

ÇUKUROVA ÜNİVERSİTESİ HUKUK ARAŞTIRMALARI DERGİSİ

CUKUROVA UNIVERSITY JOURNAL OF LEGAL STUDIES



Yıl 2023 Year 2023 • Sayı 3 Number 3 • e-ISSN: 2822-4809

ÇUKUROVA ÜNİVERSİTESİ

HUKUK ARAŞTIRMALARI DERGİSİ

CUKUROVA UNIVERSITY JOURNAL OF LEGAL STUDIES

Yıl 2023 Year 2023 • Sayı 3 Number 3 • e-ISSN: 2822-4809

Sahibi | Owner

Prof. Dr. Mehmet Demir

Editör | Editor

Doç. Dr. Hakan Albayrak

Editör Yardımcıları | Co-Editors

Arş. Gör. Esra Bulut

Arş. Gör. Yiğit Çelik

Arş. Gör. M. Zahid Doğanay

Arş. Gör. İdil Nur Gürbüz Gökberk

Arş. Gör. Tahsin Mavzer

Arş. Gör. Furkan Özdemir

Arş. Gör. Serhan Yıldırım

Yabancı Dil Editörleri | Foreign Language Editors

Dr. Erman Ekingen (*İngilizce*)

Arş. Gör. Serhan Yıldırım (*Almanca*)

İletişim | Contact

Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Balcalı Kampüsü, Sarıçam/ADANA

E-posta | E-mail: cuhad@cu.edu.tr

İnternet Adresi | Web Address: <https://hukuk.cu.edu.tr/cu/fakulte-dergisi>

DergiPark Sayfası | DergiPark Page: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/cuhad>

Yayın Kurulu | Editorial Board

Prof. Dr. Mehmet DEMİR (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fatih BİLGİLİ (Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Zeki OKUR (Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ömer KORKUT (Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. İbrahim ERMENEK (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ertan DEMİRKAPI (Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Erdal YERDELEN (Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Süleyman YILMAZ (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. A. Aslı BİLGİN (Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Aziz Serkan ARSLAN (Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Dursun Ali DEMİRBOĞA (Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Nurcihan ÖZDOĞAN (Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Dr. Öğr. Üyesi Cem Duran UZUN (Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Danışma Kurulu | Advisory Board

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ - Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY - Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa AVCI - Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN - Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR - Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fatih BİLGİLİ - Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet DEMİR - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İsmail DEMİR - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ertan DEMİRKAPI - Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN - Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İbrahim ERMENEK - Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. M. Hakan HAKERİ - İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ - İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemil KAYA - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İsmail KIRCA - TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ömer KORKUT - Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR - Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Zeki OKUR - Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL - Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN - Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Gülriz UYGUR - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erdal YERDELEN - Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM - Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süleyman YILMAZ - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Aziz Serkan ARSLAN - Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Azime Aslı BİLGİN - Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Dursun Ali DEMİRBOĞA - Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Eşref KÜÇÜK - Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Nedim MERİÇ - Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Nurcihan ÖZDOĞAN - Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Cem Duran UZUN - Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi M. Fatih CENGİL - İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

AMAÇ VE KAPSAM

Dergide hukuk ve/veya hukukla ilişkilendirilebilen disiplinler arası nitelikteki bilimsel çalışmalar, özellikle araştırma makaleleri, karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri, kitap incelemeleri ve çeviriler yayımlanmaktadır. ÇÜHAD ile hukuk alanında ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlanması amaçlanmaktadır.

Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, yılda iki sayı (Haziran-Aralık) olmak üzere yalnızca elektronik ortamda yayımlanan hakemli bir dergidir. Bu dergi adı “ÇÜHAD” kısaltmasını kullanmaktadır.

Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi'nde, Türkçe hazırlanmış hukuk ve/veya hukukla ilişkilendirilebilen disiplinler arası nitelikteki çalışmalara ek olarak, Yayın Kurulu'nca uygun görülecek diğer yabancı dillerde (Almanca, İngilizce, Fransızca vb.) hazırlanmış bilimsel çalışmaların da yayımlanması mümkündür.

YAYIN İLKELERİ

1. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
2. Makalenin Türk Dil Kurumu'nun kabul ettiği yazım kurallarına ve bu metinde yer verilen kurallara uygun hazırlanması zorunludur. Bunlara uyulmaması hâlinde Editörlük yazının ilgili kurallara uygun şekilde yeniden düzenlenerek gönderilmesini talep edebilir.
3. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar hakemlere gönderilecek, hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, hakemden gelen raporlar çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda, yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecektir. Dergide, çeviri, karar ve kitap incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri ve bilgilendirici notlara da yer verilecektir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Komisyonu tarafından yapılacaktır. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere, tüm yayın haklarına sahiptir.
4. Yalnızca "Dergipark" sistemi üzerinden gönderilen makaleler değerlendirmeye esas alınacak olup, derginin iletişim adresinde yer alan e-posta adresine gönderilen makaleler dikkate alınmayacaktır.
5. Makale ve Kelime Sınırları: Gönderilen çalışmaların başına, makalenin Türkçe ve yabancı dildeki adı, en az 100, en fazla 300 kelimelik Türkçe ve yabancı dilde özetlerinin ve en az üç en fazla on adet anahtar kelimenin Türkçe ve yabancı dilde eklenmesi gerekmektedir. Anahtar kelimelerin ilk harfleri büyük olmalıdır.
6. Başlık ve Yazar Adı: Makale başlığının Times New Roman yazı tipi 12 punto tüm harfler büyük, kalın ve ortalanmış şekilde yazılması gereklidir. Konu başlığının sağ altında yazarın adı ve soyadı yer almalıdır. Yazar adı ve soyadı, ana başlığın altına, 12 punto, kalın, sağa yaslı olarak akademik unvanla beraber "Adı SOYADI" biçiminde yazılmalı, sonuna * işareti konularak dipnotta sırasıyla yazarın akademik unvanı, çalıştığı kurum, e-posta adresi ve ORCID numarası belirtilmelidir. Örnek: Doç. Dr., Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, yazar@cu.edu.tr, ORCID: 0000-0000-0000-0000.
7. Sayfa Yapısı: Sayfa yapısı üstten, alttan ve yanlardan 2,5 cm olmalıdır.
8. Metin: Çalışmaların, esas metni en az 4.500 en fazla 15.000 kelimededen oluşmalıdır. Başlık 1 biçimi sadece yazının ana başlığı için kullanılmalıdır. Yazılarda Öz, Abstract, Giriş, Sonuç ve Kaynakça başlıkları Başlık 2 biçimine tanımlanmalıdır. Başlıkların numaralandırılması Romen rakamıyla I. ile başlamalıdır. Başlıkların tümünün ilk satırı 1,25 cm girintili olmalıdır.
9. Çalışmanın sonunda, çalışmada kullanılan kaynakların yazarlarının soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.
10. Çalışmanın ana metni, Times New Roman yazı tipinde, 1,5 satır aralığı ve 12 punto, dipnotları ise, tek satır aralığı ve 10 punto olarak hazırlanmalıdır. Dipnotların 0,75 cm asılı ve aralarında 3 nk boşluk olması gerekir.
11. Atıflar dipnotta gösterilmelidir. Dipnot ve kaynakça yer alan eserler "APA" atıf sistemi ile gösterilmelidir.
12. Yargı Kararlarına Atıf: Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi kararlarına yapılan atıflar bu bölümde yer verilen şekilde düzenlenmelidir. Yabancı mahkeme kararlarına atıf yapılırken Dergi tarafından özel bir usul öngörülmemekle birlikte, benimsenen usul yazının tamamında yeknesak olarak kullanılmalıdır.
Y. 17. HD, T. 08.09.2020, E. 2019/3192, K. 2020/4927: Yargı kararına ulaşılan kaynak, (E.T. 12.12.2021).
Ankara BAM 2. HD, T. 23.01.2017, E. 2016/113, K. 2017/21: Yargı kararına ulaşılan kaynak, (E.T. 12.12.2021).
13. Dergimize gönderilen makaleler intihal programından geçirilmektedir. İntihal programı olarak Turnitin veya İThenticate isimli programlardan biri kullanılmaktadır. İntihal oranının %30'dan aşağı olması gerekmektedir.

MAKALELER | ARTICLES

Araştırma Makalesi | Research Article

Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulması Konularında 7343 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler ve Çocuk Hakları Perspektifinden Bir Değerlendirme 1-32
The Changes Made by the Law No. 7343 in the Concepts of Child Delivery and Establishing Personal Relationship with Child and an Evaluation within the Perspective of Child's Rights
Dr. Öğr. Üyesi Seda BAŞ & Arş. Gör. Sezgin BAŞ

Araştırma Makalesi | Research Article

Özel Hukuk Sözleşmelerinin Anonim Şirketlerde Kanuni Temsilcilerin Vergisel Sorumluluğuna Etkisi.....33--51
The Effect of Private Law Contracts on Legal Representative Tax Liability in Joint Stock Companies
Görkem Ali ÖZVEREN

Araştırma Makalesi | Research Article

Kamu Görevlisi Tarafından İşlenen Resmî Belgede Sahtecilik Suçuna İlişkin Adli ve İdari Yargı Kararlarının Mukayeseli Analizi 52-79
A Comparative Analysis of Civil and Administrative Justice Decisions Regarding the Crime of Counterfeiting Official Documents Committed by a Public Official
Batuhan ÇATALÇAM & Doç. Dr. Orhan Veli ALICI

Araştırma Makalesi | Research Article

Anayasa Mahkemesi'nin Eşitlik İlkesi Yorumu Işığında Dilsel Çoğulculuk Taleplerinin Değerlendirilmesi Üzerine Bir Analiz..... 80-99
An Analysis on the Demands for Linguistic Pluralism in Light of the Interpretation of the Constitutional Court on the Principle of Equality
Dr. Öğr. Üyesi Hakan KOLÇAK

Araştırma Makalesi | Research Article

Tartışmalı Yönleriyle Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz Kanun Yolu..... 100-126
Objection as a Legal Remedy in Criminal Procedure Law with Its Controversial Aspects
Recep KAYABAŞI

Araştırma Makalesi | Research Article

İnşaat Sigortası Genel Şartlarına Göre Sigortalı Malın Mülkiyetinde Gerçekleşecek Değişikliğin Sigorta Sözleşmesine Etkisi 127-159
The Impact of the Change in Ownership of the Insured Property on the General Terms and Conditions to Insurance Contracts
Dr. Öğr. Üyesi Aydın Alber YÜCE

Karar İncelemesi | Legal Case Analysis

Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin FOB Satışlarda Sigorta Menfaatine İlişkin E. 2017/682 - K. 2018/8066 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi..... 160-175
The Evaluation of the Decision of the 11th. Civil Chamber of Court of Cassation Regarding Insurance Interest in FOB Sales Numbered E. 2017/ 682 - K. 2018/8066
Arş. Gör. Tekincan Akif KARAARSLAN



EDİTÖRDEN

Değerli okuyucular,

Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (ÇÜHAD) olarak 2023 yılının ilk sayısıyla sizlerle yeniden buluşmanın heyecanını yaşıyoruz. Geçtiğimiz yıl yayın hayatına başlayan dergimiz emin adımlarla yoluna devam etmektedir. İzleme sürecinin ilk yılını tamamladığımız ve şartlarını büyük bir titizlikle sağlamaya çalıştığımız TR Dizin'e yaklaşık bir yıl sonra taranmış olmayı umuyoruz. Bu sayımızdan itibaren değerlendirme sürecini başarıyla tamamlayan makaleler için DOI numarası alabildiğimiz müjdesini sizlerle paylaşmak isteriz. Dergimize DOI hizmetinden faydalanma imkânı tanıyan TÜBİTAK ULAKBİM'e teşekkür ederiz.

2023/1 sayımızda altı adet araştırma makalesi ve bir adet karar incelemesi siz değerli okuyucularımızla buluşmaktadır. Bu süreçte çalışmalarıyla teveccüh gösteren kıymetli araştırmacılara ve hakemlik görevi üstlenerek katkı sağlayan saygıdeğer meslektaşlarımıza şükranlarımızı sunuyoruz.

Yeni sayımızda buluşmak dileğiyle, esen kalın.

**Çukurova Üniversitesi
Hukuk Araştırmaları Dergisi Editörü**

Doç. Dr. Hakan ALBAYRAK



ÇOCUK TESLİMİ VE ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASI KONULARINDA 7343 SAYILI KANUNLA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER VE ÇOCUK HAKLARI PERSPEKTİFİNDEN BİR DEĞERLENDİRME*

The Changes Made by the Law No. 7343 in the Concepts of Child Delivery and
Establishing Personal Relationship with Child and an Evaluation
within the Perspective of Child's Rights

Seda BAŞ*

Sezgin BAŞ**

ÖZ

7343 sayılı İcra ve İflas Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile getirilen değişikliklerin en önemlisi, uygulamada “çocuk icrası” ya da “çocuk haczi” olarak bilinen çocuk teslimine ilişkindir. 7343 sayılı Kanun ile çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin İİK hükümleri ilga edilmiştir. Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hükümler, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’na m. 41/A vd. hükümleri olarak eklenmiştir. Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması kararlarının icrası konusunda getirilen en önemli yenilik, çocuk teslim merkezlerinin kurulmasıdır. Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması konularında yapılan değişiklikler, genellikle usul hukuku boyutuyla çalışılmıştır. Konu, çocuk hakları ile de yakından ilgili olduğundan bu kapsamda bir değerlendirme yapılması ihtiyacı doğmuştur. Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin düzenlemeler, çocuğun en temel

• **Gönderi:** 01.12.2022 - **Kabul:** 31.01.2023 | **Received:** 01.12.2022 - **Accepted:** 31.01.2023.

* Dr. Öğr. Üyesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Malatya, Türkiye ✉
seda.bas@inonu.edu.tr • ORCID 0000-0001-5382-2663.

** Arş. Gör., Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Adana, Türkiye ✉
szgnbas@gmail.com • ORCID 0000-0002-6368-7263.

Atıf Şekli / Cite As: BAŞ, Seda, BAŞ, Sezgin (2023). Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulması Konularında 7343 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler ve Çocuk Hakları Perspektifinden Bir Değerlendirme. ÇÜHAD, (3), 1-32.

İntihal / Plagiarism: Bu makale bir intihal engelleme yazılımı aracılığıyla denetlenmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been checked via a plagiarism prevention software and reviewed by at least two referees.



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

haklarından biri olan ana-babasıyla ilişki kurma hakkını korumaya hizmet eder. Bu kapsamda çocuğun kişisel ilişki kurma hakkı ile çocukla kişisel ilişki kurulması ayrı ayrı incelenmelidir. Bu konularda çocuğun üstün yararı gözetilerek bir karara varılması gerekir.

Anahtar Kelimeler: Çocuk teslimi, Çocukla kişisel ilişki kurma, Çocuğun kişisel ilişki kurma hakkı, Çocuk icrası, Çocuk teslim merkezleri.

ABSTRACT

The most important of the amendments introduced by the Execution and Bankruptcy Law Numbered 7343 and the Law on Amendments to Some Law is related to child delivery, which is known as “child execution” or “child distraint” in practice. With the Law No. 7343, the provisions of the EBL regarding child delivery and establishing personal relationship with the child were abolished. Provisions regarding the delivery of children and establishing personal relationship with the child have been incorporated into the Child Protection Law Numbered 5395, as article 41/a et al. The most important novelty that brought about the child delivery and the execution of the decisions of establishing personal relationship with the child is the establishment of child delivery centers. Changes made in the issues of child delivery and establishing personal relationship with the child have generally been studied in terms of procedural law. As the subject is closely related to child’s rights, it is need to arise to be made an evaluation within the scope of child law. Regulations for child delivery and establishing a personal relationship with the child serve to protect one of the most fundamental rights of the child, the right to establish personal contact with his or her parents. In this context, the child's right to establish a personal relationship and being established a personal relationship with the child should be examined separately. In these matters, a decision should be made by considering the best interests of the child.

Keywords: Child delivery, Establishing personal relationship with child, Child’s right to contact, Child execution, Child delivery centers.

I. GİRİŞ

7343 sayılı İcra ve İflas Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile çocuk teslimi, çocukla kişisel ilişki kurulması ve velayetin değiştirilmesi konularında önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerin en önemlisi, uygulamada “çocuk icrası ya da çocuk haczi” olarak bilinen çocuk teslimine ilişkindir. 7343 sayılı Kanun ile çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin İİK m. 25, m. 25/a, m. 25/b ve m. 341 hükümleri ilga edilmiştir. Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hükümler, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’na m. 41/A vd. hükümleri olarak eklenmiştir. Diğer yandan 5395 sayılı Kanun m. 41/A vd. hükümlerinin uygulanmasını göstermek üzere “Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlam ve Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesine Dair

Yönetmelik”, 4 Ağustos 2022 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Söz konusu düzenlemelerle çocuk teslim merkezlerinin kurulması öngörülmektedir. Bu gelişmeler, çocuk icrasında yeni bir dönemi başlatarak bugüne dek 434 dosyada çocuk teslimi, 4611 dosyada ise kişisel ilişki işlemleri olmak üzere toplam 5045 dosyada çocuk teslimi ve kişisel ilişkiye ilişkin işlemler gerçekleştirilmiştir¹. Ağustos 2023’e kadar ülke genelinde faaliyet göstermesi hedeflenen çocuk teslim merkezlerinin bugünkü sayısı 413’tür.

Çalışmanın amacı, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması konularında getirilen düzenlemelerin çocuk hakları bağlamında değerlendirilmesidir. Bu kapsamda çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması konusundaki yeniliklere, hem maddi hukuk hem de anayasa hukuku açısından yaklaşılacaktır. Bu çalışmanın konusu, 7343 sayılı Kanun’un çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması hususunda getirdiği değişikliklerdir. Bu kapsamda öncelikle çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasıyla ilgili İİK’deki mülga düzenlemelere kısaca yer vermek gerekir. Daha sonra 7343 sayılı Kanun ve bu kanunun uygulanmasını göstermek üzere çıkarılan “Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlam ve Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesine Dair Yönetmelik” hükümleri incelenecektir. Anayasa’da, uluslararası düzenlemelerde ve Türk Medeni Kanunu’nda çocuk haklarının düzenleniş biçimlerine de değinilecektir. Son olarak söz konusu hükümler çocuk hakları çerçevesinde değerlendirilecektir.

II. ÇOCUK TESLİMİ ve ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA İLİŞKİN İLAMLARIN İCRASI DÜZENLEMELERİNE GENEL BAKIŞ

A. İİK’nın Mülga Düzenlemeleri

Çocuk teslimine ilişkin ilamların icrası, 2004 sayılı İİK m. 25’te düzenlenmekteydi². İİK m. 25/I, “Çocuk teslimine dair olan ilam icra dairesine verilince icra memuru 24 üncü maddede yazılı şekilde bir icra emri tebliği suretiyle borçluya yedi gün içinde çocuğun teslimini emreder” şeklinde bir hüküm içermekteydi. Çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrası ise, 2004 sayılı İİK m. 25/a’da düzenlenmekteydi. Anılan hükme göre, “Çocukla kişisel

¹ Adalet Bakanlığı Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Dairesi Başkanlığı, Uzmanlar Aracılığıyla Çocuk Teslimi Ve Çocukla Kişisel İlişkinin Gerçekleştirildiği Uygulamaya 30 İlçe Adliyesinde Daha Başlandı, 30.01.2023. <https://magdur.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/icra-yolu-ile-cocuk-teslimine-son-veren-uygulama-30-adliyede-daha-basladi-30-01-2023>. (Erişim Tarihi: 31.01.2022).

² Ayrıntılı bilgi için bkz., POSTACIOĞLU, İ. E (1982). İcra Hukuku Esasları. Fakülteler Matbaası, İstanbul, s. 667-668; ÜSTÜNDAĞ, S. (2004). İcra Hukukunun Esasları (8. b.). İstanbul, s. 378; PEKCANITEZ, H., ATALAY, O. / SUNGURTEKİN ÖZKAN, M. / ÖZEKES, M. (2022). İcra ve İflas Hukuku (9. b.). On İki Levha Yayıncılık. İstanbul, s. 325 vd.; ATALI, M., ERMENEK, İ. / ERDOĞAN, E. (2022). İcra ve İflas Hukuku (5. b.). Yetkin Yayınları. Ankara, s. 452 vd.

münasebetlerin düzenlenmesine dair ilam hükmünün yerine getirilmesi talebi üzerine icra memuru, küçüğün ilaç hükümleri dairesinde lehine hüküm verilen tarafla kişisel münasebette bulunmasına mani olunmamasını; aksi halde ilam hükmünün zorla yerine getirilebileceğini borçluya 24 üncü maddede yazılı şekilde bir icra emri ile tebliğ eder. Bu emirde ilam hükmüne aykırı hareketin 341 inci maddedeki cezayı müstelzim olduğu da yazılır. Borçlu bu emri tutmazsa ilam hükmü zorla yerine getirilir. Borçlu alacaklının şikayeti üzerine ayrıca 341 nci maddeye göre cezalandırılır". İİK'nın mülga 25 ve 25/a maddeleri ile İİK m. 24'e yapılan atıf nedeniyle çocuk teslimi, taşınır teslimine ilişkin düzenlemelere göre gerçekleştirilmeliydi. İİK m. 25/b'de ise, "çocukların teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrası, icra müdürü ile Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından görevlendirilen sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog veya çocuk gelişimcisi gibi bir uzmanın, bunların bulunmadığı yerlerde bir eğitimcinin hazır bulunması suretiyle" yerine getirileceği düzenlenmektedir.

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrasında taşınır teslimine ilişkin hükümlerin uygulanması öğretide eleştirilere konu olmuştur. Bu eleştirilerin başında çocuğun adeta bir taşınır eşya gibi görülerek hacze konu olmasının çocuğun üstün menfaatine aykırı olması gelmektedir³. Diğer yandan İİK m. 25'in "çocuk teslimi" olarak ifade edilen kenar başlığının da çocuğun bir taşınır eşya olduğu izlenimi yarattığı gerekçesiyle değiştirilmesi gerektiği ileri sürülmekteydi⁴. Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamların icrasının icra müdürü tarafından yürütülmesi de eleştirilen bir başka husustur. Nitekim bu ilamların icrası sırasında çocuğun üstün menfaatinin gözetilmesi gerekir. İcra müdürünün çocuğun üstün menfaatini tespit edebilmesi, bu konuda bir takdir yetkisine sahip olması söz konusu değildir. Bu sebeple İİK m. 25/b'de çocuk teslimine dair ilamların icrasının icra müdürü ve uzmanlarca yerine getirileceğine hükmedilmiştir. Ancak bu

³ SARISÖZEN, M. S. (2015). İcra ve İflas Hukukunda Canlı Haczi. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10 (2), s. 65; ÖZBAY, İ. (2017). Türk Hukukunda Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası Hakkındaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri. Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, (2), s. 73, 74; BELGİN GÜNEŞ, D. (2022). Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların ve Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesi. Yetkin Yayınları. Ankara, s. 37; AKSOY DURSUN, S. (2021). Çocuk ile Kişisel İlişki Kurma Hakkı ve Uygulamadaki Sorunlar. Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması (A. MAKARACI BAŞAK, S. ÖKTEM ÇEVİK, G. S. TEK, Editörler). Seçkin Yayıncılık. Ankara, s. 194.

⁴ BELGİN GÜNEŞ, D. (2021). Mağdur Hakları Kanunu Taslağı'nın Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 29 (2), s. 915. Çocuk tesliminin aynen ifa hususunda özellik arz eden bir mesele olduğu yönünde bkz. POSTACIOĞLU, s. 667.

düzenleme de uzmanların görevlerinin kanunda sistematik olarak ve açıkça düzenlenmemesi nedeniyle formalite olarak algılandığı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁵.

Çocuk teslimine ilişkin ilamlara aykırı davrananlara yönelik cezai yaptırımın düzenlendiği İİK m. 341’de “*çocuk teslimi hakkındaki ilamın veya ara kararının gereğini yerine getirmeyen veya yerine getirilmesini engelleyen kişinin, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikayeti üzerine, altı aya kadar tazyik hapsine*” karar verileceği ifade edilmekteydi. Bu hüküm, tazyik hapsinin hukuki niteliğinde görüş birliği olmadığı ve ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle eleştirilmekte ve tazyik hapsinin yerine disiplin para cezası veya disiplin hapsi gibi yaptırımların tercih edilmesi önerilmekteydi⁶. Bu eleştiriler doğrultusunda, çocuk teslimine ilişkin hükümlerin İİK dışında ayrı bir kanunla düzenlenmesi gerektiği öğretide haklı olarak dile getirilmekteydi⁷.

Diğer yandan çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrasının İİK çerçevesinde yapılması, anne-babalar için de yıpratıcı hatta bazen yıkıcı süreçlerin yaşanmasına neden olmaktaydı⁸. Çocuğuyla kişisel ilişki kurabilmek için defalarca icra prosedürlerini yerine getirmek zorunda kalmak, ancak yine de sonuç alamamak, icra masraflarına katlanmak çocukla kişisel ilişki kurmak isteyen kimseleri cayma noktasına getiren nedenler arasında gösterilebilir.

B. 7343 sayılı Kanun ile Getirilen Düzenlemeler

1. Genel Olarak

7343 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, 24 Kasım 2021’de kabul edilmiş, 30 Kasım 2021 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu kanunun getirdiği en önemli değişikliklerden biri, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin İİK’da yer alan hükümlerin ilga edilmesidir⁹. Bu

⁵ MARDİN, Ç. (2019). Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası. Yetkin Yayınları. Ankara, s. 202; YÜKSEL, S. R. (2019). Üçüncü Kişilerin Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasını İsteme Hakkı. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 25 (2), s. 1554. İcrada görev alan uzmanın rolü hakkında bir inceleme için, bkz. MAVİ, Ö. (2008). İcra Takibiyle Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasının Sebepleri, İcrada Uzmanın Rolü ve Çocuğun Durumu. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (74), s. 272 vd.

⁶ ÖZBEK, M. S. (2018). Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlamlı İcranın Etkinliği (4. b., Cilt II). Yetkin Yayınları. Ankara, s. 735; YARDIMCI, T. E. (2020). Ölçülülük İlkesi Bakımından Çocuk Teslimine ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Yönelik Cebri İcra Araçları. Terazi Hukuk Dergisi, 15 (167), s. 1487.

⁷ SARISÖZEN, s. 65; GAYRETLİ AYDIN, S. (2022). 7343 Sayılı Kanun’un Çocuk Teslimi, Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına ve Velayetin Değiştirilmesine İlişkin Getirdiği Yenilikler. Terazi Hukuk Dergisi, 17 (187), 2022, s. 22.

⁸ GAYRETLİ AYDIN, s. 22.

⁹ BELGİN GÜNEŞ, 2022, s. 77; KURT KONCA, N. (2022). Çocuk Teslimi Ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasında Adli Destek Ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüklerinin İşlem Ve Kararlarına Karşı Şikâyet Ve İtiraz. MİHDER, 18 (52), s. 369.

yöndeki düzenlemeler, Çocuk Koruma Kanunu'nun "Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulması" başlıklı dördüncü kısmına m. 41/A vd. olarak eklenmiştir. Çocuk Koruma Kanunu'na 7343 sayılı Kanun'la eklenen m. 41/İ'de, bu kanunun dördüncü kısmının uygulanmasına ilişkin bir yönetmelik çıkarılacağı düzenlenmektedir. Yönetmeliğin 7343 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde çıkarılması gerekir (Çocuk Koruma Kanunu'na 7343 sayılı Kanun m. 48 ile eklenen Geçici Madde 2). Bu kapsamda "Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlam ve Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesine Dair Yönetmelik", 4 Ağustos 2022 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir¹⁰.

7343 sayılı Kanun ile sadece İİK'da değişiklik yapılmamıştır. Bu Kanunla TMK'da velayetin değiştirilmesi konusunda iki hükümde de değişiklik yapılmıştır. 7343 sayılı Kanun m. 37 ile TMK m. 182'ye ikinci fıkra olarak eklenen hükme göre, "*mahkeme, kararında kişisel ilişki düzenlemesinin gereklerinin yerine getirilmemesi hâlinde, çocuğun menfaatine aykırı olmamak kaydıyla velayetin değiştirilebileceğini ihtar eder*". Velayetin değiştirilmesi hususunda 7343 sayılı Kanun m. 38 ile TMK m. 324'e eklenen üçüncü fıkra ise, "*Velayet kendisine bırakılan ana veya baba, kişisel ilişki düzenlemesinin gereklerini yerine getirmese çocuğun menfaatine aykırı olmamak kaydıyla velayet değiştirilebilir. Bu husus kişisel ilişki kurulmasına dair kararda taraflara ihtar edilir.*" düzenlemesini içermektedir.

2. Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulması Hususlarında Getirilen Yenilikler

7343 sayılı Kanunun'un getirdiği en önemli yenilik, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrasına ilişkindir. Bu Kanun'la çocuk teslimine ilişkin hükümlerin 5395 sayılı Kanun'a dördüncü kısım olarak eklenmesi öngörülmüştür. Ayrıca Kanun'un çocuk tesliminin düzenlendiği dördüncü kısmının uygulanmasını göstermek üzere Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlam ve Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesine Dair Yönetmelik çıkarılmıştır. Anılan mevzuat hükümlerine geçmeden önce çocuk, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması kavramlarından kısaca bahsetmek yerinde olacaktır.

a. Çocuk, Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulması Kavramları

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde (BMÇHS) "*daha erken reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşını tamamlamamış her insan*"ın çocuk sayılacağı ifade edilmektedir.

¹⁰ Çocuk Koruma Kanunu Geçici m. 2 uyarınca en geç 30 Mayıs 2022'de çıkarılması gereken yönetmelik, ancak 4 Ağustos 2022'de yayımlanabilmiştir. Aynı yönde, GAYRETLİ AYDIN, s. 27.

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nda ise çocuk, "*daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişi*" şeklinde tanımlanmaktadır. TMK'da çocuk kavramı soybağıyla ilişkisi kapsamında ele alınmış ve ergin olmayan çocuk "küçük" olarak ifade edilmiştir¹¹. Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi de çocuğu benzer bir şekilde tanımlamaktadır. Buna göre, "*bir taraf devlette hakkında kişisel ilişkiye dair bir karar verilebilen ya da icra edilebilen, onsekiz yaşından küçük kişi*" çocuktur. Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlam ve Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesine Dair Yönetmelik m. 4/ç'ye göre ise çocuk, "*daha erken yaşta ergin olma durumu hariç on sekiz yaşını doldurmamış kişi*"dir.

Görüldüğü üzere Yönetmeliğin çocuk tanımı, BMÇHS ve TMK ile uyumlu iken; 5395 sayılı Kanun ile anılan diğer mevzuat hükümleri arasında bir uyumsuzluk söz konusudur¹². Bu uyumsuzluğun temel nedeni, 5395 sayılı Kanun'un çocuğu ceza hukuku bakış açısıyla değerlendirmesi ve esasen bu kapsamda düzenlemeler içermesidir. Çocuk tesliminin konusu olan "çocuk", üzerinde velayet hakkı kurulabilen dolayısıyla henüz ergin olmamış ve on sekiz yaşını tamamlamamış kimsedir¹³. 5395 sayılı Kanun'daki çocuk tanımının, çocuk teslimine ilişkin kararların uygulanması hususunda yeterli olduğu söylenemez. Çocuk teslimine ilişkin hükümler 5395 sayılı Kanun'a eklenirken bu kavramsal farklılığın önüne geçebilmek amacıyla "çocuk" tanımının uyumlu hale getirilmesi gerekirdi¹⁴. Bu sebeple, 5395 sayılı Kanun'un çocuk teslimine ilişkin hükümlerinin TMK hükümleri ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. Nitekim çocuk tesliminin konusu olan "çocuk", esasen TMK hükümleri kapsamında "küçük"tür¹⁵.

Çocuk teslimi, evlilik birliğinin herhangi bir sebeple sona ermesi veya birlikte yaşamaya ara verilmesi gibi durumlarda mahkeme tarafından çocuğun kendisine bırakıldığı tarafla birlikte yaşamaması nedeniyle diğer tarafın çocuğu hak sahibine teslim etmesini ifade eder¹⁶. Çocuk teslimi, Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlam ve Tedbir

¹¹ GRASSINGER, G. E. (2009). Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler. On İki Levha Yayıncılık. İstanbul, s. 51; BAYGIN, C. (2010). Soybağı Hukuku. On İki Levha Yayıncılık. İstanbul, s. 13; AKYÜZ, E. (2015). Çocuk Hukuku (4. b.). Pegem Akademi. Ankara, s. 100.

¹² Bu farklılıkların bir çelişki oluşturmadığı yönünde, GAYRETLİ AYDIN, s. 17.

¹³ Çocuk tesliminin İİK'da düzenlendiği dönemde de çocuk teslimine ilişkin ilamların çocuğun ergin olmasına kadar hüküm ve sonuç doğuracağı vurgulanmakta idi. Bu hususta, bkz. ÖZBAY, s. 34.

¹⁴ Aynı yönde bir eleştiri için bkz. ERDOĞAN, E. (2022). Çocuk Teslimine İlişkin İlamların Yerine Getirilmesi (İcrası) (7343 sayılı Kanunla Gerçekleştirilen Değişiklikler Kapsamında). Türk Hukukunda Çocuk (E. ERDOĞAN, B. VURAL ÇELENK, Ö. ÖZYÜKSEL, Editörler). Yetkin Yayınları. Ankara, s. 356-357.

¹⁵ ÖZBAY, s. 34.

¹⁶ MARDİN, s. 51.

Kararlarının Yerine Getirilmesine Dair Yönetmelik'in "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinde açıkça tanımlanmaktadır. Buna göre çocuk teslimi, "velayete ilişkin verilen ilam veya tedbir kararına istinaden süreklilik arz etmeyen, çocuğun yükümlüden alınarak hak sahibine verilmesi sürecini" ifade eder. Yönetmelik gereğince yükümlü ise, "çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilam veya tedbir kararı gereğince çocuğu teslim etmesi gereken kişi"dir.

Kişisel ilişki, velayetten yoksun olan ana baba ya da istisnai durumlarda üçüncü kişilerin çocukla belirli gün ve saatlerle sınırlı bir şekilde görüşmeleri, bir araya gelerek vakit geçirmeleri, aralarında sevgi bağı kurma ve bu bağı korumaya yönelik bir ilişki olarak tanımlanmaktadır¹⁷. Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlam ve Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesine Dair Yönetmelik'in "Tanımlar" başlıklı 4. Maddesinin g bendine göre kişisel ilişki, "ilam veya tedbir kararına istinaden velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan anne ve babanın ya da diğer kişilerin çocukla sınırlı bir süre görüşmesi veya birlikte kalması sürecini" ifade eder. Yönetmelik'in çocuk teslimi ve kişisel ilişki tanımlarından açıkça anlaşılmaktadır ki; çocuk teslimi velayete bağlı¹⁸ bir kavramken çocukla kişisel ilişki kurulması velayetten bağımsızdır.

Aşağıda teslim yeri ve görevli müdürlük hakkında açıklamalara yer verildikten sonra çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin kararların yerine getirilme usulü üzerinde durulacaktır.

b. Teslim Yeri ve Görevli Müdürlük

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilam veya tedbir kararlarının yerine getirilmesinde uyulması gereken usul ve esaslar, 5395 sayılı Kanun m. 41/A vd. hükümlerinde düzenlenmektedir. Buna göre, çocuk teslimine veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin aile mahkemeleri tarafından verilen ilam veya tedbir kararları, Adalet Bakanlığınca kurulan adli destek ve mağdur hizmetleri müdürlüklerince yerine getirilir (5395 sayılı Kanun m. 41/A, f. 1). Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlükleri ülke genelinde kuruluşunu henüz tamamlamamıştır¹⁹. Bu müdürlüğün olmadığı yerlerde, onun faaliyetleri,

¹⁷ ALKAN, F. (2019). Çocukla Kişisel İlişki Kurma Hakkı Bağlamında Devletin Pozitif Yükümlülükleri. Legal Yayıncılık. İstanbul, s. 9; GAYRETLİ AYDIN, s. 20.

¹⁸ Çocuk teslimi ilamının en gel anlamda kaynağı velayet, vesayet ve evlat edinme olmakla birlikte bu tür ilamların icrasının söz konusu olduğu durumlar için bkz. GAYRETLİ AYDIN, s. 19.

¹⁹ Müdürlüğün faaliyet gösterdiği il ve ilçeler için, bkz. <https://magdur.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/cocuk-gorusme-adliyeler>, (Erişim Tarihi: 28.10.2022).

Adalet Bakanlığınca belirlenecek mahkeme yazı işleri müdürü tarafından yerine getirilir (5395 sayılı Kanun. 41/A, f. 3).

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilam veya tedbir kararlarının yerine getirilmesine ilişkin işlemler müdürlükçe belirlenen ve “çocuk görüşme merkezleri”²⁰ olarak da anılan teslim mekânlarında gerçekleştirilir (Yönetmelik m. 20). Ülke genelinde şu anda faaliyet gösteren çocuk teslim merkezi sayısı 413’tür²¹. Teslim mekânlarının belirlenmesinde çocuğun üstün yararı gereğince fiziksel ve ruhsal gelişimine uygun yerlerin seçilmesine özen gösterilmelidir (Yönetmelik m. 20/II). Ayrıca Yönetmelik m. 22 hükmüyle²² teslim mekânlarının taşınması gereken genel standartlar da belirlenmiştir.

Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlükleri’nde müdür, yeteri kadar müdür yardımcısı ve personel ile psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacı Adalet Bakanlığı tarafından görevlendirilir (5395 sayılı Kanun. 41/A, f. 2). İlam ve tedbir kararları müdürlükçe görevlendirilen psikolog, pedagog, sosyal çalışmacı, çocuk gelişimci ve rehber öğretmen gibi uzmanlar, uzmanın bulunmadığı yerlerde ise öğretmen marifetiyle yerine getirilir (5395 sayılı Kanun. 41/A, f. 5). Bu uzmanların yer aldığı bir liste müdürlüklerin talebi üzerine valilik tarafından oluşturulur. Yeterli sayıda uzman olmaması halinde öğretmenler de listeye eklenir (5395 sayılı Kanun. 41/A, f. 6; Yönetmelik m. 19). Bu hüküm, çocuk teslimi hususunda öngörülen yeni sistemin işlevselliğinin artırılması ve özellikle çocuk psikolojisinin en üst seviyede korunması bakımından isabetli bir düzenleme olarak nitelendirilmektedir²³.

İİK m. 25’de çocuk teslimine ilişkin ilamların icrasının icra müdürü ve uzmanlarca yerine getirileceği belirtilmekle birlikte, uzmanların görevlerinin kanunda açıkça

²⁰ <https://magdur.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/cocuk-gorusme-merkezleri>, (Erişim Tarihi: 28.10.2022). Kavram önerileri hakkında bkz. MARDİN, s. 146.

²¹ <https://magdur.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/icra-yolu-ile-cocuk-teslimine-son-veren-uygulama-30-adliyede-daha-basladi-30-01-2023>, (Erişim Tarihi: 31.01.2022).

²² “Teslim mekânlarında, mümkün olduğu ölçüde aşağıdaki genel standartlar sağlanır:

a) Çocuklar ile hak sahibi ve yükümlülerin kolay ulaşımları ve güvenlikleri açısından o yerleşim yerinin uygun bölgelerinde belirlenmesi veya oluşturulması.

b) Binanın kolay ulaşılabilir bir bölümünde, engelli bireylerin erişimine ve kartlı geçişe imkân tanıyacak şekilde ayrı bir kapıdan giriş imkânı sağlanması.

c) Her bir odanın en az yirmi dört metre kare büyüklüğünde, aydınlık ve ferah olması.

ç) Çocuğun kaliteli zaman geçirmesine yarayacak oyuncak, boyama kiti, kâğıt-kalem, hikâye kitabı gibi materyallerin bulundurulması.

d) Teslim sürecini kayda alacak şekilde teslim mekânının güvenlik kamera sistemi ile izlenebilmesi için gerekli teknik donanımın sağlanması.”

²³ TOPAL, Ö. (2022). Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrasında Yeni Dönem. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 30 (3), s. 1340.

belirtilmemesi tereddütlere neden olmaktadır²⁴. Bu eksiklik, çocuk tesliminde görev alan uzman ve öğretmenlerin görevlerinin açık bir şekilde düzenlendiği Yönetmelik m. 19 ile giderilmiştir. Anılan düzenlemeye göre çocuk tesliminde görev alan uzman ve öğretmenlerin görevleri;

“a) Yükümlünün çocuğu teslim mekânına getirmesi hâlinde çocuğun hak sahibine teslim edilmesine yönelik işlemleri gerçekleştirmek.

b) İşlem öncesinde hak sahibi ve yükümlü ile ayrı ayrı görüşerek sürece ilişkin bilgilendirme yapmak.

c) Çocuğu bu sürece hazırlamak, kaygı düzeyini düşürmek amacıyla çocukla görüşme yapmak.

ç) Çocuğun örselenmesine neden olabilecek durumların tespiti hâlinde ilgili mevzuat ve mesleki sınırlar çerçevesinde gerekli önlemleri almak.

d) Yükümlünün çocuk teslimine ilişkin ilam veya tedbir kararına dair emrin gereğini yerine getirmediği durumlarda, çocuğun bulunduğu adrese gidilerek alınan çocuğu hak sahibine teslim etmek.

e) Çocuk teslimi veya kişisel ilişki sürecinde çocuğun yerleşim yerinin değişmesi nedeniyle başka bir müdürlüğün yetki alanına girdiğinin öğrenilmesi hâlinde dosyanın kapatılarak ilgili yer müdürlüğüne gönderilmesi için müdüre bildirimde bulunmak.

f) Mevzuatla verilen diğer görevleri yerine getirmek”tir.

İlam ve tedbir kararlarının yerine getirilmesinde yetkili müdürlük, çocuğun yerleşim yeri müdürlüğüdür (5395 sayılı Kanun. 41/A, f. 4; Yönetmelik m. 11).

c. Çocuk Teslimine İlişkin Kararların Yerine Getirilmesi

Çocuk teslimine dair ilam veya tedbir kararlarının, yükümlü tarafından rızayla yerine getirilmemesi halinde hak sahibi²⁵, ilam veya tedbir kararının yerine getirilmesi için müdürlüğe başvurabilir (5395 sayılı Kanun m. 41/B, f. 1; Yönetmelik m. 25/I). Başvuru esnasında hak sahibi, müdürlüğün kendisi ile hangi iletişim vasıtasıyla irtibat kurulabileceğini müdürlüğe

²⁴ MARDİN, s. 165; BELGİN GÜNEŞ, 2022, s. 37.

²⁵ İİK hükümlerinde yer alan “alacaklı” ve “borçlu” kavramlarının terk edilerek “hak sahibi” ve “yükümlü” ibarelerinin kullanılmasının isabetli bir tercih olduğu yönünde bkz. TOPAL, s. 1346. Çocuk tesliminde alacaklı ve borçlu taraflar hakkında bkz. MARDİN, s. 129.

bildirir ve bu husus tutanak altına alınır (Yönetmelik m. 25/II). Talebi alan müdürlük, her türlü iletişim vasıtasını kullanarak yükümlüyle irtibata geçer. Bu kapsamda yükümlü telefonla aranabilir, kendisine e-mail gönderilebilir. Kullanılan iletişim aracı ve yükümlüyle irtibat kurulup kurulamadığı da tutanakla tespit edilmelidir.

Müdürlük belirlenen gün ve saatte hak sahibine teslim edilmek üzere çocuğun belirlenen yere getirilmesini derhâl bildirir; bu bildirim yapıldığını veya yükümlüyle irtibat kurulmadığını tutanağa bağlar (5395 sayılı Kanun m. 41/B, f. 2; Yönetmelik m. 25/III). Teslim günü, saati ve yeri belirlenirken çocuğun üstün yararı gözetilir ve mümkün olduğunca tarafların görüşü de dikkate alınarak karar verilir (Yönetmelik m. 25/IV).

Yükümlüyle irtibat kurulamaz veya yükümlü çocuğu getirmeyeceğini beyan ederse veya yükümlü çocuğu belirlenen yere getirmezse müdürlük, yükümlüye derhal bir teslim emri gönderir (5395 sayılı Kanun m. 41/B, f. 3; Yönetmelik m. 25/V). Teslim emrinde yer alması gereken hususlar 5395 sayılı Kanun m. 41/B, f. 3 ve Yönetmelik m. 26'da beş bent halinde gösterilmiştir. Bunlar:

“a) Müdürlük tarafından belirlenen gün ve saatte çocuğu emirde belirtilen yere getirmek zorunda olduğu.

b) Çocuğu emirde belirtilen yere getirmesine engel teşkil edecek derecede haklı bir mazereti varsa teslim gününden önce müdürlüğe bildirimde bulunarak çocuğun müdürlükçe alınmasını talep etmesi gerektiği.

c) Çocuğu getirmez veya haklı mazereti nedeniyle müdürlükçe alınmasını talep etmezse, çocuğun, uzman veya öğretmen marifetiyle gerekirse kolluktan yardım alınarak ve zor kullanılmak suretiyle teslim alınacağı.

ç) Emrin gereğinin yerine getirilmemesi hâlinde disiplin hapsiyle cezalandırılacağı.

d) Müdürlükçe yapılan iş ve işlemlere karşı, öğrenme veya tebliğ tarihinden itibaren bir hafta içinde, işlemi yapan müdürlüğün bulunduğu yer aile mahkemesine şikâyette bulunabileceği” hususlarıdır.

Teslim emrini alan yükümlü belirlenen gün ve saatte çocuğu teslim edebilir. Yükümlü haklı mazereti olması nedeniyle çocuğu teslim edemezse çocuğun müdürlük tarafından alınarak hak sahibine teslim edilmesini talep edebilir. Bu durumda çocuğun teslimi müdürlükçe gerçekleştirilir (5395 sayılı Kanun m. 41/B, f. 4; Yönetmelik m. 27, 28). Haklı mazeret

nedeniyle çocuğun müdürlükçe alınmasının talep edilmesi durumunda, mazerete ilişkin bilgi ve belgeler müdürlüğe teslim edilmelidir (Yönetmelik m. 28/I).

Teslim emrini alan yükümlü, emrin gereğini yerine getirmezse, çocuk nerede bulunursa bulunsun müdürlük tarafından alınarak hak sahibine teslim edilir. Bu durumda kolluk birimlerinden de yardım istenebilir. Kolluk birimleri, zor kullanma dâhil bu konudaki talepleri yerine getirmekle görevlidir (5395 sayılı Kanun m. 41/B, f. 5; Yönetmelik m. 29).

Çocuk teslimine ilişkin ilam veya tedbir kararlarının yerine getirilmesi sırasında, kaçırılma ihtimali gibi çocuğun üstün yararına aykırı durumların ortaya çıkması hâlinde yükümlüyle irtibata geçmeye veya teslim emri tebliğine gerek olmaksızın çocuk müdürlük tarafından alınarak hak sahibine teslim edilir (5395 sayılı Kanun m. 41/B, f. 6, 7; Yönetmelik m. 30).

d. Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Kararların Yerine Getirilmesi

Çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilam veya tedbir kararları, yükümlüsü tarafından kendi isteğiyle yerine getirilmediği takdirde hak sahibi, ilam veya tedbir kararının yerine getirilmesi için müdürlüğe başvurabilir (5395 sayılı Kanun m. 41/C, f. 1; Yönetmelik m. 32). Talebi alan müdürlüğe, her türlü iletişim vasıtasını kullanarak yükümlüyle irtibata geçmesi gerekir. Müdürlük ilam veya tedbir kararında belirtilen gün ve saatte hak sahibine teslim edilmek üzere çocuğun müdürlük tarafından belirlenen yere getirilmesini derhâl bildirir; bu bildirim yapıldığını veya yükümlüyle irtibat kurulamadığını tutanağa bağlar (5395 sayılı Kanun m. 41/C, f. 2; Yönetmelik m. 32/II). Yükümlüyle irtibat kurulamaz veya yükümlü çocuğu getirmeyeceğini beyan ederse yahut belirlenen yere getirmezse müdürlük tarafından yükümlüye, çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair bir teslim emri gönderilir (5395 sayılı Kanun m. 41/C, f. 3; Yönetmelik m. 32/V). Teslim emrinde yer alması gereken hususlar 5395 sayılı Kanun m. 41/C, f. 3'te ve Yönetmelik m. 33'te 6 bent olarak sayılmıştır. Buna göre aşağıdaki hususların teslim emrinde bulunması gerekir:

“a) İlam veya tedbir kararında belirtilen gün ve saatte, gün ve saatin belirtilmemesi hâlinde müdürlük tarafından belirlenen gün ve saatte çocuğu emirde belirtilen yere getirmek zorunda olduğu.

b) Çocuğu emirde belirtilen yere getirmesine engel teşkil edecek derecede haklı bir mazereti varsa teslim gününden önce müdürlüğe bildirimde bulunarak çocuğun müdürlükçe alınmasını talep etmesi gerektiği.

c) İlam veya tedbir kararı kapsamında emrin tebliğinden sonraki dönemde de (a) ve (b) bentlerindeki yükümlülüğünün devam edeceği, bunun için yeniden emir çıkarılmayacağı.

d) Emrin gereğinin yerine getirilmemesi hâlinde disiplin hapsiyle cezalandırılacağı.

e) Yerleşim yeri veya iletişim bilgilerinin değişmesi hâlinde yeni adres veya iletişim bilgilerinin müdürlüğe derhâl bildirilmesi gerektiği.

f) Müdürlükçe yapılan iş ve işlemlere karşı, öğrenme veya tebliğ tarihinden itibaren bir hafta içinde, işlemi yapan müdürlüğün bulunduğu yer aile mahkemesine şikâyette bulunulabileceği.”

Müdürlüğün belirlediği yere getirilen çocuk hak sahibine teslim edilir (5395 sayılı Kanun m. 41/C, f. 4; Yönetmelik m. 34/I). Hak sahibine; ilam veya tedbir kararında belirtilen sürenin bitiminde çocuğu, belirlenen yere getirmek zorunda olduğu, çocuğu getirmez veya kendisinden kaynaklanmayan makul sebepler hariç olmak üzere geç getirirse disiplin hapsiyle cezalandırılacağı, hakkında suç duyurusunda bulunulacağı hususu tutanağa bağlanarak tebliğ edilir (5395 sayılı Kanun m. 41/C, f. 4; Yönetmelik m. 34/III). Çocuk, belirlenen yere getirilmezse hak sahibi hakkında müdürlük tarafından suç duyurusunda bulunulur ve müteakip süreç hakkında yükümlü bilgilendirilir (5395 sayılı Kanun m. 41/C, f. 4; Yönetmelik m. 34/IV). Kişisel ilişki kurulmasından sonra hak sahibi tarafından teslim yerine getirilen çocuğun yükümlüye veya yükümlünün belirlediği kişiye teslimi mümkün olmazsa çocuk hak sahibinde bırakılır (5395 sayılı Kanun m. 41/C, f. 5; Yönetmelik m. 35/I). Bu da mümkün olmazsa müdürlüğün talebi üzerine, aile ve sosyal hizmetler il müdürlüğü tarafından çocuğun geçici olarak barınmasına yönelik tedbirler alınır (5395 sayılı Kanun m. 41/C, f. 5; Yönetmelik m. 35/II). Yükümlü haklı mazereti nedeniyle çocuğun müdürlükçe alınmasını talep ederse, gerektiğinde hak sahibi de hazır bulundurulmak suretiyle çocuk, müdürlük tarafından yükümlüden alınarak hak sahibine teslim edilir (5395 sayılı Kanun m. 41/C, f. 6; Yönetmelik m. 36).

Hak sahibi, emrin yükümlüye tebliğinden sonraki dönemde, teslim saatinden en az kırk sekiz saat önce çocuğu teslim almaya geleceğini müdürlüğe yazılı olarak, elektronik ortamda veya başvuru aşamasında beyan ettiği iletişim kanalıyla bildirmek zorundadır. Hak sahibinin bildirimde bulunmadığı veya gelemeyeceğini bildirdiği hâllerde bu husus ve çocuğu emirde

belirtilen yere getirme zorunluluğu bulunmadığı yükümlüye bildirilir. Tüm bu işlemler tutanak altına alınır (5395 sayılı Kanun m. 41/C, f. 7; Yönetmelik m. 37).

III. HUKUKİ TEMELLERİYLE ÇOCUK HAKLARI

Çocuk haklarının düzenlenmesiyle ilgilenen hukuk dalı, çocuk hukukudur. Çocuk hukukunun amacı, çocuğu her zaman ve her yerde korumak ve üstün yararını sağlamaktır²⁶. Çocuk hakları üç temel esasa dayanır²⁷: Eşitlik²⁸, ulusal üstü olma ve çocuğun yüksek yararı. Bu esaslar çerçevesinde çocuk haklarını güvence altına almak üzere başta Anayasa'da olmak üzere, uluslararası hukukta ve TMK'da çeşitli düzenlemeler yapılmıştır.

A. Anayasa'da Çocuk Hakları

Anayasa m. 2'ye göre, *“Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir”*. Anayasa'da sosyal devletin tanımı yapılmamıştır. Ancak Anayasa'nın çeşitli maddelerinde yer alan hükümlerden sosyal devletin amacı ve içeriği tespit edilebilir²⁹. Genel olarak sosyal devletin, herkese insan onuruna yakışır asgari bir hayat seviyesi sağlamayı amaçlayan devleti tarif ettiği söylenebilir³⁰. Anayasa Mahkemesi bir kararında³¹ sosyal devleti *“güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet”* şeklinde tanımlamaktadır. Çocuklar her yönden diğer bireylerden farklı olduğundan onlar için alınacak tedbirler sosyal devlet ilkesinin bir gereğidir ve eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmez (AY m. 10/III). Bu hükümle çocuklar gibi, ayrımcılık ve eşitsizliğin sonuçlarından en fazla etkilenen grupların korunması amaçlanmaktadır. Çocuklar, Anayasa'nın özel ayrımlar yapılmasına izin verdiği ve eşitlik ilkesinin sosyal devlet ile birlikte yorumlanmasını gerektiren alanında yer almaktadır³².

²⁶ FENDOĞLU, H. T. (2021). Çocuk Hukuku (2. b.). Yetkin Yayınları. Ankara, s. 28.

²⁷ AKYÜZ, s. 9; FENDOĞLU, s. 75 vd.; ÖZDEMİR, H., RUHİ, A. C. (2016). Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları. On İki Levha Yayıncılık. İstanbul, s. 4 vd.

²⁸ İslam hukukunda da çocuğun eşit muamele görme hakkı ön plana çıkmaktadır. Bu hususta bkz., ZORLU, S. E. (2013). Günümüz ve İslam Hukukunda Çocuk Hakları Karşılaştırmalı Bir İnceleme. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21 (2), s. 136-139.

²⁹ GÖREN, Z. (2015). Anayasa Hukuku (2. b.). Yetkin Yayınları. Ankara, s. 126.

³⁰ GÖZLER, K. (2019). Türk Anayasa Hukuku (3. b.). Ekin Yayınevi. Bursa, s. 190; EREN, A. (2020). Anayasa Hukuku Dersleri (2. b.). Seçkin Yayıncılık. Ankara, s. 377, 378.

³¹ AYM, T. 26.10.1988, E. 1988/19, K. 1988/33.

³² ALGAN, M. (2021). Anayasa Hukukunda Çocuk Hakları. On İki Levha Yayıncılık. İstanbul, s. 421, 422.

Devletin temel amaç ve görevlerinin düzenlendiği 5. maddede, “*insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartların*” sağlanması da sayılmıştır. Çocukluk dönemi, insan yaşamının gelişimi açısından özellik arz eden bir dönemdir. Bu sebeple bu dönemde maddi ve manevi varlığın gelişiminin sağlanmasına özel önem atfedilir³³.

Açıkça değinilmemekle birlikte, çocuklar açısından özel koruma sağladığı kabul edilmesi gereken haklardan biri de kişiliği geliştirme hakkıdır. Anayasa m. 17’de, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu düzenlenmektedir. Bu hak, sürekli bir gelişim sürecinde olan ve kişisel özellik ve yeteneklerini hayata geçirmede desteğe ihtiyaç duyan çocuklar açısından özellikle önem taşımaktadır³⁴.

Yukarıda açıklanan anayasal haklar, konusundan hareketle³⁵ çocukla ilişkilendirilen haklardır. Anayasa’da doğrudan çocukların haklarına özgü hükümler³⁶ de mevcuttur. Söz konusu hükümlerde çocuklar özel olarak hakkın öznesi olarak kabul edilmiştir³⁷. Bu sebeple çalışmanın konusunu ilgilendiren doğrudan çocukların haklarına özgü hükümlere ayrıca değinmek gerekir. Doğrudan çocuk haklarına özgü hükümlerin başında Anayasa m. 41 gelmektedir.

Anayasa m. 41’e göre aile toplumun temelidir. Devlet, ailenin huzur ve refahı, özellikle de ananın ve çocuğun korunması için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Anayasa m. 41/III’te her çocuğun, “*korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip*” olduğu ifade edilmektedir. Anayasa’da yer alan bu düzenlemeler, ailenin korunması ile çocuk arasında kopmaz bir bağ olduğunu vurgulamaktadır³⁸. Anılan düzenlemeden de açıkça anlaşıldığı üzere, her çocuk korunma, barınma, anne ve babasıyla ilişki kurma ve yüksek yararının temin edilmesi bakımından eşittir. Çocuğun aile içinde gelişimi ve korunması esası kabul edilmiştir.

B. Uluslararası Düzenlemelerde Çocuk Hakları

Uluslararası hukukun en önemli kaynaklarından biri, andlaşmalardır. Günümüzde daha adil, insan haklarına saygılı evrensel kuralların benimsendiği ve bu kuralların uygulamaya

³³ ALGAN, s. 158.

³⁴ ALGAN, s. 160, 161.

³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. ALGAN, s. 157 vd.

³⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. ALGAN, s. 162-167.

³⁷ ALGAN, s. 162.

³⁸ FENDOĞLU, s. 111.

geçirildiği bir dünya yaratmak amacıyla farklı konularda çok sayıda uluslararası andlaşma yapıldığı görülmektedir. Bu andlaşmalarla amaçlanan hedefe ulaşılabilmesi için, ülkeler tarafından imzalanarak hayata geçirilmesi gerekir. Bu sebeple ülkelerin iç hukuk kuralları ve uluslararası andlaşmaların iç hukuktaki konumunun tespit edilmesi gerekir.

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası uluslararası andlaşmaların iç hukukumuzdaki konumunu belirtmesi açısından önemlidir. Anılan düzenlemeye göre, *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır”*. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmalar, iç hukukumuzda “kanun hükmünde” görülmektedir. Ancak çocuk haklarına ilişkin uluslararası andlaşma hükümleriyle ulusal kanunlardaki hükümlerde bir uyuşmazlık olması durumunda, milletlerarası andlaşma hükümlerine öncelik tanınmıştır.

Uygulamada çocuk teslimi; velayet, vesayet ya da evlat edinmeden kaynaklı olarak çocuğu yanında bulundurmayan taraf lehine bir karar verildiğinde, çocuğu yanında bulunduran kimsenin hak sahibine çocuğu teslim etmek istememesi durumunda bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Çocukla kişisel ilişki kurulmasının ya da çocuğun kişisel ilişki kurma hakkının engellenmesi durumunda ise çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamların yerine getirilmesinde problemlerle karşılaşmaktadır³⁹. Dolayısıyla çocuk teslimi ile çocukla kişisel ilişki kurulması farklı şekilde düzenlenmiştir. Çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin çeşitli uluslararası düzenlemeler mevcuttur⁴⁰. Çalışmanın bu kısmında, doğrudan çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik hükümleri nedeniyle, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi düzenlemelerine yer verilecektir.

³⁹ AKSOY DURSUN, s. 193.

⁴⁰ Çocukla kişisel ilişki kurma hakkına ilişkin hükümlerin yer aldığı başlıca uluslararası düzenlemeler; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'dir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz., SİNANOĞLU, A. (2020). Türk Medeni Kanunu'na Göre Çocukla Kişisel İlişki Kurma Hakkı. On İki Levha Yayıncılık. İstanbul, s. 24 vd.

1. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde Çocuk Hakları

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nca 20 Kasım 1989'da kabul edilerek 2 Eylül 1990'da yürürlüğe girmiştir. Sözleşme, çocuk haklarına ilişkin evrensel ilkeleri ve normları düzenleyen oldukça kapsamlı bir metinden oluşmaktadır. Sözleşme Türkiye tarafından 09.12.1994'te onaylanmış ve 27.01.1995'te Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, çocuk haklarını bütüncül bir yaklaşımla düzenleyen bir uluslararası sözleşmedir⁴¹. Sözleşmede çocuk hakları, insan haklarıyla bağlantılı olarak düzenlenmiştir. Bunun sonucu olarak sözleşmede çocuk hakları, modern insan hakları tasnifine uygun olarak sınıflandırılmıştır⁴². Bu çerçevede çocuk hakları kişisel (medeni) haklar, sosyal haklar ve kültürel haklar olarak bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Çalışmada bu ayrıma⁴³ ayrıntılı bir şekilde yer verilmeden, çocuk teslimi hususunda özellik arz eden haklara yer verilecektir.

Öncelikle çocuk, ana-babası tarafından yetiştirilme hakkına sahiptir⁴⁴. Bu hakkın hukuki dayanağı olarak, Sözleşme'nin 5. ve 18. maddeleri gösterilebilir. Sözleşme'nin 5. maddesiyle ana-babaya, “*çocuğun yeteneklerinin geliştirilmesi ile uyumlu olarak, çocuğa yol gösterme ve onu yönlendirme konusunda*” sorumluluk yüklenmiştir. Çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında ana-babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin vurgulandığı 18. maddede, “*çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu ilk önce ana-babaya ya da durum gerektiriyorsa yasal vasilere düşer. Bu kişiler her şeyden önce çocuğun yüksek yararını gözönünde tutarak hareket ederler*” düzenlemesine yer verilmiştir.

Sözleşme'nin 9. maddesinde, çocuğu ana-babadan ayırma yasağı düzenlenmektedir. Buna göre, çocuk, ana-babasından onların rızası dışında ayrılamaz. Çocuğu ana-babadan ayırma yasağı, çocuğun yüksek yararı söz konusu olduğunda ihlal edilebilir. Bunun için yetkili makamlarca bu yönde karar verilmesi şarttır. Sözleşmenin 9. maddesinin 3. fıkrasında, “*ana-babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça, ana-babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına*” sahip olduğu düzenlemesine açıkça yer verilmiştir. Bu düzenlemeden başka çocuğun ana-babasıyla ilişkisini düzenleyen bir başka hüküm, Sözleşme'nin 10. maddesinin

⁴¹ ÖZDEMİR, RUHİ, s. 18.

⁴² AKYÜZ, s. 60; ÖZDEMİR, RUHİ, s. 18.

⁴³ Bu ayırım hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDEMİR, RUHİ, s. 19 vd.

⁴⁴ ÖZDEMİR, RUHİ, s. 19.

ikinci fıkrasında yer almaktadır. Bu hükme göre, “*Ana-babası, ayrı Devletlerde oturan bir çocuk olağanüstü durumlar hariç, hem ana hem de babası ile düzenli biçimde kişisel ilişkiler kurma ve doğrudan görüşme hakkına sahiptir. Bu nedenle ve 9 uncu maddenin 1 inci fıkrasına göre Taraf Devletlere düşen sorumluluğa uygun olarak, Taraf Devletler çocuğun ve ana-babasının Taraf Devletlerin ülkeleri dahil herhangi bir ülkeyi terketme ve kendi ülkelerine dönme hakkına saygı gösterirler*”.

2. Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi’nde Çocuk Hakları

Kişisel ilişki kararlarına uygulanacak genel ilkeleri belirlemek ve kişisel ilişkinin düzgün şekilde kullanılmasını sağlamak amacıyla kabul edilen Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi, Türkiye tarafından 15.07.2003 tarihinde imzalanmış ve 17.11.2011 tarihli Resmi Gazete’de⁴⁵ yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşme ile çocuklarla kişisel ilişki kurma hakkından etkin olarak faydalanabilmeyi temin etmek amaçlanmaktadır⁴⁶.

Sözleşme’nin 4. maddesinde, çocuk ile ana ve babası arasındaki ilişki düzenlenmektedir. Bu hükme göre, “*bir çocuk ile ana ve babası birbirleriyle düzenli şekilde kişisel ilişkiyi elde etmek ve sürdürmek hakkına sahiptirler*”. Çocukla ana ve babası dışındaki şahıslar arasındaki kişisel ilişkinin düzenlendiği m. 5’te ise, “*çocuğun yüksek yararına bağlı olarak, çocukla, ana ve babası dışındaki aile bağları bulunan şahıslar arasında kişisel ilişki*” kurulabileceği hususunda açık bir hüküm yer almaktadır.

Sözleşme’nin 9. maddesine göre, “*taraf devletler kişisel ilişki kurulmasına dair kararların uygulanmasını sağlamak için tüm uygun tedbirleri alacaklardır*”.

C. Türk Medeni Kanunu’nda Çocuk Hakları

Çocukla kişisel ilişki kurma hakkı, TMK m. 182’de ve m. 323 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. TMK m. 182’ye göre, hâkim, boşanma veya ayrılığa karar verirken ana ve babanın haklarını ve çocukla olan kişisel ilişkilerini düzenler. Bu hüküm, boşanmanın çocuklar bakımından hukuki sonuçlarını düzenlemeye yönelik hükümlerden biridir. TMK m. 182 kapsamında çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik hâkimin vereceği karar, “talep”ten

⁴⁵ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/11/20111117-1-1.pdf>, (Erişim Tarihi: 31.10.2022).

⁴⁶ GİRAY, F. K. (2010). Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulması Hakkında Avrupa Konseyi Sözleşmesine İlişkin Değerlendirme. Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1 (1), s. 749-750; SİNANOĞLU, s. 32.

bağımsızdır⁴⁷. Çocukla kişisel ilişki kurma hakkının re'sen düzenlenmesi gerektiğini emreden TMK m. 182, bu yönüyle TMK m. 323 vd. hükümlerinden ayrılır.

Türk Medeni Kanunu m. 323-326 hükümleri arasında ayrıca “*çocuk ile kişisel ilişki*” kurulmasına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir⁴⁸. Çocuk ile kişisel ilişki kurulmasının esasen iki farklı yönü vardır: Öncelikle ana-baba veya üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurma hakkı vardır. Diğer yandan korunması gereken üstün menfaati gereği çocuğun da ana-babasıyla ve diğer yakınlarıyla kişisel ilişki kurma hakkı mevcuttur. Çocukla kişisel ilişki kurulması bakımından ana-baba veya üçüncü kişilerin hakkı ile çocuğun bu kişilerle kişisel ilişki kurma hakkı bir madalyonun iki yüzü gibidir. Dolayısıyla kişisel ilişki kurma hakkı, ana-baba ve çocuğa karşılıklı olarak tanınmalıdır.

Mehaz İsviçre Medeni Kanunu'nda⁴⁹ bu “*karşılıklılık*” açıkça düzenlenmesine rağmen TMK m. 323'te bu hakkın çocuğa da tanındığı açıkça ifade edilmemiştir. TMK m. 323'te “*ana ve babadan her biri, velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir*” hükmü yer almaktadır. Anılan düzenleme lafzen yorumlandığında, kişisel ilişki kurma hakkının sadece ana-baba tarafından talep edilebileceği anlamı çıkmaktadır. Ancak TMK m. 323 Anayasa'nın 41. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde, çocuğun kişisel ilişki kurma hakkının bir anayasal hak olduğu ve bu bakımdan karşılıklığın TMK m. 323 açısından da geçerli olduğu sonucuna varılır. Bu kapsamda kişisel ilişki kurma hakkının çocuğa da tanındığı hususunda öğretide fikir birliği mevcuttur⁵⁰.

⁴⁷ SİNANOĞLU, s. 19.

⁴⁸ 743 sayılı Medeni Kanun'da çocukla kişisel ilişki kurulması, sadece boşanmanın sonuçlarından biri olarak düzenlenmiş ve bu hak ana-babaya tanınmıştır. Çocukla kişisel ilişki kurma hakkının, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile aile hukuku kitabının “*Soybağının Hükümleri*” başlıklı beşinci ayrımında ayrı bir başlık altında düzenlenmesi ve anneanne, babaanne, büyük baba gibi üçüncü kişilere de bu hakkın tanınması isabetli olmuştur. Aynı yönde, bkz. SİNANOĞLU, s. 18.

⁴⁹ ZGB Art. 273/I: “*Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das minderjährige Kind haben gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr*”. Ana-baba ve çocuğun karşılıklı olarak kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahip olduğunu vurgulayan bu düzenleme, 19.12.2008 tarihli kanun değişikliğiyle getirilmiş ve 1.1.2013'ten itibaren yürürlüğe girmiştir. Bu hususta bkz. <https://www.swissrights.ch/gesetz/Artikel-273-ZGB-2020-DE.php>, (Erişim Tarihi: 28.10.2022). Ayrıca, bkz. BREITSCHMID, P. (2016). Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz, Art. 1-456 ZGB (3. Auf.). Schulthess Juristische Medien AG, s. 897; MORDASINI-ROHNER, C. M. (2021). ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch (4. Auf.). Orell Füssli Verlag, s. 609, N. 1.

⁵⁰ SEROZAN, R. (2005). Çocuk Hukuku. Vedat Kitapçılık. İstanbul, s. 242; ERLÜLE, F. (2010). Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi. 16 (3-4), s. 221; SERDAR, İ. (2007). Kişisel İlişki Kurma Hakkı. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, 9 (Özel Sayı), s. 742; SİNANOĞLU, s. 22; AKSOY DURSUN, s. 184; YILMAZ, C. (2015). Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması. Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 35 (1), s. 106. TMK m. 323'ün eleştirisi hakkında bkz., TÜRKMEN, A. (2020). Çocuğun Kişisel İlişki Kurma Hakkı. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 26 (2), s. 1129 vd.

Kanaatimizce, çocuğun kişisel ilişki kurma hakkı ile çocukla kişisel ilişki kurulması birbirinden ayrı düşünülemez. Bu sebeple kanunda açıkça “karşılıklılık”tan bahsedilmemesine rağmen çocuk da kişisel ilişki kurulmasını talep etme hakkına sahiptir.

Öğretide “*velayetin eksigi*” olarak nitelendirilen⁵¹ kişisel ilişki kurma hakkı, çocuğun kişilik hakkına dâhil değerlerdendir⁵². Nitekim kişisel ilişki kurma hakkına sahip çocuk, bu sayede ebeveynlerine duyduğu özlemi giderir. Kişisel ilişki kurma hakkı, ergin olmayan çocukla aynı evde yaşamayan ebeveyni arasındaki içsel bağın kurulması ve sürdürülmesine hizmet eder⁵³. Çocuğun ana-babasıyla geçirdiği vakit, maddi ve manevi bütünlüğünü geliştirmesi açısından son derece önemlidir. Bu sebeple velayet hakkına sahip olan ebeveyn, velayete sahip olmayan ebeveynin çocukla kişisel ilişki kurması hususunda bir dayanışma örneği göstermelidir⁵⁴. Bu husus, TMK m. 322’de “*ana, baba ve çocuk, ailenin huzur ve bütünlüğünün gerektirdiği şekilde birbirlerine yardım etmek, saygı ve anlayış göstermek ve aile onurunu gözetmekle yükümlüdürler*” şeklinde açıkça ifade edilmektedir. Ayrıca kişisel ilişkinin sınırlarının düzenlendiği TMK m. 324’te “*ana ve babadan her biri, diğerinin çocuk ile kişisel ilişkisini zedelemekten, çocuğun eğitilmesi ve yetiştirilmesini engellemekten kaçınmakla yükümlüdür*” hükmü yer almaktadır. Görülmektedir ki, kanun, velayeti elinde bulunduran kimseyi, çocukla kişisel kurulması ya da çocuğun kişisel ilişki kurması konularında saygı ve anlayış göstermesi için yükümlü kılmaktadır.

Çocukla kişisel ilişki kurulması, yalnızca ana ve babalara tanınmış bir hak değildir. TMK m. 325’te “*...çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı diğer kişilere, özellikle hısımlarına da tanınabilir*” denilerek üçüncü kişiler bakımından kişisel ilişki kurma hakkı açıkça düzenlenmiştir⁵⁵.

⁵¹ SEROZAN, s. 241.

⁵² BÜCHLER, A. (2022). FamKomm - Scheidung, Band I, Art. 273 (4. Auf.). (R. FANKHAUSER, Herausgeber). Stämpfli Verlag, s. 954, N. 7; WIRZ, A., BÜCHLER, A. (2010). FamKomm, Scheidung, Band I: ZGB / Band II: Anhänge, Art. 273 (I. SCHWENZER Herausgeber). Stämpfli Verlag, s. 730, N. 3.

⁵³ BÜCHLER, s. 953, N. 6; ALGAN, s. 523.

⁵⁴ ERLÜLE, s. 219.

⁵⁵ 743 sayılı Medeni Kanun’da bu yönde açık bir düzenleme bulunmamaktaydı. Ancak Yargıtay’ın 1959 tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kararı’nda büyük ana ve büyük babaların da çocukla kişisel ilişki kurma hakkının mevcudiyeti kabul edilmiştir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu’nun 18.11.1959 tarih ve 1959/ 12 E., 1959/29 K. sayılı içtihadında bu husus şu şekilde ifade edilmektedir: “*Velayet hakkını haiz ana veya baba çocuğun müstakbel maddi menfaatlarını göz önünde tutarak büyükbaba veya büyükana ile, örf ve teamülün icabı nispetinde, şahsi münasebeti devam ettirmek mecburiyetindedirler. Bu hal çocuğun manevi ve ahlaki inkişafı bakımından da zaruridir. Ana veya baba bu yoldaki vazifelerini ihmal ettikleri takdirde Kanunu Medenin 272. maddesi uyarınca hakim şahsi münasebetin idamesi için muktazi tedbirleri alacaktır. O yolda şahsi münasebetin idamesi ana veya baba için bir vazife olduğuna nazaran işbu vazifenin ademi ifası halinde hakimin müdahalesini talep etmek büyükana ve büyükbaba lehine bir hak olarak kabul edilmek lazımdır. Diğer taraftan haklı bir sebep olmaksızın çocuğun büyükanne ve büyükbabalarla şahsi münasebetini kesmek*

IV. 7343 SAYILI KANUN İLE GETİRİLEN DÜZENLEMELERİN ÇOCUK HAKLARI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Çocuğun Kişisel İlişki Kurma Hakkı

Anayasa m. 20’de herkesin aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Anayasa m. 41’de ise her çocuğun üstün yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve bu ilişkiyi sürdürme hakkına sahip olduğu ifade edilmektedir. Çocuğun ana babasıyla kişisel ilişki kurma hakkı, aile yaşamına saygı hakkı ve çocuğun ana babasından haksız bir biçimde ayrılması hakkının özel bir görünümüdür⁵⁶. Bu sebeple çocuğun kişisel ilişki kurma hakkıyla ilgili karar verilirken ivedi bir yargılama usulünün tercih edilmesi ve müdahale edilen alanın hassasiyeti nedeniyle ölçülülük ilkesine uyulması gerekir. Dolayısıyla çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin kararların icrası, çocuk hakları bağlamında değerlendirildiğinde, bu ilkelerle doğrudan ilgili olduğu görülmektedir. Çalışmanın amacı, 7343 sayılı Kanun kapsamında çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması kararlarının icrasında getirilen değişikliklerin çocuk hakları bağlamında ele alınması olduğundan; burada çocukla kişisel ilişki kurma hakkının yanı sıra çocuğun kişisel ilişki kurma hakkı çerçevesinde de bir değerlendirme yapılacaktır. Nitekim “çocuğun kişisel ilişki kurma hakkı” terimi, çocuğu kişisel ilişki kurma hakkının “konusu” olmaktan çıkarıp hakkın “öznesi” konumuna getirdiği için tercih edilmiştir.

Çocuğun kişisel ilişki kurma hakkı, soybağı ve velayet ilişkisinden bağımsız, doğrudan kişi varlığı değerlerinden biridir⁵⁷. Bu hak, mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı bir niteliğe sahiptir⁵⁸. Bu sebeple başkasına devredilemez, mirasçılara geçmez ve bu haktan feragat

velayet salahiyetinin suistimalini teşkil eder. Bunu kanun himaye edemez. Ancak büyükbaba veya büyükananın şahsi durumları bakımından torunlarıyla şahsi münasebetin devamı torunları için zararlı olacağı veya onların maddi ve manevi menfaatlarını ihlal edeceği ispat olunursa münasebet tesisi talebi reddedilir.” (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi: 30.10.2022).

ZGB Art. 274/a’da da çocuğun yüksek yararına olmak koşuluyla, üçüncü kişiler, özellikle akrabalarla kişisel ilişki kurulmasına izin verilmesi gerektiği açıkça ifade edilmektedir. Ancak bunun için çocukla kişisel ilişki kurmak isteyen üçüncü kişi arasında özel bir bağ da bulunmalıdır. Bu hususta bkz., HEGNAUER, C. (1997). Berner Kommentar Band II/2, Art. 274a. Stämpfli Verlag, 1997, s. 136, N.9; BREITSCHMID, s. 905, N. 3; MORDASINI-ROHNER, s. 618, N. 2. Türk hukukunda aynı yönde bkz. SEROZAN, s. 241, 242; ERLÜLE, s. 241-242; SERDAR, s. 755.

⁵⁶ ALGAN, s. 521.

⁵⁷ BUDZIKIEWICZ, C. (2021). Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, BGB § 1684 (17. Auf.). C. H. Beck. München, N. 1; BÜCHLER, s. 954, N. 7; YILMAZ, s. 107.

⁵⁸ GÖTZ, I. (2018). Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, BGB § 1684 (77. Auf.). C. H. Beck. München, s. 2150, N. 2; HENNEMANN, H. (2020). Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, BGB § 1684 (8. Auf.). C. H. Beck. München, N. 5; BUDZIKIEWICZ, N. 1.

edilemez⁵⁹. Mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı niteliğin bir sonucu olarak, kişisel ilişki kurmaya karar verme yetkisi çocuğa aittir.

İsviçre ve Alman hukukunda çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin düzenlemeler, Türk hukukundan belirli hususlarda ayrılmaktadır⁶⁰. Alman Hukuku'nda BGB § 1684/I⁶¹ ile çocuk, kişisel ilişki kurma hakkının sahibi, ana ve baba ise bu hakkın yükümlüsü olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme çocuğa, kişisel ilişki kurulmasını dava yoluyla talep edebilme ve yerine getirilmemesi durumunda cebri icra vasıtalarını kullanma imkânı verir. Bu sebeple çocuğun kişisel ilişki kurma hakkı, tam yaptırımli bir hak olarak nitelendirilmektedir⁶². İsviçre Hukuku'nda ZGB Art. 273/I'de ana-baba ve çocuğun karşılıklı olarak kişisel ilişki kurma hakkına sahip olduğu açıkça düzenlenmesine rağmen; bu hakkın “*ahlaki bir yüküm*” olarak sınırlandırılması nedeniyle, çocuk bakımından ana-babanın rızası hilafına dava yoluyla kullanılamayacağı kabul edilmektedir⁶³. Türk Hukuku'nda ise, çocuğun kişisel ilişki kurma hakkını dava yoluyla talep edebilmesi bir yana, bu hakkın varlığı bile kanunda açıkça düzenlenmemiştir.

Çocuk teslimine ilişkin ilam ve tedbir kararlarının icrasının düzenlendiği 5395 sayılı Kanun 41/A vd. hükümlerinde “hak sahibi” ve “yükümlü”den bahsedilmektedir. Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlam ve Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesine Dair Yönetmelik'in “*Tanımlar*” başlıklı 4. maddesinde “hak sahibi” ve “yükümlü” kavramlarının tanımına da yer verilmiştir. Bu kapsamda, hak sahibi; “*çocuk teslimi işlemlerinde velayet kendisine verilen kişiyi, kişisel ilişki kurulması işlemlerinde ise velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocukla arasında kişisel ilişki kurulan kişiyi*” ifade eder. Yükümlü ise, “*çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilam veya tedbir kararı gereğince çocuğu teslim etmesi gereken kişi*” şeklinde tanımlanmaktadır. Yönetmelik'in hak sahibi ve yükümlü kavramlarını tanımlama biçimi, çocuğun kişisel ilişki kurma hakkının konusu olmaktan kurtarılamadığını göstermektedir⁶⁴. Ancak modern çocuk hakları bağlamında

⁵⁹ GÖTZ, s. 2150, N.2; BUDZIKIEWICZ, N. 1.

⁶⁰ Karşılaştırmalı bir inceleme için bkz., BÖRÜ, L. / PARLAK BÖRÜ, Ş. (2022). Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin Mahkeme Kararlarının Yerine Getirilmesi: Karşılaştırmalı Hukuk ve 7343 Sayılı Kanun'un Getirdiği Değişiklikler Çerçevesinde Değerlendirmeler. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 71 (3), s. 1237 vd.

⁶¹ BGB § 1684/I: “*Das Kind hat das Recht auf Umgang mit jedem Elternteil; jeder Elternteil ist zum Umgang mit dem Kind verpflichtet und berechtigt.* (Çocuğun her iki ebeveynle de ilişki kurma hakkı vardır; her bir ebeveyn çocukla iletişim kurmakla yükümlü ve yetkilidir)”.

⁶² HENNEMANN, N.6; HORNDASCH, K. P. (2012). Das Recht des Kindes auf Umgang. Familie Partnerschaft Recht, Heft 5, s. 210 vd.; GÖTZ, s. 2157, N. 42 vd.

⁶³ BÜCHLER, s. 954, 955, N. 9.

⁶⁴ Benzer yönde bir eleştiri için bkz. TÜRKMEN, s. 1133.

çocuk teslimi ve buna bağlı olarak çocukla kişisel ilişki kurulması, ana-baba ve diğer üçüncü kişilerden önce çocuğun yararındadır. Bu hususta çocuğun açıkça hak sahibi olarak belirtilmesi gerekir. Ancak bu şekilde kişisel ilişki kurma hakkı ihlal edilen çocuk, dava yoluna ve cebri icra yöntemlerine başvurabilir. Dava yolu ve cebri icra yöntemlerine başvurma imkânı bir yana bırakılırsa, çocuğun ebeveynleri veya bağ kurduğu üçüncü kişilerle kişisel ilişki kurma hakkı, en temel haklarından biridir.

B. Çocuğun Maddi ve Manevi Bütünlüğünü Geliştirme Hakkı

Çocuk, ana-babasıyla ve duygusal bağ kurduğu üçüncü kişilerle düzenli olarak kişisel ilişki kurma hakkına sahiptir. Çocuğun kişisel ilişki kurma hakkı, kişiliğinin, dolayısıyla maddi ve manevi bütünlüğünün geliştirilmesi bakımından son derece önemlidir. Nitekim bu ilişkilerin sağlıklı bir şekilde kurulması ve sürdürülmesi, çocuğun kültürel beceriler, bilgi ve davranışlar kazanarak bir kimlik oluşturmasını sağlar. Bu doğrultuda en önemli araç, ebeveynlerdir⁶⁵. Ebeveynlerin bu aracı konumu, çocuğun kişiliğinin oluşmasına ve maddi ve manevi bütünlüğünü geliştirmesine katkı sağlayıcı bir role sahip olmalarından kaynaklanır. Çocuğun maddi ve manevi bütünlüğünü geliştirme hakkı, Anayasa'nın 17. maddesi ile güvence altına alınmıştır.

Çocuğun bedensel, zihinsel, sosyo-kültürel ve ahlaki gelişimi dikkate alındığında, anne ve babasıyla birlikte büyümesinin sağlıklı bir birey olarak hayatına devam edebilmesi için olmazsa olmaz bir şart olduğu görülür. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ile de güvence altına alınan çocuğun ana babası tarafından büyütülme hakkı, maddi ve manevi bütünlüğünü geliştirme hakkı çerçevesinde korunmaktadır⁶⁶. Bu nedenle ana-babası boşanmış ya da ayrı yaşayan çocuklar bakımından düzenli bir şekilde kişisel ilişkinin kurulması ve sürdürülmesi gerekir.

5395 sayılı Kanun m. 41/A vd. ile getirilen düzenlemeler, çocuğun maddi ve manevi bütünlüğünün geliştirilmesine hizmet eder. Kanun ile getirilen yeniliklerden biri olan çocuk teslim merkezlerinin kurulması bu hususta ayrı bir öneme sahiptir. Nitekim boşanma sonrası çocuğunu karşı tarafa karşı silah olarak kullanmak isteyen ve karşı tarafla görüşürmeyen velayet hakkına sahip ebeveyn, bu davranışlarıyla esasen en büyük zararı *kendi çocuğuna* vermektedir. Çocukla kişisel ilişki kurulması çabaları sırasında yaşananlar, çocuğun kişiliğini olumsuz yönde etkilemektedir. Çocuk teslim merkezleri sayesinde, en azından ebeveynler karşı

⁶⁵ ALGAN, s. 523.

⁶⁶ ALGAN, s. 535.

karşıya gelmeden, çocuk ana-babasıyla ve bağ kurduğu üçüncü kişilerle kişisel ilişki kurabilecektir.

C. Çocuğun Üstün Yararı İlkesi Bağlamında Değerlendirme

Çocuk hukukunun en temel ve en önemli ilkelerinden biri, çocuğun üstün yararı ilkesidir. Bu ilke, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 3'te özel hüküm olarak düzenlenmiştir. Ayrıca, 5393 sayılı Kanun m. 41/A'da ve Çocuk Teslimi Ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlam Ve Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesine Dair Yönetmelik'in "Temel İlkeler" başlıklı ikinci bölümünün, 6. maddesinde de bu ilkeye açıkça yer verilmiştir.

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurma konularında temel kavramlarından biri, çocuğun üstün yararadır. Bu kavramın her somut olayda her bir çocuk bakımından özel olarak hâkim tarafından değerlendirilmesi gerekir⁶⁷. Ancak kavramın somut olarak tanımlanması da bu konudaki farklı görüş ve değerlendirmelerin dengelenmesi bakımından önemlidir⁶⁸. Bu sebeple çocuğun üstün yararı kavramının açıklanması gerekir.

Çocuğun üstün yararı (*the best interest of child*) kavramı, ne kanunlarımızda ne uluslararası sözleşmelerde tanımlanmıştır. Bu tanımlamanın yapılması multidisipliner bir çalışma gerektirmekle birlikte⁶⁹, öğretilerde yapılan çeşitli tanımlara değinmek gerekir. Akyüz'e göre çocuğun üstün yararından anlaşılması gereken; "*çocuğun bedensel, zihinsel, duygusal, sosyal, kültürel, ahlaki, hukuki ve ekonomik bakımlardan sağlıklı, dengeli ve özgür biçimde geliştirilmesi, korunup kollanmasıdır*"⁷⁰. Çocuğun üstün yararı kavramının kısa vadeli, dar ve bencil bir menfaati ifade etmediğini vurgulayan Serozan, bu kavramın bir hak değil, çocuk haklarının hayata geçirilmesinde bir "*klavuz*" olduğunu ifade etmektedir⁷¹. Bir başka tanımda çocuğun üstün yararı; "*velayet veya kişisel ilişki çerçevesinde çocuğun gelişimine katkı sağlayan faktörlerin bir birleşimi*" olarak açıklanmaktadır⁷².

⁶⁷ Bunun anlamı, çıkar çatışmalarında çocuğun tarafının tutulması ve onun yararına uygun olarak karar verilmesidir. Bu hususta bkz. ÖZDEMİR, RUHİ, s. 17.

⁶⁸ KORCZAK, J. (2008). The Child's Best Interest: A Generally Applicable Principle. Conference Building a Europe for and with Children, Toward a Strategy for 2009-2011. Stockholm, s. 3.

⁶⁹ GAYRETLİ AYDIN, s. 18.

⁷⁰ AKYÜZ, s. 50.

⁷¹ SEROZAN, s. 65, 66.

⁷² KELLY, J. (1997). The Best Interest of Child: A Concept of Search of Meaning. Family and Conciliation Courts Review, 35 (4), s. 378.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması konularında çocuğun üstün yararı kavramı esas alınarak bir karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. 5395 sayılı Kanunu m. 41/B, 7’de Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüğü’ne çocuğun üstün yararının belirlenmesi hususunda takdir yetkisi tanınmıştır. Bu kapsamda Müdürlük, çocuğun üstün yararının gerektirdiği hallerde, yükümlü ile irtibata geçmeden ve ona teslim emri göndermeden çocuğun teslim alınması için işlemlere başlayabilir. 5395 sayılı Kanun m. 41/C, f. 8’de ise çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair işlemlerin çocuğun üstün yararını koruyacak şekilde yerine getirilebilmesi amacıyla müdürlüğün önerisi üzerine aile mahkemesince, çocuk, hak sahibi veya yükümlü hakkında danışmanlık tedbiri uygulanmasına karar verilebileceği düzenlenmektedir. Aynı yönde bir düzenleme, Yönetmelik m. 40’ta da yer almaktadır. Yönetmelik m. 38 gereğince çocuğun üstün yararı gerektirdiği takdirde, kişisel ilişkinin uzman veya öğretmen gibi bir üçüncü kişinin refakatinde gerçekleştirilmesi de mümkündür. Diğer yandan çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasının sınırı da çocuğun üstün yararı ilkesidir. Çocuğun üstün yararına aykırılık teşkil eden durumlarda, çocuk teslim edilmeyebilir veya çocukla kişisel ilişki kurulması engellenebilir.

D. Çocuğun Düşüncesini Özgürce Açıklama Hakkı

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 12. maddesine göre, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip her çocuğun kendini ilgilendiren konularda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkı vardır ve bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak gereken özen gösterilir. Sözleşmede çocuklara özgü olarak tanınan bu hak, Anayasa’da çocuğun görüşünün alınması hakkı kapsamında maddi ve manevi bütünlüğün geliştirilmesi ve aile hayatına saygı hakkı çerçevesinde teminat altına alınmıştır⁷³. Sözleşme’nin 13. maddesinde çocuğun düşüncesini özgürce açıklama hakkı düzenlenmiştir. Anılan hükme göre, “*çocuk, düşüncesini özgürce açıklama hakkına sahiptir; bu hak, ülke sınırlarına bağlı olmaksızın; yazılı, sözlü, basılı, sanatsal biçimde veya çocuğun seçeceği başka bir araçla her türlü haber ve düşüncelerin araştırılması, elde edilmesi ve verilmesi özgürlüğünü içerir*”.

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin kararların yerine getirilmesi, çocuğun kendini ilgilendiren en önemli konulardan biridir. Bu kararların verilmesi ve yerine getirilmesi sırasında çocuğun düşüncesini özgürce açıklayabilmesi için devletin birtakım pozitif yükümlülükleri de mevcuttur. Bu yükümlülüğe uygun olarak Çocuk Teslimi Ve Çocukla

⁷³ ALGAN, s. 463.

Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlam ve Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesine Dair Yönetmelik'in 39. maddesinde⁷⁴ çocuğun kişisel ilişki kurma talebini reddetmesi halinde yapılacak işlemler açıkça düzenlenmiştir. Çocukla kişisel ilişki kurulmasında çocuğun görüşünün alınması ve düşüncesini özgürce açıklama hakkının bir görünümü olan bu düzenlemeye açıkça yer verilmesi, çocuk hakları perspektifinden isabetli bir tercihtir.

E. Çocuğun İtibarının Korunması Hakkı Bakımından Değerlendirme

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların yerine getirilmesi sırasında hak sahibi ile yükümlü arasında istenmeyen durumların yaşanması nedeniyle en büyük zararı çocuklar görmektedir. Yaşanan arbedeler, tartışmalar çocukların psikolojisini olumsuz etkilediği gibi itibarlarını da zedelemektedir. Çocuğun itibarı, kişilik değerlerindedir. Çocuğun kişisel gelişiminin olumsuz etkilenmemesi açısından itibarının korunması elzemdir. Çocuk teslim merkezlerinin kurulması, çocuğun itibarının etkin bir şekilde korunması bakımından önemlidir. Nitekim çocuğun çocuk teslim merkezlerinde teslim edilmesi, teslim sırasında yaşanması muhtemel olumsuzları azaltabilecek nitelikte bir gelişmedir.

F. Engelli Çocukların Haklarının Korunması Bakımından Değerlendirme

Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlam ve Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesine Dair Yönetmelik'te teslim merkezlerinin genel standartları belirlenmiştir. Genel standartlara ek olarak Yönetmelik m. 22, b bendinde "*binanın kolay ulaşılabılır bir bölümünde, engelli bireylerin erişimine ve kartlı geçişe imkân tanıyacak şekilde ayrı bir kapıdan giriş imkânı sağlanması*" gerektiği yönünde bir düzenleme mevcuttur. Bu düzenleme, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde taraf devletlere yüklenen bir

⁷⁴ "Çocuğun görüşmeyi reddetmesi hâlinde yapılacak işlemler

MADDE 39- (1) Kişisel ilişki kurma sürecinde çocuğun hak sahibi ile görüşmeyi reddetmesi hâlinde hak sahibi ile çocuğun görüşebilmesini temin etmek amacıyla uzman veya öğretmen tarafından öncelikle çocukla ve taraflarla ayrı ayrı görüşmeler gerçekleştirilir. Buna rağmen çocuğun görüşmeyi kabul etmemesi hâlinde bu durum gerekçeleri ile birlikte ayrıntılı şekilde tutanak altına alınır.

(2) Çocuğun görüşmeyi kabul etmemesine neden olan sorunların tespiti ile bu sorunlara ilişkin çözüm önerileri geliştirilmesi amacıyla uzman veya öğretmen tarafından çocuk, hak sahibi ve yükümlü ile görüşmeler yapmak üzere bir plan hazırlanır. Hazırlanan plan hak sahibi ve yükümlüye bildirilir.

(3) Hazırlanan plan uyarınca en geç bir sonraki kişisel ilişki tarihine kadar uzman veya öğretmen tarafından çocuk, hak sahibi ve yükümlü ile görüşmeler gerçekleştirilir. Ancak bu süre on beş günü geçemez.

(4) Bu süreçte taraflara çocuğun sağlıklı gelişimi açısından sorumlulukları hatırlatılarak, çocuk ile tarafların iletişim becerilerinin geliştirilmesine yönelik çalışmalar gerçekleştirilir. Çocuk ve hak sahibi arasındaki kişisel ilişkinin sonraki dönemde uygun şekilde gerçekleşmesi için uzman veya öğretmen tarafından gerekli mesleki müdahalelerde bulunulur.

(5) Uzman veya öğretmen tarafından yapılan gözlem ve tespitler neticesinde çocuğun üstün yararı uyarınca çocuk, hak sahibi veya yükümlü hakkındaki önerilere hazırlanan değerlendirme raporunda yer verilir.

(6) Tüm bu işlemler tutanak altına alınır."

yükümlülüğün hayata geçirilmiş halidir. Sözleşmenin 23. maddesine göre, “*taraf Devletler zihinsel ya da bedensel özürlü çocukların saygınlıklarını güvence altına alan, özgüvenlerini geliştiren ve toplumsal yaşama etkin biçimde katılmalarını kolaylaştıran şartlar altında eksiksiz bir yaşama sahip olmalarını kabul ederler*”. Yönetmelik’te teslim merkezlerinin standartları belirlenirken kırılğan gruplardan olan engelli çocukların da düşünülmesi isabetli bir tercihtir. Nitekim teslim merkezlerinin fiziksel çevre koşullarının engelliler için ulaşılabilir hale getirilmesi gerekir⁷⁵.

V. SONUÇ

7343 sayılı İcra ve İflas Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile çocuk teslimi, çocukla kişisel ilişki kurulması ve velayetin değiştirilmesi konularında önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerin en önemlisi, uygulamada “çocuk icrası ya da çocuk haczi” olarak bilinen çocuk teslimine ilişkindir. 7343 sayılı Kanun ile İİK m. 25, m. 25/a, m. 25/b ve m. 341 hükümleri ilga edilerek çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hükümler, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’na m. 41/A vd. hükümleri olarak eklenmiştir. Diğer yandan 5395 sayılı Kanun m. 41/A vd. hükümlerinin uygulanmasını göstermek üzere “Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlam ve Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesine Dair Yönetmelik”, 4 Ağustos 2022 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması konularında getirilen en önemli yenilik, çocuk teslim merkezlerinin kurulmasıdır. Çocuk teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamların icrasındaki sorunların, ilgili hükümlerin İcra ve İflas Kanunu’ndan çıkarılarak çözülmeye çalışılması, makul bir beklenti olarak görülmemektedir⁷⁶. Nitekim buradaki sorunun temel sebebi “*insan unsurudur*”. Evliliği herhangi bir nedenle sona eren çiftler, karşı tarafa zarar vermek uğruna çocuklarını adeta “silah” olarak kullanmaktadır. Bu kapsamda çocuğun karşı tarafla görüşmesi engellenerek çocuğun hakları bağlamında da bir ihlal söz konusu olmaktadır.

Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması kararlarının yerine getirilmesi konusunda yapılan değişikliklerin usulü boyutuyla incelendiği birçok çalışma yapılmıştır. Ancak konunun, haiz olduğu önem dolayısıyla, çocuk hakları bağlamında da değerlendirilmesi gerekir. Nitekim çocuk teslimi ve çocuğun kişisel ilişki kurma hakkı veya çocukla kişisel ilişki

⁷⁵ FENDOĞLU, s. 175.

⁷⁶ ERDOĞAN, s. 368.

kurulması, temel çocuk haklarını yakından ilgilendirir. Çocuk haklarının korunmasına yönelik Anayasa'da, çeşitli uluslararası andlaşmalarda ve Türk Medeni Kanunu'nda birçok hüküm yer almaktadır. Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması çocuk hakları bağlamında bir değerlendirmeye tabi tutulduğunda, öncelikle çocuğun ana-babası tarafından büyütülme ve bağ kurduğu üçüncü kişilerle ilişki kurma ve sürdürme hakkının teminat altına alınmaya çalışıldığı sonucuna ulaşılabilir. Çocuğun bu kimselerle düzenli ve sürekli olarak ilişki kurması, çocuğun maddi ve manevi bütünlüğünün, dolayısıyla kişiliğinin korunması ve geliştirilmesi bakımından önemlidir. Bu hakların kullanılmasının sınırını, çocuğun üstün yararı ilkesi oluşturur.

Çocuk teslim merkezlerinin kurulması, çocuğun itibarının korunması hakkını da teminat altına almaya yönelik bir gelişmedir. Çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulması sırasında yaşanabilecek olumsuzlukların engellenmesi, çocuğun itibarının korunması hakkı bakımından da önemlidir. Yönetmelik uyarınca çocuk teslim merkezlerinin fiziksel koşullarının engelli bireylerin erişimine imkân sağlaması gerekliliği, engelli çocukların haklarının korunması amacına hizmet eder.

KAYNAKÇA

- AKSOY DURSUN, S. (2021). Çocuk ile Kişisel İlişki Kurma Hakkı ve Uygulamadaki Sorunlar. Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması. (A. MAKARACI BAŞAK, S. ÖKTEM ÇEVİK, G. SİNEM TEK, Editörler) Ankara, 183-198.
- AKYÜZ, E. (2015). Çocuk Hukuku (4. b.). Pegem Akademi. Ankara.
- ALGAN, M. (2021). Anayasa Hukukunda Çocuk Hakları. On İki Levha Yayıncılık. İstanbul.
- ALKAN, F. (2019). Çocukla Kişisel İlişki Kurma Hakkı Bağlamında Devletin Pozitif Yükümlülükleri. Legal Yayıncılık. İstanbul.
- ATALI, M., ERMENEK, İ., ERDOĞAN, E. (2022). İcra ve İflas Hukuku (5. b.). Yetkin Yayınları. Ankara.
- BAYGIN, C. (2010). Soybağı Hukuku. On İki Levha Yayıncılık. İstanbul.
- BELGİN GÜNEŞ, D. (2021). Mağdur Hakları Kanunu Taslağı'nın Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 29 (2), 913-931.
- BELGİN GÜNEŞ, D. (2022). Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların ve Tedbir Kararlarının Yerine Getirilmesi. Yetkin Yayınları. Ankara.
- BÖRÜ, L., PARLAK BÖRÜ, Ş. (2022). Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin Mahkeme Kararlarının Yerine Getirilmesi: Karşılaştırmalı Hukuk ve 7343 Sayılı Kanun'un Getirdiği Değişiklikler Çerçevesinde Değerlendirmeler. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 71 (3), 1227-1277.
- BREITSCHMID, P. (2016). Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz, Art. 1-456 ZGB (3. Auf.). Schulthess Juristische Medien AG.
- BUDZIKIEWICZ, C. (2021). Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar. BGB § 1684, (17. Auf.). C. H. Beck. München.
- BÜCHLER, A. (2022). FamKomm - Scheidung, Band I, Art. 273 (4. Auf.). (Roland Fankhauser, Herausgeber). Stämpfli Verlag.

- ERDOĞAN, E. (2022). Çocuk Teslimine İlişkin İlamların Yerine Getirilmesi (İcrası) (7343 sayılı Kanunla Gerçekleştirilen Değişiklikler Kapsamında). Türk Hukukunda Çocuk, (E. ERDOĞAN, B. VURAL ÇELENK, Ö. ÖZYÜKSEL, Editörler). Yetkin Yayınları. Ankara, 355-371.
- EREN, A. (2020). Anayasa Hukuku Dersleri (2. b.). Seçkin Yayıncılık. Ankara.
- ERLÜLE, F. (2010). Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 16 (3-4), 217-248.
- FENDOĞLU, H. T. (2021). Çocuk Hukuku (2. b.). Yetkin Yayınları. Ankara.
- GAYRETLİ AYDIN, S. (2022). 7343 Sayılı Kanun'un Çocuk Teslimi, Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına ve Velayetin Değiştirilmesine İlişkin Getirdiği Yenilikler. Terazi Hukuk Dergisi, 17 (187), 15-34.
- GİRAY, F. K. (2010). Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulması Hakkında Avrupa Konseyi Sözleşmesine İlişkin Değerlendirme. Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1 (1), 749-772.
- GÖREN, Z. (2015). Anayasa Hukuku (2. b.). Yetkin Yayınları. Ankara.
- GÖTZ, I. (2018). Palandt Bürgerliches Gesetzbuch. BGB § 1684, 77. Auflage, C. H. Beck, München.
- GÖZLER, K. (2019). Türk Anayasa Hukuku. (2. b.). Ekin Yayınevi, Bursa.
- GRASSINGER, G. E. (2009). Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler. On İki Levha Yayıncılık. İstanbul.
- HEGNAUER, C. (1997). Berner Kommentar Band II/2, Art. 274a. Stämpfli Verlag.
- HENNEMANN, H. (2020). Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. BGB § 1684 (8. Auf.). C. H. Beck. München.
- HORNDASCH, K. P. (2012). Das Recht des Kindes auf Umgang. Familie Partnerschaft Recht, Heft 5, 208-212.
- KELLY, J. (1997). The Best Interest of Child: A Concept of Search of Meaning. Family and Conciliation Courts Review, 35 (4), 377-387.

- KORCZAK, J. (2008). The Child's Best Interest: A Generally Applicable Principle. Conference Building a Europe for and with Children, Toward a Strategy for 2009-2011. Stockholm, s. 1-9.
- KURT KONCA, N. (2022). Çocuk Teslimi Ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasında Adli Destek Ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüklerinin İşlem Ve Kararlarına Karşı Şikâyet Ve İtiraz. MİHDER, 18 (52), 367-404.
- MARDİN, Ç. (2019). Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası, Yetkin Yayınları. Ankara.
- MAVİ, Ö. (2008). İcra Takibiyle Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasının Sebepleri, İcrada Uzmanın Rolü ve Çocuğun Durumu. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (74), 269-281.
- MORDASINI-ROHNER, C. M. (2021). ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch. (4. Auf.). Orell Füssli Verlag.
- ÖZBAY, İ. (2017). Türk Hukukunda Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası Hakkındaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri. Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, (2), 31-110.
- ÖZBEK, M. S. (2018). Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlamlı İcranın Etkinliği (4. b., Cilt 2.). Yetkin Yayınları. Ankara.
- ÖZDEMİR, H., RUHİ, A. C. (2016). Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları. On İki Levha Yayıncılık. İstanbul.
- PEKCANITEZ, H., ATALAY, O., SUNGURTEKİN ÖZKAN, M. / ÖZEKES, M. (2022). İcra ve İflas Hukuku (9. b.). On İki Levha Yayıncılık. İstanbul.
- POSTACIOĞLU, İ. E. (1982). İcra Hukuku Esasları. Fakülteler Matbaası. İstanbul.
- SARISÖZEN, M. S. (2015). İcra ve İflas Hukukunda Canlı Haczi. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10 (2), 53-96.
- SERDAR, İ. (2007). Kişisel İlişki Kurma Hakkı. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, 9 (Özel Sayı), 739-781.
- SEROZAN, R. (2005). Çocuk Hukuku. Vedat Kitapçılık. İstanbul.
- SİNANOĞLU, A. (2020). Türk Medeni Kanunu'na Göre Çocukla Kişisel İlişki Kurma Hakkı. On İki Levha Yayıncılık. İstanbul.

- TOPAL, Ö. (2022). Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrasında Yeni Dönem. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 30 (3), 1331-1365.
- TÜRKMEN, A. (2020). Çocuğun Kişisel İlişki Kurma Hakkı. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 26 (2), 1126- 1156.
- ÜSTÜNDAĞ, S. (2004). İcra Hukukunun Esasları (8. b.). İstanbul.
- WIRZ, A. / BÜCHLER, A. (2010). FamKomm, Scheidung, Band I: ZGB / Band II: Anhänge, Art. 273. (I. SCHWENZER, Herausgeber) Stämpfli Verlag.
- YARDIMCI, T. E. (2020). Ölçülülük İlkesi Bakımından Çocuk Teslimine ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Yönelik Cebri İcra Araçları. Terazi Hukuk Dergisi, 15 (167), 1485-1490.
- YILMAZ, C. (2015). Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması. Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 35 (1), 103-141.
- YÜKSEL, S. R. (2019). Üçüncü Kişilerin Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasını İsteme Hakkı. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 25 (2), 1539-1556.
- ZORLU, S. E. (2013). Günümüz ve İslam Hukukunda Çocuk Hakları Karşılaştırmalı Bir İnceleme. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21 (2), 125-160



ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMELERİNİN ANONİM ŞİRKETLERDE KANUNİ TEMSİLCİLERİN VERGİSEL SORUMLULUĞUNA ETKİSİ*

The Effect of Private Law Contracts on Legal Representative Tax Liability in Joint
Stock Companies

Görkem Ali ÖZVEREN*

ÖZ

Bir anonim şirketin vergisel ödevlerinin yerine getirilmemesinden doğan sorumluluk bilindiği üzere kanuni temsilci olarak kabul edilen yönetim kurulu üyelerine aittir. Bu çalışmada; bu sorumluluğun özel hukuk sözleşmeleri ve işlemleri ile değiştirilmesinin mümkün olabileceği istisnai durumlara değinilmiştir. Kanuni temsilcilik ile ilgili özel sözleşmelerin vergi idaresi karşısında hüküm ifade etmesine ilişkin genel bir değerlendirme yapılmış ve ilgili mevzuat hükümleri de değerlendirildikten sonra konuya yargı kararları ışığında bakılmış, içtihatça çıkan farklı kararlar irdelenmiştir. Bununla birlikte son olarak yönetim kurulu üyelerinin kanuni temsilcilik görevlerinden ayrılmalarının hangi andan itibaren hüküm ifade edeceğine ilişkin görüşler aktarılmıştır. İdarenin konuya bakışı ve içtihatça ortaya çıkan farklı kararlar ile konunun değerlendirmesi yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Özel Hukuk Sözleşmeleri, Kanuni Temsilci, Anonim Şirket, Ticaret Sicili.

* **Gönderi:** 26.08.2022 - **Kabul:** 15.03.2023 | **Received:** 26.08.2022 - **Accepted:** 15.03.2023.

Vergi Müfettişi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Mali Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, İstanbul, Türkiye ✉ gorkemozveren@hotmail.com • ORCID 0000-0002-2954-0823.

Atıf Şekli / Cite As: ÖZVEREN, Görkem Ali (2023). Özel Hukuk Sözleşmelerinin Anonim Şirketlerde Kanuni Temsilcilerin Vergisel Sorumluluğuna Etkisi. ÇÜHAD, (3), 33-51.

İntihal / Plagiarism: Bu makale bir intihal engelleme yazılımı aracılığıyla denetlenmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been checked via a plagiarism prevention software and reviewed by at least two referees.



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

ABSTRACT

The responsibility arising from the failure to fulfill the tax duties of a incorporated company belongs to the members of the board of directors who are considered legal representatives. In this study; exceptional circumstances in which it may be possible to replace this responsibility with special legal conventions and procedures have been addressed. A general assessment has been made regarding the special agreements regarding legal representation to the tax administration, and after the relevant legislation provisions have been evaluated, the issue has been examined in the light of judicial decisions, and different decisions in the case-law have been examined. Finally, opinions on the moment when the members of the board of directors resign from their duties as legal representatives will take effect. The evaluation of the subject was made with the view of the administration on the subject and the different decisions that emerged in the jurisprudence.

Keywords: Private Law Contracts, Legal Representative, Joint Stock Company, Trade Register.

GİRİŞ

Anonim şirketlerin idaresi ve yönetimi bilindiği üzere yönetim kurulu isimli organa bırakılmıştır. Bu durumun sonucunda, şirketin üst düzey yönetimi ve işlevinden sorumlu bu organı vergi kanunları da kanuni temsilci olarak adlandırmaktadır.

Kanuni temsilcilerin, vergi mükellefi olan anonim şirketin vergisel ödevlerini yerine getirmemeleri halinde ödenmeyen kamu alacakları açısından sorumlulukları gündeme gelmektedir. Vergi Usul Kanunu'na göre vergi kanunlarıyla kabul edilen haller müstesna olmak üzere, mükellefiyete veya vergi sorumluluğuna müteallik özel mukaveleler vergi dairelerini bağlamaz hükmüne yer verilmiş olsa da bu durumun bazı hallerde istisnaları gündeme gelmektedir.

Çalışmamızda detaylı bir şekilde yönetim kurulu üyelerinin kanuni temsilci sıfatıyla takip edilmelerinin hangi hallerde mümkün olamayacağı, mevzuat hükümleri ve yargı kararları ile açıklanmaya çalışılmıştır. Kanuni temsilci sıfatı ile takip edilemeyecek yönetim kurulu üyelerinin bahsi geçen bu istisnai durumlarının hangi andan itibaren hüküm ifade edeceği yine çalışmamızda yer almaktadır.

I. ANONİM ŞİRKETLERDE KANUNİ TEMSİLCİNİN SORUMLULUĞU VE TEMSİL YETKİSİNİN DEVRİ

A. Kanuni Temsilcilik Sorumluluğu İle İlgili Özel Sözleşmeler

Kişiler ve kurumlar sözleşme serbestliği ilkesi çerçevesinde, vergi sorumluluğuna ilişkin, vergi kanunları uyarınca kendilerine düşen ödevlerin üçüncü kişilerce üstlenilmesini sağlamaya yönelik sözleşmeler yapabilirler. Ancak yapılacak bu sözleşmelerin özel hukuk kişileri için doğurduğu sonuçlar ile bu kişilerin vergi idaresi ile olan ilişkisi bakımından ortaya çıkacak sonuçlar birbirinden farklı olmaktadır¹.

VUK m. 8/3'te "*vergi kanunlarıyla kabul edilen haller müstesna olmak üzere, mükellefiyete veya vergi sorumluluğuna müteallik özel mukaveleler vergi dairelerini bağlamaz*" hükmü yer almaktadır. Bu hüküm ile amaçlanan, kamu alacağını güvence altına almaktır. Böylece mükellefiyet ve sorumlulukla ilgili olarak yapılan sözleşmeler ile vergi borcunun mali gücü olmayanlara geçmesi de bir bakıma önlenmektedir².

VUK 8/3'te yer alan bu hüküm olmasaydı da vergi sorumlusu ile 3.kişiler arasında yapılan sözleşmelerin vergi idaresini bağlamayacağına kanunilik ilkesinin gereği olduğunu savunan görüşe göre; verginin yasallığı ilkesi sonucu, vergilerin yasada açıkça belirlenmiş bulunan yükümlü ya da sorumludan tahsil edilmesi gerekmektedir birlikte bireyler de yasaya baktıkları zaman kimlerin yükümlü ya da sorumlu olabileceklerini açıkça öngörebilmelilerdir³.

Vergi ödevlisi ile 3. kişi arasında yapılan sözleşme vergiyi doğuran olayı etkilemeden yükümlüyü değiştirmeyi amaçlayan peçeleme işlemi ise, VUK m. 8/3' göre kanun bu sözleşmeyi geçersiz saymaktadır. Ancak vergi ödevlisi ile 3. kişi arasında yapılan sözleşme vergiyi doğuran olayı etkilemek suretiyle yükümlüyü değiştiriyorsa ekonomik yaklaşım ilkesi doğrultusunda bu sözleşmeye itibar edilmelidir⁴.

Vergi sorumluluğuna ilişkin özel sözleşmelerin, taraflar arasındaki iç ilişkide geçerli olup olmadığı konusunda farklı görüşler mevcuttur.

Vergi sorumluluğunun yasadan kaynaklandığını ve Borçlar Kanunu'nun 19. maddesine göre de yasaya aykırı sözleşme yapılamayacağını dayanak alan görüşe göre, vergi sorumluluğuna ilişkin bir sözleşmenin vergi idaresini bağlamayacağı gibi taraflar arasındaki iç

¹ OKTAR, s. 84.

² SABAN, s. 79.

³ GÜNEŞ, s. 168.

⁴ GÜNEŞ, s. 169.

ilişkiyi düzenleme noktasında da adliye mahkemelerince hükümsüz sayılacağı belirtilmektedir⁵.

Vergi sorumluluğunun özel hukuk sözleşmesiyle devredilmesinin iç ilişki açısından kanuna aykırılık yaratacağı sonucuna varılmasının tartışmalı olacağını belirten görüşe göre, vergi borcunun doğuşu ile vergilendirme iki farklı süreç olup, vergi borcu özel hukuk alanında, vergilendirme ise kamu hukuku alanında gerçekleşir. Vergi normlarının emredici niteliği, sorumluların vergi idaresine karşı konumlarının değiştirilememesi biçiminde anlaşılmalıdır. Sorumluluğa bağlanan ekonomik sonuçların devredilebilirliğini yasaklayan bir hüküm olmadığı gibi, VUK 8/3. maddenin formüle edilişindeki ihtiyatlı lafız da sözleşmelerin özel hukuk bakımından hükümsüzlüğü anlamını doğurabilecek çıkarımları önlemektedir⁶.

Bu konuda bir diğer görüş ise, vergi sorumlusunun vergi idaresi ile olan ilişkisinde kanunilik ilkesinin belirleyici olacağıdır. Buna göre, kişi veya kurumların yapacağı, mükellefiyet ve vergi sorumluluğunun yer değiştirmesi sonucunu doğuran sözleşmeler vergi hukukunda geçerli olmayacaktır. Bu tarz bir sözleşme, VUK m. 8/3 uyarınca vergi idaresi tarafından dikkate alınmaz. Ancak belirtmek gerekir ki mükellef veya vergi sorumlusu kanun ile kendilerine yüklenen vergi ödevlerini yerine getirdikten sonra iç ilişkilerini düzenleyen sözleşme kapsamında ödediklerini birbirlerine rücu edebilirler⁷.

Konu ile ilgili yargı karar özetlerine kısaca baktığımızda yargının görüşünün bir derlemesini aşağıdaki gibi görmekteyiz:

Danıştay 3. D, T. 11.11.2003, E. 2001/4624, K. 2003/4931: “...uyuşmazlığın, yukarıda değinilen gerçeklik kuralı doğrultusunda ve Vergi Usul Kanununun, vergi yasalarıyla kabul edilen durumlar ayrık tutularak, vergi yükümlülüğü ve sorumluluğuna ilişkin özel sözleşmelerin vergi idaresini bağlamayacağı yolundaki kuralı da göz önüne alınarak çözümlenmesi gerekmektedir.”⁸

Danıştay VDDK, T. 30.04.2013, E. 2011/513, K. 2013/189 : “...vergi sorumluluğuna ilişkin özel mukavelelerin vergi dairelerini bağlamayacağı öngörülmüştür. Limited şirketteki ortaklık payının kısmen veya tamamen bir üçüncü kişiye devrine ilişkin sözleşmeler, özel hukuk

⁵ ÖNCEL, KUMRULU, ÇAĞAN, s. 75-76.

⁶ AKKAYA, M. (2000). Özel Hukuk Sözleşmelerinde Yer Alan Vergisel Hükümlerin Geçerliliği ve Bağlayıcılığı Sorunu. Yaklaşım Dergisi, S. 95, s. 145 vd.

⁷ KANETİ, s. 98, 99.

⁸ Danıştay 3. D, T. 11.11.2003, E.2001/4624, K.2003/4931 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi: 11.04.2022.

sözleşmesidir. Kamu alacağının tahsilinden doğan sorumluluğun, pay devri sözleşmesiyle ortadan kaldırılmasına olanak bulunmamaktadır.”⁹

Danıştay 3. D, T. 29.09.2021, E. 2018/6865, K. 2021/4112: “...anonim şirketlerde temsil yetkisinin murahhas üye/üyeler ile şirkette pay sahibi olmayan müdürlere bırakılmadığı durumlarda kamu borçlarından dolayı yönetim kurulu üyelerinin her birisinin sorumlu olacağı...” şeklindedir¹⁰.

B. Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Sorumluluğu

Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin vergisel sorumluluğu, eski Türk Ticaret Kanunu yürürlükteyken açılan davaların halen görülüyor olması ya da bir kısmının yeni sonuçlanıyor olması nedeniyle hem 6762 sayılı Kanun, hem de güncel konuları değerlendirebilmek için 6102 sayılı Kanun hükümleri ile değerlendirilecektir.

1. Eski Türk Ticaret Kanununda Vergi Sorumluluğuna İlişkin Yer Alan Hükümler

6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu 66. maddesinde tutulacak defterler ve 67. maddesinde defter tutma sorumluluğuna ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

67. madde, sorumluluk ve bu sorumluluğun devri açısından özellikle irdelenmesi gereken bir maddedir. Bu maddede, idare organının azalarına veya idare işine yetkili olanlara defter tutma yükümlülüğü verilmiş, bu sorumluluklarını memur ve müstahdemlerine devredemeyeceğini belirtmiştir.

6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu'nun 319/2. maddesinde esas sözleşmede hüküm olması şartı ile idare ve temsile ilişkin görevlerinin bir kısmını ya da tamamını yönetim kurulu üyesi olmayan müdürlere bırakmasına olanak tanımışsa da yönetim kurulunun murahhas olarak adlandırılan bu kişilerin yönetim kurulu emirlerine, iç yönergelere ve kanunlara uygun davranışlarını denetim görev ve sorumluluğunu devam ettiği belirtilmektedir¹¹.

Mezkûr kanuna göre yönetim kurulunun şirketin üst idaresini elinden bırakacak bir tasarrufta bulunamayacağı kabul edilmektedir. Bu şekilde bir tasarrufta bulunmak, kanunun kurmak isteyeceği teminatı zedeleyeceğinden kanuna aykırı olacaktır. Örneğin şirketin defter ve belgelerinin ibrazına karar vermek her zaman yönetim kurulunun yetkisi dâhilindedir.

⁹ Danıştay VDDK, T. 30.04.2013, E.2011/513, K.2013/189 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi: 11.04.2022.

¹⁰ Danıştay 3. D, T. 29.09.2021, E. 2018/6865, K. 2021/4112 <https://karararama.danistay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 11.04.2022.

¹¹ MİMAROĞLU, s. 83; ÇAMOĞLU, POROY, TEKİNALP, s. 346-347, N. 536.

Yönetim kurulunun nezaret görevinin ihmal edilmemesi gerekmektedir. Üst gözetim dışında kalan durumlarda, üyeler veya murahhas müdürler arasındaki görev dağılımında ise mesuliyet bu sorumluluğun verildiği kişide olacaktır¹².

Eski Türk Ticaret Kanunu'nun 336/1-3. maddesine göre, kanunen tutulması gereken defterlerin mevcut olmaması veya nizamsız tutulmasında da yönetim kurulu üyeleri müteselsilen sorumlu olacaktır. Yine aynı maddenin 5. bendinde belirtildiği gibi kanunun yüklediği görevlerin yapılmamasından ötürü yönetim kurulu üyeleri müteselsilen sorumludur.

336/2. maddeye göre, 336/1-5. bendi uyarınca yönetim kurulu üyelerinin, yönetim kurulu üyelerine yüklenen sorumluluktan kurtulabilmesi murahhas üye atanmış olmasına bağlı olup, bu halde müteselsil sorumluluktan bahsedilemeyecektir. Murahhas müdür atanması halinde ise yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun olmayacağını belirten bir hükmün madde metninde yer almadığını özellikle belirtmek gerekmektedir¹³.

6762 sayılı Kanun'un 338. maddesine göre, düzenlenen sorumluluktan kurtulma durumları da mevcut olup, yönetim kurulu üyesinin sorumluluk doğuran muameleden ötürü, hiçbir kusuru olmadığını kanıtlaması, mazereti nedeniyle yönetim kurulu toplantısına katılmamış olması veya alınan karara karşı olup bunu da şirket denetçilerine bildirmiş olması hallerinde sorumluluğu gündeme gelmeyecektir.

Yönetim kurulu üyeleri, defterleri usulüne uygun ve doğru tutmakla yükümlüdür. Bu yükümlülük onlara, 6762 sayılı Kanun m. 336/1.3, 67/1-2 ile yüklenmiş olup, bu Kanun'un 319/2. maddesine dayanarak bu sorumluluk murahhaslara devredilebilir. Her ne kadar, 6762 sayılı Kanun m. 319/2'ye dayanarak, vergiye ilişkin görevlerini murahhaslara bırakmış olsalar bile, vergiden kaynaklı sorumluluklarını devredemeyecekleri, ayrıca özen yükümlülüğünden kaynaklanan bir vergisel sorumluluklarının da olabileceği 6762 sayılı Kanun hükümlerinden anlaşılabilir¹⁴.

2. Yeni Türk Ticaret Kanununda Vergi Sorumluluğuna İlişkin Yer Alan Hükümler

Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda her tacirin defter tutma sorumluluğu 64. maddede belirtildikten sonra işletmenin mali durumunun defterlerden izlenebilmesinin gerektiği açıklanmıştır. Madde gerekçesine baktığımız zaman kanun koyucu madde başlığında ticari

¹² MİMAROĞLU, s. 82, 83.

¹³ GÖÇMEN, DEDEAĞAÇ, s. 71.

¹⁴ GÖÇMEN, DEDEAĞAÇ, s. 71.

defter ibaresini kullansa da asıl amacının bir muhasebe sistemi kurulması istediğini görmekteyiz. Yine madde gerekçesinden, konumuz özelinde, defter tutma sorumluluğun yönetim kurulunda olduğu ancak sorumluluğun defterin bizzat tutulması olarak değil, kanunun 375. maddesi ile birlikte değerlendirilerek muhasebe ilkelerinin belirlenmesi ve defterleri tutacak kişilerin yeterliğe haiz uzmanlardan seçilmesi olarak anlaşılması gerektiği açıklanmıştır.

Yönetim kurulu, sadece kanun kapsamında belirtilmiş devredilemez yetki ve görevlerini devredemez. Bunlardan biri de üst gözetimdir. Yönetimle görevli kişilerin, özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergelere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetimini yapma sorumlulukları bulunmaktadır¹⁵.

TTK m. 557'e göre, yönetim kurulu devrettiği görev ve yetkilerden ötürü ancak devrettiği kişinin seçiminde makul özeni göstermezse sorumlu olabilecektir. TTK'da kabul edilmiş farklılaştırılmış teselsül kavramından dolayı da, yönetim kurulunun müteselsilen sorumlu tutulması için birlikte bu kusuru işlediklerinin ortaya konulması gerektiği düşünülebilir.

VUK m. 10'a göre, tüzel kişilerin vergisel ödevleri kanuni temsilcisi tarafından yerine getirilir. Kamu alacaklarına ilişkin ödevlerin yerine getirilmemesinden, bu ödevleri yerine getirmekle yükümlü olan kanuni temsilciler, yani temsil ve imza yetkisini haiz yönetim kurulu üyeleri ile temsil ve imza yetkisine sahip müdürler, kanuni temsilci sıfatıyla VUK'un 10 ve AATUHK'nın mük. 35'inci maddeleri uyarınca sorumludurlar. Kanuni temsilcinin, VUK'un 10, 333 ve AATUHK'nın mük. 35'inci maddesi gereğince kamu borçlarının tamamından ikinci derecede ve sınırsız sorumluluğu söz konusu olacaktır¹⁶.

Tüzel kişiliğin vergiye ilişkin görevlerinin yerine getirilmesi ve hatta vergi daireleri karşısında temsili, yönetim kurulunun devredilemez yetkileri arasında yer almadığına göre, görev ve yetki devri yolu ile kanuni temsilci belirlenmiş hale gelir.

TTK'nın 553. maddesinde yetki devrinde makul özeni gösteren üyelerin, yetkiyi devralan kişinin fiillerinden sorumlu olmayacağı, bunun aksinin ise ispatlanabileceği hükmü yer almaktadır. Bu halde, konu vergi alacağı olduğu takdirde, yetkiyi devreden üyelerin makul özen göstermediğini ispat yükümlülüğü vergi idaresinde mi yoksa yetkisini devreden yönetim

¹⁵ ÜNLÜ, s. 138.

¹⁶ KIRAZ, ÖZDEMİR, s. 85.

kurulu üyelerinde mi olacaktır? Kanunun yazım dilinden ispat külfetinin vergi idaresinde olacağı anlaşılmaktadır.

6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 367. maddesinde yönetim kurulunun yönetimi devrine ilişkin şartlar açıklanmıştır. Bu şartlardan ilki, esas sözleşmeye bu yönde hüküm konulmasıdır. İkinci olarak, yetki devrini konu alan ve mutlaka yönetim kurulu tarafından yazılı olarak düzenlenen, şirketin görev dağılımını düzenleyen bir iç yönerge hazırlanmasıdır¹⁷.

Murahhas üye seçimi ve yönetim devri mümkün olsa da TTK'nin 375. maddesinde; yönetim kurulunun ve yönetim kurulu üyelerinin mutlaka yerine getirmesi gereken görevleri olduğunu ve bunları devredemeyeceğini de unutmamak gerekmektedir. Temsil yetkisinin tümü murahhaslara bırakılsa bile yönetim kuruluna özgü görevler saklıdır.

TTK'nin 370. maddesinde, temsil yetkisinin yönetim yetkisinde olduğu gibi birden çok murahhasa bırakılması mümkün görülmüştür.

3. Anonim Şirket Kanuni Temsilcilerinin Vergi Usul Kanunu ve Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Uyarınca Sorumluluklarının Tespiti

Anonim şirketlerin kanuni temsilcilerinin vergisel sorumluluklarına ilişkin hükümler iki farklı kanunda düzenlenmiştir. Bunlardan biri 213 sayılı kanunun 10.maddesi diğeri ise 6183 sayılı kanunun mük. 35. maddesidir. Hangi durumlarda hangi kanun hükmünün uygulanması gerektiği uygulamada duraksamalara yol açabilmektedir.

213 sayılı kanunun 10. maddesi vergisel sorumlulukları düzenleyen özel nitelikte bir kanunken, 6183 sayılı kanunun mük. 35. maddesi tüm kamu alacaklarından sorumluluğu düzenleyen genel nitelikte bir kanundur. O halde anonim şirketlerin kanuni temsilcilerine vergisel sorumluluk açısından uygulanacak hükmün hangisi olacağı önceki-sonraki kanun ile genel-özel kanun çatışmalarını çözümleyen ilkelere bakılarak açıklığa kavuşturulmalıdır.

Temel olarak, önceki kanun özel, sonraki kanun genel nitelikte ise çatışmanın genel kanun hükümlerinin önceki özel kanun hükümleri ile düzenlenmiş kuralları sona erdirmeyeceği görüşü hâkimdir¹⁸.

10.01.1961 tarihinden itibaren yürürlükte olan VUK 10. maddesi, 02.06.1995 tarihinde yürürlüğe alınan AATUHK'nın mükerrer 35. maddesine göre önceki özel kanun normudur.

¹⁷ DOĞAN, s. 625.

¹⁸ RENÇBER, s.73.

Burada eski özel kanun normunun, yeni genel kanun normu ile çatışmasında dikkate alınması gereken bir başka konu da kanun koyucunun amacı ve menfaatidir¹⁹.

Kanun koyucunun vergi ve vergiye bağlı alacaklar için kanuni temsilcilerin sorumluluğunu özel olarak VUK'un 10. maddesi ile düzenlemiştir. Buna paralel olarak da 6183 sayılı kanunun mük. 35. maddesi ile vergi ve vergiye bağlı alacaklardan sorumlu olan kişilerin diğer tüm kamu alacaklarından sorumlu olmaları sağlanmıştır. Örnek olarak, gümrük ve tekel idareleri tarafından alınan vergi ve resimler VUK'a tabi değildir. Anonim şirketten tahsil edilemeyen ya da tahsil edilemeyeceği anlaşılan bu vergi ve resimler için kanuni temsilciler açısından VUK 10. maddesi değil AATUHK mük. 35. maddesi uygulama alanı bulacaktır²⁰.

Vergi ve vergiye bağlı alacaklar için kanuni temsilcilerin sorumluluğuna VUK 10. maddesi dolayısı ile başvurulması gerektiği belirlendikten sonra bu sorumluluğun koşulları da tespit edilmeli ve gerçekleşmesi beklenmelidir.

Bu koşullardan ilki vergi ve vergiye bağlı alacağın temsil edilenden kısmen veya tamamen tahsil edilememiş olmasıdır. Burada bahsedilen tahsil edilememe hukuki değil, maddi anlamda bir tahsil imkânsızlığıdır. Örneğin zamanaşımına uğramış bir vergi veya vergiye bağlı alacak için temsil edilene gidilemeyeceği gibi kanuni temsilciye de gidilemeyecektir. Maddi imkânsızlık ise vergi idaresi tarafından asıl borçluya 6183 sayılı kanunun 54. maddesinde yer alan cebren tahsil şekillerinden gerekiyorsa tümü uygulandıktan sonra sonuç alınmadığı durumlarda ortaya konulabilecektir²¹.

VUK 10. maddesine göre kanuni temsilciye başvurulabilmesi için aranan diğer koşul ise şirketin vergi ödevlerinin yerine getirilmemesidir.

Vergi ödevi kavramının kapsamı içine vergi borcunun ödenmesi de alan ve bunu bir maddi ödev olarak addeden görüşler olduğu gibi²² sistematik yorum yaparak, ödemenin VUK 2. kitaptaki ödevler arasında değil VUK 1. kitabın 6. kısmının 1. bölümünde düzenlediği ve bu yüzden bir ödev sayılamayacağını belirten görüşler de mevcuttur²³.

Kanaatimizce vergi ödevini en üst norm olan Anayasa bütünü içinde okuyunca ulaşılabilecek sonuç; vergi borcunun ödenmesinin de bir vergi ödevi olduğudur. Bu açıdan, ödev

¹⁹ BİLGE, s.192.

²⁰ BARLASS, s.67-68.

²¹ CANDAN, s. 94.

²² KARAKOÇ, s.202; ÖNCEL, KUMRULU, ÇAĞAN, s. 73; AYAZ, s. 71.

²³ BARLASS, s. 48.

kavramının VUK 157 ila 257. maddeler arasında düzenlenen şekli ödevler ile vergi borcunu ödemek olarak düzenlenen maddi ödevi kapsadığını söylemek mümkündür.

4. Tahsilat Genel Tebliği Seri: A Sıra No: 1'in Değerlendirilmesi

Gerek 6762 sayılı mülga Kanun'un 317. maddesinde gerekse 6102 sayılı TTK'nin 365. maddesinde anonim şirketlerde temsil ve yönetim yetkisinin yönetim kurulunda olduğu ve kanuni temsilci sıfatının da yönetim kuruluna ait olduğu belirtilmiştir.

Hem eski TTK'da hem de yenisinde yönetim yetkisinin devrine ilişkin düzenlemelerin yapılabileceğini hatırlatan tebliğ²⁴ şu açıklamayı yapmıştır: “6183 sayılı Kanunun mükerrer 35 inci maddesi uygulamasında kanuni temsilcileri Mülga 6762 sayılı Kanuna göre şirket esas sözleşmesi ile temsile yetkilendirilmiş veya kaynağını esas sözleşmeden alan yetki ile idare meclisi ya da genel kurulca temsil yetkisi verilmiş kişi veya kişiler, 6102 sayılı Kanuna göre şirket esas sözleşmesi ile atanmış veya genel kurul tarafından seçilmiş yönetim kurulu üyeleri veya yönetim kurulu üyelerinden en az birinin bulunması koşuluyla yönetim kurulu tarafından müdür olarak atanmış üçüncü kişilerdir”.

Tebliğ, “anonim şirketlerde, tüzel kişiliğin malvarlığından kısmen veya tamamen tahsil edilememesi veya tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması halinde tüzel kişiliğin kanuni temsilcisi konumundaki yönetim kurulu üyelerinin şahsi malvarlıklarından takip ve tahsili cihetine gidilmeden önce, şirket esas sözleşmesinin ve ticaret sicili kayıtlarının tetkik olunması, temsil salahiyetinin aynı zamanda yönetim kurul üyesi olan murahhas bir veya birkaç üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere bırakılmış olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir” demek suretiyle idareye bir araştırma külfeti de yüklemiştir.

Yönetim ve idare yetkisinin, belirli kişi ya da kişilere bırakılması halinde diğer üyeler, şirket borçlarından dolayı kanuni temsilci sıfatı ile sorumlu olmayacaklardır. Ancak önemle belirtmek gerekir ki; tebliğ, temsil yetkisi verilen kişi ya da kişilerin kanuni temsilci kabul edilebilmesi için, şirketin maksat ve mevzuuna dâhil olan tüm işlemlerde tam yetkili olmaları gerektiğini belirtmektedir.

Son olarak temsil yetkisinin devrinde önemli bir konu da tebliğin, temsil yetkisinin devredilip devredilmediği konusunun idarece araştırılma yöntemini göstermesidir. Tebliğ'de bu hususların araştırılmasının, ticaret sicili kayıtlarına ve ilanının yapıldığı Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'ne bakılarak tayin olunacağı hüküm altına alınmıştır.

²⁴ Tahsilat Genel Tebliği Seri: A Sıra No: 1 30.06.2007 tarih ve 26568 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

II. YARGI KARARLARI IŞIĞINDA KONUNUN İRDELENMESİ

A. Temsil ve İlzama Yetkili Kılınmamış Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu

Kamu alacaklarının takibinde asıl mükelleften alınamayan vergilerin, kusurlu olan ve kanuni temsilci olarak kabul edilenlerden isteneceği VUK'un 10 ve 6183 sayılı Kanun'un mükerrer 35. maddelerinde açıklanmaktadır.

Anonim şirketlerde, kanuni temsilci olarak şirketi idare ve temsil eden yönetim kurulu üyelerinin her koşulda sorumlu tutulamayacaklarını açıklayan güncel yargı kararlarının incelenmesi bu bölümde yapılacaktır.

İstinaf aşamasına gelen bir davada, davacının itiraz ve istemleri arasında, şirketin yalnızca yönetim kurulu üyesi olduğu, şirketi temsile yetkili olmadığı, dolayısıyla sorumluluğuna gidilmesinin mümkün olmadığı iddiaları yer almaktadır. Olayda, şirketten tahsil edilemeyen vergi alacağı için kanuni temsilci sıfatıyla davacı adına kurumlar vergisi tarhiyatı yapılmıştır. Mahkeme ise davacının bu dönemde kanuni temsilci olup olmadığının, bir başka deyişle şirketi temsil ve ilzama yetkili kılınıp kılınmadığının tespitinin uyuşmazlığın çözümü için önem arz ettiğini, Ticaret Sicili Gazetelerinde yayımlanan ilanlar ve yönetim kurulu kararları incelendiğinde, davacının mezkûr şirketin yönetim kurulu üyesi olduğunu, ancak davacının dava konusu dönemde şirketi temsil ve ilzama yetkili kılınmadığı gibi, bu dönemde kendisine hiçbir konuda şirket adına işlem yapma yetkisi verilmediği, öte yandan, davalı idarece gönderilen bilgi ve belgelerde davacının dava konusu dönemde şirketi temsil ve ilzama yetkili olduğu yönünde herhangi bir bilgi de bulunmadığı hususlarını değerlendirerek davacı adına kanuni temsilci sıfatıyla yapılan dava konusu cezalı tarhiyatta hukuka uygunluk bulmamıştır²⁵.

Temyiz merci vermiş olduğu bir kararda, vergi mahkemesinin, kanuni temsilci adına düzenlenen ödeme emrini, davacının kanuni temsilci sıfatına haiz olduğu sabit olsa da, anonim şirket temsil salahiyetinin murahhas üye veya üyeler ile şirkette pay sahibi olmayan müdürlere bırakıldığının anlaşılması halinde, kamu alacağının bunlardan tahsili yoluna gidilmesi, diğer yönetim kurulu üyeleri hakkında işlem yapılmaması gerektiği kararını onamıştır. Üst mahkeme karar gerekçesinde, Ticaret Sicili Gazeteleri incelendiğinde; davacının temsil ve ilzama yetkili kılınmadığı, sadece şirket yönetim kurulu başkan yardımcısı ve yönetim kurulu üyesi olduğu,

²⁵ İstanbul BİM 2. VDD, T. 13.10.2020, E. 2020/633, K. 2020/1649, <https://www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi: 11.04.2022.

bu nedenle borçlu şirketin dava konusu dönemlere ilişkin olarak doğan borçlardan sorumluluğunun bulunmadığı sonucuna varılması gerektiğini değerlendirmiştir²⁶.

Son olarak inceleyeceğimiz kararda; davacı, Özel ... Dershanesi İşletmeciliği Anonim Şirketi'nin 20.06.2008 tarihinde yapılan genel kurul toplantısında üç yıllığına yönetim kurulu üyeliğine seçilmiş, yapılan iş bölümüyle davacıya mali konularda sorumluluk ve yetki verilmemiştir. Ancak ilk derece mahkemesi, davacının dava konusu dönemde şirkette yönetim kurulu üyeliğinin devam etmesi nedeniyle davacının söz konusu vergi borçlarından sorumlu olduğu sonucuna varmıştır. Danıştay Vergi Dava Dairesi ise, yönetim kuruluna seçilen davacıya hiçbir mali sorumluluk ve yetki verilmediği, temsil ve ilzama yetkili kılınmadığı, kararlaştırılan iş bölümüyle şirketin vergi borçlarının ödenmesinden ve diğer mali işlerin yürütülmesinden yönetim kurulu başkanının tam sorumlu ve yetkili olacağını belirlediğini gerekçe göstererek kanuni temsilci sıfatıyla düzenlenen ödeme emrinde kanuna uygunluk görmemiş ve ilk derece mahkemesinin bu kararını bozmuştur²⁷.

Danıştay VDDK, T. , E. 2020/615, K. 2022/26 sayılı kararında karşı oy da yer almaktadır. Karşı oyda Türk Ticaret Kanunu'nun anonim şirketlerle ilgili bölümünde, anonim şirketlerin yönetim kurulu tarafından yönetileceği ve temsil olunacağı, iç yönerge ile yönetim devrinin şirket iç düzenine ilişkin olduğu, şirketin dışa karşı temsilinde kanuni organının yönetim kurulu olduğunun ise açık olduğu ifade edilmiştir. Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin kendi aralarında yapacakları görev dağılımının bir iç işlem niteliğinde olduğu, üçüncü kişiler açısından bağlayıcı bir yönü bulunmamasının sonucu olarak yönetim kurulu içinde yapılan görev dağılımı uyarınca bazı üyelere şirketi idari makamlar önünde temsil yetkisi verilmiş olması, temsil yetkisi verilmemiş olan yönetim kurulu üyelerinin belirtilen sorumluluğunun ortadan kalkması sonucunu doğurmayacağını açık olduğu, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilebileceği belirtilmiştir.

B. Ticaret Sicil Gazetesindeki İlanın Kanuni Temsilcilik Sorumluluğuna Etkisi

Bu bölüme kadar yapılan açıklamalarda, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilmeden önce temsil ve ilzam yetkisinin devredilip devredilmediğinin araştırılmasının gerektiği hem son dönem yargı kararlarından hem de Bakanlık iç mevzuatından

²⁶ Danıştay 4. D, T. 22.06.2021, E. 2016/20561, K. 2021/3445, <https://karararama.danistay.gov.tr/> , Erişim Tarihi: 11.04.2022.

²⁷ Danıştay VDDK, T. 09.02.2022, E.2020/615, K.2022/26, <https://karararama.danistay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 11.04.2022.

anlaşılmaktadır. Ancak temsil ve ilzam yetkisinin devrinin vergi idaresi için hangi andan itibaren hüküm ve sonuç ifade edeceği tartışmalara yol açmaktadır.

Konuya ilişkin güncel bir karar Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu tarafından verilmiştir²⁸. Kurul, karar metninde, Türk Ticaret Kanunu'ndaki tescil ve ilâna ilişkin düzenleme ile iyi niyetli üçüncü kişilerin korunmasının amaçlandığını, düzenlemenin vergi sorumluluğu açısından bir sonuç doğurmadığını açıklayarak verilen ilk derece mahkemesi kararını bu yönüyle de hukuka uygun bulmamıştır.

Danıştay 4. D, T. , E. 2017/3687, K. 2021/7429 sayılı kararında; şirketten ayrılmasının hukuken kesinleşmesi halinde ayrılan ortağın, hisse devriyle ortaklıktan ayrılmasının tescil ve ilanının kurucu bir etkiye sahip olmayıp açıklayıcı nitelikte olduğunu, kamu idarelerince yapılan takipler açısından, idarenin tescil ve ilan edilmediği için ortaklıktan ayrılmanın kendisine karşı ileri sürülemeyeceğini iddia etmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir²⁹.

Danıştay VDDK, 02.10.1997 tarih ve E. 1995/203, K. 1997/128 sayılı kararında: *“...yönetim kurulundan fiilen ayrılmakla, şirketin vergi ödevlerinin yerine getirilmesi konusunda yetkisi kalmayan üye, ayrılma durumu ticaret siciline tescil ve ilan edilmemiş olsa bile, Vergi Usul Kanunu'nun 10. maddesi gereğince şirketten alınamayan vergi ve buna bağlı alacaklardan sorumlu tutulamaz...”* şeklinde hüküm kurmuştur.

Belirtmek gerekir ki, Danıştay'ın tescil ve ilan tarihinin, temsil yetkisinin sona erdiği tarihin belirlenmesi için yani kanuni temsilcinin sorumluluğuna gidilip gidilememesi açısından önemli olduğunu ileri süren bazı kararları da mevcuttur.

Bunlara örnek olarak Danıştay 4. Dairesi bir kararında, şirketteki hisselerini devreden kanuni temsilcinin, devri tescil ve ilan ettirmemesi durumunda şirket vergi borcundan sorumlu tutulacağını belirtmiştir³⁰.

²⁸ Danıştay VDDK, T. 09.02.2022, E. 2020/615, K. 2022/26. (Çevrimiçi) <https://karararama.danistay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 11.04.2022.

²⁹ Danıştay 4. D, T. 25.11.2021, E. 2017/3687, K. 2021/7429, (Çevrimiçi) <https://karararama.danistay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 11.04.2022.

³⁰ Danıştay 4. D, T. 12.01.2021, E. 2016/13717, K. 2021/69, (Çevrimiçi) <https://karararama.danistay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 31.01.2022.

Temsil yetkisinin, dolayısı ile sorumluluğun tescil ve ilana bağlı olup olmaması vergi dairesinin iyi niyetli 3. kişi olarak kabul edilip edilmeyeceği ile bağlantılıdır. Bazı görüşler³¹, vergi dairesi açısından ticaret sicilinin olumsuz etkisinin dolaylı etkisine dikkat çekmektedir.

Bu görüşler, vergiyi doğuran olayın temelinde ticari nitelikte bir hukuki ilişki olduğunu, buna göre bu ilişkiden dolaylı olarak etkilenen vergi dairesinin de bu sebeple üçüncü kişi konumunda olduğunu savunmaktadır. Vergi dairesinin iyi niyetli üçüncü kişi olarak ticaret sicili kayıtlarındaki bilgiler ile hareket etmesini soyut güvenin korunmasının gereği olduğunu belirtmektedirler³².

Danıştay 3. Dairesi bir kararında vergi idaresini iyi niyetli 3. kişi olarak kabul ederek şöyle bir değerlendirmede bulunmuştur³³: “*yönetim kurulu üyesi olarak seçilen ve bu durumu tescil ve ilan edilen kişinin herhangi bir sebeple kanuni temsilcilik sıfatının sona ermesi halinde bu hususun tescil edilip, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan edilinceye kadar üçüncü şahıslar nezdinde hukuki sonuç doğurmayacağı, ancak yönetim kurulu üyesi seçilme ve sona erme durumları sicilde tescil ve ilan edilmeyen kişinin ancak bu görevinin sona erdiğinin bilinmesi halinde tescil ve ilan gerekli olmaksızın üçüncü kişilere karşı ileri sürülebileceği ve davalı idarenin de yasada belirtilen üçüncü kişilerden sayılacağı anlaşılmaktadır*”.

Görünen o ki, yargıda henüz görüş birliğine varılmış bir durum yoktur. Danıştay Dava Daireleri Kurulu’nun ticaret siciline tescil ve ilanı kurucu değil, açıklayıcı bulduğu başka bir kararı buna güzel bir örnektir. Bu kararın karşı oy kısmında ise, Danıştay 3. Dairesi’nin vergi idaresini iyi niyetli üçüncü kişi kabul eden ve bu bakımdan ticaret siciline tescil ve ilanı kurucu nitelikte değerlendiren görüşünün savunulduğu görülmektedir³⁴.

Bir anonim şirkette, tüzel kişilik ile kanuni temsilci arasındaki ilişkinin özel hukuk ilişkisi olduğu kabul edilebilir. Ancak belirtmek gerekir ki, bu ilişkiyi aksi anlaşılmadığı takdirde vekâlet ilişki olarak kabul eden görüşler olduğu gibi³⁵ bu ilişkiyi vekâlet sözleşmesinin yanı sıra kendine has bir nitelik taşıyan sui generis bir sözleşme kabul eden görüşler de

³¹ Örnek görüş için VOGT, 2. KAPİTEL 4, N. 162-163, s. 342-343 akt. KARAMEHMETOĞLU, İ. (2021). Vergi Dairesi Özelinde Ticaret Sicili Kayıtlarında “Üçüncü Kişi”. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12 (2), s. 463.

³² KARAAHMETOĞLU, s. 463.

³³ Danıştay 3. D, T. 08.11.2012, E. 2010/2335 K. 2012/3569, (Çevrimiçi) <https://karararama.danistay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 31.01.2022.

³⁴ Danıştay VDDK, T. 03.11.2021, E. 2020/400, K. 2021/1470 K., (Çevrimiçi) <https://karararama.danistay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 29.04.2022.

³⁵ HİRŞ, s. 311-312. ANSAY, 103-104; İMREGÜN, s. 202; ÇAMOĞLU (POROY, YASAMAN), s. 352, N. 543; KARAEĞE, s. 106.

mevcuttur³⁶. Ayrıca bazı yazarlarca kararlaştırılması ve olayda şartlarının bulunması hâlinde tüzel kişilik ile kanuni temsilci arasındaki ilişkinin iş (hizmet) sözleşmesi olabileceği kabul edilmektedir³⁷. Dolayısı ile kanuni temsilciliğin ortadan kaldırılışı da özel hukuk kuralları ile gerçekleşir. Şirket ile kanuni temsilci arasındaki ilişkinin istifa veya azil ile sona ermesi gerektiğinin kabulü ve ticaret siciline ve gazeteye ilanın muteberlik şartı olmadığı, sadece bildirici nitelikte olduğunun kabulü Türk Ticaret Kanunu'nun ticaret sicili ile ilgili düzenlemelerine uygundur³⁸.

Ticaret siciline bildirim amacını ortalık iç bünyesinde gerçekleşen işleme açıklık kazandırmaktadır. Bu şekilde, iyiniyetli üçüncü kişilerin zarar görmesi engellenir. VUK'un 10. maddesinde ise kanuni temsilci için getirilen sorumluluğun amacı ne iyi niyetli kişileri korumak ne de vergi idaresini korumaktır. Vergi idaresinin, sorumluluğunu yerine getirmeyen temsilciye başvurabilmesi için ortaklığın mal varlığından kısmen veya tamamen alınamayan vergi ve bu vergiye bağlı borçların bulunması yeterli olup, ayrıca iyiniyet iddiasında bulunmaya ihtiyacı yoktur³⁹.

Tescil ve ilan, borcun ortaya çıkışında alacaklının iradesinin olduğu durumlarda işlevseldir. Yönetim ve temsil yetkisinin özel hukuk kişileri üzerinde etkili olabilmesi, ticaret siciline tescil ve ilanına bağlı olsa da vergi, yasadan doğan bir borç olduğundan tescilin ve ilanının bu noktada kurucu bir etkisi olmadığı söylenebilir⁴⁰.

Danıştay'ın ve genel olarak yargının konuya yukarıdaki örneklerde gösterildiği gibi farklı yaklaşımları mevcuttur. Tahsilat Genel Tebliği ise vergi idaresinin araştırmasını ticaret sicil ilanlarından yapması gerektiğini açıklamıştır.

Vergiye ilişkin olayların gerçek mahiyetini esas alan ekonomik yaklaşım ilkesini konuya uyarladığımızda sorumluluk tespiti için vergi ödevinin hangi temsilci tarafından yerine getirilmediğinin araştırması yapılmalıdır⁴¹.

Tescil ve ilandan maksat, esas olarak iyi niyetli üçüncü kişileri korumak olduğuna göre vergi dairesinin iyi niyetli üçüncü kişi olarak değerlendirilmesi de mümkün görünmemektedir. Bu durumda, temsil ve ilzam yetkisi olmayan yönetim kurulu üyesini, bu durum şirketçe ilan

³⁶ YENİSEY s. 317,

³⁷ ARSLAN, s. 416; ÇAMOĞLU (POROY, YASAMAN), s. 352, N. 543; HİRŞ, s. 311; İMREGÜN, s. 202.

³⁸ CANDAN, s. 130-131.

³⁹ YANLI akt. BARLASS, s. 116.

⁴⁰ ÇAMOĞLU, s. 144.

⁴¹ SİLAHŞÖR, s. 75.

edilmemiş olsa da ödenmemiş şirket alacaklarından sorumlu tutmak hukuka uygun olmayacaktır.

Yine Danıştay Dava Daireleri Kurulu tarafından verilen güncel bir karar örneğini bu noktada paylaşmak isabetli olacaktır. Davacının, hisse devir sözleşmesiyle ortaklık sıfatının sona erdiğini, dolayısı ile bu kararın tescil ve ilan edilene kadar gerçekleşen işlemlerden de davacının sorumlu tutulamayacağını belirten Vergi Mahkemesi kararını Danıştay Üçüncü Dairesi, devrin Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan edilinceye kadar üçüncü şahıslar nezdinde hukuki sonuç doğurmayacak olması gerekçesiyle hukuka uygun görmemiştir. Danıştay Dava Daireleri Kurulu ise ilk derece mahkemesinin ısrar kararını uygun bulmuştur⁴².

Danıştay 4. Dairesi, başka bir bakış açısıyla, yönetim kurulu üyeliğinden ayrılan bir kişinin bu durum ilan edilmese dahi sorumlu tutulmaması gerektiğini, bu kişinin ticaret sicil memurluğunda ilanı bildirim yükümlüğü ve yetkisi olamayacağını belirterek açıklamıştır⁴³.

Yönetim kurulu üyeliğinden ayrılan bir kişinin, kararda da belirtildiği gibi ticaret siciline tescil ve ilanında şirket adına değişiklik yapma yetkisi yoktur. O halde bu kişiyi durum ilan edilene kadar elinde olmayan bir sebep ile sorumlu tutmak, kişi açısından hakkaniyetli olmayacaktır.

Son olarak, yönetim kurulunun kendi arasındaki görev dağılımının ticaret siciline tescili zorunlu değildir. Bununla beraber, internet sitesi kurmakla yükümlü olan anonim şirketlerin internet sitelerinde, diğer bilgilerin yanında yönetim kurulu başkanının ad ve soyadının / unvanının sürekli olarak yayımlanması zorunludur⁴⁴. Konu bu kapsamda ele alınacak olursa, vergi idaresinin sorumlu kanuni temsilci araştırmasını ticaret sicil gazetesini ilanı ile kısıtlamamak gerekmektedir.

SONUÇ

Anonim şirket tüzel kişiliğinin yönetim ve idaresinden sorumlu organı yönetim kurulu olup, vergi güvenlik önlemi olan kanuni temsilcilik müessesesi açısından da vergi idaresine karşı tüzel kişiliğin ödevlerini yerine getirmek bakımından sorumludur.

⁴² Danıştay VDDK, T. 13.10.2021, E. 2020/1571, K. 2021/1282 <https://karararama.danistay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 08.08.2022.

⁴³ Danıştay 4. D, T. 12.01.2022, E. 2021/1567, K. 2022/93, <https://karararama.danistay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 20.08.2022.

⁴⁴ YAVUZ, s. 141.

Kanuni temsilcilerin sorumluluğu ise sınırsız ve ikinci dereceden bir sorumluluk olup, AYM'nin 19.03.2015 tarih, 2014/144 esas, 2015/29 sayılı Kararı'nda da işaret ettiği üzere kusura dayalı bir sorumluluktur. Yönetim kurulu bir temsil ve idare organı olsa da bu sorumluluklarını özel hukuk anlaşmaları kapsamında murahhas üye veya yönetim kurulu üyesi ile birlikte murahhas bir müdüre bırakmış olabilirler. Böyle bir durumda, şirketi temsil ve ilzam yetkisinin kimde ya da kimlerde bulunduğu araştırılmadan, Vergi Usul Kanunu'nda yer alan vergi sorumluluğuna müteallik özel mukaveleler vergi dairelerini bağlamaz hükmüne dayanarak temsil ve ilzam yetkisi olmayan kusursuz yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilmemelidir. Tahsilat Genel Tebliği Seri: A Sıra No: 1 tebliğinde de benzer açıklamalar yapılmakla birlikte, son dönem yargı kararlarının da bu yönde olduğu görülmektedir.

Temsil ve ilzam yetkisinin devrinin veya en başından bu yetkinin belirli kişilere bırakılmasının ise Ticaret Sicil Gazetesi'nde ilan ile mi geçerlilik kazanacağı hala tartışmalıdır. Yargı kararlarına baktığımızda son dönem kararlarda bile bu konuda bir birlik sağlanamadığı dikkat çekmektedir. Kanaatimizce şirketi temsil ve ilzama yetkili olmayan bir kişinin, şirketin yerine getirilmeyen vergisel ödevlerinden sorumlu olmaması, Ticaret Sicil Gazetesi'ndeki ilanın ise vergi idaresi açısından kurucu bir etki yaratmaması gerektiği yönündedir. İlan edilmeden maksat iyi niyetli üçüncü kişileri korumak olduğu düşünüldüğünde vergi idaresini bu kapsamda değerlendirmek uygun olmayacaktır.

KAYNAKÇA

- AKKAYA, M. (2000). Özel Hukuk Sözleşmelerinde Yer Alan Vergisel Hükümlerin Geçerliliği ve Bağlayıcılığı Sorunu. *Yaklaşım Dergisi*, S.95, 145-151.
- ANSAY, T. (1982). *Anonim Şirketler Hukuku* (6. b.). Ankara.
- ARSLAN, İ. (2013). *Şirketler Hukuku* (2. b.). (S. Karahan, Editör). Konya.
- AYAZ, E. (2015) *Limited Şirketlerde Kanuni Temsilci ve Ortakların Vergisel Sorumlulukları: Danıştay Kararları Işığında* (3.bs.) Ankara
- BARLASS T. İ. (2006) *Anonim ve Limited Ortaklıklarda Kanuni Temsilcilerin Vergisel Sorumluluğu* (1.bs.) İstanbul
- CANDAN, T. (2006) *Kanuni Temsilcisinin Vergi ve Diğer Alacaklardan Sorumluluğu*, (3.bs) Ankara
- ÇAMOĞLU, E. (2003). Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklığın Kamu Borçlarından Dolayı Sorumluluğu. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 23 (1-2), s. 139 - 146.
- DOĞAN, F. (2012). Yönetim Kurulunun Devredilemez Yetkileri ve Yönetim Yetkisinin Devri. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 18 (2), s. 609 – 640.
- GÜNEŞ,G.(2011) *Verginin Yasallığı İlkesi*,12 Levha (3. b.) İstanbul s.168
- HİRŞ, E. (1948). *Ticaret Hukuku Dersleri* (3. b.). İstanbul.
- İMREGÜN, O. (1989). *Anonim Ortaklıklar* (4. b.). İstanbul.
- KANETİ, S. (1989). *Vergi Hukuku*. (2. b.). İstanbul.
- KARAEĞE, Ö (2014). Anonim Şirketlerde Genel Kurulun Yönetim Kurulu Üyelerini Görevden Alma (Azil) Yetkisi (TTK m. 364). *Ankara Baro Dergisi*, (1), s. 69-110.
- KARAKOÇ, 7. (2014) *Genel Vergi Hukuku* (7 b.) Ankara
- KARAMEHMETOĞLU, İ. (2021). Vergi Dairesi Özelinde Ticaret Sicili Kayıtlarında “Üçüncü Kişi”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12 (2), s. 450-465.
- KAYA GÖÇMEN, Ö., DEDEAĞAÇ, E. (2017). Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Vergisel Sorumluluğu. *TBB Dergisi*, (129), s. 63-106.

KİRAZ, A., ÖZDEMİR, İ. (2004). V.U.K. ve A.A.T.U.H.K. Hükümlerine Göre Anonim Şirketlerde Kanuni Temsilcilerin Sorumlulukları, Vergi Sorunları Dergisi, (184), s. 79-85.

MİMAROĞLU, S. K. (1967). Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukukî Mes'uliyeti. Ankara.

BİLGE, N. (2000) Hukuk Başlangıcı, (14.bs) Ankara

OKTAR, A (2010). Vergi Hukuku (10. b.). İstanbul.

ÖNCEL, M. KUMRULU, A., ÇAĞAN, N. (2018) Vergi Hukuku (27. b.) Ankara

POROY, R., TEKİNALP, Ü., ÇAMOĞLU, E. (2014). Ortaklıklar Hukuku (13. b., C. I). İstanbul.

RENÇBER, A., (2017) Kabahat Genel Teorisi Açısından Vergi Kabahatleri (1.bs) İstanbul

SABAN, N. (2016). Vergi Hukuku (8. b.). İstanbul.

SİLAHŞÖR, M. (2016). Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Kamu Alacağı Sorumluluğu. Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 2 (1), s. 67-80.

ÜNLÜ, U. (2016). Anonim Şirketlerde Yönetim Kurullarının Üst Gözetim Sorumluluğu. Vergi Sorunları Dergisi, (337), s. 135-138.

YENİSEY DOĞAN, K. (2016). Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği ve İş Sözleşmesi. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 74 (Özel), Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan, s. 313-336.

YAVUZ, M. (2017). Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Başkanının Seçimine İlişkin Esaslar ile Görev ve Yetkileri. Vergi Sorunları Dergisi, (351), s. 140-145.

Yararlanılan İnternet Siteleri:

<https://www.lexpera.com.tr>

<https://karararama.danistay.gov.tr/>

<https://www.gib.gov.tr/gibmevzuat>

<https://portal.yaklasim.com/makale/2000-11/ozel-hukuk-sozlesmelerinde-yer-alan-vergisel-hukumlerin-gecerliliği-ve-baglayıcılığı-sorunu?term=>



KAMU GÖREVLİSİ TARAFINDAN İŞLENEN RESMÎ BELGEDE SAHTECİLİK SUÇUNA İLİŞKİN ADLİ VE İDARİ YARGI KARARLARININ MUKAYESELİ ANALİZİ*

A Comparative Analysis of Civil and Administrative Justice Decisions Regarding the Crime of Counterfeiting Official Documents Committed by a Public Official

Batuhan ÇATALÇAM**

Orhan Veli ALICI***

ÖZ

Kamu görevlilerinin faaliyetleri sırasında gerçeğe aykırı rapor ve belge düzenlemek suretiyle yüz kızartıcı bir suç olan “Resmi Belgede Sahtecilik” suçunu işlemeleri halinde ilgililer hakkında adli ve idari tahkikat yürütülmesi gerekmektedir. Adli yargıda söz konusu fiilin işlenmesi neticesinde yapılan yargılamalarda istikrar kazanmış, öngörülebilir mahiyette kararlar verildiği görülmektedir. Ancak idari yargıda, söz konusu fiilin işlenmesi akabinde yürütülen idari soruşturmalar neticesinde verilen disiplin cezalarına konu olan kararların birbiri ile çeliştiği, buna bağlı olarak da idarelerin disiplin hukukunun icrası sırasında kimi tereddütlerde kaldıkları görülmektedir. Adli yargıda suçun oluşması için aranan unsurların dışında idari yargıda “menfaat temin etme”, “kast”, “kamu zararına yol açma” gibi şartların aranması aynı fiilde iki ayrı yargı kolunda farklı kararların ortaya çıkmasına yol

• **Gönderi:** 03.01.2023 - **Kabul:** 07.04.2023 | **Received:** 03.01.2023- **Accepted:** 07.04.2023.

* Bu çalışma Tarsus Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalında kabul edilen “Disiplin Hukukunda Resmi Belgede Sahtecilik Suçu” adlı Yüksek Lisans tezinden üretilmiştir.

** LLM, Cumhuriyet Savcısı, Mersin, Türkiye ✉ catalcambatuhan48@gmail.com • ORCID 0000-0001-8688-9215.

*** Doç. Dr., Tarsus Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Mersin, Türkiye ✉ orhanvelialici@tarsus.edu.tr • ORCID 0000-0002-8670-3879.

Atıf Şekli / Cite As: ÇATALÇAM, Batuhan, ALICI, Orhan Veli (2023). Kamu Görevlisi Tarafından İşlenen Resmî Belgede Sahtecilik Suçuna İlişkin Adli ve İdari Yargı Kararlarının Mukayeseli Analizi. ÇÜHAD, (3), 52-79.

İntihal / Plagiarism: Bu makale bir intihal engelleme yazılımı aracılığıyla denetlenmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been checked via a plagiarism prevention software and reviewed by at least two referees.



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

açmaktadır. Özellikle 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda anılan fiil kapsamında açık bir düzenlemeye gidilmemesi ve iki farklı disiplin cezası özelinde mezkûr fiilin anlamlandırılması önemli çelişiklere yol açmaktadır. Bu çalışmada, resmî belgede sahtecilik suçunun işlenmesi akabinde idari ve adli yargı mercilerinin verdikleri kararlar 657 sayılı Kanun ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu özelinde mukayese edilerek idareler nezdinde ortaya çıkan tereddütlerin giderilmesi için çeşitli önerilerde bulunulması amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Devlet Memurları Kanunu, Resmi Belgede Sahtecilik, Türk Ceza Kanunu, Disiplin Hukuku, Adli Yargı, İdari Yargı.

ABSTRACT

Public servant is required to be judicially and administratively investigated when they committed an infamous crime by making report and document untruthfully during their actions. It is clearly observed that the same and predictable decisions have been taken by the judicial bodies in the jurisdictions envisioning mentioned crimes. However, given decisions about the disciplinary punishments incidental to administrative investigations conducted by the administrative judiciaries are contradicted one another, and depending on this, it is seen that public institutions have wavered about the execution of disciplinary law. Except for circumstances sought for being committed a crime in the ordinary judiciary, seeking different conditions including “affording advantage”, “intent”, and “public nuisance” in administrative judiciary led to contradicted decisions for the same act in two separated judiciaries. In particular, the lack of a clear regulation within the scope of the aforementioned act in the Public Servants (L.No. 657) and the interpretation of the aforementioned act in terms of two different disciplinary punishments lead to significant contradictions. In this article, by comparing Civil Servants Law (L. No. 657) with Turkish Criminal Law (L. No. 5237), it is intended to offer various ways to remove the doubts institutions wavered deriving from the decisions given by ordinary and administrative judiciaries regarding the forgery of official documents.

Keywords: Public Servants Law, Forgery of Official Documents, Turkish Criminal Law, Disciplinary Law, Ordinary Judiciary, Administrative Judiciary.

GİRİŞ

Bir delil ve ispat aracı olarak kullanılan belge, insanların birbirleriyle ve devletle olan ilişkilerinde önem taşıyan, yazılı bir şekilde bir iradeyi uhdesinde barındıran, bir hakkın doğmasına, bir olayın kanıtlanmasına veya bir durumun tespitine yarayan doküman olarak tanımlanabilir. Buna bağlı olarak anılan asli tasdik aracının kullanılması vasıtasıyla toplumsal düzenin bozulmasına bağlı olarak çeşitli suçlar da ortaya çıkmıştır. Bu nedenle caydırıcılığı da sağlamak adına söz konusu belgelerin değiştirilmesi ve gerçeği yansıtmayacak şekilde düzenlenmesi halinde çeşitli yaptırımlar uygulanmaya başlanılmıştır.

Türk hukukunda resmi belgede sahtecilik suçunun maddi konusu olan resmi belge, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 6'ncı maddesi uyarınca hukuki statüsü belirlenen kamu görevlisi tarafından ifa edilen görevin gereği olarak ve mer'î mevzuatta belirtilen esas ve usullere göre tanzim edilen yazı şeklinde tanımlanmaktadır.

İnsanların hayatlarını idame ettirdikleri; hizmet sunan idare, kurum ve kuruluşların da faaliyetlerini sürdürdükleri sırada delil aracı olarak kullanılan ve ispat gücünü haiz resmî belgenin bireyler ve kamusal erkler tarafından doğruluğuna inanılması ve güvenilmesi de elzem bir hal almıştır. Bu nedenle resmî belgenin mahiyeti itibarıyla gerçeğinden farklı düzenlenmesi, kullanılması ve değiştirilmesi halinde sahtecilik fiili gündeme gelmektedir. Resmî belgede sahtecilik suçu, TCK'nin dördüncü bölümünde "*Kamu Güvenine Karşı Suçlar*" alt başlığında düzenlenen, "*kamu güvenine karşı*" işlenen bir suçtur. Resmî belgede sahtecilik kavramı sadece TCK muhteviyatında yer almayarak 1965 yılında yürürlüğe konulan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda (DMK) çeşitli fiiller özelinde de düzenlenmiştir. Bu maddelerin mahiyetinden de anlaşılacağı üzere kamu hukukunda disiplin hükümleri, kamusal hizmetlerin öngörüldüğü şekilde yerine getirilmesini sağlamak maksadıyla tanzim edilmiş ve aksi davranışların vuku bulması halinde söz konusu disiplin hükümlerine aykırı hareket edenlere yönelik idari, mali ve cezai yaptırımlar öngörülmüştür. Buna bağlı olarak anılan hizmetleri yerine getiren görevlilerin bu yükümlülüklerini eksiksiz bir şekilde ifa etmelerini sağlayan disiplin hükümleri, hizmetin iyi işlemesi yönünden varlığı zorunluluk arz eden düzenlemelerden olup, esas itibarıyla kamuya olan güveni, idarenin sürekliliğini ve idari istikrar ilkelerini de koruma gayesi gütmektedir. Bu kapsamda devlet memurunun görevi gereği işlemiş olduğu resmî belgede sahtecilik suçunun mahiyeti ve doğurduğu sonuç itibarıyla adli, mali ve idari açıdan iş ve işlemler teselsül ettirilmekte, söz konusu bu işlemler adli ve idari yargı kararlarına konu olmaktadır.

TCK hükümleri uyarınca resmi belgede sahtecilik suçunun tamamlanmış sayılabilmesi için söz konusu belgenin düzenlenmiş, kullanılmış veya değiştirilmiş olması yeterlidir. Başka bir deyişle, resmi belgede sahtecilik suçunun fiil unsuru: (i) resmi belgeyi sahte olarak düzenlemek veya (ii) gerçek bir resmî belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştirmek yahut (iii) sahte resmî belgeyi kullanmaktır. Kamu görevlisi tarafından işlenen resmî belgede sahtecilik suçu açısından alternatif bir diğer hareket ise (iv) gerçeğe aykırı olarak belge düzenlemektir. Kanun koyucu tarafından bu fiillerin birlikte gerçekleşmesi şart koşulmadığı gibi, işlenen fiil neticesinde kişinin menfaat temin etmesi veyahut söz konusu fiil dolayısıyla kamu zararının oluşması da aranmamaktadır.

Mezkûr suç işleyen bir kamu görevlisinin disiplin hukuku çerçevesinde ilgili idare tarafından disiplin yaptırımına tabi tutulması ve disiplin yaptırımının ilgilinin başvurusu sonrası idari yargı tarafından incelenmesi durumunda, resmi belgenin düzenlenmesinin yanı sıra kamu görevlisi tarafından söz konusu belgenin düzenlenmesinde menfaatinin bulunması ve kamu zararının doğması ile kasıt şartları arandığı yerel mahkeme ve yüksek mahkeme kararları çerçevesinde gözlemlenmiştir.

Öte yandan, resmî belgede sahtecilik fiilinin işlendiğinin idare tarafından sabit görülmesi halinde kimi kamu idarelerince kamu görevlisi hakkında DMK'nın 125/D maddesi hükmü gerekçe gösterilerek “*kademe ilerlemesinin durdurulması*” disiplin cezasına karar verilirken kimi idarelerce mezkûr Kanunun 125/E-g maddesi gerekçe gösterilerek “*devlet memurluğundan çıkarma*” disiplin cezasının uygulandığı görülmüştür.

Sonuçta bir kamu görevlisinin resmî belgede sahtecilik suçunu işlemiş olması gündem olduğunda, adli ve idari yargı mercilerinin somut olaya yaklaşımı farklılık arz etmektedir. Bu durum kamu görevlisinin istihdam edildiği idare, kurum veya kuruluşlarda nasıl bir işlem yapılması gerektiği hususunda tereddütlere mahal vermektedir. Ayrıca aynı fiile ilişkin olarak verilen farklı kararlar yargıya olan güveni de etkilemektedir. Hukukun evrensel ilkelerinden olan hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri özelinde yargı kararlarında istikrar sağlanması önem taşımaktadır.

Kamu görevlilerince işlenen resmî belgede sahtecilik suçu özelinde idari ve adli yargı mercilerinin aynı konuda vermiş oldukları farklı kararları mukayeseli bir şekilde inceleyen, meydana gelen farklılıklar sebebiyle idareler nezdinde oluşan farklı uygulamaları konu alan akademik ve mesleki çalışmaların yokluğu elinizdeki çalışmanın çıkış noktasıdır. Çalışmada öncelikle TCK'de düzenlendiği haliyle resmî belgede sahtecilik suçu incelenmiş ve anılan fiilin TCK haricinde 657 sayılı Kanun özelinde değerlendirilmesi yapılmıştır. Söz konusu suçu konu alan adli ve idari yargı kararları mukayese edilmiş, aynı durumda iki farklı yargı kolundan farklı kararların çıkması neticesinde kamu görevlisinin istihdam edildiği idare, kurum ve kuruluşlar özelinde ortaya çıkan tereddütler açıklanmıştır. Sonuç olarak ortaya çıkan farklılıkların giderilmesi, yargıya duyulan güvenin artması ve idari istikrar ile öngörülebilirlik ve hukuki belirlilik ilkeleri uyarınca var olan bu farklılığın giderilmesine dair çeşitli önerilerde bulunulmuştur.

I. RESMÎ BELGEDE SAHTECİLİK SUÇU

Sahte kelimesi, Farsça kökenli olup Türk Dil Kurumu sözlüğüne göre “*bir şeyin aslına benzetilerek yapılan, düzme, düzmece, uydurma, gerçek olmayan, yalancı, yapmacık*” anlamlarını barındırmaktadır. Sahtecilik kelimesi ise “*sahtekârlığı*”, sahtekârlık kelimesi ise “*sahte işler yapma, düzmecilik, sahtecilik*” anlamlarını içermektedir. Var olan gerçeği olduğundan farklı bir şekilde ortaya koymayı ifade eden “*belgede sahtecilik*” kavramı öğretide ve pratikte dar ve geniş anlamda yorumlanmıştır. Bu kapsamda geniş anlamda sahtecilik, TCK tarafından yaptırım öngörülen, var olan durum dışında gerçeği yansıtmayan bütün fiilleri kapsamaktadır. Dar anlamda sahtecilik ise, toplumu oluşturan bireylerin gerçekliğine inandıkları paraların, bazı mühür, damga, evrak ve yazıların olduğundan farklı bir biçimde gösterilmek suretiyle evraka duyulan güvenin istismar edilmesini kapsamaktadır¹.

Geçmiş dönemlerde belgede sahtecilik, Roma Hukuku’nda toplumsal hayat dikkate alındığında yalan tanıklık ve vasiyetnamede yapılan sahtekârlık fiilleriyle, Kilise Hukuku’nda papalığa ait mektup ve vesikalarda yapılan sahtekârlık fiilleriyle işlenmiştir². Günümüz ceza sistemlerinde de gelişen ve değişen dünya şartlarına bağlı olarak meydana gelen belgeler ile belgeler aracılığıyla gerçekleştirilen sahtecilik eylemleri çeşitli yaptırımlara tabi tutulmuştur.

Belgede sahtecilik, kamu güvenine karşı işlenebilen bir suç niteliğinde olup 5237 sayılı TCK’nin ikinci kitabının “Topluma Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu kapsamda belge özelinde gerçekleştirilen sahtecilik fiilleri ve tüzel kişilerin güven ve inancını istismar etmesinin yanı sıra mer’i mevzuattan da anlaşılacağı üzere hukuk düzeninde bir değer ihtiva ettiği ve kamu güvenini sarstığı aşikârdır. Bu açıklamalar muvacehesinde belgede sahtecilik suçlarında korunan hukuki değerinin esasında “kamu güveni” olduğu noktasında bir tereddüt bulunmamaktadır³.

Belge kelimesi, Türk Dil Kurumu tarafından “*bir gerçeğe tanıklık eden yazı, fotoğraf, resim, film vb., vesika doküman*” şeklinde tanımlanmıştır. TCK kapsamında bir tanımlamaya gidilmeyen belge kavramı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 199’uncu maddesinde “*uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları*” olarak ifade edilmiştir. Öğretide Erman tarafından “*taşınabilir özelliği*

¹ GÖKCEN, s. 12.

² GÖKCEN, s. 13-14.

³ GÖKMEN, s. 460; GÖKCAN, s. 94; KAHRAMAN, s. 779; ASLAN, s. 162; ARTUÇ, s. 1067.

bulunan, bir vakiayı ispata yarar hukuki hüküm ifade eden yazı"⁴ olarak tarif edilen belge, Yargıtay 11. Ceza Dairesinin bir kararında⁵ "*vakiayı ispata yarayan, hukuki hüküm ifade eden ve taşınabilir şeye yazılan yazı*" şeklinde tanımlanmıştır.

TCK'nin 204'üncü maddesinin gerekçesinde belge kavramına ilişkin olarak aşağıdaki açıklamaya yer verilmiştir:

*"Belge, eski dilimizdeki "evrak" kelimesi karşılığında kullanılmakta olup, yazılı kâğıt anlamına gelmektedir. Bu bakımdan, yazılı kâğıt niteliğinde olmayan şey, ispat kuvveti ne olursa olsun, belge niteliği taşımamaktadır. Kâğıt üzerindeki yazının, anlaşılabilir bir içeriğe sahip olması ve ayrıca, bir irade beyanını ihtiva etmesi gerekir. Bu yazının belli bir kişiye veya kişilere izafe edilebilir olması gerekir. Ancak, bu kişilerin gerçekten mevcut kişiler olması gerekmez. Bu itibarla, gerçek veya hayalî belli bir kişiye izafe edilemeyen yazılı kâğıt, belge niteliği taşımaz. Kâğıt üzerindeki yazının belli bir kişiye izafe edilebilmesi için, bu kişinin ad ve soyadının kâğıda eksiksiz bir şekilde yazılması ve kağıdın bu kişi tarafından imzalanmış olması şart değildir. Ancak, bazı belgeler (örneğin poliçe gibi kambyo senetleri) açısından, belge üzerinde kişinin kendi el yazısı ile imzasının atılması gerekir. Zira imza, ilgili kambyo senedinin zorunlu şekil şartını (kurucu bir unsurunu) oluşturmaktadır. Bir kişinin, düzenlediği belgeye başkasının adını yazması ve belgeyi imzalaması durumunda da bir belge vardır; ancak, bu belge sahtedir. Belge altında adı yazılan ve adına imza konulan kişi, gerçek veya hayali bir kişi olabilir. Bunun, belgenin varlığına bir etkisi bulunmamaktadır. Bir belgeden söz edebilmek için, kâğıt üzerindeki yazının içeriğinin hukukî bir kıymet taşıması, hukukî bir hüküm ifade etmesi, hukukî bir sonuç doğurmaya elverişli olması gerekir"*⁶.

Bu açıklama çerçevesinde belgenin, kâğıda anlaşılabilir ve irade beyanı ihtiva eden, belirli bir kişiye mal edilmiş hukuki hüküm ifade eden yazıdan ibaret olduğu anlaşılmaktadır. Belgeden bahsedebilmemiz için geçerlilik şartlarının tamamının sağlanmış olması da gerekmektedir⁷. Belgenin unsurları, yukarıdaki açıklamalar ışığında "yazılı olma", "hukuken

⁴ ERMAN, s. 127.

⁵ Yargıtay 11 CD, T. 31.05.2018, E. 2016/10237, K.2018/5225.

⁶ TAŞDEMİR, s. 169.

⁷ BAYRAKTAR, EVİK, KANGAL, KIZIROĞLU, YILDIZ, ZAFER, AKYÜREK, RETORNAZ, EVİK, KARTAL, ALTUNÇ, İNCEOĞLU, EROĞLU, BOZBAYINDIR, s. 89.

geçerli bir içeriğinin olması” ve “düzenleyenin belli olması” başlıkları altında incelenmektedir⁸.

II. RESMÎ BELGEDE SAHTECİLİK SUÇUNUN UNSURLARI

TCK kapsamındaki bir suçun tipiklik (maddi ve manevi unsur) ve hukuka aykırılık olmak üzere iki unsuru barındırdığını söylemek mümkündür. Resmî belgede sahtecilik suçunun unsurları tipiklik kavramının muhteviyatında kabul edilen maddi ve manevi unsurlar ile hukuka aykırılık unsuru olmak üzere üç ana alt başlık altında incelenmektedir. Suçun bir faili olmakla birlikte TCK sistematüğinde ancak gerçek kişiler suçun faili olabilmektedir. Özel faillik durumu söz konusu olmadığı durumlarda bir suçun faili herkes de olabilmektedir⁹. Ancak kimi durumlarda fail hakkında belirli vasıflar aranmakta ve sadece o kişiler tarafından o suç işlenebilmektedir. Doktrinde sadece belli hukuki nitelikleri haiz kişiler tarafından işlenebilen suçlara özgü suç denilmektedir¹⁰.

TCK'nin 204'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında “*Bir resmi belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir resmi belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren veya sahte resmi belgeyi kullanan kişi...*” denilmekle söz konusu suçun herkes tarafından işlenebileceği anlaşılmaktadır.¹¹ Maddenin 2'nci fıkrasında ise “*Görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmi bir belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren, gerçeğe aykırı olarak belge düzenleyen veya sahte resmi belgeyi kullanan kamu görevlisi...*” denilmek suretiyle resmî belgede sahtecilik suçunun bir kamu görevlisi tarafından işlenmesine ilişkin özel bir düzenlemeye gidilmiştir. Bu suçun faili, görevi gereği belge düzenlemeye yetkili olan TCK'nin 6'ncı maddesinin birinci fıkrasının c bendinde tanımlanan kamu görevlisidir. Suçun sadece kamu görevlisi tarafından işlenebilmesi mezkûr suçta özgü bir suç haline getirmektedir.

Her suçun bir faili olmakla birlikte suçların mağduru ya da zarar göreni de bulunmaktadır. Suçun mağduru sadece gerçek kişiler olabilmekte, tüzel kişiler ise sadece suçtan zarar gören sıfatını haiz olabilmektedir. Bu çerçevede, aksi yönde görüşler de bulunmakla birlikte TCK kapsamında ancak gerçek kişiler suçun mağduru olabilmektedir¹². Resmi belgede

⁸ GÖKMEN, s. 463; ARTUÇ, s. 1067.

⁹ CİRİT, ATALAY, s. 13-14.

¹⁰ GÖKCEN, s. 180.

¹¹ ARTUÇ, s. 1067; GÖRKEMLİ, s. 410; BAYRAKTAR, EVİK, KANGAL, KIZIROĞLU, YILDIZ, ZAFER, AKYÜREK, RETORNAZ, EVİK, KARTAL, ALTUNÇ, İNCEOĞLU, EROĞLU, BOZBAYINDIR, s. 85; TAŞDEMİR, s. 178.

¹² CİRİT, ATALAY, s. 14.

sahtecilik suçu TCK'nin topluma karşı işlenen suçlar bölümünde düzenleme alanı bulması hasebiyle bölüm başlığından da anlaşılacağı üzere toplumun tamamına karşı işlenmiş bir suç olarak nitelendirilmektedir¹³.

Kanun koyucu TCK'nin 204'üncü maddesi kapsamında düzenlenen resmi belgede sahtecilik suçuyla sahtecilik eylemlerini yaptırıma bağlamıştır. Niteliği itibarıyla seçimlik hareketli suç olan resmi belgede sahtecilik suçunda madde metninde belirtilen fiillerden herhangi birinin gerçekleştirilmiş olması suçun oluşması için yeterli olup diğer seçimlik hareketli fiillerin gerçekleştirilmesine gerek yoktur¹⁴.

III. 657 SAYILI DEVLET MEMURLARI KANUNU KAPSAMINDA GERÇEĞE AYKIRI RAPOR VE BELGE DÜZENLEME FİİLİNİN DİSİPLİN HUKUKU KAPSAMINDAKİ YAPTIRIMI

Bir devlet memurunun “gerçeğe aykırı rapor ve belge düzenlemek” suretiyle gerçekleştirdiği fiil nedeniyle DMK'nin 125'inci maddesinin “kademe ilerlemesinin durdurulması” cezasını gerektiren fiil ve halleri açıklayan “D” fıkrasının “f” bendi uyarınca cezalandırılması mümkün gözükmektedir.

Danıştay 12. Dairesi'nin 15.06.2016 tarihli, E. 2013/3635, K. 2016/3891 sayılı ilamında;

“Davacının, Tekirdağ İl (...) Müdürlüğünde şube müdürü olarak görev yaptığı dönemde işlediği iddia edilen fiiller nedeniyle, 657 sayılı Kanun'un 125. maddesinin birinci fıkrasının (D) bendinin (f) alt bendi uyarınca bir yıl süreyle kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davanın; yapılan anlaşmaya göre 5 gece kalınması gerekirken fiilen 4 gece kaldığını iddia eden ancak 6 gece olarak düzenlenmiş faturayı ekleyerek 6 gün konaklama üzerinden yolluk bildiriminde bulunan davacının üzerine atılı bulunan gerçeğe aykırı rapor ve belge düzenlemek fiilinin sabit olduğu, bu fiil nedeniyle cezalandırılmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle reddi yolunda Ordu İdare Mahkemesince verilen 18/12/2012 tarihli ve E.2011/1558, K.2012/1594 sayılı kararın temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir. (...) İdare mahkemesince

¹³ ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAĞSIZ, TEPE, s. 88.

¹⁴ AKIN, s. 386.

verilen karar ve dayandığı gerekçe, hukuk ve usule uygun olup bozulmasını gerektirecek bir sebep de bulunmadığından temyiz isteminin reddi ile anılan kararın onanmasına...”

hükmederek memurun gerçeğe aykırı rapor ve belge düzenlenmesi şeklinde gerçekleşen fiili nedeniyle ilk derece mahkemesi tarafından verilen kademe ilerlemesinin durdurulması disiplin cezasını onamıştır.

Hal böyle iken aynı fiil özelinde DMK’de farklı bir hüküm de dikkat çekmektedir. Kanun’un 125/E maddesinin “g” alt bendinde “*Memurluk sıfatıyla bağdaşmayan nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak*” şeklinde bir fiil düzenlenmiş olup bu fiili gerçekleştiren memurların bir daha memuriyete alınmamak üzere memuriyetten çıkarılması hüküm altına alınmıştır. Mezkûr alt bentte belirtilen yüz kızartıcı ve utanç verici hareketler mer’i mevzuatımızda tanımlanmamıştır. Bu durum “*kanunsuz suç ve ceza olmaz*” ilkesine aykırı düşmektedir¹⁵. Bununla birlikte söz konusu düzenlemeye ilişkin Anayasa Mahkemesi’nin 16.1.2014 tarih ve E. 2013/110, K. 2014/8 sayılı kararında¹⁶:

“...dava konusu kuralda belirsiz olduğu ileri sürülen “memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerin” tümünün önceden öngörülmesinin ve tespitinin olanaksız olduğu ve söz konusu hareketlerin tek tek ortaya konulmasının mümkün olmadığı, normun daha kesin ve açık bir düzenlemeye olanak tanınamaması nedeniyle kullanıldığı anlaşıldığından anılan kavramların kullanılmasında belirlilik ilkesine aykırılık bulunmadığı, fıkroda genel bir belirleme yapılmadığı, disiplin cezası gerektiren hareketlerin, memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak derecede yüz kızartıcı ve utanç verici olması gerektiği düzenlenerek çerçevesinin çizildiği, kaldı ki, itiraz konusu kural dayanak alınarak tesis edilen idari işlemlere karşı yargı yolu açık olup belirsiz olduğu ileri sürülen kavramlar ve bu kavramların belirttiği hareketler yargı kararları yoluyla da somutlaştırıldığından, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olmadığı,(...) İdarenin faaliyetleri çok çeşitli, karmaşık ve değişken olduğundan disiplin cezasını gerektirecek fiillerin tümünün kanunda tek tek belirlenmesinin güç olduğu, kuralın incelenmesinden de görüleceği üzere memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketler denilmek suretiyle disiplin cezası gerektiren fiil ve hareketlerin çerçevesinin

¹⁵ PINAR, ÇALIŞKAN, s. 80.

¹⁶ Anayasa Mahkemesi 16.1.2014 tarih ve E: 2013/110, K. 2014/8 (Çevrimiçi) <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/05/20140509-14.pdf>

çizildiği anlaşıldığından, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 38. ve 128. maddelerine de aykırı olmadığı..."

Şeklinde değerlendirmede bulunularak DMK'nin 125'inci maddesinin (E) bendinin (g) alt bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığı vurgulanmıştır.

Mevzuatta açıkça belirtilmeyen yüz kızartıcı suçların neler olduğunun yargı organları tarafından saptanması gerektiğine ilişkin olarak çeşitli Danıştay kararları da bulunmaktadır¹⁷.

DMK'nin 48/A-5 maddesinde devlet memurluğuna alınacaklarda aranan şartlar arasında; *"Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmamak."* hükmü getirilmiştir.

Maddede belirtildiği üzere sahtecilik fiilini gerçekleştiren kişi, devlet memurluğuna alınma şartlarını haiz olmadığı için memuriyete kabul edilmeyecektir¹⁸. Devlet memuru olarak görevini ifa edecek kişinin gerek memuriyete alımı sırasında gerekse memurluk görevi

¹⁷ Danıştay 5. Dairesi, E: 2016/18117, K. 2017/24013 sayılı ilamında, zabıt kâtibi olan bir kamu görevlisinin yargılama sürecinde olan birine göreviyle ilgili mahkeme dosyalarında yer alan sırları vermesi neticesinde 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/E-g. maddesi uyarınca devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılması yönünde verilen karar akabinde anılan Daire, *"davalı idarece işlemin sebep unsuru olarak gösterilen fiillerin, "Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak" hükmü kapsamında görülerek dava konusu disiplin cezasının verildiği anlaşılmakta ise de davacının sübut bulan; dava dosya bilgilerinin yetkili olmayan kişilere açıklanması şeklindeki fiilin memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak suçu olarak nitelendirilmesi mümkün olmamıştır. Ancak Devlet memuru sıfatına, vakarına ve bulunduğu görevin hassasiyetine uygun hareket tarzı içinde değerlendirilmesi mümkün olmayan fiillerinin de cezasız bırakılmaması gerekmektedir. Bununla birlikte, disipline konu eylemler ile yaptırımlar arasında adil bir dengenin gözetilmesi de hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Eylem ile yaptırım arasında bulunması gereken adil denge "ölçülülük ilkesi" olarak da adlandırılmakta ve bu ilkenin alt ilkelerini de elverişlilik, zorunluluk ve orantılılık ilkeleri oluşturmaktadır. "Elverişlilik ilkesi", öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, "zorunluluk ilkesi" öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç bakımından zorunlu olmasını ve "orantılılık ilkesi" ise, öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken orantıyı ifade etmektedir. İdareler, kamu görevlileri hakkında disiplin cezasını tayin ve takdir ederken, suç ve ceza arasındaki hassas dengeyi gözetmesi gerekmektedir. Disiplin cezası vermeye yetkili olan organlar, mevzuata bağlı kalmakla birlikte, evrensel hukuk normlarından olan ölçülülüğün alt ilkeleri olan elverişlilik, gereklilik ve orantılılık unsurlarını da göz önünde bulundurmalıdır. Bu durumda, davacının yukarıda belirtilen ve sabit olan fiilleri ile ölçülü bir ceza ile cezalandırılması gerekir iken, Devlet memurluğundan çıkarma cezasıyla cezalandırılmasında hukuka uyarlık, davayı reddeden idare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet görülmemiştir..."* yönünde bir karar vermiştir.

¹⁸ BUCAKTEPE, s.77.

sırasında anılan şartları taşıması zorunludur¹⁹. Nitekim resmi belgede sahtecilik fiili nedeniyle yargılanan ve mahkumiyet hükmü kesinleşen devlet memurunun anılan Kanunun 98/b maddesi gereğince memuriyetine son verilmesi gerekmektedir. Zira mezkûr Kanunun ilgili hükümlerine değinilmeden salt Anayasa'nın 76'ncı maddesinde belirtilen yüz kızartıcı suçlar arasında sayılan sahtecilik fiilini tek başına gerçekleştiren memurun devlet memurluğundan çıkarılması için yeterli olduğu değerlendirilmektedir. Bu konuda anılan kanaati destekler mahiyette Danıştay kararı mevcuttur²⁰.

IV. MEMUR VE DİĞER KAMU GÖREVLİLERİNİN GERÇEĞE AYKIRI RAPOR VE BELGE DÜZENLEME FİİLLERİNİN 4483 SAYILI KANUN KAPSAMINDA CEZAİ SORUŞTURMA USULÜ

2.12.1999 tarihinde 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun kabul edilerek memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için izin vermeye yetkili mercilerin ve izlenecek usulün nelerden ibaret olduğu düzenlenmiştir. Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında mezkûr Kanunun uygulanabilmesi için ilgili kişilerin memur ya da 4483 sayılı Kanun kapsamında kamu görevlisi olması, söz konusu kişilerin ceza kanunlarında tanımlanan ve unsurları belirtilen bir fiili işlemeleri, fiilin görev gereği gerçekleştirilmesi şartlarını tamamlamış olması gerekmektedir²¹.

¹⁹ BUCAKTEPE, s. 127.

²⁰ Danıştay 16. Dairesi, E: 2015/896, K. 2016/1858, T. 24.03.2016 ilamında; "...dosya içerisinde yer alan bilgi ve belgeler ile davacı ifadesinden, öğrencisi olmadığı halde Marmara Üniversitesi, Fen Bilimleri Enstitüsü Matbaa Teknolojileri bölümü yüksek lisans öğrenci belgesini renkli fotokopi ile çoğaltarak başvuru belgeleri arasına koyduğunu ve ilgili birime teslim ettiğini, amcasının oğluna da aynı yöntemle burs müracaatında bulunduğu ve bursu aldığını ifade ettiği, bu şekilde üzerine atılı eylemleri kabul ettiğinin anlaşıldığı, öte yandan; aynı fiil nedeniyle "zincirleme şekilde kamu kurumuna karşı dolandırıcılık, zincirleme şekilde sahte resmi evrak tanzim etmek ve kullanmak, zincirleme şekilde sahte özel belge tanzim edip kullanmak" suçundan İstanbul 5. Ağır Ceza Mahkemesinde ceza davası açıldığı, aynı eylemden dolayı kamu görevlisi hakkında ceza mahkemesinde kovuşturmaya başlanmış olmasının disiplin soruşturmasını geciktirmediği gibi ceza kanununa göre mahkûm olmamasının disiplin cezasının uygulanmasına engel olmayacağından, davacı hakkında ceza mahkemesinde açılan davanın sonucunun beklenilmesine gerek görülmediği, zira soruşturma raporu kapsamında alınan ifadelerin değerlendirilmesinden ve yapılan tespitlerden davacının, işlenen fiilde sorumlu olduğu, fiilin de sübuta erdiği anlaşıldığından, eylemine uyan Devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılması kararında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle reddeden İstanbul 7. İdare Mahkemesinin 24.11.2010 tarih ve E:2010/592, K.2010/1908 sayılı kararının, dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesi uyarınca temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir. (...) Davacının zabıt kâtabi olarak görev yaptığı sırada, memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunması sebebiyle 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/E-g maddesi uyarınca memurluktan çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ve bu karar uyarınca memurlukla ilişkisinin kesilmesine ilişkin dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varıldığı" görülmüştür.

²¹ DURMUŞ, s. 142; GÖKCAN, ARTUÇ, s.530-537.

Bazı durumlarda memur ve diğer kamu görevlileri işledikleri suçun görevleri gereği olmasına ve 4483 sayılı Kanun kapsamında bulunmalarına rağmen doğrudan soruşturulmaktadır. Örneğin; 3628 sayılı Kanunda yer alan irtikâp, rüşvet, zimmet, kaçakçılık, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme, mal bildiriminde bulunmayanlar, gerçeğe aykırı mal bildiriminde bulunanlar ile haksız edinilen malı kaçıran veya gizleme suçları, 298 sayılı Kanunda belirtilen suçlar, Atatürk aleyhine işlenen suçlar, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 357'nci maddesi kapsamındaki suçlar, 1567 sayılı Kanun kapsamındaki suçlar, ağır cezayı gerektiren suçüstü haller, din görevlilerinin idari görevleri dışında kalan fiilleri, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar memur ve diğer kamu görevlileri tarafından işlendiği takdirde Cumhuriyet savcısı tarafından re'sen soruşturmaya başlanması gerekmektedir²². İnceleme konumuz olan "resmî belgede sahtecilik suçu" bu saydığımız istisnai durumlardan sadece ağır cezayı gerektiren suçüstü haller kapsamında kalması dolayısıyla doğrudan soruşturmanın konusu olabilmektedir. Bu istisna haricinde 4483 sayılı Kanun hükümlerine göre anılan fiilin soruşturması gerçekleştirilmektedir.

V. DİSİPLİN VE CEZA KOVUŞTURMALARININ BİR ARADA YÜRÜTÜLMESİ

657 sayılı Kanun'un 125'inci maddesinin son fıkrasında belirtilen "*Yukarıda yazılı disiplin kovuşturmasının yapılmış olması, fiilin genel hükümler kapsamına girmesi halinde, sanık hakkında ayrıca ceza kovuşturması açılmasına engel teşkil etmez.*" hükmüne göre disiplin kovuşturmasının yapılmış olmasının ceza kovuşturması yapılmasına engel teşkil etmeyeceği belirtilmiştir²³. Keza mezkûr Kanununun 131'inci maddesinde belirtilen "*Aynı olaydan dolayı memur hakkında ceza mahkemesinde kovuşturmaya başlanmış olması, disiplin kovuşturmasını geciktiremez. Memurun ceza kanununa göre mahkûm olması veya olmaması halleri, ayrıca disiplin cezasının uygulanmasına engel olamaz.*" hükmüne göre ise memur hakkında ceza kovuşturmasına başlanmış olması disiplin kovuşturmasını geciktirmeyeceği gibi memurun TCK'ye göre mahkûmiyet alması veya beraat etmesi halleri disiplin cezasının uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir²⁴.

²² DÖNMEZ, s. 168-170.

²³ ZOR, s. 345-346.

²⁴ ASLAN, ALTINDAĞ, s. 122.

Disiplin soruşturmasının ceza muhakemesinde bekletici mesele yapılmayacağı ilkesi çeşitli sorunlara yol açabilmektedir. Nitekim disiplin soruşturması gerektirir eylemde bulunan kamu görevlisinin söz konusu eylemi aynı zamanda ceza kanunları kapsamında bir suç oluşturması halinde mezkûr suçtan CMK'nin 223'üncü maddesinde belirtilen “*Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması*” nedeniyle verilen beraat ya da “*Yüklenen suçun işlediğinin sabit olması halinde, sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilir.*” düzenlemeleri nedeniyle hükmedilen mahkûmiyet kararlarının verilmiş olması memur hakkında verilen veyahut verilmeyen disiplin cezasına etkisi noktasında soru işaretleri bırakmaktadır. Ancak doktrin ve uygulamaya göre memur hakkında verilen kesinleşmiş disiplin cezası, sicilden silinme prosedürü işletilerek hükümsüz kılınması hariç geri alınamamaktadır²⁵.

Ceza kovuşturması neticesinde ceza mahkemesi, ilgili kamu görevlisi hakkında disiplin hukukuna göre de suç sayılan eylem nedeniyle mahkûmiyet kararı vermesi durumunda idari makamların bu karara aykırı tasarruf içerisinde davranması mümkün değildir. Keza ceza mahkemesi kamu görevlisinin söz konusu eylemi işlemediğine veya suçun unsurlarının oluşmadığına kanaat getirerek beraat kararı vermesi halinde idari makamların bu karara aykırı tasarruf içerisinde davranması mümkün değildir. Ancak ceza mahkemesi delil yetersizliği nedeniyle beraat kararı vermiş ise böyle bir durumda verilen karar idareyi bağlamayacaktır.²⁶ Bu gerekçeyle beraat alan kamu görevlisi hakkında disiplin soruşturması açılarak disiplin cezası verilmesinde herhangi bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır²⁷.

Burada yer verilmesi gereken bir başka konu ise Danıştay 5. Dairesi'nin 19.6.2019 tarihli E. 2019/545, K. 2019/4200 sayılı kararında açıklanan bir husustur. Anılan kararda; “*Bir memura isnat olunan disiplin cezasına konu fiillerin, Türk Ceza Kanunu mucibince de cezalandırılmasının gerekli olması durumunda, disiplin cezası hakkında karar verilmesi için mevcut deliller yeterli görülmeyerek ceza mahkemesi kararına ihtiyaç duyulduğu kanaati hâsıl olmuşsa, disiplin cezasına konu fiilin hukuki denetiminden önce ceza mahkemesi kararının kesinleşmesinin beklenmesi gerekmektedir. Bu durumda, İdare Mahkemesi tarafından, ceza yargılaması neticesinde verilecek karar kesinleştikten sonra disiplin cezasına konu fiillerin işlenip işlenmediği konusunda değerlendirme yapılmak suretiyle bir karar verilmesi gerektiğinden, bu yönde bir araştırma yapılmadan verilen kararda hukuka uygunluk*

²⁵ ASLAN, ALTINDAĞ, s. 35-38; BUCAKTEPE, s. 126; AYGÜN, s. 70; SERİNOĞLU, s. 68.

²⁶ Danıştay 10. Dairesi, E: 1987/2015, K. 1987/1721, T. 27.10.1987.

²⁷ AVCI, s. 207-211; BUCAKTEPE, s. 126; SERİNOĞLU, s. 56-82.

görülmemiştir” şeklinde hüküm kurulmuştur²⁸. Ancak adli yargıdaki sürecin nihayete ermesi hayli zaman alması ve buna bağlı olarak disiplin mevzuatı uyarınca soruşturma ve ceza zamanaşımının aşılması da karar verici idari merciler açısından bir sorumluluk doğuracaktır.

Disiplin soruşturmasının 657 sayılı Kanun’un 127’nci maddesi gereğince belirli süreler içerisinde tamamlanması gerektiği, ceza mahkemelerinde devam eden davaların uzunluğu göz önüne alındığında haksızlığın önüne geçilebilmesi adına ceza kovuşturmasının disiplin soruşturması açısından bekletici mesele yapılması veyahut ceza mahkemesinin yukarıda belirtilen gerekçelerle beraat veya mahkûmiyet kararı verdiği durumlarda idarenin vermiş olduğu disiplin cezasının geri alınması yetkisinin tanımlanmasında hukuki yarar bulunduğu da kabul edilmektedir²⁹. Disiplin cezalarının geri alınmasına ilişkin idare, “idareye güven ilkesi” gereği söz konusu kararlarını düzeltebilmelidir. Bu düzeltme her halükarda düzeltmeden ziyade belirli bir zaman dilimi ile sınırlandırılmış, ağır ve bariz bir kusurun varlığı halinde bu yönde bir işlemin tesis edilebilmesi gerekmektedir³⁰.

Öte yandan gerçekleştirilen yargılama neticesinde, memurun 657 sayılı Kanununun 48/A maddesi gereğince TCK’nin 53’üncü maddesinde yer verilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl ve daha fazla hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile belirli suçların³¹ işlenmesi ve neticesinde mahkûmiyet kararı verilmesi halinde memurluklarının sona erdirilmesi zorunludur. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, masumiyet karinesi uyarınca anılan mahkûmiyet kararının kesinleşmiş olmasıdır³². Pınar ve Çalışkan, Bucaktepe,

²⁸ Benzer kararlar için ayrıca bkz. Danıştay 5. Dairesi, E: 2017/10102, K. 2019/2250, T. 27.3.2019 tarihli kararı; Danıştay 16. Dairesi, E: 2015/6306, K. 2015/4109, T. 25.6.2015 kararı.

²⁹ BUCAKTEPE, s. 127; AYGÜN, s. 68.

³⁰ ZOR, s.336.

³¹ 657 sayılı DMK’nin 48 inci maddesinde yer verilen suçlar “devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık” şeklinde sayılmıştır.

³² BUCAKTEPE, s. 127-130; Nitekim Danıştay 12. Dairesi, E: 2003/2375, K. 2005/4465, T. 09.12.2005 kararında “...657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48/A-5 maddesinde; Taksirli suçlar ve aşağıda sayılan suçlar dışında tecil edilmiş hükümler hariç olmak üzere ağır hapis veya 6 aydan fazla hapis veyahut affa uğramış olsalar bile Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla, zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçtan veya istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından dolayı hükümlü bulunmamak, Devlet memurluğuna alınacaklarda aranılan genel şartlar arasında sayılmış, aynı Kanununun 98/b maddesinde ise; Memurluğa alınma şartlarından herhangi birini taşımadığının sonradan anlaşılması veya memurlukları sırasında bu şartlardan herhangi birini kaybetmesi halinde memurluğun ona ereceği hükümlerine yer verilmiş bulunmaktadır. Olayda; davacının, Belediye Başkanlığı emrinde memur olarak görev yaptığı, Nevşehir Ağır Ceza Mahkemesinin 9.4.2002 günlü, E:2000/197, K.2002/100 sayılı kararı ile; özel evrakta sahtecilik suçunu işlediği gerekçesiyle T.C.K.’nin 345.maddesi uyarınca bir yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği, bu kararın davacı tarafından temyiz edildiği ve kesinleşmediği, 657 sayılı Kanununun 48/A-5.maddesinde aranılan şartı kaybettiğinden bahisle aynı Kanununun 98/b maddesi uyarınca görevine son

Karaarslan'a göre, CMK 231'inci maddesinde belirtilen gerekli şartların sağlanması halinde hâkim, sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına (HAGB) karar verebilir. Bu kararın sanık hakkında herhangi bir sonuç doğurmaması nedeniyle(bkz. CMK m.231/5) ve söz konusu kararın CMK 223'üncü maddesinde tahdidi şekilde belirtilen hükümlerden olmaması dolayısıyla kişinin devlet memurluğunda istihdam edilmesine veyahut devlet memurluğunda kalmasına hukuken engel teşkil etmemektedir³³.

DMK'nin 48/A-5 maddesinde sayma suretiyle belirtilen suçlar bakımından “mahkûm olmamak” şartı aranması dolayısıyla hapis cezasından çevrili adli para cezası mahkûmiyetlerinde herhangi bir hak kaybı meydana gelmeyecektir³⁴.

VI. GERÇEĞE AYKIRI RAPOR VE BELGE DÜZENLEME FİİLİNE YÖNELİK İDARİ YARGI MAHKEMELERİNCE VERİLEN KARARLAR

Resmî belgede sahtecilik fiilinde bulunan kamu görevlisi hakkında idari yargı mercilerinde verilen ve mahiyeti itibarıyla birbiri ile çelişen çok sayıda karar olduğu görülmektedir. Çalışma kapsamında aşağıda resmî belgede sahtecilik eylemi kapsamında adli yargı kararlarının yanı sıra idari yargı kararları özelinde de birbiri ile çelişen içtihatlarla yer verilmektedir.

verilmesi üzerine bakılmakta olan davayı açtığı anlaşılmış olup; davacı hakkında Nevşehir Ağır Ceza Mahkemesince verilen mahkûmiyet hükmünün Yargıtay incelemesi aşamasında olması dolayısıyla kesinleşmemesi karşısında 657 sayılı Kanununun 48/A-5 maddesinde belirtilen hükümlü olma şartı gerçekleşmeyen davacı hakkında tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığından aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir...” hükmü ile konuya netlik kazandırmıştır.

³³ PINAR, ÇALIŞKAN, s.80; BUCAKTEPE, s. 127; KARAARSLAN, s. 107; Konuya ilişkin Danıştay kararı için ayrıca bkz. Danıştay 12. Dairesi, E: 2010/1591, K. 2013/439, T. 12.02.2013.

Ancak bu hususta önemli bir istisna bulunmaktadır. 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un “Özel güvenlik görevlilerinde aranacak şartlar” başlıklı 10/1-d maddesinde “26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olsa bile; 1) Kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına mahkûm olmamak. 2) Affa uğramış olsa bile Devletin güvenliğine, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine, özel hayata ve hayatın gizli alanına ve cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ile uyuşturucu veya uyarıcı madde suçları, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, kaçakçılık ve fuhuş suçlarından mahkûm olmamak. 3) Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine, özel hayata ve hayatın gizli alanına, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ile uyuşturucu veya uyarıcı madde suçlarından dolayı hakkında devam etmekte olan bir soruşturma veya kovuşturma bulunmamak” şartları aranmaktadır.

³⁴ Danıştay 12.Dairesi, E: 2015/2466, K. 2019/1062, T.14.02.2019 kararında;“...İdare Mahkemesince davacının, kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl hapis cezası almış olduğundan bahisle 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48. maddesinde sayılan Devlet memuriyetine alınma şartlarını taşımadığı sonucuna varılmışsa da yapılan yargılama sonucunda davacıya verilen sonuç cezanın hapis cezası değil, 1.317,00 YTL adli para cezası olduğu ve söz konusu Mahkeme kararında yer alan hükmün, 657 sayılı Kanun'un 48/A-5 maddesinde yer alan memuriyete engel durumlar arasında bulunmadığı anlaşılmaktadır...” denilmektedir.

Danıştay 12. Dairesi'nin 12.11.2010 tarihli ve E. 2008/1447 - K. 2010/571 sayılı kararında; kamu görevlisinin gerekli inceleme ve araştırma yapmaksızın ruhsat verilen bir yerin daha önce başka bir idareye tahsis edilen bir kamusal alan olması nedeniyle söz konusu görevli hakkında gerçeğe aykırı belge ve rapor düzenlemek fiili sebebiyle hakkında kademe ilerlemesinin durdurulması cezası verilmesi olayında anılan Daire, söz konusu fiilin sabit olduğu yönünde bir kanaate varmasına rağmen *“davacının bu fiiliyle dilekçe sahibi ilgiliyi ve idareyi yanıltma veya zarara sokma kastıyla hareket ettiğinin ve bu belgeyi bilerek ve isteyerek imzaladığının, ayrıca bu fiili nedeniyle herhangi bir menfaat temin ettiğinin ortaya konulmadığının anlaşılması karşısında, davacının eyleminin bu haliyle 657 sayılı Kanunun 125/D-f maddesinde yer alan suçu oluşturmayacağı sonucuna ulaşılmıştır”* yönünde bir karar verdiği görülmüştür. Bu çerçevede resmî belgede sahtecilik suçunun oluşması için idareyi yanıltma veya zarara sokma kastıyla hareket etmenin yanı sıra bu fiil nedeniyle menfaat temin etmenin arandığı görülmüştür. Bir başka deyişle *“gerçeğe aykırı belge ve rapor düzenlemek”* fiilinin 657 sayılı Kanunda yer almasına ve bu fiile dair başkaca bir şart aranmamasına rağmen idari yargı mercii anılan fiile yönelik ilgili hakkında yaptırım uygulayabilmek adına başkaca şartlar aramaktadır. Bir kamu görevlisine böyle bir durumda disiplin cezası verilebilmesi için mezkûr Kanunda yer almayan şartların da arandığı görülmektedir.

Öte yandan kişilerin yarar ve zararına yönelik bir fiilde bulunulması veya menfaat sağlanması durumu nazara alındığında gerçeğe aykırı belge ve rapor düzenleme fiili anılan yargı kararına göre farklı bir disiplin cezasına tekabül etmesi gerekecektir. 657 sayılı Kanun'un 125/D-1 maddesinde düzenlenen *“ (...) kişilerin yarar veya zararını hedef tutan davranışlarda bulunmak”* ile 125/C-1 maddesinde yer alan *“Hizmet içinde Devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak”* fiilleri de dikkate alındığında anılan menfaat sağlama şartının diğer disiplin müeyyidelerine de temas edebileceği açıkça görülmektedir. Bu açıklama da dikkate alındığında benzer bir durumda ilgili idarenin hangi maddeye istinaden kamu görevlisi hakkında disiplin cezası vereceği konusunda önemli bir tereddüdün ortaya çıkacağı ve dolayısıyla da yanlış kararlar verilebileceği değerlendirilmektedir.

Danıştay 12. Dairesi'nin 27.3.2019 tarih ve E. 2015/2146 – K. 2019/2258 sayılı kararında Ankara 4. İdare Mahkemesi'nin 31.03.2015 tarih ve E. 2014/827, K. 2015/423 sayılı temyize konu kararının onanmasına karar vermiş olup, ilk derece mahkemesinin kararında; *“... her ne kadar şekli olarak düzenlendiği belgenin gerçek olmadığı sabit ise de, suç işleme kastıyla hareket etmediği, davacının eylemi ile herhangi bir kişi mağduriyeti, kamu zararı ya da haksız*

menfaatin gerçekleşmediği anlaşıldığından davacının eyleminin gerçeğe aykırı rapor ve belge düzenlemek kapsamında değerlendirilmesinin hukuken mümkün olmadığı gerekçesiyle dava konusu işlem hukuka aykırı bulunarak iptaline karar verilmiştir.” denildiği, bu çerçevede resmî belgede sahtecilik suçunun oluşması için menfaat temin etmenin yanı sıra kamu zararının doğmasının da arandığı görülmüştür.

Yine bir başka kararda ise bir kamu görevlisinin kullanılmayan ve yıkılmış mahiyetteki binalara ait olan abonelikleri aktif hale getirerek abone olma imkânı olmayan konutlara tanımlayarak devir işlemi yapması neticesinde yürütülen soruşturma sonucuna göre anılan fiilin resmî belgede sahtecilik suçuna tekabül etmesi nedeniyle ilgilinin devlet memurluğundan çıkarılması yönünde bir ceza ile tecziye edilmeleri karşısında; Mersin 1.İdare Mahkemesi'nin 2020/717 E. sayılı dosyasında 14.10.2020 tarihinde verilen kararda; “... *davacının mevzuatın kendisine yüklediği sorumlulukları usulüne uygun şekilde yerine getirmediği anlaşılmakla birlikte; davacının, resmi evrakta sahtecilik suçu işlediğine veya işlenmesine göz yumduğuna ya da herhangi bir şekilde menfaat temin ettiğine dair somut herhangi bir delilin bulunmadığı, davalı idarece davacıya yöneltilen resmi evrakta sahtecilik suçunun manevi unsuru olan kastın varlığını tevsik edecek nitelik ve yeterlilikte dava dosyasına sunulan herhangi bir bilgi ve belgenin de bulunmadığı, davacının sübuta erdiği anlaşılan fiillerinin de yüz kızartıcı suç kapsamında devlet memurluğundan çıkarma cezası ile tecziyesini gerektirir ölçü ve ağırlıkta olmadığı görülmektedir.*” denilmiştir.

Somut olayda mevzuat gereği yapı kullanma izni olmayan binaların abone olma imkânı olmaması karşısında daha önce aboneliği olmasına rağmen kullanılmayan binalara ait pasif aboneliklerin aktifleştirilerek bu binalara devir suretiyle verilmesi olayında resmî belgede sahtecilik fiilinin gerçekleştiği, ancak bu fiilin idari yargı mercilerince yüz kızartıcı suç kapsamında değerlendirilmediği anlaşılmaktadır. Yine benzer bir olayda kaçak su kullanımı yapan bir adreste ilgililerin imzası ile tutulan tutanakta tespiti oldukça kolay olan bir kaçakta “kaçak su kullanımının olmadığı” belirtilse de bir gün sonra farklı bir ekip tarafından tutulan tutanakta kaçak su kullanımının şüpheye mahal vermeyecek şekilde delillerle ortaya konması neticesinde önceki tutanağı tutanlar hakkında bir soruşturma yürütülmüş ve ilgililer hakkında resmî belgede sahtecilik fiili sebebiyle devlet memurluğundan çıkarma cezası verilmiştir. Ancak bu işleme karşı açılan iptal davası neticesinde Mersin 1.İdare Mahkemesi 03.09.2020 tarihli, E. 2020/654 ve K. 2020/1070 no'lu kararında tutanağı düzenleyenlerin “*bahsolunan aboneyle irtibatlı olduğuna, resmi evrakta sahtecilik suçu işlediğine veya işlenmesine göz yumduğuna ya da herhangi bir şekilde menfaat temin ettiğine dair somut herhangi bir delilin*

bulunmadığı” gerekçesine dayanılarak anılan fiilin yüz kızartıcı suç kapsamında devlet memurluğundan çıkarma cezası ile tecziyesini gerektirir ölçü ve ağırlıkta olmadığına karar verilerek idari işlem iptal edilmiştir.

Antalya 1. İdare Mahkemesi’nin 24.02.2016 tarih ve E. 2015/826 – K. 2016/187 sayılı kararında ise “... *Uyuşmazlık konusu olayda, yukarıda maddeler halinde belirtildiği üzere davacının muhasebe işlemlerini idarenin belirlemiş olduğu kurallara uygun bir şekilde yapmadığı, gerçeğe aykırı muhasebe işlem fişi ve ödeme emri düzenlemek suretiyle Kuruma borcu olan bazı gerçek ve tüzel kişilerin borcunu, Kurum emanet hesabından ya da Kurumdan alacağı olan bir başka kişinin hesabından kapattığının görülmesi karşısında, davacının “gerçeğe aykırı rapor ve belge düzenlemek” fiili kapsamına giren davranışlarda bulunduğu sonuç ve kanaatine varıldığından, bu durumda davacıya disiplin cezası verilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır” yönünde bir karar verilmiştir. Söz konusu kararda belgede sahtecilik suçunun oluşabilmesi için yukarıda değinilen kararlar çerçevesinde menfaat şartının aranmadığı anlaşılmıştır. Mezkûr karar nazara alındığında idari yargı nezdinde bu hususta karar birliğine varılmadığı da görülmekle birlikte Antalya 1. İdare Mahkemesinin söz konusu kararı nazara alındığında bu yöndeki kararın adli yargı nezdinde verilen kararlarla örtüştüğü de değerlendirilmektedir.*

Yine, Sakarya İli, Hendek Adliyesinde zabıt kâtabi olarak görev yapan davacının, DMK’nin 125 inci maddesinin 1 inci fıkrasının (E) bendinin (g) alt bendi uyarınca "Devlet memurluğundan çıkarma" cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptalini istediği olayda Sakarya 2. İdare Mahkemesinin 18.12.2015 tarih ve E. 2015/162, K. 2015/1264 sayılı kararında; kamu görevlisinin davacıların istemi olmaksızın gider avanslarını evrak tanzim ederek sahte imzalarla bu paraları çekerek zimmetine geçirmesi neticesinde "*görevi ile ilgili her ne şekilde olursa olsun çıkar sağlamak*" ve "*gerçeğe aykırı belge ve rapor düzenlemek*" suçlarını işlediği ve bu suçların memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketler kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatine vardığı, ayrıca Sakarya 3. Ağır Ceza Mahkemesinin 11.11.2014 tarih ve E. 2013/168, K. 2014/323 sayılı kararı ile davacının zimmet ve resmî belgede sahtecilik suçundan mahkûm olmasına da atıf yaparak davacının DMK’nin 125 inci maddesinin 1 inci fıkrasının (E) bendinin (g) alt bendi uyarınca "Devlet memurluğundan çıkarma" cezası ile tecziyesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka ve mevzuata aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Mezkûr yargı kararı da nazara alındığında söz konusu kararın da adli yargı nezdinde verilen kararlarla örtüştüğü değerlendirilmektedir.

Yukarıda yer verilen kararların mahiyeti itibarıyla birbiri ile çeliştiği, esas olarak TCK kapsamında düzenlenen resmî belgede sahtecilik suçunun unsurları dışında çeşitli ölçütlerin de esas alınarak hüküm verildiği tespit edilmiştir. Başka bir deyişle aynı ve benzer fiiller karşısında idari yargı tarafından verilen kararlarda hüküm birliğinin olmadığı görülmektedir. Bir yandan resmî belgede sahtecilik suçunu işleyen kamu görevlisine idareyi yanıltma veya zarara sokma kastıyla hareket etmenin yanı sıra bu fiil nedeniyle menfaat temin etmenin şart koşulduğu yargı kararları mevcutken bir yandan da söz konusu fiil nedeniyle menfaat temin etmenin şart koşulmadığı yargı kararları da bulunduğu anlaşılmaktadır.

VII. TCK KAPSAMINDA RESMÎ BELGEDE SAHTECİLİK SUÇUNA YÖNELİK OLARAK ADLİ YARGI MAHKEMELERİNCE VERİLEN KARARLAR

Resmî belgede sahtecilik fiilini gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında hiyerarşisi altında bulunduğu yetkili amirlerince tesis edilen işlemler akabinde adli açıdan da süreç tekâmül ettirilmekte, adli yargı kolunda görevli ilk derece ve temyiz makamlarınca mezkûr fiil özelinde yargılama süreci nihayete erdirilmektedir. Anılan fiil özelinde adli yargı mercilerince verilen kararlara aşağıda yer verilmiştir.

YCGK 8.6.2004 tarihli ve E. 2004/6-94- K. 2004/132 sayılı kararında “*Evrakta sahtecilik suçlarının hukuki konusu kamunun güvenidir. Belgelerin gerçeğe aykırı düzenlenmesi, gerçek belgeye eklemeler yapılması, tamamen veya kısmen değiştirilmesi, eylemlerinin kamu güvenini sarstığı kabul edilerek suç sayılıp, yaptırımı bağlanmıştır. Bu nedenle de fiilen bir zararın ortaya çıkması aranmamakta, zarar olasılığı yeterli görülmektedir.*” denilerek, bu çerçevede resmî belgede sahtecilik suçunun oluşması somut bir zararın ortaya çıkmasına bağlı kılınmayarak olasılığın yeterli olduğu değerlendirilmekte, ceza yargılamasında bu hususlar nazara alınarak hüküm kurulmaktadır.

Yargıtay 11. C.D.’nin 7.3.2016 tarihli ve E. 2014/14467 - K. 2016/1982 sayılı kararında “*Resmi belgede sahtecilik suçları seçimlik hareketli suçlardan olup madde metninde belirtilen “düzenlemek” ve “kullanmak” eylemlerinin herhangi birisinin işlenmesiyle suçun tamamlanacağı...*”denildiği ve aynı doğrultuda Yargıtay 11. C.D. 16.1.2020 tarihli ve E. 2019/9666 - K. 2020/289 sayılı kararında; “*Ayrıntıları Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 12.02.2012 gün, 2012/1445-2013/54 ve 24.09.2013 gün, 2012/1506-2013/391 sayılı ve benzer kararlarında açıklandığı üzere; Resmi belgede sahtecilik suçu seçimlik hareketli bir suç olarak tanımlanmıştır. Birinci seçimlik hareket, resmi belgeyi sahte olarak düzenlemektir. Bu seçimlik hareketle, resmi belge esasında mevcut olmadığı halde, mevcutmuş gibi sahte olarak*

üretilmektedir. İkinci seçimlik hareket, gerçek bir resmi belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştirmektir. Bu seçimlik hareketle, esasında mevcut olan resmi belge üzerinde silmek veya ilaveler yapmak suretiyle değişiklik yapılmaktadır. Birinci ve ikinci seçimlik hareketle bağlantılı olarak belirtilmek gerekir ki; sahteciliğin, belge üzerindeki bilgilerin bir kısmına veya tamamına ilişkin olmasının, suçun oluşması açısından bir önemi bulunmamaktadır. Üçüncü seçimlik hareket ise, sahte resmi belgeyi bilerek kullanmaktır. Kullanılan sahte belgenin kişinin kendisi veya başkası tarafından düzenlenmiş olmasının bir önemi yoktur. Kullanma mütemadi suç şeklinde de gerçekleşebilir. Bu seçimlik hareketlerden herhangi birisinin işlenmesiyle suç tamamlanacaktır...” denildiği, bu çerçevede resmî belgede sahtecilik suçunda diğer(belge niteliğine haiz, iğfal kabiliyeti, kast) unsurların varlığı halinde resmî belgenin düzenlenmesi, değiştirmesi veyahut kullanılması suçun tamamlanması için yeterli görülerek, ayrıca menfaat temin edilmesi, kamu zararı ya da kişi mağduriyetinin oluşması gibi şartların mezkûr suçun unsurlarının oluşmasında aranmadığı saptanmıştır. Keza Yargıtay 11. C.D. 10.06.2021 tarihli ve E. 2019/11717- K. 2021/5168 sayılı kararında zarar şartına ilişkin emsal bir içtihatla; “Belgede sahtecilik suçları kasten işlenebilir suçlardan olup genel kast yeterlidir. Fail sahte belge düzenleme bilgi ve isteği ile hareket etmelidir. Sahtecilik suçu soyut tehlike suçudur. Sahtecilik eylemi işlendiğinde zarar veya zarar tehlikesi doğacağından suç oluşur. Belgelerde sahtecilik suçlarında suçun hukuki konusunun kamu güveni olması nedeni ile fiilden bir zararın ortaya çıkması aranmamakta, zarar olasılığı yeterli görülmektedir. Sahtecilik suçlarında zarar mümkün ve muhtemel olarak daima suçta saklı olup bunun kanıtlanmasına gerek yoktur. Sahteciliğin icrasıyla kamu güveni bozulup sarsıldığı ve tehlikeye düştüğü için zararın gerçekleştiğinin araştırılması ve ispat edilmesi gerekli değildir. Toplumsal zarar herhalde bulunur, bireysel zarar ise gerçekleşmeyebilir. Bireysel zarar gerçekleşmemiş olsa bile suç oluşur.” diyerek kamu zararının veya kişi mağduriyetinin şart olmadığını açık bir şekilde belirtmiştir.

Her ne kadar yukarıda belirtilen adli yargı kararları çerçevesinde resmî belgede sahtecilik suçunun sübuta ermesi için menfaat temininin, kamu zararının veya kişi mağduriyetinin şart olmadığını belirtilmiş ise de mezkûr Kanunun 210/2 maddesinde “Gerçeğe aykırı belge düzenleyen tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire veya diğer sağlık mesleği mensubu, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Düzenlenen belgenin kişiye haksız bir menfaat sağlaması ya da kamunun veya kişilerin zararına bir sonuç doğurucu nitelik taşıması halinde, resmi belgede sahtecilik hükümlerine göre cezaya hükmolünür.” hükmü gereği sağlık mesleği mensuplarının düzenlemiş oldukları belgelerde haksız menfaatin ya da

kamunun veya kişilerin zararına sonuç doğurması halinde resmî belgede sahtecilik hükümlerinin tatbik olunacağı da düzenlenmiştir. Sağlık mesleği mensubu kişiler haricindeki kamu görevlilerinin görevleri gereği veya sivil kişilerin gerçeğe aykırı belge düzenlemeleri halinde suçun oluşabilmesi için herhangi bir menfaat şartı, kamu veya kişi zararı aranmamıştır. Keza Kanununun mefhumu muhalifinden sağlık mesleği mensuplarının düzenledikleri belgede menfaat temin edilmemesi halinde TCK'nin 210'uncu maddesinin 2'nci fıkrasının 1'inci cümlesinin tatbik olunacağı açıktır.

Resmî belgede sahtecilik fiili bakımından, adli yargıda dayanılan mevzuatın güncel ve yeni mahiyette olması, suçun unsurlarının tereddüde yer vermeyecek derecede açık bir şekilde düzenlenmesi nedeniyle bu yargı kolunda verilen kararların genel olarak birbiri ile örtüştüğü görülmektedir.

VIII. ADLİ VE İDARİ YARGI MERCİLERİNİN RESMİ BELGEDE SAHTECİLİK FİİLİ BAKIMINDAN VERMİŞ OLDUKLARI KARARLARIN İDARELER NEZDİNDE YARATTIĞI SORUNLAR

Aynı fiile ilişkin olarak verilen farklı kararlar yargıya olan güveni azaltacağı gibi Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında da belirttiği üzere uygulamadaki birlikteliği sağlamaları beklenen yüksek mahkemeler içinde yer alan dairelerin ya da farklı yargı kollarına ait mahkemelerin benzer davalarda makul ve tatmin edici bir gerekçeye dayanmaksızın farklı sonuçlara varmalarının önemli olumsuzluklara yol açacağı kaçınılmazdır. Nitekim dava taraflarınca konuya veya somut olaya göre değil de uyuşmazlığa bakan mahkemeye göre bir öngöründe bulunulması ve bu çerçevede birbirine zıt sonuçların ortaya çıkma beklentisinin hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine aykırılık teşkil edeceği de aşikârdır.³⁵ Hukukun evrensel ilkelerinden olan hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerinin şüpheye mahal vermeyecek derecede tesis edilmesi gerekmekte olup, yargı kararlarında istikrarın sağlanması önem taşımaktadır. Bu çerçevede idari yargı mercileri uhdesinde birbiri ile çelişen kararların yoğun olduğu gerçeğinden hareketle öncelikle idari yargıda akabinde de her iki yargı kolu arasında resmî belgede sahtecilik suçuna ilişkin olarak meydana gelen farklılıkların giderilmesi maksadıyla yeknesaklığın sağlanmasına ve kamu görevlilerinin istihdam edildikleri teşkilatlarda yaşanan tereddütlerin giderilmesine yönelik aksiyonların alınmasında fayda bulunmaktadır.

³⁵ 21.1.2015 tarih ve 2013/135 Başvuru Numaralı Anayasa Mahkemesi Kararı, 3.6.2015 tarih ve 29375 sayılı Resmi Gazete.

Her iki yargı kolunda meydana gelen bu çelişkilerin giderilmesi adına olay bağlamında öncelikle fiilin unsurları dâhilinde konunun somut bir dava özelinde Uyuşmazlık Mahkemesine taşınabilmesi de yararlı olacaktır. Uyuşmazlık Mahkemesi bilindiği üzere hüküm uyuşmazlıkları ve görev uyuşmazlıklarını incelemektedir. Hüküm uyuşmazlığı çerçevesinde değerlendirmeye konu olabilecek olan resmî belgede sahtecilik fiilinin gerek adli gerekse idari yönden cezalandırılabilme şartlarında yeknesaklık sağlanarak tereddütlerin giderilebilmesi mümkün gözükmektedir. Uyuşmazlık Mahkemesi'nce konunun gündeme alınabilmesi için adli ve idari mercilerinde konusu, sebebi ve taraflarından en az birinin aynı olması, davanın esası hakkında birbiriyle örtüşmeyecek mahiyette çelişkili kararlar verilmesi, ortaya çıkan bu tereddüt ve çelişki sonucunda bir hakkın yerine getirilmesinin olanaksız hale gelmesi, bu sebeple ilgililerin mezkûr konuda talepte bulunmaları, anılan mahkemenin de birbiri ile örtüşmeyen kararlardan birini kaldırması, diğerini de kabul etmesi veya her iki kararı kaldırıp yerine yeni bir karar vererek hakkın yerine getirilmesine imkân tanınması gerekmektedir.³⁶ Bu belirtilen şartlar bir bütün halinde sağlanması halinde Uyuşmazlık Mahkemesi konu hakkında kararını verebilecektir. İnceleme konusu özelinde düşünüldüğünde resmî belgede sahtecilik fiilinin oluşabilmesine yönelik olarak idari yargı mercileri tarafından aranan menfaat ve/veya kamu zararının oluşması şartı adli yargı mercileri tarafından aranmamakta olup fiilin işlenmesi suçun tamamlanması için yeterli görülmüştür. Kamu görevlisinin disiplin soruşturması kapsamında meslekten çıkarmayı gerektirir fiilde bulunduğu halde mesleğe devam etmesi DMK 48/A maddesinde belirtilen düzenlemenin yerine getirilmesine engel teşkil etmektedir. Yukarıdaki anlatımdan da anlaşılacağı üzere Uyuşmazlık Mahkemesi'ne sadece ilgililer idare ve hakkında işlem tesis edilen kişi başvurabilecektir.

Gerek idari yargı kararlarındaki resmî belgede sahtecilik fiilinin işlendiğine idarece karar verilmesi halinde disiplin cezaları konusundaki farklılıklar gerekse fiilin unsurlarına yönelik farklı arayışların önüne geçilebilmesi amacıyla Danıştay özelinde İctihadı Birleştirme Kararı alınarak uygulama birliğine gidilebilmesi de mümkün gözükmektedir. Yüksek mahkemelerin üstlenmesi gereken elzem fonksiyon yargı kararlarından doğabilecek içtihat farklılıklarına bir çözüm getirmektir. Elbette kalıcı ve en ideal çözüm ise söz konusu yeknesaklığın sağlanmasını uygulayıcılara bırakmadan DMK tekelinde kanun koyucu tarafından gerçekleştirilecek reformlardır. Mevcut Kanun kapsamında disiplin hukuku çerçevesindeki düzenlemeler yetersiz olmakla birlikte resmî belgede sahtecilik fiilinde tekâmül ettirilecek iş ve işlemlerin adli ve idari yargıda aynı sonucu verecek şekilde tekrar kurgulanması

³⁶ TERCAN, s. 790.

ve bu yönde aksiyon alınması halinde idari istikrar ve hukuk güvenliği ilkelerinin sağlanmasına zemin hazırlanacaktır.

SONUÇ ve ÖNERİLER

Geçmişten günümüze değin bireylerin birbiri ile ve devletle olan ilişkilerinde hak doğurucu ve yükümlendirici bir fonksiyon üstlenen ve işlemlere konu olan belgelerin de somut durumu yansıtacak derecede korunması, bu belgeler üzerinde gerçeği ortadan kaldırıcı mahiyette gerçekleşen davranış ve fiillerin ise caydırıcı bir şekilde devlet tarafından cezalandırılması, dolayısıyla kamu düzeninin korunması gerekmiştir. Bu çerçevede anılan güven ilişkisinin sağlanması adına geçmişten günümüze dek bu husus suç ve ceza şeklinde düzenlenmiştir. Hâlihazırda kanun koyucu TCK'de resmî belgede sahtecilik suçunu kamu güvenine karşı suçlar kapsamında düzenlemiştir.

TCK'nin 204'üncü maddesinde düzenlenen resmî belgede sahtecilik suçunun birinci fıkrasında resmî belgede sahtecilik suçunun sivil kişiler tarafından resmî belgenin sahte olarak düzenlenmesi, başkalarını aldatacak şekilde değiştirilmesi ve sahte olarak düzenlenen resmî belgenin kullanılması şeklinde işlenebileceği düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise resmî belgede sahtecilik suçunun kamu görevlisi tarafından görevi gereği düzenlemeye yetkisi olduğu belge üzerinde resmî belgenin sahte olarak düzenlenmesi, başkalarını aldatacak şekilde değiştirilmesi, sahte olarak düzenlenen resmî belgenin kullanılması ve gerçeğe aykırı resmî belgenin düzenlenmesi şeklinde işlenebileceği düzenlenmiştir. Her iki fıkroda düzenlenen seçimlik hareketli fiillerden en az birinin işlenmesi ile suç tamamlanmaktadır. Maddenin birinci ve ikinci fıkrasında mezkûr suçun maddi unsurlarından olan failin kimler olabileceği de düzenlemiştir.

Resmî belgeler, vatandaşlar nezdinde önem arz ettiği kadar kamu idareleri, kurum ve kuruluşları nazarında da hayati bir değer taşımaktadır. Bu sebeple kamu görevlilerinin görevleri sırasında resmî belgelerin hazırlanması, korunması ve sonuç doğurması ile kullanılması gibi çeşitli hususlarda da bir takım disiplin müeyyidelerine gereksinim duyulmuştur. Başka bir deyişle kamu güveninin tesis edilerek kamu düzenini korunması maksadıyla birtakım tedbirlerin alınması gerekmiştir. Bu çerçevede resmî belgede sahtecilik suçunun işlenmesi halinde adli ve idari mahiyette lüzum bulunan iş ve işlemlerin tesis edilmesi gerekliliği doğmuştur. Bir kamu görevlisinin anılan suçu işlemesi halinde 657 sayılı DMK uyarınca tecziyesinin yanı sıra adli açıdan da hakkında bir yargılamanın yapılması gerekmektedir.

Adli yargıda görülen davalarda, kamu görevlisi ile ilgili verilen kararlarda bir istikrar görülmekte, TCK uyarınca suçun unsurları özelinde tereddüde mahal vermeyecek bir şekilde hüküm kurulmaktadır. Başka bir deyişle resmî belgede sahtecilik suçu özelinde adli yargı özelinde hüküm uyuşmazlığına rastlanılmamaktadır. Ancak idari yargıda bu hususta farklı kararlar bulunmaktadır. Anılan durumun önemli bir nedeninin 657 sayılı Kanunda resmî belgede sahtecilik suçunun açık bir şekilde düzenlenmemiş olmasına bağlanması mümkündür. Nitekim söz konusu Kanunun 125/D-f maddesinde “Gerçeğe aykırı rapor ve belge düzenlemek” fiili yer almakta, anılan davranışın disiplin cezasının da kademe ilerlemesinin durdurulması” cezası olduğu görülmektedir. Öte yandan aynı Kanunun 125/e-g maddesinde de “Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak” fiiline yer verilmekte, söz konusu davranışın da disiplin cezasının devlet memurluğundan çıkarma cezası olduğu anlaşılmaktadır. Mer’i mevzuat ve yargı kararları muvacehesinde yüz kızartıcı suçlar arasında sahtecilik suçunun yer aldığı da nazara alındığında bir kamu görevlisinin resmî belgede sahtecilik suçunu işlemesi halinde bu maddenin tatbiki mümkün olmaktadır. Dolayısıyla söz konusu iki farklı maddeye tekabül eden fiilin bir disiplin cezası ile tecziyesi sırasında ilgili idare, kurum ve kuruluşlar özelinde bir tereddüdün ortaya çıkabileceği aşikârdır.

Öte yandan idarenin yargısal denetiminde idari yargı mercilerinin söz konusu disiplin cezalarına ilişkin vermiş oldukları kararların adli yargıda verilen kararlar ile örtüşmediği de görülmektedir. Nitekim adli yargıda menfaat temin etme, idareyi yanıltma, kamu zararına yol açma ve kişilerin zararını hedef alma gibi unsurlar aranmamasına rağmen idari yargıda verilen kararlarda söz konusu hususlar da nazara alınarak idari işlemlerin iptal edildiği anlaşılmaktadır. Böylece aynı konu ve kişi özelinde iki farklı yargı merciinde farklı kararlar ortaya çıkmakta, söz konusu kararların tatbiki de idareler nezdinde güçleşmekte, benzeri hadiselerde hangi yargı merciinin kararının esas alınacağı noktasında da önemli tereddütler yaşanmaktadır. Bu hususlar bir kenara bırakıldığında böyle bir durumda genel olarak idari yargı nezdinde iptalle sonuçlanan veya devlet memurluğundan çıkarma cezası ile sonuçlanmayan durumlarda adli yargıda verilen bir yıldan fazla mahkûmiyet kararı ile 657 sayılı Kanunun 48’inci maddesinde yer alan şartların sağlanamamasına bağlı olarak kamu görevlisinin memuriyeti de sona ermektedir. Dolayısıyla idari yargının verdiği karar adli yargı kararı ile uygulanamaz hale de gelebilmektedir. Bu husus da nazara alındığında var olan sorunu giderici mahiyette kanun koyucu tarafından bir düzenleme yapılmasının gerekliliği açıkça ortaya çıkmaktadır.

Bu noktada 1965 yılında yürürlüğe konulan ve disiplin kısmı nadir de olsa düzenlemeye tabi tutulan 657 sayılı Kanunun günümüz koşullarına göre düzenlenmesinde fayda görülmektedir. Konu özelinde adli yargı kararlarında olduğu gibi menfaat ve kamu veya kişilerin zararını esas almayacak şekilde mezkûr disiplin fiilinin müeyyidesinin şüpheye mahal vermeyecek derecede açık bir şekilde düzenlenmesi gerektiği açıktır. Kanun koyucu tarafından bu yönde bir düzenleme yapılmasının yanı sıra idari yargı özelinde de bir içtihadı birleştirme kararının alınmasının bu aşamada yararlı olabileceği değerlendirilmektedir. Özellikle ilk derece mahkemeleri, Bölge İdare Mahkemesi ve Danıştay arasında aynı konuda yaşanan farklı kararlar da nazara alındığında idari yargı kapsamında bir içtihat birliğinin sağlanması çalışmaya konu edilen sorunları giderecektir. Bu çözüm yolunun da sağlanamaması halinde resmi belgede sahtecilik fiili dolayısıyla hakkında idari ve adli işlem yapılan kamu görevlisi veya ilgili İdare tarafından aynı konuda adli ve idari yargı mercilerinde farklı kararların ortaya çıkması halinde Uyuşmazlık Mahkemesi'ne başvurulması da nihai olarak bu hüküm uyuşmazlıklarını giderecektir.

KAYNAKÇA

- AKIN, G. (2021).Resmi Belgede Sahtecilik Suçu. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Ankara.
- ARTUÇ, M. (2018). Pratik Türk Ceza Kanunu (3. b.). Ankara: Adalet Yayınevi.
- ASLAN, M. Y. (2015). Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler Kapsamında Geniş Anlamda Sahtecilik Suçları. Ankara Barosu Dergisi, 5(2), 147-172.
- ASLAN, Z., ALTINDAĞ, H. (2019). Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması (2. b.). Ankara: Seçkin Yayınevi.
- AVCI, A. (2011). Devlet Memurluğundan Çıkarma. İstanbul Barosu Dergisi, 85(2), 198-212.
- AYGÜN, G. (2006). Kademe İlerlemesinin Durdurulması Cezası, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara.
- BAYRAKTAR, K., EVİK, V. S., KANGAL, Z. T., KIZIROĞLU, S. K., YILDIZ, A. K., ZAFER, H., AKYÜREK, G., RETORNAZ, E. A., EVİK, A. H., KARTAL, P. M., ALTUNÇ, S., İNCEOĞLU, A. A., EROĞLU, F., BOZBAYINDIR, G. B. (2020). Özel Ceza Hukuku (Cilt VI) Kamu Güvenine, Kamu Barışına, Ulaşım Araçlarına veya Sabit Platformlara Karşı Suçlar (1. b.). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- BUCAKTEPE, A. (2015). Ceza Mahkumiyetinin Devlet Memurluğuna Etkisi (1. b.). Bursa: Ekin Yayınevi.
- CİRİT, İ. R., ATALAY, O. (2020).Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar (1. b.).Ankara: Adalet Akademisi Yayınları.
- DÖNMEZ, M. (2021).Disiplin Hukukuna İlişkin Genel Bilgiler (1. b.).Ankara: Bilge Yayınevi.
- DURMUŞ, A. A. (2014). Memur Disiplin Hukuku (1. b.).Ankara: Adalet Yayınevi.
- ERMAN, S. (1949). Evrakta Sahtekarlık Suçlarında Resmi Evrak Tabirinden Ne Anlaşılacak Lazım Gelir?. Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 4(1), 127-154.
- GÖKCAN, H. T. (2009). Resmi Belgede Sahtecilik Suçu. Ankara Barosu Dergisi, 67(3), 93-126.
- GÖKCAN, H. T., ARTUÇ, M. (2017). Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri (Memur Yargılaması) (4.b.). Ankara: Adalet Yayınevi.

- GÖKCEN, A. (2018). Belgede Sahtecilik Suçları (5.b.). Ankara: Adalet Yayınevi.
- GÖKMEN, M. K. (2019). Belgede Sahtecilik Suçlarında Genel Kavramlar ve Manevi Unsur. Ankara Barosu Dergisi, 19(1), 459-472.
- KAHRAMAN, R. (2020). Belgede Sahtecilik Suçlarında İğfal Kabiliyeti.Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 26(2), 777-794.
- KARAARSLAN, M. (2009). Suç ve Cezaların Memuriyete Etkisi. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 58 (1), 95-138.
- ÖZBEK, V. Ö., KANBUR, M. N., DOĞAN, K. , BACAKSIZ, P., TEPE, İ. (2014). Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (5. b.).Ankara: Seçkin Yayınevi.
- PINAR, İ., ÇALIŞKAN, Ö. (2020). Açıklamalı İçtihatlı Memurluğun & Kamu Görevinin Sona Ermesi (1. b.). Ankara: Seçkin Yayınevi.
- SERİNOĞLU, M. (2019).Türkiye’de Memurlar Hakkında Ceza Yargılaması ve Mahkeme Kararlarının Disiplin Hukukuna Etkisi, Şeyh Edebali Üniversitesi Sosyal Bilimler EnstitüsüYüksek Lisans Tezi.
- TAŞDEMİR, K. (2019). Belgelerde Sahtecilik Suçları (2. b.) Ankara: Yetkin Yayınevi.
- TERCAN, E. (2015). Hüküm Uyuşmazlığında Uyuşmazlık Mahkemesince Esas Hakkında Yeni Bir Karar Verilmesi. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 0(5), 783-825.
- ZOR, B. V. (2021). Disiplin Hukukunda Uygulanan İdari Usul İlkeleri. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 34 (155), 331-377.

Mahkeme Kararları

Anayasa Mahkemesi, 21.1.2015 tarih ve 2013/135 Başvuru Numaralı Kararı, 3.6.2015 tarih ve 29375 sayılı Resmi Gazete.

Anayasa Mahkemesi, T. 16.1.2014, E. 2013/110, K. 2014/8.

Ankara 4. İdare Mahkemesi, T. 31.03.2015, E. 2014/827, K. 2015/423.

Antalya 1. İdare Mahkemesi, T. 24.02.2016, E. 2015/826, K. 2016/187.

Danıştay 10. Dairesi, T. 27.10.1987, E. 1987/2015, K. 1987/1721.

Danıştay 12. Dairesi, T. 09.12.2005, E. 2003/2375, K. 2005/4465.

Danıştay 12. Dairesi, T. 12.11.2010, E. 2008/1447, K. 2010/571.

- Danıştay 12. Dairesi, T. 12.02.2013, E. 2010/1591, K. 2013/439.
- Danıştay 12. Dairesi, T. 15.06.2016, E. 2013/3635, K. 2016/3891.
- Danıştay 12. Dairesi, T. 27.03.2019, E. 2015/2146, K. 2019/2258.
- Danıştay 12.Dairesi, T. 14.02.2019, E. 2015/2466, K. 2019/1062.
- Danıştay 16. Dairesi, T. 25.6.2015, E. 2015/6306, K. 2015/4109.
- Danıştay 16. Dairesi, T. 24.03.2016, E. 2015/896, K. 2016/1858.
- Danıştay 5. Dairesi, T. 19.6.2019, E. 2019/545, K. 2019/4200.
- Danıştay 5. Dairesi, T. 12.12.2017, E. 2016/18117, K. 2017/24013.
- Danıştay 5. Dairesi, T. 27.3.2019, E. 2017/10102, K. 2019/2250.
- Mersin 1. İdare Mahkemesi, T. 03.09.2020, E. 2020/654, K. 2020/1070.
- Mersin 1. İdare Mahkemesi, T. 14.10.2020, E. 2020/717.
- Sakarya 2. İdare Mahkemesi, T. 18.12.2015, E. 2015/162, K. 2015/1264.
- Sakarya 3. Ağır Ceza Mahkemesi, T. 11.11.2014, E. 2013/168, K. 2014/323.
- Yargıtay 11 CD, T. 31.05.2018, E. 2016/10237, K. 2018/5225.
- Yargıtay 11. C.D, T. 10.06.2021, E. 2019/11717, K. 2021/5168.
- Yargıtay 11. CD, T. 7.3.2016, E. 2014/14467, K. 2016/1982.
- Yargıtay 11. CD, T. 16.1.2020, E. 2019/9666, K. 2020/289.
- YCGK, T. 8.6.2004, E. 2004/6-94, K. 2004/132.



ANAYASA MAHKEMESİ'NİN EŞİTLİK İLKESİ YORUMU IŞIĞINDA DİLSEL ÇOĞULCULUK TALEPLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ ÜZERİNE BİR ANALİZ*

An Analysis on the Demands for Linguistic Pluralism in Light of the Interpretation of
the Constitutional Court on the Principle of Equality

Hakan KOLÇAK*

ÖZ

Dilsel çoğulculuk talepleri, 1982 Anayasası tarafından düzenlenen eşitlik ilkesi referans gösterilerek sıklıkla ileri sürülmektedir. Söz konusu ilkenin mevzubahis taleplerin karşılanmasını gerekli kılmadığı, bu çalışma kapsamında irdelenmektedir. Not edilen araştırma sorusuna cevap verilirken anayasal eşitlik ilkesinin kapsamı ile Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) bahse konu ilkeye dair yerleşik içtihadı incelenmiştir. Bu sebeple çalışmada hukuk dogmatığı yönteminin benimsendiği belirtilmelidir. Çalışmada 1982 Anayasası'nın 10. maddesi uyarınca genel kuralın mutlak eşitliğin sağlanması olduğu; fakat anılan maddede ismen zikredilen kesimler yönünden, nispi eşitlik uygulamalarının istisnai olarak tatbik edilebileceği belirtilmektedir. Sadece bu kesimler bakımından, dilsel çoğulculuk taleplerinin eşitlik ilkesine atf yapılarak ileri sürülmesi sınırlı da olsa mümkündür. Ancak nispi eşitlik uygulaması ile bertarafı hedeflenen dezavantajlı durumun, bir başına dilsel farklılıktan kaynaklanmaması gerekir; çünkü dil yönünden ayrımcılık, Anayasa'nın 10/1. maddesi mucibince özgül ayırım yasaklarındandır. Dezavantajlı durumun dilsel farklılıklardan kaynaklanmadığı hâllerde ise söz konusu dezavantajın bertarafında dilsel çoğulculuk talebinin pozitif etki sunma potansiyeli varsa, bu taleplerin ileri sürülmesi olasıdır. AYM'nin yerleşik içtihadına göre,

* **Gönderi:** 02.04.2023 - **Kabul:** 06.05.2023 | **Received:** 02.04.2023 - **Accepted:** 06.05.2023.

* Dr. Öğr. Üyesi, Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, Rize, Türkiye ✉ hakan.kolcak@erdogan.edu.tr • ORCID 0000-0003-1185-4055.

Atıf Şekli / Cite As: KOLÇAK, Hakan (2023). Anayasa Mahkemesi'nin Eşitlik İlkesi Yorumu Işığında Dilsel Çoğulculuk Taleplerinin Değerlendirilmesi Üzerine Bir Analiz. ÇÜHAD, (3), 80-99.

İntihal / Plagiarism: Bu makale bir intihal engelleme yazılımı aracılığıyla denetlenmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been checked via a plagiarism prevention software and reviewed by at least two referees.



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

ileri sürülebilecek taleplerin nesnel temele dayanması ve ölçülü olması da ayrıca gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Eşitlik ilkesi, Mutlak eşitlik, Nispi eşitlik, Dilsel çoğulculuk, Anayasa Mahkemesi.

ABSTRACT

Demands for linguistic pluralism have been voiced in a frequent manner by taking into account the principle of equality, which is set out in the Turkish Constitution of 1982. In this article, it is examined whether the aforementioned principle requires such demands to be satisfied or not. The scope of the constitutional principle and the well-established case-law of the Turkish Constitutional Court are scrutinised in answering the research question. It is therefore underlined that the article draws on the formal dogmatic approach. The article argues that the general rule in Article 10 of the Turkish Constitution is to ensure legal equality, but it is also possible for those groups identified by the aforementioned constitutional article to ensure substantive equality in an exceptional way. It is likely for the demands for linguistic pluralism to be claimed by referring the principle of equality only for the aforementioned groups. The disadvantage that the practice of substantive equality seeks to eliminate should not, however, be in place due to linguistic differences as Article 10/1 of the Constitution puts a ban on linguistic discrimination. For other elimination processes in which disadvantages are in place because of the reasons, not those arising from linguistic differences, it is possible to voice the pluralist demands when they would contribute to the elimination of the disadvantage. These demands should be based upon objective cornerstones and be proportional, according to the well-established case-law of the Constitutional Court.

Keywords: Principle of equality, legal equality, substantive equality, linguistic pluralism, the Constitutional Court of Türkiye.

GİRİŞ

Millet unsurunun yapısı bakımından etnik, dilsel veya dinî çeşitlilik barındıran devletlerde, çokkültürcü (*multiculturalist*) veya kültürel çoğulcu (*cultural pluralist*) nitelikteki toplum tabanlı anayasal reform talepleri tartışılabilmektedir¹. Çokkültürcü anayasal talepler genel itibarla baskın bir kimliğin bulunmadığı, millet unsurunun bileşenleri yönünden dengeli heterojenliğin gözlemlendiği devletlerde yoğunlaşmaktadır². Kültürel çoğulcu talepler ise millet unsurunun başat bir kimlik etrafında kurumsallaştığı devletlerde, baskın kimliğin başat rolüne halel getirmeden azınlık kimliklerine yönelik hoşgörünün tesis edilmesini

¹ MACKLEM, s. 533-534; RINGELHEIM, s. 105-110; STONE, s. 1217-1222; TSOSIE, s. 366-371.

² REX, SINGH, s. 106-118; SAFRAN, s. 437-465.

hedeflemektedir³. Mevzubahis talepler, bu hoşgörünün dinsel çoğulculuk için sağlanmasını gaye edinebilir⁴. Taleplerin dinsel çoğulculuk için toleransı amaçlaması da mümkündür⁵.

Dinsel çoğulculuğu hedefleyen taleplerin savunulmasında anayasal ilkelere ve haklara atıflar yapılabilmektedir. Örneğin gerek uluslararası sözleşmeler gerek ulusal anayasaların birçoğunda düzenlenen adil yargılanma hakkı referans gösterilerek anadilinde savunma hakkı bakımından dinsel çoğulculuk talepleri ileri sürülebilmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne (AYM) yapılan pek çok bireysel başvuru özelinde, adil yargılanma hakkının bir vechesi olarak anadilinde savunma hakkına atıflar yapılmıştır⁶. Kamusal alanda dinsel çoğulculuğun tesisi için

³ MACK, s. 63.

⁴ Dinsel çoğulculuk taleplerine odaklanan pek çok eser öğretide bulunmaktadır. Bunlardan bazıları için bkz. AKBULUT, s. 76-34; BHUIYAN, ZOETHOUT, s. 3-15; HARDING, s. 356-385; TARAMUNDI, s. 467-483.

⁵ Dinsel çoğulculuk taleplerini irdeleyen eserlerden bazıları için bkz. ALIJEVA, s. 484-536; ARJOCA, s. 45-55; BRUBAKER, s. 3-32; BUSEKIST, s. 338-356.

⁶ Bahse konu AYM kararlarından bazıları için bkz. Ruken Gündüz, B. No: 2018/24786, 13/09/2022, § 20, kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 25.03.2023); Leyla Güven [GK], B. No: 2018/26689, 07/04/2022, § 17, kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 25.03.2023); Turan Günana (7), B. No: 2019/85, 26/07/2022, § 23, 27, kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 25.03.2023); Reber İldem, B. No: 2014/2330, 02/03/2022, § 13, 19, 22, kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 25.03.2023); Ramazan Yıldırım, B. No: 2017/21960, 03/11/2020, § 20, kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 25.03.2023); Remzi Gegez, B. No: 2014/15676, 13/02/2020, § 8, kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 25.03.2023); Mehmet Bozhan, B. No: 2014/2797, 23/10/2019, § 9, kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 25.03.2023); Leyla Ülgen, B. No: 2014/12007, 10/01/2019, § 16, kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 25.03.2023); Arslan İlhan ve diğerleri, B. No: 2014/6357, 04/07/2018, § 59-62, kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 25.03.2023); Ömer Akdağ, B. No: 2014/13265, 04/04/2018, § 48, kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 25.03.2023); Selma Irmak, B. No: 2016/32948, 07/03/2018, § 36, kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 25.03.2023); Ali Demir ve Ali Erden, B. No: 2014/7847, 22/02/2018, § 47, kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 25.03.2023); Gülser Yıldırım (2) [GK], B. No: 2016/40170, 16/11/2017, § 62, kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 25.03.2023); Berivan Elter ve diğerleri, B. No: 2014/1825, 20/09/2017, § 11-13, kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 25.03.2023); Mehdi Tanrıkulu (3), B. No: 2014/18027, 22/12/2016, § 7, kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 25.03.2023); Bergin Karaboğa ve Yusuf Aldemir, B. No: 2014/2626, 27/10/2016, § 18, kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 25.03.2023); Veysel Kaplan (4), B. No: 2014/2795, 30/06/2016, § 12-13, kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 25.03.2023); Nihat Baymış, B. No: 2014/10373, 30/06/2016, § 40, kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 25.03.2023); Diyaeddin Alak, B. No: 2013/7122, 21/04/2016, § 19, kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 25.03.2023); Yusuf Keskin ve Sefer Baysal, B. No: 2013/7806, 21/04/2016, § 19, kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 25.03.2023); Metin Yamalak (2), B. No: 2013/9450, 13/04/2016, § 11-12, kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 25.03.2023); Necmettin Kaçar ve diğerleri, B. No: 2013/7098, 07/04/2016, § 30, kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 25.03.2023); Mehmet Çağırıcı, B. No: 2013/3020, 23/03/2016, § 33, kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 25.03.2023); Sertaç Kılıçarslan, B. No: 2013/7090, 18/02/2016, § 39-40, kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 25.03.2023); Serkan Akbaş, B. No: 2013/2342, 21/01/2016, § 19, kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 25.03.2023); Abdurrahim Balur, B. No: 2013/5467, 07/01/2016, § 15, kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 25.03.2023); İsmail Çevik, B. No: 2013/5727, 01/12/2015, § 27, kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 25.03.2023); Mehmet Ayata, B. No: 2013/2920, 07/07/2015, § 9-11, kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 25.03.2023); İlhan Bayar, B. No: 2013/4458, 25/06/2015, § 25, kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 25.03.2023); Baran Karadağ, B. No: 2014/12906, 07/05/2015, § 30, kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 25.03.2023); Cafer Kaçak, B. No: 2014/4379, 11/03/2015, § 7-8, kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 25.03.2023); Aycan Özdoğan, B. No: 2013/4841, 25/02/2015, § 6-7, kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 25.03.2023); Ali İlhan Bayar, B. No: 2013/725, 19/11/2014, § 8, kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 25.03.2023); Ramazan Özlü, B. No: 2013/4187, 30/06/2014, § 11, kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 25.03.2023).

eşitlik ilkesine atıflar yapan taleplerin sayısı da son dönemde artmaktadır. Örneğin Diyarbakır Barosu Kürtçe Dil Komisyonu tarafından İçişleri Bakanlığı'na 2021 yılının Mart ayında yapılan bir başvuru ile Kadın Acil Destek Uygulaması (KADES) ihbar hattına Kürtçe destek bölümünün eklenmesi talep edilmiştir. İlgili hattın Türkçenin yanı sıra Arapça, Farsça, Fransızca, İngilizce ve Rusça hizmet verdiğinin hatırlatıldığı başvuruda, 1982 Anayasası'nın eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesi referans gösterilerek dezavantajlı gruplar arasında sıralanan kadınlar yönünden, anadili Kürtçe olanların dil nedeniyle başkaca bir mağduriyet yaşamaması için ihbar hattının ayrıca Kürtçe hizmet vermesi talep edilmiştir⁷.

Diyarbakır Barosu, 2023 yılının Şubat ayında İçişleri Bakanlığı'na yaptığı bir diğer başvuruda, İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Başkanlığı'na bağlı Yabancılar İletişim Merkezi'nin, acil afet durumları için vatandaşlara yardım edebilmek amacıyla geliştirdiği uygulamasının Kürtçe hizmet vermesi talep edilmiştir. Söz konusu uygulamanın Türkçe ile beraber Almanca, Arapça, Farsça, İngilizce, Peştuca ve Rusça hizmet sunduğunun hatırlatıldığı başvuruda; ekonomik, sosyal, ırksal, dilsel ve dinî parametrelerden kaynaklanmayan acil afet durumlarında, anadili Kürtçe olan vatandaşların mağdur olmaması ve afetzedelerin korunması için anayasal eşitlik ilkesinin bir gereği olarak Kürtçe hizmet sunulması talep edilmiştir⁸. Bir benzeri başvuru, Mardin Barosu'nun üç ayrı komisyonu –Dilsel ve Kültürel Haklar Komisyonu, İnsan Hakları Komisyonu ve Mülteci Hakları Komisyonu– tarafından 2022 yılının Nisan ayında Türkiye Barolar Birliği'ne yapılmış; Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin iş birliğinde oluşturulan Mülteciler İçin Destek Hattı'nın dil tercüme hizmetleri arasına Kürtçenin dâhil edilmesi talep edilmiştir⁹.

Bu çalışma, yukarıda bazı örnekleri verilen dilsel çoğulculuk taleplerinin referans gösterdiği anayasal eşitlik ilkesinin, taleplerin karşılanmasını gerekli kılıp kılmadığını, AYM'nin eşitlik ilkesi bağlamındaki yerleşik içtihadı üzerinden değerlendirmeyi hedeflemektedir. Bu yönüyle çalışmanın bir hukuk dogmatığı eseri olduğu söylenebilir¹⁰.

⁷ Başvuruya ilişkin detaylı bilgi için bkznz. <https://www.gazeteduvar.com.tr/kades-icin-bakanliga-kurtce-basvurusu-haber-1517392>, (E.T. 26.03.2023).

⁸ Başvuruya ilişkin kapsamlı bilgi için bkznz. <https://www.diyarbakirbarosu.org.tr/haberler/yabanci-iletisim-merkeziyimer-tercume-destek-hattina-kurtcekurmanci-ve-zazaki-lehcelerinde-dilinin-eklenmesi-amaciyla-idari-basvuruda-bulunuldu>, (E.T. 26.03.2023).

⁹ Başvuruya ilişkin detaylı bilgi için bkznz. <https://www.basnews.com/tr/babat/749910>, (E.T. 26.03.2023).

¹⁰ Anayasa hukuku konuları, yöntemsel bakımdan iki türlü araştırılabilir. Anayasa hukuku kapsamındaki bir konu, çeşitli devlet anayasaları gözetilerek genel ve soyut olarak incelenebilir. Bu inceleme neticesinde ortaya konan eser, anayasa hukuku normatif çalışması olur. Konunun sadece bir devletin odak noktası yapılarak irdelenmesi de mümkündür. Özel ve somut olarak bir devletin konuya ilişkin anayasal hükümleri ile yerleşik içtihadını önceleyen bu yöntem neticesinde şekillendirilen eser ise hukuk dogmatığı çalışması olur. Yöntem odaklı daha fazla bilgi için bkznz. KOLÇAK, s. 27.

Çalışmamızda eşitlik ilkesinin her durumda bahse konu taleplerin karşılanmasını mümkün kılmayacağı ileri sürülmektedir. Çalışma, Türk anayasal tarihi bakımından eşitlik ilkesine ilişkin kısa bilgilendirmeyi takiben 1982 Anayasası'nda düzenlenen eşitlik ilkesinin kapsamına dair analizlerle devam etmektedir. Mevzubahis analizlerin sonrasında ise AYM'nin konuya ilişkin içtihadı irdelenmekte ve netice itibarıyla araştırma sorusuna cevap verilmektedir.

I. 1982 ANAYASASI'NDA DÜZENLENEN EŞİTLİK İLKESİ VE KAPSAMI

Hukuk devletinin bir gereği olarak kabul edilen eşitlik ilkesi, 18. yüzyıldan itibaren hukuki kaynaklarda düzenlenerek normlaştırılmıştır¹¹. Kuzey Amerika'daki koloni devletlerinin hak bildirelerinde atıflar yapılan mevzubahis ilke, 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nde de yer almış; “*Bütün insanlar, haklar bakımından özgür ve eşit doğar ve yaşarlar. Sosyal farklılıklar ancak ortak faydaya dayanabilir.*” hükmü ile söz konusu ilkenin, sınıf farklılıklarının ortadan kaldırılmasını gaye edindiğine vurgu yapılmıştır¹². Not edilen amacın yanı sıra kanun önünde eşitliği ön plana çıkaran düzenleme ise 1793 Fransız Anayasası ile yapılmış; tüm insanların yasa önünde eşit olduğu hükme bağlanmıştır¹³. Yasa önünde eşitliğe vurgu, “*Türkler kanun karşısında eşittirler ve ayrıksız kanuna uymak ödevindedirler.*” hükmü ile 1924 Türk Anayasası'nın 69. maddesinde de gözükmektedir¹⁴. Mezkûr anayasa maddesinin ikinci cümlesinde yer alan “*Her türlü grup, sınıf, aile ve kişi ayrıcalıkları kaldırılmıştır ve yasaktır.*” hükmü ise 1789 tarihli Fransız Bildirisi'nde düzenlenen eşitlik ilkesi ile uyum içerisindedir.

1924 Anayasası, eşitliği bir ilke olarak görmekten ziyade hak olarak düzenlemiştir. Nitekim ilgili madde, Anayasa'nın “*Türklerin Kamu Hakları*” başlıklı Beşinci Bölümünde yer almıştır. Eşitlik için benzeri yöndeki nitelendirme, 1961 Anayasası bakımından caridir¹⁵. Şöyle ki; “*Eşitlik*” kenar başlıklı 12. madde, 1961 Anayasası'nın “*Temel Haklar ve Ödevler*” başlıklı İkinci Kısımının “*Genel Hükümler*” başlıklı Birinci Bölümünde yer almıştır. İçerik açısından ise 1924 Anayasası'na nazaran ifade değişmiş; herkesin “*dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayırımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşit*” olduğu 12/1. maddede

¹¹ AYM, E.2003/48, K.1002/76, 23/07/2003, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 26.03.2023).

¹² KALABALIK, s. 391; KUDRET, s. 1083.

¹³ GÖREN, s. 3280.

¹⁴ 1924 Anayasası'nın tam metnine erişim için bkz. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1924-anayasasi/>, (E.T. 26.03.2023).

¹⁵ 1961 Anayasası'nın tam metnine erişim için bkz. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1961-anayasasi/>, (E.T. 26.03.2023).

belirtilmiştir. Anılan maddenin ikinci fıkrası da “Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.” hükmünü normlaştırmıştır.

Eşitliği sadece hak olarak görmeyip, eşitlik için ilke nitelendirmesi yapan adım 1982 Anayasası ile atılmıştır¹⁶. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, eşitliğin bağımsız bir ilke olarak değerlendirilmesi, hak olduğu gerçeğini değiştirmez¹⁷. Bu nedenle bireylerin bahse konu ilke mucibince eşit muamele görmeyi isteme, bir diğer ifadeyle ayrımcılığa tabi tutulmamayı isteme hakları vardır¹⁸. Nitekim pek çok uluslararası sözleşme de eşitliği bir hak olarak değerlendirmeye imkân sağlamaktadır. Örneğin Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin (KİSİHUS) “Hukuk önünde eşitlik” kenar başlıklı 26. maddesi şu hükmü içermektedir: “Herkes, hukuk önünde eşittir ve hiçbir ayrımcılığa tabi tutulmaksızın hukuk tarafından eşit olarak korunma hakkına sahiptir. Hukuk bu alanda her türlü ayrımcılığı yasaklar ve herkese ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya başka bir statü ile yapılan ayrımcılığa karşı etkili ve eşit koruma sağlar”¹⁹. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin (İHAS) “Ayrımcılık yasağı” kenar başlıklı 14. maddesi de paralel yöndeki şu hükmü barındırmaktadır: “Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır”²⁰.

1982 Anayasası’nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi, yukarıda temas edilen uluslararası sözleşme hükümleriyle uyum içerisindedir. Anılan maddenin birinci fıkrası – “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.”– ile ikinci fıkrasının ilk cümlesi –“Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir.”– eşitliğin hak yönünü ön plana çıkarmaktadır. Mezkûr maddenin sistematik bakımdan Anayasa’nın “Genel Esaslar” başlıklı Birinci Kısımında, “Kanun önünde eşitlik” kenar başlığı altında düzenlenmesi ise ilkesel boyutuna işaret etmektedir. Yine bahse konu maddenin ikinci fıkrasının son cümlesinin yanı sıra üçüncü ve son

¹⁶ 1982 Anayasası’nın tam metnine erişim için bkz. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/anayasa/>, (E.T. 26.03.2023).

¹⁷ DÖNER, s. 169; TANÖR, YÜZBAŞIOĞLU, s. 128.

¹⁸ ATAR, s. 125; KARAN, s. 236-237.

¹⁹ KİSİHUS’un tam metnine erişim için bkz. <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>, (E.T. 27.03.2023).

²⁰ İHAS’ın tam metnine erişim için bkz. https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf, (E.T. 27.03.2023).

fıkralarında “*eşitlik ilkesi*” ibaresine doğrudan yer verilerek eşitliğin sadece hak temelli bir yaklaşımla tanınmadığı, “*bağımsız bir temel ilke*” olarak düzenlendiği de anlaşılmaktadır²¹.

Anayasa'nın 11. maddesine göre, “*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır*”. Bu hükme bakılarak eşitlik ilkesinin muhatabının gerek hak gerek ilke yönünden sadece devlet olmadığı, vatandaşların da eşitliği gözetmekle yükümlü olduğu değerlendirilebilir²². Nitekim anayasa kuralları sadece devlet organlarını bağlayan dikey etkiye sahip değildir. Anayasa'nın 11. maddesinde yer alan “*diğer kuruluş ve kişileri bağlayan*” ibaresi üzerinden anayasa kurallarının yatak etkisinin de bulunduğu, yani özel kişiler bakımından da mevzu bahis kuralların bağlayıcı olduğu ve böylelikle özel hukuk alanlarına da eşitlik ilkesinin gereklerinin uygulanabileceği öğretide ileri sürülmektedir²³. Bu görüşlerin güçlü yönlerinin bulunduğu aşikârdır. Ancak Anayasa'nın 10. maddesinin son fıkrasında yer alan “*Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar*.” hükmü uyarınca eşitlik ilkesinin öncelikli muhatabının yahut yükümlüsünün devlet olduğu da ayrıca söylenebilir²⁴. Yine eşitliğin sistematik açıdan “*devlet yönetimine hâkim bir ilke*” olarak düzenlenmesi de devletin öncelikli muhatap olduğu görüşünü güçlendirmektedir²⁵.

1982 Anayasası'nın eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesinin kenar başlığı “*Kanun önünde eşitlik*” şeklinde sınırlı bir ifade barındırmasına rağmen mezkûr maddenin iki tür eşitliği düzenlediğini belirtmek gerekir. Bunlardan ilki, ilgili maddenin ilk fıkrasında sıralanan “*dil, ırk, renk, cinsiyet, siyâsî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle*” yapılan ayrımları kesin olarak yasaklayan özgül ayrım yasağıdır²⁶. Diğeri ise mutlak ve nispi eşitlik ilkelerini beraber kapsayan genel eşitlik ilkesidir²⁷. Mutlak eşitlik; “*şekli eşitlik*”, “*şematik eşitlik*”, “*yatay eşitlik*”, “*radikal eşitlik*” ve “*aritmetik eşitlik*” olarak da tanımlanabilmektedir²⁸. Eşitliğin bu yönü, kanunların şahsi ve özel durumlara bakılmaksızın herkese aynı şekilde

²¹ GÖZLER, s. 98; KESKİN, s. 60; ÖZBUDUN, s. 156.

²² ULUCAN, s. 371-372.

²³ Eşitlik ilkesi bakımından anayasa kurallarının yatay etkisine ilişkin daha fazla bilgi için bkz. ÖDEN, s. 154-157.

²⁴ DÖNER, s. 170.

²⁵ GÖZLER, s. 98; YILDIRIM, GÖÇGÜN, s. 40-41.

²⁶ GÖZTEPE, s. 106.

²⁷ GÖZTEPE, s. 106.

²⁸ GÖREN, s. 3281.

uygulanmasını gerekli kılar²⁹. Bir başka ifadeyle, mutlak eşitlik hukuksal durumlarından bağımsız olarak herkese her hâlükârda aynı davranılmasıdır³⁰.

Anayasa'nın 10. maddesinin ilk fıkrasındaki “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” hükmü ile dördüncü fıkradaki “Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.” hükmü mutlak eşitlik düzenlemelerine örnek gösterilebilir. Bu hükümler uyarınca kanunlar; Türk-Kürt, kadın-erkek, liberal-sosyalist, dindar-agnostik ve zengin-fakir gibi ayrımlar gözetilmeksizin herkese eşit bir şekilde uygulanır. Yine herhangi bir kişiye, aileye, zümreye ya da sınıfa ayrıcalık tanınması da denkleştirici adaletin tesisine yönelen mutlak eşitlik uygulamaları dairesinde mümkün değildir³¹.

Dağıtıcı adaletin tesisine yönelen nispi eşitlik ise “maddi eşitlik”, “dikey eşitlik”, “relatif eşitlik”, “geometrik eşitlik” ve “fiili eşitlik” şeklinde tanımlanabilmektedir³². Nispi eşitlik, kanunların herkese her durumda aynı şekilde uygulanmasının adalet doğurmayabileceği fikri üzerine inşa edilmektedir³³. Bu bağlamda adaletin gerçekleşmesi için aynı hukuksal durumda bulunanlara aynı, farklı durumda bulunanlara ise farklı işlemin yapılması, nispi eşitlik uygulamaları doğrultusunda mümkündür³⁴. Nispi eşitlik uygulamaları esasen aynı hukuksal durumda bulunan kişiler için mutlak eşitliği hedeflemektedir; ancak çeşitli noksanlıklardan ötürü farklı durumlarda bulunanların dezavantajlı hâllerini bertaraf edebilme adına, bu kişiler bakımından farklı işlemin tatbik edilmesi de nispi eşitliğin gereğidir³⁵. Söz konusu farklı işlemler, pozitif ayrımcılık uygulamaları olarak şekillendirilebilmekte; temel hakların kullanılması yönünden toplumsal yapı içerisinde dezavantajlı konumda bulunan kişiler lehine işlemler yapılabilir³⁶. Bahsi geçen işlemlerin esas gayesi, bireyler arasında eşitsizlikler oluşturmaktan ziyade zaten fiilen var olan eşitsizliğin giderilmesidir. Bu sebeple nispi eşitliğin gereği olarak tatbik edilen pozitif ayrımcılık uygulamaları, genel eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır³⁷.

²⁹ DÖNER, s. 170.

³⁰ GÖZLER, s. 99.

³¹ YILDIRIM, GÖÇGÜN, s. 43.

³² BOYAR, s. 72; DÖNER, s. 171; EREN, s. 432-433; GÖREN, s. 3281.

³³ DİNÇKOL, s. 104; GÖZLER, s. 99.

³⁴ ÇAĞLAR, s. 50.

³⁵ ERDOĞAN, s. 79.

³⁶ DUYZMAZ, s. 40; İNCEOĞLU, s. 49; TURHAN, s. 391.

³⁷ İBA, s. 5.

1982 Anayasası'nın 10/2. maddesindeki “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.” hükmü ile devletin kadınlar ve erkekler arasında fiilen var olan eşitsizliği gidermek adına nispi eşitlik uygulamaları tatbik edebilmesi ve böylece dezavantajlı kesim lehine pozitif ayrımcılık uygulayabilmesi mümkün kılınmaktadır. Aynı maddenin üçüncü fıkrası mucibince “çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler” lehine de devlet tarafından pozitif ayrımcılık uygulanabilir ve not edilen sosyal kesimlerin dezavantajlı durumları bertaraf edilebilir.

II. AYM'NİN EŞİTLİK İLKESİ YORUMU

1982 Anayasası'nın 10. maddesinin ilk fıkrasına bakılarak eşitlik ilkesi ile esas amaçlananın mutlak eşitlik olduğu; fakat aynı maddenin ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri ile istisnai olarak nispi eşitlik uygulamalarının da ismen zikredilen kesimler yönünden mümkün kılındığı anlaşılabilir³⁸. Bu kavrayışa paralel anlamlandırmalar AYM kararlarında da gözlemlenebilmektedir. AYM bir kararında kanun önünde eşitlik ilkesini şu şekilde izah etmiştir: “Anayasa'nın anılan maddesinde belirtilen kanun önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez”³⁹.

³⁸ KAYAALP, s. 69.

³⁹ AYM, E.2022/126, K.2023/29, 16/02/2023, § 24, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 28.03.2023). Aynı yönde bkz. AYM, E.2022/117, K.2023/4, 05/01/2023, § 14, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 28.03.2023); AYM, E.2021/35, K.2022/161, 13/12/2022, § 10, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 28.03.2023); AYM, E.2022/73, K.2022/149, 30/11/2022, § 10, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 28.03.2023); AYM, E.2022/82, K.2022/113, 28/09/2022, § 31, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 28.03.2023); AYM, E.2022/65, K.2022/102, 8/9/2022, § 11, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 28.03.2023); AYM, E.2022/22, K.2022/92, 20/07/2022, § 31, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 28.03.2023); AYM, E.2018/137, K.2022/86, 30/06/2022, § 154, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 28.03.2023); AYM, E.2022/3, K.2022/71, 01/06/2022, § 13, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 28.03.2023); AYM, E.2022/15, K.2022/73, 01/06/2022, § 54, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 28.03.2023); AYM, E.2021/66, K.2022/52, 21/04/2022, § 18, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 28.03.2023); AYM, E.2021/57, K.2022/49, 21/04/2022, § 21, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 28.03.2023);

AYM'nin eşitlik ilkesine yönelik olarak mutlak ve nispi eşitlik kavramlarından ziyade hukuki ve eylemli eşitlik kavramlarını tercih ettiği görülmektedir. Bu noktada hukuki veya hukuksal eşitlik ile kastedilenin mutlak eşitlik olduğu, eylemli eşitlik ile kastedilenin ise nispi eşitlik olduğu yukarıdaki kararda sunulan izah üzerinden anlaşılabilir. Nispi eşitlik uygulamalarının Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesini zedelemeyeceğini belirten AYM, bu uygulamaların hangi kıstaslar doğrultusunda tatbik edilebileceğini de şu şekilde ifade etmektedir: *“Eşitlik ilkesi yönünden yapılacak anayasallık denetiminde öncelikle Anayasa'nın 10. maddesi çerçevesinde aynı ya da benzer durumda bulunan kişilere farklı muamele yapılıp yapılmadığı tespit edilmeli, bu bağlamda aynı ya da benzer durumdaki kişiler arasında farklılık gözetilip gözetilmediği belirlenmelidir. Yapılacak bu belirlemenin ardından ise farklı muamelenin nesnel ve makul bir temele dayanıp dayanmadığı ve ölçülü olup olmadığı hususları irdelenmelidir. Ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Diğer bir ifadeyle bu ilke, farklı muamelenin öngörülen objektif amaç ile orantılı olmasını gerektirmektedir”*⁴⁰.

Yukarıdaki karara bakılarak nispi eşitlik uygulamaları dairesinde farklı durumlara farklı muamelenin yapılmasının *“nesnel ve makul bir temele dayanma”* ve *“ölçülü olma”* kıstaslarını karşılaması gerektiği anlaşılmaktadır. Bir diğer ifadeyle, nesnel ve makul bir temele dayanmayan ve ölçülü olmayan bir farklılığın oluşturulması, anayasal eşitlik ilkesi kapsamında savunulamaz. Önemle not etmek gerekir ki, AYM'nin görece eski tarihli kararlarında, kamu yararı ve diğer haklı nedenler de nispi eşitlik uygulamaları için kıstas olarak gösterilmektedir. Örneğin AYM bir kararında nispi eşitlik için kıstas değerlendirmesini şu şekilde yapmıştır:

AYM, E.2021/129, K.2022/33, 24/03/2022, §23, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 28.03.2023); AYM, E.2021/97, K.2022/36, 24/03/2022, § 32, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 28.03.2023); AYM, E.2019/94, K.2022/32, 24/03/2022, § 34, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 28.03.2023); AYM, E.2020/95, K.2022/3, 26/01/2022, § 25, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 28.03.2023); AYM, E.2019/13, K.2021/31, 29/04/2021, § 94, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 28.03.2023); AYM, E.2017/47, K.2017/84, 29/03/2017, § 18, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 28.03.2023).

⁴⁰ AYM, E.2022/126, K.2023/29, 16/02/2023, § 25, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 29.03.2023). Aynı yönde bkz. AYM, E.2022/117, K.2023/4, 05/01/2023, § 15, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 29.03.2023); AYM, E.2021/35, K.2022/161, 13/12/2022, § 11, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 29.03.2023); AYM, E.2022/73, K.2022/149, 30/11/2022, § 11, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 29.03.2023); AYM, E.2022/65, K.2022/102, 08/09/2022, § 12, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 29.03.2023); AYM, E.2022/3, K.2022/71, 01/06/2022, § 14, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 29.03.2023); AYM, E.2022/15, K.2022/73, 01/06/2022, § 55, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 29.03.2023); AYM, E.2021/57, K.2022/49, 21/04/2022, § 22, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 29.03.2023); AYM, E.2019/94, K.2022/32, 24/03/2022, § 35, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 29.03.2023); AYM, E.2021/97, K.2022/36, 24/03/2022, § 33, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 29.03.2023); AYM, E.2021/1, K.2021/32, 29/04/2021, § 32, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 29.03.2023); AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/07/2019, § 65, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 29.03.2023).

“Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Başka bir anlatımla, kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında yasalara değişik kurallar konulamaz. Durumlardaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklar, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesinden, Anayasa'nın eşitlik ilkesinin çiğnendiği sonucu çıkarılamaz. Bu durumda, eşitliği bozduğu ileri sürülen kural, haklı bir nedene dayanmaktaysa ya da kamu yararı amacıyla yürürlüğe konulmuş ise bu kuralın eşitlik ilkesini zedelediğinden söz edilemez. Ancak, kamu yararı ve haklı nedenin a) ANLAŞILABİLİR b) AMAÇLA İLGİLİ c) MAKUL ve ADİL olması gerekir. Getirilen düzenleme herhangi bir biçimde birbirini tamamlayan, birbirini doğrulayan ve birbirini güçlendiren bu üç ölçütten birine uymuyorsa, eşitlik ilkesine aykırı bir yön vardır denilebilir. Çünkü eşitliği bozduğu öne sürülen kural haklı bir nedene dayanmamakta ya da kamu yararı amacıyla yürürlüğe konulmamış olmaktadır. Başlangıçta var olan uyum içindeki bu koşullar, zamanla aralarındaki bağın çözülmesi hâlinde de Anayasa kuralına aykırı hâle gelebilirler”⁴¹.

Nispi eşitlik uygulamaları için haklı neden kıstası, bir diğer AYM kararında ise şu şekilde ifade edilmiştir: “AYM'nin çok sayıda kararında benimsediği eşitlik anlayışı haklı bir neden bulunmadıkça hiçbir kişiye, aileye, zümreye ya da sınıfa ayrıcalık tanınmamasını amaçlamaktadır. Buna göre, haklı neden ölçütü ile yasal düzenlemelerle yapılan bir sınıflandırma ile yasal düzenlemenin amacı arasındaki bağın mevcudiyeti, sınıflandırmanın yasa ile öngörülen amaca hizmet edip etmediği ve orantılı olup olmadığı belirlenmektedir. Kanunların, eşitlik ilkesine aykırı olmadığını söyleyebilmek için, sınıflandırmanın anlaşılabilir bir farklılığa dayanması, sınıflandırmanın kanunun amacıyla ilişkili, akla uygun ve adil olması, nedensiz, haksız, keyfi olmaması gerekir. Anayasa'nın 10. maddesinin denetiminde hukuksal durumları aynı olanlar, başka bir deyişle karşılaştırılabilir olanlar arasında haklar ve özgürlüklerden yararlanma açısından farklılık olup olmadığına bakılarak, şayet farklılık varsa bunun nesnel ve makul bir haklı nedene dayanıp dayanmadığı araştırılacaktır. Haklı nedenin varlığının tespit edilemediği durumlarda ilgili kural anayasal denetimden geçemeyecektir”⁴².

AYM'nin yukarıda not edilen kararı, nispi eşitliğin tesisi için pratiğe dökülen uygulamanın, haklı nedene dayanmaması durumunda, anayasal eşitlik ilkesi referans alınarak savunulamayacağını göstermektedir. Söz konusu haklı nedenlerin mutlak bir şekilde

⁴¹ AYM, E.1991/13, K.1992/10, 19/02/1992, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 30.03.2023).

⁴² AYM, E.2015/68, K.2017/166, 29/11/2017, § 42, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 30.03.2023).

listelenmesi zordur. Ancak AYM'nin eşitlik ilkesine yönelik yerleşik içtihadına bakıldığında, kamu yararının yanı sıra kamu düzeni, adalet ve hakkaniyet için de nesnel ve makul olma kıstaslarını karşılayan haklı neden tanımlaması yapıldığı anlaşılmaktadır⁴³. AYM, esasen her bir somut olay özelinde keyfiyete mahal bırakmadan nesnel olarak haklı nedenlerin belirlenebilmesinin önünü açmaktadır.

III. DİLSEL ÇOĞULCULUK TALEPLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu çalışmanın birinci ve ikinci bölümlerinde not edilenler ışığında, dilsel çoğulculuk taleplerinin anayasal eşitlik ilkesi doğrultusunda karşılanabilmesi için çeşitli kıstaslar oluşmaktadır. Öncelikle altı çizilmesi gerekir ki, dil yönünden ayrımcılık 1982 Anayasası'nın 10/1. maddesi mucibince özgül ayırım yasaklarından biridir. Bu sebeple bir başına dilsel farklılıklar sebebiyle nispi eşitlik uygulaması olarak farklı muamelenin gerçekleştirilmesi, anayasal eşitlik ilkesinin gereği şeklinde gözükmemektedir. Bir diğer ifadeyle, sadece farklı anadiline sahip olma üzerinden anayasal eşitlik ilkesi referans gösterilerek kamusal alanda dilsel çoğulculuğun sağlanması gerekliliğini ileri sürmek güçlü bir sav olarak değerlendirilmeyebilir.

Anayasa'nın 3. maddesi uyarınca Türkiye Devleti'nin dili Türkçedir. Bu anayasal hüküm, dilsel çoğulculuğun kamusal alanda yasaklandığı anlamına gelmemektedir. Nitekim yürürlüğe konan pek çok yasa ile dilsel çoğulculuğun kamusal alandaki çeperi genişletilmiştir. Örneğin 14.10.1983 tarihli ve 2923 sayılı Kanun'un 2/1-a maddesi, 30.07.2003 tarihli ve 4963 sayılı Kanun'un 23. maddesi ile değiştirilerek, Türk vatandaşlarının günlük yaşamlarında geleneksel olarak kullandığı dil ve lehçelerin öğretilmesi için kursların açılmasına izin verilmiştir⁴⁴. Bahse konu dil ve lehçelerde radyo ve televizyon yayınlarının devlet ve özel kanallar ile istasyonlarda yapılması, 15.02.2011 tarihli ve 6112 sayılı Kanun'un 5/1. maddesi uyarınca serbesttir⁴⁵. Bu dil ve lehçelerin yerleşim yerlerinin isimlendirilmesinde kullanılması da 10.06.1949 tarihli ve 5442 sayılı Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasının (D) bendindeki dilsel çoğulculuğu sınırlandırıcı cümleyi yürürlükten kaldıran 02.03.2014 tarihli ve 6529 sayılı Kanun'un 16/a maddesi ile mümkün kılınmıştır⁴⁶. Yine 6529 sayılı Kanun'un 16/b maddesi ile 22.04.1983 tarihli ve 2820 sayılı Kanun'un 43. maddesinin üçüncü fıkrasındaki dilsel

⁴³ Söz konusu tanımlamalara ilişkin hukuki analizler için bkz. ÇAĞLAR, s. 64; TOMBALOĞLU, s. 370-375.

⁴⁴ 2923 sayılı Kanun'un tam metnine erişim için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2923.pdf>, (E.T. 29.03.2023).

⁴⁵ 6112 sayılı Kanun'un tam metnine erişim için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6112.pdf>, (E.T. 29.03.2023).

⁴⁶ 6529 sayılı Kanun'un tam metnine erişim için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/03/20140313-15.htm>, (E.T. 29.03.2023).

çoğulculuğu sınırlandıran ibare yürürlükten kaldırılmış ve Türkçe dışındaki dillerin siyasi propaganda sürecinde kullanımının önü açılmıştır⁴⁷.

Not edilen yasal düzenlemelere bakılarak dilsel çoğulculuğun her alanda tesisi noktasında devlet organlarının pozitif yükümlülüğünün bulunduğu ve bu yükümlülüğün yerine getirilmesinin anayasal eşitlik ilkesinin bir gereği olduğu sanılmamalıdır. 1982 Anayasası'nın herhangi bir hükmü, dilsel çoğulculuğun kamusal alanın bütününde tesis edilmesini sağlamak üzere devletin görevi yahut sorumluluğunu düzenlememektedir. Bu hususa ilişkin olarak anayasal sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla, devletin takdir yetkisini kullanarak adımlar atabileceğini belirtmemiz isabetli olacaktır.

Dilsel çoğulculuk bakımından devletin takdir yetkisinin bulunduğu AYM tarafından da kabul edilmektedir. AYM'ye yapılan bir itiraz yolu başvurusunda, 21.06.1934 tarihli ve 2525 sayılı Kanun'un 3. maddesinde yer alan ve *"yabancı ırk ve millet"* isimlerinin soyadı olarak kullanılmasını yasaklayan ibarenin anayasal eşitlik ilkesine aykırılığı savıyla iptali istenmiştir. Başvuruda, şahsın mevcut soyadını Türkçe bir sözcük ile değiştirmek isteyip mahkemeye başvuruda bulunması hâlinde herhangi bir yasal sorunla karşılaşmadığı; ancak Türkçe kökenli olmayan bir sözcüğü soyadı olarak kullanmak gayesiyle mahkemeye başvurduğunda, itiraz konusu yasa hükmü nedeniyle talebinin olumsuz sonuçlandığı ve nihayetinde hukuksal durumları aynı olanlara farklı muamelede bulunulması sebebiyle eşitlik ilkesinin ihlal edildiği ileri sürülmüştür. AYM, itiraza konu yasa ibaresine ilişkin olarak yasa koyucunun *"ulusal aidiyet ilkesi içinde anayasal birliktelik altında aynı topraklarda ve ortak atmosferde yaşayan vatandaşlar yönünden ulus kimliği ve dili altında toplanan bir dil kimliği anlayışı"* getirdiğini belirtmiştir. *"Ulus bütünlüğünün algılanabilmesi ve aynı iklimde yaşayan insanların tasa ve kıvanç ortaklığı, koruma, kollama, yardımlaşma duygularının devamlılığı ve birbirlerine karşı yabancılaştırmalarının önlenmesi nedeniyle yasa koyucunun bu alana müdahale yetkisi[ni], kamu yararı ve kamu düzeni niteliğini içermekte [olduğuna] ve takdir yetkisi içinde [kaldığına]"* hükmeden AYM, itirazın reddine karar vermiştir⁴⁸.

AYM'nin yukarıdaki kararı, dilsel çoğulculuk taleplerinin anayasal eşitlik ilkesi referans gösterilerek hiçbir suretle ileri sürülemeyeceği anlamına gelmemektedir. AYM içtihatlarında haklı neden olarak gözüken kamu yararına atıf yapılarak birçok dilsel çoğulculuk talebinin, anayasal eşitlik ilkesinin kapsamı dışında kalması söz konusu olabilir. Ancak tüm

⁴⁷ 2820 sayılı Kanun'un tam metnine erişim için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.2820.pdf>, (E.T. 29.03.2023).

⁴⁸ AYM, E.2009/47, K.2011/51, 17/03/2011, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 30.03.2023).

taleplerin tereddütsüz bahse konu ilkenin çeperini aşacağını söylemek mümkün değildir. AYM içtihatlarına bakıldığında, eylemli yahut nispi eşitlik uygulamalarının nesnel ve makul bir temele dayanmaları ve ölçülü olmaları durumunda tatbik edilebileceği gözükmektedir. Anayasa'nın 10. maddesi uyarınca nispi eşitlik uygulamalarının yöneltilebileceği kesimler bellidir. Bu bağlamda kadınlar, çocuklar, yaşlılar, özürllüleri (engelliler), harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için nispi eşitlik uygulamaları tatbik edilebilir. Anayasa'nın genel kural olarak mutlak eşitliğin tesis edilmesini araması ve nispi eşitlik uygulamalarına sadece sayılan kesimler bakımından istisnai olarak cevaz vermesi, nispi eşitlik uygulamalarının muhatabı olabilecek kesimlerin sayısının içtihat yoluyla genişletilmesine de engeldir. Bir başka ifadeyle, Anayasa'nın 10. maddesinde zikredilen gruplar dışındakiler için pozitif ayrımcılık yapılması mümkün değildir⁴⁹.

Bu noktada irdelenmesi gereken bir diğer mesele, Anayasa'da sayılan kesimler için dilsel çoğulculuğu sağlayacak nispi eşitlik uygulamalarının tatbik edilip edilemeyeceğidir. İlk etapta önemle vurgulamak gerekir ki, bir başına dilsel farklılık üzerinden anayasal eşitlik ilkesi referans gösterilerek mevzubahis kesimler için farklı muameleye meşruiyet sağlanamaz. Ancak bu kesimlerin fiilen var olan dezavantajlarının giderilebilmesinde dilsel çoğulculuğun potansiyel pozitif etkisi üzerinden hareket edilerek nispi eşitlik talepleri ileri sürülebilir. Çalışmamızın giriş kısmında kısaca bahsedilen KADES ihbar hattına Kürtçe destek bölümünün eklenmesi talebi, kadınlar bakımından fiilen var olan dezavantajların giderilebilmesinde, dilsel çoğulculuğun potansiyel pozitif etkisi üzerinden hareket edilerek nispi eşitlik taleplerinin ileri sürülmesine örnek teşkil etmektedir.

Diyarbakır Barosu'nun KADES'e ilişkin başvurusuna idarenin 60 günlük süre içerisinde cevap vermemesi üzerine idarenin zımnen ret kararının iptali istemiyle 2021 yılının Haziran ayında Ankara 15. İdare Mahkemesi'nde dava açılmıştır. 2022 yılının Mayıs ayında İçişleri Bakanlığı'nın kararını iptal eden İdare Mahkemesi, "*resmî yazışma mahiyetinde olmayan kadınların herhangi bir tehdit anında bir dokunuşla en hızlı şekilde kolluk birimlerine ulaşarak yardım almalarının teminini amaçlayan bu teknolojik uygulamanın ülkemiz sınırlarında bulunan ve devletin güvenliğini sağlamakla yükümlü olduğu vatandaş olan ya da olmayan yabancı mülteci, sığınmacı, göçmen, turist ve benzeri hemen her kadının anlayabileceği ve kullanabileceği şekilde yaygınlaştırılmasının ve kullanımının kolaylaştırılmasının uygulamanın maksadına uygun olacağı tartışmasızdır.*" şeklinde

⁴⁹ GÖZLER, s. 100.

değerlendirme yapmıştır. Mahkeme; “KADES uygulamasına Kürtçe ihbar çağrısı eklenmesinin Kürt kökenli Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının bu uygulamadan azami ölçüde faydalanmasına hizmet edeceği[ni] de izahtan vareste” görmüş ve “Kürt kökenli Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının bu uygulamadan azami ölçüde faydalanmasını teminen KADES uygulamasının ara yüzlerine Kürtçe çeviriler de eklenmesini uygulamanın maksadına daha uygun iken aksi yönde tesis edilen işlemin kamu menfaatlerine ve hakkaniyete uygun olmadığı” sonucuna varmıştır. Ankara 15. İdare Mahkemesi'nin kararını takiben adım atan İçişleri Bakanlığı ise Kürtçe ile birlikte Almanca, İspanyolca, Kırgızca ve Özbekçeyi KADES ihbar hattının hizmet sunduğu diller arasına ilave etmiştir⁵⁰.

Bu noktada altını çizmek gerekir ki, nispi eşitlik uygulamasının muhatabı olabilecek kesimler için de dilsel farklılık bir başına farklı muameleye gerekçe olamaz. Dil yönünden özgül ayırım yasağı, bahsi geçen kesimler için de caridir. Nitekim AYM'ye yapılan bir bireysel başvurudaki somut olayda başvurucunun oğluna koyduğu “*Ciwan*” isminde yer alan “w” harfinin kullanımı, mahkeme tarafından 01.11.1928 tarihli ve 1353 sayılı Kanun'un 2. maddesine aykırı görülmüş ve bu harfin yerine “v” harfi kullanılarak çocuğun adının “*Civan*” şeklinde düzeltilmesine karar verilmiştir⁵¹. Başvurucu AYM'ye yaptığı bireysel başvuruda; devletin, Kürt kültürünün yaşatılmasını engellemek maksadıyla Kürtçe isim konulmasını engellediğini ve bu engelleme dolayısıyla Anayasa'da güvence altına alınan özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ile bağlantılı olarak eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir⁵². Başvurucunun “*yalnızca Kürt olması nedeniyle ayrımcılığa uğradığını dile getirmiş [olduğunu ve] bu iddiasını temellendirecek hiçbir somut açıklama [yapmadığını]*” değerlendiren AYM, “*ayrımcılık iddiasının ciddiye alınabilmesi için başvurucunun kendisiyle benzer durumdaki başka kişilere yapılan muamele ile kendisine yapılan muamele arasında bir farklılığın bulunduğunu ve bu farklılığın meşru bir temeli olmaksızın ırk, renk, cinsiyet, din, dil ve benzeri ayrımcı bir nedene dayandığını makul delillerle ortaya koyması gerektiğini*” belirtmiştir⁵³. Bu sebeple açıkça dayanaktan yoksun görülen başvurunun, eşitlik ilkesi ihlaline ilişkin kısmı kabul edilemez bulunmuştur.

⁵⁰ KADES örneği hakkında daha fazla bilgi için bkz. <https://www.haberturk.com/son-dakika-kades-uygulamasina-kurtce-de-ekleniyor-3452349>, (E.T. 24.03.2023). Örneğe ilişkin olarak ayrıca bkz. <https://www.gazeteduvar.com.tr/kadeste-ayrimcilik-son-buldu-kurtce-de-sisteme-eklendi-haber-1567440>, (E.T. 24.03.2023).

⁵¹ Abdullah Yılmaz, B. No: 2018/33702, 15/3/2022, § 4-9, kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, (E.T. 29.03.2023).

⁵² Abdullah Yılmaz, § 23-25.

⁵³ Abdullah Yılmaz, § 56-58.

Abdullah Yılmaz kararı, dilsel farklılığın bir başına nispi eşitlik uygulamalarıyla bertaraf edilmesi gereken dezavantajlı hukuksal durumu oluşturmadığını göstermektedir. Ancak nispi eşitlik uygulamasının muhatabı olan kesimlerin, anayasal hakların kullanımı yönünden dezavantajlarının bulunduğu hâllerde, mevzubahis dezavantajların ortadan kaldırılmasında dilsel çoğulculuk adımlarının pozitif etkisi olacak ise nispi eşitlik uygulamaları dairesinde bu adımların atılması, KADES örneğinde olduğu gibi mümkündür. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, nispi eşitliği tesis edecek dilsel çoğulculuk adımlarının nesnel temele dayanması ve ölçülü olması da hem 1982 Anayasası'nın eşitliğe ilişkin hükümlerinin hem de AYM'nin yerleşik içtihadının gereğidir. Bu bakımdan Anayasa'nın sözüne aykırı bir adımın nispi eşitliğin sağlanması için dezavantajlı kesimler yönünden de atılması mümkün değildir. Örneğin Türkçe dışındaki bir dilin resmî kullanımı yahut anadili olarak öğretimi, bu kullanımın veya öğretimin bahse konu kesimlerin anayasal haklarının kullanımında beliren dezavantajlarını bertaraf etme hususunda olumlu etki sunma potansiyeline sahip olsa dahi, eşitlik ilkesi referans gösterilerek ileri sürülemez; çünkü Türkçe dışındaki dillerin resmî kullanımı Anayasa'nın 3. maddesinin ilk fıkrasının ikinci cümlesine, bu dillerin anadili olarak öğretimi ise Anayasa'nın 42. maddesinin son fıkrasının ilk cümlesine aykırıdır⁵⁴.

SONUÇ

Eşitlik ilkesine atıflar yapan dilsel çoğulculuk taleplerinin sayısı son yıllarda artmaktadır. Mevzubahis ilkenin söz konusu taleplerin karşılanmasını gerekli kılıp kılmadığı, anayasal eşitlik ilkesinin kapsamı ve AYM'nin bahse konu ilkeye yönelik yerleşik içtihadı gözetilerek bu çalışmada irdelenmiştir. Eşitlik ilkesi, 1982 Anayasası'nda hem hak hem de ilke olarak düzenlenmektedir. Anayasa'nın 10. maddesi doğrultusunda genel kural, mutlak eşitliğin sağlanmasıdır. Ancak mezkûr maddede tespit edilen dezavantajlı kesimler bakımından nispi eşitlik uygulamalarının da tatbik edilmesi mümkündür.

Dil yönünden ayrımcılık, Anayasa'nın 10. maddesi uyarınca özgül ayırım yasağı olarak düzenlendiğinden, bir başına dilsel farklılıklardan kaynaklı dezavantajlı durumların bertarafı için dilsel çoğulculuk taleplerinin Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi referans gösterilerek ileri sürülmesi güçlü bir sav değildir. Ancak pozitif ayrımcılık yapılabilecek ve Anayasa gereği nispi eşitlik uygulamalarının muhatabı olabilecek kadınlar,

⁵⁴ Anayasa'nın 3. maddesinin ilk fıkrası şu hükümlerden oluşmaktadır: “*Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür. Dili Türkçedir*”. Anayasa'nın 42. maddesinin son fıkrasının ilk cümlesi ise şu şekildedir: “*Türkçeden başka hiçbir dil, eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına ana dilleri olarak okutulamaz ve öğretilemez*”.

çocuklar, yaşlılar, özürllüer (engelliler), harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler bakımından dilsel çoğulculuk taleplerinin eşitlik ilkesine atıflar yapılarak ileri sürülmesi sınırlı da olsa mümkündür.

Yukarıda belirtilen kesimlerin, anayasal hakların kullanımı bakımından dezavantajlı bulunduğu durumlarda, bu dezavantajların ortadan kaldırılmasında eğer dilsel çoğulculuk taleplerinin olumlu etki sunma ihtimali varsa, ileri sürülmeleri söz konusu olabilir. Bu noktada vurgulamak gerekir ki, dezavantajlı durumun kendisi, dilsel farklılıklardan kaynaklanan bir hâl olmamalıdır. Dilsel farklılıklar dâhil olmak üzere özgül ayırım yasaklarının dışında kalan alandaki anayasal hakların kullanımından kaynaklı bir dezavantajın bertarafı açısından ileri sürülebilenin mümkün olabileceğinin altı çizilmesi isabetli olacaktır. İleri sürülen talebin nesnel temele dayanması ve ölçülü olması da ayrıca gereklidir.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, O. (2016). Anayasal Dinsel Çoğulculuk. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- ALİJEVA, L. (2017). Left Behind? A Critical Study of the Russian-speaking Minority Rights to Citizenship and Language in the Post-Soviet Baltic States: Lessons from Nationalising Language Policies. *International Journal on Minority and Group Rights*, 24(4), 484-536.
- ARJOCA, V-M. (2020). The Relationship between Linguistic Pluralism and Legal Pluralism. *Revista de Ştiinţe Politice*, 11(67), 45-55.
- ATAR, Y. (2021). Türk Anayasa Hukuku (14. b). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- BHUIYAN, J. H., ZOETHOUT, C. M. (2023). Freedom of Religion and Religious Pluralism: An Introduction (pp. 3-15). *Freedom of Religion and Religious Pluralism* (eds. J. H. BHUIYAN, C. M. ZOETHOUT). Leiden: Brill Nijhoff.
- BOYAR, O. (2016). Anayasa Hukuku ve Şiddet. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22(1), 53-80.
- BRUBAKER, R. (2015). Linguistic and Religious Pluralism: Between Difference and Inequality. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 41(1), 3-32.
- BUSEKIST, A. V. (2018). Territorial Pluralism and Language Communities (pp. 338-356). *Forms of Pluralism and Democratic Constitutionalism* (eds. J. COHEN, A. ARATO, A. V. BUSEKIST). New York: Columbia University Press.
- ÇAĞLAR, S. (2012). Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu. *Ankara Barosu Dergisi*, 3, 43-86.
- DİNÇKOL, B. (2005). Kadın-Erkek Eşitliği İçin Pozitif Ayrımcılık. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 4(8), 101-117.
- DÖNER, A. (2023). Türk Anayasa Hukuku (3. b). Ankara: Yetkin Yayınları.
- DUYMAZ, E. (2014). Anayasa Mahkemesi'nin Soyadına İlişkin Kararları Üzerine Düşünceler. *Anayasa Hukuku Dergisi*, 3(5), 37-52.
- ERDOĞAN, M. (2017). Anayasal Demokrasi (13. b). Ankara: Siyasal Kitabevi.
- EREN, A. (2021). Anayasa Hukuku Dersleri: Genel Esaslar – Türk Anayasa Hukuku (3. b). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

- GÖREN, Z. (2016). Genel Eşitlik İlkesi. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22(3), 3279-3301.
- GÖZLER, K. (2023). Türk Anayasa Hukuku Dersleri (27. b). Bursa: Ekin Yayınevi.
- GÖZTEPE, E. (1999). Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı. Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 54(2), 101-131.
- HARDING, A. (2012). Malaysia: Religious Pluralism and the Constitution in a Contested Polity. Middle East Law and Governance, 4(2-3), 356-385.
- İBA, Ş. (2006). Eşitlik ve Pozitif Ayrımcılık Kavramları Yönünden Dokuzuncu Anayasa Değişikliği. Amme İdaresi Dergisi, 39(1), 1-15.
- İNCEOĞLU, S. (2001). Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi. Anayasa Yargısı, 17(1), 41-70.
- KALABALIK, H. (2017). İnsan Hakları Hukuku (5. b). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- KARAN, U. (2015). Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi. Anayasa Yargısı, 31(1), 235-306.
- KAYAALP, D. (2019). Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ile Getirilen Ayrımcılık Yasağı İstisnalarının İş Hukukundaki Görünümü Üzerine Genel Bir Değerlendirme. Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(1), 67-107.
- KESKİN, Z. (2023). İdari Davalarda Eşitlik Denetiminin Yoğunluğu. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14(1), 58-72.
- KOLÇAK, H. (2022). Anayasal Tanıma Biçimleri: Anadilini Resmî Statüde Kullanma Hakkı Özelinde Normatif Bir Çalışma. Ankara: Adalet Yayınevi.
- KUDRET, H. A. (2020). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yasaklanan Ayrımcılık Temeli Olarak Cinsel Yönelim. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 26(2), 1079-1110.
- MACK, J. B. (1994). Cultural Pluralism and Multiculturalism: E Pluribus Unum Or Ex Uno Plura?. Hitotsubashi Journal of Social Studies, 26(2), 63-72.
- MACKLEM, P. (2008). Minority Rights in International Law. International Journal of Constitutional Law, 6(3-4), 531-552.

- ÖDEN, M. (2003). Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi. Ankara: Yetkin Yayınları.
- ÖZBUDUN, E. (2014). Türk Anayasa Hukuku (15. b). Ankara: Yetkin Yayınları.
- REX, J., SINGH, G. (2003). Pluralism and Multiculturalism in Colonial and Post-colonial Society: Thematic Introduction. *International Journal on Multicultural Societies*, 5(2), 106-118.
- RINGELHEIM, J. (2010). Minority Rights in a Time of Multiculturalism – The Evolving Scope of the Framework Convention on the Protection of National Minorities. *Human Rights Law Review*, 10(1), 99-128.
- SAFRAN, W. (2003). Pluralism and Multiculturalism in France: Post-Jacobin Transformations. *Political Science Quarterly*, 118(3), 437-465.
- STONE, S. L. (2000). Comment: Cultural Pluralism, Nationalism, and Universal Rights. *Cardozo Law Review*, 21, 1211-1224.
- TANÖR, B., YÜZBAŞIOĞLU, N. (2018). 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku (17. b). İstanbul: Beta Yayıncılık.
- TARAMUNDI, D. M. (2017). Legal Pluralism and Reasonable Accommodation of Religious Diversity. *International Journal on Minority and Group Rights*, 24(4), 467-483.
- TOMBALOĞLU, N. (2014). Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Yararı Kavramı. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(1), 353-388.
- TSOSIE, R. A. (2003). Tribalism, Constitutionalism, and Cultural Pluralism: Where Do Indigenous Peoples Fit within Civil Society?. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 5(2), 357-404.
- TURHAN, M. (2007). Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı. Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 62(3), 379-404.
- ULUCAN, D. (2013). Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15, 369-383.
- YILDIRIM, T., GÖÇGÜN, M. (2016). İdarenin Düzenleyici İşlemlerinde Eşitlik İlkesi. *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(2), 39-60.



TARTIŞMALI YÖNLERİYLE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA İTİRAZ KANUN YOLU*

Objection as a Legal Remedy in Criminal Procedure Law with Its Controversial Aspects

Recep KAYABAŞI **

ÖZ

Yargılama sürecinde verilmiş olan kararların hukuka uygun olması gereklidir. Ancak bazen verilen kararlarda hukuka aykırılıklar bulunabilir. Kanun yolları, kararların hukuka uygun olup olmadığının denetimine olanak sağlayan önemli kurumlardır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda kanun yolları, olağan kanun yolları ve olağanüstü kanun yolları olmak üzere iki ana başlık altında düzenlenmiştir. İtiraz kanun yolu, olağan kanun yollarından biridir. İtiraz, hâkim ve kanunun gösterdiği hallerde mahkeme kararlarına karşı başvurulabilen kanun yoludur. Bu çalışmada itiraz kanun yolu incelenecektir. Özellikle tartışmalı hususlar hakkında detaylı bir inceleme yapılacaktır. Sorun teşkil eden hususlar hakkında ileri sürülen çözüm önerileri üzerinde durulacaktır. Bu inceleme yapılırken doktrindeki görüşlerden ve mahkeme kararlarından yararlanılacaktır.

Anahtar Kelimeler: İtiraz, Kanun Yolu, Olağan Kanun Yolu, Ceza Muhakemesi Hukuku.

• **Gönderi:** 31.03.2023 - **Kabul:** 07.05.2023 | **Received:** 31.03.2023- **Accepted:** 07.05.2023.

* Bu çalışma Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde hazırlanan “Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanun Yolu Olarak İtiraz” başlıklı yüksek lisans tezinden üretilmiştir.

** Avukat, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, Kırıkkale, Türkiye ✉ recep kayabasi7@gmail.com • ORCID 0000-0003-0254-6333.

Atıf Şekli / Cite As: KAYABAŞI, Recep (2023). Tartışmalı Yönleriyle Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz Kanun Yolu. ÇÜHAD, (3), 100-126.

İntihal / Plagiarism: Bu makale bir intihal engelleme yazılımı aracılığıyla denetlenmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been checked via a plagiarism prevention software and reviewed by at least two referees.



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

ABSTRACT

Decisions made in criminal proceedings must be in accordance with the law. However, sometimes the decisions taken can be against the law. Legal remedies are important institutions that enable the control of decisions. Legal remedies are organized under two main headings as ordinary legal remedies and extraordinary legal remedies in the Criminal Procedure Law No. 5271. Objection is one of the ordinary legal remedies. Objection is a legal remedy that can be applied against judge decisions and court decisions. In this study, the objection as a legal remedy will be examined. Particularly controversial issues will be examined. Suggestions for solutions on problematic issues will be expressed. While conducting this examination, opinions in the doctrine and court decisions will be used.

Keywords: Objection, Legal Remedy, Ordinary Legal Remedy, Criminal Procedure Law.

GİRİŞ

Ceza muhakemesinin birçok amacı vardır. Bu amaçlardan en önemlisi maddi gerçeğe ulaşmaktır¹. Muhakeme sürecinde, maddi gerçeğe ulaşmak için birçok karar verilmektedir². Bu kararların hukuka uygun olması hukuk devletinin bir gereğidir³. Ancak bazen verilen kararlarda hukuka aykırılıklar bulunabilir. Zira kararları veren hâkimler de her insan gibi hata yapabilirler⁴. Hatalı kararların verilebileceği ihtimali gözetilerek, muhakeme hukukunda kararların denetimini mümkün kılan kanun yollarına yer verilmiştir⁵.

Kanun yolları, yargılama makamları tarafından verilen kararların denetimine imkân sağlayan hukuki çarelerdir⁶.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) yer alan hukuki çareleri kanun yolları ile sınırlamamız mümkün değildir. Örneğin, eski hale getirme kurumu bir hukuki çare olmasına rağmen bir kanun yolu değildir⁷.

¹ ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 27; ÜNVER, HAKERİ, s. 50-51.

² ÖZEN, İtiraz Kanun Yolu, s. 5.

³ ORMANOĞLU, s. 5.

⁴ WEITZEL, s. 21; TOROSLU, FEYZİOĞLU, s. 379.

⁵ ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞIZ, s. 728.

⁶ ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 605; ÜNVER, HAKERİ, s. 745.

⁷ ÖZEN, Ceza Muhakemesi, s. 195 ve 823. Eski hale getirmenin hukuki niteliği konusundaki görüşler için bkz. CENTEL, ZAFER, s. 753.

Hukuki çare kavramı doktrinde üst kavram olarak kullanılmaktadır. Bu kavram, kanun yolları ile kanun yolları haricindeki diğer hukuki çareleri kapsayan bir kavramdır⁸.

CMK’da kanun yolları, olağan kanun yolları ve olağanüstü kanun yolları olmak üzere iki başlık altında düzenlenmiştir. Olağan kanun yolları, kesinleşmemiş kararlara karşı başvurulabilen kanun yollarını ifade ederken; olağanüstü kanun yolları, kesinleşmiş kararlara karşı başvurulabilen kanun yollarını ifade etmektedir⁹.

İtiraz kanun yolu, olağan kanun yolları başlığı altında düzenlenmiştir (CMK m. 267). Çünkü itiraz kanun yolunun konusunu oluşturan kararlar henüz kesinleşmiş kararlar değildir.

Bu çalışmada itiraz kanun yoluna ilişkin bazı tartışmalı hususlar öne çıkarılacak ve detaylı bir biçimde incelenecektir. Ancak çalışmanın amacını aşmamak için diğer hususlar hakkında genel bilgiler verilecektir.

I. GENEL OLARAK İTİRAZ KANUN YOLU VE İTİRAZ KANUN YOLUNUN KONUSUNU OLUŞTURAN KARARLAR

CMK’nın 267’nci maddesinde “*hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hallerde mahkeme kararlarına karşı*” itiraz kanun yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir.

CMK’nın bu hükmüne göre, hâkim kararları ile mahkeme kararları itiraz kanun yolunun konusunu oluşturmaktadır¹⁰. Ancak bu hükme rağmen CMK’da Cumhuriyet savcısının kararına itiraz edilebileceğini öngören bazı düzenlemeler yer almaktadır. Örneğin, CMK m. 173’te Cumhuriyet savcısının “kovuşturmaya yer olmadığına dair karar” vermesi halinde bu karara itiraz edilebileceği düzenlenmiştir¹¹. Doktrinde bu hükümde “*itiraz*” kavramının kullanılmasının isabetli olmadığı ileri sürülmektedir¹². Doktrinde ileri sürülen bu görüşün yerinde olduğu söylenmelidir. Çünkü CMK m. 267 hükmü açıktır. Ancak hâkim ve mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir. Bu nedenle CMK m. 173’te yer alan itirazı kanun yolu

⁸ ALDEMİR, s. 22; ERSOY, Aleyhe Değiştirme Yasağı, s. 59; ÖZDEMİR, s. 5; ÖZEN, Ceza Muhakemesi, s. 823; SCHROEDER, VERREL, s. 282-283. Hukuki çare kavramı doktrinde bazı yazarlarca kullanılmaktadır. Bu kavram ve bu kavramın yerine kullanılan diğer kavramlar için bkz. ÖZEN, İtiraz Kanun Yolu, s. 6-11.

⁹ CENTEL, ZAFER, s. 885.

¹⁰ İtiraz kanun yoluna başvurulabileceğini belirten bazı hükümler şu şekildedir: CMK m. 5/2, CMK m. 18/3, CMK m. 28/1, CMK m. 31/3, CMK m. 42/2, CMK m. 60/4, CMK m. 74/4, CMK m. 75/6, CMK m. 76/5, CMK m. 101/5, CMK m. 104/2, CMK m. 111/2, CMK m. 131/1, CMK m. 151/4, CMK m. 174/5, CMK m. 223/8.

¹¹ Aynı şekilde bkz. CMK m. 158/6 – “*Soruşturma yapılmasına yer olmadığına dair karar, varsa ihbarda bulunana veya şikâyetçiye bildirilir ve bu karara karşı 173 üncü maddedeki usule göre itiraz edilebilir. İtirazın kabulü hâlinde Cumhuriyet başsavcılığı soruşturma işlemlerini başlatır*”.

¹² YENİSEY, NUHOĞLU, s. 723.

olarak değerlendirmemek gerekir. CMK m. 173'te yer alan itirazın hukuki niteliği yalnızca bir hukuki çaredir¹³. Doktrinde CMK m. 173'te kullanılan "itiraz" kavramı yerine "kovuşturma davası" kavramının kullanılmasının daha uygun olacağı ifade edilmektedir¹⁴.

CMK m. 267 hükmüne göre, hâkim kararlarına karşı itiraz kanun yoluna başvurulması kuraldır. Bu sebepten dolayı, hâkim kararına karşı itiraz yoluna gidilebileceğine kanunda açıkça yer verilmesi bile ilgili hâkim kararına karşı itiraz yoluna başvurulabilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, kanunda açıkça ilgili hâkim kararına karşı itiraz yoluna gidilemeyeceği belirtilmişse artık o hâkim kararı için itiraz kanun yoluna başvuru yapılamayacaktır¹⁵. Örneğin, CMK m. 259'da "Suç konusu olmayıp sadece müsadereye tâbi bulunan eşyanın müsaderesine sulh ceza hâkimi tarafından duruşma yapılmaksızın karar verilir" denilmiştir. Dikkat edileceği üzere, hâkim tarafından verilen bu karara itiraz edilebileceği kanun metninde yer almamaktadır. Ancak hâkim kararlarına karşı itiraz yoluna başvurulması kural olduğu ve itiraz kanun yolunun kapalı olduğuna dair bir ifade de kanun metninde yer almadığı için bu karara karşı itiraz yoluna başvurulabilecektir. Nitekim Yargıtay kararlarında da bu kararın itiraza tabi olduğu ifade edilmiştir¹⁶.

Kural olarak mahkeme kararlarına karşı itiraz kanun yoluna başvuru yapılamaz. Herhangi bir mahkeme kararına karşı itiraz yoluna gidilebilmesi için kanunda itiraz yolunun açık olduğunun belirtilmesi gerekir. Başka deyişle, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilmesi istisnadır ve ancak kanunda açıkça belirtilmesi halinde mümkündür¹⁷.

Mahkemenin ara kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir. Hükümlere karşı itiraz yoluna başvurulamaz. Hükümler, diğer kanun yollarının (istinaf veya temyiz) konusunu

¹³ Bu konuda bkz. AYDIN, s. 62; ERSOY, İtiraz Kurumu, s. 869-870, ÖZDEMİR, s. 47-48, YÜCE, s. 492. CMK m. 173'te yer alan itirazın hukuki niteliğinin kanun yolu olduğunu belirten görüş için bkz. ÖZEN, İtiraz Kanun Yolu, s. 186-187.

¹⁴ Bkz. YENİSEY, NUHOĞLU, s. 723.

¹⁵ ÖZEN, Ceza Muhakemesi, s. 859; ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 620; TOROSLU, FEYZİOĞLU, s. 392; YENİSEY, NUHOĞLU, s. 928.

¹⁶ "Gereği görüşülüp düşünüldü: Suç konusu olmayıp, suçta kullanılmayan ve sahibi hakkında ceza davası açılmayıp bulundurulması, taşınması izne tabi bulunan eşyaların müsaderesine ilişkin sulh ceza hakimi tarafından CMK.nun 259. maddesi uyarınca verilen kararlar, duruşma yapılarak karar verilmesi yasa yolunu değiştirmeyeceğinden itiraza tabi olup eşya sahibi vekilinin temyiz isteminin 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi uyarınca uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK.nun 317. maddesi gereğince (REDDİNE), CMK.nun 264. maddesine göre kanun yolunun belirlenmesinde yanılma, başvuranın hakkını ortadan kaldırmayacağından gereğinin mahallinde takdir ve ifası için dosyanın incelenmeksizin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına tevdiine, 29.05.2015 gününde oybirliğiyle karar verildi", Y. 8 CD, T. 29.05.2015, E. 2014/25796, K. 2015/17932, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (E. T. 10.03.2023). Aynı yönde bkz. ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s. 886.

¹⁷ ÖZEN, İtiraz Kanun Yolu, s. 102; ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 620; TOROSLU, FEYZİOĞLU, s. 393; YENİSEY, NUHOĞLU, s. 929.

oluşturmaktadır¹⁸. Ancak kanun koyucu, bazı istisnai hallerde hükümlere karşı da itiraz edilebileceğini düzenlemiştir¹⁹.

II. İTİRAZ KANUN YOLUNA BAŞVURMANIN GENEL ESASLARI

CMK'nın kanun yollarına ilişkin genel hükümler kısmında yer alan kurallar (m. 260-266) itiraz kanun yolu için de uygulanacaktır. Bu bağlamda kanun yollarına başvurabilecek kişilere ilişkin hükümler (m. 260, 261, 262, 263), kanun yolunun belirlenmesinde yanılmayı düzenleyen hüküm²⁰ ve başvurudan vazgeçmeye ilişkin kural²¹ itiraz kanun yolu açısından da uygulama alanı bulacaktır.

A. İtiraz Kanun Yoluna Başvurabilecek Kişiler

CMK'nın ilgili hükümlerine göre, itiraz kanun yoluna başvurma hakkına sahip olan kişiler şu şekildedir: 1) Cumhuriyet savcısı, 2) Şüpheli veya sanık, 3) Katılan, 4) Müdafî veya vekil, 5) Şüpheli veya sanığın yasal temsilcisi ve eşi.

Kanun yollarına ilişkin genel hükümler kısmında belirtilmese de kararın kendilerini ilgilendirmesi koşuluyla tanık, bilirkişi ve üçüncü kişilerin de kanun yoluna başvurma hakkı vardır²².

¹⁸ ERSOY, İtiraz Kurumu, s. 869; YENİSEY, NUHOĞLU, s. 928-929; YURTCAN, İRTİŞ, s. 50.

¹⁹ Örneğin, seri muhakeme usulü uygulanarak kurulan hükme karşı itiraz kanun yoluna başvurulabilecektir. Bkz. CMK m. 250/14 – “Dokuzuncu fıkra kapsamında mahkemece kurulan hükme itiraz edilebilir. İtiraz mercii, itirazı üçüncü ve dokuzuncu fıkralardaki şartlar yönünden inceler”. Bu konudaki değerlendirmeler için bkz. AYGÖRMEZ, KORKMAZ, s. 31; ERSOY, İtiraz Kurumu, s. 860 vd.; YURTCAN, İRTİŞ, s. 49. Basit yargılama usulünde de itiraza yer verilmiştir. CMK m. 252/1 şu şekildedir: “251 inci madde uyarınca verilen hükümlere karşı itiraz edilebilir. Süresi içinde itiraz edilmeyen hükümler kesinleşir”. Basit yargılama usulünde yer alan itirazın niteliği konusunda bkz. AYGÖRMEZ, KORKMAZ, s. 72; ERSOY, İtiraz Kurumu, s. 866.

²⁰ CMK Madde 264 – “(1) Kabul edilebilir bir başvuruda kanun yolunun veya mercii belirlenmesinde yanılma, başvuranın haklarını ortadan kaldırmaz. (2) Bu hâlde başvurunun yapıldığı merci, başvuruyu derhâl görevli ve yetkili olan mercie gönderir”.

²¹ CMK Madde 266 – “(1) Kanun yoluna başvurulduktan sonra bundan vazgeçilmesi, mercii tarafından karar verilinceye kadar geçerlidir. Ancak, Cumhuriyet savcısı tarafından sanık lehine yapılan başvurudan onun rızası olmaksızın vazgeçilemez. (2) Müdafîin veya vekilin başvurudan vazgeçebilmesi, vekâletnamede bu hususta özel yetkili kılınmış olması koşuluna bağlıdır. (3) 150 nci maddenin ikinci fıkrası uyarınca, kendisine müdafî atanmış şüpheli veya sanıklar yararına kanun yoluna başvurulduğunda veya başvuru kanun yolundan vazgeçildiğinde şüpheli veya sanık ile müdafîin iradesi çelişirse müdafîin iradesi geçerli sayılır”.

²² GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 670; ÖZEN, Ceza Muhakemesi, s. 846; ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR, ALAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VİLLEMIN, TOK, s. 676.

Kanun yolu başvurusunun kabul edilebilmesi için başvuru yapan kişinin, hukuki yararının bulunması gerekir. Kanun yoluna başvuru yapacak kişinin bu başvuruyu yapmasında bir hukuki yararı yoksa başvurusunun kabul edilmesi mümkün değildir²³.

Bu başlık altında üzerinde durulması gereken önemli bir tartışma konusu vardır. CMK m. 260'a göre, “*katılan sıfatını almış olanlar*” ve “*katılma isteği karara bağlanmamış veya reddedilmiş olanlar*” kanun yollarına başvuru yapabilecektir²⁴. Kanun metninde yer alan bu iki ibarenin anlamı açıktır. Ancak bu iki ibarenin dışında CMK m. 260'ta bir ibareye daha yer verilmiştir ki, esas tartışma burada ortaya çıkmaktadır. CMK m. 260'ta “*katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar*” ibaresi kullanılmıştır. Bu ibareye göre, kanun yollarına başvuru yapabilmek için davaya katılmış olmak gerekmediği gibi davaya katılma isteminde bulunmaya da gerek yoktur²⁵. Ancak CMK'nın diğer hükümleri (CMK m. 234/1-b (6) ve CMK m. 242/1), kanun yolu başvurusu yapabilmek için davaya katılmış olmayı gerekli bir şart olarak düzenlemiştir²⁶.

Bundan dolayı, doktrinde CMK hükümleri arasında çelişki olduğu ifade edilmiştir²⁷. Ayrıca katılma talebinde bulunmamış suçtan zarar göreninin kanun yollarına başvurma hakkının olup olmadığı hususunda CMK'nın net bir tutum ortaya koymadığı da ifade edilmiştir²⁸.

CMK'daki mevcut durum, mağdur veya suçtan zarar görenin soruşturma evresinde itiraz kanun yoluna başvurma hakkına sahip olup olmadığı sorusu açısından da değerlendirilmelidir. Çünkü soruşturma evresinde bir kamu davası mevcut olmadığı için katılan

²³ ÖZEN, Ceza Muhakemesi, s. 828; ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR, ALAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 666.

²⁴ CMK Madde 237 – “*Mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilinceye kadar şikâyetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabilirler*”. Mağdur ve suçtan zarar gören kavramları için ayrıca bkz. KATOĞLU, s. 662.

²⁵ ÖZEN, Ceza Muhakemesi, s. 835.

²⁶ CMK m. 234/1-b (6)'da kanun yollarına başvuru yapma hakkını elde etmek için davaya katılmanın zorunlu olduğu şu şekilde vurgulanmıştır: “*Davaya katılmış olma koşuluyla davayı sonuçlandıran kararlara karşı kanun yollarına başvurma.*”; CMK m. 242/1 şu şekildedir: “*Katılan, Cumhuriyet savcısına bağlı olmaksızın kanun yollarına başvurabilir.*”; CMK m. 237/2 – “*Kanun yolu muhakemesinde davaya katılma isteğinde bulunulamaz. Ancak, ilk derece mahkemesinde ileri sürülüp reddolunan veya karara bağlanmayan katılma istekleri, kanun yolu başvurusunda açıkça belirtilmişse incelenip karara bağlanır*”.

²⁷ KATOĞLU, s. 663.

²⁸ CENTEL, ZAFER s. 892.

sıfatının alınması mümkün değildir²⁹. O halde, soruşturma evresinde henüz katılan sıfatına sahip olmayan mağdur veya suçtan zarar gören itiraz kanun yoluna başvurabilecek midir?

Bu soruya verilen cevaplar incelendiğinde, doktrinde bir görüş birliğinin olmadığı görülecektir³⁰. Bu konuda bir görüş birliğinin olmamasının nedeni CMK’da yer alan çelişkili durumdur. Zira CMK m. 234/1-b(6)’da kanun yollarına başvurmak için davaya katılma zorunlu tutulmuşken; CMK m. 260’da “katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunmak” ibaresine yer verilerek, kanun yollarına başvurma hakkı davaya katılmamış ve bu yönde bir talepte bulunmamış kişileri de kapsayacak şekilde genişletilmiştir.

Doktrindeki bir görüş, CMK m. 234 ile CMK m. 260’ı birlikte değerlendirerek, soruşturma evresinde mağdur ve suçtan zarar görene itiraz kanun yoluna başvurma hakkı tanınmadığını ifade etmektedir³¹. Bu görüşün aksine doktrinde bazı yazarlar, soruşturma evresinde verilen tutuklama talebinin reddi kararına karşı ve tutuklu bulunan şüphelinin tahliye edilmesi kararına karşı mağdur veya suçtan zarar görenin itiraz kanun yoluna başvurabileceğini ifade etmektedir³².

Soruşturma evresinde mağdur veya suçtan zarar görenin itiraz kanun yoluna başvurma hakkına sahip olduğunu ifade eden görüşlerin, CMK m. 260’da kullanılan “katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar” ibaresi sayesinde dayanaktan yoksun olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu ibareden çıkarılabilecek sonuçlar şunlardır: 1) Kanun yollarına başvuru yapabilmek için davaya katılmak gerekli değildir³³. 2) Kanun yollarına başvuru yapabilme hakkını elde etmek için davaya katılma isteminde bulunmaya da gerek yoktur³⁴. 3) Kanun yollarına başvuru yapabilme hakkına sahip olmak için “katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş olmak” yeterlidir³⁵. Bu ibareden çıkarılan üç sonuç

²⁹ “İddianamenin kabulüyle, kamu davası açılmış olur ve kovuşturma evresi başlar” (CMK m. 175); ÖZEN, Ceza Muhakemesi, s. 261; ÜNLÜTEPE, s. 44.

³⁰ Doktrinde ileri sürülen görüşler ve detaylar için bkz. ÖZDEMİR, s. 113-115.

³¹ Bkz. AKKAŞ, s. 59-60; ÖZDEMİR, s. 115.

³² Detaylar için bkz. FEYZİOĞLU, s. 59-60; ÖZEN, Ceza Muhakemesi, s. 667; TOROSLU, FEYZİOĞLU, s. 262. Feyzioğlu’na göre, “Soruşturmayı yürüten Cumhuriyet Savcısı’dır. Şüphelinin tutuklanmasını sağlamak için harekete geçip geçmemeye, bu bağlamda, itiraz kanun yoluna gidip gitmemeye de münhasıran Cumhuriyet Savcısı karar vermelidir. Öyle ki, CMK, soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısı’na, tutuklu şüpheliyi, sulh ceza hâkiminin tahliye kararına gerek olmaksızın salıverme yetkisi dahi tanımıştır (m. 103/2). O halde, suçtan zarar görene tutuklamama ve tahliye kararlarına karşı itiraz hakkının tanınması, ceza muhakemesi sistemiyle bağdaşmamaktadır”. Bkz. FEYZİOĞLU, s. 60.

Soruşturma evresinde mağdur ve suçtan zarar görenin, tutuklu bulunan şüphelinin tahliye edilmesi kararına karşı itiraz kanun yoluna başvuramayacağını belirten görüş için bkz. ÖZDEMİR, s. 78 ve 115.

³³ FEYZİOĞLU, s. 59; ÖZEN, Ceza Muhakemesi, s. 840.

³⁴ ÖZEN, Ceza Muhakemesi, s. 835.

³⁵ ÜNLÜTEPE, s. 75.

ışığında şu yorumu yapabiliriz: Kanun yoluna başvurma hakkını elde etmek için davaya katılmış olmak gerekli değilse, henüz kamu davasının söz konusu olmadığı soruşturma evresinde mağdur veya suçtan zarar gören itiraz kanun yoluna başvurabilir. Örneğin soruşturma evresinde, şüphelinin tutuklanmasına yönelik talep reddedilirse suçtan zarar gören bu karara karşı itiraz kanun yoluna başvurabilir³⁶.

Kanun koyucunun kullandığı “katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar” ifadesinin lafzından yukarıdaki sonuçları çıkarmak mümkündür. Ancak belirtmek gerekir ki CMK m. 260’ta kullanılan bu ifade, kanun koyucunun gerçek amacını yansıtmamaktadır. O halde, kanun koyucunun CMK m. 260’ta kullanmayı tercih ettiği “katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar” ifadesiyle neyi anlatmak istediğini tespit etmek ve bu bağlamda bir yorum yapmak gerekir.

Konuya ilişkin madde gerekçesine baktığımız zaman, “katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar” ibaresiyle anlatılmak istenenin “duruşmadan haberdar edilmemiş olan suçtan zarar görenler” olduğu anlaşılacaktır³⁷. Nitekim doktrindeki bazı yazarların görüşleri ve Yargıtay kararları da bu yöndedir³⁸. Bu ibareyi madde gerekçesine ve Yargıtay kararlarına göre değerlendirirsek şu sonuca ulaşmamız mümkündür: Usulüne uygun bir biçimde kamu davasından ve duruşmadan haberdar edilmesine rağmen davaya katılmayan (katılan sıfatını almayan) veya bu yönde bir talepte bulunmayan suçtan zarar görenin kanun yollarına başvurma hakkı yoktur. Ancak kamu davasından ve duruşmadan haberdar edilmemiş olan mağdur veya suçtan zarar görenin kanun yollarına başvurma hakkı vardır³⁹.

³⁶ Bkz. FEYZİOĞLU, s. 59-60.

³⁷ “Madde gereğince Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık ve bu Kanuna göre davaya katılan sıfatını almış olanlar ile bu konudaki istekleri mahkemece reddedilmiş veya 249 uncu madde (CMK m. 237) kapsamında bulunup duruşmadan haberdar edilmemiş suçtan zarar görmüş kişiler de kanun yollarına başvuru hakkına sahiptirler. Cumhuriyet savcısı sanık lehine olarak da kanun yoluna başvurabilir. Şüpheli, sanık ve davaya katılan ile katılma istemi reddedilmiş veya duruşmadan haberdar edilmemiş olan suçtan zarar görenler ancak hukukî çıkarlarını ihlâl etmiş olan karara karşı kanun yoluna başvurabilirler; aksi hâlde yetkileri yoktur” (Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı (1/535), Madde 290 (CMK m. 260), Dönem: 22, Yasama Yılı: 1, s. 112-113). Madde gerekçesi hakkında ayrıca bkz. ÜNLÜTEPE, s. 76.

³⁸ “Mağdur adına vekilinin isteminin, ‘katılan sıfatını alabilecek şekilde suçtan zarar görmüş bulunanlar’ kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine gelince; Bu hüküm, usul yasasının 238. maddesi kapsamında bulunup da, duruşmadan veya kamu davasından haberdar edilmemiş ya da haberdar olmamış, suçtan zarar görmüş kişileri kapsamaktadır”, Y. CGK, T. 11.07.2006, E. 2006/9-191, K. 2006/183, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (E.T. 13.03.2023). Bkz. ÖZDEMİR, s. 114; ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR, ALAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 672.

³⁹ “Mağdur, şikâyetçi ve suçtan zarar görenin yargılama aşamasında öncelikle duruşmadan haberdar edilmesi gerekmektedir. CMK’nun 234. maddesinde düzenlenen bu hakkın kullanılmaması kanuna aykırıdır. Kanun koyucu, CMK’nun 234. maddesine aykırı davranılması durumunda anılan hukuka aykırılığın telafisine imkân sağlayacak şekilde bir düzenlemeye yer vermiş ve ‘katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş

Esas sorumuzu madde gerekçesi ve Yargıtay kararları bağlamında ele alacak olursak mağdur veya suçtan zarar görenin, soruşturma evresinde itiraz kanun yoluna başvurma hakkına sahip olmadığı sonucuna ulaşmamız gerekir. Çünkü madde gerekçesine ve Yargıtay kararlarına göre, “katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar” ifadesinin kapsamı “duruşmadan veya kamu davasından haberdar olmamış suçtan zarar görmüş kişiler” ile sınırlandırılmaktadır. Bu bağlamda, CMK m. 260’ta kullanılan ifadenin kapsamı daralmakta ve bu ifade kovuşturma evresinde söz konusu olan kamu davası ile bağlantılı olarak açıklanmaktadır⁴⁰.

Sonuç olarak, CMK m. 260’ta kullanılan “katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar” ifadesi farklı şekillerde yorumlanma olanağına sahiptir. Diğer yandan CMK m. 260’ta yer alan bu ifade CMK’nın diğer hükümleri (CMK m. 234/1-b(6) ve CMK m. 242) ile beraber değerlendirildiğinde, kanun yoluna başvurma hakkı bakımından çelişkili bir durum da ortaya çıkarmaktadır. Bu sebeplerden dolayı, kanun koyucunun bu ifadeyi yeniden gözden geçirmesi gereklidir. Kanun koyucu yapacağı değişiklikler ile amacını tam anlamıyla yansıtmalıdır. Eğer kanun koyucunun gerçek amacı kamu davasından haberi olmayan suçtan zarar gören kişilere kanun yollarına başvurma hakkı tanımak ise “katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar” ifadesi bu amacı tam anlamıyla yansıtmayacak şekilde düzenlenmelidir.

B. İtiraz Kanun Yoluna Başvurma Usulü

İtiraz başvurusu, kararı veren mercie yapılır. Başvuru, dilekçe veya tutanağa geçirilmek koşulu ile zabıt kâtibine beyanda bulunmak suretiyle yapılır. Tutanakla tespit edilen beyanı ve imzayı mahkeme başkanı veya hâkim onaylar (CMK m. 268/1).

olanlara’ kanun yoluna başvurma hakkı tanımıştır”, Y. CGK, T. 14.10.2014, E. 2013/728, K. 2014/428, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (E.T. 13.03.2023).

“Dairemizin 23/05/2019 tarihli 2016/3768 Esas ve 2019/4992 Karar sayılı bozma ilamından sonra yeniden görülen dava ve duruşma tarihinden usulüne uygun biçimde haberdar edilmesine rağmen, duruşmaya katılmayan ve CMK’nin 238. maddesine uygun biçimde talepte bulunup katılan sıfatını almayan şikayetçi kurum vekilinin temyiz isteminin, 5320 sayılı Kanun’un 8/1. maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK’nin 317. maddesi uyarınca REDDİNE,” Y. 11. CD, T. 31.05.2021, E. 2020/2669, K. 2021/4544, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (E.T. 13.03.2023).

⁴⁰ *“Kovuşturma evresinde duruşmadan yöntemine uygun şekilde haberdar edilmeyen ve katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunan yakınının, 5271 sayılı CMK. ’nun 260/1.madde ve fıkrası uyarınca yasa yollarına başvurma hakkı bulunduğu belirlenerek yapılan incelemede...”*, Y. 2. CD, T. 04.02.2013, E. 2012/30468, K. 2013/1886, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (E.T. 13.03.2023).

İtiraza başvurma süresi, CMK m. 268/1’de şu şekilde düzenlenmiştir: “*İtiraz, kanunun ayrıca hüküm koymadığı hâllerde 35 inci maddeye göre ilgililerin kararı öğrendiği günden itibaren yedi gün içinde ... yapılır*”.

CMK m. 268/1’de CMK m. 35’e atıf yapılmıştır. Bu bağlamda, yedi günlük süre hesaplanırken tefhim veya tebliğ tarihi dikkate alınacaktır⁴¹. Bu süre, hak düşürücü süredir. Bu nedenle, süresi içinde başvuru yapılmaz ise yapılan başvurunun reddi gerekir⁴². Ancak bu sürenin kaçırılması durumunda şartları oluşmuş ise eski hale getirme kurumu işletilebilir⁴³. Eski hale getirmeye ilişkin CMK m. 40 hükmü şu şekildedir: “*Kusuru olmaksızın bir süreyi geçirmiş olan kişi, eski hale getirme isteminde bulunabilir. Kanun yoluna başvuru hakkı kendisine bildirilmemesi halinde de, kişi kusursuz sayılır*”.

İtiraz başvurusu yapılırken, başvuru nedenlerinin gösterilmesinin zorunlu olmadığı doktrinde bazı yazarlarca kabul edilmektedir⁴⁴. Nitekim kanunda da itiraz nedenlerinin gösterilmesi gerektiğine dair bir düzenleme yer almamaktadır⁴⁵. Ancak itiraz nedenlerinin belirtilmesi yapılacak incelemeyi kolaylaştıracağı için zorunlu olmasa da itiraz nedenlerinin belirtilmesi yararlı olacaktır⁴⁶.

C. İtiraz Kanun Yoluna Başvurmanın Etkileri

Kanun yollarına başvurmanın “*aktarma*”, “*durdurma*” ve “*yayıma (sirayet)*” etkisi vardır.

1. Aktarma Etkisi

Kanun yoluna götürülen kararın, kararı veren yargılama makamından başka ve daha yüksek dereceli bir makam tarafından incelenmesi aktarma etkisi olarak adlandırılmaktadır⁴⁷.

İtiraz kanun yoluna başvurulduğunda kararına itiraz edilen merci, itirazı yerinde görürse kararını düzeltebilir (CMK m. 268/2). Eğer merci kararını düzeltirse aktarma etkisi ortaya

⁴¹ ÖZDEMİR, s. 125; ÖZEN, İtiraz Kanun Yolu, s. 124.

⁴² AKKAŞ, s. 55; ÖZDEMİR, s. 125; ÖZEN, İtiraz Kanun Yolu, s. 124.

⁴³ AKKAŞ, s. 55; ÖZDEMİR, s. 127; ÖZEN, İtiraz Kanun Yolu, s. 126.

⁴⁴ AKKAŞ, s. 52-53; ALDEMİR, s. 205; ÖZDEMİR, s. 130.

⁴⁵ AKKAŞ, s. 52-53.

⁴⁶ Bkz. ÇAĞLAYAN, s. 16-17.

⁴⁷ ÖZDEMİR, s. 134; ÖZEN, Ceza Muhakemesi, s. 825; ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR, ALAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 677; SCHROEDER, VERREL, s. 227; YENİSEY, NUHOĞLU, s. 923.

çıkılmaz. Ancak itirazı yerinde görmeyip, itirazı incelemeye yetkili mercie kararı gönderirse aktarma etkisi ortaya çıkar⁴⁸.

Özellikle, sulh ceza hâkimliğinin kararlarına itiraz edilmesi halinde, bu itirazın başka bir sulh ceza hâkimliği tarafından inceleneceğini düzenleyen kanun maddesi (CMK m. 268/3-a) doktrinde eleştirilmiştir⁴⁹. Hatta bu düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğu (Anayasa m. 36 açısından) ileri sürülmüştür⁵⁰. Ancak Anayasa Mahkemesi, bu kanun maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir⁵¹. Anayasa Mahkemesi, bu kararı verirken kanun koyucunun takdir yetkisine⁵² ve kanun yolu incelemesinin başka bir merci tarafından yapılacağına ancak bu merciin üst bir merci olmasının zorunlu olmadığına⁵³ vurgu yapmıştır.

2. Durdurma (Erteleme) Etkisi

Kanun yoluna başvuru yapıldığında, başvurunun konusunu oluşturan kararın kesinleşmesi ve uygulanması engellenmiş olur. Bu etkiye durdurma etkisi denilir⁵⁴.

İstinaf ve temyiz kanun yolunda durdurma etkisinin ortaya çıkacağı kanunda düzenlenmiştir⁵⁵. Ancak kural olarak itiraz kanun yoluna başvurulduğunda durdurma etkisi ortaya çıkmaz. Bu hususa değinen kanun hükmü şu şekildedir: “*İtiraz, kararın yerine getirilmesinin geri bırakılması sonucunu doğurmaz*” (CMK m. 269/1).

Kural olarak itiraz kanun yolunda durdurma etkisi ortaya çıkmasa da kararına itiraz edilen yargılama makamı veya itirazı inceleyen merci, vereceği karar ile kararın uygulanmasını

⁴⁸ ORMANOĞLU, s. 10; ÖZDEMİR, s. 134-135; ÖZEN, İtiraz Kanun Yolu, s. 144; YÜCE, s. 497.

⁴⁹ Bkz. YENİSEY, NUHOĞLU, s. 933.

⁵⁰ Bkz. ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s. 754.

⁵¹ AYM, T. 14.01.2015, E. 2014/164, K. 2015/12, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>, (E.T. 13.03.2023).

⁵² “*Bu itibarla itiraz konusu kuralla getirilen, sulh ceza hâkimliklerince verilen kararlara karşı başvurulacak kanun yolu usulüne ilişkin düzenlemeler, kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup sulh ceza hâkimliğinin kararlarına karşı yapılacak itirazların da uzmanlaşma ve yeknesaklığın sağlanması amacıyla sulh ceza hâkimliklerince incelenmesini öngören kurallar hukuk devleti ilkesi ve adil yargılanma hakkını zedelememektedir*”, AYM, T. 14.01.2015, E. 2014/164, K. 2015/12.

⁵³ “*Sulh ceza hâkimliklerince verilen kararlara karşı yapılan itirazların yüksek görevli veya bir diğer mahkemece incelenmesini gerektiren anayasal bir norm bulunmamaktadır. Ceza yargılama usulündeki kanun yolunda temel ilke, cezai nitelikte kararların ilk kararı veren mahkemeden bağımsız ve ayrı bir merci tarafından etkili bir şekilde denetlenmesi olup bu merciin yüksek görevli veya üst düzeyde bir merci olması zorunlu değildir*”, AYM, T. 14.01.2015, E. 2014/164, K. 2015/12.

⁵⁴ ÖZEN, İtiraz Kanun Yolu, s. 142; SCHROEDER, VERREL, s. 226; SOYASLAN, s. 562; ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 616.

⁵⁵ CMK m. 275/1 – “*Süresi içinde yapılan istinaf başvurusu, hükmün kesinleşmesini engeller.*”; CMK m. 293/1 – “*Süresi içinde yapılan temyiz başvurusu, hükmün kesinleşmesini engeller*”.

durdurabilir. Nitekim bu husus CMK m. 269/2’de şu şekilde belirtilmiştir: “*Ancak, kararına itiraz edilen makam veya kararı inceleyecek merci, geri bırakılmasına karar verebilir*”.

CMK m. 74/4, CMK m. 269/1’e önemli bir istisna teşkil etmektedir. Nitekim bu hükme göre, “*gözlem altına alınma kararına karşı*” itiraz yoluna başvurulduğunda kararın uygulanması herhangi bir karara gerek olmaksızın duracaktır. İlgili kanun maddesi şu şekildedir: “*Gözlem altına alınma kararına karşı itiraz yoluna gidilebilir; itiraz, kararın yerine getirilmesini durdurur*”.

3. Yayılma (Sirayet) Etkisi

Herhangi bir başvuru olmadan, kararın kanun yolları aracılığı ile denetlenmesi kural olarak mümkün değildir. Başka deyişle, “*davasız yargılama olmaz ilkesi*” kanun yollarında da kendini göstermektedir⁵⁶. Ancak kanun yollarına başvurmanın önemli bir etkisi de yayılma etkisidir. Yayılma etkisine göre, kanun yollarına başvuru yapmamış kişi, lehe sonuçlanan başvurudan yararlanmaktadır. Bu bakımdan, yayılma etkisi “*davasız yargılama olmaz ilkesinin*” istisnasıdır⁵⁷.

Yayılma etkisinin ortaya çıkabilmesi için şüpheli veya sanıklardan bir kısmı kanun yoluna başvuru yapmalıdır. Eğer bu başvuru lehe sonuçlanırsa ve bu durumdan kanun yoluna başvuru yapmayan diğer şüpheli veya sanıkların da yararlanma imkânı varsa yayılma etkisi ortaya çıkacaktır⁵⁸. Ancak bu lehe kararın diğer sanıklara uygulanma imkânı yoksa yayılma etkisinden bahsedilemeyecektir⁵⁹.

CMK hükümlerine baktığımızda, istinaf ve temyiz kanun yolunda yayılma etkisi açık bir biçimde düzenlenmiştir⁶⁰. Ancak itiraz kanun yolunda yayılma etkisini düzenleyen bir hüküm CMK’da yer almamıştır.

Kanaatimizce itiraz kanun yolunda da yayılma etkisi kabul edilmelidir. Çünkü kanun yolu denetiminden geçmiş ve hatalı olduğu tespit edilmiş bir kararın, kanun yoluna başvuru

⁵⁶ ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 607; ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR, ALAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 682.

⁵⁷ ALDEMİR, s. 146; ORMANOĞLU, s. 11; ÖNTAN, s. 155; ÖZEN, Ceza Muhakemesi, s. 827.

⁵⁸ ALDEMİR, s. 149-150; ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s. 729; ÖZDEMİR, s. 136; ÖZEN, Ceza Muhakemesi, s. 826; ÖZEN, İtiraz Kanun Yolu, s. 145.

⁵⁹ ALDEMİR, s. 153; ÖZEN, Ceza Muhakemesi, 826.

⁶⁰ CMK m. 280/3 – “*Birinci ve ikinci fıkra uyarınca verilen kararların sanık lehine olması hâlinde, bu hususların istinaf isteminde bulunmamış olan diğer sanıklara da uygulanma olanağı varsa bu sanıklar da istinaf isteminde bulunmuşçasına verilen kararlardan yararlanırlar.*” ; CMK m. 306/1 – “*Hüküm, sanık lehine bozulmuşsa ve bu hususların temyiz isteminde bulunmamış olan diğer sanıklara da uygulanması olanağı varsa, bu sanıklar da temyiz isteminde bulunmuşçasına hükmün bozulmasından yararlanırlar*”.

yapmamış diğer şüpheli veya sanıklar için uygulanmaya devam etmesi adil olmayacaktır⁶¹. Ancak tekrar belirtmek gerekir ki, diğer sanıkların lehe sonuçlanan bu başvurudan yararlanma imkânı olmalıdır. Aksi halde, diğer sanıkların bu durumdan yararlanması mümkün değildir. Örneğin, kaçma tehlikesinin bulunmadığı gerekçesiyle tutuklama kararına yapılan itiraz yerinde görülürse, diğer şüpheli veya sanıklar bu durumdan yararlanamaz. Diğer şüpheli veya sanıkların durumu ayrıca dikkate alınmalıdır. Ancak delillerin toplanmış olması, tutuklu bulunan diğer şüpheli veya sanıkların da yararlanabileceği bir durumdur⁶².

Her ne kadar itiraz kanun yolunda yayılma etkisinin kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiş olsak da kanundaki düzenlemeler bunun için yeterli değildir. Zira itiraz kanun yolunda yayılma etkisini uygulayabileceğimizi ifade eden bir hüküm bulunmamaktadır. Diğer yandan, istinaf ve temyiz kanun yolunda yayılma etkisini düzenleyen kuralların (CMK m. 280/3 ve CMK m. 306/1) kıyasen itiraz kanun yolunda uygulanması mümkün değildir. Çünkü yayılma etkisini düzenleyen hükümler, istisnai niteliktedir ve kıyasa konu olmazlar. Sonuç olarak, yayılma etkisini itiraz kanun yolunda uygulamak mümkün değildir. Yayılma etkisinin itiraz kanun yolunda da uygulanabilmesi için gerekli düzenlemeler yapılmalıdır⁶³.

D. İtiraz Kanun Yolu ve Aleyhe Değişirme (Reformatio in Peius) Yasağı

Sanık kanun yoluna başvurma hakkını kullanırken, kendisi hakkında verilen cezanın kanun yolu incelemesi neticesinde daha da ağırlaşabileceği korkusuna sahip olmamalıdır. Nitekim böyle bir korkunun varlığı, sanığın kanun yoluna başvurmamasını engelleyebilir. Sanığın kanun yoluna başvurma hakkını kullanmasını engelleyebilecek olan bu durum, aleyhe değişirme yasağının muhakeme hukukunda kabul edilmesi ile bertaraf edilmiştir⁶⁴.

Aleyhe değişirme yasağının uygulanabilmesi için yapılan kanun yolu başvurusunun sanığın lehine olması gerekir. Bu lehe başvuruyu sanığın haricinde herhangi bir kişi de yapmışsa yasağın uygulanması yine mümkündür⁶⁵. Örneğin, Cumhuriyet savcısı, sanık lehine kanun yoluna başvurmuşsa aleyhe değişirme yasağı uygulanacaktır. Nitekim CMK m. 265'te

⁶¹ Aynı yönde bkz. KARAKEHYA, s. 63; ÖZDEMİR, s. 139.

⁶² Açıklamalar ve örnek için bkz. YENİSEY, NUHOĞLU, s. 924.

⁶³ AKKAŞ, s. 64-65; ÖZDEMİR, s. 138-139. Ceza muhakemesinde kıyas için ayrıca bkz. CENTEL, ZAFER, s. 54-55. 2017 yılından önce istinaf kanun yolu için yayılma etkisi kanunda açık bir biçimde düzenlenmemişti. Temyiz kanun yolunda yayılma etkisini düzenleyen normun (CMK m. 306) kıyasen istinaf kanun yolunda uygulanması gündeme gelmekteydi. Ancak yayılma etkisini düzenleyen normun istisnai norm olduğu ifade edilerek, CMK m. 306'nın kıyasen istinaf kanun yolunda uygulanamayacağı ileri sürülmekteydi. Detaylar için Bkz. ÖNTAN, s. 154 vd.

⁶⁴ ERSOY, Aleyhe Değişirme Yasağı, s. 65-66; GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 675; ÖZBEK, TEPE, s. 3774; SOYER GÜLEÇ, s. 705.

⁶⁵ CENTEL, ZAFER, s. 900; ÇINAR, s. 612; ERSOY, Aleyhe Değişirme Yasağı, s. 238-239.

bu hususa işaret edilmiştir: “Cumhuriyet savcısı tarafından aleyhine kanun yoluna gidilen karar, sanık lehine bozulabilir veya değiştirilebilir. Cumhuriyet savcısı, kanun yoluna sanık lehine başvurduğunda, yeniden verilen hüküm önceki hükümde tayin edilmiş olan cezadan daha ağır bir cezayı içeremez”.

Sanık lehine bir başvurunun bulunması aleyhe değiştirme yasağının her zaman uygulanacağı anlamına gelmez. Eğer sanık lehine yapılan başvurunun yanında sanık aleyhine yapılan bir başvuru da söz konusuysa yasak uygulanmayacaktır. Örneğin, sanık kanun yoluna başvuru yapmışsa ve bu başvurunun yanı sıra Cumhuriyet savcısı da sanığın aleyhine olacak şekilde başvuru yapmış ise aleyhe değiştirme yasağı uygulanmayacaktır⁶⁶.

İstinaf⁶⁷, temyiz⁶⁸, kanun yararına bozma⁶⁹ ve yargılamanın yenilenmesinde⁷⁰ “aleyhe değiştirme yasağını” içeren hükümlere yer verilmiştir. İtiraz kanun yolunda aleyhe değiştirme yasağı düzenlenmemiştir. Bu sebepten dolayı, yasağın itiraz kanun yolunda geçerli olup olmadığı hususu doktrinde tartışılmıştır.

Doktrinde yer alan bir görüşe göre, CMK m. 265’te yer alan hüküm genel hükümdür. Bu sebepten dolayı, itiraz kanun yolunda da aleyhe değiştirme yasağı uygulanabilir⁷¹.

Ancak doktrinde ağırlıklı olarak, itiraz kanun yolunda aleyhe değiştirme yasağının uygulanamayacağı savunulmaktadır⁷². Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkündür. Doktrinde ileri sürülen ve bu görüşü destekleyecek olan gerekçeler şu şekilde sıralanabilir:

1) Kanunda aleyhe değiştirme yasağının uygulanacağı kanun yolları gösterilmiştir. Bunlar “istinaf”, “temyiz”, “kanun yararına bozma” ve “yargılamanın yenilenmesi” olarak sıralanabilir. Ancak itiraz kanun yolunda yasağın uygulanabileceğine dair bir hüküm yoktur⁷³.

⁶⁶ KAYMAZ, s. 1400; ÖZEN, İtiraz Kanun Yolu, s. 30-31; YENİSEY, NUHOĞLU, s. 925.

⁶⁷ CMK m. 283/1 – “İstinaf yoluna yalnız sanık lehine başvurulmuşsa, yeniden verilen hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz”.

⁶⁸ CMK m. 307/5 – “Hüküm yalnız sanık tarafından veya onun lehine Cumhuriyet savcısı veya 262 nci maddede gösterilen kişilerce temyiz edilmişse, yeniden verilen hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz”.

⁶⁹ CMK m. 309/4-b – “Mahkûmiyete ilişkin hükmün, davanın esasını çözmeyen yönüne veya savunma hakkını kaldırma veya kısıtlama sonucunu doğuran usul işlemlerine ilişkin ise, kararı veren hâkim veya mahkemece yeniden yapılacak yargılama sonucuna göre gereken hüküm verilir. Bu hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz”.

⁷⁰ CMK m. 323/2 – “Yargılamanın yenilenmesi istemi hükümlünün lehine olarak yapılmışsa, yeniden verilecek hüküm önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır bir cezayı içeremez”.

⁷¹ KAYMAZ, s. 1416; ÖZEN, Ceza Muhakemesi, s. 848.

⁷² GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 676.

⁷³ Bkz. ORMANOĞLU, s. 88.

2) CMK m. 265'in genel hüküm olduğunu ifade ederek, aleyhe değiştirme yasağını itiraz yolunda uygulamak mümkün değildir. Zira böyle bir durum, aleyhe değiştirme yasağının istinaf, temyiz, kanun yararına bozma ve yargılamanın yenilenmesinde ayrı ayrı düzenlenmesini anlamsız kılacak ve kanun koyucunun neden bu düzenlemeleri yapma gereği duyduğu sorusunu da beraberinde getirecektir⁷⁴.

3) Bazı Yargıtay kararları incelendiğinde, kıyasa başvurularak itiraz kanun yolunda aleyhe değiştirme yasağının uygulandığı görülmektedir⁷⁵. Ancak belirtmek gerekir ki, aleyhe değiştirme yasağının düzenlendiği normlar kıyasa elverişli değildir. Çünkü kural olarak denetime konu olan karar, sanığın aleyhine veya lehine olacak şekilde serbestçe değiştirilebilir. O halde, yasağa ilişkin normlar istisna kabul edilmelidir⁷⁶. İstisnai normların kıyasa konu olamayacağı hususu gözetildiğinde, aleyhe değiştirme yasağını düzenleyen normların (Örneğin CMK m. 283/1) kıyasen itiraz kanun yolunda uygulanamayacağı sonucuna ulaşmak gerekir⁷⁷.

⁷⁴ Bkz. AKKAŞ, s. 66; ERSOY, Aleyhe Değiştirme Yasağı, s. 390.

⁷⁵ APAYDIN, s. 129; Y. 12. CD, T. 25.12.2019, E. 2019/13226, K. 2019/12244, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (E.T. 14.03.2023); Başka bir Yargıtay kararı şu şekildedir: “5271 sayılı CMK'nın 231/12. maddesine göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının, 5271 sayılı CMK'nın 267 ile 271. maddeleri arasında düzenlenen ve olağan kanun yollarından olan itiraz kanun yoluna tabi olduğu, Ceza Muhakemesi Kanununda itiraza ilişkin düzenlemeler arasında ceza miktarı yönünden karar verme yasağına ilişkin herhangi bir açıklamaya yer verilmediği, aleyhe bozma yasağına ilişkin olarak düzenlemenin, olağan kanun yollarından olan temyize ilişkin hükümlerin yer aldığı 5320 sayılı Kanununun 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 326. maddesinin 4. fıkrasında ve 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 307/4. maddesinde belirtildiği, bununla birlikte ceza hukukunda kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak yasaklanan ve kanunda açıkça suç olarak gösterilmemiş olan bir fiilin, kanunda yer alan ve söz konusu fiile en çok benzeyen suça ilişkin hükümler uygulanmak suretiyle cezalandırılması şeklinde tezahür edebilecek kıyas metodunun ceza hukukunun aksine ceza muhakemesi hukukunda kural olarak serbest olduğu ve ceza muhakemesi hukukunda genişletici yorum yapılabileceği gözetildiğinde aleyhe bozma yasağının düzenlediği 5320 sayılı Kanununun 8. Maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK'nın 326/son maddesinin, itiraz kanun yolunda uygulanması mümkün olduğundan, somut olayda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı aleyhine yalnızca sanık tarafından itiraz kanun yoluna başvurulduğu, bu sebeple aleyhe değiştirme (bozma) yasağı gereği ilk verilen ceza miktarından daha fazla cezaya karar verilemeyeceği gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi, Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 24.12.2018 tarihinde üyeler ... ile ...'ın karşı oyları ve oy çokluğuyla karar verildi.” Y. 14. CD, T. 24.12.2018, E. 2017/7422, K. 2018/7718, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (E.T. 14.03.2023). Bu kararın karşı oy yazısında yer alan görüş şu şekildedir: “Bu açıklamalar ışığında kısıtlı bir kanun yolu olan ve yargılama aşamasında çıkabilecek usuli sorunları çözme amacına dayanan itiraz müessesesi davanın esasını çözen kanun yolları olan istinaf ve temyiz kanun yoluyla aynı kapsamda değerlendirilemez. Çünkü aleyhe bozma yasağı yalnızca sonuç ceza bakımından geçerli olup, itiraz kanun yolunda uygulanması mümkün değildir. Aleyhe bozma yasağı sadece istinaf ve temyiz kanun yoluna hasredilen özel bir hükümdür. Bu itibarla usul ve yasaya uygun olan mahalli mahkeme kararının onanması düşüncesiyle sayın çoğunluğun kararına iştirak edilmemiştir”.

⁷⁶ ERSOY, Aleyhe Değiştirme Yasağı, s. 206.

⁷⁷ Benzer yönde bkz. ERSOY, Aleyhe Değiştirme Yasağı, 389-390; ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 617, 1017 numaralı dipnot.

Aleyhe değiştirme yasağının, itiraz kanun yolunda uygulanması çoğu zaman gündeme bile gelmeyecektir. Çünkü hükümler (mahkûmiyet hükümleri), itiraz kanun yoluna konu olmaz. Diğer kanun yollarına (istinaf ve temyiz) konu olurlar. Bu bakımdan, itiraz incelemesi neticesinde sanığın aldığı cezanın daha da ağırlaşması ihtimalinin ortaya çıkması pek mümkün değildir⁷⁸. Ancak itiraz kanun yolunun öngörüldüğü bazı hallerde yasağın geçerlilik kazanması gerekir. Örneğin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edildiğinde bu yasağın devreye girmesi gerekebilir⁷⁹. Keza seri muhakeme usulü uygulanarak kurulan hükümlere itiraz edildiğinde de aleyhe değiştirme yasağının uygulanması söz konusu olabilir⁸⁰. İşte bu ve benzeri itiraz hallerinde aleyhe değiştirme yasağı uygulanmalıdır. Ancak, bunun için kanundaki düzenlemeler yeterli değildir. Bundan dolayı, itiraz kanun yolunda aleyhe değiştirme yasağı açıkça düzenlenmeli ya da bu itiraz hallerinde yasağın uygulanacağını öngören özel hükümlere yer verilmelidir⁸¹.

III. İTİRAZIN İNCELENMESİ VE KARARA BAĞLANMASI

A. İtirazı İnceleyecek Merciler

İtirazı inceleyecek merciler, CMK m. 268/3'te düzenlenmiştir. İlgili kanun hükmüne göre, itirazı inceleyecek merciler şu şekildedir:

Sulh ceza hâkimliği kararlarına yapılan itirazların incelenmesi, o yerde birden fazla sulh ceza hâkimliğinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen hâkimliğe; son numaralı hâkimlik için bir numaralı hâkimliğe; ağır ceza mahkemesinin bulunmadığı yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine; ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, en yakın ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine aittir (CMK m. 268/3-a).

Sulh ceza hâkimliğinin tutuklama ve adli kontrole ilişkin verdiği kararlara karşı yapılan itirazların incelenmesi, yargı çevresinde bulunduğu asliye ceza mahkemesi hâkimine aittir. İtirazı incelemeye yetkili mercilerin farklı olduğu hâllerde, itirazların gecikmeksizin incelenmesi amacıyla, kararına itiraz edilen sulh ceza hâkimliği tarafından gerekli tedbirler

⁷⁸ AYGÖRMEZ, KORKMAZ, s. 74-75; YENİSEY, NUHOĞLU, s. 925.

⁷⁹ ALDEMİR, s. 211-212; ERSOY, Aleyhe Değiştirme Yasağı, s. 390-391; ÖZDEMİR, s. 168.

⁸⁰ AYGÖRMEZ, KORKMAZ, s. 74-75; ERSOY, İtiraz Kurumu, s. 865-866.

⁸¹ Bu konuya ilişkin değerlendirmeler ve çözüm önerileri için bkz. ERSOY, Aleyhe Değiştirme Yasağı, s. 390-391; ERSOY, İtiraz Kurumu, s. 865-866.

alınır. Sulh ceza hâkimliği işleri, asliye ceza hâkimi tarafından görülüyorsa itirazı inceleme yetkisi ağır ceza mahkemesi başkanına aittir (CMK m. 268/3-b).

Asliye ceza mahkemesi hâkimi tarafından verilen kararlara yapılacak itirazların incelenmesi, yargı çevresinde buldukları ağır ceza mahkemesine aittir (CMK m. 268/3-c).

Ağır ceza mahkemesi ile başkanı tarafından verilen kararlar hakkındaki itirazların incelenmesi, o yerde ağır ceza mahkemesinin birden çok dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen daireye; son numaralı daire için birinci daireye; o yerde ağır ceza mahkemesinin tek dairesi varsa, en yakın ağır ceza mahkemesine aittir (CMK m. 268/3-c).

Naip hâkim kararlarına yapılacak itirazların incelenmesi, mensup oldukları ağır ceza mahkemesi başkanına, istinabe olunan mahkeme kararlarına karşı yukarıdaki bentlerde belirtilen esaslara göre buldukları yerdeki mahkeme başkanı veya mahkemeye aittir (CMK m. 268/3-d).

Bölge adliye mahkemesi ceza dairesi üyesinin kararını görevli olduğu dairenin başkanı inceler. Daire başkanı ile ceza dairesinin kararını numara itibarıyla izleyen ceza dairesi; son numaralı daire söz konusu ise birinci ceza dairesi inceler (CMK m. 268/3-e).

Yargıtay ceza dairelerinin esas mahkeme olarak baktıkları davalarda verdikleri kararlara yapılan itirazlarda; üyenin kararını görevli olduğu dairenin başkanı, daire başkanı ile ceza dairesinin kararını numara itibarıyla izleyen ceza dairesi; son numaralı daire söz konusu ise birinci ceza dairesi inceler (CMK m. 268/3-e).

CMK m. 268/3-c’de “*asliye ceza mahkemesi hâkimi*” tarafından verilen kararlara itiraz edilmesi halinde bu itirazı inceleyecek merci düzenlenmiştir. Ancak dikkat edileceği üzere, asliye ceza mahkemesi ifadesine ayrıca yer verilmemiştir. Doktrinde bu düzenlemede, asliye ceza hâkimliği ile asliye ceza mahkemesinin birbirine karıştırıldığı⁸² ve iç içe geçtiği⁸³ ifade edilmiştir. Ayrıca bu düzenlemenin hâkimlik ve mahkeme kararı ayrımına uygun olmadığı da ifade edilmiştir⁸⁴. Gerçekten de CMK m. 268/3-c’de “*asliye ceza mahkemesi ve hâkimi tarafından verilen kararlar*” şeklinde bir ayrım yapılmamıştır. Ancak farklı olarak, CMK m. 268/3-c’de ağır ceza mahkemesi kararlarına (mahkeme kararı) yer verildiği gibi mahkeme başkanının vermiş olduğu kararlara (hâkim kararı) da yer verilmiştir.

⁸² Bkz. TOROSLU, FEYZİOĞLU, s. 397.

⁸³ Bkz. ÖZDEMİR, s. 151.

⁸⁴ Bkz. ARICAN, s. 87; TOPALOĞLU, s. 204.

Asliye ceza mahkemesinin tek hâkimli olması bu konuda yanılıcı olmamalıdır. Toplu mahkemelerde, mahkeme başkanın veya naip hâkimin verebileceği bir kararı, tek hâkimli bir mahkemenin hâkimi verirse bu karar hâkimlik kararı olma özelliğine sahiptir⁸⁵. Ancak toplu mahkemelerde kurul halinde verilebilecek olan bir karar, tek hâkimli bir mahkemede verilmiş olsa bile bu karar mahkeme kararıdır⁸⁶.

B. İtiraz Başvurusunun İncelenmesi

CMK m. 268/2 hükmü ile kararına itiraz edilen yargılama makamının, kararını yeniden gözden geçirebilmesine olanak sağlanmıştır. Bu bağlamda kararına itiraz edilen yargılama makamı, itirazı haklı bulursa kararını değiştirebilecektir. Ancak kararında herhangi bir sorun görmez ise en çok üç gün içerisinde, CMK m. 268/3 hükmünde belirtilen ilgili mercie gönderecektir.

İtiraz kanun yolunda, ilk olarak kabul edilebilirlik incelemesi (ön inceleme) yapılacaktır. Ancak kanunda, itiraz kanun yolunda kabul edilebilirlik incelemesinin yapılacağına dair bir hüküm yoktur. Doktrinde, istinaf ve temyizde kabul edilebilirlik incelemesini düzenleyen hükümlerin (CMK m. 276/1 ve CMK m. 296/1) kıyasen itiraz yolunda da uygulanacağı ileri sürülmektedir. Kabul edilebilirlik incelemesinde kararın itiraz kanun yoluna konu olup olamayacağı, süresinde bir başvuru yapıp yapılmadığı ve başvuruyu yapan kişinin itiraz yoluna başvurma hakkının bulunup bulunmadığı incelenecektir⁸⁷.

Kabul edilebilirlik incelemesi neticesinde başvuru reddedilirse bu ret kararına karşı hangi yola başvurulabileceği sorusu gündeme gelebilecektir. İstinaf ve temyizde bu husus açıkça düzenlenmiştir (CMK m.276/2 ve CMK m. 296/2)⁸⁸. Bu sorunu aşmak adına itiraz kanun

⁸⁵ ÖZEN, Ceza Muhakemesi, s. 191; TOROSLU, FEYZİOĞLU, s. 178-179. Örnek için bkz. CMK m. 32/2 – “Zabıt kâtibinin reddi veya kendisinin reddini gerektiren sebepleri bildirerek görevden çekilmesi hâlinde gereken karar, yanında çalıştığı mahkeme başkanı veya hâkim tarafından verilir”.

⁸⁶ ÖZEN, Ceza Muhakemesi, s. 192; TOROSLU, FEYZİOĞLU, s. 179; Hâkimlik-mahkeme kararı ayrımı ve değerlendirmeler için ayrıca bkz. CENTEL, ZAFER, s. 633-634.

⁸⁷ AKKAŞ, s. 57; ALDEMİR, s. 206; ÖZDEMİR, s. 132-133; ÖZEN, İtiraz Kanun Yolu, s. 128-129; ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR, ALAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 697.

⁸⁸ Bkz. CMK m. 276- “(1) İstinaf istemi, kanunî sürenin geçmesinden sonra veya aleyhine istinaf yoluna başvurulamayacak bir hükme karşı yapılmışsa ya da istinaf yoluna başvuranın buna hakkı yoksa, hükmü veren mahkeme bir kararla dilekçeyi reddeder. (2) İstinaf başvurusunda bulunan Cumhuriyet savcısı veya ilgililer, ret kararının kendilerine tebliğinden itibaren yedi gün içinde bölge adliye mahkemesinden bu hususta bir karar vermesini isteyebilirler. Bu takdirde dosya bölge adliye mahkemesine gönderilir. Ancak, bu nedenle hükmün infazı ertelenemez”.

yolunda da kabul edilebilirlik incelemesinin detaylı bir biçimde düzenlenmesi uygun olacaktır⁸⁹.

CMK m. 270/1 hükmüne göre, “İtirazı inceleyecek merci, yazı ile cevap verebilmesi için itirazı, Cumhuriyet savcısı ve karşı tarafa bildirebilir”. Bu kanun maddesinde “bildirilebilir” ifadesi kullanılarak, bildirim yapıp yapılmayacağı hususu incelemeyi yapan makamın takdirine bırakılmıştır⁹⁰. Doktrinde bu bildirim zorunlu olması gerektiği ifade edilmiştir⁹¹. Aksi halde, ilgililerin itiraza cevap verebilmesi her zaman mümkün olmayacaktır. Bu bakımdan ilgili kişilere bildirim yapılması savunma hakkı ve adil yargılanma hakkı açısından da önemlidir⁹².

CMK m. 271/1, kanunda yazılı olan hallerin saklı olduğunu belirterek itiraz kanun yolunda duruşma yapılmadan karar verileceğini düzenlemiştir. Ancak ilgili kanun maddesinin son cümlesinde, gerekli görülmesi halinde “Cumhuriyet savcısı ve sonra müdafii veya vekilin” dinleneceği düzenlenmiştir⁹³.

CMK m. 270/1’e göre, “Merci, inceleme ve araştırma yapabileceği gibi gerekli gördüğünde bunların yapılmasını da emredebilir”. İtiraz kanun yolunda, maddi ve hukuki yönden bir inceleme yapılacaktır⁹⁴.

C. İtiraz İncelemesi Neticesinde Verilecek Karar

Başvuruyu inceleyen makam, itirazın yerinde olmadığını belirtip itirazı reddedebilir ya da itirazı haklı bulabilir. Eğer merci, itirazın yerinde olduğu yönünde bir kanaate sahipse itiraz konusu hakkında da karar vermelidir. Bu hususa değinen CMK m. 271/2 şu şekildedir: “İtiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir.”

⁸⁹ Bkz. AKKAŞ, s. 57; ÖZDEMİR, s. 133.

⁹⁰ GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 681. Bildirimin zorunlu tutulduğu hal için bkz. CMK m. 270/2 – “101 ve 105 inci maddeler uyarınca yapılan itiraz üzerine Cumhuriyet savcısından görüş alınması durumunda, bu görüş şüpheli, sanık veya müdafiiye bildirilir. Şüpheli, sanık veya müdafii üç gün içinde görüşünü bildirebilir”.

⁹¹ KARAKEHYA, s. 60; ÖZEN, İtiraz Kanun Yolu, s. 130-131.

⁹² KARAKEHYA, s. 60; ÖZDEMİR, s. 153; ÖZEN, İtiraz Kanun Yolu, s. 131.

⁹³ Bu dinlemenin duruşma anlamına gelip gelmediğine ilişkin bkz. AKKAŞ, s. 56; ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR, ALAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 697.

⁹⁴ Bu konuda bkz. ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞIZ, s. 757; ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR, ALAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 697; SOYASLAN, s. 565; YENİSEY, NUHOĞLU, s. 927.

Özellikle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunda ve seri muhakeme usulünde itiraz kanun yoluna başvurulduğunda, itiraz yerinde görülürse itirazı inceleyen makamın nasıl hareket edeceği hususu üzerinde ayrıca durulmalıdır.

CMK m. 271/2 hükmüne göre, itirazı inceleyen makam itirazı yerinde görürse, hukuka aykırı kararı kaldırarak ve itiraz konusu hakkında da karar verecektir. Başka deyişle itirazı inceleyen makam, itiraz konusu hakkında karar verilmek üzere dosyayı mahkemesine göndermeyecektir⁹⁵.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilmesi halinde, itiraz yerinde görülürse itirazı inceleyen makamın hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını kaldırıp, beraat kararı verip veremeyeceğine⁹⁶ veya hükmü açıklama yetkisine sahip olup olmadığına⁹⁷ yönelik tartışmalar bulunmaktaydı. Yargıtay tarafından CMK m. 271/2'nin nasıl anlaşılması gerektiği değerlendirilmiş ve bunun sonucunda itirazın yerinde görülmesi halinde itirazı inceleyen makamın, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını kaldıracağı ve dosyayı mahkemesine göndereceği ifade edilmiştir⁹⁸.

Hal böyleyken, Anayasa Mahkemesi hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı itiraz kanun yolunu öngören CMK m. 231/12'yi iptal etmiştir⁹⁹. Bunun üzerine, kanun koyucu CMK m. 231/12'yi yeniden kaleme almıştır. Yapılan bu değişiklikle beraber itiraz makamının ne yönde karar vereceği hususuna açıklık getirilmiştir. CMK m. 231/12'nin son halinden çıkarılan sonuca göre, itirazı inceleyen makamın hukuka aykırı kararı kaldırıp, beraat kararı vermesi veya hükmü açıklaması mümkün değildir. Zira CMK m. 231/12'de itirazı inceleyen makamın hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını ve hükmü kaldıracağı,

⁹⁵ ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 622-623; ÖZDEMİR, s. 161; ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR, ALAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 697.

⁹⁶ Bkz. ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR, ALAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 660.

⁹⁷ Bkz. CENTEL, ZAFER, s. 882; DEĞİRMENCİ, s. 94.

⁹⁸ “Başka bir anlatımla merci, itirazı kabul ettiğinde, verilmesi ya da kaldırılması gereken bir karar varsa bunu kararı veren mahkemeye bırakmadan kendisi vermeli ya da kaldırmalıdır, örneğin görevsizlik kararına yönelik bir itirazı inceleyen merci, itirazı yerinde görürse aynı zamanda görevsizlik kararını da kendisi kaldırmalıdır. Dolayısıyla, kanunda yer alan ‘İtiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir’ hükmü, itirazı kabul eden merciin sadece ‘itiraz konusu’ hakkında karar vermesi şeklinde anlaşılmalıdır. Buna karşın bu hüküm itiraz konusu dışında dosyanın esası hakkında da yargılamayı sonuçlandıracak (örneğin görevsizlik kararını kaldırarak merciin dosyanın esası hakkında karar vermesi ya da hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararı kaldırarak merciin hükmü açıklaması gibi) bir karar vermesi gerektiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Nitekim Ceza Genel Kurulunun 26.10.2010 gün ve 182-209 sayılı kararında; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına yapılan itirazı inceleyen merciin, itirazı yerinde görmesi halinde dosyayı hükmün açıklanması için yargılamayı yapan asıl mahkemesine göndermesi gerektiği kabul edilmiştir”, Y. CGK, T. 22.01.2013, E. 2012/534, K. 2013/15, <https://karararama.yargitay.gov.tr>.

⁹⁹ AYM, T. 20.07.2022, E. 2021/121, K. 2022/88.

daha sonrasında da gereğinin yapılması için dosyayı mahkemesine göndereceği açıkça düzenlenmiştir. Bu hususların yer aldığı CMK m. 231/12'nin son hali şu şekildedir: “*Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir. İtiraz mercii, karar ve hükmü inceler; usul ve esasa ilişkin hukuka aykırılık tespit ettiği takdirde, gerekçesini göstererek karar ve hükmü kaldırır ve gereğinin yapılması için dosyayı mahkemesine gönderir*”.

CMK m. 250/14'e göre, seri muhakeme usulü uygulanarak kurulan hükümlere karşı itiraz yoluna başvurulabilecektir. CMK m. 250/14'te itirazın üçüncü ve dokuzuncu fıkralardaki şartlar yönünden inceleneceği düzenlenmiştir. Ancak bu hükümde, itiraz makamının itirazı yerinde görmesi halinde ne yönde bir karar vereceği hususu düzenlenmemiştir. İtiraz makamı tarafından yapılan inceleme neticesinde seri muhakeme usulünün uygulanamayacağını tespit edilmesi halinde, dosyanın Cumhuriyet savcılığına gönderileceği ve genel muhakeme usulünün uygulanacağı doktrinde ifade edilmiştir¹⁰⁰. Bu bağlamda, seri muhakeme usulünün uygulanamayacağını tespit eden merci, hükmü kaldıracak ve talepnameyi reddedecek ardından da dosyayı Cumhuriyet savcılığına gönderecektir¹⁰¹.

İtirazı inceleyen makam, dosyadaki mevcut delilleri dikkate alarak, mahkûmiyet kararı dışında bir karar verilmesi gerektiğine yönelik bir sonuca ulaşırsa dosya Cumhuriyet savcılığına gönderilmeli ve genel muhakeme usulü uygulanmalıdır¹⁰². Bu nedenle, itiraz makamı tarafından beraat kararı verilmesinin mümkün olmadığını söylemek gerekir¹⁰³. Ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilmesi halinde ortaya çıkan benzer sorunların burada da gündeme gelmesini engellemek için seri muhakeme usulünde de itiraz makamının ne yönde karar vereceği hususuna kanunda açıkça yer verilmesi uygun olacaktır.

Basit yargılama usulünde de itiraza yer verilmiştir¹⁰⁴. Basit yargılama usulü uygulanarak verilen hükme itiraz edildiğinde, hükmü veren mahkeme duruşma açacak ve genel hükümlere göre yargılamaya devam olunacaktır (CMK m. 252/2). Ancak mahkeme tarafından, itirazın süresi içinde yapılmadığına veya itiraz etme hakkı olmayan bir kişinin itiraz ettiğine yönelik bir değerlendirme yapılırsa CMK m. 268/2 uyarınca dosya itirazı incelemeye yetkili olan mercie

¹⁰⁰ Bkz. BARUTÇU, s. 114; CENTEL, ZAFER, s. 619; ÇAĞLAR, s. 129; KARAKEHYA, İNCE TUNÇER, s. 98; YILMAZ, s. 749.

¹⁰¹ BARUTÇU, s. 114-115; YILMAZ, s. 749.

¹⁰² ÇAĞLAR, s. 129; YILMAZ, s. 750.

¹⁰³ Bu konu hakkındaki detaylar için bkz. YILMAZ, s. 750.

¹⁰⁴ Basit yargılama usulündeki itiraza ilişkin detaylar için bkz. KARAKEHYA, İNCE TUNÇER, s. 164 vd.

gönderilmelidir. Mercii, incelemesini bu sebepler yönünden yapacak ve kararını gereği için mahkemeye gönderecektir (CMK m. 252/6).

CMK m. 271/3'te kararın "mümkün olan en kısa sürede" verilmesi gerektiğine vurgu yapılmıştır. İtirazı inceleyen makamın vermiş olduğu karar kesindir. Ancak, ilk defa merci tarafından verilen tutuklama kararlarının kesin olmadığı hükme bağlanmış ve bu kararlara karşı itiraz yolu açık tutulmuştur (CMK m. 271/4).

İtiraz incelemesi sonucunda verilen kesin kararlar, olağanüstü kanun yolu olma özelliğine sahip olan kanun yararına bozmanın konusunu oluşturabilir¹⁰⁵. Bu konuya değinen bir Yargıtay kararı şu şekildedir¹⁰⁶: "*Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ile birlikte hükmolunan denetimli serbestlik tedbirine ilişkin hukuka aykırı uygulamaların yasa yararına bozma yasa yolu ile incelenip incelenemeyeceğinin belirlenmesine ilişkindir. ... Ceza Genel Kurulunun 29.06.2010 gün ve 70-159 sayılı kararında belirtildiği üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının itiraz yasa yoluna tabi olması nedeniyle gerek itiraz edilerek, gerekse itiraz yasa yoluna başvurulmaksızın kesinleşmesi durumunda, olağanüstü bir yasa yolu olan yasa yararına bozma konusu yapılabileceğinde kuşku yoktur*".

SONUÇ

İtiraz, hâkim ve mahkeme kararlarına karşı başvurulabilecek bir kanun yoludur. İtiraz, muhakemenin hukuka uygun yürütülebilmesi açısından önemli bir kanun yoludur. Çünkü muhakeme sürecinde verilmiş olan birçok hâkim kararına ve mahkeme kararına karşı itiraz yoluna başvurulabilmektedir. Özellikle hatalı bir şekilde uygulanmasına karar verildiği takdirde ağır ihlallere sebebiyet verebilecek olan koruma tedbirlerine karşı da itiraz yoluna başvurulabilmektedir. Koruma tedbirlerine ilişkin kararların denetimine imkân sağlaması, itiraz kanun yolunun önemini bir kez daha ortaya koymaktadır.

Bu çalışmada, itiraz kanun yoluna ilişkin bazı tartışmalı konulara yer verilmiştir. Doktrindeki görüşler ve Yargıtay kararları değerlendirilerek, çalışmada öne çıkarmaya çalıştığımız konular hakkında şu sonuçlara varılmıştır:

¹⁰⁵ AYGÜN EŞİTLİ, s. 204; ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, SIRMA GEZER, SAYGILAR, ALAN, ÖZAYDIN, ERDEN TÜTÜNCÜ, ALTINOK VILLEMIN, TOK, s. 697.

¹⁰⁶ Y. CGK, T. 03.04.2012, E. 2011/334, K. 2012/130, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (E.T. 16.03.2023).

CMK m. 260'ta “*katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar*” ifadesine yer verilmiştir. Bu ifade farklı anlamlara gelecek şekilde yorumlanabilir. Ayrıca bu ifade CMK m. 234/1-b(6) hükmü ile uyum içerisinde değildir. Madde gerekçesi ve Yargıtay uygulaması ise bu ifadenin, “duruşmadan veya kamu davasından haberdar olmamış suçtan zarar görmüş kişileri” kapsadığı yönündedir. Kanun koyucunun gerçek amacı “duruşmadan veya kamu davasından haberdar olmamış suçtan zarar görmüş” kişilere kanun yollarına başvurma hakkı tanımak ise CMK m. 260'ta yer alan ifadeyi bu amacını tam anlamıyla yansıtmayacak şekilde yeniden düzenlemelidir. Aksi halde CMK m. 260'ta yer alan bu ifade, çelişkili bir durum ortaya çıkarmaya devam edecektir.

İtiraz kanun yolunda, “*yayıma etkisi*” ve “*aleyhe değiştirme yasağı*” düzenlenmemiştir. Yayılma etkisini ve aleyhe değiştirme yasağını düzenleyen hükümlerin kıyasen itiraz yolunda uygulanması mümkün değildir. Zira bu hükümler, istisnaidir ve kıyasa elverişli değildir. Ancak belirtmek gerekir ki, yayılma etkisi ve aleyhe değiştirme yasağı önemli amaçlara hizmet etmektedir. Bu bakımdan, yayılma etkisine ve aleyhe değiştirme yasağına itiraz kanun yolunda da yer verilmelidir.

CMK m. 268/3-c'de “*asliye ceza mahkemesi hâkimi tarafından verilen kararlara*” itiraz edildiğinde bu itirazın hangi makam tarafından inceleneceği düzenlenmiştir. Ancak asliye ceza mahkemesi ifadesi ayrıca kullanılmamıştır. Doktrindeki görüşler de dikkate alındığında, bu düzenlemenin “*asliye ceza mahkemesi ve hâkimi tarafından verilen kararlar...*” şeklinde veya buna benzer şekilde yeniden düzenlenmesi hâkimlik-mahkeme kararı ayırımına da uygun olacaktır.

İtiraz kanun yolunda, kabul edilebilirlik incelemesinin (ön inceleme) yapılacağı açıkça düzenlenmemiştir. Ancak istinaf ve temyizde yer alan hükümlerin kıyasen itirazda da uygulanabileceği kabul edilmektedir. Ancak kabul edilebilirlik incelemesi neticesinde, itiraz başvurusu reddedilirse hangi hukuki yola başvurulabileceğinin kanunda düzenlenmesi gereklidir. Bu bakımdan, itiraz kanun yolunda da kabul edilebilirlik incelemesinin bütün detayları ile düzenlenmesi daha uygun olacaktır.

CMK m. 270'e göre, “*itirazı inceleyecek merci, yazı ile cevap verebilmesi için itirazı, Cumhuriyet savcısı ve karşı tarafa bildirebilir*”. Kanunun bu maddesinde “*bildirilebilir*” ifadesi kullanılarak, itirazın ilgililere bildirilmesi inceleme yapan makamın takdirine bırakılmıştır. Bu bildirim yapıp yapılmayacağı hususu yetkili makamın takdirine bırakılmamalıdır. Nitekim bu bildirim zorunlu hale getirilmesi savunma hakkı ve adil yargılanma hakkı açısından da önem arz etmektedir.

KAYNAKÇA

- AKKAŞ, A. H. (2019). Ceza Muhakemesinde İtiraz Kanun Yolunun Teorik Çerçevesi. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi, I (2), Ankara: Adalet Yayınevi, 45-69.
- ALDEMİR, H. (2021). Ceza Yargılamasında Kanun Yolları. Ankara: Adalet Yayınevi.
- APAYDIN, C. (2020). Ceza Muhakemesine Egemen İlkeler Işığında Olağan ve Olağanüstü Kanun Yolları. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ARICAN, Y. (2006). Ceza Yargılaması Hukukunda İtiraz Yolu. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Konya: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- AYDIN, D. (2006). Ceza Muhakemesi Kanunu'nda İtiraz. TBB Dergisi (65), 61-72.
- AYGÖRMEZ, G. A., KORKMAZ, M. (2021). Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulü Muhakeme Stratejileri. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- AYGÜN EŞİTLİ, E. (2016). Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Kanun Yararına Bozma. TBB Dergisi (122), 193-234.
- BARUTÇU, A. (2023). Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Konya: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- CENTEL, N., ZAFER, H. (2022). Ceza Muhakemesi Hukuku (21 b.). İstanbul: Beta Yayıncılık.
- ÇAĞLAR, S. (2021). Seri Muhakeme Usulü. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü.
- ÇAĞLAYAN, M. M. (1971). Yargıtay İçtihatlarının Işığında İtiraz Üzerine Bir İnceleme. Adalet Dergisi(1), 13-21.
- ÇINAR, A. R. (2013). Aleyhe Değiştirme Yasağı Kuralı. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, 19 (2), 603-666.
- DEĞİRMENCİ, O. (2019). Yargı Kararları Çerçevesinde Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Hukuki Denetimi ve İtirazın Kapsamı. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi, I (2), Ankara: Adalet Yayınevi, 71-104.

- ERSOY, U. (2018). Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değişirme (reformatio in peius) Yasağı. Ankara: Adalet Yayınevi (*Aleyhe Değişirme Yasağı*).
- ERSOY, U. (2020). Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usullerinde İtiraz Kurumuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 28 (2), 857-885 (*İtiraz Kurumu*).
- FEYZİOĞLU, M. (2006). 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler. TBB Dergisi (62), 27-61.
- GÖKCEN, A., BALCI, M., ALŞAHİN, M. E., ÇAKIR, K. (2022). Ceza Muhakemesi Hukuku (6. b.). Ankara: Adalet Yayınevi.
- KARAKEHYA, H. (2002). Türk Ceza Muhakemesinde Kanun Yolu Olarak İtiraz. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- KARAKEHYA, H., İNCE TUNÇER, A. (2021). Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme ve Basit Yargılama. Ankara: Adalet Yayınevi.
- KATOĞLU, T. (2012). Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 61 (2), 657-694.
- KAYMAZ, S. (2013). Ceza Muhakemesinde Aleyhte Değişirme Yasağı. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, 19 (2), 1397-1452.
- ORMANOĞLU, H. D. (2016). Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değişirme Yasağı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- ÖNTAN, Y. (2017). İstinaf Kanun Yolunda Bozmanın Sirayeti Sorunu. TBB Dergisi (128), 149-158.
- ÖZBEK, V. Ö., TEPE, İ. (2014). Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değişirme (Reformatio in Peius) Yasağına İlişkin – Öğreti ve Uygulama Boyutlarıyla – Genel Bir Değerlendirme. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Armağan, 16 (Özel Sayı), 3759-3797.
- ÖZBEK, V. Ö., DOĞAN, K., BACAKSIZ, P. (2022). Ceza Muhakemesi Hukuku (15 b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ÖZDEMİR, S. E. (2018). Ceza Muhakemesinde İtiraz Kanun Yolu. Ankara: Adalet Yayınevi.

- ÖZEN, M. (2011). Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz Kanun Yolu. Ankara: Adalet Yayınevi (*İtiraz Kanun Yolu*).
- ÖZEN, M. (2020). Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri (5. b.). Ankara: Adalet Yayınevi (*Ceza Muhakemesi*).
- ÖZTÜRK, B., TEZCAN, D., ERDEM, M. R., SIRMA GEZER, Ö., SAYGILAR, Y. F., ALAN, E., ÖZAYDIN, Ö., ERDEN TÜTÜNCÜ, E., ALTINOK VILLEMIN, D., TOK, M. C. (2022). Nazari Ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku (16. b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- SCHROEDER, F. C., VERREL, T. (2019). Ceza Muhakemesi Hukuku. (S. Oktar, Çev.) Ankara: Yetkin Yayınları.
- SOYASLAN, D. (2020). Ceza Muhakemesi Hukuku (8. b.). Ankara: Yetkin Yayınları.
- SOYER GÜLEÇ, S. (2019). Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme (REFORMATIO IN PEIUS) Yasağı. D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, 21 (Özel Sayı), 701-750.
- ŞAHİN, C., GÖKTÜRK, N. (2022). Ceza Muhakemesi Hukuku (13. b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- TOPALOĞLU, A. (2014). Ceza Muhakemesi Hukukunda Olağan Kanun Yolu Olarak İtiraz. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- TOROSLU, N., FEYZİOĞLU, M. (2021). Ceza Muhakemesi Hukuku (21. b.). Ankara: Savaş Yayınevi.
- ÜNLÜTEPE, C. (2008). Kamu Davasına Katılma. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- ÜNVER, Y., HAKERİ, H. (2022). Ceza Muhakemesi Hukuku (19. b.). Ankara: Adalet Yayınevi.
- WEITZEL, J. (2011). Kanun Yolları Hukukunun Temel Esasları (F. Doğan, Çev.). Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi, 1 (3), 21-39.
- YENİSEY, F., NUHOĞLU, A. (2022). Ceza Muhakemesi Hukuku (10. b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- YILMAZ, Y. (2022). Ceza Muhakemesinde Pazarlık Yöntemleri ve Kovuşturmaya Alternatif

Bir Yöntem Olarak Seri Muhakeme Usulü. Doktora Tezi. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

YURTCAN, E., İRTİŞ, B. (2022). Seri Yargılama ve Basit Yargılama (2. b.). Ankara: Yetkin Yayınları.

YÜCE, T. T. (1962). Ceza Muhakemeleri Usulünde İtiraz. Adalet Dergisi (5-6), 491-507.



İNŞAAT SİGORTASI GENEL ŞARTLARINA GÖRE SİGORTALI MALIN MÜLKİYETİNDE GERÇEKLEŞECEK DEĞİŞİKLİĞİN SİGORTA SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ*

The Impact of the Change in Ownership of the Insured Property on the General Terms
and Conditions to Insurance Contracts

Aydın Alber YÜCE*

ÖZ

Sigorta konusu menfaat sahibinin değişmesi, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1470. maddesinde ele alınmıştır. Anılan hüküm uyarınca, aksine sözleşme yoksa sigorta edilen menfaatin sahibi değişirse sigorta ilişkisi sona erer. Hükümden anlaşılacağı üzere sigorta sözleşmesiyle bunun aksi kararlaştırılabilir. İnşaat Sigortası Genel Şartları'nın m. C. 5 hükmüne göre ise, sigortalı malın mülkiyetinde bir değişiklik olduğunda sigorta sözleşmesi devam eder. İlaveten, sigortalının poliçeden doğan hak ve borçları da yeni hak sahiplerine intikal etmektedir.

İNşaat Sigortası Genel Şartları'nın m. C.5 hükmü, sözleşmenin devamı konusunda belirli şartlarla taraf iradelerine bir hareket alanı tanıır. Yine bu hükümlerle, taraf iradelerinin sözleşmenin sona ermesi yönünde olduğu durumlarda hukukî ilişkinin tasfiyesi de düzenlenmiştir. Kısacası, genel şartların ilgili maddesiyle, zarar sigortalılarına ilişkin TTK hükmü arasında içerik ve hukukî tercih açısından önemli farklılıklar bulunmaktadır. Bu çalışmada anılan düzenlemeler arasındaki farklılık ele alınırken normlar hiyerarşisi uyarınca konunun nasıl düzenlendiği değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Sigorta sözleşmesi, sigorta konusu menfaat, menfaat sahibinin değişmesi, inşaat sigortası, sigorta ettirenin değişmesi.

* **Gönderi:** 07.04.2023 - **Kabul:** 24.05.2023 | **Received:** 07.04.2023- **Accepted:** 24.05.2023.

* Dr. Öğr. Üyesi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Kayseri, Türkiye ✉
aayuce@erciyes.edu.tr • ORCID 0000-0002-6178-9143.

Atıf Şekli / Cite As: YÜCE, Aydın Alber (2023). İnşaat Sigortası Genel Şartlarına Göre Sigortalı Malın Mülkiyetinde Gerçekleşecek Değişikliğin Sigorta Sözleşmesine Etkisi. ÇÜHAD, (3), 127-159.

İntihal / Plagiarism: Bu makale bir intihal engelleme yazılımı aracılığıyla denetlenmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been checked via a plagiarism prevention software and reviewed by at least two referees.



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

ABSTRACT

Article 1470 of Turkish Commerce Code No. 6102 addresses the change of the property owner of the insured interest. If there is no agreement, the insurance contract terminates when the owner of the insured property changes in accordance with the aforementioned condition. The provision makes apparent that the opposite of that can be agreed with the insurance contract. The insurance agreement will remain in effect when the owner of the insured property changes in accordance with the C. 5 clause of the General Conditions of Construction Insurance. The insured's policy-related rights and obligations are as well transferred to the new right holders.

When subject to a closer examination of the provision within the General Conditions of Construction Insurance that pertains to the subject matter, it becomes evident that it also allows for the parties' discretion, under certain conditions, with regard to the continuation of the contract. Again, with this clause, the termination of the legal connection is regulated in cases where the party's will is to terminate the contract. In a nutshell there are significant differences between the applicable article of the general conditions and the TCC provision dealing with loss insurances in terms of content and legal preference. The hierarchy of norms will be used in this study to examine the differences between the legislation specified.

Keywords: Insurance contract, insured property, change of the owner of the insured property, construction insurance, change to the policyholder.

GİRİŞ

I. TÜRK, ALMAN VE İSVİÇRE HUKUKLARINDA İNŞAAT SİGORTASINDA MENFAAT DEĞİŞİKLİĞİ İLE İLGİLİ KANUNİ DÜZENLEMELER

- A. TÜRK HUKUKUNDA İNŞAAT SİGORTASINDA MENFAAT DEĞİŞİKLİĞİ
- B. ALMAN HUKUKUNDA İNŞAAT SİGORTASINDA MENFAAT DEĞİŞİKLİĞİ
- C. İSVİÇRE HUKUKUNDA İNŞAAT SİGORTASINDA MENFAAT DEĞİŞİKLİĞİ
- D. DEĞERLENDİRME

II. GENEL OLARAK İNŞAAT SİGORTASI SÖZLEŞMESİ

- A. İNŞAAT SİGORTASININ TANIMI
- B. İNŞAAT SİGORTASIYLA SİGORTALANABİLECEK UNSURLAR

III. İNŞAAT SİGORTASINA KONU MALIN MÜLKİYETİNDEKİ DEĞİŞİKLİĞİN SONUÇLARINA İLİŞKİN YASAL DAYANAKLAR

- A. TTK M. 1470 ve İNŞAAT SİGORTASI GENEL ŞARTLARI M. C.5 HÜKÜMLERİNİN TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN 205. MADDESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ
- B. İNŞAAT SİGORTASI GENEL ŞARTLARI M. C.5 HÜKMÜ
 1. Hükmün Uygulama Alanı
 2. İnşaat Sigortası Genel Şartları m. C.5 Hükmünün Uygulanma Şartları
 - a. Birinci Ön Koşul: Geçerli Bir İnşaat Sigortası Sözleşmesinin Bulunması
 - b. İkinci Ön Koşul: İnşaat Sigortasına Konu Unsurların Hukuken Geçerli Olarak Devredilmesi
 - i. Temel İlke
 - ii. Devir İşleminin Geçersizliği ve Bunun İnşaat Sigortası Sözleşmesine Etkisi
 - iii. İşletmenin Bütünü Konu Alan Bazı İşlemler Bakımından Değerlendirme
 - iv. İnşaat Sigortasına Konu Malların Bir Kısmını Konu Alan Bazı İşlemler Bakımından Değerlendirme
 - v. Geciktirici veya Bozucu Koşula Bağlı Satış Sözleşmeleri Açısından Değerlendirme
 - aa. Geciktirici Koşul

- bb. Bozucu Koşul
- vi. Bir Taşınırım Mülkiyetini İyiniyetle Devralan Kişinin Durumu
- 3. Hukukî İlişkinin Devamlılığı Prensibi
- 4. Sigorta Ettirenin ya da Yeni Hak Sahibinin Bildirim Yükümlülüğü
 - a. Genel Olarak
 - b. Sigortacının Rizikonun Ağırlaşıp Ağırlaşmadığı Konusunda Değerlendirme Yapma İhtiyacı
 - c. Bildirim Yükümlülüğünü Yerine Getirmemenin Sonucu
- 5. Sigortacının Sözleşmeyi Fesih Hakkı
 - a. İnşaat Sigortasının İhtiyarılığı ve Sözleşme Özgürlüğünün Taraf İradeleriyle Sınırlanması
 - b. İlke
 - c. Fesih Hakkının Kullanılması
 - d. Feshin Hükümleri
 - e. Fesih Hakkının Düşmesinin Sonucu

SONUÇ

GİRİŞ

İnşaat sigortası, inşa edilmekte olan bir yapı ve inşa işine yardımcı olan ekipmanın belirli rizikolara karşı sigorta ettirilmesini konu edinen bir zarar sigortasıdır. Sigortalanan malvarlığı unsurları çeşitli hukukî işlemlere konu olabilir. Bu hukukî işlemler arasında sigorta konusu menfaatin el değiştirmesi sonucunu doğuran hukukî işlemler de vardır. İnşaat sigortasına konu unsurların devrine yönelik hukukî işlemler sonucunda, sigorta sözleşmesiyle yaratılmış olan hak ve borçlar düzeninin değişip değişmeyeceği üzerinde durulması gerekli bir konudur.

Sigorta konusu menfaat sahibinin değişmesi durumunda sigorta sözleşmesinin hukukî akıbeti ile ilgili Türk Ticaret Kanunu¹ m. 1470 hükmü bir prensip kabul etmiştir. Bu prensibe göre, aksine sözleşmenin bulunmadığı hallerde sigorta sözleşmesi sona erer. Hukukî meseleyi inşaat sigortaları açısından ele alan İnşaat Sigortası Genel Şartları'nın C. 5 hükmü, TTK m. 1470 hükmünden, sigorta sözleşmesinin devamını taraf iradelerine bağlamaması yönüyle ayrıldığı gibi; devir keyfiyetinin bildirim ya da sözleşmeyi fesih ve fesih hakkının düşmesi gibi konularda da kanun hükmüne göre detaylı esaslar içermektedir. Kanun ve genel şartlar arasındaki farklılık üzerinde durularak, genel şartların içerdiği esasların açıklanması gerekir.

İşbu çalışmada, yukarıda temas edilen inceleme ve açıklamaların gerçekleştirilmesi için öncelikle inşaat sigortasına konu menfaatin el değiştirmesiyle ilgili kanunî düzenlemelere işaret olunacaktır. Ardından, inşaat sigortası sözleşmesi üzerinde kısaca durulduktan sonra son kısımda İnşaat Sigortası Genel Şartları'nın C. 5 hükmü detaylarıyla incelenecektir.

¹ Resmî Gazete Tarihi: 14.02.2011, Resmî Gazete Sayısı: 27846.

I. TÜRK, ALMAN VE İSVİÇRE HUKUKLARINDA İNŞAAT SİGORTASINDA MENFAAT DEĞİŞİKLİĞİ İLE İLGİLİ KANUNİ DÜZENLEMELER

A. TÜRK HUKUKUNDA İNŞAAT SİGORTASINDA MENFAAT DEĞİŞİKLİĞİ

Zarar sigortalarında, sigorta sözleşmesinin konusu eşya değil bu eşya üzerindeki menfaattir². İnşaat sigortaları için de aynı esas geçerlidir. İnşaat sigortasına konu eşya üzerindeki mülkiyet değiştiğinde de sigorta sözleşmesi bundan etkilenir. Hukukî mesele hem TTK'da hem de genel şartlarda ele alınmıştır.

Sigorta edilen menfaatin sahibinin değişmesi TTK m. 1470 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre, “*Sigorta edilen menfaatin sahibinin değişmesi hâlinde, aksine sözleşme yoksa, sigorta ilişkisi sona erer*”³. Sigortacı açısından menfaat sahibi değişikliği kimi zaman riziko ağırlaşması olarak ortaya çıkar⁴. Çünkü sigorta edilen bir mal üzerindeki menfaatle sigorta ettiren arasındaki ilişki subjektiftir ve sigorta edilen menfaatin sahibinin değişmesi esasında (TTK m. 1408 hükmünde düzenlenen) sigorta menfaatinin sonradan yok olması durumunun özel bir görünümüdür⁵. Bu açıdan, taraflara aksine sözleşme yapabilme imkânı tanınarak, menfaatler dengesi somut olaya göre korunmaya çalışılmıştır⁶. Fakat sözleşmenin devam etmemesi ihtimalinde yeni malik, başka bir sigorta sözleşmesi akdedene kadar korumasız kalmaktadır⁷.

Bir zarar sigortası olan inşaat sigortasına TTK sistematğine göre TTK m. 1470 hükmünün uygulanmasının gerektiği düşünülebilirse de 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun⁸ 11. maddesi buna engeldir. Bu hükme göre, sigorta sözleşmelerinin ana muhtevası,

² SOPACI ÖZTUNA, s. 108. Yargıtay'ın bir kararında da bu hususa şu şekilde temas edilmiştir: “*İnşaat sigortası bir mal sigortası olup, inşaat sigortasının konusunu, inşaa edilmekte olan yapı ve bu inşa eserini meydana getirmek üzere kullanılan malzemeler üzerindeki menfaat oluşturur.- Somut olayda, davacı tarafından yapımı üstlenilen inşaatın veya inşa eserini meydana getirmek üzere kullanılan malzemelerin bizzat kendisinde, özünde bir eşyaya ilişkin bir zarar veya zıyı meydana gelmemiş olup, davacı inşaata devam edilememesi nedeniyle boşa giden inşaat masrafını talep etmektedir. Ve bu zarar eşyaya ilişkin bir zarar değildir. Dolayısıyla, meydana gelen zararın sigorta teminatı kapsamında değerlendirilemeyeceği gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile hüküm tesisi doğru olmamış, hükmün temyiz eden davalı yararına bozulması gerekmiştir.*” (Y. 11. HD., T. 02.06.2022, E. 2020/7416, K. 2022/4378, , www.kazanci.com.tr, E.T. 19.05.2023).

³ Hükmün, tek bir poliçe ile birden fazla ve farklı menfaatin teminat altına alınması ihtimalini göz ardı etmesi sebebiyle hatalı olduğu yönünde bkz. SOPACI ÖZTUNA, s. 126. Hüküm ayrıca, sözleşmenin devamı ihtimaline dair herhangi bir kural içermemesi yönüyle de eksiktir. Bu yönde bkz. SOPACI ÖZTUNA, s. 129.

⁴ TTK m. 1470 Gerekçesi.

⁵ SOPACI ÖZTUNA, s. 124-125.

⁶ YENER, s. 198. Genel şartlar açısından ve menfaatler dengesinin sağlanması yönünden benzer bir değerlendirme için bkz. YÜCEL, s. 246.

⁷ SOPACI ÖZTUNA, s. 132.

⁸ Resmî Gazete Tarihi: 14.06.2007, Resmî Gazete Sayısı: 26552.

Müştaşarlıkça onaylanan ve sigorta şirketlerince aynı şekilde uygulanacak olan genel şartlara uygun olarak düzenlenir. O halde inşaat sigortaları açısından menfaat değışikliğı konusu genel şartlara göre çözümlenir. İnşaat Sigortası Genel Şartları'nın⁹ C.5 hükmüne göre;

“Sigortalı malın mülkiyetinde bir değışiklik olduğı takdirde, sigortanın hükmü devam eder ve sigortalının poliçeden doğan hak ve borçları yeni hak sahiplerine intikal eder. Bu takdirde sigorta ettiren ve sigortanın mevcudiyetini öğrenen yeni hak sahibi, devir keyfiyetini 15 gün içinde sigortacıya bildirmekle yükümlüdür. Bu yükümlülük yerine getirilmez ise sigortacı sorumluluktan kurtulur. Sigortacı değışikliğı; yeni hak sahibi de sigortanın mevcudiyetini öğrendiğı tarihten itibaren 8 gün içinde sigortayı fesih edebilir.

Süresinde kullanılmayan fesih hakkı düşer. Poliçenin sigortacı tarafından feshi halinde, fesih ihban postaya veya notere verildiğı tarihten itibaren 8 gün sonra öğleyin saat 12.00'de yeni hak sahibi tarafından feshi ise fesih ihbarı postaya veya notere verildiğı tarihi takip eden gün öğleyin saat 12.00'de hüküm ifade eder.

Feshin hüküm ifade ettiğı tarihe kadar geçen sürenin primi, sözleşmenin sigortacı tarafından feshi halinde gün esas, yeni hak sahibi tarafından feshi halinde ise sigortacı tarafından tespit edilecek esasa göre prim farkı yeni hak sahibine geri verilir. Sigortalı malın malikinin değışmesi anında mevcut prim borçlarından sigorta ettiren, fesih hakkını kullanmayan yeni hak sahibi ile birlikte sorumludur.

Sigorta ettirenin ölümü halinde, bu sigortadan doğan bütün hak ve borçlar olduğı gibi yeni hak sahiplerine intikal eder.”

B. ALMAN HUKUKUNDA İNŞAAT SİGORTASINDA MENFAAT DEĞİŞİKLİĞİ

Alman hukukunda inşaat sigortası (*Bauleistungsversicherung*) branşında ağırlıklı olarak kullanılan genel şartlar 2018 tarihli İnşaat Sigortası Genel Şartları'dır^{10, 11}. Buradaki hükümler

⁹ Genel şart hükümleri için bkz. <https://tsb.org.tr/tr/genel-sartlar> ve ayrıca <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/genel-sartlar/insaat-sigortasi-genel-sartlari-butun-riskler>, (E.T. 13.5.2023).

¹⁰ Allgemeine Bedingungen für die Versicherung von Bauleistungen (ABBL 2018), Genel şartlar için bkz. <https://www.gdv.de>, (E.T. 17.05.2023).

¹¹ İnşaat sigortası, Alman hukukunda “*Bauleistungsversicherung*” adı altında uygulanmaktadır ve 2018'a kadar bu sigorta genellikle iki tür genel şart üzerinden yapılmıştır. Bu genel şartlar Allgemeine Bedingungen für die Bauleistungsversicherung durch Auftraggeber (ABN 2008) ve Allgemeine Bedingungen für die Bauleistungsversicherung von Unternehmerleistungen (ABU 2011)'dir. ABN 2008 temelli inşaat sigortası sözleşmeleri, işsahiplerinin aslında sadece inşa edilecek yapının bedelini yükleniciye ödemeyi borçlandıkları eser sözleşmelerinde, yüklenicinin ediminini gerçekleştirmesini engelleyebilecek rizikolara karşı yaptırdığı

incelendiğinde, sigorta konusu malın mülkiyetinin nakli ile ilgili bir şarta rastlanmamaktadır. Bu sebeple konu ile ilgili, Türk hukukunun aksine Alman hukukunda genel hükümlere müracaat etmek gerekir. Bu konudaki temel düzenleme, Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'dur¹².

Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu (VVG), sigortalı malın sigorta ettiren tarafından başkasına temlik edilmesi konusunu beş maddede ayrıntılı olarak ele almıştır. VVG §95-§99 arasındaki hükümler sigorta konusu malın elden çıkarılmasıyla ilgilidir (*Veräußerung der versicherten Sache*). Temel kuralı ortaya koyan düzenleme VVG §95'tir. VVG §95 hükmü, sigorta konusu malın mülkiyetinin değişmesi halinde sözleşmenin devamlılığı üzerine bina edilmiştir. Hükmün ilk fıkrasına göre¹³, sigorta konusu mal sigorta ettiren tarafından (başkasına) temlik edildiğinde, yeni malik eski malikin mülkiyet süresi boyunca sigorta ilişkisinden kaynaklanmış hak ve borçlarının yeni sahibi olur. VVG §95 hükmünün ikinci fıkrası¹⁴, devir halinde prim ödeme borcunun kime ait olduğunu düzenlemektedir. Hükme göre, sigorta konusu şeyi temlik eden ve bunu temlik alan kişi, temlik anına kadar işlemiş olan sigorta primlerinden müştereken ve müteselsilen sorumludur. VVG §95 hükmünün son fıkrasına göre ise¹⁵, yeni malikin sigorta ilişkisine girmesi sigortacıya karşı en erken sigortacının devir olgusunu öğrendiği anda ileri sürülebilir.

VVG §96 hükmü, sigorta konusu malın temlik edilmesinden sonra sözleşmenin fesih yoluyla sona ermesi konuludur. Hükme göre sigortacı, bir aylık bir süreye uymak suretiyle sigorta sözleşmesini feshedebilir. Bu süre hak düşürücü bir süredir. Fesih hakkı, sigortacının

sözleşmelerdir (DROLL, §32, par. 136). Buna karşılık, ABU 2011 temelli sigorta sözleşmeleri, yüklenici ile sigorta ettirenin aynı kişi olduğu sözleşmelerdir. Bu tür inşaat sigortası sözleşmelerinde sigorta ettiren yüklenici kendi ediminin ifası açısından tehlike oluşturan rizikolara karşı tedbir almaktadır (DROLL, §32, par. 23).

Bu iki tür nitelikteki inşaat sigortası sözleşmesi yanında üçüncü bir tür de vardır. Üçüncü tür genel şartlar Allgemeine Bedingungen für die Versicherung von Bauleistungen (ABBL 2018) adı altında uygulama alanı bulmaktadır. 2018 tarihli bu genel şartlar hem işsahipleri hem de yükleniciler tarafından akdedilecek inşaat sigortası sözleşmelerinde kullanılabilir (REHM, FRÖMEL, par. 1). Bununla beraber, ABBL 2018 ile getirilen genel şartlar önceki tarihli iki genel şartın uygulama alanını daraltmamaktadır. Diğer bir deyişle, her üç genel şart da ihtiyaca göre kullanılabilen olup; Alman sigorta hukukunda da fiilî uygulama bu yöndedir (ORLIKOWSKI-WOLF, s. 324).

¹² Versicherungsvertragsgesetz vom 23. November 2007 (BGBl. I S. 2631), das zuletzt durch Artikel 17 des Gesetzes vom 22. Februar 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 51) geändert worden ist.

¹³ VVG §95/1: "Wird die versicherte Sache vom Versicherungsnehmer veräußert, tritt an dessen Stelle der Erwerber in die während der Dauer seines Eigentums aus dem Versicherungsverhältnis sich ergebenden Rechte und Pflichten des Versicherungsnehmers ein".

¹⁴ VVG §95/2: "Der Veräußerer und der Erwerber haften für die Prämie, die auf die zur Zeit des Eintrittes des Erwerbers laufende Versicherungsperiode entfällt, als Gesamtschuldner."

¹⁵ VVG §95/3: "Der Versicherer muss den Eintritt des Erwerbers erst gegen sich gelten lassen, wenn er hiervon Kenntnis erlangt hat."

temliği öğrenmesinden itibaren bir ay içinde kullanılmazsa sona erer. Aynı zamanda sigorta konusu malın yeni maliki de sigorta sözleşmesini derhal ya da sigorta döneminin sonunda hüküm ifade etmek üzere sona erdirmeye hakkına sahiptir. Yeni malikin fesih hakkı da bir aylık bir süreye tabidir. Ancak, yeni malik sigorta ilişkisinden haberdar değilse bir aylık süre sigortayı öğrenmek anından itibaren başlar. Fesih ister sigortacı isterse de yeni malik tarafından gerçekleştirilmiş olsun, işlemler sigorta primlerinden sorumluluk temlik edene aittir. Temlik alanın bu manada bir sorumluluğu yoktur.

VVG §97 hükmü, sigorta konusu malın devriyle ilgili bir bildirim yükümlülüğü getirmektedir. Buna göre, sigorta konusu malı temlik eden ya da temlik alan, devir olgusunu sigortacıya gecikmeksizin bildirmekle yükümlüdür. Bu bildirim yapılmadığı durumlarda sigortacı, devir olgusunu öğrenmiş olması gerektiği andan itibaren sözleşmeyi feshedebileceği bir aylık zaman diliminin sona ermesinden sonra gerçekleşen rizikolardan dolayı gerçekleşen zararı tazmin borcu altına girmez. Rizikonun gerçekleştiği anda sigortacının sözleşmeyi feshedebilmesi için geçerli olan süre sona ermiş ve sözleşme feshedilmemişse veya temlike dair bildirim kendisine ulaşmış olması gereken zamanda sigortacı devirden haberdar ise, rizikonun gerçekleşmesiyle sigortacı tazmin yükümlülüğü altına girer.

VVG §98 sigorta konusu malı temlik alanı korumayı amaçlamaktadır. Hükme göre, sigorta sözleşmesinde §95-97 hükümlerinden sapan bir kural sigortacı tarafından sigorta konusu malı iktisap edene karşı ileri sürülemez. Bununla beraber, sigorta sözleşmesinde §96/2 hükmüne göre sigorta sözleşmesinin temlik alan tarafından sonra erdirilmesi ya da bildirim yazılı olarak yapılmasının zorunlu kılınması sigorta sözleşmesiyle kararlaştırılabilir.

Konuyla ilgili son hüküm VVG §99'dur. Sigorta konusu malın mülkiyeti haciz yoluyla satış suretiyle elde edilmişse veya üçüncü bir kişi bu mal üzerinde intifa hakkına, kira sözleşmesine veya benzeri bir hukukî ilişkiye dayanarak hak sahibi olursa §95-98 hükümleri uygun düştüğü ölçüde uygulanır.

C. İSVİÇRE HUKUKUNDA İNŞAAT SİGORTASINDA MENFAAT DEĞİŞİKLİĞİ

İsviçre hukukunda inşaat sigortasıyla (*Bauwesenversicherung*) ilgili genel şartlar, Allgemeine Bedingungen für die Bauwesenversicherung (AVB-2019) adı altında düzenlenmiştir¹⁶. Buradaki düzenlemeler incelendiğinde, Alman hukukunda olduğu gibi, genel

¹⁶ Genel şart hükümleri için bkz. www.svv.ch, Ausgabe 2019 der unverbindlichen Musterbedingungen des SVV, (E.T. 17.05.2023).

şartlar içinde sigortalı malın mülkiyetinin nakline hasredilmiş bir hüküm olmadığı görülecektir. Böylelikle, İsviçre hukuku açısından da konu genel hükümler bağlamında çözülür.

İsviçre’de sigortalı malın el değiştirmesi Sigorta Sözleşmeleri Kanunu’nda¹⁷, Türk hukukunda olduğu gibi tek maddede ele alınmıştır. “*Handänderung*” başlıklı VVG Art. 54 hükmüne göre¹⁸, sigorta konusu malın mülkiyeti el değiştirdiğinde, sigorta sözleşmesinden doğan hak ve borçlar yeni malike geçer. Bununla beraber yeni malik, sigorta sözleşmesinden doğan hakların geçişini, yazılı ya da yazılı olarak doğrulamayı mümkün kılacak başka bir usulle, temlik işleminden sonra otuz gün içinde reddedebilir. Sigortacı ise, teminat sağladığı malın mülkiyetinin el değiştirdiğini öğrenmesinden sonra ondört gün içinde yazılı ya da yazılı olarak doğrulanabilecek başka bir biçimde feshedebilir. Bu halde sigorta sözleşmesi fesihden itibaren en erken otuz gün sonra sona ermiş kabul edilir. Sigortalı malın mülkiyetinin değişmesi rizikonun ağırlaşması sonucunu doğurabilir. Bu takdirde, rizikonun sigorta ettirenin davranışlarıyla ağırlaşmasına dair VVG Art. 28 ilâ 23 hükümleri uygun düştüğü ölçüde uygulanır.

D. DEĞERLENDİRME

Her üç hukuk sistemi açısından yapılacak değerlendirmede, Türk hukukunun Alman ve İsviçre hukuklarına nazaran, normlar hiyerarşisi dikkate alındığında konunun ele alındığı düzenlemenin türü açısından farklılık arz ettiği söylenmelidir. Alman ve İsviçre hukuklarında geçerli olan inşaat sigortası genel şartlarında konuyu özel olarak düzenleyen kurallara yer verilmemiştir. Dolayısıyla, bu hukuk sistemlerinde sigorta konusu malın el değiştirmesi halinde sigorta sözleşmesinin hukukî akıbeti konusunda genel hükümlere başvurmak gerekir. Oysa Türk hukuku açısından konu, genel şartlar düzeyinde ele alınmıştır.

Türk, Alman ve İsviçre hukukları arasında, uygulanacak normun türü bakımından söz konusu olan bu farklılığa rağmen, söz konusu hükümler içerik olarak benzerlik göstermektedir. Genel olarak yapılacak değerlendirmede, üç hukuk sistemi açısından da, inşaat sigortasına konu

¹⁷ Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG) vom 2. April 1908.

¹⁸ VVG Art. 54:

“1 Wechselt der Gegenstand des Vertrages den Eigentümer, so gehen die Rechte und Pflichten aus dem Versicherungsvertrag auf den neuen Eigentümer über.

2 Der neue Eigentümer kann den Übergang des Vertrags durch eine Erklärung schriftlich oder in einer anderen Form, die den Nachweis durch Text ermöglicht, bis spätestens 30 Tage nach der Handänderung ablehnen.¹⁰⁴

3 Das Versicherungsunternehmen kann den Vertrag innert 14 Tagen nach Kenntnis des neuen Eigentümers schriftlich oder in einer anderen Form, die den Nachweis durch Text ermöglicht, kündigen. Der Vertrag endet frühestens 30 Tage nach der Kündigung.

4 Ist mit der Handänderung eine Gefahrerhöhung verbunden, so gelten die Artikel 28–32 sinngemäss.”

malın mülkiyetinin değişmesi durumunda inşaat sigorta sözleşmesi sona ermemekte; fakat taraf iradelerine hak düşürücü sürelerle tabi olmak üzere sözleşme ilişkisini sona erdirme konusunda yetki tanınmaktadır. Ayrıca, devir olgusunu sigortacıya bildirme ve bildirmemeye sonuç bağlama açısından da bu üç hukuk sistemi arasında benzerlik bulunmaktadır.

II. GENEL OLARAK İNŞAAT SİGORTASI SÖZLEŞMESİ

A. İNŞAAT SİGORTASININ TANIMI

Sigorta sözleşmesi, sözleşmenin sağladığı teminattan faydalanacak olan kişilerin menfaatlerini tehdit eden rizikonun yine bu kişiler arasında dağıtılması temeline dayanır¹⁹. Böylelikle, menfaatleri benzer tehlikeler altında olan kişiler arasında (prim ödeme yoluyla) bir hukukî bir dayanışma tesis edilir²⁰. Bu dayanışmanın yarattığı teminat, sigorta sözleşmesi vasıtasıyla sigorta ettirenlerin uğrayacağı zararların karşılanmasını sağlar²¹. İşte, inşaat sigortası sözleşmesi de inşa edilmekte olan yapı ile birlikte bu yapının inşasına hizmet eden ve inşaat alanında bulunan malvarlığı unsurlarının, gerçekleşmesi müphem bir olay dolayısıyla zarara uğramasına karşı yaptırılan seçimlik²² bir sigorta sözleşmesidir²³. Bu sigortayla sağlanan koruma, inşanın başlamasından tamamlanan inşaatın geçici olarak kabul edilmesine kadarki süreci kapsar^{24, 25}. Süreç içinde sağlanan koruma tüm riskleri kapsar²⁶. Dolayısıyla, teminat

¹⁹ RIXECKER, §1, par. 2.

²⁰ RIXECKER, §1, par. 2.

²¹ RIXECKER, §1, par. 2.

²² İnşaat sigortası kamu ihale mevzuatının zorunlu kıldığı bazı hallerde ve yabancılik unsuru taşıyan bazı inşaat işlerinde mecburi olarak yaptırılmakta olup bu hususa aşağıda temas edilecektir.

²³ ÇEKER, s. 224; YÜCEL, s. 33; TOPSOY, s. 525; ALGÜN, s. 73; GEYİK, s. 34; NAZLIER, s. 73, 74; TANGÖR, s. 223-224; AHLSEWEDE, s. 410; HENN, s. 10; RINTELEN, §36, par. 1; JANSEN, §7, par. 26.

²⁴ Y. HGK, T. 04.05.2016, E. 2014/11-716, K. 2016/572: Karar için bkz. ÜNAN, Cilt IV, s. 16.

²⁵ Sigorta teminatının sağlanması açısından sözleşme süresi devam ediyor olsa da bakım döneminden sonra gerçekleşen zararlar inşaatın yapılması süreci için akdedilen sigorta sözleşmesiyle karşılanmaz (USTAOĞLU, s. 150). Bu tür zararlar için özel kloz gerekir. Bakım devresi teminatı, inşaatın tamamlanması veya geçici kabulün yapılması yahut işverene teslim edilmesi veya işveren tarafından kullanılması ile başlayıp işveren tarafından kesin kabulün yapılması ile sona erer. Bu hususta bkz. İnşaat Sigortası Genel Şartları [Bütün Riskler] Bakım Devresi Klozu.

²⁶ İnşaat sigortası kavramı uygulamada “all risks-bütün riskler” terimleriyle birlikte kullanılmaktadır. Bütün riskler (*all risks*) sigortası, özel klozlar ile teminat dışı bırakılmadıkça, poliçede yer alsın ya da almasın akla gelebilecek bütün rizikoların teminat altına alındığı bir sigorta konseptidir (LORENZ, §1, par. 146; SENK, Kapitel 22, par. 42). Bu özellikteki poliçelerde, sigorta teminatının sağlanması için, sigorta ettirenin rizikonun sigorta teminatının sağlandığı zaman diliminde gerçekleştiğini ispat etmesi yeterlidir (ARMBRÜSTER, 1. Einleitung, par. 354). İnşaat sigortaları da ek sözleşme ile teminat altına alınabilecek ve teminat dışı olan rizikoları ismen zikrettikten sonra geriye kalan rizikoların tamamını teminat altına alan türden sigorta sözleşmeleri olduğundan, bu tür sigortalar da tüm riskler (*all risks*) sigortalar özelliğini taşır (AHLSEWEDE, Die Bauversicherungen im Überblick, s. 410; DROLL, §32, par. 23).

dışında sayılan hallerden birinden ileri gelmedikçe rizikonun gerçekleşmesine sebep olan olgu teminat kapsamındadır²⁷.

B. İNŞAAT SİGORTASIYLA SİGORTALANABİLECEK UNSURLAR

İnşaat sigortasında, sigorta konusu eşya ile işsahibi ya da müteahhit arasında bir menfaat ilişkisi vardır²⁸. Bu sebeple, inşaat sigortasında sigorta konusu malın mülkiyetinde gerçekleşebilecek değişikliklerin etkilerinin anlaşılabilmesi için sigorta konusu eşyanın ne olabileceğine temas etmek gerekir.

İnşaat sigortasının konusu eşya, tabiidir ki öncelikle inşa edilmekte olan yapı “inşaat”tır. Sözlük anlamıyla inşaat, “yapma işi”, “yapım” ve “yapımı süren bina” demektir²⁹. Fakat bina, inşaat kavramına göre daha dar kapsamlıdır ve ona göre bir alt kavram sayılır³⁰. Bina, insan tarafından meydana getirilmiş olması kaydıyla, sabit, yapay ve toprağa bağlı bir unsur ifade eder³¹. Dolayısıyla, inşaat sigortası anlamında inşaat kavramı konu olarak onu meydana getiremeye yarayan daha birçok unsur içerir^{32, 33}. Çatı yapımı, su ve elektrik tesisatının yapımı gibi birbirinden bağımsız unsurlar veya inşaatın yapılması sürecinde yardımcı fonksiyonları ifa eden iskele, şantiye müştemilatı ya da çit gibi öğeler de bu mefhum içinde değerlendirilir³⁴. Elbette, sigorta sözleşmesinin yapılması sürecinde sayılan unsurların birinin, birkaçının ya da tamamının teminat dışında bırakılması mümkündür³⁵. İnşaat kavramının bu geniş yorumu ile

Nitekim Yargıtay’ın bir kararına göre de “... İnşaat All Risk Sigortası Genel Şartları'nın A.4-h maddesince proje hatasından kaynaklanan zararların teminat dışı olduğu düzenlenmiş ise de, söz konusu sigorta genel şartlarındaki düzenleme gereğince sadece plan ve projeye aykırı olarak yapılan bina hasarı teminat dışında bırakılmakta, sigorta kapsamındaki diğer zararlar bakımından sigorta şirketinin sorumluluğu devam etmektedir.” (Y. 11. HD., T. 22.06.2022, E. 2021/1515, K. 2022/5182, , www.kazanci.com.tr, E.T. 19.05.2023).

²⁷ ÜNAN, Cilt I, s. 91-92.

²⁸ GÜNER, s. 2.

²⁹ sozluk.gov.tr; “inşaat” maddesi, (E.T. 17.05.2023).

³⁰ GÜNER, s. 4-5.

³¹ GÜNER, s. 6.

³² ALGÜN, s. 37.

³³ Bundan başka, inşaat sürecinin değişikliğe açık bir süreç olması da inşaat sigortası poliçelerinin sadece sözleşmenin yapılması aşamasıyla sınırlı kalmaması ve kapsam açısından dinamik bir yapıya sahip olması sonucunu doğurmuştur (NAZLIER, s. 74).

³⁴ VOIT, ABU 2011 §A.1, par. 1. Bu unsurların sigorta kapsamı dışında kabul edildiğine ve ancak ek sözleşmeyle teminat altına alınabileceğine yönelik bkz. ALGÜN, s. 37. Dolayısıyla, inşaat kavramı içinde değerlendirilse de bu tür bazı unsurların inşaat sigortası teminatı içinde kabul edilmemesini gerektiren Genel Şartlar’ın A. 3 maddesi ve özellikle bu maddenin a ve b bentlerine dikkat edilmelidir.

³⁵ VOIT, ABU 2011 §A.1, par. 1.

aynı yönde olmak üzere, inşaat, bir binanın bir yere dikilmesinden ibaret değildir. Örneğin, bir yol inşası için tünel kazımı gibi işler de inşaat sayılır³⁶.

İnşaat sigortasının konusunu oluşturan inşaat küçük ya da büyük çapta bir inşaat faaliyetini gerektirebilir³⁷. Müstakil ev, baraka, apartman, iş merkezi, depo gibi yerlerin inşası küçük çapta faaliyetlere örnek verilebilirken; baraj, nükleer santral, yol, köprü, metro gibi inşaatlar da büyük çaptadır³⁸.

İnşaat sigortasının konusunu oluşturan unsurların çeşitliliği karşısında, bunların neler olduğu ile ilgili önceden net bir sayım yapmak zordur. Ancak, inşaatı meydana getirmeye yarayan, başta inşaat malzemeleri olmak üzere birçok unsur bu kapsamdadır³⁹. Yine de inşaat sigortasının konusunu teşkil eden değerlerin neler olduğu konusunda İSGŞ içinde açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, ek sözleşme ile teminat altına alınabilecek unsurlar gösterilmiştir. Bu hususta İSGŞ m. A.3.'e göre örnek kabilinden hükümde sayılan bazı unsurlara yer vermek gerekirse; inşaatın yapılması için kullanılan iş makineleri ve ekipman, geçici şantiye barakaları, yardımcı yapılar ve şantiye tesisleri ile şantiye alet ve teçhizat sigorta konusu teminata dâhil edilebilir.

Kamu ihale mevzuatına göre yaptırılmak zorunda olan inşaat sigortaları açısından konunun belirlenmesi 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu⁴⁰'nun dördüncü maddesinde yer alan “yapım” tanımına göre yapılmalıdır⁴¹. Bu maddeye göre aşağıdaki unsurlar inşaat sigortasıyla sigortalanabilir:

- Bina,
- Karayolu,
- Demiryolu,
- Otoyol,
- Havalimanı,
- Rıhtım, liman, tersane,
- Köprü, tünel, metro, viyadük,
- Spor tesisi,
- Alt yapı, boru iletim hattı,

³⁶ VOIT, ABU 2011 §A.1, par. 1.

³⁷ ÇEKER, s. 224; TOPSOY, s. 224.

³⁸ ÇEKER, s. 224; TOPSOY, s. 224.

³⁹ YÜCEL, s. 268; TOPSOY, s. 525; Yargıtay kararlarında da bu husus doğrulanmaktadır. Nitekim Yargıtay'ın bir kararına göre de “İnşaat sigortası ile yapı inşaat ve yapı teçhizatı ile tesisler sigorta kapsamına alınır.” (Y. 11. HD., T. 10.02.2006, E. 2006/376, K. 2006/1565, , www.kazanci.com.tr, E.T. 19.05.2023).

⁴⁰ Resmî Gazete Tarihi: 22.01.2002, Resmî Gazete Sayısı: 24648.

⁴¹ TANGÖR, s. 225.

- Haberleşme ve enerji nakil hattı,
- Baraj, enerji santrali, rafineri tesisi,
- Sulama tesisi, toprak ıslahı,
- Taşkın koruma ve dekapaj gibi her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili tesisat,
- İmalat,
- İhzarat, Nakliye, Tamamlama,
- Büyük onarım, restorasyon, çevre düzenlemesi,
- Sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj işleri ile benzeri yapım işleri.

Poliçenin türüne göre sigorta kapsamındaki unsurlar değişebilir. İnşaat sigortası üç tip poliçeye göre yapılabilir⁴²: a- belirli bir yapının inşasına yönelik poliçe, b- makine ve malzeme montajına yönelik poliçe, c- bu ikisinin değişen oranlarda birleşmesine yönelik poliçe. Sigorta poliçesinin içeriğine göre konu da değişecektir. Fakat makine ve malzeme montajına yönelik hizmet ediminin devri halinde yukarıda temas edilen mevzuat uygulanmaz.

Alman İnşaat Sigortası Genel Şartları'nın (ABU) §A.1 hükmünde ise inşaat sigortasının konusunu oluşturabilecek unsurlar sayılmıştır⁴³. Hükme göre, sigorta sözleşmesinde teminat altına alınmış olan tüm inşaat malzemeleri, ana ve yardımcı yapılar ve yardımcı inşaat malzemeleri inşaat sigorta sözleşmesiyle korunan menfaate konu olabilir.

İsviçre hukukunda da bu doğrultuda inşa edilmekte olan ana yapı ve bileşenlerinde meydana gelen zararlara ilaveten, muhtemel restorasyon maliyetlerinin de (hasar ya da zıyanın gerçekleştiği alanın temizlenmesi gibi) sigorta teminatı kapsamında olduğu ifade edilmiştir⁴⁴.

III. İNŞAAT SİGORTASINA KONU MALIN MÜLKİYETİNDEKİ DEĞİŞİKLİĞİN SONUÇLARINA İLİŞKİN YASAL DAYANAKLAR

A. TTK M. 1470 ve İNŞAAT SİGORTASI GENEL ŞARTLARI M. C.5 HÜKÜMLERİNİN TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN 205. MADDESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

İnşaat sigortasına konu malın mülkiyetinin devri, hem TTK açısından hem de İSGŞ açısından bazı olasılıklarda sözleşmenin taraflarında değişiklik yaratmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun m. 205 hükmünde düzenlenen “sözleşmenin devri” müessesesi de borç ilişkilerinde taraf değişikliği hallerinden biridir. Sözleşmenin devri, *sözleşmeyi devralan ile*

⁴² ÇEKER, s. 224.

⁴³ ABU 2011, §A.1 Abs. 1, Versicherte Sachen: “Versichert sind alle Baustoffe, Bauteile und Bauleistungen für die Errichtung des im Versicherungsvertrag bezeichneten Bauvorhabens einschließlich aller zugehörigen Hilfsbauten und Bauhilfsstoffe.”

⁴⁴ HENN, Die Bauwesenversicherung, par. 10.

devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır (TBK m. 205/I). TTK ve İSGŞ hükümlerine göre muhtemel taraf değişikliğinin yeni malikin katılımını gerektirmemesi sebebiyle, konu sözleşmenin devrinde sözleşmeyi devralacak kişinin iradesinin rolü açısından incelenmelidir. Çünkü TTK m. 1470’te de esasında bir “sözleşmenin devri” vardır⁴⁵.

Borçlar hukukunun genel kaidelerine göre, sözleşmenin devrinin geçerli olarak gerçekleşebilmesi için taraf iradelerinin ve bu arada devralanın iradesinin de sözleşmeyi devralma yönünde olması zaruridir⁴⁶. Sözleşmede kalan tarafın (konu açısından sigortacının), sözleşme ilişkisinde kalma yönündeki iradesini önceden açıklamış olması ya da aksi ihtimalde bu yöndeki iradesini açık veya örtülü olarak ortaya koyması mümkündür⁴⁷.

TTK m. 1470 hükmünde, aksine sözleşmenin olmadığı durumda sigorta sözleşmesinin sona ereceği belirtilmiştir. Sigorta sözleşmesinin devamı konusunda bir anlaşma varsa bu devredilecek olan sigorta sözleşmesiyle yapılacaktır. Devredilecek sigorta sözleşmesinin tarafları da sigorta ettiren ve sigortacı olduğuna göre TBK m. 205 hükmünce gerekli görülen üç iradeden ikisi bu kişilerdir. Ancak sözleşmeyi devralacak kişinin iradesi eksiktir. Çünkü TTK m. 1470 hükmüne göre *ipso jure* devredilen⁴⁸ sigorta sözleşmesinde yeni malik taraf değildir. Böylelikle TTK m. 1470 hükmü ve TBK m. 205 hükmü arasında, benimsenmiş esaslar açısından bir farklılık olduğu açıktır. Nitekim öğretilde, TTK m. 1470 hükmüne borçlar hukuku açısından eleştiriler getirilmiştir. Özellikle, sözleşmenin sigorta konusu menfaatin yeni sahibiyile devam etmesi sonucu, borçlar hukukunun temel ilkelerine aykırı olarak değerlendirilmektedir. Şöyle ki, bu görüşe göre, bir kişinin içinde bulunmadığı bir sözleşme ilişkisine dâhil olması ancak ve ancak o kişinin “devralan” olarak belirteceği iradesi ile mümkün olabilir. Ancak, TTK m. 1470 hükmü, sigorta ettiren ile sigortacının sigorta sözleşmesine “sözleşmenin devralanla devamı” yönünde koyacakları bir hükümle üçüncü bir kişiyi iradesi dışında sözleşme ilişkisine dâhil etme anlamı taşımaktadır⁴⁹. Öğretilde *Ayhan/Çağlar/Özdamar* da söz konusu sözleşmenin sigorta ettiren ile sigorta sözleşmesini devralan kişi arasında

⁴⁵ AYHAN, ÇAĞLAR, ÖZDAMAR, s. 279.

⁴⁶ YILMAZ, s. 73; BAHADIR, s. 17; DOĞAN, ŞAHAN, ATAMULU, s. 334.

⁴⁷ ERDOĞAN, s. 299; YILMAZ, s. 74; BAHADIR, s. 18.

⁴⁸ KAYIHAN, GÜNERGÖK, s. 258; CAN, s. 63.

⁴⁹ GÜMÜŞ, s. 167, 168.

yapılması gerektiği görüşündedir⁵⁰. Bununla beraber, TTK m. 1470 hükmünün lafzı bu sonucu sağlamak için yeterli değildir. O halde, İSGŞ m. C. 5 hükmüne müracaat gerekir.

İSGŞ m. C. 5 hükmünde, TTK m. 1470 hükmünün aksine, kural olarak mülkiyet değişikliğinde sözleşmenin hükmünün devam edeceği belirtilmiştir. TBK m. 205'e kıyasla eleştiri konusu olan TTK m. 1470'deki gibi genel şartlarda da sözleşmenin devamı hususunda devralanın rızası aranmamaktadır. Fakat İSGŞ m. C. 5 hükmünde, aşağıda da temas edileceği üzere, yeni hak sahibine fesih hakkı tanınmıştır. Kanaatimizce, TBK açısından yapılan eleştiriler de dikkate alınmak suretiyle, TTK m. 1470 ve İSGŞ m. C. 5 hükümlerine devralanın rızasının alınması yönünde açık bir ilave yapılması yerinde olacaktır.

B. İNŞAAT SİGORTASI GENEL ŞARTLARI M. C. 5 HÜKMÜ

1. Hükmün Uygulama Alanı

İnşaat sigortası, pek çok durumda inşaatın sahibi tarafından yaptırılan bir mal sigortasıdır. Fakat sigorta ettiren, sigorta ettirilen menfaatin sahibi olmak zorunda değildir. Bu durumda başkası hesabına sigorta yaptırılmış olur⁵¹. Hatta sigorta ettiren eşyanın bir kısmına dahi malik olabilir⁵². Dolayısıyla, sigorta konusu malın mülkiyetinin değişmesi durumunda sigorta teminatının feshe kadar da olsa devam etmesini öngören kurallar da (İSGŞ m. C. 5 ve benzer doğrultudaki §VVG 95) sigorta ettirenin sigortalı malın maliki olmasını şart koşmamaktadır⁵³. İnşaat sigortasında, yüklenici ya da iş sahibi sigorta ettiren olabilir. Böylece anılan prensipler, yeni malikin sigortalının hukukî halefi olduğu hallerde, başkası hesabına yapılan sigortalar açısından da geçerlidir⁵⁴. Ancak, başkası hesabına yapılan sigortalarda sigorta konusu malın sigortalı tarafından satılması halinde, İSGŞ m. C.5 ve benzeri hükümlerin kıyas yoluyla uygulanması sonucu, yeni malik sadece sigortalının hukukî pozisyonunu kazanabilir⁵⁵.

⁵⁰ AYHAN, ÇAĞLAR, ÖZDAMAR, s. 279.

⁵¹ KENDER, s. 217; KANER, s. 6; KARA, s. 45.

⁵² GÜNAY, Sigorta Hukuku, s. 163.

⁵³ ÜNAN, Cilt I, s. 19; HALBACH, §95, par. 2.

⁵⁴ ÜNAN, Cilt I, s. 19; HALBACH, §95, par. 2.

⁵⁵ Alman hukuku açısından aynı yönde bkz. DÖRNER, §69, par. 47.

2. İnşaat Sigortası Genel Şartları m. C. 5 Hükümünün Uygulanma Şartları

a. Birinci Ön Koşul: Geçerli Bir İnşaat Sigortası Sözleşmesinin Bulunması

Menfaat sahibinin değişmesiyle sigorta sözleşmesinin etkilenip etkilenmediğini tartışabilmek öncelikle geçerli bir sözleşmenin varlığını gerektirir⁵⁶. İSGŞ m. C. 5 hükmünün lafzından anlaşıldığı kadarıyla, inşaat sigortasına konu malın mülkiyetinin el değiştirmesi sonucu da sigorta sözleşmesinin yeni malikle devam etmesinin ön koşulu, devir anında ortada geçerli bir sigorta sözleşmesinin bulunmasıdır⁵⁷. Geçerli bir sigorta sözleşmesinin bulunmaması durumunda, doğal olarak yeni malikin içinde bulunacağı bir sözleşme ilişkisi de olmayacaktır. Örneğin, sigorta sözleşmesinin sona ermesi hallerinden biri fesih ve fesih hakkı bozucu yenilik doğurucu bir hak olarak varması gerekli tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılır⁵⁸. Bu yüzden, sigorta sözleşmesi mülkiyetin nakli sonucunu doğuran hukukî işlem den önce feshedilmişse, yeni malikin inşaatı için sigorta koruması sağlayacak bir sözleşme ilişkisi kalmamıştır⁵⁹.

b. İkinci Ön Koşul: İnşaat Sigortasına Konu Unsurların Hukuken Geçerli Olarak Devredilmesi

i. Temel İlke

Sigorta ettirenin sözleşmeden ayrılarak yerine başka birinin geçmesine dair İSGŞ m. C.5 hükmünün sonuçlarını tartışabilmek, sigortalı malın “temlik” edilmesini gerektirir⁶⁰. Sonrasında bu temlik geçerli midir, bu husus incelenir. İnşaat sigortasına konu bir malın mülkiyeti geçerli olarak bir başkasına devredilmedikçe, mülkiyeti devren iktisap etmek isteyen kişinin hâlihazırdaki sigorta sözleşmesinde (eski) sigorta ettirenin yerini alması mümkün değildir. Geçerli bir iktisap için de inşaat sigortasına konu malın niteliğine bakılacaktır. Taşınır için Türk Medenî Kanunu (TMK) m. 763/I uygulanır. Taşınmazlar için de TMK m. 704/I hükmü dikkate alınır⁶¹.

⁵⁶ ÇEKER, s. 146.

⁵⁷ REUSCH, §95, par. 35; DÖRNER, §69, par. 50.

⁵⁸ AYHAN, ÇAĞLAR, ÖZDAMAR, s. 221, 222.

⁵⁹ AYHAN, ÇAĞLAR, ÖZDAMAR, s. 222; REUSCH, §95, par. 35.

⁶⁰ CAN, s. 63; Alman hukuku açısından benzer yönde bkz. DÖRNER, §69, par. 1.

⁶¹ Türk Medenî Kanunu (TMK) m. 704/I: “*Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, tescille olur.*”. Kural bu olmakla birlikte, taşınmaz mülkiyetinin tescilsiz kazanıldığı haller de vardır. Bu hallere örnek olarak başlıca şu olasılıklar verilebilir: Miras (TMK m. 599), mahkeme kararı (TMK m. 716/I), cebri icra (TMK m. 713) ve ticarî işletmenin devri (Örnekler için bkz. AYAN, Mülkiyet, s. 157).

Taşınmaz mülkiyetinin külli halefiyet yoluyla kazanıldığı hallerde, sigorta konusu malın mülkiyetinin nakli ve buna bağlı sonuçları düzenleyen kurallar uygulama alanı bulmaz; çünkü bu hallerde mülkiyet tescilsiz kazanılır⁶². Örneğin, TMK m. 704/II'ye göre de taşınmazın miras yoluyla iktisabında mülkiyet tescilden önce iktisap edilmiştir. Ancak, bu hâllerde malikin tasarruf işlemleri yapabilmesi, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlıdır. Bu konuda İSGŞ m. C.5 hükmü de “*sigorta ettirenin ölümü halinde, bu sigortadan doğan bütün hak ve borçlar olduğu gibi yeni hak sahiplerine intikal eder*” kuralını getirmiştir.

TMK m. 704/II hükmüyle ilgili bir diğer sonuç da tescilin gerekliliğini göstermektedir. Bu sonuca göre, örneğin inşaat sigortasına konu bir taşınmaz üzerindeki mülkiyetin nakli için yapılan borçlandırıcı işlemler, sigorta ettiren tarafında kendiliğinden gerçekleşen değişikliği yaratmak için yeterli değildir⁶³. İstenen sonucun doğması için muhakkak kanunun öngördüğü şekilde yapılacak bir tasarruf işlemine de ihtiyaç vardır⁶⁴. İnşaat sigortasına konu taşınmazların mülkiyetinin nakli için de borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi niteliğinde iki ayrı işleme ihtiyaç vardır⁶⁵.

ii. Devir İşleminin Geçersizliği ve Bunun İnşaat Sigortası Sözleşmesine Etkisi

Sigortalı malın mülkiyetinde bir değişiklik olduğu takdirde, sigortanın hükmünün devam edebilmesi için geçerli bir devir işlemine ihtiyaç olduğuna az önce temas edilmişti. Başlangıçta geçerli olarak hüküm ifade etmekte olan bir taşınmaz devir işlemi, sonradan iptal edilirse inşaat sigortası sözleşmesi de bundan etkilenir. Bu halde, geçerli bir devir işleminin bulunmamasından ötürü, sigortaya konu taşınmaz malın eski maliki, malik olarak kalmaya devam edecek ve malı iktisap etme niyetinde olan kişi de yeni malik sıfatını kazanamayacağından bu kişinin sigorta sözleşmesinde sigorta ettiren olarak görülmesi mümkün olmayacaktır⁶⁶.

Devir işlemi çeşitli şekillerde sakatlanabilir. Örneğin, irade sakatlıklarının mevcut olduğu hallerde, bu sakatlığın süresi içinde ileri sürülmesiyle hukukî işlemin iptal edilmesi, inşaat sigortası açısından ex tunc etki doğuracaktır⁶⁷. Bu durumda da mülkiyet hakkını

⁶² AYAN, Mülkiyet, s. 221.

⁶³ AYAN, Mülkiyet, s. 171-172; Alman hukuku açısından bkz. HALBACH, §95, par. 8; REUSCH, §95, par. 36; DÖRNER, §69, par. 3.

⁶⁴ TANRIVER, ERGÜNE, s. 148; AYAN, Mülkiyet, s. 171-172; Alman hukuku açısından bkz. DÖRNER, §69, par. 3; REUSCH, §95, par. 38; HALBACH, §95, par. 5.

⁶⁵ AYAN, Mülkiyet, s. 566; ARIKAN, s. 72.

⁶⁶ TOPUZ, s. 148; Alman hukuku açısından bkz. DÖRNER, §69, par. 6; REUSCH, §95, par. 42.

⁶⁷ TİFTİK, s. 398; Alman hukuku açısından bkz. REUSCH, §95, par. 42.

başkasına devretmek isteyen kişi bu hakkını hiçbir zaman yitirmemiş olacağından, sigorta sözleşmesinde sağlanan teminat açısından da İSGŞ m. C.5 anlamında bir değişiklik düşünülmeyecektir.

İnşaat sigortasına konu bir taşınmazın devrine ilişkin borçlandırıcı işlemin sakat olması, ancak tasarruf işleminin geçerli olması durumunda tapu siciline yapılacak olan tescil yolsuzdur. Çünkü taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasında sebebe bağlılık ilkesi geçerlidir⁶⁸. TMK m. 1024/II ve III hükümlerine göre, bağlayıcı olmayan bir hukukî işleme dayanan veya hukukî sebepten yoksun bulunan tescil hukuka uygun değildir. Böyle bir tescil yüzünden aynî hakkı zedelenen kimse, tescilin yolsuz olduğunu iyiniyetli olmayan üçüncü kişilere karşı doğrudan doğruya ileri sürebilir. İnşaat sigortasına konu malın mülkiyetini konu edinen hukukî işlemin sakat olması sebebiyle hakkı zedelenen kişinin talebi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre ileri sürülür⁶⁹. Sakat borçlandırıcı işleme istinaden tapu siciline malik olarak kaydı yapılan kişinin sebepsiz zenginleşme davasını kaybetmesi üzerine, eski malik sigorta sözleşmesine tekrar sigorta ettiren olarak İSGŞ m. C. 5 hükümleri gereğince dâhil olur⁷⁰.

iii. İşletmenin Bütünü Konu Alan Bazı İşlemler Bakımından Değerlendirme

Sigortaya konu olan inşaatı yapan işletmenin ürün kirasının (TBK m. 357) konusunu oluşturan bir hak olması durumunda, işletme TTK m. 12/1 anlamında kiracı tarafından işletilmekte olacaktır. Bu halde, sigorta sözleşmesinin tarafı, İSGŞ m. C. 5 anlamında kiracı olarak değişecektir⁷¹.

Ürün kirası için varılan sonuca, sigorta konusu inşaatı yapan işletmenin üzerinde intifa hakkı kurulması (TMK m. 794) halinde de varılabilir⁷². Çünkü TMK m. 803 hükmü⁷³, intifa hakkı sahibine yönetim hakkı tanımaktadır.

İşletmenin bir bütün olarak konu olabileceği işlemler arasında devir sözleşmesi ve bağışlama sözleşmesi de vardır. Bu sözleşmeler açısından da İSGŞ m. C.5 hükmünün uygulama alanı bulabileceği söylenebilir. Ticari işletmenin rehni bu kategoride bir işlem değildir. Ancak, rehin konusu borç ödenmez de işletme rehni paraya çevrilmesi yoluyla takibe mevzu olursa o

⁶⁸ TOPUZ, s. 148; OĞUZMAN, SELİÇİ, OKTAY-ÖZDEMİR, s. 358.

⁶⁹ BUDAK, s. 86; Alman hukuku açısından bkz. REUSCH, §95, par. 44.

⁷⁰ REUSCH, §95, par. 44.

⁷¹ DARCAN, s. 62.

⁷² CANARSLAN, s. 40.

⁷³ TMK m. 803: “İntifa hakkı sahibi, hakkın konusu olan malı zilyetliğinde bulundurma, yönetme, kullanma ve ondan yararlanma yetkilerine sahiptir. İntifa hakkı sahibi, bu yetkilerini kullanırken iyi bir yönetici gibi özen göstermek zorundadır.”

zaman sigorta sözleşmesinde sigortanın, işletmenin yeni maliki ile devam etmesi gündeme gelebilir.

Bir sermaye şirketinin sigorta ettiren sıfatıyla yer aldığı sözleşmede, bu şirketin bütün paylarının dahi el değiştirmiş olması durumunda, sigortanın yeni malikle devamına ilişkin düzenlemelerin uygulanması düşünülmaz. Çünkü bu halde sigorta ettiren sıfatı bir tüzel kişi olarak ilgili sermaye şirketine aittir⁷⁴. Bu durumda bir değişiklik olmamıştır.

Tek kişi işletmesi şeklinde faaliyet gösteren tacirin, yüklenici olarak inşa ettiği bir yapı işine bir ortak kabul etmesi durumunda ortaya bir adi şirket çıkar. Bu şekildeki değişiklikler, tek kişi işletmesi olarak faaliyet gösteren tacirin akdetmiş olabileceği inşaat sigortası sözleşmelerini de etkiler; çünkü adi şirket malvarlığı üzerinde elbirliğiyle mülkiyet esası geçerlidir⁷⁵. Adi şirket ortaklarının şirket borçlarından birinci dereceden, sınırsız ve müteselsilen sorumlu olmalarıyla⁷⁶ birlikte düşünüldüğünde, yeni malik bu halde, adi şirketteki elbirliği mülkiyetinden dolayı, sigorta sözleşmesinde ikinci sigorta ettiren olarak yer alır⁷⁷. Ayrıca, sigorta ettiren pozisyonunda adi şirket ortağı olarak birden fazla sigorta ettiren şeklinde bulunan kişiler arasında, sigorta sözleşmesinden doğan hak ve taleplerin dava yoluyla ileri sürülmesinde mecburî dava arkadaşlığı bulunmaktadır⁷⁸.

İnşaat sigortasına konu malın sınırlı bir aynî hakla takyit edilmesi ise, sigorta sözleşmesinin taraflarında herhangi bir değişikliğe yol açmaz⁷⁹. Çünkü sınırlı aynî haklar, bir malın malikinin mülkiyet hakkından kaynaklanan (sınırlı aynî hakkın türüne göre) yetkilerinin bazılarının sınırlı aynî hak sahibi lehine kaldırılmasını ifade eder⁸⁰. Sınırlı aynî haklar mülkiyet hakkı sahibinde bir değişiklik yaratmaz.

iv. İnşaat Sigortasına Konu Malların Bir Kısmını Konu Alan Bazı İşlemler Bakımından Değerlendirme

İnşaat sigortası bağlamında değerlendirme yaparken, “inşaat” kavramının geniş düşünülmesi gerektiği hususunda yukarıda kısa açıklamalarda bulunulmuştu. İşte, inşaat kavramının geniş yorumlanması, sadece inşa edilen yapıyı değil, inşa işini kolaylaştıran,

⁷⁴ HALBACH, §95, par. 8; REUSCH, §95, par. 62; DÖRNER, §69, par. 17.

⁷⁵ GİRGİN, s. 33-34.

⁷⁶ ÇEBİ, s. 56; KAYIHAN, s. 67-68.

⁷⁷ DÖRNER, §69, par. 9.

⁷⁸ PEKSÖZ, s. 170.

⁷⁹ DÖRNER, §69, par. 18.

⁸⁰ AYAN, Sınırlı Aynî Haklar, s. 23.

yüklenicinin inşaat sahasında başka bir biçimde kullandığı ya da inşaat malzemeleri gibi unsurları da hesaba katmayı gerektirir. Bazen bütün bu unsurlar tek bir sigorta sözleşmesiyle teminat altına alınmıştır. Sigorta teminatı içinde olan bu münferit unsurlardan bazılarının mülkiyetinin el değiştirmesi, devredende kalan unsurların malî değerine göre, eksik sigortanın ortaya çıkmasına sebep olabilir. Yine de, devredilen inşa edilen binanın dış cephesinin sıvasının yapılmasını sağlayan iskele gibi münferit unsurlar için sigorta teminatı sona erer⁸¹.

Devredilen unsurlar, ısı yalıtımı ya da sıva gibi işlerin gerçekleştirilmesini kolaylaştıran iskele gibi tali unsurlar olmayabilir. Bazen, tam tersine bu tür unsurlar elde tutulurken inşa edilen yapının elden çıkarılması ve dolayısıyla malikin değişmesi gerçekleşebilir. Bu halde, az önce varılan sonucun aksine, inşaat sigortası teminatının elde tutulan unsurlar için sona ereceğini kabul etmek gerekir. Buna karşılık, devredilen ana yapı halen inşaat faaliyetlerinin yürütülmesini gerektirecek derecede tamamlanmamış ise, inşaat sigortası teminatının bu yapı için devam ettiğini ve mülkiyeti devralanın sigorta ettiren yerine geçtiğini düşünmek yerinde olur. Elbette, malikteki değişiklik rizikoda bir artış yaratıyorsa sigorta ettiren, devri öğrendikten sonra sözleşmeyi feshedip etmeme konusunda bir takdir hakkına sahiptir.

v. Geciktirici veya Bozucu Koşula Bağlı Satış Sözleşmeleri Açısından Değerlendirme
aa. Geciktirici Koşul

Geciktirici koşul, bir hukukî işlemin hüküm ve sonuçlarını doğurup doğurmayacağı konusundaki belirsizlik olup; burada alacaklı taraf borcun ortaya çıkmasına ilişkin bir beklenti içerisindedir⁸². İnşaat sigortasına konu malın mülkiyetinin el değiştirmesi de geciktirici koşula bağlanmış olabilir. Örneğin, yüklenicinin inşaatın yapım işiyle beraber inşaat sigortasına konu taşınmazın devrini, belirli bir tarihte inşaat malzeme fiyatlarının belirli bir düzeyde olmasına bağlamasında durum böyledir. TBK m. 170 hükmüne göre bir sözleşmenin hüküm ifade etmesi, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya (inşaat malzeme fiyatlarının düşmesine ya da artmasına) bırakılmışsa, sözleşme geciktirici koşula bağlanmış olur. Aksi kararlaştırılmamışsa, geciktirici koşula bağlı sözleşme, ancak koşulun gerçekleştiği andan (inşaat malzemesi fiyatlarının düşmesinden ya da artmasından) başlayarak hüküm ifade eder. Geciktirici koşula bağlı satış sözleşmeleri, İSGŞ m. C. 5 hükmünün uygulanması için yeterli olmaz; çünkü geciktirici koşula bağlı bir sözleşme alacaklıya karşı tarafın edimini talep etme

⁸¹ SCHIMIKOWSKI, Versicherungsvertragsrecht, par. 69.

⁸² KESİLMİŞ, s. 28-29.

hakkı vermez⁸³. Örnekten devam etmek gerekirse, inşaat malzeme fiyatları belirli bir düzeye ulaşmadığı için taşınmaz satış sözleşmesi henüz hüküm ifade etmemektedir.

bb. Bozucu Koşul

Bozucu koşul ya da şart, sözleşmenin sona ermesinin bağlı olduğu ve vuku bulması konusunda belirsizlik olan vakıalardır⁸⁴. İnşaat sigortasına konu malın mülkiyetinin el değiştirmesi geciktirici koşula olduğu gibi bozucu koşula da bağlanabilir. Hatta yukarıda verilen aynı örnekten istifade ile inşaat malzeme fiyatlarının döviz bazlı belirlendiği için döviz kurunun aşırı yükselmesinin (belirli bir düzeyi aşmasının) bozucu koşul olarak belirlenmesi mümkündür.

Bozucu şarta bağlı bir sözleşme için belirlenmiş şart gerçekleşene kadar ilgili sözleşme hüküm ve sonuçlarını eksiksiz olarak doğurur⁸⁵. Fakat TBK m. 173/II uyarınca, bozucu koşula bağlı sözleşmenin hükümleri koşulun gerçekleştiği anda ortadan kalkacağı için inşaat sigorta sözleşmesi de bundan etkilenir zira bu durumda sözleşme kesin olarak hükümsüz hale gelmiştir⁸⁶.

vi. Bir Taşınının Mülkiyetini İyiniyetle Devralan Kişinin Durumu

İnşaat sigortasına konu malvarlığı unsurları arasında taşınırlar da bulunabilir. Taşınırlarda mülkiyetin kazanılmasıyla ilgili TMK m. 763/II hükmüne göre, bir taşınının zilyetliğini iyiniyetle ve malik olmak üzere devralan kimse, devreden mülkiyeti devir yetkisi olmasa bile, zilyetlik hükümlerine göre kazanmanın korunduğu hâllerde o şeyin maliki olur⁸⁷. Örneğin, inşaat sahasındaki sigortalı araç gereçlerden bazılarının şantiye şefi tarafından hurdacıya satılması halinde, sigorta konusu malın mülkiyeti malikinin (inşaat sigortasında sigorta ettirenin) rızası hilafına elden çıktığı için sigorta ettirenin ve mülkiyeti iktisap eden kişinin hukukî konumunda bir değişiklik olmaz⁸⁸. Ancak bu halde, şantiye şefi tarafından satılan unsurlar açısından sigorta teminatı menfaatin sözleşme süresince ortaya çıkan yok olması olgusu sebebiyle sona erer⁸⁹.

⁸³ KESİLMİŞ, s. 29.

⁸⁴ KAŞAK, s. 554.

⁸⁵ KAŞAK, s. 559.

⁸⁶ KAŞAK, s. 559.

⁸⁷ Alman hukuku açısından bkz. BGB §932/1.

⁸⁸ DÖRNER, §69, par. 48.

⁸⁹ DÖRNER, §69, par. 48.

3. Hukukî İlişkinin Devamlılığı Prensibi

“Mülkiyet Değişikliği” başlıklı İSGŞ m. C.5 hükmü uyarınca, sigortalı malın mülkiyetinde bir değişiklik olduğu takdirde, sigortanın hükmü devam eder ve sigortalının poliçeden doğan hak ve borçları yeni hak sahiplerine intikal eder. Bunun anlamı, yeni malikin sözleşme ilişkisine eski sigorta ettirenin bıraktığı yerden, diğer bir deyişle devir anındaki şekliyle devam edeceğidir⁹⁰. Böylece, inşaat sigortasına konu şeyin eski malikin sözleşme ilişkisinin dışında kaldığı ve inşaat sigortası sözleşmesi bağlamında kendisine yapılacak herhangi bir beyanı kabul yetkisinin bulunmadığı söylenebilir⁹¹. İnşaat sigortası sözleşmesinin yeni malikle devam etmesinin doğal bir sonucu olarak eski malik, sözleşmesel yükümlülüklerin muhatabı sayılmayarak üçüncü bir kişi konumuna gelmiş olacaktır⁹².

Genel şartlardakine benzer bir kural, Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu’nun (VVG) 95. maddesinde⁹³ de yer almaktadır. VVG §95/1 hükmü, sigorta konusu malın mülkiyetinin el değiştirmesi halinde, yeni malike geçen unsurların sigorta teminatı dışında kalmaması amacını gütmekte, böylelikle sigorta konusu menfaatin sözleşmenin devamı süresince ortadan kalkması halinde uygulanacak olan VVG §80/2 hükmüne istisna yaratılmış olmaktadır⁹⁴. Aynı yöndeki yorumun Türk hukuku açısından da yapılabilmesi mümkündür. Zira TTK m. 1470 hükmüne göre, sigorta edilen menfaatin sahibinin değişmesi hâlinde, aksine sözleşme yoksa sigorta ilişkisi sona erecektir. İSGŞ m. C. 5 hükmü, bu noktada VVG §95/1 ile aynı işleve sahiptir. TTK m. 1470 hükmünde yer alan “aksine sözleşme” genel şartlarla kurulmakta ve inşaat sigortasının konusunu oluşturan unsurların mülkiyeti el değiştirdiğinde sigorta koruması devam etmektedir. Böylelikle, TTK m. 1470 hükmüne sözleşmesel bir istisna yaratılmış olmaktadır⁹⁵. Aksi halde, sözleşme konusu menfaatin mülkiyetin nakli sebebiyle ortadan kalkmasına dair genel prensiplere müracaat ve sigorta sözleşmesinin sona erdiğini kabul gerekecektir⁹⁶.

⁹⁰ TTK m. 1470’e göre de menfaat sahibindeki değişiklik sonrasında sözleşmeyi devralan tarafın durumu böyledir (AYHAN, ÇAĞLAR, ÖZDAMAR, s. 279; CAN, s. 63). Alman hukuku açısından bkz. BAUMANN, SANDKÜHLER, s. 106.

⁹¹ BAĞRIAÇIK, s. 748.

⁹² BAĞRIAÇIK, s. 748.

⁹³ Karş. VVG §95/1: “Wird die versicherte Sache vom Versicherungsnehmer veräußert, tritt an dessen Stelle der Erwerber in die während der Dauer seines Eigentums aus dem Versicherungsverhältnis sich ergebenden Rechte und Pflichten des Versicherungsnehmers ein.”

⁹⁴ LANGHEID, §95, par. 1.

⁹⁵ Bu sözleşmesel istisna, inşaat sigortacısı, inşaat sigortasına konu unsuru devreden ve bu unsuru devralan kişiler arasında yapılacak üçlü bir sözleşme ile yaratılabilir (YENER, s. 208.).

⁹⁶ REUSCH, §95, par. 5.

İSGŞ m. C. 5 hükmü ve benzeri işlevi haiz hükümler, sigortalı malın mülkiyetini iktisap eden kişileri korumaya yöneliktir⁹⁷. Çünkü sigorta sözleşmesinin devamlılığı ilkesi burada kabul edilmiş olmasaydı, sigortalı malın yeni maliki, en azından kendisinin bir inşaat sigortası sözleşmesi yapacağı ana kadar korumasız kalacaktı⁹⁸. Kanun koyucu, burada korumanın kesintisiz olarak devam etmesini sağlamaya çalışmıştır.

4. Sigorta Ettirenin ya da Yeni Hak Sahibinin Bildirim Yükümlülüğü

a. Genel Olarak

İnşaat sigortası sözleşmesiyle sigortalı malın mülkiyetinde değişiklik olduğunda, sigortacı sözleşmeyle kendine sağlanan hakları kullanabilmek için durumdan haberdar olmalıdır. Bu çerçevede, sigorta ettiren ve sigortanın mevcudiyetini öğrenen yeni hak sahibi, devir keyfiyetini 15 gün içinde sigortacıya bildirmekle yükümlüdür. Konuyu Alman hukuku açısından ele alan VVG §97 hükmüyle, sigortacıya bildirim yapılmasını zorunlu tutmanın amacının, sigortacıyı korumak ve aşağıda temas edileceği üzere ona yeni durumla ilgili değerlendirme yapma şansı tanımak olduğu ifade edilmektedir⁹⁹. Bu yorumun İSGŞ m. C. 5 açısından da yapılması mümkündür.

Genel şartlarda, söz konusu bildirim sigorta ettiren ve yeni malikin her ikisi tarafından da yerine getirilmesinin gerekip gerekmediği konusunda bir açıklık yoktur. Esasında, sigorta ettirenin yanı sıra yeni malikin de bildirimde bulunmasının zorunlu kılınmasının bir anlamı yoktur. Dolayısıyla, m. C. 5 hükmünün ikinci cümlesindeki “ve” ifadesinin “veya” olarak anlaşılması yerinde olur. Çünkü yeni malikin sigortadan haberi olmayabilir. Böylelikle, hiç değilse sigorta ettirenin kendi sigortacısına durumu bildirmesi yeterli görülmelidir.

b. Sigortacının Rizikonun Ağırlaşıp Ağırlaşmadığı Konusunda Değerlendirme Yapma İhtiyacı

Prim, sigorta sözleşmesinin karşılıklı her iki tarafa da borç yükleyen niteliği gereğince, sigorta ettirenin, poliçede belirtilen rizikolar için teminat sağlanması karşılığında sigortacıya karşı yerine getirmek zorunda olduğu parasal bir edimdir¹⁰⁰. Prim miktarı, sigorta değerine ve rizikonun ağırlığına göre belirlenir. İnşaat sigortaları açısından riziko artışı, sözleşmenin akdedilmesinden sonra şartların rizikonun gerçekleşme ihtimalini artırması, zararın

⁹⁷ REUSCH, §95, par. 5.

⁹⁸ REUSCH, §95, par. 5.

⁹⁹ HALBACH, §97, par. 1.

¹⁰⁰ GÜNAY, Sigorta Hukuku, s. 107; ÜNAN, Cilt I, s. 317; WANDT, par. 508; EICHLER, s. 191.

gerçekleşme ihtimalinin ya da kapsamının artması veya sigortacının tazmin talepleriyle karşılaşması olasılığının artması demektir¹⁰¹.

İnşaat sigortasına konu malın mülkiyeti başka bir kişiye geçtiğinde, yani çoğu durumda inşaatı yeni bir yüklenici tamamlayacak olduğunda, bu durum sigortacı açısından rizikonun ağırlaşması anlamına da gelebilir¹⁰². Sigortacının *riziko-sigorta değeri-prim tutarı* değerlendirmesini yapabilmesi için öncelikle devir olgusundan haberdar olması gerekir¹⁰³.

c. Bildirim Yükümlülüğünü Yerine Getirmemenin Sonucu

Sigorta ettiren veya sigortadan haberi olduğu müddetçe yeni malikin bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, sigortacı sorumluluktan kurtulur. Sonuç olarak bildirimde bulunulursa, sigortacının sözleşmenin yeni malikle devamı konusundaki iradesi 8 gün içinde ortaya çıkacaktır. Bildirimde bulunulmaması durumunda, m. C.5 hükmünden dolayı olarak anlaşılacağı üzere, en geç 15 gün içinde sigortacı sorumluluktan kurtulabilir. Sigortacının “sorumluluktan kurtulması”, sözleşmenin sürenin sonunda kendiliğinden sona ermesi anlamına gelir. Dolayısıyla, mülkiyetteki değişiklik ile birlikte sigorta sözleşmesi askıda geçerli hale gelir. 15 günlük süre içinde bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi veya 8 günlük süre içinde fesih hakkının kullanılmasıyla sözleşme sona erer. Fesih hakkı kullanılmaz ya da bildirim yükümlülüğü yerine getirilirse bu kez (genel şartlardaki deyişle) “sigortanın hükmü devam eder”.

İSGŞ m. C. 5 (ve VVG §95/3) hükümleri sigortacıyı, inşaat sigortasına konu malın mülkiyetinin devrinden haberdar edilme hakkı tanımak suretiyle korumaktadır¹⁰⁴. Çünkü, inşaat sigortasıyla sigortalanmış eşyanın mülkiyetinin nakliyle riziko subjektif olarak ağırlaşmıştır. Rizikonun subjektif ağırlaşması, rizikonun sigorta ettirenin bir fiili ile ağırlaşmasıdır¹⁰⁵. Bildirim yükümlülüğü ile sağlanmak istenen bu koruma, sigortacının yeni malikle birlikte riziko durumunu tekrar değerlendirebilmesi fırsatına kavuşmasıyla sağlanır¹⁰⁶. O halde, söz konusu korumadan yararlanmak sigortacının ihtiyarındadır. Böylelikle, yukarıda zikredilen 15 günlük sürenin geçmesinden sonra da sigortacının sözleşme ilişkisine devam etmesi mümkün olmalıdır. 15 günlük askı süresinin bildirimsiz geçirilmesiyle birlikte sözleşme ilişkisi sona

¹⁰¹ REHM, FRÖMEL, ABBL 2018 § B3.2 Gefahrerhöhung, par. 2.

¹⁰² GÜNAY, Değerlendirmeler, s. 691.

¹⁰³ REUSCH, §95, par. 7.

¹⁰⁴ REUSCH, §95, par. 7.

¹⁰⁵ KARA, s. 155.

¹⁰⁶ REUSCH, §95, par. 7.

ermiş olacağından; sigortacının bu yöndeki iradesi ancak yeni malikle yapılacak yeni bir sigorta sözleşmesiyle sağlanabilir.

5. Sigortacının Sözleşmeyi Fesih Hakkı

a. İnşaat Sigortasının İhtiyarılığı ve Sözleşme Özgürlüğünün Taraf İradeleriyle Sınırlanması

Yapılması yönünde bir hukuk kuralıyla yaratılmış bir gereklilik bulunan sigortalar zorunlu sigorta niteliğindedir¹⁰⁷. Zorunluluk unsurunu taşımayan, açık deyişle, akdedilmesi için mevzuat gereği bir zorunluluk bulunmayan sigortalar ise ihtiyarî sigorta niteliğindedir. Örneğin, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu m. 91/I zorunlu mali mesuliyet sigortası yaptırılması mecburidir. Ancak, kamu ihale mevzuatı ve FIDIC (International Federation of Consulting Engineers-Danışman Mühendisler Uluslararası Federasyonu) sözleşmelerinden doğan zorunluluk bir kenara bırakılırsa inşaat sigortası sözleşmesinin akdedilmesi isteğe bağlıdır. Bu sebeple, inşaat sigortası sözleşmesi ihtiyarî bir sigortadır.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun¹⁰⁸ dokuzuncu maddesine göre, inşaat sigortası sözleşmesi yaptırılması mecburidir. Söz konusu hükme göre yapım işlerinde yüklenici; işyerlerindeki her türlü araç, malzeme, ihzarat, iş ve hizmet makineleri, taşıtlar, tesisler ile sözleşme konusu iş için, işin özellik ve niteliğine göre ihale dokümanında belirtilen şekilde, işe başlama tarihinden geçici kabul tarihine kadar geçen süre içinde oluşabilecek deprem, su baskını, toprak kayması, fırtına, yangın gibi doğal afetler ile hırsızlık, sabotaj gibi risklere karşı, geçici kabul tarihinden kesin kabul tarihine kadar geçecek süreye ilişkin ise kapsamı ihale dokümanında belirtilen genişletilmiş bakım devresi *teminatını içeren sigorta yaptırmak zorundadır*.

İnşaat sigortası yaptırma zorunluluğu FIDIC sözleşmelerinden de kaynaklanabilir. FIDIC danışman mühendisler için kurulmuş bir uluslararası meslek örgütüdür¹⁰⁹. FIDIC sözleşmeleri ise, bu meslek örgütünün hazırlamış olduğu, sektörde sözleşmeler alanında standartlaşmayı hedefleyen model sözleşmelerdir¹¹⁰. Bu model sözleşmelerin milletlerarası

¹⁰⁷ Karş. (zorunlu) sorumluluk sigortalarına dair Karayolları Trafik Kanunu m. 91/I: “İşletenlerin, bu Kanunun 85 inci maddesinin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur.”; Alman hukuku açısından benzer zorunlu sigortalar vardır. Bir örnek için bkz. VVG §113/1-Pflichtversicherung: “(1) Eine Haftpflichtversicherung, zu deren Abschluss eine Verpflichtung durch Rechtsvorschrift besteht (Pflichtversicherung), ist mit einem im Inland zum Geschäftsbetrieb befugten Versicherungsunternehmen abzuschließen.”

¹⁰⁸ Resmî Gazete Tarihi: 22.01.2002, Resmî Gazete Sayısı: 24648.

¹⁰⁹ www.fidic.org/history, (E.T. 19.05.2023).

¹¹⁰ ÇELİK EKŞİ, s. 19.

özel hukuk kurallarına göre uygulanacak hukuk olarak belirlenmiş olması durumunda¹¹¹, tarafların uyması gerekli bazı yükümlülükler ortaya çıkmaktadır. Bu yükümlülüklerden biri de inşaat sigortası yaptırmaktır¹¹².

Sözleşmelerin büyük kısmında olduğu üzere inşaat sigortalarında da yukarıdaki istisna haricinde sözleşme hürriyeti prensibi geçerlidir. Sözleşme hürriyeti prensibi, bir yönüyle sözleşmenin tarafını seçme hürriyetini de içerir. İSGŞ m. C.5 hükmüyle, sözleşme taraflarının bu hürriyeti yine taraf iradeleriyle sınırlanmış olmaktadır. Zira sigortacının karşısında sözleşmenin yeni tarafı olarak inşaat sigortasına konu malın mülkiyetini iktisap eden kişi geçmiş olacaktır. Bununla beraber, bu sınırlama haklı görülebilir. Çünkü söz konusu sınırlama imkânının olmaması sigorta teminatının kesintiye uğraması sonucunu beraberinde getirecektir¹¹³.

b. İlke

Sigorta ettiren ve sigorta ettirenden inşaat sigortasına konu unsurları temlik alan ve bunların sigortalı olduğunu öğrenen kişinin devir durumunu sigortacıya bildirmesi gerekir. Bu bildirimden sonra taraflar sözleşme ile bağlı kalmak istemeyebilir. Bunun sebebi rizikodaki olası değişikliktir. Sigortacı, yeni malikin sözleşmeye girmesiyle rizikoda meydana gelen değişiklikle artık inşaat sigortası sözleşmesini akdetmeyecek olduğu noktada fesih hakkını kullanacaktır¹¹⁴. Rizikodaki değişiklik dışında, sigortacının durumunda olumlu ya da olumsuz bir farklılık olmamalıdır. Sigorta konusu malın mülkiyetindeki değişiklikle eski sigorta ettirenin sözleşmeden ayrılması ve yeni malikin sözleşmeye girmesinden sonraki yeni durumu değerlendirmek sigortacının hakkıdır¹¹⁵.

Fesih hakkının tanınmasının tek amacı sigortacıyı korumak değildir. Aksine, inşaat sigortasına konu malın mülkiyetini iktisap eden kişi de korunmaktadır. Bazen sigortacı, bazen de yeni malik sözleşme ilişkisinde kalmak istemeyebilir. Örneğin yeni malik, sigorta primlerini yüksek bulabilir veya sözleşme koşullarını beğenmediği için başka bir sigortacıyla sözleşme

¹¹¹ FIDIC sözleşmelerinin hangi durumlarda uygulanacak hukuk olarak belirlenebileceğiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİK EKŞİ, s. 101 vd.

¹¹² ÇELİK EKŞİ, s. 163.

¹¹³ REUSCH, §95, par. 6.

¹¹⁴ REUSCH, §95, par. 7.

¹¹⁵ HALBACH, §96, par. 1; REUSCH, §95, par. 249.

yapmak isteyebilir¹¹⁶. Sigorta sözleşmesinin yapılmasında sigorta ettirenin kişisel özelliklerinin etkili olduğu durumlarda da sigortacı sözleşmenin sona ermesini isteyebilir¹¹⁷.

Fesih hakkının getirilmesiyle amaçlanan koruma, sigorta sözleşmesinin mülkiyetin nakli ile birlikte kendiliğinden sona ermemesiyle sağlanmaktadır¹¹⁸. Sigorta koruması, en azından fesih hakkı kullanılana kadar, sözleşmenin devamlılığı ilkesi çerçevesinde devam etmektedir¹¹⁹. Fesih, sözleşme taraflarının ihtiyarındadır. Fakat sözleşme feshedilse de yeni malik sigorta korumasını tekrardan sağlamak için yeterli zamana sahip olacaktır¹²⁰.

Sigortacının sözleşmeden ayrılması gerektiği kanısına vardığı hallerde, sigortacının değişikliği; yeni hak sahibinin de sigortanın mevcudiyetini öğrendiği tarihten itibaren 8 gün içinde sigorta sözleşmesi feshedilebilir.

c. Fesih Hakkının Kullanılması

Fesih hakkının kullanılmasıyla ilgili öncelikle ifade etmek gerekir ki bu hakkın kullanılması zorunlu değildir. Hakkın kullanılmasından vazgeçilebilir¹²¹. Vazgeçme zımni olarak da gerçekleşebilir¹²².

Sigortalı malın mülkiyetindeki değişiklik sonucu ortaya çıkan fesih hakkı, belirli bir süre içinde kullanılmalıdır. Süresinde kullanılmayan fesih hakkı düşer. Poliçenin sigortacı tarafından feshi halinde, fesih ihbarı postaya veya notere verildiği tarihten itibaren 8 gün sonra öğleyin saat 12.00'de yeni hak sahibi tarafından feshi ise fesih ihbarı postaya veya notere verildiği tarihi takip eden gün öğleyin saat 12.00'de hüküm ifade eder.

Fesih hakkının kullanılmasının şekli ile ilgili İSGŞ m. C.5 hükmünde bir belirleme yapılmamıştır. Ancak, tacir olan sigortacı ile (yüksek ihtimalle tacir niteliğinde bir kişi olacak) yüklenici arasındaki sözleşmenin feshi yönündeki irade TTK m. 18/3 hükmüne göre

¹¹⁶ GÜNAY, Değerlendirmeler, s. 692.

¹¹⁷ GÜNAY, Değerlendirmeler, s. 692.

¹¹⁸ SCHIMIKOWSKI, Versicherungsvertragsrecht, par. 71; HALBACH, §95, par. 1.

¹¹⁹ SCHIMIKOWSKI, Versicherungsvertragsrecht, par. 71; HALBACH, §95, par. 1.

¹²⁰ HALBACH, §95, par. 1.

¹²¹ ERDOĞAN, s. 249; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 411; DOĞAN, ŞAHAN, ATAMULU, s. 308.

¹²² ERDOĞAN, s. 249; AYAN, Borçlar Hukuku, s. 411.

açıklanmalıdır¹²³. Sigortacı ile sigorta ettirenin bu konuda özel koşullar belirlemeleri de olanaklıdır¹²⁴.

d. Feshin Hükümleri

Sigortalı malın mülkiyetindeki değişiklik sebebiyle gerçekleşen feshin hüküm ifade ettiği tarihe kadar geçen sürenin primi, sözleşmenin sigortacı tarafından feshi halinde gün esas, yeni hak sahibi tarafından feshi halinde ise sigortacı tarafından tespit edilecek esasa göre prim farkı, yeni hak sahibine geri verilir. Sigortalı malın malikinin değişmesi anında mevcut prim borçlarından sigorta ettiren, fesih hakkını kullanmayan yeni hak sahibi ile birlikte sorumludur.

e. Fesih Hakkının Düşmesinin Sonucu

İnşaat sigortasına konu malın mülkiyetinin değişmesi, sigortacının ya da yeni malikin aleyhine bir durum yaratmamalıdır ki bu kişilere sözleşmeden ayrılma hakkı tanınmıştır. Sözleşmenin süresinde feshedilmemesi durumunda ise, fesih hakkı düşecektir. Fesih hakkının düşmesiyle, sigorta sözleşmesi, sözleşmeyi akdeden eski malik ve sigorta ettiren ile sigortacı arasında mutabakata varılan koşullarla devam eder¹²⁵. Bunun sonucu olarak sigortacı, yeni malik ve sigorta ettirene karşı da bazı defileri ve itirazları ileri sürme imkânına kavuşur. Bu defiler ve itirazlar, inşaat sigortasına konu malın devri anında eski malike karşı ileri sürülebilen nitelikte olanlardır¹²⁶.

İnşaat sigortası sözleşmesinin ve bu sigortaya konu malvarlığı unsurlarına dair devir sözleşmesinin taraflarının, yukarıda temas edilen feshe ve bildirimde dair tüm süreleri hareketsiz geçirmeleri ihtimaller dâhilindedir. Her şeyden önce, bu hareketsizlik hukukî konulardaki bilgi eksikliğine dayanıyor olabilir. Bu durumda şu değerlendirmenin yapılması kanaatimizce yerine olacaktır. Sürelerin tamamen hareketsiz geçirilmesi durumunda ilk olarak 8 günlük fesih süresi geçirilecektir. Bu sürenin sona ermesiyle fesih hakkı düşer. Fesih hakkının düşmesi 15 güne kadar kalan zaman dilimi için sigorta sözleşmesinin hüküm ifade etmesi demektir. Fakat bu zaman zarfında sigorta ettiren (eski hak sahibi) ve yeni hak sahibi bildirim süresini de hareketsiz geçirirlerse, askıda geçerli olan sigorta sözleşmesi geçersiz hale gelir. Bu andan sonra sigorta korumasını sağlamak ancak yeni bir sözleşme ile mümkün olabilir.

¹²³ 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.*”

¹²⁴ GÜNAY, Değerlendirmeler, s. 694.

¹²⁵ REUSCH, §95, par. 250.

¹²⁶ HALBACH, §95, par. 11; REUSCH, §95, par. 250.

SONUÇ

Alman ve İsviçre kanun koyucularının aksine Türk kanun koyucusu, zarar sigortalarında sigorta konusu menfaatin sahibinin değişmesini sözleşmenin sona ermesi sonucuna bağlamıştır. Bu hususun aksine sözleşme yapılması mümkündür. Aslında uygulama da bu yöndedir denebilir. Zira en çok karşılaşılan sigorta türlerinde tercih edilen çözüm yöntemi de sözleşmenin belirli bir süre devam etmesidir. Belirli bir süre içinde taraf iradeleri o yönde ise sözleşme sona erdirilir. Oysa TTK m. 1470 hükmüne bakıldığında, mevcut durumda, sigorta koruması mülkiyet (menfaat) değişikliği ile birden sona ermektedir.

İnceleme konumuz olan inşaat sigortaları açısından da durum sözleşmenin bir müddet daha devam etmesi yönündedir. Çalışma sonucu ulaşılan sonuç odur ki İSGŞ m. C.5 hükmü, Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nun VVG §95 hükmüyle benzer tercihleri içeren ve (ZMMS ve kasko sigortalarındaki durum ile beraber) göz önünde tutulduğunda, zarar sigortaları açısından geçerli TTK m. 1470 hükmüne nazaran farklılıklar içeren bir hükümdür.

KAYNAKÇA

- AHLWEDE, B. (2006/7). Die Bauversicherungen im Überblick. NZBau -Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht.
- ALGÜN, A. (2013). İnşaat (Bütün Riskler) Sigortası. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- ARIKAN, M. (2008). Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık Sorunu. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16 (1), 71-90.
- ARMBRÜSTER, C. (2021). 1. Einleitung. E. R. Martin içinde, Versicherungsvertragsgesetz (31. B). München: Verlag C. H. Beck.
- AYAN, M. (2016). Borçlar Hukuku Genel Hükümler (11. b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- AYAN, M. (2016). Eşya Hukuku II-Mülkiyet (9. b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- AYAN, M. (2017). Eşya Hukuku-III, Sınırlı Aynî Haklar (8. b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- AYHAN, R., ÇAĞLAR, H., ÖZDAMAR, M. (2020). Sigorta Hukuku Ders Kitabı (3. b.). Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- BAĞRIAÇIK, S. (2016). Sigorta Sözleşmesinde Sigorta Edilen Menfaatin Sahibinin Değişmesi Durumu. İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15 (1), 743-751.
- BAHADIR, Z. (2013). Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 17 (3), 1-28.
- BAUMANN, F., SANDKÜHLER, H.-L. (2008). Das Neue Versicherungsvertragsgesetz-Mit Allen Änderungen Ab 1.1.2008 (1. b.). Rudolf Haufe Verlag.
- BUDAK, M. (2021). Sebepsiz Zenginleşmede İade Borcu (1. b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- CAN, M. (2018). Türk Özel Sigorta Hukuku Ders Kitabı (1. b., Cilt 1). Ankara: Adalet Yayınevi.
- CANARSLAN, G. (2016). İntifa Hakkının Sona Ermesi (1. b.). Ankara: Seçkin Yayınevi.
- ÇEBİ, H. (2020). Şirketler Hukuku (1. b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ÇEKER, M. (2022). 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku (25. b.). Adana: Karahan Kitabevi.
- ÇELİK EKŞİ, F. (2012). Milletlerarası Hukukta FIDIC Kuralları Çerçevesinde Müteahhidin Akdi Sorumluluğu. Ankara : Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi.

- DARCAN, Ş. (2020). *Ürün Kirası Sözleşmesi* (1. b.). Ankara: Adalet Yayınevi.
- DOĞAN, M., ŞAHAN, G., ATAMULU, İ. (2021). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (2. b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- DÖRNER, H. (1999). §69. H. Honsell içinde, *Berliner Kommentar zum Versicherungs-
vertragsgesetz Kommentar zum deutschen und österreichischen VVG* (1. B.). Berlin-
Heidelberg: Springer Verlag.
- DROLL, P. (2017). §32. K. Höra içinde, *Münchener Anwalts Handbuch-Versicherungsrecht*
(4. B.). München: Verlag C. H. Beck.
- EICHLER, H. (1976). *Versicherungsrecht* (2. b.). Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft
e.V.
- ERDOĞAN, İ. (2019). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (4. b.). Ankara: Gazi Kitabevi.
- GEYİK, H. (2011). *İnşaat All Risks Sigortalarında Risk Değerlendirmesi ve Uygun
Fiyatlandırma İçin Öneriler*. İstanbul: İstanbul Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri
Enstitüsü Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- GİRGİN, Ö. (2017). 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Adi Ortaklıkta Temsil ve
Borçlardan Sorumluluk (1. b.). İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.
- GÜMÜŞ, M. A. (2015). *Mal Sigortalarında Sigorta Ettirenin Sigorta Menfaatinin Bağlantılı
Olduğu Malvarlığı Değerinin Sahibindeki Değişimin Sigorta Sözleşmesine Etkisi* (6102
sayılı TTK m. 1470). *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3 (5), 159-
171
- GÜNAY, M. (2013). 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1470. ve 1471. Maddelerine İlişkin
Değerlendirmeler. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17 (1-2), 683-706.
- GÜNAY, M. (2022). *Sigorta Hukuku* (4. b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- GÜNER, M. (2000). *Yapı Sigortalarında Teminatın Kapsamı*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- HALBACH, D. (2020). §95. W. R. Schimikowski içinde, *Versicherungsvertragsgesetz
Handkommentar* (4. B.). Baden: Nomos Verlag.
- HALBACH, D. (2020). §96. W. R. Schimikowski içinde, *Versicherungsvertragsgesetz
Handkommentar* (4. B.). Baden: Nomos Verlag.

- HALBACH, D. (2020). §97. W. R. Schimikowski içinde, *Versicherungsvertragsgesetz Handkommentar* (4. B.). Baden: Nomos Verlag.
- HENN, M.-C. (2018). *Die Bauwesenversicherung-AISUF-Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg. Zürich.*
- JANSEN, G. (2019). §7. G. A. Jansen içinde, *VOB Teil B - Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen* (5. B.). München: Verlag C. H. Beck.
- KANER, İ. (2018). *Sigorta Hukuku* (3. b.). İstanbul: Filiz Kitabevi.
- KARA, H. (2021). *Sigorta Hukuku* (1. b.). İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.
- KAŞAK, F. (2019). *Roma Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Şart (Koşul, Condicio)*. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 10 (2), 548-562.
- KAYIHAN, Ş. (Ankara). *Şirketler Hukuku* (5. b.). 2021: Seçkin Yayıncılık.
- KAYIHAN, Ş., GÜNERGÖK, Ö. (2021). *Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri* (6. b.). İstanbul: Umuttepe Yayınları.
- KENDER, R. (2014). *Türkiye’de Hususî Sigorta Hukuku-Sigorta Müessesesi, Sigorta Sözleşmesi* (14. b.). İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.
- KESİLMİŞ, M. (2022). *Sözleşme Hukukunda Koşul* (1. b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- LANGHEID, T. (2022). §95. T. R. Langheid içinde, *Versicherungsvertragsgesetz mit Einföhrungsgesetz und VVG-Informationspflichtenverordnung Kommentar* (7. B.). München: Verlag C. H. Beck.
- LORENZ, E. (2015). §1. R. M.-M. Beckmann içinde, *Versicherungsrecht- Handbuch* (3. B.). München: Verlag C. H. Beck.
- NAZLIER, M. (2022). *İnşaat, İnşaat Sigortaları ve Hasar Uygulamaları*. Ankara.
- OĞUZMAN, M., SELİÇİ, Ö., OKTAY ÖZDEMİR, S. (2016). *Eşya Hukuku* (19. b.). İstanbul: Oniki Levha Yayınları.
- ORLIKOWSKI-WOLF, S. (2020). *Bauleistungsversicherungsbedingungen bei Tunnelbauprojekten. C. v. Armbrüster içinde, recht und schaden Unabhängige Zeitschrift für Versicherungsrecht und Schadensersatz* (s. 323-676). Verlag C. H. Beck.
- PEKSÖZ, V. (2020). *Medenî Usûl Hukuku Açısından Adi Ortaklık İlişkileri* (1. b.). İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.

- REHM, R., FRÖMEL, D. (2020). ABBL 2018 § A1.1, Bauleistungsversicherung-Kommentar zu den ABBL, ABN und ABU mit Klauseln (4. B.). München: Verlag C H Beck.
- REUSCH, P. (2022). §95. T. M. Langheid içinde, Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Band 1- §§ 1–99 VVG (3. B.). München: Verlag C. H. Beck.
- RIXECKER, R. (2022). §1. T. R. Langheid içinde, Versicherungsvertragsgesetz mit Einführungsgesetz und VVG-Informationspflichtenverordnung Kommentar (7. B.). München: Verlag C. H. Beck.
- SENK, W.-R. (2017). Kapitel 22. J. F. Figura-Lindner içinde, Geschäftsraummieta Handbuch (4. B.). München: Verlag C. H. Beck.
- SOPACI ÖZTUNA, B. (2017-2018). Sigorta Konusu Menfaatin Yokluğunun ve Menfaat Sahibi Değişikliğinin Sözleşmeye Etkisi. Sigorta Hukuku Sempozyumlar (S. ÜNAN, E. YAZICIOĞLU, Editörler). İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 107-137.
- TANGÖR, M. (2009). Kamu İhale İnşaat Sözleşmeler ve FIDIC Bakımından Müteahhidin Borçları. Ankara: Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- TANRIVER, S., ERGÜNE, M. (2023). Noterlerin Taşınmaz Satış Sözleşmesi Düzenlemesine İlişkin Hukukî Esaslar. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 72 (1), 143-182.
- TİFTİK, M. (2006). Borç Sözleşmelerinin İrade Sakatlığı Sebebiyle İptalinde Uğranılan Zararların Tazmini. EÜHFD, 10 (3-4), 397-417.
- TOPSOY, F. (2018). İnşaat Sigortası Teminatının Kapsamı. Türkiye Barolar Birliği Dergisi (134), 519-566.
- TOPUZ, M. (2020). Türk Özel Hukukunda Taşınmaz Mülkiyeti (1. b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- USTAOĞLU, F. (2019). Proje Finansmanında Türk Hukukuna Tabi Teminatlar ve Özellikle Hesap Rehni (1. b.). İstanbul: Onikilevha Yayıncılık.
- ÜNAN, S. (2018). Türk Ticaret Kanunu Şerhi-Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku, Genel Hükümler (Madde 1401-1452) (1. b., Cilt I). İstanbul: Oniki Levha Yayınları.
- ÜNAN, S. (2019). Türk Ticaret Kanunu Şerhi-Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku - Yargıtay Kararları (1. b., Cilt IV). İstanbul: Onikilevha Yayıncılık.

v. RINTELEN, C. (2015). §36 . R. M.-M. Beckmann içinde, Versicherungsrecht- Handbuch (3. B.). München: Verlag C. H. Beck.

VOIT, W. (2021). ABU 2011 §A.1. E. R. Martin içinde, Versicherungsvertragsgesetz (31. B.). München: Verlag C. H. Beck.

WANDT, M. (2016). Versicherungsrecht (6. b.). München: Verlag Franz Vahlen.

YENER, M. (2021). Sigortalı Malın Sahibinin Değişmesine Dair TTK m. 1470 ile Getirilen Sistem Değişikliğine İlişkin Bir Değerlendirme. Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 37 (1), 197-234.

YILMAZ, G. (2022). Sözleşmenin Devri (1. b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

YÜCEL, Ç. (2023). İnşaat Sigortası. Ankara: Seçkin Yayıncılık.



YARGITAY 11. HUKUK DAİRESİNİN FOB SATIŞLARDA SİGORTA MENFAATİNE İLİŞKİN E. 2017/682 - K. 2018/8066 SAYILI KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ*

The Evaluation of the Decision of the 11th. Civil Chamber of Court of Cassation Regarding Insurance Interest in FOB Sales Numbered E. 2017/ 682 - K. 2018/8066

Tekincan Akif KARAARSLAN*

ÖZ

Sigorta sözleşmelerinin konusu menfaattir, menfaat ise sigorta ettirenin, sigorta sözleşmesiyle teminat altına almak istediği şey ile arasında belirli bir değer ilişkisini ifade eder. Milletlerarası ticaret hukukunda satım sözleşmelerine eklenen FOB ise satıcı ihracatçının alıcı ithalatçının belirlediği gemiye yükü teslim etmesi şeklini düzenleyen bir teslim şeklidir. Bu tür satışlarda hasar satıcının yükü gemiye teslimiyle birlikte alıcıya geçtiğinden sigorta edilecek menfaat teslimi kadar satıcıya teslimden sonra ise alıcıya aittir. Bu nedenle INCOTERMS 2020 kuralları isabetli olarak satıcıya sigorta sözleşmesi yaptırma yükümlülüğü getirmemiştir. Lakin satıcı kendi ad ve hesabına sigorta sözleşmesi akdettiyse bu durumda sigorta sözleşmesinin geçerliliğine menfaat unsurunun varlığına bakılarak karar verilmesi gerekecektir. Şayet sigorta sözleşmesinin konusu olan menfaat unsuru eksikse bu durumda satıcının yaptırdığı sigorta sözleşmesi geçersiz sayılacak, satıcıya sigorta tazminatı ödenmişse ödenen bu tazminat lütuf ödemesi olarak adlandırılacak ve sigorta ettirenin halefiyet hükümlerine dayanmasına engel olacaktır. Ancak Yargıtay önüne gelen davada FOB teslim şekilli bir satışta sigorta menfaatini bedel ödenme ölçütüne göre değerlendirmiş ve buna dayalı olarak

* **Gönderi:** 07.04.2023 - **Kabul:** 04.06.2023 | **Received:** 07.04.2023- **Accepted:** 04.06.2023.

* Arş. Gör., Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Ana Bilim Dalı, Kırklareli, Türkiye ✉ akifkaraarslan@klu.edu.tr • ORCID 0000-0001-5594-0380.

Atıf Şekli / Cite As: KARAARSLAN, Tekincan Akif (2023). Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin FOB Satışlarda Sigorta Menfaatine İlişkin E. 2017/682 - K. 2018/8066 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi. ÇÜHAD, (3), 160-175.

İntihal / Plagiarism: Bu makale bir intihal engelleme yazılımı aracılığıyla denetlenmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been checked via a plagiarism prevention software and reviewed by at least two referees.



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

başka bir sonuca varmıştır. Çalışmada önce Yargıtay'a teşmil etmiş FOB teslim şekilli uyumsuzluk kararına yer verilecek ardından da menfaat kavramıyla beraber şahsi kanaatimiz açıklanacaktır.

Anahtar Kelimeler: FOB Satış, Milletlerarası Ticaret Hukuku, Sigorta Menfaati, Menfaat Eksikliği, Deniz Aşırı Satışlar, Deniz Ticareti Hukuku.

ABSTRACT

The subject of insurance contracts is the interest, and the interest refers to a certain value relationship between the insurer and the thing that the insurer wants to cover with the insurance contract. FOB sales, on the other hand, is a form of delivery that doesn't regulate the way the seller exporter delivers the cargo to the ship determined by the buyer importer. In such sales, since the damage passes to the buyer with the delivery of the cargo to the ship by the seller, the interest to be insured belongs to the seller until delivery and to the buyer after delivery. For this reason, the INCOTERMS 2020 rules did not impose an obligation on the seller to conclude an insurance contract. However, if the seller has concluded an insurance contract in his own name and account, in this case, the validity of the insurance contract will have to be decided by looking at the existence of the interest element. If the element of interest, which is the subject of the insurance contract, is missing, then the insurance contract concluded by the seller will be deemed invalid, and if insurance compensation is paid to the seller, this compensation will be called a favour payment and will prevent the insurer from relying on the subrogation provisions. However, the Court of Cassation has evaluated the insurance interest according to the criterion of payment of price if it is a FOB delivery type sale and reached a different conclusion based on this. In this study, firstly, the decision of the Court of Cassation on the FOB delivery type dispute will be given and then the concept of interest and personal conviction will be explained.

Keywords: FOB Sales, International Trade Law, Insurance Interest, Lack of Interest, Overseas Sales Maritime Law.

I. YARGITAY 11. HD'NİN T. 19.12.2018, E. 2017/682 - K. 2018/8066 SAYILI KARARI¹

“Davacı vekili, müvekkilinin dava dışı... İth. İhr. Ltd. Şti. ile nakliyat emtia sigorta poliçesi yaptığını, poliçeye konu olan malların Türkiye'den Rusya'ya taşınmasının teminat altına alındığı, sigortalı emtianın içinde bulunduğu konteynerlerin varış yerinde yapılan tespitinde boş olduğunun belirlendiği, 14.07.2011 tarihinde ihraç edilecek malların yüklenmesi için... firmasından konteyner alındığı, emtianın bu konteynere yüklendiğini, konteynerin Marport'tan

¹ <https://mevzuat.kararara.com/viewtopic.php?t=116183>, (E.T. 26.01.2023).

deniz yoluyla taşındığını, Rus Gümrüğü'nde emtiaya rastlanmadığını, müvekkilinin poliçe nedeniyle sigortalısına 24.08.2011 tarihinde 18.723,97 TL ödediğini ve haklarına halef olduğunu ileri sürerek, bu tutarın ödeme tarihinden itibaren işleyecek avans faiziyle davalılardan tahsilini talep etmiştir.

Davalılar davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre davanın kısmen kabulüne dair verilen karar davalı ... SA'ya izafeten .. vekilinin temyizi üzerine Dairemizce onanmıştır.

Davalı .. SA'ya izafeten .. vekili bu kez karar düzeltme talebinde bulunmuştur.

1-) Dava, nakliyat emtia sigorta poliçesinden kaynaklanan rücuen alacak istemine ilişkindir. Somut olayda; dava dışı İth. İhr. Tekstil San. Ve Tic. Ltd. Şti. tarafından Rusya'ya ihraç edilen mallar için davacı tarafından nakliyat emtia sigorta poliçesi yapılmıştır. Varma yerinde yapılan kontrollerde malların taşındığı konteyner içerisinde çalındığı, gümrük yetkilileri tarafından tespit edilip buna ilişkin tutanak tutulmuş, davacı tarafından yapılan ekspertiz çalışmaları neticesinde sigortalıya hasar bedeli ödenerek taşımayı yaptığı belirtilen davalı şirketler aleyhine rücuen alacak davası açılmıştır. Mahkemece yapılan yargılama neticesinde malların limandan sonra yapılan karayolu taşıması işinin sigorta kapsamında kalmadığı, hasarın deniz taşıması sırasında meydana geldiğine dair tespit ve değerlendirmelerde bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Ancak; dosya içerisinde yer alan sigortalı satıcı tarafından düzenlenen ve hasara konu malların da içerisinde yer aldığı faturadan satış sözleşmesinin FOB satış usulüne göre yapıldığı anlaşılmaktadır. FOB satış usulünde ihracatçı, sözleşmede belirtilen tarihte alıcı tarafından belirlenen limanda geminin güvertesinde malı teslim ederek o andan itibaren oluşacak masraf ve riskleri ithalatçıya devreder. İhracatçı, ihracat ile ilgili formaliteleri yerine getirerek liman ve yükleme masraflarını da karşılamak zorundadır. Davacı tarafından rücu ilişkisine dayanak gösterilen poliçede sigortalı malın ihracatçısı ... İth. İhr. Tekstil San. Ve Tic. Ltd. Şti. olup yapılan ekspertiz incelemesi sonrasında da hasar bedeli bu şirkete ödenmiştir. Bu açıklamalar uyarınca uyuşmazlığın çözümünde sigortalı şirket tarafından ihraç edilen malların satış bedelinin sigortalı tarafından tahsil edilip edilmediği önem arz etmektedir. Şöyle ki; ihracata konu malların bedelinin peşin tahsili halinde FOB satış sözleşmesi uyarınca sigortalı malların taşımayı yapacak geminin güvertesine yüklenmesi anından itibaren taşınan malın tüm hasar ve yararı alıcıya geçeceğinden taşıma nedeniyle ihracatçı konumundaki dava dışı sigortalının sigorta ettirilebilir bir menfaati bulunmayacak ve dolayısıyla sigortalıya yapılan ödeme hatır ödemesi niteliğinde olacaktır. İhraç edilen malların bedelinin tahsil edilememiş

olması halinde ise sigortalının malın teslimine ilişkin yükümlülüğü çerçevesinde alıcıya teslim kadar sigortalanabilir bir menfaati bulunduğundan yapılan ödeme geçerli bir ödeme kabul edilecek bu doğrultuda taşıyıcıya ve/veya onun sorumluluk sigortacısına rücu edilebilecektir. O halde mahkemece, açıklanan bu hususa ilişkin araştırma ve değerlendirme yapılmadan eksik hüküm tesisi doğru olmamış davalı .. SA'ya izafeten ... vekilinin anılan yöne ilişkin karar düzeltme itirazlarının kabulüyle Dairemizin 21.11.16 tarihli 2015/11819 Esas, 2016/8979 karar sayılı onama ilamının kaldırılarak, yukarıda anılan gerekçeyle mahkeme kararının bozulmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) ve (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davalı ...SA'ya izafeten ...vekilinin karar düzeltme isteminin kabulüyle dairemizin 21.11.2016 tarihli 2015/11819 Esas, 2016/8979 Karar sayılı onama ilamının kaldırılarak hükmün adı geçen davalı yararına **BOZULMASINA** karar verilmiştir”.

OLAY: Dava TTK'nın muhtelif maddelerinde düzenlenmiş olan sigortacının sigortalısına ödediği sigorta tazminatının, zarar sorumlularından yahut sigortacılarından tahsiline yönelik rücu davasıdır. Dava konusu uyuşmazlıkta ihracatçı satıcı ile ithalatçı alıcı arasında satış sözleşmesi düzenlenmiş ve FOB teslim usulüne tabi olduğu kararlaştırılmıştır. Mallar konteynerlere yüklenerek limanda alıcının belirttiği gemiye yüklenmiş ancak varma limanında konteynerlerde yer alan mallar çalınarak ziyaa uğramıştır. Davacı sigorta şirketi, dava dışı sigortalısına aralarındaki nakliye sigorta sözleşmesine dayalı olarak sigorta tazminatını ödemiştir. Sigorta tazminatını ödeyen sigorta şirketi, zarar sorumlularına rücu davası açmıştır.

YARGITAYIN GÖRÜŞÜ: Yargıtay, ihracatçı tarafından FOB satış türüne istinaden yapılan sigorta sözleşmesinde, malların alıcının belirlediği gemiye tesliminden sonra sigorta ettirilebilir menfaate sahip olup olmadığını bedeli tahsil edip etmediğine göre belirlemiş ve bedeli tahsil etmediği durumlarda sigortalanabilir bir menfaate sahip olduğunu kabul ederek, kararı bozmuştur.

KANAAT: Söz konusu olayda sigortalanabilir menfaate sahip olmadığı konusunda ilk olarak menfaat kavramı ve sigortalanabilir menfaatin hukuki niteliği açıklanmalıdır.

II. DEĞERLENDİRME

A. Menfaat Kavramı ve Tanımı

Sigorta menfaati, bir kişi ile bir malvarlığı arasında, sigorta sözleşmesinde teminat altına rizikonun gerçekleşmesi sonucunda, maddi zarara uğrama ihtimali olan her türlü hukuki ilişki olarak adlandırılır². Menfaat riziko gerçekleştiğinde sigorta korumasından kimin yararlanacağı belirlenmesinde ayırıcı bir unsurdur³. Aynı zamanda belirtmek gerekir ki her türlü zarara uğrama ihtimali sigorta ettirilemez, söz konusu olacak menfaat ekonomik⁴ ve hukuken geçerli⁵ bir menfaat türü olmalıdır.

Sigorta korunmasından yararlanmak için bir menfaatin aranması şartı insan hayatı üzerinde bahis ve kumarla birlikte sigorta konusu olan malın yok edilmesini bertaraf etme amacıyla getirilmiştir⁶. Aranan menfaat kavramı İngiliz hukukunda “*Lucena v Craufurd*” davası ile ilk ve tam olarak tanımlanmıştır. İlgili dava sonucu verilen kararda menfaat sigortalının

² KENDER, s. 236; BOZER, s. 76; YAZICIOĞLU, ŞEKER ÖĞÜZ s. 75; SAYHAN, s. 41; AYHAN, ÇAĞLAR, ÖZDAMAR, s. 146; ÇEKER, s. 64. Kanaatimizce kanun koyucu menfaat kavramını her ne kadar genel hükümlerde başlık altına almış olsa da meblağ sigortalılarında zarar sigortalılarında olduğu gibi bir menfaatten bahsetmeye imkân yoktur. *Ünan* ise meblağ sigortalılarında menfaat kavramının kullanılmasını eleştirmektedir. Zira yazara göre Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde menfaat değil izin koşulu aranmaktadır (ÜNAN, Cilt I, s. 84).

³ CEBE, s. 400.

⁴ Ekonomik olmaktan maksat para ile ölçülebilen bir değer ifade etmesidir. SAYHAN, s. 84; ULAŞ, (Sigorta) s. 43.

⁵ Sigorta Konusu oluşturan hukuken geçerlilikten kasıt meşru, kanuna uygun ve ahlaka aykırı olmaması anlamına gelmektedir (SAYHAN, s. 87). Örneğin organ kaçakçılığı sırasında verilen zarara karşılık sigorta sözleşmesinin yapılması hukuka aykırıdır (ÜNAN, Cilt I, s. 57).

⁶ THOYTS, s. 25; KARA, s. 30; VAUGHAN, VAUGHAN s. 169. Günümüzde ise menfaat sigorta sözleşmelerini bahis ve kumardan ayırmaktan ziyade parasal getiri amacıyla malın yok edilmesini yahut suç işlenmesini önlemek amacıyla aranmaktadır (STEMPEL, SWISHER, KNUTSEN, s. 503; KARA, s. 93); Esasen 18. yy’da, insanların hayatı üzerine oynanan bahis sonucunda açık bir şekilde düşmanlık içeren bir ortam ortaya çıkmıştır (SWISHER, s. 711). Kumar ve bahsin kamu düzenini bozup insanların malvarlıklarını ve hayatını tehdit etmeye başladığından ve bu durumun sigorta sözleşmeleriyle ilişkilendirilmesinden dolayı İngiliz hukukunda 1774 yılında yürürlüğe koyulan Hayat Sigortalıları Kanunu yürürlüğe sokulmuştur. Bu düzenleme ile İngiliz hukukunda menfaat sigorta sözleşmelerinin zorunlu unsuru haline getirilmiştir (CLARKE, BURLING, PURVES, s. 116). Kanun metninde amaç “ Tecrübeler ile sigortalının menfaati olmamasına karşın hayat sigortası yaptırmasının zararlı sonuçları olduğunun tespitinin ardından, hayat üzerine yapılan sigortalıları düzenlemek ve sigortalanan kişinin yaşamı veya ölümü üzerinde menfaati olanlar hariç olmak üzere diğer sigortalıları engellemek” şeklinde hüküm altına alınmıştır (<https://www.legislation.gov.uk/apgb/Geo3/14/48/introduction?view=plain#commentary-c9186251>). Ancak Hayat Sigortalıları Kanunu’nun sadece hayat sigortalılarına uygulanacağı düşünülse de uygulama her sigorta sözleşmesini kapsam içine alacak şekilde oluşmuştur (ATMEH, s. 99, <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njilb/vol32/iss1/3/>). Türk hukukunda ise menfaatin tarihi gelişimine bakıldığında hem cumhuriyet sonrası ilk ticaret kanunumuz olan 856 sayılı Ticaret Kanunu, hem 1956 tarihli Ticaret Kanunu hem de 6102 sayılı TTK’da menfaat sigorta sözleşmelerinin geçerliliği bakımından hüküm altına alınmıştır (TOPSOY, s. 138).

sigorta konusu şeyin avantajlarından yararlanması veya oluşan zarardan etkilenmemesi olarak adlandırılmıştır⁷.

Konumuz bakımından mal sigortalarında menfaat şartı ise yukarıdaki tanımla birlikte değerlendirildiğinde sigortalının sigorta ettirilen mal üzerinde hukuken korunan ve ekonomik bir menfaat ilişkisini ifade etmektedir⁸. Özetle menfaat, teminat altına alınan rizikonun gerçekleşmesi nedeniyle sigortalanan mal üzerinde ortaya çıkan zarar yani, sigortalının malvarlığının aktifinde ortaya çıkan azalmadır⁹.

B. Fob Teslim Şekli Satışlar

Avrupa’da sanayi devrimi sonrası hammadde ihtiyacının artması ve sonraki dönemlerde düzenli hat tarifelerinin başlamasıyla beraber deniz aşırı haberleşmenin gelişmesi, deniz aşırı satıcı ve alıcının da üstlendiği rolleri değiştirmiştir. Emtiaları yüklemek için gemiyi tutan alıcının, gemiyle birlikte yolculuğa çıkmaktan ziyade, satıcıya, malları kendisinin bulduğu bir gemiye yükleme talimatı vermesini yeterli hale getirmiştir. Bu gelişmelerden sonra taşımayı üstlenen taşıyanı belirleme, taşıma ücretini ödeme ve gemiyi ismen ve fiziken tayin etme alıcının görevleri haline gelmiştir. Satıcı ise malları yükleme limanında gemide teslim etmekle borcunu ifa etmiş sayılmış, böylece taşıma sırasındaki riskler alıcıya geçmiş ve FOB teslim tipli satışlar uygulanmaya başlanmıştır¹⁰. Bu teslimde satıcı ihracatçı malları sigorta ettirmesine gerek kalmaksızın, geminin küpeştesinde teslim etmekle mükelleftir. Alıcı ithalatçı ise FOB teslim şeklinde malları sigortalamakla yükümlü olup, satıcı ihracatçıya da ayrıca geminin adı, yükleme limanı gibi gerekli bilgileri iletmekle yükümlüdür. Satıcı ihracatçı, alıcı tarafından malların hangi gemide taşınacağı bilgisine ulaştıktan sonra, emtiayı alıcının belirtmiş olduğu

⁷ Lucena v Craufurd (1806) 2 B&P (NR) 269, HL, (<https://lawexplores.com/insurable-interest/>) (E. T. 02.04.23). Söz konusu olayda Fransa ile savaş halinde olan İngiltere, Fransa’nın işgali altında olan Hollanda gemisine Kraliyet Komisyonu aracılığıyla İngiliz limanlarında getirilme şartıyla el koymuş ve gemileri sigortalatmıştır, ancak gemi yolda yüküyle beraber kaybolduğundan, yüksek mahkeme ise gemiler henüz Londra’ya gelmemiş olduğundan hareketle komisyonun sigortalananabilir bir menfaati olmadığına karar vermiştir. Bu kararda menfaatin varlığı için farklı iki yorum türü geliştirilmiştir. İlk yorum sigorta sözleşmesinden faydalanacak olan sigortalı ile sözleşmenin konusu olan mal arasında hukuken korunan bir ilişki bulunmalıdır. Diğer yorum ise, taraflar arasında ekonomik beklenti oluşturacak bağın varlığıdır. Lord Eldon hukuki yararı üstün tutmuş, Lawrence J. ise ekonomik bağı üstünlük tanımıştır. Lawrence menfaat için mülkiyetin varlığını aramamış, rizikonun gerçekleşmesi ile zarara uğrayanların menfaat sahibi olduğunu belirtmiştir. Eldon ise salt ekonomik zararın kamu düzenini bozacağını dile getirmiş ve sigortalı ile sigorta konusu mal üzerinde hukuken korunan bir menfaatin varlığını aramıştır (HODGIN, s. 56; KARA, s. 50).

⁸ ÜNAN, Cilt II, s. 2. Bahsetmek gerekir ki mal sigortalarının kaleme alınmasındaki yegâne amaç sigorta hukukunun da temel prensibi olan sigorta ettirenin uğrayacağı zararın sigortacı tarafından tazmin edilmesi ilkesidir (SAYHAN, s. 80).

⁹ ÜNAN, Cilt II, s. 89, ÇEKER, s. 99; KENDER, s. 208.

¹⁰ TODD, s. 6.

gemiye yükleyecektir. İlgili emtianın gemiye yüklemesiyle birlikte satıcı ihracatçı, alıcı ithalatçıya yüklemeyi tevsik eden bir belge vermekle yükümlüdür¹¹. Alıcı yükleme belgesinin kendisine verilmesinden sonra satış bedelini ifa yükümlülüğü altına girmektedir¹².

C. Somut Olay Bakımından FOB Teslimde Menfaat Şartının Değerlendirilmesi

Söz konusu olayda taraflar arasında satışta FOB teslim şeklinin kullanılacağı kararlaştırılmıştır¹³. İlgili bu teslim şekli ihracatçı satıcının alıcı ithalatçıya malları, yükleme

¹¹ FOB teslimin kararlaştırıldığı satış sözleşmelerinde emtianın taşınması deniz yoluyla gerçekleşeceğinden dolayı satıcının sunacağı teslim kanıtının konişmento olması muhtemeldir. Emtianın taşıyana INCOTERMS A4 gereği teslim edilmiş olduğu yükleme konişmentosu varlığı ile kanıtlanmaktadır, çünkü yükleme konişmentosu emtianın gemiye yüklendiğini ispat etmektedir. Ancak tesellüm konişmentosu düzenlendiyse bu konişmentonun düzenlenmiş olması halinde ise, malların ne zaman ve hangi gemiye yüklendiğine dair şerh konulmuş olmadıkça alıcı ithalatçının yüklemenin satıcı tarafından belirtilen tarihte yapılmadığını her türlü delille ispat edebilmesi kabul edilmelidir (SEVİNÇ, s. 105; ERDEM, s. 60, ÇAĞA, KENDER, s. 65). Düzenlenen bu konişmento FOB satışlarda yüklemeyi takip eden süreçte hemen alıcıya teslim edilmemekte teslim vesaik mukabili ödeme yahut akreditifle ödemede olduğu gibi, satış bedelinin ödenmesi anına kadar geciktirilmektedir (ERDEM, s. 59). Belirtmek gerekir ki konişmentonun tesliminin geciktirilmesi emtianın mülkiyetinin satıcıda kalmasına yol açmaz, FOB teslim tipinde mülkiyet teslimle beraber alıcıya geçmektedir (SEVİNÇ, s. 106; ERDEM, s. 43). Şayet taraflar elektronik haberleşme yöntemlerini kullanmak istiyorlarsa bu durumda söz konusu yükümlülük, eşdeğer bir elektronik bilgi değişim mesajı ile de yerine getirebilir (RAMBERG, s. 100).

¹² BRÄNDLE, s. 41; MACLNTYRE, s. 325, HAAGE, s. 165. Gemi yükleme limanına geldikten sonra satıcı ihracatçı, taşıyan ile alıcının ad ve hesabına bir navlun sözleşmesi yapmakta ve ardından emtiayı gemide taşıyana teslim etmektedir (ERDEM, s. 50). FOB teslimde, ticari FOB teriminin ardına yükleme limanı olan limanın adı belirtilmektedir. "FOB İstanbul" olarak kararlaştırılan teslimde, satıcı ihracatçı emtiaları alıcının tayin ettiği gemiye İstanbul Limanında teslim etmekle mükelleftir. Uygulamada ise çok zaman taraflar geminin tayin edileceği zamanı sözleşme üzerinde kararlaştırmaktadır. Şayet sözleşmede bu konuda bir açıklık bulunmuyorsa taşımayı yapacak olan gemi, en geç yükleme için öngörülen tarihten önce tayin edilmek zorundadır. Yapılan tayin her halde satıcının belirtilen ve makul süre içerisinde malları yüklemesine imkân verecek zamanda yapılmalıdır (ERDEM, s. 76; BAĞRIAÇIK, s. 106). Satıcı ihracatçı da emtiayı alıcının hesabına aktarmakta olup konişmento, taşıyan tarafından satıcının emrine olarak düzenlenmektedir (SELMANN, s. 27). Satıcı ihracatçının emtiayı gemide teslim etmesi durumunda, taşıyıcı tarafından yükleme belgesi verilmektedir. Satıcı ihracatçı da bu belgeyi alıcıya iletmektedir. Yükleme belgesi alıcıya mallar üzerinde mülkiyet hakkı vermektedir (MACLNTYRE, s. 325). Bu teslim şeklinde sigorta alıcı tarafından yaptırılmaktadır. Ancak satıcının, masrafı alıcıya ait olmak üzere malları alıcının nam ve hesabına sigorta ettirmesi mümkündür (ERDEM, s. 50). Alıcının, yükleme limanında temsilcisi veya acentesi olmaması durumunda, alıcı satıcıya taşıma sözleşmesini ve sigorta sözleşmesini yaptırma konusunda yetki vermektedir. Satıcı bu durumda alıcının ad ve hesabına sözleşmeleri yaptırmakta, yapmış olduğu masrafları ise alıcıdan tahsil etmektedir. Ancak tarafların taşıma ve sigorta sözleşmesi yaptırmayı satıcıya asli borç olarak yüklemeleri durumunda FOB teslim şekli söz konusu olmayacaktır bu durumda, CFR yahut CIF teslim şeklinden söz edilmektedir (ERDEM, s. 57). Zira belirtmek gerekir ki FOB teslimde satıcı ihracatçının asli borcu, emtiayı alıcı ihracatçıya kararlaştırılan limanda teslim etmektir. Satıcının limanda malları almak için bir geminin hazır olduğunu görmekle yükümlü olup, malların gemiye tesliminden sonra ise mallara ne olacağı hususu satıcının ilgi alanı dışında kalmaktadır. (BIG, PENFOLDD, s. 136; MACLNTYRE, s. 324).

¹³ FOB satış türü "Free On Board" (Gemide Masrafsız Teslim) ifadesinin kısaltılmış halidir, söz konusu bu satış türü milletlerarası ticarete tacirler arasında çok yaygın olmakla birlikte sadece deniz yolu ve iç su taşımalarında kullanılmaktadır (INCOTERMS 2020, s. 103; SEVİNÇ, s. 95; ERDEM, s. 49; KÖKSAL, s. 95; ERCAN, s. 1196). *Chuah*'ın belirttiği üzere FOB teslimli satışlar özellikle İngiltere'de milletlerarası ticarete 150 yıldan fazla zamandır kullanılan bir teslim şeklidir (CHUAH, s. 77). Bu teslim tipinde satıcı yükleme masraflarını üstlenmektedir. Özellikle satılanın limana getirilmesi, limanda koruma ve elden geçirme masrafları, liman vinci masrafları, zorunlu muayene, kontrol masrafları ve malların sayma ve tartma masrafları da bu kapsamdadır. Yine ihracat için gümrük masrafları satıcı ihracatçının üzerindedir (ERDEM,

limanında alıcı tarafından belirlenen ve bildirilen gemiye teslim etmesi gerektiğini düzenlemektedir. Söz konusu olan bu malların gemiye teslimiyle birlikte artık tüm zıyayı ve hasar alıcıya geçmektedir¹⁴.

Tanımdan ortaya çıktığı üzere bu tür satışlarda alıcı gemiyi ve limanı belirlemede, satıcı ihracatçı ise söz konusu emtiaları bu gemiye yüklemektedir¹⁵. Emtialar gemiye teslim anına kadar hasar ve yarar satıcının üzerinde olmakta, emtialar gemiye teslim edildikten sonra¹⁶ ise hasar ve yarar alıcı üzerine kalmaktadır¹⁷. Bu nedenle teslimeteye kadar sigorta ettirilecek menfaat satıcı ihracatçı, teslimden sonraki safhada ise alıcı ithalatçı üzerinde olacaktır¹⁸. Bu husus ise

s. 63; ÇALIŞKAN, s. 236). Bu teslimli satışlarda alıcının satış bedelini ödeme borcu, satıcının alıcı tarafından belirlenmiş olan gemiye malları teslim etmesi anında muaccel olmaktadır (ERDEM, s. 73).

¹⁴ Hasarın geçmesin; sözleşmenin akdedilmesi ile ifası arasında, satılanın, taraflara yüklenemeyen, tarafların sorumlu olmadığı bir nedenle zayı olması veya hasara uğramasıdır. Özetle hasarın geçmesi, satılarda meydana gelen değer azalmasının sonuçlarından hangi tarafın sorumlu olacağını belirler. (TANDOĞAN, s. 106). Milletlerarası satım sözleşmelerinde hasar, fiziksel kayıp, bozulma veya satılan malda zarar ortaya çıkması anlamına gelmektedir. Söz konusu olan bu durumlarda hasarın tarafların hareketleri neticesinde veya ihmallerinden doğmayıp, irade dışında meydana gelmesidir. Hasar kapsamına hırsızlık, deniz suyu veya malların kalitesini etkileyen aşırı ısınma, bozulma, buharlaşma, kötü istifleme veya taşıyıcının dikkatsiz davranışları da girmektedir (VALIOTI, s. 8). Belirtmek gerekir ki hasarın alıcıya geçmesi bakımından mülkiyet şartı aranmamaktadır zira burada hasar malların mülkiyeti devreden konişmento alıcıya teslim edilmeden önce alıcıya geçmektedir (RAMBERG, s. 98). İstisna bir durum olarak alıcı ithalatçının, satıcı ihracatçının malları teslimi için yükleme zamanını, geminin tayini gibi işlemlerin yerine getirmemesi veya malların teslim alınması hallerinde, mallara ilişkin hasarın teslimden önce alıcıya geçmesi söz konusu olabilecektir (ÇALIŞKAN, s. 250). Ayrıca hasarın alıcı ithalatçıya, mülkiyetin intikalinden sonra geçeceği kuralı FOB teslimde uygulama olanağı bulamamaktadır. FOB teslimde hasar emtianın gemiye tesliminden itibaren alıcıya geçmiş olacağından, mülkiyet henüz alıcı ithalatçıya geçmemiş olsa dahi hasar alıcıya geçecektir (VALIOTI, s. 28). Yargıtay 11. HD'de E. 5569 K. 6086 T. 10.11.1987 kararında malların gemiye salimen tesliminden sonra hasarın alıcıya geçeceğini kabul etmiştir (www.kazanci.com.tr, E.T. 06.04.2023).

¹⁵ FOB teslim şeklinde satılan emtianın gemiye teslimiyle amaçlanan husus alıcı ithalatçının malik kılınmasıdır. Bu teslim tipinde navlun (taşınma) sözleşmesi alıcı ithalatçı tarafından yapılır; bu durumda alıcı ithalatçı navlun sözleşmesi bakımından taşıtan sıfatına sahiptir. Burada satıcı ihracatçı ise yükleten durumundadır (ÇAĞA, KENDER, Navlun, s. 5). Türk ve Alman hukukunda yükleten temsilciden farklı olarak, taşıtanın sahip olduğu bir takım hak ve yetkilerle donatılmıştır. Söz gelimi yük ancak yükletenin muvafakati olmadan güverteye yüklenemez; yine yükleten şahıs emtiayı, kaptana teslim ettikten sonra, emtia için konişmento düzenlenmesini talep etmek ve böylece gönderileni tayin ve yükü geri alabilmek gibi tasarruf yetkilerine de sahiptir (ÇAĞA, KENDER, s. 4). Yükleten sıfatına sahip olmanın milletlerarası ticarete ortaya çıkardığı en önemli durumlardan biri de tasarruf yetkisi etkisini ortaya çıkarmasıdır, FOB teslimde yükleten durumunda olan deniz aşırı satıcı ihracatçıların gönderdikleri emtianın satış bedelini teminat altına almaktadır zira yükletenin tasarruf yetkisine dayanarak taşımayı durdurabilecek, yükü geri alabilecek, yükün başkasına teslimini talep edebilecek yahut belirtilen yerden başka bir limana indirilmesine karar vererek deniz aşırı satışın bedelinin ödemesini garanti altına almış olacaktır (ERDEM, s. 178; KENDER, ÇETİNGİL, s. 96).

¹⁶ Teslim şekli olan FOB'da "O" harfi "on board" yani güvertede anlamına gelmektedir. Satıcı ihracatçı malları geminin bordasında teslim etmiş sayılmaktadır. Satıcı yüklemeyi gerçekleştirmeli, yükleme masraflarını üstlenmelidir. Mallar gemiye yerleştirildikten teslim yükümlülüğü yerine getirilmiş olacaktır, daha sonra satıcı ihracatçı A10 kuralı gereğince alıcı ithalatçıya malların teslim edildiğine dair bir bildirimde bulunacaktır. Belirtmek gerekir ki bu teslim tipinde satıcının istifleme işlemlerini yerine getirme yükümlülüğü bulunmamaktadır (SEVİNÇ, s. 96; INCOTERMS 2020, s. 105).

¹⁷ EKŞİ, s. 193; REUVID, SHERLOCK s. 192; DOĞANAY, s. 250.

¹⁸ ÜNAN, Cilt VII, s. 85. Ünan'ın isabetle belirttiği üzere burada alıcının ithalatçının malı reddetmesi sonucu mal üzerindeki hakkın satıcı ihracatçıya geri dönmesi durumunda mal üzerinde geçmişe etkili menfaatin

FOB teslimi, boşaltma yerinde teslim şartlı olarak yapılan teslim şekillerinden de ayıran en önemli noktadır. Zira boşaltma yerinde teslim şartıyla yapılan milletlerarası satımlarda, emtianın gemiye yüklenmesinden varma yerine sağlam bir şekilde ulaşmasına kadar arada geçen süre içerisinde meydana gelebilecek olan hasara satıcı katlanmaktadır¹⁹. Sonuç olarak FOB teslimde emtianın gemiye yüklenmesi sırasında iskeleye veya suya düşmesi durumunda sorumluluk satıcı ihracatçıda olacaktır. Ancak malların geminin güvertesine düşmesi durumunda sorumluluk alıcıya ait olacaktır²⁰.

D. Sigorta Sözleşmelerindeki Menfaatin Eksikliği

Sigorta sözleşmelerinde menfaat eksikliği sözleşme akdedilirken var olabileceği gibi sözleşmenin kurulmasından sonra da ortaya çıkabilir²¹. Konumuzun sınırı bakımından sigorta sözleşmelerinin akdedilmesi esnasında var olan menfaat eksikliğinin yaptırımı bu bölümde incelenmesi uygun görülmüştür. Şayet sigorta sözleşmesinin akdedilmesi sırasında menfaat eksikse sigorta sözleşmesi TTK m. 1408 uyarınca geçersiz olacaktır ancak geçersizlik yaptırımından ne anlaşılması gerektiği açık değildir²². Her ne kadar gerekçede bu geçersizlik yaptırımının yokluk ile sakat olduğu ifade edilse de kanaatimizce sözleşmenin akdedilmesi esnasında menfaatin eksikliği durumunda başlangıçtaki objektif imkânsızlık söz konusu olacaktır²³. Böylece sigorta sözleşmesi kesin hükümsüz olacak beyana yahut dava açmaya gerek kalmadan sigorta sözleşmesi geçersiz olacak, herkes tarafından ileri sürülebilecek ve

varlığı yani taşıma sırasında meydana gelecek olan emtianın zayı olması ya da hasara uğraması durumlarında satıcının ve satıcının istemini karşılayacak olan sigortacının ekonomik bir zarara uğrayacağı ifade edilebilir; ÜNAN, Cilt VI, s. 315.

¹⁹ DOĞANAY, s. 552.

²⁰ DOĞANAY, s. 552. Bir başka örnek ise Pyrene Co. v. Scindia Steam Navigation Co. Davasıdır. Bu davada emtia gemiye teslim edilmeden evvel taşıyıcının ihmalden ötürü yük hasara uğramış, hasar satıcının üzerinde olduğundan alıcıdan satış bedelini talep edememiştir (<https://www.lawteacher.net/cases/pyrene-co-v-scindia-navigation.php>, E. T. 06.04.2023). Yine Inglis v. Stock davasında da hasarın yükleme ile alıcı ithalatçıya geçeceği belirtilmiştir (<https://vlex.co.uk/vid/inglis-v-stock-793760341>, E. T. 06.04.2023)

²¹ SAYHAN, s. 123; TAŞKIN, s. 266.

²² Mehaz Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu (VVG) ise böyle bir geçersizlik hükmü ihtiva etmemektedir. İlgili kanuna göre sigorta sözleşmesinin başlangıcında menfaat bulunmadığı takdirde sigorta ettirenin prim ödemekle yükümlü olmadığını düzenlemekte ancak somut olayın şartlarına sigortacı uygun bir ücret talep edebilecektir (SCHMITZ GAGNON, ROOS, s. 207).

²³ SAYHAN, s. 125. Mülga TK döneminde menfaatin eksik olduğu sigorta sözleşmelerine uygulanan yaptırımın türü butlan olarak düzenlenmiştir (TAŞKIN, s. 270). Menfaatin sözleşmenin yapıldığı anda mevcut olmaması ancak daha sonra menfaate sahip olunarak bu eksikliğin giderilmesi mümkün değildir. Sözleşmenin geçerli sayılabilmesi için sözleşme süresi boyunca menfaat var olmak zorundadır (SOPACI ÖZTUNA, s. 115).

hâkim re'sen dikkate alacaktır²⁴. Sonuç sigorta ettiren prim ödemekle, sigortacı da rizikoyu taşımakla yükümlü olmayacaktır ancak sigorta ettiren prim ödemesinde bulunduysa bu takdirde sigortacıya yönelteceği sebepsiz zenginleşme istemiyle ödediği tutarı geri isteyebilecektir. Bu nedenle gerekçede kesin hükümsüzlük yerine yokluk yaptırımının belirtilmesi tartışmaya açıktır²⁵.

E. Sigortacının Lütuf Ödemeleri

Zarar sigortalarında sigortacının asli edimlerinden ilki sözleşme ile teminat rizikoyu taşıma yükümlülüğüdür. Sigortacının diğer bir asli edimi ise sigorta ettirenin rizikonun gerçekleşmesinden sonra ortaya çıkan zararını sigorta bedeline kadar tazmin etmektir²⁶. Belirtmek gerekir ki sigorta tazminatının geçerli bir sigorta sözleşmesinden doğan borcun ifası şeklinde ortaya çıkması gereklidir. Şayet geçerli bir sigorta sözleşmesinin olmamasına rağmen sigortacı sigortalıya “sigorta tazminatı” adı altında bir ödeme yapıyorsa bu ödemenin adı “lütuf” ödemesi olacaktır bunun sonucu yapılan ödeme TTK m. 1472’nde düzenlenen halefiyet hükümlerine tabi olmayacaktır²⁷.

²⁴ OĞUZMAN, BARLAS, s. 175. *Şeker Öğüz* ise sigorta sözleşmesinin klasik iki taraflı sözleşme tipinden farklı niteliğe sahip olduğunu ancak sinallagmatik sözleşmelerde yer alan hükümlerin kıyas yoluyla sigorta sözleşmelerine uygulanabileceği görüşündedir (ŞEKER ÖĞÜZ, Sigorta Sözleşmesi, s. 1055).

²⁵ Alman hukukunda menfaat söz konusu olmadan yapılan sigorta sözleşmelerine bir yaptırım bağlanmamakla birlikte sigorta ettirenin haksız kazanç elde etmek amacıyla menfaati olmadan sigorta sözleşmesi akdetmiş olması durumunda yaptırım, kesin hükümsüzlük olarak düzenlenmiştir (SCHMITZ GAGNON, ROOS, s. 207). Söz konusu düzenlemeden yola çıkarak hukukumuzda sigorta sözleşmesinin başlangıcındaki menfaat eksikliği kesin hükümsüzlük yaptırımı olarak anlaşılmalıdır (TAŞKIN, s. 271). *Ünan*, TTK’da yer alan söz konusu hükmü eleştirmektedir. Müellife göre menfaatin var olması gereken an rizikonun gerçekleştiği an olmalıdır. Müellif bu görüşünü menfaat kavramının zararlarla ilgili olduğunu ve teminat altına alınan riziko gerçekleştiği anda zarara uğrayan şahsın menfaat sahibi olan kişi olacağını ayrıca daha sonra ortaya çıkması muhtemel menfaatlerin de sigortalıya olabileceğinin de göz önüne alınması gerektiği savına dayandırmaktadır (ÜNAN, Cilt I, s. 85). *Ulaş* ise sözleşmeyi ayakta tutma (favor negotii) ilkesinden yola çıkmakta, sözleşmenin akdedilmesi sırasında var olmayan menfaatin daha sonra ortaya çıkması sonrasında eğer sigorta ettiren iyi niyetli ise sözleşmeyi geçerli saymak gerektiği görüşündedir (ULAŞ, Tasarı, s. 205).

²⁶ KENDER, s. 332; YAZICIOĞLU, ŞEKER ÖĞÜZ, s. 162; AYHAN, ÇAĞLAR, ÖZDAMAR, s. 135. “Ex gratia” lütuf, ihsan anlamına gelmektedir. Sigortacılık uygulamasında, kural dışı veya karşılıksız anlamında bu kavram kullanılmaktadır (OMAĞ, s. 85; YÜCESAN, s. 86). *Ulaş*’a göre “ex gratia” ödemeler müşteriye hoş görünmek ve ileride daha çok iş yapabilmek için yapılan ödemelerdir (ULAŞ, Sigorta, s. 229).

²⁷ Zira TTK md. 1472’nin lafzına bakıldığında geçerli bir sigorta sözleşmesinin varlığı, sözleşmenin geçerli olduğu süre içerisinde ve sözleşmede teminat altına alınan konularda ödeme yapılmasını ifade eder. Bedelin ödenmesi ise sigorta ettirene yahut yetkili temsilcisine, usulüne uygun olarak yapılan ödemeyi ifade etmektedir. Sigorta ettirenin dava hakkının bulunması gerekmektedir (YAZICIOĞLU, s. 340; ATAMER, s. 239; OMAĞ, 86). Örnek olarak Yargıtay 11.HD. E. 7656, K. 9238, T. 23.11.2000 sayılı kararında “*Davacı sigortacının sigorta teminatı kapsamında dışında kalan sigortalısının zararını gidermesi bir hatırı ödemesi (“ex gratia”) niteliğinde olmakla bu ödeme açısından halefiyete dayalı rücu davası açma hakkı bulunmamaktadır*” şeklinde hüküm tesis edilmiş ve kanaatimizce isabetli bir biçimde “ex gratia” ödemeler neticesinde sigortacının kanuni halefiyet hakkının söz konusu olmadığı hüküm altına alınmış olmaktadır. Aynı yönde bkz. ÇELİK, LALE, s. 418; ARAL ELDELEKLİOĞLU, s. 998.

Bu durumda ise sigortacı, yapılan ödemeye karşılık sigorta ettirenin sorumluya karşı sahip olduğu alacak hakkını devralabilecek ve lütuf ödemesini bu devrin ifası olarak kabul edebilecektir²⁸. Bu alacağın devrinin adi yazılı şekilde yapılması gerekir. TBK m. 15/II hükmünün dikkate alınmasıyla devreden sigorta ettirenin imzasının yeterli olduğu kabul edilmelidir²⁹.

SONUÇ

Avrupa'da sanayi devrimi sonucu artan hammadde ihtiyacının deniz aşırı satışlarla sağlamak isteyen müteşebbislerin tuttıkları gemilerle yolculuğa çıkmayıp satıcıdan kendi belirledikleri gemiye malların teslimini isteme sonucu ortaya çıkan FOB teslimler, satıcı ile alıcı arasında yapılan sözleşmeye konulan kayıtlardan ibarettir. Bu tip kayıtlarda satıcı ihracatçı alıcı ithalatçının belirlediği geminin taşıyanına emtiayı teslim etmekte ve yüklemeye kadar geçen masrafı üstlenmektedir. Bu tip teslim türlerinde satıcı ihracatçının sigorta ettirme yükümlülüğü bulunmamasıyla birlikte şayet sigorta sözleşmesi yaptırmak istemesi durumunda söz konusu emtianın riske uğraması bakımından malvarlığında ortaya çıkacak olan sigorta menfaati emtianın gemiye teslim edilmediğine göre değişecektir. Şayet taşıma konusu olan emtia gemiye teslim edilmediyse bu durumda hasar satıcının üzerinde olacak, emtia konusu malların hasar yahut ziyaya uğraması durumunda satıcı satış bedeline kavuşamayacaktır. Diğer ihtimalde taşıma konusu olan mallar gemiye teslim edildiye, satıcı olan ihracatçının söz konusu mallar hakkında sigorta ettirilebilir bir menfaati kalmayacak satış bedeline her halükârda kavuşacaktır. Zira artık hasar alıcı ithalatçıya geçmiş, alıcı ithalatçı sigortalanabilir menfaatin sahibi olmuştur. Bu andan itibaren ortaya çıkan hasara, somut olayda emtiaların çalınması, artık alıcı katlanacak ve buna rağmen satıcıya satış bedelini ödemek zorunda kalacaktır.

Çalışmanın konusu olan kararda ise Yargıtay kanaatimizce tartışmaya açık bir biçimde satış bedelinin tahsilinden hareketle menfaat değerlendirmesi yapmış ve bu durumun sonucu

²⁸ Uygulamada sigorta ettirenden alınan ibranameler ile daha çok bu yol tercih edilmektedir (ÜNAN, Cilt II, s. 245). Şeker Öğüz, ibranamelerde yer alan belgelerin her zaman irade uyumunu göstermeyeceği görüşündedir (ŞEKER ÖĞÜZ, Halefiyet, s. 1649. Aksi yönde bkz. BALDUĞ, s. 111). Sigortacının teminat kapsamı dışında kalan hasar için yapmış olduğu ödemeyi ne şekilde geri alabileceğine ilişkin alacağın devri bakımından Yargıtay 11.HD, E.14337, K.11914, T. 05.12.2005 sayılı kararında “*Sigortacı ex gratia ödeme halinde TTK.m.1472 uyarınca halefiyet hakkını kazanamayacağından dava dışı sigorta ettiren kaza ile ilgili olarak uğradığını iddia ettiği zarar nedeniyle davalıdan talep edebileceği alacağını BK.m.183 ve devamı maddeleri uyarınca davalı şirkete temlik etmişse davacının sigorta ilişkisi dışında alacağın temlik hükümlerine göre talep hakkı bulunmaktadır*” şeklinde hüküm tesis edilmiştir (ÇELİK, LALE, s. 436, ARAL ELDELEKLİOĞLU, s. 998).

²⁹ NOMER, s. 518.

olarak bedelin tahsil edilmediği durumlarda satıcının sigortalanabilir bir menfaatinin olduğunu kabul etmiştir. Fakat Yargıtay'ın bu yaklaşımı borçlar hukuku ve sigorta hukukunun genel ilkelerine uymamakta ve satış bedelinin ne zaman ödeneceği ile taşıma konusu olan emtiaya ilişkin riskin ne zaman alıcıdan satıcıya geçeceği göz ardı edilmiş olmaktadır.

Belirtmek gerekir ki riskin ithalatçı alıcı üzerinde olması, taşıma anında malların hasarlanması durumunda şayet satış parası ödenmediyse alıcı ithalatçının satış bedeli ödeme yükümlülüğünün aynen devam ettiği anlamına gelmektedir. Satıcı ihracatçının alacağı malların hasar ve ziyayıyla uğramasından olumsuz olarak etkilenmemekte satış bedeli alacağını alacak sigortası ile koruyabilmektedir. Ayrıca şayet alıcı ithalatçı satış bedelini malların gemiye tesliminden önce ifa etmişse bu durumda söz konusu satış bedelini geri isteyememektedir. Yine altını çizmek gerekir ki INCOTERMS 2020 kuralları da satıcıya herhangi bir sigorta yaptırma yükümlülüğü yüklememektedir. Yük sigortası yaptırmak isteyen satıcı ihracatçı burada ancak malların gemiye teslimine kadar menfaat sahibi olduğundan bu dönem için sigorta sözleşmesi akdedebilmektedir. Emtianın gemiye tesliminden sonraki taşınması sırasındaki hasarın taşıma başında alıcı ithalatçıya geçtiği FOB satışlarda satıcının yük sigortası yaptırmakta sigortalanabilir menfaati bulunmamaktadır. Sigortalanabilir menfaat yukarıda da ele alındığı üzere gerçekleşecek riziko sebebiyle kişinin zarara maruz kalacak olması durumunda mevcuttur. Söz konusu olayda da satıcı ihracatçının rizikonun gerçekleşmesi sonucunda zarara uğramayacağı açık olduğundan menfaat sahibi sayılmaması gerekir. Yargıtay'ın belirttiği satış bedelinin tahsil edilememesi yük sigortalarının konusunu oluşturmaz ilgili sigorta türü aktif zarar sigortalarının bir başka kolu olan alacak sigortalarına isabet etmektedir.

Bu nedenle söz konusu olayda satıcının sigortalanabilir menfaati olmadığından, yapılan sigorta sözleşmesi TTK m. 1408 uyarınca başlangıçtaki objektif imkânsızlık olan menfaat eksikliğinden dolayı geçersiz sayılacak menfaat sahibi olmayan “sözde” sigortalıya yapılan ödeme ise “ex gratia” yani bir lütuf ödemesi olacaktır. Bu ödemeler TTK m. 1472 uyarınca halefiyet hakkı vermediğinden ötürü sigortacı sorumlu kişilere karşı halefiyete dayanan rücu talebinde bulunamayacak ancak borçlar hukukunun genel ilkelerine dayanan alacağın devri hükümlerine göre sorumludan talep edebilecektir.

Özetle menfaat eksikliği nedeniyle geçersiz olan bir sigorta sözleşmesine istinaden yapılan ödeme lütuf ödemesi teşkil ettiğinden Yargıtay'ın satış bedelinin tahsilinden hareketle davayı bozması isabetsizdir. Kanaatimizce teslimin yapılmasından hareketle satıcının menfaat sahibi olmadığını bu nedenle de yapılan ödemenin geçersiz olduğunu kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

- ARAL ELDELEKLİÖĞKLU, İ. (2016). Yangın Sigortalarında Yapı Malikine Rücu. Cevdet Yavuz ʼa Armağan (Cilt II). (G. ANTALYA, M. TOPUZ, Düzenleyenler), 985-1023.
- ATAMER, K. (2019). Geçmişe Etkili Sigorta. Prof. Dr. Sabih Arkan ʼa Armağan (İ. KIRCA, M. GÜREL, B. ŞİT İMAMOĞLU, İ. M. YENER, U. TEKİN, İ. BEKTAŞ, Düzenleyenler), İstanbul, 223-243.
- AYHAN R., ÇAĞLAR, H., ÖZDAMAR, M. (2021). Sigorta Hukuku (5.b.). Ankara.
- ATMEH, M. S. (2012). Regulation Not Prohibiton: The Comparative Case Against The Insurable Interest Doctrine. Nortwestern Journal Of International Law & Business, 32 (1), 93-140.
- BAGRIAÇIK, A. (2004). Uygulamalı Dış Ticaret İşlemleri (8. b.). İstanbul.
- BALDUĞ, E. Y. (2021). Zarar Sigortalarında Sigortacının Lütuf Ödemesi Kavramı ve Sonuçları. Terazi Hukuk Dergisi, 16 (173), 108-116.
- BRÄNDLE, J. (1936). Die Überseekaufklauseln CIF und FOB Unter Berücksichtigung der Deutschen, Englischen und Fransözischen Rechtsprechung. Verlag von Stämpfli&Cie. Bern.
- BIGG, W. W., PENFOLD, R. D. (1960). Ranking, Spicer and Pegler's Mercantile Law: Incorporating Partnership Law and the Law of Arbitration & Awards Mercantile Law. London.
- BOZER, A. (1981). Sigorta Hukuku. Ankara.
- ÇALIŞKAN, Y. (2021). Uluslararası Satımda 2020 INCOTERMS Kuralları ve Hasarın Geçişi. Public and Private International Law Bulletin, 41 (1), 231–259.
- CEBE, M. S. (2018). Uygulamalı Sigorta Hukuku. İstanbul.
- ÇAĞA, T., KENDER, R. (2006). Deniz Ticareti Hukuku (Cilt 2). İstanbul.
- ÇELİK, S., MUKTEDİR, L. (2007). Özetli – İçtihatlı – Uygulamalı Sigorta Hukuku (Cilt II). Ankara.
- ÇEKER, M. (2022). 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ʼna Göre Sigorta Hukuku (19.b.). Adana.
- CLARKE, M. A., BURLING, J. A., PURVES, R. L. (2009). The Law of Insurance Contracts

(6. b.). London.

CHUAH, J. C. T. (1998). Law of International Trade. London.

DOĞANAY, İ. (1990). Türk Ticaret Kanunu Şerhi (3.b., Cilt 1). Ankara

EKŞİ, N. (2020). Milletlerarası Ticaret Hukuku (4.b.). İstanbul.

ERCAN, T. (2021). Incoterms 2020 Kılavuzundaki Teslim Şekillerinin Analizi, Gaziantep University Journal of Social Sciences. 20 (3), 1187-1199.

ERDEM, E. (1996). Denizaşırı Satış Olarak FOB Satış. BATİDER, XVIII (4).

HAAGE, H. (1958). Das Abladegeschäft. Cram, De Gruyter&Co. Hamburg.

HODGIN, R. (2022). Insurance Law, Text and Materials (2.b.). London,

INCOTERMS (2020). International Chamber Of Commerce. 723ET.

KARA, E. (2020). Sigortalanabilir Menfaat İlkesi. İstanbul.

KENDER, R. (2021). Türkiye 'de Hususi Sigorta Hukuku (17.b.). İstanbul.

KÖKSAL, T. (2012). Milletlerarası Ticaret Hukuku. İstanbul.

MACLNTYRE, E. (2007). Business Law (3. b.). Great Britain.

NOMER, H. N. (2020). Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Beta Yayınları. İstanbul.

OĞUZMAN, K., BARLAS, N. (2021). Medeni Hukuk (27b.) İstanbul.

OMAĞ, M. K. (2011). Türk Hukukunda Sigortacının Kanuni Halefiyeti. İstanbul.

RAMBERG, J. (1999). ICC Guide To Incoterms 2000 (Understanding and Practical Use).

REUVID, J., SHERLOCK, J. (2008). The Handbook of International Trade A Guide To Principles and Praticce of Export (2.b).

SAYHAN, İ. (2021). Sigorta Sözleşmelerinin Konusu. Ankara.

SEVİNÇ, A. (2011). Incoterms. İstanbul.

SCHMITZ, G., ROOS, S. (2009). Kommentar zur Bauleistungversicherung.

SELLMAN, P. (2004). Law of International Trade (4. b.). London.

SWISHER, P. N. (2015). Wagering on the Lives of Strangers: The Insurable Interest Requirement in the Life Insurance Secondary Market, 50 Tort Trial Ins. Prac. L.J., 703-745.

- STEMPEL, J., SWISHER, P., KNUTSEN, E. (2021). Principles Of Insurance Law (4.b.).
New Jersey.
- ŞEKER ÖĞÜZ, Z. (2000). Sigorta Sözleşmesinin Hukuki Niteliği Üzerine, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, (N. BARLAS, A. KENDİGELEN, S. SARI, Düzenleyenler). İstanbul (Sigorta Sözleşmesi).
- ŞEKER ÖĞÜZ, Z. (2012). Halefiyet Koşulları Gerçekleşmediğinde Sigortacının Rücu Talebi Hakkında Alacağın Temlik Hükümlerine Göre Karar Verilebilir Mi? Rona Serozan 'a Armağan (B. İ. ENGİN, Düzenleyen). İstanbul (Halefiyet).
- SOPACI ÖZTUNA, B. (2018). Sigorta Konusu Menfaatin Yokluğunun ve Menfaat Sahibi Değişikliğinin Sözleşmeye Etkisi. Sigorta Hukuku Sempozyumları (S. ÜNAN, E.YAZICIOĞLU, Düzenleyenler) 111-116.
- TANDOĞAN, H. (1988). Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (5.b.). Ankara.
- TAŞKIN, M. (2017). Zarar Sigortalarında Menfaat Eksikliği. BATİDER, XXXIII (1), 261-289.
- THOYTS, R. (2010). Insurance Theory and Praticce. Newyork.
- TODD, P. (1954). Bills of Lading and Banker 's Documentary Credits. London.
- TOPSOY, F. (2015). Başkasının Hayatı Üzerine Yapılan Sigorta Sözleşmelerinde Menfaat. BATİDER, 31 (2), 131-160.
- ULAŞ, I. (2012). Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku (8.b.). İstanbul (Sigorta).
- ULAŞ, I. (2005). Uygulamacı Gözü ile Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Bakış. BATİDER, XXIII (2), 189-210 (Tasarı).
- ÜNAN, S. (2016). Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku Genel Hükümler (Cilt I), İstanbul (Cilt I).
- ÜNAN, S. (2018). Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku Zarar Sigortaları (Cilt II). İstanbul (Cilt II).
- ÜNAN, S. (2020). Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku Yargı Kararları (Cilt VI). İstanbul.
- ÜNAN, S. (2021). Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Sigorta Hukuku Yargı Kararları (Cilt VII). İstanbul.

VALIOTI, Z. (2004). Passing of Risk in International Sale Contracts: A Comparative Examination of The Rules on Risk Under The United Convention on Contracts for the International Sale of Goods and INCOTERMS 2000. *Nordic Journal of Commercial Law*, (2), 2-51.

VAUGHAN, E., VAUGHAN, T. (2013). *Fundamentals of Risk and Insurance* (10.b.). Hoobey.

YAZICIOĞLU, E., ŞEKER ÖĞÜZ, Z. (2022). *Sigorta Hukuku* (5.b.). İstanbul.

YAZICIOĞLU, E., (2017). TTK'nın Mal Sigortalarında Sigortacının Halefiyetine İlişkin Düzenlemesi Hakkında. *İKÜHFD*, 16 (2), 331-363.

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

<https://lawexplores.com/insurable-interest/>

<https://mevzuat.kararara.com/viewtopic.php?t=116183>

<https://www.kazanci.com.tr/>

<https://www.lawteacher.net/cases/pyrene-co-v-scindia-navigation.php>

<https://vlex.co.uk/vid/inglis-v-stock-793760341>

<https://scholarship.richmond.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2162&context=law-faculty-publications>

<https://www.legislation.gov.uk/apgb/Geo3/14/48/introduction?view=plain#commentary-c9186251>

<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njilb/vol32/iss1/3/>