tedbirleri,
Yaş Küçüklüğü,
Çocuğun Yüksek
Yararı.

Article Info

Received: 10/11/2022
Accepted: 09/05/2023

Keywords

Juvenile Criminal
Justice,
Criminal Liability of
Children,
Child-Specific Security
Measures,
Underage,
Best Interest of the
Child.

Özet

Çocuk ceza adaleti çocuklara yetişkinlerden ayrı bir adalet mekanizmasının kurulmasını öngörmekte, çocuk haklarının gözetildiği bu sistemde çocuklara has makam, usul ve mekanizmaların oluşturulması önem taşımaktadır. Gelişim çağını henüz tamamlamamış çocukların yüksek yararlarının her süreçte gözetilmesi gereken bu mekanizmada çocuğun iyileştirilerek toplumla tekrar bütünleştirilmesi, yaşamını uyumlu ve verimli bir birey olarak sürdürebilmesi amaçlanmaktadır. Türk Ceza Hukukunda yaş küçüklüğü evreleri üç gruba ayrılmakta ve her grup için ayrı düzenlemeler bulunmaktadır. Türk Ceza Kanunu ikinci evre yaş küçüklüğü evresinde bulunan 12 yaşını doldurmuş ancak 15 yaşını doldurmamış çocukların kusur yeteneğinin hâkim tarafından değerlendirilmesini ve çocuğun kusur yeteneğinin bulunup bulunmamasına göre indirimli ceza verilmesini ya da çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını düzenlemektedir. Çocuğa özgü güvenlik tedbirlerinin neler olduğu ise Çocuk Koruma Kanunu'nda yer almaktadır. Çalışmamızda önce çocuk ceza adaleti kavramından, çocuk ceza adaleti sistemi içerisindeki iyileştirme modellerinden ve her süreçte dikkate alınması gereken çocuğun yüksek yararı ilkesinden bahsedilmiş sonrasında ise 12-15 yaş arası çocukların cezai sorumluluğu bu ilkeler kapsamında ulusal ve uluslararası düzenlemelere göre değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Abstract

Juvenile criminal justice envisages the establishment of a separate justice mechanism for children from adults. In this mechanism, in which the best interests of children who have not yet completed their developmental age, should be observed in every process, it is aimed to reintegrate the child with society by improving it. In Turkish Criminal Law, the stages of juvenile age are divided into three groups and there are separate regulations for each group. The Turkish Penal Code regulates that juveniles who have completed the age of 12 but have not completed the age of 15 are evaluated by the judge in the second stage juvenile stage and that a reduced penalty is given according to whether the child has the culpability, or that child-specific security measures are implemented. The child-specific security measures are included in the Child Protection Law. In our study, firstly, the concept of juvenile justice, the improvement models in the juvenile criminal justice system and the principle of the best interest of the child, which should be taken into account in every process, were mentioned, and then the criminal responsibility of children aged 12-15 was tried to be explained within the scope of these principles.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

*Dr. Öğr. Üyesi, Atatürk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** SAVAŞCI TEMİZ Bilgehan, "Çocuk Ceza Adaleti İlkeleri Çerçevesinde 12-15 Yaş Arası Çocukların Cezai Sorumluluğunun Değerlendirilmesi", İnÜHFD, 14(1), 2023, s.244-259. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

Aiming to achieve social justice for all children, the Convention on the Rights of the Child envisages the establishment of a special system for juvenile delinquents and the establishment of laws, authorities and procedures specific to children. Since the childhood stage is a period of growth and development, the delinquency of this period should be examined separately from adults and should be subject to special procedures. The reason for establishing a separate justice system for children from adults is the fact that children are children, that is, they have not yet completed their biological, psychological, mental and social development, and they violate some rules under the influence of these developmental processes. Throughout the development process, children learn to be a responsible individuals in the society. Children perform deviant behavior because they are not taught correctly or they are not given the opportunity to behave correctly. The justice system should be structured to support the development and learning process of the child, and the needs and interests of the child should be taken into account. In our study, firstly, the concept of juvenile justice, the improvement models in the juvenile criminal justice system and the principle of the best interest of the child, which should be taken into account in every process, were mentioned, and then the criminal responsibility of children aged 12-15 was tried to be explained within the scope of these principles.

With the developments in the field of children's rights, the juvenile justice system has now evolved from a punitive justice understanding to a restorative justice approach. The restorative justice approach, unlike the punitive justice approach, focuses on eliminating the damage caused by the crime rather than punishing the crime. This approach aims to achieve a balance between the needs of the offender, the victim and the society and to reconcile the parties. The restorative justice approach focuses on solving future problems rather than past behavior. The restorative justice approach, in which the perpetrator assumes responsibility for the act committed, the victim's reparation, the opportunity to tell the victims directly and participate in the process, and the protection and remedial purposes of juvenile criminal justice overlap with each other.

The principle of the best interests of the child is a fundamental principle that takes the child's rights and needs into account by putting the child in the center. It is necessary for states to comply, improve and develop the principle. The principle of priority of the child's benefit is the highest principle that guides the authorities and officials in solving all the problems that may be faced by the child and orders that the problem should be resolved in the best interest of the child. According to the principle, since childhood is unique, the child's physical, emotional, mental and social development should be protected first, and the interests of the child should be protected at all times and under all circumstances during this very sensitive and fragile period. Although the principle of the best interests of the child is mostly encountered in civil law institutions such as divorce, custody, and establishing a personal relationship with the child, it should not be overlooked that it is also a basic principle in terms of public law. The principle should also be taken into account in the decisions to be made in terms of juveniles driven to crime, and the child's best interests should be considered as a priority and a conclusion should be reached. The child who was dragged into crime showed a social deviation due to the conditions he was in and committed a crime. In fact, a child's committing a crime is expressed as his anti-social tendencies reaching the level that requires intervention. This child needs to lead a productive and productive life in the future and be reintegrated into society. As emphasized in international conventions, the most basic feature of the juvenile criminal justice system is that it is based on the improvement of the child. In other words, a child driven into crime is also a child in need of protection as per the Child Protection Law. The principle of the best interests of the child should always be taken into account, in accordance with the purpose of special prevention, when making a decision about the juvenile driven to crime due to the act he/she committed.

In Turkish Criminal Law, juvenile age is one of the situations affecting the culpability and it is divided into three phases in itself. Children in the second age group are those who have completed the age of 12 but have not completed the age of 15. In terms of children aged 12-15, the Legislator has made a dual distinction and if children in this age group cannot perceive the legal meaning and consequences of the act they have committed and their ability to direct their behavior is not sufficiently developed, they do not have criminal responsibilities. However, he accepted that the penalty would be reduced. Therefore, it is necessary to evaluate whether children between the ages of 12-15 have the culpability and to make a decision about these children according to the results of this evaluation. It is argued that these children mostly have the ability to perceive, but they cannot prevent themselves from committing the act, that is, their ability to will is not developed enough, and in some cases, they disappear completely.

Evaluation of the culpability of children in the second age stage must be done by the judge, it is not a correct and lawful practice to make a decision according to the report prepared by the specialist physician without the examination of the judge during the investigation stage.

It is necessary to determine whether children aged 12-15 have the ability to perceive and will for each crime they are alleged to have committed. In other words, whether the child has the culpability or not should be evaluated separately for each crime allegedly committed. The reason for this is that the child who has the culpability for one crime does not have the ability to direct his behavior for another crime, or this ability may be significantly reduced. Therefore, it should not be investigated whether children between the ages of 12-15 have the ability to culpability in general, but whether the child has the ability to perceive and will in terms of each act allegedly committed, taking into account the social conditions he is in. Before preparing their reports, the physician and social worker should be informed about the alleged crime of the child. It should not be decided whether the child has the culpability or not by a superficial assessment based on his/her awareness of a particular subject or his general knowledge.

I. GİRİŞ

Geleceğin inşa edildiği bir temel olan çocukluk çağında, her türlü etkiye açık olan ve toplumun en savunmasız kesimini oluşturan çocuklar olumsuz koşullardan çok daha yıkıcı bir biçimde etkilenmektedir¹. Sağlıklı bir çocukluk evresi hem çocuğun yetişkinlik döneminin hem de gelecek nesillerin çocukluk dönemlerinin sağlıklı olmasını sağlayan önemli bir süreçtir. Çocukların korunması, çocuk haklarının güvence altına alınması ve kökleştirilmesi bir toplumun demokrasi kültürünü ve geleceğini de sağlamlaştırmaktadır².

Fiziksel, zihinsel ve ekonomik açıdan dezavantajlı konumda olan çocuklar, her türlü sömürüye açık olup, haklarını tek başına savunacak, haksızlığa ve keyfi baskıya karşı direnecek güçten yoksundur³. Bu nedenlerle hukuk tarafından çocukların özel olarak korunması gereklidir⁴. Çocuğun etkin bir biçimde korunması için sadece ulusal düzeyde düzenlemeler yeterli olmamaktadır, uluslararası hukuk bakımından da çocuğun korunması ve devletlerin çocuğu koruyucu hükümleri uygulayıp uygulamadıklarının denetlenmesi gereklidir. Kuşkusuz bu anlamda en önemli belge 20 Kasım 1989 tarihli Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'dir. Bu sözleşmede hem insan olmaları sebebiyle çocukların da sahip oldukları insan hakları hem de sadece çocuklara özgü çocuk hakları düzenlenmiştir⁵. Çocuk haklarının Magna Charta'sı olarak kabul edilen, uluslararası düzeyde çok yüksek sayıda katılımın sağlandığı Çocuk Hakları Sözleşmesi, çocuğu bağımsız, saygın, onurlu bir özneye dönüştürerek çocuk haklarını düzenlemiştir⁶. Çocuk hakları; çocuğu üzerinde tasarruf edilebilir bir obje olmaktan çıkarıp hak taşıyıcı bir özne haline getirmiştir⁷.

Çocuk ceza adaleti, klasik ceza hukukunun aksine fiili değil çocuğu ve menfaatlerini odak noktasına alan ve cezalandırmaktan ziyade onun iyileştirilmesini ve geleceğinin onarılmasını hedefleyen bir sistemdir⁸. Bu sistem içerisinde çocuk daima korunmalı, hakları, menfaati ve ihtiyaçları gözetilmeli, çocuğa uygun özel muamele usulleri benimsenmelidir⁹. Adalet mekanizmasının süreçlerinden çocuğun en az zarar göreceği şekilde çıkacağı usuller benimsenip, her zaman çocuğun eğitilmesi ve iyileştirilmesi esas alınmalıdır. Çocuk hakkında uygulanacak tüm yaptırımlar çocuğun içerisinde bulunduğu şartlarla orantılı olmalıdır¹⁰.

II. ÇOCUK CEZA ADALETİ

Tüm çocuklar için sosyal adaletin sağlanmasını hedefleyen Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, suç işleyen çocuklarla ilgili özel bir sistem kurulmasını ve çocuklara özgü yasa, makam ve usullerin oluşturulmasını öngörmektedir¹¹. Çocukluk evresi bir büyüme ve gelişme dönemi olduğu için bu dönem suçluluğunun yetişkinlerden ayrı olarak incelenmesi ve özel usullere tabi olması gerekmektedir¹². Çocuklara yetişkinlerden ayrı bir yargılama sistemi kurulmasının nedeni, çocukların çocuk oldukları gerçeği yani henüz biyolojik, psikolojik, zihinsel ve sosyal gelişimlerini tamamlamamış olmaları ve bazı kuralları da içerisinde buldukları bu gelişim süreçlerinin etkisiyle ihlal etmeleridir. Gelişim süreci boyunca çocuklar toplum içerisinde sorumluluk sahibi bir birey olmayı öğrenmektedir. Çocuklar kendilerine doğru öğretilmediği veya doğru davranma olanağı kendilerine sunulmadığı için sapıcı davranışı gerçekleştirmektedir¹³. Adalet sistemi çocuğun gelişim ve öğrenme sürecini destekleyecek şekilde yapılandırılmalı, çocuğun ihtiyaçları ve menfaatleri dikkate alınmalıdır¹⁴.

Suç işleyen çocuğun çocuk ceza adaleti içerisinde korunması, işlediği suçlar dolayısıyla sorumlu olmaması veya sorumlu olacaksa yetişkinlerden farklı ve daha hafif düzeyde sorumlu olmasıdır¹⁵. Çocuk suçluluğunun yetişkinlerden farklı değerlendirilmesinin nedeni çocuğun içinde bulunduğu evrenin kendine özgü niteliği, henüz gelişimini tamamlamamış olmanın getirdiği dengesizliklerin bu dönemde yoğun olarak yaşanmasıdır. Dolayısıyla suça sürüklenen çocuklara klasik ceza hukuku anlayışı ile fiil odaklı yaklaşılması ve çocukluğa has özelliklerin dikkate alınmayarak sadece işlediği suç bakımından bir değerlendirilme

¹ SEROZAN, Rona: Çocuk Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, s.9; KURT, Sevil Lale: "Çocuk Haklarına İlişkin Temel Uluslararası Belgeler ve Türkiye Uygulaması", Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi, (36), 2016, s.23.

² SEROZAN, s.9; KURT, s.123.

³ OZANSOY, Cüneyt: "Öznesini Arayan Nesnelere: Çocuk ve Çocuk Hakları" Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (1), 1999, s.42.

⁴ SEROZAN, s.4.

⁵ SEROZAN, s.8.

⁶ SEROZAN, s.49-50.

⁷ SEROZAN, s.15.

⁸ AYDIN, Murat: "Türkiye'de Çocuk Mahkemeleri Kurulmalıdır!", in Sözüer, Adem (ed), Çocuk(ça) Adalet, Tebliğler- 3. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali, Cilt 1, Adalet Yayınevi, İstanbul 2015, s.52-53.

⁹ BAYTEMİR KONTACI, Burcu: "Çocuklar Bakımından Uzlaştırma: Farklı Yararlar Arasında Bir Denge Arayışı" Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 69(4), 2020, s.1707.

¹⁰ KARATAŞ, Zeki/MAVİLİ, Aliye: "Çocuk Adalet Sisteminde Suça Sürüklenen Çocuklara Yönelik Uygulamalarda Karşılaşılan Sorunlar", Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi, (45), 2019, s.1016.

¹¹ AKÇO, Seda: "Çocuklar İçin Özel Bir Adalet Sistemi", Çoluk Çocuk Dergisi, (50), 2005, s.31; ULUĞTEKİN, Sevda/BAYKARA ACAR, Yüksel/CANKURTARAN ÖNTAŞ, Özlem: "Çocuk Adalet Sisteminde Sosyal İnceleme Raporları (SİR) ve Gözetim Raporlarının Yeri", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (53), 2004, s.35.

¹² YAVUZER, Haluk: Çocuk ve Suç, Remzi Kitabevi, İstanbul 2016, s.30-31.

¹³ AKÇO, s.31.

¹⁴ AKÇO, s.31.

¹⁵ SEROZAN, s.8; Yazar bu durumu "beni sorumlu tutma, eğer sorumlu tutacaksan kadife eldivenle tut" şeklinde ifade etmektedir.

yapılması yeterli olmayacaktır¹⁶. Klasik ceza hukuku kuralları ve yaptırım tehdidi çocukları suç işlemekten alıkoymamaktadır, bu nedenle cezai sorumluluğu kabul edilse dahi kimi suçlar bakımından adli kovuşturma olmaksızın çocuğu adli sistem içerisine sokmadan sorunun çözümü için çaba sarf edilmesi çocuk koruma hukukunun amaçlarıyla uyumlu yerinde bir yaklaşımdır¹⁷.

ÇHDS m.40/2'ye göre; taraf Devletler, hakkında ceza yasasını ihlal ettiği iddiası ileri sürülen, bununla itham edilen ya da ihlal ettiği kabul olunan çocuk bakımından, yalnızca ona uygulanabilir yasaların, usullerin, onunla ilgili makam ve kuruluşların oluşturulmasını teşvik edeceklerdir. Avrupa Konseyi'nin ilgili tavsiye kararında da çocuk adalet sisteminin bütüncül yapısına dikkat çekilmiş, çocuk mahkemeleri, savcılık, mahkeme çalışanları, polis, gözetim ve ceza infaz kurumları gibi çocuk suçluluğunun önlenmesinde rol alan bütün kurumların; sağlık, eğitim, sosyal destek, refah hizmetleri gibi kurumlarla ve sivil toplum kuruluşlarıyla iş birliği içerisinde olması vurgulanmıştır¹⁸. Çocuğun tekrar suç işlemesinin önlenmesi, sosyalleştirilmesi ve toplumla bütünleştirilmesi, suçun önlenmesi, mağdurun ve toplumun menfaatlerinin korunması çocuk ceza adaletinin başlıca amaçlarıdır¹⁹. Bu nedenle suç işleyen çocuklar hakkında ceza vermeme, cezada indirim yapma, farklı muhakeme usulü ve infaz kuralları benimsenmekte, yetişkinlerden farklı bir adalet sistemi kurulmaya çalışılmaktadır²⁰.

A. Çocuk Adalet Sistemi İçerisindeki İyileştirme Modelleri

Çocuk hakları alanında yaşanan gelişmelerle beraber çocuk adalet sistemi cezalandırıcı adalet anlayışından onarıcı adalet anlayışına evrilmiştir. Onarıcı adalet anlayışı, cezalandırıcı adalet anlayışından farklı olarak suçu cezalandırmaktan ziyade suçun ortaya çıkardığı zararları ortadan kaldırma amacına yönelmektedir. Bu yaklaşım suçlu, mağdur ve toplumun ihtiyaçları arasında bir denge sağlanabilmesini ve tarafları uzlaştırmayı hedeflemektedir²¹. Onarıcı adalet anlayışı, geçmiş davranıştan daha çok geleceğe yönelik sorunların çözümüne odaklanır²². Failin işlediği fiilin sorumluluğunu üstlenmesi, mağdurun uğradığı zararların giderilmesi, suçtan doğrudan zarar görenlere kendini anlatma ve sürece katılma imkanının verilmesinin esas olduğu onarıcı adalet yaklaşımı ile çocuk ceza adaletinin koruma ve iyileştirme amaçları birbirleri ile örtüşmektedir²³.

Çocuk adalet sistemi içerisinde; rehabilitasyon modeli, adalet modeli, suç kontrol modeli, dengeli ve onarıcı model olmak üzere dört yaklaşım bulunmaktadır. Bu yaklaşımlar aslında birer iyileştirme modeli olup suça sürüklenen çocukların davranışlarını düzeltmek için geliştirilmiştir²⁴.

Refah yaklaşımı olarak tanımlanan rehabilitasyon modeline göre çocuk suçluluğu toplumsal ve bireysel etkilerin bir sonucudur, çocuk adalet sisteminin hedefi suça sürüklenen çocukların iyileştirilmesi olmalıdır²⁵. Paternalist düşünceye göre çocuklar rasyonel karar verme yetisine henüz ulaşamadıkları için tercihler onların yerine yetişkinler tarafından yapılmalıdır²⁶. Paternalizmi temel alan rehabilitasyon modeli de çocukların gelişimlerinin devam ettiği bilgisinden yola çıkarak onları korumak için çocukların yaşamına müdahale edilmesini savunur²⁷. Bu yaklaşımda çocuğun psiko-sosyal ve ekonomik koşullarını anlamak, çocukların uyumlu ve üretken yetişkinler olarak toplumla bütünleşmesini sağlamak amaçlanmaktadır²⁸. Çocuğun cezalandırılması değil, ihtiyaçlarına göre geniş bir hizmetler ağından yararlandırılması mümkün kılınmalıdır²⁹. Bu modelin merkezinde çocuğun zihinsel, fiziksel ve sosyal ihtiyaçları bulunmaktadır, amaç çocuğu yargı sisteminin içerisine sokmaksızın rehabilitasyon işlemlerinin sağlanmasıdır³⁰.

Adalet yaklaşımına göre çocuklar usule dayalı güvenceler ile ve yasal işleme tabi olarak daha etkin bir şekilde korunabilir. Çocuklarda yetişkinler gibi irade sahibidir ve bu nedenle kanunu ihlal ederek suç işlediklerinde gereken ceza ile cezalandırılmalıdır³¹. Bu yaklaşımda çocuk bakımından suç sayılan fiillerin kapsamı dar tutulmalı, muğlak ve belirsiz suç tanımlarından kaçınılmalı ve mutlak surette çocuğun temel

¹⁶ KARATAŞ/MAVİLİ, s.1016.

¹⁷ AKBULUT, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, İstanbul 2016, s.491.

¹⁸ "Çocuk Suçluluğu ile İlgilenmenin Yeni Yolları ve Çocuk Adaletinin Rolü Hakkında R(2003)20 Sayılı Tavsiye Kararı, Aktaran: AKYÜZ, Emine: Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması, 2. Baskı, Pegem Akademi, Ankara 2013, s.537; AYDOĞDU, Halil İlhan/ASKAY, Mehmet/KIRCIL, Güven Seçkin/ÖZER, Erdal: "Çocuklarda Cezai Sorumluluğun Değerlendirilmesi", Klinik Tıp Aile Hekimliği Dergisi, 9(4), 2017, s.18.

¹⁹ AKYÜZ, s.538.

²⁰ BALO, Yusuf Solmaz: Çocuk Ceza Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015, s.108.

²¹ BALO, s.77.

²² SARUÇ, Semra/KAYMA GÜNEŞ, Derya: "Suça Sürüklenen Çocuklar Hakkında Hazırlanan Sosyal İnceleme Raporlarının Mahkeme Kararlarına Etkisi", Toplum ve Sosyal Hizmet, 25(1), 2014, s.111.

²³ BAYTEMİR KONTACI, s.1720-1726.

²⁴ BARTOLLAS, Clemens/SCHMALLEGER, Frank: Çocuk Suçluluğu (Çeviri Editörleri: Didem Yücel, Burak Gönültaş), 9. Basıdan Çeviri, Nobel Yayınevi, Ankara 2017, s.308.

²⁵ BARTOLLAS/SCHMALLEGER, s.309.

²⁶ ÜMİT ATILGAN, Eylem: Mekândan İmkana Çocuk Suçluluğunun Habitusu Ceza Ehliyeti İlişkisi, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2007, s.39.

²⁷ SARUÇ/KAYMA GÜNEŞ, s.111.

²⁸ ULUGTEKİN, Sevda: Çocuk Mahkemeleri ve Sosyal İnceleme Raporları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:71, Ankara 2004, s.7; SARUÇ/KAYMA GÜNEŞ, s.111.

²⁹ BALO, s.78.

³⁰ BARTOLLAS/SCHMALLEGER, s.309.

³¹ BARTOLLAS/SCHMALLEGER, s.309.

hak ve özgürlükleri korunmalıdır³². Adil yargılanma, mağdur hakları, bireysel cezai sorumluluğun tespiti gibi kavramlar bu yaklaşımda ön plana çıkmaktadır³³.

Geleneksel yaklaşım olan suç kontrol modelinde suç esas alınmakta, suçlu davranışın bastırılması, toplumun suçlulardan korunması ve suçlu çocuğun cezalandırılması amaçlanmaktadır³⁴. Cezalandırmanın eğitici ve öğretici olduğu bu nedenle de çocuğun işlediği suç dolayısıyla cezalandırılmasının onun yararına olduğu savunulmaktadır³⁵. Görüş, suçu ve cezayı esas almakta ve toplumun huzuru ve güvenliği öncelikli olduğu için hâkim, savcı, polis, infaz koruma memuru bu yaklaşımda ön plana çıkmaktadır³⁶. Türkiye bakımından da Türk Ceza Kanunu ve Çocuk Koruma Kanunu hükümleri ile diğer mevzuat hükümleri incelendiğinde çocuktan ziyade suç ve ceza esas alındığı için suç kontrol modelinin benimsendiği söylenebilir³⁷.

Toplum temelli bir yaklaşım olan dengeli ve onarıcı model, suça sürüklenen çocuğun ihtiyaçları ile toplumun gereksinimleri arasında bir denge kurmaya çalışır. Model hesap verilebilirlik, yetkinlik ve toplumsal koruma amaçları üzerine kurulmuştur³⁸. Hesap verilebilirlik; mağdurların uğradığı zararın karşılanması, suçluların işlediği fiilin sorumluluğunu üstlenmesi, bu şekilde mağdura yönelik olarak hesap verilebilirliği sağlanması ve diğer toplum üyelerinin de sonuçtan memnun olmasıdır. Yetkinlik ile kastedilen suça sürüklenen çocukların yetkinliklerinin artırılarak sorumluluk sahibi bir yetişkin olarak topluma kazandırılmalarıdır. Bu amaca ulaşmak için çocuklar rehabilite edilerek eğitimsel, mesleki, duygusal, sosyal kapasiteleri geliştirilir. Toplumsal koruma amacı toplumsal güvenliğin sağlanması, toplumun kendini güvende hissetmesidir. Model suç işleyen kişiler sorumluluk aldığı ve çatışmalar çözülebildiği için toplumun da korunduğunu ve güvenliğin sağlandığını savunmaktadır³⁹.

B. Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi

Çocuğun yüksek yararı ilkesi, çocuğu merkeze alarak çocuğun hak ve ihtiyaçlarının dikkate alınmasını esas alan temel bir ilkedir. Devletlerin ilkeye uyması, iyileştirmesi ve geliştirmesi gereklidir⁴⁰. Çocuk yararının önceliği ilkesi çocuk hakkında karşılanabilecek tüm sorunların çözümünde görevli ve yetkililere yol gösteren ve sorunun çocuğun yararına olarak çözülmesi gerektiğini emreden en üst ilkedir⁴¹. İlkeye göre çocukluk dönemi biricik olduğu için öncelikli olarak çocuğun fiziksel, duygusal, zihinsel ve sosyal gelişiminin korunması sağlanmalı, oldukça hassas ve kırılgan olan bu dönemde çocuğun menfaatleri öncelikli olarak her zaman ve her koşulda korunmalıdır⁴².

Çocuğun yüksek yararı ilkesi gereği çıkar çatışmalarında çocuğun tarafı tutulmalı, çocuğun yararına eylem ve işlemlerde bulunulmalıdır⁴³. ÇHDS'nin 3. maddesinde yasama ve yürütme organlarının yanı sıra mahkemelerin çocuklarla ilgili tüm faaliyetlerinde çocuğun yararını dikkate alacakları düzenlenmiştir. Çocuğun yüksek yararı ilkesi çoğunlukla boşanma, velayet, çocukla kişisel ilişkinin kurulması gibi medeni hukuk kurumları bakımından karşımıza çıksa da kamu hukuku bakımından da temel ilke olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Suça sürüklenen çocuklar bakımından verilecek kararlarda da ilke dikkate alınmalı ve çocuğun yararı öncelikli olarak gözetilerek sonuca varılmalıdır⁴⁴.

Çocuğun yüksek yararı kavramının tanımı ÇHDS'de yapılmamış, esnek bir çerçeveye içine alınan kavramın yorumu somut olayın özelliklerine göre, hâkimin takdirine bırakılmıştır⁴⁵. Hâkim somut olaya, içerisinde bulunduğu koşullara göre çocuğun geniş kapsamlı, uzun vadeli yararlarını dikkate alacak ve sağlıklı ve dengeli bir biçimde yetişebilmesi için çocuk hakkında gerekli kararları verecektir. Çocuğun fiziksel, duygusal, zihinsel gelişimi, hastalıklardan korunması, temel sağlık ve eğitim olanaklarına sahip olması çocuğun yüksek yararı ilkesi gereği öncelikli olarak gözetilecek hususlardır⁴⁶. Çocuk temel eğitim ve sağlık haklarına sahip olarak sağlıklı bir şekilde gelişimini tamamlayıp yetişkin olduğunda kendi menfaati için nasıl bir karar verecekse çocuk için karar verme yetkisine sahip kişi de çocuğun yüksek yararı ilkesi gereği bu şekilde karar vermelidir⁴⁷. Çocuk hakkında karar verme yetkisine sahip olan kişi vereceği kararın çocuk bakımından fiziksel, duygusal, sosyal, ekonomik bütün sonuçlarını değerlendirmeli, olası bütün zarar ve yarar ihtimallerini dikkate alarak çocuğun yüksek yararını göz önünde tutmalıdır⁴⁸. İlke yorumlanırken

³² BALO, s.78.

³³ SARUÇ/KAYMA GÜNEŞ, s.111.

³⁴ ULUĞTEKİN, s.7; SARUÇ/KAYMA GÜNEŞ, s.111.

³⁵ BARTOLLAS/SCHMALLEGER, s.310.

³⁶ ULUĞTEKİN, s.7; KARATAŞ/MAVİLİ, s.1018.

³⁷ ULUĞTEKİN, s.7; KARATAŞ/MAVİLİ, s.1018, 1033.

³⁸ BARTOLLAS/SCHMALLEGER, s.310.

³⁹ BARTOLLAS/SCHMALLEGER, s.310.

⁴⁰ KURT, s.111.

⁴¹ AKYÜZ, s.10.

⁴² AKYÜZ, s.9-10, ÖZDEMİR, Hayrünisa/RUHİ, Ahmet Cemal: Çocuk Hukuku, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s.5.

⁴³ AKYÜZ, s.47; ÖZDEMİR/RUHİ, s.5.

⁴⁴ AKYÜZ, s.49; SEROZAN, s.66.

⁴⁵ AKYÜZ, s.48; SEROZAN, s.65; ÖZDEMİR/RUHİ, s.23.

⁴⁶ AKYÜZ, s.48.

⁴⁷ AKYÜZ, s.48; GRASSİNGER, Gülçin Elçin: Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009, s.59.

⁴⁸ ÖZDEMİR/RUHİ, s.5.

çocuğun hem kısa hem de uzun vadeli yararlarının dikkate alınması gerekli olsa da⁴⁹ esas olarak çocuğun geniş vadeli, gelecek ve toplumsal çevre içerisindeki yararları göz önünde bulundurulmalıdır⁵⁰.

Anayasa'nın 41. maddesinde de çocuğun yüksek yararından bahsedilmiş ve çocuğun yüksek yararına uygun hareket etme zorunluluğu dolaylı olarak düzenlenmiştir. İlke, çocuk hakkında ortaya çıkabilecek tüm uyuşmazlıklarda çocuk odaklı ve yararına bir çözümün getirilmesini gerekli kılmaktadır⁵¹.

Çocuğun üstün yararı ilkesi çocuk haklarının hem çocuk özelinde hem de somut olayın kendine özgü şartlarına göre uygulanmasını sağlamakta, bir kılavuz görevi görmektedir⁵². Suça sürüklenen çocuklar hakkında yapılan tüm işlemler bakımından da çocuğun yüksek yararı ilkesi her zaman dikkate alınmalı verilecek kararlarda çocuğun menfaatleri gözetilmelidir.

III. 12-15 YAŞ ARASI ÇOCUKLARIN CEZAI SORUMLULUĞUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Kusur Yeteneği ve Yaş Küçüklüğü

Kişi ancak iradi olarak gerçekleştirdiği davranışlarından dolayı sorumlu olabilir aksi takdirde fiil hukuka aykırı olsa dahi kişinin cezai sorumluluğu söz konusu değildir. Somut olayda öncelikli olarak fiilin bir suç oluşturup oluşturmadığı tespit edilir, haksızlık teşkil eden fiilin tespitinden sonra ise failin bu fiilinden dolayı kınanıp kınanamayacağı değerlendirilir⁵³. Kusur, failin işlemiş olduğu suça ilişkin olarak irade oluşum şartlarının tespit edilmesi ve suç teşkil eden fiilden dolayı kınanıp kınanamayacağına ilişkin normatif bir değer yargısıdır⁵⁴. Fail hukuka uygun davranma olanağı olduğu halde norma aykırı davrandığı ve suç işlediği için kınanmaktadır⁵⁵. Kusursuz ceza olmaz ilkesi gereği failin işlediği fiilden dolayı sorumlu olabilmesi için kusurunun bulunması şarttır⁵⁶. Failin kusuru değerlendirilirken hayat tarzı değil işlemiş olduğu fiil esas alınır, her ne kadar faili suça iten nedenler bakımından içerisinde bulunduğu şartlar önemli olsa da kişinin benimsemiş olduğu hayat tarzı nedeniyle kusurlu bulunması söz konusu değildir⁵⁷.

Failin işlemiş olduğu suçtan dolayı kınanabilmesi için fiili işlediği sırada kusur yeteneğine sahip olması gerekir. Kusur yeteneği Türk Ceza Kanunu'nda tanımlanmasa da yaş küçüklüğü ve akıl hastalığına ilişkin düzenlemelerden bu yeteneğin faili işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılaması ve bu doğrultuda davranışlarını yönlendirebilmesi anlamına geldiği çıkarılmaktadır⁵⁸. Kusurun iki unsuru algılama yeteneği ve irade yeteneğidir. Algılama yeteneği kişinin çevresindeki olayları gözlemleyebilme ve bu gözlemlerinden çeşitli sonuçlar çıkarabilme yeteneğidir. Kişinin içerisinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre bilişsel gelişimini önemli ölçüde etkilemektedir⁵⁹. Algılama yeteneğine sahip olan kişi gerçekleştirmiş olduğu davranışın haksızlık niteliğinin, içinde yaşadığı toplumda ne anlama geldiğinin farkındadır, yani davranışının iyi kötü, doğru yanlış haklı haksız olduğunu ayırt edebilmektedir⁶⁰. Algılama yeteneği failin farik ve mümeyyiz olmasını gerektirmediği gibi⁶¹, fiilin haksızlık niteliğinin farkında olmayı veya kanunda suç olarak düzenlendiğini bilmeyi de gerektirmemektedir⁶². İrade yeteneği kişinin davranışlarını yönlendirebilme yeteneğidir, fail gerçekleştirdiği davranışın anlamının farkında olmasına rağmen serbest iradesiyle tercihini bu davranışı gerçekleştirmekte kullanmaktadır⁶³.

Kişinin kusurlu kabul edilebilmesi için fiili işlediği sırada davranış kurallarına uygun davranabilecek yeteneğe, davranışlarını yönlendirebilme gücüne sahip olması gereklidir. Kural olarak ruhen sağlıklı her yetişkinin irade yeteneğine sahip olduğu kabul edilir. Ancak algılama yeteneğinden farklı olarak irade yeteneği bir derecelendirmeye tabi tutulabilir ve kimi hallerde önemli ölçülerde azalabilir. Bu durumda failin kusuru da azaldığı için fail hakkında uygulanacak yaptırımın belirlenmesinde bu husus göz önünde bulundurulmalıdır⁶⁴.

Yaş küçüklüğü, kusur yeteneğini etkileyen nedenlerden birisidir. Tek başına kişinin bedensel ve fiziksel gelişimini henüz tamamlanmamış olması kusurluluk üzerinde etkili değildir⁶⁵. Ancak yaş, kişinin fizyolojisi ve biyolojisinin yanı sıra zihinsel, duygusal ve vicdani gelişimini de etkilemektedir. Bu nedenle yaş ve kusur yeteneği birbiriyle ilişkilidir⁶⁶. Yaşı ilerledikçe çocuğun algılama ve irade yeteneği de

⁴⁹ BALO, s.82.

⁵⁰ SEROZAN, s.65.

⁵¹ SEROZAN, s.65.

⁵² SEROZAN, s.65-66.

⁵³ KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s.311.

⁵⁴ ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s.402.

⁵⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.312-313.

⁵⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.311.

⁵⁷ ÖZGENÇ, s.402; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.313.

⁵⁸ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.314.

⁵⁹ ÖZGENÇ, s.406-407; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.315.

⁶⁰ ÖZGENÇ, s.406-407; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.315; ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN M.Emin/ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s.609.

⁶¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.314.

⁶² ÖZGENÇ, s.406-407; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.315.

⁶³ ÖZGENÇ, s.410.

⁶⁴ ÖZGENÇ, s.412.

⁶⁵ ÖZGENÇ, s.415.

⁶⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.319.

gelişmekte ve çocuk olgunlaşmaktadır, idraki geliştikçe topluma hâkim olan değerleri ve bu değerlerle ilişkili olan kuralların içeriğini de anlayabilmektedir. Yaşla birlikte çocuğun sadece algılama yeteneği değil aynı zamanda davranışlarını yönlendirebilme yeteneği de gelişmektedir⁶⁷. Fakat irade yeteneğinin tam olarak oluşması biraz daha uzun sürmektedir⁶⁸. Çocuğun gelişimini yaş ile birlikte, aile, sosyal çevre, ekonomik durum, eğitim gibi etkenler de etkilemekte, dolayısıyla aynı yaş grubunda yer alan çocuklar arasında olayları algılama ve davranışlarını serbestçe yönlendirme yeteneği bakımından farklılıklar olabilmektedir⁶⁹.

Çocuk Koruma Kanunu suç olarak tanımlanan bir fiili işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da işlediği fiilden dolayı hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocuğu, suça sürüklenen çocuk olarak kabul etmekte, yani yetişkinlerden farklı olarak şüpheli ve sanık terimleri çocuk için kullanılmamaktadır. Çocuk Koruma Kanunu çocuğun dış etkenler, içerisinde bulunduğu koşullar nedeniyle suça sürüklendiğini ve bir anlamda onun da mağdur olduğunu kabul etmektedir⁷⁰. Ancak suçu işlemeyip içerisinde bulunduğu çocukluk hali dolayısıyla suça sürüklendiğinin kabul edilmesi çocuk lehine gibi görünse de aslında henüz suçu işlediği sabit olmayan çocuk hakkında bu terimin kullanılması masumiyet karinesine aykırılık teşkil etmektedir. Suç işlemiş çocuk yerine suça sürüklenen çocuk ifadesinin kullanılması ancak suçu işlediği sabit olup hakkında indirimli ceza veya çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanan çocuklar bakımından lehedir⁷¹.

Suç işlediği sabit olan çocuğun korunma ihtiyacı dolayısıyla suç şüphesi altında bulunan her çocuğu otomatik olarak suça sürüklenmiş kabul etmek çocuk hukukunun koruma amacıyla çelişmektedir. Yine suça sürüklenme ifadesi ilgili kavramın çıkış noktası ile ilgili olmadığı halde çocuğun suça azmettirilmesini veya suça araç olarak kullanılmasını çağrıştırmaktadır. Oysa çocuk her zaman bir başkası tarafından suça azmettirilmemekte veya suça araç olarak kullanılmamaktadır⁷². Suça sürüklenen çocuk terimi, çocuğun içinde bulunduğu durumu yumuşatmak, çocuğu suça iten nedenlere dikkat çekmek, çocuğun kırılgan durumu nedeniyle onu korumak için kullanılsa dahi çocuk hakkında suçu işlediğine ilişkin bir kabul içermesi nedeniyle amacından uzaklaşmaktadır. Bu nedenle soruşturma ve kovuşturma evresinde şüpheli ve sanık terimlerinin çocuklar için de kullanılması, hakkında cezaya veya güvenlik tedbirine hükmolunan çocuğun ise suça sürüklenen çocuk olarak kabul edilmesi daha uygun olabilir.

Suçta sürüklenen çocuk terimi ile hem kasıtlı hem de taksirli suçları işleyen çocuklar ifade edilmektedir. ÇKK m.3/1-a.2'de de kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiilden bahsedilerek çocuğun kasıtlı ve taksirli suçları arasında bir ayırım yapılmamış, her iki tip suç için de çocuğun suça sürüklenmiş olduğu kabul edilmiştir. Suça itilme, suça sürüklenme zihne daha çocuk kasıtlı suçları getirirse de çocuğun içerisinde bulunduğu ailevi, çevresel, kültürel, sosyal, ekonomik vs. koşullar çocuğu kasıtlı suçlara olduğu kadar taksirli suçlara da sürükleyebilir⁷³.

Yaş küçüklüğü sadece çocuk için hukuki sonuç doğurur, kusur yeteneği olmayan çocuğun dahi işlemiş olduğu fiil suç sayıldığı için bağlilik kuralı gereği suç ortakları çocuğun cezasızlık nedeninden etkilenmez ve cezalandırılır⁷⁴. Yine kusur yeteneği olmayan çocukların suçun işlenmesinde araç olarak kullanılması halinde de faile verilecek ceza artırılacaktır. (TCK m.37/2) Çocukların suça azmettirilmesi halinde de benzer şekilde azmettirenin cezasının artırılması kabul edilmiştir. (TCK m.38/2)

B. Yaşın Tespit Edilmesi

Çocukluğun hukuksal olarak belirlenmesi bakımından bedensel veya cinsel olgunluk değil düşünsel olgunluk esas alınmıştır⁷⁵. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme daha erken yaşta ergin kılınma durumu hariç olmak üzere 18 yaşını doldurmamış olan kişiyi çocuk olarak tanımlamış ancak cezai sorumluluk yaşının belirlenmesini taraf devletlere bırakmıştır. (m.1, m.40) Pekin Kuralları olarak bilinen Çocuk Mahkemelerinin Yönetimi Hakkında Birleşmiş Milletler Asgari Kuralları'nın 4/1. maddesinde ise hukuk sistemlerinde çocuklar için çok küçük bir cezai sorumluluk yaşı benimsenemeyeceği ve çocukların duygusal, zihinsel, entelektüel olgunluklarının dikkate alınması gerektiği kabul edilmiştir. Yani çocuğun yaptırımın manevi sonuçlarına katlanabilmesi açısından belli bir psikolojik gelişimi sağlamış olması cezai sorumluluk yaşı belirlenirken dikkate alınmalıdır⁷⁶.

Türk Ceza Kanunu'nun 6. maddesine göre 18 yaşını doldurmamış olan kişi çocuk olarak tanımlanmıştır, Çocuk Koruma Kanunu da daha erken yaşta ergin kılınma durumu söz konusu olsa dahi 18 yaşını doldurmamış olan kişinin çocuk olduğunu kabul etmiştir. Bu yönüyle mahkeme kararıyla veya

⁶⁷ ÖZGENÇ, s.415; BALO, s.108.

⁶⁸ HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 2015, s.393.

⁶⁹ BALO, s.108.

⁷⁰ AYDIN, Murat: "Suça Sürüklenen Çocuklara Yönelik Alternatif Yaptırımlar", in Uludağ Şener (ed.), Risk Altında ve Korunması Gereken Çocuklar Uluslararası Sempozyumu, Polis Akademisi Yayınları, Ankara 2009, s.165, KARATAŞ/MAVİLİ, s.1035; AYDIN, s.165.

⁷¹ AKBULUT, s.494.

⁷² AKBULUT, s.571.

⁷³ Çocukların taksirli suçları işleyemeyecekleri yönünde değerlendirmeler için bkz. GÜNER, Halil: "Çocuk Sanıklarda Taksirin ve Bilinçli Taksirin Uygulanabilirliği", Terazi Hukuk Dergisi, 9(100), Aralık 2014, s.519-520.

⁷⁴ ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s.319.

⁷⁵ SEROZAN, s.10.

⁷⁶ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.609.

evlenme suretiyle reşit kılınan çocukların da Kanun uygulamasında hala çocuk sayıldığı kabul edilmiş ve ÇHDS'den daha geniş ölçüde çocuğun korunması sağlanmıştır⁷⁷. 18 yaşını doldurup kendiliğinden reşit olunca bu kişi çocukluktan çıkacak ve yetişkin kabul edilecektir, yani ülkemiz ceza hukuku uygulaması bakımından çocukluk sadece 18 yaşının doldurulmasıyla sona ermektedir⁷⁸.

Yaş küçüklüğü dönemleri Türk Ceza Kanunu'nun 31. maddesinde 12 yaşını doldurmamış olan çocuklar, 12 yaşını doldurmuş ancak 15 yaşını doldurmamış çocuklar ve 15 yaşını doldurmuş ancak 18 yaşını doldurmamış çocuklar olmak üzere üçe ayrılmıştır. Her grubun cezai sorumluluğu birbirinden farklı olduğu için fiili işlediği tarihte failin yaşının tespit edilmesi çok önemlidir⁷⁹. Bu nedenle çocuğun nüfus kaydı getirilmeli ve çocuğun doğduğu tarih gün, ay ve yıl olarak tespit edilmelidir⁸⁰. Nüfus Hizmetleri Kanunu m.39/2'ye göre çocuğun doğum yılı belli ancak doğduğu ay ve gün belli değilse çocuk o yılın 1 Temmuz günü, doğduğu yıl ve ay belli ancak gün belli değilse o ayın 1'inde doğmuş kabul edilir. Yaş tashihi hukuk mahkemeleri tarafından yapılırsa da CMK m.218/2'de ceza mahkemelerinin de ilgili kanuna göre bu sorunu çözmeye yetkisi kabul edilmiştir. Ceza mahkemelerinin bu konuda bekletici mesele yapma yetkisi bulunmamakta ve konuyu nispi muhakeme yaparak kendisi çözmek zorundadır. CMK hükmü dolayısıyla suça sürüklenen çocuğun yaşı ile ilgili bir sorun çıktığında davaya bakan ceza mahkemesi tarafları hukuk mahkemesine yönlendiremez ve yaş ile ilgili sorunu kendisi çözer. Ancak yaş tashihi sadece yaşı düzeltildiği takdirde çocuğun bir evreden diğerine geçiyor olduğu durumlarda yapılır, çocuk yaşı düzeltildiğinde de aynı evrede kalıyorsa yaş tashihi yapılması gerekli değildir⁸¹.

Suçta sürüklenen çocuğun yaşı konusunda tereddüt düşülmüşse bu tereddüt giderilmeli ve çocuğun gerçek yaşı tıbbi inceleme yaptırılarak tespit edilmelidir⁸². Çocuğun yaşına ilişkin bir belirsizlik olduğu durumda öncelikle bu belirsizlik giderilmelidir. Belirsizlik ortadan kalkmadan çocuğun yetişkin olarak kabul edilmesi ve yargılanması mümkün değildir⁸³. Yaş tespiti çocuğun ceza sorumluluğunun belirlenmesini doğrudan etkilediği ve maddi sorunun bir parçasını oluşturduğu için mutlaka bir sonuca ulaştırılmalıdır⁸⁴. Eğer çocuk resmi bir sağlık kuruluşunda doğmuş ise bunun aksi ancak resmi belgenin sahteliğinin ispatı ile mümkündür. Resmi sağlık kurumunda doğmamış ise çocuğun yaşının bilirkişi incelemesiyle tespit edilmesi gereklidir. Ancak bilirkişi incelemesine rağmen çocuğun yaşı kesin bir şekilde belirlenememiş örneğin çocuğun 14-15 yaş aralığında olduğu ancak hangi yaşı doldurduğunun tespit edilemediği belirtilmiş olabilir⁸⁵. Sağanın yaşının tespitinin zorunlu olduğu ve bu tespit olmadan maddi sorunun ve maddi soruna bağlı hukuki uyumsuzluğun çözülemeyeceği durumlarda giderilemeyen şüphe sanık lehine yorumlanarak yaş tespit edilmelidir⁸⁶. Çocuğun yaşı konusunda şüpheye düşüldüğü hallerde Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun ilgili m.39/2 hükmü değil şüpheden sanık yararlanır ilkesi uygulanarak sorun çözümlenmelidir.⁸⁷

C. Kusur Yeteneğinin Değerlendirilmesi

İkinci devre yaş küçüklüğü içerisindeki çocuklar 12 yaşını doldurmuş ancak 15 yaşını doldurmamış olan çocuklardır. 12-15 yaş arası çocuklar bakımından Kanun Koyucu ikili bir ayrıma gitmiş ve bu yaş grubunda olan çocukların işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması halinde cezai sorumluluklarının olmadığını, algılama ve irade etme yeteneğinin var olduğu durumlarda ise cezai sorumluluğunun bulunduğunu ancak cezanın indirilmesini kabul etmiştir. Dolayısıyla 12-15 yaş arası çocukların kusur yeteneğinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi ve bu değerlendirmenin sonucuna göre bu çocuklar hakkında karar verilmesi gerekmektedir. Bu çocukların çoğunlukla algılama yeteneğine sahip oldukları ancak kendilerini

⁷⁷ BALO, s.35; AKBULUT, s.492-493.

⁷⁸ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.395

⁷⁹ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.617.

⁸⁰ CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/YENERER ÇAKMUT, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2017, s.403.

⁸¹ ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s.364.

⁸² ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.617.

⁸³ DOĞAN, Koray: Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşku Sanık Yararlanır İlkesi "in dubio pro reo", Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2022, s.217.

⁸⁴ BİRTEK, Fatih: Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s.611-612; YAYLA, Mehmet: Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat ve Şüphe, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s.233, 243.

⁸⁵ DOĞAN, s.217.

⁸⁶ GEDİK, Doğan: Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s.542, BİRTEK, s.611.

⁸⁷ GEDİK, s.540.

fiili işlemekten alikoyamadıkları yani irade etme yeteneklerinin yeterince gelişmediği hatta kimi durumlarda tamamen ortadan kalktığı savunulmaktadır⁸⁸.

İkinci yaş evresindeki çocukların kusur yeteneğinin değerlendirilmesi mutlaka hâkim tarafından yapılmalıdır, soruşturma evresinde hâkim incelemesi olmaksızın uzman hekim tarafından düzenlenen rapora göre karar verilmesi doğru olmadığı gibi Kanun'a da uygun değildir.⁸⁹

12-15 yaş arası çocukların işledikleri iddia edilen her bir suç için algılama ve irade etme yeteneğine sahip olup olmadıklarının tespit edilmesi gerekir. Yani çocuğun kusur yeteneğine sahip olup olmadığı işlediği iddia edilen her bir suç için ayrı ayrı değerlendirilmelidir⁹⁰. Bunun nedeni bir suç için kusur yeteneğine sahip olan çocuğun başka bir suç için davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahip olmaması ya da bu yeteneğinin önemli ölçüde azalmış olmasının söz konusu olabilmesidir⁹¹. Dolayısıyla 12-15 yaş arasında olan çocukların genel olarak kusur yeteneğine sahip olup olmadıkları değil, işledikleri iddia olunan her bir fiil bakımından çocukta algılama ve irade yeteneğinin bulunup bulunmadığı içerisinde bulunduğu sosyal şartlar da dikkate alınarak araştırılmalıdır⁹². Hekim ve sosyal çalışmacının raporlarını düzenlemeden önce çocuğun işlediği iddia olunan suç ile ilgili bilgilendirilmeleri gereklidir⁹³. Çocuğun sadece belirli bir konuda farkındalık sahibi olmasından veya genel bilgilerinden yola çıkarak yüzeysel bir değerlendirmeyle kusur yeteneğine sahip olup olmadığına karar verilmemelidir. Tüm incelemelere rağmen çocuğun kusur yeteneğinin bulunup bulunmadığına ilişkin şüphe giderilememiş ve kesin bir sonuca ulaşılamamışsa bu tespit hukuki değil hukuki etkilere sahip psikolojik bir olgu olduğu için şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği çocuğun kusur yeteneğinin bulunmadığına karar verilmelidir⁹⁴.

D. Alınacak Raporlar

12-15 yaş grubunda yer alan çocuğun algılama ve irade etme yeteneklerinin inceletirilip kusur yeteneğinin var olup olmadığına karar verilmesi gerekir, ancak Türk Ceza Kanunu'nda ve Çocuk Koruma Kanununda bu incelemenin kim tarafından yapılacağına ilişkin bir açıklık yoktur⁹⁵. Çocuk Koruma Kanununda Sosyal İnceleme Raporu'ndan bahsedilmiş ancak uzman hekim incelemesine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Çocuk Koruma Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 20/4 maddesinde ise hâkim veya mahkemenin, sosyal inceleme raporu ile birlikte adli tıp uzmanı, psikiyatrist ya da zorunluluk hâlinde uzman hekimden görüş alacağı hüküm altına alınarak sosyal inceleme raporunun yanı sıra uzman hekim raporu da alınması gereği düzenlenmiştir.

Bizce kusur yeteneği değerlendirilirken çocuğun bireysel özelliklerini ve sosyal çevresini gösteren inceleme yaptırılarak Sosyal İnceleme Raporu (SİR) hazırlanmalı ve sonrasında çocuğun işlediği fiile ilişkin algılama ve irade etme yeteneğine sahip olup olmadığına ilişkin olarak adli tıp uzmanı, psikiyatrist (veya çocuk psikiyatristi) ya da zorunluluk halinde ihtiyaç duyulan alanda görev yapan uzman hekimden görüş alınmalıdır⁹⁶. Çocukta hafif de olsa bir zekâ geriliğinin olması⁹⁷ cezai sorumluluğunun belirlenmesinde büyük önem taşıdığı için çocuğun hem içerisinde bulunduğu aile ortamı, eğitim ve oyun çevresi, ekonomik durumunu kapsayan sosyo-kültürel ortam hem de çocuğun psikiyatrik durumu ayrı ayrı incelenmelidir⁹⁸.

Çocuk Koruma Kanununun sosyal inceleme raporu başlıklı 35. maddesinde 12-15 yaş arası çocuklar hakkında sosyal inceleme yaptırılması zorunluluğunda bahsedilmemiş, sadece çocuk hakkında sosyal inceleme yaptırılmaması halinde gerekçesinin kararda gösterileceği düzenlenmiştir. Çocuk Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 20. maddesinde ise 12-15 yaş arası çocuklar ve 15-18 yaş arası ağır ve dilsizler hakkında kusur yeteneği tespit edilirken sosyal inceleme yaptırılması zorunlu tutulmuştur. Çocuk Koruma Kanunu'nda ilgili hükmünde yer alan “yaptırılabilir” ifadesi dolayısıyla sosyal inceleme yaptırılmasının zorunlu olmadığı⁹⁹ sadece uzman hekim raporunun alınmasının yeterli olduğu ileri sürülmektedir¹⁰⁰. Yargıtay 12-15 yaş arası çocukların kusur yeteneği değerlendirilirken uzman hekime rapor düzenlenmemesini bozma nedeni saymakta¹⁰¹, sosyal inceleme

⁸⁸ ÖZGENÇ, s.417, ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s.367.

⁸⁹ POLAT, Halil: “Türk Hukukunda Çocukların Cezai Sorumluluğu ve Yargılanmalarındaki Özellikler Üzerine Bir İnceleme” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (90), 2010, s.77; Bkz. “işlenen fiilin suç oluşturup oluşturmadığına ilişkin gerekçeli değerlendirmenin hükme yansıtılması ancak usulüne uygun açılmış bir davada yapılacak yargılama ile mümkündür.” Yargıtay 2.CD, 25.2.2015, E.2015/2423, K.2015/3710 Lexpera İçtihat Programı, (Erişim: 12.06.2022)

⁹⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.322; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s.367; ÖZTÜRK/ERDEM, s.320, CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.406; ÇINAR, Ali Rıza: Çocuk Ceza Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s.57.

⁹¹ ÖZGENÇ, s.417; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.614; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.322.

⁹² ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.615.

⁹³ POLAT, s.77.

⁹⁴ DOĞAN, s.219.

⁹⁵ ÖZBEK/KOCA/ÜZÜLMEZ, s.367; BALO, s.124.

⁹⁶ DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, İstanbul 2021, s.370; DÖNMEZ, Burcu: Çocuk Yargılaması, Ceza Muhakemesi Hukukunda Çocuklara Özel Soruşturma ve Kovuşturma Usulleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s.79; ÇINAR, s.58.

⁹⁷ Çocuk Koruma Kanunu'nun 12. maddesine göre suça sürüklenen 0-12 yaş ve 12-15 yaş arası çocuklar bakımından çocuğun aynı zamanda akıl hastası olması halinde çocuğa özgü güvenlik tedbirleri uygulanır.

⁹⁸ ÖZTÜRK/ERDEM, s.320.

⁹⁹ ÖZTÜRK/ERDEM, s.587.

¹⁰⁰ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.406.

¹⁰¹ “Yerel Mahkemece, adli tıp uzmanı, psikiyatrist ya da zorunluluk bulunması hâlinde uzman hekimden görüş sorulduktan sonra sosyal inceleme raporuyla birlikte bir değerlendirme yapılarak sanığın ceza sorumluluğunun bulunup

raporu hazırlanmaması noktasında ise farklı kararlar verebilmektedir¹⁰². Yargıtay'ın sosyal inceleme raporu düzenlenmesi gereği ile ilgili kararlarına katılmakla birlikte inceleme yaptırılması zorunluluğunun Yönetmelik değil Kanun tarafından düzenlenmesi kanımızca daha yerinde olacaktır¹⁰³. Suça sürüklenen çocuklara ceza hukuku yaklaşımı ile değil koruma hukuku yaklaşımı ile yaklaşılmasının bir gereği de budur¹⁰⁴.

Pekin Kuralları'nın 16/1 maddesinde de,

“Yargılayan makam tarafından önemsiz ve tali derecedeki suçlar dışındaki bütün vakalarda çocuğun suçu işlemeyen önceki yaşam koşulları ve suçun hangi ortam içinde işlendiği konusunda hükümden önce yeterli araştırma yapılmalıdır.”¹⁰⁵

hükmü ile sosyal inceleme yaptırılması bir ilke olarak kabul edilmiştir. 5. maddede çocuklar hakkında gösterilecek tepkinin suç ve çocuğun içinde bulunduğu koşullarla orantılı olması gerektiği düzenlenmiş ve her zaman çocuğun iyileştirilmesinin temel esas olduğu vurgulanmıştır. 17. maddede ise çocuk hakkında verilecek cezanın çocuğun içinde bulunduğu koşullar ve ihtiyaçları ile de orantılı olması gerektiği düzenlenmiştir.

Çocuğun yüksek yararının sağlanabilmesi ve iyileştirilebilmesi için çocuğun içerisinde bulunduğu koşulların tespit edilmesi gereklidir, bu ancak sosyal inceleme ile mümkün olduğundan sosyal inceleme yaptırılmadan çocuğa etkili bir yaptırım uygulanabilmesi de mümkün değildir¹⁰⁶. İşlediği fiil mutlaka çocuğun içerisinde bulunduğu sosyal çevre incelenerek ve dikkate alınarak değerlendirilmeli bu şekilde çocuk için mümkün olan en üst koruma sağlanmalıdır¹⁰⁷. Çocuk suçluluğu ile ilgili yapılan araştırmalarda da çocuğun ailesinde yaşanan parçalanmaların, aşırı sert disiplin yöntemlerinin kullanılarak çocuğun duygusal ve fiziksel olarak istismar edilmesinin, çocuğun okul ile olan ilişkisinin, öğretmenlerinin çocuğa olan tutumunun, boş zamanlarını nasıl geçirdiğinin, akran grubuyla ilişkilerinin, çocuğun ekonomik durumunun ve çalışmak zorunda kalıp kalmadığının çocuğun suç işlemesiyle ilişkili etkenler olduğu vurgulanmış, çocuk suçluluğunun çok etkenli bir olgu olduğuna dikkat çekilmiştir¹⁰⁸. Çocuk ancak gelişimini tamamladıkça bireyselleşerek yaşadığı çevreye ve topluma kendini kabul ettirebilmektedir¹⁰⁹. Yeni sosyalleşmeye başlayan çocukların çevresine uyum sağlayabilmek ve gruba dahil olabilmek için belli fiilleri işlediklerinin gözlemlendiği, sosyal çevrenin ve toplumsal etkenlerin incelenmesinin çocuğun cezai sorumluluğunun belirlenmesinde önemli olduğu vurgulanmaktadır¹¹⁰.

Sosyal inceleme raporunda çocuğun ailesi, akran grubu, okul, iş, mahalle çevresi, boş zaman olanakları ile bilgi sunulmakta, çocuğun duygusal, bilişsel, sosyal özelliklerine ilişkin tespitler yer almaktadır. Aslında sosyal inceleme raporu (SİR) çocuğun öz yaşam öyküsünü göstererek çocuğu suça yönelten kırılma noktalarına dikkat çekmektedir. Çocuğu suça yönelten nedenleri göstermesi bakımından özellikle çocuğun iyileştirilmesi, güçlendirilmesi ve toplumla arasındaki bağın tekrar kurulabilmesi için önemli olan sosyal inceleme raporları çocuğun topluma bütünleşmesine yardımcı olacak, ona özgü bireysel müdahaleler öneren çocuk ceza adaletinin omurgasını oluşturan belgelerdir¹¹¹.

Uygulamada sosyal inceleme raporları bakımından birçok sorun yaşandığı, raporların ya yeterli inceleme yapılmaksızın hazırlandığı ya da hiç hazırlanmadığı, çoğunlukla bir prosedür olarak görüldüğü ve yüzeysel bir şekilde incelendiği bildirilmektedir¹¹². Oysa çocuk hakkında iyi hazırlanmış bir sosyal inceleme raporu olmaksızın karar vermek henüz gelişim döneminde olan ve dışarıdan gelen tüm etkilere açık olan

bulunmadığının takdir edilmesi gerekmektedir.” Yargıtay CGK, E.2018/154, K.2019/345, <https://www.zulkufarlan.av.tr/suc-tarihinde-12-15-arasi-yas-grubunda-bulunan-cocugun-ceza-sorumlulugu/>, (Erişim: 04.10.2022).

¹⁰² “.Suça sürüklenen çocuk hakkında hırsızlık suçundan mahkûmiyet hükmü kurulurken, Çocuk Koruma Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkındaki Yönetmelik'in 20/1-7. Maddesi uyarınca; fiil işlendiği sırada 12-15 yaş grubu içerisinde bulunan suça sürüklenen çocuğun işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin olup olmadığının takdiri bakımından, sosyal yönden inceleme yaptırılmasının gerekli olduğu, mahkemece sosyal inceleme raporuna gerek görülmediği takdirde ise gerekçesinin kararda gösterilmesinin zorunlu olduğu gözetilmeden eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması.”, Yargıtay 2.CD, 14/04/2016, E.2014/25327, K.2016/7105, ÇINAR, s. 59, “... fiil işlendiği sırada 12-15 yaş grubu içerisinde bulunan suça sürüklenen çocuk ...'ın işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin olup olmadığının takdiri bakımından, sosyal yönden inceleme yaptırılması gerekli olduğu halde, mahkemece sosyal inceleme raporu alınmadan yazılı şekilde hüküm kurulması, Bozmayı gerektirmiş...” Yargıtay 2.CD, 09/07/2020, E.2020/10516, K.2020/8125, <https://www.hukuklu.com/gonderi/suca-suruklenen-cocuk-hakkinda-sosyal-inceleme-raporu-alinmadan-karar-verilmesi/> (Erişim: 04.10.2022).

¹⁰³ AKBULUT, s.500; ÇINAR, s.64.

¹⁰⁴ AKYÜZ, s.570.

¹⁰⁵ BM Çocuk Adalet Sisteminin Uygulanması Hakkında Asgari Standart Kurallar (Pekin Kuralları) http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/mevzuat_uakararlar/cocukadaletsistemininuygulanmasi.pdf, (Erişim: 28.12.2021)

¹⁰⁶ AKBULUT, s.500.

¹⁰⁷ AYDIN, “Suça Sürüklenen Çocuklara Yönelik Alternatif Yaptırımlar”, s.165.

¹⁰⁸ CANKURTARAN ÖNTAŞ, Özlem/BAYKARA ACAR, Yüksel: “Türkiye’de Çocuk Suçluluğu Olgusu”, Çoluk Çocuk Dergisi, (50), 2005, s.27-29, 31.

¹⁰⁹ POLAT, s.66.

¹¹⁰ AYDOĞDU/ASKAY/KIRCIL/ÖZER, s.18.

¹¹¹ AKYÜZ, s.570; ULUĞTEKİN/ACAR/ÖNTAŞ, s.40; SARUÇ/KAYMA GÜNEŞ, s.110.

¹¹² KARATAŞ/MAVİLİ, s.1029-1030, ULUĞTEKİN/ACAR/ÖNTAŞ, s.40-42.

çocuğun aleyhine ve çocuk adalet sisteminin ilkelerine aykırı olacaktır. Suça sürüklenen çocuğun tekrar topluma kazandırılabilmesi için yol gösterici olan sosyal inceleme raporu ile hâkim çocuğu suça iten nedenleri ve çocuğun içerisinde bulunduğu yaşam şartlarını öğrenecek, bu şekilde çocuğun sosyalleşmesi ve iyileştirilmesi için en uygun olan yaptırım ve tedbire karar verebilecektir¹¹³. Hâkimin çocuğun içerisinde bulunduğu koşulları bilerek ve değerlendirerek verdiği karar çocuğun yüksek yararı ilkesine de uygun olacaktır¹¹⁴.

Sosyal inceleme raporu; cezanın bireyselleştirilmesi (TCK m.61), seçimlik cezalardan hangisinin seçileceğinin tespit edilmesi, takdiri indirim nedenleri (TCK m.62), hükmolunan kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımın belirlenmesi (TCK m.50), hapis cezasının ertelenmesi ve suça sürüklenen çocuk hakkında uygulanacak denetimli serbestlik tedbirinin belirlenmesinde (TCK m.51), hükmün açıklanmasının geri bırakılması (CMK m.231), kamu davasının açılmasının ertelenmesine (CMK m.171) karar verilmesinde göz önünde bulundurulur¹¹⁵.

12 yaşını doldurmamış ve 15-18 yaş aralığında olan çocuklar için sosyal inceleme raporu düzenlenmesi zorunlu değildir, ancak bu hallerde de sosyal inceleme raporuna neden ihtiyaç duyulmadığının gerekçelendirilmesi gereklidir. Ancak raporun önemi göz önüne alındığında sosyal inceleme zorunluluğunun 12 yaşını doldurmamış ve 15-18 yaş aralığındaki çocuklar hakkında da Kanun'da düzenlenmesi çocuğun lehine olacaktır¹¹⁶. Kanımızca sadece 12-15 yaş arası değil tüm çocuklar hakkında karar verilirken sosyal inceleme raporu düzenlenmesi kanuni bir zorunluluk olmalıdır¹¹⁷.

SİR ve uzman hekim raporu çocuğun ceza sorumluluğunun bulunup bulunmadığına karar verecek mahkeme bakımından birer bilirkişi raporudur. Bu raporlar hâkimin veya mahkemenin sonuca varmasında bir araçtır. Çocuğun işlediği fiille ilgili olarak kusur yeteneğine sahip olup olmadığına hâkim karar verir¹¹⁸. Her iki raporda da uzmanlar sadece çocuğun fiziksel ve ruhsal gelişimi, aile ortamı, sosyal çevresi, eğitim durumu hakkında bilgi verebilir, çocuğun kusur yeteneğinin bulunup bulunmadığına ilişkin bir değerlendirme ise yapamaz¹¹⁹. Bu nedenle hâkim için her iki rapor da bağlayıcı değildir, gerekçesini göstermek kaydıyla hâkimin raporların aksi yönde karar vermesi mümkündür¹²⁰. SİR ile uzman hekim raporunun birbirini desteklemeyen tespitler içermesi halinde de hâkim ya da mahkeme iki raporun farklı özelliklerini göz önünde tutarak bir sonuca varmalı ve çocuğun ceza sorumluluğunun bulunup bulunmadığına ilişkin bir karar vermelidir¹²¹. Çocuk Koruma Kanunu'nun 35/1 maddesinde de bu hususta karar verilirken sosyal inceleme raporunun göz önünde bulundurulacağı yani kararın mahkemeler veya çocuk hâkimi tarafından verileceği kabul edilmiştir.

E. Değerlendirme Sonunda Verilecek Karar

Yapılan değerlendirme sonucunda çocuğun işlediği fiil sabit değil ise çocuk hakkında beraat kararı¹²², kusur yeteneğinin bulunmadığına karar verilirse CMK m.223/3-a gereğince kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilir¹²³ ve çocuklara özgü güvenlik tedbiri uygulanır. Çocuklara özgü güvenlik tedbirleri çocuğun işlediği suçun niteliği önemli olmaksızın hem kasıtlı hem de taksirli suçlar bakımından uygulanan tedbirlerdir¹²⁴.

12 yaşını doldurmamış çocuklardan farklı olarak 12-15 yaş arası ceza sorumluluğu olmayan çocuklar hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanması zorunludur. Kusur yeteneği olmayan çocuk hakkında hangi güvenlik tedbiri ya da tedbirlerinin uygulanacağına sosyal inceleme raporu dikkate alınarak karar verilmelidir¹²⁵.

Değerlendirme sonucunda çocuğun kusur yeteneğinin bulunduğuna karar verilir ise çocuk hakkında ceza verilecek ancak cezasında kanunda belirtilen oranlarda indirim yapılacaktır. TCK'nın 31/2. maddesinin çocuk hakkında her durumda hapis cezası öngörmesi Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ve sonraki Kanun niteliğinde olan Çocuk Koruma Kanunu'nun 4. maddesiyle çelişmektedir¹²⁶. Türk Ceza Kanunu kusur yeteneğine sahip 12-15 yaş arasındaki çocuklara indirimli de olsa mutlaka ceza verilmesini kabul etmekte, ceza vermeksizin çocuk hakkında güvenlik tedbiri uygulanmasını ise düzenlememektedir. Çocuk Haklarına

¹¹³ AKYÜZ, s.570.

¹¹⁴ AKYÜZ, s.52.

¹¹⁵ ÖZGENÇ, s.421-422.

¹¹⁶ AKBULUT, s.500.

¹¹⁷ ÇINAR, s.65.

¹¹⁸ AKARCA, Mehmet: "Çocukların Ceza Hukukundaki Yeri ve Çocukların Korunması" Fasikül Hukuk Dergisi, 3(19), 2011, s.5.

¹¹⁹ ÖZGENÇ, s.418; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.321; CENTEL, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK m.1-75, 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2015, s.349.

¹²⁰ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.395.

¹²¹ BALO, s.131.

¹²² CENTEL, s.349.

¹²³ ÖZGENÇ, s.419; CENTEL, s.349; ÇINAR, s.61.

¹²⁴ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.732; AKBULUT, s.807.

¹²⁵ AKBULUT, Berrin: "Ceza Mevzuatında Çocuk ve Çocukların Yakalanması, Gözaltına Alınması", Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Sayı, 19(2), 2013, s.558.

¹²⁶ ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.615; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s.369; DEMİRBAŞ, s.372, AKBULUT, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.498; AKYÜZ, s.561-562; ÇINAR, s.63; SEVÜK YOKUŞ, Handan: "Adalet Komisyonunda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısının Yaş Küçüklüğüne İlişkin 31. Maddesinin Değerlendirilmesi", Türk Ceza Kanunu Reformu, 2. Kitap, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, (74), 2004, s.193.

Dair Sözleşme m.37/2'ye göre çocuğun hapsedilmesinin en son çare olarak düşünülmesi ve uygun olan en kısa süre ile sınırlı tutulması esastır. Pekin Kuralları'nın 17. maddesinde de bu husus tekrar edilmiştir. Yine Pekin Kurallarında çocuk hakkında özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirlere çok dikkatli bir değerlendirmeden sonra son çare olarak asgari düzeyde başvurulabileceği ve belirli haller dışında çocuğun özgürlüğünün kısıtlanamayacağı kabul edilmektedir. Çocuk Koruma Kanunu da 4/i maddesinde özgürlüğü bağlayıcı kısıtlayıcı tedbirlerin ve hapis cezasının çocuklar hakkında en son çare olarak uygulanması kuralını temel ilke olarak benimsemiştir. Suça sürüklenen çocuklar hakkında özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirlerin uygulanmasının çocuğu toplumdan uzaklaştırdığı, damgaladığı ve yabancılaştırdığı belirtilmekte, çocuğun cezaevi alt kültüründen yetişkinlerden çok daha fazla ve olumsuz bir biçimde etkilendiği vurgulanmakta ve bu durumun çocuğu tekrar suç işlemeye yönelttiği belirtilmektedir¹²⁷. Çocuk ceza adaleti içerisinde temel yaklaşım çocuğu cezalandırmak değil, kademe kademe ilerleyecek şekilde korumak, önlemek ve cezalandırmak olmalıdır, bu yaklaşım ceza sorumluluğu olsa dahi çocuk hakkında cezalandırmaya başvurmadan tedbir uygulanabilmesini ya da cezanın yanında tedbir uygulanabilmesini mümkün kılmalıdır¹²⁸. Bu nedenle 31. maddenin suça sürüklenen çocuk hakkında uygulanabilecek tedbirleri ve seçilmiş cezaları da içerecek şekilde tekrar formüle edilmesi çocuk adalet sisteminin ilkeleri ile uyumlu olacaktır¹²⁹. Yine çocuk hakkında tedbire karar verilirken çocuğun yaşı ve gelişimi de dikkate alınarak ÇKK m.4/d'ye uygun bir biçimde çocuk ve ailesi bilgilendirilmeli ve karar sürecine katılımları sağlanmalıdır¹³⁰. Çocuklar hakkında yapılacak tüm düzenlemelerde Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Pekin Kuralları, Havana Kuralları, Riyad Kuralları ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi mutlaka dikkate alınmalı, çocuk haklarının etkin bir biçimde korunması sağlanmalıdır¹³¹.

Çocuklar hakkında TCK 31. madde hükmü dışında Türk Ceza Kanunu'nda, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, Adli Sicil Kanunu'nda, İnfaz Kanunu'nda ve Kabahatler Kanunu'nda çeşitli düzenlemeler yer almaktadır¹³². Çocuk hakkında getirilen bu farklılıkların nedeni kusurluluk ve kusur yeteneği değil¹³³ çocuğun rehabilite edilmesi ve topluma yeniden kazandırılması düşüncesidir.

F. Çocuklara Özgü Güvenlik Tedbirleri

Çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin neler olduğu Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmemiş, Kanun'un 56. maddesinde bu tedbirlerin neler olduğunun ve ne suretle uygulanacağını ilgili kanunda düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Çocuk Koruma Kanunu'nun 11. maddesinde ise Kanunun 5. maddesinde düzenlenen koruyucu ve destekleyici tedbirlerin suça sürüklenen ve ceza sorumluluğu olmayan çocuklar hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbiri olarak uygulanacağı kabul edilmiştir. Çocuk Koruma Kanunu'nun 5. maddesinde koruyucu ve destekleyici tedbir olarak düzenlenen danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma tedbirleri suça sürüklenen ve ceza sorumluluğu olmayan çocuklar hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbiri olarak uygulanacaktır.

Çocuklara özgü güvenlik tedbirleri ile diğer güvenlik tedbirleri arasında sağlamayı hedefledikleri amaç bakımından farklılık vardır. Güvenlik tedbirleri esas olarak toplumu tehlikeli suçlulardan korumak amacıyla uygulanmakta iken, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri çocuğu terbiye ve ıslah etmek, topluma tekrar kazandırmak, çocuğun uyum sorunlarını çözmek, anti sosyal eğilimlerini iyileştirmek amacıyla uygulanır. Çocuk suçluluğunun önlenmesi de bu tedbirlerle hedeflenen bir diğer amaçtır¹³⁴. Ceza sorumluluğu olmasa dahi çocuğun suç işlemesi hem kendi geleceği hem de toplum bakımından tehlikeli bir durumdur, çocuğun üstün yararı ilkesi gereği çocuk hakkında güvenlik tedbiri uygulanmalı ve çocuk korunmalıdır¹³⁵.

Çocuk Koruma Kanunu'na göre, her ne kadar suça sürüklenen çocuklar hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbiri olarak uygulanacak olsa da korunma ihtiyacı olan çocuklar ile suça sürüklenen çocuklar hakkında uygulanacak olan tedbirler aynıdır¹³⁶. Ancak anılan tedbirler suça sürüklenen çocuğun korunması, eğitilmesi, ıslah edilmesi ve tekrar suç işlemesinin önlenmesi bakımından yeterli değildir¹³⁷. Eğitim tedbiri hariç diğer tedbirler çocuk on sekiz yaşını tamamladığında sona ermektedir, uygulamada kimi durumlarda

¹²⁷ SEYMAN, Mehmet: "Çocukları Suça Sürükleyen Nedenlerden Biri Olarak Aile ve Koruma Mekanizmalarının Yetersizliği", in Sözüer, Adem (ed), Çocuk(ça) Adalet, Tebliğler- 3. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali, Cilt 1, Adalet Yayınevi, İstanbul 2015, s.24; CANKURTARAN ÖNTAŞ/BAYKARA ACAR, s.30-31; KARATAŞ/MAVİLİ, s.1036; YAVUZER, s.268.

¹²⁸ AKBULUT, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.499.

¹²⁹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s.369; SEVÜK YOKUŞ, s.192.

¹³⁰ AKBULUT, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.499.

¹³¹ YENİSEY, Feridun: "Genç Ceza Hukukunun Yeniden Yapılandırılması Hakkında Bazı Düşünceler", Çocuklar ve Suç-Ceza Karşılaştırılmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4, Ord.Prof.Dr.Sulhi Dönmezer'in Değerli Hatırasına Armağan, Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s.43.

¹³² Bkz. TCK m.50/3, TCK m.51/1, TCK m.53/4, TCK m.58/5, TCK m.66-68, YGİY m.19, ÇKK m.21, CMK m.102/5, ÇKK m.19/2, ÇKK m.17, ÇKK m.26/4, CMK m.150/2, CMK m.187/2, CMK m.253/1-c, Kabahatler Kanunu m.11/1, CGTİHK m.11.

¹³³ ÖZGENÇ, s.421.

¹³⁴ ASLAN, Beşir: Ceza Hukukunda Yaş Küçüklüğü, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, s.145-146; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.732.

¹³⁵ ŞENSOY, s.602.

¹³⁶ AKARCA, s.8.

¹³⁷ AKYÜZ, s.561-562.

soruşturma ve kovuşturmanın uzun sürmesi nedeniyle yargılama tamamlanmadan çocuğun 18 yaşını bitirdiği ve tedbirlerin uygulanması olanağının ortadan kalktığı da görülmektedir¹³⁸. Kanımızca çocuk ceza adaletinin amaçları dikkate alınarak suça sürüklenen çocuk hakkında korunma ihtiyacı altında olan çocuklar hakkında uygulanan tedbirlerden ayrı olarak onlara özel, eğitici, destekleyici tedbirlerin getirilmesi ve hassasiyetle uygulanması gerekmektedir¹³⁹. Çocukları etkin bir biçimde koruyabilmek için güvenlik tedbirlerinin ve infaz rejiminin çocuğa özgü olarak düzenlenmesi özellikle önemlidir¹⁴⁰.

Çocuklara özgü güvenlik tedbirleri oluşturulurken tedbirler arasında bir öncelik sonralık ilişkisi kurulabileceği, ilk aşamada belirli tedbirlerin uygulanıp bunların yetersiz kaldığı durumlarda ise ikinci aşama tedbirlerin uygulanmasına geçilebileceği, ancak tedbirlerin işe yaramadığı anlaşıldığında ise çocuk hakkında dava açılıp doğrudan ceza verilebileceği ileri sürülmektedir¹⁴¹. Çocuk ceza adaletine hâkim olan temel ilkelerden birisi olan suç işlediği şüphesi olan çocuklar hakkında adli kovuşturma olmaksızın önlem alınması ilkesine de böyle bir tutum uygun olacaktır. Modern çocuk ceza adaleti anlayışında çocuk hakimine dava açılmadan da çocuk hakkında ıslahına ve eğitimine yönelik tedbir kararı uygulama olanağı verilmelidir¹⁴². Mevcut sistemimizde yer alan kamu davasının açılmasının ertelenmesi ve uzlaştırma kurumları bu ilke kapsamında değerlendirilse de yeterli değildir, çocuk hakiminin yetkileri artırılarak dava açılmadan önce tedbirlerin uygulanmasının mümkün kılındığı, tedbirlerin sonuca ulaşmadığında ise çocuk hakkında dava açılabilirdiği bir sistemin kurulması çocuk koruma hukuku ilkeleriyle uyumlu olacaktır¹⁴³.

Çocuk Koruma Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen koruyucu ve destekleyici tedbirler 12 yaşını doldurmamış çocuklar, kusur yeteneğine sahip olmayan 12 yaşını doldurmuş ancak 15 yaşını doldurmamış çocuklar ve kusur yeteneğine sahip olmayan 15 yaşını doldurmuş ancak 18 yaşını doldurmamış sağır ve dilsiz çocuklar hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbiri olarak uygulanır. Suça sürüklenen çocuk aynı zamanda akıl hastası ise ÇKK m.12 gereği birinci ve ikinci yaş grubu çocuklar hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbiri olarak yine 5. maddede düzenlenmiş olan koruyucu ve destekleyici tedbirler uygulanır. 15-18 yaş grubundaki çocuk aynı zamanda akıl hastası ise artık akıl hastası çocuk hakkında TCK da düzenlenen akıl hastalığına özgü güvenlik tedbirleri uygulanacaktır.

Burada sorun ÇKK'nin 5. maddesinde belirtilen tedbirlerin ceza sorumluluğu bulunan suça sürüklenen çocuk hakkında uygulanıp uygulanamayacağı noktasında çıkmaktadır. TCK m.31/2 gereği işlediği fiil bakımından kusur yeteneğine sahip olan çocuk hakkında sadece indirimli ceza verilecek ayrıca çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanamayacaktır, kusur yeteneğine sahip olmayan çocuk hakkında ise tek başına çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanmasına karar verilecektir¹⁴⁴. Kanundaki açık düzenleme gereği çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin ceza yanında uygulanması mümkün değildir, bunlar tek başına uygulanabilen güvenlik tedbirleridir¹⁴⁵. Fakat onarıcı ceza adaleti anlayışı gereği çocuğu iyileştirebilmek için 31. maddedeki sadece indirimli ceza verilmesini olanaklı kılan düzenleme değiştirilmeli, kusur yeteneği bulunan suça sürüklenen çocuk hakkında ceza yerine tedbir uygulanması veya ceza ile birlikte tedbir uygulanması da mümkün olmalıdır¹⁴⁶. 12-15 yaş arası çocukların kusur yeteneğinin bulunup bulunmadığının tespitinin büyük zorluk teşkil ettiği, yanılma payının her zaman olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bu çocuklar hakkında kusur yeteneği olsa dahi hapis cezasına hükmedilmesi son seçenek olacak şekilde bir düzenleme yapılmalıdır¹⁴⁷.

Çocuk Koruma Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen tedbirler aynı zamanda hiç suç işlememiş sadece korunma ihtiyacı altında olan çocuk hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir olarak uygulanabilen tedbirlerdir. Yani aynı tedbirler hem korunma ihtiyacı altında olan çocuk hakkında hem de suça sürüklenen çocuk hakkında uygulanabilmekte, sadece korunma ihtiyacı altında olan çocuk hakkında uygulanırken koruyucu ve destekleyici tedbir olarak, suça sürüklenen çocuk hakkında uygulanırken ise çocuklara özgü güvenlik tedbiri olarak uygulanmaktadır.

Çocuğun özgürlüğünü kısıtlama sonucunu doğurmayan, koruyucu ve destekleyici tedbir olarak uygulandığında adli sicile işlemeyen, medeni ve sosyal yanı ağır basan bu tedbirlerin çocuğun lehine olduklarına şüphe bulunmamaktadır¹⁴⁸. ÇKK m.5 de düzenlenen tedbirler aslında bir suç karşılığında uygulanması için değil çocuğun ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla getirilmiş çocuğun korunmasını ve desteklenmesini esas alan tedbirlerdir¹⁴⁹. Koruyucu ve destekleyici tedbirler, yaptırım niteliği olmayan, çocuğun işlediği bir haksız fiil ya da suç olmaksızın sadece çocuğun korunma ihtiyacı olduğu için hükmedilebilen tedbirlerdir. Yani tedbire hükmedilmesinin nedeni sadece çocuğun korunma ihtiyacı içerisinde olmasıdır. Koruyucu ve destekleyici tedbir kararları hâkim kararı niteliğinde olan ve kural olarak

¹³⁸ AKYÜZ, s.561-562; AKARCA, s.9.

¹³⁹ AYDIN, Türkiye'de Çocuk Mahkemeleri Kurulmalıdır!, s.65-67.

¹⁴⁰ BAYRAKTAR, Köksal: "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Çocuklarla İlgili Hükümlere Genel Bir Bakış", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 25-26, 2005-2006, s.59.

¹⁴¹ AKBULUT, Ceza Mevzuatında Çocuk ve Çocukların Yakalanması, Gözaltına Alınması, s.554.

¹⁴² AKBULUT, s.554.

¹⁴³ AKBULUT, s.553; AYDIN, s.72.

¹⁴⁴ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.616.

¹⁴⁵ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.964.

¹⁴⁶ AKBULUT, s.553.

¹⁴⁷ ÇINAR, s.64.

¹⁴⁸ BALO, s.201-204.

¹⁴⁹ ASLAN, s.145.

duruşmasız olarak verilen kararlardır. Çocuğun korunması, maddi ve manevi olarak desteklenmesi amacıyla yönelik olarak uygulanan bu tedbirler alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlısı çocuklar hakkında verilen sağlık tedbiri kararı hariç devlet zoru ile yerine getirilmezler. Çocuklara özgü güvenlik tedbirleri ise gerektiğinde zor kullanılarak infaz edilebilir¹⁵⁰.

Suçta sürüklenen çocuk hakkında işlemiş olduğu fiil dolayısıyla karar verilirken özel önleme amacına uygun bir biçimde çocuğun yüksek yararı ilkesi her zaman dikkate alınmalıdır¹⁵¹. Çocuğun yüksek menfaati ilkesi gereği gerek soruşturma ve kovuşturma gerekse de infaz sürecinde suçta sürüklenen çocuk hakkında bu tedbirlerin çocuklara özgü güvenlik tedbiri olarak değil ancak koruyucu ve destekleyici tedbir olarak uygulanması kanımızca mümkündür. Böyle bir yaklaşım Türkiye'nin taraf olduğu ve Anayasa'nın 90. maddesi gereği mevzuatımızın bir parçası olan Çocuk Haklarına Dair Sözleşme hükümlerine de uygun olacaktır. Ancak Yargıtay yerleşik uygulamasında kusur yeteneği olan çocuk hakkında ÇKK'nin 5. maddesindeki tedbirlerin uygulanmasına karar verilmesi halinde bozmaya hükmetmektedir¹⁵².

Çocuk Koruma Kanunu'nun 4. maddesinde çocuk haklarının korunması amacıyla Kanunun uygulanmasında kabul edilen ilkeler düzenlenmiştir. Bu ilkeler sadece suçta sürüklenen çocuklar bakımından değil Kanun'un kapsamında olan tüm çocuklar için kabul edilen ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'de yer alan hükümlerle de uyumlu olan ilkelere dir. 5. maddede yer alan tedbirlerin gerek koruyucu ve destekleyici tedbir olarak gerekse de çocuklara özgü güvenlik tedbiri olarak uygulanmasında bu ilkeler esas alınmalıdır. 5. maddede ilgili tedbirlerin "çocuk" hakkında uygulanacağı belirtilmiş, korunma ihtiyacı içerisinde olan çocuk veya suçta sürüklenen çocuk şeklinde bir ayrıma gidilmemiştir. Dolayısıyla suçta sürüklenen çocuk hakkında da koruyucu ve destekleyici tedbirlerin uygulanması mümkündür. Koruyucu ve destekleyici tedbirler hem korunma ihtiyacı içerisinde olan çocuk hakkında hem de korunma gereksinimi olduğu takdirde suçta sürüklenen çocuk hakkında uygulanabilir¹⁵³. Yani bu tedbirler korunma ihtiyacı altında olan çocuklar hakkında, hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan suçta sürüklenen çocuklar hakkında "koruyucu ve destekleyici tedbir" olarak uygulanabilir¹⁵⁴.

Çocuk Koruma Kanununun 3. maddesindeki korunma ihtiyacı olan çocuk ve suçta sürüklenen çocuk tanımlarının içerisinde hakkında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunan çocuğun bulunmadığı, bu nedenle de bu çocuklar hakkında koruyucu ve destekleyici tedbirlerin uygulanamayacağı ileri sürülmüştür¹⁵⁵. Ancak bizce korunma ihtiyacı olduğu takdirde hakkında kesinleşmiş mahkûmiyet hükmü olan çocuğun korunma ihtiyacı olan çocuk olarak kabul edilmesinde kanuni bir engel yoktur. Aksi bir kabul çocuklar arasında bir eşitsizliğe neden olacak ve bu da temel ilkelere aykırılık yasağına aykırılık teşkil edecektir. Her ne kadar hapis cezasına mahkûm edilen çocukların devlet tarafından infaz aşamasında koruyucu ve destekleyici tedbirlerin uygulanmasına benzer şekilde destekleneceği söylenebilir ise de adli para cezasına mahkûmiyet halinde ihtiyacı olduğu halde çocuk hakkında koruyucu ve destekleyici tedbirlerin uygulanmaması çocuk haklarına aykırı olarak çocuğun aleyhine olacaktır. Hakkında hapis cezasına veya adli para cezasına mahkûm olan çocukların diğer çocuklar kadar hatta kimi durumlarda daha fazla korunma ihtiyacı içerisinde olduğu açıktır¹⁵⁶. Yine de uygulamada açıklık olması için hükmün hakkında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı olan çocukları alacak şekilde genişletilmesi yerinde olacaktır¹⁵⁷.

Çocuk hakkında hükmolunan hapis cezası infaz edilirken çocuklara ilişkin infaz rejimi uygulanır. CGTİHK m.11/4 de çocuk kapalı ceza infaz kurumlarında çocuklara eğitim ve öğretim verilmesi ilkesine tam olarak uyulacağı düzenlenmiştir. Çocuk eğitim evlerine ilişkin 15. maddede de ise çocuk hükümlülere ilişkin cezaların çocukların eğitilmeleri, meslek edinmeleri ve yeniden topluma bütünleştirilmeleri amaçları güdülerek yerine getirildiği hüküm altına alınmıştır. 15. maddenin gerekçesinde ise çocuk eğitim evleri "çocukların temel gereksinimlerini karşılayabilecekleri, sahip oldukları yetenekleri eksiksiz biçimde kullanabilmelerini sağlayacak bilgi, beceri ve alışkanlıkları kazanabilecekleri yerler" olarak ifade edilmiştir. Bu düzenlemeler dolayısıyla ceza infaz kurumunda bulunan çocukların ihtiyaçlarının devlet tarafından zaten karşılandığı ve koruyucu ve destekleyici tedbirlerin bu çocuklar hakkında uygulanmasının gerekli olmadığı ileri sürülebilir. Ancak infaz rejimi dolayısıyla sadece belli ağırlıkta suçları işleyen çocuklar için infaz kurumunda bulunma söz konusu olabilir. Kısa süreli hapis cezası adli para cezasına veya seçenек tedbirlere çevrilen, hapis cezası ertelenen, adli para cezasına mahkûm olan ve hakkında ceza mahkûmiyetine karar

¹⁵⁰ TOPALOĞLU, Mahir: Türk Hukukunda Çocuklara Özgü Güvenlik Tedbirleri, Legal Yayıncılık, İstanbul 2010, s.67-70.

¹⁵¹ SEVÜK YOKUŞ, Handan: Uluslararası Sözleşmelerdeki İlkeler Açısından Çocuk Suçluluğu ile Mücadelede Kurumsal Yaklaşım, Beta Yayınevi, İstanbul 1998, s.100.

¹⁵² "Bu Kanunda düzenlenen koruyucu ve destekleyici tedbirler, suçta sürüklenen ve ceza sorumluluğu olmayan çocuklar bakımından, çocuklara özgü güvenlik tedbiri olarak anlaşılır." hükmü karşısında; hırsızlık suçundan mahkûm olan sanık hakkında uygulama koşulları bulunmadığı halde, ayrıca 5395 sayılı Çocuk Koruma Yasasının 5. maddesi uyarınca tedbir kararı verilmesi bozmayı gerektirmiş, sanık İ. Ş.. müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmesi olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı istem gibi BOZULMASINA" Yargıtay 2.CD, 04.04.2013, E.2012/22302, K.2013/7106, benzer yönde Yargıtay 2.CD, 19.11.2013, E.2012/3026, K.2013/26998, Yargıtay 6.CD, 20.01.2014, E.2011/15378, K.2014/576, Lexpera İçtihat Programı, (Erişim: 12.6.2022).

¹⁵³ TOPALOĞLU, s.67, 69.

¹⁵⁴ ÇINAR, s.88; TOPALOĞLU, s.74.

¹⁵⁵ TOPALOĞLU, s.69.

¹⁵⁶ TOPALOĞLU, s.75.

¹⁵⁷ TOPALOĞLU, s.69, 75.

verilmekle birlikte infaz kurumuna girme sonucu doğmayan çocuk hakkında yukarıda anılan hükümlerin uygulanması mümkün değildir. Oysa bu çocukların da devlet tarafından desteklenmesi ve gereksinimlerinin karşılanması gereklidir. Bu çocuklar hakkında ceza ile birlikte ihtiyaç duyduğu örneğin eğitim ya da danışmanlık tedbirinin uygulanamaması hem eşitlik ilkesine hem de çocuğun çıkarlarına aykırılık oluşturmaktadır. Bu nedenle ceza mahkumiyetine mahkûm olsa dahi çocuğun gereksinimlerinin karşılanmasını sağlayacak şekilde çocuk hakkında koruyucu ve destekleyici tedbirlere hükmedilebilmesi kanunen mümkün olmalıdır.

IV. SONUÇ

Onarıcı adalet anlayışının hâkim olduğu çocuk ceza adaleti; içerisinde buldukları hassas evre nedeniyle çocuklara yetişkinlerden farklı bir yargılama sistemi kurulmasını ve çocuk yargılamasına özgü makam, usul ve yasaların oluşturulmasını gerektirmektedir. Çocuk yargılamasında öncelikli amaç çocuğun üstün yararının gözetilmesi, iyileştirilmesi, yeniden suç işlemesinin önlenmesi ve toplumla bütünleştirilmesidir. Türk ceza hukuku bakımından 12-15 yaş arası çocukların cezai sorumluluğunun değerlendirilmesinde çocuğun kusur yeteneğinin tespiti çok büyük önem arz etmektedir. Bu değerlendirmenin sağlıklı yapılabilmesi için çocuk hakkında sosyal inceleme raporu ve uzman hekim raporu hazırlanması ve bu raporlar ışığında çocuğun en yararına olacak kararın verilmesi gereklidir. Ancak özellikle sosyal inceleme raporu gerekliliğinin Kanun'da değil Yönetmelik'te düzenlenmiş olması sıkıntılı durumlara neden olabilmektedir. Uluslararası kabul gören ilkelere uygun biçimde sadece 12-15 değil tüm yaş grubu çocukların cezai sorumluluğunun belirlenmesinde SİR düzenletilmesi kanuni bir zorunluluk olmalıdır.

Çocuğun yargısal mekanizmanın içerisine sokulmaması sağlanmaya çalışılmalı, öncelikle uzlaşma ve kamu davasının açılmasının ertelenmesi gibi kurumlara başvurulmalı, bu kurumların çocuklar için uygulanabilirliği artırılmalı, mecburilik ilkesinin istisnaları çocuklar bakımından genişletilmelidir. TCK'nın 31. maddesi hükmünün çocuk hakkında sadece indirimli ceza verilmesini mümkün kılması çocuk adaleti ilkelerine aykırılık teşkil etmektedir. Hüküm tekrar kaleme alınmalı ve ceza sorumluluğu olduğuna karar verilen çocuklar hakkında aşamalı bir sistem getirilmelidir. Bu sistem içerisinde kasten öldürme gibi bazı suçlar istisna tutularak ceza sorumluluğu olan çocuk hakkında öncelikli olarak tedbir uygulanması, bu tedbirlerin etkisiz olduğunun anlaşıldığı durumlarda ise indirimli cezaya hükmedilmesinin yolu açılmalı, özgürlüğü bağlayıcı cezaya hükmedilip hükmedilmemesine ilişkin çocuk hakimine daha çok takdir yetkisi tanınmalıdır. Çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin sadece kusur yeteneği olmayan çocuklar hakkında değil ceza sorumluluğu olan çocuklar hakkında da tek başına ya da ceza ile birlikte uygulanması olanaklı hale getirilmelidir.

Çocukların ihtiyaçlarına ve menfaatlerine uygun, konuyla ilgili çocuk psikiyatrisi, psikiyatri, pedagoji, sosyoloji, kriminoloji vb. bilimlerinin verileri dikkate alarak çocuklara özgü yeni güvenlik tedbirleri üretilmeli ve çocuk hakkında içinde bulunduğu duruma göre en uygun tedbirin uygulanması sağlanmalıdır. Yine çocuklara özgü güvenlik tedbirleri içerisinde de aşamalı bir sistem getirilmesi, öncelikle daha hafif birinci derece tedbirlerin çocuk hakkında uygulanması, bu tedbirler işe yaramadığı ya da yaramayacağı baştan anlaşıldığı takdirde ikinci derece tedbirlere başvurulması çocuğu suçtan uzaklaştırma ve topluma bütünleşmesini sağlamada faydalı olabilir.

KAYNAKÇA

- AKARCA, Mehmet: "Çocukların Ceza Hukukundaki Yeri ve Çocukların Korunması", Fasikül Hukuk Dergisi, 3(19), 2011, s.26-36.
- AKBULUT, Berrin: "Ceza Mevzuatında Çocuk ve Çocukların Yakalanması, Gözaltına Alınması", Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Sayı, 19(2), 2013, s.541-586.
- AKBULUT, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, İstanbul 2016.
- AKÇO, Seda: "Çocuklar İçin Özel Bir Adalet Sistemi", Çoluk Çocuk Dergisi, (50), 2005, s.32-36.
- AKYÜZ, Emine: Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması, 2. Baskı, Pegem Akademi, Ankara 2013.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN M.Emin/ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- ASLAN, Beşir: Ceza Hukukunda Yaş Küçüklüğü, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012.
- AYDIN, Murat: "Türkiye'de Çocuk Mahkemeleri Kurulmalıdır!", in Sözüer, Adem (ed), Çocuk(ça) Adalet, Tebliğler- 3. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali, Cilt 1, Adalet Yayınevi, İstanbul 2015, s.51-75.
- AYDIN, Murat: "Suça Sürüklenen Çocuklara Yönelik Alternatif Yaptırımlar", in Uludağ Şener (ed), Risk Altında ve Korunması Gereken Çocuklar Uluslararası Sempozyumu, Polis Akademisi Yayınları, Ankara 2009, s.163-182.
- AYDOĞDU, Halil İlhan/ASKAY, Mehmet/KIRCIL, Güven Seçkin/ÖZER, Erdal: "Çocuklarda Cezai Sorumluluğun Değerlendirilmesi", Klinik Tıp Aile Hekimliği Dergisi, 9, (4), 2017, s.15-18.
- BALO, Yusuf Solmaz: Çocuk Ceza Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015.
- BARTOLLAS, Clemens/SCHMALLEGER, Frank: Çocuk Suçluluğu, (Çeviri Editörleri: Didem Yücel, Burak Gönültaş), 9. Basıdan Çeviri, Nobel Yayınevi, Ankara 2017.
- BAYRAKTAR, Köksal: "Yeni Türk Ceza Kanununda Çocuklarla İlgili Hükümlere Genel Bir Bakış", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 25-26, 2005-2006, s.45-59.
- BAYTEMİR KONTACI, Burcu: "Çocuklar Bakımından Uzlaştırma: Farklı Yararlar Arasında Bir Denge Arayışı" Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 69(4), 2020, s.1705-1772.
- BİRTEK, Fatih: Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- CANKURTARAN ÖNTAŞ, Özlem/BAYKARA ACAR, Yüksel: "Türkiye'de Çocuk Suçluluğu Olgusu", Çoluk Çocuk

- Dergisi, (50), 2005, s.26-31.
- CENDEL, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK m.1-75, 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2015.
- CENDEL, Nur, /ZAFER, Hamide/YENERER ÇAKMUT, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2017.
- ÇINAR, Ali Rıza: Çocuk Ceza Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, İstanbul 2021.
- DOĞAN, Koray: Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkudan Sanık Yararlanırlar İlkesi “in dubio pro reo”, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2022.
- DÖNMEZ, Burcu: Çocuk Yargılaması, Ceza Muhakemesi Hukukunda Çocuklara Özel Soruşturma ve Kovuşturma Usulleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- GEDİK, Doğan: Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- GRASSİNGER, Gülçin Elçin: Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009.
- GÜNER, Halil: “Çocuk Sanıklarda Taksirin ve Bilinçli Taksirin Uygulanabilirliği”, Terazi Hukuk Dergisi, 9(100), Aralık 2014, s.507-522.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 2015.
- KARATAŞ, Zeki/MAVİLİ, Aliye: “Çocuk Adalet Sisteminde Suça Sürüklenen Çocuklara Yönelik Uygulamalarda Karşılaşılan Sorunlar”, Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi, (45), 2019, s.1013-1044.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- KURT, Sevil Lale: “Çocuk Haklarına İlişkin Temel Uluslararası Belgeler ve Türkiye Uygulaması”, Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi, (36), 2016, s.99-127.
- OZANSOY, Cüneyt: “Öznesini Arayan Nesnelere: Çocuk ve Çocuk Hakları” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (1), 1999, s.39-62.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAĞSIZ, Pınar: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- ÖZDEMİR, Hayrünisa/RUHİ, Ahmet Cemal: Çocuk Hukuku, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- SARUÇ, Semra/KAYMA GÜNEŞ, Derya: “Suça Sürüklenen Çocuklar Hakkında Hazırlanan Sosyal İnceleme Raporlarının Mahkeme Kararlarına Etkisi”, Toplum ve Sosyal Hizmet, 25(1), 2014, s.109-132.
- SEROZAN, Rona: Çocuk Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.
- SEVÜK YOKUŞ, Handan: “Adalet Komisyonunda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısının Yaş Küçüklüğüne İlişkin 31. Maddesinin Değerlendirilmesi”, Türk Ceza Kanunu Reformu, 2. Kitap, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, (74)2004, s.185-199.
- SEVÜK YOKUŞ, Handan: Uluslararası Sözleşmelerdeki İlkeler Açısından Çocuk Suçluluğu ile Mücadelede Kurumsal Yaklaşım, Beta Yayınevi, İstanbul 1998.
- SEYMAN Mehmet: “Çocukları Suça Sürükleyen Nedenlerden Biri Olarak Aile ve Koruma Mekanizmalarının Yetersizliği”, in Sözüer, Adem (ed), Çocuk(ça) Adalet, Tebliğler- 3. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali, Cilt 1, Adalet Yayınevi, İstanbul 2015, s.3-51.
- TOPALOĞLU, Mahir: Türk Hukukunda Çocuklara Özgü Güvenlik Tedbirleri, Legal Yayıncılık, İstanbul 2010.
- ULUĞTEKİN, Sevda: Çocuk Mahkemeleri ve Sosyal İnceleme Raporları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:71, Ankara 2004.
- ULUĞTEKİN, Sevda/BAYKARA ACAR, Yüksel/CANKURTARAN ÖNTAŞ, Özlem: “Çocuk Adalet Sisteminde Sosyal İnceleme Raporları (SİR) ve Gözetim Raporlarının Yeri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (53), 2004, s.35-44.
- ÜMİT ATILGAN, Eylem: Mekândan İmkana Çocuk Suçluluğunun Habitusu Ceza Ehliyeti İlişkisi, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2007.
- YAVUZER, Haluk: Çocuk ve Suç, Remzi Kitabevi, İstanbul 2016.
- YAYLA, Mehmet: Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat ve Şüphe, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- YENİSEY, Feridun: “Genç Ceza Hukukunun Yeniden Yapılandırılması Hakkında Bazı Düşünceler”, Çocuklar ve Suç-Ceza, Karşılaştırılmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 4, Ord.Prof.Dr.Sulhi Dönmez’in Değerli Hatrasına Armağan, Seçkin Yayınları, Ankara 2005.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Bilgehan SAVAŞCI TEMİZ, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Bilgehan SAVAŞCI TEMİZ who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors' Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnULR in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.

ÇEVRENİN KİRLLETİLMESİ SUÇUNDA KAMU GÖREVLİSİNİN CEZA SORUMLULUĞU

CRIMINAL LIABILITY OF A PUBLIC OFFICER FOR OFFENSE OF CONTAMINATION OF THE ENVIRONMENT

Meral BALCI* 

Makale Bilgi

Gönderi: 23/05/2022
Kabul : 03/05/2023

Anahtar Kelimeler

Çevre Suçu,
Kamu Görevlisi,
Garantör.

Article Info

Received: 23/05/2022
Accepted: 03/05/2023

Keywords

Environmental Offense,
Public Officer,
Guarantor.

Özet

Çevreye karşı gerçekleştirilen hukuka aykırı fiiller, günümüzde ceza hukuku boyutuyla da önem taşımaktadır. Çevrenin korunmasında idare hukukunun önceliğinin bulunması, bu alanda ceza hukukunun kapsamının belirlenmesi bakımından etki etmektedir. Çevre suçları, çevre ceza hukukunun idari bağıllığı nedeniyle klasik suç tiplerinden farklılık göstermektedir. Çevre suçunun tipikliğinde idare hukuku temeline dayanan yükümlülük veya gerekliliklere atıf yapılması nedeniyle, çevre suçlarının değerlendirilmesinde idare hukuku esaslarının göz ardı edilmesi söz konusu değildir. Özellikle kamu görevlilerinin üçüncü kişilerin çevreye zararlı davranışları nedeniyle cezai sorumluluğu sorunu çevre ceza hukukunun önemli meselelerinden biridir. Çevreye karşı gerçekleştirilen müdahalelerin genellikle izin veya ruhsat şartına bağlı olması, çevre suçlarında bu izni veya ruhsatı veren kamu görevlisinin sorumluluğunun belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır. Bu bağlamda çevre suçlarında ilgili kamu görevlisinin kasten hatalı ve fakat geçerli bir izin vermesi ile verdiği hukuka aykırı izin veya ruhsatı geri almada ihmal göstermesi ön plana çıkmaktadır. Belirtilen konular, çalışmanın eksenini oluşturmaktadır ve çalışmada büyük ölçüde Alman doktrininde konuya ilişkin ileri sürülen görüşlerden yararlanılacaktır. Bununla birlikte kamu görevlisinin idare hukuku temelinde sorumluluğuna ilişkin inceleme yapılmayacaktır.

Abstract

Unlawful acts against the environment are also important in terms of criminal law in the recent times. The priority of administrative law in the protection of the environment has an impact on determining the scope of criminal law in this area. Environmental offenses distinguish from classical offense types owing to the administrative dependence of environmental criminal law. Due to the reference to obligations or requirements based on administrative law in the typicality of environmental offenses, it is not possible to ignore the principles of administrative law in the evaluation of environmental offenses. Especially the problem of criminal liability of public officer due to the unlawful acts of third person to the environment is one of the important issues of environmental criminal law. The fact that the interventions against the environment are generally dependent on permission or license is important in terms of determining the responsibility of the public officer who give this permission or license in environmental offenses. In this context, in environmental offenses, the relevant public officer's intentionally erroneous but valid permit and omission in taking back the unlawful permit or license public officer has given come to the fore. The mentioned subject constitutes the axis of this paper and in this paper, it will be benefited largely from the views put forward in the German doctrine on the subject. However, no examination will be made regarding the responsibility of the public officer on the basis of administrative law.



Bu eser [Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır.

*Dr. Öğr. Üyesi., Bursa Uludağ Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** BALCI Meral, "Çevrenin Kirlenmesi Suçunda Kamu Görevlisinin Ceza Sorumluluğu", InÜHFD, 14(1), 2023, s.260-273.

İntihal | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

Environmental protection is ensured by legal regulations. It is possible to say that administrative law has priority in this field. Criminal law carries out subsidiary function. Administrative dependence is important in the protection of the environment within the framework of the integrity of the legal order. The protection of the environment within the scope of criminal law, which started to gain more importance in the 1970s–1980s, also affects the Turkish Penal Code No. 5237. Especially, the effect of criminal law should not be ignored in terms of long-term environmental pollution. Countries now regulate unlawful acts against the environment, known and accepted as offenses within the framework of criminal law. For example, the Turkish Penal Code includes a section on offenses against the environment. In this section, there are offenses such as intentional pollution of environment (TPC art. 181), negligent pollution of environment (TPC art. 182), causing noise (TPC art. 183) and causing zoning pollution (TPC art. 184). All kinds of unlawful acts against the environment cannot be considered as an offense. In this context, first of all, since the criminal law is last resort, other sanctions will be applied. The inadequacy of alternative solutions in the struggle against environmental law violations has caused most legal systems to turn toward criminal law. In addition, due to the administrative dependence of environmental criminal law, it is necessary to take into account the adherence to the principles of administrative law in the examination of environmental offenses. For this reason, environmental offenses distinguish from classical crime types such as murder and theft.

The scope of this paper is limited to the situations that arise the criminal responsibility of the public officer in the context of environmental pollution in environmental criminal law. There will be no examination regarding the responsibility of the public officer on the basis of administrative law. In this paper, the German Environmental Criminal Law has been examined because the views put forward in the German doctrine on the subject matter are important. First of all, the legal nature of the offense of environmental pollution has been examined. It is important to determine whether the offense of polluting the environment is an offense committed by anyone or a specific offense. In this paper, it was concluded that the offense of polluting the environment is an offense that can be committed by anyone. Moreover, the effect of the license or permission given by the public officer on the offense has been examined. It has been concluded that the permission, which is valid in the sense of administrative law, has an effect that rules out the unlawfulness of the act in the context of criminal law.

Authorities involved in environmental management are authorized to issue licenses or permits. As a result of this, third person can carry out the activities of polluting the environment in accordance with the law within the framework of the relevant administrative legislation. In this context, the criminal liability of public officers have a place in two situations. In the first place, the public officer causes the pollution of the environment by giving legally erroneous/faulty license or permit (in German: fehlerhaft erteilter Genehmigung). Secondly, it causes pollution of the environment by omitting its obligations arising from environmental law. The mentioned situations were examined separately in this paper. The public officer carries out an active conduct in the crime of polluting the environment, together with giving the erroneous permission. In this situation, it is important whether the person who obtained the permission acted intentionally or not. If the person who obtained the permission acts intentionally, it is necessary to consider whether the public officer fulfills the conditions of co-perpetrator (in German: Mittäter). If the public officer cannot be accepted as a co-perpetrator, the act of the public officer will be considered within the scope of secondary participant. Here, it should be considered whether there is an obstacle arising from the principle of accessory (TPC art. 40). If the person who obtained the permission does not act intentionally or is in error, the public officer should be considered the indirect perpetrator.

A public officer may cause pollution of the environment by omitting in violation of his authority, duties or obligations. There is no clear regulation in the Turkish Penal Code that environmental offenses can be committed through omission. As a result, it would be contrary to the principle of legality to evaluate the responsibility of the public officer in this context. For this reason, it should be taken into account that environmental offenses are dependent on administrative law due to their structural characteristics. The public officer has the obligation of surveillance and control arising from the relevant legislation over the enterprises posing a threat to the environment. There is need for a regulation to punish the person who omits this obligation and thus causes danger to the environment by violating the relevant regulation in the Turkish Penal Code.

I. GİRİŞ

Çevre kirliliği, neredeyse fark edilmeden ancak sürekli şekilde gerçekleşmektedir. Söz konusu durum, böyle bir kirliliğin çevrenin emebileceği türden bir kirlilik olduğu yönünde toplumda yanlış algı oluşmasına sebebiyet vermekte ve çevrenin korunmasının geri planda kalmasına yol açmaktadır. Bunun yanı sıra sanayileşmenin ve teknolojik gelişmelerin de etkisiyle çevrenin korunmasının genel bir sosyal ilerleme meselesi olduğu kabulü¹ çevreye yönelik ceza hukuku müdahalesinin ancak yakın zamanda karşılık bulabilmesine neden olmuştur. Ayrıca çevre ceza hukukunun idare hukukuna bağlılığı nedeniyle ceza hukukunun göz ardı edilmemesi veya etkisiz hale gelmemesi için gerekli önlemlerin alınmasına yönelik talep de daha fazla gündem olmaya başlamıştır². Konuyla ilişkili olarak çevrenin korunması kapsamında ceza hukuku korumasının idare hukukunun uygulama alanının dışında kalan durumlar ile sınırlandırılması gerektiğine yönelik çaba, beraberinde bazı problemleri getirmektedir. Bu bağlamda çevre alanında yer alan resmi makamlar adına hareket eden kamu görevlilerinin³ cezai sorumluluğu konusu önem taşımaktadır. Yetkili kamu görevlisi, resmi olarak geçerli olan izni vererek, çevre kirliliği konusunda belirleyici kararı vermekte ve özellikle hatalı ve fakat geçerli izin (*fehlerhaft erteilter Genehmigung*) ile birlikte izni alan kişiyi, davranışını kirlilik yasağına uyumlu hale getirme gereğinden kurtarmaktadır⁴. Bu nedenle kamu görevlilerinin üçüncü kişilerin çevreye zararlı davranışları nedeniyle cezai sorumluluğu sorunu çevre ceza hukukunun önemli meselelerinden birini teşkil etmektedir.

Çevrenin korunmasının, bir yönüyle çevre yönetimine ilişkin idari kurumların çalışma yöntemlerine ve karar verme stratejilerine bağlı olması sebebiyle kamu görevlilerinin bu alandaki hukuka aykırı fiillerinin ceza hukuku kapsamına girip girmediği ve yasal reformları zorunlu kılan eksikliklerin olup olmadığı tartışma konusudur. Bununla bağlantılı olarak sadece idare hukuku önlemlerinin yeterli olmadığına, bunun yanı sıra çevreye yönelik gerçekleşen ağır zarar verme durumları bakımından kamu görevlilerinin vermiş oldukları hatalı izin veya ruhsatların cezai açıdan da karşılık bulmasına yönelik düzenlemelerin gerekliliğine dikkat çekilmiştir⁵.

Söz konusu husus çevrenin kirletilmesi suçu üzerinden ele alınacak olması sebebiyle, bu suçun hukuki niteliğine genel olarak değinilecek ve kamu görevlisinin ceza sorumluluğu özellikle iki ihtimal ile sınırlandırılacaktır⁶. Çevrenin korunmasından sorumlu kamu görevlisinin cezai sorumluluğu, hatalı bir izin vermek suretiyle⁷ fiilinin üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilen çevre kirliliğine neden olduğu ya da hatalı bir izni ortadan kaldırmadığı ve böylece çevreyi yetkisi olmaksızın kirleten kişiye engel olmayarak çevre kirliliğinin devamına sebebiyet verdiği durumlarda ortaya çıkmaktadır⁸. Burada iki durumun ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir. İdare hukukundan kaynaklanan yetkiyi kullanan kişilerin özel hukuk kişilerine,

¹ MRŠIĆ, Gordana: “Environmental Protection From The Aspect Of Criminal Law”, *Intereulaweast*, 8(1), 2021, s.134. Nitekim yazar, çevre suçlarının genelde bildirilmemesi ve sayısının uygulamada tespitinin çok güç ve bazen imkânsız olması sebebiyle, durumu karanlık sayı ifadesi ile vurgulamayı tercih etmiştir (MRŠIĆ, s.134). Bu bağlamda korunan hukuki değerin önemini vurgulamak ve diğer hukuki değerlerle eşit statülerini ifade etmek adına çevre suçlarının toplumsal olarak zararlı karakteri konusunda farkındalık yaratmak amacıyla ceza kanunlarında çevre suçlarına yer verilmesi önemli bir gelişme olmakla birlikte, uygulamada aynı karşılığın söz konusu olduğunu söylemek güçtür. ODERSKY, Walter: “Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit für Gewässerverunreinigung”, *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989*, De Gruyter, Berlin 1989, s.291. Çevre suçlarının geleneksel suç tiplerinden farklı olarak örneğin failin belirlenmesi, nedenselliğin tespiti, yaptırımların türü gibi konularda özellik arz etmesi bu suçlar bakımından ayrı bir incelemeyi gerektirmektedir. BACKES, Otto: “Umweltstrafrecht”, *Juristenzeitung*, 28(11/12), 1973, s.342.

² LAUFHÜTTE, Heinrich/MÖHRENSCHLAGER Manfred: “Umweltstrafrecht in neuer Gestalt” *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 92(4), 1980, s.921-922.

³ Kamu görevlisi kavramı ceza hukuku ile idare hukukunda aynı kapsama sahip değildir. İdare hukuku anlamında kamu görevlisi için kamu hizmeti ölçüsü esas alınarak, istihdam ilişkisinin varlığı gerekli iken; ceza hukukunda kamu görevlisi (TCK m.6/1-c) daha geniş bir kapsama sahiptir. TÜRAY, Aras, “Ceza Hukuku Bağlamında Kamu Görevlisi Kavramına İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XIV(2), 2017, s.358.

⁴ RUDOLPHI, Hans-Joachim: “Probleme der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Amtsträgern für Gewässerverunreinigung”, *Festschrift für Hanns Dünnebier zum 75. Geburtstag am 12. Juni 1982*, De Gruyter, Berlin 1982, s.566.

⁵ LAUFHÜTTE/MÖHRENSCHLAGER, s.922. Yalnızca çevre hukuku alanıyla sınırlı bir düzenlemenin hukuka uygun olmayacağı, genel bir şekilde formüle edilmesi gerektiği yönünde görüş için bkz. LAUFHÜTTE/MÖHRENSCHLAGER, s.922.

⁶ Doktrinde kamu kurumları çerçevesinde kurulan işletmeler bünyesinde işlenen çevre suçları da yine bu başlık altında ele alınmaktadır. Kamu kurum ve kuruluşlarının kamu görevlileri, özel kişiler gibi çevreye verilen zarara sebep olan olarak değerlendirilebilir. Örneğin, hastaneler, yüzme havuzları, enerji santralleri, atık su arıtma tesisleri, çöplükler gibi tesisleri belediyeler işlettiğinde durum böyledir (STEINDORF, Joachim: *Umwelt-Strafrecht, Sonderausgabe der Kommentierung der §§ 311c,d; 324-330d in der 11. Aufl. des Leipziger Kommentars zum Strafgesetzbuch*, De Gruyter, 2011, s.123). Bununla birlikte bu kapsamda işlenen çevre suçlarından dolayı sorumluluk tespitinin güçlük arz etmediği neredeyse doktrinin tamamının üzerinde hemfikir olduğu bir konudur. Söz konusu husus, çalışmanın kapsamının dışında olduğundan, ayrıca incelenmeyecektir. Konu hakkında bkz. PRASSE, Heiner: “Almanya’da Çevre Alanında Görevli Olan Kimselerin Cezalandırılması-Çevrenin Korunmasının Aracı Olarak Ceza Hukuku”, (çev.) Yener Ünver, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 55(3), 1997, s.408 vd.; MAVİŞ Volkan: *Türk Ceza Kanunu’nda Çevreye Karşı Suçlar*, Yetkin, Ankara 2021, s.224-225; AYGÖRMEZ Gülşün Ayhan: *Çevre Ceza Hukuku Çevre Ceza Genel Hükümler C. I, On İki Levha*, İstanbul 2021, s.376 vd.; STEINDORF, s.122.

⁷ “Çevreye zarar veren ve onu tehlikeye sokan fiillerin soruşturulmasının bağımsız ve tarafsız olan adli makamlar yerine, politik ve ekonomik güçlerin baskısı altında bulunan idari makamlara bırakılması, işletme lisansları ve kirletme izinleri veren idari makamların yapacakları soruşturmalarda, daha önce lisans ve izin verdiği işletmelere karşı tarafsız olamayabilecekleri ihtimali ve denetimi yapan ve yaptırım uygulayan bir idarenin, kendisinin faaliyetleri nedeniyle doğabilecek çevre zararlarının ortaya çıkması durumunda aynı kararlılığı göstermeyeceği de göz önüne alınırsa, idare hukukuyla sağlanmak istenen korumanın çevreyi koruma konusundaki mücadeleyi zaafa uğratacağı açıktır.” ÖZCAN, Onur: *Çevre Suçlarında Şirketlerin Cezai Sorumluluğu* (Yüksek Lisans Tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul 2007, s.8.

⁸ RUDOLPHI, s.561 vd.; ALBRECHT, Hans-Jörg/GÜNTER Heine/MEINBURG Volker: “Umweltschutz durch Strafrecht? Empirische und rechtsvergleichende Untersuchungsvorhaben zum Umweltstrafrecht und zur Umweltkriminalität”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 1984, s.958.

faaliyetlerine başlamadan önce vermiş olduğu faaliyet izin ve ruhsatlarını gerekli şartlar oluşmadan vermesinden doğan sorumluluk alanı ile bu özel hukuk kişilerinin yürüttüğü faaliyetleri gereği gibi denetlememesinden doğan sorumluluk alanı⁹ bu kapsamda önem arz etmektedir.

II. ÇEVRENİN KIRLETİLMESİ SUÇUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Çevrenin kirletilmesi suçu idare hukuku yükümlülüklerine atfı sebebiyle geleneksel suç tiplerinden farklı bir yapıya haizdir. Bu farklılığın suçun hukuki niteliğini etkileyip etkilemediği ve sonuç olarak çevrenin kirletilmesi suçunun özgü suç teşkil edip etmediği¹⁰, suça yönelik belirlemeler bakımından çözülmesi gereken bir mesele olarak önem taşımaktadır. Çevre suçlarının herkes tarafından işlenebilen suç ve özgü suç şeklindeki tasnifi özellikle çevreye ilişkin idari kurumlarda bulunan kamu görevlilerinin farklı cezai sorumluluk risklerini gündeme getirmektedir¹¹. Nitekim Alman ceza hukukunda suların kirletilmesi suçu bağlamında gündeme getirilen tartışma, söz konusu normun sadece bireyleri mi kapsadığı yoksa suların korunması bakımından idari anlamda yetkili kişilerin de bu suçu gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceğine ilişkindir. Burada yetkili kişilerin idare hukukundan kaynaklanan yetki kullanımı ile ilişkili olarak gerçekleştirdikleri faaliyetlerin ilgili suç bağlamında tipikliği sağlamadığı ileri sürülmüştür¹². Bu yaklaşım çerçevesinde kamu görevlisi için suçun yasal unsurlarından birinin eksik olduğu ve kamu görevlisi için bu kapsamda ayrı bir özgü suç olmadığı için¹³ cezazımsızlık alanı ortaya çıkacaktır.

Bu sorun, birçok çevre suçu tipikliğinin gerekli kıldığı “idare hukukuna ilişkin yükümlülüklerin ihlali” ya da “gerekli izin bulunmaksızın hareket etme” veya “uygulanabilir yasağa aykırı davranma” gibi idari bağlılık unsuru ile ilişkilidir¹⁴. Genellikle bu tür unsurlarla ilgili suçların özgü suç özelliğine dikkat çekilmekle birlikte, özgü suç özelliğine böyle götürü şekilde ilişkilendirme savunulabilir değildir¹⁵. Böyle bir unsurun yer aldığı her bir suç tipinde, özgü suç tespiti ayrıca değerlendirilmelidir. Bu belirlemede kanun koyucunun korunan hukuki değerle özel ilişkisini tipik statü özellikleri veya belirli hareketlerle açıkça karakterize ettiği belirli kişiler tarafından korunan hukuki değer ihlal edilip edilmediğine dikkat edilmesi gereklidir¹⁶. Bu şekilde herkes tarafından gerçekleştirilmesi mümkün bir hareketin icrasını gerektiren ve failin belirli bir niteliğine herhangi bir vurgu yapmayan fiillerden ayrımı sağlanabilir.

Her durumda idare hukukuna ilişkin yükümlülüğün ihlalinin ilgili suç tipine özgü nitelik kazandırmadığına ve idare hukukuna ilişkin yükümlülük ihlalinin hukuki dayanağının incelenmesi

⁹ ÖZCAN, s.18

¹⁰ Alman ceza hukukunda genel kabul, suların kirletilmesi (ACK m.324), m.326/1’de yer alan tehlikeli atıklara ilişkin izin verilmeyen davranışlar (*unerlaubten Umgangs mit gefährlichen Abfällen*) ve md. 330a’da yer alan zehirlerin serbest bırakılması suretiyle ciddi tehlikeye sebep olunması suçlarının herkes tarafından işlendiği ve bu nedenle özgü suç teşkil etmediği yönündedir. Bu yönde görüşler için bkz. SCHALL, Hero: “Allgemein- Und Sonderdelikte: Versuch einer Abgrenzung im Umweltstrafrecht”, in Dieter Dölling, Bert Götzke (Eds.), *Verbrechen - Strafe - Resozialisierung Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag am 20. August 2010*, De Gruyter, 2010, s.620-621; GÖTZKE, Norbert: *Die Berücksichtigung des Umweltschutzes bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge* (Dissertation), Tübingen, 2000, s.122. Nitekim Schall bu hususu, bu suçlarda hareket ve netice tanımının ötesine geçen belirli fail özelliğinin bulunmadığı şeklinde ifade etmektedir (SCHALL, s.621). Yazar ACK m.328/2 b. 2 ve 4’te yer alan nükleer patlamaya sebep olma ve teşvik etme fiilleri bakımından da aynı değerlendirmenin yapılması gerektiğini belirtmiştir. Zira bu düzenlemelerde de idare hukukuna ilişkin yükümlülüklerin ihlaline ya da bir işletmenin tesisine yönelik bağlantıya atıfta bulunulmayarak, failin alanının sınırlandırılmasından kaçınıldığı ifade etmiştir (SCHALL, s.621). Çevreye karşı işlenen suçların ACK’da kısmen herkes tarafından işlenebilen suç, kısmen ise özgü suç olarak düzenlenmesinin anayasal nitelikteki eşitlik ilkesini ihlal etmediğini belirten Steindorf, kamu görevlilerinin farklı görev alanlarından kaynaklanan farklı cezalandırma riski kapsamında yer aldıklarına vurgu yapmıştır. STEINDORF, s.122.

¹¹ SCHALL, s.620.

¹² ALBRECHT/HEINE/MEINBURG, s.956.

¹³ Kanun koyucunun, kamu görevlilerinin sorumluluğunu hukukun sadece bir alanıyla sınırlı kılmak istemediğinden, kamu görevlisi için böyle bir özgü suçu bilinçli olarak düzenlemediği yönünde bkz. PAEFFGEN, H.-U.: “Overlapping Tensions between Criminal and Administrative Law: the Experience of West German Environmental Law,” *Journal of Environmental Law*, 3(2), 1991, s.254. Bununla birlikte doktrinde ilgili kanun kapsamında çevrenin korunmasından sorumlu yetkililerin cezai sorumluluğunun esaslarının belirlenmesi gerekliliğine yönelik talep de bulunmaktadır (RUDOLPHI, s.561). Çevre suçları ile mücadeleye yönelik çalışmalar kapsamında 1980 tarihinde Alman Ceza Kanunu değişikliği bağlamında *Triffterer*’in önerisine göre, çevre alanında kamu görevlilerinin ceza hukukuna ilişkin sorumluluğu bakımından özel bir düzenlemeye yer verilmesi gerektiğine dikkat çekilmiştir (STEINDORF, s.117). Bu öneride, çevre mevzuatı çerçevesinde karar veya izni hukuka aykırı olarak veren veya bundan sorumlu olan ve böylece ACK m. 324’ün ihlali suretiyle çevreyi tehlikeye atmaya elverişli fiillerin yapılmasını sağlayan kişinin cezalandırılması yer almaktadır. Aynı şekilde kanunla veya idari emirle, çevreye yönelik tehdit teşkil eden tesisler üzerindeki gözetim ve denetim yükümlülüğünü yapmayan veya gereği gibi yerine getirmeyen ve böylelikle m.324’ü ihlal etmek suretiyle çevreye yönelik tehlikenin oluşmasını sağlayan kişi de cezalandırılmalıdır. Yazar ayrıca kamu görevlisinin sorumluluğunun belirlenmesinde daha fazla cezayı gerektiren hal olarak başkasının hayatının veya sağlığının ya da önemli değerdeki malvarlığının ya da kamusal nitelikteki su kaynaklarının tehlikeye girmesine dikkate almış ve önerisinde bu durumlarda kamu görevlisinin daha fazla ceza ile cezalandırılmasına yer vermiştir (STEINDORF, s.118-119). Yazar tarafından getirilen düzenleme önerisinin benzer şekilde formüle edilmiş şekli Hukuk Kurulu’nda (*Rechtsausschuss*) da tartışılmıştır (STEINDORF, s.119). Alman Federal Meclisi’nin Hukuk Kurulu bu tür düzenlemelerin gerekliliğini reddetmiştir. Buna yönelik gerekçede ise sadece kısmi bir alan için böyle özel bir düzenleme getirilmesinin hukuki olarak sorgulanabilir olduğu ileri sürülmüştür. Diğer alanlara nazaran çevrenin korunmasında böyle bir önceliğin getirilmesi sorununun yanı sıra, kamu görevlilerine suçlara ilişkin ihbar yükümlülüğü getirilmesi, bu alanda gerekli olan birey ile idari yetkililer arasındaki işbirliğini sekteye uğratabilecektir. Sonuçta amaç, kamu görevlisinin takdir yetkisi kapsamında hareket etmesini gereksiz yere kısıtlamak değildir (STEINDORF, s.119). Müzakerelerde ayrıca cezai sorumlulukta doğabilecek boşlukların disiplin hukuku tarafından kapatılacağına dikkat çekilmiştir. İdari yetkililerin, çevre alanında, buna karşı en katı - cezai - araçların kullanılması gerektiği ölçüde görevi ihlal ettiği izlenimine de karşı çıkılmalıdır (STEINDORF, s.120). Konuya ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. ROGALL, Klaus: “Das Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität (18. Strafrechtsänderungsgesetz)”, *Juristenzeitung*, 1980/7, s.105.

¹⁴ SCHALL, s.622.

¹⁵ SCHALL, s.622.

¹⁶ SCHALL, s.623.

gerektiğine dikkat edilmelidir. Burada ilgili yükümlülüğün herkes bakımından öngörülen bir davranış yükümlülüğünden mi ibaret olduğu yoksa ilgili yükümlülüğün belirli bir muhatap alanı ile mi sınırlı olduğu¹⁷, ölçüt teşkil etmektedir. Ceza sorumluluğun ilgili çevre ceza normuna dayandırıldığı idari yükümlülük, herkes için bir yükümlülük ise, yükümlülüğü ihlal etme faillik alanını sınırlandıran bir gereklilik olarak kabul edilemez. Fiilin haksızlığının idare hukukuna bağlı şekilde sınırlandırılması durumu söz konusu olur. Çünkü bu yükümlülük normları failin özel kişisel durumlarına dayanan yükümlülük konumunu temellendirmez. Aksine çevresel değerlere ilişkin idare hukuku kapsamında emir ve yasakları belirtmekte ve sınırlamaktadır¹⁸. Böylece çevre suçunun faili, ilgili çevresel değer yükümlülüğe aykırı olarak bozulmasına neden olan herkes olabileceğinden, kamu görevlileri de bu kapsamda dikkate alınabilir. Böyle bir durumda, çevre alanında yetkili kamu görevlisinin, herkes için geçerli olan çevreyi koruma yükümlülüklerinin muhatapları alanından dışlanmaları için bir neden bulunmamaktadır¹⁹.

Çevrenin kirlenmesi suçunda (TCK m.181) “kişi” terimine yer verildiğinden²⁰ ve fail alanının sınırlanmasına sebep olabilecek özgü bir yükümlülük ihlalini gerektirmediğinden bu suçun faili herkes olabilir. İlgili kanunlarda belirlenen teknik usullere aykırılık unsuru²¹, faillik alanını belli bir nitelik veya gereklilik ile sınırlandırmadığından, suç özgü suç kapsamında değildir²². Suçun herkes tarafından işlenebilmesi hem bireyleri hem de çevrenin korunmasından sorumlu yetkilileri kapsamına aldığından, çevrenin korunmasından sorumlu yetkililerin sorumluluğunun kapsamının belirlenmesi önemlidir. Çevre ceza hukuku kapsamında kamu görevlilerinin ceza sorumluluğuna ilişkin özel bir düzenlemenin varlığına ihtiyaç olup olmadığı üzerinden sürdürülebilir tartışmada, konu çevrenin kirlenmesi bağlamındaki katkısının niteliği ve suçun işlenmesindeki etkisi üzerinde yoğunlaşmaktadır.

III. ÇEVRENİN KİRLLETİLMESİ SUÇUNDA KAMU GÖREVLİSİNİN CEZA SORUMLULUĞU

A. Kamu Görevlisi Tarafından Verilen Ruhsat veya Onayın Suça Etkisi

Çevre suçlarının idari bağıllığı nedeniyle, bu suçların işlenebilmesi idare hukuku kapsamında belirlenen teknik usullere aykırılığı ya da idare hukuku kapsamındaki yükümlülüklerin ihlalini gerekli kıldığından, özellikle çevreye yönelik müdahalelerin ilgili çevre yönetiminde yer alan görevlinin vermiş olduğu ruhsat veya izne bağlı olduğu durumlarda hem bu kişinin fiilin gerçekleştirilmesine etkisi hem de vermiş olduğu ruhsat veya iznin suça yönelik etkisi önem taşımaktadır. Ruhsat veya izin, çevreye ilişkin hukuki yararlar belirli sınır-ölçülere kadar zarar verilebilmesinin hukuken kabul edilebilmesi işlevini yerine getirmektedir²³. Öncelikle belirtilmelidir ki, çevreye karşı işlenen fiillerin idari bağıllığı kapsamında çevreye yönelik müdahaleler bakımından ruhsat veya izin vermeye yetkili kişilerin davranışı çevreye zarar veren fiili meşru kılmaktadır. Bugün hâkim görüş tarafından, idare hukuku anlamında geçerli olan iznin ceza hukuku bağlamında da maddi anlamda hukuka aykırılığını kaldıran ve bu nedenle fiilin haksızlığını kaldıran bir etki gösterdiği benimsenmektedir²⁴. Böylece ilgili kanunlarda belirtilen usule uygun olarak alınan bir izne dayanarak hareket eden kişinin fiili hukuka aykırı olmaz²⁵.

Bu bağlamda özellikle ilgili yetkili tarafından verilen hatalı ya da hukuka aykırı ruhsat veya izinlerin²⁶ söz konusu fiilin cezalandırılabilirliği üzerindeki sonuçları veya adli makamların idari karar alma sürecini gözden geçirme ve kontrol etme yetkisine sahip olup olmayacağı ve ne ölçüde olması gerektiği konusu çevre

¹⁷ SCHALL, s.627. Nitekim *Kretschmer* de Alman ceza hukukunda suçun ancak ilgili idare hukukuna ilişkin yükümlülüğe sahip kişiler tarafından işlenebileceği şeklindeki bir belirlemenin özgü suç olarak karşılık bulması sebebiyle bu yükümlülüğün söz konusu kişide eksik olması halinde sorumluluğunun herkes tarafından işlenebilen suçlar kapsamında dikkate alınacağını belirtmiştir (KRETSCHMER, Bernd: “Das Umweltstrafrecht und das Umweltordnungswidrigkeitenrecht in Deutschland” Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(2), 2010, s.63. Türk hukukunda *Maden* gümrüğe neden olma suçu kapsamında yaptığı açıklamada benzer bir yaklaşımı benimsemiştir. Yazar durumu şu şekilde ifade etmiştir: “Öğretide, gümrüğe neden olma suçunun, herkes tarafından işlenebilen, genel bir suç olduğu yönünde görüş bulunmasına rağmen, bu suçun özgü suç mu yoksa herkes tarafından işlenebilen, genel bir suç mu olduğu, madde metninde belirtilen ‘ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülükler’e göre belirlenir. Madde metninde belirtilen ‘ilgili kanunlarla belirlenen yükümlülükler’, belirli kişilere tahmil edilmişe özgü suç, diğer durumlarda genel suç konusu olur.” MADEN, Mehmet: “Bir Tehlike Suçu Olarak ‘Gümrüğe Neden Olma’ (TCK, m.183) Ve Tehlike Suçlarına İlişkin Genel Tespitler”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 25(1), 2021, s.435-436. Gümrüğe neden olma suçunun özgü suç teşkil ettiği yönünde bkz. AYGÖRMEZ, s.387.

¹⁸ SCHALL, s.627-628.

¹⁹ SCHALL, s.628.

²⁰ TALAS, Serdar: “Türk Ceza Kanunu’nda Çevrenin Kasten ve Taksirle Kirlenmesi Suçları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 71(1), 2013, s.1152.

²¹ Unsur hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. MAVİŞ, s.258 vd.

²² ARTUK, Mehmet Emin: “Çevrenin Kasten Kirlenmesi Suçu (TCK, m.181)” İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(1), 2014, s.43.

²³ PRASSE, s.416.

²⁴ SCHALL, s.619, dn.1; STEINDORF, s.123. Bununla birlikte *Steindorf*, burada, çıkarılan idari düzenlemeye dayalı olarak iznin kesin sınırlarının belirlenmesinin önemli olduğuna, zira yalnızca bu sınır içinde kalan ve bu nedenle iznin “uyumlu” olan davranışların cezalandırılmayacaklarına vurgu yapmıştır (STEINDORF, s.124). Konuya ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. JAKOBS, Günther: *Strafrecht Allgemeiner Teil die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, De Gruyter, Berlin 2011, s.380 vd.

²⁵ STEINDORF, s.124; ROGALL, s.108. Konuya ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. KATOĞLU, Tuğrul: “Çevre ve Ceza Hukuku Yeni Türk Ceza Kanunu ve Çevreye Karşı Suçlar”, in Emel Badur (ed.), *Çevre Hukuku Sempozyumu*, Ankara, 2006, s.81.

²⁶ İdare hukuku kuralları, idari işlemlerin ön koşullarını, içeriğini ve hukuki etkilerini belirlediğinden, bu tür bir işlemin hukuka uygunluğunun belirlenmesinde bu kuralların dikkate alınması gerekecektir. Bir idari işlem, çeşitli nedenlerle hukuka uygun olmayabilir. Örneğin, bir ruhsat verme kararı, daha üst düzey bir kamu görevlisinin açık emirlerini ihlal ediyor olabilir veya karar, başka bir yetkilinin izni olmadan alınmış olabilir. Ya da idare hukukunun genel kurallarına aykırılık veya belirli çevresel hükümlere (örneğin, izin verilen kirlilik sınırlarının aşılması) aykırılık söz konusu olabilir. PAEFFGEN, s.252.

ceza hukukunun idari bağlılığının bir sonucu olarak önem taşımaktadır²⁷. Zira kamu görevlisinin, hatalı olmasına rağmen geçerli bir izin vererek, üçüncü kişinin cezalandırılma olasılığını ortadan kaldırdığı²⁸ ve buna bağlı olarak hiç kimsenin yargılanamaması sonucunun²⁹ ortaya çıkabileceği göz önünde bulundurulmalıdır. Bu sonuçlar, amacı çevrenin daha iyi korunmasını sağlamak olan çevre ceza hukuku reformuna da zarar verebilecektir³⁰.

Çevre idare hukuku kapsamında hatalı ve fakat geçerli bir izin ceza hukuku kapsamında yer alan suçlar bakımından hangi durumlarda yetkisiz olarak kabul edilmesi gerektiği³¹ bu noktada ele alınmalıdır. Çevrenin bileşenlerinin ne şekilde korunacağı ve çevrenin yönetiminde yer alan görevlilerin yetkilerinin kapsamı ilgili kanunlarda belirlenmiştir. Nitekim Alman ceza hukukunda suların kirletilmesi suçu üzerinden incelenen konuda yetkili kamu görevlisinin deşarj izni vererek üçüncü kişinin su kirliliğini gerçekleştirme yetkisi Su İdaresi Kanunu ile belirlenmiştir. Doktrinde görevlilere yönelik su kirliliği yasağının içeriğinin ve sınırlarının, görevlinin su yönetimi yükümlülükleriyle çelişmeyecek şekilde belirlenmesi gereğine dikkat çekilmiştir³². Daha somutlaştırmak adına, Su İdaresi Kanunu kapsamında "Su kütlelerini kamu yararına ve buna uygun olarak bireylerin de yararına olacak şekilde yönetmek ve önlenemez her türlü bozulmayı önlemek" şeklindeki kamu görevlilerine ilişkin yükümlülüğün, Ceza Kanunu kapsamındaki suç bakımından tam olarak karşılık bulamayacağı ifade edilmiştir³³. Ceza hukukunun idare hukukuna bağlılığı burada öyle bir etkiye sahiptir ki, ceza hukuku çevre idare hukukundan daha fazlasını talep edemez³⁴. Hem çevre ceza hukukunda esas olarak idare hukukunun önceliği hem de belirlilik ilkesi sadece atıfta bulunulan kanunda yer alan idare hukukuna ilişkin yükümlülüklerin yeterince belirli şekilde tanımlanmasını gerektirmekle kalmaz, bunun yanı sıra suçun bu unsurunun idare hukukunun öngördüğü yükümlülük alanının ötesine geçmesini yasaklar³⁵. Çevre yetkililerinin, genel kamu yararına ve buna paralel olarak bireylerin yararına çevrenin dengesini en uygun şekilde düzenleme ve yönetme görevi bulunmaktadır. Bununla birlikte, bu yönetim yetkisi, ilgili kamu görevlilerinin, çevreye yönelik her türlü tehlikeyi fiilen önleme ve hatta hâlihazırda meydana gelen kirliliği ortadan kaldırmaya yönelik kapsamlı bir yükümlülüğünü temellendirmez. Asıl olarak, kamu görevlisinin görevi çevrenin dengesinin sağlanmasında bireylerin ilgili düzenleme ihlallerini, idari araçlarla önleme ile sınırlıdır³⁶.

B. Kamu Görevlisinin İcrai Hareketiyle Çevrenin Kirletilmesi Suçuna Etkisi

Çevrenin kirletilmesi suçunun hukuki niteliğine ilişkin belirleme ve çevre yönetiminde kamu görevlilerinin verdikleri ruhsat ve izinlerin ceza hukuku kapsamındaki etkisinin tespiti temelinde bir sonraki aşama olarak kamu görevlilerinin çevrenin kirletilmesi bağlamında gerçekleştirdikleri hareketlere göre değerlendirme yapılmalıdır. Çevrenin kirletilmesi suçu bağlamında öncelikle çevre yönetiminde ruhsat ve kontrol kurumlarındaki kamu görevlisinin, yetkisini kullanarak görevinden kaynaklanan aktif hareketi temelinde Ceza Kanunu kapsamında sorumlu tutulup tutulamayacağı sorununun³⁷ ele alınması gerekmektedir. Bu noktada kamu görevlisinin kasten veya taksirle hareket etmesi ihtimalleri ayrı ayrı dikkate alınmalıdır.

²⁷ ALBRECHT, H. J: "Environmental Criminal Laws and Environmental Crimes in Europe - Problems and Prospects", European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 2(2), 1994, s.170.

²⁸ SCHALL, s.619.

²⁹ Bu sonuç, Alman hukukunda geçerli kabul edilen rüşvet veya zorlama yoluyla alınan bir idari izin hipotezinde özellikle istenmeyen bir durumdur çünkü bunlar eylemi geçersiz kılacak 'bariz' hatalar değildir. Burada ceza hukukunun idare hukuku kapsamında geçerli fiillere tabi kılınması anlayışından, etik bir adalet anlayışına dayanan 'hukukun kötüyü kullanılması' argümanı ile kurtulmaya çalışılmaktadır. PAEFFGEN, s.254.

³⁰ PAEFFGEN, s.254.

³¹ RUDOLPHI, s.568.

³² RUDOLPHI, s.568. Bu bağlamda yazar, kamu görevlilerine yönelik kirlilik yasağının içeriğini ve sınırlarını, yalnızca Alman Ceza Kanunu'nun 324. maddesinin dayandığı herhangi bir kirliliğe karşı mutlak su koruması ilkesiyle uyumlu hale getirmenin mümkün olmadığını, her ne kadar Ceza Kanunu düzenlemesi ile birey için su kirliliğine mutlak bir yasak getirmek makul olsa da suyun yönetiminde yer alan görevliler bakımından da benzer bir yasağın türetilmesi talebinin geçerli olamayacağını belirtmiştir. RUDOLPHI, s.568.

³³ RUDOLPHI, s.568. Zira Su İdaresi Kanunu kapsamında amaç, her türlü su kirliliğinin önlenmesi suretiyle suyun mutlak olarak korunması değildir. Su yetkililerinin görevi, uygun önlemler yoluyla, su kütlelerinin toplum ve birey tarafından kamu yararı için optimal bir şekilde kullanılmasını sağlamaktır. Bununla birlikte yazar, bu kabulün beraberinde getirdiği tehlikeye de değinmiştir. Bu kabulün kirlilik yasağını göreceli hale getirdiğinin ve kamu yararına hizmet eden su kütle ve kaynaklarının kullanılması için kirliliğin kaçınılmaz olduğunun göz önünde bulundurulması gerekecektir. Yazar bu yaklaşımla, idari olarak hatalı izin veya ruhsatın verilmesinin her durumda ACK m.324 anlamında kirlilik yasağının ihlali anlamına gelmeyeceği sonucuna ulaşmaktadır. RUDOLPHI, s.568.

³⁴ STEINDORF, s.127.

³⁵ SCHALL, s.632.

³⁶ RUDOLPHI, s.580. İdare hukuku alanında takdir imkanı kapsamında kamu görevlisi lehine yapılan bu değerlendirmenin temelinde, kamu görevlilerinin karar verme gücü ve karar verme yeteneğinin etkilenmemesi gereğinin bulunduğu belirtilmiştir. ÜNVER, Yener/NUHOĞLU Ayşe: Federal Almanya Çevre Ceza Hukuku, Beta, İstanbul 1999, s.74.

³⁷ Konu Alman ceza hukuku doktrininde suların kirletilmesi suçu (ACK m.324) bakımından şu örnek üzerinden somutlaştırılmıştır: "Su idaresinin sorumlu görevlisi, bir sanayi şirketine atık suyu Ren Nehri'ne boşaltma izni verir. İzin verilen miktarı ve izin verilen kirlileti içeriğini belirlerken, artık genel teknoloji kurallarına uymayan bir prosedür kullanır. Hesaplarını, teknolojinin genel kurallarına uyan en son yönteme dayandırmış olsaydı, atık suyun izin verilen miktarını ve izin verilen kirlileti içeriğini önemli ölçüde düşürmesi gerekecekti. Kamu görevlisi tarafından verilen izin, WHG'nin 7. maddesini ihlal etmektedir; buna göre su idaresi, kanalizasyonun miktarı ve zararlılığı belirlenen değer kadar düşük tutulursa, bir su kütlesine boşaltılmasına izin verebilir." RUDOLPHI, s.562. Örnek olayda çevre yönetiminde ve çevrenin korunmasına esas teşkil eden kurallarda, çevresel iyileşmelerin sağlanması adına kısa sürelerle yaşanan değişikliklerin ilgili işletmelere uygulanmaması suretiyle çevrenin kirletilmesi bakımından sebep oluşturan kamu görevlisinin aktif hareketiyle sürece dâhil olduğu görülmektedir.

1. Kamu Görevlisinin Kasten Hatalı İzin veya Ruhsat Vermesi

Öncelikle belirtilmelidir ki, çevre suçlarında cezalandırma bakımından önem arz eden, maddi olarak hukuka aykırı fiiller olup, şekli açıdan hukuka aykırı fiiller değildir³⁸. Hatalı izin ile kastedilen husus bu kapsamda anlaşılmalıdır. Çevrenin kirletilmesi suçunda hatalı iznin, örneğin, endüstriyel şirket tarafından atık suyun boşaltılmasını hukuka uygun kılma gücü, atık suyun boşaltılması için maddi anlamda hukuka uygunluğuna (*materielle Berechtigung*) değil, yalnızca resmi geçerliliğine (*formelle Wirksamkeit*) dayanmaktadır. İdari işlemlerin iptal edilebilir olmakla birlikte, bu sürece kadar geçerli olması çevreye karşı gerçekleştirilen fiiller bakımından sorun teşkil edebilecek niteliktedir. Atıkların çevreye boşaltılması, bu nedenle hatalı olsa da, geçerli izin ile hukuka uygun kılınabilmektedir. Ancak söz konusu durumun, yetkilinin hatalı izin verilmesinden kaynaklanan kirliliğe ilişkin cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı belirtilmiş ve böyle bir durumda kamu görevlisinin davranışının da yasal olarak değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüşün geçerli olamayacağı ifade edilmiştir³⁹. Böyle bir durumda ilgili kamu görevlisi hatalı ruhsat veya izin vermekle çevrenin kirletilmesine yönelik tipiklik kapsamında katkı gerçekleştirirken, bu karara istinaden kirliliğe sebep olacak atığı çevreye bırakan kişi de hareketi ile suçun tipikliğini gerçekleştirmektedir. Çevrenin kirletilmesi suçu özelinde, birden fazla kişinin ortaklaşa bir tipik neticeye neden olduğu durumlarda, çeşitli nedensel fiillerin hukuka aykırılığı sorununun birbirinden bağımsız olarak yanıtlanması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, hem hareket durumuna hem de her bir iştirak edenin yükümlülüklerine ilişkin farklılıklar, gerçekleştirdikleri hareketlerin farklı bir hukuki değerlendirmesini gerekli kılmaktadır⁴⁰. Kamu görevlisi maddi anlamda hukuka uygunluk bulunmaksızın geçerli bir izni vermesi ve böylelikle ilgili işletmenin gerçekleştirdiği kirliliğe neden olması nedeniyle, kamu görevlisinin hareketinin yükümlülüğe ve hukuka aykırı olarak değerlendirilmesi gerekir⁴¹. Bu nedenle ruhsatı veya izni alan kişi bakımından hukuka uygunluk etkisi söz konusu olsa bile, kamu görevlisi hukuka aykırı olarak vermiş olduğu izin veya ruhsat sebebiyle sebep olduğu çevre kirliliğinden dolayı sorumlu olacaktır⁴². Bu tespit yapılması kamu görevlisinin ceza sorumluluğu bakımından yeterli olmayıp, ayrıca kamu görevlisinin bu tür davranışlardan cezai olarak sorumlu tutulabileceği sorumluluk statüsünün belirlenmesi meselesi ortaya çıkmaktadır⁴³.

Kamu görevlisinin, iznin muhatabı kişi ile birlikte hareket ederek, suçun işlenmesine yönelik ruhsatı veya izni hatalı vermesi durumunda çevrenin kirletilmesi suçundan dolayı müşterek fail olarak sorumluluğunun kabul edilmesi gerekir⁴⁴. Bununla birlikte kamu görevlisinin iznin muhatabının bilgisi bulunmaksızın, hatalı izin vermesi durumunda sorumluluk statüsünün belirlenmesi güçlük arz etmektedir. Esas olarak teorik öneme haiz olan bu ihtimalde, ön planda yer alan kişi olarak izni alan kişi hatalı ve fakat geçerli bir izin temelinde hareket ederse bu durumda ortada yetkisiz olarak çevreyi kirleten kimse bulunmayacaktır. Zira almış olduğu izinle fiili hukuka uygun hale gelmektedir⁴⁵. Böylece kamu görevlisi çevrenin kirletilmesi suçu kapsamında azmettiren veya yardım eden olarak dikkate alınamaz. Şerikin cezalandırılması bağlılık kuralı gereği tipik, hukuka aykırı ve kasten bir fiilin varlığını gerektirmektedir. Bu durumda araç kişinin

³⁸ AYGÖRMEZ, s.402.

³⁹ RUDOLPHI, s.563.

⁴⁰ RUDOLPHI, s.563. Buna örnek olarak, bir tanığın, yalan beyanda bulunarak suçsuz kişinin hapis cezası ile mahkûm edilmesine neden olması durumu verilmiştir. "Mahkeme burada usulüne uygun olarak duruşmada sanığın suçlu olduğuna karar vermiş ve buna göre sanığı hukuka uygun olarak hapis cezasına mahkûm etmiş olsa da, tanığın yalan beyanı da suçsuz sanığın hukuka aykırı olarak özgürlüğünden yoksun bırakılması için sebep olarak değerlendirilecektir. Zira tanık, yalan beyanda bulunarak mahkemeyi yanıltmak suretiyle yanlış karar vermesine sebep olarak, üçüncü kişilerin hürriyetinden yoksun bırakılmamasına ilişkin ACK 239. maddeden doğan yasağı ihlal etmiştir." RUDOLPHI, s.563.

⁴¹ RUDOLPHI, s.563-564. Yazar bu görüşüne argüman olarak resmi olarak geçerli olan iznin, su kirliliği yasağını kaldırarak izni alan kişinin yükümlülüklerini değiştirmekle birlikte, izin verilmeden önce kamu görevlisinin yükümlülüklerini değiştirmediği esasını göstermiştir. RUDOLPHI, s.564.

⁴² BAUMANN, Jürgen/WEBER Ulrich/MITTSCH Wolfgang/EISELE Jörg: Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch, 12. bs, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2016, s.780.

⁴³ RUDOLPHI, s.564.

⁴⁴ MAURACH, Reinhart/SCHROEDER Friedrich-Christian/MAIWALD Manfred, Strafrecht Besonderer Teil Teilband 2, 10. bs, C. F. Müller, 2013, s.92. Bununla birlikte doktrinde bir görüş, konuyu dolaylı faillik üzerinden ele almıştır. Bu bağlamda öncelikle klasik anlamda dolaylı faillik temelendiren durumlar olarak cebir hâkimiyeti veya hata hâkimiyetinin böyle bir durumda uygulama alanına sahip olmadığını belirten yazar, farklı bir bakış açısı ile konuyu değerlendirmiştir. Bu görüşe göre, kamu görevlisi hatalı ve fakat geçerli bir izni veya ruhsatı vermek suretiyle tipik olay seyrine egemen olabildiğinden, izin sahibinin çevre kirliliğini gerçekleştirebilmesi kamu görevlisinin katkısına bağlı olduğundan çevrenin kirletilmesi suçundan sorumludur. Arka planda yer alan kamu görevlisi izin verdiği kişinin çevreyi kirlettiğini bilmekte ve bunu istemektedir. Ön planda yer alan kişi olarak ilgili iznin sahibinin tipikliği gerçekleştiriyor olması sebebiyle fiil üzerinde doğrudan hâkim konumunda bulunması kamu görevlisinin daha yüksek dereceli fiil hâkimiyetini dışlamaz (RUDOLPHI, s.564 vd.). Kamu görevlisi, su kirliliğine doğrudan neden olan işletme sahibinin fiillerinin cezai sonuçlarından kurtulmasını sağlayan (hatalı da olsa etkin bir izin vererek) bir durum yaratmışsa, normatif bir bakış açısıyla, doğrudan hareket eden kişinin fiile ilişkin tipikliği gerçekleştirmesi, onun eseri olarak atfedilebilir. Bir izin vererek, aynı zamanda izni alan kişi aracılığıyla su kirliliği konusunda sorumlu kararı veren kişidir (RUDOLPHI, s.566). Yazar ayrıca kamu görevlisinin, hatalı ve fakat geçerli izni vermek suretiyle suların kirletilmesi suçu bağlamında yetkisiz hareket etmesinin yanı sıra Su İdaresi Kanunu kapsamında öngörülen suların temiz tutulmasına yönelik yükümlülüğünü de ihlal ettiğini ve böylece ilgili kanunda öngörülen yükümlülüğünü ihlal etmek suretiyle kasten izni alan kişinin çevrenin kirletilmesine yönelik fiiline sebep olması nedeniyle dolaylı fail olarak kabul edilmesini gerektiğini, görüşünü destekleyen bir argüman olarak ileri sürmüştür (RUDOLPHI, s.566). Benzer bir yaklaşımla *Steindorf*, doktrinde doğrudan hareket eden kişinin yani araç kişinin burada tipik hareket egemenliğinin bulunması eleştirisinin yerinde olmadığını ve kamu görevlisinin kirliliğin önünde duran engeli kaldırması nedeniyle fiil hâkimiyetini sağladığını belirtmiştir. STEINDORF, s.126.

⁴⁵ BAUMANN/WEBER/MITTSCH/EISELE, s.780.

suçun işlenmesinde kullanılması kapsamında dolaylı faillik esasları çerçevesinde kamu görevlisinin sorumluluğunun söz konusu olup olmayacağı⁴⁶ gündeme gelecektir.

Burada gerçeğe aykırı şekilde onama işlemini yapan kamu görevlisi dolaylı fail olarak ele alınacaktır ancak bunun için iznin muhatabının kastının bulunmaması gerekir. Durumu bilmesi halinde söz konusu kişi fail olarak sorumlu olur⁴⁷. Ya da örneğin başvuru sahibi kişi, hata ile yanlış bilgi vermesine rağmen su idaresinden izin almaktadır. İzin, idare hukuku uyarınca kanuna aykırı gerçekleşmiş olmakla birlikte başvuran kişinin kirletici maddeleri suya boşaltmaktan dolayı cezai sorumluluğu doğmayacaktır⁴⁸. İzin veren yetkili kişi, hatayı fark edip de izin verdiğinde, hata içinde bulunan araç kişiyi kullanarak kirliliğe neden olmaktan sorumluluğu ortaya çıkacaktır⁴⁹. Çevre ceza hukukuna ilişkin hukuka uygunluk nedenlerinde hata aracılığıyla dolaylı faillik kapsamında fiil hâkimiyetinden söz edilip edilemeyeceğine yönelik tartışma, iznin veya ruhsatın hukuka aykırı şekilde sağlanması durumunun ilgili kamu görevlisine daha sonraki olay seyri bakımından hâkimiyet sağlama imkânının mevcudiyetine dayandırılmaktadır. İzin veya ruhsatı veren kamu görevlisinin fiil hâkimiyetini temellendiren görüş, burada kamu görevlisinin sonraki olaylar bakımından fiilî olmamakla birlikte, normatif hâkimiyeti sağlaması olarak ifade edilmektedir⁵⁰. Kamu görevlisi tarafından izin verinceye kadar, işletme sahibinin örneğin atık suyunu çevreye boşaltma konusundaki menfaati, cezaya tabi olan çevrenin kirlenmesi yasağının karşısındadır. Böylece işletme sahibinin fiili, yasama organının koyduğu *normatif bariyer* tarafından engellenmektedir. Kamu görevlisi, hatalı olmakla birlikte geçerli bir izin vererek, izni alan kişi için bu engeli kaldırmakta ve bir anlamda çevrenin kirlenmesinin yolunu açmaktadır⁵¹. Görevli, tarif edilen anlamda yetkisiz bir fiili varsa, yasal olarak hareket eden araç kişi ile meydana getirdiği su kirliliğinin dolaylı faili olarak kabul edilecektir⁵².

Kamu görevlisi tarafından verilen izin veya ruhsatın idari işlemin yok hükmünde sayılmasına neden olacak eksikliklerinin bulunması⁵³ ve hukuka uygunluk etkisinin ortadan kalkması halinde⁵⁴ ayrı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Böyle bir durumda somut olayın şartlarına göre kamu görevlisinin şerik veya dolaylı fail olarak iştiraki mümkündür⁵⁵. Nitekim Alman doktrininde de kamu görevlisi tarafından verilen iznin, § 44 VerwVfG (Alman İdari Yargılama Kanunu) uyarınca geçersiz sayılacak kadar ciddi eksikliklere sahipse, geçersiz izin üzerine gerçekleşen atık su deşarjının artık hukuka uygun kabul edilemeyeceği için bu durumlarda kamu görevlisinin ceza sorumluluğu bakımından özellik ortaya çıktığı belirtilmiştir⁵⁶. Bu ihtimalde izni alan kişi suyun kirlenmesi suçunun tipikliğini hukuka aykırı şekilde gerçekleştirmektedir.

Ruhsat veya izni alan kişinin kasten hareket ettiği ve fakat aralarında suçun işlenmesine ilişkin ortak bir plan çerçevesinde ortak suç işleme kararı bulunmaması durumunda kamu görevlisinin suça iştiraki yardım etme (TCK m.39) kapsamında kalacaktır⁵⁷. Bu bağlamda bağlılık kuralından (TCK m.40/1) kaynaklanan bir engel de bulunmamaktadır. Zira yok hükmündeki izin veya ruhsatın fiilin tipikliğini ya da hukuka aykırılığını ortadan kaldıran bir etkisi yoktur⁵⁸. İzni alanın taksirle hareket etmesi halinde ise sonuç değişmektedir. Bu durumda kamu görevlisi kasten hareket ediyorsa, çevrenin kirlenmesi suçundan dolaylı fail olarak sorumlu olur⁵⁹. Kamu görevlisi de taksirle hareket ediyorsa, çevrenin taksirle kirlenmesi suçundan yan yana faillik (TCK .22/5) kapsamında sorumludur⁶⁰.

⁴⁶ RUDOLPHI, s.564; JAKOBS, s.381.

⁴⁷ BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE, s.780. Benzer yönde bkz. KÜHL, Kristian: Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. bs, Franz Vahlen, München 2017, s.778.

⁴⁸ Bununla birlikte kasten hatalı bilgilerin verilmesi suretiyle ilgili iznin veya ruhsatın verilmesini sağlayan kişinin iznin geçerliliği ileri sürerek sorumluluktan kurtulması söz konusu olamayacaktır. PAEFFGEN, s.258.

⁴⁹ PAEFFGEN, s.258.

⁵⁰ KÜHL, s.778 vd.

⁵¹ RUDOLPHI, s.566. Verilen iznin ancak izni alan kişi tarafından kullanılması halinde arka planda yer alan kamu görevlisinin sorumluluğunun doğacağı kabulüne binaen izni alan kişinin kamu görevlisi aracılığıyla bir vasıta sahibi kılınmasının kamu görevlisinin iştirakinin vasıtalık niteliğine dayandırılmayacağı nedeniyle dolaylı failliğin kabul edilemeyeceği yönünde bkz. PRASSE, s.411

⁵² MÖHRENSCHLAGER, Manfred: "Neuere Entwicklungen im Umweltstrafrecht des Strafgesetzbuches", Natur und Recht (NuR), 1983, s.212.

⁵³ İdare hukuku kapsamında bazı işlemler yok hükmünde olmamakla birlikte, bunlarla aynı hukuki neticeye sahip olduğu kabul edilmektedir. Nitekim açık hatalı işlemler ile hile, aldatma ve hakkı kötüye kullanma sonucu ortaya çıkan işlemler bu bağlamda değerlendirilmektedir. AYGÖRMEZ, s.389.

⁵⁴ Yok hükmünde olan ve bu nedenle her zaman geri alınabilen bir işlemin idari işlemin ceza hukukunda da bir hukuka uygunluk nedeni teşkil etmemesi gerekir. AYGÖRMEZ, s.50.

⁵⁵ STEINDORF, s.126.

⁵⁶ RUDOLPHI, s.570.

⁵⁷ AYGÖRMEZ, s.388. Rudolphi, doğrudan hareket eden kişinin haksızlık hatası içinde hareket etmesi gibi istisnai durumlarda kamu görevlisinin dolaylı failliğinin söz konusu olabileceğini belirtmiştir (RUDOLPHI, s.570). Bununla birlikte eğer kamu görevlisi iznin yok hükmünde olduğunu bilmiyorsa, kamu görevlisi haksızlık hatası içinde bulunması sebebiyle hatasının kaçınılmaz olarak gerçekleştiğine göre (TCK m.30/4) sorumluluğunun değerlendirilmesi gerekecektir. AYGÖRMEZ, s.389.

⁵⁸ AYGÖRMEZ, s.389.

⁵⁹ Ön planda yer alanın taksirle hareket ediyor olması ihtimalinin dışında arka planda yer alanın, kişiyi hataya düşürmesi veya kişi üzerinde cebir hâkimiyetinin bulunması durumlarında da dolaylı faillik söz konusu olacaktır.

⁶⁰ RUDOLPHI, s.570. Yazar, fiilin hukuka aykırılığının doğrudan hareket eden kişi ve görevli için bağımsız olarak değerlendirilmesi gerektiğini yani görevlinin fiilin hukuka aykırılığının yalnızca birey tarafından gerçekleştirilen kirlenme fiilin hukuka aykırılığından çıkarılmayacağını vurgulamıştır.

2. Kamu Görevlisinin Taksirle Hatalı İzin veya Ruhsat Vermesi

Çevre suçlarında kamu görevlisinin kasıtlı olarak hatalı bir izin vermesi teorik önemi haiz bir mesele olarak öne çıkarken; kamu görevlisinin, taksirle geçerli ancak hatalı izin veya ruhsat vermesi ve böylece izin veya ruhsat alan kişinin çevreyi kirletmesine neden olması durumunda cezalandırılıp cezalandırılmayacağı sorusu çok daha büyük pratik öneme sahiptir⁶¹. TCK'da çevrenin taksirle kirletilmesi ayrıca düzenlenmiştir (TCK m.182). Böyle bir durumda kamu görevlisinin ceza sorumluluğunun doğacağı kabul edilmesi gerekir⁶². Nitekim Alman doktrininde de kamu görevlisinin, kası bulunmaksızın ancak dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal ederek, hatalı bir izin verirse, ACK m.324/3 kapsamında suçtan taksiri nedeniyle cezalandırılabilirliği⁶³ belirtilmiştir. Burada çevrenin kasten kirletilmesindeki yasak gibi, taksirle kirletilmesindeki yasağın da aynı zamanda idare hukuku kapsamında izin vermeye yetkili görevliye yönelik olduğu ifade edilmiştir⁶⁴.

Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılmak suretiyle su kirliliğine yol açılması söz konusu olmaktadır ve düzenleme ile bu şekilde hareket edilmesi yasaklanmaktadır. Bu yasağın, geçerli ve fakat hatalı izin verildiği için, izin verilen kişilerin çevreyi kirletmesine sebep olmaktan kaçınmayı da amaçlayıp amaçlamadığı sorusu ön plana çıkmaktadır. Bu sorunun çevre ceza hukukunun idari bağlılığı gereği herkes bakımından olmamakla birlikte⁶⁵, idari yetkililer bakımından olumlu cevaplanması gerekmektedir. İlgili idare hukuku düzenlemesinden doğan özel yükümlülükleri nedeniyle, yetkili kamu görevlileri izin veya ruhsat sahibinin hatalı ancak geçerli bir izin aracılığıyla tipik olarak çevre kirliliğini gerçekleştirmesine sebep olmama yükümlülüğü altındadır. Kirliliğe doğrudan neden olan izin veya ruhsat sahibinin yetki ile hareket etmesi, kamu görevlisinin kasten hareket ettiği ihtimalde fail olarak sorumluluğunu ortadan kaldırmadığı gibi taksirle kirliliğe sebebiyet vermesinden dolayı sorumlu tutulmasını da engellemez⁶⁶.

C. Kamu Görevlisinin İhmal Suretiyle Çevrenin Kirletilmesine Sebep Olması

Kamu görevlisinin, hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilen çevre kirliliği suçuna karşı hareketsiz kalması ya da hatalı şekilde verilen izin veya ruhsatın geri alınması konusunda ihmal göstermesi veya verildiği zaman yasal gerekliliklere uygun olan izne ilişkin şartların daha sonra değişmesi sebebiyle ortaya çıkan ruhsatı geri alma yükümlülüğünü⁶⁷ ihmal etmesi⁶⁸, çevre suçuna ihmal suretiyle katkı sağladığı durumlardır. Belirtilen durumlar kamu görevlisinin ilgili idari düzenlemelere göre çevresel değerlerin dengesinin sağlanması için müdahale yükümlülüğünün kapsamında yer almaktadır⁶⁹. Neticenin önlenmesine ilişkin hukuki yükümlülüğün bulunmasına rağmen çevreyi koruyucu önlemlerin ihmal edilmesi halinde ilgili yetkilinin sorumluluğunun tespiti ön plana çıkmaktadır⁷⁰. Kamu görevlilerinin çevre hukuku kapsamında ilgili düzenleme gereği görev alanına giren gerekliliklere aykırı hareket ettiği veya bu görevinin gereklerini yapmaktan ihmal gösterdiği durumlarda, ceza hukuku anlamında sorumlu tutulmaları söz konusudur⁷¹.

Kamu görevlisinin gerçekleşen çevre kirliliğine belirtilen şekilde müdahale etmemesi kapsamında sorumluluğunun tespiti görünüşte ihmali suç esaslarına dayandırılmaktadır⁷². Bu bağlamda öncelikle yükümlülüğe aykırılık kapsamında garantör konumunun mevcut olması gereklidir. Garantörün, tipik neticenin gerçekleşmemesini sağlamaktan hukuken sorumlu olan kişi olması sebebiyle ortaya çift yönlü gereklilik çıkmaktadır. Birincisi, ihmali hareket eden kişinin tipik neticeyi önlemesi için hukuken⁷³ sorumlu

⁶¹ RUDOLPHI, s.567.

⁶² Aynı yönde AYGÖRMEZ, s.392. Yazar, burada kamu görevlisinin bireyin idareye karşı güveninin korunduğu bir durumu, idare lehine genişletmesi sebebiyle kamu görevlisi merkezli bir değerlendirilmenin yerinde olacağını belirtmiştir. AYGÖRMEZ, s.393.

⁶³ STEINDORF, s.126.

⁶⁴ RUDOLPHI, s.567.

⁶⁵ Zira örneğin geçerli deşarj iznine sahip bir başkasının kanunen izin verilen su kirliliğini yapmasına sebep olan ve kamu görevlisi olmayan kimse hukuka aykırı hareket etmiş olmayacaktır. Bu nedenle söz konusu düzenlemedeki yasağın muhatabı olarak kabul edilemeyeceklerdir. RUDOLPHI, s.567.

⁶⁶ RUDOLPHI, s.567. İzin veya ruhsat talebinde bulunan kişinin, ilgili kamu görevlisini aldatması ve görevlinin de, aldatmanın farkına varması ve buna rağmen izin vermesi halinde ne şekilde değerlendirme yapılması gerektiğine ilişkin bkz. PAEFFGEN, s.258.

⁶⁷ Verilen örnek şu şekildedir: "Firma F nehre atık su akıtmakta ve böylelikle de TCK m. 181 tipiklik unsurlarını gerçekleştirmektedir. Ancak atıkları nehre akıtmak için idari mercilerden 2000 yılında izin almıştır. İdari merciler 2015 yılında artık böyle bir izin verilmeyeceğini ve geçersiz olduğunu bilmelerine rağmen, ruhsatı geri almamakta ve kirliliğe göz yummaktadır." (AYGÖRMEZ, s.393). Kamu görevlisi hukuka aykırı hale gelen bir deşarj iznini iptal etmediği ve böylece daha fazla su kirliliğini gerçekleştirmesi bakımından izin sahibine imkân vermek suretiyle su kirliliğini önlemeyi ihmal etmektedir (RUDOLPHI, s.571). Bu bağlamda doktrinde aktif tolerans olarak ifade edilen durumun varlığına da değinmek gerekir. Suların kirletilmesi suçu bağlamında su idaresi, kirlilikten sorumlu kişiyle yaptığı görüşmeler sırasında, öngörülen değişiklikler yapılmaya veya belirli süreler dolana kadar su hukukuna aykırı durumu kabul edeceğini davranışıyla açıkça veya zımnen belirtirse, hukuka uygun etkiye sahip aktif toleransın varsayılması gerektiği ileri sürülmektedir. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ODERSKY, s.299.

⁶⁸ PRASSE, s.409.

⁶⁹ RUDOLPHI, s.572.

⁷⁰ STEINDORF, s.122.

⁷¹ TOROSLU, Nevzat: Ceza Hukuku ve Çevre, Türkiye Çevre Sorunları Vakfı Yayını, 1982, s.30; ODERSKY, s.292-293; ÖZCAN, s.19.

⁷² STEINDORF, s.127; ODERSKY, s.294. Bu bağlamda ancak netice suçları bakımından konunun dikkate alınabileceğini belirtmek gerekir.

⁷³ Rudolphi, bu bağlamda hukuki değerleri korumak için harekete geçme yükümlülüğünün doğrudan kanundan kaynaklansa bile, her zaman bir garantör yükümlülüğünü ortaya çıkarmayabileceğine, garantör yükümlülüğünün diğer hareket yükümlülüklerinden ayrılması gerektiğine dikkat çekmiştir. Burada yol gösterici bakış açısının garantörlük düşüncesi üzerine inşa edilmesi gerektiğini belirten yazar, ihmali hareketi gerçekleştirene sosyal hayattaki konumu temelinde koruma işlevi verilirse ve bunun etkisiyle bir haksızlık neticesinin engellenmesine ilişkin yetkili kabul edilirse, kişinin tipik neticenin meydana gelmemesi bakımından hukuken sorumlu kabul edileceğini belirtmiştir. Bu şekilde söz konusu kişiye tipik neticenin gerçekleşmesine sebep olacak belirleyici kararın sorumluluğu yüklenmektedir (RUDOLPHI, s.574). İhmali hareketi gerçekleştiren, hukuk düzeninin ölçütlerine göre yükümlü

olması⁷⁴ ve ikinci olarak, neticeyi önlemek için bu gerekliliğin tam olarak tehdit edilen hukuki değeri korumaya hizmet etmesidir⁷⁵. Söz konusu gerekliliklerin çevre hukuku kapsamındaki kamu görevlileri tarafından büyük ölçüde karşılanması sebebiyle⁷⁶ ihmali hareket eden kamu görevlisinin çevre suçu kapsamında korunan hukuki değer bakımından garantörlüğünün bulunduğunu⁷⁷ söylemek mümkündür. Bununla birlikte çevre ceza hukukunun idari bağılılığının da dikkate alınarak değerlendirme yapılması gereklidir. Nitekim çevrenin korunmasında müzakere odaklı idari eylemin önemi göz önünde bulundurularak, bu alanda çevre idare hukukunun ceza hukukuna doğru genişlemesine yol açabileceği fikrinin rehberliğinde, kamu görevlisinin çevre suçuna engel olmamasına ilişkin doktrinde garantörlüğün ve garantör yükümlülüğünün gereklilikleri ve içeriği netleştirilmeye çalışılmaktadır⁷⁸.

Kamu görevlilerinin ihmalleri sebebiyle garantör yükümlülüğünün belirlenmesi, çevre ceza hukuku bakımından çevre idaresi yetkililerinin sahip olduğu takdir ve değerlendirme yetkisine yönelik geniş idari kapsam çerçevesinde ayrı bir incelemeyi gerekli kılmaktadır. Her bir takdir hatası hâlihazırda garantörlük sorumluluğunu ortaya çıkaracak mı, yoksa hatanın takdir yetkisinin bulunmadığı veya ciddi takdir hatalarının söz konusu olduğu somut durumlara mı ilişkilendirilmesi gerektiği meselesi çevre ceza hukukunun bulanık alanlarından⁷⁹. Bu bağlamda kamu görevlisinin garantörlüğünün kapsamı idare hukukunun çizdiği çerçeve bağlamında sınırlı olarak dikkate alınmaktadır. Takdir ve değerlendirme yetkisinin söz konusu olduğu durumlarda, kamu görevlisinin herhangi bir işlem yapmayarak hareketsiz kalmasının, özellikle ciddi bir hata söz konusu olmadığı sürece, cezalandırılması kabul edilmelidir⁸⁰. Bu, yalnızca takdir yetkisinin kötüye kullanılmasının yeterli olmadığı anlamına gelir. İzinlerin verilmesi konusunda müdahale yükümlülüğü için burada da nesnel anlamda keyfiliğin varlığı veya emredici kanun hükümlerine açık bir aykırılık aranmalıdır⁸¹. Kamu görevlisinin bu tür bir garantör yükümlülüğü, ancak idari düzenlemelerin gerektirdiği idari faaliyet sınırlarını (*Grenzen ordnungsgemäßer Verwaltungstätigkeit*) açıkça aşmış olması⁸², diğer bir ifadeyle, kamu görevlisinin keyfi nedenlerle hareketsiz kalması halinde söz konusu olabilir⁸³. Görevlinin müdahale etme yükümlülüğünün ihlali, herhangi bir takdir hatası olması durumunda değil, ancak ilgili tüm koşulların makul bir şekilde değerlendirilmesinden sonra, yasal durumun bir müdahaleyi gerektirdiğinin açık olması durumunda söz konusu olur. Buna göre, ihmalin "ilgili tüm koşulların makul bir değerlendirmesiyle" "açık ve/veya ciddi bir yükümlülük ihlali" olarak görülmesi gerekir⁸⁴. Kamu görevlisinin görevinin gerektirdiği yükümlülüğe aykırı olarak hatalı bir izin vermesi, sadece ilgili idari mevzuat bağlamında çevresel değerlerin dengede kalmasına yönelik menfaat gereği iznin reddedilmesine ilişkin koşulsuz bir yükümlülüğün ortaya çıkması, diğer bir ifadeyle iznin verilmesinin, kendisine verilen takdir yetkisi veya değerlendirme yetkisinin kapsamında olmaması durumunda ceza kanunu kapsamında ilgili suça ilişkin sorumluluğunu temellendirebilir⁸⁵.

kılındığı koruma görevi nedeniyle tipik neticenin gerçekleşmesine ilişkin sorumlu kararı vermesi gerekiyorsa, (icrai hareket eden faille kıyaslandığında) tipik neticeye etki eden olarak olaya hâkim konumdadır ve böylece tehdit edilen hukuki değer ihlal edilmesinin bakımından garantör konumundadır. RUDOLPHI, s.575.

⁷⁴ Nitekim bu husus, yasal duruma göre idare hukuku kapsamında müdahale zorunluluğunun olup olmadığı konusunda şüphenin bulunmaması halinde garantör yükümlülüğünün kabul edilmesi gerektiği şeklinde ifade edilmiştir. Kamu görevlisinin müdahale dışında bir karar vermesi söz konusu olmamalıdır. Belirtilen durum *Geisler* tarafından ise bir yükümlülük ihlalinin ancak kamu görevlisinin belirli bir zamanda belirli bir önlem almış olması gerektiğine dair bir şüphe bulunmaması halinde kabul edilebileceği şeklinde formüle edilmiştir. STEINDORF, s.128.

⁷⁵ RUDOLPHI, s.573. Neticeyi önlemeye uygun ve gerekli fiilin garantör bakımından beklenebilirliğine ilişkin değerlendirme için bkz. ODERSKY, s.295 vd.

⁷⁶ RUDOLPHI, s.574.

⁷⁷ MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, s.92. Alman doktrininde bu husus suların kirletilmesi suçu üzerinden somutlaştırılmıştır. Su İdaresi Kanunu'nun, su idaresi ve su denetleme makamlarının çalışanlarına suyun saflığını korumak için yüklediği vesayet, bu görevlilerin garantör konumunda olmaları anlamına gelmektedir (STEINDORF, s.127; MÖHRENSCHLAGER, s.212). Bu koruma görevinden ortaya çıkan yükümlülüğün yalnızca su idaresi hukukuna dayanması gerektiği yönünde doktrinde görüş birliği bulunduğu ilişkin bilgi için bkz. MÖHRENSCHLAGER, s.212.

⁷⁸ ALBRECHT/HEINE/MEINBURG, s.958-959; ROGALL, s.105-106.

⁷⁹ RUDOLPHI, s.573.

⁸⁰ STEINDORF, s.128.

⁸¹ STEINDORF, s.128.

⁸² *Rudolphi*, suların kirletilmesi suçu kapsamında konuyu değerlendirmiştir. Yazara göre, yetkisiz bir kamu görevlisinin ilgili mevzuata göre maddi olarak hak sahibi olana bir deşarj izni vermesi veya verilen izinde yalnızca başka bir resmi hata olması durumunda, ACK m.324'ün ihlal edildiğinden söz edilemez. "Böyle bir iznin verilmesiyle, kamu görevlisi, su kirliliği izni için su yönetimi yararına ilgili düzenlemenin kendisine verdiği yetkiyi henüz aşmaz. Aksine, fiilinin Su İdaresi Kanunu'na göre maddi olarak hukuka uygun olması nedeniyle ACK m.324 anlamında yetkilidir. Kamu görevlisinin izin vererek yetki kurallarını (Zuständigkeitsnormen) veya şekli gereklilikleri (Formvorschriften) ihlal etmesi, 324. madde uyarınca cezai sorumluluğunu gerektirmez. Çünkü bir kamu görevlisinin görevine ilişkin herhangi bir yükümlülüğünü ihlal etmesini cezalandırılabilir bir suç haline getirmek ACK m.324'ün görevi değildir. Kamu görevlisinin takdir/değerlendirme hatası olmaksızın karar (vermeersensfehlerfreien Entscheidung) konusundaki resmi görevini ihlal etmiş olması, 324. madde kapsamındaki cezai sorumluluğunu tek başına gerektiremez. Ayrıca kamu görevlisinin izin vermekle su kirliliğini önleme yükümlülüğünü de ihlal etmiş olması yani takdir hakkını doğru kullanmış olsaydı izin vermemiş olması gerekir. Çünkü ancak bu durumda, atık su deşarjlarının iznine ilişkin yönetim görevini yerine getirmek için Su İdaresi Kanunu'nun kendisine tanıdığı yetki sınırını aşmış ve böylece m.324'ün yetkisi olmadan da hareket etmiştir." RUDOLPHI, s.569.

⁸³ RUDOLPHI, s.573. Konuya ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. PRASSE, s.403-404.

⁸⁴ STEINDORF, s.129.

⁸⁵ RUDOLPHI, s.570. Yazar böyle bir sınırlandırmanın kabulünün aynı zamanda idari mevzuat kurallarının ceza kanunundan türetilememesini sağlayacağını vurgulamıştır. Ayrıca yazar, suların kirlenmesi suçu üzerinden verdiği örnekte, böyle bir kabulün, Su İdaresi Kanunu ile su idarelerine ve onların görevlerine tanınan takdir ve değerlendirme yetkilerinin ceza mahkemeleri tarafından ortadan kaldırılmamasını, hatta gasp edilmemesini sağlayacağına dikkat çekmiştir (RUDOLPHI, s.570). Yazar bu yaklaşımın aktif tolerans olarak ifade edilen durum bakımından da geçerli olduğunu belirtmiştir. Aynı esaslara göre, resmi olarak izin verilmeyen bir atık su deşarjına aktif olarak müsamaha gösterilmesi hâlinde, bu müsamahanın deşarjı haklı kılan bir etkisinin olduğu söylenmek

Çevrenin kirletilmesi suçunda kamu görevlisinin garantör yükümlülüğünün kapsam ve sınırlarına ilişkin belirlemenin dışında, konu bütünlüğünün sağlanabilmesi için, ortaya çıkan garantörlük niteliği de ele alınmalıdır. Bu bağlamda öncelikle görünüşte ihmali suçlar kapsamında⁸⁶ garantörlük yükümlülüklerinin gözetim ve koruma yükümlülükleri şeklinde ayrıma⁸⁷ tabi tutulduğunun göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Garantörün, hâkimiyet ve sorumluluk alanı içinde yer alan bir tehlike kaynağını gözetmek için hukuk düzeni tarafından görevlendirilmesi gözetim garantörlüğünün özelliğidir⁸⁸. Buna karşılık ikinci gruptaki garantörlük durumları, belli bir kişinin fiili veya hukuki bağlılıktan ötürü belli hukuki değerleri belli dış tehlikelere karşı koruması esasına dayanmaktadır⁸⁹.

Çevre yönetimi yetkililerinin tehlike kaynaklarının gözetilmesi açısından bir garantör konumu üstlenecekleri düşünülebilirse de ancak, garantörün, hukuk düzeninin kendisine verdiği özel denetleme ve gözetim yetkileri temelinde gözetilecek kişi üzerinde kontrol sağlaması halinde garantör konumu için tipik bir yükümlülükten söz edilebilir. Sadece hukuki düzen tarafından (tehlikeli) bir kişi üzerinde sağlanan bu tür bir kontrol, bu kişinin hukuka aykırı davranışından dolayı garantörün sorumluluğunu meşru kılabılır⁹⁰. Ancak çevre yönetimi yetkilileri ile çevreyi kirleten birey arasında böyle bir gözetim ve emir ilişkisi (*Aufsichts- und Befehlsverhältnis*) bulunmamaktadır. İlgili görevliler ile birey arasında özel bir hiyerarşik ilişki ya da bağlılık ilişkisi (*Unterwerfungsverhältnis*) bulunmadığından, idari yetkililer ve bireyler sadece birey ve devlet arasındaki genel ilişki çerçevesinde karşı karşıya gelmektedirler. Bu bakış açısıyla çevre yönetiminde yer alan kamu görevlilerinin üçüncü şahıslar tarafından hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilen kirliliği önlemeye yönelik genel bir garantör konumunun haklı gösterilemeyeceği belirtilmektedir⁹¹. Böylece çevre suçlarında gözetim garantörlüğünün ancak ön gelen tehlikeli eylem⁹² çerçevesinde kabul edilebileceği ileri sürülmektedir⁹³. Böyle bir garantör konumu kapsamında suçun konusunu tehlikeye atacak bir olaydan söz edilebilmesi için ihmali hareket eden kişinin, yükümlülüğüne aykırı şekilde önceki eylemleriyle hukuki değeri ihlal etme tehlikesini yaratması gereklidir. Çevre yönetiminde yetkili makamlar bu gereklilikleri ilgili kamu görevlileri aracılığıyla gerçekleştirebilmektedir⁹⁴. Kamu görevlisi tarafından hatalı ancak geçerli izin verilerek, kişi bakımından sadece ceza kanunundan kaynaklanan engel kaldırılmamıştır. Kamu görevlisi ayrıca çevreye yönelik kirlilik tehlikesini yaratarak, çevre mevzuatı çerçevesinde çevrenin temiz tutulması yükümlülüğünü de ihlal etmiştir. Bu gibi durumlarda yetkili makam ilgili düzenlemeye göre garantör olarak, yükümlülüğe aykırı olarak izin verilen bu kirliliğe, hatalı izni iptal ederek veya geri çekerek ve gerekirse idari tedbir uygulayarak karşı koymakla yükümlüdür⁹⁵.

Çevrenin kirletilmesi suçunda kamu görevlisinin sorumluluğunun koruma yükümlülüğünden kaynaklandığını benimseyen görüşe göre, sözü edilen kamu görevlisinin hem kamuya hem de her bir bireye karşı kendisine emanet edilen çevreye ilişkin değerleri koruma görevi⁹⁶ söz konusudur. Bu yükümlülüğü çerçevesinde verilmiş olan hatalı ve fakat geçerli izni geri alma veya iznin mevcut şartlara göre yenilenmesini sağlaması gerekmektedir⁹⁷. Bununla birlikte *Rudolphi*, bu kabulü suların kirletilmesi suçu üzerinden yaptığı açıklamalar ile eleştirmiştir. Yazara göre, su saflığının korunması için bir garantörlük durumu kabul edilmek istense, su yetkililerine verilen koruyucu görevin içeriği yalnızca hukuka aykırı su kirliliğini önlemek, yani tüm bireylerin izlenmesi suretiyle onlar tarafından ACK m.324 kapsamında suyun kirletilmesine yönelik

kaydıyla, kamu görevlisinin cezai sorumluluğu da belirlenecektir. Kamu görevlisi için, ancak Su İdaresi Kanunu bu deşarja izin verilmesini kesin olarak yasaklıyorsa, söz konusu izin ACK m.324 anlamında izinsiz fiil teşkil edecektir. RUDOLPHI, s.570.

⁸⁶ ACK'da gerçek olmayan suçlara ilişkin genel hükümlerde m.13 düzenlemesi dayanak oluşturmaktadır. İlgili düzenlemeye ilişkin değerlendirme için bkz. GRÜNWALD, Gerald: "Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte", ZStW, (70)3, 1958, s.412 vd. İhmal edilen neticeyi önlemenin ihmal eden bakımından hukuki yükümlü kılınması şartının dışında aranan ihmali hareketin tipikliğin gerçekleştirilmesi bakımından icrai harekete eşdeğer olması (*Modalitätenäquivalenz*) gerekliliğinin suların kirletilmesi suçu (ACK m.324) bakımından bulunmasının şart olmadığı yönünde bkz. RUDOLPHI, s. 571. Yazar, kanun koyucunun kirlenme neticesini ortaya çıkaran herhangi bir sebebin yeterli olduğunu kabul etmesi nedeniyle suça ilişkin hareket bakımından aranan özel bir gerekliliğin bulunmadığını belirtmiştir (RUDOLPHI, s.571). Benzer şekilde *Steindorf* a göre, ihmalin nedenselliğini teyit edebilmek için, eğer görevliler idare hukukunun gerektirdiği şekilde hareket etmiş olsaydı, su kalitesindeki bozulmanın kesine yakın bir ihtimalle (*Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit*) meydana gelmeyeceğinin veya daha az ciddi olacağına tespit edilmesi gerekir. *Steindorf*, burada ACK m.13 anlamında eşdeğerlik şartının geçerli olmayacağını, m.324 bağlamında salt sebep olma suçunun söz konusu olduğunu ve bu nedenle kamu görevlisinin müdahale etmemesinin su kirliliğini onaylamakla eşdeğer olmasını talep etmenin isabetli olmadığını ileri sürmüştür (STEINDORF, s.129). Ayrıca bkz. ODERSKY, s.297.

⁸⁷ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2021, s.402 vd.

⁸⁸ RUDOLPHI, s.575.

⁸⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.403.

⁹⁰ RUDOLPHI, s.576.

⁹¹ RUDOLPHI, s.576.

⁹² Konu hakkında bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s.406 vd.

⁹³ STEINDORF, s.127.

⁹⁴ RUDOLPHI, s.576.

⁹⁵ RUDOLPHI, s.577. Başta verilen iznin geçerli ve hatasız olması ve fakat daha sonra hukuka aykırı hale gelmesi durumunda ön gelen eylem olarak iznin verilmesinin yükümlülüğe uygun şekilde gerçekleşmesi sebebiyle garantörlük yükümlülüğünün ne şekilde değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin bkz. RUDOLPHI, s.577 vd.

⁹⁶ Alman doktrininde suların kirletilmesi suçu üzerinden ortaya çıkan tartışmada, suların korunmasına ilişkin hukuki değerler halka ait olduğunu belirten *Horn*, bu değerler taşıyıcısı değil, koruyucusuna ihtiyaç olduğunu belirtmiştir. Bu görevi ise idari makamlar yerine getirmektedir. Bu hukuki değeri izin ve koşullarla yönetmeye yalnızca idari makamlar yetkilidir. Bununla birlikte *Rudolphi*, bu görüşü eleştirerek suların korunmasının ekolojik değer olarak herkese ait olduğunu, ancak bunun, bir taşıyıcısı olmadığını, yani genel olarak korumasız olduğunu ve bu nedenle garantörlerin korunmasını gerektirdiği anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir. Bu hukuki değerler taşıyıcısının herkes olduğunu vurgulamıştır. RUDOLPHI, s.578.

⁹⁷ MAVIŞ, s.228.

tehdit bakımından su kirliliğini önlemek olacaktır⁹⁸. Bununla birlikte, nihai olarak, koşullar karşılanmasa da su otoritesinin "insan" tehlike kaynağını izlemesi için bir garantörlük konumunun onaylanması anlamına gelecektir. Ayrıca, suyun yönetimine ilişkin makamların korunan sular üzerinde fiili bir kontrole sahip olmaması ve dolayısıyla idari makam ile korunan sular arasında fiili bakım ve koruma ilişkisi bulunmaması nedeniyle koruma garantörlüğünün temeli zayıf kalmaktadır⁹⁹.

Konu, Alman ceza hukukunda bu kapsamda tartışmalara sebebiyet vermekte ve kamu görevlisinin sorumluluğu görünüşte ihmali suç bağlamında ACK m.13 ekseninde ele alınmakta iken; Türk çevre ceza hukuku bakımından görünüşte ihmali suçlara ilişkin TCK'da genel hükümler kısmında düzenlemenin bulunmaması sebebiyle¹⁰⁰ daha karmaşık bir hal almaktadır. Doktrinde, görünüşte ihmali suçların TCK'da sadece sınırlı suç (TCK m.83, 88, 94/5) bakımından kabul edilmiş olması ve genel hükümlerde görünüşte ihmali suçların içeriğinin ve şartlarının belirtilmemiş olması sebebiyle¹⁰¹, ihmali nitelikteki hareketten dolayı cezalandırılabilirliğin özel hükümlerde yer alan tüm suçlar bakımından uygulanabilirliğinin olabileceği hususuna kanunilik ilkesi temelinde¹⁰² karşı çıkmaktadır¹⁰³. TCK'da çevre suçlarında kamu görevlisinin ihmal davranışından dolayı ceza sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Böylece kamu görevlisinin netice suçu olarak düzenlenen ilgili çevre suçuna (örneğin TCK m.181/3, 182/1 c.2), ilişkin mevcut düzenleme çerçevesinde garantör olarak ihmalden dolayı sorumlu tutulabilmesi güçlük arz etmektedir. Bu bağlamda görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme gösteren kamu görevlisinin kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olması ya da kişilere haksız bir menfaat sağlama halinde¹⁰⁴, tali norm olan görevi kötüye kullanma suçu (TCK m.257/2) kapsamında değerlendirme yapılması gerekecektir. Çevre ceza hukuku bağlamında kamu görevlisinin ihmali sebebiyle TCK kapsamında sorumluluğunun söz konusu olabileceği diğer bir suç tipi, kamu görevlisinin suçu bildirmemesidir (TCK m.279). Bu düzenleme gereği bir çevre suçunun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenen kamu görevlisinin, yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal etmesi veya bu hususta bir gecikme göstermesi halinde ceza sorumluluğu doğacaktır.

IV. SONUÇ

Çalışmanın kapsamı çevre ceza hukukunda çevrenin kirletilmesi bağlamında kamu görevlisinin ceza sorumluluğunu ortaya çıkaran durumlar ile sınırlı tutulmuştur. Çevre ceza hukukunun idari bağlılığının önemli bir yansıması çevrenin yönetiminde yetkili kamu görevlilerinin sorumluluğunun belirlenmesi hususunda ortaya çıkmaktadır. Çevre yönetiminde yer alan yetkililer, çevreye yönelik müdahalelerin ilgili idari mevzuat çerçevesinde hukuka uygun şekilde gerçekleştirilebilmesi bakımından gereken izin veya ruhsatı genelde işletmelerin yöneticilerine olmakla birlikte üçüncü kişilere vermektedirler. Böylece kamu görevlilerinin, çevreye yönelik gerçekleştirilen kirletme fiilleri bakımından belirleyici bir rol oynadığı göz ardı edilmemelidir. Kamu görevlisi hatalı ve fakat geçerli bir izin veya ruhsat vermek suretiyle çevrenin kirletilmesine icrai olarak iştirak ettiğinde, sorumluluk statüsü diğer iştirak eden kişi ile ilişkisine göre belirlenmesi gerekecektir. Bu nedenle kamu görevlisinin idare hukukuna ilişkin gereklilikleri yerine getirmek suretiyle çevrenin kirletilmesine yönelik bariyeri kaldırması, her zaman dolaylı failliğini ortaya çıkarmaz. İzni alan kişinin kasten hareket ettiği her durumda, kamu görevlisinin sadece şartları oluşmamış izni vermesi sebebiyle daha fazla bilgi sahibi olacağı kabulünden hareketle dolaylı failliği temellendirilemez. Hem kamu görevlisinin hem de izni alan kişinin kasten hareket etmiş olduğu böyle bir durumda, fiil üzerinde fonksiyonel hâkimiyetlerinin bulunduğu ve böylelikle (diğer şartlarının da bulunması şartıyla) müşterek faillik kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Müşterek faillikten söz edilemediği durumda ise kamu görevlisinin şeriklik kapsamında sorumluluğunun tespiti gereklidir. Ancak burada hatalı ve fakat geçerli iznin varlığı halinde iznin hukuka uygunluk etkisinin bulunması nedeniyle bağlılık kuralından

⁹⁸ Yazar, devletin koruma yükümlülüğü ile ceza hukuku kapsamında garantörlük yükümlülüğünün böyle genel bir şekilde eşitlenmesinin, günlük idari uygulamada önemli yansımalarının da olacağına işaret etmiştir. Yazara göre, böyle bir durumda, her bir kamu görevlisi, kendisi için herhangi bir suç riskini ortadan kaldırmak adına ceza hukuku kapsamında korunan hukuki değerleri %100'den fazla korumak için yükümlülüklerini yerine getirmek zorunda kalacaktır. Bu durum, özellikle Su İdaresi Kanunu için günlük uygulamada, kanun koyucunun su kütlelerinin yönetiminde dikkate alınması gereken çeşitli menfaatlere verdiği ağırlığın, tek taraflı olarak, su saflığına ilişkin cezai olarak korunan hukuki değer lehine değişeceği anlamına gelme tehlikesini barındırmaktadır. Böylece suyun temizliği bakış açısına idari mevzuat ile tutarlı olmayan bir ağırlık verilecektir. RUDOLPHI, s.581.

⁹⁹ RUDOLPHI, s.579. Yazar, örneğin, hukuki değerleri korumak için garantörlük durumunun temel türü olan ebeveynler ve çocukları arasındaki ilişki ile idari makam ve su kaynakları arasındaki ilişki karşılaştırıldığında durumun netleşeceğini ileri sürmüştür. RUDOLPHI, s.580.

¹⁰⁰ Genel hükümlerde böyle bir düzenlemenin bulunmamasına yönelik TCK'nın tutumunun yerinde olduğu yönünde bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s.397.

¹⁰¹ Doktrinde bir görüş, TCK m.83 hükmünün diğer icrai suçlar için kıyasen uygulanabileceğini, bunun belirlilik ilkesine uygun olduğunu ileri sürmüştür. AYGÖRMEZ, s.301-302.

¹⁰² Alman hukukunda konuya ilişkin değerlendirme için bkz. GRÜNWARD, s.417-418.

¹⁰³ Bu yönde görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ERBAŞ, Rahime: Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, On İki Levha, İstanbul 2019, s.145 vd. Bununla birlikte Yargıtay vermiş olduğu bir kararda şu değerlendirmede bulunmuştur: "...eyleminden doğabilecek tehlikeyi veya zararlı neticeyi engelleme yükümlülüğü doğmuştur. Bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen sanıkların bu ihmali davranışlarıyla çevre bakımından doğan tehlike olasılığının devamına neden oldukları, bir başka deyişle icrai davranışta bulunma yükümlülüğünü yerine getirmemeleri nedeniyle..." Yargıtay 4.CD., 15.12.2014, E.2012/31338, K.2014/36059.

¹⁰⁴ Doktrinde bir görüş, işlenen çevre suçunun kamunun bir zararına neden olması veya bir insanın yaralanmasına neden olması halinde görevi kötüye kullanma suçunun tamamlanacağını ifade etmiştir. Yazar, ayrıca çevre suçlarında zararın genellikle hemen ortaya çıkmayacağını ve zarar meydana geldikten sonra bunun telafisinin çok zor olduğundan dolayı zararın oluşmasının da arzu edilmediğini belirterek, kamu görevlisinin cezalandırılmasını zarar şartına bağlı tutan bu düzenlemenin çevre ceza hukuku açısından yerinde olmadığını belirtmiştir. ÖZCAN, s.19.

kaynaklanan engele dikkat edilmesi gerekir. Böyle bir durumda hukuka aykırı veya tipik fiilden söz edilemeyeceğinden, cezalandırılabilir şeriklikten de söz edilemeyecektir.

Kamu görevlisinin yetki, görev ve yükümlülüklerine aykırılık teşkil edecek şekilde ihmal suretiyle çevrenin kirletilmesine sebep olması durumunda TCK'da çevre suçlarının ihmalî hareketle gerçekleştirilebileceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, sorumluluğunu bu kapsamda değerlendirmek kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Böylece neticeli suç kapsamındaki çevre suçları ile sınırlı olmak kaydıyla, bu nitelikteki suçun ihmalî hareketle işlenebileceğine ve diğer unsurları ile birlikte TCK'da açıkça düzenlenmesine¹⁰⁵ yönelik ihtiyaç bulunmaktadır. Bu bağlamda çevre suçlarının yapısal özellikleri gereği idare hukukuna bağlı nitelik arz etmesi nedeniyle, ilgili mevzuattan doğan, çevreye yönelik tehdit teşkil eden işletmeler üzerindeki gözetim ve denetim yükümlülüğünü yapmayan veya gereği gibi yerine getirmeyen ve böylelikle ceza kanununda yer alan ilgili düzenlemeyi ihlal etmek suretiyle çevreye yönelik tehlikenin oluşmasını sağlayan kamu görevlisinin de ilgili suç kapsamında ihmalî hareketi nedeniyle cezalandırılması mümkün olabilecektir. Bu tespitle birlikte, kamu görevlisinin ihmalî hareketi nedeniyle sorumlu tutulabilmesi öncelikle garantörlük konununun bulunmasına bağlı olacağından, garantör yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesinde, idare hukuku esaslarının da göz önünde bulundurulması gerekecektir. Amaç, çevre yönetiminde yetkili kişilerin idare ve çevre hukukundan kaynaklanan yükümlülükleri ile uyumlu olacak şekilde garantör yükümlülüğünün içeriğini ve sınırlarını belirlemek olmalıdır. Bu nedenle kamu görevlisi ilgili iznin veya ruhsatın verilmesi bakımından takdir yetkisine sahipse ve ihmalî hareketi bu kapsamda yer alıyorsa, ceza hukuku kapsamında garantör yükümlülüğünü ihlal ettiği şeklindeki değerlendirme yerinde olmayacaktır.

KAYNAKÇA

- ALBRECHT, Hans Jörg: "Environmental Criminal Laws and Environmental Crimes in Europe - Problems and Prospects", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2(2), 1994, s.168-179.
- ALBRECHT, Hans-Jörg/GÜNTER Heine/MEINBURG Volker: "Umweltschutz durch Strafrecht? Empirische und rechtsvergleichende Untersuchungsvorhaben zum Umweltstrafrecht und zur Umweltkriminalität", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 1984, s.943-998.
- ARTUK, Mehmet Emin: "Çevrenin Kasten Kirletilmesi Suçu (TCK. m.181)" *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1), 2014, s.37-48.
- AYGÖRMEZ, Gülsün Ayhan: *Çevre Ceza Hukuku Çevre Ceza Genel Hükümler C. I, On İki Levha*, İstanbul 2021.
- BACKES, Otto: "Umweltstrafrecht", *Juristenzeitung*, 28(11/12), 1973, s.337-342.
- BAUMANN, Jürgen/WEBER Ulrich/MITSCH Wolfgang/EISELE Jörg: *Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch*, B.12, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2016.
- ERBAŞ, Rahime: *Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmalî Suçlarda Garantörlük*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019.
- GÖTZKE, Norbert: *Die Berücksichtigung des Umweltschutzes bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge (Dissertation)*, Tübingen, 2000.
- GRÜNWALD, Gerald: "Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte", *ZStW*, (70)3, 1958, s.412-432.
- JAKOBS, Günther: *Strafrecht Allgemeiner Teil die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, De Gruyter, Berlin 2011.
- KATOĞLU, Tuğrul, "Çevre ve Ceza Hukuku Yeni Türk Ceza Kanunu ve Çevreye Karşı Suçlar", in Emel Badur (ed.), *Çevre Hukuku Sempozyumu*, Ankara, 2006, s.77-104.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, B.14, Seçkin Yayınları, Ankara 2021.
- KRETSCHMER, Bernd: "Das Umweltstrafrecht und das Umweltordnungswidrigkeitenrecht in Deutschland" *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(2), 2010, s.55-77.
- KÜHL, Kristian: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, B.8, Franz Vahlen, München, 2017.
- LAUFHÜTTE, Heinrich/MÖHRENSCHLAGER Manfred: "Umweltstrafrecht in neuer Gestalt" *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 92(4), 1980, s.912-972.
- MADEN, Mehmet: "Bir Tehlike Suçu Olarak 'Gürültüye Neden Olma' (TCK, m.183) ve Tehlike Suçlarına İlişkin Genel Tespitler" *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25(1), 2021, s.431-469.
- MAURACH Reinhart/SCHROEDER Friedrich-Christian/MAIWALD Manfred, *Strafrecht Besonderer Teil Teilband 2*, B.10, C. F. Müller, 2013.
- MAVİŞ, Volkan: *Türk Ceza Kanunu'nda Çevreye Karşı Suçlar*, Yetkin, Ankara 2021.
- MÖHRENSCHLAGER, Manfred: "Neuere Entwicklungen im Umweltstrafrecht des Strafgesetzbuches", *Natur und Recht (NuR)*, 1983, s.209-218.
- MRŠIĆ, Gordana: "Environmental Protection From The Aspect Of Criminal Law" *Intereulaweast*, 8(1), 2021, s.129-151.
- ODERSKY, Walter: "Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit für Gewässerverunreinigungen", *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989*, De Gruyter, Berlin-New York, 1989, s.291-304.
- ÖZCAN, Onur: *Çevre Suçlarında Şirketlerin Cezai Sorumluluğu (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi)*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2007.
- PAEFFGEN, H.-U.: "Overlapping Tensions between Criminal and Administrative Law: the Experience of West German Environmental Law" *Journal of Environmental Law* 3(2), 1991, s.247-264.
- PRASSE, Heiner: "Almanya'da Çevre Alanında Görevli Olan Kimselerin Cezalandırılması-Çevrenin Korunmasının Aracı Olarak Ceza Hukuku", (çev.) Yener Ünver, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 55(3), 1997, s.407-417.
- ROGALL, Klaus: "Das Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität (18. Strafrechtsänderungsgesetz)", *Juristenzeitung*,

¹⁰⁵ Nitekim doktrinde bir görüş, genel hükmün hangi ihmalî davranışların suç teşkil edeceği noktasında belirsizlik oluşturacağını, bu nedenle icrai hareketle işlenebilen neticeli suçlardan ihmalî hareketle işlenebilecek olanların TCK'da açıkça düzenlenmesinin daha uygun olacağını belirtmiştir. KOCA/ÜZÜLMEZ, s.397. Ayrıca bkz. ERBAŞ, s.167-168; GRÜNWALD, s.431.

- 1980/7, s.101-115.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim: “Probleme der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Amtsträgern für Gewässerverunreinigungen”, Festschrift für Hanns Dünnebier zum 75. Geburtstag am 12. Juni 1982, s.561-582.
- SCHALL, Hero: “Allgemein- Und Sonderdelikte: Versuch einer Abgrenzung im Umweltstrafrecht”, in Dieter Dölling, Bert Götting (Eds.), Verbrechen - Strafe – Resozialisierung Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag am 20. August 2010, De Gruyter, 2010, s.619-633.
- STEINDORF, Joachim: Umwelt-Strafrecht, Sonderausgabe der Kommentierung der §§ 311c,d; 324-330d in der 11. Aufl. des Leipziger Kommentars zum Strafgesetzbuch, De Gruyter, 2011.
- TALAS, Serdar: “Türk Ceza Kanunu’nda Çevrenin Kasten ve Taksirle Kirlenmesi Suçları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 71(1), 2013, s.1147-1157.
- TOROSLU, Nevzat: Ceza Hukuku ve Çevre, Türkiye Çevre Sorunları Vakfı Yayını, 1982.
- TÜRAY, Aras: “Ceza Hukuku Bağlamında Kamu Görevlisi Kavramına İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XIV(2), 2017.
- ÜNVER, Yener/NUHOĞLU Ayşe: Federal Almanya Çevre Ceza Hukuku, Beta, İstanbul 1999.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Meral BALCI, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Meral BALCI who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnÜHFD in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.

GENEL SAĞLIK SİGORTASI KAPSAMINDA YURT DIŞINDA SUNULAN SAĞLIK HİZMETLERİNDEN YARARLANMA**BENEFIT FROM THE HEALTH SERVICES OFFERED ABROAD WITHIN THE SCOPE OF GENERAL HEALTH INSURANCE**Seher DEMİRKAYA*  **Makale Bilgi**Gönderi: 16/06/2022
Kabul : 25/04/2023**Anahtar Kelimeler***Genel Sağlık Sigortası,
Sağlık Hakkı,
Sağlık Hizmetleri,
Yurt Dışında Tedavi.***Article Info**Received: 16/06/2022
Accepted: 25/04/2023**Keywords***General Health
Insurance,
Right to Health,
Health Services,
Treatment Abroad.***Özet**10.21492/inuhfd.1131868 

Kişilerin sağlık hakkı kapsamında tedavi, tanı ve tetkik gibi hizmetleri yurt içinde alması ve bunlara ulaşımın öncelikle hükümetler tarafından ücretsiz/karşılıksız olarak sağlanması gerekir. Ancak bazen ülke içinde sunulan sağlık hizmetleri yeterli olmamakta, kişiler gerekli tedavi hizmetlerini almak için vatandaşı olunan ülke dışına yönelmek zorunda kalmaktadırlar. Bu durum da yurt dışında alınacak tedavi hizmetlerinin sigorta kapsamında yer alıp almayacağı sorunu ortaya çıkarmaktadır. Türkiye açısından konu değerlendirildiğinde, yurt dışı tedavi hizmetlerinden yararlanmanın genel sağlık sigortası kapsamına dâhil edildiği, sigorta kapsamındaki kişilerin faydalanabildiği, ancak söz konusu hizmetlerden yararlanabilmenin bazı koşullara ve işlemlere tabi tutulduğu görülmektedir. Sigorta kapsamında yurt dışı tedavi hizmetlerinden yararlanabilmenin ön koşulu Türkiye’de tedavi ve tetkik hizmetlerinin gerçekleştirilemediğinin ispat edilmesidir. Sonrasında ise ilgili raporların ve diğer prosedürlerin tamamlanması gerekir. Gerekli işlemler konusunda genel sağlık sigortası hükümleri yol göstericidir. Sosyal güvenlik sisteminin parçalı ve dağınık yapısı, genel sağlık sigortasına ilişkin işlemlerin düzenlendiği hukuki kaynaklara da yansımaktadır. Bu çalışmada, yurt dışında tedavi ve tetkik hizmeti alınabilmesinin genel sağlık sigortası kapsamındaki yerine, 5510 sayılı Kanun’daki genel hükümlere ve bunların uygulamasını açıklayan ilgili yönetmelik, tebliğ ve genelgelere dayalı olarak yapılacak işlemler ve gerekli prosedürlere değinilerek, dağınık durumdaki mevzuat hükümleri bir araya getirilmeye çalışılmıştır. Böylelikle, yurt dışında genel sağlık sigortası kapsamında sağlık hizmeti alacak Türk vatandaşlarına ilişkin tüm hükümlerin bir arada yer aldığı bir başvuru kaynağı oluşturulmaya çaba gösterilmiştir.

Abstract

Within the scope of the right to health, individuals should receive services such as treatment, diagnosis and examination primarily within the country, and access to them should be provided free of charge by governments. However, sometimes the health services offered in the country are not sufficient, and people have to go abroad to get the necessary treatment services. This situation reveals the problem of whether the treatment services to be received abroad will be included in the insurance. When the problem is evaluated in terms of Turkey, it is seen that benefiting from abroad treatment services is included in the scope of general health insurance and people under the insurance can benefit, but being able to benefit from these services is dependent on certain conditions. The prerequisite for benefiting from these services within the scope of insurance is to prove that treatment and examination services cannot be provided in Turkey. Afterwards, the relevant reports and other procedures must be completed. The provisions of general health insurance are guiding on the necessary procedures. The fragmented and dispersed structure of the social security system is also reflected in the legal resources that the transactions related to general health insurance. In this study, the content of receiving treatment and examination services abroad within the scope of general health insurance, the general provisions of the Law No. 5510 and the procedures to be done according to the relevant regulations, communiqués and circulars explaining their implementation were mentioned and the scattered legislative provisions were tried to be brought together. Thus, an effort has been made to create a reference resource that includes all the provisions regarding Turkish citizens who will get health services therein the scope of general health insurance abroad.

EXTENDED SUMMARY

The right to health or the right to access health is among the fundamental rights to life that first of all must be protected, according to the understanding of the social state. Especially in recent years, there have been many developments in the field of health in connection with technological developments. The development of health services leads to an increase in treatment options. Developing and changing treatment services become international with increasing demand and exceeding national borders for various reasons. In this direction, the structure of the health services offered changes and there are differences in the conditions of entitlement and benefit. When the health systems of the countries are examined, it is seen that although it is essential to provide health services within the country, it is possible to receive these services outside the country of citizenship under some conditions. Individuals must firstly have access to services such as treatment, diagnosis, and examination, which are provided free of charge by the state. Accordingly, the health services generally submitted within the country are provided by governments free of charge or at rather low cost within the scope of valid health insurances. The insured's use of these services depends on certain conditions (such as premium payment, insurance period and being beneficiary). However, sometimes the health services offered in the country are not sufficient and people have to go abroad to get the necessary treatment services. This situation reveals the matter of whether the treatment services to be received abroad will be included in the insurance. Abroad treatment services, which are covered in the scope of insurance in some countries, are excluded in some countries.

While transnational health services are generally shaped within the scope of health tourism or medical tourism, the issue should not be evaluated as one-dimensional. Within the scope of health tourism, besides those who receive treatment services abroad, other than obligatory cases, people also tend to receive treatment services abroad due to impossibilities and/or deficiencies related to treatment in their own country. Therefore, it would be more proper to approach the issue from different perspectives. When the situation in question is evaluated in terms of the Turkish Social Security System, it is possible to mention about the existence of four different categories. These; providing health services that cannot be provided in the country within the scope of general health insurance; the treatment services that people receive abroad in line with their wishes and possibilities; health services offered in line with the provisions of bilateral social security agreements for those who are abroad due to work; and in case of being abroad for any reason, receiving health services in connection with the demand arising in emergency situations. In this study, among the mentioned, only the abroad treatment and examination services, which are financed by the Social Security Institution within the scope of general health insurance and cannot be provided within the country, are studied.

In the first chapter of the study, general information about the provision of health services abroad is given. Then, in order to facilitate the understanding of abroad treatment services in the Turkish Social Security System the scope of general health insurance in terms of persons and the health services provided by this insurance branch is mentioned. In the other chapter, it is explained which treatment and examination services abroad are offered within the scope of General Health Insurance. Accordingly, in the Turkish Social Security System, all persons covered by insurance (including dependents and beneficiaries) have the right to receive treatment abroad. The only condition for utilization of health services is that the treatment or examination is not possible in the country. All information regarding the treatment and examination services to be provided abroad, the conditions of use and the necessary procedures are regulated in the Law No. 5510, the Regulation of General Health Insurance Implementation, Communiqué of Social Security Institution Health Implementation, and the Institution Circular No: 2011/46. The provisions of the relevant legislation explain in detail how the necessary reports and documents should be prepared for treatment abroad.

The fact that the studies carried out are generally related to the general health insurance holders who are sent abroad as personnel or for the purpose of working, has led to the conclusion that the compilation of the provisions of the legislation by conducting this study will contribute to the field. In addition, the association of international health services with medical tourism or health tourism is also important in terms of drawing attention to the fact that the subject is a necessity, even an obligation, outside of tourism activities. With this study, the provisions of the legislation in different sources regarding the use of treatment services abroad are brought together; it has been tried to draw attention to the fact that abroad health services are not limited to health tourism/medical tourism or health services provided in case of working abroad.

I. GİRİŞ

Özellikle son yıllarda, teknolojik gelişmelerle bağlantılı olarak sağlık alanında da birçok yeni gelişme yaşanmaktadır. Sağlık hizmetlerinin gelişmesi, tedavi seçeneklerinin de artmasına sağlamakta; gelişen ve değişen tedavi hizmetleri artan taleple birlikte uluslararasılaşarak çeşitli sebeplerle ulusal sınırları da aşmaktadır.

Vatandaşı olmayan ülke dışında talep edilen tedavi hizmetleri oldukça çeşitli olmakla birlikte, özellikle hasta kişilerin kendi ülkelerinde tedavi/tetkik işlemlerini gerçekleştirememeleri durumunda, belirli koşullarla farklı ülkelere yönelindikleri görülmektedir. Yurt dışı sağlık hizmetleri genellikle sağlık/medikal turizm kapsamında şekillenirken, konuyu bu şekilde tek boyutlu olarak değerlendirmek gerekir. Şöyle ki, sağlık turizmi kapsamında zorunlu haller dışında, kendi ülkelerindeki tedaviye ilişkin imkânsızlıklar ve/veya eksiklikler sebebiyle de kişiler yurt dışı tedaviye yönelmektedirler. Dolayısıyla konuya çeşitli açılardan yaklaşmak daha doğru olacaktır.

Türk Sosyal Güvenlik Sistemi açısından yurt dışında sunulan tedavi hizmetleri değerlendirildiğinde dört farklı kategorinin varlığından söz etmek mümkündür. Bunlardan ilki genel sağlık sigortası kapsamında yurt içinde sağlanamayan tedavi ve/veya tetkik hizmetleri sebebiyle yurt dışında sağlık hizmeti alınmasıdır. İkincisi ise kişilerin kendi istekleri ve imkânları doğrultusunda (özellikle uygulamadaki şekliyle sağlık turizmi çerçevesinde) aldıkları tedavi hizmetleridir. Çalışma/iş sebebiyle yurt dışında bulunanlar için söz konusu olan ikili sosyal güvenlik sözleşmeleri hükümleri doğrultusunda sunulan sağlık hizmetleri de bir diğer kategoriye oluşturmaktadır. Ancak bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, çalışma/iş sebebiyle yurt dışında bulunan süre zarfında ihtiyaç duyulan veya sunulan sağlık hizmetlerinin bulunulan ülke ile ikili sosyal güvenlik sözleşmesinin olmaması halinde de belli koşullarda sağlanacağıdır. Son grubu ise herhangi bir sebeple yurt dışında bulunulması halinde acil durumlarda ortaya çıkan taleple bağlantılı olarak sağlık hizmeti alınması oluşturmaktadır.

Bu çalışmada, yukarıda bahsi geçen yurt dışında tedavi alma/tetkik yaptırma işlemlerinden yalnızca finansmanı genel sağlık sigortası kapsamında Kurum tarafından karşılanan ve ülke içinde sağlanamayan yurt dışı tedavi ve tetkik hizmetleri ele alınmaktadır. Bu doğrultuda öncelikle sağlık hizmetlerinin yurt dışında sağlanmasına ilişkin genel bir çerçeve çizildikten sonra, 5510 sayılı Kanun hükümlerine göre genel sağlık sigortası kapsamına ve sunulan sağlık hizmetlerine değinilmiştir. Daha sonra ise genel sağlık sigortası kapsamında sağlanan yurt dışı tedavi/tetkik hizmetleri 5510 sayılı Kanun ve ilgili mevzuat hükümleri bağlamında ele alınmıştır.

Çalışma ile yurt dışı tedavi hizmetlerinden yararlanılmasına ilişkin farklı kaynaklarda yer alan mevzuat hükümleri bir araya getirilmeye; yurt dışı sağlık hizmetlerinin yalnızca sağlık/medikal turizm veya yurt dışında çalışma durumunda sağlanan sağlık hizmetleri ile sınırlı olmadığına dikkat çekilmeye çalışılmıştır. Yapılan çalışmaların genellikle yurt dışına görevli olarak veya çalışma amacıyla gönderilen genel sağlık sigortalıları ile ilgili olması, mevzuat hükümlerinin derlenmesinin altına katkı sağlayacağı yönünde bir kanaate varılmasına sebep olmuştur. Ayrıca yurt dışı sağlık hizmetlerinin genellikle medikal/sağlık turizmi ile bağdaştırılması da konunun turizm faaliyeti dışında aslında bir gereklilik, hatta zorunluluk olarak başvurulacak bir alan olduğuna dikkat çekilmesi açısından da önemlidir.

II. SAĞLIK HİZMETLERİNİN YURT DIŞINDA SAĞLANMASI

Sağlık hizmetlerinin sunumu ve finansmanı ulusal hükümetler tarafından nüfusun refahının sağlanması görevi doğrultusunda yerine getirilmektedir. Bu nedenle sağlık hizmeti alma hakkı ve sisteme katkıda bulunma sorumluluğu vatandaşlık hakkının bir parçası kabul edilmektedir¹. Dünya Sağlık Örgütü, sağlık hizmetlerinin finansmanında evrensel bir sağlık kapsamı olarak belirtilen “tam kapsayıcılık” düzeyinin tüm vatandaşlara sağlanacağını üye ülkelere taahhüt edildiğini vurgulamaktadır. Taahhüde göre tam kapsayıcılık düzeyi herkesin ihtiyaç duyacağı/duyduğu sağlık hizmetine herhangi bir finansal sorun yaşamadan erişebilmesidir². Bu noktada, sağlık hizmetlerinin finansmanının ve sağlık harcamalarının ülkelerin gelişmişlik düzeyi ve benimsenen sağlık politikaları ile yakından ilgili olduğunu da belirtmek yerinde olacaktır³.

Teknolojik gelişmelerle birlikte uluslar birbirine daha çok bağlanmaktadır. Sağlık sistemleri de bu değişim ve gelişimle birlikte ulusal sınırların dışına çıkmaktadır⁴. Sağlık hizmetlerinin yurt dışında sağlanması noktasında yaşanan değişimle birlikte, kişilerin yurt dışına gitmesi farklı sosyal, politik ve

¹ ORMOND, Meghann/LUNT, Neil: “Transnational Medical Travel: Patient Mobility, Shifting Health System Entitlements and Attachments”, *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 46(20), 2020, s.4181.

² YENİMAHALLELİ YAŞAR, Gülbiye: “Genel Sağlık Sigortasının Tam Kapsayıcılık Düzeyi: On Yıllık Değerlendirme”, *Çalışma Ortamı Dergisi*, 162, (Ekim-Kasım-Aralık) 2019, s.20; YENİMAHALLELİ YAŞAR, Gülbiye/CEYHAN, Rasim: “Sağlık Güvencesinde Evrensel Sağlık Kapsamı ve Gelişimi”, *Çalışma Ortamı Dergisi*, 158, (Temmuz-Ağustos-Eylül) 2018, s.20 vd.

³ Sağlık hizmetlerinin finansmanı hakkında bkz. TATAR, Mehtap: “Sağlık Hizmetlerinin Finansman Modelleri: Sosyal Sağlık Sigortasının Türkiye’de Gelişimi”, *Sosyal Güvenlik Dergisi*, 1(1), 2011, s.104 vd. Farklı ülke örnekleri için bkz. ÖZTÜRK, Zekai/KARAKAŞ, Esmâ Tuğba: “Avrupa Birliği Üye Ülkelerinde Sağlık Sistemleri Yönetimi ve Organizasyon Yapısı: Almanya, Fransa, İrlanda ve İngiltere Örnekleri”, *Uluslararası Sağlık Yönetimi ve Stratejileri Araştırma Dergisi*, 1(2), 2015, s.44-47.

⁴ ALHENDİ, Bader/AL-SAİFİ, Salih/Khaja, Aliaa: “Medical Tourism Overseas: A Challenge to Kuwait’s Healthcare System”, *International Journal of Travel Medicine and Global Health*, B(1), 2020, s.22; KANGAS, Beth: “Hope from Abroad in the International Medical Travel of Yemeni Patients”, *Anthropology & Medicine*, 14(3), 2008, s.293 vd.

ekonomik düzenlemelere konu olmakta, bu durum da hükümetlerin konuya özgü düzenlemeler yapmasına neden olmaktadır⁵.

Farklı ülke vatandaşları acil olmayan durumlarda dahi istedikleri ülkelerde tıbbi bakım talep hakkına sahiptirler. Acil olmayan durumlarda yurt dışında tıbbi tedavi talebinde bulunma hali uygulamada genellikle “medikal turizm” olarak ifade edilmektedir⁶. Sağlık hizmetlerinin yurt dışında sağlanması konusunda “sağlık turizmi”, “uluslararası sağlık uygulamaları”, “uluslararası tıbbi seyahat”, “tıbbi göç hareketleri” gibi kavramlar da kullanılmaktadır⁷.

Sağlık hizmetlerinin uluslararasılaşması ile bazı ülkelerdeki yetersiz tıbbi hizmetler (tesis, cihaz, nitelikli personel gibi) ve ülke içindeki yüksek maliyetler⁸ sebebiyle, daha iyi koşullarda daha iyi ve uygun maliyetli hizmet sunan ülkelere⁹ tıbbi tedavi imkânı aranmaktadır¹⁰. Aynı zamanda uygulanan bazı tedavi yöntemleri sebebiyle de kişiler farklı ülkelerde tedavi hizmeti almayı tercih etmektedirler¹¹. Ancak tüm bu beklentiler ülkelere ve/veya kişilere tedavinin karşılanmasında fazladan bir finansman yükü getirmektedir¹². Bazı ülkelerde kişilerin yurt dışı tedavi hizmetleri ulusal düzenlemelerde yer alarak hükümetlerce finanse edilirken¹³, bazılarında ise tüm masraflar ve harcamalar kişilerin kendisi tarafından sağlanmaktadır¹⁴.

⁵ ORMOND, Meghann: “International Medical Travel or Medical Tourism”, Audrey KOBAYASHI (Ed.), International Encyclopedia of Human Geography, 2. Edition, Elsevier, 2020, s.373; BELL, David/HOLIDAY, Ruth/ORMOND, Meghann/MAINIL, Tomas: “Transnational Healthcare, Cross-Border Perspective”, Social Science & Medicine, 124, 2015, s.285.

⁶ ALHENDİ/AL-SAİFİ/KHAJA, s.22; ORMOND, s.373.

⁷ Medikal turizm olarak ifade edilen yurt dışı tedavi hizmetlerinden yararlananlar için “medikal turist” veya “sağlık turisti” gibi ifadeler kullanılmaktadır. Turist ifadesinin kullanılması sebebiyle söz konusu tıbbi ziyaretlerin boş zamanlı veya keyfi olduğu ifade edilmektedir (ALHENDİ/AL-SAİFİ/KHAJA, s.22; ORMOND, s.373). Medikal turizm temel bir ifadeyle tüketicilerin/kişilerin herhangi bir tedavi almak veya sağlıklarını iyileştirmek amacıyla ulusal sınırları aşmalarıdır (BÜYÜKÖZKAN, Gülçin/MUKUL, Esin/KONGAR, Elif: “Health Tourism Strategy Selection Via SWOT Analysis and Integrated Hesitant Fuzzy Linguistic AHP-MABAC Approach”, Socio-Economic Planning Sciences,74, 2021, s.1; ORMOND/LUNT, s.4182; CHEE, Heng Leng/WHITTAKER, Andrea/YEOH, Brenda S.A.: “International Medical Travel and the Politics of Transnational Mobility in Asia”, Asia Pacific Viewpoint, Special Issue: International Medical Travel, 58(2), 2017, s.129; LUNT, Neil/SMİTH, Richard/EXWORTHY, Mark/GREEN, Stephan T./HORSFALL, Daniel/MANNION, Russell: “Medical Tourism: Treatments, Markets and Health System Implications: A Scoping Review”, OECD, 2011, s.7). Sağlık turizmi ise ikamet edilen ülkeden farklı bir ülkeye tıbbi ve tıbbi olmayan sağlık hizmetlerini almak üzere yapılan seyahatlerdir (HAFIZAN, Mohamad Abd Hadi/MARDIANA, Omar/SYAFİG, Sidqi Mohamad Saidi/JACINTA, Rajan/SAHAR, Bintaja/MUHAMMED HANEFIAH, Juni/ROSLİZA, Abdul Manaf: Analysis of Medical Tourism Policy: A Case Study of Thailand, Turkey and India”, International Journal of Public Health and Clinical Sciences, 5(3), 2018, s.19; AYDIN, Gökhan/KARAMEHMET AYDIN, Bilge: “Dünyada ve Türkiye’de Sağlık Turizmi Pazarlama Uygulamaları ve Karşılaştırmalı Durum Analizi”, Pazarlama ve Pazarlama Araştırmaları Dergisi, 16, 2015, s.2; BOOKMAN, Milica Z./BOOKMAN, Karla R.: Medical Tourism in Developing Countries, Palgrave Macmillan, New York 2007, s.1-2). Ancak uygulamada ve bazı çalışmalarda sağlık turizmi ve medikal turizm kavramları birbirinin yerine kullanılmaktadır. Medikal turizm ve sağlık turizminin ayrı kavramlar olarak kullanıldığı çalışma için bkz. AKBOLAT, Mahmut/GÜLÇİN DENİZ, Nebiye: “Türkiye’de Medikal Turizmin Gelişimi ve Bazı Ülkelerle Karşılaştırılması”, Uluslararası Global Turizm Araştırmaları Dergisi, 1(2), 2017, s.125. Medikal turizmi sağlık turizminin bir alt dalı olarak alan çalışma için bkz. CHANIN, Oraphan/KHUNCHUMNAN, Ploykanok/AMPHANSOOKKO, Suwapas/THONGYAI, Kulteera/RODNEUM, Jutamas/SRIPRASERT, Piangpis: “Guidelines on Health Tourism Management for Middle Eastern Tourists in Phuket Province”, Procedia Computer Science 65, 2015, s.1147-1148. Medikal turizminin sağlık turizmi kapsamında ele alındığı çalışmalar için bkz. ÇAM, Oğuz/ÇILGINOĞLU, Hakkı: “Sağlık Turizmi Kapsamında Medikal Turizmde Öne Çıkan Sağlık Uygulamaları”, Sosyal Bilimler Dergisi, 3(2), 2021, s.199; ŞAHBAZ, B. Pars/AKDU, Uğur/AKDU, Serap: “Türkiye’de Medikal Turizm Uygulamaları: İstanbul ve Ankara Örneği”, Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 15(27), 2012, s.267 vd. Çalışmanın konusunu sağlık turizminin oluşturulmaması sebebiyle konuya sınırlı bir şekilde değinilmiş; zorunlu sigorta kapsamında sunulan sağlık hizmetleri ele alınmıştır.

⁸ Panama’da tıbbi hizmetlerin ABD ve Kanada’dan %40-%70 arasında; Macaristan’da dış sağlığı hizmetlerinin ve estetik ameliyat masraflarının %40-%50 arasında daha ucuz olduğu belirtilmektedir. Ayrıca, Meksika (%25-%35), Hindistan (%20), Singapur (%35) ve Tayland’da (%30) da tıbbi hizmetlerin özellikle Kuzey Amerika ülkelerinden daha düşük maliyetli olduğu açıklanmaktadır. Bkz. <https://hospitalcmq.com/medical-tourism/statistics/> (Erişim: 10.04.2023).

⁹ ABD’den Meksika’ya ve Kore’ye; Kuzey Avrupa’dan Orta ve Doğu Avrupa’ya, OECD ülkelerinden de düşük ve orta gelirli ülkelere özellikle de Hindistan, Tayland, Malezya gibi ülkelere doğru bir hasta akışının/tedavi talebinin olduğu görülmektedir (LUNT/SMITH/EXWORTHY/GREEN/HORSFALL/MANNION, s.9).

¹⁰ BOGUSZEWCZ-KREFT, Monika/SPRINGER, Agnieszka/KUCZAMER-KŁOPOTOWSKA, Sylwia/PAC-POMARNACKA, Lidia: “The Assessment of the Domestic and Foreign Medical Services and The Intents to Participate in Medical Tourism”, European Research Studies Journal, XXIV(4B), 2021, s.825-826; ALHENDİ/AL-SAİFİ/ KHAJA, s.22; KANGAS, s.295-298; YILMAZ, Emine/ERDOĞAN, Seyfettin: “Medical Tourism: An Assessment on Turkey”, 10th International Conference on Knowledge, Economy and Management, 2012, s.1045. Ayrıca medikal/tıbbi ihtiyaçlarının yanında, hastalık önleme, fiziksel ve ruhsal gelişim, ruhsal denge arayışı, kültür ve rahatlama programları amacıyla da yurt dışı sağlık hizmetlerine yöneltiler görülmektedir. Bkz. USLU, Yeter/YILMAZ ALARÇİN, Eda/YILMAZ, Emre/GEDİKLİ, Erman: “Türk Sağlık Sisteminin Markalaşmasına Stratejik Bir Bakış”, Bingöl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 23(1), 2022, s.216; COSTA, Carlos/QUINTELA, Joana/MENDES, José: “Health and Wellness Tourism: A Strategic Plan For Tourism and Thermalism Valorization of São Pedro do Sul”, in Peris-Ortiz, Marta/Álvarez-García, José (ed.), Health and Wellness Tourism, Springer, London, 2015, s.23.

¹¹ Farklı ülkelerde talep edilen tedaviler için bkz. JADHAV, Sammita/YERAVDEKAR, Rajiv/KULKARNİ, Meenal: “Cross-border Healthcare Access in South Asian Countries: Learnings for Sustainable Healthcare Tourism in India”, Procedia –Social and Behavioral Sciences, 157, 2014, s.110; YU, Ji Yun/KO, Tae Gyou: “A Cross-Cultural Study of Perceptions of Medical Tourism Among Chinese, Japanese and Korean Tourists in Korea”, Tourism Management, 33, 2012, s.84 vd.

¹² Kangas, s.299 vd.

¹³ Örneğin; Irak ve BAE vatandaşları Hindistan’da, Libya vatandaşları Tunus’ta, AB’de yaşayanlar ise 2014/24 sayılı Direktif doğrultusunda diğer AB ülkelerinde tedavi olabilmektedirler (ORMOND, s.375).

¹⁴ Örneğin, ABD’deki Medicare Sağlık Sistemi, yalnızca istisnai durumlarda yurt dışındaki sağlık hizmetlerini karşılamaktadır. İstisnai haller dışında kişilerin tedavi masraflarını kendilerinin karşılamaları gerektiği belirtilmektedir. Bkz. <https://travel.state.gov/content/travel/en/international-travel/before-you-go/your-health-abroad.html> (Erişim: 10.04.2023). Bunun yanında bazı ülkelerde ise vatandaşları olunan ülke dışında acil hallerde dahi sağlık hizmetine ihtiyaç duyulması durumunda özel bir sağlık sigortasının/sağlık kartının varlığının gerekliliği de belirtilmekte; sınırlı bir sağlık hizmetinin de kapsanacağı ifade

Uygulamada medikal/tıbbi/sağlık turizmi kapsamında değerlendirilen yurt dışı tedavi ve tetkik hizmetleri, Türk Sosyal Güvenlik Sistemi içerisinde de söz konusu kavramların ötesinde, zorunlu genel sağlık sigortası kapsamında, Kanunla düzenlenen konulardan biridir. Genel sağlık sigortası kapsamındaki kişiler tedavinin ve/veya tetkikin yurt içinde sağlanamaması durumunda belli koşulların yerine getirilmesi ile bu hizmetleri yurt dışında da alabilmektedirler.

III. GENEL SAĞLIK SİGORTASININ KİŞİLER BAKIMINDAN KAPSAMI VE SAĞLANAN SAĞLIK HİZMETLERİ

Sağlık hizmetinin herkesi kapsayacak şekilde sunulması konusunda sağlık hakkı ile sosyal güvenlik hakkı birbiriyle yakın bir bağlantı içindedir¹⁵. Bu doğrultuda da sağlık hakkının sosyal sigorta kapsamında sunulması hükümetlerin/ülkelerin temel görevlerinden biri olmaktadır. Genel sağlık sigortası¹⁶ sisteminin en önemli hususlarından biri kapsamına aldığı kişilerin oldukça geniş tutulmasıdır. Sistemle, sağlık hakkına tüm toplumun erişimi sağlanmaya çalışılmaktadır¹⁷.

Genel sağlık sigortası; ekonomik güçlerine ve isteklerine bakılmaksızın, ortaya çıkabilecek hastalık risklerine karşı, toplumdaki tüm kişilerin sağlık hizmetlerinden eşit, kaliteli, ulaşılabilir ve etkin bir şekilde yararlanmasını amaçlayan bir sistem olarak ifade edilmektedir¹⁸.

Anayasa’da herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu, devletin de gerekli sağlık hizmetini sunmakla görevli olduğu ifade edilmektedir. Sağlık hizmetlerinin finansmanın¹⁹ Türkiye’de yaşayan herkesi kapsayacak biçimde eşit ve tek bir yapı ile düzenlenmesi 5510 sayılı Kanunla birlikte gerçekleşmiş ve devletin yükümlülüğünün kapsamı belirlenmiştir. Kanunla, vatandaşların hastalanmasına ve sağlığının bozulmasına engel olabilecek her türlü koruyucu sağlık hizmetinin yaygınlaştırılması, hastalık durumunda ise etkin hizmete en kolay erişebilecekleri bir yöntemle tedavi edilmesi sağlanmaya çalışılmıştır²⁰.

5510 sayılı Kanun’da, genel sağlık sigortasından sağlanacak sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanmak, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için bir “hak”, Sosyal Güvenlik Kurumu için ise bu hizmet ve hakların finansmanını sağlamak bir “yükümlülük” olarak belirtilmiştir²¹. Dolayısıyla genel sağlık sigortalılarının, sağlık hizmetlerinden yararlanmaları Kanun’dan doğan temel haklarıdır. Aynı zamanda, Kurum da bu hak doğrultusunda hizmet sunmak ve finansman sağlamakla görevlidir.

Kurum bu görevini yerine getirirken de genel sağlık sigortası kapsamındaki kişiler arasında, sunulacak sağlık hizmetleri ve diğer haklar açısından ayrımcı uygulamalar yapmamalı ve alınan prim tutarları ile sunulan hizmet arasında ilişki kurmamalıdır²². Kurum, sunulan hizmet ve ödenen karşılıklar açısından tarafsız ve objektif olmalı, kişiler arasında farklı uygulamalara sebep olmamalıdır. Sağlık hizmetlerinin sunulması bakımından, bu konuda Kurumun adil ve eşitlikçi olması beklenmektedir.

Kanun kapsamında sunulacak sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan genel sağlık sigortalısı ile bakmakla yükümlü olduğu kişiler yararlanmaktadır²³. Bu doğrultuda Kanun’un kapsam açısından oldukça geniş olduğu, tüm kişilerin belli koşullar altında kapsama alındığı ve temel sağlık hizmetlerine erişimlerinin sağlandığını ifade etmek yerinde olacaktır.

Sağlık hizmetlerinin temel amacı Kanun’un 63. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre sunulan ve finansmanı Kurum tarafından karşılanan sağlık hizmetleri; genel sağlık sigortalısının ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sağlıklı kalmalarını, hastalanmaları durumunda sağlıklarını geri kazanmalarını, iş kazası ve meslek hastalığı, hastalık ve analık sonucu tıbben gerekli görülen sağlık hizmetlerinin karşılanmasını, iş göremezlik durumlarının ortadan kaldırılmasını ya da azaltılmasını amaçlamaktadır.

Finansmanı Kurumca sağlanan sağlık hizmetleri esas itibariyle tedavi edici sağlık hizmetleri (hastalık hali edimleri, analık hali sağlık edimleri, ağız ve diş sağlığı edimleri, doku, organ, kök hücre nakli ve hücre tedavisi ve diğer tedavi türleri), koruyucu tedavi hizmetleri ve eski hale getirici (rehabilite edici) hizmetler

edilmektedir. Örneğin bkz. İngiltere <https://www.nhs.uk/using-the-nhs/healthcare-abroad/> (Erişim: 10.04.2023). İngiltere’de medikal turizm kapsamında değerlendirilen yurt dışı sağlık hizmetleri hakkında bkz. <https://www.treatmentabroad.com/medical-tourism> (Erişim: 10.04.2023).

¹⁵ BOYDAK, Alptekin Burak: “Türkiye’de Uygulanan Genel Sağlık Sigortasının Salgın Hastalıklar Karşısında Önemi”, TBB Dergi, (159), 2020, s.182; ARICI, Kadir: Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara 2015, s.408.

¹⁶ Genel sağlık sigortasına ilişkin düzenlemeler 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nda yer almaktadır. RG: 16.06.2006, 26200.

¹⁷ PEKTEN, Ali: “Genel Sağlık Sigortası Sistemi ve Getirdiği Yenilikler”, Sayıştay Dergisi, (61), 2006, s.119.

¹⁸ ATTİLA, İclal/GÜLAY, Abdülaziz: “Türkiye’de Genel Sağlık Sigortası’nın Sürdürülebilirliği İçin Zorunlu Tamamlayıcı Sağlık Sigortası Modeli Önerisi”, Uygulamalı Bilimler Fakültesi Dergisi, 4(1), 2022, s.18; BOSTANCI, Yalçın: “Sosyal Güvenlik Hukukunda Genel Sağlık Sigortası”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16(1), 2008, s.153.

¹⁹ Sağlık hizmetlerinin sürdürülebilirliği açısından ihtiyaç duyulan çeşitli kaynakların (hastane, laboratuvar, ilaç firmaları, sigorta kurumları gibi kuruluşlar ile doktor, hemşire, eczacı, teknisyen gibi sağlık profesyonelleri) organizasyonu sağlık hizmetleri sistemi ortaya çıkmakta; sistemin kullanımı süresinde oluşan maliyetlerin karşılanması ise sağlığın finansmanı olarak adlandırılmaktadır. Bkz. USLU/YILMAZ ALARÇIN/YILMAZ/GEDİKLİ, s.211. Sağlık sistemlerinin finansmanı hakkında bkz. ÖZTÜRK, Berna: Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Primler, Turhan Yayınevi, Ankara 2016, s.12 vd.

²⁰ BOYDAK, s.181-182.

²¹ 5510 sayılı K., m.62/1.

²² 5510 sayılı K., m.62/3.

²³ 5510 sayılı K., m.62/2.

olmak üzere üç gruba ayrılarak incelenebilmektedir²⁴. Ancak uygulamada sunulan hizmetler açısından farklı gruplamalar da söz konusudur²⁵.

Yurt dışı tedavi hizmetlerinden yararlanabilmek için Kanun kapsamında genel sağlık sigortalısı olmak gerekir. Bu açıdan, öncelikle genel sağlık sigortalıların kim olduğunu belirtmek yerinde olacaktır. Türk vatandaşlarının Türkiye sınırları içinde sağlık hizmetlerinden yararlanmalarına ilişkin koşullar esas itibarıyla 5510 sayılı Kanun kapsamındaki hükümler doğrultusunda belirlenmektedir²⁶. Kanun'da genel sağlık sigortalılığı ve genel anlamda sigortalılık kavramları farklı olarak ifade edilmektedir²⁷. Genel sağlık sigortası; kişilerin öncelikli olarak sağlıklarının korunması ile sağlık riskleri ile karşılaşmaları durumunda ortaya çıkan harcamaların finansmanını sağlayan sigorta olarak belirtilmektedir²⁸.

5510 sayılı Kanun kapsamında genel sağlık sigortalısı olarak kabul edilenler, Kanun'un 60. maddesinde sıralanmıştır. Buna göre, ikametgâhı Türkiye'de bulunan 5510 sayılı Kanun'un 4/1-a ve 4/1-c maddesi kapsamında sigortalı olanlar ile 4/1-b maddesi kapsamında sigortalı olanlar ve isteğe bağlı sigortalı olanlar genel sağlık sigortalısı olarak sayılan ilk gruptur²⁹. Kanun'un 4/1-a, 4/1-b ve 4/1-c maddesi kapsamında sigortalı sayılmayanlardan Kanun'da açıkça belirtilen kişiler de genel sağlık sigortalısıdır³⁰.

Mütekabiliyet esası dikkate alınmak koşuluyla oturma izni almış yabancı ülke vatandaşlarından yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında sigortalı olmayanlar; 4447 sayılı Kanun uyarınca işsizlik ödeneği, Esnaf ve Ahilik Sandığı Ödeneği ve ilgili kanunlarınca kısa çalışma ödeneğinden yararlananlar; 5510 sayılı Kanun ya da bu Kanun öncesinde yürürlükte bulunan sosyal güvenlik kanunlarına göre gelir ya da aylık alanlar ile Kanun'da belirtilen söz konusu kişiler dışında kalan ve başka bir ülkede sağlık sigortasından yararlanma hakkı bulunmayanlar da genel sağlık sigortalısı sayılmaktadırlar³¹. Ayrıca, Kanun'un 60. maddesinin devamında genel sağlık sigortası kapsamına dâhil olan ve olmayan diğer kişiler de detaylı olarak sıralanmıştır³².

Türkiye'de genel sağlık sigortasının kapsamı oldukça geniştir. Aynı zamanda sağlık sigortası kapsamında sunulan ve finansmanı karşılanan hizmetler de oldukça fazladır. Sağlık sisteminin genel vergilerle finanse edildiği Birleşik Krallık ile Bismarck Modelinin uygulandığı Almanya'da dahi geniş bir kapsama yapısının bulunmadığı dikkate alındığında, ulusal genel sağlık sisteminin genişliği daha kolay anlaşılabilir³³.

IV. GENEL SAĞLIK SİGORTASI KAPSAMINDA YURT DIŞINDA SAĞLANAN SAĞLIK HİZMETLERİ

Sigortalıların yurt içinde tedavisi esas olmakla birlikte³⁴, yurt içinde tedavinin ve tetkiklerin yapılamaması durumunda, sigortalılara ve bağımlılarına (bakmakla yükümlü oldukları kişilere ve hak sahiplerine) sağlık hizmetlerinin yurt dışında sunulması söz konusu olabilmektedir.

Yurt dışında alınacak tedavi hizmetleri 5510 sayılı Kanun (66. madde), Genel Sağlık Sigortası Uygulamaları Yönetmeliği (GSSUY)³⁵ (8. Bölüm) ve Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği

²⁴ TUNCAY, Aziz Can/EKMEKÇİ, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 20. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2019, s.612; SÖZER, Ali Nazım: Türk Genel Sağlık Sigortası, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2018, s.225-240.

²⁵ Diğer bir gruplamada Kurumca finansmanı sağlanan sağlık hizmetleri koruyucu hizmetler, hastalık halinde sunulan hizmetler, analık halinde sunulan hizmetler, ağız ve diş tedavisi için sunulan hizmetler ile diğer hizmetleri olarak beş grupta da incelenmektedir (GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/CANIKLIOĞLU, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 18. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020, s.97-803). Koruyucu, tıbbi bakım ve tedavi, analık, ağız ve diş sağlığı, yardımcı üreme yöntemleri sağlama ve diğer tamamlayıcı sağlık hizmetleri de başka bir sınıflandırmadır (SÜMER, Haluk Hadi: Sosyal Güvenlik Hukuku, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s.281-283).

²⁶ Çalışmada tamamlayıcı ve özel sağlık sigortaları ele alınmamış, yalnızca 5510 sayılı Kanun'da düzenlenen genel sağlık sigortası konu edinilmiştir.

²⁷ Kanun'da sigorta kavramı sosyal sigortalar olarak ifade edilmiş, kısa/uzun vadeli sigorta kolları şeklinde tanımlanmıştır (5510 sayılı K., m.3/3). Sigortalı kavramı ise kısa/uzun vadeli sigorta kolları açısından adına prim ödemesi gereken ya da kendi adına prim ödemesi gereken kişidir (5510 sayılı K., m.3/6).

²⁸ 5510 sayılı K., m.3/8.

²⁹ 5510 sayılı K., m.60/1-a,b.

³⁰ Bu kişiler için bkz. 5510 sayılı K., m.60/1-c. Genel sağlık sigortalıları ve sigortalı sayılma koşulları hakkında bkz. GÜNAY, Cevdet İlhan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s.603-609; GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s.773-785; TUNCAY/EKMEKÇİ, s.588-606; BARDAKÇI, Ozan/ŞAHİN, Musa/KUŞBUDU, Salih: Kamu Görevlilerinin Sosyal Güvenliği, Girişim Ajans Yayınları, Ankara 2019, s.223-238; SÖZER, s.113 vd.; BOYDAK, s.182 vd.; EKİN, Ali: "Genel Sağlık Sigortasından Yararlanma Şartları ve Esasları", TBB Dergisi, (100), 2012, s.155; AKIN, Levent, "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Tasarısının Kişiler Açısından Kapsamında Yeni Gelişmeler", Çalışma ve Toplum Dergisi, 8(1), 2006, s.29 vd.

³¹ 5510 sayılı K., m.60/1-d,f,g.

³² Bkz. 5510 sayılı K., m.60/2.

³³ Fransa'da nüfusun neredeyse tamamı zorunlu sağlık sigortası kapsamında olmasına rağmen, sunulan hizmetlerin kapsamının sınırlı olması sebebiyle birçok hizmet için katılım payı uygulamaları ve tamamlayıcı sigorta hizmetleri oldukça yaygındır. Hollanda'da ise yalnızca temel sağlık hizmetleri finanse edilmektedir (ATTİLA/GÜLAY, s.21-22). Almanya sağlık sistemi için bkz. ERTÜRK ATABEY, Selin/MERİÇ, Metin: "Sağlık Harcamaları ve Evrensel Kapsama Açısından Türk ve Alman Sağlık Sistemlerinin Karşılaştırmalı İncelenmesi", Sosyoekonomi, 24(29), 2016, s.121 vd. Sağlık sigortasının zorunlu olduğu veya sistemden ayrılmaya olanak tanıyan ülkeler ve diğer ülke uygulamaları hakkında bkz. ÖZDEMİR KARACA, Pınar/ATILGAN, Emre: "Karşılaştırmalı Perspektifte Sağlık Sistemleri: Kavramsal Çerçeve ve Sınıflandırma", Electronic Journal of Vocational Colleges, 11, 2021, s.13-14.

³⁴ Belli koşullarla yurt dışında tedavi imkânı söz konusu olabilmektedir. Koşullar da Kanun'da açıkça belirtilmiştir (TATAR, Mehtap/MOLLAHALİOĞLU, Salih/ŞAHİN, Bayram/AYDIN, Sabahattin/MARESSO, Anna/ HERNÁNDEZ-QUEVEDO, Cristina: "Turkey: Health System Review", Health System in Transition, 13(6), 2011, s.33).

³⁵ GSSUY, RG: 18.04.2014, 28976.

(SUT)³⁶ (madde 4.4.) hükümlerine göre düzenlenmektedir. Aynı zamanda, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından hazırlanan genelge ve genel yazılar ile de yurt dışı tedavi hizmetlerinin daha detaylı usul ve esasları belirlenmektedir. Bu doğrultuda hazırlanan mevcut Genelge, 2011/46 sayılı “Yurt dışı tedavi işlemleri” konulu Kurum Genelgesi’dir³⁷.

5510 sayılı Kanun’a göre sigortalıların ve/veya bakmakla yükümlü oldukları kişilerin ve hak sahiplerinin tedavilerinin yurt dışında gerçekleştirilebileceği durumlar şunlardır³⁸:

- İşverenleri tarafından Kurumca belirlenen usule uygun olarak veya kamu idarelerinin özel mevzuatlarında belirlenen usule göre geçici görevle yurt dışına gönderilenler (madde 4/1-a ve 4/1-c sigortalılar) acil hallerde yurt dışında sağlık hizmetlerinden yararlanabilmektedirler.
- İşverenleri tarafından Kurumca belirlenen usule veya kamu görevlilerinin tabi olduğu mevzuat hükümlerine göre sürekli görevle yurt dışına gönderilenler ile bakmakla yükümlü oldukları kişilerden yurt dışında birlikte yaşadıkları kişiler yurt dışında sağlık hizmetlerinden yararlanabilmektedir.
- Sürekli veya geçici görevle yurt dışına gönderilenler veya bu sebeplerden farklı olarak herhangi bir sebeple KKTC’de bulunan ve Türk vatandaşı olan genel sağlık sigortalıları ile bunların bakmakla yükümlü olduğu kişiler de yurt dışında sağlık hizmetlerinden yararlanabilmektedir.
- Kanun’un 60/12 maddesindeki genel sağlık sigortalılarından özel mevzuatlarında yer alan usule göre, sürekli veya geçici görevli olarak yurt dışına gönderilenler yurt dışı sağlık hizmetlerinden yararlanmaktadırlar.
- Sağlık Bakanlığı’nın uygun görüşü ile yurt içinde tedavisinin yapılamadığı tespit edilenler yurt dışında sağlık hizmetlerinden yararlanmaktadır³⁹.

Kanun’un 63. maddesinde belirtilen sağlık hizmetlerinin yurt içindeki sağlık hizmet sunucularından sağlanmasının esas olduğu, ancak; Sağlık Bakanlığının uygun görüşü üzerine yurt içinde tedavisinin yapılamadığı tespit edilen kişilerin sağlık hizmetlerinin yurt dışında sağlanabileceği Kanunda açıkça ifade edilmektedir⁴⁰. Aynı zamanda Kanun’a göre yurt içinde yapılması mümkün olmayan tetkiklerin de yurt dışında yapılmasına olanak tanınmaktadır⁴¹. Kanun’da yer alan bu hükümler doğrultusunda yurt içinde sağlanamayan veya sunulamayan tedavi ve tetkik işlemleri gerekli koşulların sağlanmasıyla yurt dışında gerçekleştirilebilmektedir.

A. Yurt Dışında Sunulan Sağlık Hizmetlerinin Kişiler Bakımından Kapsamı

Kanun’da açıkça belirtilen ve yukarıda sayılan genel sağlık sigortalıları, yurt dışı sağlık hizmetlerinin sağlanması bakımından da genel sağlık sigortasının kişiler bakımından kapsamını oluşturmaktadır. Kanun’da, bu anlamda sağlık hizmetlerinin yurt içinde veya dışında sunulmasına veya alınmasına ilişkin kişiler bakımından herhangi bir kısıtlama getirilmemiştir. Bu nedenle, Kanun kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılanların⁴² yurt dışı sağlık hizmetlerinden yararlanabileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

Yurt dışında tedavi talebinde bulunan hastanın, bakmakla yükümlü olunan kişinin veya hak sahibinin Kurum mevzuatına göre sigortalılık durumu ve tedaviye hakkı olup olmadığının tespitine ilişkin hususlar, Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğünce belirlenmektedir. Konuyla ilgili bir şüphenin varlığı halinde, durum sosyal güvenlik kontrol memurları aracılığıyla incelenmekte ve tespite göre işlemler yürütülmektedir⁴³.

Yurt dışında tedavi hizmeti alma hakkı tanınan genel sağlık sigortalıların kapsamının oldukça geniş olduğunun belirtilmesine karşın, bu haktan yararlanan sigortalı sayısı oldukça düşüktür. Şöyle ki; her yıl Kurumca yayımlanan faaliyet raporuna göre yurt dışına 2022 yılında tedavi amacıyla gönderilen kişi sayısı 27, kontrol muayenesi için gönderilen kişi sayısı 4; 2021 yılında tedavi amacıyla gönderilen kişi sayısı 10, kontrol muayenesi için gönderilen kişi sayısı 3; 2020 yılında tedavi amacıyla gönderilen kişi sayısı 7, kontrol muayenesi için gönderilen kişi sayısı 1; 2019 yılında ise tedavi amacıyla gönderilen kişi sayısı 46, kontrol muayenesi için gönderilen kişi sayısı 4’tür⁴⁴. Rapora göre yurt dışında tedavi amacıyla bulunanların sayıları oldukça düşüktür. Bu durumu tedavi imkânının bilinmemesi veya tedavi işlemlerinin ve erişilebilirliğinin zorluğu ile açıklamak mümkündür.

Genel sağlık sigortası kapsamındakiler, Kanun’da yer alan hükümler çerçevesinde, herhangi bir ek koşula veya duruma bağlı olmaksızın yurt dışı sağlık hizmetlerinden de yararlanabilmektedirler. Bu

³⁶ SUT, RG: 24.03.2013, 28597.

³⁷ 2011/46 sayılı Genelge, 08.06.2011 tarih ve B.13.2.SGK.0.11.05.03/366 numaralı genelgedir. Genelgede “yurt dışında tedaviye gönderilecek kişi/kişilerin hangi şartları taşıması gerektiğine ilişkin usul ve esaslar, temin etmesi gereken belgeler, Kurumun hangi birimine müracaat edeceği, bu birimler tarafından yürütülecek işlemler” açıklanmaktadır.

³⁸ 5510 sayılı K., m.66/1.

³⁹ Çalışmada ele alınan grup bu kesimdir. Diğerleri çalışmaya dâhil edilmemiştir.

⁴⁰ 5510 sayılı K., m.66/1-c.

⁴¹ 5510 sayılı K., m.66/2

⁴² 5510 sayılı Kanun öncesinde Sosyal Sigortalar Kurumuna tabi hastalar için aranan 300 gün hastalık sigortası primi ödeme ve Bağ-Kur’a tabi hastalar için aranan en az 10 ay sağlık sigortası primi ödemiş olma şartı 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle kaldırılmıştır. Hastalık sigortasından yararlanmak için gerekli olan 30 gün sigortalı olma süresi de yurt dışı tedavi hizmeti alınmasında yeterli kabul edilmiştir (KORKUSUZ, M. Refik/UGUR, Suat: Sosyal Güvenlik Hukuku, 7. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2020, s.316). Ancak, 4/1-b sigortalıların bu kapsamda olmadıkları ve yurt dışında tedavi olmaları halinde giderlerinin Kurum tarafından karşılanmayacağı, 4/1-b sigortalıların kendilerince ödeneceği yönünde görüşler de bulunmaktadır. Bu yöndeki görüşü açıklayan SAVAŞ KUTSAL, Fatma Burcu: Türk Sosyal Sigortalar Hukukunun Temel İlkeleri, Beta Yayınları, İstanbul 2016, s.106.

⁴³ Genelge, m.2.2/2.

⁴⁴ Bkz. Strateji Geliştirme Başkanlığı: 2022 Yılı Sosyal Güvenlik Kurumu Faaliyet Raporu, Şubat 2023, s.77; Strateji Geliştirme Başkanlığı: 2021 Yılı Sosyal Güvenlik Kurumu Faaliyet Raporu, Şubat 2022, s.64; Strateji Geliştirme Başkanlığı: 2020 Yılı Sosyal Güvenlik Kurumu Faaliyet Raporu, Şubat 2021, s.75; Strateji Geliştirme Başkanlığı: 2019 Yılı Sosyal Güvenlik Kurumu Faaliyet Raporu, Şubat 2020, s.62.

doğrultuda, yurt dışı tedavi ve/veya tetkik hizmetlerinden yararlanma konusunda Kanun kapsamındaki kişiler açısından herhangi bir ayırım yapılmadığı; genel sağlık sigortası kapsamında olmanın yeterli olduğu görülmektedir. Ancak bu kişilerin salt genel sağlık sigortalısı olmalarının, doğrudan yurt dışında istedikleri tedavi ve/veya tetkik hizmetlerini sigorta kapsamında alma hakkı tanımayacağını da belirtmek gerekir. Genel sağlık sigortalılarının yurt dışı sağlık hizmetlerinden yararlanabilmeleri mevzuat hükümleri doğrultusunda gerçekleşmektedir.

B. Yurt Dışında Sunulan Tedavi ve Tetkik Hizmetleri

Yurt dışında tedavi ve tetkik hizmetleri belli koşullar altında sunulmaktadır. Bu doğrultuda yurt içinde yapılmayan tetkikler, sağlık kurulu raporuyla belgelendirilmesi ve Sağlık Bakanlığı'nın onayı ile numunelerin ya da gerekçeleri belirtilerek hastanın bizzat yurt dışına gönderilmesi ile yurt dışı sağlık sunucularında yaptırılabilir⁴⁵. Ayrıca, yurt içindeki sağlık hizmeti sunucularından sağlanamayan tedavi hizmetlerinin de yurt dışındaki sağlık hizmeti sunucularından sağlanabilmesi mümkündür ve gerekli işlemler ayrıntılı olarak Tebliğ'de belirtilmiştir. Buna göre;

- “Yurt dışında tedavi için gerekli olan sağlık kurulu raporları; doku ve organ nakli için Kurumun resmi internet sitesinde yayınlanan “Yurt Dışında Doku ve Organ Nakli Amacıyla Sağlık Kurulu Raporu Vermeye Yetkili Resmi Sağlık Kurumları Listesi”nde yer alan hastanelerin sağlık kurullarınca, diğer tedaviler için ise üçüncü basamak resmi sağlık kurumlarının sağlık kurullarınca, SUT Eki “Yurt Dışına Tedaviye Gönderileceklerle İlişkin Sağlık Kurulu Raporu” (Ek-2/Ek-1) formatına uygun olarak düzenlenmekte ve raporda altı ayı geçmemek koşuluyla tedavi süresi belirtilmektedir.
- Sağlık kurulu en az biri ilgili dalın uzman hekimi olmak kaydıyla, üniversite hastanelerinde beş öğretim üyesi, eğitim ve araştırma hastanelerinde beş eğitim görevlisinin katılımıyla oluşturulmaktadır.
- Düzenlenen sağlık kurulu raporları Ankara Şehir Hastanesi, İstanbul Şişli Hamidiye Etfal Eğitim ve Araştırma Hastanesi ve İzmir Yenışehir Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nden herhangi biri tarafından teyit edilip sonrasında Sağlık Bakanlığı'na onaylanmaktadır.
- Söz konusu işlemler sonrasında, Dışişleri Bakanlığı nezdinde gerçekleştirilecek işlemler Kurum tarafından yürütülmektedir.”⁴⁶

Böylelikle yurt dışında alınacak tüm tedavi hizmetleri Kurumca karşılanabilecektir. Diğer bir ifadeyle, yurt dışında sunulacak tedavi hizmetlerini karşılamamanın bir sınırı bulunmamaktadır⁴⁷.

Yurt dışına tedavi için gönderilenlerin, yurt içinde kontrol tedavilerinin yapılması esas olmakla birlikte, yurt dışına gönderilmeleri de söz konusudur⁴⁸. Yurt dışına gönderilmeleri için hastaların tedavi ve ilk muayene işlemlerinin başlangıç tarihi itibarıyla, kök hücre, doku ve organ nakli gibi tedavilerin yapılması için gönderilenlerin ise nakil tarihi itibarıyla, dört yıllık sürenin tamamlandığı tarihten itibaren, sonraki her kontrol tedavisi için de Tebliğ'deki koşulları içeren yeni bir sağlık kurulu raporu düzenlenmelidir. Dört yıllık sürenin tamamlanmasından önceki kontrol tedavileri için hastaların, Tebliğ'in 2.5.3.A-1 maddesinde yer alan yurt içindeki ilgili sağlık hizmeti sunucuları tarafından veya yurt dışında tedavi görülen sağlık hizmeti sunucusunca kontrol tarihini de kapsayan, gerekçeli kontrol tedavi raporu düzenlenmelidir. Düzenlenen bu raporlar da Tebliğ'in 2.5.3.A-1(13) maddesinde belirtilen ilgili sağlık hizmeti sunucularından biri tarafından uygun görülerek teyit edilmelidir.

Yurt dışı tedavi sonrasında, rutin kontrol tedavilerinin devam etmesi durumunda bazı hastaların (kanser hastaları, ince bağırsak nakli yapılanlar, akciğer nakli yapılanlar gibi) yurt dışı ile ilgili sağlık merkezlerinin kontrol sayısı, süreleri ve tarihlerini gerekçeleri ile birlikte raporla bildirmeleri; raporun da Kurumca yetkili hastanelerden birinde onaylanması durumunda, hastanın bu takvim doğrultusunda yurt dışına gidiş ve gelişleri için yeni bir “Yurt Dışına Tedaviye Gönderileceklerle İlişkin Sağlık Kurulu Raporu” istenmemektedir ve gerekli işlemler mevcut belgelere göre yürütülmektedir. Ancak, bu kontrol programına ilişkin rapor, rapor tarihinden itibaren en fazla bir yıl için geçerlidir. Söz konusu raporun bir yılı geçmesi durumunda kontrol programını içeren yeni bir rapor alınması ve bu raporun da yetkili hastanelerde onaylanması suretiyle işlemler devam ettirilmektedir⁴⁹.

Yurt içinde yapılmayan tahlillere ve/veya tetkiklere ait numunenin, yurt dışına gönderilmesine ilişkin işlemler ise SUT hükümleri doğrultusunda onaylanma sürecini tamamlamış olan raporlar, sosyal güvenlik il müdürlüğüne Genel Sağlık Sigortası Genel Müdürlüğü tarafından iletilerek işlemler yürütülmektedir⁵⁰. Tetkik numune ve tahlillerin yurt dışına gönderilmesine ilişkin işlemler Tebliğ'in 2.5.3.A maddesinde yer alan hükümler doğrultusunda gerçekleştirilmektedir⁵¹. Yurt dışındaki tetkik bedellerinin ödenmesi konusunda ise Tebliğ'in 2.5.3.B-2 maddesinde belirtilen işlemler takip edilmektedir⁵².

Yurt içinde yapılmayan tetkiklerin veya tahlillerin, numunenin gönderilmesi koşuluyla yurt dışında yapılması için uyulacak kurallar Tebliğ'de belirtilmiştir. Gerekli kurallar şunlardır⁵³:

⁴⁵ GSSUY, m.32/6.

⁴⁶ SUT, m.2.5.3.A.

⁴⁷ SAVAŞ KUTSAL, s.107;TUNCAY, A. Can/EKMEKÇİ, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 15. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2015, s.564.

⁴⁸ SUT, m.2.5.3.A-2/5.

⁴⁹ Genelge, m.2.8/2.

⁵⁰ Genelge, m.3.

⁵¹ SUT, m.2.5.3.B.

⁵² Sosyal güvenlik il müdürlüklerince yurt dışında tetkik/tahlil yaptırılmasıyla ilgili işlemlerden sonra Tebliğ'in Ek-2 ve Ek-3 belgeleriyle Genel Sağlık Sigortası Genel Müdürlüğü'nün bilgilendirilmesi gerekir (SUT, m.2.5.3.B-2).

⁵³ SUT, m.2.5.3.B-1.

- “Numunenin ya da hastanın gönderilmesi suretiyle tetkik ya da tahlillerin yurt dışında yaptırılabilmesi için gerekli sağlık kurulu raporları üniversite ya da eğitim araştırma hastaneleri sağlık kurullarınca, SUT eki “Yurt Dışı Tetkike İlişkin Sağlık Kurulu Raporu” (Ek-2/E-2) formatına uygun olarak düzenlenmektedir. Raporlarda tetkik veya tahlilin yurt içinde yapılmadığı ayrıntılı olarak gerekçeleri ile belirtilmelidir.
- Sağlık kurulu en az biri ilgili dal uzman hekimi olmak kaydıyla, üniversite hastanelerinde en az bir öğretim üyesi, eğitim ve araştırma hastanelerinde en az bir eğitim görevlisinin katılımıyla oluşturulmalıdır.
- Numunenin gönderilmesi için yurt dışında yapılacak tetkikler veya tahliller için düzenlenen sağlık kurulu raporları Sağlık Bakanlığı tarafından da onaylatılmaktadır.”

Yurt dışında sunulan tetkik ve/veya tedavilere ilişkin işlemler hem SUT, hem 2011/46 sayılı Genelge, hem de Genel Sağlık Sigortası Uygulamaları Yönetmeliği hükümlerine göre yapılmaktadır. Daha önce de ifade edildiği gibi genel sağlık sigortası kapsamında olmak yurt dışı tedavi hizmetlerinden sigorta kapsamında yararlanmak için yeterli kabul edilmemekte, bahsi geçen raporların ve işlemlerin de eksiksiz olarak yerine getirilmesi beklenmektedir.

C. Yurt Dışı Tedavi ve Tetkik Hizmetlerine İlişkin Sağlık Kurulu Raporunun Alınması

Sağlık amacıyla yurt dışında bulunmanın hukuki dayanağını oluşturan 5510 sayılı Kanun'da yer alan hükümler doğrultusunda, yurt içinde tedavisinin mümkün olmaması halinde işçi, kamu görevlisi, bağımsız çalışan ve bunların bağımlılarının tedavi amacıyla yurt dışına sevki mümkündür⁵⁴.

Yurt dışı tetkik veya tedaviler için gerekli sevke esas oluşturacak sağlık kurulu raporlarının düzenlenmesi, onaylanması, yurt dışına gönderilme ve ödemelere ilişkin usul ve esaslar Kurumca belirlenmektedir⁵⁵.

Kurumca sağlık yardımları karşılanan genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olunan kişilerin⁵⁶ yurt dışına tedavi amacıyla gönderilmesi için öncelikle, mevzuatta yer alan usul ve esaslara göre tedavilerinin yurt içinde yapılmasının mümkün olmadığına ilişkin ilgili sağlık kuruluşundan, SUT eki “Sosyal Güvenlik Kurumunca Sağlanan Sağlık Yardımlarından Yararlandırılanların Yurt Dışına Tedaviye Gönderilmelerine İlişkin Sağlık Kurulu Raporu” (Ek-2/E-1) formatına uygun olarak hazırlanan sağlık kurulu raporunu temin etmeleri gerekir⁵⁷.

Sağlık kurulu raporu, öncelikle Sağlık Bakanlığı'na bağlı İstanbul Şişli Hamidiye Etfal Eğitim ve Araştırma Hastanesi, Ankara Şehir Hastanesi veya İzmir Yenışehir Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nden biri tarafından teyit edilmeli, ardından Sağlık Bakanlığınca da onaylanmalıdır⁵⁸. Bu işlemler, sağlık hizmetinden yararlanacak kişi tarafından yaptırılabilmesi gibi (sağlık kurulu raporu ve bulunması halinde ekleri, bir dilekçe ile bağlı bulunulan/ikamet edilen ilin sosyal güvenlik kurumu il müdürlüğüne ya da Genel Sağlık Sigortası Genel Müdürlüğü'ne teslim edilerek) Kurumca da yaptırılabilir⁵⁹. Sağlık kurulu raporları, teyit ve onay işlemlerinin tamamlanmasının ardından hasta, hasta yakını veya sosyal güvenlik kurumu il müdürlüğü tarafından Genel Sağlık Sigortası Genel Müdürlük Makamının onayına sunulmalıdır⁶⁰.

Yurt dışında yapılacak olan tetkikler ve tahliller için de benzer bir süreç söz konusudur. Yurt dışında yapılacak tetkikler ve tahliller için hastanın kendisi veya numuneleri yurt dışına gönderilebilmektedir. Hastanın veya numunenin gönderilmesi suretiyle tahlillerin ve tetkiklerin yurt dışında yaptırılabilmesi için gereken sağlık kurulu raporları, eğitim araştırma hastaneleri ya da üniversite hastaneleri sağlık kurulu tarafından Tebliğ eki “Yurt Dışı Tetkike İlişkin Sağlık Kurulu Raporu” (EK-2/E-2) formatına göre düzenlenmektedir. Raporlarda, tahlilin ve/veya tetkikin yurt içinde yapılmadığı ayrıntılı olarak gerekçesiyle birlikte belirtilmelidir⁶¹.

Tahlil ve/veya tetkik için hazırlanan sağlık kurulu raporları, onay için Sağlık Bakanlığı'na iletilmektedir. Sağlık kurulu raporları da onay işlemlerinin ardından hasta, hasta yakını veya sosyal güvenlik il müdürü tarafından Genel Sağlık Sigortası Genel Müdürlüğü'ne iletilerek onaya sunulmaktadır⁶².

Kurumca onaylanan raporlar ve diğer belgeler, Genel Sağlık Sigortası Genel Müdürlüğü tarafından, tedavinin sağlanacağı sağlık kuruluşu ile gerekli iletişimin/koordinasyonun kurulması ve tedavi süresince veya sonrasında tanzim olunan belgelerin (tahlil, fatura, sonuç, epikriz vb.) tercüme edilmesi, onaylanması gibi işlemlerin yürütülmesi için Dışişleri Bakanlığı'na iletilmektedir. Diğer işlemlerin yapılması için de sağlık kurulu raporu ve yurt dışı tedaviye ait diğer belgeler, ilgili sosyal güvenlik il müdürlüğüne gönderilmektedir⁶³.

Genel Sağlık Sigortası Genel Müdürlük Makamının onayı bulunduğu ve konu hakkında Dışişleri Bakanlığı'na bilgi verildiğine ilişkin talimatın, Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğüne iletilmesinden sonra;

- “5510 sayılı Kanun madde 4/1-a kapsamındaki sigortalı ya da bakmakla yükümlü olunan kişi adına tülkeye göre formüllerin tanzim edilmesi,

⁵⁴ Sözer, s.288.

⁵⁵ GSSUY, m.32/9.

⁵⁶ Hastanın mevzuata uygun sigortalılık durumu ile tedaviye hakkı olup olmadığına ilişkin hususlar, ilgili sosyal güvenlik il müdürlüğü tarafından tespit edilmektedir. Bir tereddüdün oluşması halinde ise konu sosyal güvenlik kontrol memuru aracılığıyla incelenmekte; sonuca göre işlem yapılmaktadır (Genelge, m.2.3).

⁵⁷ Genelge, m.2.1.

⁵⁸ SUT, m.2.5.3.A-1(3).

⁵⁹ Bu durumda, işlemlerin yapılması amacıyla sağlık kurulu raporu ve (bulunması halinde) ekleri, dilekçe ile birlikte ikamet ilinin sosyal güvenlik il müdürlüğüne teslim edilmelidir (Genelge, m.2.2/2).

⁶⁰ http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/sgk/tr/saglik/saglik_sigortaciligi/yurtdisi_tedavileri (Erişim: 15.10.2021).

⁶¹ SUT, m.2.5.3.B-1 (1).

⁶² http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/sgk/tr/saglik/saglik_sigortaciligi/yurtdisi_tedavileri (Erişim: 15.10.2021).

⁶³ Genelge, m.2.5.

- SUT'un "Yurt dışı yol, gündelik ve refakatçi giderleri" başlıklı madde 4.4.3.C'de belirtilen harcırah (avans verilmesi de dahil olmak üzere) işlemleri,
- Tedaviye ilişkin ücretin ilgili ülkeye transfer işlemleri,
- Tedavi sona erdiğinde sigortalı veya bakmakla yükümlü olduğu kişi ile mahsuplaşma işlemleri,
- Strateji Geliştirme Başkanlığı ile hesaplaşma işlemleri,
- Yapılan işlemlerin sonuçları hakkında SUT Ek-1-A'da yer alan "Yurt Dışı Tedavi/Tetkik İçin Hasta İzleme Çizelgesi" ile Genel Sağlık Sigortası Genel Müdürlüğü'ne bilgi verilmesi"

ile diğer işlemler gerçekleştirilmelidir⁶⁴. Dışişleri Bakanlığı nezdinde gerçekleştirilecek işlemler de Kurumca yürütülmektedir⁶⁵.

Tedavi raporlarının Sağlık Bakanlığınca onaylanmasının ardından, üç ay içinde tedavi amacıyla yurt dışına çıkıl(a)maması halinde rapor yenilenmelidir⁶⁶.

Görüldüğü üzere, yurt dışı tedavi/tetkik işlemleri için gerekli sağlık raporunun alınması konusuna ilişkin tüm işlemler Genelge'de tereddüte yer bırakamayacak şekilde açıkça belirtilmiştir.

D. Yurt Dışı Tedavi ve Tetkik Hizmetlerine İlişkin Gerekli İşlemlerin Sonradan Tamamlanması

Yurt dışında tedavi talebinde bulunulması halinde, gönderilme sürecine ilişkin işlemlerin, yurt dışına çıkılmadan tamamlanması esas olmakla birlikte, gerekli işlemlerin sonradan tamamlanması da mümkündür. Konu, 2011/46 sayılı Genelge'de açıkça belirtilmiştir.

Tetkiklerin/tahlillerin yurt içinde yapılamadığı gerekçesiyle yurt dışında yapılmasını talep edenlerin sağlık hizmet sunucusu tarafından düzenlenen raporlarının Tebliğ'de belirtilen makamlar tarafından teyit edilmesi/onaylanması durumunda giderlerin tamamı Kurumca ödenmektedir. Tedavi sonrasında kontrol muayenesi için yurt dışına çıkılması durumunda, ilgili mevzuatta açıklanan tedavi, gündelik, refakatçi, yol gibi giderlerin tamamı Kurumca karşılanmaktadır. Hastaların üniversite veya eğitim araştırma hastanesinden almış oldukları ilk sağlık kurulu raporunda, yurt dışına acil olarak çıkması gerektiğine ilişkin bir açıklamanın bulunması durumunda giderlerin tamamı yine Kurumca karşılanmaktadır. Hastaların herhangi bir aciliyet belirtmeden tedavi amacıyla yurt dışına gitmeleri durumunda ise ilgili mevzuatta belirtilen giderlerin, sağlık kurulu raporunun Sağlık Bakanlığı tarafından onaylanmasından sonraki süreye ait kısmı Kurumca karşılanmaktadır⁶⁷.

Sigortalıların tedavi için (yurt dışında sağlık hizmetlerini kapsama alan) ikili sosyal güvenlik sözleşmesi⁶⁸ olan ülkeye; herhangi bir acil hal belirtilmeden gitmesi durumunda, ilgili formüler kapsamındaki tedavinin tamamı; fakat yurt dışı gündelik, refakatçi ve yol giderlerinden ise yalnızca ilk alınan sağlık kurulu raporunun Sağlık Bakanlığı tarafından onaylanmasından sonraki süreye ilişkin kısmı karşılanırken; yine üniversite veya eğitim araştırma hastanesinden alınan SUT EK-1-B'de belirtilen, ilk sağlık kurulu raporunda acil olarak yurt dışına çıkılması gerektiğine ilişkin ibarenin olması durumunda giderlerin tamamı Kurumca karşılanmaktadır⁶⁹.

E. Yurt Dışı Tedavi ve Tetkik Giderlerinin Kurum Tarafından Karşlanması

Kanun'un 66/1-c maddesi kapsamında tedavi amacıyla yurt dışına sevk edilenlerin sağlık hizmetlerine ilişkin tüm masrafları (tedavi, yol, refakatçi giderleri ile gündelikleri) Kurumca karşılanmaktadır. Ancak belirli hallerde bu durumun istisnası söz konusu olabilmektedir.

Yönetmelikte de yurt dışı tedavi işlemlerinin Kurum tarafından karşılanacağına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. İlgili maddede konu

"Genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü oldukları kişilerin Kurumca yetkili kılınan sağlık hizmeti sunucularınca düzenlenen sağlık kurulu raporlarının Kurumun belirlediği sağlık hizmeti sunucusu sağlık kurulu tarafından teyit edildikten sonra yurt içinde tedavisinin yapılamadığının Sağlık Bakanlığınca onaylanması ile birlikte, bu hastalığın tedavisine ilişkin yurt dışında yapılacak sağlık hizmeti giderleri Kurumca ödenir."

şeklinde ifade edilmektedir⁷⁰. Yurt dışında tedavi edilecek kişiler öncelikle, sevke konu tedaviye ait yurt dışındaki anlaşmalı sağlık hizmeti sunucusuna sevk edilmektedir. Anlaşmalı sağlık hizmeti sunucusunun bulunmaması durumunda ise sevk edilen sağlık hizmeti sunucusuna gönderilmesi gerekir. Yurt dışında sevke konu tedaviye ilişkin sözleşmeli sağlık hizmeti sunucusunun olması durumunda giderlerin tümü karşılanırken; aksi durumda tedaviye ilişkin giderlerin tamamı yine Kurumca ödenir, fakat kişinin kendi tercihi doğrultusunda Kurumun yurt dışında sözleşmeli olduğu sağlık kuruluşuna gitmemesi durumunda, sözleşmeli kuruluşta ödenecek tutarı geçmemek üzere, Kurum tarafından ödeme yapılır. Aradaki fark ise kendisi tarafından karşılanır⁷¹.

⁶⁴ Genelge, m.2.6.

⁶⁵ SUT, m.2.5.3.A-1(4).

⁶⁶ GSSUY, m.32/7; SUT, m.2.5.3.A-2/1.

⁶⁷ Genelge, m.2.7/1, 2, 4.

⁶⁸ İkili sosyal güvenlik sözleşmesi bulunan ülkelerde sağlık hizmetlerinin alınması hakkında bkz. 40552758-010.06.01-E.8949028 sayılı ve 28.07.2020 tarihli "Yurt Dışı Sağlık Uygulamaları Hakkında" Kurum Genel Yazısı.

⁶⁹ Genelge, m.2.7/3.

⁷⁰ GSSUY, m.32/1.

⁷¹ GSSUY, m.32/2; SUT, m.2.5.3.A-3(1).

İkili sosyal güvenlik sözleşmesinin bulunduğu bir ülkeye gidilmesi durumunda ise o ülke ile yapılan sözleşmede tedavi uygulanmasının öngörülmüş olması ve sigortalının da ikili sosyal güvenlik sözleşmesi kapsamında yer alması koşuluyla sözleşme hükümleri uygulanarak tedavi işlemleri gerçekleştirilmektedir⁷².

İkili sosyal güvenlik sözleşmelerinde sağlık hizmetlerinin de kapsanması halinde, sigortalıların bazı sağlık hizmetleri karşı ülkeler tarafından ödenmemektedir/karşılanmamaktadır. Kanun'un 66/1-c maddesine göre yurt dışına sevk edilen hastaların, sağlık bedellerinin tamamı Kurum tarafından karşılanmaktadır. Bu doğrultuda, hastaların kendilerince karşılanan sağlık ve yol hizmetlerine ilişkin giderler, sosyal güvenlik sözleşmesi hükümleri gereğince karşılanmaması nedeniyle Kanun'un yürürlüğünden itibaren Kurum tarafından karşılanmaktadır⁷³.

Kurum tarafından hastanın kendisinin veya tetkiklerinin yurt dışına gönderilmesi halinde tedavi/tetkik işlemleri, Türkiye'ye dönüş işlemleri ve tedavi masraflarının ödenmesi misyon şeflikleri⁷⁴ ile işbirliği yapılarak gerçekleştirilmektedir⁷⁵.

Yurt dışında gerçekleştirilen tedavinin bedelleri, Kurumca yurt dışı sağlık hizmeti sunucusunun banka hesabına havale edilmesi veya kişiler tarafından ödenen tutarın belge karşılığında kendilerine ödenmesiyle karşılanmaktadır⁷⁶. Genel sağlık sigortalıları ile bakmakla yükümlü oldukları kişilere, yurt dışındaki tedavileri/tetkik işlemleri için yapılacak giderler konusunda, kişilere veya sağlık hizmeti sunucularına Kurumca avans ödenebilmektedir. Misyon şeflikleri aracılığıyla da avans ödemesinin yapılması mümkündür⁷⁷. Kurum, avans ödemesinin söz konusu olduğu durumlarda, yurt dışı sağlık hizmeti sunucuları tarafından düzenlenen raporların ve belgelerin, misyon şefliklerince tercüme edilmesini ve onaylanmasını isteyebilir⁷⁸. Aynı zamanda genel sağlık sigortalısı ile bakmakla yükümlü olduğu kişiler tarafından da raporların ve belgelerin yetkili tercümanlarca yapılmış tercüme de kabul edilmektedir⁷⁹.

Yurt dışına tedavi/tetkik amacıyla gönderilenlerin, raporda öngörülmesi durumunda, bir kişiyle sınırlı olarak refakatçileri⁸⁰ bulunabilir. Bu kişilerin yol giderleri de Kurumca karşılanmaktadır⁸¹. Yurt dışında tetkik/edavi amacıyla düzenlenen sağlık kurulu raporunda, hastanın tarifeli hava taşıtı ile (özel uçak, ambulans uçak vb.) yurt dışına naklinin gerektiğinin belirtilmesi durumunda gidiş için söz konusu taşıt bedellerinin fatura veya belge karşılığı ödenmektedir. Hastanın dönüşü için tedavinin gerçekleştirildiği sağlık hizmeti sunucusu tarafından tarifeli hava taşıtıdan başka bir hava taşıtı ile dönmesi gerektiğinin belgelendirilmesi durumunda da taşıt bedelleri, ulaşım aracına ilişkin belge veya fatura tutarı üzerinden ödenmektedir⁸². Yurt dışında tetkik/edavi hizmeti almak amacıyla bulunanların, bu sürede ölümleri durumunda, cenaze nakil ve refakatçi giderleri de Kurumca karşılanmaktadır⁸³.

Yurt dışına gönderilen hastanın ve refakatçisinin, tedavinin ayakta gerçekleştiği günler için gündelik; yatarak tedavinin gerçekleştiği günler için yatarak tedavi süresiyle sınırlı olarak, sağlık hizmeti alınan yerde kalınmayan günler için ise refakatçisinin yatak ve yemek giderleri gündelik tutarı geçmemek koşuluyla ödenmektedir. Aynı zamanda, yurt dışına organ nakli yapılması için gönderilen hastanın, uygun organın teminine kadar geçen yurt dışındaki bekleme süresinde de hasta (beklemesine onay verilen) ve refakatçisi için Kurumca belirlenen süre boyunca gündelik ödenmektedir⁸⁴. Tedavi giderleri, yurt dışı hizmet sunucusunun banka hesabına veya kişilerin kendisinin ödeme yapması durumunda ise ödenen tutarın belge karşılığı kendilerine Kurum tarafından ödenmektedir⁸⁵.

Yurt dışında Kurumun anlaşmalı olduğu bir sağlık sunucusu tarafından sağlanan tedavi/tetkik giderleri sözleşme hükümleri doğrultusunda ödenmektedir. Kurumla sözleşmesi bulunmayan sağlık hizmet sunucularında yapılan tetkik/edavi işlemlerine ait giderlerin tamamı Kurum tarafından karşılanır. Kişilerin tercihine göre yurt dışında Kurumun anlaşmalı olduğu sağlık hizmeti sunucusuna gitmemesi durumunda ise anlaşmalı sağlık hizmeti sunucusuna ödenebilecek tutarı geçmemek üzere tedavi/tetkik giderleri Kurumca ödenmektedir. Tedavi amacıyla yurt dışına gönderilen hastanın, bu durumla ilgili olarak ortaya çıkan komplikasyon, bağlantılı tedavi ve acil haller haricindeki sağlık hizmet giderleri Kurum tarafından karşılanmamaktadır⁸⁶.

⁷² GSSUY, m.32/3; SUT, m.2.5.3.A-3(2).

⁷³ Genelge, m.2.10.

⁷⁴ Misyon şefliği; "genel sağlık sigortalısının geçici görevle veya sürekli görevle bulunduğu, tedavinin veya tetkikin yapıldığı ülkedeki büyükelçilik, başkonsolosluk, daimi temsilcilik ve konsolosluk şubesi olarak, aynı ülkede ya da şehirde birden fazla temsilcilik bulunması durumunda ise büyükelçilik tarafından bu işle yetkili kılınan temsilcilik, çalışma ataşeliği ve müşavirlikleri" dir (GSSUY, m.4/1-v).

⁷⁵ GSSUY, m.32/4.

⁷⁶ SUT, m.2.5.3.A-3(3).

⁷⁷ GSSUY, m.33/1; SUT, m.2.5.3.A-3(4).

⁷⁸ SUT, m.2.5.3.A-3(5).

⁷⁹ GSSUY, m.33/2.

⁸⁰ 18 yaşını doldurmamış kişiler için bu koşul aranmaz (GSSUY, m.33/3, SUT, m.2.5.3.C-1(1)).

⁸¹ 5510 sayılı K., m.66/6; GSSUY, m. 16/12; SUT, m.2.5.3.C-1(1).

⁸² SUT, m.2.5.3.C-1(1).

⁸³ GSSUY, m.16/12; m.33/10; SUT, m.2.5.3.C-1(2).

⁸⁴ GSSUY, m.33/4; SUT, m.2.5.3.C-2.

⁸⁵ GSSUY, m.3/5; SUT, m.2.5.3.A-3(3).

⁸⁶ GSSUY, m.33/6-7; SUT, m.2.5.3.A-3(6). Uygulanan tedavinin, başka bir tedavinin sevkine konu hastalıkla ilgili olup olmadığına ilişkin durumun tespit edilememesi halinde, yurt dışı tedavi raporunu onaylayan hastanenin görüşü doğrultusunda işlem yapılabilmektedir. Sosyal güvenlik il müdürlüklerince, Tebliğ eki "Yurt Dışı Tedavi/Tetkik İçin Hasta İzleme Çizelgesi" (Ek-2/E-3) ile birlikte yapılan işlemlerin sonucunda Genel Sağlık Sigortası Genel Müdürlüğüne bilgi verilmelidir (SUT, m.2.5.3.A-3(7)).

Yurt dışında uygulanan tedavinin ilgili mevzuat kapsamında olduğunun tespit edilememesi halinde, hastanenin görüşü doğrultusunda tedavi raporunun teyit edilmesi ile birlikte Kurum tarafından karar verilerek işlem yapılmaktadır⁸⁷.

Belirli bir tedavinin yapılması amacıyla yurt dışına gönderilen hastaya, gönderildiği ülkede bulunan sağlık hizmeti sunucularınca farklı bir tedavi uygulanmasının öngörülmesi durumunda, yeni tedavi için de ilgili rapor ve onayların yeni tedavi için de alınması halinde giderler Kurum tarafından karşılanmaktadır. Aksi durumda, yeni tedaviye konu yol ve gündelik giderleri karşılanmamaktadır⁸⁸.

Yurt dışındaki tetkiklere ilişkin ücretler sağlık hizmeti sunucusu tarafından düzenlenen faturalar üzerinden yapılmaktadır ve hastanın tetkik için yurt dışına gönderilmesi durumunda da ayrıca gündelik ve yol giderleri Kurum tarafından ödenmektedir⁸⁹.

Yurt dışında belirlenen koşullar çerçevesinde tedavi alma hakkı bulunan sigortalıların ve hak sahiplerinin, yurt dışı tedavi/tetkik işlemlerine ilişkin tahsil işlemleri konusunda sorun yaşamaları halinde yetkili mahkemeye başvurma hakları bulunmaktadır. Yapılan incelemeler sonucunda kişilerin haklı bulunması ve mevcut durumlarını ispatları ile ödedikleri/karşıladıkları tedavi/tetkik tutarlarını Kurumdan talep etme hakları doğmaktadır⁹⁰.

F. Kurumca Karşılanacak Sağlık Hizmetlerinde Yurt Dışı Tedavi Süresi

Yurt dışındaki tedavi süreleri sağlık kurulu raporunda altışar aylık dönemleri geçmemek üzere belirlenmektedir. Tedavi süresinin de raporda belirtilen süreyi geçmesi mümkün değildir⁹¹. Tıbbi gerekçelerle sürenin uzaması halinde ise, gerekçeler misyon şeflikleri aracılığıyla Kuruma gönderilmektedir⁹². Sevke esas sağlık kurulu raporunun sağlık hizmeti sunucusu tarafından teyit edilmesi, hizmet sunucunun görüşü ve Kurumun da onayı doğrultusunda sürenin altı ayı aşmayan dönemler halinde uzatılması mümkündür⁹³. Belirtilen veya uzatılan sürenin aşılması halinde süreye ilişkin tedavi, gündelik ve refakatçi giderleri ödenmemektedir⁹⁴.

Yurt dışı tedavi süreleri en çok iki yıla kadar uzatılabilmektedir. İki yıllık sürenin sona ermesinin ardından yapılacak herhangi bir sağlık gideri Kurum tarafından karşılanmamaktadır. Tedavi sonrasında devam eden rutin kontrol tedavi süreleri de söz konusu iki yıllık süreye dâhildir. Yurt dışına çıkış ve dönüş tarihleri, gün bazında hesaplanmaktadır ve iki yıllık sürenin tamamlanmasına ilişkin kontroller ve takip, ilgili sosyal güvenlik il müdürlükleri tarafından yapılmaktadır⁹⁵.

Yurt içinde gerçekleştirilemeyen organ nakli işlemleri, yurt dışında uzun bekleme sürelerini⁹⁶ gerektirdiği için, hastaların yurt dışındaki ilk tetkiklerinin tamamlanmasından sonra uygun organın teminine kadar geçen süre içindeki tedavileri/tetkikleri yurt içinde yapılmaktadır. Uygun organın temin edilmesi ile birlikte hastalar, yeni bir sağlık kurulu raporu gerekmez, nakil işlemi için yurt dışına gönderilmektedir. Hastanın, organ nakli sırasına alınmasından sonra geçen bekleme süresinin beş yılı aşması durumunda ise yurt dışına gönderilmesine yönelik sağlık kurulu raporunun Tebliğ'in 2.5.3.A-1 maddesine göre yenilenmesi ve gerekli onay işlemlerinin yerine getirilmesi gerekecektir⁹⁷. Yurt içinde gerçekleştirilemeyen organ nakil işlemleri⁹⁸ için yurt dışı bekleme süresi ve bu sürenin uzatımına yönelik işlemler Kurum tarafından gerçekleştirilir⁹⁹.

⁸⁷ GSSUY, m.33/8.

⁸⁸ GSSUY, m.33/9; SUT, m.2.5.3.A-3(8).

⁸⁹ GSSUY, m.33/11.

⁹⁰ Bu yöndeki kararlar için bkz. Yargıtay, 10.HD., E.2012/3227, K.2013/15423; Yargıtay, 10.HD., 19.03.2014, E.2014/13025, K.2014/17542; Yargıtay, 21.HD., E.2013/17766, K.2014/1906; Yargıtay 21.HD., E.2013/4383, K.2014/4466. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim: 15.02.2022).

⁹¹ Tedavi süresinin uzaması halinde Kurumca gerekli incelemelerin yapılarak masrafların karşılanması hakkında bkz. Yargıtay, 21.HD., 19.03.2013, E.2013/17766, K.2017/1906. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim: 15.02.2022).

⁹² Bazı durumlarda, Yurt Dışına Tedaviye Gönderileceklere İlişkin Sağlık Kurulu Raporu'nda açıklanan tedavi süresi içinde kalınması koşuluyla, yurt dışı tedavilerinin aralıklarla devam edebilmesi söz konusudur. Bu halde, yurt dışında tedavinin gerçekleştiği sağlık merkezi tarafından hazırlanan ve söz konusu tedavinin aralıklarla devam edeceğine ve tedavi sürecinin tarihlerini gösteren gerekçeli raporun ya da randevu çağrı belgelerinin tedaviden öncesinde resmi kanal ya da şahıs vasıtasıyla Kuruma ibraz edilmesi gerekir. Söz konusu belgelerin, Kurum tarafından kabulüyle birlikte, hastanın her giriş ve çıkışı için yeni bir Rapor istenmemekte ve gerekli işlemler söz konusu belgelere göre yürütülmektedir (Genelge, m.2.8).

⁹³ Tedavi süresinin uzatılmasının uygunluğu konusunda Ankara Şehir Hastanesi'nin veya bu konuda Kurum tarafından yetkilendirilmiş diğer hastanelerden birinin yazılı görüşü alınmalıdır (SUT, m.2.5.3.A-2/2). Her durumda yurt dışı tedavi süresi iki yıl ile sınırlanmaktadır (Genelge, m.2.9).

⁹⁴ GSSUY, m.32/5; SUT, m.2.5.3.A-2/2.

⁹⁵ Genelge, m.2.9.

⁹⁶ Organ nakli tedavilerinin yurt dışında yapılması durumunda, yurt dışına çıkış tarihinden itibaren tedavinin başlangıç tarihine kadar geçen süreler bekleme süresi olarak kabul edilmektedir. Bekleme süresinin, iki yılı geçmesi söz konusu değildir. Bekleme süresi içinde tedaviye başlanması durumunda, bekleme süresi kesilmek suretiyle tedavi süresi başlatılmaktadır. Yurt dışı organ nakil işlemlerine ilişkin tedavilerde ise iki yıllık bekleme süresine ek olarak iki yıl daha tedavi süresi eklenerek, söz konusu dört yıllık sürenin aşımında Kurum tarafından ödeme yapılmamaktadır (Genelge, m.2.9).

⁹⁷ SUT, m.2.5.3.A-2(3).

⁹⁸ Organ nakli amacıyla yurt dışına gönderilenlerin, organın teminine kadar geçmesi muhtemel sürenin, naklin gerçekleştirilmesinin zorunlu olduğunun, yurt dışı sağlık hizmeti sunucusu tarafından gerekçeleri ile belirtilmesi durumunda Sağlık Bakanlığı'nın yazılı görüşünün alınması koşuluyla, Genel Sağlık Sigortası Genel Müdürlüğü bekleme süresinin yurt dışında geçirilmesi için karar verme ve yurt dışında geçirilecek süreyi belirleme yetkisine sahiptir. Bu sürenin de altı ayı geçmeyen dönemler halinde uzatılması mümkündür. Ancak her koşulda yurt dışındaki bekleme süresinin iki yılı geçmesi söz konusu olamaz. Belirlenen veya uzatılan sürenin aşılması durumunda ise tedavi giderleriyle gündelik ve refakatçi giderleri de ödenmemektedir (SUT, m.2.5.3.A-2/4).

⁹⁹ GSSUY, m.32/8.

Sigortalıların yurt dışında sağlık hizmetlerinden yararlanabilmeleri için yukarıda ilgili mevzuat hükümleri doğrultusunda da belirtildiği üzere bazı koşulları yerine getirmeleri gerekmektedir.

V. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Sağlık hakkı, temel yaşam haklarının başında gelmektedir. Ortalama yaşam süresinin ve beklentisinin artması sağlık sistemlerini de etkilemekte; bu durumda sağlık hizmetlerinin hızla gelişmesine ve değişmesine neden olmaktadır. Gün geçtikçe yenilenen ve değişen sağlık hizmetleri, söz konusu hizmetlere olan talebi de artırmaktadır. Gelişmiş ülkelerde teknolojinin, ekonomik ve sosyal yapının da etkisiyle sağlık hizmetlerinin daha çok geliştiği görülmektedir. Bu durum da dünya genelinde sağlık hizmetlerinin talebi noktasında bir hareketliliğe sebep olmaktadır. Sağlık hizmetlerindeki bu hareketliliğin, mevcut ülke sosyal güvenlik sistemlerine, dolayısıyla da sağlık sistemlerine yansımaları farklı bir konu olarak dikkat çekmektedir.

Kişiler kendi ülkelerinde yeterli sağlık hizmetini elde edememeleri durumunda farklı ülkelerde tedavi hizmeti arayışına girmektedirler. Bu kişilerin vatandaşı oldukları ülke dışında sağlık hizmeti alabilmeleri, bazı ülkelerde mevcut sosyal güvenlik sistemine dâhil edilirken, bazı ülkelerde ise sisteme dâhil edilmemekte, tamamıyla kişilerin kendince finansmanı sağlanan bir hizmet durumu söz konusu olmaktadır.

Türk vatandaşlarının yurt dışında sağlık hizmeti almalarını dört grupta değerlendirmek mümkündür. Bunlar; yurt içinde sağlanamayan tedavi ve tetkik hizmetleri, çalışma amacıyla yurt dışında bulunanların özellikle ikili sosyal güvenlik sözleşmeleri hükümleri doğrultusunda sağlık hizmeti almaları, herhangi bir sebeple yurt dışında bulunanların acil hallerde tedavi hizmeti almaları ve kendi imkânları ve talepleri doğrultusunda yurt dışında sağlık hizmeti almalarıdır. Bu çalışmada incelemeye alınan grup, yurt içinde tedavisi veya tetkiki yapılması mümkün olmayan sigortalılar ile bunların hak sahipleri ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerdir. Bu kişilere genel sağlık sigortası hükümlerine göre yurt dışında sağlık hizmeti sunulmaktadır.

Yurt dışında tedavi hizmetlerinin hukuki dayanağını 5510 sayılı Kanun oluşturmakla birlikte Genel Sağlık Sigortası Uygulamaları Yönetmeliği, Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği ve 2011/46 sayılı Kurum Genelgesi de konuya ilişkin işlemleri detaylı olarak düzenlemektedir.

Genel sağlık sigortası kapsamında sağlanacak olan sağlık hizmetlerinde yurt içinde tedavi esas olmakla birlikte, tedavinin ve/veya tetkikinin yurt içinde yapılamadığının belirlenmesi durumunda, sigortalılar ile hak sahipleri ve bakmakla yükümlü oldukları kişiler, yurt dışında genel sağlık sigortası kapsamında sağlık hizmetlerinden yararlanabilmektedirler. Ancak bu kişilerin yurt dışı sağlık hizmetlerinden yararlanması da bazı işlemlerin tamamlanmasını gerektirmektedir. Şöyle ki, sigortalılar yurt dışı tedavi ve tetkik hizmetlerinden yararlanabilmek için öncelikle ilgili mevzuat hükümlerinde detaylı olarak belirtilmiş olan sağlık kurulu raporlarını almalı ve diğer gerekli işlemleri tamamlamalıdır. Aksi durumda, yurt dışı tedavi hizmetlerine ilişkin süreç başlatılamamakta veya Kurum tarafından finansmanı sağlanamamaktadır.

Yurt dışı tedavi hizmetlerinden genel sağlık sigortası kapsamındaki tüm sigortalılar faydalanabilmektedir. Gerekli işlemleri yerine getiren sigortalıların yurt dışı tedavi bedelleri, refakatçi giderleri, ölüm halinde tekrar ülkeye nakil hizmet bedelleri Kurum tarafından finanse edilmektedir. Ancak, genel sağlık sigortası uygulamasına ilişkin davaların da büyük bir kısmının yurt dışı tedavi bedellerinin karşılanmamasına veya eksik karşılanmasına ilişkin olduğunu da belirtmek gerekir. Söz konusu uyumsuzluklar aynı zamanda sıklıkla Yargıtay kararlarına da konu olmaktadır. Kurum tarafından altışar aylık dönemler halinde (iki yıla kadar uzatılabilir) sigortalıların yurt dışı tedavi hizmetlerinin finansmanının sağlanması, gerekli koşulların eksiksiz yerine getirilmesine bağlanmıştır.

Yurt dışı tedavi hizmetlerine ilişkin mevzuat hükümleri daha önce de belirtildiği üzere oldukça dağınıktır. Kanun'un 63. maddesinde genel bir ifade ile "Sağlık Bakanlığının uygun görüşü ile yurt içinde tedavisinin yapılamadığı tespit edilenler de yurt dışında sağlık hizmetlerinden yararlanmaktadır." hükmü yer almaktadır. Konuya ilişkin detaylar ise Yönetmelik, Tebliğ ve Genelge'de yer almaktadır. Söz konusu çoklu yapı ise yurt dışı tedavi hizmetlerine ilişkin gerekli prosedürün tamamlanmasında bazı zorluklara ve karışıklıklara sebep olabilmektedir. Söz konusu bu çalışma ile ilgili mevzuat hükümleri bir araya getirilerek, bir bütünlük sağlanmaya çalışılmıştır. Yapılan literatür taramasında, genel sağlık sigortasında zorunlu sigortalılık kapsamında yurt dışında tedavi alınmasına veya sunulmasına ilişkin herhangi bir çalışmanın olmadığı, genel sağlık sigortasına ilişkin yapılan çalışmaların genellikle kapsam, yararlanma koşulları ve sistemin genel işleyişine ilişkin olduğu dikkat çekmektedir. Ayrıca, yurt dışı tedavi hizmetlerinin sağlık turizmi adı altında "keyfi veya tatil amaçlı sağlık uygulamaları" olarak çalışma konusu olduğu görülmektedir. Bu nedenlerle de böyle bir çalışmanın gerekli olduğu, yurt dışı tedavi hizmetlerinin genel sağlık sigortası kapsamında olduğunu ve zorunlu sigortalılık kapsamında ele alındığını vurgulamanın gerekli olduğu kanaati oluşmuştur.

Genel sağlık sigortası kapsamında sigortalıların yurt dışı tedavi alma haklarına ilişkin mevzuat hükümlerinin bir arada yer almasının, mevcut düzenlemelerdeki anlaşılabilirliğin kolaylaştırılmasına katkı sağlayacağı düşünülmektedir. Aynı zamanda yurt dışı tedavi hizmetlerine ilişkin raporların alınması konusunda da sürecin basitleştirilmesinin, yetkili hastane sayısının artırılarak rapor onay sürecinin kısaltılmasının, yurt dışı tedavi süresinin uzaması durumunda sürenin uzatılmasına ilişkin prosedürün basitleştirilmesinin de genel sağlık sigortalıları için daha yararlı olabileceği ifade edilebilir.

Herkesin temel sağlık hakkına erişimi noktasında, ülkedeki mevcut sigorta sistemine entegre ve finansmanının sistemce karşılandığı yurt dışı tedavi hizmetlerinin varlığının son derece yerinde bir uygulama olduğunu, yapılacak iyileştirmeler ve düzenlemeler ile daha çok kişinin sisteme erişiminin sağlanarak uygulamadan faydalanabileceğini belirtmek gerekir.

KAYNAKÇA

- AKBOLAT, Mahmut/GÜLÇİN DENİZ, Nebiye: “Türkiye’de Medikal Turizmin Gelişimi ve Bazı Ülkelerle Karşılaştırılması”, Uluslararası Global Turizm Araştırmaları Dergisi, 1(2), 2017, s.123-139.
- AKIN, Levent, “Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun Tasarısının Kişiler Açısından Kapsamında Yeni Gelişmeler”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 8(1), 2006, s.26-49.
- ALHENDİ, Bader/AL-SAİFİ, Salih/Khaja, Aliaa: “Medical Tourism Overseas: A Challenge to Kuwait’s Healthcare System”, International Journal of Travel Medicine and Global Health, B(1), 2020, s.22-30. doi 10.34172/ijtmgh.2020.04
- ARICI, Kadir: Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara 2015.
- ATTİLA, İclal/GÜLAY, Abdülaziz: “Türkiye’de Genel Sağlık Sigortası’nın Sürdürülebilirliği İçin Zorunlu Tamamlayıcı Sağlık Sigortası Modeli Önerisi”, Uygulamalı Bilimler Fakültesi Dergisi, 4(1), 2022, s.17-40.
- AYDIN, Gökhan/KARAMEHMET AYDIN, Bilge: “Dünyada ve Türkiye’de Sağlık Turizmi Pazarlama Uygulamaları ve Karşılaştırmalı Durum Analizi”, Pazarlama ve Pazarlama Araştırmaları Dergisi, 16, 2015, s.1-21.
- BARDAKÇI, Ozan/ŞAHİN, Musa/KUŞBUDU, Salih: Kamu Görevlilerinin Sosyal Güvenliği, Girişim Ajans Yayınları, Ankara 2019.
- BELL, David/HOLIDAY, Ruth/ORMOND, Meghann/MAINIL, Tomas: “Transnational Healthcare, Cross-Border Perspective”, Social Science & Medicine, 124, 2015, s.284-289. <https://doi.org/10.1016/j.socscimed.2014.11.014>
- BOGUSZEWICZ-KREFT, Monika/SPRINGER, Agnieszka/KUCZAMER-KŁOPOTOWSKA, Sylwia/PAC-POMARNACKA, Lidia: “The Assessment of the Domestic and Foreign Medical Services and The Intents to Participate in Medical Tourism”, European Research Studies Journal, XXIV(4B), 2021, s.824-837.
- BOOKMAN, Milica Z./BOOKMAN, Karla R.: Medical Tourism in Developing Countries, Palgrave Macmillan, New York 2007.
- BOSTANCI, Yalçın: “Sosyal Güvenlik Hukukunda Genel Sağlık Sigortası”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16(1), 2008, s.145-173.
- BOYDAK, Alptekin Burak: “Türkiye’de Uygulanan Genel Sağlık Sigortasının Salgın Hastalıklar Karşısında Önemi”, TBB Dergi, (159), 2020, s.179-197.
- BÜYÜKÖZKAN, Gülçin/MUKUL, Esin/KONGAR, Elif: “Health Tourism Strategy Selection Via SWOT Analysis and Integrated Hesitant Fuzzy Linguistic AHP-MABAC Approach”, Socio-Economic Planning Sciences, 74, 2021, s.1-14.
- CHANIN, Oraphan/KHUNCHUMNAN, Ploykanok/AMPHANSOOKKO, Suwapas/THONGYAI, Kulteera/RODNEUM, Jutamas/SRIPRASERT, Piangpis: “Guidelines on Health Tourism Management for Middle Eastern Tourists in Phuket Province”, Procedia Computer Science 65, 2015, s.114-1153.
- CHEE, Heng Leng/WHITTAKER, Andrea/YEOH, Brenda S.A.: “International Medical Travel and the Politics of Transnational Mobility in Asia”, Asia Pacific Viewpoint, Special Issue: International Medical Travel, 58(2), 2017, s.129-135. <https://doi.org/10.1111/apv.12164>
- COSTA, Carlos/QUINTELA, Joana/MENDES, José: “Health and Wellness Tourism: A Strategic Plan For Tourism and Thermalism Valorization of São Pedro do Sul”, in Peris-Ortiz, Marta/ Álvarez-García, José (ed.), Health and Wellness Tourism, Springer, London, 2015, s.21-31.
- ÇAM, Oğuz/ÇILGINOĞLU, Hakkı: “Sağlık Turizmi Kapsamında Medikal Turizmde Öne Çıkan Sağlık Uygulamaları”, Sosyal Bilimler Dergisi, 3(2), 2021, s.197-216.
- EKİN, Ali: “Genel Sağlık Sigortasından Yararlanma Şartları ve Esasları”, TBB Dergisi, (100), 2012, s.151-166.
- ERTÜRK ATABEY, Selin/MERİÇ, Metin: “Sağlık Harcamaları ve Evrensel Kapsama Açısından Türk ve Alman Sağlık Sistemlerinin Karşılaştırmalı İncelemesi”, Sosyoekonomi, 24(29), 2016, s.113-131. <https://doi.org/10.17233/se.2016.06.005>
- GÜNAY, Cevdet İlhan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/CANIKLIOĞLU, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 18. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020.
- HAFIZAN, Mohamad Abd Hadi/MARDIANA, Omar/SYAFİG, Sidqi Mohamad Saidi/JACINTA, Rajan/SAHAR, Bintaja/MUHAMMED HANEFIAH, Juni/ROSLİZA, Abdul Manaf: “Analysis of Medical Tourism Policy: A Case Study of Thailand, Turkey and India”, International Journal of Public Health and Clinical Sciences, 5(3), 2018, s.17-31.
- JADHAV, Sammita/YERAVDEKAR, Rajiv/KULKARNİ, Meenal: “Cross-border Healthcare Access in South Asian Countries: Learnings for Sustainable Healthcare Tourism in India”, Procedia –Social and Behavioral Sciences, 157, 2014, s.109-117.
- KANGAS, Beth: “Hope from Abroad in the International Medical Travel of Yemeni Patients”, Anthropology & Medicine, 14(3), 2008, s.293-305. <https://doi.org/10.1080/13648470701612646>
- KORKUSUZ, M. Refik/UGUR, Suat: Sosyal Güvenlik Hukuku, 7. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2020.
- LUNT, Neil/SMİTH, Richard/EXWORTHY, Mark/GREEN, Stephan T./HORSFALL, Daniel/MANNION, Russell: “Medical Tourism: Treatments, Markets and Health System Implications: A Scoping Review”, OECD, 2011. <http://www.oecd.org/els/health-systems/48723982.pdf> (Erişim: 09.02.2022).
- PEKTEN, Ali: “Genel Sağlık Sigortası Sistemi ve Getirdiği Yenilikler”, Sayıştay Dergisi, (61), 2006, s.119-138.
- ORMOND, Meghann: “International Medical Travel or Medical Tourism”, Audrey KOBAYASHI (Ed.), International Encyclopedia of Human Geography, 2. Edition, s.373-377, Elsevier, 2020. <https://doi.org/10.1016/B978-0-08-102295-5.10283-5>
- ORMOND, Meghann/LUNT, Neil: “Transnational Medical Travel: Patient Mobility, Shifting Health System Entitlements and Attachments”, Journal of Ethnic and Migration Studies, 46(20), 2020, s.4179-4192. <https://doi.org/10.1080/1369183X.2019.1597465>
- ÖZDEMİR KARACA, Pınar/ATILGAN, Emre: “Karşılaştırmalı Perspektifte Sağlık Sistemleri: Kavramsal Çerçeve ve Sınıflandırma”, Electronic Journal of Vocational Colleges, 11, 2021, s.1-22.
- ÖZTÜRK, Berna: Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Primler, Turhan Yayınevi, Ankara 2016.
- ÖZTÜRK, Zekai/KARAKAŞ, Esma Tuğba: “Avrupa Birliği Üye Ülkelerinde Sağlık Sistemleri Yönetimi ve Organizasyon Yapısı Almanya, Fransa, İrlanda ve İngiltere Örnekleri”, Uluslararası Sağlık Yönetimi ve Stratejileri Araştırma Dergisi, 1(2), 2015, s.39-59.
- SAVAŞ KUTSAL, Fatma Burcu: Türk Sosyal Sigortalar Hukukunun Temel İlkeleri, Beta Yayınları, İstanbul 2016.

- SÖZER, Ali Nazım: Türk Genel Sağlık Sigortası, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2018.
- Strateji Geliştirme Başkanlığı: 2022 Yılı Sosyal Güvenlik Kurumu Faaliyet Raporu, Şubat 2023.
- Strateji Geliştirme Başkanlığı: 2021 Yılı Sosyal Güvenlik Kurumu Faaliyet Raporu, Şubat 2022.
- Strateji Geliştirme Başkanlığı: 2020 Yılı Sosyal Güvenlik Kurumu Faaliyet Raporu, Şubat 2021.
- Strateji Geliştirme Başkanlığı: 2019 Yılı Sosyal Güvenlik Kurumu Faaliyet Raporu, Şubat 2020.
- SÜMER, Haluk Hadi: Sosyal Güvenlik Hukuku, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- ŞAHBAZ, B. Pars/AKDU, Uğur/AKDU, Serap: “Türkiye’de Medikal Turizm Uygulamaları: İstanbul ve Ankara Örneği”, Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 15(27), 2012, s.267-296.
- TATAR, Mehtap: “Sağlık Hizmetlerinin Finansman Modelleri: Sosyal Sağlık Sigortasının Türkiye’de Gelişimi”, Sosyal Güvenlik Dergisi, 1(1), 2011, s.103-133.
- TATAR, Mehtap/MOLLAHALILOĞLU, Salih/ŞAHİN, Bayram/AYDIN, Sabahattin/MARESSO, Anna/HERNÁNDEZ-QUEVEDO, Cristina: “Turkey: Health System Review”, Health System in Transition, 13(6), 2011, s.1-186.
- TUNCAY, Aziz Can/EKMEKÇİ, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 20. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2019.
- TUNCAY, A. Can/EKMEKÇİ, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 15. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2015.
- USLU, Yeter/YILMAZ ALARÇIN, Eda/YILMAZ, Emre/GEDİKLİ, Erman: “Türk Sağlık Sisteminin Markalaşmasına Stratejik Bir Bakış”, Bingöl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 23(1), 2022, s.207-225. <https://doi.org/10.29029/busbed.1030757>
- YENİMAHALLELİ YAŞAR, Gülbiye: “Genel Sağlık Sigortasının Tam Kapsayıcılık Düzeyi: On Yıllık Değerlendirme”, Çalışma Ortamı Dergisi, 162, (Ekim-Kasım-Aralık) 2019, s.20-23.
- YENİMAHALLELİ YAŞAR, Gülbiye/CEYHAN, Rasim: “Sağlık Güvencesinde Evrensel Sağlık Kapsamı ve Gelişimi”, Çalışma Ortamı Dergisi, 158, (Temmuz-Ağustos-Eylül) 2018, s.20-22.
- YILMAZ, Emine/ERDOĞAN, Seyfettin: “Medical Tourism: An Assessment on Turkey”, 10th International Conference on Knowledge, Economy and Management, 2012, s.1045-1060.
- YU, Ji Yun/ KO, Tae Gyou: “A Cross-Cultural Study of Perceptions of Medical Tourism Among Chinese, Japanese and Korean Tourists in Korea”, Tourism Management, 33, 2012, s.80-88.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Seher DEMİRKAYA, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Seher DEMİRKAYA who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors' Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnULR in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that İnonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnonu University Law Review.

METAVERSE VE SANAL GERÇEKLİK ORTAMLARI KARŞISINDA CEZA HUKUKU

CRIMINAL LAW AGAINST METAVERSE AND VIRTUAL REALITY ENVIRONMENTS

Pınar BACAŞIZ* 

Makale Bilgi

Gönderi: 11/10/2022
Kabul : 10/05/2023

Anahtar Kelimeler

*Metaverse,
Sanal Gerçeklik,
Bilişim Suçları,
Suçun İşlendiği Yer,
Cezaların İnfazı.*

Article Info

Received: 11/10/2022
Accepted: 10/05/2023

Keywords

*Metaverse,
Virtual Reality,
Cybercrimes,
Place of Crime,
Execution of Penalties.*

Özet

Teknolojinin sağladığı kolaylık, iletişim ve yaşam biçiminde önemli değişikliklere de neden olmuştur. Önceden yüz yüze yapılan pek çok faaliyet artık bilgisayar ortamında gerçekleşmektedir. Sanal gerçeklik ortamları teknolojinin bu alanda insanlığa sağladığı imkânlardan en yenisidir. Bu ortamlarda bireyler eğitim almakta, sosyalleşmekte bazen de hoşça vakit geçirmektedir. Öte yandan bu ortamların sağladığı anonimlik ve dünyanın farklı yerlerinden pek çok kişiye kolayca ulaşma imkânı karşısında bu ortamlar suç işlemek isteyen kişilerin de hedefi haline gelmiştir. Klasik ceza hukuku normları bu alanı düzenlemek konusunda belli bir işlevi yerine getirecektir; ancak ilerleyen zamanda yeni suç tiplerine ihtiyaç duyulması ceza soruşturmasında yeni yöntem ve uluslararası işbirliği arayışlarının ortaya çıkması muhtemeldir. Sanal gerçeklik ortamının cezaların infazı açısından da önemli bir işlevi olması mümkündür. Özellikle koşullu salıverme ve topluma yeniden kazandırma bakımından sanal gerçeklik ortamı hem infaz sistemine hem de hükümlülere destek sağlayacaktır. Hükümlülerin koşullu salıvermeden yararlanıp yararlanamayacaklarının belirlenmesinde sanal gerçeklik ortamındaki davranışlarının gözlemlenmesinden yararlanılabileceği gibi, koşullu salıvermeden yararlanmaya hak kazanan hükümlülerin dış dünyadaki hayatlarına hazırlanmaları için de sanal gerçeklik ortamları kullanılmaktadır.

Abstract

The convenience provided by technology has also caused significant changes in communication and lifestyle. Many activities that used to be face-to-face are now carried out in the computer environment. Virtual reality environments are the newest of the possibilities that technology provides to humanity in this field. In these environments, individuals receive education, socialize and sometimes have a good time. On the other hand, due to the anonymity provided by these environments and the easy access to many people from different parts of the world, these environments have also become the target of those who want to commit crimes. Classical criminal law norms will fulfill a certain function in regulating this area; however, it is likely that new types of crime will be needed in the future, and new methods in criminal investigations and the search for international cooperation will emerge. It is possible that the virtual reality environment has an important function in terms of the execution of penalties. Especially in terms of conditional release and reintegration into society, the virtual reality environment will support both the execution system and the convicts. In determining whether convicts can benefit from conditional release, it can be used to observe their behaviors in virtual reality environment, and virtual reality environments are used to prepare convicts who are entitled to benefit from conditional release for their lives in the outside world.

10.21492/inuhfd.1187521 

EXTENDED SUMMARY

Metaverse, which was first used in a novel by Neil Stephenson, is the newest brand of virtual reality environments. Although it seems to be identified with virtual reality; the metaverse is not the first virtual reality environment and probably will not be the last. Virtual reality can be defined as the computer-generated form of real life that can be accessed with certain devices. On the other hand, the term “enhanced reality” refers to a platform where digital content can be seen as a part of the real world.

This paper aims to answer four fundamental questions:

- Are classical crime types applicable to offenses committed in virtual reality environments?
- Do we need new criminal law provisions for the offenses committed in virtual reality environments?
- What are the main challenges in prosecuting crimes committed in virtual reality environments?
- Can metaverse be helpful in the execution of punishments?

As stated above the first discussion topic of this paper is the applicability of classical crime types in the Metaverse and other virtual reality environments. One of the most common crime categories both in real life and virtual reality environments is the crimes against property such as theft and fraud. Some items in virtual reality environments and online gaming platforms have significant economic value. That’s why some users try illegal methods to seize items that belong to other users. Sometimes they seize the items by hacking the user’s account and sometimes use violence in the real world to access the user’s account and transfer the items to their own account. The legal problem here is whether these digital items can be defined as “goods”. From the perspective of the Turkish Criminal Code, digital items can not be defined as goods. Therefore they can not be the subject matter of theft.

Another risk factor is the currencies of virtual reality environments, such as Linden Dollars. Linden Dollars can easily be converted to real-life currencies or withdrawn from Second Life ATMs. There have been numerous cases of fraud in virtual reality environments. The most common example of these offenses is when a user introduces herself/himself as an investor and collects money from other users and easily disappears. This action is punishable under Art. 157-158 of the Turkish Criminal Code. It should be stated right away that, some instruments of virtual reality environments can easily be used as payment methods and this might be the new means of money laundering. Considering it is not very easy to track transactions in virtual reality environments, it is very hard to fight against economic crimes.

Crimes against physical integrity and sexual inviolability are other problematic areas. These crimes require mostly physical contact. Regarding the current situation of technology; it seems unlikely that these crimes can be committed in virtual reality environments. However, virtual reality environments are very convenient for “verbal” forms of these crimes, such as sexual harassment. Also, it is possible to encourage a person to commit suicide which is punishable under Art. 84 of the Turkish Criminal Code. While talking about “verbal” crimes it should also be reminded that hate crimes and defamation can also be committed in virtual reality environments.

As stated above, most crimes committed in virtual reality environments can be punished by the provisions of criminal codes. On the other hand, we might need new criminal regulations in the future. Regulating new crime types might help maintain order in virtual reality environments. On the other hand, criminal regulations might constitute a huge barrier against technological progress and fundamental rights such as freedom of speech. So, the lawmaker might face an inevitable challenge when regulating virtual reality environments.

Another challenge is the prosecution of crimes committed in virtual reality environments. First, the anonymity in virtual reality environments makes it very difficult for the authorities to identify the offender. Even after the offender is identified, the problem of jurisdiction will arise. Although the victim and the offender might encounter on the same platform in virtual reality worlds, they might be in different places in real life. Judicial assistance, which is a very detailed and long bureaucratic process, will be required in most cases. It is not surprising to foresee that the authorities will ignore “minor” offenses and will only prosecute “important” offenses like money laundering or financing of terrorism. Considering the deterrence feature of criminal law, this would be a problematic approach.

The last issue this article emphasizes is the possible function of virtual reality environments in the execution of sentences. Recently, there have been numerous projects to make virtual reality environments a part of the execution. Two examples are introduced in this paper. The first use of virtual reality environments in execution is to evaluate if the convict is eligible for parole. The convict’s behavior is observed in the virtual reality environment, and experts decide whether the convict might be released. During this evaluation process, there is no possible harm to anyone. So, especially in pedophily cases, this is a significant advantage. The second use of virtual reality environment aims to help convicts before they are released. They find the chance to visit their home and workplace ahead. Thus, it would be easier for them to adapt to their new life.

I. GİRİŞ

Toplum hayatına ve bireysel hayatlara yön veren en önemli değişken artık teknolojidir. Teknolojinin sağladığı imkânlar, yarattığı sorunlar tıpkı diğer bilim alanları gibi hukukun da en önemli tartışma alanı haline gelmiştir. Sanal gerçeklik ortamının da bu tartışmalarda önemi giderek artmaktadır¹.

Gerçek hayatın bilgisayar ortamındaki kopyası denebilecek sanal gerçeklik, bireylere belli teknolojik araçlar yardımıyla gerçek hayattaki deneyimlerini yaşatabilmektedir. İlk ortaya çıkış alanı belli meslek gruplarına eğitim vermek olan sanal gerçeklik ortamları günümüzde ekonomik bir değer taşımakta, aynı zamanda da bireylere pek çok imkân sunmaktadır. Sanal gerçeklik ortamına ilişkin hukuki tartışmaların önemli bir kısmı da ceza hukukuna ilişkindir. Bu ortamda kişilerin hem kimlik hem de mekân olarak anonim olması suç işlenmesini önemli ölçüde kolaylaştırmaktadır. Bu çalışmada da ceza hukukunun sanal gerçeklik ortamlarında işlenen suçlarla mücadelede ne kadar etkili olabileceği tartışmaya açılacaktır.

Çalışmada öncelikle sanal gerçeklik ve artırılmış gerçeklik kavramları ele alınacaktır. Bu temel kavramların ortaya konmasından sonra öncelikle klasik suç tiplerinin sanal gerçeklik ortamında işlenip işlenemeyeceği tartışılacaktır. Bu kapsamda gerçek hayatta sıklıkla işlenen malvarlığına karşı işlenen suçlar, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar gibi suç tipleri ele alınacaktır. Bu suç tiplerinin yeterli olup olmadığı, sanal gerçeklik ortamındaki yeni davranış biçimlerinin yeni suç tipleri düzenlenmesi ihtiyacını doğurup doğurmadığı ve bu fiillere ne tür yaptırımlar uygulanması gerektiği de çalışmanın bir sonraki kısmında yer alacaktır. İster klasik suç tipi olsun, ister yeni suç tipleri ihdas edilsin, bu suçların soruşturma ve kovuşturmasında ortaya çıkan özellikler de ele alınacaktır. Çalışmanın son kısmını ise sanal gerçeklik ortamlarının topluma yeniden kazandırma faaliyetlerinde kullanılmasını imkânı oluşturacaktır.

II. METAVERSE- SANAL GERÇEKLİK-ARTIRILMIŞ GERÇEKLİK KAVRAMLARI

Metaverse, sanal gerçeklik ortamı olarak insanlığa sunulan en yeni alanı ifade etmek için ilgili şirketin seçtiği bir isim gibi görünse de kavramı ilk kullanan yazar Neil Stephenson'dır. Snow Crash isimli romanında yazar, metaverse kavramını sanal bir sosyal dünyayı ifade etmek üzere kullanmıştır². Hemen ifade etmek gerekir ki Metaverse ilk sanal gerçeklik ortamı değildir. Sanal gerçeklik açısından Metaverse'e en çok benzeyen alan olan Second Life yıllar önce faaliyete geçmiştir³.

Metaverse ve diğer ortamların ortak noktası olan sanal gerçeklik kavramını 1980'lerde ilk kullanan bilim insanı ise Jaron Lanier'dir⁴.

Sanal gerçeklik esasen ilk defa Metaverse ile hayatımıza girmiş değildir. Sanal gerçeklik edebiyata ve sanata sıklıkla konu olmuştur. Ray Bradbury'nin The Veldt isimli hikâyesi konuya ilişkin ilginç örneklerden birisidir. Hikâyenin kahramanları evli bir çifttir. Çift çocukları için sanal gerçeklik ortamı sağlayan bir çocuk odası inşa ederler. Zamanla çocuklar bu odaya o kadar bağımlı hale gelirler ki odadan çıkmak istemezler ve ebeveynlerini tuzağa düşürerek öldürürler⁵.

Sanal gerçeklik ortamı bireylerin birbirleri ile avatar adı verilen simgelerle temas kurdukları ve esasen ulaşılabilecek belli bir amacın olmadığı sanal bir alanı ifade eder. Bilgisayar oyunlarında ise sanal gerçeklik dünyasından farklı olarak ortada bir amaç vardır ve bu amaç bireyler söz konusu oyun ortamına katılmadan belirlenmiştir⁶.

Sanal gerçeklik ilk olarak askeri eğitim vb. amaçlarla kullanılmış daha sonra da günlük hayatlarımızın bir parçası haline gelmiştir⁷.

Cornelius'a göre sanal gerçeklik dünyası sürekli, bilgisayar tarafından üretilmiş kullanıcıların çok fazla sayıdaki diğer kullanıcıyla iletişim kurabildiği bir ortamdır. Burada kullanıcılar kendilerini temsil eden avatarlar vasıtasıyla hareket ederek bu ortamın kendilerine sunduğu tecrübeleri yaşarlar⁸. Yazar bu dünyada işlenen ve fakat gerçek dünyada da sonuç doğuran fiilleri ifade etmek üzere sanal (virtual) ve gerçek (real) kelimelerinden oluşan "virtueal" kavramını kullanmaktadır⁹. Sanal gerçeklik dünyasına ilişkin yapılan diğer tanımlara örnek olarak şunlar verilebilir¹⁰:

"Avatarlar vasıtasıyla aynı anda pek çok kişi tarafından tecrübe edilebilen kalıcı bir sanal ortamın mekan tabanlı tasviri", "Bir kullanıcının çok sayıda diğer kullanıcı ile etkileşimde bulunabildiği bilgisayar temelli kalıcı ortam", "Çok sayıda insanı barındıracak şekilde bilgisayarlar tasarlanmış alan"

1 KLIMMT, Christoph: "Virtual Worlds as a Regulatory Challenge: A User Perspective", in Cornelius Kai/Hermann Dieter (ed.), Virtual Worlds and Criminality, Springer Verlag, Almanya 2011, s.9; LAUE, Christian: "Crime Potential of Metaverses", in Cornelius Kai/Hermann Dieter (ed.), Virtual Worlds and Criminality, Springer Verlag, Almanya 2011, s.20.

2 LAUE, s.19.

3 BRENNER, Susan: "Fantasy Crime, Role of Criminal Law in Virtual Worlds", Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law, 11(1), Fall 2008, s.3.

4 TICKNOR, Bobbie: "Using Virtual Reality to Treat Offenders. An Examination", International Journal of Criminal Justice Sciences, 13(2), 2018, s.317; YADIN, Gilad: Virtual Reality Intrusion, Willamette Law Review, 53(1), 2016, s.78.

5 YADIN, s.65.

6 GUINCHARD, Audrey: "Crime in Virtual Worlds: The Limits of Criminal Law", International Review of Law, Computers & Technology, 24(2), July 2010, s.175.

7 PARTI, Katalin: "Deviances in the Virtual Reality or the Character-Altering Power of Virtual Communities", European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 16 (2008), s.325.

8 CORNELIUS, Kai: "Responsibility Under Criminal Law in Virtual Worlds", in Cornelius Kai/Hermann Dieter (ed.), Virtual Worlds and Criminality, Springer Verlag, Almanya 2011, s.97.

9 CORNELIUS, s.98.

10 CHAMBERS-JONES, Clare: "Virtual World Financial Crime: Legality Flawed", Law and Financial Market Review, January 2013, s.49.

Yukarıdaki tanımları aktaran Chambers-Jones ise sanal gerçeklik dünyalarını şu şekilde tanımlamaktadır:

“İnsanlar tarafından bilgisayarlarda yaratılan, internette bir server üzerinde barındırılan, dünya üzerindeki insanların erişim sağlayarak avatarlar aracılığıyla birbirleriyle etkileşim içine girebildikleri dünyadır¹¹.”

Bir başka tanıma göre ise sanal gerçeklik¹²: “Fiziksel ortamın yerini alan, bilgisayarlar tarafından tasarlanan üç boyutlu ve interaktif bir ortamdır”.

Sanal gerçeklik gerçek hayattaki gibi yönetilen bir alan değildir. Kişiler diledikleri gibi davranabildiklerinden bu alan onları özgürleştirmektedir. Bu durum kişilerin toplumda öğrendikleri kontrol mekanizmasını önemli ölçüde zayıflatır¹³.

Ticknor ise sanal gerçekliği şu şekilde tanımlamaktadır¹⁴: “Sanal gerçeklik bilgisayar tarafından üretilmiş ve üç boyutlu görüş sağlayan yazılım ve başlık/gözlük gibi özel aktarım yahut kontrol araçları kullanarak kullanıcının sanal ortama girdi sunmasına imkân veren ortamdır.”

Sanal gerçekliğe ilişkin bütün tanımlar ele alındığında sanal gerçekliğin gerçek hayatın bilgisayar ortamında yaratılan, bu ortama girmek isteyenlerin belli araçlarla erişebildiği bir kopyası olduğu söylenebilir.

Burada kısaca artırılmış gerçeklik kavramından da söz etmek gerekir. Sanal gerçeklik ortamında kişinin gerçek dünya ile bağlantısı deyim yerindeyse kesilir; buna karşılık artırılmış gerçeklikte dijital içerik gerçek dünya üzerinde görülür. Bunun en akılda kalıcı örneği Pokemon Go oyunudur. Bu oyunda da dijital içerikler gerçek dünyada görünür hale gelmiş idi¹⁵.

III. SANAL GERÇEKLIK ORTAMINDA GERÇEKLEŞTİRİLEN EYLEMLERİN CEZA KANUNLARINDA YER ALAN KLASİK SUÇ TİPLERİ KARŞISINDAKİ KONUMU

Sanal gerçeklik ortamlarında yahut bilgisayar oyunlarında kullanıcılar kendilerine sunulan programın ve izin verilen faaliyetlerin sınırları içerisinde kalırlar ise kural olarak hukuki bir tartışma söz konusu olmayacaktır. Öte yandan hukuka aykırı fiillerin işlenmesine program çerçevesinde izin verilmesi de mümkün olabilir. Örneğin Second Life isimli sanal ortamda kullanıcılar birbirlerine cinsel olarak yaklaşabilmektedir. Bu durumda cinsel taciz, çocuk pornografisi gibi suçların ortaya çıkıp çıkmayacağı tartışılmalıdır¹⁶.

Sanal gerçeklik ortamları bakımından ortaya çıkan bir diğer olasılıkta ise kullanıcılar bir şekilde programın yazılımına müdahale edebilirler ve bu yolla bir suç işleyebilirler. Örneğin bilgisayardaki verileri hukuka aykırı şekilde ele geçirebilirler yahut bilgisayarın fizik varlığına zarar verebilirler¹⁷.

Burada en önemli hukuki sorun tipiklik bakımından ortaya çıkacaktır. Çalışmamızda örnek olarak verilen suç tiplerinin her birisinin TCK’da karşılığı bulunmakla birlikte bu fiillerin sanal âlemde işlenmesi halinde ne şekilde bir değerlendirme yapılması gerektiğini ortaya koymak kolay değildir. Çalışmamızın bu kısmında belli başlı suç tiplerinin sanal gerçeklik ortamında işlenmesi halinde hukukumuz bakımından durumun ne olacağı tartışılacaktır.

Sanal gerçeklik ortamlarında işlenen suçlar ele alınırken genellikle gerçek dünyada karşılaşılan suçlarla karşılaştırma yapılır. Bu fiillerin cezalandırılması da ceza kanunlarındaki fiillere uydukları ölçüde mümkün olur. Gerçek dünyada işlenen suçlar ile sanal gerçeklik ortamlarında işlenen suçlar karşılaştırıldığında aradaki farklar şu şekilde ortaya konabilir¹⁸:

Tablo1: Geleneksel Suçlar - Sanal Gerçeklik Ortamında İşlenen Suçlar

Geleneksel Suçlar	Sanal Gerçeklik Ortamında İşlenen Suçlar
Genelde coğrafi yakınlık söz konusudur	Faille mağdur arasında fiziksel yakınlık olmadan da bu suçlar işlenebilir
Suç bire bir şekilde işlenir	Otomatik bir süreçle aynı anda birden fazla kişiye karşı suç işlenebilir
Hareketler gerçek dünyada gerçekleşir	Gerçek dünyadaki sınırlardan bağımsız, sınır aşan, anonim, hızlı şekilde işlenen suçlardır
Suçun işlenişinde demografik ve coğrafi kalıplar söz konusudur	Bu tarz bir kalıp belirlemek imkânsızdır

Kaynak: SENDEEP, Mittal/SHARMA, Priyanka: “Enough Law of Horses and Animals Debated, Let’s Discuss the Cyber Law Seriously”, International Journal of Advanced Research in Computer Sciences, 8(5), No.5, May-June 2017, s.1344.

A. Malvarlığına Karşı Suçlar

Malvarlığına karşı suçlar gerçek dünyada da en sık işlenen suçlardandır. Son yıllarda sanal gerçeklik ortamında ekonomik değeri olan varlıklara karşı işlenen fiiller yargı kararlarına da sıklıkla konu olmaktadır. Bu fiillerin ceza kanunları karşısındaki konumu önemli bir tartışma haline gelmiştir. Sözü edilen suçların

¹¹ CHAMBERS-JONES, s.49.

¹² CORNET, Liza J.M./VAN GELDER, Louis: “Virtual Reality: A Use case for Criminal Justice Practice, Psychology”, Crime&Law, 2020, 26(7), s.632.

¹³ PARTI, s.326.

¹⁴ TICKNOR, s.316.

¹⁵ LEMLEY, Mark A./VOLOKH Eugene: “Law, Virtual Reality and Augmented Reality”, University of Pennsylvania Law Review, 166(5), April 2018, s.1054.

¹⁶ GUINCHARD, s.175.

¹⁷ GUINCHARD, s.175.

¹⁸ SENDEEP, Mittal/SHARMA, Priyanka: “Enough Law of Horses and Animals Debated, Let’s Discuss the Cyber Law Seriously”, International Journal of Advanced Research in Computer Sciences, 8(5), May-June 2017, s.134.

işleniş sıklığı da dikkate alınarak dolandırıcılık, hırsızlık ve yağma suçlarına ilişkin değerlendirme yapılacaktır.

Esasen sanal ortamda işlenmesi halinde ceza hukuku normlarının en kolay uygulanabileceği suç tipi dolandırıcılıktır. Zira dolandırıcılıktaki hile unsurunun çevrimiçi yahut çevrimdışı işlenmesi arasında bir fark yoktur. Sıklıkla örneklere konu olan Second Life ortamı da dolandırıcılık fiillerine sahne olmuştur. Bu ortama ilişkin bir blogda, ortamda kullanılan para birimi olan Linden dolarlarının yasadışı yollardan satın alınırken dolandırıcılık fiillerinin işlendiği haberi yer almıştır. 2008 yılında ise bir kullanıcı diğerlerine kendisini bankacı olarak tanıtmış ve kullanıcıların Second Life ATM'leri aracılığıyla Linden dolarlarını kendisine teslim etmelerini sağlamıştır¹⁹.

Hukumumuz bakımından konu TCK m.157 ve 158 kapsamında ele alınmalıdır. TCK bakımından dolandırıcılık suçu, hileli davranışlarla bir kimsenin aldatılarak o kişinin yahut başkasının zararına olarak failin kendisine veya bir başkasına zarar sağlaması şeklinde işlenir. TCK m.158/1(f) uyarınca suçun bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenmesi daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli haldir.

Dolandırıcılık suçunun işlenebilmesi için öncelikle hileli bir davranışın söz konusu olması gerekir. Hile, mağduru düşüncesini etkilemeye ve onu hataya düşürmeye yönelik her türlü davranıştır. Hilenin mağduru aldatmaya yönelik olması yeterli değildir, aynı zamanda mağduru aldatmaya elverişli de olması gerekir²⁰.

Hileli davranışların sonunda bir zararın meydana gelmiş olması yahut failin kendisine veya bir başkasına yarar temin etmiş olması gerekir. Sözü edilen zarar yahut zararın malvarlığına ilişkin olması yeterlidir. Suç tipinde konuya ilişkin bir sınırlamaya yer verilmemiştir²¹.

Dolandırıcılık suçuna vücut veren hareketlerin sanal gerçeklik ortamında işlenebileceğinin kabulü halinde TCK m.158/1(f)'de yer alan nitelikli halin uygulanması söz konusu olacaktır. Öncelikle ifade etmek gerekir ki; sanal gerçeklik ortamı hükümde belirtilen "bilişim sistemi" koşulunu sağlamaktadır. Zira bu sistemler olmadan sanal gerçeklik ortamına erişim mümkün değildir. Bu ortamda hileli hareketlerin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği ise ele alınması gereken bir diğer konudur. Sanal gerçeklik ortamında bir araya gelen kişilerden birisinin diğerini aldatacak nitelikte davranışlar sergilemesi yukarıdaki örneklerde de görüldüğü üzere mümkündür. Dolayısıyla sanal gerçeklik ortamında dolandırıcılık suçunun işlenmesi mümkün olduğu gibi, bu fiil bakımından suçun bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılarak işlenmesi nitelikli hali de söz konusu olacaktır²².

Malvarlığına karşı belki de en sık işlenen suç olan hırsızlık suçunun sanal gerçeklik ortamında işlenip işlenmeyeceği de tartışmalı bir konudur.

Örneğin sanal ortamda yer alan avatarların yahut onlara ait eşyaların kopyalanması ve başka kişiler tarafından kullanılması halinde hukuken nasıl bir değerlendirme yapmak gerekecektir? Sanal gerçeklik ortamındaki avatarların eşyalarına karşı işlenen fiiller bakımından iki olasılık ortaya çıkabilir: bu eşyalar tamamen sanal ortamın özelliklerinden faydalanılarak ele geçirilebilir. Yahut gerçek hayatta işlenen bazı fiillerle sanal gerçeklik ortamındaki varlıkların el değiştirmesi sağlanabilir.

İlk olasılığa örnek olarak Second Life uygulaması içinde copybot yazılımı ile avatarların eşyalarını sahiplerinin rızası olmadan kopyalaması verilebilir²³. Yine Habbo Hotel isimli ortamda benzer fiiller işlenmiştir. Bu ortamda bazı kullanıcılar sanal odalarda yer alan eşyaları ele geçirmek için diğer kullanıcıların mail adreslerini hackleyerek şifrelerini yenilemişler ve onların hesaplarına girerek eşyaları kendi hesaplarına aktarmışlardır. Bu eylemin phishing teşkil ettiği ifade edilmektedir. Ancak mahkeme başkasına ait eşyalar üzerinde suçun işlendiği gerekçesiyle hırsızlık suçundan mahkumiyet hükmü vermiştir²⁴.

Sanal gerçeklik ortamındaki varlıklara ilişkin olarak diğer olasılık, sanal gerçeklik ortamındaki varlıkların gerçek dünyada işlenen fiillerle ele geçirilmesidir. Runescape isimli oyunu oynayan iki genç, oyunda kendilerinden daha fazla malvarlığına sahip olan arkadaşlarını eve çağırırlar. Oyundaki malvarlığını/eşyalarını kendilerine vermesini isterler. Genci döverler, hakaret ederler fakat hesabının bilgilerini alamazlar. Bunun üzerine bir bıçakla tehdit ederek oyuna girmesini sağlarlar ve avatara ait eşyaları kendi avatarlarına naklederler. Bu fiil bakımından dikkat çekici husus fiilin bir kısmının gerçek dünyada işlenmiş olmasıdır.

Hollanda mahkemesi bu konuyu tartışırken üç kriterden hareket etmiştir. Söz konusu varlığın ekonomik değerinin olup olmadığı, maddi varlığa sahip olup olmadığı ve alma unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği. Tartışmanın sonunda bu varlıkların eşya olduğu ve bir hesaptan diğerine aktarmanın da

¹⁹ GUINCHARD, s.176.

²⁰ ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s.727 vd.; TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Rifat Murat: Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınevi Ankara 2022, s.871; ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s.634; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s.735

²¹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s.730 vd.; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.892; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ ÇAKIR, s.635; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.743.

²² ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s.738; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.897; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.639 KOCA/ÜZÜLMEZ, s.50; BAŞBÜYÜK, İsa: "Hırsızlık ve Dolandırıcılık Suçlarının Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması Suretiyle İşlenmesi", Ceza Hukuku Dergisi, 5(14), Aralık 2010, s.164.

²³ GUINCHARD, s.176.

²⁴ LODDER, Arno: "Conflict Resolution in Virtual Worlds: General Characteristics and the 2009 Dutch Convictions on Virtual Theft", in Cornelius Kai/Hermann Dieter (ed.), Virtual Worlds and Criminality, Springer Verlag, Almanya 2011, s.91.

alma olduğu gerekçesiyle hırsızlık suçundan mahkumiyet hükmü verilmiştir²⁵.

Sanal gerçeklik ortamında sahip olunan hesaplar ve malvarlığı değerleri açısından bu alana özgü bir gerçeklik de bu alandaki her eşya/hesabın aslında onu tasarlayan şirkete ait olması ve bu anlamda şirketin bunlar üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilecek olmasıdır. Öte yandan kullanıcılar da hukuka uygun yahut aykırı yollarla bu varlıklar üzerinde tasarrufta bulunabileceklerdir²⁶.

Hukumumuz açısından öncelikle TCK m.141 ve hırsızlık suçunun bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmesine ilişkin nitelikli hali düzenleyen TCK m.142/2(e) ele alınmalıdır.

TCK m.141 hırsızlık suçunu “zilyedinin rızası olmadan başkasına ait bir taşınır malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alma” şeklinde düzenlemektedir.

Hukumumuz açısından konu değerlendirildiğinde kanımızca temel tartışma “taşınır mal” kavramı çerçevesinde yapılmalıdır. Buna göre sanal gerçeklik ortamında yer alan eşyaların deyim yerindeyse temsiline karşı işlenen fiillerin hırsızlık suçuna konu olması için bunların taşınır mal olmaları gerekir. Nitekim TCK m.141’de de suçun konusu “taşınır mal” şeklinde tanımlanmaktadır. Taşınır malın ne olduğuna ilişkin olarak doktrinde ifade edilen hususlardan yola çıkıldığında fiziki varlığı olan, bir değeri olan ve malvarlığı haklarının konusu olabilen bir varlığın taşınır mal olarak değerlendirilebileceği sonucuna varılır²⁷.

Sanal gerçeklik ortamlarında kullanılan sanal eşyaların bir kısmı ciddi bir ekonomik değere sahip olabilir. Hatta bunların zaman zaman satılması ve paraya çevrilmesi de söz konusu olmaktadır. Öte yandan bu eşyalar yukarıda ifade edilen maddi varlığa sahip olma kriterini karşılamamaktadırlar²⁸. Bu durum uygulamada da karışıklığa neden olabilmektedir. Özellikle ilk derece mahkemeleri sanal eşyalar bakımından hırsızlık suçundan hüküm kurma yoluna gitse de Yargıtay’ın bu tür olaylarda TCK m.244 kapsamında değerlendirme yaptığı görülmektedir. Nitekim Yargıtay 13. Ceza Dairesi de bir kararında Knight Online isimli oyundaki karakterin, kullanıcının e-mail hesabına müdahale edilerek elde edilmesi ve üçüncü bir kişiye para karşılığı satılmasının TCK m.244 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir²⁹. Dolayısıyla Yargıtay sanal ortamda işlenen bu tür fiilleri bilişim suçu olarak görmektedir. Konuya aşağıda yeniden dönülecektir.

Son olarak sanal ortamda yağma suçunun işlenip işlenemeyeceği üzerinde durulacaktır. TCK m.148’e göre yağma suçu, “bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından bahisle tehdit ederek veya cebir kullanarak, bir malı teslim veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılma” şeklinde işlenebilir. Görüldüğü üzere hırsızlık ve yağma suçlarının maddi konuları aynı şekilde düzenlenmiştir³⁰. Dolayısıyla hırsızlık suçu için yukarıda ifade edilen hususlar yağma suçu bakımından da geçerli olacaktır. Hemen ifade etmek gerekir ki TCK’da yağma suçunun nitelikli halleri arasında suçun bilişim sistemleri kullanılarak işlenmesi sayılmamıştır.

Sanal gerçeklik ortamında kullanılan eşyaların bir kullanıcıdan diğerine aktarılması şeklinde gerçekleşen eylemlerin hırsızlık ve yağma suçlarına vücut vermeyeceği kanaatindeyiz. Yukarıda da ifade edildiği üzere bu eşyaların ekonomik değeri olsa da bunlar kanunda ifade edilen şekliyle “mal” niteliği taşımazlar. Dolayısıyla kullanıcıların hesapları üzerinde gerçekleşen eylemler bilişim sistemine bir müdahaledir ve TCK m.244 çerçevesinde değerlendirilmelidir. Fail hesapların bilgi ve şifrelerini el geçirmek için cebir/tehdit kullanılması halinde fail bu suçlardan da ayrıca cezalandırılacaktır.

B. Vücut Bütünlüğüne-Hayata Ve Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar-Çocuk Pornografisi

Malvarlığına karşı işlenen suçlar kadar sıklıkla işlenen bir diğer suç grubu da vücut bütünlüğüne, hayata ve cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardır. Sanal gerçeklik ortamının sunduğu imkânlar dikkate alındığında çocuk pornografisinin de sanal gerçeklik ortamındaki görünümü ele alınmalıdır.

Vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlar bakımından öncelikle kasten yaralama suçu ele alınmalıdır. TCK m.86/1’e göre: “Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” Kanun koyucu burada serbest hareketli bir suç düzenlemiştir. Her ne kadar kasten yaralama suçu bakımından faille mağdur arasında bir temas olması gerektiği izlenimi uyansa da kişinin sağlığının bozulması mutlak manada temas gerektirmez. Mağdurun acı çekmesi yahut sağlığının bozulması yeterlidir³¹. Örneğin epilepsi yahut migren hastası olan kişilerin sanal gerçeklik ortamında parlak ışıklara maruz bırakılarak hastalıklarının tetiklenmesi mümkündür³². Dolayısıyla kasten yaralama suçunun sanal gerçeklik ortamında işlenebileceğini düşünmekteyiz.

²⁵ LODDER, s.89; STRIKVERDA, Litska: “Should Virtual Crime be Regulated by Means of Criminal Law? A Philosophical, Legal-Economic, Pragmatic and Constitutional Dimension”, Information&Communications Technology Law, 25(1), 2014, s.35.

²⁶ CORNELIUS, s.109.

²⁷ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s.623; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.740; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.526; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.606.

²⁸ BAŞBÜYÜK, s.177.

²⁹ Yargıtay 13.CD., 08.01.2020, E.2019/9265, K.2020/258, www.kazanci.com.tr , (Erişim: 07.07.2022); Alman Hukuku açısından da benzer bir durum söz konusudur. Bkz. LAUE, s.23.

³⁰ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s.671; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.796; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.597; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.674.

³¹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s.209; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.249; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.209 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.201 vd.

³² LEMLEY/VOLK, s.10.

Kasten öldürme suçu bakımından bir değerlendirme yapmak gerekir ise öncelikle TCK m.81’de kasten öldürme suçunun serbest hareketli bir suç olarak düzenlendiğini ifade etmek gerekir. Bu anlamda ölüm neticesini meydana getiren her icrai davranış kasten öldürme suçuna vücut verecektir³³. Sanal gerçeklik ortamı bakımından ilk bakışta kasten öldürme suçunun işlenmesinin mümkün olmayacağı sonucuna varılabilir. Öte yandan örneğin kalp hastası olduğu bilinen mağdurun kasten korkutularak ölümüne neden olunması halinde kasten öldürme suçu meydana gelmiş olacaktır.

Konuya ilişkin ilginç bir örnek Second Life’da yaşanmıştır. Bu ortamda avatarların birbirini öldürebildiği bir dövüş alanı da mevcuttur. Bu alan şikayetler üzerine bir süre sonra erişmesi zor bir kısma taşınmıştır³⁴. Hemen ifade etmek gerekir ki avatarların kasten öldürme yahut yaralama suçlarının mağduru olmaları mümkün değildir. Zira her iki suç tipinin de mağduru gerçek kişilerdir³⁵. Nitekim kanun koyucu TCK m.81’de kasten öldürme suçunun mağduru olarak “bir insan” ifadesini; kasten yaralama suçunda ise “bir başkası” ifadesini kullanmıştır.

İntihara yönlendirme suçu bakımından ise sanal gerçeklik ortamının oldukça elverişli olduğu kanaatindeyiz. TCK m.84’te düzenlenmiş suç tipinin sanal gerçeklik ortamında işlenmesi mümkündür³⁶. Bu anlamda sanal gerçeklik ortamında tanışan iki avatardan birisinin diğerinin etkisi altında kalarak intihar etmesi oldukça mümkün görünmektedir. İntihara yönlendirme suçunun da mağdurunun bir insan olması gerekir³⁷. Bu anlamda sanal gerçeklik ortamında işlenen intihara yönlendirme suçunun mağduru söz konusu avatari yönlendiren gerçek kişidir.

Sanal gerçeklik ortamında işlenmiş olmasa da konumuzla yakından ilgili trajik bir örnek Megan Meier olayıdır. MySpace sayfasında bir arkadaşı, annesi ve komşuları tarafından oluşturulan Josh Evans isimli bir profile flört etmeye başlayan genç kız, sahte profil tarafından hakaretlerle terk edilir ve bu olay da internette ifşa edilir. Genç kız bunun üzerine intihar eder. Anne cezalandırılır ve Missouri’de bir Siber Zorbalık Yasası çıkar. Dolayısıyla sanal gerçeklik ortamı da çeşitli siber zorbalık eylemlerine sahne olabilecektir.

Siber alanların bir diğer özelliği de sosyal hayatlarında diğer insanlarla iletişim kuramayan kişilerin pek çok kişiye ulaşabilmesidir. Bu durum genelde olumlu olsa da zaman zaman deyim yerindeyse kendisine kurban arayan tehlikeli kişiler için elverişli bir ortama dönüşmektedir. Rotenburg yamyamı olarak anılan Armin Meiwers de internette tanıştığı kişileri öldürerek yemiştir³⁸.

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar da bu bölüm açısından önem arz etmektedir. Öte yandan cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bakımından durum oldukça karmaşıktır. Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar her durumda temas gerektirmemekle birlikte, temas gerektiren hallerinin sanal gerçeklik ortamında işlenmesi halinde meydana gelen psikolojik bir zarar vardır.

Sanal gerçeklik ortamında cinsel dokunulmazlığa karşı suç işlenip işlenemeyeceği sorununa ilişkin ilginç bir olay 2016 yılında Jordan Belamire isimli kadının cinsel saldırı suçuna maruz kalması ile ilgili olarak yaşanmıştır³⁹. Bayan Belamire hikâyesinde oyun oynarken oyuncuların birisinin avatarına dokunduğunu ve bunun kendisinde çok gerçekçi hisler uyandırdığını ifade etmiştir⁴⁰. Yukarıda da belirtildiği üzere sanal gerçeklik ortamında yaşanan olaylar gerçek dünyadaki duygularımıza aynı şekilde yansımaktadır. Örneğin sanal ortamda avatarımıza tokat atıldığında kalp atışlarımız hızlanmaktadır. Bu durum geçişken gerçeklik (cross reality) olarak isimlendirilmektedir⁴¹. Dolayısıyla cinsel dokunulmazlığa karşı suçların mağdur üzerindeki etkileri de azımsanmamalıdır.

TCK’da cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, reşit olmayanla cinsel ilişki ve cinsel taciz başlıkları altında düzenlenmiştir.

TCK m.102/1 ve 2 cinsel saldırı suçunun farklı işleniş biçimleri düzenlemektedir. Hükmün ilk fıkrasında cinsel davranışlarla bir kişinin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi suç olarak düzenlenmiş iken ikinci fıkrada fiilin vücuda organ yahut sair cisim sokularak işlenmesi düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere kanun koyucu bu iki hareket bakımından mutlak manada temasın varlığını aramıştır⁴².

TCK m.102’de cinsel saldırının bir diğer hali de “sarkıntılık” olarak hüküm altına alınmıştır. Sarkıntılık ifadesinden ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Sarkıntılıktan belli bir yoğunluğa ulaşmayan fakat vücut dokunulmazlığını ihlal eden davranışlar anlaşılmalıdır. Yargıtay da bir kararında mağdureyi

³³ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s.114; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.137; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 100; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.76.

³⁴ BRENNER, s.86.

³⁵ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s.111, 208; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.138; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ ÇAKIR, s.105; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.73.

³⁶ Bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s.181; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.210 vd; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ ÇAKIR, s.172; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 160.

³⁷ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s.181; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 210; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.174; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.158.

³⁸ LAUE, s.25 vd.

³⁹ HANSEN, Joshua: “Indecent Assault Time for the Criminal Law to Enter the Realm of Virtual Reality”, Victoria University of Wellington Law Review, (50), 2019, s.57, 59.

⁴⁰ HANSEN, s.61; LEMLEY/VOLOKH, s.1082.

⁴¹ HANSEN, s.58.

⁴² ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s.331; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.415; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.359; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.330; TANER, Fahri Gökçen: Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Seçkin Yayınları, Ankara 2017, s.144 vd.

zaman zaman takip eden failin pazarda ona sürtünerek geçmesi eylemini sarkıntılık olarak kabul etmiřtir⁴³.

TCK m.103'te çocukların cinsel istismarı suçu düzenlenmiştir. Hükümde çocuğu cinsel yönden istismar eden kişinin cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. İstismarın sarkıntılık düzeyinde kalması halinde ise verilecek ceza daha az olacaktır. Kanun koyucu cinsel istismarı tanımlarken yaşa göre bir sınıflandırma yapmıştır. Buna göre: cinsel istismar; on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış; diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranıştır. Tıpkı TCK m.102'de olduğu gibi çocukların cinsel istismarı suçu bakımından da suçun vücuda organ yahut sair cisim sokmak suretiyle işlenmesi haline yer verilmiştir.

Çocukların cinsel istismarı suçunun işlenmesi için failin mağdurun vücuduna temas etmesinin gerekli olup olmadığı tartışmalıdır.

Doktrinde zbek/Doğan/Bacaksız ocukların cinsel istismarı suçunun işlenmesi için failin mağdura temas etmesinin gerekmediği kanaatinde dirler⁴⁴. Tezcan/Erdem/nok ise Yargıtay uygulamasını ve 6545 sayılı kanunun madde gerekçesini dikkate alarak TCK m.103'n oluşması için bedensel temasın gerektiğini ifade etmektedirler⁴⁵.

Yargıtay uygulaması ise temas içeren davranışların TCK m.103, temas içermeyen fiillerin ise cinsel taciz olarak TCK m.105 çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği şeklinde dir⁴⁶.

TCK m.104'te düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından ise cinsel ilişkinin varlığı şart olduğu için suçun maddi unsuruna ilişkin bir tartışma bulunmamaktadır.

TCK m.105'te düzenlenen cinsel taciz suçu bakımından ayırt edici en temek özellik cinsel taciz teşkil eden fiillerin temas gerektirmemesidir⁴⁷.

Buraya kadar ifade edilen hususlar çerçevesinde TCK bakımından bir değerlendirme yapmak gerekir ise cinsel dokunulmazlığa karşı suçları temas gerektiren ve gerektirmeyen suçlar olarak iki grupta incelemek mümkündür.

Temas gerektiren fiillerin sanla gerçeklik ortamında işlenmesi mümkün görünme de giyilebilir teknolojilerdeki gelişme karşısında konuyu bir kez daha ele almak gereklidir. Sanal gerçeklik ortamında kullanılan cihazlar henüz gerçek hayattaki dokunma duygusunu aynı şekilde sağlayamamaktadır. Giyilebilir teknolojilerden bazıları ise kullanıcının ayarına bağlı olarak sadece belli yoğunlukta elektrik akımı vererek kullanıcıda bir his uyandırmaktadır⁴⁸. Bu durumda özellikle vücuda organ yahut sair cisim sokma bakımından sanal gerçeklik ortamının elverişli olmadığı söylenmelidir. Fakat kullanılan teknolojiye bağlı olarak suçun basit şeklinin işlenebileceği kanaatindeyiz⁴⁹.

Cinsel taciz gibi temas gerektirmeyen fiiller bakımından ise değerlendirme yapmak daha kolaydır. Bu suçların sanal gerçeklik ortamında işlenmesi mümkündür. Bu anlamda bir avatarın diğerine sarf ettiği cinsel içerikli sözler cinsel taciz suçunun tipine uygun olacaktır⁵⁰.

Hemen ifade etmek gerekir ki TCK'da cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların mağdurunun gerçek bir kişi olması gerekir. Bu anlamda söz konusu suçlar sanal gerçeklik ortamında görünen avata ra değil, onu temsil eden kişiye karşı işlenmiş olacaktır.

Failin avatarla temas etmeden hükümde yer alan davranışları kendisi üzerinde gerçekleştirerek mağduru bu hareketleri izlemeye zorlaması halinde de artık cinsel taciz suçu oluşacaktır. Keza failin mağduru belli cinsel davranışları kendi vücudu üzerinde gerçekleştirmeye zorlaması halinde de cinsel saldırı değil kişiyi hürriyetinden yoksun kılma yahut cinsel taciz suçu oluřacaktır⁵¹.

Sanal gerçeklik ortamındaki cinsel içerikli temsillere değinmiş iken ocuk pornografisinden de söz etmek gerekecektir. ocuk pornografisi sanal gerçeklik ortamında sıklıkla işlenen bir fiildir. Sanal gerçeklik ortamında ocuk temsilleri ile bu suçun işlenip işlenemeyeceği konusunda farklı yaklaşımlar söz konusudur⁵². Hukukumuz açısından bu sorunun çözümü görece kolaydır. Zira TCK m.226 ocuk pornografisine konu olabilecek materyalleri sayarken "yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları, temsili ocuk görüntülerini veya ocuk gibi görünen kişileri kullanan kişi" formülünü benimsediği için ocuk görünümlü avatarların kullanıldığı görüntüler de ocuk pornografisi suçuna vücut verecektir⁵³.

⁴³ Yargıtay 5.CD, 20.05.2009, E.2006/8007, K.2009/6057; ÖZBEK/DOğAN/BACA KSIZ, s.337.

⁴⁴ ÖZBEK/DOğAN/BACA KSIZ, s.368; KARTAL MEMİş, Pınar: Türk Hukukunda ocukların Cinsel İstismarı, Der Yayınları, İstanbul 2014, s.164-165.

⁴⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.466, Aynı yönde, ARTUK/GÖKCEN/ALşAHİN/ÇAKIR, s.377; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.359; TANER, s.308.

⁴⁶ Bkz. Yargıtay 5.CD, 18.03.2008, 38/2115, www.kazanci.com.tr

⁴⁷ ÖZBEK/DOğAN/BACA KSIZ, s.398; TEZCAN/ERDEM/ ÖNOK, s.494; ARTUK/GÖKCEN/ALşAHİN/ÇAKIR, s.394; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.384.

⁴⁸ <https://teslasuit.io/>

⁴⁹ Bkz. ÖZBEK/DOğAN/BACA KSIZ, s.328; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.412.

⁵⁰ Bkz. DÜLGER, Murat Volkan: "İnternet Aracılığıyla İşlenen Cinsel Suçlar", https://www.academia.edu/39599793/%C4%B0internet_Arac%C4%B1%C4%B1%C4%9F%C4%B1yla_%C4%B0C5%9Flenen_Cinsel_Su%C3%A7lar, 8, Erişim Tarihi: 17.04.2023; BALCI, Murat/ÇAKIR Kerim: "İnternet Ortamında ve Sosyal Ağlarda İşlenen Cinsel Suçlar", Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(2), 2022, s.201, 204.

⁵¹ ÖZBEK/DOğAN/BACA KSIZ, s.336; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.420

⁵² Amerikan Yargısı *Ashcroft v. Free Speech Coal* davasında gerçek bir çocuğu içermeyen görüntülerin ocuk pornografisi teşkil etmeyeceğine karar vermiştir. İngiliz Hukukunda ise ocuk Koruma Yasası (Protection of Children Act) erevesinde aksi yönde bir bakış açısı söz konusudur. (GUINCHARD, s.179).

⁵³ ÖZBEK, Veli zer: Müstehcenlik Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s.124.

C. Hakaret-Nefret Söylemi-Israrlı Takip

Sanal gerçeklik ortamlarındaki anonimliğin suç işlemeyi ciddi ölçüde kolaylaştırması karşısında deyim yerindeyse söz ile işlenen suçlar da kolaylaşmıştır. Sıklıkla işlenen hakaret suçunun da bu şekilde işlenebileceğini ifade etmek gerekir. TCK m.125'in maddi unsurunu oluşturacak şekilde kişinin onur ve saygınlığının zedelenmesi için onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat edilmesi veya kişiye sövülmesi gerekir ki bu fiillerin sanal gerçeklik ortamında işlenmesi mümkündür. Burada fail ile mağdurun birbirlerini tanımaları yahut gerçek kimliklerini bilmeleri gerekmez. Sarf edilen sözlerin niteliği yeterlidir. Zira burada fiil sanal gerçeklik ortamındaki temsile değil, o temsilin ardındaki kişiye yönelmiş olacaktır⁵⁴.

Nefret söylemi olarak ifade edilen eylemler bakımından da aynı esastan hareket edilebilir. Bir kişinin sarf ettiği sözler ister gerçek dünyada ister sanal gerçeklik ortamlarında sarf edilmiş olsun nefret söylemi teşkil edebilecektir⁵⁵.

Hukukumuzda yakın zamanda giren ısrarlı takip suçu da sanal gerçeklik ortamında işlenebilecek suçlardandır. TCK m.123/a'da ısrarlı takip şu şekilde düzenlenmiştir:

“Israrlı bir şekilde; fiziken takip etmek ya da haberleşme ve iletişim araçlarını, bilişim sistemlerini veya üçüncü kişileri kullanarak temas kurmaya çalışarak suretiyle bir kimse üzerinde ciddi bir huzursuzluk oluşmasına ya da kendisinin veya yakınlarından birinin güvenliğinden endişe duymasına neden olan faile altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir.”

Görüldüğü üzere ısrarlı takibin fiziken gerçekleşmesi gerekmez. Mağdur ile sanal gerçeklik ortamında sürekli iletişim kurmaya çalışarak onda huzursuzluk yahut kendisini veya bir yakınının zarar göreceği endişesi uyandırılması da bu suçta vücut verecektir⁵⁶.

D. Bilişim Suçları

Bilişim suçları teknolojinin gelişmesiyle daha fazla işlenir hale gelmiştir. Sanal gerçeklik ortamlarının ortaya çıkmasıyla bu suçların işleniş biçiminde de değişiklikler olacağı ifade edilmektedir⁵⁷. Hemen ifade etmek gerekir ki sanal gerçeklik ortamlarında da klasik bilişim suçları işlenebilir. Bu suçların bir kısmı ise yukarıda örnekleri verilen klasik suç tipleri şeklinde ortaya çıkacaktır. Sanal gerçeklik ortamını sağlayan sisteme yapılan müdahalelerle suç işlenmesi halinde bilişim suçu söz konusu olacaktır. Öte yandan sanal gerçeklik ortamında katılımcılara tanınan hareket imkânından yararlanılarak işlenen suçlar diğer suç tipleri kapsamında değerlendirilmelidir. Burada bilişim suçlarına ayrı bir başlık açılmasının nedeni, bilişim suçunun kapsamının ülkeden ülkeye gösterdiği farklılıktır. Bazı fiiller bazı ülkelerde bilişim suçlarına ilişkin hükümler içinde düzenlenirken aynı fiiller başka bir ülkede klasik suç tipleri içinde düzenlenmektedir.

Wall'dan hareketle *Laue* bilişim suçlarının dört türü olduğunu ifade etmektedir⁵⁸:

- Siber İhlal: Hackleme/ virüs gönderme gibi yöntemlerle bir kişinin bilgisayarına müdahale edilmesi yahut zarar verilmesini ifade eder.
- Siber Hırsızlık/Dolandırıcılık: Maddi varlığı olan yahut olmayan kaynakların banka ve kredi kartlarının kullanılması yahut dolandırıcılık yoluyla çalınması.
- Siber Pornografi/Müstehcenlik: Çalışmanın yapıldığı tarih itibarıyla internetteki web sitelerinin %2-12'sinin pornografik içerik barındırdığı ifade edilmektedir. Konunun ceza kanunları karşısındaki durumu yukarıda ele alınmış idi.
- Siber Şiddet: Siber şiddetten kasıt internet ortamında ısrarlı takip ve siber zorbalık fiilleridir.

Konu TCK açısından ele alındığında TCK m.243 vd. hükümlere göre bir değerlendirme yapmak gerekecektir. TCK'da m.243'te bilişim sistemine girme, m.244'te sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme, m.245'te banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması, m.245/A'da yasak cihaz veya programlar suçları düzenlenmiştir.

Sanal gerçeklik ortamları esasen bütün bilişim suçlarının işlenmesi için uygun ortamı sunmaktadır. Bu anlamda söz konusu ortama izinsiz girilmesi halinde TCK m.243 uygulanacaktır. Söz konusu sistemin bedel karşılığı yararlanılan bir sistem olması halinde bu suçun nitelikli hali söz konusu olacaktır. Bu fiilin sistemdeki verilerin yok olmasına veya değişmesine neden olması da hüküm kapsamına girmektedir. TCK m.243 bilişim sistemlerindeki veri nakillerinin teknik araçlarla izlenmesini de suç olarak düzenlemiştir⁵⁹.

Sanal gerçeklik ortamından yararlanılarak bir kişinin kredi kartı bilgilerinin ele geçirilmesi halinde de TCK m.245 anlamında banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu söz konusu olacaktır⁶⁰.

TCK'da yer alan suç tipleri içerisinde sanal gerçeklik ortamları bakımından sıklıkla uygulama alanı bulacak hükmün TCK m.244 olduğu kanaatindeyiz. Öncelikle ifade etmek gerekir ki bir bilişim sistemine yapılacak her türlü müdahale TCK m.244 kapsamında cezalandırılacaktır. Bu müdahalelerin fail yahut bir başkasına haksız bir çıkar sağlaması halinde verilecek ceza arttırılacaktır⁶¹.

⁵⁴ Bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s.503; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.638; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ ÇAKIR, s.493; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.473.

⁵⁵ Hukukumuzda TCK m.122'de düzenlenen suç tipi esas itibarıyla nefret suçunu düzenlemektedir. İfade etmek istediğimiz husus nefret söylemi olarak kabul edilen haller bakımındandır.

⁵⁶ İsrarlı takip suçu için Bkz. RETORNAZ AKSOY, Eylem: Bir Siber Taciz Biçimi: Cinsel İçerikli Görüntüleri Rızaya Aykırı Olarak İfşa Etme, Yayma, Erişilebilir Kılma veya Üretme Suçu (Revenge Porn ve Deep Fake), Oniki Levha Yayın, İstanbul 2021, s.22 vd.

⁵⁷ LAUE, s.20.

⁵⁸ LAUE, s.21-22.

⁵⁹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s.982 vd.; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.1161; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.899.

⁶⁰ Bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s.1013 vd.; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.1197 vd.

⁶¹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s.998 vd.; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.1183 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.915 vd.

Hukumumuz bakımından hükmün en sık uygulama alanı bulunduğu hal yukarıda da belirtildiği üzere sanal gerçeklik ortamındaki sanal eşya ve hesaplara ilişkin fiillerdir. Özellikle maddi değeri olan sanal eşyaların ele geçirilmesi yahut ele geçirilen hesaplardan maddi menfaat elde edilmesi halinde TCK m.244/4 uyarınca fail cezalandırılacaktır. Zira burada sistemdeki verilere bir müdahale söz konusudur ve bu müdahale ile fail bir hesabın kontrolünü ele geçirmekte yahut sanal eşyayı/oyun karakterini oluşturan verileri kendi kontrolüne aktarmaktadır. Bu örnek dışında sanal gerçeklik ortamının mümkün kılmadığı hukuka aykırı davranışları gerçekleştirmek amacıyla sistemdeki verilere müdahalede bulunulması halinde de TCK m.244 söz konusu olacaktır.

E. Ekonomik Suçlar

Sanal ortam diğer suçlarda olduğu gibi ekonomik suçlar için de oldukça elverişli bir alan sunmaktadır. Ceza hukukunun ise bu alanda geri kaldığı ifade edilmelidir. Mevcut durumda ülkeler hali hazırdaki hukuki düzenlemelerini bu alana uygulama yolunu seçmektedirler⁶².

Ekonomik suçların çok fazla görünümü olduğu malumdur. Bunların tamamına bir makale kapsamına değinmek mümkün olmayacağı için burada sanal gerçekliğe özgü ve ilginç olması açısından sanal paralardan söz edilecektir.

Sanal ortamda suç işlemeyi kolaylaştıran en önemli unsurlardan birisi de sanal paralardır. Sanal paranın esas itibarıyla iki türü olduğu ifade edilmektedir: Tanımlanmış sanal para ve anonim sanal para. Tanımlanmış sanal paranın değişim değeri vardır ve bir kurumdan nakit olarak çekilebilir. Öte yandan anonim sanal paranın takip edilmesi mümkün değildir. Bunlar çoğu zaman bir kurumdan çekilir ve mevcut bankacılık kuralları nedeniyle izleri kaybolur⁶³.

Özellikle kara para aklama fiilleri sanal ortamda çok daha kolay işlenmektedir. Kara para sisteme PayPal gibi çok az kimlik bilgisi talep eden bir vasıtayla sokulur. Bu para gerçek dünyada farklı hesaplar vasıtasıyla çeşitli eşyalar almak için kullanılır. Daha sonra bu eşyalar satılarak paraya çevrilir. Böylece temiz bir şekilde sisteme dâhil olur⁶⁴.

Gerçek para karşılığı ekonomik değeri olan sanal paraların sıklıkla kullanıldığı bir diğer suç da kara para aklama fiilleridir. Bu tarz sanal paraların denetimsiz olması karşısında kara para aklama fiilleri de oldukça kolay bir biçimde işlenmektedir. Bu nedenle Çin’de sanal paraların gerçek paraya dönüştürülmesi yasaklanmıştır⁶⁵. Aynı şekilde terörizmin finansmanı suçunun da kolaylıkla işlenmesi mümkündür⁶⁶.

Kara para aklama fiillerinin yoğunluğu karşısında Second Life 2007 yılında sağladığı ortamda kumar oynanmasını yasaklamıştır⁶⁷.

Hukumumuz bakımından da TCK m.282 geniş bir kapsama sahip olduğundan hükmün sanal gerçeklik ortamlarında da uygulanması mümkün olacaktır⁶⁸.

F. Fikrî Haklara Karşı İşlenen Suçlar

Sanal gerçeklik ortamları büyük ölçüde tasarımdan meydana gelmektedir. Bu alanlarda kullanılan mekânlar ile eşyalar tasarım ürünleridir. Bu anlamda zaman zaman bu tasarımların fikri hakları ile ilgili hukuki problemler ortaya çıkabilmektedir. Söz konusu tasarımların hukuka aykırı şekilde başkaları tarafından kullanılması da suç oluşturacaktır.

Konuya ilişkin enteresan bir örnek Second Life platformunda yaşanmıştır. Bu platformda Köln Katedrali’nin kullanılmasına ilişkin hukuki tartışma konumuz açısından ilginçtir. Mahkeme Köln Katedrali’nin görüntüsünün kullanılmasına ilişkin bir davada fikri hakların ihlal edilmediğine karar vermiştir. Mahkemeye göre katedral korumayı gerektiren orijinal bir tasarım değildir⁶⁹.

IV. YENİ SUÇ TİPLERİNE DUYULACAK İHTİYAC

Sanal gerçeklik ortamlarında işlenen pek çok fiil mevcut ceza kanunları ile cezalandırılabilirken bu alana özgü yeni fiillerin de ortaya çıktığını ifade etmek gerekir. Bu fiillerin her birisinin ceza hukukunun yaptırımlarıyla karşılanması elbette gerekli olmayacaktır fakat ilerleyen dönemde ceza hukukunun müdahale etmesi gereken durumların ortaya çıkabileceğini öngörmekteyiz.

Sanal gerçeklik ortamlarına özgü iki ilginç örnekten söz etmek gerekecektir. Bunlardan ilki altın madenciliği olarak anılan fiildir. Burada failler sanal gerçeklik ortamında bazı eşyalar satın alarak daha sonra bunları gerçek para karşılığı satmaktadırlar. Failin sanal ortamda oynadığı oyuna ilişkin bir hırsı yahut sosyal etkileşimde bulunma amacı yoktur. Tek istediği oyunda kazandığı/satın aldığı eşyaları satarak para kazanmaktır. Esasen ilk bakışta bu fiilde büyük zarar meydana getirecek bir potansiyel yokmuş gibi görünmektedir. Öte yandan bu pazar giderek büyümekte ve ekonomilere zarar verici boyuta ulaşmaktadır. Bu nedenle Çin sanal para kullanımına bir sınır getirmek zorunda kalmıştır. Burada kara para aklama söz konusu değildir fakat yine de ekonomik bir suçtur. Çin’de infaz koruma memurları hükümlüleri hücrelerinde saatlerce altın madenciliği yapmaya zorlamıştır⁷⁰.

İkinci ilginç örnek ise Japonya’da yaşanmıştır. Maple Story isimli oyunda tanıştığı bir kişiyle aynı

⁶² CHAMBERS-JONES, s.50.

⁶³ CHAMBERS-JONES, s.50.

⁶⁴ CHAMBERS-JONES, s.51.

⁶⁵ CORNELIUS, s.96.

⁶⁶ CORNELIUS, s.104.

⁶⁷ BRENNER, s.59.

⁶⁸ ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s.1157; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.743.

⁶⁹ CORNELIUS, s.99.

⁷⁰ CHAMBERS-JONES, s.51.

ortamda evlenen kişi terk edilince o kişinin hesabına girerek sanal paralarını gerçek paraya çevirir ve sanal ortamdaki bütün izlerini siler. Sanal cinayet olarak isimlendirilen bu fiil de sanal gerçeklik ortamına özgü suçlardan biri olarak ortaya çıkmaktadır.

Yukarıda verilenlere benzer yahut bunlardan tamamen ayrı pek çok fiil ortaya çıktığında ve ceza hukukunun müdahalesi gerektiğinde söz konusu düzenlemeleri yaparken pek çok unsurun dikkate alınması gerekecektir. Bu ortama özgü suç tipleri düzenlerken öncelikle fayda-zarar dengesi gözetilmelidir. Teknoloji dünyası açısından ifade etmek gerekirse bu suç tipleri teknolojik gelişmenin önünde bir engel olarak yer almamalıdır⁷¹.

Bu mecralarda işlenen suçlara ilişkin düzenleme yaparken şu hususlara dikkat etmek gerektiği ifade edilmektedir⁷²:

- Bu suçlar düşük maliyet ve çabayla çok ciddi ekonomik zararlar meydana getirebilmektedir. Cezaların bu hususlar dikkate alınarak belirlenmesi gerekir.
 - Hizmet sağlayıcı gibi üçüncü kişilerin sorumluluğu da düzenlemelerde dikkate alınmalıdır.
 - Sanal gerçeklik ortamlarında suç işlemeyi kolaylaştıran en önemli unsur anonimlik. Söz konusu ortamlarda anonimliğin önüne geçecek düzenlemeler (dijital imza kullanımı gibi) yapılmalıdır.
 - Anonimliğin önüne geçilmesi konusunda şirketlere de önlem almaları zorunluluğu getirilebilir.
- Hansen ise sanal ortamda işlenen fiillere ilişkin olarak ihdas edilecek yeni suçlarda şu hususlara dikkat edilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁷³:
- Kanunda sanal gerçeklikten ne anlaşıldığı açıkça ifade edilmelidir.
 - Mevcut hukuki durum rehber olabilir ancak bu ortamın gerektirdiği farklılıklar dikkate alınmalıdır.
 - Düzenleme kapsayıcı ve gelişime açık olmalıdır.
 - Kanunun amacı açıkça belirtilmelidir.
 - Hukuki düzenleme yapmak ileri bir tarihe bırakılacaksa bu esnada gerekli tedbirler alınmalıdır.
 - Yargılama aşamasında ortaya çıkması muhtemel sorunlar nedeniyle düzenleme yapmaktan imtina edilmemelidir.
 - Sanal gerçeklik geliştiricileri ve kanun koyucu işbirliği yapılmalıdır.

Ceza hukukunun son çare olması karşısında⁷⁴ sanal ortamda da temel hak ve özgürlüklere en az müdahale amaçlanmaktadır. Öte yandan sanal ortamda işlenen hukuka aykırılıkların cezasız bırakılması da mümkün değildir. Ceza hukukunun klasik yaptırımları dışında sanal ortama özgü birtakım yaptırımlar da söz konusu olabilir. Örneğin kullanıcı, üyesi olduğu ortamın sunduğu bazı özellikleri kullanmaktan yasaklanabilir ya da ortamdaki tamamen çıkartılabilir. Belli bir kişiye yönelmiş fiiller bakımından ise fail o kişiyle iletişim kurmaktan ve onun sanal ortamdaki sosyal çevresiyle etkileşim kurmaktan yasaklanabilir⁷⁵. Hemen ifade etmek gerekir ki çok ağır hukuka aykırılıkların söz konusu olduğu durumlarda bu yaptırımlar yetersiz kalabilecektir.

Sanal gerçeklik ortamlarında işlenen suçların önlenmesi için yukarıdaki öneriler çerçevesinde hizmet sağlayıcının sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler getirilmesi önerilmektedir. Ortamda avatarların belli davranışlarda bulunmasına imkân tanınmayarak daha güvenli bir alan yaratılabileceği öngörülebilir. Öte yandan bunun sanal gerçeklik ortamlarında özgü özgürlüğe darbe vuracağını düşünmemektir. Kaldı ki bu ortamdaki hareket alanı ne kadar sınırlanır sınırlansın suç işlenmesinin önlenmesi mümkün değildir. Avatarların ortamda çıplak şekilde görünmesi engellenebilir fakat sözle cinsel taciz fiili işlemleri engellenemez. Yahut hakaret, nefret içerikli söylemleri engellemek mümkün olmayacaktır. Keza sistem ne kadar iyi korunursa korunsun bazı kullanıcıların yazılım bilgileri ile sistemin imkân vermediği faaliyetleri yapmaları yine mümkün olacaktır. Kaldı ki bu tarz bir özen yükümlülüğü söz konusu olduğunda bu taksirli sorumluluğa vücut verecektir. Bu durumda ceza sorumluluğu kanımızca çok genişlemiş olacaktır. Özen yükümlülüğünün içeriğinin belirlenmesi de oldukça zordur. Tüm bu eleştirilere rağmen sanal gerçeklik ortamı sağlayanların suç teşkil eden fiillere tamamen duyarız kalmaları da söz konusu olamaz. Özellikle kullanıcı şikayetlerinin dikkate alınarak gerekli önlemlerin alınması beklenir. Brenner'ın aktardığı örneğe göre Second Life taciz ve ırkçılık gibi fiillerin sıkça işlendiği bazı alanları sistemden silmiştir⁷⁶.

V. SANAL GERÇEKLIK ORTAMLARINDA SORUŞTURMA, KOVUŞTURMA ve SANAL GERÇEKLIK ORTAMININ İNFAZ AŞAMASINDA KULLANIMI

A. Sanal Gerçeklik Ortamlarında İşlenen Suçların Soruşturulması Ve Kovuşturulması

Sanal gerçeklik ortamında işlenen suçların soruşturulması ve kovuşturulması ciddi zorluklar içermektedir. Konuya ilişkin ilginç bir örnek Belçika'da yaşanmıştır. Belçika vatandaşlarına yönelmiş cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan sonra Belçika polisi Second Life'da nöbet tutacağını açıklamış idi⁷⁷. Bu önlemin ne kadar faydalı olacağı ve temel hak ve özgürlükler karşısındaki durumu soru işaretidir.

Bu ilginç örnek bir yana sanal gerçeklik ortamında işlenen suçların soruşturulması ve kovuşturulması bakımından şu temel sorunlara değinmek gerekecektir:

- Anonimlik: Sanal gerçeklik ortamının en ayırt edici özelliği anonimlik. Çalışma içerisinde birden

⁷¹ STRIKVERDA, s.51; YADIN, s.6.

⁷² SANDEEP/SHARMA, s.1346.

⁷³ HANSEN, s.69 vd.

⁷⁴ ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayın, Ankara 2022, s.40.

⁷⁵ HANSEN, s.60-61; STRIKVERDA, s.50; LEMLEY/VOLOKH, s.1074.

⁷⁶ BRENNER, s.46.

⁷⁷ BRENNER, s.75.

fazla kez ifade edildiği üzere sanal gerçeklik ortamında tüm katılanlar başka kimliklerle hareket etmektedirler. Hal böyleyken sanal gerçeklik ortamında suç işleyen bir kişinin tespit edilmesi son derece zor olmaktadır. Suç işleyen kişilerin tespiti vb. gerekçelerle zaman zaman sanal ortama girecek kişileri kimlikleri hakkında doğru bilgi vermeye zorlayan düzenlemeler de yapılmaktadır. Bazı şirketlerin kullanım koşullarında bu hususa yer verilmektedir. Amerikan hukuku'nda konuya ilişkin önemli bir düzenleme olan CFAA (Computer Fraud and Abuse Act) hükümleri arasında da sanal ortamda yanlış kimlik bilgisi verilmesini suç olarak yorumlamaya elverişli muğlak hükümler bulunmakta idi. Tartışmalı bu düzenleme Amerikan Yüksek Mahkemesi (Supreme Court) tarafından anayasa'ya aykırı bulunmuştur⁷⁸. Bazı yazarlar sanal gerçeklik platformlarının kredi kartı gibi kimlik doğrulama yöntemleri kullanmasını önermektedirler⁷⁹.

Türk hukuku'nda sanal ortamda verilen kimlik bilgilerinin doğru olması zorunluluğu getiren bir hukuki düzenleme bulunmamaktadır. Zaman zaman sanal ortamda kimlik doğrulama yöntemlerinin kullanılması ile ilgili tartışmalar ortaya atılsa da şu ana kadar herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Bu durumu isabetli görmekteyiz. Zira sanal gerçeklik ortamına katılmak isteyen kişileri anonim olmayan bir yolla katılmaya zorlamak beraberinde başka sorunları getirecektir. Özellikle ifade özgürlüğü gibi temel haklar bakımından anonimliğin son derece önemli olduğunu ifade etmek gerekir. Keza sanal gerçeklik ortamında gerçek kimlik bilgileriyle katılıma zorlamak ticari sır, fikri mülkiyet hukukuna ilişkin sorunlar gibi pek çok sıkıntıyı da beraberinde getirecektir⁸⁰.

Hukumumuzda sanal ortamdaki anonimliğin yarattığı sakıncaların giderilebilmesi için İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun ek madde 4 ile günlük erişimi bir milyondan fazla olan sosyal ağ sağlayıcılarına Türkiye'de temsilci bulundurma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu şekilde sanal ortamda işlenen suçların kovuşturulması bakımından kolaylık sağlanması amaçlanmaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından sosyal medya sağlayıcılarına sadece belli suçlara ilişkin olarak yürütülen soruşturma ve kovuşturmalar kapsamında kullanıcı bilgilerini paylaşma yükümlülüğü getirilmesi gerektiği ve bu düzenlemenin kanunla yapılmasının zorunlu olduğunu düşünmekteyiz.

-İş yükü: Bu alana ilişkin en önemli mesele söz konusu alanın genişliğidir. Sanal ortam her yerden, sayısız insan tarafından ulaşılabilecek bir ortamı ifade eder. Dolayısıyla bu büyük iş yükü karşısında savcılar ne şekilde hareket edecektir⁸¹? Bir süre sonra kolluk ve savcılar bu ortamda işlenen suçlar bakımından bir ayırım yapacak ve görece "önemli" gördükleri suçları kovuştururken diğerlerini bir kenara bırakacaktır. Bu durumda sanal gerçeklik ortamında işlenen suçlar bakımından ciddi bir caydırıcılık sorununun ortaya çıkacağını öngörmek güç değildir⁸².

-Coğrafi Uzaklık: Sanal gerçeklik ortamında işlenen suçların nerede işlendiğinin tespiti de önemli bir başka sorundur. Yabancı doktrinde Bangladeş Problemi olarak ifade edilen bu soruna göre; sanal gerçeklik ortamında işlenen suçlarda fail ve mağdur dünyanın birbirinden çok uzak farklı yerlerinde olabilir⁸³.

-Kayıtlar: Buraya kadar ifade edilen sorunların aşılabilmesi için aynı zamanda sanal gerçeklik ortamını sağlayan şirketin verilerine de ihtiyaç olacaktır. Hatta bunlar en önemli, neredeyse aksi ispatlanamayacak delillerdir. Bu delillerin işlevini yerine getirebilmesi için kütüklerin sağlıklı ve ayrıntılı biçimde tutulması gerekir⁸⁴.

B. Sanal Gerçeklik Ortamlarının İnfaz Aşamasında Kullanılması

Sanal gerçeklik ortamının ceza yargılamasında kullanılacağı alanlardan birisi risk değerlendirmedir. Failin yeniden suç işleyip işlemeyeceğinin belirlenmesi için başvurulan yöntemler içerisinde çok büyük oranda isabet sağlayan olmamıştır.

Bu alanda çalışan bazı yazarlar, kişinin gerçek hayatta karşısına çıkabilecek durumlara benzer özellikler taşıyan bir sanal ortamda davranışlarının gözlenmesinin daha isabetli sonuçlar alınmasını kolaylaştırabileceğini ifade etmektedirler. Failin hangi koşullar altında ne şekilde davranacağını belirlemek için, o kişiye sorular sorulması ya da kişinin bazı testlere tabi tutulması yetersizdir. Zira burada elde edilen bilgi varsayımsaldır ve failin beyanına dayalıdır. Keza başkalarına zarar verme ihtimali olan failler bakımından sanal ortamda gözlem yapmak daha tehlikesiz olacaktır⁸⁵.

Cinsel dokunulmazlığa karşı suç işleyen faille ilgili olarak yapılan bir çalışmanın sonuçları oldukça ilgi çekicidir. Çocukların cinsel istismarı suçunu işlemiş failer sanal bir süpermarkette dolaşırken aynı ortamda bir çocuk avatari kendilerinden yardım ister. Sekiz failin yanı sıra kontrol grubu olarak da yedi kişi aynı ortamda bulunur. Cinsel istismar suçu işlemiş kişilerin sanal ortamda kendilerine bir çocuk yaklaştığında ne şekilde davranacağına ilişkin psikologlar tarafından yürütülen tahminlerin %25'i hatalı çıkmıştır⁸⁶.

Sanal ortamda yapılan araştırmalara yöneltilecek önemli bir eleştiriye de burada yer vermek gerekir. Sanal ortamda da olsa kişilerin özgür iradeleriyle hareket etmeyebilecekleri ve gerçek hislerini

⁷⁸ YADIN, s.72.

⁷⁹ LEMLEY/VOLOKH, s.1074.

⁸⁰ YADIN, s.73.

⁸¹ STRIKVERDA, s.55.

⁸² YADIN, s.74-75.

⁸³ LEMLEY/VOLOKH, s.1072.

⁸⁴ LEMLEY/VOLOKH, s.1076.

⁸⁵ CORNET/VAN GELDER, s.636.

⁸⁶ CORNET/VAN GELDER, s.636.

saklayabilecekleri eleştirisi dikkate alınmaya değerdir. Kişilerin sanal ortamdaki davranışları ile gerçek hayatlarındaki davranış biçimleri arasındaki benzerliği saptamak için çeşitli deneyler yapılmıştır.

Oxford Üniversitesi tarafından yapılan bir deneyde denekler sanal gerçeklik gözlükleri ile yüksek bir yerde oldukları simülasyonuna dâhil olmuşlardır. Denekler gerçek dünyada yüksekliğe ne tepki veriyorlarsa (kalp atışlarının hızlanması, terleme gibi) aynı tepkileri vermişlerdir⁸⁷.

Sanal gerçeklik ortamında bireylerin ne şekilde davrandığına ilişkin bir başka deneyde ünlü Milgram deneyi sanal ortamda tekrarlanmıştır. Bu deneyde denekler sanal gerçeklik ortamında olduklarını bilmelerine rağmen gerçek dünyada yapılan deneyle aynı şekilde davranmışlardır⁸⁸.

Cinsel dokunulmazlığa karşı suç işleyen kişilerle yapılan bir çalışmada bu kişilerin sanal gerçeklik ortamındaki simülasyonlara ve gerçek hayattaki çocuklara ne şekilde tepki verdiği ölçülmüştür. Yine bir başka çalışmada konutta hırsızlık suçu işleyen ve sabıksız kişilerden oluşan iki farklı grup sanal ortamda tasarlanmış bir eve girmişler ve daha sonra gerçek bir eve girmişlerdir. Her iki araştırmadan elde edilen sonuca göre kişilerin sanal gerçeklik ortamında ve gerçek dünyada gösterdikleri davranışlar büyük ölçüde örtüşmektedir. Dolayısıyla sanal gerçeklik teknolojisinin risk değerlendirmede isabetli sonuçlar verebileceği ifade edilmektedir⁸⁹.

Sanal gerçeklik ortamlarının ceza hukuku alanındaki bir diğer kullanımı da failerin rehabilitasyonudur. Faileri rehabilite etmek için genelde bilişsel davranış terapisi yöntemi uygulanmaktadır ve terapi görenlerin gerçek hayatta karşılaşacakları durumlarda ne şekilde hareket edecekleri öğretilmektedir. Çalışmalarda bilişsel davranış terapisinin tekrarı oranlarında ciddi düşüşe neden olduğu ifade edilmektedir. Doktrinde sanal gerçeklik ortamının rehabilitasyon için elverişli olabileceği görüşü dile getirilmektedir. Bu ortamda kişilere gerçek hayatla örtüşen senaryolar sunularak bu durumlarda ne şekilde davranacakları ele alınabilir. Aynı şekilde bilişsel davranış terapisinde etik nedenlerle ele alınamayan bazı travmalar da sanal gerçeklik yardımıyla faile yaşatılabilir ve bu durumlardaki davranış şekilleri de irdelenebilir. Keza failer farklı cinsiyet yahut ırkı temsil eden avatarlarla kendilerini temsil ederek bu bireylerin uğradıkları davranışları deneyimleyerek empati yeteneği de kazanabilirler. Son olarak öfke kontrol problemi olan şiddete eğilimli failer de sanal gerçeklik ortamında çeşitli senaryolar deneyimleyerek öfke kontrol becerilerini geliştirebilirler⁹⁰.

Ceza infaz sistemlerinin en temel amaçlarından biri olan topluma yeniden kazandırma da sanal gerçeklik teknolojisinin kullanılabilir alanlardan birisidir. Burada ilk ele alınacak örnek VITA (Virtual Interactive Training Agent-Sanal İnteraktif Eğitim Aracı) isimli ortamdır. Bu araç Güney Kaliforniya Üniversitesi tarafından geliştirilmiştir ve sanal ortamda iş mülakatları yapılmasını sağlamaktadır. Araç öncelikle anksiyete, otizm gibi durumlardan mustarip kişiler için tasarlanmış olsa da salıverilme sonrası topluma karışmakta zorluk yaşayabilecek hükümlüler için de kullanılacaktır. Back Home (Eve Dönüş) isimli bir başka proje de hükümlülere sanal gerçeklik ortamında evlerini ziyaret etme imkânı sağlamayı amaçlamaktadır. Böylece hükümlünün topluma yeniden kazandırılması kolaylaşacaktır. Son olarak bağımlı hükümlülerin rehabilitasyonunda da sanal gerçeklikten yararlanılmaktadır. Sanal ortamda hükümlülere bağımlılıklarını tetikleme olasılığı olan durumlar sunularak bağımlılıkla mücadele konusunda onlara yardımcı olmak amaçlanmaktadır⁹¹.

Bu kısımda son olarak sanal gerçekliğin mağdurlara destek amaçlı kullanımından söz edilecektir. Maruz kaldıkları suç nedeniyle travma sonrası stres bozukluğu yaşayan mağdurların terapisi için de sanal gerçeklik ortamından istifade edilmektedir. Mağdurların maruz kaldıkları suça benzer senaryolar yaratılarak tepkileri gözlemlenmektedir. Yapılan araştırmalar, sanal ortamda gerçekleşen terapinin de klasik maruz kalma terapisi kadar etkili sonuçlar ortaya koyduğunu göstermektedir⁹².

Sanal gerçekliğin failerin rehabilitasyonunda kullanılması oldukça etkili bir yöntem olmakla birlikte, kullanılacak araçlar ve personel eğitiminin ciddi bir maliyeti olacağı ifade edilmektedir⁹³.

VI. SONUÇ

Bu çalışmada gerçek hayatın bilgisayar ortamında canlandırılmış hali olan sanal gerçeklik ortamları ve bu ortamlarda işlenen suçların ceza hukuku karşısındaki konumu ele alınmıştır.

Çalışmada genel kavramlarla ilgili bilgi verildikten sonra öncelikle klasik suç tiplerinin sanal gerçeklik ortamında işlenen suçlar karşısındaki konumuna değinilmiştir. Klasik suç tiplerinin bir kısmının sanal gerçeklik ortamında işlenmesi mümkün iken bir kısmı ancak gerçek dünyada işlenebilecektir.

Malvarlığına karşı suçlar bakımından dolandırıcılık suçu sanal ortamda işlenmeye en elverişli suç tipidir. Sanal gerçeklik ortamında dolandırıcılık suçunun ilginç örnekleri de mevcuttur. Hırsızlık ve yağma suçları açısından ise kanun koyucunun suçun maddi konusuna ilişkin tercihi, bu suçun sanal gerçeklik ortamına işlenmesine engel olmaktadır. Zira her iki suç tipi bakımından da maddi varlığı olan nesnelere dışındaki varlıklar ekonomik değerleri ne olursa olsun suça konu olamayacaktır.

Yaralama ve öldürme suçları bakımından yapılacak değerlendirme bakımından öncelikle bu suçların serbest hareketli zarar suçları olduğu dikkate alınmalıdır. Bu anlamda failin mağdura temas etmeden

⁸⁷ YADIN, s.85.

⁸⁸ LEMLEY/VOLOKH, s.1065.

⁸⁹ CORNET/VAN GELDER, s.637.

⁹⁰ CORNET/VAN GELDER, s.638-639; TICKNOR, s.321; LEMLEY/VOLOKH, s.1066.

⁹¹ CORNET/VAN GELDER, s.640.

⁹² CORNET/VAN GELDER, s.641.

⁹³ TICKNOR, s.321.

ölüm/yaralanma neticesini gerçekleştirmesi halinde suç oluşacaktır.

Failin mağdura temas edip etmediği hususunun en belirleyici olduğu suç tipleri cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarıdır. Sanal gerçeklik ortamında kişilerin birbirlerine karşı cinsel içerikli davranışlar sergilediklerine ve sözler sarf ettiklerine sıkça rastlanır. TCK'daki düzenleniş biçimi ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar temas gerektiren ve gerektirmeyen suçlar olarak iki kısımda incelenebilir. Giyilebilir teknolojilerdeki gelişime rağmen halen sanal gerçeklik ortamında temas gerektiren cinsel dokunulmazlığa karşı suçların (özellikle vücuda organ yahut sair cisim sokma bakımından) işlenmesi zor görünmektedir. Öte yandan cinsel taciz fiilleri sanal gerçeklik ortamında işlenebilir ve sıklıkla da işlenmektedir.

Cinsel taciz gibi sözle işlenen hakaret, nefret söylemi gibi suç tipleri de sanal gerçeklik ortamında kolaylıkla işlenebilir.

Sanal gerçeklik ortamını sağlayan sisteme ve bu sistemdeki verilere yapılan müdahaleler bakımından ise TCK m.244 anlamında bir bilişim suçu söz konusu olacaktır. Nitekim uygulamamızda sanal eşyalar yahut sanal ortamdaki hesaplara karşı işlenen fiiller bu kapsamdadır.

Sanal gerçeklik ortamında kullanılan sanal paralar ise ekonomik suçların işlenmesini kolaylaştırır niteliktedir. Buraya kadar ifade edilen hususlar dışında zaman zaman sanal gerçeklik ortamına özgü suçların ihdas edilmesinin gerekip gerekmediği tartışılmaktadır.

Bu düzenlemeler yapılırken şu hususlara dikkat edilmesi gerektiği kanaatindeyiz:

-Kanun koyucu fayda zarar dengesi gözetmelidir.

-Kanunilik ilkesine uygun fakat gelişmelere ayak uydurabilecek düzenlemeler yapılmalıdır.

-Yargılama aşamasında ortaya çıkması muhtemel sorunlar nedeniyle düzenleme yapmaktan imtina edilmemelidir.

-Sanal gerçeklik geliştiricileri ve kanun koyucu işbirliği yapılmalıdır.

Sanal gerçeklik ortamında işlenen suçlar bakımından en önemli sorunlardan bir tanesi de bu suçların soruşturulması ve kovuşturulmasındaki zorluktur. Bu ortamdaki anonimlik ve suçun işlendiği yer sorunu soruşturma ve kovuşturmayı güçleştirmektedir. Bu durumda bir süre sonra savcılıklar işlenen suçlardan “önemsiz” gördüklerini soruşturmama yoluna gidebileceklerdir. Söz konusu durumda caydırıcılığın ciddi zarar göreceği ifade edilmelidir.

Sanal gerçeklik ortamının ceza hukuku bakımından en büyük kolaylık sağladığı alan infaz bakımındandır. Hükümlülerin topluma yeniden kazandırılmasında hem terapi hem de salıverildikten sonraki koşullara uyum bakımından sanal gerçeklik ortamında gerçekleştirilen faaliyetlerin önemli bir faydası söz konusudur. Bu sistemlerin kullanılması oldukça maliyetli de olsa geleceğe yönelik bir yatırım olacaktır kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- BALCI, Murat/ÇAKIR, Kerim: “İnternet Ortamında ve Sosyal Ağlarda İşlenen Cinsel Suçlar”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(2), 2022.
- BAŞBÜYÜK, İsa: “Hırsızlık ve Dolandırıcılık Suçlarının Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması Suretiyle İşlenmesi”, Ceza Hukuku Dergisi, 5(14), 2010.
- BRENNER, Susan: “Fantasy Crime, Role of Criminal Law in Virtual Worlds”, Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law, 11(I), Fall 2008.
- CHAMBERS-JONES, Clare: “Virtual World Financial Crime: Legality Flawed”, Law and Financial Market Review, January 2013.
- CORNELIUS, Kai: “Responsibility Under Criminal Law in Virtual Worlds”, in Cornelius Kai/Hermann Dieter (ed.), Virtual Worlds and Criminality, Springer Verlag, Almanya 2011.
- CORNET, Liza J.M/VAN GELDER, Louis: “Virtual Reality: A Use case for Criminal Justice Practice, Psychology”, Crime & Law, 26(7), 2020.
- DÜLGER, Murat Volkan: “İnternet Aracılığıyla İşlenen Cinsel Suçlar”, https://www.academia.edu/39599793/%C4%B0internet_Arac%C4%B1%C4%B1%C4%9F%C4%B1yla_%C4%B0%C5%9Flenen_Cinsel_Su%C3%A7lar, 8, Erişim Tarihi 17.04.2023.
- GUINCHARD, Audrey: “Crime in Virtual Worlds: The Limits of Criminal Law”, International Review of Law, Computers&Technology, 24(2), July 2010.
- HANSEN, Joshua: “Indecent Assault Time for the Criminal Law to Enter the Realm of Virtual Reality”, Victoria University of Wellington Law Review, (50), 2019.
- KARTAL MEMİŞ Pınar: Türk Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı, Der Yayınları, İstanbul 2014.
- KLIMMT, Christoph: “Virtual Worlds as a Regulatory Challenge: A User Perspective”, in Cornelius Kai/Hermann Dieter (ed.), Virtual Worlds and Criminality, Springer Verlag, Almanya 2011.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- LAUE, Christian: “Crime Potential of Metaverses”, in Cornelius Kai/Hermann Dieter (ed.), Virtual Worlds and Criminality, Springer Verlag, Almanya 2011.
- LEMLEY, Mark A./VOLOKH Eugene: “Law, Virtual Reality and Augmented Reality”, University of Pennsylvania Law Review, 166(5), April 2018.
- LODDER, Arno: “Conflict Resolution in Virtual Worlds: General Characteristics and the 2009 Dutch Convictions on Virtual Theft”, in Cornelius Kai/Hermann Dieter (ed.), Virtual Worlds and Criminality, Springer Verlag, Almanya 2011.
- ÖZBEK, Veli Özer: Müstehcenlik Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.

- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAĞSIZ, Pınar: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.
- PARTI, Katalin: “Deviances in the Virtual Reality or the Character-Altering Power of Virtual Communities”, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 16 (2008).
- RETORNAZ AKSOY, Eylem: Bir Siber Taciz Biçimi: Cinsel İçerikli Görüntüleri Rızaya Aykırı Olarak İfşa Etme, yayma, Erişilebilir Kılma veya Üretme Suçu (Revenge Porn ve Deep Fake), Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2021.
- SENDEEP, Mittal/SHARMA, Priyanka: “Enough Law of Horses and Animals Debated, Let’s Discuss the Cyber Law Seriously”, International Journal of Advanced Research in Computer Sciences, 8(5), May-June 2017.
- STRIKVERDA, Litska: “Should Virtual Crime be Regulated by Means of Criminal Law? A Philosophical, Legal-Economic, Pragmatic and Constitutional Dimension”, Information & Communications Technology Law, 25(1), 2014.
- TANER, Fahri Gökçen: Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Rıfat Murat: Ceza Özel Hukuku; Seçkin Yayınevi Ankara, 2022.
- TICKNOR, Bobbie: “Using Virtual Reality to Treat Offenders. An Examination”, International Journal of Criminal Justice Sciences, 13(2), July-December 2018.
- YADIN, Gilad: Virtual Reality Intrusion, Willamette Law Review, 53(1), 2016.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Pınar BACAĞSIZ, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Pınar BACAĞSIZ who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnULR in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.

**THE NEW MATERNITY ORDER:
UTERUS TRANSPLANT WITH ITS ETHICAL AND LEGAL ASPECTS****YENİ ANNELİK DÜZENİ: ETİK VE HUKUKİ BOYUTLARIYLA RAHİM NAKLİ**Sevtap METİN*  **Makale Bilgi**Gönderi: 08/12/2022
Kabul : 25/05/2023**Anahtar Kelimeler***Rahim Nakli,
Biyo-etik İlkeler,
Utiliteryanizm,
Kant'in Ödev Etiği,
Çifte Etki Kuramı,
Kompozit Doku
Nakilleri.***Article Info**Received: 08/12/2022
Accepted: 25/05/2023**Keywords***Uterine
Transplantation,
Bioethical Principles,
Utilitarianism,
Kant's Duty Ethics,
Double Effect Theory,
Composite Tissue
Transplants.***Özet**10.21492/inuhfd.1216331 

Rahim, sperm ile yumurtanın döllemesiyle oluşan embriyonun yerleştiği ve doğuma kadar gelişimini sürdürdüğü üreme organıdır. Mutlak uterin faktör infertilitesi, küresel ölçekte üreme çağındaki kısır kadınların %3 ila %5'ini etkilemektedir. Rahim naklinin deneysel çalışmalardan klinik denemelere geçmesi ve bu yolla bebek sahibi olunmaya başlanmasıyla birlikte rahim nakli, bu kadınların kendilerine genetik olarak ait çocuk sahibi olmalarını üstelik kendi rahimlerinde büyütebilmelerini sağlayabilecek bir çözüm sunmaktadır. Rahim nakli, tüp bebek ve embriyo dondurulması ön prosedürü gerekliliği nedeniyle hem yardımcı üreme teknolojisini hem de organ naklini birleştiren bir işlemdir ve bu nedenle 'ikisi arasında yeni bir iş birliği seviyesini' temsil eder. Rahim naklinin deneysel bir klinik prosedürden klinik denemelere geçişi ve olumlu erken sonuçlar vermesi ile bu çalışmada paydaşların her biri için geçerli olan etik tartışmalar, bu çalışma kapsamında biyo-etik ilkeleriyle ve belli başlı teoriler ile gözden geçirilecektir. Rahim nakli yaşam kurtarıcı olmayan fakat yaşam kalitesini artırıcı nakillerdir. Bu bağlamda rahim nakli de Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin kapsamına alınan kompozit doku nakli türü olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte rahim nakli, içerisinde yer aldığı kompozit doku nakillerinden de farklılıklar taşır. Türk Hukuk düzeninde Kompozit Doku Nakli Merkezleri Yönergesi'nin "donör" tanımı gereğince, yaşayan kişilerin kompozit doku verme borcu altına giremeyecekleri kabul görmektedir. Bu durumda rahim nakli de kompozit doku kapsamına girmekle hukuk düzenimize göre yalnızca ölü vericiden yapılabilecektir sonucu çıkmaktadır. Ayrıca Kompozit Doku Nakli Yönergesi'nde bu tür nakillerdeki tıbbi endikasyon türleri arasında da rahim nakilleri açık bir şekilde zikredilmemektedir. Bu hukuki belirsizlik dahi rahim nakillerinin kompozit doku nakli şemsiyesinden ayrı bir düzenleme ile ele alınması gereğine işaret etmektedir.

Abstract

The uterus is the reproductive organ where the embryo formed by the fertilization of the sperm and egg settles and continues its development until birth. With the transition of uterus transplantation from experimental studies to clinical trials and starting to have babies in this way, uterus transplantation offers a solution that can enable these women to have children genetically on their own and grow them in their wombs. Uterine transplant is a procedure that combines both assisted reproductive technology and organ transplantation due to the necessity of in vitro fertilization and embryo freezing pre-procedure and thus represents a new level of cooperation between the two. With the transition of uterus transplantation from an experimental clinical procedure to clinical trials and its positive early results, ethical discussions applicable to each of the stakeholders in this study will be reviewed with bioethical principles and major theories. Uterine transplants are not life-saving, but life-enhancing transplants. In this context, uterus transplantation is accepted as a type of composite tissue transplantation included in the Organ and Tissue Transplant Services Regulation. However, uterus transplantation is also different from composite tissue transplantations in which it is included. By the definition of "donor" in the Composite Tissue Transplant Centers Directive in the Turkish legal system, it is accepted that living persons cannot be obliged to donate composite tissue. In this case, it is concluded that uterus transplantation is also included in the scope of composite tissue, and according to our legal order, it can only be done from a dead donor. In addition, in the Composite Tissue Transplantation Directive, uterine transplantation is not mentioned among the medical indications for such transplantations. Even this legal uncertainty points out that uterus transplants should be handled with a separate arrangement from the composite tissue transplant umbrella.

 Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

*Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** METİN Sevtap "The New Maternity Order: Uterus Transplant with Its Ethical and Legal Aspects", İnÜHFD, 14(1), 2023, s.304-314. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | **This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.**

I. INTRODUCTION

The uterus is the reproductive organ where the embryo formed by the fertilization of the sperm and egg settles and continues to develop until the moment of birth. Absolute uterine factor infertility (AUI) affects 3% to 5% of infertile women of reproductive age globally¹. Congenital absence of the uterus may be present in women suffering from uterine structural defects, as in Mayer-Rokitansky-Kuster-Hauser syndrome. Or infertility with uterine factor is not congenital and may develop later hysterectomy due to fibroids, severe postpartum hemorrhage, or cancer².

Since there is no successful treatment for infertility caused by the absence of the uterus, patients suffering from it can become mothers through adoption or surrogacy. In countries where surrogacy is not legal, uterus transplantation offers a solution that can enable these women to have children genetically linked to them and make them grow in their wombs³. In contrast to a more passive role in adoption and surrogacy practices, uterus transplant appears to be an option that gives women the opportunity to play an active role in the health and well-being of their children⁴.

Uterine transplantation is a procedure that combines both assisted reproductive technology and organ transplantation and thus represents a new level of cooperation between the two, due to the necessity of in vitro fertilization and embryo freezing pre-procedure⁵.

Uterus transplantation studies on animals have been carried out since the 1960s⁶. The first human-to-human uterus transplant was performed in Saudi Arabia in 2000, but the uterus had to be removed as a result of the blockage of the vessels feeding the uterus. Following this, the first baby from a living donor was born in 2014 in Sweden⁷. The first live birth after a uterus transplant from a dead donor took place in Brazil (in 2018), followed by the United States in 2019⁸. The first clinical pregnancy in the world as a result of uterus transplantation from a dead body was performed in 2011 by Prof. Dr. Ömer Özkan, who is a member of Akdeniz University Faculty of Medicine, on a 21-year-old woman who did not have a congenital uterus⁹. 9 years after the uterus transplant surgery, a baby boy weighing 760 grams was born in 2020, in the 28th week of pregnancy. The second transplant in Turkey was performed with a uterus taken from a dead donor in July 2021, also at Akdeniz University.

II. ETHICAL ASPECTS OF UTERUS TRANSPLANTATION

Given the transition of uterus transplantation from an experimental clinical procedure to clinical trials and its positive early results; this chapter will review the ethical debates applicable to each of the stakeholders involved, first with bio-ethical principles and then with major ethical theories.

¹ This means that 1.5 million women of reproductive age are affected by uterine factor infertility. KIRCA, Nuran/ÖNGEN, Meryem: "İnfertilite Tedavilerinde Etik Sorunlar", *Türkiye Biyoetik Dergisi*, 7(1), 2020, p.12,14.

² WALL, Anji E/TESTA, Giuliano/AXELROD, David/JOHANNESSON Liza: "Uterus transplantation-questions and answers about the procedure that is expanding the field of solid organ transplantation", *Baylor University Medical Center Proceedings*, 34(5), 2021, p.581–585.

³ ÖZTÜRK, Ruşen/SEVİL, Ümran: "Uterus Transplantasyonu ve Etik", *Gümüşhane Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi*, 2(4), 2013, p.535-536; 'Kısırlık Tedavisinde Rahim Nakli', <https://www.drhit.com/kisirlık-tedavisinde-rahim-nakli/>, (Erişim: 10.11.2022).

⁴ Results of a semi-structured interview with patients in the UK; revealed that they preferred uterine transplantation to surrogacy and adoption due to pregnancy experience and their desire for biological connection and bureaucratic difficulties. Surveys of pregnant women in Sweden and Japan also have shown that uterus transplant is preferred over surrogacy. WALL/TESTA/AXELROD/JOHANNESSON, p.581–585; KOPLİN, Julian/KENDAL, Evie: "Ethical issues in uterine transplantation", *Korean J Transplant*, (34), 2020, p.78-83; ALJERİAN, Khaldoon: "Uterine Transplant: An Ethical Framework Analysis From A Middle Eastern Perspective", *Current Medical Research And Opinion*, 37(6), 2021, p.1049–1060.

⁵ VALİ, Saaliha/JONES, Benjamin. P/SASO, Srdjan/FERTLEMAN, M/TESTA, Giuliano/JOHANNESSON, Liza/ALGHRANİ, Amal/SMITH, Richard: "Uterine transplantation: legal and regulatory implications in England", *BJOG*, 2021, <https://doi.org/10.1111/1471-0528.16927> (Erişim: 02.02.2022).

⁶ Clinical research on uterus transplants has progressed from animal studies beginning in the 1960s to human transplants. The first uterus transplantation was performed in a dog in 1966, and into many other animal models successfully in subsequent years following advances in immunosuppressant drugs and microsurgical procedures. In 2015, researchers from Japan took a step forward by performing the first minimally invasive uterus transplant surgery in non-human primates (cynomolgus monkeys) using a living donor. Surgical results have shown that the ovarian vein method for living donor surgery is less invasive than the deep uterine vein method. ALJERİAN, p.1049–1060; USLU, Nihal/AVCI, Mehmet Zeki/HAYLI, Çiğdem Müge: "Ethical Aspects of Uterus Transplantation", *Journal of International Health Sciences and Management*, 8(15), 2020, p.84.

⁷ PAÇACI, İbrahim: "İslâm Hukukunda Kadın İç Üreme Organları Naklinin Hükmü", *Aksaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2(2), 2018, p.38.

The uterus donor was 61 years old and doctors expressed that they were astonished that such an old womb could work. DICKENS, Bernard M: "Legal and ethical issues of uterus transplantation", *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, (133), 2016, p.125–128.

⁸ GARBUZOVA, Elizaveta: "Addressing Infertility with Uterine Transplant: An Ethical Analysis of Three Categories of Donors", *Voices in Bioethics*, (7), 2021, p.1-5.

⁹ In this first uterus transplant performed at Akdeniz University Hospital in Turkey, the donor was a 22-year-old woman who had brain death as a result of a traffic accident, and the recipient was a 21-year-old woman with MRKH (Mayer Rokitansky Kuster Hauser) syndrome. The transplant lasted six hours and daily thymoglobulin was given for 10 days, followed by tacrolimus and prednisolone. Menstruation occurred 20 days after the operation and the menstrual cycle continued for one year without rejection. Despite multiple embryo transfer attempts over four years, no successful pregnancy has been observed. Finally, in 2013, the first clinical pregnancy in the world after uterine transplantation was achieved in this case, but the pregnancy was terminated in 8th week. ÜN, Mine/ERBAŞ, Oytun: "Uterus Nakli", *FNG & Demiroğlu Bilim Tıp Transplantasyon Dergisi*, 3(1-2), 2018, p.42-46; KOYUN, Ayşe: "Uterus Naklinde Etik: Değerler ve İlkeler", *Türkiye Klinikleri J Med Ethics*, 25(3), 2017, p.117.

A. Principles of Beneficence and Do No Harm

Principles of beneficence and non-maleficence require a judgment as to whether or where the benefits of uterine transplantation outweigh the risks. Uterine transplantation is more complex than other organ transplants and involves additional risks. This is because to have a live birth after a uterus transplant, several medical procedures are required before and after the transplant. First, the recipient's eggs and her partner's sperm are subjected to in vitro fertilization and the resulting embryos are cryopreserved¹⁰. Then the uterus taken from the donor is transferred to the recipient. Since this is an organ and tissue transplantation procedure; the recipient receives an immunosuppressant to combat organ rejection. After successful transplantation, the cryopreserved embryos are transferred into the uterus. Pregnancy occurs and the recipient gives birth by cesarean section. A hysterectomy is then performed to eliminate the need for immunosuppression therapy. Therefore, uterine transplant recipients are at significant risk of physical harm, including immunosuppression to prevent graft rejection and pregnancy risks in a treatment process that involves multiple surgeries and procedures such as IVF, transplant surgery, embryo transfer, cesarean delivery, and graft hysterectomy.

The question of the risk-benefit ratio arises because uterine transplantation is a life-enhancing procedure rather than a life-saving treatment like heart transplantation. It is therefore recommended to remove the uterus after two birth cycles (or after five years as stated in some transplant centres). This criterion is to avoid lifelong intake of immunosuppressive drugs that may have adverse effects such as the increased chance of malignancy (cancer), bone marrow suppression, infections, and cardiovascular system diseases. In addition to the effects of immunosuppression, the transplanted uterus is also at risk of vascularization, which can affect both the development of the baby and the health of the mother. Immunosuppressive drugs also cause serious pregnancy complications such as ectopic pregnancy, miscarriage, pregnancy toxicity (preeclampsia), premature birth, low birth weight, and stillbirth. Therefore, participants should be informed about the short- and long-term risks of surgery and the adverse effects of immunosuppression on the fetus in case of pregnancy¹¹.

However, after weighing the risks and benefits, the primary benefit to be considered is the opportunity to experience pregnancy¹² and childbearing. Uterine transplantation is the only treatment option that anatomically and physiologically restores fertility due to the absence of the uterus and enables biological, legal, and social parenthood. It is these goals that distinguish uterus transplants not only from other forms of organ transplants but also from other ways of achieving parenthood such as adoption or surrogacy¹³.

Uterus transplants also carry risks for parties other than recipients, especially children who will be subjected to immunosuppressive treatment in the womb. Drugs that suppress the immune system are likely to cause serious harm to the unborn baby¹⁴. The vascular anatomy of a transplanted uterus differs from that of a natural uterus because the blood supply is connected only to the lower uterine arteries and blood outflow is connected to two vessels instead of the natural four. Because of the altered blood flow, questions have arisen as to whether the transplanted uterus can function as well as a natural uterus in meeting nutritional demands and providing an environment for fetal growth. Other major concerns are related to the risks of teratogenic i.e. congenital defects or defects in fetal development and immunosuppressive therapy.

However, long-term exposure to these immunosuppressive drugs would be impossible since the uterus can be removed after a successful pregnancy. In addition, data that can be obtained from birth statistics after other solid organ transplants may shed some light on this issue. Although few deliveries have been reported following uterus transplant to date, the safety of certain immunosuppression drugs during pregnancy has been demonstrated in other solid organ transplant recipients. Registry data from more than 15,000 women worldwide who experienced pregnancies after organ transplantation suggest an increased risk of mild prematurity, low birth weight, and hypertension. However, the risks of structural malformations/anomalies are not increased when FDA*-approved immunosuppressants are used during pregnancy¹⁵. Although there are few studies on babies born after uterus transplantation, some data also support this result¹⁶. In addition,

¹⁰ There is a possibility of damage to the ovaries during the surgical procedure. Therefore, before uterine transplantation, the ovaries should be harvested by in vitro fertilization and frozen. KOYUN, p.119.

¹¹ ALJERIAN, p.1049–1060; GRACA, Briget da/JOHANNESON, Liza/TESTA, Giuliano/WALL, Anji: "Uterus transplantation: ethical considerations", *Current Opinion in Organ Transplantation*, 26(6), 2021, p.664-668; ÖZTÜRK/SEVİL, p.540-542.

¹² Considering that neural innervation, i.e. the construction of nerves entering and leaving the organ, is not currently possible and therefore many pregnancy-related sensations cannot be felt, the risk of disappointment for the recipients is high even in the case of a successful transplant. For this view, see. KOPLİN/KENDAL, p.78-83.

¹³ KOPLİN/KENDAL, p.78-83; GRACA/JOHANNESON/TESTA/WALL, p.664-668.

¹⁴ "Kısırlık Tedavisinde Rahim Nakli", <https://www.drhit.com/kisirlilik-tedavisinde-rahim-nakli/>, (Erişim: 10.11.2022).

* Preeclampsia, also known as pregnancy poisoning, is a condition in which pregnancy progresses abnormally. Hypertension, protein in the urine, and oedema (swelling in the body) that develops from the second half of pregnancy are called preeclampsia.

* FDA: United States Food and Drug Administration.

¹⁵ YORK, Jackie R/TESTA, Giuliano/GUNBY, Robert T/PUTMAN, J. Michael/MCKENNA, Gregory J./KOON, Eric/ BAYER, Johanna/ ZHANG, Lilly/GREGG, AR, JOHANNESON, Liza: "Neonatal Outcomes after Uterus Transplantation: Dallas Uterus Transplant Study", *American Journal of Perinatology*, 2021, DOI:10.1055/s-0041-1727212 (Erişim: 10.01.2022); WALL/TESTA/AXELROD/JOHANNESON, p.581–585; ALJERIAN, p.1049–1060; GRACA/JOHANNESON/TESTA/WALL, p.664-668; KOYUN, p.121.

¹⁶ The first 12 babies born after uterine transplantation at a center in the USA (Baylor University Medical Center, Dallas) are described in detail. According to the data collected over three years (September 2016-August 2019), the study shows that preterm birth mostly had respiratory-related complications in the infant. On the other hand, it was observed that all babies grew properly in the womb during the gestation period and there were no adverse effects of immunosuppressive drugs. A concern after pregnancy

the fact that the child in question would not have existed if a different path had been followed is an issue that should be considered when weighing the balance of benefit and harm to the unborn child.

Uterine transplants from both living and brain-dead donors can result in a live birth. Although the majority of uterine transplants resulting in a live birth have been obtained from a living donor rather than a brain-dead donor, there is insufficient data to make definitive comparisons between living and deceased donors¹⁷. The ethical issue, which is also of primary concern for living donors, is not to harm these women for undergoing uterine removal surgery for a purpose unrelated to their physical health. Therefore, the risk they take is completely unnecessary for them.

On the other hand, uterine transplantation from a living donor; benefits include closer tissue matching where relatives are used, higher organ quality due to significantly reduced hot and cold ischemia times, and reduced waiting times due to dead donor organ shortages. While maximizing success rates and practical benefits lead to a preference for living donors, the principles of donor well-being and autonomy work against living donors¹⁸.

These risks are likely to decrease over time through surgical techniques and post-operative care improvement. Ongoing research into the use of robotic-assisted surgery to reduce the operative time for donors and recipients is also directed toward this goal¹⁹.

Since the removal of the uterus from a living donor is ethically controversial for the reasons mentioned above, the option of another living donor group is discussed as a solution. This group of candidates is female-to-male (FtM) transgender individuals who have voluntarily undergone hysterectomy. In a study of female-to-male transitions, participants were interviewed about their attitudes toward uterus donation. Of the 31 participants, 96.7% had favorable attitudes at the beginning, but this rate decreased slightly after learning detailed procedural information about the operation, and 84% remained willing to volunteer for uterus donation. Since a hysterectomy to obtain a uterus is more complex than a hysterectomy performed as part of sex reassignment surgery, this explanation will need to be carefully made during the informed consent process²⁰.

B. Autonomy

Uterine transplantation is a medical treatment that expands reproductive options for women with reproductive dysfunction to form and complete their families according to their values and preferences. The ability to shape one's life according to own values is a central aspect of self-determination and thus of the principle of autonomy. From this perspective alone, however, we may miss some difficult issues about how best to respect and promote autonomy in the context of uterine transplantation. Pressure from family members to continue the process to the recipient and donor runs the risk of making consent purely voluntary. These are related to socially repressive norms and stereotypes about reproduction and can exert pressure on the decisions of both donors and especially recipient women in the process of uterine transplantation. Many feminists recognize pronatalism as an oppressive social force²¹. "Pronatalist" norms are those that portray childbearing and childrearing as always central and even a necessary element of life. Related "essentialist" norms are those that link being a "real" woman to childbearing and motherhood. Ultimately, it is genetic norms that define genetic offspring as 'ideal' and favor genetically linked families to socially constructed families. Whether these pervasive social pressures pose a real option for realizing the autonomy of uterine

and the birth of a uterus-transplanted woman with immunosuppressive medication is the transmission of immunosuppression in breast milk prenatally (via the placenta) and/or postnatally. Most of the mothers in the study continued on tacrolimus, an immunosuppressant drug, after delivery, and although all infants were breastfed from birth, tacrolimus levels decreased in all infants from birth and reached sub therapeutic levels with DOL 5. Besides that, blood urea nitrogen and creatinine levels were tested in five infants and no renal dysfunction was found. YORK/TESTA/GUNBY/PUTMAN/MCKENNA/KOON/BAYER/ZHANG/GREGG/JOHANNESSON DOI:10.1055/S-0041-1727212 (Erişim 10.01.2022).

¹⁷ GRACA/JOHANNESSON/TESTA/WALL, p.664-668.

¹⁸ O'DONOVAN, Laura/WILLIAMS, Nicola Jane/WILKINSON, Stephen: "Ethical and policy issues raised by uterus transplants", *British Medical Bulletin*, (131), 2019, p. 22; KOPLIN/KENDAL, p.78-83.

¹⁹ CHMEL, Roman Jr/PASTOR, Zlatko/NOVACKOVA, Marta/CHMEL, Roman: 'Robot-assisted donor hysterectomy in uterus transplantation — a modality to increase reproducibility', 92(7), 2021, *Ginekologia Polska*, p.528, 528-531; GRACA/JOHANNESSON/TESTA/WALL, p.664-668.

²⁰ APİ, Murat/BOZA, Ayşen/CEYHAN, Mehmet: "Could the female-to-male transgender population be donor candidates for uterus transplantation?", *Türk J Obstet Gynecol*, 14(4), 2017, p.233-237; JAHROMÍ, Alireza Hamidian/HOREN, Sydney R/DORAFSHAR, Amir H/SEU, Michelle L/RADİX, Asa/ANDERSON, Erica/JAMİSON, Green/FRASER, Lin/JOHANNESSON, Liza/TESTA, G & SCHECHTER, S.M/SCHECHTER, Lore: "Uterine transplantation and donation in transgender individuals; proof of concept", *International Journal of Transgender Health*, 22(4), 2021, p.349-352.

²¹ Criticisms of uterus transplant are "to what extent it serves to reinforce societal prejudices about reproduction, whether it exacerbates the harm caused by infertility, and whether alternative options, particularly adoption, make it less desirable." O'DONOVAN/WILLIAMS/WILKINSON, p.23; KOPLIN/KENDAL, p.78-83.

In a qualitative study on uterine transplantation, face-to-face interviews were conducted with the recipients of the donation from relative donors. The material analyzed in this article reports interviews with 10 women aged 26-37 years who discovered in adolescents that they had no uterus. The results of this research on the relational complexities and possibilities of organ donation from relatives suggest that there is a risk of pressure and emotional burden on both the uterine donor and recipient. There are also previous studies in which parents described donating a kidney to their children as 'natural'. In this context, it is not surprising that the interviewees openly expressed their wishes for their mothers to be voluntary uterus donors for them. However, expectations of what a mother should be willing to 'do' for her child and the relational dilemmas that can arise when such expectations are not met are also reflected in this research. GUNTRAM, Lisa: "May I have your uterus? The contribution of considering complexities preceding live uterus transplantation", *Med Humanit*, 2021, p.1-13. DOI:10.1136/medhum-2020-011864.

transplant donors and recipients and, if so, how best to address this challenge, remains an important and under-researched ethical question²².

In addition to the principle of autonomy and connected with the principle of justice, the continuation of this question is about whether the uterus transplant should be financed by the public. State-approved and state-funded practices that aim to fulfil reproductive choices supported by the social norms that place the highest value on biological and genetic reproduction may lend legitimacy to these norms and thus - knowingly or unknowingly - contribute to their reinforcement. If skin-whitening treatments can prevent the harms of racism from being experienced, should we provide publicly funded skin-whitening treatments until such a time when white privilege no longer exists in cultures alongside educational strategies aimed at undermining racial norms against people of color? Such treatments may not only fruitful help to eliminate problematic norms but may also play a role in undermining elimination by legitimizing and reinforcing them. Here's to apply this hypothetical example by analogy: if public funding of these treatments potentially reinforces rather than counteract the social norms that make biological infertility painful and stigmatized, it is far from clear that such funding would benefit infertile women. Even if a uterine transplant is considered to meet a medical need for some women; this need does not support prioritizing other medical needs that we must meet in the context of limited medical resources²³. What exactly is the importance of fulfilling the desire to have a genetically related child through pregnancy, and to what extent do we have a responsibility as a society to support the fulfilment of this desire? Is it necessary to financially support all breeding projects regardless of risk, cost, and, the chance of success?

Leaving these fundamental questions aside; public funding is unlikely to guarantee coverage at this stage, as a uterus transplant is currently not the standard treatment and is a costly undertaking. However, this may change as uterine transplants become more common and more live births occur.

C. A Small Contribution to the Living-Dead Donor Debate through Ethical Theories

It is argued that while utilitarianism favors uterine transplants from living and deceased donors, Kantian ethics is at least against uterine transplants from living donors. Taking the principle of benefit or the greatest happiness as the basis of ethics, utilitarianism accepts actions right that increases the happiness or pleasure or well-being of the maximum number of people by the principle of maximizing; otherwise, they are wrong when they tend to produce the opposite. Utilitarianism would mainly favor uterus transplants from both living and dead donors. This is because the principle of respect for the autonomy of both donor and the recipient would be fulfilled and the total happiness would increase compared to before the uterus transplant. The expansion of the recipient's family with the baby and the birth of a baby who has otherwise no chance to be born are positive factors that can be written in favor of profit in the profit and loss account. When the health risk to the uterus donor is bearable in proportion to the benefit, the act of donation can be justified with a pragmatic approach. From a pragmatic ethical point of view, uterus transplantation also benefits the woman culturally, since not only medical benefits but also other social benefits are to be considered. In this way, the woman's social status is raised; and her role as a mother is enhanced. The realization of reproductive rights through uterus transplantation is a state of complete well-being in utilitarian philosophy²⁴.

However, this ethical theory which evaluates actions according to their consequences; would support donation from a living donor, based on empirical data on more successful outcomes of transplants from living donors and its increasing access to the organ. According to Locke's theory of natural rights individuals "have the right, under the law of nature, to regulate their actions and dispose of their property and lives as they see fit, without asking permission or being subject to the will of others." Locke claims that everyone has the freedom to do what he or she wants as long as it does not violate the freedom of others. While traditional Lockean theory acknowledges that the individual "does not have the liberty of self-destruction", contemporary Lockean interpretations argue that individuals can renounce their right to life by disposing of it²⁵.

Against that uterine transplantation with living donors would violate Kant's categorical imperative. According to Kant's categorical imperative, which states 'Always treat humanity, whether in your person or the person of another, in such a way as to treat it as an end, never merely as a means, living donors are only a means to the recipient's restored ability to conceive. The removal of the uterus after live birth illustrates how the living donor is purely an instrument in practice. The living person who donates an organ temporarily, not for the survival of the recipient; serves as a tool for the recipient's ability to experience pregnancy. The failure to treat living donors as an end in themselves indicates that uterus transplants with living donors are morally unacceptable. In terms of Kant's ethics, the maxim that guides the action of the living donor cannot become a universal moral law that everyone can expect to follow without contradicting themselves. That is, it is difficult to speak of a general maxim of action that everyone can be expected to be a donor of the uterus even if they recognize themselves as a living donor. Also in the context of the principle of autonomy, the

²² LOTZ, Mianna: "Public Funding of Uterus Transplantation: Deepening the Socio-moral Critique", *Bioethics*, 35(7), 2021, p.664-666; O'DONOVAN/WILLIAMS/WILKINSON, p.21.

²³ LOTZ, p.668.

²⁴ DOĞAN, Cahid: "Rahim (Uteris) Nakli: Hukuki Görünümler ve Etik Gerçekler", in Doğan, Murat/Doğan, Cahid (ed.), *Organ ve Doku Naklinde Hukuki ve Cezai Sorunlar Paneli, Adalet Yayinevi, Ankara, 2020*, p.61-62.

²⁵ BUİ, Lilian: "(Uterus) Wanted: Dead or Alive Ethical Organ Procurement from Living and Deceased Donors for Uterine Transplantation", *Veritas: Villanova Research Journal*, (2), 2020, p.45-46.

fact that the living donor should not act on emotions to be recognized as autonomous seems to be a difficult factor to actualize in uterus transplants.

Thomas Aquinas' view of natural law derives from the principle that "goods must be done and evil must be avoided" and the principle of double effect is used to balance benefit and harm. An action that has both good and bad effects is morally permissible if and only if the following conditions are fulfilled:

- (1) The action itself is not morally wrong and in itself does not violate any moral norms and ultimately the principles of beneficence and non-maleficence;
- (2) The good effect intended by the perpetrator(s) is not achieved by the bad effect;
- (3) The bad effect is not intended by the perpetrator, but is only foreseen and tolerated;
- (4) There is proportionality between the good and bad effects. If the good effect is minimal and the bad effect is significant, the action will be wrong because there is no proportionality. Also, if there is an alternative course of action that does not cause bad effects, that course should be pursued.

The principle of double effects states that a morally neutral action with both good and bad effects is permissible if the bad effect is not necessary or intended and the good effect outweighs the bad effect. Uterine transplantation does not necessarily violate the principles of beneficence or non-maleficence per se. In the case of uterus transplantation by living donors, the good effect is that the recipient is given the ability to experience pregnancy, and the bad effect is that it harms the living donor. Considering the latter condition, the good effect is achieved through the bad effect if unnecessary invasive surgery and hours of anesthesia are seen as harmful, and both need to obtain a uterus from a currently living donor. Regarding the third condition, although adverse effects are anticipated, harm to the living donor to obtain the uterus is not intended. Finally, the fourth proportionality condition is violated in living donor uterus transplantation. The potential harm to the living donor is not equal to the potential benefit to the recipient(s). In organ transplants from a living person, the greater benefit of saving the recipient's life outweighs the harm to the donor. However, a uterus transplant is not a life-saving treatment and may not balance worth the risk. An alternative course of action is to remove the uterus from a dead donor to avoid harming the living donor. As can be seen, uterus transplantation through living donors fulfils the first and third conditions; but violates the second and fourth conditions. According to the principle of double effect, it is morally unacceptable to donate with living donors, and therefore it is appropriate to prefer dead donors for organ harvesting. However, in this interpretation, the inference that uterine transplantation violates the second and fourth principles is also open to discussion²⁶.

III. LEGAL DIMENSION

In addition to being an assisted reproductive treatment, uterus transplantation is an organ transplant, but not a transplantation of life-threatening internal solid organs. Article 4/1/ğ of the Regulation on Organ and Tissue Transplant Services defines organ and tissue transplantation as a method "applied in the treatment of terminal diseases". Compared to solid organ transplants, uterine transplant is neither life-saving nor increases survival time, besides that recipients of uterus transplants cannot be considered terminally ill. Uterine transplants are not life-saving, but life-enhancing transplants. In this context, uterus transplantation is accepted as a type of composite tissue transplantation within the scope of organ transplants under article 5/1/f of the Regulation on Organ and Tissue Transplant Services²⁷. Uterus deficiency is not a disease, but a reproductive organ deprivation subjected to the psychological pressure of the social environment. While the social stigmatization of women who do not have a uterus and thus lack reproductive capacity in society can cause socio-psychological trauma, just like face transplantation, there are socio-psychological indications for uterine transplantation as well (albeit the counter-criticism mentioned above under the principle of autonomy). Therefore, uterine transplantation is classified as a temporary composite organ transplant that improves the quality of life and provides life motivation by gaining reproductive ability²⁸.

Transplantation of composite tissues is regulated separately from other solid organ transplants by the Composite Tissue Transplant Centers Directive published in 2011. According to the Directive, composite transplant centers are to be established in hospitals belonging to the Ministry of Health, university hospitals, and private hospitals, or as a separate unit within a licensed organ transplant center, if any. It is mandatory to obtain a license and an operating permit from the Ministry for the center to start operations. According to the Directive on Composite Tissue Transplant Centers, two committees have been established to regulate composite transplants. The first of these committees, the Composite Tissue Transplant Council, which must be established in the hospital where each composite tissue transplant center is located; has the main task of evaluating the compliance of transplants with the list of indications. Thus, in composite transplants, unlike other medical interventions, the indication decision, which is essentially a matter to be determined by the physician, is given to the council. Furthermore, if this council deems it ethically appropriate, organ transfer

²⁶ BUİ, p.46-47.

²⁷ BADUR, Emel: "Organ veya Doku Verme Borcu Altına Giren Kişinin Cayması", Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(1), 2020, p.283; DOĞAN, p.58-59.

Composite tissue refers to a structure consisting of different, multiple tissues and organ parts that do not have a homogeneous structure. Tissues such as the face, hands, feet, uterus, intestines, and abdominal wall are examples of composite tissues. For example, we have different types of tissue in our hands, such as skin, muscle, bone, nerve, and all of them are contained within the composite tissue. BİLGİN, Ömer Fazıl: "Kompozit Doku Nakli" in Doğan, Murat/Doğan, Cahid (ed.), Organ ve Doku Naklinde Hukuki ve Cezai Sorunlar Paneli, Adalet Yayinevi, Ankara, 2020, p.85-90.

²⁸ DOĞAN, p.60.

can be performed. Council decisions are evaluated by the Composite Tissue Transplantation Scientific Advisory Commission established in the Ministry of Health²⁹.

However, uterus transplantation is also different from composite tissue transplantation. Composite tissue transplants; (arms, legs, hands, feet, face and scalp, upper respiratory and digestive tracts, etc.) are not structures that can be taken from a living person and transferred to the patient due to their nature. These tissues are taken from brain death patients and cadavers, provided that they are donated. On the other hand, uterus transplants differ from other composite tissue transplants because the uterus can be taken from both living and dead donors. Unlike composite tissue transplants such as face or limb, there is no physical deformity in uterus removal, which involves the same laparotomy incision as for the removal of other solid organs. So, the uterus is more similar to conventional solid organ transplants. In these respects, leaving the umbrella of vascular composite transplantation, having policies and regulations specific to uterine transplants may come to the fore in the future³⁰.

In the Turkish legal system, the definition of "donor" made in article 3/1/c of the Composite Tissue Transplant Centers Directive, is argued that living persons cannot be obliged to donate composite tissue. According to the Directive:

“donor is whose brain death has been determined by the competent committee, or a cadaver within the first 3 hours after a doctor's determination that the heartbeat has stopped and is considered dead”.

In this case, it can be concluded that uterus transplantation can only be performed from a dead donor, as it is within the scope of composite tissue in terms of Turkish legal regulation. However, by the hierarchy of norms, although the regulation was made by a directive, when the provisions of the Convention on Human Rights and Biomedicine and the Law on the Retrieval, Storage, Vaccination, and Transplantation of Organs and Tissues are analyzed together, it is argued that there is no regulation prohibiting a living donor from donation composite tissue³¹. Both practices in Turkey have been carried out by donation of uterus transplantation from the deceased. Even this legal uncertainty points out that uterus transplants should be handled under a separate arrangement from the umbrella of composite tissue transplantation. Also, it should be noted that uterine transplants are not mentioned in the Composite Tissue Transplantation Directive among the medical indications for such transplants. Namely;

Composite Tissue Transplantation Directive article 10:

“The Center performs at least one of the following types of transplantation, provided that it is included in the activity authorization license. Types of transplantation that can be included in the license of authorization; a) Extremity transplantation, (arm, leg, hand, foot) b) Face and scalp transplantation, c) Upper respiratory-upper digestive tract transplantation, ç) Intestine transplantation.”

If it is accepted that the composite tissues that can be transplanted are counted with a limited number (namely as numerous clauses); it can even be claimed that uterus transplantations do not have a legal basis since uterus transplants are not mentioned.

A. Uterine Transplantation from a Living Donor

According to Law No. 2238 on Removal, Storage, Vaccination, and Transplantation of Organs and Tissues, the living donor and the recipient must meet certain legal conditions for uterus transplantation. Organs and tissues can only be harvested from a living donor for the superior purpose as to heal another person. The legitimate reason for harvesting organs and tissues from a living donor is the supreme aim of saving the life of another person. As stated in articles 3 and 4 of the ODASNHK, the procurement of organs and tissues cannot be carried out for price or profit, or advertising purposes. One of the conditions for obtaining organs and tissues from a living donor is harmlessness and suitability. Organ or tissue donation must not cause excessive harm to the donor and must not pose a great danger. In terms of suitability, there must be tissue and blood compatibility between the donor and the recipient, and article 9 of ODASNHK stipulates that the necessary tests to determine this must be carried out before transplantation. Another necessary condition for organ and tissue transplantation from a living being is the presence of consent. Legally valid consent must be given freely, unaffected, and consciously by the person authorized to give consent. As can be understood from the provision of the Law, the persons who can give consent are those who are over 18 years of age and have the discernment capacity. In this case, minors and mentally ill persons cannot be uterus donors and their legal representatives can't give consent on their behalf. As a matter of fact, according to article 5 of the Law, It is forbidden to take organs and tissues from persons who have not completed the age of eighteen and are deprived of discernment. How consent should be expressed is regulated in article 6 of ODASNHK. According to Article 6; to be harvested organs and tissues from a person who has completed the age of eighteen and has discernment capacity, the donor's written and signed

²⁹ The commission assesses the cases when applied to the ministry for the recipient who is under age and other cases where it is not possible to decide according to the list of indications. ÖZÇETİN, Arzu Batur: “Kompozit Doku Naklini (Yüz, Kol, Bacak) Ülkemizdeki Uygulaması ve Yasal Durumlar” in Cahid Doğan and Pınar Aksoy Gülaslan (ed), V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayını, Ankara, 2014, s.149,151-152; ZİROĞLU, Şefik: “Türkiye’de Organ Ve Doku Naklinde Yasal Çerçeve Ve Etik Tartışmalar”, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, YL Tezi, İstanbul 2019, p.22-26; BİLGİN, p.85-90.

³⁰ VALİ/JONES/SASO/FERTLEMAN/TESTA/JOHANESSON/ALGHRANI/SMITH, p.4-5; POLK, Heather/JOHANESSON, Liza/TESTA, Giuliano/WALL, Anjie E.: “The Future of Uterus Transplantation: Cost, Regulations and Outcomes”, Clinical Obstetrics and Gynecology, 65(1), March 2022, p.104.

³¹ BADUR, p.284.

statement must be given clearly, consciously, and unaffected in the presence of at least two witnesses. Or verbal statement, in front of at least two witnesses, must be approved by a physician³².

Life-threatening organ and tissue donations are not legally possible. The uterine donation represents the act of removing a part of a woman's body in to gain an advantage ver another woman. For such an act to be considered legal, it must not jeopardize the physical and functional integrity of the female donor. Based on such a principle, it seems ethically and legally more appropriate to recognize menopausal women as uterus donors who are no longer reproducing, and therefore their physical integrity would not be affected by the loss of their uterus. However, donor choices may also be made from women who have not lost their ability to give birth, but are close to menopause and have children, and who think that they have completed their family. In such a case, the donor still has the opportunity to have children in the future while donating her uterus for transplant. In such a case as well, a uterine transplant may be considered legal³³.

Legal regulation on sterilization may come to mind in this context. Sterilization refers to a surgical intervention to prevent the ability to conceive and give birth without affecting the sexual ability of individuals. Consensual termination of one's reproductive ability through sterilization is a permissible act in our legal system. Reproductive freedom including having or not having children equally has brought with it the permission to perform some procedures such as sterilization that prevents reproductive activity³⁴. The donor woman who donates her uterus is not sterilized, nevertheless, she is not able to have children in her own body, and since surrogacy is also prohibited in our law, she loses her ability to have children. Although sterilization is a permanent method of birth control, it is not irreversible. A hysterectomy, on the other hand, is to terminate the ability to reproduce irreversibly and, unlike sterilization, is the removal of an organ from the body in such a way that it ceases to function. Despite such differences, I think that there is no legal obstacle for a woman to give up her reproductive ability (whether she has a child or not) and her uterus even if there is no medical necessity. Because in our legal system, sterilization is allowed with the consent of the person under certain conditions³⁵.

In organ transplants, if the donor is married, the consent of her/his spouse is not required, but she/he must be informed. The physician also has to find out whether the spouse of the married donor is aware of the situation and record what she/he has learned. Thus, if the donor is still of reproductive age, the consent of the spouse will also be obtained when the removal of the uterus is considered sterilization, but not obtaining it will not constitute a crime³⁶.

B. Uterine Transplant from a Dead Donor

There is no risk of physical harm to the donor in the possibility of a uterus transplant from a dead donor. However, depending on the order of organ harvesting, the risk of harming potential recipients of life-saving organs from the same donor comes into question. To avoid this risk, it is recommended to remove all vital organs first³⁷, but also this time difficulties arise in terms of obtaining uterine grafts³⁸. For this reason, some transplant centers follow an alternative protocol, which involves removing the uterus first, but stopping the procedure to save vital organs if hemodynamic instability develops, that is, if blood flow is impaired³⁹.

A second issue raised for dead donors is about the reflection of the donation will. In order to be able to transplant organs and tissues from the dead, it is necessary to determine that the person whose organs and

³² The last requirement for organ and tissue transplantation from living donors is the obligation to provide proper information to donors and research. The donor must be informed before organ and tissue harvesting. The regulation on this matter is contained in article 7 of ODASNHK. In this context, the donor must be informed by the physician about the risks of organ and tissue transplantation, its benefits for the recipient, and its medical, psychological, familial, and social consequences. Although its scope is narrower, the recipient must also be informed about the transplantation. However, according to the same regulation, the physician is obliged to refuse the harvesting of organs and tissues from those who do not have the mental capacity to make a decision and those who aim to provide financial profit and other benefits.

³³ ZAAMI, Simona/MARINELLI, Susanna/DI LUCA, Natale Mario/VERGALLO, Montanari: "Ethical and medico-legal remarks on uterus transplantation: may it solve uterine factor infertility?", *European Review for Medical and Pharmacological Sciences*, (21), 2017, p.5290-5296.

³⁴ ERBAŞ, Rahime: "Türk Ceza Hukuku Açısından Kısırlaştırma (TCK Md. 101)", *İÜHFM*, LXXIII(1), 2015, p.91-92.

³⁵ Article 101 (1) Any person who sterilizes a man or woman, without their consent, shall be sentenced to a penalty of imprisonment for a term of three to six years. If the act is performed by a person who is unauthorized to sterilize, then the penalty shall be increased by one-third.

(2) Where the sterilization is performed by an unauthorized person, even with the person's consent, a penalty of imprisonment for a term of one to three years shall be imposed.

DOĞAN, p.75-76.

³⁶ Because what constitutes injustice in the offense of sterilization (in terms of the first paragraph of Article 101) is the lack of consent of the person to whom the sterilization procedure was performed. In the doctrine, it is pointed out that consent is strictly dependent on the individual about this type of offense. So, the consent of the spouse should not be included in the TPC and should not be sought. However, there are also opposing views on the doctrine. For these comments, see ERBAŞ, p.116-117.

³⁷ "Removal of the uterus, which is a non-vital organ, should be left until after the removal of the vital organs. Removal of organs to improve quality of life should not affect the removal of organs for life-saving transplants, given the seriousness and urgency of transplants. For this reason, the removal of the uterus should only be done after the removal of vital organs. BRUNO, Bethany/ARORA, Kavita Shah: "Uterus Transplantation: The Ethics of Using Deceased Versus Living Donors", *The American Journal of Bioethics*, 18(7), 2018, p.6, 8.

³⁸ In this case, since the removal of the uterus will be delayed, various complications may develop for the uterus recipient and may cause unsuccessful pregnancy results. KIRCA/ÖNGEN, p.15.

³⁹ DA GRACA/JOHANNESSON/TESTA/WALL, p.664-668.

Referring to the opinion that vital organs will not be damaged if the uterus is removed by an experienced team, see. KIRCA/ÖNGEN, p.15.

tissues are to be taken is dead. Brain death is defined in Annex-1 of the Regulation on Organ and Tissue/Graft Transplantation Services, and its criteria and detection process, are regulated in detail under the title of prerequisites, clinical findings, and continuity of findings. Organ and tissue harvesting from the dead; is regulated in article 14 of Law No. 2238 on Harvesting, Storage, Grafting, and Transplantation of Organs and Tissues. According to this provision, a woman can donate her uterus while she is alive, but if she did not make such a donation while alive, her uterus can be donated by her relatives after her death. If she has prohibited the removal of the organs or tissues after death, her relatives cannot give her uterus to anyone⁴⁰. However, the donor is expected to also mention the uterus separately as one of the organs to be donated when signing the organ donation consent form or discussing organ donation with family members in general. Several jurisdictions require separate special authorization for uterine donation (or any other vascular composite allograft). This is because, to collect composite tissue, the donation of composite tissues must be stated in a separate article on the donation form signed by the potential donor while she/he was alive or signed by the relatives authorized to donate after the death of the donor. In fact, in Turkish law, Article 28/1 of the Directive on Composite Tissue Transplantation Centers stipulates that to obtain composite tissue from a cadaver, the will of donation must be stated as a separate article in the donation form⁴¹.

Furthermore, because of the distinction between traditional solid organs and composite tissues, informed consent for composite tissue donation from the deceased should be obtained differently from routine consent for solid organ donation. There is some additional information about uterine transplantation that should be disclosed to the families of dead donors. For example, if the donor's uterus is used, it is important to inform the family that none of the donor's genetic information would be transferred to the baby. In addition, the donor family must be informed that they have no legal rights or obligations to the baby born⁴².

Article 14/4 of Law No. 2238 stipulates that a person's organ/tissue whose life has ended as a result of an accident or natural disaster can transplant immediately without the will or consent of the donor or donor's relatives, to another person whose lives are dependent on organ and tissue transplantation. Here, since the uterus is not a life-saving organ, it is not possible to perform a uterus transplant based on art.14 f.4⁴³.

C. Informed Consent Issues

One of the legal issues that may come to the fore within the framework of autonomy may be the possible possession of the transplanted uterus. Essentially, this procedure is intended to be a temporary transplant that will result in the removal of the transplanted uterus after the baby is born⁴⁴. In this regard, the recipient is informed and clarified. However, even with initial consent being given, a symbolic value may be attached to this organ later, and problems may arise if a woman refuses to consent to the removal of the organ after transplantation. For example:

- Let's say R has a uterus transplant then gives birth to two children and completes her family. However, she doesn't want it to be removed as the uterus has strengthened her maternal identity and now makes her feel complete. She understands the risks of long-term use of anti-rejection drugs and is prepared to assume these risks. She refuses to consent to a hysterectomy.
- In the second possibility, R, who was unable to conceive successfully after the transplant, refuses the medical team's recommendation to remove the uterus after four unsuccessful abortions.
- In the sixth month of pregnancy, R's body begins to reject the transplanted uterus. The continuation of pregnancy is a threat to her life and the fetus. R is aware that if a cesarean section is performed when the baby is at the limit of viability, the baby will not survive and there is a high chance of disability. She refuses to consent to a cesarean section until she is at least 8 months pregnant when her baby has a better chance of survival.

In all the above hypothetical scenarios, assuming the recipient is a capable adult patient; legally the recipient has the right to refuse the hysterectomy⁴⁵. The recipient can also choose to retain the uterus because they want a second and subsequent pregnancy after the first pregnancy. Therefore, the recipient, who assumes the risks, will make the final decision on the subject of immunosuppressive drugs, if adequate

⁴⁰ DOĞAN, p.74.

Article 14 – If a person has not stated in his/her official or written will that he/she left his/her whole body or organs and tissues for treatment, diagnosis, and scientific purposes; or has not expressed his/her will on this matter in the presence of two witnesses; his/her spouse, adult children, mother or father, who were with him at the time of death, respectively one of his/her brothers; if these are not available, organs or tissues can be taken from the dead with the consent of any of their relatives. Organs and tissues cannot be removed if the deceased person has expressed his/her objection to the removal of organs or tissues after his/her death.

⁴¹ While people prefer to donate their vital organs, they may not want to donate their uterus. BATUR OZCETİN, p.153; GRACA/JOHANNESON/TESTA/WALL, p.664-668; KIRCA, ÖNGEN, p.15.

⁴² POLK/JOHANNESON/TESTA/WALL, p.104.

⁴³ DOĞAN, p.74.

⁴⁴ The uterus, which is the first example of a temporary transplant in the world, completes its task after one or two live births, so it is no longer needed and is removed. Although empirical data are lacking on the possibility of transplanting the removed uterus to another recipient and on the carrying capacity of further pregnancy, the chain of transplantation and pregnancy does not seem to work in practice. However, given its temporary therapeutic purpose, questions arise about whether the uterus is analogous to an implantable medical device, theoretically after removal, whether the disposed of uterus belongs to the surgical team, or the first donor or first recipient. VALÍ/JONES/SASO/FERTLEMAN/TESTA/JOHANNESON/ALGHRANÍ/SMÍTH, p.3-4.

⁴⁵ VALÍ/JONES/SASO/FERTLEMAN/TESTA/JOHANNESON/ALGHRANÍ/SMÍTH, p.4.

information has been provided. For this reason, it would not be correct to include directives in the consent form that will bind the receiver in this regard.

However, the decision of a second pregnancy may result in a conflict of interest between the medical team and the recipient. While the recipient's desire for a second pregnancy should play an important role in the decision, the medical team must ensure that the benefits and the likelihood of success of a second pregnancy do outweigh the risks to the mother or fetus and that psychological input is required. A recipient-centered approach is recommended for the decision to pursue a second pregnancy after a uterus transplant, taking into account the risks of a second pregnancy due to maternal and obstetric complications during pregnancy⁴⁶.

IV. CONCLUSION

Future research projects in uterine transplants have focused on creating a biologically engineered uterus. These projects aim to overcome the ethical problems caused by transplantation from a living donor, the shortage of needed organs and to prevent the recipient's immune response against the transplanted uterus. The uterus, which will be constructed biotechnologically, would be formed from the recipient's stem cell, which eliminates the problem of the recipient's immune system responding and the recipient's exposure to immunosuppressive drugs. Thus, uterus transplantation would be unnecessary for the treatment of uterine factor infertility and leave its place to other ethical and legal debates.

BIBLIOGRAPHY

- ALJERİAN, Khaldoun: "Uterine Transplant: An Ethical Framework Analysis from A Middle Eastern Perspective", *Current Medical Research and Opinion*, 37(6), 2021, p.1049-1060.
- APİ, Murat/BOZA, Ayşen/CEYHAN, Mehmet: "Could the female-to-male transgender population be donor candidates for uterus transplantation?", *Türk J Obstet Gynecol*, 14(4), 2017, p.233-237.
- BADUR, Emel: "Organ veya Doku Verme Borcu Altına Giren Kişinin Cayması", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(1), 2020, p.275-312.
- BİLGİN, Ömer Fazıl: "Kompozit Doku Nakli" in Murat Doğan ve Cahid Doğan (ed), *Organ ve Doku Naklinde Hukuki ve Cezai Sorunlar Paneli, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, p.85-90.*
- BRUNO, Bethany/ARORA, Kavita Shah: "Uterus Transplantation: The Ethics of Using Deceased Versus Living Donors", *The American Journal of Bioethics*, 18(7), 2018, p.6-15.
- BUI, Lilian: "(Uterus) Wanted: Dead or Alive Ethical Organ Procurement from Living and Deceased Donors for Uterine Transplantation", *Veritas: Villanova Research Journal*, (2), 2020, p.43-49.
- CHMEL, Roman Jr/PASTOR, Zlatko/NOVACKOVA, Marta/CHMEL, Roman: "Robot-assisted donor hysterectomy in uterus transplantation — a modality to increase reproducibility", *Ginekologia Polska*, 92(7), 2021, p.528-531.
- DİCKENS, Bernard M: "Legal and ethical issues of uterus transplantation", *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, (133), 2016, p.125-128.
- DOĞAN, Cahid: "Rahim (Uteris) Nakli: Hukuki Görünümler ve Etik Gerçekler", in Doğan, Murat/Doğan, Cahid (ed.), *Organ ve Doku Naklinde Hukuki ve Cezai Sorunlar Paneli, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, p.61-62.*
- ERBAŞ, Rahime: "Türk Ceza Hukuku Açısından Kısırlaştırma (TCK Md. 101)", *İÜHFM, LXXIII(1)*, 2015, p.91-128.
- GARBÜZOVA, Elizaveta: "Addressing Infertility with Uterine Transplant: An Ethical Analysis of Three Categories of Donors", *Voices in Bioethics*, (7), 2021, p.1-5.
- GRACA, Briget da/JOHANNESSON, Liza/TESTA, Giuliano/WALL, Anji: "Uterus transplantation: ethical considerations", *Current Opinion in Organ Transplantation*, 26(6), 2021, p.664-668.
- GUNTRAM, Lisa: "May I have your uterus? The contribution of considering complexities preceding live uterus transplantation", *Med Humanit*, 2021, p.1-13. DOI:10.1136/medhum-2020-011864.
- JAHROMİ, Alireza Hamidian/HOREN, Sydney R, DORAFSHAR, Amir H/SEU, Michelle L/RADİX, Asa/ANDERSON, Erica/JAMİSON, Green/FRASER, Lin/JOHANNESSON, Liza/TESTA, G & SCHECHTER, S. M/SCHECHTER, Lore: "Uterine transplantation and donation in transgender individuals; proof of concept", *International Journal of Transgender Health*, 22(4), 2021, p.349-359.
- JOHANNESSON, Liza/WALL, Anji/WARREN, A.M/GREGG, A.R/TESTA, Giuliano: "Decisions on second pregnancy after uterus transplantation and timing for removal of the uterus—DUETS (Dallas UtErus Transplant Study)", *BJOG*, (128), 2021, p.1610-1614.
- KIRCA, Nuran/ÖNGEN, Meryem: "İnfertilite Tedavilerinde Etik Sorunlar", *Türkiye Biyoetik Dergisi*, 7(1), 2020, p.12-20.
- KOPLİN, Julian/KENDAL, Evie: "Ethical issues in uterine transplantation", *Korean J Transplant*, (34), 2020, p.78-83.
- KOYUN, Ayşe: "Uterus Naklinde Etik: Değerler ve İlkeler", *Türkiye Klinikleri J Med Ethics*, 25(3), 2017, p.116-123.
- LOTZ, Mianna: "Public Funding of Uterus Transplantation: Deepening the Socio-moral Critique", *Bioethics*, (35), 2021, p.664-671.
- O'DONOVAN, Laura/WILLİAMS, Nicola Jane/WILKİNSON, Stephen: "Ethical and policy issues raised by uterus transplants", *British Medical Bulletin*, (131), 2019, p.19-28.
- ÖZÇETİN, Arzu Batur: "Kompozit Doku Naklinin (Yüz, Kol, Bacak) Ülkemizdeki Uygulanması ve Yasal Durumlar", in Cahid Doğan and Pınar Aksoy Gülaslan (ed), *V.Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayını, Ankara, 2014, p.147-155.*
- ÖZTÜRK, Ruşen/SEVİL, Ümran: "Uterus Transplantasyonu ve Etik", *Gümüşhane Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi*, 2(4), 2013, p.535-546.
- PAÇACI, İbrahim: "İslâm Hukukunda Kadın İç Üreme Organları Naklinin Hükümü", *Aksaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2(2), 2018, s.20-46.

⁴⁶ JOHANNESSON Liza/WALL, Anji/WARREN, A. M/GREGG, A.R/TESTA, Giuliano: "Decisions on second pregnancy after uterus transplantation and timing for removal of the uterus—DUETS (Dallas UtErus Transplant Study)", *BJOG*, (128), 2021, p.1610-1614.

- POLK, Heather/JOHANNESSON, Liza/TESTA, Giuliano/WALL, Anjie E.: “The Future of Uterus Transplantation: Cost, Regulations and Outcomes”, *Clinical Obstetrics And Gynecology*, 65(1), March 2022, p.101-107. ‘Kısırlık Tedavisinde Rahim Nakli’, <https://www.drhit.com/kisirluk-tedavisinde-rahim-nakli/>, (Erişim Tarihi: 10.11.2022).
- USLU, Nihal/AVCI, Mehmet Zeki/HAYLI, Çiğdem Müge: “Ethical Aspects of Uterus Transplantation”, *Journal of International Health Sciences and Management*, 8(15), 2020, p.84-87.
- ÜN, Mine/ERBAŞ, Oytun: “Uterus Nakli”, *FNG & Demiroğlu Bilim Tıp Transplantasyon Dergisi*, 3(1-2), 2018, p.42-46.
- VALİ, Saaliha/JONES, Benjamin. P/SASO, Srdjan/FERTLEMAN, M/TESTA, Giuliano/JOHANNESSON, Liza/ALGHRANI, Amal/SMITH, J.Richard: “Uterine transplantation: legal and regulatory implications in England”, *BJOG*, 2021, <https://doi.org/10.1111/1471-0528.16927>.
- WALL, Anji E/TESTA, Giuliano/AXELROD, David/JOHANNESSON Liza: “Uterus transplantation-questions and answers about the procedure that is expanding the field of solid organ transplantation”, *Baylor University Medical Center Proceedings*, 34(5), 2021, s.581-585.
- YORK, Jackie R/TESTA, Giuliano/GUNBY, Robert T/PUTMAN, J. Michael/MCKENNA, Gregory J/KOON, Eric/BAYER, Johanna/ZHANG, Lilly/GREGG, AR, JOHANNESSON, Liza: “Neonatal Outcomes after Uterus Transplantation: Dallas Uterus Transplant Study”, *American Journal of Perinatology*, 2021, DOI: 10.1055/s-0041-1727212.
- ZAAMI, Simona/MARINELLI, Susanna/DI LUCA, Natale Mario/VERGALLO, Montanari: “Ethical and medico-legal remarks on uterus transplantation: may it solve uterine factor infertility?”, *European Review for Medical and Pharmacological Sciences*, (21), 2017, p.5290-5296.
- ZİROĞLU, Şefik: “Türkiye’de Organ ve Doku Naklinde Yasal Çerçeve ve Etik Tartışmalar”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul, 2019.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Sevtap METİN, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Sevtap METİN who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

NORMLARIN AYRILMASI TEORİSİ VE TÜRK ANAYASA MAHKEMESİNİN İPTAL YETKİSİ***THE THEORY OF INDIVIDUATION AND THE TURKISH CONSTITUTIONAL COURT'S POWER OF ANNULMENT**Yahya Berkol GÜLGEÇ**  **Makale Bilgi**Gönderi: 02/12/2022
Kabul : 06/06/2023**Anahtar Kelimeler**Ayrılma Teorisi,
Normun Unsurları,
Anayasa Yargısı,
İptal Yetkisi.**Article Info**Received: 02/12/2022
Accepted: 06/06/2023**Keywords**Theory of
Individuation,
Elements of Norms,
Constitutional
Adjudication,
Power of Annulment.**Özet**10.21492/inuhfd.1213531 

Türk Anayasa Mahkemesi denetimine tâbi kılınmış anayasaya aykırı normları iptal etme yetkisine sahiptir. Anayasaya aykırı olabilen ve iptal edilebilen şey belli sözcük, ifade veya cümleler gibi metin parçaları değil, normlardır. Normlar ise metinlerin kendisi değil, metinlerden çıkan anlamlardır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin yetkisinin belirlenmesi açısından ayrılma teorisinin önemi büyüktür. Ayrılma teorisi tek bir hukuk normunun hangi unsurlardan müteşekkil olduğuyla ilgilenir. Her hukuk normunda muhatap, konu ve gereklilik olmak üzere üç unsurun bulunması gerekir. Kimi durumlarda anayasaya aykırı olan normun iptali norm metninden bazı ifadelerin çıkarılmasıyla gerçekleştirilemez. Bu durumlarda metinden ifadelerin çıkarılmasıyla yetinilmesi anayasaya aykırı normla birlikte, anayasaya uygun olan normun da iptal edilmesine yol açabilir. Yalnızca anayasaya aykırı normu iptal etmek suretiyle yetkisini anayasaya uygun biçimde kullanmak isteyen Mahkemenin norm metninde değişiklik yapması icap eder. Çalışmada bu gibi durumlarda Anayasa Mahkemesinin “norm metnini değiştirerek iptal” yetkisine sahip olduğu, bu yetkide anayasaya aykırı herhangi bir durum olmadığı iddia edilmektedir. Bu iddia Türk Anayasa Mahkemesinin bir kararı üzerinden ve Mahkemenin yetkisine ilişkin anayasal hükümler dikkate alınarak savunulmaktadır.

Abstract

The Turkish Constitutional Court has the power to annul unconstitutional norms subject to its review. The thing that can be unconstitutional and can be annulled is not a piece of text such as certain words, expressions or sentences but norms. Norms are not the pieces of text but the meaning to be extracted from them. Therefore, the theory of individuation is crucial for the determination of the Constitutional Court's power. The theory of individuation concerns itself with which elements a single legal norm must be composed of. Each legal norm must comprise the elements of addressee, subject and requirement. In some cases the annulment of the unconstitutional norm cannot be carried out through the elimination of certain expressions from the text of the norm. In these cases contenting with the elimination of certain expressions from the text may lead to the annulment of constitutionally unproblematic norms. The Court needs to revise the text of the norm if it wishes to employ its power in a constitutionally permissible way by only annulling the unconstitutional norm. The article claims that the Constitutional Court possesses the power of “annulment by revision” and that this power is in no respects contrary to the Constitution. This claim is defended by reference to a decision of the Turkish Constitutional Court and by taking into consideration the constitutional provisions related to the powers of the Court.

 Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

* Makale hakkındaki değerli görüşlerini paylaştığı için Dr. Öğr. Üyesi Salih Taşdoğan'e ve görüşlerini paylaşmakla birlikte düzeltmelerle katkıda bulunan Ar. Gör. Melih Furkan Çiçekci'ye teşekkürlerimi sunarım.

** Dr. Öğr. Üyesi, Bursa Uludağ Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** GÜLGEÇ Yahya Berkol, “Normların Ayrılması Teorisi ve Türk Anayasa Mahkemesinin İptal Yetkisi”, İnÜHFD, 14(1), 2023, s.315-328. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | **This article has been controlled via plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.**

EXTENDED SUMMARY

Introduction

Individuation of norms is a fundamental issue in jurisprudence which is not always paid the required attention by legal philosophers and theorists. The theory of individuation attempts to uncover the nature of legal norms as the most basic units of legal systems. Moreover, individuation is not simply of intellectual significance. It affects how legal systems operate, especially when it comes to constitutionality review. Constitutional courts are authorized to annul unconstitutional norms. Without the correct knowledge of what constitutes a single legal norm the object of constitutional adjudication becomes blurred.

In some cases, it is impossible to render a single norm found unconstitutional invalid by simply removing certain expressions from the norm's text. In these special cases, attempting to invalidate the unconstitutional norms by removing textual indicators results in the annulment of additional and constitutionally unproblematic norms. The study defends the view that in such cases the Turkish Constitutional Court is authorized to annul the unconstitutional norm by a procedure that is called "annulment by revision". Accordingly, in addition to removing certain expressions from the text of the norm, the Constitutional Court may add certain expressions in order to ensure that it is only the unconstitutional norm that is annulled. This article will claim that the Court is ultimately authorized to "annul by revision".

Theory of Individuation

A legal norm consists of three fundamental elements. These are respectively the elements of the addressee, subject (human action), and requirement (ought). Although there is consensus on these categories, there are discussions on what each category comprises. The article touches upon these discussions and attempts to take as its basis a theory of individuation that is acceptable generally and from the perspective of constitutionality review.

The discussion regarding the element of addressee concerns whether sanctions are necessary parts of legal norms. The debate on the sanctions affects the element of addressee because if it can be argued that each legal norm ought to prescribe sanctions, the set of addressees of legal norms becomes legal officials authorized to apply these sanctions as postulated by Kelsen's legal theory. Today, after Hart's criticism of Austin's command theory of law, it is generally accepted that legal norms do not have to comprise sanctions. The other discussion regarding the element of addressee concerns if the set of addressees determined by the text of a legal norm can be individualized, thus increasing the number of norms articulated by the same text. Similarly, it also needs to be evaluated if general categories of addressee such as "students" or "doctors" may be divided into smaller sub-categories such as "university students" or "specialist doctors". In conclusion, it is argued that general expressions should not be individualized nor should they be separated into sub-categories.

The subject element is most probably the least problematic. Legal norms are practical norms and as such, they must concern the actions of human beings. This requirement excludes mere beliefs or thoughts from the set of possible subjects. Accordingly, beliefs, motivations, or thoughts may only constitute the subject of a legal norm as the qualifiers of external actions.

The element of requirement relates to the necessary normativity of legal norms: there cannot be a legal norm that does not express some sort of requirement on the actions of its proper addressees. The pure theory of law famously described "ought" in its wider sense to include authorizations and permissions. Likewise, Hart believed that legal rules may be duty-imposing as well as power-conferring. This section will expand upon the idea that all power-conferring norms necessarily have a duty-imposing aspect. This understanding transforms power-conferring or permissive legal norms to duty-imposing norms with addressees other than the ones being authorized or permitted.

The Constitutional Court's Power of Constitutionality Review

This section examines constitutional provisions regarding the constitutionality review power of the Turkish Constitutional Court that can be related to the central question of the paper. In this respect, two issues are dealt with. The first issue reiterates that the review concerns the constitutionality of "norms" and not "texts". Norms are the meanings of these textual indicators. Still, sentences, words, expressions, and such cannot be contrary to the constitution. The relation of contrariness may exist between norms and not texts. This is why what is to be invalidated as the result of constitutionality review is the norm. The revision of the text seems to be the only conclusion in these cases.

The second issue to be examined concerns the meaning of a highly debated provision in the Turkish Constitution. According to Article 153/2 of the Constitution, the Constitutional Court is prohibited from acting like the legislator and rendering annulment decisions creating new legal practices. Some commentators believe the said provision to be meaningless while others have differing views regarding its meaning. The article develops its argument by starting with a recognized fact: the Constitutional Court has the authority to annul unconstitutional norms subject to its review. Each annulment alters legal practice by rendering a previously valid and applicable norm invalid. Therefore, what is prohibited by Article 153/2 must be the cases where the legal practice is altered by any means other than annulment. The Turkish Constitutional Court is the negative legislator and must refrain from employing its powers in a way that turns it into the positive legislator.

The Constitutional Court's Power of Annulment by Revision

The section argues in light of the foregoing discussions that The Constitutional Court is authorized to annul unconstitutional legal norms by revising the text of the norm. First, an example case is provided where the Constitutional Court finds an "expression" unconstitutional from certain aspects. As previously noted, in such cases the decision of the Court is added as a footnote to the text of the relevant provision. No changes are made in the text.

In some cases, it is impossible for the Court to annul the unconstitutional norm by removing certain expressions from the text. Such footnotes are either informative or constitute an alteration of the norm's text. In the first option, it is unclear how such changes in the text can be understood to reflect the legal effect of annulment decisions which is envisaged as the repeal of the norm found unconstitutional by Article 153/3 of the Constitution. The second option is subject to the following criticism. The Constitutional Court is not authorized to alter the texts of the reviewed norms. Such authority belongs to the legislature or the President of the Republic. This criticism fails. The powers of the legislature and the President of the Republic regarding statutes and presidential decrees respectively concern the introduction, revision, and repeal of norms, and not texts. The Constitutional Court has a limited and exceptional power of repeal. If the repeal of the unconstitutional norm cannot be carried out by striking out certain phrases in the text of the norm, there is no constitutional provision prohibiting the performance of repeal by revision. If this is the case, then it would be more appropriate for the Constitutional Court to perform the revision of the text directly, rather than via the addition of footnotes.

Conclusion

The article does not concern itself with the question of whether it is politically appropriate for the Constitutional Court to hold the power of "annulment by revision". Subject to the foregoing determinations and limitations, it must be acknowledged that the Turkish Constitutional Court has the power of "annulment by revision" under certain circumstances.

I. GİRİŞ

Normların ayrılması teorisi veya doktrini (*theory/doctrine of individuation*)¹, tam bir hukuk normunun hangi zorunlu unsurlardan oluştuğuna ilişkindir. Her hukuk normunun bir muhatabı olması gerekir mi? Yaptırım hukuk normunun zorunlu unsuru mudur? İstisnalar ayrı bir norm teşkil eder mi, yoksa onları normun kapsamını daraltan esas norma ilişkin göstergeler olarak mı anlamak gerekir? Bütün bu sorular ayrılma teorisi kapsamında değerlendirilir. Kısacası, “Bir hukuk normunun bitip bir başkasının başladığı yer neresidir?” sorusuna ayrılma teorisiyle yanıt verilir.

Normların ayrılması teorisi hukuk teorisinin temel sorularından birine yanıt verir. Hukuk sisteminin diğer toplumsal düzenlerden ayrılması nasıl esaslı bir konuya, hukuk normlarının birbirinden ayrılması da hukukun doğasına dair mühim sorgulamaları konu alır. Hukuk sistemi yalnızca hukuk normlarından müteşekkil olduğuna göre², hukuk normunun zorunlu ve yeterli unsurlarının bilinmesi önem arz eder. Neticede hukuk sistemine aidiyeti, geçerliliği, etkililiği, uygulanabilirliği ve bağlayıcılığı söz konusu olacak olan temel birim normdur. Hukukçunun benimsediği ayrılma teorisine göre pratik hukuki sorunlara verilecek yanıtlar da değişecektir. Bununla birlikte, her hukuk teorisyeninin belli bir ayrılma teorisi oluşturduğunu söylemek güçtür. Bu konu genellikle tarihteki belli isimlerin ilgisini çekmiştir. Jeremy Bentham, Hans Kelsen ve Joseph Raz bu isimlere örnek olarak gösterilebilir.

Anayasa mahkemelerinin temel görevi kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyerek anayasanın üstünlüğü prensibinin gereklerini yerine getirmektir. Parlamentolar kanun çıkarırken kurucu iktidarın koyduğu sınırlara riayet etmelidir. Bu sınırlara riayet edilmeden yapılan kanunlar anayasaya aykırı olacaktır. Anayasalar anayasaya aykırı normların geçersiz kılınması için kimi zaman belli sınırlara tâbi olmak üzere anayasa mahkemelerini yetkilendirir. İptal neticesinde norm geçerliliğini yitirecek, yani hukuk sisteminin bir parçası olma niteliğini, bir norm olarak varlığını kaybedecektir. Bu temel fonksiyon nedeniyle ayrılma teorisi anayasa yargısı açısından da önem arz eder: Anayasa mahkemeleri ancak norm teşkil eden bir hükmü anayasaya aykırı bularak geçersiz kılabilir. Oysa normun metninde yer alan madde, fıkra ve cümleler tek başlarına bir hukuk normu teşkil etmeyebilirler. Bunlar, benimsenen ayrılma teorisine göre, ancak başka madde, fıkra ve cümlelerle birlikte değerlendirildiğinde tam bir norm oluşturuyor olabilir. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin benimsendiği bir liberal demokraside anayasa mahkemesinin yetkisi parlamento veya yürütme tarafından yapılan anayasaya aykırı normları geçersiz kılmaktan ibarettir. Hukuk sistemleri arasında istisnalar olabilecek olsa da genellikle demokratik meşruiyete sahip olmayan anayasa mahkemelerinin yeni norm yaratmak veya var olanları değiştirmek gibi bir yetkisinin olmadığı varsayılır.

Bu çalışmada ayrılma teorisinden yola çıkılıp norm/metin farklılaştırılmasından hareketle Türk Anayasa Mahkemesinin (AYM) norm denetimi kapsamında bir normu onun metnini değiştirmek suretiyle iptal edebileceği, bu suretle gerçekleştirilen iptalin hukuka uygun olduğu ve hatta kimi durumlarda aksi bir yöntemin anayasaya aykırı sonuçları olabileceği iddia edilecektir. İlk bölüm ayrılma teorisine dair kısa bir sunum niteliği taşımaktadır. Sırasıyla tek bir hukuk normunun temel unsurları olan muhatap, konu ve gereklilik unsurları hakkında açıklamalar yapılacaktır. İkinci bölümde Türk pozitif anayasa hukukunda AYM'nin norm denetimi yetkisine ilişkin ve konumuzla alakalı hususlar incelenecek, son kısım ise bir AYM kararından hareketle Mahkemenin denetlenen normun metnini değiştiren iptal yetkisi savunulacaktır. Önemle vurgulamak isteriz ki AYM'nin sahip olduğunu iddia edeceğimiz yetkisinin hayır mı şer mi olduğuna ilişkin bir tartışma yürütmeyecek ve incelememizi söz konusu yetkinin hukuka uygunluğuyla sınırlı tutacağız.

II. AYRILMA TEORİSİ

Eksiksiz bir hukuk normu minimum hangi unsurlardan oluşur? Bu soruya yanıt verilirken pek de tartışma konusu olmayan üç unsurun varlığından bahsedebiliriz. Bunlardan ilki hukuk normunun bir muhatabı olması gerektiğini vurgular. Farklı muhatap kitleleri farklı normlara vücut verir. İkincisi normun konusunun mutlak suretle bir “insan eylemi” olmasını gerektirir. Farklı insan eylemlerine ilişkin “gereklilikler” farklı normların varlığına işaret eder. Son olarak, her normun bir “gereklilik”, bir “olması gereken” teşkil etmesi icap eder. Farklı gereklilikler farklı normların varlığını gösterir.

Bununla birlikte, bu üç temel unsurun kapsamına ilişkin tartışmalar mevcuttur. Örneğin, muhatap kitlesi açısından bir tartışma Kelsen ve Alf Ross'un iddia ettiği gibi hukuk normlarının mutlak suretle hukuk uygulayıcılarına hitap edip etmemesine ilişkindir. İkinci unsur hakkında ortada ciddi bir tartışma olmadığını söyleyebiliriz. Hukuk normlarının insan eylemlerini konu edinmesi bağlamında AYM'nin yetkilerinin etkilenmesi de söz konusu olmayacaktır. Bu unsuru kısaca inceleyecek ve pratikten ziyade teorik öneme sahip olan bir tartışmaya yer vereceğiz. Son unsur, yani “gereklilik” hakkındaki tartışma ise hukuk

¹ “*Individuation of norms*” ifadesinin “normların ayrılması” olarak tercüme edilmesinin uygun olmadığı düşünülebilir. Neticede “*individuation*” ifadesi “ayrılma” anlamına değil, “bireyselleşme” anlamına daha yakındır. Bizim “ayrılma” ile kastımız normların birbirinden ayrılmasıdır. Bu ayrılma tek ve tam bir normun hangi unsurlardan müteşekkil olduğunun tespitiyle gerçekleşir. “Bireyselleşme” benzeri bir ifade kullanmamamızın nedeni bu ifadenin genellik arz eden kurallar ve bireysel işlemler arasındaki ayrımı çağırıştırmasıdır.

² RAZ, Joseph: “Legal Validity”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 63(3), 1977, s.341. Biz “norm” ile “kural”, “ilke”, “direktif”, “işlem” vb. isimler altında zikredilebilecek normatif kategorilerin bütününe kastediyoruz. Bu kategorilerden özellikle kural ve ilkeler arasındaki ayrım hukuk teorisine açısından önem arz etmiştir. Dworkin bu iki kategori arasındaki mantıksal farklardan yola çıkarak Hart'ın hukuki pozitivizmine eleştiriler yöneltmiştir (bkz. DWORKIN, Ronald M: “The Model of Rules”, *The University of Chicago Law Review*, 35(1), 1967, s.14-46). Kural ve ilke kategorileri arasındaki fark bu çalışma açısından önem arz etmemektedir. Aralarında nitelik veya nicelik bakımından fark olsun ya da olmasın hem kuralları hem de ilkeleri “norm” kavramıyla ifade edeceğiz.

normlarının yükümlendirici veya yetki verici olmasının zorunluluğuna ilişkindir. Bu kapsamda hukuk normlarının yükümlendirici olması gerektiğini, yetki veren normların aynı zamanda yükümlülük yüklediğini savunacağız.

A. Hukuk Normlarının Muhatabı

Hukuk normları pratiktir. Bir başka deyişle, hukuk normları insan eylemleri hakkında bir “olması gereken” içerir. İnsanların inançları veya düşünceleri bu nedenle hukuk normlarının konusu dışında kalır. Dolayısıyla, hukukun gereklerinin bir insan tarafından yerine getirileceğini, yani hukuk normlarının muhatabının mutlak suretle bir insan olduğu tartışmasız biçimde söylenebilir³. Bununla birlikte, bu insan topluluğunun kim olduğu konusunda bir görüş birliği yoktur.

Saf hukuk kuramı, John Austin’in hukuk düşüncesine paralel biçimde, yaptırımın hukuk normunun zorunlu bir unsuru olduğunu iddia eder⁴. Doğrudan bir yaptırım içermeyen hukuki metinler bir şekilde yaptırımın uygulanmasının sınırını veya istisnasını oluşturmaktadır⁵. Buradan hareketle, Kelsen hukuk normlarının muhatablarının yaptırımı uygulamakla yükümlü yetkililer olduğunu belirtir⁶. Eylemlerinin düzenlendiğinden bahsettiğimiz kişiler hukuk normlarının ancak ikincil muhatabı olabilir⁷. Dolayısıyla, saf hukuk kuramında her hukuk normu mutlak suretle yaptırım uygulama yetkisine sahip hukuk uygulayıcılarına hitap eder.

Yaptırımı hukuk normunun zorunlu unsuru olarak görmeyen ayrılma teorileri de mevcuttur. Hart yaptırımın hukuk kurallarının zorunlu unsuru olmadığını, hukuk normunun cebir ile desteklenmesinin gerekmediğini vurgular⁸. Hukuk sisteminin geneli için cebri olma niteliğini aramak makul olabilir. Neticede belli bir düzeyin üzerinde cebri yaptırım içermeyen düzenlerin hukuk sistemi olamayacağı düşünülebilir. Bununla birlikte, hukuk sisteminin geneline ait bu gerekliliklerden sisteme mensup normların her biri açısından bir sonuç çıkarmak makul değildir. Yaptırımların hukuk normlarının zorunlu unsuru olduğunu ilan ederken Austin şu fikirdeydi: Egemen emrinin ihlaline karşılık olarak bir kötülükte bulunacağı yönünde bir irade göstermemişse emrinin bağlayıcı olmasını kastetmiş olamaz. Bağlayıcı olması kastedilmeyen bir irade açıklaması ise hukuk normu teşkil edemez⁹. Hart ise kişilerin pek çok farklı sebeple hukuk normuna uyabileceğini belirtmiştir¹⁰. Yaptırım tehdidinde yer vermeyen egemenin yaptırım korkusuyla değil emrin ahlakiliği, toplumsal düzen açısından gerekliliği, emre uymanın sağlayacağı menfaat gibi hususlara dayanılarak emre uyulmasını istemesi pekâlâ mümkündür. Bağlayıcılık açısından uyma eyleminin ardındaki - örneğin - ahlaki eylem sebepleriyle yaptırım kaynaklı (sağduyu kaynaklı) eylem sebepleri arasında bağlayıcılık açısından bir fark bulunmamaktadır.

Jeremy Bentham da her hukuk normunun mutlaka bir yaptırımı olması gerektiğini düşünür. Bununla birlikte, Bentham’ın yaptırım anlayışı Kelsen’inkinden farklıdır. Bentham’a göre söz konusu yaptırımların hukuki olması şart değildir. Bu yaptırımlar ahlaki, örfi vb. de olabilir¹¹. Bu nedenle Bentham’ın teorisinde yaptırım unsuru aracılığıyla hukuk normunun asıl muhatabının yaptırım uygulamakla yetkili veya görevli kılınan merci olduğu söylenemez. Hukuki yaptırım mevcutsa, yaptırımı öngören mevzuat parçası, vatandaşın eylemi hakkındaki gereklilikten bağımsız bir norm teşkil eder. Raz’ın deyimiyle, tek bir Kelsenci normun olduğu yerde iki Benthamcı norm vardır¹².

Günümüzde genel kanı Austin’in yaptırım ve cebir temelli hukuk anlayışının Hart’ın teorisi tarafından kesin bir yenilgiye uğratıldığı yönündedir¹³. Yaptırımın hukuk normunun zorunlu bir unsuru olduğunu düşünmek için yeterli sebepimiz bulunmamaktadır. Dolayısıyla, hukuk normlarının muhatablarının ihlal eylemi yaptırımın uygulanma şartı kılınan kişiler değil, yaptırımı uygulamakla yetkili veya görevli merciler olduğu fikri bir “dogma” olmaktan öteye geçmemektedir¹⁴. AYM’nin norm denetimi yetkisiyle ilgili olarak bizi ilgilendiren husus şudur: Yaptırımların hukuk normunun zorunlu unsuru olduğunu kabul eden bir ayrılma teorisinin anayasa yargısı açısından çok önemli ve olumsuz sonuçları olacaktır. AYM’nin norm denetimi yetkisi anayasaya aykırı olan *normun iptali* şeklinde tezahür etmelidir. Yaptırımın hukuk normunun zorunlu unsuru olduğu kabul edildiğinde AYM’nin bir yönüyle anayasaya aykırı olan normun tamamını iptal etmesi gerekecektir. Bu da hukuk sisteminden gerekenin üzerinde mevzuat parçasının çıkarılması anlamına gelecektir. Bu hususu bir örnekle açıklayalım.

³ Bkz. KELSEN, Hans: General Theory of Norms (General Theory of Norms), Clarendon Press, Oxford 1991, s.52; GÖZLER, Kemal: Hukuka Giriş (Hukuka Giriş), 18. Baskı, Ekin, Bursa 2021, s.38-41.

⁴ AUSTIN, John: The Province of Jurisprudence Determined, 2. Baskı, Cambridge University Press, Cambridge 2001, s.32.

⁵ KELSEN, Hans: Pure Theory of Law, 5. Baskı, The Lawbook Exchange, New Jersey 2008, s.52.

⁶ KELSEN, General Theory of Norms, s.52.

⁷ KELSEN, General Theory of Norms, s.52.

⁸ Bkz. HART, H.L.A.: The Concept of Law, 3. Baskı, Oxford University Press, Oxford 2012, s.199.

⁹ AUSTIN, s.32.

¹⁰ HART, s.257.

¹¹ BENTHAM, Jeremy: Of Laws in General, The Athlone Press, Londra 1970, s.68-70.

¹² RAZ, Joseph: The Concept of A Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System (The Concept of A Legal System), 2. Baskı, Oxford University Press, Oxford 1980, s.86.

¹³ Bkz. SCHAUER, Frederick: “Was Austin Right After All?: On the Role of Sanctions in A Theory of Law”, Ratio Juris, 23(1), 2010, s.1-2. Bununla birlikte, aynı çalışmada Schauer’in Austin’in teorisinin yenilgisinin nihai olmayabileceğini vurguladığını, yani bu genel eğilimin istisnalarının bulunduğunu da belirtmek gerekir (bkz. SCHAUER, s.1-21).

¹⁴ HART, H. L. A.: “Scandinavian Realism”, Cambridge Law Journal, 17(2), 1959, s.236.

K₁, K₂ ve K₃ bir kanunun üç farklı maddesi olsun. Bu maddeler sırasıyla şu düzenlemeleri içersin:

K₁: “Tıp fakültesine kayıtlı olanların hukuk fakültesine kaydolması yasaktır”

K₂: “Hukuk fakültesi dekanlıkları, tıp fakültelerine kayıtlı olmasına rağmen hukuk fakültesine kayıt yaptıran öğrencilere 1000 TL para cezası verir”

K₃: “K₂ uyarınca verilen idari para cezalarını iptal etmeye idare mahkemeleri yetkilidir”.

Varsayalım ki bir anayasa mahkemesi K₁’i “hukuk fakültesine kayıtlı öğrenciler açısından benzer bir yasak öngörmemek” nedeniyle anayasa tarafından benimsenen eşitlik ilkesine aykırı buldu. Yaptırımın hukuk normunun zorunlu bir unsuru olduğu kabul edildiğinde ve anayasa mahkemesinin norm denetimi yetkisinin anayasaya aykırı normların iptalinden ibaret olduğu varsayıldığında, anayasa mahkemesinin yalnızca K₁’i iptal etme yetkisi bulunmamaktadır. İptal edilebilecek olan şey normun tamamıdır. Normun göstergesi konumundaki metnin bir parçasının iptali, normun değiştirildiği anlamına gelir. Oysa mahkemenin sahip olduğu yetki normu geçersiz kılma yetkisidir, onu değiştirme yetkisi değil.

Normun unsurları kimi zaman aynı mevzuat parçasının içinde (örneğin aynı kanun) yer alabilir. Bununla birlikte, bu unsurların oldukça farklı mevzuat parçalarına, hatta hiyerarşik olarak farklı düzeydeki mevzuat parçalarına yayılmış olması da mümkündür. Örneğin, kanunda yer alan bir gerekliliğin yaptırımı idarenin düzenleyici bir işlemiyle belirlenmiş olabilir. Kısacası, normun zorunlu unsurları çok farklı mevzuat parçalarına yayılabilir. Özellikle anayasa mahkemesinin norm denetimi yetkisinin belli normlarla sınırlı olduğu durumlarda esasen anayasaya aykırılık teşkil eden bir normun iptal edilememesi tehlikesi doğar. Yaptırımın uygulanma şartı bir kanunda, yaptırımın kendisi ise bir yönetmelikte belirlenmişse, yönetmeliği denetleme yetkisi bulunmayan bir anayasa mahkemesinin normun kanunda yer alan unsurları bakımından anayasaya aykırılık görmesi durumunda dahi iptal kararı veremeyeceğini kabul etmek gerekir. Aksi takdirde normun tamamı geçersiz kılınmadığı için normun değiştirilmesi söz konusu olur. Anayasaya aykırılık belli madde, fıkra, cümle veya sözcüklerden kaynaklansa da anayasaya aykırı olan ancak bir norm olabilir. Aykırılık normlar arasında söz konusu olan bir ilişkidir; cümle ya da sözcükler arasında değil. Teorik açıdan yeterince temellendirilemeyen yaptırımın hukuk normunun zorunlu unsuru olduğu ve dolayısıyla hukuk normlarının muhatapının yaptırım uygulayıcıları olması gerektiği fikri pratikte de anayasa yargısını baltalayabilecek olumsuz neticelere gebe dir.

Burada bir hususa daha dikkat çekmek isteriz. Hukuk normlarının muhatap kitlesi çoğu zaman genel ifadelerle belirlenir: “Öğrenciler”, “doktorlar”, “sağlık personeli”, “devlet memurları”, “vatandaşlar”, “herkes” vb. Acaba söz konusu genel ifadelerin bireleştirilmesi, yani bu gruba dâhil olan kişilerin tespit edilmesi aracılığıyla muhatapların sayısı kadar norm olduğunu söyleyebilir miyiz? Neticede daha önce de belirttiğimiz gibi ne kadar muhatap varsa o kadar norm vardır. Bizim bu konuya vereceğimiz basit bir yanıt var. Genel ifadelerle belirlenen muhatap kitlesi normun yürürlükte olduğu süre içinde asla değişmeyecek ve belirlenebilecek bir kitle ise muhatap sayısı kadar normun mevcut olduğu söylenebilir. Belli bir süre boyunca uygulanacak normların gerçek kişi muhataplarının ölmeyeceği, tüzel kişiliklerin sona ermeyeceği garanti edilemeyeceği için genel ifadelerin bireleştirilmesi suretiyle norm sayısının arttırılmaması gerekir. Genel ifadelerle konulan normların uzunca bir süre yürürlükte kalacağı varsayılır. Bu süre içinde muhatap kitlesine mensup kişiler değişebileceği için genel ifadeler kullanılır ki hukuk normu belli bir süre içinde belli şartları taşıyan kişilere uygulanabilsin. Eğer belli bir andaki doktorların, yani bu kümeyi teşkil eden kişilerin, gelecekte de var olacağını, bu kümeye yeni üyelerin eklenmeyeceğini garanti edemiyorsak, belli bir anda doktor olan kişilerin sayısı kadar farklı norm bulunduğunu da iddia edemeyiz. Bu iddianın imkansızlığı Hume Kanunu’ndan kaynaklanır. Zamanın geçmesi ile bazı kişilerin vefat etmesi, bazı tüzel kişiliklerin ortadan kalkması, muhatap kümesine doğum, mezuniyet vb. olgularla yeni üyelerin katılması olgu niteliği taşır. Genel ifadeyle belirlenen ve zaman içinde aynı kalmayacak olan muhatap kitlesinin bireleştirilmesi ile norm sayısının arttırılması, zaman içinde ve sırf olgular temelinde normların ortaya çıkıp yok olabileceği anlamına gelir. Oysa Hume Kanunu’na göre olguların norm yaratması veya var olan normları ortadan kaldırması mümkün değildir.

Benzer biçimde, muhatap kitlesinin genel bir şekilde tayin edildiği durumlarda bu genel ifadenin alt grubu olarak görülebilecek kategoriler için farklı normların mevcut olduğunu da düşünmemek gerekir. “Öğrenciler” ifadesi “üniversite öğrencileri”, “lise öğrencileri”, “ilkokul öğrencileri” gibi farklı kategorilere ayrılabilir. Bununla birlikte, genel olarak öğrencilere yükümlülük getiren bir kanun hükmünün bu alt kategoriler doğrultusunda muhatapları bakımından farklılaştırılabilecek farklı kategorileri içerdiğini varsaymamalıyız. Ayrılma teorisinin amaçlarından bir tanesi normları birbirinden ayırıp belirli hâle getirebilmektir¹⁵. Her genel ifadenin kapsamında sayısız alt kategori bulunabileceği için bir hukuk sisteminde belli bir gerekliliği öngören kaç adet norm olduğunu tespit etmek neredeyse imkânsız hâle gelir. Örneğin, “öğrenci” genel ifadesinin içine “üniversite öğrencileri”, “lise öğrencileri” gibi alt kategoriler dâhil edilebileceği gibi, “on yaşından küçük öğrenciler”, “on yaşından büyük öğrenciler”, “gözlüklü öğrenciler”, “gözlüksüz öğrenciler” gibi kategoriler de dâhil edilebilir. Bu durumda ise sınav sonuçlarına itiraz etmeyi yasaklayan kaç adet hukuk normunun hukuk sisteminde bulunduğu tespit edilemez hâle gelecektir.

Netice itibarıyla hukuk normlarının muhatapları normun eylemi hakkında gereklilik arz ettiği kişi veya gruplardır. Yaptırım ve uygulanmasına ilişkin mevzuat parçaları, ayrı normlar teşkil eder. Bunların muhatapı yaptırımı uygulamakla yetkilendirilen organlar veya kişilerdir. Tek bir mevzuat parçasında

¹⁵ Örneğin, Raz Bentham ve Kelsen’in ayrılma teorilerini fevkalade karmaşık normlara yol açmaları dolayısıyla eleştirir. Bkz. RAZ, The Concept of a Legal System, s.90.

muhataplara işaret eden genel ifadelerin birleştirilmesi veya alt kategorilerine ayrılması suretiyle muhatap sayısı kadar norm bulunduğu iddia edilemez. Muhatap kitlesinin genel ifadelerle belirlendiği durumlarda bu kitleyi tek bir muhatap olarak kabul etmek ve ortada tek bir norm bulunduğunu düşünmek gerekir.

B. Hukuk Normlarının Konusu

Normativite eylemlere ilişkin olabileceği gibi inançlara ilişkin de olabilir. Eylemlerin meşruiyetinin yanında inançların meşruiyeti de değerlendirilebilir. Eylemlerin meşruiyeti pratik normativitenin (ya da pratik aklın), inançların meşruluğu ise teorik normativitenin (ya da teorik aklın) konusudur. Hukuk da pratik normativite kapsamında kalır. Hukuk normlarının yarattığı gereklilik insanların inançlarına ilişkin değil, eylemlerine ilişkindir¹⁶.

Ayrılma teorisinin ikinci unsuru hakkında iki hususa değineceğiz. Bunlardan ilki inançların, saiklerin ve motivasyonların hukuk normlarının kapsamından dışlanması anlamına ilişkindir. Immanuel Kant ahlaki normativite ve hukuki normativite arasındaki temel bir farkı şu şekilde ifade etmiştir: Ahlak doğru eylemin doğru motivasyonla gerçekleştirilmesini gerektirir¹⁷. Hukuk ise genel olarak muhatapın içsel dünyasıyla ilgilenmez. Mühim olan hangi saik ve motivasyonla olursa olsun gerçekleştirilen eylemin gerçekleştirilmesi veya yasaklanan eylemden kaçınılmasıdır¹⁸. Bununla birlikte, muhatapın içsel dünyasının tamamen hukuk alanından dışlandığı sanılmamalıdır. Özellikle ceza hukuku alanında hukuk sistemi eylemlerin hangi motivasyon veya saikle gerçekleştirildiğini önemser. Suçların manevi unsuru tamamen bu motivasyon ve saiklerle ilgilidir. Ancak, buna rağmen *salt* düşünce ve eylemler hukuk normlarının kapsamı dışındadır. Hukuk insanların içsel dünyasını, inançlarını, motivasyonlarını veya saiklerini ancak dışsal bir eylemle birlikte değerlendirir. Dolayısıyla, hukuk normlarının kapsamından dışlanan düşünce, inanç ve motivasyonların niteliği dışsal eylemler değil, *salt* düşünce, inanç ve duygulardır.

İkinci husus hukukun insan dışındaki varlıkların eylem ve hareketlerini konu edinip edinemeyeceğiyle ilgilidir. *General Theory of Norms* kitabında Hans Kelsen ilkel toplumlarda insanlar dışındaki canlıların eylemlerinin de düzenlendiğinin görüldüğünü ifade etmektedir¹⁹. Kelsen örnek olarak Eski Ahit'ten şu normu gösterir: “Eğer bir öküz bir erkek ya da kadını süser ve o ölürse, öküz kesin suretle taşlanacak ve onun eti yenmeyecektir...”²⁰. Tarihte insan dışındaki varlıkların eylemlerini düzenlemeye kalkan hukuk sistemleri olup olmadığını araştırmadık. Bunu yapmaya yeltenen hukuk sistemleri olmuşsa dahi, hukukun kavramsal olarak insan eylemlerinden başka bir konuyu düzenleyemeyeceğini söylemeliyiz. Kısacası, insan eylemi dışındaki bir şeyin düzenlenmesini konu edinen irade açıklamaları neticesinde hukuk normunun ortaya çıktığı iddia edilemez. Kısacası tarih boyunca belli müktehirler cansız varlıkların veya hayvanların eylemlerini düzenlemeyi amaçlayan “irade açıklamaları”nda bulunmuşsa dahi, bu irade açıklamalarının neticesinde bir hukuk normu ortaya çıkamaz. Bunun nedeni *impossibilium nulla obligatio est* ilkesidir. *Impossibilium nulla obligatio est* ilkesine göre gerçekleştirilmesi imkânsız olan eylemler hiçbir gerekliliğin konusunu oluşturamazlar²¹. Hayvanların ve cansız varlıkların bir hukuk normunun gereklerini anlayıp eylemlerini ona göre şekillendirmesi mümkün olmadığına göre, hukukun hayvanların ve cansız varlıkların eylemlerini ya da hareketlerini düzenleyemeyeceğini, hukuk normunun konusunun mutlak suretle bir insan eylemi olması gerektiğini söyleyebiliriz.

Kelsen'in örneğinin iddiasını gerekçelendirmeye uygun olmadığını da belirtelim. Kelsen, öküzün taşlanmasının öküzü cezalandırma amacı taşıdığından hareketle burada eylemi düzenlenenin öküz olduğunu düşünmektedir. Oysa alıntı açıkça öküzü taşlaması ve ölen öküzün etini yemekten imtina etmesi gereken insanların eylemine ilişkin bir gereklilik bildirmektedir. Söz konusu alıntı öküzün insanları süsmesini yasaklamamakta, insanların eylemlerine ilişkin bir gerekliliğin ortaya çıkması için öküzün süsmesi ve süsülen insanın ölümünü olgusal bir şart olarak belirlemektedir. Hukuk sisteminin beklediği öküzün talimatları anlaması ve insanları süsmekten imtina etmesi değildir. Bu imkânsızdır ve *impossibilium nulla obligatio est*. Daha da ilginç, burada hukuk normunun öküzün eylemini düzenlediğini, öküzü muhatap aldığını düşünen Kelsen'in, eylemi yaptırımı tâbi tutulan insanları değil, yaptırımı uygulayacak olan yetkilileri hukuk muhatapının öncelikli muhatapı olarak belirlemesidir²².

Kısacası, hukuk normlarının konusu mutlak suretle bir eylemdir. Aksine geçerli argümanlar öne sürülebileceğini düşünsek dahi bu çalışma kapsamında söz konusu eylemlerin bir insana ait olması gerektiğini varsayacağız. Hukuk normlarının insan eylemiyle birlikte eylemin ardındaki motivasyon ve saik gibi içsel unsurlara ilişkin gereklilik arz etmesi mümkündür. Aynı muhatapın birden fazla eyleminin yasaklanması durumunda eylem başına ayrı bir hukuk normu olduğu düşünülmelidir.

¹⁶ Esasen hukuk normlarının rasyonellik şartını sağladıkları sürece insan dışındaki canlı veya cansız varlıklara (örneğin yapay zeka) da hitap edebileceği kanaatindeyiz. Ancak, bu çalışma açısından söz konusu kanının bir önemi olmayacağı için bu detayı es geçiyoruz. Bu konudaki görüşlerimizi sözlü olarak Türkiye Felsefe Kurumu tarafından 1-5 Şubat 2023 tarihleri arasında düzenlenen “Cumhuriyetin 100. Yılında Türkiye’de Felsefe Kongresi”nde dile getirmiştik. İlgili konuşma ilerleyen dönemlerde Kongre’nin bildiri kitabında tam metin olarak yayınlanacaktır.

¹⁷ KANT, Immanuel: *Groundwork of the Metaphysics of Morals*, 11. Baskı, Cambridge University Press, Cambridge 1999, s.11.

¹⁸ KANT, Immanuel: *The Metaphysics of Morals*, Cambridge University Press, Cambridge 1991, s.56-57.

¹⁹ KELSEN, *General Theory of Norms*, s.89. Kemal Gözler de bu görüşe katılmıştır. Bkz. GÖZLER, s.38-39.

²⁰ KELSEN, *General Theory of Norms*, s.89, dn. 1.

²¹ Kant bu ilkeyi aklın imkânsız talep etmeyeceğini vurgulayarak ifade eder. Bkz. KANT, Immanuel: *The Critique of Pure Reason*, Cambridge University Press, Cambridge 2000, s.540.

²² Bkz. KELSEN, *General Theory of Norms*, s.52.

C. Gereklilik Unsuru

Kelsen hukuk normlarının özel bir tür “olması gereken” (*a special kind of ought*) teşkil ettiğini ilan ederken, hukuk normlarının yalnızca gereklilik veya yükümlülüklerle ilişkin olmadığını, onların aynı zamanda yetki de verebileceğini ileri sürmekteydi²³. Bu anlamda muhatabı insan olan hukuk normları, bu muhatapların eylemi hakkında emir, izin ve yasaklar içerebilirdi. Yükümlendirmenin, yani belli bir eylemi gerçekleştirmeyi veya gerçekleştirmekten kaçınmayı gerektirmenin yanı sıra, belli eylemlerin gerçekleştirilmesine izin verilmesi veya bir kimsenin bu konuda yetkilendirilmesi de hukuk normlarının yerine getirebileceği fonksiyonlardandır.

Bu kısımda sınırlı bir alanda salt yetki veren bir hukuk normu olamayacağını, her hukuki yetkinin korelatifi olan yükümlülük (veya gereklilik) ile birlikte var olabileceğini iddia edeceğiz. Bunu yaparken öncelikle belli bir eylemin serbest olduğu durumlarla bir hukuk normunun belli bir eyleme açıkça izin verdiği durumların deontik mantık açısından farklarına değineceğiz. Sonrasında yetki ve izin arasındaki ilişkiyi tespit edeceğiz ve yetki ya da izin veren normların aynı zamanda yükümlülük yüklediğini, dolayısıyla bu tür normların da gereklilik temelinde yeniden ifade edilebileceğini savunacağız. Bu iddianın AYM’nin norm denetimi yetkisi bakımından taşıdığı önem yetkilendirici kuralların ayrı birer norm olarak görülebilmesinden ve bu nedenle de yükümlendirici bir normun kapsamını belirleyen bir istisna olarak görülmesinin gerekmemesinden kaynaklanır. Yetkilendirici normlar yükümlendirici normların kapsamını daraltmaktan ibaret bir fonksiyona sahipse, bunların ayrı normlar olarak değerlendirilmesi mümkün olmayacak ve norm denetimi sırasında yükümlendirici normlarla birlikte iptal edilmeleri gerekecektir.

Raz her kuralın norm teşkil etmeyebileceğini, keza her kuralın gerçekleştirilmesi gereken bir insan eylemine ilişkin olmayabileceğini vurgular²⁴. Yetki veren kurallar kimi zaman gereklilik arz eden bir normun parçası olarak yorumlanabilir. Örneğin, “Toplu taşıma araçlarında yaşlılara yer vermek gerekir” ve “Hamileler, engelliler ve gaziler toplu taşıma araçlarında yer vermeyebilir” şeklindeki iki kural, sonraki kuralda sayılanların ilk kuraldaki yükümlülüğün kapsamından istisna tutulduğu tek bir norm teşkil eder. Bu bakış açısında ikinci kural saf anlamda yetki veren bir kural olarak yorumlanmaktadır. Aynı kuralın aynı zamanda yükümlülük yükleyen bir kural olarak yorumlanması da mümkündür.

Bu ikinci yoruma göre saf yetki veriyormuş gibi görünen kurallar esasen bir yükümlülük yüklerler. Yetki veren kuralların arz ettiği gerekliliğin de bir muhatabı olduğu, bununla birlikte bu muhatapın yetki sahibinin dışındaki bir kimse olduğu söylenir²⁵. Hukuk sistemi bir kimseyi belli bir eylemde bulunmak konusunda yetkilendirmişse, yetki sahibi dışındaki kişilerin yetki sahibinin söz konusu eylemde bulunmasını engellememesi icap eder. Bu ise, yetki veren normun yetki sahibi dışındaki kişiler açısından bir gereklilik arz ettiği anlamına gelir²⁶.

İki yorum arasındaki fark hukuk sisteminin belli bir yetkiyi tanınmasının, başkaca bir düzenlemenin yokluğunda, yetki sahibi dışındaki kişilere bir yükümlülük (yetkinin kullanılmasını engellemekten kaçınma yükümlülüğü) yükleyip yüklediği hakkındaki karara bağlıdır. Biz bu konuda bu tür bir yükümlülüğün salt yetki veren kurallar tarafından yaratıldığından bahsedebileceğini, bu nedenle de hukuk normlarının gereklilik/yükümlülük temelinde tanımlanması gerektiğini düşünüyoruz. Salt yetki veren kurallar aynı zamanda yükümlülük de yarattığından, bunlar yükümlülük yaratan başka bir kuralın istisnası niteliğinde olsalar dahi ayrı birer norm olarak nitelendirilebilirler. Nitekim yukarıdaki örnekte salt ilk kuralın mevcut olduğu durumda “hamile, engelli ve gaziler” dışındaki kişilere ilişkin bir yükümlülük mevcut değilken, ikinci kuralın getirilmesiyle birlikte hukuk sisteminde yeni bir gereklilik ortaya çıkmaktadır.

Hohfeld korelatifleri normatif kavram çiftlerinin bir arada bulunduğunu gösterir. Hak ve yükümlülük nasıl bir aradaysa, yani hakka sahip olan her bir kimse için yükümlülüğe sahip bir başka kişi mevcut olmak zorundaysa²⁷, yetki ve yükümlülük/gereklilik için de aynı husus geçerlidir. Bir kimsenin yetkilendirildiği her durumda söz konusu yetkinin kullanılmasını engellememe yükümlülüğü, bir kimsenin yükümlendirildiği durumda ise yükümlü kılınan davranışı gerçekleştirme yetkisi/izni/hakkı bulunur.

Anayasa yargısı açısından daha makul olan yorum da ikinci yorumdur. Daha önce anayasa mahkemelerinin norm denetimi kapsamında anayasaya aykırı bulunan normu iptal etme yetkisine sahip olduğunu, yasama fonksiyonunun gaspı niteliğinde karar vermesinin kuvvetler ayrıklığı ilkesi ile bağdaşmadığını belirtmiştik. Aşağıda göreceğimiz gibi, AYM’nin yetkileri bağlamında da denetime tâbi normun değiştirilmesi sonucunu doğuracak şekilde karar vermek mümkün değildir. Salt yetki veren kuralların norm niteliği taşımadığı yönündeki birinci yorum tercih edilirse, “Hamile, engelli ve gaziler”e ilişkin kural kendi başına iptal edilemeyecektir. Birinci yorum doğrultusunda bu kural tek başına bir norm teşkil etmeyip bir normun parçasını oluşturduğundan, bu parçanın tek başına iptali istisnanın kaldırılması

²³ KELSEN, General Theory of Norms, s.2-3.

²⁴ RAZ, Joseph: “Legal Principles and the Limits of Law”, The Yale Law Journal, 81(5), 1972, s.835.

²⁵ Bkz. AUDI, Robert: Practical Reasoning and Ethical Decision, Routledge, Londra 2006, s.155.

²⁶ Kelsen de belli durumlarda yetki veren normların yükümlülük yarattığını kabul etmektedir. Örneğin, ünlü düşünür anayasanın parlamentoya kanun çıkarma yetkisi veren normlarını vatandaşlar nezdinde kanuna uymak yükümlülüğü yaratan normlar olarak yorumlamaktadır (bkz. KELSEN, General Theory of Norms, s.103-104). Bununla beraber, Kelsen’in normların yükümlülük yaratabileceği gibi yetki de verebileceğini vurgulaması ve bu iki durumu hukuki “olması gereken”in (*ought*) iki ayrı fonksiyonu olarak görmesi yükümlülük yüklemeyip, salt yetki veren hukuk normlarının olabileceğini düşündüğünü göstermektedir. Aksi takdirde yetkilerin yükümlülüklerle indirgenebilmesi ve hukuki “olması gereken”in salt yükümlülükler temelinde tanımlanması mümkün olurdu.

²⁷ Bkz. HOHFELD, Wesley Newcomb: “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, The Yale Law Journal, 23(1), 1913, s.31.

yoluyla normun kapsamının genişletilmesi, yani denetime tabi normun değiştirilmesi anlamına gelecektir. “Hamileler, engelliler ve gaziler”e yönelik istisnanın anayasa aykırı olduğuna karar veren Mahkeme, bu aykırılık neticesinde yaşlılara yer vermek gerekliliğini ihdas eden kuralı da iptal etmek zorunda kalacaktır. Bu ise anlamsız, anayasa yargısının temel amacıyla bağdaşmayan yasama boşluklarına neden olacaktır.

Netice itibarıyla, yetki veren kuralları gereklilik ifade eden biçimde yorumlamak hem mümkün hem de anayasa yargısı açısından daha yerindedir. Benimsenecek ayrılma teorisi de bu nedenle her hukuk normunun gereklilik arz etmesini şart koşmalıdır. Yetki ve yetkilendirmeye ilişkin ayrı bir bakış açısı geliştirmeye gerek yoktur²⁸.

III. AYM’NİN NORM DENETİMİ YETKİSİ

Bu kısımda AYM’nin norm denetimi yetkisine ilişkin, “kanun metnini değiştirerek iptal” yetkisinin lehinde veya aleyhinde olabilecek iki hususa değineceğiz. Bu hususlardan ilki AYM’nin iptal yetkisinin konusuna ilişkindir. AYM’nin iptal yetkisinin belli ifade, sözcük veya metin biçimindeki herhangi bir göstergeye ilişkin değil, normlara ilişkin olduğu ortaya konacaktır. İkinci kısım Anayasanın 153/2 maddesi tarafından öngörülen “kanun koyucu yerine geçme yasağı” olarak ifade edebileceğimiz sınırı konu edinecektir. Bu kısımdaki amacımız 153. maddenin ikinci fıkrasının kapsam ve anlamını tespit etmektir. Neticede Anayasanın 153/2 maddesinin normatif açıdan anlamsız olmadığı, iptal yetkisinin ayrıca tanıdığı bir hukuk düzeninde bu hükmün ancak “yeni norm yaratma yasağı” şeklinde anlaşılacağı savunulacaktır.

A. İptal Yetkisinin Konusu

1982 Anayasasının 148. maddesi AYM’nin kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi (CBK) ve Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) İçtüzüğü’nün şekil ve esas bakımından Anayasaya uygunluğunu denetleyeceğini düzenlemektedir. Anayasanın 153. maddesinden anlaşıldığı üzere, anayasaya uygun bulunmayan kanun, CBK ve TBMM İçtüzüğü hükümleri iptal edilecektir. Aynı maddeye göre iptal edilen hükümler yürürlükten kalkacaktır.

Demek ki kanun, CBK ve TBMM İçtüzüğü ve bunların hükümleriyle kastedilen belli metinler değil, metinlerin, yani göstergelerin, yorumlanması vesilesiyle ulaşılan anlamlar, yani normlardır²⁹. Yürürlükten kalkmanın konusu cümleler ve söz öbekleri değil normlardır. Yürürlükten kalkan bir kanun artık geçerli olamayacaktır ki geçerlilik de cümlelerin, sözcüklerin veya söz öbeklerinin değil, normların bir niteliği olabilir. AYM ancak bir normu iptal edebileceğine göre, Mahkemenin yetkisi de ayrılma teorisiyle yakından ilişkilidir. Neyin iptal edilebileceği, bir kanun metninin hangi kısmının Anayasaya aykırı olduğuna karar verilebileceği ayrılma teorisi doğrultusunda kararlaştırılmalıdır.

Bu tespite bir itiraz yöneltilebilir³⁰. Burada kısaca bu itirazı ve konuya bakışımızı belirtmek isteriz. İtiraza göre, yasama organının yetkisi norm koymak değil, normun metnini belirlemekten ibarettir. Norm bir göstergenin anlamı olduğuna göre, kimse normu koyamaz. AYM de benzer biçimde normu değil bir metnini ortadan kaldırmaya yetkilidir. Dolayısıyla, hukuk sisteminde kimse bir norm koyamaz, yalnızca bir göstergesi yaratabilir. Benzer biçimde, bir normu ortadan kaldırmak da ancak bir metni ortadan kaldırmakla söz konusu olur. Kısacası, AYM anayasaya aykırı normu geçersiz kılmakla değil, belli metinleri ortadan kaldırmakla yetkilidir.

Norm koymaktan kasıt ancak bir göstergesi ortaya çıkarmaktır. Kimse kimsenin zihninde bir anlamın belirmesini zorla sağlayamadığına göre yaratılacak olan doğrudan normun kendisi değil, söz konusu anlamı muhatapların zihninde canlandırarak olan göstergelerdir. Her türlü gösterge norma yol açmaz. Örneğin, tasvirî anlama sahip göstergeler normun taşıyıcısı olamazlar. Bununla birlikte, her (toplumsal) norm mutlak suretle yazılı, sözlü veya işaretlerden ibaret göstergelerle yaratılmak zorundadır. Anayasal hükümler parlamentonun tasvirî anlama sahip ifadeleri kâğıda dökmek konusunda yetkili olduğunu ifade etmediğine göre, normatif anlama sahip göstergeleri yaratma ve dolayısıyla da hukuk sisteminde önceden var olmayan normlar yaratma yetkisine sahip olduğunu ifade etmektedir. Dolayısıyla, itirazın ilk kısmı kanımızca “norm koyma”yı “gösterge yaratma” üzerinden tanımlamaktan başka bir işlev görmemektedir.

Bir norm konulacaksa, değiştirilecekse veya ilga edilecekse bunun göstergede gerçekleştirilecek değişikliklerle yapılacağı açıktır. Sorun AYM’nin yasama işlemi veya CBK niteliğinde norm koymaya, değiştirmeye veya kaldırmaya yetkili olup olmadığıdır. Bu tespitin ardından metinde gerçekleştirilecek hangi değişikliklerle bu yetkinin kullanılacağı ayrı bir husustur. Anayasal hükümlerde geçen “iptal” ifadesi Anayasanın AYM’nin yetkisini göstergeler üzerinden değil, normlar üzerinden tanımlandığını gösterir. İptal bir geçersiz kılma usulüdür. Göstergelerin, yani metinlerin, sözlerin veya işaretlerin ise geçerliliği olmaz. Bunların maddi varlığı söz konusu olur. Dolayısıyla, eğer AYM’nin iptal yetkisini ancak belli metinleri çıkartmak suretiyle kullanabileceğini ifade etmek istiyorsak, bunun için itirazda dayanan hususlardan farklı bir hususa dayanmak icap eder. Eğer AYM iptal yetkisine sahipse ve anayasaya aykırı normun iptali, bizim iddia edeceğimiz gibi, belli durumlarda yalnızca metnin değiştirilmesi yoluyla mümkün oluyorsa, AYM’nin

²⁸ Hukuk normlarının gereklilik unsuruna ilişkin iki temel sınır bulunur. Bunlardan ilki gerekliliğin pozitif şartıdır. *Impossibulum nulla obligatio est* ilkesine göre gereklilik ancak fiziksel olarak mümkün eylemleri konu edinebilir. Uygun gerekliliğin negatif şartı ise *necessitatem nulla obligatio est* ile ifade edilir. Buna göre, muhatapların iradesinden bağımsız olarak, mutlak suretle gerçekleştirilecek eylemler normatif gerekliliğin konusu olamazlar.

²⁹ Normun metnin kendisi değil, onun anlamı olduğuna dair bkz. GÖZLER, Kemal: Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu (Hukukun Genel Teorisine Giriş), USA-A, Ankara 1998, s.28.

³⁰ Bu itiraz Sayın Prof. Dr. Kemal Gözler tarafından 20 Kasım 2022 tarihli bir e-posta ile bildirilmiştir. Kendisine bu itiraza dikkat çektiği için teşekkür ederim.

normun metnini değiştirmek suretiyle iptal yetkisini kullanamaması için başka bir pozitif kaynak bulmak icap eder. Biz böyle bir dayanak bulamadık.

Norm niteliği taşımayan sözcük, söz öbeği veya cümlelerin iptal edilmesi, daha doğru bir tabirle, bunların AYM tarafından kanun, CBK veya TBMM İçtüzüğü metninden çıkarılması durumunda, dört husus söz konusu olabilir. İlk durumda tam bir normu teşkil eden metinden geriye kalan anlamlı bir bütün oluşturmaz. Bu durum anayasa yargısı açısından sakıncalı değildir. Anlamlı bir bütün oluşturmayan söz öbekleri norma vücut veremez. Dolayısıyla, geriye kalan sözcük öbeklerinin anlamsız olduğu durumlarda norm bir bütün olarak iptal edilmiş sayılmalıdır. Bu durumun uygulamada nadiren karşımıza çıkacağını söyleyebiliriz.

İkinci durum da birinci duruma benzer. Bu durumda ise geriye kalan sözcükler anlamlı bir bütün oluşturur, ancak bu anlamlı bütün bir gereklilik olarak yorumlanmaya müsait değildir. Bir başka deyişle, geriye kalan sözcükler tasviri bir ifadeye vücut verir. Burada yine sakıncalı bir durumun söz konusu olmadığını, gereklilik bildirecek biçimde yorumlanamayan metinlerin norma vücut vermeyeceğini³¹ ve dolayısıyla da normun iptal edilmiş olduğunu düşünmeliyiz. İkinci hususa ilişkin olarak dikkat edilmesi gereken şey tasvirî görünüme sahip olan kimi ifadelerin gereklilik bildirecek şekilde anlaşılabilmesidir. “Beşiktaş ilçesindeki bütün evler beyazdır” şeklindeki kanunda geçen bir ifade “Bütün evlerin dış cephesi beyaza boyanmalıdır” olarak yorumlanabildiği sürece normun göstergesi olmaya elverişlidir.

Üçüncü durumda çıkartılan metin parçası normun anlamını değiştirmez. Bu nedenle de ortada bir iptal veya değişiklik olduğundan bahsedilemeyecektir. Diğer bütün durumlarda geriye kalan göstergeler denetlenen normdan farklı bir norma vücut verecektir. Bu ise ortada bir iptalin değil tadilin olduğunu gösterir. Hukuk sistemindeki bir norm AYM’nin bir işlemi neticesinde kapsamının genişletilmesi, daraltılması veya değiştirilmesi suretiyle daha önce var olmayan bir norma dönüşmüştür. Bir sonraki alt başlıkta göreceğimiz üzere, iptal yetkisinin bu şekilde kullanılması Anayasa tarafından yasaklanmıştır.

Çalışma kimi durumlarda tek bir normu iptal etmenin kanun metninden belli ifadelerin çıkarılmasıyla mümkün olmadığını, bu durumlarda iptalin ancak belli ifadelerin çıkarılmasının ardından belli ifadelerin metne eklenmesiyle mümkün olduğunu gösterecektir. Bir sonraki bölümde AYM’nin iptal yetkisini bu şekilde kullanıp kullanamayacağı örnek bir karar üzerinden tartışılacaktır.

B. Kanun Koyucu Yerine Geçme Yasağı

Anayasaya uygunluk sorununun esasına girdikten sonra AYM ret ve iptal olmak üzere iki tür karar verebilir³². Ret kararı “on yıl yasağı” dışında hukuk düzeninde bir yenilik doğurmaz. Bununla birlikte, iptal kararı hukuk düzeninde yenilik doğuran, daha önce geçerli olan bir normu ileriye dönük biçimde geçersiz kılan bir hukuki işlemidir. AYM iptal kararıyla, kanunların ve TBMM İçtüzüğü’nün denetiminde yasama organının, CBK’ların denetiminde Cumhurbaşkanının, anayasa değişikliklerinin denetiminde ise kurucu iktidarın yetkileri kapsamına giren bir yetki kullanmaktadır: İlga yetkisi.

Bu tespitler ışığında Anayasanın 153/2 maddesini değerlendirelim. İlgili hükme göre “Anayasa Mahkemesi bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez”. İptal daha önce yürürlükte olan bir normu yürürlükten kaldıracağı için başlı başına hukuk düzeninde yenilik yaratan bir işlemdir³³. 153/2 hükmü anayasa hukukçuları arasında farklı yorumlara sebep olmuş, bir görüş 153/2

³¹ Bkz. KELSEN, General Theory of Norms, s.150; GÖZLER, Hukuka Giriş, s.38-39; GÖZLER, Hukukun Genel Teorisine Giriş, s.16; GÜLGEÇ, Yahya Berkol: Normativite ve Pozitivizm, On İki Levha, İstanbul 2020, s.553, 560-561.

³² GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku (Türk Anayasa Hukuku), 4. Baskı, Ekin, Bursa 2021, s.1324. Aynı yönde bkz. ERDOĞAN, Mustafa: Türk Anayasa Hukuku, Hukuk, Ankara 2018, s.221. Doktrinde AYM’nin “yorumlu ret” kararı verebileceği de savunulmuştur (örn. bkz. KABOĞLU, İbrahim Ö.: Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 10. Baskı, Legal, İstanbul 2015, s.355-361; KARAN, Ulaş: Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası, On İki Levha, İstanbul 2018, s.120-123). Buna göre, belli bir normun metni hem anayasaya uygun hem de anayasaya aykırı biçimde yorumlanmaya müsaitse AYM bu metnin anayasaya uygun yorumunu benimseyerek ret kararı verebilir. Başlı başına bu tespitte bir tartışma yoktur. Sonuçta her hukuk uygulayıcısı ve hâkim hukuki metinleri yorumlamak suretiyle norma ulaşmak zorundadır. Neticede hukuk normu metnin kendisi değil, onun anlamıdır. Bununla birlikte, yorumlu ret kararı neticesinde hukuk sistemindeki diğer hukuk uygulayıcılarının da AYM’nin seçmiş olduğu anlama bağlı olduğu ve metni AYM’nin belirlediği şekilde yorumlaması gerektiği iddia edilmektedir (bkz. KABOĞLU, s.359). Sorunun başladığı yer de burasıdır. Yorumlu ret kararının verilebilmesi iki hususun gösterilmesine bağlıdır: 1) AYM kararlarının gerekçesinin de hüküm fıkrası gibi bağlayıcı olması ve 2) AYM’nin yorumlu ret kararı vermek konusunda hukuk düzeni tarafından yetkilendirilmiş olması. AYM karar gerekçelerinin bağlayıcı olması durumunda AYM pozitif kanun koyucu hâline gelecek, hukukun doğal gelişiminin önüne geçilmiş olacaktır (ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 19. Baskı, Yetkin, Ankara 2018, s.412). Hukuk sisteminde gerekçelerin bağlayıcılığını öngören pozitif bir normun yokluğunda ve kuvvetler ayrılığı ilkesinin benimsendiği hukuk sistemlerinde anayasa mahkemelerinin pozitif kanun koyucu hâline gelmesi kabul edilemez (bkz. KELSEN, Hans: “Anayasanın Yargısal Teminatı” (Anayasanın Yargısal Teminatı) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 64(3), 2015, s.881). Gerçi AYM kararlarıyla gerekçelerinin de bağlayıcı olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte, söz konusu tespitin kendisi de gerekçede yapılmış olduğundan bu kararların AYM kararlarının gerekçelerinin bağlayıcılığına delil teşkil etmesi mümkün değildir. Anayasal organların belli bir yetkiyi kullanabilmesi için açıkça yetkilendirilmiş olmaları gerekir (GÖZLER, Kemal: “Yorum İlkeleri” (Yorum İlkeleri), in Ergül, Ozan (ed.), Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaştırması, KHP-TBB Ortak Yayını, Ankara 2013, s.52). Bu husus aynı zamanda Anayasanın 6. maddesi tarafından hiçbir organın kaynağını anayasadan almayan bir yetki kullanamayacağı vurgulanmak suretiyle pozitif anlamda benimsenmiştir. Türk hukuk sisteminde AYM’yi yorumlu ret kararı vermek konusunda açıkça yetkilendiren bir hukuk normu bulunmamaktadır. Bu iki nedenden ötürü bir AYM’nin yorumlu ret kararı vermeyeceğini düşünmekteyiz.

³³ Örn. bkz. GÖZBÜYÜK, Şeref: Anayasa Hukuku: Anayasa Metni ve 11. Protokole Göre Hazırlanmış Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 17. Baskı, Turhan, Ankara 2010, s.289; ERDOĞAN, s.221; KÖKÜSARLI, İsmail: Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri, On İki Levha, İstanbul 2009, s.261-262; ÖZDEN, Yekta Güngör: “‘Anayasa Mahkemesi Kanun Koyucu Gibi Hareketle, Yeni Bir Uygulamaya Yol Açacak Biçimde Hüküm Tesis Edemez’ Kuralına Nasıl Gelindi? Bu Kuralı Nedir, Ne Değildir?”, Anayasa Yargısı, 2, 1985, s.77-79.

hükmünün uygulamada bir anlam ifade edemeyeceğini savunmuştur³⁴. Kemal Gözler ise kanımızca haklı olarak ilgili hükmün tamamen normatif anlamdan yoksun olmadığını, bu nedenle de göz ardi edilemeyeceğini vurgulamıştır³⁵. Kimi yazarlarsa hükmün AYM'nin negatif kanun koyucu olmaktan çıkıp pozitif kanun koyucu gibi kural koyan bir işlev üstlenemeyeceğini ifade ettiğini düşünmüştür³⁶.

Anayasa koyucu 153/2 maddesinin gerekçesi olarak şunlara yer vermiştir:

“Öyle haller vardır ki; bir hükmün iptali, uygulanması kanuna gerekmeden bir başka hükmün uygulanmasını gerekli kılabilir. Örneğin: kanunla getirilen istisnalara ilişkin kanun hükümlerinin iptali, anakuralın uygulanması sonucunu doğurabilir. Halbuki kanun koyucu böyle bir sonuç çıkmasını arzu etmediği için istisnayı kabul etmiş durumdadır. Bu istisna hükmünün iptali millî iradeye ters düşeceğinden, eşitlik ilkesi gibi temel ilkelere aykırı olmamak koşulu ile, hüküm verirken bu özelliklerin göz önünde bulundurulması zorunludur”³⁷

Gerekçede yer alan kural ve istisnalara ilişkin hususlardan yola çıkarak Anayasanın 153/2 hükmünün anlamına dair bazı çıkarımlarda bulunmaya çalışalım³⁸. İstisnai bir duruma uygulanmak üzere konulmuş hükmün iptalinin o konuya ana kuralın uygulanmasına neden olacağı açıktır. Bununla birlikte, bu durumun niçin sorun yaratacağını anlamak güçtür. Kanun koyucu istediği takdirde iptal kararından sonra daha geniş bir kapsama kavuşan genel kurala anayasaya uygun bir istisna getirebilir. Her istisnanın iptalinin genel kuralın uygulama kapsamını genişleteceği de düşünüldüğünde Anayasanın 153/2 hükmünün bütün istisnaların iptalini yasakladığını kabul etmek makul olmayacaktır. Neyse ki hükmün metninden çıkarılması gereken sonuç bu değildir.

Şu iki hususta tereddüt olmadığını varsayıyoruz: 1) AYM anayasaya aykırı kanunları ve diğer normları iptal etme yetkisine sahiptir ve 2) daha önce geçerli olan bir normun uygulanmasıyla çözülebilecek bir uyumsuzluğun iptal kararının yürürlüğe girmesinin ardından aynı biçimde çözülememesi yeni bir uygulamaya yol açmak anlamına gelir³⁹. Dolayısıyla, Anayasanın 153/2 maddesini, eğer mümkünse, iptal yetkisinin bütününe yasaklamayan bir şekilde anlamak gerekir⁴⁰. AYM kararlarıyla daha önceden mevcut olmayan bir hukuki durumun yaratılması yalnızca bir normu geçersiz kılmak şeklinde söz konusu olmaz. AYM tek bir norma vücut veren metnin belli bir kısmını denetlenen metinden çıkarması şeklinde ortaya çıkan kararlarıyla uygulanmakta olan normu değiştirir, normun bütününe geçersiz kılmaz. Bu ise yasama organına verilmiş bir yetkidir. Türk hukuk sisteminde AYM negatif kanun koyucu olarak tasarlanmıştır ve norm değiştirme yetkisini kullanması durumunda pozitif kanun koyucu konumuna gelir. Bu ise Türk hukuk sistemi açısından yasama fonksiyonunun gaspı sonucunu doğuracaktır.

Demek ki “... kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm...” tesis etmek, eğer iptal yetkisinin bütünüyle AYM'den alınması anlamına gelmeyecekse, tek bir normu ifade eden metin parçalarının kısmî olarak metinden çıkarılması yoluyla yürürlükteki normların tadil edilmesini yasaklayan bir ifade olarak da yorumlanabilir. Kanımızca doğru yorum da budur. Daha önce de belirttiğimiz gibi, esasen “bir normun geçerliliğini ileriye dönük biçimde sona erdirmek” ilga etmek anlamına gelir. Bir normu koyma yetkisine sahip olan organın o normu ilga etme yetkisine sahip olduğu da varsayılr⁴¹. Dolayısıyla, kural olarak yasama işlemlerini ilga yetkisi yasama organına, yürütme işlemlerini ilga yetkisi de yürütme organına aittir. Anayasaya uygunluk denetimi bu genel kuralın istisnasını teşkil eder. Anayasanın 153/2 maddesi ise bu istisnanın daha da genişletilmesini pozitif bir hükümlerle yasaklamakta, AYM'nin norm değiştirme yetkisine sahip olmadığını ifade etmektedir⁴². Bununla birlikte, ayrılma teorisi doğrultusunda ayrı bir norm olduğu anlaşılan istisnai hükümlerin iptalinde sorun olmaması gerekir.

IV. AYM'İN METNİ DEĞİŞTİREREK İPTAL YETKİSİ

Bu kısımda yukarıda gerçekleştirilen tartışmalar ışığında AYM'nin kimi durumlarda belli bir kanun, CBK veya TBMM İçtüzüğü metnini değiştirmek suretiyle iptal yetkisi olduğunu iddia edeceğiz. Bu iddiayı

³⁴ Örn. bkz. ALİFENDİOĞLU, Yılmaz: “Temel Hak ve Özgürlükler Açısından Anayasa Yargısı”, Amme İdaresi Dergisi, 24(3), 1991, s.44.

³⁵ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.1396.

³⁶ Örn. bkz. ERDOĞAN, s.221.

³⁷ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2021, s.960, https://www.anayasa.gov.tr/media/7465/gerekceli_anayasa_2021.pdf, (Erişim: 20.11.2022).

³⁸ Her şeyden önce belirtmek gerekir ki gerekçe bir normun metninin yorumlanmasının yegâne kriteri değildir. Bununla birlikte, bir hükmün anlamının belirlenmesi için gerekçenin yol gösterici olabileceğini kabul etmek gerekir. Biz burada Anayasanın 153/2 hükmünün ardında yatan siyasî tartışmalara girmek niyetinde değiliz. Burada yalnızca hükmün gerekçesindeki tuhaf bir hususa değinmek isteriz. Anayasa yargısının varlığı bizatihi yasama yetkisiyle özdeşleştirilen “millî irade”ye aykırıdır. Millî iradeyi temsil eden yasama organı anayasa ile sınırlanmak suretiyle azınlıkların çoğunluklara karşı korunması ve siyasî iktidarın belli bir rotadan sapmaması sağlanmaya çalışılır. Kelsen'in deyişiyle, “çoğunluğun hâkimiyeti, ancak hukuka uygun olarak gerçekleştirildiğinde katlanılabilir...” (KELSEN, “Anayasanın Yargısal Teminatı”, s.909) hâle gelir. Yasama organının anayasaya aykırı biçimde ihdas ettiği bir kanunun iptali bizatihi yasama organını temsil ettiği düşünülen millî iradeye müdahale teşkil eder. Hâl böyleyken yasama organının öngörmediği bir hukuki durumu doğurmak kaygısıyla AYM'nin iptal yetkisini sınırlandırmanın makul olmadığı kanısındayız.

³⁹ Bkz. GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.1397.

⁴⁰ GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.1397.

⁴¹ Genellikle idare hukuku alanında geçerli olduğu düşünülen yetkide ve usulde paralellik ilkesi esasen hukuk mantığının genel bir gereği olarak görülebilir. Her norm belli bir içerikle yaratılır. Başkaca pozitif bir yasak olmadığı sürece bir normu yaratmaya yetkisi olan organın o normu değiştirme ve ilga etme yetkisine de sahip olduğu kabul edilir. Yetkide ve usulde paralellik ilkesine dair bkz. GÖZLER, “Yorum İlkeleri”, s.92-93.

⁴² Kemal Gözler Anayasanın 153/2 hükmünün AYM'nin anayasaya aykırılık tespitinde bulunsu dahi iptal kararı veremeyeceği durumların olduğunu ifade ettiği kanısındadır. Buna göre, istisnai hükümlerin derhal iptalinden kaçınılmalı ve iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihin ayrıca belirlenmesiyle kanun koyucuya süre tanınmalıdır (GÖZLER, Türk Anayasa Hukuku, s.1398).

temellendirmek için AYM'nin bir kararını⁴³ örnek olarak kullanacağız. İddiaya şu tespitlerle özetleyebiliriz: 1) AYM norm denetimi yetkisini anayasaya aykırı bir normu geleceğe etkili olarak yürürlükten kaldırmak suretiyle kullanır, 2) denetlenen ve anayasaya aykırı olduğuna karar verilen bir norm kimi durumlarda salt denetlemeye konu metinden bazı ifadelerin çıkarılması suretiyle iptal edilemez, 3) salt metinden bazı ifadelerin çıkarılması yoluyla iptale teşebbüs edilmesi anayasaya aykırı bulunan normun dışında denetlenmeyen veya denetlenmekle birlikte anayasaya aykırı bulunmayan normların da yürürlükten kaldırılmasına yol açabilir, 4) bu gibi durumlarda AYM'nin yalnızca denetlenen ve anayasaya aykırı bulunan normu iptal etmesi ancak kanun metninin değiştirilmesi yoluyla mümkün olmaktadır, 5) iptal yetkisinin bu şekilde kullanılması neticesinde ortaya yeni bir norm çıkmadığı için kuvvetler ayrılığı ilkesine veya kanun koyucu yerine geçme yasağına aykırı bir durum söz konusu olmamaktadır.

Bir kararında⁴⁴ AYM Belediye Kanunu'nun⁴⁵ 14. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde yer alan “yaptırır” ifadesinin “itfaiye hizmeti yönünden” anayasaya aykırı olduğuna hükmetmiştir. AYM belli normların belli yönlerden anayasaya aykırı olduğuna, yani söz konusu hükmün belli durumlara uygulanması durumunda anayasaya aykırı olacağına hükmettiğinde belli yönlerden anayasaya aykırı bulunan normun metninde herhangi bir değişikliğe gidilmemekte, AYM'nin kararı normun metnine bir not olarak düşülmektedir⁴⁶.

Karara konu kanunun ilgili bendinde şöyle denmektedir:

“Madde 14 - Belediye, mahallî müşterek nitelikte olmak kaydıyla;

a) İmar, su ve kanalizasyon, ulaşım gibi kentsel alt yapı; coğrafi ve kent bilgi sistemleri; çevre ve çevre sağlığı, temizlik ve katı atık; zabıta, itfaiye, acil yardım, kurtarma ve ambulans; şehir içi trafik; defin ve mezarlıklar; ağaçlandırma, park ve yeşil alanlar; konut; kültür ve sanat, turizm ve tanıtım, gençlik ve spor orta ve yüksek öğrenci yurtları; ...sosyal hizmet ve yardım, nikâh, meslek ve beceri kazandırma; ekonomi ve ticaretin geliştirilmesi hizmetlerini yapar veya yaptırır.”

AYM'ye göre anayasaya aykırı olan şey “yaptırır” ifadesi olamaz. İfadelerin anayasaya aykırılığı söz konusu olmaz. Anayasaya aykırı olabilecek olan şey belli ifadelerden kaynaklanan normlardır. Alıntılanan kanun kesitinin belediyelerin itfaiye hizmeti yaptırmasına müsaade eden kısmı anayasaya aykırı bulunmuştur. Bu izin verici normun iptali gerekir. Bununla birlikte, kanun metninden bazı ifadelerin çıkarılarak bunun gerçekleştirilmesi mümkün değildir. Bu şekilde gerçekleştirilecek bir iptal anayasaya aykırı olan normdan daha fazlasının iptal edilmesine sebep olacaktır. Örneğin, (a) bendindeki “itfaiye” ifadesinin iptali, anayasaya uygun olan “Belediye... itfaiye... hizmetlerini yapabilir/yapmalıdır”⁴⁷ normunun da geçersiz hâle gelmesine yol açacaktır. Oysa anayasaya aykırı olan belediyenin bizzat bu işi yapması değil yaptırmasıdır. AYM tarafından anayasaya aykırı olduğuna hükmedilen “yaptırır” ifadesinin çıkarılması ise anayasaya aykırı olduğu düşünülmemeyen, belediyenin “park ve ağaçlandırma yaptırma”, “mezarlık yaptırma” gibi yetkilerini de geçersiz kılacaktır. Böyle bir durumda AYM nasıl karar vermelidir?

Tablo 1: Belediye Kanunu'nun 14/1(a) Hükmünden Ayrılma Teorisine Göre Çıkan Örnek Normlar

No	Muhatap	Konu (mahallî müşterek nitelikte olmak kaydıyla)	Gereklilik
1	Belediye	İmar hizmetleri	Yapma veya yaptırma gerekliliği
2	Belediye	Su hizmetleri	Yapma veya yaptırma gerekliliği
3	Belediye	Kanalizasyon hizmetleri	Yapma veya yaptırma gerekliliği
4	Belediye	Ulaşım hizmetleri	Yapma veya yaptırma gerekliliği
5	Belediye	İmar, su ve kanalizasyon, ulaşım gibi kentsel altyapı hizmetleri ⁴⁸	Yapma veya yaptırma gerekliliği
6	Belediye	Çevre hizmetleri	Yapma veya yaptırma gerekliliği
7	Belediye	Çevre sağlığı hizmetleri	Yapma veya yaptırma gerekliliği

Kaynak: Bu tablo Belediye Kanunu'nun 14/1(a) maddesi dikkate alınarak yazar tarafından üretilmiştir.

AYM söz konusu davada belediyelere itfaiye hizmeti yaptırma yetkisi veren normu ve yalnızca bu normu iptal etmenin yöntemi olarak “...yönünden iptal kararı” vermeyi uygun görmüştür. Gerçekten de, eğer bu yöntem bir iptal kararı olarak görülebilirse ve kendisinden beklenen sonuçları doğurursa, neticede AYM'nin yaptığı şey tek bir kanun normunu iptal etmekten ibarettir. Dolayısıyla, bu ilk örnek bakımından

⁴³ Bkz. AYM, 26.06.2019, E.2019/27, K.2019/56. RG: 11.09.2019; 30885.

⁴⁴ AYM, 26.06.2019, E.2019/27, K.2019/56. RG: 11.09.2019; 30885.

⁴⁵ 5395 sayılı Kanun, RG: 13.07.2005; 25874.

⁴⁶ Kemal Gözler'in haklı olarak vurguladığı gibi AYM'nin bir normun uygulanma kapsamını belirleme, daraltma veya değiştirme yetkisi bulunmamaktadır. Bu yöndeki kararlar yasama yetkisinin gaspı sonucunu doğurur. Bkz. GÖZLER, Kemal: “Anayasa Mahkemesinin ‘... Yönünden İptal Kararları’ Hakkında Bir Eleştiri: Anayasa Mahkemesinin 24 Şubat 2022 Tarih ve E.2021/34, K.2022/21 Sayılı Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Davalarında İstinaf Sınırı Kararı Üzerine”, <https://anayasa.gen.tr/yonunden-iptal.htm>, (Erişim: 17.11.2022). Biz bu çalışmada “...yönünden iptal” kararlarını incelemeyip, ayrılma teorisine aykırı biçimde tam bir norm teşkil etmeyen ifadelerin norm metninden çıkarılmasının da yasama yetkisini gasp sonucu doğuracağını vurgulayacağız.

⁴⁷ Metindeki “yapar” ve “yaptırır” ifadeleri esasen tasvirî ifadelerdir. Bununla birlikte, ayrılma teorisine ilişkin kısımda belirttiğimiz gibi, tasvirî ifadeler olması gereken bildirecek şekilde yorumlanabildiği sürece normu ifade eden göstergenin içinde yer alabilirler. Bu durumda “yapar” ve “yaptırır” ifadelerinin “yapabilir/yapmalıdır”, “yaptırabilir/yaptırılmalıdır” şeklinde normatif bir anlam içerecek biçimde yorumlanması mümkün olur.

⁴⁸ Kanun metninde gerekliliğin konusunu teşkil eden bu hizmetler noktalı virgüllerle ayrılmıştır. Her noktalı virgülden önce ve sonra ayrı bir konunun olduğu düşünülebilir. Ancak, bu sonuca ulaşmadan öne noktalı virgüller arasındaki gerekliliğin daha da küçük bir parçaya ayrılıp ayrılmayacağını irdelemek gerekir. Konuların ayrı normların içeriği olarak ifade edilmesi kanunun metninin genelinden çıkarılacak sonucu etkilemediği sürece farklı normların bulunduğu kabul edilmelidir.

yasama yetkisinin gaspı söz konusu değildir; AYM kendisine anayasa ile verilmiş iptal yetkisini kullanmaktadır. Uygulamada bu iptal kararı ilgili kanun maddesine dipnot olarak düşülmektedir.

Kanun maddesine düşülen bu dipnotlar bilgilendirici midir? Yoksa kanunun metni olarak mı yorumlanmalıdır? Bu dipnotların bilgilendirici olduğu düşünülürse, bunların hukuk sisteminde herhangi bir normatif değişikliğe yol açmadığı düşünülmelidir. Dipnotun yegâne amacı mevzuat bilgi sisteminden bir kanunun son hâline ulaşan bir kullanıcıyı hükümle ilgili bir iptal kararı olduğu konusunda bilgilendirmektir. Bu olasılığın sakıncası böyle bir durumda AYM'nin iptal kararının hukuk sisteminde tam olarak nasıl bir etki yarattığının anlaşılabilmesidir. Anayasa tarafından iptal kararlarının etkisi Resmi Gazetede yayınlanmalarıyla birlikte iptal edilen normu yürürlükten kaldırmasıdır. Oysa bu yöntemde herhangi bir kanun hükmünün yürürlükten kaldırıldığını söylemek bir hayli güçtür. Anayasaya aykırılık iddiasına konu olan kanun hükmünün metni, anayasaya aykırı bulunan normu ifade etmeye müsait bir biçimde hukuk sisteminde yer almaya devam etmektedir.

Eklenecek dipnotun kanun metninin bir parçası olduğu düşünülüyorsa AYM'nin bir kanun metnini “belli ifadeleri silmek suretiyle normu iptal etmek” dışında bir yöntemle değiştirip değiştiremeyeceği sorusu gündeme gelecektir. Şu kadarı açıktır: Örnek olarak gösterilen kanun metni açısından “Belediye... itfaiye... hizmetlerini yaptırabilir/yaptırmalıdır” normunun – ve sadece bu normun – iptali metinden bazı ifadelerin çıkarılmasıyla mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla, AYM ancak bazı ifadeleri ekleyerek veya bazılarını çıkarırken yenilerini ekleyerek bu normu iptal edebilir. Örneğin, AYM anayasaya aykırı gördüğü normu iptal ederken “itfaiye hizmeti” ifadesini metinden silip, bu ifadenin yer aldığı cümlemin sonuna “Belediye itfaiye hizmetlerini kendisi yürütür/yapar” gibi bir cümle ekleyeydi de metne eklenecek dipnottan beklenen sonuç gerçekleşirdi.

Bu ikinci olasılıkla ilgili tartışılacak husus elbette AYM'nin bir kanun metnini ekleme yoluyla değiştirme yetkisi olup olmadığıdır. Şu kadarından şüphe edilmemelidir: Verdiğimiz farazî örnekte AYM bir kanun normunu ve hatta tek bir kanun normunu iptal edebilmek için ne gerekiyorsa onu yapmıştır. Burada AYM'nin yetkisini aşması söz konusu değildir. Bununla birlikte, AYM'nin bu yetkiyi ancak belli ifadeleri metinden çıkarmakla kullanabileceği düşünülebilir. Bir başka deyişle, AYM'nin iptal yetkisi ifadeleri kanun metninden çıkarmak suretiyle kullanılan bir iptal yetkisi olabilir. Neticede kanun koymak, mevcut kanunları yürürlükten kaldırmak veya değiştirmek AYM'nin değil, parlamentonun yetkisidir.

Biz bu konuda değiliz. Kanımızca bu görüş esasen bir norm olan kanunla onun metnini birbirine karıştırmaktadır. Eğer AYM'nin kanun metninde yapacağı değişiklikler, daha önce hukuk sisteminde mevcut olan bir normu yürürlükten kaldırmaktan ibaret olmayıp hukuk sisteminde daha önce mevcut olmayan bir norma vücut verseydi, AYM'nin yasama yetkisini gasp ettiği söylenebilirdi. Oysa örnek olayda söz konusu olan yalnızca hukuk sisteminde mevcut bir normun anayasaya aykırılık dolayısıyla yürürlükten kaldırılmasıdır.

Bu görüşe karşı AYM'nin kanun metnindeki ifadeleri çıkarmak dışında bir değişiklik yapacağını kabul edilmesi durumunda AYM'nin bu yetkiyi kötüye kullanabileceği ileri sürülebilir. AYM'nin ve sair yüksek mahkemelerin kendilerine verilen yetkileri kötüye kullanması göz ardı edilmemesi gereken bir ihtimaldir. Neticede yasama ve yürütme organlarının yetkilerini kötüye kullanması durumunda anayasal denetim mekanizmaları işletebilmektedir. Ancak, otantik yorumcu yüksek mahkemelerin yetkilerini kötüye kullanması durumunda çoğu zaman yapacak bir şey, daha doğrusu anayasal olarak öngörülmüş bir çare bulunmaz. Bununla birlikte, bu tartışma AYM'nin hâlihazırda belli bir yetkiye sahip olup olmadığına değil, bu yetkiye sahip olmasının yerindeliğine ilişkindir. Kaldı ki hukuk sistemlerinde kararlarına karşı başvurulabilecek bir hukuki çarenin bulunmadığı, uyuşmazlıkları nihai olarak çözmeye yetkili organların olması kaçınılmazdır. Bu organların yetkilerini kararları aracılığıyla kötü kullanmaları durumunda sorun siyasi yollarla çözülür, hukuki yollarla değil. Sonuç olarak, “kötüye kullanılma” argümanının hukuk sisteminde AYM'nin sahip olduğu iptal yetkisinin kapsamı açısından bir etkisi olmadığı kanısındayız.

Bununla birlikte, AYM'nin her “...yönünden iptal kararı” iptal yetkisi kapsamında değerlendirilemeyecektir. Bu tür kararlar yalnızca ayrılma teorisi kapsamında belirlenen tek bir normun iptalinin ancak kanun metninin değiştirilmesi vesilesiyle mümkün olduğu durumlarda kabul edilebilir. Hatta iptal kararının dipnotta belirtilmesinden önce AYM'nin söz konusu metin üzerindeki değişikliği doğrudan gerçekleştirecek şekilde iptal yetkisini kullanması daha uygun olacaktır. Ancak, belli durumlarda AYM'nin “...yönünden iptal kararı” yetkisini kullanması gerçekten de yasama yetkisinin gaspı niteliği taşıyabilir. “Öğrenciler sınav sonuçlarına itiraz edemez” şeklinde bir kanun metni olduğunu varsayalım. Yine varsayalım ki AYM bu normu “üniversite öğrencileri yönünden anayasaya aykırı” buldu ve dipnot yöntemiyle AYM'nin kararı kanun metnine işlendi. İlk bölümde belirttiğimiz gibi, muhatap kitlesinin genel ifadelerle belirlendiği durumlarda bu kategorinin bireleştirilmesi veya alt kategorilere ayrılması yoluyla birden fazla normun mevcut olduğu sonucuna ulaşılmamalıdır. Dolayısıyla, böyle bir durumda AYM lise öğrencilerinin sınav sonuçlarına itiraz edememesini anayasa uygun, üniversite öğrencilerinin itiraz edememesini anayasaya aykırı bulsa bile, hukuk sisteminde bu iki gruba ilişkin iki ayrı norm mevcut değildir. Bu ve benzeri durumlarda “...yönünden iptal kararı” veren AYM Anayasanın 153/2 maddesini ihlal etmiş olacak ve kanun koyucu yerine geçerek bir normun kapsamını istisna yoluyla daraltmış olacaktır. İstisnanın kendisinin ayrı bir norm olarak yorumlanabildiği durumlarda istisna teşkil eden normun iptalinde herhangi bir sorun yoktur. Bununla birlikte, olmayan bir istisnanın yaratılması kanun *normunun* değiştirilmesi anlamını taşır ki bu AYM'yi pozitif kanun koyucu konumuna getireceği için kabul edilemez.

AYM'nin örnek olarak seçilen karardaki bir diğer stratejisi “itfaiye” ve/veya “yaptırır” ifadelerinin kanun metninden çıkararak iptal kararı vermektir. “İtfaiye” sözcüğünün çıkarılması hukuk sistemindeki şu iki normu geçersiz hâle getirecektir: 1) “Belediye itfaiye hizmetlerini yapmalıdır/yapabilir”, 2) “Belediye itfaiye hizmetlerini yaptırmalıdır/yaptırabilir”. AYM'ye göre anayasaya aykırı olan belediyeler tarafından itfaiye hizmetlerinin bizzat gerçekleştirilmesi değil, başkalarına yaptırılmasıdır. Dolayısıyla, bu ilk seçenekte anayasaya aykırı olmayan bir norm iptal edilmektedir. AYM'nin yetkisi anayasaya aykırı normları iptal etmeyi içerir. Anayasaya uygun normlara dokunulmamalıdır.

İkinci seçenekte “yaptırır” ifadesinin tek başına veya “itfaiye” ifadesiyle birlikte kanun metninden çıkarılmasıdır ki bu olasılıkta anayasaya aykırı olduğuna kanaat getirilmeyen daha fazla norm iptal edilmiş olacağından bu yöntemin de yerinde olacağı söylenemez. Anayasaya aykırı normların iptal kararıyla birlikte geçersiz kalmaması ve belediyelerin itfaiye hizmeti sunması gibi değerli ve gerekli bir hizmetten mahrum kalınmaması için AYM iptal kararının yürürlüğe girmesini Anayasanın 153/3 maddesine göre erteleyebilir. Ancak, bu durumda da AYM'nin anayasal gerekliliklere aykırı davranmamış olması veya gerekli hizmetlerin aksamaması için erteleme süresinde parlamentonun uygun kanun değişikliklerini gerçekleştirilmesi gerekecektir. Eğer yukarıda iddia ettiğimiz gibi AYM'nin “ekleyerek çıkarma” yetkisi olduğu kabul edilebilirse, gerekenden fazla ve anayasaya uygun normların iptali yerine kanun metninin değiştirilmesi yoluyla yalnızca belediyelerin itfaiye hizmetini yaptırmasının önüne geçilmesi daha doğru olacaktır.

V. SONUÇ

Ayrılma teorisi tek bir hukuk normunun hangi unsurlardan müteşekkil olduğunu belirler. Herhangi bir ayrılma teorisi muhatap, konu ve gereklilik unsurlarına dair tartışmalardan oluşur. Tek bir hukuk normunun nasıl belirleneceği sorusu anayasa yargısı açısından önemlidir. Neticede anayasaya uygun veya aykırı olan şeyler metinler değil, bu metinlerin anlamı olan normlardır. Esasen ayrılma teorisi anayasa mahkemeleri üyeleri için olduğu kadar hukukçuların geneli için de elzemdir. Her hukukçu doğru ya da yanlış, bilinçli veya bilinçsiz bir biçimde bir ayrılma teorisine sahip olmak zorundadır. Anayasa yargısı açısından ayrılma teorisinin arz ettiği önemi özel olarak vurgulayabiliriz: Anayasa mahkemelerinin üyeleri doğru bir ayrılma teorisi benimsemezlerse yasama fonksiyonunun gaspından anayasaya aykırı olmayan normların iptaline kadar türlü hukuki hataya imza atarlar.

Türk anayasal sisteminde AYM tam manasıyla bir negatif kanun koyucu olarak tasarlanmıştır. Pozitif hükümlerle AYM'nin kanun koyucu yerine geçerek yeni norm yaratamayacağı vurgulanmış, iptal yetkisi tıpkı ilga gibi denetlenen normu ileriye dönük olarak yürürlükten kaldıran bir karar olarak öngörülmüştür. Çoğu durumda kanun metninden belli ifadelerin çıkarılmasıyla normun iptal edilmesi mümkün olabilir. Bununla birlikte, öyle durumlar vardır ki salt belli ifadelerin çıkarılması yoluyla anayasaya aykırı olduğu tespit edilen normun iptali mümkün olmaz. Buna kalkışıldığında denetime konu olmayan veya anayasaya aykırı bulunmayan başka norm veya normlar da geçersiz kılınacaktır. Bu tür durumlarda anayasaya aykırı normun iptali ve anayasaya aykırı olduğuna hükmedilmeyen normların iptalinden kaçınmak ancak denetlenen normun metnini değiştirmekle mümkündür. Çalışmada “metni değiştirerek iptal” ismini verdiğimiz ve daha önce AYM tarafından tercih edilmemiş olan bu yöntemin hukuka uygun olduğunu hatta bu yöntem dışındaki yöntemlerin anayasa tarafından izin verilmeyen, anayasaya aykırı olmayan normun iptali gibi sonuçlara yol açtığını gösterdik.

Özellikle vurgulamak isteriz ki bu makalenin savunduğu AYM'nin “... yönünden iptal kararı” verebileceği değildir. Bir norm anayasaya aykırıdır veya değildir. AYM'nin belli yönlerden anayasaya aykırı bulduğu bir norm değil, belli ifadelerdir. Sorun bu ifadelerin birden fazla normun göstergesi olması ve AYM'nin bu farklı normları ayırıştırıp yalnızca anayasaya aykırı bulduğu normu iptal etmek için bir yöntem tespit edememesidir. Bizim bu çalışmada “metni değiştirerek iptal” şeklinde ifade ettiğimiz yetki basit iptal yetkisinden başka bir şey değildir. Sonuç olarak iptal normun geçersiz kılınması ise, metni değiştirerek iptal anayasaya aykırı bulunan normun geçersiz kılınmasından başka bir işlev görmemektedir.

Metni değiştirerek iptal yetkisinin kötüye kullanılmaya müsait olduğu düşünülebilir. Netice itibarıyla, AYM'nin metni değiştirerek iptal yetkisini normun başka türlü iptali mümkün olmadığı için kullandığını ve dolayısıyla da yasama fonksiyonunu gasp etmediğini kim denetleyecektir? Kuşkusuz bu tartışma ve benzeri tartışmalar yürütülebilir. Ancak, söz konusu bir hukuk sistemindeki otantik yorumcu konumundaki bir yüksek mahkeme olduğunda bu tartışma değerini bir nebze yitirmektedir. AYM'nin yetkilerine dair bir hukuki denetim mekanizması öngörülmemiştir. Metni değiştirerek iptal yetkisinin kötüye kullanılması mümkünse bile aynı tespit AYM'nin bütün yetkileri açısından yapılabilir. Yüksek mahkemeler tanımları itibarıyla hukuki denetime tâbi olmayan organlardır. Hâl böyle olunca mühim olan AYM'nin belli bir yetkiye sahip olup olmadığıdır, bu yetkiyi kötüye kullanıp kullanmayacağı, bu yetkinin AYM'ye verilmesinin gerekip gerekmediği gibi konular çalışmamızın kapsamı dışında, hukuk politikasına ilişkin sorunlardır. Kanımızca AYM iptal yetkisine sahipse, örneği gösterilen istisnai durumlar açısından metni değiştirerek iptal yetkisine de sahiptir. Hatta örnek olaya benzeyen durumlarda bu yetkiye sahip olmaması anayasaya aykırı olmayan normların iptali sonucunu doğurur ki bunun anayasaya aykırılığı konusunda herhangi bir şüphe olmamalıdır.

KAYNAKÇA

- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: “Temel Hak ve Özgürlükler Açısından Anayasa Yargısı”, Amme İdaresi Dergisi, 24(3), 1991, s.27-46.
- AUDI, Robert: Practical Reasoning and Ethical Decision, Routledge, Londra 2006.
- AUSTIN, John: The Province of Jurisprudence Determined, 2. Baskı, Cambridge University Press, Cambridge 2001.
- BENTHAM, Jeremy: Of Laws in General, The Athlone Press, Londra 1970.
- DWORKIN, Ronald M: “The Model of Rules”, The University of Chicago Law Review, 35(1), 1967, s.14-46.
- ERDOĞAN, Mustafa: Türk Anayasa Hukuku, Hukuk, Ankara 2018.
- GÖZLER, Kemal: “Anayasa Mahkemesinin ‘... Yönünden İptal Kararları’ Hakkında Bir Eleştiri: Anayasa Mahkemesinin 24 Şubat 2022 Tarih ve E.2021/34, K.2022/21 Sayılı Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Davalarında İstinaf Sınırı Kararı Üzerine”, <https://anayasa.gen.tr/yonunden-iptal.htm>, (Erişim: 17.11.2022).
- GÖZLER, Kemal: Hukuka Giriş, 18. Baskı, Ekin, Bursa 2021.
- GÖZLER, Kemal: Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, US-A, Ankara 1998.
- GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, 4. Baskı, Ekin, Bursa 2021.
- GÖZLER, Kemal: “Yorum İlkeleri”, in Ergül, Ozan (ed.), Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaştırması, KHP-TBB Ortak Yayını, Ankara 2013, s.15-119.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref: Anayasa Hukuku: Anayasa Metni ve 11. Protokole Göre Hazırlanmış Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 17. Baskı, Turhan, Ankara 2010.
- GÜLGEÇ, Yahya Berkol: Normativite ve Pozitivizm, On İki Levha, İstanbul 2020.
- HART, H.L.A.: “Scandinavian Realism”, Cambridge Law Journal, 17(2), 1959, s.233-240.
- HART, H.L.A.: The Concept of Law, 3. Baskı, Oxford University Press, Oxford 2012.
- HOHFELD, Wesley Newcomb: “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, The Yale Law Journal, 23(1), 1913, s.16-59.
- KABOĞLU, İbrahim Ö.: Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 10. Baskı, Legal, İstanbul 2015.
- KANT, Immanuel: Groundwork of the Metaphysics of Morals, 11.B., Cambridge Univ. Press, Cambridge 1999.
- KANT, Immanuel: The Critique of Pure Reason, Cambridge University Press, Cambridge 2000.
- KANT, Immanuel: The Metaphysics of Morals, Cambridge University Press, Cambridge 1991.
- KARAN, Ulaş: Öğretide ve Uygulamada Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcerası, On İki Levha, İstanbul 2018.
- KELSEN, Hans: “Anayasanın Yargısal Teminatı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 64(3), 2015, s.857-914.
- KELSEN, Hans: General Theory of Norms, Clarendon Press, Oxford 1991.
- KELSEN, Hans: Pure Theory of Law, 5. Baskı, The Lawbook Exchange, New Jersey 2008.
- KÖKÜSARI, İsmail: Anayasa Mahkemesi Kararlarının Türleri ve Nitelikleri, On İki Levha, İstanbul 2009.
- ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 18. Baskı, Yetkin, Ankara 2018.
- ÖZDEN, Yekta Güngör: “‘Anayasa Mahkemesi Kanun Koyucu Gibi Hareketle, Yeni Bir Uygulamaya Yol Açacak Biçimde Hüküm Tesis Edemez’ Kuralına Nasıl Gelindi? Bu Kuralı Nedir, Ne Değildir?”, Anayasa Yargısı, 2, 1985, s.41-90.
- RAZ, Joseph: “Legal Principles and the Limits of Law”, The Yale Law Journal, 81(5), 1972, s.823-854.
- RAZ, Joseph: “Legal Validity”, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, 63(3), 1977, s.339-353.
- RAZ, Joseph: The Concept of A Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System, 2. Baskı, Oxford University Press, Oxford 1980.
- SCHAUER, Frederick: “Was Austin Right After All?: On the Role of Sanctions in A Theory of Law”, Ratio Juris, 23(1), 2010, s.1-21.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Yahya Berkol GÜLGEÇ, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Yahya Berkol GÜLGEÇ who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.



Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that he complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnULR in all processes of the paper and that he does not make any falsification of the data collected. In addition, he declares that İnonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnonu University Law Review.

ANAYASALCILIK PARADOKSU

THE PARADOX OF CONSTITUTIONALISM

Ahmet Melihsah ÇEVLİK*  

Makale Bilgi

Gönderi: 30/12/2022
Kabul : 21/06/2023

Anahtar Kelimeler

*Anayasalcılık,
Anayasal Demokrasi,
Sınırlı İktidar,
Egemenlik,
Demokratik Anayasa.*

Article Info

Received: 30/12/2022
Accepted: 21/06/2023

Keywords

*Constitutionalism,
Constitutional
Democracy,
Limited Power,
Sovereignty,
Democratic
Constitution.*

Özet

10.21492/inuhfd.1226926 

Anayasalcılık, temel hakları güvence altına alarak iktidarı sınırlandıran, keyfi iktidarı ve iktidarın kötüye kullanımını engellemeye yönelik bir fikir, bir fenomendir. Anayasal bir devlette siyasal iktidar tahayyül edilebilecek en demokratik yöntemlerle oluşmuş olsa bile mutlak olmayıp belirli birtakım kurumsal mekanizma ve ilkeler ile kayıt altına alınmış, yani sınırlanmıştır. Bununla birlikte çağdaş rejimlerin meşruiyetini imleyen iki ilke, demokrasi ile anayasalcılık arasında bir gerilim olduğu yönünde uzun yıllardır süregelen bir tartışma söz konusudur. Siyaset ile hukuk, kurucu iktidar ile anayasal form ve anayasalcılık ile demokrasi arasındaki ilişkilerin bir çatışma ya da uzlaşmazlık ilişkisi olarak yorumlanabilirliğine gönderme yapan “anayasalcılık paradoksu” elinizdeki çalışma kapsamında irdelenmektedir. Bu kapsamda, bir anayasal formun demokratik biçimde teşekkül eden başta yasama organı olmak üzere, devlet iktidarının tüm bileşenleri karşısında sınırlayıcı bir işlev arz etmesi ile halk/millet egemenliği düşüncesinin ne ölçüde bağdaştığı tartışılmaktadır. Nihayetinde demokrasi ile anayasalcılık ilkelerinin birbirine rağmen değil, birlikte düşünülebilirliğinin koşulları değerlendirilmektedir. Demokrasi ile anayasalcılık arasındaki uzlaşmazlığın birinin diğerine tercih edilmesi suretiyle giderilmesinden ziyade anayasal demokrasinin garantörü olan anayasanın bizzat demokratik meşruiyetinin güçlendirilmesi sayesinde aşılabileceği ileri sürülmektedir. İdeolojik ve temel toplumsal tercihleri, siyasal rejimin temel niteliklerini ve siyasal iktidarın sınırlarını belirleyen potansiyeli nedeniyle anayasanın müzakere ve katılıma dayalı bir yöntemle hazırlanması bir gereklilik olarak ortaya konulmaktadır.

Abstract

Constitutionalism is a notion and a phenomenon that restricts political power by securing fundamental rights and aims to prevent arbitrariness and abuse of power. Even though political power is established by the most democratic procedures conceivable, it is not absolute but restricted by a set of institutional provisions and principles in a constitutional state. Nevertheless, a yeared argument exists that there is tension between the two elements (democracy and constitutionalism) that delineate the legitimacy of contemporary political regimes. “The paradox of constitutionalism” which refers to the interpretability of the relations between politics and law, constituent power and constitutional form, and constitutionalism and democracy as a conflict or antagonism is scrutinized in the paper. Within this scope, it is argued that a constitutional form performs a restrictive function on all constituent parts of the government, especially the democratically constituted legislature, to what extent complies with the notion of popular/national sovereignty. Ultimately, instead of antagonism, it is evaluated the conditions of co-thinkability of democracy and constitutionalism. It is asserted that rather than preferring one to the other, the antagonism might be surmountable through the strengthening of the democratic legitimacy of the constitution itself, which is the guarantor of constitutional democracy. Therefore, it is suggested as a necessity that the constitution must be designated with a method based on deliberation and participation because of its potential to determine the ideological and foundational social choices, the basic characteristics of the political regime, and the limits of the political power.

 Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

*Arş.Gör., Tarsus Üniversitesi, İktisadi İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı.
Atıf Şekli | Cite As: ÇEVLİK Ahmet Melihsah, “Anayasalcılık Paradoksu”, İnÜHFD, 14(1), 2023, s.329-341. İntihal | Plagiarism: Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

To protect democracies against the arbitrariness of those in power, it is arguable that the “social check and balance mechanisms” and “ethical and cultural standards” may be convenient, and that these may perform a restrictive function on the regime. It is evident that, particularly in societies where democratic consolidation is not supplied, these informal restrictions on the government mean nothing more than a request concerning the protection of minority rights and retaining the potentiality of the unpopular to come to power. In these circumstances, the danger emerges: reorganization of the (legitimate) political sphere based on the desire and interests of those in power. At this juncture, constitutionalism is a result of the notion of “limited power” appearing as an instrument against the threat of tyranny of the majority and corruption of government.

A developing product of Western civilization in modern times, constitutionalism and its inherent principles, which are the separation of powers, the rule of law, and fundamental rights and liberties took hold of the world in time. Ultimately, it became another principal qualification of a legitimate power with democracy. It might be said that constitutional democracies are the sole legitimate polity accepted by international public opinion. Nonetheless, an ageless argument concerning that there is tension between democracy and constitutionalism has existed.

Even though democracy refers to popular sovereignty and its appearance in practice as the rule of the majority, constitutionalism gives the impression that it can not be legitimate democratically. This is because constitutionalism sets bounds to this rule. Some authors asserted that the use of two concepts together that both threaten and support each other, the phrase “constitutional democracy” would be interpreted as an oxymoron or tautology. However, as an antithesis of an arbitrary regime, constitutionalism is an obstacle ahead of the self-destructive potential of democracy. Since it guarantees principles and values that generate democracy, such as autonomy, equality, and fundamental rights and freedoms, constitutionalism strengthens democracy. Thus, some authors argue that the characterization of a constitution as civic and democratic in content depends on certain requirements, such as providing rules and institutions which restrict political power, securing fundamental rights and freedoms over public authority, and adopting the principle of the rule of law. In other words, it is justifiable that constitutionalism and democracy give the impression that they are incompatible, but substantially they undergird or complete each other.

Instead of preferring one to the other, the main intention of the paper is to evaluate if the much-debated tension between principles is surmountable by providing the direct participation of people in the making of a constitution. Within this scope, the paradox of constitutionalism is examined. The paradox refers to the interpretability of the relations between politics and law, constituent power and constitutional form, and constitutionalism and democracy as a conflict or antagonism. As Martin Loughlin and Neil Walker used the phrase “the paradox of constitutionalism” essentially in the discussion of the constituent power to refer to the paradoxical relation between the constituent power and sovereign people, the phrase indicates a problem that the power belongs to people, but also it is specifically restricted. A constitution is human-made itself; as soon as it is created, it provides restrictions to the people who create it by hand. If so, to possess sovereignty but be restricted by some norms while using it would be named a paradox or would not? Instead of delimiting, are constitutional norms possibly increasing the utilization of power by people? Does constitutionalism have a position contrary to democracy, or on the contrary, is it a *sine qua non* of democracy?

Several theorists attempting to clarify why sovereign people make a constitution assert that a constitution, which is created by a political community, is a precommitment or a self-binding instrument. In such a way, society protects itself against the tendency to make unreasonable decisions through a constitution. Ensuring a decision’s sustainability is a political problem, and therefore adhering to one’s self-made decisions may be required, just as Ulysses did. Future generations are restricted by giving one generation the privilege of making a constitution. In this way, compared to giving privileges to all generations, a greater guarantee of freedom is provided, and arbitrariness in government is prevented. But if so, a constitution is more than a self-binding instrument; it binds the others, and it restricts the autonomy of future generations.

Even to preserve democracy, restriction of the future generation’s free will by delegates or the elite of a generation appears incoherent. The tension between two principles that characterize a legitimate regime is almost indisputable among liberal democrats and constitutionalists. Nevertheless, it is common among supporters of liberal democracy that limited power and democracy are not dismissive but promotes each other. For instance, according to R. Dworkin, democracy is possible on the condition that guarantees how the state should treat individuals, ideally within a constitutional framework. Hence, it is nonsense to mention such tension between democracy and constitutionalism, since the two are the same thing. The main expected function of a constitution is to secure rights and impose restrictions on decision-making processes. Democracy should protect itself against the tyranny of the majority, which means it should protect itself against its own potential as constitutionalism aims by its nature. According to J. Habermas, in parallel with Dworkin, the rule of law and the principle of popular sovereignty are interdependent, or mutualists because of the system of rights they embody. One of them secures personal autonomy, and the other one secures political one, and these two can be deduced from each other in terms of their substance. Just like personal and political autonomy, democracy as a principle of popular sovereignty and constitutionalism that ensures the rule of law is in a mutual relationship in respect of their contents. Therefore, it can be said that a democratic regime and lawful government can only be established together, not separately.

Even though all kinds of claims and attempts to reconcile the two principles, the tension that is not easy to resolve, or the perception in this direction is inevitable, at least in reality. One of the fields where this tension can be observed is the judicial review of laws. And another example is rigid constitutions, especially the ones that involve eternity clauses. For this reason, we suggest that the constitutions should have a civic and democratic foundation with a process based on at least maximum deliberation and participation, if not consensus. It is the “constitutive deliberation of the people” that will ensure and encourage the democratic constitution-making process. And this constitutive deliberation comes before the other (democratic) procedures and methods, the constituent assembly and constituent referendum. The legitimacy of a constitution that set bounds to the sovereignty of people would be provided only in this condition.

Our study is a doctrinal one. Various views on the paradox of constitutionalism, concepts, and institutions related to the paradox are examined. Briefly, it has been argued that constitutions should be based on broad deliberation and participation as a way of overcoming this paradox. Although the participatory constitution-making method has been widespread recently, the results of the method exceed the scope of the study. Therefore, no evaluation has been made on this subject.

I. GİRİŞ

Öz bir biçimde halkın yönetimi ya da iktidarı olarak ifade edebileceğimiz demokrasileri, iktidarda bulunanların keyfilğe yönelmesi karşısında koruyabilmek için “sosyal fren ve denge mekanizmaları” ile “etik ve kültürel kodlar”ın elverişli olabileceği; bunların yönetim üzerinde sınırlayıcı işlevler arz edeceği ileri sürülebilir¹. Yönetime dair biçimsel olmayan bu sınırlamaların, bilhassa pekişmemiş demokrasilerde, azınlık haklarının korunması ve popüler olmayanların iktidara gelebilme olasılığının muhafazası hususunda temenniden öte bir anlam ifade etmeyeceği aşıkardır. Böyle bir durumda, iktidarı elinde bulunduranların kendi iktidalarının sürekliliğini garanti etmek amacıyla (meşru) siyaset alanını arzu ve çıkarlarına göre düzenleme ve en nihayetinde demokrasiyi inkâr ve hatta ilga etme tehlikesi belirir. İşte bu noktada iktidarın sınırlanması düşüncesinin bir ürünü² olan anayasalcılık³, çoğunluğun tiranlığı ve yönetimin yozlaşması tehdidine karşı önemli bir araç olarak karşımıza çıkmaktadır.

Batı uygarlığının modern zamanlarda gelişen bir ürünü olan anayasalcılık ve ona bağlı ilkeler olan kuvvetler ayrılığı, hukukun üstünlüğü ve bireysel hak ve özgürlükler; bunlara ilişkin hukuk teori ve dogmatığı ile zaman içerisinde tüm dünyayı etkisi altına almış, demokrasi ile birlikte meşru bir yönetimin başat niteliği haline gelmiştir. Öyle ki, günümüzde anayasal demokrasilerin uluslararası toplumda meşru kabul edilen yegâne yönetim biçimi olduğu dahi söylenebilir. Bununla birlikte, halkın yönetimi anlamında demokrasi ile sınırlı iktidar anlayışının bir eseri olarak anayasalcılık arasında gerilimli bir ilişkinin var olduğu yönünde ezeli bir tartışma söz konusudur. Çağımızda anayasaların –özellikle pekişmemiş demokrasilerde– yeterli derecede saygı görmediği; bunun ise anayasalara ve anayasal çözümlere güven duyulmamasından kaynaklandığı da, ayrıca, haklı olarak ileri sürülmektedir⁴.

Anayasaların saygı duyulan belgeler haline gelebilmesi için anayasal kurum ve kavramlara açıklık getirmek, anayasaları halka açıklamak ve sair reçeteler sunulabilirse de⁵ bu yeterli değildir. Hatta böylesi bir iddia dahi anayasanın birtakım elitler tarafından kendi güçlerini tahkim etmek, ideolojilerini dayatmak amacıyla yapıldığı algısını destekler görünür. Anayasayı halka açıklamak demek, anayasanın halk tarafından değil ancak halk için yapıldığı izlenimi uyandırır. Bu durumu haklı çıkaracak somut örnekler söz konusu olsa da müzakere ve katılımı esas alan demokrasi pratiklerinin yaygınlaştığı bir dünyada anayasa yapımında seçkinçi eğilimlerden uzaklaşmak, anayasayı bir toplumsal sözleşme olarak görmek gerekir.

Günümüzde bir anayasanın meşruiyeti özellikle anayasanın yapılış sürecinde demokratik usullere bağlılık ile halkın karar alma süreçlerine bizzat katılımına dayanmakta, geniş toplum kesimlerinin eşit ve özgür yurttaşlar olarak anayasal siyasete dâhiliyeti ile değerlendirilmektedir. Bu bağlamda, çalışmada anayasalcılık (veya anayasal demokrasi) paradoksu incelenerek katılımcı anayasa yapımının bu paradoks karşısında değeri tartışılacaktır⁶.

II. ANAYASALCILIK

Maddi içeriğinden bağımsız, sırf biçimsel manada anayasa pozitif hukuk sistemi içerisinde tüm kanunların üzerinde bulunan ve diğerlerine nazaran daha zor biçimde değiştirilebilen özel statülü bir yasadır. Anayasa kavramını tanımlamaya yönelik temel eğilimlerden biri kabul edilen bu anlayış anayasa normunun tespitinde metnin içeriğinden ziyade normun hukuk sistemi içerisindeki konumu ile bu normun hangi usullerle yapılabildiğini değiştirilebileceğini esas alır. Anayasanın söz konusu normatif esaslara dayalı betimlemesi anayasanın içeriğine dair herhangi bir bilgi sunmamaktadır⁷. Bununla birlikte, şüphesiz ki her yasa belirli bir amaçla yapılır. Anayasadan beklenen ise, anayasanın biçimsel olarak bir hukuk düzeninde en tepede bulunan yasa olmasının ötesinde bireysel hak ve özgürlükleri güvence altına alması, siyasi iktidarı sınırlayan hukukî

¹ ÖZBUDUN, Ergun: Anayasalcılık ve Demokrasi (Anayasalcılık), Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s.28.

² TURHAN, Mehmet: “Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri” (Anayasa Değişiklikleri), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 33(1), 1976, s.64.

³ Türkçe literatürde *constitutionalism*’in karşılığı olarak anayasacılık terimi daha yaygın kullanılmaktadır. Ancak anayasacılık, esas itibarıyla anayasaya bağlılık anlamına gelen *constitutionism* terimine karşılık gelir. Oysa *constitutionalism* özgürlük ile otorite arasında denge sağlamak amacıyla siyasal iktidarın sınırlanmasını, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasını ifade eder. Bu fikir, yani anayasalcılık; anayasal devlet, anayasal yönetim ve anayasal demokrasi gibi kavramların içeriğini belirler. Çalışmamızda halk egemenliği düşüncesine dayanan demokrasi ile “siyasi iktidarı sınırlayan” bir form olarak anayasa arasındaki gerilim, ki biz bunu “anayasalcılık paradoksu” olarak adlandırmaktayız, ve bu gerilimin üstesinden gelinirliği ele alındığından anayasacılık yerine anayasalcılık ifadesi tercih edilmiştir. Anayasalcılık kavramına ilişkin bkz. ÖZBUDUN, Anayasalcılık ve Demokrasi, s.7; ŞİRİN, Tolga: “Anayasalcılık, Cumhuriyetçilik ve Maddi Anayasa Hakkında Notlar” <https://www.tolgasirin.com/post/anayasalcilik> (Erişim: 21.12.2022)

⁴ TURHAN, Mehmet: “Anayasa ve Anayasacılık” (Anayasacılık), Amme İdaresi Dergisi, 27(3), 1994, s.3.

⁵ TURHAN, Anayasacılık, s.3.

⁶ Bu bağlamda özellikle vurgulamak gerekir ki, elinizdeki çalışmanın temel argümanı müzakere ve katılımı dayanan anayasa yapım yöntemlerinin bir anayasanın demokratik meşruiyetine katkı sağlayacağı ve bu itibarla anayasalcılık ile demokrasi arasındaki gerilimi azaltmaya yönelik önemli bir araç olduğu yönünde teorik ve varsayımsal bir bağlama yerleşmektedir. Katılımcı anayasa yapımının ve müzakereci demokrasi pratiklerinin esas değeri; dolayısıyla ileri sürülen iddianın geçerliliği ancak mevcut deneyimlerin karşılaştırmalı olarak analiz edilmesi ile ortaya çıkacaktır. Bu ise elinizdeki çalışmanın konusu değildir. Katılımcı anayasa yapımı hakkında bkz. CHOUDHRY, Sujit/TUSHNET, Mark: “Participatory Constitution-Making: Introduction”, International Journal of Constitutional Law, 18(1), 2020, p.173-178; SAATI, Abrak Saati: The Participation Myth: Outcomes of Participatory Constitution Building Processes on Democracy, Umea University, Umea 2015; EISENSTADT, Todd A./LEVAN, A. Carl/MABOUDI, Tofigh: Constituents Before Assembly: Participation, Deliberation, and Representation in the Crafting of New Constitutions, Cambridge University Press, New York 2017.

⁷ GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt 1 (Anayasa Hukukunun Teorisi), Ekin, Bursa, 2020, s.118; TURHAN, Mehmet: Anayasal Devlet (Anayasal Devlet), Naturel Yayınları, Ankara 2005, s.12.

ilke ve kurallar tesis etmesidir⁸. Dolayısıyla anayasal bir yönetim ile kastedilen de anayasa kuralları uyarınca yönetmekten daha fazlasıdır. Anayasal bir yönetim; keyfi olmayan, sınırlanmış bir yönetimdir⁹.

Anayasalar, devletin temel örgütleniş ve işleyişini düzenlemekle birlikte modern anayasalcılığın *telos*'u Giovanni Sartori'nin ifade ettiği üzere “*garantisme*” yani güvence sağlamak, garanti altına almaktır¹⁰. Anayasalar, siyasal iktidara sınırlamalar getirdiği ve birey hak ve özgürlüklerini garanti altına aldığı ölçüde hakiki manada anayasa olarak kabul edilmektedirler¹¹. Başka bir deyişle, “modern anayasaların temel amacı devleti sınırlandırmaktır.”¹² Söz konusu bu fonksiyonu yerine getirmeyen anayasalar ise Sartori tarafından *itibari (nominal)* ya da *görünüşte (façade/fake)* anayasa olarak adlandırılmaktadır¹³.

Anayasalcılığın ve modern anayasaların bireysel hak ve özgürlükleri garanti altına almak ve siyasi iktidara sınırlar getirmek üzere geliştiği düşüncesi, on sekizinci yüzyıl anayasalcılık hareketlerinin mirasıdır¹⁴. Amerikan ve Fransız devrimleri akabinde kabul edilen dünyanın ilk yazılı anayasaları kuvvetler ayrılığı ve temel hak ve özgürlükleri siyasi iktidarı sınırlamak amacıyla benimsemişlerdir. Öyle ki, 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin 16'ncı maddesine göre “Hakların güvence altına alınmadığı ve kuvvetler ayrılığının olmadığı bir toplumda anayasa da yoktur.” Bu minvalde, genel kabule göre modern anayasalcılık, temel hakları güvence altına alarak iktidarı sınırladığı ve iktidarın kötüye kullanımını engellemeye yönelik bir fikir, bir fenomen şeklinde tanımlanabilir¹⁵.

Anayasal bir devlette siyasal iktidar tahayyül edilebilecek en demokratik yöntemlerle oluşmuş olsa bile mutlak olmayıp belirli birtakım kurumsal mekanizma ve ilkeler ile kayıt altına alınmış, yani sınırlanmıştır¹⁶. Sartori'nin vurguladığı üzere:

“... yazılı, bütünlüklü bir belge yalnızca bir araçtır. Asıl önemli olan ise amaç yani *telos*dur. Dahası İngiliz, Amerikan ve Avrupa anayasalcılığının (*constitutionalism*) amacı, *telos*u, başından beri tamamıyla aynıdır... bu ortak amaç tek bir kelimeyle, Fransızca (ve İtalyanca) bir terim olan *garantisme* ile ifade edilebilir, [içerdiği fikirler bu terimde] sentezlenebilir. Başka bir deyişle, Batı'nın her yerinde insanlar “anayasa”yı talep etmiş ya da [onu] el üstünde tutmuş çünkü bu terim onlar için temel bir norm ya da bir dizi temel ilke, keyfi iktidarı sınırlama ve “sınırlı yönetim” (*limited government*) temin etmeye müktebil bir kurumsal düzenleme anlamına gelir”¹⁷.

Bununla birlikte çağdaş yönetimlerin meşruiyetini imleyen öğelerden biri olan anayasalcılık ile bir diğeri demokrasi arasında gerilimli bir ilişkinin var olduğu yönünde uzun yıllardır süregelen bir tartışma mevcuttur¹⁸. Demokrasi halkın egemenlik hakkı ve bunun pratikteki görünümü olarak çoğunluğun yönetimine işaret ederken anayasalcılık bu yönetime sınırlar koyması itibarıyla demokrasiye zıt olduğu, demokratik olarak haklılaştırılmayacağı izlenimi yaratır¹⁹. Öyle ki, kimi yazarlar birbirine karşı tehdit oluşturan ancak bunun yanında birbirine temel de sağladığı ileri sürülen iki kavramın bir arada kullanımını olarak “anayasal demokrasi” tabirinin bir oksimoron veya totoloji şeklinde yorumlanabileceğini dahi ileri sürmüşlerdir²⁰.

Oysaki “keyfi yönetimin antitezi” olarak anayasalcılık²¹, negatif yönlerine rağmen demokrasiyi var eden özerklik, eşitlik ve temel hak ve özgürlükler gibi ilke ve değerleri garanti altına alması dolayısıyla demokrasinin kendi kendini tahrip edebilme potansiyelinin önünde bir engeldir. Bu itibarla anayasalcılık

⁸ ERDOĞAN, Mustafa: Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara 2017, s.4; TURHAN, Anayasal Devlet, s.8.

⁹ Bununla birlikte devleti sınırlama amacıyla yapılmış yazılı bir anayasası bulunan her devlet anayasal devlet olarak nitelenemez. Bu nitelermeyi yapabilmek için yöneticilerin anayasal hükümlere uygun hareket etmesi; yani, anayasanın gerçekte de karşılığının olması gerekir. Öte yandan kodifiye edilmiş bir anayasası olmayan yahut kodifiye edilmiş olmakla beraber hükümleri siyasal iktidarı sınırlamaya yönelmemiş bir anayasaya sahip devlet de anayasal devlet olarak nitelenebilir, meğerki anayasal devlet olmanın gerekleri (kuvvetler ayrılığı, bireysel hak ve özgürlükler vs.) yerine getirilsin. Bkz. TURHAN, Anayasal Devlet, s.1, 9; ayrıca bkz. ERDOĞAN, s.25 vd.

¹⁰ SARTORI, Giovanni: “Constitutionalism: A Preliminary Discussion”, The American Political Science Review, 56(4), 1962, p.855; ERDOĞAN, s.29.

¹¹ Sartori bu tarz anayasaları “*garantiste*” (garantist/güvence sağlayan) anayasa olarak adlandırır. Bkz. SARTORI, p.860.

¹² TURHAN, Anayasal Devlet, s.10. “Anayasalcılığın asli tek bir niteliği vardır: devlet yönetimini hukuken sınırlama. [Anayasalcılık] keyfi yönetimin antitezidir; karşıtı despot yönetimi, yani hukuktan ziyade iradenin hakimiyetidir” bkz. McILWAIN, Charles Howard: Constitutionalism: Ancient and Modern, Cornell University Press, New York 1947, s.21-22.

¹³ Siyasal iktidarın örgütlenişini düzenleyen ancak iktidarı sınırlamayan anayasalar itibari (*nominal*) anayasa olarak adlandırılır. Bu anayasalar etkindirler, devlet tarafından uygulanırlar. Ancak esas fonksiyonu siyasi iktidarı sınırlamak ve temel hakları garanti altına almak değil; fiilen güç sahibi olanların menfaatlerini siyasi iktidar çatısı altında formel hale getirmektir. Böylelikle elitlerin çıkarları hukuken geçerli ve meşru hale gelir. Görünüşte (*façade*) anayasalar ise esas olarak hakiki anayasa izlenimi verir ancak yakından bakıldığında *garantist* anayasalardan farklı olarak anayasanın *garantisme* fonksiyonu siyasal rejim içerisinde ihmal edilmektedir. Bu yönüyle tuzak anayasalardır (*trap-constitutions*). Bkz. SARTORI, p.861; ikinci türden anayasalar Erdoğan tarafından “kamuflej” anayasa olarak adlandırılmaktadır bkz. ERDOĞAN, s.29-30; ayrıca bkz. GÖZLER, Anayasa Hukukunun Teorisi, s.148-150.

¹⁴ SARTORI, p.860; ERDOĞAN, s.14-15; GÖZLER, Anayasa Hukukunun Teorisi, s.145.

¹⁵ TURHAN, Anayasalcılık, s.12; GÖZLER, Anayasa Hukukunun Teorisi, s.145.

¹⁶ ÖZBUDUN, Anayasalcılık, s.9; KAPANİ, Münici: Politika Bilimine Giriş, Bilgi, Ankara 1998, s.62.

¹⁷ SARTORI, p.855.

¹⁸ Tartışmanın on yedi ve on sekizinci yüzyıldaki kökenine dair bkz. SEJERSTED, Francis: “Democracy and The Rule of Law: Some Historical Experiences of Contradictions in The Striving For Good Government”, in Elster, Jon/Slagstad, Rune (ed.), Constitutionalism and Democracy (Studies in Rationality and Social Change), Cambridge University Press, Cambridge 1988, p.131-152. Tartışma başlarda despotizm ile hukukun üstünlüğü arasındadır; dönemin yazarları demokrasiden “plebisiter demokrasi”yi anlamaktadır.

¹⁹ ÖZBUDUN, Anayasalcılık, s.7; ÇEBİ, Sezgin Seymen: Anayasalcılık ve “Politik Olan”, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s.385; ERDOĞAN, s.38.

²⁰ Richard Bellamy ve Dario Castiglione'den aktaran: ÖZBUDUN, Anayasalcılık, s.8.

²¹ McILWAIN, s.21; NAL, Sabahattin/ÇİRKİN, Furkan: “Halk Egemenliği ve Milli Egemenlik Teorileri Bağlamında Anayasalcılık”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 79(2), 2021, s.604; SEJERSTED, p.134.

kimi yazarlara göre demokrasiyi tahkim eder bir nitelik arz etmektedir²². Bir anayasanın demokratik olarak tanımlanabilirliği, anayasanın devlet iktidarını sınırlayan norm ve kurumlara yer vermesi; bireysel hak ve özgürlükleri devlet otoritesi karşısında güvence altına alması, hukuk devleti ilkesini benimsemesi gibi koşullara bağlıdır. Bir başka deyişle birbirine karşı olduğu izlenimi yaratan anayasalcılık ile demokrasinin özünde birbirini destekler yahut tamamlar mahiyette olduğu da savunulmaktadır²³.

Temel kaygısı anayasalcılık ile demokrasi arasındaki –varlığı tartışmalı olan– gerilimi, birinin diğerine tercih edilmesi ile aşmaktan ziyade anayasaların demokratik meşruiyetini anayasa yapım sürecine halkın katılımını temin etmek suretiyle güçlendirerek bu gerilimin ya da paradoksun aşılabilirliğini değerlendirmek olan çalışma kapsamında bir sonraki bölümde anayasalcılık paradoksu ele alınacaktır.

III. ANAYASALCILIK PARADOKSU

Anayasalcılık paradoksu (*paradox of constitutionalism*) siyaset ile hukuk, kurucu iktidar ile anayasal form ve anayasalcılık ile demokrasi arasındaki ilişkinin bir çatışma ya da uzlaşmazlık ilişkisi olarak yorumlanabilirliğine gönderme yapmaktadır²⁴. Martin Loughlin ve Neil Walker'ın esas olarak kurucu iktidar fenomenine ilişkin yürüttükleri tartışmada kurucu iktidar ya da egemen olarak halk ile anayasal form arasındaki görünüşte paradoksal olan ilişkiyi ifade etmekte kullandıkları “anayasalcılık paradoksu”, bu makalede iktidarın halka ait olması/halktan kaynaklanması ancak bunun belirli şekillerde kayıtlanması meselesi özelinde irdelenmektedir. Kendisi de bir insan ürünü olan anayasa, ihdas edilir edilmez bizzat onu yaratan halka kısıtlamalar getirmektedir. Loughlin ve Walker'ın ifadeleriyle:

“Modern anayasalcılık, birbirine muhalif iki zaruret tarafından desteklenmektedir: devlet iktidarının nihayetinde “halkın rızası”ndan kaynaklanması ve bu iktidarın sürdürülebilir ve etkin olabilmesi için bölünmesi, sınırlanması ve belirgin kurumsal usuller vasıtasıyla kullanılması. Halk, Maistre'nin ifadeleriyle, “egemenliği kullanamayan bir hükümandır”; sahip olduğu güç, öyle görünüyör ki, yalnızca önceden kurulmuş veya kurulma sürecinde olan anayasal usuller aracılığıyla kullanılabilir. Bu en yalın ifadesiyle anayasalcılığın paradoksu olarak adlandırılabilir şeyin göstergesidir”²⁵.

Buna göre modernitenin bir sonucu olarak halk, egemenliğin yegâne sahibi konumuna gelmiştir. Ancak halk sahip olduğu egemenliği bizzat ve sınırsız bir biçimde kullanamamaktadır. Öyleyse egemenliği sahip olmak ile egemenliği kullanırken belirli normlarla sınırlı olmak bir paradoks mudur? Anayasal normlar egemenliğin (halk tarafından) kullanımını sınırlamaktan ziyade destekliyor olabilir mi? Anayasalcılık demokrasi karşısında hakikaten zıt bir yerde mi konumlanmaktadır, yoksa aksine demokratik ilkenin olmazsa olmaz koşullarından biri midir?

Çalışmanın devamında işte bu sorulara cevap aranacaktır. Ancak bu bağlamda ifade etmek gerekir ki; kurucu iktidar, yani anayasayı ilk elden yapan iktidar ile kurulu iktidar arasında ayırım yapan Fransız teorisyen Emmanuel Sieyès'e göre, kurucu iktidarı oluşturanlar monark ya da aristokratik elitler değil, halkın kendisidir²⁶. Başka bir deyişle, kurucu iktidar ile halk kastedilmektedir. Fakat halkın ne olduğunu tanımlayan ya da halkı yaratan da bizzat anayasadır²⁷. Öte yandan, anayasa halkı yarattığı anda ona birtakım sınırlamalar da getirmektedir. Kurucu iktidar olarak ifade edilen şey kendisi hiçbir şeyle kayıtlı olmayan, *hukuk-dışı* bir iktidardır²⁸ ancak bu iktidarcı belirlenen “hukuk” ve “hudutlar” gelecek kuşaklara değin varan (negatif) etki kapasitesine sahiptir. Buna göre verili bir anayasal form, demokratik biçimde teşekkül eden başta yasama organı olmak üzere devlet iktidarının tüm bileşenleri karşısında sınırlayıcı bir işlev arz etmektedir²⁹. Dolayısıyla bu tarz bir sınırlama halkın demokratik iradesinin sâdir olduğu kurumlar ile çatışma potansiyeli taşımaktadır. Söz konusu çatışma potansiyeli, bir kez ortaya çıktığı vakit, anayasa ve kurumlara ilişkin bir

²² ÇEBİ, s.385-386.

²³ ERDOĞAN, s.12-17, 38-42.

²⁴ LLUNCH, Jaime: “Constitutional Moments and the Paradox of Constitutionalism in Multinational Democracies (Spain, 2006–2019)” in Smith, Rogers M./ Beeman, Richard R. (ed.), *Modern Constitutions*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 2020, p.237; LOUGHLIN, Martin/WALKER, Neil (ed.), *The Paradox of Constitutionalism: Constitutional Power and Constitutional Form*, Oxford University Press, Oxford 2007, s.1.

²⁵ LOUGHLIN/WALKER, s.1.

²⁶ ÇEBİ, s.158. Sieyès'e göre kurucu erkin eseri olarak anayasanın menşei diğer pozitif yasalarda olduğu gibi millet ve onun iradesidir. Bkz. SIEYES, Emmanuel/Çev. DERBİL, Süheyy: “Tiers-État Nedir?” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(1-2), 1951, s.184. Bununla birlikte sonuçları bakımından halk egemenliği ile millet egemenliği ilkeleri farklılaşsa da özünde aynı oldukları varsayımından hareketle burada halk ile millet birbirinin yerine kullanılabilir. Şöyle ki, nihayetinde 1789 İhtilali *ancien régime*'in egemenlik anlayışını aynen muhafaza etmiş ancak bunu hükümdarın elinden alarak millet manevi şahsına, fiktif bir varlığa devretmiştir. Ulus ya da millet egemenliği ile kastedilen esas olarak insanın insan üzerindeki egemenliğinin ortadan kalkmasına gönderme yapar. AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali: “Demokratik Mitoslar: Halk-Ulus Egemenliği ve Siyasal Temsil”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 46(1), 1991, s.22; “Sieyès'ten esinlenen 1789'un Kurucu Meclisi üyeleri için halk denince, içinde hiçbir ayrılık ve bölünme söz konusu olmayan bütün akla geliyor. Eski rejimde var olan hukukî ayrıcalıkların kaldırılmasına karşılık iktisadî farklılaşmalardan doğan sosyal sınıfların varlığı tanınmıyordu. Daha doğrusu burjuvazinin dışındaki sınıflar daha olgunlaşmadıkları, sınıf bilincine varamadıkları için burjuva sınıfının dünya görüşü ve çıkarları halkın bütününe mal ediliyordu. Burjuvazi kendi amaçlarına uygun düşen bu bütüncü ve soyut halk anlayışını rahatça sürdürebilmek için, sosyolojik ve tarihî bir gerçeği de kapsayan millet kavramına hukukî bir anlam vererek daha da soyutlaştırdı.” SARICA, Murat: 100 Soruda Siyasi Düşünce Tarihi, Gerçek Yayınevi, İstanbul 1983, s.101.

²⁷ KANADOĞLU, Osman Korkut/DUYGUN, Ahmet Mert: *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, On İki Levha, İstanbul 2021, s.50.

²⁸ GÖZLER, Kemal: *Kurucu İktidar*, Ekin, Bursa 2016, s.53; KAPANİ, s.63.

²⁹ Soyut bir kişilik olarak millet, halkın seçtiği temsilciler tarafından temsil edilmektedir; temsilcilerin iradesi ise onu seçen halk tarafından değil, temsilcisi olduğu milletin ihdas ettiği ileri sürülen anayasa tarafından sınırlanmıştır. Bkz. “Türk Vatani ve Milletinin ebedi varlığını ve Yüce Türk Devletinin bölünmez bütünlüğünü belirleyen *bu Anayasa*, ...*TÜRK MİLLETİ TARAFINDAN*, demokrasie aşık Türk evlatlarının vatan ve millet sevgisine emanet ve tevdi olunur.” (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası başlangıç kısmından)

meşruiyet krizine yol açabilecektir³⁰. Ancak bu durum, kanımca, “sınırlı iktidar”ın kendi başına paradoksal bir yapıya yol açtığı anlamına gelmemektedir. Anayasalcılık ile demokrasinin seküler egemenlik teorilerinden hangisine denk düştüğünü tespit etmek, cevap aranan sorular nezdinde yol gösterici olacaktır.

A. Seküler Egemenlik Teorileri Bağlamında Anayasalcılık

Klasik egemenlik teorisinin fikir babası olan Jean Bodin’e göre egemenlik: mutlak, sürekli ve devredilmez bir fenomendir³¹. En üstün ve mutlak olan emretme gücüne gönderme yapan bu kavramın somutlaşmış hali ise siyasi iktidar olarak adlandırılmaktadır³². Ne var ki, çağdaş düşüncede mutlak olarak üstün, sınırsız ve devredilmez nitelikler arz eden bir egemenlik anlayışının savunulması mümkün değildir. Bir kere mutlak ve sınırsız iktidar anlayışı hukukun üstünlüğüne dayanan devlet düşüncesiyle bağdaşmaz. Hukukun üstünlüğü ilkesini benimseyen çağdaş siyasal rejimlerde devlet iktidarı sınırsız değil, aksine hukuk ile sınırlanmıştır. Öte yandan böylesi bir mutlak, sınırsız ve devredilmez iktidar kavrayışı hem yatay hem de dikey kuvvetler ayrılığı prensipleriyle de uyumlu değildir³³. Egemenlik, farklı siyasal birimler arasında bölünebileceği gibi (bkz. federal devlet); devlet iktidarının farklı devlet organları arasında paylaşılması (yasama-yürütme-yargı) esastır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, günümüz demokrasilerinde egemenliğin kaynağını açıklamaya ilişkin teorilerden teokratik olanlar, yani siyasi iktidarı elinde bulunduranların meşruiyetini tanrıdan aldıklarını kabul edenler de geçerliliğini yitirmiştir. Egemenlik artık beşerî bir kaynaktan türetilmektedir. Kimi yazarlarca demokratik egemenlik teorileri olarak adlandırılan bu teorilerin sekülerliğini ön plana çıkarmak yerinde olacaktır. Zira bu gruba giren halk egemenliği ve millet egemenliği düşüncelerinden her ikisi de iktidarın meşruiyetini insan topluluklarında aramaktadır. Bununla birlikte, aralarında büyük farklılıklar vardır ve anayasalcılık ile demokrasiden birini diğerine öncelemektedirler.

Millî egemenlik teorisini, kendisini var eden gerçek şahısların bütününden farklı, manevi bir kişilik olan “millet”e dayanmaktadır³⁴. Millet belirli bir bölgede belirli bir zamanda yaşayan insanların toplamından öte, geçmişte yaşayanları ve gelecekte yaşayacak olanları da kapsar. Bu soyut, varsayımsal varlığın iradesi tek tek ve bir bütün olarak kişilerin iradesinin üzerinde yer almaktadır. İşte, Sieyes’e göre anayasa bu bütünü iradesine dayanmaktadır³⁵. Meşru hükümetin temeli ise millet iradesine dayanan anayasaya uygun yönetimdir. Ancak Sieyes’e göre anayasa yalnızca siyasi iktidara, hükûmete ya da anayasa ile kurulan heyetlere ilişkindir; “millet bir anayasaya bağlı değildir; bağlı tutulamaz ve bağlı tutulmamalıdır da”³⁶. Dolayısıyla millî egemenlik düşüncesi anayasalcılıkla ve iktidarın sınırlanması düşüncesiyle uyum içerisindedir³⁷. Başka bir ifadeyle, soyut bir kişilik olarak millet temsilciler aracılığıyla temsil olunur ve temsilciler anayasayla sınırlanmıştır. Sınırlanan millet ve onun yüce iradesi değil, bu iradenin tecessüm ettiği temsilciler ve kurumlarıdır³⁸. Soyut bir kişilik olarak millet halihazırda yaşayan bireylerin toplamından ibaret olmadığına göre, halihazırda yaşayan halk çoğunluğunun iradesi milletin iradesini yansıtmayabilir. Bunun içindir ki, bu çoğunluğun (temsilcilerinin ve kurumların) frenlenmesi zaruret teşkil etmektedir³⁹.

Halk egemenliği ise egemenliğin yaşayan kişilerin her birine ait olduğu düşüncesine dayanır. Buna göre iktidarın ilkesi/kaynağı (*auctoritas*) ile bu egemenliğin kullanımı (*potestas*) “somut olarak belli bir zamanda millî topluluğu meydana getiren vatandaşlar kitlesine,”⁴⁰ yani halka aittir⁴¹. Somut ve yaşayan kişilerden müteşekkil halkın çoğunluğunun iradesi en üstün iradedir. Bizzat halka ait olan ve halk tarafından kullanılan egemenlik hiçbir şekilde devredilemez ve başkaları tarafından temsil olunamaz. Nitekim bu özelliği itibarıyla halk egemenliği temsili demokrasi yerine doğrudan ve yarı-doğrudan demokrasi ile bağdaşmaz. Halk egemenliğine dayanan bir yönetim, halkın iradesini önceler⁴². Dolayısıyla halk egemenliği düşüncesi halkın iradesini sınırlayan fren ve denge mekanizmalarıyla kolaylıkla bağdaştırılmaz⁴³. Fren ve denge mekanizmaları içermeyen bir anayasa ise çoğunluğun iktidarını sınırlama noktasında elverişsizdir. Halkın iradesini bu iradeyi sınırlayan bir formun üzerine yerleştiren bir siyasal yapıda, bu yapı demokratik bir yapı dahi olsa, demokrasinin geleceği tehlike altında bulunmaktadır⁴⁴.

³⁰ LLUNCH, p.237.

³¹ NAL/ÇİRKİN, s.607; KAPANİ, s.56.

³² Siyasi iktidar ile egemenlik birbirinden ayrıldığı ölçüde iktidarı sınırlama amacına bir o kadar yaklaşırlar. Bir başka deyişle, egemenliğin kaynağını geniş bir tabana yaymak egemenliği kullanan iktidarı sınırlandırmaya yarar. Egemen ve aynı zamanda siyasi iktidar olan monarkın iktidarı bu nedenden ötürü sınırsızdır. Buna karşın egemenlik kaynağının oldukça geniş bir tabana yayıldığı, örneğin millet egemenliğine dayanan devletlerde siyasi iktidar ile egemen birbirinden ayrılmış, dolayısıyla iktidarın sınırlanması amacına daha fazla yaklaşmış olacaktır. NAL/ÇİRKİN, s.608-609, 615.

³³ KAPANİ, s.59-62.

³⁴ KAPANİ, s.72.

³⁵ SIEYES, s.184; SARICA, s.100; NAL/ÇİRKİN, s.616.

³⁶ SIEYES, s.185.

³⁷ NAL/ÇİRKİN, s.619.

³⁸ KARADAŞ, Atıl Buğra: “Anayasalcılık ve Demokrasi Arasındaki İlişki: Sürekli Bir Çatışma mı Simbiyotik Bir Birliktelik mi?” Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 5(1), 2020, s.130-131, 138.

³⁹ NAL/ÇİRKİN, s.617-618.

⁴⁰ KAPANİ, s.73.

⁴¹ NAL/ÇİRKİN, s.622.

⁴² NAL/ÇİRKİN, s.624-625; KAPANİ, s.74.

⁴³ KAPANİ, s.74.

⁴⁴ Öte yandan, günümüz demokrasilerinin temsili karakteri dikkate alındığında egemenliğin kayıtsız şartsız halka ait olduğu iddiası bir illüzyon olarak görülebilir. Nihayetinde egemen halk ya da millet ise iktidar her halde onun adına konuşanların, temsilcilerin elinde olmak durumundadır. Böyle bir durumda yönetim kolaylıkla temsilcilerin hegemonyasına dönüşür. Ağaoğulları’nın ifadesiyle: “...“modern devlet”in ortaya çıkışı, demokrasiyi bir mitos, bir ütopya haline getirmiştir.” AĞAOĞULLARI, s.29.

B. Sınırlı İktidarın Sınırsız Çekiciliği

Esas meseleye dönecek olduğumuzda; iktidarı sınırlamak amacıyla bir anayasa tahsis edildiği vakit, kurucu iktidar sıfatıyla millet ya da halk adına hareket edenlerin⁴⁵ halkın iradesi üzerine ipotek koyduğu değerlendirilebilir. Zira anayasa yapıcıların aldığı bir karar ile bugün olduğu gibi gelecek de kayıt altına alınmaktadır. Halk ya da millet egemenliğinin meşru yönetimleri belirleyen esas ilke halini aldığı dünyamızda siyasal toplumların kendilerini sınırlayan kurallar tesis etme nedenleri üzerine yazan kimi düşünürler, anayasaları geleceğe dönük ön taahhüt ya da bağlayıcı kararlar olarak ele almaktadır. Örneğin ünlü siyaset kuramcılarında olan Jon Elster, egemen bir halkın kendini bağlayıcı anayasa yapma nedenlerini Yunan mitolojisindeki *Ulysses* efsanesi ile açıklamaya giriştiği *Ulysses and the Sirens* adlı eserinde; politik bir toplumda anayasa yapıcıların kendilerini hukuk ile bağlamaları ile mitolojideki *Ulysses*'in sirenlerin baştan çıkarıcı şarkılarından etkilenmemek üzere kendisinin geminin direğine bağlanmasını emretmesi bir arasında analogi kurmaktadır⁴⁶. Bu anlayışa göre politik bir topluluk tarafından ihdas edilen anayasa, toplumun makul olmayan kararlar alma eğilimine karşı kendi kendini korumak üzere ortaya koyduğu bir ön taahhüt (*precommitment*) ya da kendi kendini bağlayıcı (*self-binding*) bir araçtır⁴⁷. Çünkü insanlar gibi toplumlar da zaman zaman ortaya çıkan muhakeme problemlerinden muzdariptir. Muhakeme yeteneğindeki zayıflık, problem ve bundan kaynaklanacak tehlikeleri bertaraf etmek üzere birtakım taahhütler ya da kararlar almak gerekebilir. Anayasalar, insanların kendi kendilerini sınırlamak üzere aldıkları şahsi kararlar gibi; kamusal menfaati, hak ve özgürlükleri garanti altına almaya yarayan müşterek-toplumsal normlar olarak düşünülmelidir. Alınan bir kararın devamlılığının garanti altına alınması ise politik bir sorundur. Bunun içindir ki tıpkı *Ulysses* gibi bir strateji izlemek, kendi kararlarına bağlanmak gerekir⁴⁸. Sonuç olarak anayasalar, bu anlayışa göre, halk tarafından gönüllü olarak tesis edilen kısıtlayıcı normlardır⁴⁹. Holmes'un ifadeleriyle "Mevcut seçenekleri sınırlayan normlar, bireylerin ve toplulukların büsbütün serbest bırakıldıklarında ulaşabileceklerinden daha fazla amaçlarına ulaşmalarına olanak tanımaktadır. Anayasal sınırlamaların demokratik işlevi işte böyle bir şeydir"⁵⁰. Bir kuşağa anayasa yapma ayrıcalığı verilerek gelecek kuşaklar sınırlanır. Böylelikle tüm kuşaklara anayasa yapma ayrıcalığı verilmesine kıyasla çok daha büyük bir özgürlük güvencesi temin edilmiş, yönetimde keyfiyet engellenmiş olur⁵¹. Ancak bu çıkarımdan da anlaşılacağı üzere gerçekte, özellikle yazılı anayasaların değiştirilmesinin nitelikli çoğunluk şartına tabi olması, değiştirilmez maddeler içermesi –ki bu anayasalara katı anayasa denir– dolayısıyla anayasa yapıcıların kendilerini bağlamaktan ziyade başkalarını bağladıkları; özellikle gelecek kuşakların hareket ve kendi kaderini belirleme hürriyetlerini sınırladıkları ortadadır. "Modern anayasal metinler, yalnızca devlet otoritesinin (meşru iktidarın) biçimlerini saptamayı değil, aynı zamanda insanları belirli bir şekilde yeniden yapılandırmayı da amaçlar"⁵². Nitekim Elster da *Ulysses Unbound* adlı daha sonra yayımladığı eserinde kendi iddiasına karşı şüphelerini dile getirmiştir. Anayasalar, "*self-binding*" bir araç olmayıp başkalarını bağlamak amacıyla yapılıyor olabilir (yahut belki de bağlamak ya da sınırlamak gibi bir kudrete hiçbir suretle sahip olmayabilir)⁵³. Öyleyse, anayasayı hazırlayanların gelecek kuşaklardan ya da iradesi sınırlanan her kim ise onlardan daha akıllı ya da faziletli olduğunu varsaymak ne denli mümkündür? Ya da anayasa

⁴⁵ Bkz. ABD Anayasası giriş kısmı: "Biz, Birleşik Devletler Halkı, ...bu Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nı takdir ve tesis ediyoruz."

⁴⁶ ÖZBUDUN, Anayasalcılık, s.35; ÇEBİ, s.65; Holmes, bu "göz alıcı ibretlik hikâye"nin demokratik bir anayasanın kökenleri ve işlevlerini aydınlatmada pek de elverişli olmadığını vurgulamaktadır. Ancak Holmes'un eleştirisinin esas kaynağı *Ulysses*'in direğe bağlanmayı emretmeden önce sahip olduğu buyurma otoritesi ve mürettebatın hakkıyla itaat etme yükümlülüğüne ilişkindir. Bu ise meseleyi kurucu iktidarın hukuki niteliğine, sınır ve kapasitesine ilişkin tartışmalara götürür. Bkz. HOLMES, Stephen: "Constitutions and Constitutionalism", in Rosenfeld, Michel/Sajó, András (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford 2012, p.190.

⁴⁷ ELSTER, *Ulysses Unbound*, s.88 vd. Örneğin Cass Sunstein'in ifadesiyle "Anayasal ön-taahhüt stratejileri, akli başındalık nazarında, iradenin zayıflığı ya da basiretsizliğinin üstesinden gelmeye olanak tanıyabilir," Sunstein'den aktaran: ELSTER, *Ulysses Unbound*, s.89. Geleneksel kanya göre anayasanın kilit rolü, anayasa ile sınırlananların ani ve düşüncesizce dürtülerle hareket etmesini engellemektir. Bununla birlikte anayasaların genel olarak toplumsal kriz zamanlarında yapıldıkları dikkate alınacak olduğunda, anayasa yapıcıların bu dönemlerde ne derece "aklı başında" buldukları tartışmaya açıktır. Örneğin 1791 Fransız Anayasası iktidarı sınırlayacak çok az araca sahiptir. Bkz. ELSTER, Jon: "Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process" (*Constitution-Making Process*), *Duke Law Journal*, 45(2), 1995, p.382-383.

⁴⁸ SEJERSTED, p.144.

⁴⁹ CONSANI, Cristina Foroni Consani: "Constitutional Precommitment and Collective Autonomy: Can They Be Reconciled?" *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 7(3), 2015, p.236-237.

⁵⁰ HOLMES, Stephen: "Precommitment and the Paradox of Democracy", in Elster, Jon/Slagstad, Rune (ed.), *Constitutionalism and Democracy (Studies in Rationality and Social Change)*, Cambridge University Press, Cambridge 1988, p.236.

⁵¹ SEJERSTED, p.135.

⁵² LOUGHLIN/WALKER, p.1. Bununla beraber halk ne kadar yapılandırılmış olursa olsun değişimin, hatta anayasal değişimin (aktif) failidir. Demokrasinin anlamı buradadır: o, sabitliğe karşı belirli bir potansiyele kendini ispatlama imkânı tanır. Demokrasi hukuk normunun tabi olduğu politik istisnaya, halkın kurucu gücü yanında yıkıcı gücüne, gönderme yapar.

⁵³ Elster bu noktada XVI. Louis'nin kurucu meclise karşı giriştiği güç gösterisi akabinde yapılan anayasa değişikliği ile veto yetkisini kaybetmesi örneğini verir. Kurucu meclis yaptığı bu değişiklik ile kralı sınırlamıştır. Yahut farazi bir örnek olarak, mülkiyet hakkına anayasal bir güvence sağlayan asli kurucu iktidarın bu kararı salt çoğunlukla alması karşısında ilgili hükmün değiştirilmesi bakımından 2/3 gibi nitelikli bir çoğunluğun arandığını düşünelim. Bu örnekte, kurucu meclisin eşit oy hakkının tanınmadığı bir zamanda teşekkül ettiği de tahayyül edebiliriz. Kurucular gelecekte oy hakkının genişleyebileceğini öngörmüş olacaktırlar ki bu durumda gelecekteki çoğunlukların eylem özgürlüklerini sınırlamayı tercih ederler. Bkz. ELSTER, *Ulysses Unbound*, p.92-93. Anayasa yapıcıları tetikleyen temel motivasyonlar olarak çıkar (kişisel çıkar, grup çıkarları ve kurumsal çıkarlar); arzu (anlık, fevri ve daimi); sağduyu (kamu yararı ve bireysel haklara yönelik endişe) hakkında bkz. ELSTER, *Constitution-Making Process*, p.376-386.

yapıcılar gelecek kuşakların iradesini sınırlayabilmeye ilişkin politik, hukuki ya da ahlaki bir hakka sahipler midir?⁵⁴

Bir neslin temsilcileri ya da seçkinlerinin gelecek nesillerin iradesini sınırlaması demokrasiyi muhafaza altına almak için bile olsa kendi içinde tutarsız görünür⁵⁵. Meşru yönetimi imleyen iki ilke arasındaki gerilimin varlığına dair demokratlar ile anayasalcılar arasında bu yönde bir ortaklığın bulunduğu söylenebilir⁵⁶. Bununla birlikte sınırlı iktidar düşüncesi ile demokrasinin birbirini dışlar mahiyette olmadığı, aksine birbirini desteklediği⁵⁷ yönündeki fikirler liberal demokrasi savunucuları arasında yaygındır. Kimi yazarlar söz konusu gerilimin bir yanlış anlamadan kaynaklandığını ileri sürmüşlerdir. Söz gelişi, Ronald Dworkin'e göre halkın yönetimi anlamına gelen demokrasi bazı demokrasi savunucularının iddia ettiği üzere çoğunlukçuluk (*majoritarianism*) demek değildir. Demokrasi, devletin bireylere karşı nasıl muamele etmesi gerektiğinin ancak ideal olarak anayasal bir çerçevede garanti altına alınması koşuluyla mümkündür. Dolayısıyla anayasalcılık ile demokrasi arasındaki bir çelişkidenden bahsetmek abestir; zira bunlar yakından bakıldığında tek ve aynı şeyi işaret eder. Anayasadan beklenen temel fonksiyon birey haklarını garanti altına alması ve karar alım süreçlerine sınırlamalar getirmesidir. Demokrasinin kendisini çoğunluğun tiranlığına – yani aslında kendisine karşı– koruması gerekir ki, anayasalcılık ile kastedilen de esasen bu amaca hizmet eder⁵⁸.

Gerçekten de keyfi yönetimin önlenmesi ve temel hakların korunması noktasında yalnızca seçimler aracılığıyla gerçekleşen “dikey hesap verebilirlik” (*vertical accountability*) tek başına yeterli değildir⁵⁹. “Anayasalcılıktan yoksun bir demokrasi, çoğunluğun istibdadına... yol açar”⁶⁰. İşte, klasik demokrasinin temsili niteliğinin ve siyasi karar alma mekanizmalarında bulunan seçilmişlerin yalnızca seçim dönemlerinde tezahür eden oy hakkı aracılığıyla denetiminin ötesinde millet/halkın temsilcisi konumunda bulunanların denetimi ve sınırlanmasına hizmet eden anayasalcılık, seçimlerin özgür bir ortamda gerçekleşmesi; çoğulculuğun ve politik rekabetin, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması gibi özünde demokrasiyi güçlendiren bir fonksiyon icra etmektedir⁶¹.

Dworkin'e benzer biçimde anayasal demokrasinin çelişki yaratmadığını, hukukun üstünlüğü ile halk egemenliği ilkeleri arasında makul bir ilişki zemini sağladığını ileri süren Jürgen Habermas'a göre ise söz konusu çelişki iddiası modern anayasal demokrasilere özgüdür⁶². İktidarın anayasaya uygun kullanımı halkın bağımsız olarak kendi kaderini belirleme hakkını sınırlar görünmektedir⁶³. Bu paradoksal görünümün temelinde, demokrasi ile hukukun birleşimi yer almaktadır⁶⁴. Liberal anlayışın hâkim olduğu modern hukuk, geçmişte insan hakları düşüncesi ile ifade edilen hukukun üstünlüğü ilkesi yanında ikinci bir meşruiyet kaynağı olarak halk egemenliği ilkesine de dayanmaktadır. Hukukun üstünlüğü ilkesi demokratik iradenin teşekkülünü (temel haklar biçiminde pozitif hukukun bir parçası haline gelen) insan hakları lehine sınırlar; yurttaşların şahsi özerkliğinde (*private autonomy*) ısrar eder. Halk egemenliği ilkesi ise toplumun öz örgütlenişinde cisimleşen yurttaşların kamusal özerkliğinde (*public/political autonomy*) ısrarcıdır. Mamafih kamusal özerklik ile şahsi özerklik birbirine sınır koymakla beraber birbirini de gerekli kılmaktadır; yani biri olmadan diğeri gerçekleşemez. Bunlar, maddi olarak birbiri ile ilişkilidirler: yurttaşlar, siyasi haklar tarafından güvence altına alınan kamusal özerkliklerini ancak eşit derecede korunan şahsi özerklikleri sayesinde yeterince bağımsızlarsa icra edebilirler. Şahsi özerkliklerden eşit olarak yararlanmanın koşulu ise toplum üyelerinin politik özerkliklerini eşit yurttaşlar olarak icra edebilmesidir⁶⁵. İşte, anayasal demokrasinin normatif gerekçelendirmesinin tutarlılığı bu özerklikleri garanti altına alan ilkelerin bir aradalığına tabidir⁶⁶. Anayasal demokrasinin meziyeti budur. Demek odur ki Habermas'a göre anayasalcılık ve demokrasi birbirini dışlamaz. İçerdikleri haklar sistemi biri şahsi diğeri politik özerkliği garanti altına almaktadır⁶⁷ ki

⁵⁴ ÖZBUDUN, Ergun: “Anayasa Yapımında Yöntem Sorunları” (Yöntem Sorunları), in Ergül, Ozan (ed.), Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2011, s.157.

⁵⁵ KARADAŞ, s.138.

⁵⁶ Cumhuriyetçi görüşe göre bir anayasa ancak yurttaşlar tarafından kapsayıcı bir fikir ve irade oluşumu süreci neticesinde ortaya çıkmışsa halkın egemenliği ile rekabet etmez. Yurttaşların temel fikir ve taleplerine dayanan anayasal çoğunluğun tiranlığına karşı anayasayı başışık kılan formal mekanizmalardan daha az zorlayıcı ve fakat daha kalıcıdır. Bkz. HABERMAS, Jürgen: “Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles?” (Constitutional Democracy), *Political Theory*, 29(6), 2001, p.771. Bu konuda cumhuriyetçi ve liberal gelenekler arasındaki farklılıklarla ilişkin olarak bkz. ÇEBİ, s.78-85.

⁵⁷ Hatta anayasal devlet ile geniş anlamda çoğulcu demokrasinin eş anlamlı olduğu kimi yazarlarca ileri sürülmektedir. Her ikisi de medeni ve siyasal hakların garanti altına alındığı bir sistemi, sınırlı bir yönetimi işaret eder. Bkz. TURHAN, Anayasal Devlet, s.9.

⁵⁸ ÇEBİ, s.392; ÖZBUDUN, Anayasalcılık, s.10.

⁵⁹ ÖZBUDUN, Anayasalcılık, s.29.

⁶⁰ ÖZBUDUN, Anayasalcılık, s.28.

⁶¹ GÜVEYİ, Ümit: “Anayasa Yargısı ve Demokrasi İlişkisi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16(3), 2012, s.142-143; ayrıca bkz. ERDOĞAN, s.39.

⁶² Bkz. SEJERSTED, p.149: “Modern devlet topluma hizmet etmek üzere kuruldu, ancak aynı toplum için bir tehdit halini aldı. Demokrasi hukukun üstünlüğünü desteklemek üzere uygulamaya konuldu, ancak zamanda o prensibi baltaladı.”

⁶³ HABERMAS, *Constitutional Democracy*, p.767.

⁶⁴ OLSON, Kevin: “Paradoxes of Constitutional Democracy”, *American Journal of Political Science*, 51(2), 2007, p.331.

⁶⁵ Anayasanın bir anlamda demokrasiye için olarak bulunduğu yönündeki liberal argüman Habermas'a akla yakın görünmektedir. Ancak bunu temellendirmek için ileri sürülen gerekçeler ona göre yetersizdir. Çünkü argümanlar, düşünce ve irade oluşumu gibi anayasanın yalnızca siyasi katılım haklarına atıfta bulunur. Oysa *habeas corpus*, din özgürlüğü, mülkiyet hakkı gibi temel hakların özü; özerk bir yaşamı ve mutluluk arayışını garanti eden bireysel özgürlüktür. Liberal temel haklar, aynı zamanda kendinde değerli olan şeyleri korur; yurttaşların politik haklarını icra edebilecekleri araçsal bir işleve indirgenemezler. Bkz. HABERMAS, *Constitutional Democracy*, p.770.

⁶⁶ HABERMAS, *Constitutional Democracy*, p.766-67.

⁶⁷ OLSON, p.332.

bu nedenle birbirine bağımlıdırlar. Kamusal özerklik ile şahsi özerklik nasıl ki maddi içerik itibarıyla birbirinden çıkarsanabilirse, anayasalcılık ile demokrasi de maddi olarak birbirinden çıkarsanabilirler⁶⁸. Özetle, Habermas'a göre demokrasi ile anayasalcılık müteakıl bir biçimde maddi çıkarım ilişkisi içerisindeyler⁶⁹ ve demokratik yönetim ile hukuka uygun yönetim ancak birlikte gerçekleştirilebilir.

Habermas'a göre, anayasal demokrasinin normatif temeli "gönüllü, eşit ve özgür bireylerin" demokratik karar alım süreçlerine katılımı sayesinde temin edilmektedir. Başka bir deyişle, hukuk normunun ve anayasal düzenin meşruiyeti müzakere ve demokratik yasa yapım süreci ile ilişkilidir⁷⁰. Nihayetinde demokrasi yalnızca meşru bir yasama prosedürü oluşturmakla ilgilenmemekte; genel olarak bireysel hakların ve hukuki bir cemaatin oluşumu ve kendi kendini örgütleyebilmesi için gerekli asgari müşterekleri de tayin etmektedir⁷¹. Dolayısıyla haklar sistemi ve özerklik her iki ilkenin de (hukukun üstünlüğü ve halk egemenliği ilkelerinin) temelinde yer almaktadır.

Bu noktada ayrıca belirtilmelidir ki, Habermas'a göre anayasanın kendisi sürekli değişen ve gelişen (tamamlanmamış) bir proje⁷² olarak ele alınabilir. Kuruluş süreci anti-demokratik olsa bile, (anayasal demokraside) süreç kaçınılmaz bir biçimde hakların dinamik olarak birey lehine evrilmesiyle sonuçlanacaktır. Temel haklar sistemini gerçekleştirmek ve kademeli olarak geliştirmek uzun vadeli bir süreçtir. Bu sürecin sağlıklı bir biçimde işleyebilmesi ise yurttaşların kendi kaderini tayin hakkı olarak halk egemenliği ilkesi ile hukuka uygun yönetimin yani hukukun üstünlüğünün birlikte sağlanmasıyla mümkündür. Habermas'a göre halk egemenliği, hukuka uygun yönetimin mütemmim cüzüdür⁷³.

Her şeye rağmen öyle görünüyor ki kendisi de bir ideoloji olarak nitelenebilecek "anayasalcılık" ile halk iradesini yücelten ve egemenliğin bizzat halk tarafından kullanımına işaret eden "demokrasi" arasında çözümlenmesi kolay olmayan bir gerilim bulunmaktadır⁷⁴. Yahut en azından, demokrasi ile kurucu iktidar ve onun ürünü olan anayasa arasında teorik zeminde her türlü uzlaştırma girişimine rağmen sürekli bir gerilim realitede kaçınılmaz olacaktır. Söz konusu bu gerilimin bariz biçimde gözlemlenebileceği alanlardan biri kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimidir⁷⁵. Diğer bir örnek ise katı anayasalar ve mutlak değişmezlik prensibidir⁷⁶. Biz burada yalnızca katı anayasalar bahsine kısaca değinmek istiyoruz. Ancak bundan evvel ifade etmeliyiz ki burada yürütülen tartışma anayasal demokrasi paradoksunu bütün yönleriyle açıklamak, tartışmayı tüketici bir biçimde ele almak amacıyla yapılmamıştır. Halkın egemenliğini kısıtladığı iddia edilen ve kısmen haklılık payı olan anayasalcılığın demokrasi ile arasındaki gerilimi asgariye indirebilmenin koşulları bu makalenin esas motivasyonudur.

C. Katı Anayasalar ve Mutlak Değişmezlik

Anayasal bir normun varlığından söz edebilmek için söz konusu normun yazılı olması gerekli olmadığı gibi⁷⁷ bu koşulun varlığı da anayasal normun geçerliliği ve uygulamadaki değeri bakımından tek başına yeterli değildir. Bununla birlikte günümüzde yazılı bir anayasaya sahip olmayan devletlerin sayısı sınırlıdır⁷⁸. Arend Lijphart'ın incelediği 36 demokratik rejim arasında yazılı bir anayasaya sahip olmayan

⁶⁸ HABERMAS, *Constitutional Democracy*, p.767.

⁶⁹ HABERMAS, *Constitutional Democracy*, p.778; bu noktada antrparantez, Stephen Holmes'un tarihsel gerçekliğe dayanan kışkırtıcı iddiasını da aktarmak gerekir. Holmes'e göre anayasalar, demokrasiye veya zayıfların haklarına herhangi bir özel önem vermeyen baskın toplumsal güçlere cazip gelen birçok başka amaca da hizmet eder. Örneğin seçkinler daha fazla güvenlik, daha fazla toprak, daha fazla zenginlik, daha fazla iş birliği ve de güç için bu yolu, kendilerini sınırlama yolunu, tercih ederler. Herhangi bir demokratik halk hareketi ya da ufukta görünen bir isyan olmamasına rağmen siyasetçilerin kendilerini anayasal sınırlamalara tabi tutmasını en iyi açıklayan şey muhtemelen, *sınırlı gücün sınırsız güçten daha güçlü olabileceği* paradoksudur. Belki de bu sayede sınıf çatışması riski ve seçkinlere yönelik tehditler bertaraf edilmiş olur. Anayasaların iki bin yıldan daha uzun süredir sahip olduğu başarılarını açıklayan şey, şartlı bir biçimde kendi kendini sınırlamanın gücün pekişmesine olan katkısıdır. Holmes'un ifadeleriyle "sınırlı iktidar daha fazla iktidara yol açmasaydı, anayasalar siyasi hayatta açıkça oynadıkları ve oynamaya devam ettikleri mühim rolü asla oynamazlardı." Öte yandan Holmes'e göre tamamen olgunlaşmış, yerleşik bir demokrasi de hakikatten ziyade bir amaç veya arzu olagelmıştır. Ancak Holmes'un vurguladığı üzere güç sahipleri halkın katılımında, şeffaf bir yönetimde, azınlıkların korunmasında ve müzakere serbestisinde ne zaman ki somut bir menfaat keşfeder, işte o zamanlarda hakikaten demokratik yönetimler/dönemler ortaya çıkar. Bkz. HOLMES, p.191-198; ayrıca bkz. ÇEBİ, s.85-88: Yazar burada Cicero'nun Roma'da avam ile siyasi elitler arasındaki ilişkilere dair görüşlerinden örnekler sunar. Senatörler, Plebler Meclisinin kurulmasına razı olarak birtakım yetkilerini pleblerle paylaşmışlardır. Bu yolla Romalı elitler her halde kaybettiklerinden daha fazlasını kazanmışlardır. Nihayetinde isyan sona ermiş ve plebler soylularla eşit oldukları algısına kapılmışlardır.

⁷⁰ ÇEBİ, s.397.

⁷¹ HABERMAS, Jürgen: *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (Law and Democracy), The MIT Press, Cambridge 1996, p.111; HABERMAS, *Constitutional Democracy*, p.775.

⁷² "Bana göre yalnız içerik itibarıyla değil, meşruiyet kaynağı bakımından da demokratik bir anayasa zaman içerisinde belirgin bir başlangıcı olan gelenek inşa etme projesidir." HABERMAS, *Constitutional Democracy*, p.774; ayrıca bkz. OLSON, p.332; "...anayasa yapımı ...aynı zamanda toplumun gelişmesi için uzun vadeli bir stratejinin parçasıdır" bkz. SEJERSTED, p.145.

⁷³ HABERMAS, *Constitutional Democracy*, p.778. Siyasi rejimler açısından tarihsel deneyim farklılıklarına rağmen demokrasinin sonuçta sınırlı hükümet ve hukukun üstünlüğü için en iyi teminat olduğu yönünde ortak deneyimin daha baskın olması muhtemeldir. Bkz. SEJERSTED, p.139.

⁷⁴ ÇEBİ, s.399-400.

⁷⁵ Bu konuda bkz. METİN, Yüksel: "Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesinin Konumu", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(1), 2012, s.89-130; GÖZLER, Kemal: "Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu" (Anayasa Yargısının Meşruluğu), Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 61(3), 2006, s.131-166.

⁷⁶ Yine bu bahiste gündeme gelebilecek hususlardan biri de anayasaya aykırı anayasa değişiklikleridir. Bkz. TURHAN, *Anayasa Değişiklikleri*, s.63-104.

⁷⁷ KARADAŞ, s.136.

⁷⁸ "Yazılı anayasa olabilmesi için anayasa hukuku kurallarının içinde topladığı üstün nitelikte bir kanunun bulunması yeterlidir. Teamüli anayasa sisteminde ise anayasa adı verilecek böyle bir metin yoktur. Fakat yazılı olmayan anayasa sisteminde de anayasayı oluşturan kuralların birçoğu kanunlaştırılmış olabilir. Bu ayırımında önemli olan kıstas, Cem Eroğul'un da belirttiği gibi yazılı olmayan

rejim sayısı yalnızca üçtür⁷⁹. Dikkate değer bir diğer husus ise bu üç rejimin, Büyük Britanya, Yeni Zelanda ve İsrail'in, plüralist demokrasinin önde gelen örnekleri olmasıdır. Çoğunluk iktidarını sınırlamak açısından anayasanın yazılı olup olmamasından ziyade anayasanın katı ya da yumuşak olması çok daha önemlidir⁸⁰.

Anayasayı ilk elden yapan asli kurucu iktidarın kendinden sonra gelen tali kurucu iktidarların⁸¹ hareket serbestisini sınırlaması anlamında katı anayasalar, çağdaş demokrasilerin siyasal iktidarı sınırlamaya yönelik önde gelen araçlarındandır⁸². Bu nedendir ki katı anayasalar anayasalcılık ve demokrasi arasındaki çatışmanın gözlemlenebileceği alanların başında gelir⁸³. Anayasayı ilk elden yapan asli kurucu iktidara, tali kurucu iktidardan üstün bir statü tanınması temel bir varsayıma dayanmaktadır. Bu varsayıma göre halkın iradesi kurucu meclislerde alelade parlamentoya nazaran daha üst düzeyde tecelli etmektedir. Sieyes'e göre, kurucu mecliste yer alanlar olağanüstü yetkilere sahip, anayasal kurullarla bağlı olmayan, özgürce karar verebilen temsilciler olmalıdırlar. Ancak bu şekilde tereküp eden bir meclisin müşterek iradesi millet iradesine denk olacaktır. Kurucu meclis tarafından temsil olunan halk iradesini alelade bir parlamentoda temsil olunan halk iradesine üstün gören bu düşünce ampirik olarak sınanabilir olmaması, metafizik bir iddia olması nedeniyle eleştirilmektedir⁸⁴. Dahası, asli kurucu iktidarın istisnai niteliği ve geçmiş dönemlerde, hatta önceki kuşaklarca yapılan anayasaların belirli olağanüstü konjonktürlerde –örneğin darbe gibi antidemokratik yollarla iktidara gelen birtakım askerî/bürokratik elitlerce– yapıldığı göz önüne alındığında söz konusu kurucu meclislerin alelade parlamentolara nazaran dahi temsil kabiliyetinin düşük olması muhtemeldir. Demokratik bir toplumda arzu edilmeyen bu durumun ortaya çıkmaması için kamusal meselelere ilişkin olarak halkın mümkün olan en yüksek düzeyde mobilize olduğu dönemlerde, bizzat katılımı ile anayasa yapımına (veya değişikliğine) öncelik verilmelidir. Nitekim iddia odur ki bir anayasanın demokratik meşruiyeti söz konusu anayasanın müzakereci bir ortamda ve halkın doğrudan katılımı ile hazırlanması sayesinde azami seviyede temin edilecektir.

Kurucu iktidarın yönetimi sınırlaması hususunda başvurabileceği en temel yol literatürde katı anayasa olarak adlandırılan, “değiştirilmesi olağan kanunların değiştirilmesinden farklı ve güçleştirici yöntemlere tabi olan” bir anayasa hazırlamaktır⁸⁵. (i) Anayasa değişikliğinde nitelikli çoğunluk şartının aranması, (ii) değişikliğin halk oylamasına sunulması şartı, (iii) anayasa değişikliğinin parlamentonun birbirini izleyen farklı dönemlerinde kabul edilmesi, (iv) değişiklikler arasında belirli sürelerin geçmesi, (v) bazı hükümlerin değiştirilebilmesi için özel statülü bir kurucu meclisin teşekkülü gibi esaslar buna örnekler⁸⁶. Söz konusu güçleştirici esasların en müfrit biçimi ise mutlak değişmezlik prensibidir⁸⁷. Değiştirilmesi mutlak olarak yasaklanan anayasal kuralları hukuken geçerli bir biçimde değiştirmek mümkün değildir. Değiştirilmesi mümkün olmayan bu normlar “anayasal sınır” olarak adlandırılabilir⁸⁸. Alman hukuk literatüründe bu hükümlere “ebedi hükümler” (*eternity clauses*) de denilmektedir⁸⁹. Değiştirilmesi mutlak olarak ve doğrudan doğruya anayasa tarafından sınırlanan hükümler hiçbir koşulda, hiçbir şekilde değiştirilemez veya ilga edilemez olduğundan bu hükümler hukuk sistemi açısından sonsuzdurlar⁹⁰; ancak ve ancak hukukun dışına çıkmak suretiyle ilga edilebilirler.

Katı anayasalar, anayasayı hazırlayan kurucu iktidarın “kalıcı bir eser” ortaya koyma gayesinin bir ürünüdür. Diğer bir ifadeyle değiştirilmesi farklı yöntemlerle güçleştirilen yahut yasaklanan birtakım normlar sayesinde, esasen bir toplumsal uzlaşma belgesi olması temenni edilen anayasanın siyasal konjonktüre göre, zaman içerisinde değişen çoğunlukların arzularına bağlı olarak kolaylıkla ve sık sık değiştirilmesinin önüne geçmek, hukukun ve siyasal sistemin ana belirleyeni olan metne istikrar sağlamak amaçları⁹¹. Gel gelelim halkın kendi kararlarını kendi başına alabilmesinin önünde engel teşkil eden katı anayasalar halk egemenliği düşüncesi ile tutarsızlık arz etmektedir. Bu nedenle kimi yazarlar gelecek nesillerin geçmiş nesillerce ihdas edilen kurullarla sınırlanabilmesi fikrine karşı çıkmışlardır. Söz gelişi Amerikalı düşünür Thomas Paine'e göre:

“Dünyanın hiçbir ülkesinde kendisinden sonra gelecek olanları zamanın sonuna kadar bağlama ve denetleme veya onlara dünyanın sonsuza dek nasıl veya kim tarafından yönetilmesi gerektiğini emretme hakkına veya yetkisine sahip bir parlamento, insan türü veya insan nesli var olmadı, var

anayasa sisteminde anayasa kurallarının şekilleri itibarıyla bir hiyerarşi oluşturulmasıdır.” TURHAN, Anayasa Değişiklikleri, s. 65. Yazar teamüli anayasa terimi ile yazılı olmayan anayasaları kastetmektedir.

⁷⁹ LİPHART, Arend: Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries, Yale University Press, New Haven & London 2012, p.205.

⁸⁰ ÖZBUDUN, Anayasalcılık, s.44; KARADAŞ, s.136. Belirtmek gerekir ki, yazılı olmayan anayasalar doğası gereği yumuşak bir karaktere sahiptir. Arend Lijphart'ın zikredilen çalışmasında incelenen 36 demokratik rejimden yalnızca beşi değiştirilmesi olağan çoğunluğun sağlanmasıyla mümkün olan yumuşak anayasalara sahiptir. Söz konusu demokratik rejimlerden üçü yazılı bir anayasası olmayan Büyük Britanya, Yeni Zelanda ve İsrail; diğer ikisi ise İzlanda ve Uruguay'dır Bkz. LİPHART, p.208.

⁸¹ Kurucu iktidar teorisinin fikir babası olan Sieyes'in ifadesi ile bunlar esasen kurulu iktidardırlar.

⁸² ÖZBUDUN, Anayasalcılık, s.12.

⁸³ ÖZBUDUN, Anayasalcılık, s.31.

⁸⁴ ÖZBUDUN, Anayasalcılık, s.32.

⁸⁵ ÖZBUDUN, Anayasalcılık, s.44.

⁸⁶ LİPHART, p.206-207; ÖZBUDUN, Yöntem Sorunları, s.157.

⁸⁷ ÖZBUDUN, Anayasalcılık, s.37.

⁸⁸ KÖYBAŞI, Serkan: “Anayasalarda Değişmezlik: Değişmez Maddelerin Teorisi ve Pratiği”, Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2013, s.8.

⁸⁹ ÖZBUDUN, Anayasalcılık, s.39.

⁹⁰ KÖYBAŞI, s.9.

⁹¹ KABOĞLU, İbrahim Ö: Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar, Legal Yayıncılık, İstanbul 2014, s.12; KÖYBAŞI, s.7; ÖZBUDUN, Yöntem Sorunları, s.156.

olmayacak ve var olamaz; ve bu nedenle, bunu yapmaya ne hakkı, ne de yetkisi olanların, yapmaya çalıştığı bu yöndeki tüm hükümler, eylemler ve açıklamalar hükümsüz ve geçersizdir. Her çağ ve nesil, tüm meselelerde, kendince hareket etmek konusunda önceki çağ ve nesiller kadar özgür olmalıdır⁹².

Demokratik yollarla yapılmış dahi olsa anayasanın yalnız kurucuların iradesine değil, gelecek kuşakların iradesine de sınırlama getirmesi halk egemenliği ilkesi ile tezat bir görünüm arz edebilir. Nitekim bu husus değinildiği üzere uzun yıllardır tartışılmaktadır⁹³. Bununla beraber çağdaş demokratik rejimlerin ezici çoğunluğu “anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi”nin geçerli olduğu anayasal demokrasilerdir ve anayasal demokrasinin hukuki teminatı katı anayasalardır. “Anayasalar genellikle olağan mevzuata kıyasla hükümlerinin değiştirilmesini zorlaştıracak ancak imkânsız kılmayacak şekilde tasarlanmıştır”⁹⁴. Yukarıda zikredilen Lijphart’ın çalışmasına göre çağdaş demokrasilerde kural, değiştirilmesi olağan kanunlara nazaran güçleştirilmiş ve en azından toplumsal yaşamın temelini ilişkin değiştirilmesi yasak olan belirli birtakım hükümler içeren katı anayasalardır. Genel kabul, anayasa değişikliklerinin normal kanunlara göre farklı ve zor usullere tabi olmasıdır⁹⁵. Başka bir deyişle, çağdaş demokrasiler bakımından katı anayasalar muteber bir nitelik arz etmektedir. Çünkü iktidardakilerin yozlaşması ve çoğunluğun tiranlığı tehlikesine karşı azınlık haklarının, demokrasinin güvence altına alınması; popüler olmayan görüşlerin iktidara gelebilme kapasitesinin garanti edilmesi gibi nedenlerle alelade yasaların üzerinde yer alan ve politik sistemin temel ilkelerini belirleyen anayasal ilke ve kurallar elzemdir. Ayrıca değiştirilmesi güçleştirilmiş normlar sosyal ve siyasal istikrar açısından da elverişlidir⁹⁶. Öyleyse böylesi katı ilke ve kurallar içeren anayasaların konsensüsle olmasa bile en azından asgari düzeyde müzakere ve katılıma dayanan bir sivil/demokratik temele sahip olması temenni edilmelidir. Anayasal formun meşruiyeti ancak bu şartlarda mümkündür ve bunun için yapılması gereken anayasa yapımında halkın katılımını azami seviyede temin etmektir.

IV. SONUÇ VE ÖNERİLER

Anayasalcılık ile demokrasi kimi yazarlarca uzlaştırılması mümkün olmayan iki ilke olarak görülmekte; bu iki ilkenin bir aradalığını imleyen ve çağdaş yönetimlerin meşruiyet koşulu olan “anayasal demokrasi” ifadesi paradoksal addedilmektedir. Liberal demokrasi savunucuları ise söz konusu ilkelerin bir madalyonun iki ayrı yüzü olduğunu, birinin diğerinden çıkarsanabileceğini ileri sürmektedir. Teorik zemindeki her türlü uzlaştırma gayretine rağmen anayasalcılık ile demokrasi arasında çözümü bir hayli zor olan bir uzlaşmazlık söz konusudur. Bu uzlaşmazlık katı anayasalarda ve kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminde bariz biçimde belirmektedir.

İddia odur ki, anayasalcılık ve demokrasiyi birbirine rağmen değil ve fakat birlikte düşünebilmek için bir anayasanın ya da ülkenin temel normunun azami düzeyde demokratik bir süreç işletilerek kabul edilmesi gerekmektedir. Demokrasi ile anayasalcılık arasındaki uzlaşmazlık bu iki ilkeden birini diğerine tercih ederek değil; anayasal demokrasinin garantörü olan anayasanın bizzat demokratik meşruiyetinin güçlendirilmesi sayesinde aşılma imkân ve ihtimaline sahiptir. Bunun için de ideolojik ve temel toplumsal tercihleri, siyasal rejimin temel niteliklerini belirleyen; kişi ve grupların haklarını güvence altına alan; iktidara sınırlar koyan anayasanın katılımcı ve müzakereye dayalı bir ortamda şekillenmesi gerekmektedir.

Ancak ifade etmek gerekir ki, elinizdeki çalışmanın temel iddiası anayasalcılık ve demokrasi arasındaki gerilimli ilişkinin anayasa yapım süreçlerine halkın katılımının temin edilmesi aracılığıyla anayasaların demokratik meşruiyetinin güçlendirilmesi sayesinde asgari düzeye indirgenebileceğine ilişkin olumsuz bir temele yerleşmektedir. Olumsuzluk ile kastedilen, bir fenomen ya da olgunun “zorunlu herhangi bir doğasının olmaması, her şeyin gerçekte başka türlü de olma olasılığının her zaman mevcut olmasıdır”⁹⁷. Bu itibarla ileri sürdüğümüz argüman, liberal demokrasi/anayasalcılık bağlamında tutarlı olduğu varsayılan mantıksal bir öngörüye dayanmaktadır. Dolayısıyla ortaya konulan paradoks ve buna yönelik çözüm önerisi niteliği itibarıyla öngörülebilir olan ancak sonuçlarına dair kesin yargılarda bulunmanın mümkün olmadığı bir ilişki içerisinde. Sonuç olarak, gerçekte demokratik bir temele sahip olan, başka bir deyişle demokratik olduğu telakki edilen yöntemlerle hazırlanan bir anayasayı kesinkes “demokratik anayasa” diye nitelenecek mümkün olmayacağı gibi seçkin yapımı olan, hazırlık sürecinde geniş toplum kesimlerinin temsil edilmediği bir anayasanın da sırf bu nedenden ötürü antidemokratik bir anayasa olacağı yargısına varmak doğru olmayacaktır.

Vakia odur ki, günümüzde politik uzlaşma metni olarak anayasa fikri git gide önem kazanmaktadır. Bu nedenle demokrasilere özgü klasik anayasa yapım yöntemleri (anayasa konvansiyonu ve kurucu referandum) anayasanın demokratik meşruiyetini azami seviyede temin edebilmek adına birtakım değişikliklere uğramaktadır. Temsil ve çoğunluk ilkelerinin muhafaza edildiği, anayasa yapım sürecinin müzakereci bir ortamda ve halkın katılımı ile gerçekleştiği katılımcı anayasa yapım yöntemi eski anayasalcılığın anayasanın siyasi seçkinlerce kabul edilen bir tür mutabakat metni olduğu düşüncesinin karşısında konumlanmaktadır.

⁹² Thomas Paine’den aktaran: KÖYBAŞI, s.32.

⁹³ Bkz. KÖYBAŞI, s.26-35; ÖZBUDUN, Anayasalcılık, s.31-38; ÇEBİ, s.61-66, 385-400.

⁹⁴ ELSTER, Ulysses Unbound, p.94.

⁹⁵ TURHAN, Anayasa Değişiklikleri, s.64.

⁹⁶ ÖZBUDUN, Yöntem Sorunları, s.156-157.

⁹⁷ ÇELEBİ, Aykut: “Risk ve Olumsuzluk: Sosyal Teori-Sosyal Felsefe İlişkisini Anlamaya Yönelik İki Anahtar Kavram”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 56(1), 2001, s.24-25.

İlk örneği 1978 İspanya Anayasası olan katılımcı anayasa yapımı, müzakereci demokrasi anlayışının gelişmesi ile birlikte günümüzün tercih edilen anayasa yapım yöntemleri arasında yerini almaktadır.

Katılımcı anayasa yapımı olarak ifade edilen, halkın anayasanın hazırlık sürecinde etki ve imkân sahibi olduğu anayasa yapım yönteminin temel özelliği sürecin çıktısından ziyade sürecin kendisine ilişkindir. Açıkça ifade etmek gerekirse işin özü anayasanın hazırlık sürecinin demokratik nitelik arz etmesidir. Süreç, katılımın ve müzakerecinin olduğu bir ortamda yürütülür. Ancak elbette bu, sonuçta hazırlanan metnin demokratik ya da anti-demokratik olmasının önem taşımadığı anlamına gelmez, bilakis demokratik bir biçimde hazırlanan anayasanın anayasal demokrasiyi teminat altına alması beklenmekte ya da temenni edilmektedir.

Katılımcı anayasa yapımı bakımından yeknesak bir uygulamadan söz etmek mümkün değildir; müzakere ve katılımı temin eden her tür usul ve uygulama bu kapsamda katılımcı olarak nitelenebilir. Söz konusu yöntemler aleyhine müzakereci demokrasinin asgari bilgi ve tecrübe gerektirmesi fakat birçok örnekte bunu beklemenin mümkün olmadığı; katılımcı anayasa yapım sürecinde hazırlanan metinlerin tutarsız ve kazuistik olduğu; müzakereye katılanları ve geniş toplum kesimlerini uzlaştırmanın güçlüğü gibi iddialar ileri sürülmektedir. Bununla birlikte katılımcı anayasa yapımı toplumun anayasal farkındalığını arttırmakta; yurttaşları toplumsal meselelere duyarlı “militan yurttaş” haline getirmekte; özellikle kişi hak ve özgürlükleri bakımından ilerici metinler ortaya koyma potansiyeli taşımaktadır. Dahası anayasaya bir toplumsal uzlaşma metni niteliği yükleyen bu yöntem, anayasanın demokratik meşruiyetini güçlendirmektedir. Katılımcı anayasa yapımı leh ve aleyhine olan söz konusu bu iddialar birlikte değerlendirildiğinde söz konusu yöntemin özellikle bölünmüş toplumlarda, temel toplumsal sorunların müzakere edilmesi için elverişli bir ortam sağlayacağı; uzlaşmaya varılamasa dahi toplumsal barışa katkı sağlayabileceği ileri sürülebilir. Sırf bu nedenden ötürü katılımcı anayasa yapımı tercihe şayan görünebilir. Temsil ve çoğunluk ilkelerini tamamen terk etmek mümkün olmadığına göre anayasal sürecin, müzakereci demokrasinin güçlü bir biçimde hayata geçirildiği bir ortamda ve azami katılım teşvik edilerek yürütülmesi gerekmektedir.

Katılımcı anayasa yapımının ve müzakereci pratiklerin gerçek değeri ancak konuya ilişkin güncel anayasal gelişmelerin, farklı ülke deneyimlerinin karşılaştırmalı olarak analiz edilmesi ile ortaya çıkacaktır. Bu başka bir çalışmanın konusudur.

KAYNAKÇA

- AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali: “Demokratik Mitoslar: Halk-Ulus Egemenliği ve Siyasal Temsil”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 46(1), 1991, s.21-30.
- CHOUDHRY, Sujit/TUSHNET, Mark: “Participatory Constitution-Making: Introduction”, International Journal of Constitutional Law, 18(1), 2020, p.173-178.
- CONSANI, Cristina Foroni Consani: “Constitutional Precommitment and Collective Autonomy: Can They Be Reconciled?”, Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 7(3), 2015, p.235-242.
- ÇEBİ, Sezgin Seymen: Anayasalcılık ve “Politik Olan”, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- ÇELEBİ, Aykut: “Risk ve Olumsuzluk: Sosyal Teori-Sosyal Felsefe İlişisini Anlamaya Yönelik İki Anahtar Kavram”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 56(1), 2001, s.23-52.
- EISENSTADT, Todd A./LEVAN, A. Carl/MABOUDI, Tofiq: Constituents Before Assembly: Participation, Deliberation, and Representation in the Crafting of New Constitutions, Cambridge University Press, New York 2017.
- ELSTER, Jon: “Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process” (Constitution-Making Process), Duke Law Journal, 45(2), 1995, p.364-396.
- ELSTER, Jon: Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints, Cambridge University Press, New York, 2000.
- ERDOĞAN, Mustafa: Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2017.
- GÖZLER, Kemal: “Anayasa Yargısının Meşruluğu Sorunu”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 61(3), 2006, s.131-166.
- GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt 1, Ekin, Bursa, 2020.
- GÖZLER, Kemal: Kurucu İktidar, Ekin, Bursa, 2016.
- GÜVEYİ, Ümit: “Anayasa Yargısı ve Demokrasi İlişkisi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16(3), 2012, s.137-162.
- HABERMAS, Jürgen: “Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles?” (Constitutional Democracy), Political Theory, 29(6), 2001, p.766-781.
- HABERMAS, Jürgen: Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy, The MIT Press, Cambridge, 1996.
- HOLMES, Stephen: “Constitutions and Constitutionalism”, in Rosenfeld, Michel/ Sajó, András (ed.), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, Oxford University Press, Oxford, 2012, p.189-216.
- HOLMES, Stephen: “Precommitment and the Paradox of Democracy”, in Elster, Jon/Slagstad, Rune (ed.), Constitutionalism and Democracy (Studies in Rationality and Social Change), Cambridge University Press, Cambridge, 1988, p.195-240.
- KABOĞLU, İbrahim Ö: Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- KANADOĞLU, Osman Korkut/DUYGUN, Ahmet Mert: Anayasa Hukukunun Genel Esasları, On İki Levha, İstanbul, 2021.
- KAPANİ, Münci: Politika Bilimine Giriş, Bilgi, Ankara, 1998.
- KARADAŞ, Atıl Buğra: “Anayasalcılık ve Demokrasi Arasındaki İlişki: Sürekli Bir Çatışma mı Simbiyotik Bir Birliktelik mi?” Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 5(1), 2020, s.123-152.
- KÖYBAŞI, Serkan: “Anayasalarda Değişmezlik: Değişmez Maddelerin Teorisi ve Pratiği”, Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.

- LIJPHART, Arend: Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries, Yale University Press, New Haven & London, 2012.
- LLUNCH, Jaime: “Constitutional Moments and the Paradox of Constitutionalism in Multinational Democracies (Spain, 2006–2019)” in Smith, Rogers M./ Beeman, Richard R. (ed.), Modern Constitutions, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2020, p.237-60.
- LOUGHLIN, Martin/WALKER, Neil (ed.), The Paradox of Constitutionalism: Constitutional Power and Constitutional Form, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- McILWAIN, Charles Howard: Constitutionalism: Ancient and Modern, Cornell University Press, New York, 1947.
- METİN, Yüksel: “Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesinin Konumu”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(1), 2012, s.89-130.
- NAL, Sabahattin/ÇİRKİN, Furkan: “Halk Egemenliği ve Milli Egemenlik Teorileri Bağlamında Anayasacılık”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 79(2), 2021, s.599-635.
- OLSON, Kevin: “Paradoxes of Constitutional Democracy”, American Journal of Political Science, 51(2), 2007, p.330-343.
- ÖZBUDUN, Ergun: “Anayasa Yapımında Yöntem Sorunları”, in Ergül, Ozan (ed.), Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2011, s.155-175.
- ÖZBUDUN, Ergun: Anayasalcılık ve Demokrasi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- SAATI, Abrak Saati: The Participation Myth: Outcomes of Participatory Constitution Building Processes on Democracy, Umea University, Umea 2015.
- SARICA, Murat: 100 Soruda Siyasi Düşünce Tarihi, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1983.
- SARTORI, Giovanni: “Constitutionalism: A Preliminary Discussion”, The American Political Science Review, 56(4), 1962, p.853-864.
- SEJERSTED, Francis: “Democracy and The Rule of Law: Some Historical Experiences of Contradictions in The Striving For Good Government”, in Elster, Jon/Slagstad, Rune (ed.), Constitutionalism and Democracy (Studies in Rationality and Social Change), Cambridge University Press, Cambridge, 1988, p.131-152.
- SIEYES, Emmanuel: “Tiers-État Nedir?” Çev. DERBİL, Süheyp, AÜHFD, 8(1-2), 1951, s.136-207.
- ŞİRİN, Tolga: “Anayasalcılık, Cumhuriyetçilik ve Maddi Anayasa Hakkında Notlar” <https://www.tolgasin.com/post/anayasalcilik> (Erişim: 21.12.2022)
- TURHAN, Mehmet: “Anayasa ve Anayasacılık”, Amme İdaresi Dergisi, 27(3), 1994, s.3-12.
- TURHAN, Mehmet: “Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 33(1), 1976, s.63-104.
- TURHAN, Mehmet: Anayasal Devlet, Naturel Yayınları, Ankara, 2005.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Ahmet Melihsah ÇEVLIK, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Ahmet Melihsah ÇEVLIK who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors' Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that he complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnÜHFD in all processes of the paper and that he does not make any falsification of the data collected. In addition, he declares that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.

KAMUYA YARARLI BİR İŞTE ÇALIŞTIRMA YAPTIRMININ HUKUKİ DÜZENLEMESİ VE ETKİLİLİĞİ: TÜRK VE HOLLANDA CEZA HUKUKUNUN KARŞILAŞTIRILMASI

THE LEGAL REGULATION AND EFFECTIVENESS OF COMMUNITY WORK: A COMPARISON OF TURKISH AND NETHERLANDS CRIMINAL LAW

Buket ABANOZ ÖZTÜRK*  10.21492/inuhfd.1212344 

Makale Bilgi

Gönderi: 30/11/2022
Kabul : 27/06/2023

Anahtar Kelimeler

*Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma,
Ücretsiz Çalışma,
Denetimli Serbestlik,
Türkiye,
Hollanda.*

Özet

Türkiye’de tutuklu ve hükümlü sayısı, istikrarlı bir şekilde artış göstermekte ve ceza infaz kurumlarının doluluk oranları da buna paralel şekilde artmaktadır. Yeni infaz kurumları inşa etmek veya genel af ilan etmek gibi geçici çözümlerin aksine, hapis cezasına seçenek yaptırımlar, infaz kurumlarındaki kapasite sorununa kalıcı bir çözüm olabilir. Bu çalışmada hapis cezasının verilmesinin ağır, diğer mevcut yaptırımların da hafif olarak kabul edildiği durumlarda, bir ara yaptırım olarak ön plana çıkan ve yakın dönem ceza adalet politikaları arasında en başarılılarından biri olarak kabul edilen “kamuya yararlı bir işte çalıştırma” yaptırımının Türkiye ve Hollanda ceza adalet sistemindeki yeri, hukuki niteliği, infazı ve sonuçları karşılaştırılmalı olarak sunulmaktadır. Ülkemizde kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımının kökleri Osmanlı Devleti’ne dayanmakla birlikte 2005 yılında Türk ceza mevzuatında yaşanan değişikliğe ve 2006 yılında denetimli serbestlik müdürlüklerinin faaliyete geçmesine kadar dikkate değer bir gelişme yaşanmamıştır. Hollanda’da ise kamuya yararlı bir işte çalıştırma 1970’li yıllardan itibaren denetimli serbestlik kapsamında uygulanmaktadır. Karşılaştırmak üzere Hollanda örneğinin seçilmesinin iki sebebi bulunmaktadır. İlki, Hollanda’da 2001 yılında ceza kanununda yapılan değişiklikten sonra, kamuya yararlı bir işte çalıştırmanın müstakil uygulanabilen bir ceza olarak kendine has bir yapıya bürünmüş olmasıdır. Hollanda’nın aksine, Türkiye’de kamuya yararlı bir işte çalıştırma ise bir ceza türü olarak düzenlenmemiştir. Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırım olarak, ödenmeyen adli para cezalarından dönüştürülen veya ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin koşullu salıverilmeleri sırasında denetimli serbestlik kapsamında yükümlülük olarak ücretsiz çalıştırmaya hükmedilebilmektedir. İkincisi, bu yaptırımın sonuçlarının Hollanda’da ampirik olarak test edilmiş olmasıdır. Yapılan bilimsel araştırmalar, kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımının suçun tekrarrünün önlenmesinde etkili olduğunu destekler niteliktedir. Bu kapsamda çalışmada, kamuya yararlı bir işte çalıştırmanın Hollanda’daki uygulaması ve sonuçlarının, Türkiye için yol gösterici olup olamayacağı tartışılmaktadır.

Article Info

Received: 30/11/2022
Accepted: 27/06/2023

Keywords

*Community Work,
Probation,
Unpaid Work,
Turkey,
Netherlands.*

Abstract

The rate of the prison population and occupancy level in prisons in Turkey are increasing steadily. The alternative sanctions can be a permanent solution to the capacity problem in prisons instead of temporary solutions such as building new prisons or amnesty. In this study, the legal regulation, the execution, and the results of the community work, which is considered to be one of the most successful in recent criminal justice policies and in cases where the imprisonment is heavy and other existing sanctions are considered light, in the Turkish and Dutch criminal justice systems are presented comparatively. Although the roots of community work in Turkey were based on the Ottoman Empire, there was no remarkable development until the amendment in the Turkish penal legislation in 2005 and the operation of the Probation Directorates in 2006. In the Netherlands, it has been implemented within the scope of probation since the 1970s. There are two reasons why I chose the Dutch example for comparison. First, after the 2001 amendment to the penal code in the Netherlands, community work has taken on a unique structure as a punishment that can be applied independently. Contrary to the Netherlands, community work is not regulated as a form of punishment in Turkey. However, community work is applied as an alternative sanction to short-term imprisonment, or unpaid fines can be converted into it. In addition, during the release of the convicts in the penitentiary institution on probation, community work may be imposed as a liability. Second, the consequences of this sanction have been empirically evaluated in the Netherlands. Scientific researches support that the sanction of community work is effective in preventing crime. In this study, it is discussed whether the practice and consequences of community work in the Netherlands can be a guide for Turkey.

 Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.

*Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Ana Bilim Dalı.

Atıf Şekli | **Cite As:** ABANOZ ÖZTÜRK Buket “Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma Yaptırımının Hukuki Düzenlemesi ve EtkİLİLİĞİ: Türk ve Hollanda Ceza Hukukunun Karşılaştırılması”, İNÜHFD, 14(1), 2023, s.342-357. **İntihal** | **Plagiarism:** Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

The rate of the prison population in Turkey is increasing steadily. Turkey has the highest incarceration rate in Europe in 2022, with 179,611 prisoners and a population rate of 374 per 100 thousand people. The occupancy level in prisons is also increasing accordingly in Turkey. Turkey has an occupancy level of 113% in 2022. On the other hand, the Netherlands had one of the lowest incarceration rates in Europe in 2022, with 11,623 prisoners and a population rate of 66 per 100,000 people. The Netherlands also has an occupancy level in prison of 73%. Therefore, unlike the Netherlands, the number of prisoners and the occupancy level in Turkey show how serious the situation is. The alternative sanctions can be a permanent solution to the capacity problem in prisons instead of temporary solutions such as building new prisons or amnesty.

In this study, the legal regulation, the execution, and the results of the community work, which is considered to be one of the most successful in recent criminal justice policies and in cases where the imprisonment is heavy and other existing sanctions are considered light, in the Turkish and Dutch criminal justice systems are presented comparatively. There are two reasons why I chose the Dutch example for comparison. First, after the 2001 amendment to the penal code in the Netherlands, community work has taken on a unique structure as a punishment that can be applied independently. Contrary to the Netherlands, community work is not regulated as a form of punishment in Turkey. However, community work is applied as an alternative sanction to short-term imprisonment, or unpaid fines can be converted into it. In addition, during the release of the convicts in the penitentiary institution on probation, community work may be imposed as a liability. Second, the consequences of this sanction have been empirically evaluated in the Netherlands. Scientific researches support that the sanction of community work is effective in preventing crime. In the study, it is discussed whether the practice and consequences of community work in the Netherlands can be a guide for Turkey.

The roots of the sanction of community work in Turkey are based on the punishment of shovels and shackles in the Ottoman Empire. However, there was no remarkable development until the changes in the Turkish penal legislation in 2005 and the commissioning of probation directorates in 2006. After adopting the Turkish Penal Code No. 5237 in 2005, the community work sanction was regulated as unpaid and paid employment. With the provision of article 14/4 of Law No. 5402 on Probation and Help Centers and Protection Boards, which was adopted in the same year, the execution of employment was left to the newly established probation directorates. Community work is regulated as an alternative sanction to a short-term prison sentence of 1 year or less in article 50/1/f of the TPC. Community work, which is a relatively new sanction in our country, is not regulated as an independent punishment and an obligation given by the prosecutor at the investigation stage, unlike the legal regulation in the Netherlands. In Turkish law, it may be beneficial to regulate it as an independent penal sanction in addition to imprisonment and fines. Because, in terms of its current legal arrangement, it is almost a "grace". The social acceptance of this sanction as an adequate punishment is necessary for its frequent implementation. However, the more frequent imposition of this sanction, which can break the central position of the prison sentence, also depends on the widening of the application area.

It does not seem possible to provide reliable data on community work decisions as an alternative to short-term imprisonment in Turkey. Because the Turkish Statistical Institute (TUIK) does not make such a distinction when grouping the convictions. The Probation Department of the Ministry of Justice in Turkey has been publishing probation decisions regularly since 2006. According to these data, the number of community work decisions generally increased after 2012. The number of community work decisions was 30 in 2007 and 294 in 2010; Then, it increased to 15,003 in 2012, 96,155 in 2014, and 400,742 in 2021. Important legal regulations regarding community work are effective in this increase. With the amendment dated 05/04/2012, article 105/A was added to Law No. 5275 on the Execution of Penalties and Security Measures, and prisoners were allowed to be released on probation in return for their community work. Then, with the amendment dated 18/06/2014, the provision of converting the unpaid fine to community work was added to the Code of Execution of Penalties and Security Measures numbered 5275 with article 106/3. Thus, the application area of the community work sanction was increased, and the execution of the sanction was left to the Probation Directorates, allowing it to be institutionalized.

In the Netherlands, community work sanction, which was regulated for the first time in 1981, was initially accepted as an alternative to imprisonment for adults. According to the 22c provision of the Dutch Penal Code (DPC), community work consists of the penalty for unpaid work, and convicts can be employed for a maximum of 240 hours. In 1989, community work for adults was accepted as a separate punishment alongside imprisonment and a fine. Penalties under article 9/1-a of DPC; are listed as death penalty, imprisonment, community work and fine. This stand-alone penalty is "unpaid work in the public interest". However, the most important change was the adoption of the community work sanction together with the training order for adults on 1 February 2001. With this regulation in 2001, community work has become a unique sanction that includes more than one obligation, including a work penalty and an education penalty. In this case, the main penalty is the work penalty. However, this penalty can consist of only a work penalty or an education penalty, or it can consist of both. These two separate punishments are gathered under a common roof in the form of work punishment (taakstraf). Therefore, according to this new regulation, it can be decided not only to study, but also to receive training or to follow a learning project as a sanction (DPC art. 77h-2). Considering the aims of reintegrating the convict into society and preventing crime, supporting the community work order with education can be seen as an important gain. In Turkey, as in the Netherlands, it may be beneficial to create the content of the work penalty together with education.

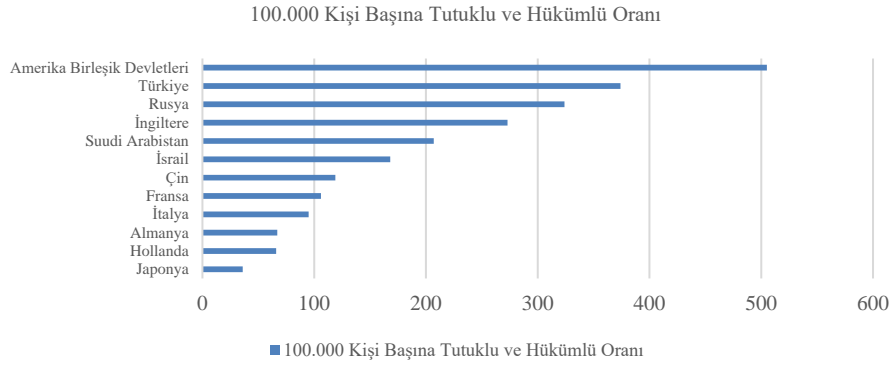
Finally, scientific research conducted in the Netherlands supports that community work sanction is effective in preventing recidivism. These results can be a guide for Turkey. However, it is not possible to say that exactly the same results will be obtained. Therefore, the effectiveness of existing practices in Turkey should be evaluated scientifically. This depends on researchers being able to access official data (police records, justice statistics) more easily, at least as detailed as possible for scientific evaluation. In this research, it is stated that it is not possible to reach even the number of community work decisions given by the court as an alternative sanction. For this reason, the addition of data on community work decisions among alternative sanction types and alternative sanction types in the Justice Statistics published by the Turkish Statistics Institute will contribute to the increase in academic studies in this field.

I. GİRİŞ

Ceza adalet sistemleri, önceleri sadece faili cezalandırmak, toplum ve mağdurun intikam duygularını tatmin etmek ve potansiyel suçluları caydırmak amaçlarını güderken; günümüzde bireyin suç işlemesini önlemek ve faili topluma yeniden kazandırmak amaçlarını hedeflemektedir¹. Bu kapsamda, tarihi süreç içerisinde yaptırım türleri de değişkenlik göstermiş, ölüm cezası ve bedensel cezalar yerini hürriyeti bağlayıcı cezalara bırakmıştır. Günümüzde hapis cezası hâlâ ceza adalet sistemlerinin bel kemiği olmaya devam etmekle birlikte infaz kurumlarındaki doluluk oranları ve hapsedmenin yol açtığı birtakım sakıncalar, cezalandırmayla güdülen amaçların gerçekleştirilmesinde hapsedmenin en uygun yaptırım türü olup olmadığının sorgulanmasını sağlamıştır.

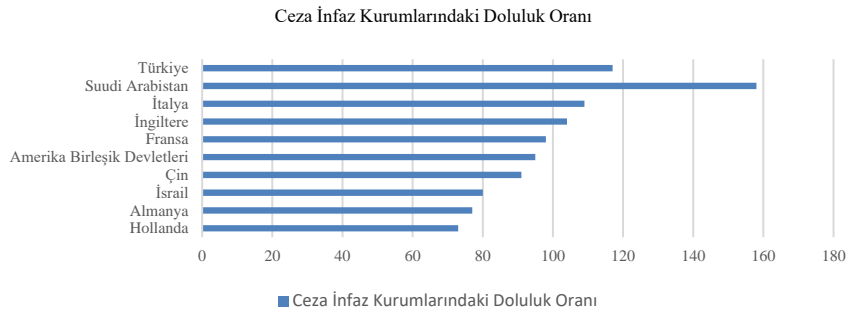
Aşağıda yer alan Şekil 1’de, 2022 yılında 100 bin kişi başına tutuklu ve hükümlü sayılarını içeren hapsedme oranları gösterilmektedir. Amerika’daki hapsedme oranı (incarceration rate), Batı Avrupa ülkelerinin beş ila sekiz katı, Japonya’nın ise neredeyse on dört katıdır. Bununla birlikte Çin, Amerika’dan daha yüksek tutuklu ve hükümlü sayısına sahip olmasına rağmen 100 bin kişide 119 hükümlü ve tutuklu oranı ile ortalama bir Avrupa ülkesinin hapsedme oranına sahiptir. Hollanda’da ise 11 bin 623 tutuklu ve hükümlü bulunmaktadır. Bu bakımdan Hollanda, 100 bin kişide 66 hapsedme oranı ile Avrupa’nın en düşük hapsedme oranına sahip ülkelerinden biridir. Türkiye’de ise 336 bin 315 tutuklu ve hükümlü bulunmaktadır. Bu açıdan Türkiye, 100 bin kişi başına 392 hapsedme oranı ile Avrupa’daki en yüksek hapsedme oranına sahip ülkedir².

Şekil 1: 2022 Yılı Bazı Ülkelerde 100.000 Kişi Başına Tutuklu ve Hükümlü Oranı³



Ülkelerin genel nüfusu dikkate alınarak hesaplanan bu ciddi tutuklu ve hükümlü oranlarına, infaz kurumlarındaki kapasite sorunu da eşlik etmektedir. Şekil 2’de görüleceği üzere, Avrupa ülkeleri başta olmak üzere Amerika’da ve Asya’da birçok ülkede 2022 yılı itibarıyla mevcut infaz kurumu kapasitesinin üzerine çıkmış durumdadır. Amerika’daki tutuklu ve hükümlü sayısındaki artışa rağmen, infaz kurumlarında kapasite sorununun Avrupa ve Asya’ya nazaran kontrol altına alınabilir boyutta kalışı dikkate değerdir. Bununla beraber, Hollanda’daki ceza infaz kurumları %73 doluluk oranı ile Avrupa’nın kapasite sorunu görece az olan sayılı ülkelerinden biridir. Türkiye ise %117 doluluk oranı ile kapasitenin üzerinde gözükmektedir⁴.

Şekil 2: 2022 Yılı Bazı Ülkelerde Ceza İnfaz Kurumlarındaki Doluluk Oranları



¹ DÖNMEZER, Sulhi Dönmezer/ERMAN Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Beta Basım, İstanbul 1999; KAYA, Musa: “Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma Yaptırımının Türk Ceza Adalet Sistemindeki Tarihsel Süreci”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XX(3), 2016, s.258.

² World Prison Brief, Highest to Lowest- Prison Population Rate, http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison_population_rate?field_region_taxonomy_tid=All, (Erişim: 20.10.2022).

³ Şekil 1 ve Şekil 2, “World Prison Brief” adresinde yer alan veriler kullanılarak yazar tarafından oluşturulmuştur. World Prison Brief, Highest to Lowest- Prison Population Rate, http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison_population_rate?field_region_taxonomy_tid=All, (Erişim: 20.10.2022).

⁴ World Prison Brief, Highest to Lowest- Prison Population Rate, http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison_population_rate?field_region_taxonomy_tid=All, (Erişim: 20.10.2022).

İnfaz kurumlarındaki kapasite sorunu karşısında, hapsedmenin sınırlandırılması ve seçenek yaptırımlara hükmedilmesi eğilimi güç kazanmaktadır⁵. 1960'lardan itibaren cezanın faydacı amacının ön plana çıkması, hürriyeti bağlayıcı cezadan beklenen faydanın görülememesi ve infaz rejimlerinde suçlunun iyileştirilmesi ve topluma kazandırılmasının zorunlu kıldığı değişiklikler başka yaptırım türleri arayışını ortaya çıkarmıştır⁶. Hapishanelerin hoşgörüsüz bir okul, iç karartıcı bir atölye⁷, adeta bir suç okulu gibi etkide buldukları ifade edilmiştir. Geline bu noktada, hapis cezasının tamamen kaldırılmasının mümkün olmadığı kabul edilmiş, fakat bu cezanın, son çare olarak düşünülmesi, imkân olan her halde hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi yolu önerilmiştir. Seçenek yaptırımlardan daha iyi bir çözüm de henüz bulunamamıştır. Hapis cezasının verilmesinin ağır, diğer mevcut yaptırımların da hafif olarak kabul edildiği durumlarda bir ara yaptırım olarak öne çıkan "kamuya yararlı bir işte çalıştırma" ise hapsedmenin sebep olduğu birçok sorunu çözebilecek yapıda görünmektedir.

Kamuya yararlı bir işte çalıştırmada, hükümlü evinde kalmaya, okula veya işine gitmeye devam edebilmektedir. Kalan zamanlarında bir kamu kurumunda veya bazı kâr amacı gütmeyen kuruluşlarda ücretsiz olarak çalıştırılmaktadır⁸. Kamuya yararlı bir işte çalıştırma, ilk ortaya çıktığında, infaz kurumlarının kapasite sorunu nedeniyle hapis cezasının yanında müstakil bir yaptırım türü olarak düşünülmesine rağmen zamanla hem hapis cezasına alternatif hem de ödenmeyen para cezalarından çevrilen hapis cezasının yerine uygulanmaya başlanmıştır⁹. Kamu yararına çalıştırma, yakın dönem cezalandırma politikaları içinde en başarılılardan biri olarak gösterilmektedir. Bu başarı, bir ara yaptırım olabilmeye dayanmakla birlikte¹⁰, bunun dışında, kamuya yararlı bir işte çalıştırma ile elde edilebilecek birçok fayda gösterilebilir:

1. Kamuya yararlı bir işte çalıştırma, mahkûmu ceza infaz kurumunun dışında tutmaktadır. Dolayısıyla infaz kurumlarındaki kapasite sorununun önüne geçilebilir ve hapsedmenin ortaya çıkaracağı masrafları büyük oranda azaltabilir¹¹.
2. Kamuya yararlı bir işte çalıştırma ile fail sebep olduğu zararı topluma ödemektedir. Bunu edilgen bir şekilde değil, etken bir şekilde yapmaktadır¹².
3. Hükümlü, hapsedmenin neden olduğu savunmasızlık, güvensizlik, iş bulma ve mesleği başarmayı engelleyici negatif psikolojik etkilerden korunabilmektedir. Yani çalışma sadece bir kazanç veya beceri sağlamamakta; aynı zamanda bir tedavi aracıdır. Boş zaman suçlulukta önemli bir faktördür ve hükümlünün boş zamanlarının bu şekilde doldurulması, beden hareket edip zihnin bir konuyla meşgul edilmesi, tedirgin edici düşüncelerden uzaklaştırılmasını sağlar¹³.
4. Suçlunun ailesi ve sosyal çevresi ile olan ilişkisi kesilmemektedir. Hükümlü, ailesinden, çevresinden ve sosyal hayatından mahrum kalmamaktadır. Böylece mümkün olan en geniş ölçüde damgalanmanın önüne geçilebilir¹⁴.
5. Hükümlünün hapishanede maruz kalabileceği suçlardan korunması, yeni suç tipleri ile tanışması ve onları normalleştirmesinin önüne geçilebileceği de öngörülmektedir.

Bununla beraber, kamu yararına çalıştırma Avrupa'da ilk kez 1972 yılında İngiltere ve Galler'de hukuki olarak düzenlenmiştir. Avrupa Konseyi tarafından 1975 yılında yayınlanan raporda, hapis cezasına seçenek olarak bazı yaptırımlar konusunda daha fazla inceleme yapılması istenilerek ekonomik yaptırımların hürriyeti bağlayıcı cezalara seçenek olabileceği ileri sürülmüştür¹⁵. Bu süreçle birlikte Hollanda'da 1981, Fransa, İrlanda ve Danimarka'da 1982, Portekiz'de 1983, Norveç'te 1984 yılında kamu yararına çalışma yaptırımı mevzuatta yerini almıştır¹⁶. Ülkemizde kamuya yararlı bir işte çalıştırmanın kökleri Osmanlı Devleti'ndeki kürek ve pranga cezalarına dayanmakla birlikte 2005 yılında Türk ceza mevzuatında yaşanan değişikliklere ve 2006 yılında denetimli serbestlik müdürlüklerinin faaliyete geçmesine kadar dikkate değer bir gelişme yaşanmamıştır¹⁷.

Bu çalışmada, kamuya yararlı bir işte çalıştırmanın öncelikle Hollanda'daki hukuki düzenlemesi, infazın nasıl yapıldığı ve sonuçları değerlendirilecek; ardından Türk Hukuku'ndaki mevcut durum izah edilecektir. Karşılaştırmak üzere Hollanda örneğinin seçilmesinin iki nedeni bulunmaktadır. İlki, 2001 yılında Hollanda Ceza Kanunu'nda yapılan değişiklikten sonra, kamu yararına çalıştırmanın müstakil ve kendine has bir yapıya bürünmüş olmasıdır. Nitekim Hollanda'nın aksine, Türkiye'de kamuya yararlı bir

⁵ ERDEM, Mustafa Ruhan: "Kısa Süreli Özgürlüğü Bağlayıcı Cezaların İnfazı ve Yeni Seçenekler", İnfaz Hukukunun Sorunları Sempozyumu, Başkent Üniversitesi, Öz-Özen Matbaa, Ankara 1993, s.194; İNCE, Hüseyin: Kısa Süreli Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Yaptırımlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s.109.

⁶ ÇİÇEK, Mustafa: Kısa Süreli Hapis Cezalarına Seçenek Olarak Sunulan Yaptırımların Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi, Adli Tıp Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Aralık 2009, s.59; GÖKTEPE, Kaya: Kamuya Yararlı İşlerde Çalıştırma Yaptırımı ve Kamuya Yararlı İşlerde Çalıştırma Yaptırımının Tarihsel Gelişim Süreci, TAAD, 10(37), Ocak 2019, s.236.

⁷ FOUCAULT, Michel: Hapishanelerin Doğuşu, Çev. M.Ali Kılıçbay, İmge Yayınları, Ankara 1992, s.292.

⁸ İNCE, s.111.

⁹ IVOR, Gill Mc/BEYENS, Kristel/BLAY, Ester/BOONE, Miranda: "Belçika, Hollanda, İskoçya ve İspanya'da Kamu Yararına Çalışma (Karşılaştırmalı Değerlendirme)", Çev. Burhan Alıcı, Küresel Bakış, 2(6), 2012, s.93.

¹⁰ BOONE, Miranda: Only for minor offences: Community service in the Netherlands, European Journal of Probation, University of Bucharest, 2 (1), 2010, s.36; IVOR ve diğerleri, s.94.

¹¹ AVCI, Mustafa: Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenekler, İstanbul Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul 1994, s.113.

¹² MADEN, Mehmet: Hapis Cezasına Seçenekler, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s.210.

¹³ AVCI, s.113.

¹⁴ DEMİRBAŞ, s.473.

¹⁵ GÖKTEPE, s.237.

¹⁶ GÖKTEPE, s.237.

¹⁷ Kamuya yararlı bir işte çalıştırmanın tarihi gelişim süreci hakkında bkz. GÖKTEPE, s.229; KAYA, 2016.

işte çalıştırma, müstakil bir ceza veya savcının hükmedebileceği bir yükümlülük olarak düzenlenmemiştir. İkincisi ise, bu yaptırımın sonuçlarının ülkede ampirik olarak test edilmiş olmasıdır. Yapılan bilimsel araştırmalar, kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımının suçun tekerrürünün önlenmesinde etkili olduğunu destekler niteliktedir. Bu bakımdan çalışmada, kamuya yararlı bir işte çalıştırmanın Hollanda'daki uygulaması ve sonuçlarının, Türkiye için yol gösterici olup olamayacağı tartışılacaktır.

II. KAMUYA YARARLI BİR İŞTE ÇALIŞTIRMA

A. Hollanda

1. Hukuki Düzenleme

Hollanda'da ilk kez 1981 yılında hukuki olarak düzenlenen kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımı; ilk başta yetişkinler için hapis cezasına seçenek olarak kabul edilmiştir¹⁸. Hollanda Ceza Kanunu (HCK) 22c hükmüne göre, kamu yararına çalıştırma, ücretsiz çalışma cezasından ibaret olup en fazla 240 saate kadar hükümlü çalıştırılabilir. Fakat bu kanuni düzenleme yapılmadan evvel, aslında pilot uygulamaları başlatılmıştır¹⁹. 1974 yılında ceza adalet sistemindeki yaptırımları geliştirmek üzere bir komite kurulmuştur ve 1980 yılında bu komitenin önerileri doğrultusunda çeşitli bölge mahkemeleri nezdinde çalıştırma cezası ile ilgili araştırmalar yapmak üzere Adalet Bakanlığı özel bir komisyon görevlendirmiştir. 19 bölge mahkemesinde yapılan araştırmalar ve uzmanlarla yapılan görüşmelerin sonunda, 1981 yılında 8 bölge mahkemesi bünyesinde kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararları verilmeye başlanmıştır²⁰.

Kısa bir süre sonra, 1989 yılında yetişkinler için kamuya yararlı bir işte çalıştırma hapis ve adli para cezasının yanında müstakil bir ceza olarak kabul edilmiştir²¹. HCK m.9/1-a hükmünde cezalar; idam, hapis, kamuya yararlı bir işte çalıştırma ve adli para cezası olarak sayılmıştır. Bu müstakil ceza, kamuya yararlı ücretsiz çalışmadır. Başka bazı ülkelerde de (İngiltere, Belçika gibi) Hollanda örneğinde olduğu gibi uygulamadaki tecrübe ve birikimin ardından benzer bir hukuki sürecin takip edildiği belirtilmelidir²².

Fakat asıl önemli değişiklik, 1 Şubat 2001 tarihinde kamuya yararlı bir işte çalıştırmanın, yetişkinler için eğitim emri ile birlikte uygulanmasının kabul edilmiş olmasıdır. 2004 yılından itibaren ise bu düzenleme çocukları da kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Bu durumda temel ceza, çalışma cezasıdır. Ancak bu ceza; sadece çalışma ya da eğitim emrinden oluşabileceği gibi, her ikisinin birleşiminden de oluşabilmektedir²³. Bu iki müstakil yaptırım, çalışma cezası (task sentence/taakstraf) şeklinde ortak bir çatıda toplanmaktadır. Dolayısıyla bu yeni düzenlemeye göre, sadece çalışmaya değil, eğitim alınmasına ya da bir öğrenme projesini takip edilmesine de bir yaptırım olarak karar verilebilmektedir (HCK m.77h-2). Bu durumda kamuya yararlı bir işte çalıştırma cezası üç şekilde olabilir. Birincisi, hükümlünün sadece ücretsiz bir işte çalıştırmasına veya suçtan kaynaklanan zararın giderilmesi için bir işin yaptırılmasına karar verilebilir. İkincisi, bir eğitim alınmasına ya da bir eğitim projesini takip etmesine karar verilebilir. Üçüncüsü ise hem bir işte çalıştırmasına hem de bir eğitim alınmasına birlikte karar verilebilir. 2001 yılındaki bu düzenlemeyle, kamuya yararlı bir işte çalıştırma, çalışma cezası ve eğitim cezası olmak üzere birden fazla yükümlülüğü içeren kendine has bir yaptırım haline gelmiştir (HCK m.77-h). Eğer hükümlü, çalışmayı yerine getirmese, her iki saatlik çalışma için bir gün hapsedilmesi mümkündür²⁴. Çalışmanın yerine getirilmemesi nedeniyle hükümlünün hapsedilmesi en az bir gün en fazla dört ay sürebilir (HCK 22-d).

2001 yılında yapılan değişikliğin bir diğer önemli yönü, kamuya yararlı bir işte çalıştırmaya hem hâkimin hem de savcının hükmedebilmesidir²⁵. Hâkim, en fazla 240 saati kamu yararına çalıştırma olmak üzere, eğitim emri ile birlikte toplamda 480 saate kadar bu yaptırıma hükmedebilmektedir. Çocuklar için ise bu süre en fazla 120 saate kadar verilebilir. Eski düzenlemede, hâkimin yaptırılacak işin içeriğini de belirlemesi gerekirken; 2001 yılından itibaren, hâkim sadece işin doğasını ve eğitimin türünü belirlemekte, denetimli serbestlik merkezi ise işin görüleceği ve eğitimin verileceği kuruma karar vermektedir²⁶.

Hollanda'da hâkimin hükmedeceği kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararında sanığın rızası aranmamaktadır. Özellikle risk değerlendirme sistemi ile hüküm öncesi aşamada hazırlanan sosyal araştırma raporları, rızanın alınmamasının ortaya çıkaracağı olumsuz sonuçları asgari seviyede tutmaya çalışmaktadır²⁷. Hâkim tarafından hükmedilen kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararı, bir yıl içinde infaz edilmelidir. Savcı bu sürenin bir yıl daha uzatılmasını isteyebilmektedir²⁸.

Hollanda'da savcı da kamu davasını açmak yerine uzlaşma görüşmeleri sırasında kamuya yararlı bir işte çalıştırma teklif edebilir. Savcının karara hükmedilebilmesi şüphelinin kabulüne bağlıdır. Eğer şüpheli bunu kabul ederse, bağımsız bir hâkim önüne çıkma hakkından feragat eder. Savcı en fazla 60 saate kadar ücretsiz çalışmaya hükmedebilir (HCK m.77f-2). Şüphelinin bu teklifi kabulünden itibaren, eğer ceza sadece çalışmadan oluşuyorsa 4 ay içinde infazın gerçekleştirilmesi gerekir. Fakat çalışmanın yanı sıra bir eğitime de hükmedildiyse bu durumda 6 ay içinde tamamlanması gerekir. Savcı, gerekli görürse bu süreyi 6 ay daha

¹⁸ BOONE, s.22,23.

¹⁹ IVOR ve diğerleri, s.89.

²⁰ SPAANS, 1998.

²¹ BOONE, s.23.

²² ALICI, s.160.

²³ ALICI, s.141.

²⁴ BOONE, s.25.

²⁵ BOONE, s.29.

²⁶ BOONE, s.29.

²⁷ ALICI, s.148.

²⁸ BOONE, s.24.

uzatılabilir. Savcının kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararı verebileceği suçlar, genellikle trafik suçları, lisanssız avlanma, dükkândan yapılan görece küçük hırsızlıklardır²⁹.

Kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımının hükmedilemeyeceği suçlar ise HCK m.22b/1 hükmünde düzenlenmektedir. Hükme göre; altı yıl veya daha fazla hapis cezası ile cezalandırılan ve mağdurun vücut bütünlüğünü ciddi şekilde ihlal eden, Kanun'un 181, 240b, 248a, 248b, 248c ve 250. maddelerinde tanımlanan suçlardan birini işleyenler hakkında bu yaptırıma hükmedilemez. Ayrıca hükümlü, beş yıl içinde benzer bir suçtan kamuya yararlı bir işte çalıştırma cezasına çarptırılmış ve cezası infaz edilmişse ikinci işlediği suçta çalıştırma yaptırımına hükmedilemez (HCK m.22b/2).

Bununla birlikte, Hollanda'da kamuya yararlı bir işte çalıştırma yasağı ile alakalı yakın zamanda önemli değişiklikler de yapılmıştır. İlki, cinsel suçlarda ve şiddet suçlarında bu yaptırıma hükmedilmesi yasaklanmıştır. Ayrıca 2021 yılında yapılan değişiklikle asayiş ve güvenliğinin sağlanması bakımından kamu görevi yürüten kişilere karşı işlenen şiddet suçları da kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırım yasağı kapsamına dahil edilmiştir. İkincisi, mükerrerler için bu yaptırıma hükmedilmesinin çok istisnai durumlarda mümkün kılınmasına yöneliktir. Hâkimler ve uzmanlar bu yasa değişikliği tasarısını ciddi şekilde eleştirmektedir. Çünkü tasarının, bilimsel verilerle destekleniş yetersiz bulunmaktadır. Ayrıca özgürlüğü bağlayıcı cezanın yanında önemli bir yeri olan bu yaptırımın sonuçlarının daha fazla araştırılması ve tartışılması gerektiği düşünülmektedir³⁰.

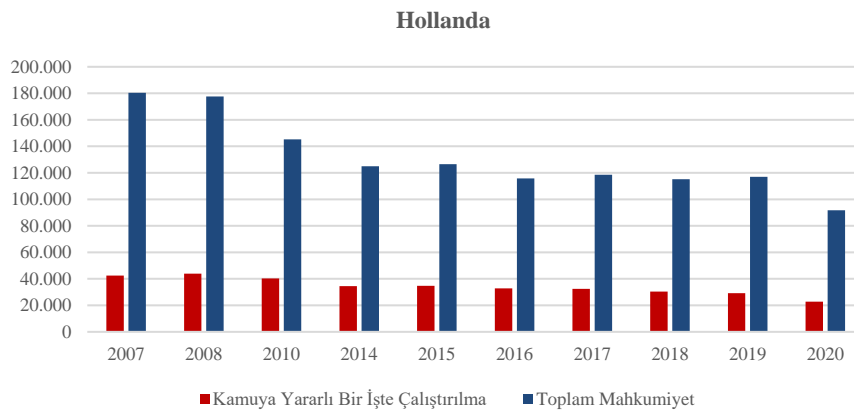
2. Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma Yaptırımına İlişkin Bilgiler

a. Karar Oranı

Hollanda'da kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımı, yaklaşık 40 yıldır uygulanmaktadır. 1995 yılında, ceza mahkemelerinde verilen kararların %15'i kamuya yararlı bir işte çalıştırma iken; 2006 yılında bu oran %30'a yükselmiştir³¹. 2000 ile 2008 yılları arasında kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararlarının sayısı ikiye katlanırken, 2010 yılından itibaren karar sayılarında bir miktar düşüş yaşanmıştır³². Bu düşüşte, medyada dile getirilen ve toplumun bir kısmında taraftar bulan çalışma cezasının bazı kategorideki suçlara çok hafif gelmesi eleştirileri etkili olduğu ifade edilmektedir³³. Nitekim şiddet suçlarında ve cinsel suçlarda çalıştırma yaptırımına hükmedilmesi yasağını öngören değişiklik tasarısından yukarıda bahsedilmiştir.

Bununla birlikte, korona virüsünün yol açtığı pandemi önlemlerinin bir sonucu olarak, 2020 yılında kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararlarının sayısında önemli bir azalma olduğu görülmektedir. 2018 yılında 33.390 çalıştırma kararı verilirken, 2020 yılında toplam 22.810 kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararı verilmiştir. Buna rağmen bu sayı, ceza mahkemesinde verilen toplam mahkûmiyet kararlarının %25'ini oluşturmaktadır. 2020 yılında en fazla hapis cezası (29.000) verilirken, ikinci sırada kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararı (23.000) verildiği de belirtilmelidir. 2020 yılında çocuklara verilen cezaların %68'i kamuya yararlı bir işte çalıştırmadır, sadece %27'si hapis cezasıdır. Aşağıda yer verilen Şekil 3'te 2007-2020 yılları arasında ceza mahkemelerince verilen kamuya yararlı bir işte çalıştırma cezalarının ve toplam mahkûmiyet kararlarının sayıları gösterilmektedir³⁴.

Şekil 3: Hollanda'da Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma Kararlarının Sayısı³⁵



b. Kararın İnfazı ve Çalıştırılan İşler

Kamuya yararlı bir işte çalıştırmanın ne şekilde yerine getirileceğine Savcılık karar verir (HCK m.22e). Kararın infazı ve denetimi, yetişkinler için Denetimli Serbestlik Merkezi tarafından yapılmaktadır. Çocuklar için ise denetimli serbestlik hizmeti Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından yönetilir. Savcılık,

²⁹ BOONE, s.30.

³⁰ BOONE, s.26.

³¹ BOONE, s.32.

³² IVOR ve diğerleri, s.90.

³³ IVOR ve diğerleri, s.96.

³⁴ StatLine, Vervolging en berechting misdrijven; persoonsgegevens, <https://opendata.cbs.nl/#/CBS/nl/dataset/83944NED/table>, (Erişim: 7.11.2022).

³⁵ Şekil 3, "StaatLine" adresinde yer alan veriler kullanılarak yazar tarafından oluşturulmuştur. StatLine, Vervolging en berechting misdrijven; persoonsgegevens, <https://opendata.cbs.nl/#/CBS/nl/dataset/83944NED/table>, (Erişim: 7.11.2022).

çocuğun kamuya yararlı bir işte çalıştırması kararının ne şekilde yerine getirildiği hakkında Kurumdan bilgi alabilir, iş birliği talep edebilir ve bu konuda gerekli talimatları verebilir (HCK m.77o).

Denetim Serbestlik Merkezi vakıf yapılanmasına sahiptir ve hükümlülerin özelliklerine göre kategorize edilmelerini sağlayan üç farklı denetimli serbestlik kurumu bulunmaktadır. İlki, bağımlı hükümlülerin çalıştırmasından; ikincisi evsiz hükümlülerin çalıştırmasından ve üçüncüsü ise bu iki kategori dışındaki tüm hükümlüler için kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımının infazından sorumludur³⁶. Adalet Bakanlığı'na bağlı bu kurumlar, diğer alternatif yaptırımlarda olduğu gibi kamuya yararlı bir işte çalıştırmanın infazının gerçekleştirilmesinden de sorumludur.

Kamuya yararlı bir iş yaptırımının infazı dört aşamada gerçekleşmektedir. İlk olarak, hâkimin ve Kovuşturma Servisi'nin kararı Denetimli Serbestlik Merkezi'ne gelir ve hükümlü, başta belirtilen üç merkezden kendisine uygun olan merkeze yerleştirilir. İkinci olarak, hükümlü, denetimli serbestlik merkezinde görüşmeye alınır ve denetimli serbestlik görevlilerinin hükümlüyü tanımlamaları sağlanır. Üçüncü adımda, hükümlü çalışması için kendisine uygun bir projeye yerleştirilir, çalışırken desteklenir ve gözlem altında tutulur. Son adımda ise kamuya yararlı bir iş bittikten sonra olumlu veya olumsuz bir rapor hazırlanarak denetimli serbestlik memurları tarafından savcılığa gönderilir ve yaptırımın infazı tamamlanır³⁷.

Çalıştırma, kamu kurum ve kuruluşlarında veya özel kurum ve kuruluşlarda yapılmaktadır. Hükümlüler genellikle sağlık, çevre, sosyal ve kültürel işlerde çalıştırılmaktadır. Araştırmalar hükümlülerin en fazla bahçe düzenlemesi, temizlik ve mutfak işlerinde çalıştırıldığını ortaya koymaktadır. Madde bağımlılığı olan veya cinsel suçlardan hüküm giyen failler ise genellikle grup projelerinde çalıştırılmaktadır.

Bununla birlikte, korona virüsünün yol açtığı pandemi önlemleri nedeniyle kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararı verilen hükümlülerin çok az bir kısmı işe yerleştirilebilmiştir. Bu nedenle 2019 yılında 33.000, 2020 yılında ise sadece 17.000 karar infaz edilebilmiştir. Bu sayı, 2010 yılında 35.000 üzerindedir. Pandemi sürecinde kararların eğitim tedbiri bölümünün ise dijital olarak gerçekleştirildiği belirtilmektedir³⁸.

c. Hükümlü Profili

Polis Teşkilatı (Criminaliteit en Rechtshandhaving) Adalet Departmanı'nın periyodik yayınladığı verilere göre, 2020 yılında kamuya yararlı bir işte çalıştırılan hükümlülerin %89'u erkek, %11'i kadın hükümlülerden oluşmaktadır³⁹. Bununla birlikte, çalıştırılan hükümlülerin yarısı 25-45 yaş aralığında iken, sadece %10'u çocuktur. Ayrıca kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararı verilen hükümlülerin üçte biri Hollanda doğumludur. Sadece dörtte birini göçmenlerin oluşturduğu hükümlülerin, %3,8'i Hint Adalarından, %3,4 Fas'tan, %3,4 Türkiye'den, %4,5 ise Güney Amerika'dan gelmiştir⁴⁰. Göçmen kişilerin kamu yararına çalıştırma kararları içerisinde oranlarının düşük olduğu, fakat hapsedilenler içerisinde ise oldukça yüksek olduğu bildirilmektedir. Bunun nedeni, çalıştırma kararı için milli dilin yeterli düzeyde konuşulması yeteneğinin aranıyor olması gösterilmektedir⁴¹.

Kamuya yararlı bir işte çalıştırılan hükümlülerin işledikleri suç tiplerine ilişkin istatistikler ise ilgi çekicidir. 2020 yılında çalıştırılan hükümlülerin neredeyse yarısı (yaklaşık %41) mal varlığına karşı bir suç işlerken, %24'ü şiddet veya cinsel suç işlemiştir⁴².

3. Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırmanın Etkililiğinin Değerlendirilmesi

Hollanda'da kamuya yararlı bir işte çalıştırmanın etkililiğini ele alan bilimsel araştırmalar sadece suçun tekerrürünün önlenmesini incelemiştir. Fakat kamuya yararlı bir işte çalıştırma cezası alan hükümlüler ile hapis cezası alan hükümlülerin birbirinden farklı özelliklere sahip kişiler olması nedeniyle suçun tekerrürünün önlenmesi noktasında karşılaştırma yapmak da oldukça zordur. Yapılan çalışmaların güvenilirliği, araştırmalarda kullanılan metoda bağlıdır ve en güvenilir sonuçlar, *rastgele kontrol gruplu* (randomized controlled trial) araştırmalardan elde edilmektedir. Fakat Hollanda'da bugüne kadar çalıştırma yaptırımının etkililiğini bu metodla değerlendiren herhangi bir çalışma yapılmamıştır. Buna rağmen yürütülen ampirik çalışmaların sonuçları cesaret vericidir⁴³.

1999 yılında yayınlanan bir araştırmada, çalışma cezası alan mahkûmların yeniden suç işleme oranları resmi istatistiklere göre hesaplanmıştır. Kamuya yararlı bir işte çalışan kişiler infazdan sonra 7 yıl boyunca takip edilmiş ve yeniden suç işleme oranlarının %50 olduğu görülmüştür⁴⁴. Fakat bu çalışma, bir kontrol grubuna sahip olmadığı için sonuçlarının güvenilir olduğu söylenemez⁴⁵.

³⁶ BOONE, s.30.

³⁷ BOONE, s.30-31.

³⁸ Criminaliteit en rechtshandhaving 2020, Wetenschappelijk Onderzoek-en Documentatiecentrum, Chaier 2021-22, WODC, <https://repository.wodc.nl/bitstream/handle/20.500.12832/3112/Cahier-2021-22-volledige-tekst.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, (Erişim: 07.11.2022), s.82.

³⁹ Criminaliteit en rechtshandhaving 2020, Wetenschappelijk Onderzoek-en Documentatiecentrum, Chaier 2021-22, WODC, <https://repository.wodc.nl/bitstream/handle/20.500.12832/3112/Cahier-2021-22-volledige-tekst.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, (Erişim: 07.11.2022), s.82.

⁴⁰ BOONE, s.33.

⁴¹ IVOR ve diğerleri, s.99.

⁴² Criminaliteit en rechtshandhaving 2020, Wetenschappelijk Onderzoek-en Documentatiecentrum, Chaier 2021-22, WODC, <https://repository.wodc.nl/bitstream/handle/20.500.12832/3112/Cahier-2021-22-volledige-tekst.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, (Erişim: 07.11.2022), s.74.

⁴³ IVOR ve diğerleri, s.103.

⁴⁴ BOONE, 2010, s.35.

⁴⁵ Bilimsel araştırma sonuçlarının güvenilirliği ile alakalı olarak bakınız: WELSH, B. C./FARRINGTON, D. P.: Evaluating the economic efficiency of correctional intervention programmes, G. A. Bernfeld, D. P. Farrington & A. W. Leschied (eds.), Offender

Wermink ve arkadaşlarının 2010 yılında yayınladıkları araştırmanın sonuçları ise dikkate değerdir. Çünkü bu çalışmada “propensity score matching” olarak adlandırılan, karşılaştırılacak olan gruplar arasında önceden olabilecek farklılıkları (yaş, cinsiyet, önceki suç kaydı, işlenen suç tipi gibi) nazara alan bir metod kullanılmıştır. 1997 yılında, 18-50 yaşları arasında kamuya yararlı bir işte çalıştırma ve en fazla 6 aya kadar hapis cezası alan mahkûmlar 96 ay boyunca takip edilmiştir. Bu çalışmada, çalıştırılan kişilerin hapis cezası verilen hükümlülere göre yeniden suç işleme oranlarının daha düşük olduğu ortaya koyulmuştur. Mahkûmiyetin verildiği ilk yıldan itibaren, çalıştırılan kişilerin mal varlığına karşı suçlarda yeniden suç işleme oranları %67’den %60’a düşmüştür. Bu kişiler sekiz yıl boyunca takip edilmiş ve sekiz yılın sonunda kamu yararına çalıştırma kararı verilen hükümlülerin suç işleme oranlarının %50 düştüğü tespit edilmiştir⁴⁶.

Sonuç olarak, Hollanda’da yapılan araştırmalar, kamuya yararlı bir işte çalıştırmanın kısa süreli hapse nazaran özel caydırıcılık açısından daha etkili olduğunu destekler niteliktedir. Fakat bu farkın küçük bir oranda kaldığı da belirtilmelidir. Bununla birlikte, Hollanda’da kamuya yararlı bir işte çalıştırma, ceza infaz kurumlarındaki kapasite sorununa ve hapis cezasının kullanımının azaltılmasına yönelik olarak kabul edilmesine rağmen hapsedme oranlarının da düşmediği⁴⁷; hatta 1995-2003 yılları arasında kısa süreli hapis cezası verilen kararlarının arttığı da belirtilmektedir⁴⁸. Korona virüsünün yol açtığı pandemi sürecinde kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımı kapsamında hükümlülerin işe yerleştirilmelerinde yaşanan güçlükler nedeniyle kararların infazından sorunlar yaşanmıştır. Bu süreçte, yaptırım eğitim cezası bölümü dijital olarak yürütülmekle birlikte çalışma cezası bölümünün askıya alındığı görülmektedir. Tüm bu süreçte, araştırma sonuçları kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımının, hapis cezası verilmesinin ağır, para cezasının ise hafif kalacağı durumlarda bir ara yaptırım olarak tatmin edici olduğunu göstermektedir⁴⁹.

B. Türkiye

1. Hukuki Düzenleme

1926 tarihli mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 22. maddesinde, hafif hapis cezasını gerektiren suçlardan ceza alanların imalat, bayındırlık ve temizlik gibi işlerde çalıştırılabileceği belirtilerek kamuya yararlı bir işte çalıştırmaya yer verilmiştir⁵⁰. 22. maddede hafif hapis cezasına alternatif olarak düzenlenen çalıştırma, 19. maddede ise para cezasının ödenmemesi halinde hükmedilen bir yükümlülük olarak düzenlenmiştir. Fakat 1965 tarihli 647 sayılı Ceza İnfaz Kanunu’nun 4. maddesi ile Türk Ceza Kanunu’nun 22. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Hükme göre, “altı ayı geçmemek üzere devlet, belediye hizmetlerinde, iktisadi devlet teşekküllerinde çalıştırma” kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine uygulanabilecek bir yaptırım olarak düzenlenmiştir. 1973 yılında ise 1712 sayılı Kanun’la bu yaptırımın uygulama olanağının bulunmadığı gerekçesiyle hükümden çıkarıldığı görülmektedir⁵¹. Hükümlülerin kişiliğine ve sosyal durumlarına uygun iş yerinin sağlanmasındaki zorluklar nedeniyle tedbirin kanundan çıkarılması doktrinde eleştirilmiştir⁵². Dolayısıyla 765 sayılı Kanun döneminde kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımının yapılan bu kanuni değişiklikler nedeniyle uzun ömürlü olmaması yaptırımın kayda değer bir şekilde uygulanamamasına neden olmuştur⁵³.

2005 tarihli 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımı ücretsiz ve ücretli⁵⁴ çalıştırma şeklinde düzenlenmiş ve aynı yıl yürürlüğe giren 5402 sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu (DSYMK) m.14/4 hükmü ile çalıştırmanın infazı, yeni kurulan denetimli serbestlik müdürlüklerine bırakılmıştır⁵⁵. Kamuya yararlı ücretsiz çalıştırma yaptırımı, TCK’nın 50. maddesinin birinci fıkrasının f bendinde seçenek tedbir olarak düzenlenmiştir. Nitekim TCK m.49’da “Hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezasıdır” denildikten sonra m.50/1’de kamuya yararlı bir işte çalıştırmanın hukuki niteliği ve koşulları şu şekilde gösterilmiştir:

Rehabilitation in Practice: Implementing and Evaluating Effective Programs, Chichester UK 2001, s.50; Türkçe bir kaynak için bkz. TOPÇUOĞLU, Tuba: “Türkiye’de Denetimli Serbestlik Hizmetlerinin Etkinliğinin Bilimsel Olarak Değerlendirilmesi”, Türkiye’de Denetimli Serbestlik 10. Yıl Sempozyumu, 8-10 Aralık 2015, s.4-5.

⁴⁶ WERMINK ve diğerleri, 2009.

⁴⁷ BOONE, s.36.

⁴⁸ IVOR ve diğerleri, s.93.

⁴⁹ BOONE, s.36.

⁵⁰ Madde 22: “Kanun’un tayin ettiği ahvalde hafif hapis cezası bazı imalathanelerde veya nafia ve belediye işlerinde kullanılmak suretiyle de icra ettirilebilir. Eğer mahkûm cezanın icrası için hazır bulunmaz veya hizmetten kaçınırsa hafif hapis cezası alelusul mevkii mahsusunda ikmal ettirilir.” bkz. 13/03/1926 Tarih ve 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu.

⁵¹ ERDEM, s.211.

⁵² İÇEL, Kayhan: “Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Olan Müesseselerdeki Gelişmeler ve Türk Ceza Sisteminin Bu Yönden Değerlendirilmesi”, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanunu’nun 50. Yılı ve Geleceği Sempozyumu 22-26 Mart 1976), İstanbul 1977, s.331.

⁵³ GÖKTEPE, s.252.

⁵⁴ Ücretli çalıştırma, çalışma konumuz dışında olup çeşitli yasal düzenlemeleri barındırmaktadır. İlki, TCK m.51/4/b gereği cezası ertelenen hükümlünün bir meslek veya sanat sahibi olabilmesine yönelik deneme süresi içerisinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasını içermektedir. İkincisi, ücretli çalıştırma yaptırımı 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 231. maddesinin 8. fıkrasının (b) bendi gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi hâlinde kişinin sanat ve meslek sahibi edindirilmesine yönelik uygulamadır. Üçüncüsü de yine sanat ve meslek edindirmeye yönelik olarak 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 107/7. maddesinde düzenlenmiştir.

⁵⁵ GÖKTEPE, s.252.

“Kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre; f) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırmaya, çevrilebilir.”

Bununla birlikte, seçenek tedbirlerin hukuki niteliğinin ne olduğu kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Doktrinde bu seçeneklerin, “ceza”, “tedbir” ve “güvenlik tedbiri” olmak üzere farklı şekillerde nitelendirildiği görülmektedir. Adli para cezası dışındaki seçenek yaptırımları “güvenlik tedbiri” olarak kabul edenler olduğu gibi, sadece “tedbir” olarak kabul edenler de bulunmaktadır. Yine adli para cezası ve kamuya yararlı bir işte çalıştırmanın birer ceza olup, diğer seçenek yaptırımların ise birer tedbir mahiyetinde olduğu da bir diğer görüştür⁵⁶.

TCK m.50’deki “seçenek yaptırım” ifadesi, asıl cezanın hapis cezası olduğunu, bir başka ifadeyle merkeze hapis cezasının konulduğunu göstermektedir. Diğer taraftan, seçenek yaptırımın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde hapis cezasının kısmen veya tamamen infaz edilmesi bu yaptırımların “seçenek” olduğunu teyit etmektedir (TCK m.50/6). Maddenin 5. fıkrasında da “Uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tedbirdir.” denilmektedir. Bu bakımdan, kamuya yararlı bir işte çalıştırmanın, toplum içinde cezanın infazını sağlayan bir “tedbir” hükmünde olduğu ileri sürülmüştür⁵⁷. Bununla birlikte, her ne kadar kanunda “tedbir” ifadesi kullanılsa, açıkça güvenlik tedbiri denilirse de ceza hukuku yaptırımları cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden oluşmaktadır. Kanunda ceza olarak, hapis cezası ve adli para cezası düzenlendiği (TCK m.45) için bu yaptırımların güvenlik tedbiri olduğu sonucuna da varılabilir⁵⁸. Nitekim bu görüş, kanunilik ilkesi gereğince başkaca bir ceza türü üretilemeyeceğine dayanmaktadır⁵⁹. Doktrinde hapis cezasının infaz kurumunda değil de toplum içinde infaz edilmesine imkân veren söz konusu seçeneklerin, tedbir veya güvenlik tedbiri olmadığı, aslında bir yükümlülük olduğu da ileri sürülmüştür⁶⁰.

Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği (DSHY) m.65/1’de kamuya yararlı bir işte çalıştırmanın bir seçenek yaptırım olduğu ifade edilmiş, aynı maddenin 2. fıkrasında ise ceza niteliğinde olduğuna işaret edilmiştir. Kanaatimizce, suça karşılık olarak uygulanan bir yaptırımın türünün ne olduğuna karar verilirken, yaptırımın uygulanma şekline ve cezanın amacını gerçekleştirme işlevine de bakılmalıdır. Kamuya yararlı bir işte çalıştırma ise düzenlenişi itibariyle cezaya yaklaşmaktadır. Zira kamuya yararlı bir işte çalıştırma da tıpkı cezalar gibi suçun karşılığı olarak, olumsuz bir değer yargısı içermekte ve yoksun kılıcı bir yaptırım olarak karşımıza çıkmaktadır. Seçenek yaptırımların ihlale karşı bir tepki, karşılık yani ceza olduğu düşünülebilir⁶¹. Bu kapsamda cezanın ayırt edici özelliği olarak suç işleyeni bazı yoksunluklara tabi kıldığı ve toplumun söz konusu davranışı onaylamadığı söylenebilir. Fakat kanunilik ilkesi gereğince kamuya yararlı bir işte çalıştırmanın, bir ceza türü olarak (TCK m.45) değil kısa süreli hapis cezasına seçenek (TCK m.50) olarak düzenlendiği de belirtilmelidir. Seçenek yaptırımları düzenleyen TCK m.50’ye, Kanun’un ikinci kitap üçüncü kısım birinci bölüm “cezalar” başlığı altında yer verilmesi, güvenlik tedbirlerinin ise bunlardan ayrı olarak ikinci bölümde düzenlenmesi hususu da dikkate alındığında sistematik yorum gereği söz konusu seçenek yaptırımların güvenlik tedbiri olarak kabul edilmesinin de mümkün olmadığı ifade edilmelidir⁶². Bununla beraber seçenek yaptırımların, bağımsız değil, hapis cezasından çevrilmekle uygulanan “ikincil” bir yaptırım türü olması yerine karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi hapis cezası ve adli para cezası yanında müstakil bir ceza türü olarak da düzenlenmesi de önem arz etmektedir⁶³. Bu nedenle TCK m.45’in yeniden ele alınarak seçenek yaptırımların da birer ceza olarak kabul edilmesi gerekir.

2. Koşulları

a. Mahkemenin Takdir Hakkı

Hükme göre, mahkeme kısa süreli hapis cezasını kamuya yararlı bir işte çalıştırmaya çevirip çevirmeme konusunda takdir hakkına sahiptir. Mahkemenin bu husustaki takdir yetkisini sınırlayan birtakım kriterler vardır. Bunlar; suçlunun kişiliği, sosyal ve ekonomik durumu, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlık ve suçun işlenmesindeki özelliklerdir. Bu ölçütlerle, cezanın şahsileştirilmesi ve keyfilik önlenmesi esas alınmıştır.

Suçlunun kişiliği; suçlunun beden yapısı, sağlık durumu, eğitim durumu, , adli sicil kaydı, medeni hali, iş ve özel hayatındaki durumu, yargılama sırasındaki tutum ve davranışları gibi birçok özelliği kapsamaktadır⁶⁴. Failin kişiliği ve geçmişi kısa süreli hapsin seçenek tedbire çevrilmesinde etkilidir. Doktrinde tıpkı Hollanda hukukunda son dönem tartışıldığı üzere, söz konusu infaz yönteminin mükerrerler ve diğer özel tehlikeli suçlular olarak itiyadi suçlular, suçu meslek edinen kişiler ve örgüt suçluları için uygulanmaması gerektiği ileri sürülmektedir⁶⁵. Fakat TCK m.50’de böyle bir kısıtlama getirilmemiştir.

Bununla birlikte, hâkim failin suçu işlediği zaman ve suç sonrası tavrını, bir başka ifadeyle mağdurun tabii olarak suçtan duyacağı elem ve üzüntünün şiddetlendirilip şiddetlendirilmediğini, failin teslim olup olmadığını, delillere etkisini, mağdurun iyileşmesine katkısını da göz önünde alarak failin ıslahını ve pişman

⁵⁶ İNCE, s.172.

⁵⁷ KARAKAŞ DOĞAN, s.210.

⁵⁸ MADEN, s.233.

⁵⁹ ARTUK, s.61.

⁶⁰ ÖZGENÇ, s.666.

⁶¹ HAFIZOĞULLARI, s.79.

⁶² HAFIZOĞULLARI, s.79.

⁶³ MADEN, s.76.

⁶⁴ DÖNMEZER/ERMAN, s.722.

⁶⁵ ÖZGENÇ, s.666.

olmasını sağlayacak en uygun tedbire hükmetmelidir. Elbette bu değerlendirmenin yapılması sanık hakkında yeterli bilgi toplanmasını gerektirir. Hollanda’da risk değerlendirme sistemi ile hükmün verilmesinden önceki aşamada hazırlanan sosyal araştırma raporları buna hizmet eder niteliktedir. Türkiye’de ise 31655 sayılı 2021 tarihli Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği’nde infaz öncesi yükümlülüklerin risk ve ihtiyaçlarının belirlenmesi öngörülmektedir. Yönetmeliğin 15. maddesinin birinci fıkrasında yer verilen “Yükümlülerin risk ve ihtiyaçlarının belirlenmesi, risk ve ihtiyaçlarına uygun olarak toplum içinde denetim ve takibi ile iyileştirilmesine yönelik yapılacak çalışmaların planlanması, değerlendirme ve planlama bürosunda yapılır.” düzenlemesi ile hükümlü denetim planlarının hazırlanması ve takibi işi denetimli serbestlik müdürlüklerine verilmiştir. İnfaz aşamasında risk ve ihtiyaç belirleme yapılması önemli bir gelişme olmakla birlikte kovuşturma aşamasında bu yönde bir değerlendirme yapılmaması bir eksiklik olarak zikredilebilir.

TCK’nın 50’nci maddesinde düzenlenen kamuya yararlı bir işte çalıştırma ve diğer yaptırımlar, düzenleniş şekilleri itibariyle, hapis cezasından daha hafif yaptırımlar olarak öngörülmüştür⁶⁶. Maddenin üçüncü fıkrasındaki⁶⁷ çevirme zorunluluğu halleri saklı kalmak üzere, suçlunun kişilik, sosyal ve ekonomik durum, yargılama sürecinde duyulan pişmanlık ve suçun işlenmesindeki özellikler itibariyle, tabir caizse olumlu not alması durumunda başvurulmaktadır. Bu düzenleme şekliyle, hapis cezasının muadili olacak şekilde değil, adeta hapis cezasından daha hafif olarak görülmektedir⁶⁸.

b. Gönüllülük

Hükme göre, kısa süreli hapis cezası, sanığın gönüllü olması koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırma tedbirine çevrilebilir. Anayasa m.18’de yer alan zorla çalıştırma ve angarya yasağı nedeniyle tedbire hükmedilmesinin, gönüllülük koşuluna bağlandığı belirtilmektedir. Fakat Anayasa m.18/2 hükümlülük ve tutuklulukta yapılan çalışmanın zorla çalıştırma sayılmayacağı düzenlenmektedir⁶⁹. Bu nedenle doktrinde gönüllülük şartının gereksiz olduğu yönünde eleştiriler getirilmiştir⁷⁰. Fakat Yargıtay, sanık hakkında hükmedilen kısa süreli hapis cezasının çalışma seçenek yaptırımına çevrilirken sanığın gönüllü olup olmadığı hususunun sorulmamasını kanuna aykırı bulmaktadır⁷¹. Ayrıca gönüllülük şartı gereği, hükümlü çalıştığı kurumda kadrolu olamamakta ve ücret alamamaktadır.

Bununla birlikte, kısa süreli hapis cezasının seçenek tedbirlere çevrilmesi savcının veya sanığın talebine bağlı değildir; talep olmasa da hâkim bunu resen değerlendirmelidir⁷². Yargıtay’ın, sanığın talepte bulunmaması durumunda mahkemenin bu konuda karar verme yükümlülüğü olmadığına ilişkin yerleşik kararları⁷³ olmakla beraber; cezanın bireyselleştirilmesi hâkimin sorumluluğunda olduğundan, hâkim talep olmasa da bireyselleştirmeye yarayan tüm kurumları neden uyguladığını veya uygulamadığını gerekçesinde belirtmek zorundadır⁷⁴.

Son olarak, çalışma programının belirlenmesinden sonra onay alınmasının gerekip gerekmediği de tartışılabilir. Nitekim İspanya’da hükümlü iki kez onay vermektedir. İlki, cezalandırılmadan evvel hâkime; ikincisi ise çalışma programının belirlendiği iş yerinde verilmektedir⁷⁵. Bu konuda bilgilendirme sonrası rızayı zorunlu kılan AIHM içtihadı gösterilmektedir⁷⁶. Dolayısıyla hükümlünün kamuya yararlı bir işte çalışmaya rıza gösterip göstermeyeceği kararı için hangi iş kolunda çalışacağına bilinmesi gerektiği ifade edilmektedir⁷⁷. Bu nedenle, çalışma için hükümlünün onayını alma şartı önemini korumaya devam etmektedir.

c. Süresi

Kamuya yararlı bir işte çalıştırmanın süresi, mahkûm olunan hapis cezasının yarısından az, bir katından fazla olamaz. Bu durumda, bir yıl kısa süreli hapis cezasına mahkûm olan birinin 6 aydan 1 yıla kadar kamuya yararlı bir işte çalıştırılmasına hükmedilebilecektir. Doktrinde çalıştırmanın süresinin kanunla düzenlenmemiş olması eleştirilmiş ve diğer ülke mevzuatlarında olduğu gibi gün içinde hükümlünün diğer

⁶⁶ MADEN, s.232.

⁶⁷ TCK madde 50/3: Daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak koşuluyla, mahkûm olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile fiili işlediği tarihte on sekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, birinci fıkra yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilir.

⁶⁸ MADEN, s.232.

⁶⁹ Anayasa m.18: “Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır.

Şekil ve şartları kanunla düzenlenmek üzere hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmalar; olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler, ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları, zorla çalıştırma sayılmaz.”

⁷⁰ ÖZGENÇ, 2013, s.667; ÖZBEK, s.75; ÖZBEK ve diğerleri, s.606; İŞ ARKUN, Gülten: Türk Ceza Hukukunda Kısa Süreli Hapis Cezalarına Seçenek Yaptırımlar, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2018, s.71.

⁷¹ Yargıtay 19.CD., 6.11.2015, E.2015/5746 ve K.2015/7146. (Lexpera İçtihat)

⁷² İNCE, s.156.

⁷³ YCGK, 11.11.1997, 2-274/232, “Her ne kadar, bozma kararından önce 647 sayılı yasanın 4. Maddesinin uygulanmasına yönelik bir istek bulunmaması, yerel mahkemenin bu hususta karar vermesini zorunlu kılmaz ise de...”

⁷⁴ İNCE, s.162.

⁷⁵ İVOR ve diğerleri, s.105.

⁷⁶ VAN DER MUSSELE, AIHM Kararı, 23.11.198, S. A, Vol. 70.

⁷⁷ ÖZEN, Muharrem: “Yargı Kararları Işığında Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma”, Türkiye’de Denetimli Serbestlik 10. Yıl Uluslararası Sempozyumu Bildiriler Kitabı (Uluslararası Yaklaşımlar), Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı 08-10 Aralık 2015 İstanbul, s.32-33

meşguliyetlerine engel olmayacak tarzda bir süre belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir⁷⁸. Nitekim çalışmanın nasıl yerine getirileceği, 2021 tarihli DSHY m.65’de düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre, çalıştırılacak gün ve saatler, hükümlünün işi, aile yaşamı veya eğitimi dikkate alınarak belirlenir (f.2). Kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımının infazında iki saat çalışma bir gün sayılır. Hükümlü günde en az iki, en çok sekiz; haftada en az on dört, en çok kırk saat çalıştırılır. Kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımının infazı, toplam ceza süresinin iki katını geçemez (f.3.)

3. Diğer Uygulama Halleri

Kamuya yararlı bir işte ücretsiz çalıştırma, sadece TCK m.50/1/f gereği, bir yıla kadar hükmedilen kısa süreli hapis cezasının çevrilmesiyle sınırlı değildir. Bunun dışında üç uygulama alanı daha bulunmaktadır (Tablo 1).

İlk olarak, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (CGTİHK) m.105/4-5’te iki yıla kadar hapis cezasının denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak özel infaz yöntemlerinden biri olarak düzenlenmiştir. İki yıl ve daha az süre ile hapis cezasına mahkûm olanlardan, hükümlülük süresinin yarısını iyi halle geçirenlerin talepte bulunmaları halinde, mahkûmiyet süresinin kalanını kamuya yararlı bir işte ücretsiz olarak çalışarak geçirmelerine mahkemece karar verilebiliyordu. Bu hüküm, 05/04/2012 tarihli düzenlemeyle birlikte yürürlükten kaldırılmış, yerine 105/A maddesi eklenmiştir⁷⁹. Yeni düzenlemeye göre; hükümlülerin dış dünyaya uyumlarını artırmak, aileleriyle bağlarını sürdürmelerini ve güçlendirmelerini temin etmek amacıyla koşullu salıverilmelerine 1 yıl ve daha az süre kalan hükümlülerden iyi hâlli olduğu tespit edilenlerin talepleri doğrultusunda infaz hâkimliklerinin kararıyla şarta bağlı tahliye edilebilecekleri belirtilmektedir. Koşullu salıverildikten sonra 1 yıl ve altında kalan sürelerini denetimli serbestlik tedbiri adı altında geçirecekleri, denetimli serbestlik süresi içinde de denetimli serbestlik müdürlüğü tarafından verilen karar doğrultusunda kamu yararına çalışma yaptırımına tabi tutulacakları ifade edilmektedir. Hükümlülerin hangi şartlar altında ve nasıl çalıştırılacakları da Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği’nde düzenlenmektedir.

İkincisi, CGTİHK m.106/3’de hükümlünün adli para cezasını ödememesi halinde cezasının, denetimli serbestlik kapsamında kamuya yararlı bir işte çalışma yaptırımına dönüştürüleceği düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre,

“Hükümlü, tebliğ olunan ödeme emri üzerine belli süre içinde adli para cezasını ödemezse, Cumhuriyet savcısının kararı ile ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarı hapis cezasına çevrilerek, hükümlünün iki saat çalışması karşılığı bir gün olmak üzere kamuya yararlı bir işte çalıştırılmasına karar verilir. Günlük çalışma süresi, en az iki saat ve en fazla sekiz saat olacak şekilde denetimli serbestlik müdürlüğüne belirlenir. Hükümlünün hakkında hazırlanan programa ve denetimli serbestlik görevlilerinin bu kapsamdaki uyarı ve önerilerine uymaması halinde, çalıştığı günler hapis cezasından mahsup edilerek kalan kısmın tamamı açık ceza infaz kurumunda yerine getirilir.”

Bu düzenleme, kamuya yararlı çalıştırma karar sayılarında ciddi bir artış sağlayarak çalışma yaptırımının uygulanmasını genişletmiştir.

Üçüncüsü, Uzlaştırma Yönetmeliği m.33/1/ç bendinde uzlaştırma edimi olarak karşımıza çıkmaktadır. Hükme göre, uzlaştırma sonunda mağdur, suçtan zarar gören, bunların gösterecekleri üçüncü şahıs veya bir kamu kurumu ya da kamu yararına hizmet veren özel bir kuruluşun belirli hizmetlerinin geçici süreyle yerine getirilmesi hususunda anlaşmaya varabilirler. Bu düzenleme ile taraflar uzlaşma edimi olarak şüphelinin kamu kurumu ya da kamu yararına hizmet veren bir kuruluşun belirli hizmetlerini yapma hususunda anlaşılırlarsa soruşturma aşaması kovuşturmayla yer olmadığı kararı verilerek sonlandırılır.

Tablo 1. Türkiye’de Kamuya Yararlı Bir İşte Ücretsiz Çalıştırmanın Uygulama Alanları

TCK m.50/1	Kısa Süreli Hapis Cezasına Seçenek Yaptırım Olarak
CGTİHK m.105/A	Denetimli Serbestlik Uygulanarak Cezanın İnfazı
CGTİHK m.106/3	Adli Para Cezasının Ödenmemesi Halinde Yükümlülük Olarak
UY m.33/1/ç	Uzlaştırma Edimi Olarak

⁷⁸ AKBULUT, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s.966.

⁷⁹ Denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı, Madde 105/A – (Ek: 5/4/2012-6291/1 md.)(1) (Değişik:14/4/2020-7242/46 md.) Hükümlülerin dış dünyaya uyumlarını sağlamak, aileleriyle bağlarını sürdürmelerini ve güçlendirmelerini temin etmek amacıyla, açık ceza infaz kurumunda veya çocuk eğitiminde bulunan ve koşullu salıverilmesine bir yıl veya daha az süre kalan iyi hâlli hükümlülerin talebi hâlinde, cezalarının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazına, ceza infaz kurumu idaresince hazırlanan değerlendirme raporu dikkate alınarak, hükmün infazına ilişkin işlemleri yapan Cumhuriyet başsavcılığının bulunduğu yer infaz hâkimi tarafından karar verilebilir.

(5) Denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle cezasının infazına karar verilen hükümlünün, koşullu salıverilme tarihine kadar;

a) Kamuya yararlı bir işte ücretsiz olarak çalıştırılması,

b) Bir konut veya bölgede denetim ve gözetim altında bulundurulması,

c) Belirlenen yer veya bölgelere gitmemesi,

d) Belirlenen programlara katılması, yükümlülüklerinden bir veya birden fazlasına tabi tutulmasına, denetimli serbestlik müdürlüğüne karar verilir. Hükümlünün risk ve ihtiyaçları dikkate alınarak yükümlülükleri değiştirilebilir.

4. Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma Yaptırımına İlişkin Bilgiler

a. İnfaz Usulü

Kamuya yararlı bir işte çalıştırmanın esaslarına 5275 Sayılı Cezaların ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'unda ve 2021 yılında yürürlüğe giren Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği'nde yer verilmiştir. Düzenlemeye göre, kamuya yararlı bir işte çalıştırma, hükümlünün belirlenen süre boyunca, ücret almaksızın kamu kurumunda veya kamu yararına hizmet eden özel bir kuruluşta çalışmasını ifade eder (CvGTİHK m.105/1; DSHY m.65).

Denetimli serbestlik müdürlükleri tarafından bölgelerinde bulunan bu tür kurumlardan hükümlülere ne suretle çalıştırabileceklerine dair bilgi alınır ve hizmet listeleri oluşturulur ve mahkemeye verilir (CvGTİHK m.105/2). Mahkeme, denetimli serbestlik ve yardım merkezleri tarafından oluşturulup kendilerine verilen hizmet listesinden, hükümlüye bir kurum önerir ve hükümlünün reddetme hakkı olduğu hatırlatılır (CİT m.51/6-b). Çalıştırılacak iş belirlenirken; hükümlünün iyileştirilmesi, kamuya verilen zararın ödetilmesi, hükümlünün becerileri, mağduru ve toplumun güvenliği ve çalışmanın ceza niteliğinde olduğu dikkate alınır. Çalıştırılacak gün ve saatler, hükümlünün işi, aile yaşamı veya eğitimi dikkate alınarak belirlenir (DSHY m.65/2). Mahkeme kararında sadece işin türü ve süresi belirlenir, kurum ismi kararda belirtilerek infazı sınırlandırılmamalıdır⁸⁰. İnfazın yapılacağı yer ise şube müdürlüklerince belirlenir. Örneğin, okullar açılmadan önce tüm milli eğitim kurumlarının bakım ve onarımı için ülke çapında bu cezaya çarptırılanlardan yararlanılabilir⁸¹.

Hakkında kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararı verilen hükümlü, on gün içinde şube müdürlüğü veya büroya başvurmalıdır. Hükümlü haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilir bir mazereti almaksızın şube müdürlüğü veya büroya on gün içinde başvuramaz ve otuz gün içinde de seçenek yaptırımın infazına başlamazsa şube müdürlüğü veya büroca ilgili defterdeki kayıt kapatılarak durum Cumhuriyet Savcılığı'na derhal bildirilir. Süresinde başvurulması halinde, denetim görevlisi veya memuru tarafından tanıma formu düzenlenir ve çalışma protokolü dikkate alınarak denetleme planı hazırlanır.

Hükümlü, denetim görevlisinin onayıyla çalışmaya başlar. Kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımı yerine getirilirken hükümlülerin, Genel Müdürlük tarafından belirlenen reflektör yeleği giymeleri sağlanır (DSHY m.65/7). Fakat hükümlünün işa olmaması, etiketlenmemesi için suç bilgileri diğer çalışan ve kişiler ile paylaşılmaz. Hatta kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımının yerine getirilmesinde; hükümlünün durumunun, çalıştırılacağı kurum ya da kuruluş haricinde kimseyle paylaşamayacağı belirtilmektedir (DSHY m.65/4). Hükümlünün denetleme planına uyup uymadığı, şube müdürlüğü veya büroca her zaman denetlenir. Çalışma yaptırımının denetimi takip çizelgesi ile yerine getirilir. Bu çizelgede, hükümlünün işe geldiği tarih, geliş ve ayrılış saatleri, bir günde çalışmak zorunda olduğu, fiilen çalıştığı saat, iş yerindeki sorumlu kişinin imzası, denetim görevlisinin denetleme tarihi ve imzası bulunur. İş yerindeki sorumlu kişi takip çizelgesini her gün doldurur ve hükümlüye de imzalatır. Hükümlü işe gelmediği takdirde, sorumlu kişi derhal denetim görevlisine veya denetleme memuruna durumu bildirir. Denetleme planına uyulmadığının kolluk, ilgili kurum veya kuruluş tarafından bildirilmemesi ya da şube müdürlüğü veya büro tarafından tespit edilmesi halinde hükümlü denetleme planına uyması yönünde şube müdürlüğü veya büroca uyarılır. Uyarıya rağmen denetleme planına uyulmaması halinde kayıt kapatılarak evrak mahkemeye iletilmek üzere Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir (DSHY m.47). Mahkeme kararında belirtilen çalışma esasları ile rejimlere uymama halinde, geriye kalan ceza aynen çektirilir.

Bununla birlikte, Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği m.65/5 gereği, Suça sürüklenen çocuklar hakkında kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararı verilmişse kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımının infazında hükümlünün çalışmaya başlayacağı tarihteki yaşı dikkate alınır. Hükümlünün on sekiz yaşından küçük olması halinde çalıştırılacak iş; çocuğun bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişimi ile eğitimine engel olmayacak ve destekleyecek şekilde belirlenir. Bu şartların sağlanamaması halinde çocuk hakkında verilen bu yaptırımın değiştirilmesi mahkemesinden istenebilir. TCK m.50'nin gerekçesinde de hükümlünün çalışacağı kurumda kadrolu olamayacağı ve ücret alamayacağı belirtilmiştir. Ayrıca hükümlülere, çalıştıkları süre boyunca 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun ilgili hükümlülerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir.

b. Karar Oranı

Ülkemizde kaç hükümlüye kamuya yararlı bir işte çalıştırma seçeneği uygulandığına ilişkin güvenilir bir istatistik vermek mümkün gözükmemektedir. Çünkü TÜİK, mahkûmiyet kararlarını gruplarken bu şekilde bir ayrıma gitmemektedir. Fakat sadece 2021 yılında verilen mahkûmiyet kararlarına bakıldığında; 738.681 hapis cezası (%29), 544.578 para cezası (%21), 110.269 erteleme (%4), 524.903 güvenlik tedbiri (%2) ve 585.815 diğer mahkûmiyet kararı (%23) verilmiştir⁸². Kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararlarının, erteleme ve diğer mahkûmiyet halleri içerisinde de yer alabileceği düşünüldükçe bu yolla bir sonuca varabilmek mümkün gözükmemektedir. Bu verilere ulaşamamak, kamuya yararlı bir işte çalıştırılan mahkûmların özellikleri hakkında bilgi edinmeyi de neredeyse imkânsız hale getirmektedir.

Bununla birlikte, Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı denetimli serbestlik kararlarını 2006 yılından bu yana düzenli olarak yayımlamaktadır. 2022 yılı Haziran ayı istatistiklerine göre, 2477 yetişkin, 106 çocuk

⁸⁰ İNCE, s.209.

⁸¹ İNCE, s.209.

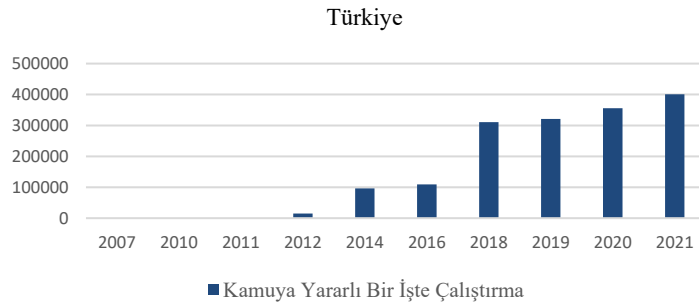
⁸² Adalet Bakanlığı, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Adalet İstatistikleri, 2021, s.100, <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/adalet-istatistikleri-yayin-arsivi>, (Erişim: 07.11.2022).

olmak üzere toplam 2583 kişi seçenek yaptırım (TCK m.50) kararı verilmiştir. Fakat yayınlanan bu istatistiklerden de hangi seçenek yaptırım türüne hükmedildiğine erişebilmek mümkün değildir. Dolayısıyla kamu yararlı bir işte çalıştırma karar sayıları buradan da elde edilememektedir. Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı'nın istatistikleri incelendiğinde, 2014 yılının Kasım ayından itibaren adli para cezası karşılığı kamuya yararlı çalışma kararlarının ayrı bir başlık altında tutularak yayınlandığı görülmektedir. Bunda, CvGTİHK'nun 106/3 maddesinde yapılan 18/06/2014 tarihli değişiklik etkili olmuş gözükmektedir. Söz konusu değişiklik uyarınca ödenmeyen adli para cezalarının kamu yararına ücretsiz çalışmaya dönüştürülmesi öngörülmüştür⁸³.

Sonuç olarak, yayınlanan resmi istatistiklerden seçenek yaptırım olarak hükmedilen kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararlarının sayısı öğrenilmesine rağmen mahkûmiyet kararlarının sadece %1,3'ünün seçenek yaptırım (TCK m.50) olduğu tespit edilmektedir. Dolayısıyla mahkemelerin herhangi bir seçenek yaptırma hükmetme oranının dahi oldukça düşük olduğu görülmektedir. Bu nedenle seçenek yaptırım olarak kamuya yararlı bir işte çalıştırma karar oranının da oldukça düşük olduğu söylenebilir. Buna karşılık, ödenmeyen adli para cezasına karşılık hükmedilen kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararlarının sayısı toplam seçenek yaptırım kararlarından daha fazladır.

Aşağıda yer verilen ve Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı tarafından yayınlanan verilerden oluşturulan şekil 4'te Türkiye'de 2007-2021 yılları arasında kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararları gösterilmektedir. Kamuya yararlı bir işte çalıştırma karar sayıları 2012 yılından sonra kayda değer bir şekilde artmıştır. Nitekim 2007 yılında 30, 2010 yılında 294 ve 2012 yılında 15.003 olan kamuya yararlı bir işte çalıştırma karar sayıları; 2014 yılında 96.155'e 2021 yılında ise 400.742'ye yükselmiştir. Bu artışta, kamuya yararlı bir işte çalıştırma ile ilgili yapılan önemli yasal düzenlemeler etkili olmuştur. 05/04/2012 tarihli değişiklik 5275 sayılı CvGTİHK'na 105/A maddesi eklenmiş, ardından 05/03/2013 tarihli Denetimli Serbestlik Yönetmeliği⁸⁴ kabul edilmiş, son olarak 18/06/2014 tarihli değişiklik 5275 sayılı CvGTİHK'nun 106/3 maddesi eklenmiştir. Böylece kamuya yararlı bir işte ücretsiz çalıştırma yaptırımının uygulama alanı artırılmış, yaptırımın infazı Denetimli Serbestlik Müdürlüklerine bırakılarak kurumsallaşmasına imkân verilmiştir. Fakat kamuya yararlı bir işte çalıştırma, toplum nezdinde halen bir "lütuf" olarak görülmektedir. Bu yaptırımın, yeterli bir ceza olarak toplumsal kabulü, yaygın olarak uygulanması için gereklidir. Nitekim hapis cezasının günümüzde hâlâ merkez konumunu koruması, kamuoyunda çok etkili bir ceza olarak görülmesi ve topluma güven vermesine de dayanmaktadır.

Şekil 4: Türkiye'de Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma Kararlarının Sayısı⁸⁵



c. Çalıştırılan İşler

Hükümlülerin genellikle ağaç dikimi, park ve bahçe düzenlemesi, kamu binalarının temizliği, kütüphane ve arşiv çalışmaları, boya, tamirat, tadilat işlerinde ve engelli bireylerin faydalanabilmesi için sesli kitap okuma uygulamaları gibi hizmetlerde kamu yararına ücretsiz olarak çalıştırıldıkları belirtilmektedir⁸⁶.

Denetimli serbestlik merkezi tarafından yayınlanan 2021 yılı raporu dikkate alınarak hazırlanan aşağıdaki tabloda, 2017-2021 yıllarında Türkiye'de hükümlülerin çalıştıkları işlere dair bazı bilgiler sunulmaktadır. Buna göre, 2017 yılında toplam 14.630 yükümlünün katılımıyla Türkiye'de 424.721 fidan dikimi ve 569.493 ağaca bakım çalışması yapılırken; 2018 yılında 25.484 yükümlünün katılımıyla 516.052 fidan dikimi ve 1.211.933 ağaca bakım çalışması yapılmıştır. Benzer şekilde 2019 yılında da hem yükümlü

⁸³ Bu çalışmada yer alan "Diğer Uygulama Alanları" başlığı altında yer verilen açıklamalara bakılabilir.

⁸⁴ 10/11/2021 tarihinde resmi gazetede yayınlanarak, bu yönetmelik yerine Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği kabul edilmiştir.

⁸⁵ Şekil 4, Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı'nın internet sitesinde yer alan veriler kullanılarak yazar tarafından oluşturulmuştur. Bkz. Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı, Kamu Yararına Çalışma, <https://cte-ds.adalet.gov.tr/kamu-yararına-calisma>, (Erişim: 07.11.2022).

⁸⁶ Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı, Kamu Yararına Çalışma, <https://cte-ds.adalet.gov.tr/kamu-yararına-calisma>, (Erişim: 07.11.2022).

hem fidan dikim sayısı artarak 40.866 yükümlünün katılımıyla 620.533 fidan dikilmiştir. Son beş yılda toplam 1.931.522 fidan dikimi ve 3.233.494 ağacın bakım çalışmaları gerçekleştirilmiştir.

Bununla beraber, korona virüsünün yol açtığı pandemi önlemleri nedeniyle 2020 ve 2021 yıllarında hükümlülerin çalıştırma sayılarında ciddi bir düşüş yaşanmıştır. 5275 Sayılı CvGTİHK'na eklenen geçici 9'uncu maddesinin 5'inci fıkrasında yer alan

“Covid-19 salgın hastalığının ülkemizde görülmüş olması sebebiyle, açık ceza infaz kurumlarında bulunanlar ile kapalı ceza infaz kurumunda bulunup da açık ceza infaz kurumlarına ayrılmaya hak kazanan hükümlüler, 105/A maddesi kapsamında denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezasının infazına karar verilen hükümlüler ve 106'ncı madde veya diğer kanunlar uyarınca denetimli serbestlik tedbirinden yararlanan hükümlüler, 31/5/2020 tarihine kadar izinli sayılır. Salgının devam etmesi hâlinde bu süre, Sağlık Bakanlığının önerisi üzerine Adalet Bakanlığı tarafından her defasında iki ayı geçmemek üzere on iki kez uzatılabilir. Bu fıkra uyarınca izinli sayılanlar hakkında 95 ve 97'nci madde hükümleri uygulanır.”

hükmü gereğince hükümlülerin izin sürelerinin, 30 Kasım 2021 tarihinden itibaren 2 ay süreyle onuncu kez uzatılmasına karar verilmiştir. Bu kapsamda, 15/04/2020 tarihi itibarıyla denetimli serbestlik sürecine ara verilen hükümlülerin izinli olma durumları 2021 yılında da devam etmiş, izinli sayılan hükümlüler dışında kalan şüpheli ve sanıklara (adli kontrol, tedavi ve denetimli serbestlik, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, çocuğun denetim altına alınması kararı kapsamında olanlar) yönelik infaz ve iyileştirme çalışmalarına ise gerekli tedbirler alınmak suretiyle devam edilmiştir⁸⁷.

Tablo 2: Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma Yükümlülüğü Kapsamında Yapılan İşler ve Yükümlü Sayısı⁸⁸

Yıl	Yükümlü Sayısı	Fidan Dikim Sayısı	Ağaç Bakım Çalışma Sayısı
2017	14.630	424.721	569.493
2018	25.484	516.052	1.211.933
2019	40.866	620.533	917.659
2020	9.598	229.015	318.563
2021	2.254	141.201	215.846
Toplam	92.832	1.931.522	3.233.494

5. Yaptırımın Etkililiğinin Değerlendirilmesi

Türkiye’de kamuya yararlı bir işte çalıştırmanın suçun önlenmesi, rehabilitasyon, hükümlülerin iyileştirilmesi ve sosyal entegrasyonu gibi amaçlar bakımından etkililiğini değerlendiren herhangi bir araştırma yapılmadığı görülmektedir.

Bu konuda bilimsel bir araştırma yapılmamış olmasının birden fazla sebebi olabilir. İlki, yeteri kadar bu yaptırım hakkında karara hükmedilmemiş olması olabilir. Dolayısıyla hükümlülerin üzerinde uygulanması ve bu kişilerin belli bir süre takip edilmesi için yeterli örnek olmayabilir. Nitekim kamuya yararlı bir işte çalıştırma karar sayıları genel olarak 2012 yılından itibaren artmaya başlamıştır. Bunun dışında, bu konuda nitelikli bir bilimsel araştırma yapabilmenin kendi içinde barındırdığı zorluklar da önemli bir sebep teşkil edebilir. Hakkında kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararı verilen bir hükümlünün ileride suç işleyip işlemediğini takip edebilmek kural olarak mümkün olabilir de zamani geriye sarıp aynı kişiye hapis cezası verseydik gelecekte yeniden suç işleyip işlemediğini test etmek mümkün değildir. Bu nedenle araştırmalar, birbirine en yakın özelliklerdeki kişilerin karşılaştırılmasıyla yapılmaktadır. Bu da hükümlüler hakkında yeterli düzeyde bilgi sahibi olunmasını gerekli kılmaktadır. Fakat bu yöntemde bazı sakıncaları olabilmektedir. Olabildiğince benzer özelliklerdeki kişiler karşılaştırılrsa da bu kişiler aynı kişi değildir. İşledikleri suç tipi, önceki suç kayıtları, hatta doğumundan itibaren yaşadıkları, program dâhilinde yaşadıklarını gireceği etkileşimde farklı bir sonuç meydana getirebilir.

Sonuç olarak, dünyada olduğu gibi ülkemizde de dikkat çeken ve denetimli serbestliğin felsefesini en iyi yansıtan uygulamalardan biri olarak gösterilen kamuya yararlı bir işte ücretsiz çalıştırmanın etkililiği Türkiye’de değerlendirmeye muhtaçtır.

III. SONUÇ

Bu çalışmada, hapis cezasının verilmesinin ağır, diğer mevcut yaptırımların da hafif olarak kabul edildiği durumlarda bir ara yaptırım olarak ön plana çıkan ve yakın dönem ceza adalet politikalarının en başarılılarından biri olarak kabul edilen kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımının Türk ve Hollanda ceza hukukunda nasıl düzenlendiği, infazının nasıl yapıldığı ve suçun önlenmesinde etkili olup olmadığı değerlendirilmiştir.

Türkiye’de çalıştırma yaptırımının kökleri Osmanlı Devleti’ndeki kürek ve pranga cezalarına dayanmakla birlikte 2005 yılında ceza mevzuatında yaşanan değişikliklere ve 2006 yılında denetimli serbestlik müdürlüklerinin faaliyet geçmesine kadar dikkate değer bir gelişme yaşanmamıştır. 2005 yılında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımı ücretsiz ve ücretli çalıştırma şeklinde düzenlenmiş ve aynı yıl yürürlüğe giren 5402 sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım

⁸⁷ Denetimli Serbestlik 2021 Çalışma Raporu, Ankara, s.41, <https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/581/dosya/2021-calisma-raporu26-04-20222-19-pm.pdf>, (Erişim: 10.11.2022).

⁸⁸ Tablo 2, Denetimli Serbestlik 2021 Çalışma Raporu’nda yer alan veriler kullanılarak yazar tarafından oluşturulmuştur. Denetimli Serbestlik 2021 Çalışma Raporu, Ankara, s.41, <https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/581/dosya/2021-calisma-raporu26-04-20222-19-pm.pdf>, (Erişim: 10.11.2022).

Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu m.14/4 hükmü ile çalıştırmanın infazı, yeni kurulan denetimli serbestlik müdürlüklerine bırakılmıştır. Kamuya yararlı ücretsiz çalıştırma, TCK'nın 50. maddesinin birinci fıkrasının f bendinde, 1 yıl ve daha az kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırım olarak düzenlenmiştir. Ülkemizde görece yeni bir yaptırım olan kamuya yararlı bir işte çalıştırma, Hollanda'daki uygulamasından farklı olarak müstakil bir ceza ve savcının soruşturma aşamasında vereceği bir yükümlülük olarak düzenlenmemiştir. Türk hukukunda da hapis ve adli para cezasının yanında *müstakil bir ceza* yaptırımı olarak düzenlenmesinde fayda olabilir. Çünkü şu anki düzenlenişi itibarıyla, failin durumuna göre birtakım kriterlerden olumlu not alması durumunda adeta bir lütuf olarak hükmedilmektedir. Hapis cezasının merkezi konumunu kırabilecek nitelikteki bu yaptırıma daha fazla hükmedilebilmesi, uygulama alanının genişletilmesine de bağlıdır.

Türkiye'de kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırım olarak kamuya yararlı bir işte çalışma kararlarına ilişkin güvenilir bir sayı verebilmek mümkün gözükmemektedir. Çünkü TÜİK, mahkûmiyet kararlarını gruplarken bu şekilde bir ayrıma gitmemektedir. Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı ise denetimli serbestlik kararlarını 2006 yılından bu yana düzenli olarak yayımlamaktadır. Bu verilere göre, kamuya yararlı bir işte çalıştırma karar sayıları genel olarak 2012 yılından sonra artmıştır. 2007 yılında 30, 2010 yılında 294 olan kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararları; 2012 yılında 15.003'e, 2014 yılında 96.155'e 2021 yılında ise 400.742'ye yükselmiştir. Bu artışta, kamuya yararlı bir işte çalıştırma ile ilgili yapılan önemli yasal düzenlemeler etkili olmuştur. 05/04/2012 tarihli değişiklikle 5275 sayılı CvGTİHK'nun 105/A maddesi eklenerek ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülere koşullu salıverilme kapsamında denetimli serbestlikten yararlanma imkânı tanınmış ve bu kapsamda hükümlüler kamuya yararlı işlerde çalıştırılarak cezalarını infaz edilebilmiştir. Ardından 18/06/2014 tarihli değişiklikle 5275 sayılı CvGTİHK'nun 106/3 maddesi ile ödenmeyen adli para cezasının kamuya yararlı işte çalışmaya çevrilmesi hükmü eklenmiştir. Böylece kamuya yararlı bir işte ücretsiz çalıştırma yaptırımının hem uygulama alanı artırılmış hem de yaptırımın infazı Denetimli Serbestlik Müdürlüklerine bırakılarak kurumsallaşmasına imkân verilmiştir.

Bununla beraber, Hollanda'da çalıştırma cezasına *eğitim* ile birlikte hükmedilebilmesi dikkate değerdir. Hollanda'da 2001 yılında yapılan kanuni değişiklikten sonra, sadece çalışmaya değil, eğitim alınmasına ya da bir öğrenme projesinin takip edilmesine de bir yaptırım olarak karar verilebilmektedir (HCK m.77h-2). Bu durumda temel ceza, çalışma cezasıdır. Ancak bu ceza; sadece çalışma cezası ya da eğitim tedbirinden oluşabileceği gibi, her ikisinin birlikte verilmesinden de oluşabilmektedir. Ayrıca 2020 yılında tüm dünyada etkili olan korona virüsünün yol açtığı pandemi önlemleri nedeniyle Hollanda'da kararların eğitim cezası bölümü dijital olarak gerçekleştirilebilmiştir. Hükümlünün topluma yeniden kazandırılması ve suçun önlenmesi amaçları düşünüldüğünde, çalışma yaptırımının eğitim ile desteklenmesi önemli bir kazanım olarak görülmektedir. Türkiye'de de çalışma cezasının kapsamı ve içeriğinin eğitim ile desteklenmesinde fayda olabileceği söylenebilir.

Son olarak, Hollanda'da yapılan bilimsel araştırmalar, kamu yararına çalıştırma yaptırımının suçun tekrarrünün önlenmesinde etkili olduğunu destekler niteliktedir. Bu sonuçlar, Türkiye için yol gösterici olabilir. Fakat birebir benzer sonuçların alınacağını söylemek elbette mümkün değildir. Dolayısıyla Türkiye'de öncelikle mevcut uygulamaların etkili olup olmadığı bilimsel olarak değerlendirilmelidir. Bu da araştırmacıların en azından bilimsel değerlendirme yapabilecek kadar ayrıntılı olarak resmi verilere daha kolay ulaşabilmesine bağlıdır. Nitekim bu araştırmada, seçenek yaptırım olarak hükmedilen kamuya yararlı bir işte çalıştırma karar sayılarına dahi erişebilmenin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Bu nedenle TÜİK kapsamında yayınlanan Adalet İstatistikleri'nin seçenek yaptırım türleri, seçenek yaptırım türleri içerisinde kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararlarına ait verilerin de eklenmesi bu alanda yapılacak akademik çalışmaların da artmasına katkı sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

- Adalet Bakanlığı, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Adalet İstatistikleri, 2021, <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/adalet-istatistikleri-yayin-arsivi>, (Erişim: 07.11.2022).
- AKBULUT, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- ALICI, Burhan: Belçika Hukukunda Çalışma Cezası, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XV(3), 2011, s.131-164.
- ARTUK, Mehmet Emin: Türk Ceza Hukukunda Yaptırımlar Sistemi, Ceza Hukuku Dergisi, 2(4), 2007, s.61-77.
- AVCI, Mustafa: Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenekler, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul 1994.
- BOONE, Miranda: Only for minor offences: Community service in the Netherlands, European Journal of Probation, University of Bucharest, 2(1), 2010, s.22-40.
- CRİMİNALİTEİT EN RECHTSHANDHAVİNG 2020, Wetenschappelijk Onderzoek-en Documentatiecentrum, Chaiir 2021-22, WODC, <https://repository.wodc.nl/bitstream/handle/20.500.12832/3112/Cahier-2021-22-volledge-tekst.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, (Erişim: 07.11.2022), s.82.
- ÇİÇEK, Mustafa: Kısa Süreli Hapis Cezalarına Seçenek Olarak Sunulan Yaptırımların Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi, Adli Tıp Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Aralık 2009.
- DEMİRBAŞ, Timur: İnfaz Hukuku, Özellikle Cezalarının Tarihçesi, Uluslararası Belgelerle Karşılaştırmalı Olarak Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların İnfazı ve Ceza İnfaz Kurumları'nın İdaresi, Ankara Seçkin Yayıncılık, 2008.

- Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı, Kamu Yararına Çalışma, <https://cte-ds.adalet.gov.tr/kamu-yararına-calisma>, (Erişim: 07.11.2022).
- Denetimli Serbestlik 2021 Çalışma Raporu, Ankara, s.41, <https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/581/dosya/2021-calisma-raporu26-04-20222-19-pm.pdf>, (Erişim: 10.11.2022).
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II*, Beta Yay, İstanbul 1999.
- ERDEM, Mustafa Ruhan: *Kısa Süreli Özgürlüğü Bağlayıcı Cezaların İnfazı ve Yeni Seçenekler*, İnfaz Hukukunun Sorunları Sempozyumu, Başkent Üniversitesi, Öz-Özen Matbaa, Ankara 1993, s.192-214.
- FOUCAULT, Michel: *Hapishanelerin Doğuşu*, çev. M. Ali Kılıçbay, İmge Yayınları, Ankara, 1992.
- GÖKTEPE, Kaya: *Kamuya Yararlı İşlerde Çalıştırma Yaptırımı ve Kamuya Yararlı İşlerde Çalıştırma Yaptırımının Tarihsel Gelişim Süreci*, TAAD, 10(37), Ocak 2019, s.227-269.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, Ankara Barosu Dergisi, 65(1), Ankara 2007, s.78-109.
- IVOR, Gill Mc/BEYENS, Kristel/BLAY, Ester/BOONE, Miranda: "Belçika, Hollanda, İskoçya ve İspanya'da Kamu Yararına Çalışma (Karşılaştırmalı Değerlendirme)", Çev. Burhan Alıcı, Küresel Bakış, 2(6), 2012, s.87-109.
- İÇEL, Kayıhan: "Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Olan Müesseselerdeki Gelişmeler ve Türk Ceza Sisteminin Bu Yönden Değerlendirilmesi", Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanunu'nun 50. Yılı ve Geleceği Sempozyumu 22-26 Mart 1976, İstanbul 1977.
- İÇEL, Kayıhan/SOKULLU-AKINCI, Füsün/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU, Fatih Selami/ÜNVER, Yener: *Yaptırım Teorisi*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2000.
- İNCE, Hüseyin: *Kısa Süreli Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Yaptırımlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.
- KARAKAŞ DOĞAN, Fatma: *Cezanın Amacı ve Hapis Cezası*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2010.
- KAYA, Musa: "Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma Yaptırımının Türk Ceza Adalet Sistemindeki Tarihsel Süreci", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, XX(3), s.257-296
- KİLLİAS M., Aebi M., Ribeaud D.: Does community service rehabilitate better than shorter-term imprisonment?: Results of a controlled experiment, Howard Journal of Criminal Justice, 39(1), 2000, s.40-57.
- MADEN, Mehmet: *Hapis Cezasına Seçenekler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- MUILUVUORI M.L.: Recidivism among people sentenced to community service in Finland, Journal of Scandinavian Studies, Criminology and Crime Prevention, 2(1), 2001, s.72-82.
- ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Mehmet Nihat/DOĞAN, Koray: *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010.
- ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.
- REX, Sue/GELSTHORPE Loraine: "The Role of Community Service in Reducing Offending: Evaluating Pathfinder Project in the UK", The Howard Journal of Criminal Justice, 41(4), 2002, s.311-325.
- ROEGER, L.S.: The effectiveness of Criminal Justice sanctions for Aboriginal offenders. Australian and New Zealand Journal of Criminology, 27(3), 1994, s.264-281.
- SPAANS, E. C.: Community Service in the Netherlands: Its Effect on Recidivism and Net-Widening, International Criminal Justice Review, 8(1), 1998, s.1-14.
- StatLine, Vervolging en berechting misdrijven; persoonsgegevens, <https://opendata.cbs.nl/#/CBS/nl/dataset/83944NED/table>, (Erişim: 7.11.2022).
- TÜİK: *Adli Sicil İstatistikleri, Mahkûmiyet Karar Nitelikleri*, 2021.
- TOPÇUOĞLU, Tuba: "Türkiye'de Denetimli Serbestlik Hizmetlerinin Etkinliğinin Bilimsel Olarak Değerlendirilmesi", Türkiye'de Denetimli Serbestlik 10. Yıl Sempozyumu, 8-10 Aralık 2015, s.1-15.
- WALMSLEY, Roy: *World Prison Population List (Eleventh edition)*, Institute for Criminal Policy Research, www.prisonstudies.org.
- WELSH, B. C./FARRINGTON, D. P.: Evaluating the economic efficiency of correctional intervention programmes, G. A. Bernfeld, D. P. Farrington & A. W. Leschied (eds.), *Offender Rehabilitation in Practice: Implementing and Evaluating Effective Programs*, Chichester, UK 2001, s.45-65.
- WERMINK H./BOKLAND A./NIEUWBEERTA P./NAGIN D./TOLLENAAR N.: Comparing the effects of community service and short-term imprisonment on recidivism: a matched samples approach, J. Exp. Crime, 6(3), 2010, s.325-349.
- World Prison Brief, Highest to Lowest- Prison Population Rate, http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison_population_rate?field_region_taxonomy_tid=All, (Erişim: 20.10.2022).

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Financial Support: Yazar Buket ABANOZ ÖZTÜRK, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Buket ABANOZ ÖZTÜRK who is the author has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini beyan etmektedir. | The author declares that she complies with the scientific, ethical, and quotation rules of İnÜHFD in all processes of the paper and that she does not make any falsification of the data collected. In addition, she declares that İnönü University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated or published in any academic publication environment other than İnönü University Law Review.

Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY

10.21492/inuhfd.1322824 



“Hayvan olmak istiyorsan olabilirsin elbette. Bunun için insanlığın acılarına sırt çevirmen ve yalnız kendi postuna özen göstermen yeterlidir”.
Karl Marx, Ekonomi Politğin Eleştirisi”- Önsöz.

*“Hoşça bak zatuna kim zübde-i alemsin sen
Merdüm-i dide-i ekvan olan ademsin sen
(Kendine hoşça bak, alemin özüsün sen
varlıkların gözbebeği olan insansın sen)*
Şeyh Galip

1950’li Yıllar: Bir “Cumhuriyet çocuğu”nun yetişmesi.

Lise Yıllarım: 1949-1953

Otobiyoğrafiye lise yıllarımdan başlayacağım. Babamı çok küçük yaşlarda kaybettim. Beni ve kız kardeşimi, sınırlı imkanlarla büyüten ve yetiştiren sevgili annemizdir. Babasız kalma ve sık taşınma gerektiren kiracılık nedeniyle ilkokulun beş sınıfını da beş ayrı okulda okudum. Bu bakımdan daha ilkokuldan başlayan yakın arkadaşlıklara yabancıyım. Entelektüel formasyonumun Vefa Lisesinde oluştuğunu belirtmek isterim. Orta Okulda Jules Verne’in macera romanları ile A. J. Cronin’in duygusal romanları (Yeşil Yıllar, Pembe Yıllar, Şahika, Üç Aşk, Yıldızlar Bakarken) çerçevesinde gelişen okuma, öğrenme ve edebiyat sevgisi Vefa Lisesinde gelişmiştir. Lisede edebiyat, felsefe, sosyoloji ve tarih en sevdiğim derslerdi. Lisenin ilk yıllarında bir yandan Türk edebiyatının unutulmaz romancıları (Reşat Nuri Güntekin, Yakup Kadri Karaosmanoğlu, Refik Halit Karay ve Halide Edip Adıvar); bizim kuşağın çok beğenilen şairleri (Cahit Sıtkı Tarancı, Yahya Kemal, Necip Fazıl Kısakürek, Ziya Osman Saba, Ahmet Kutsi Tecer, Ahmet Muhip Dırnaz) ve Divan Edebiyatının unutulmaz isimleri (özellikle Fuzuli, Baki, Enderunlu Vasıf, Şeyh Galip); diğer yandan da Dostoyevski, Tolstoy, Gorki, Balzac, Lamartin, Anatole France ve diğer edebiyat devleri yaşamımın bir parçası oluvermişti. Her hafta sonu Babıali yokuşunda dolaşırken özellikle Remzi Kitabevi, İnkılap Kitabevi ve Türkiye Yayınevi en sık uğrak yerlerimdi. Felsefe, psikoloji ve sosyolojiye olan ilgimi –görüşlerini paylaşmadığım- öğretmenim Nurettin Topçu’ya; edebiyat sevgimin gelişmesini edebiyat öğretmenim Behice Kaplan’a ve tarih tutkunluğumu da Reşat Ekrem Koçu’ya borçluydum.

Felsefe öğretmenimiz Nurettin Topçu doktorasını Fransa’da yapmıştı; M. Blondel’in “Hareket” (action) felsefesinin savunucusuydu; doçent titrine sahip olduğu halde Vefa Lisesi ve Robert Kolejde felsefe dersleri vermekteydi. Ondan çok iyi klasik felsefe öğrenmekteydik. Platondan Hegel’e, Kant’tan Blondel’e, Bergson’dan Bertrand Russell’a tanıtmış tüm düşünür ve filozofların dünya görüşlerini bilmekteydik. Topçu, her öğrenciden ilgi ve kapasitesine göre bir filozofun eserini okumasını ve bir ödev hazırlamasını isterdi. Bana anlaşılması çok kolay olmayan İrlandalı filozof G. Berkeley’in “Beşerî Bilginin Prensipleri”ni okumak düşmüştü. Hazırladığım ödevi çok beğenen Topçu, felsefeye pek sevgisi olmayan başka bir arkadaşına vermiş olduğu Bergson’un “Ahlakın ve Dinin İki Kaynağı” adlı eserinin iki bölümünü de benim üstlenmemi istedi. Kısacası, Vefa Lisesini bitirdiğimde 1950’li yılların felsefe, psikoloji ve sosyoloji sorunları hakkında sıradan öğrencilerden çok yukarıda bir formasyona sahip bulunmaktaydım.

Edebiyat kültürümde Behice Kaplan’ın katkılarını unutamam. Divan ve Cumhuriyet şiiri ile Tanzimat edebiyatı ve Yeni Türk edebiyatı kültürünü ona borçluyum. Behice Kaplan da her öğrenciden, biri Türk edebiyatından; diğeri Batı edebiyatından iki eserin okunmasını ve özetlerinin çıkarılmasını isterdi. Benden Refik Halit Karay (Memleket Hikayeleri) ile Dostoyevski’yi (Suç ve Ceza, daha sonra Karamazov Kardeşler ve Budala) okumam istenmişti. Arkadan Anatole France’ın “Thais”i ve “Tanrılar Susadılar”ı geldi. Böylece Türk edebiyatı ile Batı edebiyatının en usta yazarlarının dünyalarına girmiş olmaktaydım.

Tarih sevgimi ve tutkumu ise, tarih öğretmenim Reşat Ekrem Koçu’ya borçluyum. Reşat Ekrem öğretmenimiz tarih derslerini alışlagelen öğretim tarzında anlatmazdı. Tarih gözünüzün önünde bir sinema filmi gibi canlanıverirdi. İlk Çağ anlatılmakta ise, kendinizi bir anda Babil’in Asma Bahçelerinde bulurdunuz; Orta Çağlar anlatılıyorsa Semerkant’taki halkın yaşam kavgası; Avrupa’yı kasıp kavuran “Kara Ölüm” (veba salgını); Haçlı Seferleri, Hıristiyanların İstanbul’u fethetmesi ve kültürel talanları vb. ardı ardına sıralanırdı. Vefa Lisesindeki diğer öğretmenlerimin de öğrenim hayatımda az çok etkileri olmuştu; bu vesileyle Türkiye’nin önemli ressamlarından biri olan resim öğretmenin Seyfi Toroy’a da güzel sanatlara ve özellikle resim sanatına ilişkin kültürüme katkıları için teşekkür borçluyum.

Bu öğretmenler, bir yontucunun kaba bir mermeri işleyerek sanat eseri yaratması gibi bizim ruhumuza şekil veren sanatçılardı. Hayatımın sonraki dönemlerinde o 1950’li yıllarda Vefa Lisesinde okuyan kişilerle karşılaştığımda herkesin az veya çok bu öğretmenlerden bir şeyler almış olduğunu gözlemlemiştir.

İstanbul Hukuk Fakültesi Yıllarım: 1953-1957

O tarihlerde milli eğitim düzeninde yapılan bir değişiklik nedeniyle biz Vefa Lisesinde 4 yıl okuduk. Son sınıfta Fen ve Edebiyat Şubelerine seçme günü geldiğinde büyük bir istekle Edebiyat Şubesine seçmiştim. Niyetim Ankara’da Siyasal Bilgiler Fakültesine girmek; daha sonra dış işleri bakanlığında memur olarak (tabii konsolos, ataşe, elçi vb.) meslek hayatımı sürdürmektir. Bu nedenle SBF sınavlarına girmiş ve 15. sırada burslu öğrenci olma hakkına kavuşmuştum. O tarihte sınırlı bir gelire yaşayan ailem için burslu olarak yükseköğrenim yapabilmem önemli bir nimetti. Ancak içimden Ankara’ya gitmek de gelmiyordu. Ama yine de trene atlayıp gittim; SBF daha açılmamıştı, kayıtlar bir iki gün içinde başlayacaktı. Bir yandan ayaküstü tanıştığım arkadaşların hoyratlığı; bir yandan kalacağım pansiyonun sefil durumu isteksizliğimi giderek arttırmaktaydı. Buna bir de köklü bir soğuk algınlığı eklenince ateşli geçirdiğim iki geceden sonra evime dönmeye karar verdim. Bursu istemediğimi bildirmek amacıyla SBF Öğrenci İşlerine bile uğramaksızın İstanbul’a döndüm. Evime kavuştuğum için sevinçliydim. Annem de oğlunun dönmesini “her işte bir hayır olduğu” inancıyla karşıladı; üç kişilik ailemin bir araya gelmesinden hepimiz mutluyduk.

Üniversite seçme sınavlarında aldığım notlar İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesine girebilmem için yeterliydi. İstanbul Hukuk Fakültesini seçtiğim için mutluydum; burayı bitirdikten sonra da Dışişleri Bakanlığında memur olabileceğime inanmaktaydım. (Ancak bilinçaltında, bu düşüncenin kendim için bir kandırmaca olduğunu ve kendi çabalarımın yarattığım bir fırsatı tepmekte olduğumun da farkındaydım). Hukuk Fakültesinde derslere başladıktan sonra özellikle Anayasa hocaları Hüseyin Nail Kubalı ve Tarık Zafer Tunaya ile Medeni Hukuk hocası Bülent Davran’a sempati duymaktaydım. Bir vesileyle Bülent Beyin özel bir ilgisini de kazanmıştım. Bir ders sırasında Bülent Bey “beden yapısı ve karakter” arasındaki ilişkiden söz etmiş; “bu ilişkiyi ortaya atan Alman bilim adamını tanıyan var mı?” diye sormuştu. Sessizlik, kimsenin bu sorunun cevabını bilmediğini göstermekteydi. Oysa Bülent Beyin sorduğu bilim adamı lisede psikoloji dersinde öğrendiğim “Ernst Kretschmer”di. Sorunun cevabını verip “astenik, piknik ve atletik tipler” hakkında açıklamalar yapınca Bülent Bey sınıfta benim için çok övücü sözler söyledi; dersten sonra da çağırarak tebrik etti.

O tarihlerde Roma Hukuku dersini Prof. Andreas B. Schwarz okutmaktaydı. Ancak benim Fakülteye girdim yıl Schwarz vefat etmişti. Roma Hukuku kürsüsünde Doç. Dr. Türkan Rado ve Dr. Asistan Ziya Umur’un bulunmasına ve her ikisinin de Roma Hukuku derslerini bilimsel normlara uygun olarak verebileceklerinin bilinmesine karşın, Fakülte Yönetimi tarafından, Roma Hukukuna Giriş derslerinin kısa bir süre Ord. Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu’na verilmesi uygun görülmüş; ders hocası olarak Roma’dan Prof. Giovanni Pugliese’nin davet edilmesine karar verilmişti. Kısa bir süre sonra Prof. Pugliese İstanbul’a geldi. Pugliese derslerini Fransızca anlatıyor; Dr. Ziya Umur da Türkçeye çeviriyordu. O tarihlerde yazılı sınavları veren öğrencilerin, bir de sözlü sınava girmesi gerekmekteydi. Sözlü sınavda Pugliese’nin yanında Ziya Umur oturuyor; Pugliese sınav sorusunu Fransızca soruyor, Umur bunu Türkçeye çeviriyor; öğrencinin Türkçe cevabını da Fransızca olarak Pugliese’ye aktarıyordu. Bu usul nedeniyle sözlü sınavlar gece yarısına kadar devam etmekteydi. Ancak bu görünüm Türk Üniversitelerinin ciddiyetinin ve güvenilirliğinin kanıtıydı. (On yıllar sonra Roma hukuku derslerinin Roma tarihine biraz meraklı olan ve sağdan soldan toplama avukatlara verildiğini ya da Fakülteye yeni giren araştırma görevlilerine Roma hukukunun anlatıldığını görünce insanın içi fena oluyor. Nereden nereye!)

İstanbul Hukuk Fakültesinde birinci sınıfta İktisat dersi de okutulurdu. Ancak nedense öğrencilerin çok büyük bir bölümü bu derse gelmez; Prof. Hazım Atf Kuyucak gibi çok bilgili ve deneyimli bir iktisatçıdan İktisat öğrenmezlerdi. Benim de dahil olduğum çok küçük bir grup hocayı izlemekteydi. Benim İktisat dersine olan merakım, biraz toplumsal yaşam bakımından iktisadın çok önemli olduğunu algılamış olmamdan; biraz da Karl Marx’a duyduğum platonik sempatiden ileri gelmekteydi. O tarihlerde Türkiye’de Karl Marx’ı okumak tehlikeli bir işti; Marx’la ilgili Türkçe eserler çok az olduğu gibi; bunları arayıp edinmek de başını belaya sokmaktan farksızdı. Benim Marx’ı doğru dürüst okumam yurt dışında bulunduğum yıllarda (1960, 1962-1964) olmuştur. Hazım Atf Kuyucak ağır başlı, iyi giyimli ve nazik bir beyefendi idi. İktisat konularını anlaşılabilir bir tarzda ağır ağır anlatırdı. “İktisat Dersleri” adını taşıyan bir ders kitabı da vardı. Öğrenci bu kitabı okurdu. Kuyucak New York’ta iktisat okumuştur; iktisadi olguları, kavramları ve sistemleri kolay anlaşılabilir bir şekilde anlatırdı. Onun kitabını satır satır okur; önemli yerleri de kırmızı-mavi kurşun kalemle işaretlerdim. Arada bir hocaya bazı sorular sorduğum da olurdu; hoca beni dinler, ilgim için de teşekkür ederdi. Yukarıda sözünü ettiğim eserinin 30. sayfasında Amerikalı Prof. Henry Clay’in eserinden (Economics for the General Readers, New York, 1919, s. 385) aktarılan bir pasaj o yıllarda beni çok etkilemişti. Clay’in görüşü yıllar sonra da etkisini sürdürdü. Clay şöyle diyordu: “Eğer bir zengin bir köpek yavrusu için 500 dolar verirken, bir fakir çocuklarının tahsili için 495 dolar verebiliyorsa, rekabet şartları altındaki bir toplumun istihsal kaynakları, fakirin çocuklarının tahsili düşünülmeden önce zengine istediği



köpeği tedarik hususuna tahsis olunur”. Bu pasajla ilgili olarak Kuyucak hocayla konuştuğumda, hoca “Clay, kapitalist ekonomiyi çok doğru olarak anlatmış; kapitalist ekonominin özü budur” demişti.

Hukuk Fakültesi Mezuniyeti ve Asistanlık Yılları: 1957-1966

1957 yılında Fakülteden mezun oldum. Dışişleri Bakanlığında memur ve diplomat olma düşüncüm gitmişti. Prof. Kubalı beni Anayasa kürsüsüne beklerken, hocam Bülent Davran ile bu kürsiye daha sonra katılan ve son sınıfta benim hocam olan Prof. Selahattin Sulhi Tekinay’ın tavsiyeleri üzerine “Medeni Hukuk ve Mukayeseli Medeni Hukuk” kürsüsüne asistan olmayı tercih ettim.

Fakültede araştırma asistanı olarak çalışmaya başladığım ilk günlerde gelecekteki yaşamımı derinlemesine etkileyecek bir olay vuku buldu. İstanbul Hukuk Fakültesiyle, Michigan Law School ve Columbia University School of Law arasında yapılan bir öğretim üyesi mübadelesi anlaşması uyarınca Michigan’dan (Ann Arbor’daki Hukuk Fakültesi) Profesör Alfred F. Conard’ın konuk öğretim üyesi olarak İstanbul’a geleceği bildirildi. Prof. Davran da beni çağırarak “Mukayeseli Hukuk derslerinde Common law ve Amerikan hukuku dersleri Conard tarafından verilecek; Conard’la çalışmanı ve onun derslerini öğrencilere çevirmeni istiyorum” dedi. Böylece Bülent Davran’la “Medeni Hukuk” derslerine girerken; Prof. Conard’la da “Mukayeseli Hukuk” derslerine girmeye başladım. Başlangıçta çevirmenlik işi bir hayli yorucuydu. Common law terminolojisi Kara Avrupası hukuk dilinden çok farklıydı ve İngilizce -Türkçe doğru dürüst bir “Hukuk Sözlüğü” de mevcut değildi. Çeşitli kavramları açıklayabilmek için Fransızca ve Almanca sözcüklerden ve eserlerden yararlanarak Türkçe karşılıklar bulmak beni zorlamaktaydı. Ancak önümde yeni bir dünya açılmıştı; Türkiye’de çok az kişinin bildiği Common law ve Amerikan hukuku uzmanı olmam söz konusuydu. Ne kadar çok çalıştığımı gören Prof. Conard, bir süre sonra beni sağa sola “my indomitable translator”ı (yılmaz çevirmenim) olarak takdim etmeye başladı. Conard’ın verdiği derslerin çevirisi daha sonra Fakültemiz tarafından “Anglo-Amerikan Hukukuna Giriş” adı altında yayımlandı. Conard her hafta Divan Otelinde Türk iş adamlarına “Doing Business in the U.S.” (Amerika’da İş Yapmak) adı altında konferanslar verirdi. Bunları da ben çevirmekteydim. Günümüzün çok tanınmış iş insanlarının bir bölümünü bu konferanslarda tanıdım. Conard’ın son konferansında bunlardan biri Prof. Conard’a “bir yıldan beri Türkiye’desiniz; acaba Amerikan iş adamıyla Türk iş adamı arasında ne fark var? Görüşünüzü rica edebilir miyim?” şeklinde bir soru yöneltti. Conard, biraz düşündükten sonra şu cevabı verdi: “Amerikan iş adamı önemli bir sözleşmeyi imzalamadan önce hukukçulara incelettirir, daha sonra imzalar; oysa Türkiye’deki gözlemim şu: Türk iş adamı sanki kendisi hukukçuymuş gibi imzayı basıyor; daha sonra sözleşmeyle başı derde girince de hukukçulara danışıp beni bu sıkıntıdan kurtarır mısınız diyor”. Conard’ın bu gözlemini hiç unutmadım. Sonraki on yıllarda hukuk uygulamasına girdiğimde ve çeşitli Türk teşebbüslerine hukuki görüşler sunmam istendiğinde durum gerçekten Conard’ın gözlemlemiş olduğu gibiydi.

Yıl sonu yaklaştığında Conard bana ABD’nde “master” yapmak isteyip istemediğimi sordu; istersem hemen Ann Arbor’daki hukuk fakültesinde master çalışması için bir burs bulabileceğini söyledi. Burs sorununu kolayca çözüme bağlamak varken, nedense “hocam ben Harvard ya da Yale Hukuk Fakültesinde master çalışmalarına katılmak istiyorum” dedim. Prof. Conard biraz şaşırıp, ancak genç asistanın duygusal eğilimine de anlayış göstererek benim için güzel bir tavsiye mektubu kaleme aldı.



Harvard bursunu kazanmam üzerine sınıf arkadaşım olan eşim Ünver Alton’la evlendik; törenin ertesi günü de Harvard çalışmaları için Boston’a (Cambridge) uçtuk.

Harvard Law School’da derslerine severek girdiğim hocalar Prof. Arthur Taylor von Mehren (Mukayeseli Hukuk), Prof. Lon Fuller (Sözleşmeler) ve Prof. Dowson’dı. von Mehren, master çalışmamın konusu olarak “Public Promises of Rewards and Prize Contests in Civil Law and Common Law” (Kara Avrupası Hukuklarında ve Common Law’da İlan Yoluyla Ödül Sözü Verme ve Ödüllü Yarışmalar) olarak belirledi. Harvard Hukuk Fakültesinin büyük kitaplığında ve o tarihte yeni inşa edilmiş “International Legal Studies” binasındaki kitaplıkta çalışmalara başladım. Odam bu binanın alt katındaydı ve oda arkadaşım da Zigurd Zile’ydi. (Zigurd sonradan önemli bir Sovyet Hukuku uzmanı oldu). Türkiye’de popülist siyasetçi Adnan

Menderes’in son aylarıydı. Bu arada, Küba’da Amerikalıların adamı olan diktatör Bastista’ya karşı Castro ve Che Guevara Küba Devrimini gerçekleştirmek üzereydiler.

1960’lı yıllar: “Bilimsel erk”in oluşturulması ve “askerlik anıları”

1960 Haziran’ında yurda dönmüştüm. Bu arada Küba Devrim iç hesaplaşmalarını yapıyordu. Bu olayları Türkiye’de ibretle izlemekteydik. Kennedy’nin 1961 Nisan’ında gerçekleştirmek istediği “Domuzlar Körfezi” (Bay of Pigs) saldırısı da başarısızlıkla sona ermişti. Karşı devrimcilerin Amerikan desteğiyle yeniden iktidara gelme düşleri söndürülmüştü. Yurda döner dönmez doktora tezimle ilgili çalışmalara başlamıştım.

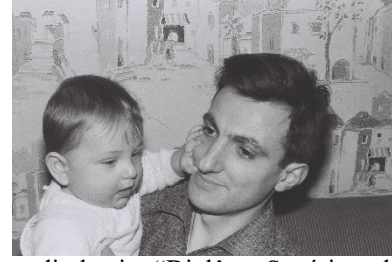
O günlerde yine ileriki hayatımı etkileyecek bir olay vuku buldu. O günlerde Amerikalı başka bir konuk hoca (visiting professor) daha Fakültemize gelmişti: Columbia Üniversitesinden Prof. E. Allan Farnsworth. Hocam Bülent Bey, Farnsworth’un derslerini çevirmemi istedi. Farnsworth, Mukayeseli Hukuk dersinde “American Private Law”u (Amerikan Özel Hukuku) anlatmaktaydı. Farnsworth Birleşik

Devletlerde önemli bir hukukçuydu. Daha sonraki dönemlerde “Sözleşmeler Hukuku” alanında en gözde hukukçulardan biri oldu. Özellikle “Restatement on Contracts”in yenilenmesinde ve “Sözleşmeler Hukuku” (Contracts) alanındaki yeni gelişmelerde Amerikan Hukukuna önemli katkılarda bulundu. Yıl boyunca yaptığım çeviriler de Fakültemiz tarafından “Amerikan Hususi Hukukuna Giriş” adı altında yayımlandı.

Harvard Law School’da “master of law” çalışmamı yaparken, “International Legal Studies”teki zengin kitaplıkta 2. Dünya Savaşında Amerikan İşgal Kuvvetleri tarafından Berlin’den getirilen Alman ve sair hukuklara dair seçkin eserlerden de yararlanabilmek fırsatını bulmuştum. Doktora tezimin konusu “İnançlı Muameleler” idi (fiduziarisches Rechtsgeschäft). Amerikan hukukunun “trust”ı ile “Kara Avrupası hukuklarının inançlı muamele” kavramı birbirinden çok farklıydı. Bu bakımdan kitaplıkta hem master tezimle ilgili çalışmalarını sürdürmekte; hem de gece yarılara kadar çalışarak “doktora tezimle ilgili notları” da çıkarmaktaydım. Yurda döndüğümde Türkçe kaynaklar dışında yabancı hukuk literatürüm eksiksiz gibiydi. “İnançlı muameleler”e ilişkin Alman, İsviçre ve Fransız hukuk kaynakları incelenmiş durumdaydım. Böylece bir yandan Farnsworth’un derslerini çeviriyor; diğer yandan da inançlı işlemlerde “hakkın tam devri” görüşüne dayanan doktora tezimi kaleme alıyordum.

Böyle bir durum Fakültemizin alışık olmadığı bir olguydu; yurt dışından gelen genç bir asistanın bir yıl içinde hem “master tezi”ni yazarak “LL.M.” derecesini alması; hem de doktora tezini tamamlayabilecek bir aşamaya gelmesi olur şey miydi? Amerikan hukukunu sevmeyen ve benim hızlı ilerlememden rahatsız olan bazı asistan arkadaşlar ve genç doçentler, o tarihlerde nedense benden pek hazzetmeyen İsmet Sungurbey’i kurmaya başladılar. Doktora tezimin savunulması günü geldiğinde, inanılmaz bir şey oldu. Tez savunmalarında genel olarak sadece bazı asistanlar veya hocalar dinleyici olurken; benim savunmama Sungurbey’in ders verdiği sınıfın tüm öğrencileri davet edilmişti. Sungurbey, benimsediğim ve savunduğum ne varsa tam aksini söylüyor; virgül ve noktalı virgül yanlışlıklarını bile “tezdeki yanlışlıklar” olarak ileri sürüyordu. Sonuç olarak, dörde karşı bir olumsuz oyla kabul edildi; bir süre sonra da yayımlandı ve ilgiyle karşılandı. Ancak, tezin kısa bir süre içinde tükenmesinden sonra da savunma gününü bir türlü unutamadım. Kırk yıl sonra, 2000’li yıllarda tezimin “tıpkı basım”ının yapılması önerildiğinde de çeşitli yayınevleri tarafından yapılan önerileri kabul etmedim.

1960’lı yılların ortalarına doğru meslek yaşamım bakımından benim için önemli olan diğer bir olay Strasbourg’daki “Faculté Internationale pour l’Enseignement du Droit Comparé”de öğrenim görmemle ilgilidir. Prof. Arthur Taylor von Mehren’in ve hocam Davran’ın teşvikleriye 1962 İlk Yazında bu Fakültenin “deuxième cycle” (ikinci dönem) mukayeseli hukuk öğretimine katıldım. “Diploma de Droit Comparé”yi aldıktan sonra, 1963 yılında “troisième cycle” ‘e (üçüncü dönem) katılarak Mukayeseli Hukuk eğitime devam ettim. Bu arada oğlum Murat’ın doğumu da beklenmekteydi. Her an yurda dönecek şekilde hazırlık yapmıştım. Ancak Murat, benim Strasbourg’daki çalışmalarımı beklemek nezaketini gösterdi. Biraz geç doğarak kendi yaşamını riske edip benim “Diplôme Supérieur de Droit Comparé” derecesini almamı bekledi ve aynı yıl benim dönüşümden sonra dünyaya geldi.



Strasbourg’daki fakültede öğrenim sırasında hem mesleki hem entelektüel hem de genel yaşamımda çok önemli gelişmeler oldu. O dönemin en önemli hukukçularını tanımış olmuştum; bu hocalar sonra birlikte ya da yakınlarında çalıştığım insanlar içinde yer aldılar; onlarla görüşüp konuşuyor, yazıyor ve çalışmalarını izliyordum. Bazılarını sıralamak isterim: Rene David (Fransa), R. Houin (Paris), G. Marty (Toulouse), E. Kaden (Cenevre), J. N. Hazard (New York), F. Stone (New Orleans), W. Rhenstein (ABD); A. A. Ehrenzweig (ABD); R.B. Schlesinger (ABD); J. A. Jolowicz (İngiltere); W. J. Habscheid (Almanya); L. Baudouin (Montréal), R. Balzarini (Trieste), J. Limpens (Brüksel ve Gand), Ernst von Caemmerer (Freiburg/Br.) C. J. Hamson (Cambridge), B. T. Blagojevic (Belgrad), A. Krutogolov (Moskova), I. Szabo (Budapeşte), V. Toumanov (Moskova), V. Knapp (Prag) vb.

1962 ve 1963 yıllarındaki Mukayeseli Hukuk öğretiminde birçok genç hukukçuyla da arkadaş olmuştum. Bunların büyük bölümü dünyanın çeşitli ülkelerinde üniversitelerdeki araştırma görevlileriydi; sonraki on yıllarda her biri önemli yerlere geldiler. Örneğim sevgili arkadaşım F. Madl, Macaristan’ın Sovyet etkisinden kurtulmasında sonra Cumhurbaşkanı seçildi; diğer sevgili arkadaşım Jerzy Rajski Polonya’nın tanınmış hukukçularından biri oldu; Belgrad’lı M. Mitroviç de eski Yugoslavya’nın saygın hukukçularından biriydi; İtalyan Aldo Frignani de öyleydi. Onlar ayrıca Avrupa Birliğinin seçkin hukukçuları olarak Birliğe önemli hukuksal katkılar sağladılar.

Yıllar ilerledikçe hem hocalarımla hem arkadaşlarımla Avrupa üniversitelerinde veya A.I.D.C. (International Academy of Comparative Law) ya da A.I.S.J. (International Association of Legal Science) tarafından düzenlenen mukayeseli hukuk kongrelerinde veya diplomatik konferanslarda bir arada olmak; geçmişi anmak, gelecekle ilgili tasarımları paylaşmak gerçekten bir mutluluktur.

1960’lı yıllar birçok olaya gebe idi. 1961 Nisan’ında Rus Gagarin uzaya gönderilmiş ve uzaydaki ilk “insan” onurunu kazanmıştı. ABD’nde Martin Luther King ırk ayrımını lanetleyerek “I have a dream”ini (Bir düşünüm var) söylemekteydi.

1966 yılında gelecekteki yaşamımı etkileyen başka bir olay da WUS Canada’nın (Dünya Üniversitesi Servisi - Kanada) düzenlediği “Türkiye Semineri” oldu. Kanadalı akademisyenler ve öğrencilerle birlikte tüm Ege ve Akdeniz bölgesini kapsayan iki haftalık çalışma gezisi yurdumun bir bölümünü tanıma bakımından bende önemli izlenimler bıraktı.

Kanadalıların “Türkiye Semineri”nden sonra askerlik görevimi yapmak üzere Fakülteden ayrıldım. 1966 güzüydü; çok uzun süren sıcak bir yaz yaşamaktaydık. Tuzla Piyade Okulunda temel eğitimi görerek



havan ateş idare subayı olabileme yeteneğini elde ettim. İstanbul Üniversitesinin çeşitli fakültelerin öğretim üyesi veya yardımcısı olan diğer arkadaşlarım gibi Milli Savunma Bakanlığında ya da Genel Kurmay’da bir “atama” beklerken; kura çekme düzenine tabi tutuldum; kurada da şansına Çanakkale 116. Er Eğitim Alayı çıktı. İki yabancı dil bilen 32 yaşındaki bir doçentin Çanakkale sirtlarında er eğitimi için kullanılması çok garibime gitmişti. Ancak benimle birlikte piyade eğitimi gören (sınıf arkadaşım) edebiyatçı Demir Özlü’nün ve daha birkaç aydının Piyade Okulundan er olarak mezun olduklarını görünce susmak zorunda kaldım. “İyi saatte olsunlar” böyle takdir buyurmuştu; kendimi Kafka’nın “Dava”ındaki kişi gibi suçumun ne olduğunu bilmediğim bir süreç içinde buldum.

Çanakkaleliler bekar subaya ev kiralamıyorlardı; ne kadar evli barklı olduğumu, eşimin İstanbul’da bir bankanın avukatı olarak çalıştığını ve üç yaşında bir oğlum bulunduğunu söylesem de bir şey değişmiyordu. Bir tesadüf bana yardımcı oldu. Çanakkale’deki Truva Oteli’nin işleticisi Tevfik Çullu ve kardeşi Cemal Çullu tanıdığım kişilerdi; otelin kira sözleşmesinden kaynaklanan bazı sorunları bulunuyordu. Onlardan bir öneri geldi; kış mevsiminde otel bomboştu, yaz gelince turistler geleceklerdi ama en üst kattaki küçük odalardan birinde pek ala kalabilirdim; akşam yemeklerini de otelde alabilmem mümkündü. Hukuki yardımına karşılık benden çok az bir bedel talep edilmekteydi. Öneriyi sevinçle kabul ettim ve akşamları alaydan otele gitmeye başladım.

Hocam Prof. Kubalı, ordunun benden bilgime, yabancı dillerime ve liyakatime uygun tarzda yararlanmamasından rahatsızdı. Benim acemi askerlere basit silah eğitimiyle görevlendirilmekle “harcanmış” olduğumu düşünüyordu. Bu nedenle Genel Kurmaydaki tanıdık generaller ile yazışmasına karşın, beni Genel Kurmay Başkanlığında bir göreve aldirtmadı.

Bu arada bendeki “harcanmışlık” duygusu da kayboldu; artık Çanakkale’den ayrılmak istememekteydim. Ara sıra hafta sonları meşakkatli ve masraflı da olsa bir günlüğüne İstanbul’a gidebiliyordum. Bu arada Homeros’un “İlyada”sına yeniden başlamıştım; “Odysea”yı da ezberlemiş gibiydim: William Shirer’in “The Rise and Fall of the Third Reich”ı da başucumdaydı. 2. Dünya Savaşının tüm ayrıntılarını; Alman, İngiliz, Amerikan ve Sovyetler Birliği generallerinin zaferleri ve yenilgilerini, kaybedilen zaferleri, 2. Dünya Savaşıyla ilgili insanlık dramını çok iyi öğrenmişim. Yoğun mitoloji yanında, firavunlar döneminin Mısırını; Mezopotamya’daki uygarlıkları, eski Yunan ve Roma tarihini ayrıntılarıyla bilmekteydim. Bazı hafta sonları da Troya ve Assos’a uzanıp hiç değilse hafta sonları “tarihin içinde” kaybolmayı öğrenmişim.

Askerlik görevimin sonlarına doğru Kıbrıs sorunu alevlenince “askerliğin ne olduğu”nu daha iyi öğrendim. O yıllarda Vietnam Savaşı da bütün şiddetiyle sürüp gitmekteydi. Abonesi olduğum “Time” dergisinden savaşın gidişatı hakkında güncel bilgim bulunurdu; ABD’nin ilk kez yenilmek üzere olduğunu ibretle izlemekteydim. Üç beş kişinin kaprisi, Başkan Johnson’ın danışmanlarının beceriksizliği ve “dünya liderleri” adı verilen “çapsız ahmaklar”ın çıkar hesapları yüzünden binlerce insanın telef olmasını; küçücük bir ülkeye 2. Dünya Savaşındakinden daha fazla bomba atılmasını; en yeni ve geliştirilmiş silahların bu ülkenin insanları üzerinde denemesini üzülenek izlemekteydim.

1968 yılı Eylül’ünde askerlik görevim sona erdi; ancak 1969 yılına yorgun girmekteydim. Siyasal terör tüm ülkeye yayılmış gibiydi. Fakülteme geri gelmişim ama Üniversite bıraktığım eğitim kurumu olmaktan çıkmıştı. Öğrenci hareketleri, terör, karşılıklı adam öldürmeler ve büyük ölçüde “öğrencilerin maşa olarak kullanıldığı” siyasal çatışmalar bütün hızıyla devam etmekteydi. Fakültemiz iki günde bir öğrenciler tarafından işgal ediliyor; ders veren hocalar yaka paça amfilerden çıkarılıyor; hakarete uğruyor, “gerçek öğrenciler” “sağ” ya da “sol” kanattan bir kısım militanların zorbalığıyla cenazelere katılmak üzere saatlerce yürütülüyor; her gün sağdan ve soldan sekiz on kişi katlediliyordu. Fakültedeki odalarımızda çalışmak bir yana, önemli kitapları alıp eve götürmek; gelen mektuplarımızı alabilmek bile mümkün olamıyordu. Üniversiteler aslında terörün kaynağı değildi; aksine eğitim kurumları terör azgınlığının uygulanması için seçilen yerlerdi. Üniversiteler ile hocaların teröre buluşturılması başka hesaplardan ileri gelmekteydi.

1970’li yıllar: Terörün yayılması ve Terörün uygulayıcısı değil, fakat kurbanı olan üniversiteler

Terör azgınlığı bütün şiddetiyle 1970’li yıllarda da süregeldi. İstanbul 15-16 Haziran 1970 tarihlerinde önemli bir “işçi eylemi”ne tanık oldu. DİSK’e bağlı 75.000 işçi yürüyüşe geçmişti; katılımcılar arasında Türk-İş’ten de bazı işçiler bulunmaktaydı. O akşam sıkıyönetim ilan edildi. Ülke çapında yaşadığımız anarşi üniversitelere de sirayet etmişti. ODTÜ Olayları ve Deniz Gezmiş eylemleri bu sıralarda başlamıştı. 1971 yılının mart ayı bizim aile yaşamımızda mutlu bir dönem oldu: Sevgili kızımız Bikem Barış doğmuştu.

Hükümetin terör olaylarının üstesinden gelememesi üzerine 12 Mart 1971 tarihinde Silahlı Kuvvetler hükümete bir Muhtıra verdi. Başbakanlığa Nihat Erim getirildi. Sıkıyönetim “Balyoz Harekâtı” adı verilen bir operasyona girişti. 1971 sonlarına doğru Freiburg/Br Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Prof. Ernst von Caemmerer’in yardımıyla Freiburg/Br’da doçent olarak çalışmalara başladığımdan Türkiye’deki gelişmeleri Almanya’dan takip etmekteydim. Alman basını Türkiye’deki siyasal durumu “Tağmaç Doktrini” (“Die sogennante Tagmaç Doktrin”) olarak nitelermekteydi. Bu doktrinin esası şuydu: “Bir ülkedeki sosyal uyanış ekonomik gelişmenin üstüne çıkmış ise, sosyal uyanışın sınırlanması gerekir”. 1971 Mayıs ayı “Mahir

Çayan” olayına tanıklık etti. Mahir Çayan “Türkiye Halk Kurtuluş Partisi Cephesi”ne (THKP-C) mensuptu; Marxist-Leninist bir devrimciydi. Diğer bir devrimci grup da Deniz Gezmiş ve arkadaşlarıydı. Türkiye’deki anarşi anlatılır gibi değildi. Ayrıntıya girmeyeceğim. Mahir Çayan silahlı çatışmada öldürüldü; Deniz Gezmiş ve iki arkadaşı da 6 Mayıs 1972 günü idam edildiler. Bir süre sonra azgın terör tavsadı; seçimleri kazanan Bülent Ecevit de Başbakan olarak hükümetin başına getirildi.

1970’li yıllarda gözlemlediğim en önemli uluslararası olaylardan biri “Watergate Skandalı”ydı. Başkan Nixon’ın gizlice rakiplerinin konuşmalarını dinletmesi bir süre sonra onun başını yedi; Nixon, birtakım manevralarla “impeachment”ın (görevi kötüye kullanma suçlaması) sonuçlarından kurtulmaya çabaladıysa da görevden azledilmesinin önlenmesi için, danışmanlarının önerisiyle Başkanlıktan istifa etmek zorunda kaldı.

Beni etkileyen diğer bir uluslararası olay da, Şili’de seçimle iktidara gelen ilk sosyalist lider Allende’ye karşı faşist general Augusto Pinochet tarafından yapılan darbe idi. Enflasyon, halkın bir kesiminin direnişi, büyük Amerikan şirketlerinin kumpaslarıyla boğuşan ve sosyalist bir ekonomik düzen kurmaya çabalayan Allende alaşağı edildi; ancak onuruyla ölmesini de bilmişti. Pinochet’nin uygulamak istediği ekonomik model “Chicago’lu Oğlanlar”ın (Milton ve arkadaşları: Chicago Boys) “laissez-fair” (bırakınız yapınlar) modeliydi.



Üçüncü önemli olay ise, ABD’nde Roe v. Wade kararıyla Amerikan Yüksek Mahkemesinin “rahim tahliyesi” (abortion) olanağını tanımasıydı. Yüksek Mahkeme belirli bir süreye kadar “abortion”la ilgili tüm yasaklamaların Amerikan Anayasasına

aykırı olduğunu belirtmekteydi. Yüksek Mahkemeye göre dölyatağı kadının “özel alanı”dır (privacy). Karar sadece ona aittir”.

1974 Şubat’ında Sovyet Rusya’da Solzhenitsyn Olayı ile dünya “Gulag Takım Adaları”ndaki Sovyet ceza infaz sistemini öğrendi. 1974 Temmuz’unda da “Kıbrıs Barış Harekatı” vuku buldu. Türkiye, çok haklı olduğu bir konuda nihayet kararlılığını ortaya koyabilmişti. ABD’nde uzun süredir koma halinde yaşamını sürdüren Karen Ann Quinlan’ın ana babası kızlarından solunum cihazının çıkarılması davasını kazandılar; böylece insanın “onuruyla ölme hakkı”nın ilk temeli atılmış olmaktadır.

1970’li yıllarda terör İtalya’da ve Almanya’da da kol gezmekteydi. 1977 yılında Kızıl Tugay’lar Roma’da Aldo Moro’yu kaçırmış ve öldürmüşlerdi; Federal Almanya’da da Dresdner Bank yöneticilerinden Jürgen Ponto ve İşverenler Sendikası başkanı Schleyer kaçırılıp öldürülmüşlerdi. O tarihlerde Bonn’da Prof. Dr. Marshall von Bieberstein’in “Mukayeseli Hukuk Enstitüsü”nde “ürün sorumluluğu” (product liability) üzerinde çalışmaktaydım. Bir yandan dehşet dalgası ortalığı kasıp kavururken; öte yandan da insanlık bazı “yıldız anlar” (Sternstude) yaşamaktaydı: 1978 yılında ilk “tüp bebek”in (test tube baby) dünyaya getirilmesi tıptaki devrim dalgasının ilk işareti olmuştu.

Kişisel meslek yaşamımda 1978 yılında vuku bulan en önemli olay İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsünün müdürlüğü seçimiyle ilgiliydi. Asistanlığımdan itibaren içinde yaşadığım ve akademik etkinliklerimi sürdürdüğüm Mukayeseli Hukuk Enstitüsü kuruluş yıllarındaki canlılığını yitirmiş gibiydi. Enstitüye yabancı yayınlar gelmiyor; yabancı meslektaşlar davet edilemiyor ve Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi (MHAD) adı altında yayınlanan bir dergi dışında herhangi önemli bir etkinlik de yapılamıyordu. Bunun asıl nedeni mali kaynakların bulunmamasıydı; ancak Enstitü müdürlüğüne seçilenler hocalarımız da değerli hukukçular olmalarına karşın yabancı hukuk kuruluşları ve yabancı meslektaşlarla pek fazla teması olmayan kişilerdi. Enstitünün uzun yıllar müdürü olan Prof. Kubalı, şahane Fransızcası ve ilişkileriyle Fransız hukuku çevresinde tanınmasına karşın, mukayeseli hukuk kongrelerine katılmazdı: Bunun en önemli nedeni Fakültemizin bu gibi akademik etkinliklere hiçbir mali katkıda bulunmamasıydı; bütçede bu tür temaslar için genellikle para olmazdı. Enstitünün eski yıllardan gelen en önemli etkinliği “Semain Juridique Turco-Suisse” adı verilen haftalardı. Dört yılda bir İsviçre’de ve Türkiye’de düzenlenmekte olan bu etkinliğe genellikle Türkiye ve İsviçre’deki tüm tanınmış hukukçular katılmaktaydı. Kubalı’dan sonra Enstitü müdürü seçilen sevgili hocam Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay da bu durum karşısında Yargıtay ile iş birliği yaparak her yıl “Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler” adı altında Ankara’da Yargıtay üyeleriyle bir toplantı düzenlemekte; Yargıtay kararlarının değerlendirilmesine ve yabancı hukuklardaki gelişmelerin Yargıtay üyelerine aktarılmasına çalışmaktaydı.

Orta yaşlı sayılabileceğim o yıllarda AIDC (Academie Internationale de Droit Comparé) ve AISJ’deki (Association Internationale de Sciences Juridique) etkinliklerim; katıldığım mukayeseli hukuk kongreleri, seminerleri ve kolokyumlarının etkileri ve başka ülkelerde yapıldığı gibi Türkiye’nin taraf olduğu bazı kültür anlaşmalarından yararlanabilme olanağı 1978 yılında yapılacak Enstitü müdürlüğü seçimi için bende aday olma düşüncesini doğurmuştu. Bu düşüncemi arkadaşım Teoman Akünal’a açarak aday olmamın hocama karşı doğru bir davranış olup olmayacağını sormuştum. Teoman, müdürlüğe talip olmanın hocaya saygısızlık olmayacağını, aksine benim müdür olmamdan kendisinin de memnun olacağını söyleyince rahatladım.

Seçimde, tahmin ettiğimiz gibi, Kurul üyelerinin 2/3’sinin bana oy verdiği ortaya çıktı. Seçimden sonra Kurulda yaptığım kısa konuşmada Tekinay’ın etkinliklerini övdüm; aynı etkinliklere devam edeceğimi, ancak Enstitüyü yabancı kuruluşlarla temasa geçireceğimi; yabancı fonlardan ve kültür anlaşmalarından yararlanarak mali destek sağlamaya çalışacağımı söyledim. Sevgili hocam Tekinay

muhtemelen benden böyle bir çıkış beklemiyor olmalı ki, seçim sonucundan çok fena rahatsız oldu; Kurulu hemen terk etti. Ne kadar üzüldüğü mü anlatamam. Ancak olan olmuştur.

Enstitü müdürü seçilir seçilmez hemen tanıdığım İtalyan, Alman, Polonyalı, Amerikalı, Belçikalı hocalar ve meslektaşlarla ve belli başlı Mukayeseli Hukuk Enstitüleri veya Merkezleriyle temaslara başladım. Kısa bir süre içinde Capelleti'nin, Flessner'in, Wagner'in, Hondius'un, Blaurock'un, Kötz'ün, Wolodkiewicz ve Jacobowski'nin İstanbul' gelmelerini ve güncel hukuk sorunları üzerine konferanslar vermelerini sağladım. Bu konuda İtalyan Kültür ataşesi Bn. Rispoli İtalyan meslektaşların ağırlanmasında bana yardımcı olduğu gibi; o zamanki yöneticilerini tanıdığım İstanbul Ticaret Odası da mali katkılarını esirgemedi. Yabancı meslektaşların ayrıca başka kentlerde konferans vermelerini sağlama konusunda da yeni kurulan hukuk fakültelerinin dekanları (özellikle İzmir) ve o kentlerdeki barolar da ellerinden geleni yapmaktan kaçınmadı.

Böylece bir yandan dış ilişkilerimizi yoğun bir şekilde geliştirirken; her yıl “Yabancı Hukuk Düzenlerindeki Yeni Gelişmeler ve Güncel Hukuk Sorunları” başlığı altında bir konferanslar dizisini düzenlemeye ve İstanbul'daki öğretim üyelerinin bu konferanslar çerçevesinde bilimsel çalışmalarda bulunmalarına da yardımcı olmaya gayret ettim. Eskiden olduğu gibi “Türk-İsviçre Hukuk Haftaları”nın ve Tekinay döneminde Yargıtay'da düzenlenen “Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler” toplantılarının devam ettirilmesi için de elimden geleni yapmaya çalıştım. Bu etkinlikler içinde yeni bir gelişim de Viyana Hukuk Fakültesiyle “Avusturya-Türk Hukuk Günleri”nin (Österreichisch-Türkische Juristentagen) düzenlenmesi oldu. Prof. İlhan Ulsan'ın ve Avusturyalı meslektaşların yardımlarıyla ve tanıdık kurum ve kuruluşlardan mali destek sağlamak suretiyle ilk haftayı İstanbul'da düzenlemeyi başarabilmiştik. Bu ilişkilerin sonraki yıllarda da sürdürülmesine çalışıldı.

O tarihlerde Willy Brandt'ın “Ostpolitik” (Doğu Politikası) hareketini; bugünkü AB'nin o yıllardaki oluşumunu, küresel düzeyde de “detente” ve “barış içinde birlikte yaşama” (peaceful co-existence) akımını günü gününe izliyordum. Özel hukuk ve mukayeseli hukuka özgü yeni sorunlar ve oluşumlar yanında ABD-Sovyetler Birliğinin SALT (nükleer silahların sınırlanması) görüşmelerini, Amerikalıların “esnek mukabele” doktrinini; Mao'cu gençlerin “Çin Devrimi”nin yozlaştırılmasına karşı ayaklanmalarını çok yakından takip ediyordum.

Bu arada AIDC'nin 1974 Tahran Kongresi ilginç gözlemlerime vesile olmuştur. Şah dönemiymi; Tahran Üniversitesi rektörü Hasan Afşar ve ailesi de Hukuk Fakültesi dekanı da çağdaş yaşam tarzını benimsemiş saygın ve görgülü insanlardı. Ancak toplantıların yapıldığı her salonda sivil ve resmi polisler cirit atmaktaydı; İranlı meslektaşlar toplantılara katılmaya çekiniyorlardı, rejim pislik kokmaktaydı, bize bazı şeyler anlatmak için otomobillerine alıp Tahran'ın 30-40 km dışına çıkdıldıktan sonra konuşmalar başlıyordu.

1978 Kongresinde de Budapeşte'de benzer bir atmosfer gözlemlemiştim. Arkadaşım Udvaroş, ancak bazı semboller ve özellik taşıyan sözcüklerle bazı şeyler anlatabilmekteydi. 1970'li yılları böyle bir atmosferde tamamlamıştık.

1980'li yıllar: “Üniversitelerde YÖK düzeni”: “seçim” yerine “atama” düzeni

1980 Darbesinden sonra üniversitelerin statüsünde önemli değişiklikler yapıldı. İktidara el koyan asker, yanlış tanımlar ve amaçlı yönlendirmelerle terör ve anarşinin doğum yerlerinin üniversiteler olduğuna inanılmaktaydı. Oysa üniversiteler anarşinin yaratıcısı olmayıp uygulandığı yerlerdi; terörün kurbanlarıydı. Her neyse ... Yeni düzenlemede Fakülteler ve Enstitüler tüzel kişiliklerini yitirmişlerdi. Üniversitenin çeşitli kuruluşlarının yönetiminde “seçim” kaldırılmış; “atama sistemi” getirilmişti. İhsan Doğramacı'nın Türk yüksek eğitimine armağanı (!) olan “YÖK Düzeni”nde rektörler, dekanlar, müdürler, başkanlar vb. hep “atama” yoluyla belirlenmekteydi. Atamaları da pozisyonun önemine göre Cumhurbaşkanı ile rektör ve dekan gibi “atanmış öğretim üyeleri” yapmaya yetkiliydi. Böylece “dikensiz bir gül bahçesi”nin sağlanmış olduğuna ve anarşinin kökünün kazındığına inanılmaktaydı.

YÖK Düzeninde, tüzel kişi olan ve bazı yabancı kuruluşların “ulusal komitesi” (national committee) olarak etkinlikte bulunabilen “Mukayeseli Hukuk Enstitüsü” tüzel kişiliğini yitirmiş ve “Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi” (MHAUM) adını almıştı. YÖK düzeniyle beraber, dekanın Fakülte Kurulu tarafından seçimi tarihe karıştığı gibi; MHAUM müdürünün atanmasında da Fakülte Kurulunun seçimi yerine müdürü Dekanın ataması usulü kabul edilmişti.

Anayasa hocası olan Prof. Dr. Orhan Aldıkaçtı tepeden inme dekan olarak atanmış; benim de görevim sona ermişti. Yeni düzende benimle mesafeli olan Aldıkaçtı'nın beni müdür olarak ataması söz konusu değildi. Zaten Enstitünün adı değişmiş; “Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi” (MHAUM) olmuştur. MHAUM'a yeni müdür olarak Prof. Necip Kocayusufpaşaoğlu atanmıştı. Özel hukuk alanında çok değerli bir bilim adamı olan, ancak uluslararası mukayeseli hukuk kurum ve kuruluşlar hakkında bilgisi ve deneyimi olmayan Kocayusufpaşaoğlu'na “her zaman yardımcı olmaktan mutluluk duyacağımı” söylememe karşın, o da benden herhangi bir istemde bulunmamayı tercih etti. Böylece benim Türkiye'de kurumsal anlamda Mukayeseli Hukukun geliştirilmesine ilişkin çalışmalarım sonlandırılırken, Türkiye'de özerk bir hukuk dalı olarak “Mukayeseli Hukukun geliştirilmesi de duraklatılmıştı.

Kocayusufpaşaoğlu'ndan sonraki dönemlerde de özel hukuk alanında değerli çalışmaları olan, ancak mukayeseli hukuk dernekleri, kurumları veya kuruluşları hakkında deneyimleri olmayan diğer meslektaşların müdür olarak “atanmalar”ı nedeniyle, MHAUM Mukayeseli Hukuk dünyasında fazla tanınmayan bir kuruluş olarak ömrünü sürdürmeye devam etti. Bu arada Üniversite Rektörü Kemal

Alemdaroğlu da can çekişen MHAUM'a Rektörlük olarak hiçbir imkân tanımadı, üstelik kütüphanemizi de dağıtmak suretiyle ona ölümcül bir darbe indirmeyi seçti.

1980'li yıllar yeni oluşumlara tanık olduğumuz bir dönemdi: Örneğin SSCB'nde Brezhnev'le beraber "yaşlı adamlar dönemi"ni başlatmıştı. Yaşlı komünistler ekonomide kısmi iyileştirmeler yapmaya çalışmışlarsa da fazla bir başarı sağlanamamıştı. 1985 yılında Gorbaçov iktidara gelecek, "glasnost" (açıklık) ve "perestroyka" (Yeniden Yapılanma) hareketi başlayacaktı. 1982 yılı "Darwinin Ölümünün 100. Yılı"ydı. Moleküler biyoloji ve genetik bilimleriyle Darwin'in "Origin of Species"deki (Türlerin Kökeni) görüşlerinin büyük bölümünün doğru olduğu vurgulanmaktaydı. 1983 yılında ABD'nde Başkan Reagan ise, Rus füzesinden ABD'yi koruyacak "Stratejik Savunma Girişimi"ni (Strategic Defence Initiative) başlatmak üzereydi; bu sisteme "Star Wars" (Yıldız Savaşları) adı veriliyordu.

1980'li yıllarda Ermeni Asala Teror Örgütü militanları da Dışişleri camiasından birçok Türk diplomatını katletmiştir.

1985 yılında MHAUM'la ilişkimin kesilmesi böyle bir ortamda gerçekleşti; öğrencilerin derslere gelememesi; yeni araştırma konularının ortaya çıkması (üreticinin sorumluluğu; çevrenin korunması; AB'nin oluşum aşamaları; biyomedikal sorunlar, elektronik işlemler, tahkim alanındaki yeni çözümler, güvenceli işlemlerle ilgili yeni gelişmeler vb.), AIDC ve AISJ'deki etkinliklerim meslek yaşamımda başka bir "aşama"ya geçmemin temel nedenleri oldu.

Tam günlük öğretim üyeliğinden yarı zamanlı öğretim üyeliğine geçerek, banka avukatlığından emekli olan eşimle beraber bir avukatlık bürosu açtık. Böylece "fildişi kule" hukukçuluğum da bir anlamda sona ermiş olmaktadır. Ne var ki, Murat da yurt dışında olduğundan, uygulamanın bütün yükünü Ünver üstlenmişti; ben sadece müvekkillerle temasta bulunmaya, dosyaların hazırlanmasına; davalarla ilgili çalışmaların yapılmasına ve işlerin organizasyonuna katkıda bulunabilmekteydim. Yine bütün gün Fakültede idim; tüm gün Enstitüdeki odamda çalışıyor, büroya isteksizce gidip geliyordum. Buna karşı, yurt dışındaki uygulama ve araştırma merkezleriyle, enstitülerle ve uluslararası kuruluşlarla (özellikle Unidroit, AIDC; AISJ ve Deutsche Gesellschaft für Rechtsvergleichung, ICC vb.) kuruluşlarla da temaslarımı bütün yoğunluğuyla sürdürüyordum.

1980'li yıllarda "kartel hukuku" (antitrust law) alanındaki çalışmalarım (tasarı hazırlama dahil), "üreticinin sorumluluğu"na (product liability) ilişkin araştırmalarım (tasarı hazırlama dahil), Türkiye'de "tüketici hukuku"nun geliştirilmesine yönelik etkinliklerim (tasarı hazırlama dahil) tüm kapsamıyla sürüp gitmekteydi. 1983 yılı içinde Avrupa Konseyinden bir çağrı almıştım. Konsey, Funchal-Madeira'da (Portekiz) düzenleyeceği "Human Rights of Aliens in Europe" Kolokyumu için benden Avrupa Konseyine üye olan devletlerde "Yabancıların Konuk Oldukları Ülkelerdeki Siyasal ve Sosyal Hakları" konusunda mukayeseli bir çalışma yapmamı istemekteydi. Dört hafta kadar Fransa, Almanya ve İngiltere'de kalarak araştırmayı hazırlayıp Konseye sundum.

Araştırmamın kolokyumda da sunulması gerektiğinden Madeira'ya uçtum. Kolokyumda garibime giden şey tüm Avrupa Konseyi üyelerinin diplomatik temsilcilerinin bulunmasına karşın Türk Dışişleri



Bakanlığından kimsenin bulunmamasıydı. Nedenini sunum yaptığımda anladım. Anlattıklarım bireylerin yabancı ülkelerdeki statüsüyle ilgiliydi. Ne var ki, Türkiye'deki askeri darbe ve siyasal yansımaları nedeniyle katılımcıların bir kısmından ağır eleştirilere uğramaktaydım; Türk hükümetinin "günah keçisi" durumunda kalmıştım; faşist Anayasa'yı sanki ben hazırlamışım gibi eleştirilerin odak noktasındaydım. Oturum başkanı olan Portekizli meslektaş, "Mr

Özsunay'ın rejimle ve hükümetle bir ilişkisi yoktur; kendisi saygın bir bilim adamıdır, raporu Avrupa Konseyi'nin görevlendirmesiyle hazırlamıştır" diyerek defalarca vurgulamasına karşın eleştiriler kesilmedi; toplantı sona erdiğinde de neden Dışişleri Bakanlığından kimsenin bu toplantıya katılmamış olduğunu daha iyi anladım.

1985 yılında YÖK düzenlemesiyle Konya'daki hukuk fakültesinde ders vermem gerekince başlangıçta isteksizce, ancak sonradan severek Konya'ya gidip gelmeye başladım. Aynı günler Ankara'dan Prof. Ergun Özbudun (Anayasa) ile Prof. Lale Sirmen'in de (Medeni Hukuk) dersleri vardı; Rektör Prof. Halil Cin de Hukuk Fakültesi Dekanı rahmetli Prof. Burhan Gürdoğan da bizlere "konuk" muamelesi yapıyor ve olanaklar elverdiğince tüm isteklerimizi karşılamaya çalışıyorlardı. Öğrenciler ise bizi uzaydan gelmiş yaratıklar gibi hayranlıkla izlemekteydiler. Alışageldikleri hocalardan biraz farklı olduğumuz kesindi. Ancak bir süre sonra hakkımda bazı söylentiler yayıldığını öğrendim. Örneğin öğrenciler arasında "Hıristiyan olduğum söyleniyormuş. Bunu da beni sonradan İstanbul'da ziyarete gelen bir kız öğrenciden öğrendim. Kızcağız kızara bozara "size bir şey soracağım, ama bana kızarmıyorsunuz" dediğinde, "hayır, niçin kızayım" diye cevap verdim. O da soruyu sordu: ben Hıristiyan mıydım? Anladığım kadarıyla Mevlana'nın yattığı Konya'da, sevgiye dayalı bir İslami inanca yabancı ve beni sevmeyen öğrenciler sınıfta Yahya Kemal'in "Hafızın kabri olan bahçede bir gül varmış" şiirini okumuş olmamdan bu sonuca (!) varmışlardı.

Konya'daki görevim sona erip, 1986 yılında AIDC etkinliği için Avustralya'ya (Sydney) uçtuğumda üzerimdeki baskıcı hava gidiverdi; kendimi yeniden özgürlüğüne kavuşan biri gibi duyumsamaya başladım.

1980'li yılların ikinci yarısında mesleki yaşamımda bazı önemli olaylar vuku buldu. Bunlardan ilki benim THY hukuk danışmanı olarak görevlendirilmemle ilgiliydi. Başarılı bir "manager" olan Cem Kozlu

THY Yönetimine getirildiği zaman şirketin yapısında bazı önemli reformlar yapmaya kararlıydı. THY'nın fiziksel görünümünde ve işleyişindeki yenilikler yanında benim de hukuk danışmanı olarak kendisine yardımcı olmamı istemekteydi. Önerisini memnuniyetle karşıladım, ancak bunun için bazı bürokratik işlemlerin yerine getirilmesi gerekmekteydi. Üniversiteden bir yıl için izin alınması bir sorun teşkil etmedi. İşler hızla ilerledi, 11 Mayıs 1989 tarihinde Dekanlıktan görevlendirilmeme ilişkin yazı tebliğ edildi. THY'ları benden fotoğraf ve bazı bilgiler istemekteydi; bunlarla uğraşırken bu göreve başlamama bir engel olacak bir “neden” bulunduğunun farkında degildim.

O tarihlerde Turgut Özal Cumhuriyet gazetesinin “Babialinin Pravdası” olduğunu söylemişti; bunun üzerine de Cumhuriyet ona karşı bir dava yöneltmişti. Davayı gören mahkeme bu söylemle ilgili olarak bilirkişi görüşü almak istemekteydi. Ne var ki, bilirkişi olarak atanan hocaların her biri bir “mazeret” ileri sürmekteydi: Kimi hastaydı ya da eşi tedavi görmekteydi; kimi yurt dışına gitmek üzereydi, kimisi de “yoğun çalışmaları” (!) nedeniyle bu görevden affını istemekteydi. Bilirkişi olarak beni, ceza hukukçuları Prof. Dr. Nevzat Gürelli ile Prof. Dr. Köksal Bayraktar'ı gözüne kestiren yargıç beni davet ederek önümüzdeki haftalar içinde önemli bir işim olup olmadığını sordu: bir çalışmanın içinde miydim; yurt dışından bir davet filan gelmiş miydi; aile bireylerinin sağlık durumları ne alemde idi? Hiçbir mazeretim olmadığını bildirdim. Bunun üzerine de yargıç “lütfen sonradan mazeret beyan etmemenizi rica edeceğim. Nevzat Gürelli ve Köksal Bayraktar'la birlikte sizi de bilirkişi olarak atıyorum; iki gün sonra bilirkişi incelemesine gelmenizi rica ediyorum” dedi. O zaman incelenecek konunun “Babiali'nin Pravdası” sorunu olduğu ortaya çıktı; o akşam görüştüğüm Nevzat ağabey “maalesef dönen çarka kolumuzu kaptırdık; millet sıvışırken meydanda biz kalmışız, şimdi ben de senden ricada bulunacağım; sen Rusya'ya gidip geldin, Pravda'yla ilgili iyi bir inceleme yap, sonra da oturup raporu yazalım” dedi. “Pravda”, bilindiği gibi SSCB'nde Komünist Partisinin gazetesiydi ve “Babialinin Pravdası” suçlaması da ciddi bir “hakaret” suçu teşkil ediyordu. Raporu yazıp mahkemeye sunduk.

Bir süre sonra da THY'daki görevimden affedilmiş olduğuma ilişkin yazı tebliğ edildi. Bu olgunun gerçek nedenini bir türlü öğrenemedim. Anlaşılan “iyi saatte olsunlar” bir kez daha karşıma dikilmişti; hiç başlayamadığım bir görevden affedilmiş (!) duruma düşmüştüm. Ancak bu olayı çabucak unuttum. Zira 1989'un son haftaları başka bir dünyanın içindeydim.

1990'lı Yıllar: Yeni görevler: Avrupa Konseyi CDBI'a delege olarak atanmam; “Türk hukukundaki yeni gelişmeler” ve katkılarım

1990'lı yıllar benim bakımından hem büyük mutlulukların hem de büyük acıların yaşandığı bir zaman dilimi olmuştur. Mutluluğum, Avrupa Konseyinde “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanmasında İnsan Haklarının ve İnsan Onurunu Korunması Hakkında Sözleşme” tasarısı hazırlamakla görevlendirilmiş CDBI'a (Comité Directeur pour la Bioethik) Türk delegesi olarak atanmamla ilgiliydi. CDBI çalışmalarına büyük bir hevesle katılmakta ve toplantılarda ufak tefek katkılarla Türk hukukunun bu alanda da birçok ulusal hukukla yarışabileceğini kanıtlamaya çalışmaktaydım. Maalesef, bu alanda da “uygulanmakta olan hukuk” (law in action), “yazılı hukuk”tan (ya da “kitaplardaki hukuk”tan; “law in books”) çok farklıydı. CDBI'ın “Büro” adını taşıyan bir çekirdek organı vardı; Komite çalışmalarını belirleyen, sorunları sıralayan ve “öncelikler”i saptayıp Komiteye gerekli talimatları veren organ, “Büro” idi.

Büroya seçilecek bir üyelik için Polonya ve Türk delegeleri olarak aday olmuştuk. Polonya delegesi sıradan bir hukukçu idi; ayrıca orta düzeyde İngilizce bilmekteydi. Ne var ki, CDBI üyeleri seçimde beni değil, Polonya delegesini seçtiler. Nedeni basitti: Polonyalılar, o dönem Avrupalıların sevgili çocuklarıydı. Ben Türk idim; insan hakları konusunda da şaibeli ve sabıkalı bir ülkeyi temsil ediyordum; bu nedenle “liyakat” burada işe yaramıyordu. Türk iseniz, ne olursanız olun elleri kalkmıyordu. Bir oy farkla seçimi kaybettim. Daha sonraki yıllarda da seçilebileceğimi fark ettiğim çeşitli olasılıklara karşın hiçbir seçimde aday olmadım.

1990'lı yıllarda Sovyetler Birliği kaynıyordu. Gorbaçov'un “Glasnost” (Açıklık) ve “Perestroyka” (Yeniden Yapılanma) politikası iflas etmiş gibiydi ve rejim çökmek üzereydi. O tarihlerde “Karadeniz Ekonomik İşbirliği” çerçevesinde “Çevre Hukukunda Sorumluluk İlişkileri” üzerine kıyıdaş ülkelerin hukukçularıyla yapılacak bir çalışma için Odesa'ya gittiğimde dehşet içinde kalmıştım: Moskova'da uçaklara hücum eder gibi girilebiliyordu; rezervasyon ve koltuk garantisi unutulmuş kavramlardı; paranın değerindeki düşme nedeniyle çok lüks otellerde 25 dolara kalınabiliyordu; bu durum nedeniyle de otel personeli size nefretle hizmet vermekteydi; meyve ağaçlarındaki olgunlaşmış meyveleri kimse toplamıyordu; yere düşen meyveler sokak köşelerinde çürümeye bırakılıyordu; Rus meslektaşlarımız bize doğru dürüst yemek sağlayamadıkları için utanç içindeydiler; Karadeniz kalkını, havyar, Rus yemekleri sunamadıkları için özür diliyorlardı. Bir Rus meslektaşımızın büyük zahmetlerle sağladığı bir şişe votka konuk katılımcılara ancak küçük boy kahve fincanlarıyla sunulabiliyordu. Böylece SSCB'nin 1991 yılında can çekişmesine tanık olmaktaydım. Koskoca devlet dağılmıştı. Eski Sovyet Cumhuriyetleri artık Bağımsız Devletler Topluluğu biçiminde yeniden toparlanmaya çalışıyordu.

1993 yılında katıldığım önemli toplantı da “Sosyal, Ekonomik ve Kültürel Boyutlarıyla Akdenizde İnsan Hakları Konferansı”ydı (Les Droits de l'Homme dans la Méditerranéenne-aspects sociaux, économiques et culturels). Konferans Sicilya adasında Taormina'da (İtalya) düzenleniyordu. Bu Konferansa “The Legal Situation of Woman and Child in the Family and Society in Turkey” konulu bir tebliğle katıldım. Tebliğimde, Osmanlı döneminde kadın ve çocuğun hukuksal durumunu açıkladıktan sonra, Cumhuriyet döneminde Atatürk Devrimleriyle kadının hukuksal durumu bakımından çağdaşlaştırılma çabalarından söz etmekteydim. Sevgili arkadaşım (rahmetli) Prof. Dr. Bülent Tanör de “Kültürel Kimlik,

Eğitim Hakkı ve Özgürlüğü ve Din Özgürlüğü” konusunda çok ilginç bir raporla Konferansa katılmaktaydı. Her ikimizin sunduğu tebliğler gerçekten ilgiyle izlendi ve hararetle tartışmalara konu oldu. Bana yöneltilen en önemli eleştiriler, kadının hukuksal durumunun sadece kâğıt üzerinde “iyileştirilmiş ve çağdaştırılmış” olmasıydı. Ezilen, dövülen, sövülen ve sömürülen köy, kasaba kadınlarından haberimiz yok muydu? Jet sosyete kadınıyla, fabrikada çalışan kadın ve varoş kızı aynı haklara sahip gibi görünseler de gerçekte apayrı statülerde değiller miydi? Söylenenlerin bir bölümü doğru idi. Yalan beyanlarda bulunma yerine, bu durumun sadece bir “zaman” ve “bilinçlenme” sorunu olduğunu belirtmekle yetinmenin yerinde olacağına karar verdim; tartışmalar böylece sonuçlandı. Aradan geçen 30 yıl içinde kadının hukuksal ve sosyal durumu bakımından Türkiye’de epey şey değişti; ama her gün okuduğumuz kadın ölümlerinin somut nedenleri incelendiğinde hala daha yapılacak epey şey olduğu kanısındayım.

1993 yılında katıldığım diğer bir uluslararası Konferans Kudüs’te “Hebrew University” Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen “Adalet ve Hakkaniyet” (International Conference on Aequitas and Equity) konulu konferanstı. Aynı yıl katıldığım başka bir konferans da Avrupa Konseyi tarafından düzenlenen “Etik ve İnsan Genetiği Hakkında İkinci Sempozyum”du (Second Symposium on Ethic and Human Genetics). Bu sempozyuma CDBI üyelerinden biri sıfatıyla katılmaktaydım. Sempozyumun Başkanı önemli bir hekim olan K. Berg idi.

Sempozyuma Güney Kıbrıs Rum Yönetimi delegesi Dr. Minas Hadjiminias tarafından da genetik ile ilgili ilginç bir tebliğ sunulmuştu. Ancak Hadjiminias tebliğini sunmadan önce duvara “bölünmüş bir Kıbrıs” haritası yansıtırdı, Kıbrıs’ın Türk işgali altında olduğunu açıklayınca Dr. Berg’e müdahalede bulunmasını rica ettim. Dr. Berg, olayı büyütmeğe kaçınmamı, zira herkesin Kıbrıs hakkında durumu bildiğini söyleyince; iki dakikalık Kıbrıs sunumunu Strasbourg’daki Daimi temsilciliğimize yansıtmak ve Hadjiminias’a bir mektup yazmak yolunu tercih ettim. Mektubumda, önce Kıbrıs’taki Türklere yapılan zulümden ve soykırım görünümüne ölümlerden söz ettikten sonra; tıpkı İngiliz ve Yunan silahlı kuvvetleri gibi, Türk gücünün de iki uluslararası antlaşma uyarınca ve garantör sıfatıyla Kıbrıs’ta bulunduğunu belirtip, bilimsel bir sempozyumda bu gibi siyasal sorunların ortaya atılmasının doğru olmadığını vurguladım. Hadjiminias, hemen cevap gönderdi. Cevabında Kıbrıslı Türklere yapılan zulümden söz etmiyor; sadece garantör olarak Türkiye’nin Londra ve Zürih Antlaşmalarına göre hareket etmediğini belirtiyordu. Türkiye, Kıbrıs’a antlaşmalara aykırı olarak Anadolu’dan 50.000 Türk yurttaşı getirmiş ve Rumların terk ettiği yerlere yerleştirmişti. 180.000 Kıbrıslı Rum yerinden yurdundan olmuştu. 1.700 kişi de “Kayıp Listesi”nde yer almaktaydı. Hadjiminias tüm aile mallarının Kuzey Kıbrıs’ta bulunduğunu belirtiyor ve garantör olarak Türkiye’nin uluslararası antlaşmalara ve insan haklarına aykırı davrandığını iddia ediyordu. Bununla beraber, mektubun sonunu iyi bir temenniyle bitirmekten de kaçınmamıştı: İleride bir gün kendisiyle, Türk arkadaşlarıyla ve benim birlikte bir kahve içmemizi temenni ediyordu. Bu konuda Dışişleri Bakanlığının nasıl hareket ettiği hakkında bir bilgim yoktu. Zira benim bilgilendirmeme karşın hiç kimse bana bir şey söylemiş değildi.

1990’lı yıllarda yaşadığımız tanımsız acı ise, kızımız Bikem Barış’ın bir trafik kazası kurbanı olarak aramızdan ayrılmasıydı. Bikem sevgi dolu bir ortamda hareketli bir çocukluk dönemi geçirdi; büyüyünce ana babası ve ağabeyi gibi hukukçu değil, grafik tasarımcı olmaya karar vermişti. Sevgi dolu ilişkiler içinde büyürken, grafik tasarımcı olma özlemi bir trafik kazasıyla sönüp gidiverdi. Bikem Mimar Sinan Üniversitesi Güzel Sanatlar Fakültesi Grafik Tasarım Bölümünün son sınıfında, mezun olmak üzereydi. 19 Aralık 1993 tarihinde Fikirtepe yakınlarında basit bir trafik kazası nedeniyle yol kısmen tıkalıyken emniyet şeridinde yolcu olarak beklerken, alkollü durumda yarışarak gelip o şeride giren bir sürücünün kurbanı olmuştu. Zengince bir ailenin oğlu olan sürücü ceza yargılamasında tam kusurlu olarak 2 yıl hapse mahkûm edildi; ayrıca manevi tazminata hükmedildi. Ancak tam hükmün infazından evvel yasal yollardan yurt dışına çıkabilme becerdi.



Tanıdığımız hukukçuların ve bazı resmi makamların yardımlarına karşın hükmün icrası mümkün olmadı. Devlet, insan öldürmekten hükümlü sürücüyü yurtiçinde ve dışında bir türlü bulamadı (!). Aradan yıllar geçtikten sonra hükümlü katilin süreçte birkaç kez yurda girip çıktığı ve bedelli askerlik görevini bile yerine getirdiği anlaşıldı. Malvarlığı kaçırıldığından tazminat kararı da icra edilemedi; Bikem’in anısına bazı hayır kurumlarına bağışlanacak o para da kendisine kaldı. Hükümlü katil, o tarihlerde, Cumhurbaşkanı Sezer’in “kamuoyu vicdanını rencide eder” gerekçeli vetosuna rağmen ısrarla çıkarılan bir dolaylı af yasağının yararlanarak hapis cezasından hepten kurtulmayı başardı.

Bugün üzerinden 30 yılın geçmesine karşın Bikem’i yitirmenin acısı bizlere kaldı. Kalan şu idi: derin bir üzüntü ve hiç eksilmeyen bir “özlem duygusu”. “Gecikmiş depresyon” (delayed depression), “sarkaç tarzı depresyon” (pendulum depression) vb. tabirleri bu vesileyle öğrendik; bizler artık “yarım insanlar”dık. İnsan, çocuğunun “kanuni mirasçısı” olur mu? Ama olmuştu. Odasına girmek, eşyaların dokunmak, okuduğu kitapları karıştırmak bile dayanılmaz bir acı vermekteydi. Bazı dostlarımız tarafından Bikem adına bir vakıf kurmanın acımızı azaltabileceği tavsiye edildi; o tarihte bu tavsiye bize de makul göründü. Ünver, Murat ve ben, 1994 yılı için hatırı sayılacak bir miktar para özgüleyerek “Bikem B. Özsunay Grafik Tasarım Sanatı Vakfı”nı (BGV) kurduk. Onun anısına yurtiçinde ve yurt dışında genç grafik tasarımcılara ödüller vermeye, burslar sunmaya, eğitim gereçleri almaya ve kitaplıklar kurmaya çalıştık; hala da böyle yapıyoruz,

ancak hiçbir şey Bikem'i yitirmemizin neden olduğu “derin acı”yı azaltmaya yetmedi. Bikem'siz yaşamaya bir türlü alışamadık.

Bikem'in ölümünden sonra bir süre “mefluç” gibiydim. Felakete uğrayan insan yavaş yavaş yaşamaya yeniden başlanacağını hisseder. Bende de böyle oldu. Yoğun çalışmak suretiyle acımın üstesinden gelmeyi deneyecektim. 1972 yılında Freiburg/i.Br'de patent hukuku ve patent lisans sözleşmeleri üzerinde yaptığım çalışmaları Amerikan hukuku ile belli başlı uluslararası Sözleşmeler (Convention) bağlamında New York'ta (Columbia Law School ve NYU) geliştirmiş bulunuyordum. Bu tarihlerde Türkiye'de de bir yandan “sınai mülkiyet hukuku”, diğer yandan da “tüketici hukuku” alanında önemli çalışmalar yapılmaktaydı.

“Sınai haklar”la ilgili bilgi birikimim nedeniyle Türkiye'de patent ve marka hukukunun çağdaştırılması için yapılmakta olan çalışmalara katılmam istenmişti. İstemi memnuniyetle kabul ettim. Böylece, 2016 yılında çıkarılan 6769 sayılı “Sınai Mülkiyet Kanunu”ndan önce patentler (KHK/551), markalar (KHK/556), sınai tasarımlar (KHK/554), coğrafi işaretler (KHK/555) ve diğer sınai ve fikri haklara ilişkin Kanun Hükmünde Kararnamelerin oluşturulmasına ilişkin tüm çalışmalara katılmış olmuştum.

Bu arada “kendisini övmek” gibi anlaşılmasını ricasıyla 4054 sayılı “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun”un oluşturulmasına yapmış olduğum katkıları da belirtmek isterim. Kartel hukuku üzerinde ABD'de ve Almanya'da uzun süre çalıştığım için “Kartel Hukuku” konulu mukayeseli bir araştırma yayınlamıştım. Bu eserin sonunda kısmen o tarihlerdeki Alman Kartel Kanunundan (GWB); büyük ölçüde de İsviçre Kartel Kanunundan (Karteller ve Kartel Benzeri Uygulamalar Hakkında Kanun) esinlenerek ve özellikle Borçlar Kanunumuzla bağlantılar kurarak bir taslak kaleme almıştım. Ayrıca İstanbul Ticaret Odasının (İTO) talebi üzerine yine bu modeli yansıtan başka bir taslak daha hazırlayarak Oda vasıtasıyla ilgili çevrelerin dikkatine ve kullanımına sunmuş bulunmaktaydım. Bu taslaklar daha sonra çeşitli çalışma gruplarına “çıkış noktası” olarak hizmet ettiler. Zira kartel hukukuna özgü çeşitli kavramları hem çeşitli ulusal hukuklardaki içerikleriyle hem de Türkçe çevirileriyle (örneğin “uyumlu uygulamalar” gibi) ilgili çevrelere ben sunmuşum.

Bu model kartel hukukuna ilişkin çalışmalarda bir süre etkili olduysa da 4054 sayılı Kanunu kaleme alanlar benim önerdiğim model yerine, AB kartel hukukunun temel sütunları olan Roma Antlaşmasınının 85 ve 86. maddeleri ile diğer ilgili maddelerini aktarmak ve Amerikan Sherman Act'in “üç misli para cezası”na ilişkin çözümünü benimsemek suretiyle “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun”u (Türk Kartel Kanunu) hazırladılar. Ancak, başlangıçta herhangi bir hazırlık yapılmadığı için, kartel hukukuna ilişkin kavramlara ve çözümlere dayalı Kanun, bir süre uygulanamadı; bir süre beklendi, uzmanların yetiştirilmesinden sonra uygulamaya geçilebildi. 4054 sayılı Kanun, sonradan çeşitli değişikliklere uğradı ve günümüzde çağdaş kartel düzenlemeleriyle uyumlu ve başarılı bir kanun metni ortaya çıkarıldı. Bu kanunun, günümüzde birçok ulusal hukukla uyum halinde olduğunu ve uygulamanın AB standartlarından çok farklı olmadığını özellikle belirtmek isterim. Bu alanda Türk hukukçularının ve uygulamacıların başarılı bir sınav vermiş olduğu kanısındayım.

1990'lı yıllar, sadece kişisel bakımdan değil; Türkiye bakımından da çok “acılı yıllar”dır. Bu dönemde PKK'nın katlettiği er, masum köy ahalisi ve çoluk çocuğun haddi hesabı yoktu. Bir dizi üst rütbeli asker de teröristlerce katledilmiştir. İnternet'e göz atılırsa ne kadar çok vatan evladı generalin şehit edildiği görülecektir. Topluma, utanma duygusu unutturulduğundan bu insanları sevenler acılarıyla baş başa bırakılmışlardır. O tarihlere ilişkin gazetelere ya da İnternet kayıtlarına bakan dehşet içinde kalır. PKK ile etkin savaşım ancak büyük kayıplar verdikten sonra başlayabildi. Bu alanda Silahlı Kuvvetlerin başarıları da cahil politikacıların, kimi aşâğılık aydınların ve yeteneksiz sivillerin tutarsız davranışları sonucunda PKK terörünü sona erdirmeye yeterli olmadı.

1990'lı yıllarda Cumhuriyet Türkiye'si de çok acı kayıplar vermiştir. Bu dönemde, Cumhuriyetin, Atatürk İlkelerinin ve laikliğin yılmaz savunucuları ve Cumhuriyetimizin göz bebeği olan sayısız aydın katledilmiştir: 31 Ocak 1990, 1961 Anayasasının mimarlarından biri olan Prof. Dr. Muammer Aksoy'un katledildiği tarihtir. 7 Mart 1990 tarihinde (ilkokul arkadaşım) gazeteci ve hukukçu Çetin Emeç; 4 Eylül 1990 tarihinde aydın ilahiyatçı Turan Dursun katledilmişlerdir. 6 Ekim 1990 tarihinde Cumhuriyet kadını laik ilahiyatçı Prof. Bahriye Üçok bir bombalı paketin patlaması sonucunda hayatını kaybetmiştir. 1990'lı yıllarda dikkatimi çeken ve beni etkileyen olaylarda biri de 2 Temmuz 1990 tarihinde Hac'ta “şeytan taşlama”ya giden 1426 hacı adayının izdiham sonucunda ezilip ölmeleriydi. Bu adayların 609'u Türk idi. Suudi Arabistan ölenler için tazminat ödenmeyeceğini, Tanrının takdirinin böyle olduğunu bildirerek işi bitiriverdi. Petrol milyarderlerinin “kamu hizmetinin eksik ve kötü ifası” gibi bir kavramlardan habersiz oldukları anlaşılıyordu.

1996 yılının “Susurluk Skandalı” da Türkiye'deki karanlık ilişkilerin ilginç bir örneğidir. Bu olay da başarıyla (!) Türk toplumuna unutturulmuştur.

Bu gürlüğü patırtı arasında hukuk camiamız da, şimdilerde “eski Türkiye” denilen dönemin dev hukukçularını kaybetmiştir: sevgili hocam Prof. Dr. Tarık Zafer Tunaya (29 Ocak 1991); Ord. Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu (23 Şubat 1992) ve Prof. Dr. Bahri Savcı (2 Kasım 1997).

1990'lı yılların sonuna doğru yaşadığım başka bir acı da 28 Şubat 1997 günü La Haye'de Avrupa Medeni Kanunu üzerine yapılan bir konferansta bana ulaştırılan sevgili annemin ölümü haberidir. Aynı tarih, Milli Güvenlik Kurulu'nun (MGK), hükümete Muhtıra verdiği tarihtir. MGK, bu Muhtıra'yla, irticai etkinliklerin yaygınlaşması üzerine Atatürk İlkelerinin ve İnkılap kanunlarının eksiksiz uygulanmasını talep etmişti. “Post modern darbe” olarak nitelenen bu tepkinin açıklanan somut nedenleri şunlardı: Erbakan'ın

12 Ocak 1997 tarihinde Başbakanlık konutunda tarikat şeyhlerine ve cemaat liderlerine iftar yemeği vermesi; memurların çalışma saatlerinin ramazan göre düzenlenmesi, Kudüs gecesi denilen gösteride birtakım eylemlerin desteklenmesi ve benzeri davranışlardı. Laikliği hedefleyen siyasal girişimlerin daha sonra Anayasa Mahkemesi'ne de taşındığı ve süreç içinde nasıl evrildiği bilinmektedir.

Yurda döndüğümde birikmiş konular üzerinde çalışmalara başlamadan başka bir konferans daveti daha aldım: Bu kez konu, somut olarak “laiklik” idi. 12-19 Mayıs 1997 tarihlerinde Granada’da (İspanya) düzenlenen konferansta din ve devlet ilişkileri tartışılacaktı. Bu alanda uzman olan hukukçularla birlikte olacaktım. İstanbul Üniversitesinden Niyazi Öktem de davet edilmişti. Konferansta Türkiye’de “din özgürlüğü ve laiklik” konusunda ilgi çeken bir sunum yaptım. Bu konularda uygulamaya benden daha fazla vakıf olan Niyazi de önemli katkılarda bulundu.

Granada’nın geçmişi, sarayın emsalsiz güzelliği, sonra “Yeniden Fetih” (Reconquest) ve bu toprakların Avrupalılara terk edilmesi, Federico Garcia Lorca’nın Granada’da katledilmesi ve o tarihlerdeki İslam uygarlığının İspanya’daki izleri üzerimizde yoğun bir etki bırakmıştı. Cordoba’yı ziyaret ettiğimde bu etki daha da yoğunlaştı. Cordoba’daki “ulu cami”nin yanına “Yeniden Fetih”ten sonra inşa edilen kilisenin basitliği bu etkiyi daha da arttırdı. Kenti gezerken Garcia Lorca’nın “Atlı” şiiri de dudaklarımdaydı: “Ay kocaman at kara, Torbamda zeytin kara, Bilirim de yolları, Varamam Kordoba’ya/Ova geçtim yel geçtim; Ay kırmızı at kara; ölüm gözler yolumu; Kordoba surlarında / Yola baktım yol uzun; Canım atım yaman atım; Etme eyleme ölüm / Varmadan Kordoba’ya”.

Karmaşık duygular içinde yurda döndüm. “Tüketici hukuku”na ilişkin sorunlar üzerinde çalışmalara başladım. Ancak, “laiklik” sorunu ve “din-devlet” ilişkileri (Religion and State) Rutherford Enstitüsü tarafından da sürekli olarak incelendiği için, “Türkiye’de İnanç ve Din Özgürlüğü”ne ilişkin tebliğimi 1-5 Ağustos 1997 tarihlerinde Paris’te düzenlenecek bir konferansa sunmak ve tartışmalara katılmak önerisiyle başka bir davet daha aldım. Bu konferansa kısıntısız bir “din özgürlüğü” savunucuları katılmaktaydı. Bunlar kural olarak “tuzu kuru” olan ve “dinsel kurallar”ın esasen devlet işlerine fiili müdahalesinin ya da etkisinin gündemde olmadığı ülkelerin hukukçuları ya da düşünürleriydi. Amerika Birleşik Devletleri’nde ya da Hollanda veya Danimarka’da sınırsız “tarikat” oluşturma özgürlüğünün veya okullarda “dinsel kurallara dayalı eğitim”in kime zararı olurdu ki? Ancak tarihi boyunca Türkiye ve özellikle Cumhuriyet Türkiye’si, irticai etkinliklerden büyük zararlar görmüştü. Türkiye’nin ve İslam dininin farklı yaklaşım ve çeşitli yorumlarına ilişkin nesnel açıklamalarda bulunup, bazı ayrımlar yapılmasının zorunlu olduğu açıklandığında, konferansa katılanların bir kısmının rahatsız olduğu seziliyordu. Genel olarak “Din ve Devlet İlişkileri” alanında uzman olan bazı meslektaşlar Türkiye’deki kısıtlamaları ve “öğretim birliği”ne ilişkin düzenlemeleri sadece dinlemekle geçiştiriyor; bu gibi “önlemler”in Cumhuriyet’in korunması için gerekli olduğunu anlamış görünmüyorlardı.

1997 yılının Eylül ayında bir kez daha İspanya’ya girmek gerekti. Bu kez yolumuz Coruña idi. Yeni bir konferansta “din ve devlet ilişkileri” bir kez daha tartışıldı. Anladığım kadarıyla laik Cumhuriyet’in korunması ve kollanmasına ilişkin açıklamalarım çok sempatik bulunmadığımdan daha sonra yıllarda bu konularla ilgili toplantılara nadiren davet edildim. Coruña’ya eşim Ünver’le beraber gitmiştik. Bu vesileyle ona Granada’daki ihtişamı göstermek fırsatını bulduğum için çok keyifliydim. Ayrıca, yolumuz üzerinde bulunan Sevilla’da da iki gün geçirmek bizi mutlu etmişti.

Eylül ayının son günlerinde Strasbourg’a gitmemiz gerekti. 29 Eylül günü, Klingenthal’de düzenlenen bir törende sevgili kızımız Bikem’in anısına genç bir Fransız grafikere “The Bikem Memorial Award”u (Bikem Anısı Ödülü) sunacaktık. Organizasyonu Avrupa Konseyi eski Hukuk İşleri Müdürü Fritz Hondius yapmıştı; içimizde Bikem’i kaybetmiş olmanın acısı hala canlı olmakla beraber, onun anısına yabancı bir genç grafikere ödül vermenin onurunu da yaşamaktaydık.

1997 Kasım’ında, “Bikem B. Özsunay Grafik Tasarım Vakfı” olarak, “Hukuk İlmî Milletlerarası Birliği” (Association Internationale des Sciences Juridique; AISJ) ve Birliğin Türk Milli Komitesiyle birlikte İstanbul’da “Colloquium on Legal Protection of Fine Arts and Graphic Design in the Age of Internet” konulu bir Kolokyum düzenlemiştik. İnternet çağında güzel sanatların ve grafik tasarımın korunmasına yönelik çözümler ve gelişmeleri ele alan bu Kolokyum büyük bir ilgi çekti. Kolokyum’a Prof. André Francon (Fransa), Prof. Gabriel Garcia Cantero (İspanya), Prof. Hein Kötz (Almanya), Prof. Ysolde Gendreau (Kanada) ve Prof. Silke von Levinski (Almanya) ve Prof. Jane Ginsburg (Columbia Üniversitesi) tebliğ sunarak katıldılar. Bendeniz, Dr. Jur. Gürsel Üstün, Prof. Erden Kuntalp/ Doç. Dr. Ali Dural da çeşitli konularda Türk hukukuna ilişkin açıklamalar içeren tebliğler sunduk. Kolokyuma sunulan tebliğlerde sanatçının manevi haklarının, çoğaltma hakkının, eserin İnternet’te yayınlanması hakkının ve grafik tasarım bakımından “software”in korunmasına ilişkin sorunlar incelenmekteydi. Tebliğler, 2005 yılında bir kitap olarak yayımlandı: “Colloquium on Legal Protection of Fine Arts and Graphic Design in the Age of Internet” / “Colloque sur la protection juridique des beaux-arts et de l’art graphiques a l’ere d’Internet”, İstanbul November 5-7, 1997. Böylece Türk hukukuna ufak bir katkıda bulunmuş oluyorduk.

1998 yılında akademik çalışmalarımı büyük ölçüde Avrupa Konseyi’ndeki CDBI’ a; “asli üyesi” olduğum “Milletlerarası Mukayeseli Hukuk Akademisi” (AIDC) ile “Uluslararası Biyoetik Derneği”nin (International Bioethics Association) etkinliklerine katılımlarda bulunmakla sürdürdüm.

1998 yılının benim için önemli olayı, 26 Temmuz-1 Ağustos 1998 tarihlerinde “Milletlerarası Mukayeseli Hukuk Akademisi” (AIDC) tarafından Bristol’de düzenlenecek XV. uluslararası kongresi idi. Kongrenin konularından biri de tıbbi araştırmalarda kişinin korunması’na (protection of person in medical research) ilişkindi. Bu sorun, CDBI’in çalışma alanlarından biriydi ve Komitemizce, Oviedo Sözleşmesinin

eki ve tamamlayıcısı olarak bir Ek Protokol tasarısı üzerinde çalışmalar yapılmaktaydı. CDBI üyesi olarak konuyu çok iyi bildiğimden “tıbbi araştırmalarda bireyin korunması” konusuna ilişkin “genel rapor”u hazırlama görevi bana verildi. Bu konuyla ilgili olarak Belçika’dan Prof. H. Nys, Almanya’dan E. Deutsch, Hollanda’dan Prof. E. Hondius, İsviçre’den D. Sprumont, Yunanistan’dan I. Kriari-Catranis ve P. Agallopoulou değerli raporlar sunmuşlardı. Türkiye’den kimse çağırma cevap vermediğinden Türk ulusal raporunu da ben hazırlamıştım. Genel Raporda, ulusal raporların ışığında, insanlar üzerindeki tıbbi araştırmaların hukuksal dayanaklarını, bu araştırmaların yapılabilmesine ilişkin koşulları, tıbbi araştırmalarda embriyo ve cenin ile “zayıf durumda olan; zedelenebilir kişiler”in (vulnerable persons; örneğin hamile kadınlar, hükümlüler, savaş esirleri vb.) korunmasına ilişkin önlemleri ve söz konusu araştırmaların sebep olduğu zararlar nedeniyle hukuki sorumluluğa ilişkin sorunları ayrıntılarıyla inceledim. Genel Raporum büyük bir beğeni kazandı. Bir süre sonra da Avrupa Konseyi tarafından da çoğaltılarak ilgili delegelere dağıtıldı (CoE, CDBI/INF (98) 12). Mutlu olmuştum.

1998 yılı Ekim’inde CDBI’nin toplantısı vardı. Strasbourg’daki toplantıya katıldıktan sonra, Kasım ayında biyoetik sorunlarla ilgili başka bir toplantı için Tokyo’ya gitmem gerekti. Toplantı “Uluslararası Biyoetik Derneği” (International Bioethics Association) tarafından düzenlenmişti; biyoloji ve tıbbın uygulanmasındaki yeni gelişmelerin incelenmesine yönelikti. “Hekimin ve Hastaneleri Hukuki Sorumluluğu” konusunda sunduğum tebliğ tartışılırken dikkatimi çeken hususlardan biri de bazı Türk doktorları gibi; bazı Japon doktorlarının da hekim ile hasta arasında “sözleşmesel bir hukuksal ilişki”nin varlığından bahsetmeleriydi. Oysa birçok hukuk düzeninde hastanın, hekime gitmesiyle bir “tıbbi tedavi sözleşmesi” (medical treatment agreement) kurulmaktaydı; bu sözleşmeye Alman hukukunda “Hekim Sözleşmesi” (Arztvertrag) denmekteydi. Ancak ne ad verilirse verilsin “doktor” ile “hasta” arasında bir “sözleşmesel bağ”ın oluştuğu kesindi. Taraflar arasındaki ilişkiler bu sözleşme çerçevesinde, “sözleşmeler hukuku”nun ilke ve kurallarına göre belirlenmekteydi. Bir akşam yemeğinde masamızdaki Japon doktorlara bu konuda verdiğim bilgiler ilgiyle karşılandı. Ertesi sabah nazik bir Japon doktorun oteldeki odama göndermiş olduğu zarif hediye bir takdir belirtisi anlamına gelmekteydi. Hediyem, Japon içkisi saki için kullanılan dört küçük bardaktı.

1990’lı yıllarla ilgili olarak dikkatimi çeken ve düşünülmesi gereken bazı olaylar daha vardı: Birincisi, kara sularını 12 mile çıkarmak için hazırlık yapan Yunanistan’a karşı, bunun bir “savaş nedeni” (“casus belli”) sayılacağına ilişkin TBMM kararıydı. İkincisi, kendisine Atatürk Ödülü verilmesine karar verilen Nelson Mandela’nın, Türkiye’deki insan hakları ihlallerini ileri sürerek ödülü reddetmesiydi (8 Nisan 1992). Üçüncüsü Turgut Özal’ın, Türkiye’de başarıyla yapılan prostat ameliyatı için devlet hesabına Houston’daki hastaneye (Texas) gitmesiydi. Dördüncüsü, 2 Temmuz 1993 tarihinde Sivas’ta “Pir Sultan Abdal Şenliği”ne katılan aydınlardan 37’sinin kundaklanan Madımak otelinde can vermesi ve Aziz Nesin’in kıl payı kurtarılmasıydı. Dördüncüsü, New York’taki Metropolitan Müzesinin, 363 parçadan oluşan Karun Hazinesini geri vermesiydi. Beşincisi, 13 Ekim 1997 tarihli açıklamalarda Türkiye’deki 1057 radyo istasyonundan 500’ünün siyasi İslamcı ve dinci çizgide yayın yapmakta olduğunu öğrenmiş olmamdı; bunlar toplumsal bir dönüşümün hazırlıklarıydı.

2000-2010 Yılları: SSCB’nin dağılmasından sonra “Yeni Kodifikasyonlar”, Dünya halklarının yaşamını değiştiren terör olayı: 11 Eylül 2001, SECI ve UNCITRAL’daki görevlerim

SSCB’nin dağılmasından ve Yugoslavya’nın parçalanmasından sonra Marxist düzenlemelerden Kara Avrupası hukuk sistemine dönüş amacına yönelik yeni “Kanunlaştırma Hareketi” (Bağımsız Devletler Topluluğu, Estonya, eski Sovyet Cumhuriyetleri) 2000’li yılların hukuk alanındaki en önemli etkinliklerden biridir. Ayrıca güvenceli işlemlerdeki yenilikler; sözleşmelerin kurulmasında elektronik iletilerin kullanılması ve elektronik imza; uyuşmazlıkların çözümünde elektronik tahkim ve arabuluculukla ilgili gelişmeler ile tıp hukuku alanındaki ilerlemeler de 2000’li yılların ilginç görünümleridir. Çok yoğun geçen bu yıllarda Melbourne’da, Helsinki’de, Dhaka’da ve sair şehirlerde çeşitli tebliğler sundum.



2001 yılında Başbakanlık Dış Ticaret Müsteşarlığı Anlaşmalar Genel Müdürlüğü’nün istemi üzerine SECI’deki çalışmalara başladım: “Güney Doğu Avrupa İşbirliği Girişimi” (South East European Cooperative Initiative) adlı kuruluşun kısaltması olarak kullanılan SECI, Orta ve Doğu Avrupa ülkeleri ile Balkan ülkeleri arasında çeşitli alanlarda işbirliği yapılmasına ilişkin bir projeydi. Ljubljana’da bulunan SECI’de benim görevim “SECI Ticari Tahkim Projesi” üzerinde çalışmaktı. SECI’nin kurucuları, bu alana özgü bir “Tahkim Sistemi”nin kurulmasını ve tahkim kurallarının oluşturulmasını istemekteydi. SECI uzmanlar kurulu, ilk toplantısında hakemlerin eğitimi ve yetiştirilmesiyle görevli Komisyon başkanlığına beni seçmişlerdi.

SECI toplantısından döndüğümde Macaristan Cumhurbaşkanı Ferenc Madl’ın İstanbul’a geleceğini öğrendim. Madl, benim Strasbourg’da “Faculté Internationale”den arkadaşım. Macaristan’ın AB’ye üye olmasına ilişkin süreçle ilgili olarak neler yapıldığını anlatacağı.

Elektronik Sözleşmelere ilişkin çalışmalarım nedeniyle Nisan 2001’de Tunus’ta düzenlenen “Internet Law” konulu konferans için bir sunum yapmak üzere Tunus’a gittim. Konu benim için de düzenleyenler için de çok yeniydi; öğreniyor ve öğretiyordum. Yurda döndüğümde bu sunumu “e-Ticaret” başlığı altında 9 Eylül Hukuk Fakültesinde düzenlenen bir konferansta da yineledim.

Tıp Hukuku alanındaki çalışmalarım nedeniyle tıp çevrelerince tanındığım için tıpçılar (hekimler ve tıp hocaları) tarafından kurulan derneklerin konferanslarına da davet edilmekteydim. Bunlardan biri de 25-26 Haziran 2001 tarihlerinde Samsun’da gerçekleştirilecekti. Benden “ötanazi” (acısız ölüm) alanındaki yeni gelişmeler hakkında bir sunum yapılması istenmişti. Avrupa Konseyi’nde CDBI üyesi olarak bu alandaki yeni gelişmeleri çok iyi biliyordum.

Eylül 2001’de Ünver’le beraber Almanya’da, Freiburg/Br’de bir kongreyi izlemekteydik. 11 Eylül Olayı (New York’taki Dünya Ticaret Merkezine yönelik saldırı ve diğer iki saldırı) biz orada iken vuku buldu. Haber, toplantıya bir bomba gibi düşmüştü. Alman hukukçuları gibi; yabancı meslektaşları olarak bizler de şaşkınlık içinde idik. Herkes ABD’deki yakınları için kaygılıydı. Kongreyle ilgili çeşitli çalışmalar iptal edilmişti ve herkes bir şekilde New York’tan haber alma çabasıydı. ABD’nin 11 Eylül Olayının intikamı almak için kısa bir süre sonra askeri güç kullanacağını; teröristler temizlenirken çocuk çocuk birçok masum sivilin can vermek zorunda kalacağını ve bundan böyle Dünya halklarının yeni bir döneme gireceğini çok iyi algılamaktaydık. Karmakarışık duygular içinden yurda döndük. ABD, bir süre sonra Irak’ın “kitle imha silahı” ürettiği yalanıyla harekâta girişip, ülkenin gelir kaynakları üzerine çöreklenmiş; askerlerine Mezopotamya Müzesini talan ettirmiştir, binlerce kültür varlıkları çalınmış ya da kaybolmuştur.

2003 yılında mesleki etkinliklerimle ilgili iki olay önem taşımaktaydı: Birincisi, Freiburg/Br’den Prof. Dr. Gerhard Hochloch’u konferans vermek üzere 2003 Mayıs’ında İstanbul’a davet etmemdi. Hochloch, İTO’da Alman sözleşmeler hukukundaki (BGB) yeni gelişmeler hakkında ilginç bir konuşma yaptı. Diğer olay ise, mayıs ayının sonuna doğru “din ve devlet ilişkileri” (Religion and State) alanındaki gelişmelerin ele alınacağı bir toplantıya Türkiye’deki laiklik uygulamaları konusunda bir konuşma yapmak üzere benim de Aix-En-Provence ve Marsilya’ya davet edilmiş olmamdı. Ortada kalan sorunlar için diğer bir toplantı da aralık ayında Budapeşte’de düzenlenmişti.

2005 yılının Nisan ayında UNESCO’nun Biyoetikle ilgili toplantıları için Türkiye temsilcilerinden biri olarak Paris’e gitmem istenmişti. Aynı ay içinde Dubrovnik’te CDBI’in önemli bir toplantısı olduğundan aşırı çalışmaktan yorulmuştum. UNESCO’nun diğer toplantısı da haziran ayı içinde yapılacaktı. Raporların yazılması kural olarak benden istendiği için benim çalışmalarım toplantıyla sona ermemekte; raporun hazırlanmasıyla için konuların, sorunların ve çözümlerin en az daha bir hafta hafızada canlı tutulması gerekmektedir.

2005 yılının ağustos ayında “Uluslararası Tıp Kongresi” (International Congress on Medical Law) için Seoul’e davet edilmiştim. Bir bildiriyle Kongreye katıldım. Ağustos ayının sonunda ise, Prof. Kobayashi’nin davet üzerine Tokyo’ya uçtum. Kobayashi emekli olacağından onun için bir tören düzenlenmişti. Çıkarılacak Armağan’a bir yazı hazırlamıştım.

2006 yılı da biri tahkimle ilgili (Mart 2006, Miami); diğeri “tıp hukuku”na ilişkin (Ağustos 2006, Toulouse) iki toplantı için sunum hazırlıkları yapmakla geçti. Tahkim toplantısından New York’a dönerken Richmond üzerinden aktarma yapmam gerekti. Yol uzamıştı, ama bana da Edgar Allan Poe’nun yaşadığı evi ve Amerikan İç Savaşının cereyan ettiği yerleri görme imkânı sağlanmıştı.



Eylül 2007’de “Uluslararası Usul Hukuku Kongresi” için Bahia’ya (Brezilya) gittik. Geçmişte Afrika’dan Amerikalara getirilen kölelerin tahliye istasyonlarından biri olan Bahia insanda garip duygular yaratan bir kentti. Tahliye istasyonlarının fiziksel durumu, insanların nasıl birer canavar olabileceğinin

ilginç bir örneği idi. Bunu Abu Dhabi ve Belgrad mesleki seyahatleri izledi.

2009 yılı benim için tahkim konularının ağırlıklı olduğu bir çalışma dönemi idi. Milano ve Barcelona’da çalışmalarım oldu. AISJ, Güney Afrika’da Stellenbosch’da bir konferans düzenlemişti; AISJ yönetiminde olduğum için burada da çeşitli temasların yapılması benden istenmişti. Stellenbosch üniversitesinin ve özellikle hukuk fakültesinin çok kaliteli bir öğretim kurumu olduğunu bu vesileyle öğrenmiştim.

Bu arada yeni göreve daha başladım: Dışişleri Bakanlığı ile İTO arasında yapılan bir mutabakat üzerine UNCITRAL toplantıları için Türkiye delegesi olarak atanmıştım. Masraflarım İTO tarafından karşılanacak; Dışişleri Bakanlığı da UNCITRAL Sekreteriyasına resmi delege olduğumu bildirecekti. Bu atamayı haber alınca birden Amerikalı hukukçu Don Wallace, Jr.’ın (International Law Center) benimle yapmış olduğu bir konuşmayı hatırladım. Don Wallace, ABD delegesi olarak UNCITRAL’in çeşitli Çalışma Gruplarında (Working Party) aktifti; bana da Türkiye’nin UNCITRAL’de layık olduğu gibi temsil edilmediğini hatırlatmıştı. Şimdi yük üstümdeydi. Acaba bu görevi layıkıyla yapabilecek miydim? Bu kaygılar içinde WG II, WG III ve WG VI toplantılarına katılmaya başladım.

2010 yılında bir yandan hakem olarak çeşitli tahkim yargılamalarında bulunuyor; diğeri yandan da akademik etkinlikleri yoğun bir şekilde sürdürüyordum. Nisan ayında Viyana’da “Avusturya-Türk Hukuk Haftası”nı gerçekleştirmiştik; mayıs ayında ise, AISJ ile birlikte İstanbul’da bir “Spor Hukuku Konferansı” düzenlemiştik.

“Milletlerarası Mukayeseli Hukuk Akademisi”nin temmuz ayında Washington D.C.’de düzenlediği Kongreye de, oğlum Murat Özsunay’la birlikte hazırladığımız “Türkiye’de Yabancı Yatırımlara İlişkin Sorunlar” konulu bir tebliğ ile katılmıştık. Washington D.C. Kongresinde ayrıca AISJ’nin Genel Toplantısı da yapılmıştı; oybirliğiyle AISJ’nin başkanlığına getirilmiştim. Bu bizim için önemli bir aşama sayılabirdi.

Zira şimdiye kadar hiçbir Türk üye AISJ Başkanı olarak seçilmiş değildi. Bundan sonra AISJ Başkanı sıfatıyla çeşitli toplantılara davet ediliyordum.

Tahkim çalışmalarım süregelmekteydi. Çek Tahkim Merkeziyle ilişkiler kurmuştuk. Eylül ayında Odessa’da (o zaman Ukrayna) düzenlenen bir toplantıdan sonra, Milano’da da tahkimde mahkemelerinin tahkime yardımı konusunda bir ISPRAMED toplantısına katılmışım. (ISPRAMED, Akdeniz ülkelerine özgü bir tahkim sistemi oluşturulması amacıyla İtalyan’lar tarafından kurulmuş bir kuruluştur).

UNCITRAL WG VI’daki çalışmalar somut sonuçlar vermeye başlamıştı. “Güvenceli İşlemler Hakkında Yasakoyma Kılavuzu”nu (Legislative Guide on Secured Transactions, 2010), Kılavuza ilişkin “Terminoloji ve Tavsiyeler”i (Terminology and Recommendations, 2009) tamamlamıştık. Bunların ardından “Fikri Mülkiyet Hakları Üzerindeki Güvence Haklarına İlişkin Ek”i (Supplement on Security Rights in Intellectual Property, 2011) de çıkarmıştık. Ayrıca “Güvence Hakları Sicilinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuzu” da (UNCITRAL Guide on the Implementation of a Security Rights Registry, 2014) bitirerek ilgili çevrelerin kullanımına sunmuştu. Son olarak da “Güvenceli İşlemler Hakkında UNCITRAL Model Kanunu” (Model Law on Secured Transactions), 2016) ve Model Kanunun uygulanmasına ilişkin bir “Kılavuz”u da (UNCITRAL Model Law on Secured Transactions Guide to Enactment) kullanıma hazır hale getirmiştim. Şimdi iş, güvenceli işlemler bakımından yeni çözümler içeren bu belgelerin ilgili çevrelere tanıtılmasına gelmişti. Bu konuda İTO bana önemli yardımlarda bulundu. 6 Aralık 2010 tarihinde WG VI’da metinleri kaleme alan kıdemli hukukçu S. Bazinas’ı, İtalyan hukukçusu Tosato’yu ve Kanadalı delege M. Descamps’ı İstanbul’a davet ederek yeni çözümlerin Türk hukukçularına ve iş çevrelerine tanıtılmasını sağladım. Böylece, 2010 yılını da sona erdirmiş olmuştum.

2010’den bugüne kadar: Tahkim hukuku ve AB Hukukuna ilişkin çalışmalar; UNIDROIT İlkeleri Çevirisi; Tahkim Uygulamalarının ilginç görünüşleri

Tahkim hukuku uzmanlık alanlarım içinde önemli bir yer işgal etmektedir. Uzun yıllar önce rahmetli arkadaşım Prof. Dr. Yavuz Alangoya tarafından hazırlanmış bulunan İTO Tahkim Kurallarının modernizasyonu İTO Yönetimi tarafından benden istenmişti. Bu Kuralları, revize edilmiş ICC Kuralları, Viyana Tahkim Kuralları, Milano Tahkim Kuralları ve diğer belli başlı çağdaş tahkim kurallarının ışığında modernize etme çalışmaları tarafımdan başlatılmış; deneyimli hakemlerden ve usul hukuku hocalarımdan oluşturduğum ad hoc komisyonlar vasıtasıyla modernleştirilmiş Kurallar tarafımdan kaleme alınmıştır. Bugün İTO tarafından kullanılmakta olan kuralların embriyosu tarafımdan hazırlanmış olan İTO Tahkim Kurallarıdır. Şimdiki İTOTAM Kuralları ise, benim hazırladığım kurallara dayalı olan, ancak yeniden kaleme alınmış kurallardır.

2010’lu yıllarda tahkim hukuku alanındaki önemli bir çalışmam “21. Yüzyıl Tahkim Hukukunda Üç Önemli Reform- UNCITRAL Tahkim Kuralları, 2010 Fransız Tahkim Hukuku Reformu / 2011 MTO Tahkim Kuralları” adlı eserimdir (İstanbul, 2014).



Aynı tarihlerde, Murat Özsunay’la birlikte kaleme aldığımız başka bir eser de, “International Encyclopedia of Laws” serisinde yayınlanmış olan “Intellectual Property: Turkey” adlı eserdir (şimdi güncellenmiş yeni basısı hazırlanmaktadır).

Bunların ardından AB Hukukunu açıklayan ve Türkiye-AB ilişkilerini irdeleyen bir kitabım da mevcuttur: “Avrupa Birliği Hukuku ve Türkiye-AB İlişkileri” başlıklı eser 2015 yılında yayınlanmıştır.

2010’lu yıllarda mesleki etkinliklerim bir yandan tahkim hukuku, diğer yandan da tıp hukuku alanlarında yürütülmüştür. Tahkim hukuku alanındaki çalışmalarım ise, Mayıs 2011’de düzenlemiş olduğum bir konferansta yer almıştır. UNCITRAL WG II’de İsviçre delegeşi olan M. Schneider ile CEPANİ’den (Belçika) H. Verbist’in katıldıkları konferansta üçümüz tarafından UNCITRAL 2010 Kuralları incelenmiştir. Aynı yılın Eylül ayında AVRASYA (Türki Cumhuriyetler ve Asya ülkeleri) tahkim sistemleriyle ilgili olarak Batumi’de (Gürcistan) bir konferansa katılıp Türkiye’deki tahkim uygulamaları hakkında bilgi sunulmuştur.

2011 Aralık ayında ise, Murat Özsunay’la birlikte katıldığım “Zagreb Arbitration Days” toplantısında “Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu” hakkında ayrıntılı bilgi verilmiştir.

2012 yılında “Uluslararası Usul Hukuku Derneği”nin (AIPL) Moskova Toplantısında da yine Murat Özsunay’la birlikte Türk tahkim hukukundaki (6100 sayılı HMK ve 4686 sayılı Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu) gelişmeler hakkında sunum yapılmıştır. Onunla 2012 ve 2014 yıllarında tahkimle ilgili birçok etkinliğimiz oldu. 2012 yılında Moskova’da ve Polonya’da tebliğler sunduk. 2014 yılında Viyana’da gerçekleştirilen “XIX. Uluslararası Mukayeseli Hukuk Kongresi”ne Murat Özsunay’la birlikte “Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: The Application of the New York Convention by National Courts” konulu bir “Milli Rapor” sunulmuştur. Prof. G. Bermann’ın Genel Raportör olduğu bu konuyla ilgili Genel Rapor ve Milli Raporlar yayımlanmıştır.

2013 yılı UNCITRAL çalışmaları bakımından verimli bir yıl olmuştur. WG II, “Antlaşmaya dayalı Yatırımcı-Devlet Tahkiminde Saydamlık Hakkında Kurallar”ı (UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration) oluşturarak 2013 yılında Komisyona sunmuş; kısaca “UNCITRAL Saydamlık Kuralları” (Transparency Rules) adı verilen Kurallar yazın toplanan Komisyon tarafından kabul

edilmiştir. Böylece yıllardan beri süregelen çeşitli UNCITRAL Kurallarıyla ilgili çalışmaların neredeyse tümü gözümün önünde gerçekleştirilmiştir.

2016 yılında arkadaşım Prof. Hans Baade'nin ölümüne çok üzuldüm. Hans ilk öğrenimini İstanbul'da yapmış Alman asıllı bir arkadaşımızdı. II. Dünya Savaşı bittikten sonra doktorasını Almanya'da yapmış; ama akademik mesleğe ABD'nde başlamıştı. Uzunca bir süredir Texas/Austin'deki Hukuk Fakültesinde hocaydı. İyi Türkçe konuşurdu; Fakültesinin kitaplığında ise, zengin bir Türk hukuku bölümü oluşturmuştu; Türkiye'ye geldiği zaman mutlaka yeni yayınları edinir, Austin'deki kitaplığa götürürdü. Sanırım ABD'nde Türk hukukuyla ilgili en zengin kitaplık, Austin Kitaplığında Baade'nin oluşturduğu bölümdür.

2017 yılında Avrupa Konseyinde başkanlık Çek Cumhuriyeti'ne geçtiği için, Çek hükümeti “Oviedo Sözleşmesinin 20. Yıldönümü” münasebetiyle bir Konferans düzenlenmişti. Konferansta ele alınan konular içinde, “Genetik ve Genomics, Beyin Teknolojileri ve Bilgi Teknolojileri” bağlamında insan haklarına ilişkin sorunlar hararetle tartışmalara vesile oldu. Tartışmaları dikkatle izlemiş ve her alandaki yeni gelişim ve oluşumları elverdiğince izlememe karşın, yeni gelişimlerle ilgili bilgilerimin yeterli olmadığı anlamış oldum. Zamanla her şey gibi hukuk sorunları da değişmekteydi; on yıllar öncesi çalışmalar yetersiz kalıyor, bilgilerin sürekli olarak yenilenmesi gerekiyordu.

2018 Nisan'ında “Avusturya-Türk Hukuk Haftası” (Österreichisch-Türkische Juristenwoche) Viyana'da yapıldı; tebliğ konum Yanıltıcı ve Mukayeseli Reklamlar idi.

Yine Nisan'da New York Sözleşmesinin 60. Yıldönümü münasebetiyle Loyola Üniversitesi tarafından Sevilla'da düzenlenen Uluslararası Konferansa Murat Özsunay'la birlikte sunduğumuz tebliğin konusu ise New York Sözleşmesine Göre Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrasına Karşı Kamu Düzeni idi.

2018 yılı UNCITRAL çalışmaları bakımından da çok verimli olmuştu: WG II, kendisine verilen görevi başarıyla tamamlamış; “Arbuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmalarının İcrası Hakkında Sözleşme” ve “Model Kanun”u kabul edilebilecek duruma getirmişti. “Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation”, UNCITRAL'in 2018 Temmuzunda gerçekleştirilen 51. Toplantısında kabul edilmiş ve Ağustos 2019 içinde Singapur'da imzaya açılmasına karar verilmişti. Sözleşme, Türkiye tarafından anlayamadığım nedenlerle alelacele benimsenmiş; 2019 Ağustosunda düzenlenen törende imza edilmiş ve 7282 sayılı Kanunla da onaylanarak yürürlüğe girmişti. Oysa Sözleşmenin ilgili çevrelerce daha ayrıntılı olarak incelenmesinin ve hukukumuzun yakın olduğu devletlerin tutumlarının izlenmesinden sonra onaylanmasının daha makul olacağını düşünmekteydim. Her neyse! İmza Törenine WG II'deki tüm delegeler davet edilmişti; ancak Adalet Bakanlığımızdan bana herhangi bir çağrı yapılmadığından; törene Singapur hükümetinin davetlisi olarak katılmaktaydım.

2018 yılında mesleki çalışmalarım ile ilgili önemli bir olay daha oldu. Ukrayna Tahkim Merkezinin (ICAC) “Yabancı Hakemler Listesi”ne seçtiğim bildirmekte ve ayrıca 4 Ekim 2018 tarihinde Kiev'de düzenlenecek bir toplantıya da davet edilmekteydim. Bu toplantı için “The New York Convention as an Effective Multilateral Instrument in the Field of International Commercial Arbitration” (Uluslararası Ticari Tahkim Alanında Çok Taraflı Etkin bir Araç Olarak New York Sözleşmesi” konusunda bir tebliğ sunmamın mümkün olup olmadığı da sorulmaktaydı. Bu öneriyi kabul ettim ve tebliği hazırladım. Toplantıda Ukrayna'nın ve “Bağımsız Devletler Topluluğu”nun seçkin hukukçularından New York Sözleşmesiyle ilgili açıklamaları dinlemek bu alandaki bilgilerime önemli bir katkıda bulundu. O toplantıyı hatırladıkça şimdilerdeki anlamsız bir savaşta Ukrayna'nın alt yapısının her geçen gün yok edilmesini üzüntüyle izlemekteyim.

2018 yılının son günü hayatımda önemli noktaların atıldığı bir tarihtir. Avrupa Konseyinde CDBIO'daki görevimden ve UNCITRAL Çalışma Gruplarındaki üyeliklerden ayrıldım. İÜHF'den emekliliğim sonrasında 15 yıl ders verdiğim İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesini bırakarak Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesine “misafir akademisyen” sıfatıyla dahil oldum. Burada seçilmiş dersler vermekteyim.

2020 yılında Covid-19'un etkilerini de evde çalışarak ve önemli ölçüde İtalyan edebiyatıyla ilgilenerek “hasarsız” atlarmaya çalıştım. Diğer meslektaşlar gibi, Covid-19'un bana da miras bıraktığı “online öğretim” ve toplantılarla maalesef yıldızım hiç barışmadı, hayata bu tarz “yabancılaşma”yı bir türlü benimseyemedim. Ama yapacak bir şey de yok. Hayatta birçok şeyi “kabullenmek” gerekiyor; ben de bu görünümü kabullenmiş durumdayım.

2020 yılında bitirdiğim en faydalı işlerden biri de “UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016”nın Türkçeye kazandırılmasıydı. “UNIDROIT İlkeleri” oğlum Murat Özsunay ile benim tarafından Türkçeye çevrilmiş; “Açıklamalar”ın çevirileri ise, ikimiz de dahil olmak üzere, çoğunluğunu araştırma görevlileri ve doçentlerden oluşturduğum bir meslektaş grubunca yapılmıştır. Uluslararası Ticari Sözleşmeler için UNIDROIT İlkeleri 2016, İstanbul, Oniki Levha, 2016, 462 sayfa).

Halen oğlum Murat'ın katkılarıyla “Amerikan Hukuk Sistemine Giriş” ve “CAS Tahkim Yargılaması” konularında iki kitabı bitirmek üzereyim. “Asli üye” sıfatıyla “Milletlerarası Mukayeseli Hukuk Akademisi”nde (AIDC); “muhabir üye” sıfatıyla da “UNIDROIT” ile “Alman Mukayeseli Hukuk Derneği”nde (Deutsche Gesellschaft für Rechtsvergleichung) aktif durumdayım. Çalışmalarımın bir bölümünü de New York'ta “Fordham Law School”da sürdürüyorum.

2023: Hesaplaşma ve Son Sözler

Anılar özetlenirken veya daha kapsamlı bir otobiyografi kitap kaleme alınırken insan üstesinden kolayca gelemeyeceği bir sorunla karşılaşılıyor: “gerçekleri oldukları gibi aktarma”ya çalışırken, “kendini

övmekten kaçınmak” sorunuyla. Tanık olduğunuz ve yaşadığınız olayları aktarır veya nesnel “gerçekler”i belirtirken ne zaman “kendinizi övme”ye başladığınızı fark etmeniz bir ustalık işi. Ama “mütevazı” olmaya çalışırken, hiçbir çıkar gözetmeksizin kendinizi vererek; belki de aşarak başardığımız işleri oldukları gibi belirtememek de akıl kârı değil. Bu zorluk nasıl aşılacak? Bir de “başkaları”nın dahil olduğu olaylarda kınamada ya da suçlamada bulunurken artık hayatta olmayan veya kendisini savunamayacak durumdaki kişilere haksızlık yapmama düşüncesi de -hele hukukçu- insanı bayağı tedirgin ediyor.

Bu uzunca otobiyografiyi bu düşüncelerle kaleme aldım; olanaklar elverdiği ölçüde objektif olmaya çalışarak yaşayıp gördüklerimi aktarmaya ve bu arada bazı mesajlar da vermeye çalıştım. Anlattıklarımın büyük bölümü, bireylerin “genel yaşam alanı”na dahil olan olgular ya da etkinlikler, isteyenin çoğunu basit araştırmalarla bulup ortaya çıkarabileceği şeyler. Bir bölümü de, “özel yaşam alanı”mıza, yani sadece bize yakın olanların (eşin dostun) bilebileceği olgular. (Burada “özel yaşam” terimini Amerikan hukukunun “privacy” (mahremiyet; gizlilik) kavramından farklı olarak kullanmaktayım.) Anlattıklarımında, bireyin “Çin duvarları”yla çevrili “gizlilik alanı”na hiç girmedim. Ama hesaplaşma tamamlanırken şimdi biraz da “privacy” denilen bu alandan aktarmalar yapmak istiyorum:

Hukuk uygulaması yaparken “avukatlığı” pek sevmedim; kural olarak “doğru insanlar”ın haklarının gerektiği şekilde sağlanamamasından ve yargı mekanizmasının ağır işlemeden hep üzüntü duydum. Gecikmiş adaletin, adalet olmadığı doğrudur (Delayed justice is not justice).

Uluslararası tahkim uygulamalarında ise hakem mahkemelerinde (kurul, panel) birlikte olduğum hakemlerin büyük bölümü bilgili, deneyimli ve namuslu kişilerdi. Onlardan önemli şeyler öğrendim. Bunlar içinde S Lazareff’i (Fransız), Julian Lew’u (İngiliz), M. Schneider’i (İsviçreli), W. Wiegand’ı (Alman-İsviçreli), P. Karrer’i (İsviçreli) ve F. Matscher’i (Avusturyalı) sevgi ve saygıyla hatırlarım.

Görerek ve yaşayarak öğrendiğim şeyler şunlar: Darwin’in “evrim” (evolution) kuramına; varoluşçuların “yabancılaşma” (alienation) kavramına; Marx’ın da “artık değer” yorumuna inanırım. Ancak yaşama Marxist açıdan değil, “hümanist açıdan” bakmaktayım. “Varoluşçuluk”un anlayış ve yorumlarını benimsemiş bulunmaktayım.

Sürekli olarak Erich Fromm, Herbert Marcuse, Bertrand Russell’ı okurum. Freud yerine Gustav Jung’u tercih ediyorum. “Jung psikolojisi”nin doğru olduğunu düşünmekteyim.

Fransız ve Rus edebiyatını severim: A. Camus, A. France, Stendhal, G. Duhamel, A. De Saint-Exupéry ve yeni kuşak Fransız yazarlarını beğenirim. Rus edebiyatında Dostoyevski, Tolstoy, Gorki ve Çehov bende önemli etkiler bırakan yazarlardır. Ancak “hayata bakış”ımın (Weltanschauung) belirlenmesinde hepsinden çok Stefan Zweig’in katkıları olduğunu önemle belirtmek isterim.

Fransız şairlerinden Charles Baudelaire, Alfred de Musset ve Paul Verlain en sevdiğim şairlerdir. İngiliz yazar ve şairlerinden W. Shakespeare ve T.S. Elliot ise de günlük hayatımın ayrılmaz kişileridir. Ruhumuzun derinliklerindeki sorunların keşfinde kim Shakespeare’den daha mahirdir?

Türk edebiyatı ve şiirine de bayılırım: Divan edebiyatında Fuzuli, Şeyh Galip ve Enderunlu Vasıf’ın mısraları hep dilimin ucundadır. Cumhuriyet dönemi şairlerinden Yahya Kemal, Nazım Hikmet, Necip Fazıl, Cahit Sıtkı ve Behçet Necatigil “başucu eserleri”mdir. Okunması zor olsa da Orhan Pamuk gerçekten “Nobel” ödülü verilecek bir yazardır. Ancak Yaşar Kemal’in, Yakup Kadri’nin ve Refik Halid’in de hakları yenilmemelidir.

Tarih bakımından, özellikle “Mısır, Yunan ve Roma tarihi” ile “yakın tarih”e meraklıyım. “Uygarlık tarihi”ne ilişkin eserleri ilgiyle okurum. “Zeitgeist” (bir dönemin düşünce ve duygu tarzı) kavramının doğruluğuna inanmaktayım.

Güzel sanatlardan özellikle resim ve müzik sanatlarıyla ilgilenirim: hem “izlenimci” (Monet); hem “dışavurumcu”yum (Kirchner). Bana güzel sanatları ve resim sanatını sevdiren resim hocalarım Kemal Zeren (ortaokul) ile Seyfi Toroy’a (lise) minnet borçluyumdur. Bach, Beethoven, Çaykovski başta Rus besteciler hayatımın ayrılmaz parçalarıdır. Ancak tarihi ve çağdaş Türk müziğiyle de ilgilenirim. Dede Efendi en fazla etkilendiğim bestecilerin başında gelmektedir.

Bu uzun otobiyografiyi Shakespeare’nin sözleri ve Behçet Necatigil’in mısralarıyla bitirmek istiyorum.

Shakespeare’nin dediği gibi, “Dünya bir sahnedir; kadın erkek bizler de sadece oyuncularız. Hepimizin sahneyi girişleri ve çıkışları var. Bazen bir kimse hayatında oyunun birden fazla parçalarını oynayabilir”.

Sanıyorum, ben “yaşam oyunu”nda pek çok parçayı oynamış olmuştum. Bunun kısmen tesadüflerin sonucu, kısmen de isteklerimle olduğunun farkındayım. Ama şunu da biliyorum: hayat kısmen elde ediliyor, kısmen de kabul ediliyor. Ne var ki, sevinçlerden çok acıların yaşanmakta olduğu bir dünyaya bir daha gelmek istemiyorum.

Necatigil’in dediği gibi:

“Yaşamışım kaç para / Mezar taşları neci? / Deli gibi sarılısam da hayata / Kalacak nesi var ki?”