



**İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

Yıl 8 Sayı 2 - Aralık 2022
Volume 8 Issue 2 - December 2022

Genel DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018
Cilt 8 Sayı 2 DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018/2022.802

İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ISSN : 2149-5890 / E-ISSN 2757-5209

Sahibi

Doç. Dr. Mustafa AYDIN

Yazı İşleri Müdürü

Zeynep AKYAR

Editör/Editor

Dr. Öğr. Üyesi Buse AKSARAY ERKMAN

Editör Yardımcıları/Associate Editor

Arş. Gör. Cansu BAŞARAN

Akademik Çalışmalar Koordinasyon Ofisi

İdari Koordinatör/Administrative Coordinator

Dr. Öğr. Üyesi Burak SÖNMEZER

Türkçe Redaksiyon/Turkish Proofreading

Behcet Özgür ÇALIŞKAN

İngilizce Redaksiyon/English Proofreading

Behcet Özgür ÇALIŞKAN

Grafik Tasarım/Graphic Desing

Başak GÜNDÜZ

Dil/Language

Türkçe

Yayın Periyodu/Publication Period

Yılda iki sayı: Haziran & Aralık

Yıl 8 Sayı 2 - Aralık 2022

Volume 8 Issue 2 - December 2022

Yazışma Adresi/Correspondence Address

Beşyol Mahallesi, İnönü Caddesi, No: 38, Sefaköy, 34295

Küçükçekmece/İstanbul

Tel: 0212 444 1 428 - 23410

Fax: 0212 425 57 97

Web: www.aydin.edu.tr

E-mail: hukukdergi@aydin.edu.tr

Baskı/Printed by

Levent Baskı Merkezi - Sertifika No: 35983

Adres: Emniyetevler Mahallesi Yeniçeri Sokak No:6/A

4. Levent / İstanbul, Türkiye

Tel: 0212 270 80 70

E-mail: info@leventbaskimerkezi.com

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Yadiğar İZMİRLİ, İstanbul Aydın Üniversitesi

Prof. Dr. Vahit DOĞAN, İstanbul Aydın Üniversitesi

Prof. Dr. Şahin AKINCI, İstanbul Ticaret Üniversitesi

Prof. Dr. Kadir ARICI, Ankara Bilim Üniversitesi

Prof. Dr. Murat DOĞAN, Erciyes Üniversitesi

Bilimsel Danışma Kurulu

Prof. Dr. Ali Kemal YILDIZ, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayhan DÖNER, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Füsun ARSAVA, Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Berrin AKBULUT, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ebru CEYLAN, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cavid ABDULLAHZADE, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cemil KAYA, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Emre ESEN, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ertan DEMİRKAPI, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Eyyup Günay İSBİR, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fulya ERLÜLE, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Haluk Nami NOMER, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Havva KARAGÖZ, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hüseyin BAĞCI, Orta Doğu Teknik Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İpek SAĞLAM, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- Prof. Dr. İsmail KAYAR**, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İsmail Yılmaz ASLAN, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Tefrik GÜLSOY, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muhammed Fatih UŞAN, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Murat ATALI, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Murat TOPUZ, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Murat Volkan DÜLGER, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Musa AYGÜL, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Oğuz Sadık AYDOS, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENCİ, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ömer Adil ATASOY, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK, FSM Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sibel ÖZEL, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ufuk AYDIN, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Umur YENİOCAK, İstanbul Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Vecdi AKYÜZ, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Zehreddin ASLAN, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Armağan Ebru BOZKURT YÜKSEL, Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
Doç. Dr. Ekrem KURT, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hakkı Hakan ERKİNER, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hüseyin BİLGİN, Konya Bölge İdare Mahkemesi
Doç. Dr. Mehmet AKÇAAL, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Pakize Ezgi AKBULUT, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Aslı TOPUKÇU İDUĞ, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Aslıhan ÖZTEZEL, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Aysun BEYDOLA, Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Ayşen ÇİLENTİ KONURALP, Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Burçak TATLI, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Cüneyt PEKMEZ, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Derya KESKİNCİ, Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Elif ŞEN BOYNUĞRİ, Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Ender DEMİR, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Evrim KERMAN, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Gizem PERÇİN, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Hakan GÜNDÜZ, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi İlhan YİĞİT, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Kemale Leyla BİNGÖL, İstanbul Aydın Üniversitesi Adalet Meslek Yüksek Okulu
Dr. Öğr. Üyesi Muhammed DEMİREL, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Cahit GÜNEL, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Mehtap İpek İŞLETEN, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Seda ERGÜNEŞ EMRAĞ, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Şaban Cankat TAŞKIN, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Tuğba SEMERCİ VURALOĞLU, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İçindekiler

Araştırma Makalesi

Kültür Varlıklarının İadesine İlişkin Müzakerelerin Uluslararası Hukuk Işığında Değerlendirilmesi <i>Evaluation of the Negotiations on the Return of Cultural Properties in the Light of International Law</i> Prof. Dr. A. Füsün ARSAVA	1
Normatif Düzenleme Açısından Israrlı Takip Suçu (Tck M. 123/A) <i>Crime of Stalking In The View of Normative Regulation (TPC 123/A)</i> Prof. Dr. Murat Volkan DÜLGER	21
Türk Ve Fransız Hukuklarında Hayvanların Saklama Sözleşmelerine Konu Edilmesi <i>Subjection of Animals to Bailment Contracts in Turkish and French Laws</i> Av. Benan ARI	59
Banka Kredi Sendikasyonlarında Kredi Verenler Arasındaki İlişkilerde İtibar Riski <i>Reputational Risk Between Participants of Loan Syndications</i> Av. Melih İbrahim BERZEK	79
Devlet Malları, Belediye Malları Ve Köy Tüzel Kişiliğinin Mallarının Haczedilmezliği Üzerine Değerlendirme <i>An Examination On Seizure Ban Over The State Properties, The Municipality Properties And The Properties Of The Village Legal Person</i> Stj. Av. Recep DURSUNOĞLULARI	93

Doi Listeleri - DOI Numbers

Genel DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018

Cilt 8 Sayı 2 DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018/2022.802

Kültür Varlıklarının İadesine İlişkin Müzakerelerin Uluslararası Hukuk Işığında Değerlendirilmesi

Evaluation of the Negotiations on the Return of Cultural Properties in the Light of International Law

Prof. Dr. A. Füsun ARSAVA

10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v08i2001

Normatif Düzenleme Açısından Israrlı Takip Suçu (Tck M. 123/A)

Crime of Stalking In The View of Normative Regulation (TPC 123/A)

Prof. Dr. Murat Volkan DÜLGER

10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v08i2002

Türk Ve Fransız Hukuklarında Hayvanların Saklama Sözleşmelerine Konu Edilmesi

Subjection of Animals to Bailment Contracts in Turkish and French Laws

Av. Benan ARI

10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v08i2003

Banka Kredi Sendikasyonlarında Kredi Verenler Arasındaki İlişkilerde İtibar Riski

Reputational Risk Between Participants of Loan Syndications

Av. Melih İbrahim BERZEK

10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v08i2004

Devlet Malları, Belediye Malları Ve Köy Tüzel Kişiliğinin Mallarının Haczedilmezliği Üzerine Değerlendirme

An Examination On Seizure Ban Over The State Properties, The Municipality Properties And The Properties Of The Village Legal Person

Stj. Av. Recep DURSUNOĞLULARI

10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v08i2005

Editörden

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, on beşinci sayısı ile akademisyenlerin ve hukuk uygulamacılarının, hukuki görüşlerini bildirdikleri değerli eserlerini yayınlamaya devam etmektedir.

Derginin bu sayısında; Prof. Dr. Ayşe Füsün Arsava'nın "Kültür Varlıklarının İadesine İlişkin Müzakerelerin Uluslararası Hukuk Işığında Değerlendirilmesi" başlıklı araştırma makalesi, Prof. Dr. Murat Volkan Dülger'in "Normatif Düzenleme Açısından Israrlı Takip Suçu (TCK m. 123/A)" başlıklı araştırma makalesi, Av. Benan Arı'nın "Türk ve Fransız Hukuklarında Hayvanların Saklama Sözleşmelerine Konu Edilmesi" başlıklı araştırma makalesi, Av. Melih İbrahim Berzek'in "Banka Kredi Sendikasyonlarında Kredi Verenler Arasındaki İlişkilerde İtibar Riski" başlıklı araştırma makalesi, Stj. Av. Recep Dursunoğulları'nın "Devlet Malları, Belediye Malları ve Köy Tüzel Kişiliğinin Mallarının Haczedilmezliği Üzerine Değerlendirme" başlıklı araştırma makalesi bulunmaktadır.

Derginin bilim dünyasına kazandırılmasında katkısı olan kıymetli yazarlara teşekkür ederim.

Editör

Dr. Öğr. Üyesi Buse AKSARAY ERKMAN

KÜLTÜR VARLIKLARININ İADESİNE İLİŞKİN MÜZAKERELERİN ULUSLARARASI HUKUK IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ*

Prof. Dr. A. Füsün ARSAVA**

Öz

Sadece Afrika'dan 100.000'i aşkın obje, bunlar arasında kültür objeleri, aletler, kap, kacak, sanat eserleri ve müzik enstrümanları, ölenlerin vücutlarının parçaları Avrupa müze ve koleksiyonlarında yer almaktadır. Kısa bir süre önce Fransız hükümetinin görevlendirmesi üzerine hazırlanan bilirkişi raporu (*Savoy/Sarr – Raporu*) Avrupa'ya sömürgelerden getirilen objelerin restitüsyonunu (*iadesini*) ele almıştır. Birçok Avrupa başkentinde bu rapor ışığında iade planları yapılmaktadır. Restitüsyon müzakereleri çerçevesinde bu objelerin o zamanki sömürgelerdeki hangi aktöre iadesi gerektiği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda farklı aktörler olarak menşe ülke, menşe topluluk ve münferit bireyler arasında rakip iddialar ortaya çıkabilmektedir. Makalede kültür objelerinin hangi koşullarla kimlere iade edileceği konusunda Avrupa'da ortaya çıkan gelişmeler ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: *Yerli halk, kültür objeleri, insanlığın ortak kültür mirası, menşe devlet, devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin anlaşma tasarısı*

Evaluation of the Negotiations on the Return of Cultural Properties in the Light of International Law

Abstract

More than 100.000 objects from Africa alone, including cultural objects, tools, pottery, artistic works and musical instruments, parts of the bodies of the deceased, are found in European museums and collections. The expert

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 21.12.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 11.05.2023

** Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Kamu Hukuku Anabilim Dalı, fusun.arsava@atilim.edu.tr, ORCID: 0000-0003- 2275-7664.

report (*Savoy/Sarr – Report*) prepared a short while ago upon the assignment of the French government examined the restitution (*return*) of the objects brought to Europe from the colonies. In many capital cities of Europe, return plans are made in the light of this report. Within the framework of the restitution negotiations, the problem arises to which actor in the colonies of that time these objects should be returned. Within this scope, competing claims may arise between the country of origin, the community of origin and individuals as different actors. This article examines the developments in Europe to whom and under which conditions the cultural objects will be returned

Keywords: Indigenous people, cultural objects, common cultural heritage of mankind, state of origin, draft articles on international responsibility of states

Giriş

Sömürgeci devletlerin yaptıkları haksızlıkların onarılması konusu günümüzde siyasi ve toplumsal tartışmaların gündemine girmiştir. Sömürgecilik döneminde sadece Afrika'dan 100.000'i aşkın obje Avrupa müze koleksiyonlarına gelmiştir. Avrupa başkentleri eski sömürgelerin bu objelerin iadesi talebini 40 yılı aşkın bir süre görmezlikten gelmiştir. Bu durum son yıllarda büyük ölçüde değişmiştir. Berlin'deki Humboldt-Forum'da ortaya çıkan tablo Almanya'da post-kolonyal yapılanmaya ilişkin kamusal bilincin ne şekilde değiştiğini ortaya koymaktadır.

Fransa Devlet Başkanı Macron tarafından Benedicte Savoy ve Felwine Sarr'a hazırlatılan rapor açıkça sömürge döneminde Avrupa müzelerine getirilen tüm objelerin iadesini öngörmektedir.¹ Sömürge döneminde Afrika'daki sömürgelerden Avrupa'ya getirilen objeler hukuka aykırı bir tasarrufla (transgressive act) müzelere gelmiştir. Münferit objelerin menşei bu bağlamda önem taşımamaktadır. Sömürge döneminde gerçekleşen bu tasarruflar için prensip olarak restitüsyon (eski yerine iade) gerekli addedilmektedir.

Fransa Devlet Başkanı Macron şimdiye dek örneği olmayan bir adım atarak bu tasarrufları Nürnberg davaları ile Uluslararası Hukuka giren insanlığa karşı bir suç olarak (crimes against humanity) kategorize etmiştir.² Sömürge dönemine ilişkin yapılan bu genel kategorik değerlendirme çok kapsamlı olmakla beraber, o dönemin somut soykırım eylemleri çerçevesinde ışığında doğru gözükmemektedir. Bu bağlamda sömürge

¹ SAVOY, Benedicte/SARR, Felwine: The Restitution of African Cultural Heritage. Toward a New Relational Ethic, 21 November 2018, Publisher Philippe Rey/Seuil, Paris

² SAVOY/SARR: s.1 vd.

dönemindeki (Avrupa) Uluslararası Hukukun birçok konuyu medeni olmayan toplumlar bakımından ayrımcı bir şekilde ele aldığı göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Avrupalıların kendi hukuki yaklaşımlarına göre sömürgelerle yapılan savaşta yağmalama hakkı söz konusuydu. Avrupa Uluslararası Hukuku'nun bugünkü restitüsyon talepleri bakımından bu nedenle bir dayanak oluşturması mümkün değildir. Alman Kültür Bakanlığı tarafından hazırlanan raporda aynı paralelde bugün için hukuken yahut etik olarak savunulması mümkün olmayan kazanımlar bakımından restitüsyon yapılmasının uygun olduğu dile getirilmiştir.³ Restitüsyon konusundaki bu genel talep Uluslararası Hukuktaki dayanağından bağımsız olarak sömürge dönemine ait objelerin restitüsyonu için yeni bir dönem başlatmaktadır. Sadece Fransa'da değil, tüm Avrupa'da gelecek yıllarda çok sayıda restitüsyon yapılacaktır. Savoy ve Sarr raporu restitüsyonu kültür mirasına ulaşmayı sağlayan yeni, post-nasyonal, diyalog yaklaşımını benimseyen bir yol, yöntem olarak görmektedir.⁴ Post-kolonyal teorisyen Achille Mbembe gibi Savoy/Saar raporu da Avrupa müzelerine getirilen objelerin iadesinin Avrupa için sadece bir başlangıç olduğuna, yağma ile zarar gören ilişkilerin de bu yolla onarılacağına işaret etmektedir.⁵

Kısa bir süre önce Namibya Devlet Başkanı'na sona eren müzakereler ertesinde ünlü Nama ulusal kahramanlarından Witbooi'nin incilinin ve kamçısının iadesi, Namibya'da iade koşullarının kiminle müzakere edilmesi gerektiği ve iade edilen objenin akıbetinin takibi konularını gündeme getirmiştir. Hendrik Witbooi tarafından el yazısı ile yazılan incilin ve kamçının iadesi Baden-Württemberg eyaletinde herhangi bir şekilde tartışma konusu yapılmamıştır. Witbooi'nin mensup olduğu Nama ulusal grup temsilcisi ise yargı üzerinden incilin ve kamçının Namibya'ya iadesini önlemek istemiştir. Nama ulusal grubu bu objelerin kendi ulusal gruplarına ait olduğunu, ancak restitüsyon müzakerelerine yeterli şekilde dahil edilmediklerini iddia etmiştir.⁶ Bu örnekte de görüldüğü üzere restitüsyon durumlarında menşe ülkesinde kimin muhatap alınacağı ve objenin kime iade edileceği tartışmaları bağlamında, hangi temsilci ile diyalog kurulacağı, geri getirilmesi mümkün olmayan sembolik ve dini değerlerin kaybının ne şekilde telafi edileceği konularının 100 yıl kadar sonra yine Avrupa ölçülerine ve Avrupa'nın objelere ve konulara yükledikleri anlama göre müzakere edildiği görülmektedir.

³ Das Deutsche Museumsbund (DMB), Mai 2018, 71 vd.

⁴ THIEMEYER, Thomas Restitution und Kolonialismus: Zeitschrift für Volkskunde, Ausgabe 2/2019, Jahrgang 115, Waxmann:Münster-New York

⁵ MBEMBE, Achille: Restitution ist nicht genug, gazete makalesi, 9.10.2018 tarihli Frankfurter Allgemeine Zeitung, s.11; SAVOY/SARR: s.40 vd.

⁶ verilen kararda yürütmenin durdurulması talebi reddedilmiştir, bkzn.: Baden-Württemberg Anayasa Mahkemesi'nin 21.2.2019 tarihli basın açıklaması

Makalede restitüsyon yapan devletin menşe ülkede seçtiği müzakere partneri ile ilişkilerinde Uluslararası Hukuk çerçevesi analiz edilmektedir. Restitüsyon uygulamasında menşe ülke hükümeti, yerel yahut bölgesel menşe ülke toplulukları temsilcileri ve bireyler (özel mirasçılar) arasında ayırım yapılmaktadır. Mayıs 2018 tarihli Alman Müzeler Birliği'nin (Museumsbund) Federal Kültür ve İletişim bakanı ile birlikte yayınladığı sömürge menşeli koleksiyonlara ilişkin yönlendirici ilkeler metninde restitüsyon taleplerinin gerek menşe ülkesinden, gerekse münferit kişilerden, gruplardan yahut menşe ulusal gruplarından gelmesinin mümkün olduğuna işaret edilmektedir.⁷

Yönlendirici İlkeler Metni kültür objesine ilişkin çatışan çıkarlar ve menşe topluluklarının açık olmayan temsil yetkisi bağlamında menşe ülke hükümet temsilcisinin muhatap alınması tavsiyesi yapmaktadır.⁸ Uluslararası Müze Konseyi'nin Code of Ethics'inde de müzeler kültür objelerinin gerek menşe ülkesine, gerekse menşe topluluğuna iade konusunda diyaloga hazır olmaları tavsiyesi yapılmaktadır.⁹ Bunun dışında her iki doküman da çıkar sahibi aktörlerin kültür objelerinin restitüsyon müzakerelerinde yer almalarının meşruiyet dayanağı konusunda herhangi bir açıklama içermemektedir. Savoy/Sarr raporu buna karşılık özellikle ilgili ulusal devletin egemenlik çıkarlarına vurgu yapmaktadır. Bu nedenle iade prosedürünün önce taraf devletlerin hükümetleri arasında yürütülmesi gerekmektedir.¹⁰ Makalede ayrıca hangi aktörlerin Uluslararası Hukuka göre restitüsyon bağlamında dikkate alınması gereken çıkarlarının olduğu ve Uluslararası Hukukun restitüsyon yapan kamu birimlerinin takdir alanını ne ölçüde sınırladığı konuları ele alınmaktadır. Makalede önce hükümet temsilcilerinin (Federal Devlette, Birlik yahut Eyalet) ve resmi müzelerin menşe ülke ile müzakerelerde müzakere partnerlerini seçme bağlamında Uluslararası Hukuk esaslarına bağlılığı konusu, daha sonra restitüsyon yapan devletin menşe ülkedeki kimi aktörleri müzakere dışı bırakma olanağı ele alınarak elde edilen sonuçlar ışığında bir değerlendirme yapılmaktadır.

I – Restitüsyon Bağlamında Hangi Aktörlerle Restitüsyon Müzakereleri Yapılacaktır?

Sömürge yönetimi döneminde kazanılmış kültür objelerinin iadesine ilişkin müzakerelerde, menşe devlet yanı sıra, münferit kişiler, gruplar

⁷ Leitfaden zum Umgang mit Sammlungsgut aus kolonialen Kontexten des Deutschen Museumsbunds (DMB), Mai 2018, s.71 vd.

⁸ DMB-Leitfaden, s.102 vd.

⁹ International Council of Museums, Code of Ethics for Museums, 8.10.2004, bkzn.: Internal Rules, §6.2 Membership, §6.3 Establishing a National Committee

¹⁰ SAVOY/SARR: s.82 vd.

yahut menşe ülke ulusal grupları çıkar sahibi aktörler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu tür kültür objelerine sahip olan devletler, diğer bir ifade ile onların resmi mercileri restitüsyon bağlamında diyalog partnerlerini seçme konusunda prensip olarak kapsamlı bir takdir hakkına sahiptir. Devletlerin dış ilişkilerini şekillendirme konularında Uluslararası Hukukun öngördüğü gereklilikler yahut kurallar çerçevesinde takdir hakları bulunmaktadır.¹¹ Bu çerçevede kültür objelerinin kendine iadesini isteyen, bu nedenle de restitüsyon müzakerelerinde yer almak isteyen bir devletin, ulusal grubun, özel kişinin muhatap alınmasında bu aktörün söz konusu objenin kaderi ve kendisinde kalması konusunda Uluslararası Hukuk tarafından korunan bir çıkar iddia etmesinin mümkün olup olmadığı en temel kriter olarak değerlendirilmektedir. Objeye ile ilgili kültürel yahut tarihi bir çıkarın olması halinde söz konusu aktör restitüsyon müzakerelerine katılabilmektedir.

II – Menşe Devletin Restitüsyon Müzakerelerine Katılması

Restitüsyon müzakerelerine katılacak menşe ülkenin belirlenmesi kültür objelerinin üretim yahut kullanılma yeri esas alındığı nispete zor olmamaktadır. Bununla beraber iki farklı devletin kültür objeleri konusunda aidiyet iadesi yapması ikisinin de restitüsyon müzakerelerinde yer alma talebi yapmasına yol açabilir. Alman Müzeler Birliği Yönlendirici İlkeler metni kültür objesinin coğrafi durum esas alınarak kategorize edilmemesini, ancak eski mal sahibinin tereddütsüz şekilde bugünkü devlet olması halinde coğrafi yerin esas alınmasını tavsiye etmektedir.¹² Post-kolonyal dönemde söz konusu olabilecek böyle durumlarda objeyi iade etmek isteyen devletin restitüsyon müzakerelerine, müzakereye katılmak isteyen tüm devletleri davet etmesi en iyi çözüm olarak görülmektedir.

Kültür varlıklarının caiz olmayan şekilde ithali, ihracı ve devredilmesini yasaklayan ve önleyen önlemler alınmasına ilişkin 1970 tarihli Kültürel Varlıkların Yasadışı Şekilde İhracatı, İthalatı ve Mülkiyetinin Devrinin Yasaklanmasına ve Engellenmesine İlişkin UNESCO Konvansiyonu,¹³ Uluslararası Hukuka göre devletlerin tarihine ilişkin objeleri, ulusal liderlerinin yaşamına ilişkin objeleri, ulusal önemi olan olaylara ilişkin objeleri (m. 1, bent-b) yahut devletin kurucularına ait (m. 4) objeleri devletlerin korunmaya değer çıkarları olarak kabul etmiştir.¹⁴ Kültürel mirasın korunmasına ilişkin olarak Fransa ve Fas arasında yapılan iki taraflı

¹¹ VERDROSS, Alfred/SIMMA, Bruno: Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis, 3. Auflage 1984, s.300

¹² DMB-Leitfaden, s.102

¹³ <http://www.unesco.org/en/legal-affairs/convention-means-prohibiting-and-preventing-illicit-import-export-and-transfer-ownership-cultural>, Resmi Gazete No.17232,26.01.1981

¹⁴ PROT, Lyndel V./O'KEEFE, Patrick J.: Law and the Cultural Heritage, Vol.3: Movement, 1989, London Butterworths, s.737 vd.; Patrick J.: O'Keefe, Commentary on the UNESCO 1970 Convention on Illicit Traffic, 2. Aufl. 2007, s.45 vd.

anlaşmada objelerin kategorize edilmesinde objelerin ulusal önemi esas alınmıştır. Anlaşmaya göre kültür mirası objelerinin satılması durumunda müzayedede devletlerin öncelikli satın alma hakkı kabul edilmiştir.

Her devlet egemen olarak yukarıdaki esaslara göre kategorize edilebilen kültür varlıklarının kaderini kendi sorumluluğu ile belirleyecektir.¹⁵ 1970 tarihli UNESCO Konvansiyonu'nun kurallarına göre her devletin hangi kültür objelerinin korunacağını kendisinin belirlemesi gerekmektedir.¹⁶ Yine konvansiyonun 13.maddesi, d-bendine göre her devletin ulusal olarak özel önem taşıyan objelerini devredilemez ilân etme hakkı bulunmaktadır. Bu şekilde kategorize edilen objelerin ihraç edilmesi "ipso facto" mümkün değildir. Kültürel objelerin menşe devletlerin egemenlik alanıyla ilgili olduğu Uluslararası Adalet Divanı tarafından Preah Vihear tapınağı davasında kabul edilmiştir.¹⁷ Davada Divan restitüsyondan sonra kendi toprağından uzaklaştırılan kültür varlıklarının iade talebinin egemenlik hakkının ayrılmaz bir parçası olduğunu kabul etmiştir. Uyuşmazlık konusu tapınağın bulunduğu toprağı Divan Kamboçya'nın egemenlik alanı olarak tespit etmiş ve restitüsyon talebini egemenlik hakkının doğal ve otomatik bir sonucu olarak kabul etmiştir.

Federal Alman Yüksek Mahkemesi uluslararası camiada her devletin kendi kültürel mirasını koruma hakkının tartışmasız olarak tanındığını tespit etmiştir; bu hak söz konusu hakkı ihlâl eden uygulamalarla mücadele bakımından da geçerlidir.¹⁸ Kültür varlıklarının menşe devletinin ulusal yasalarına rağmen ülkeden çıkarılması sanat eserlerinin uluslararası dolaşımında ahlaki esaslara riayet mükellefiyeti muvacehesinde yasaktır. Uluslararası Hukuk kültür varlıklarını menşe devletlerin egemenlik alanlarında mütalâa etmektedir. Devletlerin egemen eşitliği dayanağında devletlerin kültür varlıkları kendilerine aidiyetleri kanıtlandığı nispette Uluslararası Hukukun teminatı altındadır. Menşe devletlerin bu çerçevede kabul edilen egemenlik hakları restitüsyon müzakerelerine katılımları bakımından bir gereke teşkil etmektedir.

Kültür varlıklarını insanlığın ortak mirası (*common heritage of mankind*) olarak nitelendiren ve bu nedenle kültür varlıklarının korunması konusunda uluslararası işbirliğini altını çizen yaklaşımın kültür varlıklarının menşe devletlerin ellerinden alınmasına yahut bu varlıklar üzerinde menşe

¹⁵ STREINZ, Rudolf: Handbuch des Museumsrechts 4: Internationaler Schutz von Museumsgut 1998, Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, s.69

¹⁶ UNESCO Konvansiyonu'nun 1, 5 ve 14. m.

¹⁷ Case Concerning the Temple of Preah Vihear, Merits, ICJ Reports 15 June 1962, p.6

¹⁸ BGH'nin 22.6.1972 tarihli kararı için bkzn.: BGH II ZR 113/70, NJW 1972, Heft 35, Jahrgang 25, s.1575

devletlerin egemenlik iddialarının engellemesine izin verecek şekilde yorumlanması kabul edilmemektedir.¹⁹ Kültür varlıklarının korunması konusunun uluslararasılaşması menşe devletlerin kültürel miras haklarını etkilememektedir. 1970 tarihli UNESCO Konvansiyonu ulusal kültür mirasının yasadışı şekilde sınır ötesine çıkarılmasını önleme hedefi gütmektedir. Bununla beraber Konvansiyon sömürge döneminde kaçırılan eserlerin iadesini kapsamamaktadır.

III – Menşe Ülke Topluluklarının Restitüsyon Müzakerelerine Katılması

Menşe ülke topluluklarının sömürgeci devlete götürülen kültür varlıklarına ilişkin restitüsyon müzakerelerine bağımsız aktör olarak katılması Uluslararası Hukuk tarafından dikkate alınması mümkün olan bir çıkarlarının bulunması halinde söz konusu olmaktadır. Bu çıkar özellikle insan hakları ve yerli halkların haklarına istinat etmektedir.

Menşe ülke toplulukları kavramı Alman Müzeler Birliği'nin yönlendirici ilkeler metninden kaynaklanmaktadır. Uluslararası Hukukta devlet dışı toplulukların uluslararası ehliyeti sınırlıdır.²⁰ Devletler yanı sıra Uluslararası Hukukta azınlıklar ve yerli halklar konu bağlamında çok sınırlı olarak muhatap kabul edilmektedir. Bu çerçevede menşe ülke toplulukları Uluslararası Hukukta iki farklı bağlamda ortaya çıkmaktadır. İlk durumda yerli halkların hakları ve halkların SDR bağlamında olduğu gibi yerli halklar Uluslararası Hukukta ehliyeti olan kolektif bir entiti olarak karşımıza çıkmaktadır. İkinci durumda ise Uluslararası Hukukun bugünkü gelişimi içinde insan hakları olarak temin edilen azınlık haklarında olduğu gibi yerli halklar münferit üyeleri bireysel hak sahibi topluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu son durumda azınlık mensuplarının münferiden sahip oldukları insan haklarını yerli halkların kolektif olarak kullanmaları yasak değildir. Bu durum BM anlaşmalarının denetim organları tarafından da tanınmıştır.²¹ Her iki durumda da menşe toplulukları için özellikle kültürel objenin topluluk mensupları bakımından geleneksel ve tarihi

¹⁹ WOLFRUM, Rüdiger: Common Heritage of Mankind, bknz.. MPEPIL (2009), §§1, 10; DOLZER, Rudolf: Die Deklaration des Kulturguts zum "common heritage of mankind, bknz.: Rudolf Dolzer/Erik Jayme/Reinhard Mußnug, Rechtsfragen des internationalen Kulturgüterschutzes, C.F.Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1994; FECHNER, Frank: Prinzipien des Kulturgüterschutzes: Eine Einführung, bknz.: Frank Fechner/Thomas Oppermann/Lyndel E.Prott, Prinzipien des Kulturgüterschutzes, 1996, Tübinger Schriften zum internationalen und europäischen Recht, 11, 34 vd.)

²⁰ DAHM, Georg/DELBRÜCK, Jost/WOLFRUM, Rüdiger: Völkerrecht, Bd.2: Der Staat und andere Völkerrechtssubjekte 2012, De Gruyter Verlag, s.268 vd.; ÖZEL, Sibel: Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması, Alkım Yayınları, İstanbul 1998, s.29 vd; s.105 vd.; AKİPEK, Serap: Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Kültür Malları, Turhan Yayınevi, Ankara 1999, s.1-382

²¹ BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 27.maddesine ilişkin İnsan Hakları Komitesi raporu bknz.: General Comment No.23, Rights of Minorities (Article 27), UN Doc CCPR/C/21/Rev.1 (8.4.1994), 2f

bakımdan taşıdığı önem esas alınmaktadır.²² Topluluk yahut onun kimliği bakımından önem taşıyan veya o ülkedeki kültürün temsili bakımından önem taşıyan objeler literatürde kültürü simgeleyen, temsil eden objeler olarak nitelendirilmektedir.²³

1- Uluslararası Seviyede Temin Edilmiş İnsan Hakları Koruması:

İnsan hakları bireylere veya kolektif entiteye uluslararası seviyede temin edilmiş haklarını egemen güce karşı iddia etme garantisi vermektedir.²⁴ BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin²⁵ ve BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin²⁶ tarafları sözleşmelerde yer alan yükümlülüklerle bağlıdır. Bu sözleşmeler taraf devletlerin tüm mercilerini bağlamaktadır; dolayısı ile restitüsyon talepleri onlar için de sonuç doğurmaktadır. BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 15. madde, 1.fıkra, a-bendi herkesin kültürel yaşama katılma hakkını temin etmektedir. Bu hükümden kimliği simgeleyen, kültürel bakımdan önem, değer ve anlam taşıyan objelere ulaşma, onları denetleme ve onları kullanma hakkı istihraç edilmektedir. Kültürel objelere ulaşma ve kullanma hakkı fiilen gerçekleştiği nispette anlaşma hükmünün gereğinin yerine gelmesi mümkündür.²⁷ Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin denetim organı olarak Komite genel olarak yapmış olduğu açıklamada kültürel hakların bireysel olarak ve diğer bireylerle birlikte bir topluluk içinde kullanılabileceğini vurgulamıştır. Kültürel yaşama katılma insan hakkı olarak yerli halklar için çok önemlidir. Kolektif hak olarak kullanılan bu haklar yerli halkların haklarının korunmasını ve kültürel miraslarının zarar görmemesini temin etmektedir.²⁸ BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 27. maddesi anlaşma tarafı devletlere etnik azınlık mensuplarının kültürel yaşamlarına saygı gösterme ve onları bireysel yahut kolektif olarak kullandıkları bu haklardan mahrum etmeme mükellefiyeti getirmiştir. Bu hak kültürel kurumlara ve objelere ulaşma hakkını da içermektedir. BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 27. maddesi öncelikli olarak bireysel hakları temin etmekle beraber bu hakların kolektif boyutunu da vurgulamaktadır. Azınlık mensubu bireylerin bireysel haklarını kullanmaları kültürlerini koruma bağlamında sahip oldukları kolektif kapasiteye bağlıdır. BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin

²² BLAKE, Janet: International Cultural Heritage Law, 2015, Oxford University Press, s.289,291

²³ SCHORLEMER, Sabine: von Internationaler Kulturgüterschutz, 1992, Duncker&Humblot Berlin, s.43; RUDOLF, Walter: Über den internationalen Schutz von Kulturgütern, bkzn.: Kay Hailbronner/Georg Ress/Torsten Stein (Hrsg.), Staat und Völkerrechtsordnung, Festschrift für Karl Doehring, 1989, 853,865 vd.

²⁴ KÄLIN, Walter/ KUNZLI, Jörg: Universeller Menschenrechtsschutz, 4.Aufl. 20193, s.33

²⁵ <https://www.ohchr.org/sites/default/files/ccpr.pdf>, Resmi Gazete No.25142, 18.06.2003

²⁶ <https://www.ohchr.org/sites/default/files/ccpr.pdf>, Resmi Gazete No.25196, 11.08.2003.

²⁷ WSK-Ausschuss, General Comment No.21, s.3

²⁸ WSK-Ausschuss, General Comment No.21, s.9

27. maddesi bu boyutu ile azınlıkların ve yerli halkların kültürlerini kolektif olarak korumaktadır.²⁹ Söz konusu insan hakları teminatlarının muhatabı öncelikle hak sahibi olarak bireylerdir. Denetim organlarının uygulaması ancak bu hakların menşe toplulukların mensupları bakımından kolektif olarak düşünüldüğünü ve kültürel hakların kolektif boyut taşıdığını göstermektedir.

2 – Yerli Halklar İçin Özel Koruma Boyutu:

Alman İmparatorluğu'nun sömürge geçmişinin bir sonucu olarak Alman müzeleri özellikle Afrika menşeli toplulukların ve onların şimdiki devletlerinin restitüsyon taleplerine muhatap olmaktadır. Afrika menşe topluluklarının taleplerinin muhatabı olan merciler bakımından yerli halkların bu bağlamda sahip oldukları haklar tartışma konusu olarak ortaya çıkmaktadır.³⁰ Menşe topluluklarının yerli halk olarak nitelendirilmesi özellikle uzaktan oldukça zordur. Afrika Birliği'nde etnik grupların haklarının korunması için yetki kullanan Afrika insan hakları ve halkların hakları Komisyonu'nun görüşüne göre yerli halk kavramının mutlak bir tanımı ne gereklidir, ne de böyle bir tanım sorunun çözümünde yarar sağlama potansiyeline sahiptir.³¹ Yerli halklar ancak kimi ana özellikleri ile belirlenebilir. Yerli halk olarak nitelendirilmede özellikle belli bir toprağa, onun doğal kaynaklarına aidiyet duygusu içinde olma ve diğer toplumlardan kültür, dil ve yaşam tarzı bakımından farklılığın ve kimliğin bilincinde olma önem taşımaktadır.³² ACHPR buna ilave olarak yaşadıkları ülkedeki hâkim yaşam modelinden sapan kültürleri nedeniyle dışlanma veya ayrımcı muameleye maruz kalınma kriterine vurgu yapmaktadır. Bugün alan olarak büyük ölçüde eski Alman sömürgesi Güneybatı Afrika'yı içine alan çok uluslu Namibya bu çerçevede bir örnek oluşturmaktadır. Makalenin başında verilen Hendrik Witbooi'nin incilinin ve kamçısının iade talebi Alman müzeleri bakımından menşe toplulukların bilinmesinin ne ölçüde önemli olduğunu ortaya koymaktadır.

International Work Group for Indigenous Affairs'in "The Indigenous World 2019" raporu Namibya yerli halklarının halkın toplamda %8'ini oluşturduğunu ortaya koymuştur.³³ Bu %8 oran içinde Ovahimba yanı sıra Nama da yer almaktadır. Afrika devletlerinin çoğu bağımsızlıklarını

²⁹ KUPRECHT, Karolina: Indigenous Peoples' Cultural Property Claims, 2013, Springer Verlag, s. 85, 140

³⁰ ANAYA, Stephen James: International Law and Indigenous Peoples, 2003, Oxford University Press

³¹ Afrika Commission on Human&Peoples' Rights (ACHPR), Advisory Opinion on the United Nation Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, 2007, s.3 vd.

³² KINGSBURY, Benedict: Indigenous Peoples, bknz.: MPEPIL (2006), Oxford University Press, §§ 3 vd.

³³ International Work Group for Indigenous Affairs (IWGIA), the Indigenous World 2019, 534; krş.: ACHPR, Report of the African Commission's Working Group of Experts on Indigenous Populations/Communities, 2003

kazanmaları ertesinde ülkelerindeki yerli halkları ve onların haklarını tanımaktan imtina etmiştir. ACHPR'nin yerli halklarla ilgili bir çalışma grubu kurması ile birlikte yerli halkların çıkarlarının Afrika hükümetleri tarafından artan bir şekilde dikkate alındığı ve tanındığı görülmektedir.³⁴

Afrika'da bir halkın yerli olarak nitelendirilmesi Amerika kıtasına nazaran daha çok önem taşımaktadır. Afrika İnsan Hakları ve Halkların Hakları Şartı (Banjul Şartı)³⁵ hiçbir başka insan hakları enstrümanında söz konusu olmadığı şekilde açıkça halklara ve gruplara hak sahibi olarak insan hakları teminatları öngörmektedir. Yerli ulusal grup Endorois ve Kenya arasında ulusal grup haklarının ihlâli nedeniyle doğan uyuşmazlıkta ACHPR önemli bir karar vermiştir. Kararda ACHPR Kenya'nın Endorois'in zenginliklerini, yeraltı zenginliklerini serbest olarak kullanım hakkını (Banjul Şartı'nın 21. madde) ihlâl ettiğini tespit etmiştir. Bu hak ihlâlinin yol açtığı sınırlamalar grup mensuplarının ulusal grubun kültürel tesislerine, dolayısıyla topluluğun kültürel yaşamına katılma hakkını ihlâl etmiştir.³⁶ Komisyon ve Divan'ın uygulamasında Banjul Şartı'nda yer alan kolektif haklar yerli halkların korunmasında dayanak olmaktadır.

Kendi kaderini tayin etme hakkı³⁷ yerli halklara kültürel yaşamlarını, gelişmelerini serbestçe belirleme hakkı vermektedir.³⁸ Yerli Halklar Deklarasyonu'nun 11. ve 12. maddeleri yerli halkların kültürel haklarını içermektedir. Yerli Halklar Deklarasyonu'nun 31. maddesine göre kültürlerine sahip çıkma, kültürlerini yönetme ve geliştirme hakkına sahiptir. Beyanname ayrıca yerli halklara kendilerine ilişkin karar prosedürlerinde temsilcileri yahut kurumları ile yer alma hakkı tanımıştır. Yerli Halklar Deklarasyonu dibacesinde açık bir şekilde yerli halkların kültürel amaçlarla bir araya gelmelerinin yerli halkların kendilerine ilişkin gelişmeleri takip etmelerine ve kültürel haklarının güçlenmesine imkân sağlayacağı vurgulanmıştır (Yerli Halklar Deklarasyonu dibacesi, 9,10 nolu paragraflar). Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi Yatama Nikaragua davasında devletlerin ilgili topluluğun değerlerinin, örf ve adetlerinin ve uygulamalarının dikkate alınmasını teminen onların davaya katılımını temin etme mükellefiyetinde olduklarını tespit etmiştir.

³⁴ GENUGTEN, Willem van: Protection of Indigenous Peoples on the African Continents, AJIL Vol.104, Issue 1 (2010), s.29-65

³⁵ https://au.int/sites/default/files/treaties/36390-treaty-0011_-_african_charter-on_human_and_peoples_rights_e.pdf.

³⁶ Banjul Şartı'nın 17.md, 2. ve 3.fıkrası; ACHPR, 276/03, Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya, 27 AAR, Nov.2009; CERONE, John: Endorois Welfare Council vs. Kenia, International Legal Materials, Vol.49,No.3 (2010), s.858,960

³⁷ BM Genel Kurulu'nun 13.9.2007 tarihli (A/61/295) Yerli Halkların Hakları Deklarasyonu, 3.m.; https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_61-295/ga_61-295-ph_e.pdf

³⁸ KUPRECHT, Karolina: s.82

Yerli Halklar Deklarasyonu'na göre (m. 31) devletler yerli halklarla ilişkilerde şeffaf olmaya ve mutabakat sağlamaya özen gösterecektir. Bunun dışında kültür alanındaki Uluslararası Hukuk dokümanları da yerli halkların ve ulusal grupların çıkarlarının dikkate alınmasını öngörmektedir. Somut olmayan kültür mirasının korunmasına ilişkin UNESCO Konvansiyonu'nun dibacesi³⁹ yerli halkların ve diğer toplulukların somut kültür mirası objelerinden (maddi) ayrılması mümkün olmayan, somut olmayan (manevi) kültür mirasının korunmasında Konvansiyonun 15. maddesine göre somut kültür mirası kuralları uygulanacaktır. Konvansiyonun 15. maddesi Anlaşma tarafı devletleri söz konusu toplulukların bu çerçevedeki faaliyetlere katılımını temin etmekle mükellef kılmıştır.

Kültürel çeşitliliğin korunmasına ve geliştirilmesine ilişkin 20.10.2005 tarihli UNESCO Konvansiyonu⁴⁰ azınlıkların ve yerli halk gruplarının kültürel miraslarının korunmasının global kültürel çeşitlilik için önemine dikkat çekmektedir.⁴¹ Çalınan veya yasal olmayan şekilde ihraç edilen kültür varlıklarına ilişkin 24.06.1995 tarihli Konvansiyon bireylere ve gruplara ulusal mahkemelerde hukuki destek garanti etmektedir. Bu düzenleme açıkça ulusal grupların, yerli halkların ve diğer toplulukların çıkarlarına ilişkindir.⁴² Konvansiyonun 3. madde (8) restitüsyon talepleri bağlamında önemli kültür objeleri için özel düzenlemeler öngörmektedir.

Yerli halklara ilişkin sözleşmelerle insan hakları koruması ve SDR onlar için öngörülen özel haklarla güçlendirilmiştir. Sözleşmelerde temin edilen insan hakları koruması ve SDR ile yerli halklara temin edilen özel haklar karşılıklı etkileşim içindedir. Teamül hukuku olarak geçerliliği tartışmalı yerli halklar deklarasyonu BM Genel Kurul (bağlayıcı niteliği olmayan) çözümü ile kabul edilmiştir. Deklarasyon bununla beraber her iki BM sözleşmesinin hükümlerinin yorumunda esas alınmaktadır. Bu durum yerli halkların spesifik haklarının güçlenmesine yol açmaktadır.⁴³ İnsan hakkı olarak kültürel yaşama katılım hakkı bu gelişmeler ışığında geniş yorumlanarak menşe topluluklarının kimlikleri bakımından önem taşıyan objelere ilişkin restitüsyon toplantılarına menşe topluluklarının katılmalarına imkân tanınmıştır. Bu durum yerli halklar ve ulusal gruplar bakımından onların özel hakları için önem taşımaktadır. Uluslararası

³⁹ UNESCO Convention for the Safeguarding of Intangible Cultural Heritage, Paris 17.10.2003, 2268 UNTS 53

⁴⁰ UNESCO Convention for the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions, 20.10.2005, 2440 UNTS 311, BGBl. 2007 II, 234

⁴¹ m. 2(3), 7(1)(a)

⁴² UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects, 24.6.1995, 2421 UNTS 457

⁴³ BM Sözleşmesi'nin 15.maddesine ilişkin Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesinin yorumu için bknz.: General Comment No.21, Right of Everyone to take Part in Cultural Life (Art.15), UN Doc E/C.12/GC/21 (21.12.2009), 3

Hukuk dokümanlarına ilişkin bu tablo Uluslararası Hukuk muvacehesinde menşe toplulukların hangi kapsamda kültürel yaşama katılım olanağına sahip olduğunu ortaya koymaktadır.

Münferit kişilerin veya heyetlerin menşe toplulukları temsil yetkisi Uluslararası Hukuk tarafından düzenlenmemiştir. Bu kurallar menşe devletin hukukuna, bölgesel topluluğun hukukuna göre belirlenmektedir. Baden-Württemberg Anayasa Mahkemesi Witbooi-İncili iade talebi bağlamında hukuki uyuşmazlığın Baden-Württemberg eyalet anayasa hukuku ile bir bağlantısı olmadığını, uyuşmazlığın Namibya’da görülmesi gerektiğini karara bağlamıştır.⁴⁴ Yerli Halklar Deklarasyonu, yerli halkların karar almada muhtar ve kendi prosedürlerine göre belirledikleri temsilcilerle müzakerelere katılım sağlayabileceklerini öngörmektedir. Yerli halklar aynı zamanda kendi karar alma prosedürlerini koruyabilir ve geliştirebilirler. Yerli halkların müzakerelere katılım hakları temsil yetkileri bağlamında karar prosedürlerini bağımsız organize etme hakkını da beraberinde getirmektedir. Menşe topluluklarda münferit kişi yahut grupların kültür objesine ilişkin rakip çıkarlar iddia etmesi durumunda bir gerilimin ortaya çıkma ihtimali bulunmaktadır. İnsan haklarının ve yerli halkların korunmasına ilişkin Uluslararası Hukuk kuralları bireylerin ve menşe toplulukların çıkarları arasında bir hiyerarşi öngörmemektedir. Kalan yegâne çare somut duruma ilişkin çıkarların dengelenmesidir.

3 – Özel Kişilerin Katılımı:

Uluslararası Hukuk belli bir kültür objesine ilişkin olarak özel kişilerin çıkarlarının olabileceğini reddetmemektedir.⁴⁵ Böyle bir durumda kültür objesinin özel mülk olarak kategorize edilmesi ve konunun öncelikle ulusal hukuka göre ele alınması gerekmektedir. Özel kişilerin bu tür çıkarlarının menşe devletinin yahut topluluğunun Uluslararası Hukuka istinat eden restitüsyon taleplerinin meşruiyetini etkileyecek bir tarafı bulunmamaktadır. Özel kişilerin restitüsyon prosesine katılımı şüphesiz kültür objesi ile inandırıcı bir bağının olmasına bağlıdır.

IV – Restitüsyon Müzakerelerinin Dışında Bırakılma

Restitüsyon müzakerelerine katılma olasılığı olan aktörlerin belirlenmesinden sonra iade talebi muhatabının tüm bu aktörleri müzakereye davet etmekle mükellef olup olmadığı konusunun ele alınması gerekmektedir. Konu, Witbooi-İncili örneğinde olduğu gibi menşe ülkenin çıkarları ve menşe topluluğun çıkarlarının çatışması durumunda problemlili bir hal almaktadır.

⁴⁴ VerfGH-BW, Beschluss vom 21.2.2019, I VB 14/19, 3

⁴⁵ Alman Müzeler Birliği Yönlendirici İlkeleri, m. 103

Menşe devletin müzakerelere katılımı ve menşe topluluğun müzakerelere katılımı kural olarak karşılıklı şekilde birbirini engellememektedir. Bir kültür objesinin her iki taraf için de kültürel bir bağ teşkil etmesi mümkündür. 1970 tarihli UNESCO Konvansiyonu'nda yer verilen esaslar ışığında bir kültür objesinin tarihi bir nedenle bir liderin hayatı ile yahut ulusal bir olay nedeniyle önem taşıması yanı sıra, menşe topluluk için de önem taşıması mümkündür.

1 – Menşe Devletin Müzakere Dışı Bırakılması:

Bir kültür objesinin menşe devletinin restitüsyon müzakerelerinin dışında bırakılması objeyi elinde tutan devletin onun egemenlik alanına müdahalesi olarak görülmektedir. Devletlerin egemen eşitliği devletlerin birbirinin iç işlerine karışma yasağını beraberinde getirmektedir. 1970 tarihli UNESCO Konvansiyonu anlaşma taraflarını birbirlerinin kültür mirasına, medeniyetlerinin temel unsurlarına ve ulusal kültürlerine saygı göstermekle yükümlü kılmaktadır.⁴⁶

Uluslararası nezaket kuralları (courtoisie) objeye sahip olan devletin menşe devletin restitüsyon müzakerelerine katılmasına izin vermesini icap ettirmektedir. "Courtoisie" nezaket ve geleneklere istinat eden uluslararası ilişki kurallarını ifade etmektedir. Bu kurallar bağlayıcı olmamakla beraber genelde kabul gören, uygulamada etkisi olan, uluslararası ilişkilerde riayet edilmesi beklenen kurallardır.⁴⁷ Uluslararası Adalet Divanı'nın courtoisie kurallarını dikkate alması bu kuralların pratik önemini teyit etmektedir.⁴⁸ Gerek devletlerin kültür mirası konusunda açılan müzakerelere daveti, gerekse müzakerelerin yürütülmesi bağlamında uluslararası ilişkilerin yürütülmesinde bu kurallardan doğan beklentiler esas olmaktadır. Diplomatik ilişkiler courtoisie kurallarına gö're yürütülmektedir. Courtoisie kuralları diğer devletlerin çıkar alanlarının dikkate alınmasını ve tüm çıkar sahibi devletlerin önemli kararlarında en azından bilgilendirilmesini gerektirmektedir.⁴⁹

Fransa'nın Uluslararası Hukuk uygulamasında menşe devletin müzakerelere katılması Fransa'nın çıkarına ters düşse dahi menşe devletin çok taraflı müzakerelere daveti courtoisie gereği olarak kabul edilmektedir. Aynı durum literatürde temsil edilen kimi görüşlere göre uyuşmazlığın çözümü için

⁴⁶ 1970 tarihli UNESCO Konvansiyonu dibacesi §§ 3,5

⁴⁷ PETERS, Anne: Völkerrecht: Allgemeiner Teil, 4.Aufl., 2016, Schulthess Verlag, Zürich, s.78,91

⁴⁸ Asylum Case, ICJ Reports 1950, 266,286; North Sea Continental Shelf Cases, ICJ Reports 1969, 3,44

⁴⁹ STOERK, Felix: Völkerrecht und Völkerrechtcourtoisie, bknz.: Wilhelm van Calcker (Hrsg.), Saatlige Abhandlungen, Festgabe für Paul Laband zum fünfzigsten Jahrestage der Doktor-Promotion 1908, 95,129

gerçekleştirilen iki taraflı müzakereler için de geçerlidir.⁵⁰ Bunun dışında devletlerin işbirliğine ilişkin Uluslararası Hukuk kuralları insan haklarının temini ve kültürel gelişme alanında işbirliği yapılmasını öngörmektedir.⁵¹

Devletlerin kültür mirası bağlamında uluslararası ilişkilerde nezaket kurallarına saygı gösterme geleneği ulusal mahkemeler tarafından da teyit edilmiştir. İngiltere Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi Yeni Zelanda hukukuna göre koruma altında olan Maori sanat eserlerinin iade talebinin yapıldığı Attorney General of New Zealand v. Ortiz davasında uluslararası ilişkilerde devletlerin ulusal kültür mirasına saygı gösterilmesi gerektiğini kabul etmekle beraber, Maori eserlerinin kaynak ülkeye iade talebini reddetmiştir.⁵² Davada mülkiyet ile ilgili kuralların hukuki nitelikleri esas alınarak karar verilmiştir. Kültür objesi menşe devlet bakımından büyük bir öneme sahip olduğu takdirde menşe devletin restitüsyon müzakerelerinin dışında bırakılması devletlerin iç işlerine müdahale, egemenlik alanına müdahale yasağının ihlâli olarak kabul edilmektedir. Uluslararası ilişkilerde geçerli courtoisie kuralları da aynı paralelde menşe devletinin müzakereler dışında tutulmasına izin vermemektedir.

2 – Menşe Topluluğun Müzakerelerin Dışında Bırakılması:

Uluslararası Hukuk kültürel objeye sahip olan devletin özellikle insan haklarına ve yerli halkların haklarına istinat eden düzenlemeler muvacehesinde menşe topluluğu müzakerelerin dışında bırakma yönünde takdir hakkı kullanma olanağını sınırlamaktadır. Restitüsyon müzakerelerinin menşe topluluğu dışarda bırakılarak gerçekleştirilmesi ve bu müzakereler ertesinde objenin iadesi objeyi elinde bulunduran devletin Uluslararası Hukuk mükellefiyetinin ihlâli anlamını taşımaktadır. Bu bağlamda kural olarak kültür objesiyle bağlantılı menşe topluluğunun kültür objesine sahip olan devletin toprakları dışında yaşadığı dikkate alındığında (kültür objesi restitüsyon talebi esnasında prensip olarak müzakereleri açan devletin ülkesinde bulunmaktadır) insan hakları ihlâllerinin extraterritorial (kendi sınırları dışında olan) sonuçlar doğurması gibi bir durumla karşılaşılmaktadır.

Devletlerin ekonomik, sosyal ve kültürel haklar alanında extraterritorial mükellefiyetlerine ilişkin 2011 tarihli Maastricht prensiplerine göre

⁵⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado: The Construction of a Humanized International Law, A Collection of Individual Opinions (1991-2013), Leiden;Boston: Brill Nijhoff, [2015], 1232

⁵¹ UN-Generalassembly, Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation, A/RES/25/2625, Principles 4(b) and (c), 1970

⁵² Attorney-General of New Zealand v. Ortiz and Others, Urteil vom 1.7.1981, The Weekly Law Reports 10, 31 (High Court, Queen's Bench Division)

(8a prensibi) ülke dâhilinde yahut ülke dışında gerçekleştirilen devlet tasarrufları tasarrufun gerçekleştirildiği alandan bağımsız olarak insan hakları bakımından sonuçlar doğurmaktadır.⁵³ Bir önlemin extraterritorial sonuç doğurması etkilene durumuna istinat etmektedir. Menşe ülkesinin restitüsyon müzakerelerine katılması ve bunun sonunda kültür objesinin ülke merciine iadesi restitüsyon müzakerelerinin insan hakları muvacehesinde doğurduğu sonuç olarak değerlendirilmektedir. Kültür objesine sahip olan devletin müzakereye davetle ilgili tasarrufu extraterritorial sonuç doğurmaktadır. BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi sözleşme taraflarına sözleşmede yer alan teminatları ülkesinde bulunan ve egemenliğine tabi herkese sağlama mükellefiyeti getirmektedir (m. 2, fık. 1). Bu yükümlülüğün sözleşme taraflarının ülkeleri dışında doğması sözleşme tarafı devletin ilgili kişiler üzerinde etkin kontrol ve egemenlik yetkisi kullanması halinde mümkündür.⁵⁴ BM Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklar Sözleşmesi sözleşmenin uygulanma alanıyla ilgili herhangi bir düzenleme içermemektedir. Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklar Komitesinin görüşüne göre sözleşme hükümlerinin sözleşme tarafı devletlerin ülkesi dışında uygulanması sözleşme tarafı devletin söz konusu ülkede işgal benzeri bir hâkimiyet kurması durumunda mümkündür⁵⁵ 9(b) nolu Maastricht prensibine göre devletlerin kendi ülkeleri dışında ekonomik, sosyal ve kültürel hakları temin etme mükellefiyeti sorumlu mercilerin insan hakları ihlallerinin etkilerini öngörmeleri yahut öngörebilmeleri koşuluna bağlıdır.⁵⁶ İnsan hakları mükellefiyetlerinin extraterritorial yerine getirilmesi sorunu Uluslararası Hukukun dinamik gelişimi çerçevesinde ele alınan ve henüz tam açıklığa kavuşmamış konularından biridir.⁵⁷ Yabancı bir ülkede henüz etkin kontrol sağlanmadan insan hakları ihlallerinin öngörülebilmesinin ne ölçüde mümkün olduğu güncel Uluslararası Hukuk muvacehesinde tartışma konusudur. Menşe topluluğunun objeyi elinde bulunduran devletin iurisdiction alanında (*fiilen veya hukuken etkin otorite kullanılan alan*) bulunmaması nedeniyle extraterritorial sorumluluk bağlamında şimdiye dek en önemli kriter olarak kabul edilen bireyler üzerinde etkin denetim kriterinin sağlandığını iddia etmek mümkün değildir.

⁵³ SCHUTTER, Oliver de/EIDE, Asbjorn/KHALFAN, Ashfaq/ORELLANA, Marcos/SALOMON, Margot/SEIDEMAN, Ian: Commentary to the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights, HRQ 34 (2012), 1084,1103; COUMANS, Fons: Coumans: Die Verortung der Maastrichter Prinzipien, Zeitschrift für Menschenrechte, Vol. 6(2012), s.33 vd.

⁵⁴ Bknz.: İnsan Hakları Komitesi, General Comment No.31, The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1 (29.3.2004), §10

⁵⁵ COOMANS, Fons: The Extraterritorial Scope of the ICESCR in the Work of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, HRLR Vol 11, Iss.1 (2011), s.7vd.

⁵⁶ SCHUTTER de, O. et al.: 1109

⁵⁷ BERNSTORFF, Jochen von: Extraterritoriale Menschenrechtliche Staatenpflichten und Corporate Social Responsibility: Wie weit geht die menschenrechtliche Verantwortung des Staates für das Verhalten eigener Unternehmer im Ausland?, AVR Jahrgang 49 (2011), s.34 vd.

Kültür objesinin sahibi devletin bununla beraber Uluslararası Hukuk mükellefiyetini ihlâl ettiği bazı istisnai durumlarda kabul edilmektedir. Devletlerin Uluslararası Hukuk sorumluluğu Uluslararası Hukuka aykırı eylemler yapan devletin tasarruflarına yardım ve destek sağlanması halinde de doğmaktadır⁵⁸ Uluslararası Hukuka aykırı eylemi mümkün kılan yahut kolaylaştıran eylemler sorumluluğa yol açan destek tasarrufları olarak kabul edilmektedir.⁵⁹

Kendisine kültür objesi verilen menşe devletin kendisi gibi restitüsyon müzakerelerine katılma hakkı olan bir menşe topluluğa bu olanağın verilmediğini bilmesine rağmen sessiz kalması bu devletin de insan hakları mükellefiyetlerinin ihlâlüne yol açmaktadır. Gerek Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 15. madde, 1. fıkra, a-bendi, gerekse BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 27. maddesi münferit bireylere ve topluluklara kendi kimlikleri bakımından hayati bir öneme sahip olan kültür objelerine erişme hakkını temin etmektedir. Uluslararası Hukuk ihlâlüne destek veren bir devletin sorumluluğunun kabul edilmesi subjektif bir unsur olarak devletlerin Uluslararası Hukuka aykırılığı bilmesi ve bu ihlalleri kendi iradesine istinaden yapmaları halinde kabul edilmektedir.⁶⁰ Bu subjektif koşul yerine geldiği takdirde kültür objesine sahip olan devletin insan hakları ihlâlüne destek veren devletin Uluslararası Hukuk sorumluluğu doğacaktır. Kültür objesine sahip olan devletin kültür objelerinin restitüsyonuna ilişkin müzakereleri hazırlama mükellefiyeti yanı sıra Kültür Objesinin İade Koşulları ve Objenin Korunması Anlaşması'na uygun davranma mükellefiyeti bulunmaktadır. Aksi bir durum kültür objesine sahip olan devletin Uluslararası Hukuka aykırılık nedeniyle uluslararası sorumluluğuna yol açabilir. Aynı durum menşe topluluklarının açık ve gerekçeli şekilde kültür objesine ilişkin hak iade etmesine rağmen restitüsyon müzakerelerinde onların taleplerinin göz ardı edilmesine ilişkin olarak da geçerlidir.

SONUÇ

Uluslararası Hukuk gerek hükümetlerin, gerekse menşe topluluk temsilcilerinin restitüsyon müzakerelerine katılma bakımından dikkate alınması gereken çıkarları bulunduğunu kabul etmektedir. Menşe devletlerin kültür objelerinin iadesi taleplerine kültür objesine ilişkin kayda değer bağlarına istinaden Uluslararası Hukuk muvacehesinde saygı

⁵⁸ BERNSTORFF, J.von: s.34 vd..

⁵⁹ International Law Commission (ICC), Draft Articles on Responsibility of States for internationally Wrongful Acts, A/RES/56/83, Art.16 (28.1.2002); ILC, Commentary on the Draft Articles on State Responsibility (2001), 66 vd.)

⁶⁰ ILC, Commentary on the Draft Articles on State responsibility, (2001), 66 vd.

gösterilmektedir. Ancak menşe topluluklarının da Uluslararası Hukuk tarafından korunan, bu nedenle de onların restitüsyon müzakeresine katılmasını haklı kılan çıkarlarının bulunması mümkündür. Ancak onların restitüsyon müzakerelerine katılma taleplerinin kabul görmesi kültür objelerinin onların kimliği bakımından dikkate alınacak hayati bir öneme sahip olması halinde mümkündür. Bu durum menşe toplulukları yanı sıra yerli halklar için de söz konusudur.

Kolektif hakların ve azınlık haklarının son yirmi yıldaki dinamik gelişmesi sonucu günümüzde restitüsyon konusunun artık pür devletler arası bir konu olmadığı kabul edilmektedir. Restitüsyon müzakereleri bağlamında bu nedenle ilgili topluluğun Uluslararası Hukuk tarafından menşe devlette belli bir kültür objesi için hak iddia edebilecek kolektif bir entite olarak kabul edilmesi önem taşımaktadır. Kategorik bir insan topluluğu olarak menşe topluluklarının kültür objelerine ilişkin restitüsyon müzakerelerine katılma hakkı günümüzde artık Uluslararası Hukukta tereddüt bırakmayan bir konu olarak değerlendirilmektedir.

Kısaltmalar:

ACHPR	African Commission on Human and Peoples' Rights
AJIL	American Journal of International Law
AVR	Archiv des Völkerrechts
CCPR	International Covenant on Civil and Political Rights
DMB	Deutscher Museumsbund
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
HRLR	Human Rights Law Review
HRQ	Human Rights Quarterly
ICESCR	International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights
ICOM	International Council of Museums
MPEPIL	Max Planck Encyclopedias of Public International Law
MRG	Minority Rights Group
UNTS	United Nations Treaty Series
vd.	ve devamı
WSK	Ausschuss für Wirtschaftliche, Soziale und Kulturelle Rechte

Kaynakça

[1] AKİPEK, Serap: Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Kültür Malları, Turhan Yayınevi, Ankara, 1999, s.1-382

[2] ANAYA, Stephen James: International Law and Indigenous Peoples, 2003, Oxford University Press

[3] BERNSTORFF, Jochen von: Extraterritoriale Menschenrechtliche Staatenpflichten und Corporate Social Responsibility: Wie weit geht die menschenrechtliche Verantwortung des Staates für das Verhalteneigener Unternehmer im Ausland?, AVR Jahrgang 49 (2011), s.34 vd.

[4] BLAKE, Janet: International Cultural Heritage Law, 2015, Oxford University Press, s.289,291

[5] CERONE, John: Endorois Welfare Council vs. Kenia, International Legal Materials, Vol.49, No.3 (2010), s.858-960

[6] COUMANS, Fons: Die Verortung der Maastrichter Prinzipien, Zeitschrift für Menschenrechte, Vol. 6(2012), s.33 vd

[7] COUMANS, Fons: The Extraterritorial Scope of the ICESCR in the Work of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, HRLR Vol 11, Iss.1 (2011), s.7vd.

[8] DAHM, Georg/DELBRÜCK Jost/WOLFRUM: Rüdiger Völkerrecht, Bd.2: Der Staat und andere Völkerrechtssubjekte 2012, De Gruyter Verlag, s.268 vd

[9] DOLZER, Rudolf: Die Deklaration des Kulturguts zum “common heritage of mankind, bkz.: Rudolf Dolzer/Erik Jayme/Reinhard Mußnug, Rechtsfragen des internationalen Kulturgüterschutzes, C.F.Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1994

[10] FECHNER, Frank: Prinzipien des Kulturgüterschutzes: Eine Einführung, bkz.: Frank Fechner/Thomas Oppermann/Lyndel F.Prott, Prinzipien des Kulturgüterschutzes, 1996, Tübinger Schriften zum internationalen und europâischen Recht, 11, 34 vd.

[11] GENUGTEN, Willem van: Protection of Indigenous Peoples on the African Continents, AJIL Vol.104, Issue 1 (2010), s.29-65).

[12] KÄLİN, Walter/KÜNZLI, Jörg: Universeller Menschenrechtsschutz, 4.Aufl. Basel 2019

[13] KINGSBURY, Benedict: Indigenous Peoples, bknz.: MPEPIL (2006), Oxford University Press, §§ 3 vd.

[14] KUPRECHT, Karolina: Indigenous Peoples' Cultural Property Claims, 2013, Springer Verlag, s. 85, 140

[15] MBEMBE, Achille: Restitution ist nicht genug, gazete makalesi, 9.10.2018 tarihli Frankfurter Allgemeine Zeitung, s.11

[16] O'KEEFE, Patrick J.: Commentary on the UNESCO 1970 Convention on Illicit Traffic, 2.Aufl. 2007, s.45

[17] PETERS, Anne: Völkerrecht: Allgemeiner Teil, 4.Aufl., 2016, Schulthess Verlag, Zürich, s.78,91

[18] PROT, Lyndel V./O'KEEFE,Patrick J.: Law and the Cultural Heritage, Vol.3: Movement, 1989, London Butterworths, s.737 vd.

[19] ÖZEL, Sibel: Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması, Alkim Yayınları, İstanbul 1998, s.29, 105

[20] RUDOLF, Walter: Über den internationalen Schutz von Kulturgütern, bknz.: Kay Hailbronner/Georg Ress/Torsten Stein (Hrsg.), Staat und Völkerrechtsordnung, Festschrift für Karl Doehring, 1989, 853,865 vd.

[21] SAVOY, Benedicte/SARR, Felwine: The Restitution of African Cultural Heritage. Toward a New Relational Ethic, 21 November 2018, Publisher Philippe Rey/Seuil, Paris

[22] SCHORLEMER, Sabine von: Internationaler Kulturgüterschutz, 1992, Duncker&Humblot Berlin, s.43

[23] SCHUTTER,Oliver de/EIDE, Asbjorn/KHALFAN, Ashfaq/ORELLANA,Marcos/SALOMON, Margot/SEIDEMAN, Ian: Commentary to the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights, HRQ 34 (2012), 1084,1103

[24] STOERK, Felix: Völkerrecht und Völkerrechtcourtoisie, bknz.: Wilhelm van Calker (Hrsg.), Staatliche Abhandlungen, Festgabe für Paul Laband zum fünfzigsten Jahrestage der Doktor-Promotion, 1908, 95,129

[25] STREINZ, Rudolf: Handbuch des Museumsrechts 4: Internationaler Schutz von Museumsgut 1998, Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, s.69

[26] THIEMEYER, Thomas: Restitution und Kolonialismus, Zeitschrift für Volkskunde, Ausgabe 2/2019, Jahrgang 115, Waxmann:Münster-New York

[27] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado: The Construction of a Humanized International Law, A Collection of Individual Opinions (1991-2013), Leiden ; Boston : Brill Nijhoff, [2015], 1232

[28] VERDROSS, Alfred/SIMMA, Bruno: Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis, 3.Auflage 1984, s.300

[29] WOLFRUM, Rüdiger: Common Heritage of Mankind, bkz.. MPEPIL (2009), §§1, 10

NORMATİF DÜZENLEME AÇISINDAN ISRARLI TAKİP SUÇU (TCK m. 123/A)*

Prof. Dr. Murat Volkan DÜLGER**

Öz

Kadına karşı şiddetin önceki adımı olarak kabul edilen ısrarlı takip eylemleri özellikle sosyal medya mecralarının ve bilişim sistemlerinin kullanılmanın yaygınlaşması nedeniyle artmıştır. Kamuoyuna yansıyan birçok kadına yönelik şiddet olayının öncesinde ya bilişim sistemleriyle ya da fiziksel olarak ısrarlı takip eylemlerinin gerçekleştirildiği görülmektedir. Bu tür eylemlerin cezalandırılması günümüz toplumunda bir ihtiyaç haline gelmiştir. İşte bu tür eylemlerin cezasız kalmaması ve toplumsal bir ihtiyacın karşılanması adına 12.05.2022 tarihli ve 7406 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na ("TCK") "İsrarlı takip" başlıklı 123/A maddesi eklenmiştir.

Bu makalenin konusunu ısrarlı takip suçu oluşturmaktadır. Bu düzenlemeye duyulan ihtiyaç, uluslararası alandaki benzer düzenlemeler, suçun unsurları ile normatif bakımından incelemesi ve nihayetinde özellikle toplumsal ihtiyaca ne oranda cevap vereceği bakımından olumlu ve olumsuz yönleri bu makale ile detaylı bir şekilde ele alınacaktır. Ancak kadına karşı şiddet başlı başına multidisipliner çalışmaların konusu oluşturacak kapsam ve derinlikte olduğu için bu makalede yalnızca TCK'nin 123/A maddesindeki normatif düzenleme suçun unsurlarına ayrılarak incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: *İsrarlı takip, siber ısrarlı takip, siber zorbalık, kadına yönelik şiddet, cinsel taciz, İstanbul Sözleşmesi, cinsiyet temelli ayrımcılık, sosyal medya.*

Crime of Stalking In The View of Normative Regulation (TPC 123/A)

Abstract

Persistent stalking actions, which are accepted as the previous step of violence against women, have increased especially due to the widespread use of social media and information systems. It is seen that before many incidents of violence against women reflected to the public, persistent

*Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 15.04.2023 - Kabul Edildiği Tarih: 11.05.2023

**İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı,, muratdulger@aydin.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1574-1755.

stalking actions were carried out either through information systems or physically. Punishment of such acts has become a necessity in today's society. In order to prevent such acts from going unpunished and to meet a social need, Article 123/A, titled "Persistent pursuit", was added to the Turkish Penal Code no. 5237 ("TPC") with Article 8 of the Law No. 7406 dated 12.05.2022.

The subject of this article is the crime of persistent stalking. The need for this regulation, similar regulations in the international arena, the elements of the crime and its normative examination, and finally, the positive and negative aspects of it will be discussed in detail, especially in terms of how much it will respond to the social need. However, since violence against women has a scope and depth to be the subject of multidisciplinary studies on its own, in this article, the normative regulation in Article 123/A of the TPC will be examined by separating it into the elements of the crime.

Keywords: *Stalking, cyberstalking, cyberbullying, violation of women, sexual harassment, Istanbul Convention, gender-based discrimination, social media.*

GİRİŞ

İnsan ilişkilerinde ağırlıklı olarak duyguların ön planda olması beraberinde birtakım olumsuz sonuçları da getirmektedir. Zira duyguların varlığı objektif bir ortamdan uzaklaşılmasına neden olur ve duygularla hareket edilmesi bazı tehlikeleri doğurur. Esasında her insanın ve her insan tarafından kasıtlı olarak işlenen her suçun temelinde suçun gerçekleşmesine neden olacak hareketi "isteme" suretiyle duygular bulunur ancak bazı suç tipleri vardır ki, burada insan ilişkilerindeki duygu durumu daha belirleyici rol oynar. Bir kişinin, diğer bir kişiyi rahatsız etmesi, onu takip etmesi, o kişiye olağan durumun ötesinde ısrarcı olması bu duruma en temel ve en yaygın örnektir. Gündelik yaşamda özellikle teknoloji, nüfus, sosyal hayat gibi nedenlerle insanlar arasındaki etkileşimin artması doğrultusunda bir kişinin, diğer bir kişiyi takip etmesi ve rahatsız etmesi durumlarıyla sıklıkla karşılaşılır. Bu rahatsızlık verme durumu genellikle sosyal medya üzerinden yapılır. Zira sosyal medyanın hayatımızı her yönüyle dönüştürmesinin bir görünümü de insanların bu araçları kullanarak rızası olmayan kişilere attıkları yazılı, sözlü ya da görüntülü mesaj, emoji, beğenme vs. ile sürekli olarak takip etmeleri ve rahatsız etmeleridir. Ancak bu örneklerin sosyal medya ile sınırlı olmadığına da altını çizmek gerekir. Bu ve benzeri eylemler fiziksel olarak ya da üçüncü kişiler aracı kılınarak da yapılabilmektedir.

Bu tür eylemlerin gerçekleştirilmesi için fiziksel saldırının olması şart olmadığından çoğunlukla yaralama ve cinsel taciz suçları bakımından tipiklik oluşmaz. Bununla birlikte eylemlerin haksızlık içerdiği ve gerçekleştirilen kişi bakımından bir mağduriyet yarattığı da açıktır. Dolayısıyla mağduriyet

oluşmasına rağmen bu mağduriyete neden olan kişinin cezalandırılmaması, böylece ıslah olmaması, bu nedenle ileride haksızlık içeriği daha yüksek suçlar işleyebilecek olması ayrıca mağdurun adalet duygusunun tatmin olmaması gibi tehlikeler söz konusu olmaktadır. İşte bu tür eylemlerin cezasız kalmaması ve toplumsal bir ihtiyacın da karşılanması adına 12.05.2022 tarihli ve 7406 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na ("TCK") "İsrarlı takip" başlıklı 123/A maddesi eklenmiştir. Bu makalenin konusunu ısrarlı takip suçu oluşturmaktadır. Bu düzenlemeye duyulan ihtiyaç, uluslararası alandaki benzer düzenlemeler, suçun unsurları ile normatif bakımından incelemesi ve nihayetinde özellikle toplumsal ihtiyaca ne oranda cevap vereceği bakımından olumlu ve olumsuz yönleri bu makale ile detaylı bir şekilde ele alınacaktır.

I. İsrarlı Takip Düzenlemesine Duyulan İhtiyaç

A. Genel Olarak

Bazı eylemler vardır ki, fail, burada mağdura hakaret etmemekte, tehditte bulunmamakta, fiziksel ya da görsel herhangi bir temas ya da saldırıda bulunmamaktadır. Ancak varlığını bir şekilde mağdura göstermek ya da belli etmek suretiyle mağdurun rahatsız olmasına ve kendisini güvende hissetmemesine neden olur. Bu eylemlere maruz kalan mağdur, suç duyurusunda bulunduğu anda ise adli makamlar suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince fail hakkında herhangi bir işlem yapamayacaklarını zira bu eylemlerin kanunlarda tanımlı herhangi bir suçu oluşturmadığını ifade etmekteydiler.¹

Bu durum, diğer bir deyişle "mağduriyete ilişkin kayıtsızlık ve cezasızlık olgusu" AB üyesi 28 ülkede yaşayan kadınlar arasında yapılan bir anket çalışması ve buna dayanarak hazırlanan raporda, bizzat bu suçun mağduru kadınlar tarafından dile getirilmiştir. Sosyoloji ve viktimoloji alanlarında yapılan saha çalışmasıyla özellikle kadına karşı ısrarlı takip eylemlerine ilişkin kayıtsızlık ve cezasızlık olgusunun ortaya konulması, bu eylemlerin suç haline getirilmesi ve cezalandırılması gerekliliğini ortaya koyması bakımından son derece anlamlıdır.²

Ülkemizde bildiğimiz kadarıyla bu konuda bir anket çalışması olmadığı için bu tür eylemlerin vahametini ortaya koyabilmek adına örnek olması için söz konusu raporun ana çıktılarına burada yer vermek istiyoruz:

- AB üyesi 28 ülkede (AB-28) yaşayan kadınların %18'i 15 yaşından beri

¹ Aynı görüş için bkz: Şaban Cankat Taşkın, "Stalking (Siber Gözetleme) Eyleminin Ceza Hukukundaki Yaptırımının Değerlendirilmesi", Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı, Ed: Şerafettin Ekici/ Ekrem Solak/Muhammed Emre Avşar, İstanbul Medeniyet Üniversitesi / Bilişim ve Teknoloji Hukuku Derneği, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021, s. 291.

² European Union Agency for Fundamental Rights (EUAFR), Violence against Women: An EU-wide Survey: Main Results, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2015, s. 81, 82.

ısrarlı takibe maruz kalmış ve kadınların %5'i bu rapora dayanak oluşturan anket görüşmesinden önceki 12 ay içinde bu eylemin mağduru olmuştur. Bu oran AB-28'de yaşayan yaklaşık 9 milyon kadının 12 aylık bir süre içinde ısrarlı tacize uğramasına karşılık gelmektedir.

- Kadınların yaklaşık %14'ü aynı kişiden art arda rahatsız edici veya tehdit edici mesajlar veya telefon aramaları almış ve %8'i evlerinin veya işyerlerinin dışında birinin etrafta dolaştığı veya takip edildiğine tanık olmuştur. Ankete katılan tüm kadınların %3'ü, aynı kişinin mülküne tekrar tekrar zarar verdiği bir takibe maruz kalmıştır.

- Her 10 kadından biri (%9) önceki partneri tarafından takip edilmiştir.

- Siber ısrarlı takip -e-posta, metin mesajları veya internet yoluyla takip- özellikle genç kadınlara yönelik gerçekleştirilmektedir. 18 ila 29 yaşındaki kadınların %4'ü, anket görüşmesinden önceki 12 ay içinde siber ısrarlı takibe maruz kalmıştır, bu oran 60 yaş ve üzerindeki kadınlarında %0,3'tür.

- Ankete katılan kadın kurbanlardan beşte birinden fazlası (%21) iki yıldan fazla süren ısrarlı takibe maruz kalmıştır.

- İsrarlı takip eylemi mağduru her beş kişiden biri (%23), ısrarlı takip olayının bir sonucu olarak telefon numarasını veya e-posta adresini değiştirmek zorunda kalmıştır.

- İsrarlı takip vakalarının yaklaşık dörtte üçü (%74), hatta ankete katılanların bahsettiği en ciddi takip vakaları bile polislin dikkatini çekmemiştir.³

Bu sonuçlardan açıkça anlaşıldığı üzere, ısrarlı takip özellikle kadınlar sonrasında ise başta LBGT bireyler olmak üzere dezavantajlı durumda olan bireyler açısından ciddi bir sorundur.⁴ Ne var ki bu tespitten erkeklerin bu

³ EUAFR, An EU-wide Survey, s. 81.

⁴ Nitekim raporun önsözünde bu hususlar açık bir biçimde ifade edilmiştir: "Bu rapor, Avrupa Birliği'nin (AB) 28 Üye Devletinde 42.000 kadınıla yapılan görüşmelere dayanmaktadır. Rapor, kadına yönelik şiddetin ve özellikle de kadınları orantısız bir şekilde etkileyen toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin, AB'nin görmezden gelebileceği kapsamlı bir insan hakkı ihlali olduğunu göstermektedir. Ankette, kadınlara yakın partner şiddeti (aile içi şiddet) dahil olmak üzere fiziksel, cinsel ve psikolojik şiddet deneyimlerini sorulmuş ve ayrıca takip, cinsel taciz ve yeni teknolojilerin kadınların istismar deneyimlerinde oynadığı rol hakkında sorular sorulmuştur. Ayrıca, kadınlara çocukluklarındaki şiddet deneyimleri sorulmuştur. Ortaya çıkan, birçok kadının hayatını etkileyen, ancak sistematik olarak yetkililere yeterince bildirilmeyen yaygın bir taciz tablosunun var olduğudur. Örneğin, her 10 kadından biri 15 yaşından beri bir tür cinsel şiddete maruz kalmış ve 20 kadından biri tecavüze (cinsel saldırı) uğramıştır. Her beş kadından biraz fazlası, mevcut veya önceki eşinden fiziksel ve/veya cinsel şiddete maruz kalmıştır ve her 10 kadından biraz fazlası, 15 yaşından önce bir yetişkin tarafından bir tür cinsel şiddete maruz kaldığını belirtmektedir. Yine de, bir örnek olarak, kadınların yalnızca %14'ü en ciddi partner şiddeti olayını polise bildirmiş ve %13'ü en ciddi partner dışı şiddet olayını polise bildirmiştir. Kadına yönelik şiddetle ilgili kapsamlı verilerin toplanması için birkaç yıl boyunca farklı çevrelere defalarca çağrılar yapılmıştır, bunlar arasında çeşitli AB Konseyi Başkanlıkları, Birleşmiş Milletler (BM) Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi gibi izleme organları ile Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi sayılabilir. Bu sonuçların yayınlanmasıyla birlikte, 28 ülke için yapılan anketin sağladığı kanıtlar temelinde kadına yönelik şiddeti ele alma zamanının geldiği açıktır. Kadın ve erkek eşitliğine ilişkin gelecekteki AB stratejileri, kadınların şiddet deneyimlerine ilişkin temel endişe alanlarını ele almak için anketin bulgularına dayanabilir. Anket sonuçları aynı zamanda AB Üye Devletlerinin Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesini (İstanbul Sözleşmesi) onaylaması ve AB'nin sözleşmeye katılım olasılığını araştırması için yeterli desteği sağlamaktadır. Bulgular, özellikle AB Mağdurlar Direktifi aracılığıyla, suç mağdurlarına yönelik mevcut AB önlemlerinin uygulanmasını sağlama ihtiyacını daha da güçlendirmektedir. Ayrıca, Avrupa Koruma Emri ve Medeni Konularda Koruma Tedbirlerinin Karşılıklı Olarak Tanınmasına İlişkin Direktif gibi, etkili olmaları için pratikte uygulanmaları gereken, hedefe yönelik AB mevzuatının ve kadına yönelik şiddetle ilgili politikaların

suçun mağduru olmadığı şeklinde bir anlam çıkarılmaması gerektiğinin altı çizilmelidir. Yalnızca bu alanda yapılan çalışmalar ve kamuoyuna yansıyan olaylar doğrultusunda daha çok kadınların mağdur olduğu bilinmelidir⁵. Rapora dayanak olan anketin tarihinin 2014 olduğu dikkate alındığında o günden bugüne sosyal medya kullanımının da artmasıyla bu eylemlerin gerçekleşme ve mağduriyetlerin artma oranının çok yüksek olduğu rahatlıkla söylenebilir. Sorunun bu kadar ciddi olması, bu konunun artık ceza hukuku tarafından da düzenlenmesini gerektirmiştir. Nitekim Soygüt bu cezasızlık olgusuna vurgu yaparak bu eylemlerin neden ceza hukuku tarafından düzenlenmesi ve ceza hukuku araçlarıyla bastırılması gerektiğini gayet açık bir biçimde ifade etmektedir⁶:

“Stalking (ısrarlı takip) eylemi, kadına yönelik erkek şiddetinin bir türüdür. Bununla mücadele bütüncül bir bakış açısını gerektirmektedir. Konuya, toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin giderilmesi boyutuyla yaklaşılmadıkça, hukuksal araçların önleyiciliği ve bastırıcılığı -bu araç ultima ratio nitelikli ceza hukuku olsa bile- sınırlı bir etkiden fazlasını yaratamayacaktır. Şiddet ancak, yargı erki de dâhil olmak üzere kadını şiddete maruz tüm siyasal ve sosyal yapılar dönüştüğünde son bulabilecektir. Bununla birlikte cezasızlık olgusu ve toplumda bu yöndeki algı, failleri cesaretlendirerek şiddeti artırmaktadır. Öyle ki, kendi başına bile ‘cezasızlık’ kadının toplumsal hayattan çekilmesine yol açarak bir şiddet türüne dönüşme riski

öneminin altını çizmeye hizmet etmektedir. Kadına yönelik şiddete AB kurumları ve Üye Devletler düzeyinde verilen yanıtların yanı sıra, kadına yönelik şiddetle mücadele eyleminin, örneğin işverenler, sağlık uzmanları ve internet servis sağlayıcıları da dâhil olmak üzere farklı çevrelerden gelmesi gerekir. Bu özellikle önemlidir, çünkü birçok kadın taciz deneyimlerini yetkililere bildirmemektedir, böylece kadına yönelik şiddetin büyük bir kısmı gizlenmeye devam etmekte ve sonuç olarak faillerle yüzleşilmemektedir. Bu nedenle, kadına yönelik şiddeti öne çıkarmanın ve kadına yönelik şiddetle mücadele etmenin farklı yollarının daha fazla araştırılması gerekmektedir. Anketin yayınlanması ile siyasetçiler ve karar vericiler tarafından gerekli takip önlemlerinin alınmasıyla, şiddet mağduru ve sessiz kalan kadınlar konuşmaya teşvik edilebilir. Bu, kişisel şiddet deneyimleri hakkında açıkça konuşmanın henüz yaygın olmadığı, vakaların yetkililere bildirilmesinin düşük olduğu ve kadına yönelik şiddetin ana akım bir politika konusu olarak ele alınmadığı ülkelerde ve belirli gruplar arasında çok önemlidir. Özetle, bu rapor, kadınların çeşitli şiddet deneyimlerine ilişkin AB düzeyinde (ve dünya çapında) bugüne kadar yapılmış en kapsamlı anketin ilk sonuçlarını sunmaktadır. Çevrimiçi veri gezgini (tarayıcı) aracıyla birlikte okunan raporun bulgularının, kadına yönelik şiddeti ele almak için değişimi savunabilecek ve başlatabilecek kadın ve erkekler tarafından benimsenmesi umulmaktadır.” Morten Kjaerum, “Foreword”, in: European Union Agency for Fundamental Rights (EUAFFR), Violence against Women: An EU-wide Survey: Main Results, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2015, s. 3.

⁵ Bu konuda yapılan bir araştırmada ABD’de yaşayan kadınların %13,5’inin (16,9 milyon) yaşamları boyunca en az bir kez yakın bir partneri tarafından takip edildiğini; kadınların %2,5’inin (3 milyon) araştırmadan önceki son 12 ayda yakın bir partneri tarafından takip edildiğini ortaya koymaktadır. Aynı araştırmada 20 ABD’li erkeğin birinin (%5,2 veya 6,2 milyon) yaşamları boyunca en az bir kez samimi bir partneri tarafından takip edildiğini; erkeklerin %1,2’sinin (1,4 milyon) araştırmadan 12 ay önce yakın bir partneri tarafından takip edildiğini göstermektedir. Bkz: Ruth W. Leemis/Norah Friar/Srijana Khatiwada/May S. Chen/Marcie-jo Kresnow/Sharon G. Smith/Sharon Caslin/Kathleen C. Basile, The National Intimate Partner and Sexual Violence Survey: 2016/2017 Report on Intimate Partner Violence, National Center for Injury Prevention and Control Centers for Disease Control and Prevention, Atlanta Georgia, 2022.

⁶ M. Buket Soygüt, “Kadına Yönelik Erkek Şiddetinin Önlenmesi Bağlamında Stalking (İsrarlı Takip) ve Cezasızlık Sorunu”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, Nisan 2020, s. 2810.

taşımaktadır. O halde ‘ceza’ aracı burada devreye girmelidir”.

İşte bu tür eylemlerin ve dolayısıyla mağduriyetlerin çok artması ve sıklaşması, bunun kamuoyunda çok dile getirilmesi, bunun özellikle kadına karşı fiziksel şiddetin ön aşaması olması nedeniyle kanun koyucu burada artık toplum açısından önemli ve ceza hukuku normlarıyla korunması gerekli bir hukuksal değer ortaya çıktığını kabul etmiş ve bu tür eylemleri suç haline getirmiştir. Bunun için kanun koyucu 12.05.2022 tarihli ve 7406 sayılı Kanun’un 8. maddesiyle TCK’ye “İsrarlı takip” başlıklı 123/A maddesini eklemek suretiyle aşağıda ayrıntılarını inceleyeceğimiz eylemleri suç halini getirmiştir.

Kanun’un genel gerekçesinde bu suç tipine TCK’de yer verilmesinin nedeni olarak şu hususlar gösterilmiştir⁷ :

“İsrarlı takip olarak nitelendirilen fiiller, Türk Ceza Kanunu kapsamında müstakil bir suç haline getirilmektedir. İsrarlı takip fiilleri, mağdurların hareket özgürlüğünü kısıtlayan, onlarda huzursuzluk ve endişeye yol açan fiiller olarak tanımlanmakta olup, başta Almanya, Avusturya, Fransa, Belçika ve İtalya olmak üzere birçok hukuk sisteminde de yaptırımı bağlanmıştır. Düzenlemeyle, özellikle kadına yönelik daha ağır ve şiddet içeren suçlar işlenmeden önce gerçekleşen ısrarlı takip fiillerinin orantılı bir yaptırımı bağlanması ve mağdurlara gerekli güvencenin sağlanması hedeflenmektedir.”

B. İsrarlı Takip Suçuna Konu Eylemlerin İlk Ortaya Çıkış Süreci

İsrarlı takip eylemi ilk olarak Amerikalı oyuncu Rebecca Schaeffer’in kendisini ısrarla takip eden bir hayranı tarafından 1989 yılında öldürülmesi ve bunu takiben ısrarlı takip sonrasında cinayetler işlenmesi üzerine ilk olarak 1990 yılında ABD’de suç olarak düzenlenmiştir⁸. Bunu düzenlemeyi sırasıyla 1997 yılında Büyük Britanya ve İrlanda, 1998 yılında Belçika, 2000 yılında Hollanda, 2006 yılında Avusturya ve 2007 yılında Almanya⁹

⁷ TBMM, Yasama Dönemi 27, Yasama Yılı 5, Sıra Sayısı 323, s. 10.

⁸ Soygüt, s. 2782.

⁹ Alman CK’nın 238. paragrafında “İsrarlı bir şekilde izleyerek rahatsız etme” başlığıyla düzenlenen suç tipi şöyledir: “(1) Her kim, diğer bir kişiyi, yetkisi olmaksızın izleyerek, ısrarlı bir şekilde, 1. Yakınındaki yerlere gider, 2. Telekomünikasyon araçlarını veya sair haberleşme araçlarını veya üçüncü kişileri, onunla temas kurmayı sağlamak üzere kullanarak, girişimlerde bulunur, 3. Bu kişiye ilişkin verileri kötüye kullanarak, onun adına mal veya hizmet ısmarlar veya üçüncü kişilerin onunla temas kurmasına sebebiyet verir, 4. Onu veya onun yakını olan bir kişiyi hayat, vücut bütünlüğü, sağlık veya özgürlüğünü ihlal etmekle tehdit ederse veya 5. Sair benzer bir fiil gerçekleştirir ve bu şekilde bu kişinin sürdürdüğü, hayat tarzını şekillendirmesini, ağır bir şekilde bozarsa, üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Eğer fail mağduru, mağdurun aile üyelerinin birini veya mağdurun yakınlarından birini, işlediği fiil ile ölüm tehlikesi veya sağlığının ağır bir şekilde bozulması tehlikesine düşürürse, üç aydan beş yıla kadar cezasına hükmedilir. (3) Fail, gerçekleştirdiği fiil ile, mağdurun, onun bir aile üyesinin veya mağdura yakın kişilerden birinin, ölümüne neden olursa, bu takdirde hapis cezası bir yıldan on yıla kadardır. (4) Fiil, 1’inci fıkraya giren hallerde, sadece şikâyet üzerine soruşturulur ve kovuşturulur;

takip etmiştir¹⁰.

Israrlı takip kavramı dilimize İngilizce “stalking” sözcüğünün karşılığı olarak girmiştir. Zira bu tür eylemlerin suç olduğu ve bunların cezalandırılması gerektiği ilk olarak Anglo-Amerikan hukuk sisteminde dile getirilmiştir. Bu bağlamda ABD, Birleşik Krallık, Avustralya ve AB ülkelerinin büyük çoğunluğunda bu tür eylemler suç olarak düzenlenmektedir. Özellikle, İstanbul Sözleşmesi’nde bu tür eylemlerin suç olarak düzenlenmesi sözleşmeciler tarafından bir yükümlülük olarak getirildikten sonra, AB üyesi ülkeler kendi iç hukuklarında yaptıkları düzenlemeler ile bu eylemleri suç haline getirmişlerdir.¹¹

Ülkemizde bu kavram daha çok, sosyal medya üzerinden bu tür saldırıların gerçekleşmesi nedeniyle, genellikle sosyal medya kullanıcıları tarafından bilinmektedir¹². Ayrıca ülkemizde son zamanlarda sıklıkla kamuoyuna yansıyan kadın cinayetleri ve diğer kadına yönelik şiddet eylemlerinin öncesinde bu tür ısrarlı takip eylemlerinin olması nedeniyle dikkat çekmektedir.

Bu eylemlerin siber alanda yapılan türünün karşılığı olarak Türkçe “siber ısrarlı takip”, İngilizce de ise “cyberstalking” kavramı kullanılmaktadır¹³. Siber ısrarlı takip, bilişim dünyasında çok sık görülen siber zorbalık eylemlerinin (cyberbullying)¹⁴ en sık görülen türlerinden biridir¹⁵.

ancak soruşturma ve kovuşturma makamları, ceza takibindeki özel kamu yararından dolayı resen harekete geçmeyi gerekli görürlerse, kendiliğinden kovuşturma hakkı saklıdır.”

¹⁰ Taşkın, Stalking, s. 295.

¹¹ Susan Van Der Aa, “New Trends in the Criminalization of Stalking in the EU Member States”, European Journal on Criminal Policy and Research, Vol. 24, 2018, s. 315-333; Soygüt, s. 2782; Süleyman Özar, “Israrlı Takip Suçu (TCK m. 123/A)”, AÜHFD, C. 71, S. 3, 2022, s. 1402. Bu durum madde gerekçesinde de açıkça ifade edilmiştir: “Israrlı takip suçu, başta Almanya, Avusturya, Fransa, Belçika ve İtalya olmak üzere bazı hukuk sistemlerinde düzenlenmiş olup, bu suçun tanımı ülkeden ülkeye belirgin farklılıklar göstermekte, ilgili ülkenin sosyal ve kültürel yapısı ile suç ve ceza politikası, bu suçun unsurları ile yaptırımının belirlenmesinde etkili olmaktadır.” TBMM, Yasama Dönemi 27, Yasama Yılı 5, Sıra Sayısı 323, s. 12-14.

¹² Özar, s. 1400.

¹³ Stalking ve cyberstalking kavramları ve ABD’deki uygulaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Ioana Vasii/Lucian Vasii, “Light My Fire: A Roentgenogram of Cyberstalking Cases”, American Journal of Trial Advocacy, Vol. 40, No. 1, 2016, s. 41-68.

¹⁴ “Siber zorbalık bir kimsenin zarar görmesi amacıyla internet veya internetle bağlantılı uygulamaları kullanarak incitilmesi, tehdit veya taciz edilmesi, rahatsız edilmesi, aşağılanması, hakaret edilmesi, küçük düşürülmesi, kişisel bilgilerinin ifşa edilmesi olarak ifade edilebilir. Klasik anlamdaki zorbalıktan farklı olarak siber zorbalıkta fail kendini gizleyebilir veya takma adlar yahut hesaplarla mağduru rahatsız edebilir”. Taşkın, Stalking, s. 292. Ayrıca bkz: Esra Gökçen Kaygısız, “Şiddetin E-Hali: Siber Zorbalık”, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi, Şiddetin Önlenmesi Özel Sayısı, S. 4-5, 2020, s. 164; Gülşah Bostancı Bozbayındır, “Cyberbullying and Criminal Law”, İHFM, C. 77, S.1, 2019, s. 429.

¹⁵ “... ‘Siber takip veya siber zorbalık’ (cyberstalking, cyberbullying) olarak ifade edilen bu yöntemler daha çok sosyal medya kullanımının yoğun olduğu gençler arasında gerçekleşmekte olup, sahte hesap, web sitesi, sosyal medya

Israrlı takibin ne olduğu Türkiye'nin ilk imzacısı olduğu ancak daha sonra tek bir kişinin imzasıyla usulüne uygun olmadan çıktığı “Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin (İstanbul Sözleşmesi)”¹⁶ “taciz amaçlı takip” (stalking) başlıklı 8. maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır:

“Başka bir şahsa yönelik olarak gerçekleştirilen ve bu şahsı, şahsın kendisini güvende hissetmesini önleyecek şekilde korkutacak, kasıtlı bir biçimde tekrarlanan tehditkâr davranışlar”.

Israrlı takip eylemlerinin hukuk düzenimizde suç olarak kabul edilmesinde son zamanlarda kadına yönelik şiddet eylemlerinin kamuoyunda çok fazla yer alması, bu şiddet eylemlerinin pek çoğunun öncesinde mağdur kadına yönelik ısrarlı takip eylemlerinin gerçekleşmiş olduğunun ancak buna karşı devlet tarafından hiçbir şey yapılmadığı gerçeğinin ortaya çıkmış olması yatmaktadır. Oysa kadının şiddete karşı korunması için yalnızca mevzuatta çeşitli değişikliklerin yapılması yeterli değildir, kadının özellikle erkek kaynaklı şiddete karşı devlet tarafından aktif olarak korunması gerekir. Bu devletin bireylere karşı pozitif bir yükümlülüğüdür; bu husus AİHM'nin 2009 tarihli “Opuz v. Türkiye” kararında açıkça ifade edilmiştir¹⁷. Hem bu

profil açma veya profil oluşturma, mağduru hesaplarına izinsiz olarak girme, bu hesaplarda kişiyi aşağılayıcı bilgi ve/veya yorum yayınlama, e-posta gönderme, tehdit etme, partnerinin özel fotoğraf veya görüntülerini paylaşma, mağduru kimlik ve iletişim bilgilerini veya kişisel bilgilerini yayma, ilgisiz veya aşağılayıcı fotoğraflarla mağduru etiketleme, arabasına bir GPS cihazı yerleştirmek suretiyle kişinin her hareketini takip etme, mağduru ve/veya ailesini e-posta yoluyla tehdit etme şeklinde gerçekleşmektedir.” Soygüt, s. 2787.

¹⁶ Bizim de kadının şiddete karşı korunması bakımından çok önemseydiğimiz İstanbul Sözleşmesi'nden çıkılmasının hem kendisi hem de usulü 7406 sayılı Kanun'un meclis görüşmeleri sırasında Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu çalışmaları sonucunda hazırlanan rapora muhalefet şerhi koyan milletvekilleri Jale Nur Süllü, Suzan Şahin, Candan Yüceer, Aysu Bankoğlu, Gamze Taşçier ve Neslihan Hancıoğlu tarafından şu şekilde eleştirilmiştir : “24 Kasım 2011 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde bulunan 247 vekilin 246'sının kabul oyuyla, Türkiye'nin ilk imzacısı olduğu, Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nden (İstanbul Sözleşmesi), 19 Mart 2021 tarihinde sadece Cumhurbaşkanı'nın kararıyla çıkılma kararı alınması, artan kadına yönelik şiddet ve kadın cinayetleri konusunda iktidarın bakış açısının, somut bir göstergesidir. Kadının güçlendirilmesi ve toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması yoluyla şiddetin önlenmesi amacı taşıyan İstanbul Sözleşmesi'nden bir gecede çıkılma kararı verilmesi, kadınlar için büyük bir kazanım kaybı anlamını taşımaktadır. Kadınlar açısından büyük bir kazanım olan İstanbul Sözleşmesi'nden, toplumsal bir uzlaşma sağlanmaksızın tek bir kişinin verdiği karar ile çekilme geniş toplum kesimleri, demokratik kitle örgütleri, kadın hakları alanında mücadele veren sivil toplum örgütleri ve kadınlar tarafından tepki ile karşılanmıştır.” TBMM, Yasama Dönemi 27, Yasama Yılı 5, Sıra Sayısı 323, s. 62.

¹⁷ AİHM, Opuz v. Türkiye, 33401/02, 09.06.2009. “Başvurucunun annesinin ölümü ile sonuçlanan olayda fail, başvuru ve annesini defalarca ölümle tehdit etmiş, tabanca ve bıçakla evinin etrafında dolaşmış, telefonda küfürler etmiş, bu olaylar sonrasında tehdit suçunda(n) ifadesi alınarak soruşturma açılmışsa da serbest bırakılmıştır. Mahkeme, hükümetin mevcut delillerle tutuklamanın orantısız olacağı yönündeki savunmasına karşın, kadına (yönelik) şiddet olaylarında mağduru zihinsel ve fiziksel bütünlüğü ile yaşam hakkı karşısında şüphelinin haklarının daha üstün olmadığına dikkat çekmiş, bu konuda CEDAW Komitesi'nin Fatma Yıldırım – Avusturya ve A.T – Macaristan kararlarına da göndermede bulunmuştur. İHAM Osman Birleşik Krallık ve Bevacqua & S. –

karar hem de yukarıda andığımız İstanbul Sözleşmesi bu eylemlerin suç tipi haline getirilmesinde itici bir güç oluşturmuştur.

Israrlı takip kavramı hukuk düzenimize ilk olarak 08.03.2012 tarihli ve 6284 sayılı “*Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun*”un¹⁸ 1. maddesinin 1. fıkrası ile girmiştir. Buna düzenleme ile “tek taraflı ısrarlı takip mağdurları” bu Kanun’un koruma şemsiyesi altına alınmıştır. Bu Kanun’un uygulanmasını göstermek için çıkarılan 2013 tarihli Uygulama Yönetmeliği’nin¹⁹ 3. maddesinin 1. fıkrasının (ş) bendinde bu kavram şu şekilde tanımlanmıştır:

“Aralarında aile bağı veya ilişki bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, şiddet uygulayanın, şiddet mağduruna yönelik olarak, güvenliğinden endişe edecek şekilde fiziki veya psikolojik açıdan korku ve çaresizlik duygularına sebep olacak biçimde, içeriği ne olursa olsun fiili, sözlü, yazılı olarak ya da her türlü iletişim aracını kullanarak ve baskı altında tutacak her türlü tutum ve davranış”.

Bu tanımın başlığı olan “tek taraflı” ibaresinin hatalı olduğunu düşünüyoruz, zira ısrarlı takibin karşılıklı olması söz konusu olamaz. Nitekim TCK’nin 123/A maddesinde bu ibare yer almamaktadır, ancak bu durumda 6284 sayılı Kanun, buna dayanılarak çıkarılan Uygulama Yönetmeliği ve TCK’nin düzenlemesi arasında uyumsuzluk söz konusu olmaktadır²⁰. Bu uyumsuzluğun giderilmesi gerekir.

C. Normatif Düzenleme Yapılmasının Önemi

Israrlı takip bir tür psikolojik şiddet türü olup, özelliklere kadınlara yönelik şiddet içerikli ve haksızlık içeriği daha fazla olan suçların genellikle ilk adımını, bir başka deyişle ön aşamasını oluşturmaktadır²¹. Dolayısıyla kadının cinsiyet temelli ayrımcılığa ve şiddete karşı korunmasında bu tür eylemlerin suç haline getirilmesi son derece önemlidir. Böylelikle hem

Bulgaristan içtihatları ışığında başvuruçunun annesinin şikâyetlerine ve failin şiddet olayları nedeniyle sabıkası bulunmasına rağmen tutuklanmaması veya hakkında diğer önleyici tedbirlerin alınmaması suretiyle devletin risk altındaki mağdurun hayatını koruma yönündeki pozitif yükümlülüğüne aykırı davrandığını tespit etmiştir. İHAM kararında yargı makamlarının genel olarak kadına yönelik şiddet konusunda gereken hassasiyeti göstermeyip kayıtsız kalmasını, sanıkların şiddet eylemlerinin caydırıcı bir cezai yaptırıma tabi tutulmasını göz önüne alarak, Nahide Opuz ve annesinin toplumsal cinsiyete dayalı şiddete ve dolayısıyla şiddetten korunma noktasında ayrımcılığa tabi tutulduğunu, yaşananların İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 2’inci, 3’üncü ve 14’üncü maddelerine aykırı olduğunu tespit ederek bu konuda önemli bir standart oluşturmuştur”. Soygüt, s. 2791. AİHM, Opuz v. Türkiye, pr. 47-49, 147. Aynı yönde bkz: AİHM, Volodina v. Rusya, No. 41261/17, 04.11.2019.

¹⁸ RG. 20.03.2012, 28239.

¹⁹ RG. 18.01.2013, 28532.

²⁰ Özar, s. 1402.

²¹ Özar, s. 1398, 1399.

özellikle potansiyel şiddet mağduru kadınların huzur ve güven içinde yaşama hakkı korunmakta hem de potansiyel faillere bu tür eylemlerin yaptırımsız kalmayacağı mesajı verilmektedir. Nitekim öğretilerde konuyu (yerinde bir biçimde) kadına yönelik şiddetin bir görünümü olarak inceleyen Soygüt ısrarlı takibin şiddet öncesi görünüm olduğunu açıkça belirtmektedir²² :

“İsrarlı takibin kadının psikolojik çöküntü ile sosyal hayattan çekilmesine varan etkileri azımsanmamakla birlikte, yol açabileceği daha ağır tehlike takibin fiziksel şiddete dönüşme potansiyelidir. Bu tespit esasında yeni değildir; stalking eylemleri ile kadına karşı şiddet arasındaki ilişki 1980’lerin sonunda yapılan çalışmalarla ortaya konulmuştur. Buna göre birinci aşama, çözülemeyen uyumsuzluk veya ifade edilmeyen öfkenin biriktiği ve ilişkinin gerildiği süreç (tension building stage); ikinci aşama duygusal, sözle veya fiziksel şiddetin yaşandığı patlama aşaması (explosion stage); üçüncü aşama ise failin özür dileme ve yaşananların tekrarlanmayacağına dair ikna etme süreci (honeymoon period) olarak ifade edilmektedir. Kadının süreci ya da ilişkinin devamını reddetmesine rağmen eril zihniyet ile bu döngü sürekli olarak tekrarlanmakta ve ‘ısrar’ hali ortaya çıkmaktadır. Mağduru ikna edemeyen veya üzerinde hâkimiyet kuramayan failin eylemleri giderek daha tehlikeli, tehditkâr davranışlara, cinsel taciz, cinsel saldırı, cinsel istismara dönüşebilmektedir. Bazı olaylarda, mağdur üzerinde arzu edilen hâkimiyet ve kontrolün sağlanamaması failin hem mağduru hem de kendisini öldürmesi veya öldürme girişiminde bulunması ile sonlanabilmektedir.”

Genel olarak toplumda baş gösteren önemli bir ihtiyaca yanıt vermek üzere getirilen, suçla korunması gereken hukuksal bir değeri ihlal eden ancak buna rağmen yaptırımsız kalan birçok haksız davranış için yaptırım getiren ve suçun önlenmesi için bir araç olan bu düzenlemeyi yerinde ve olumlu bulduğumuzu ifade etmeliyiz. Buna karşın suç tipindeki bazı hususların da eleştiriye açık olduğunu ifade belirtmeliyiz²³.

Bu suç tipine TCK’de yer verilmeden önce bu eylemler ya cezasız kalmakta ya da Yargıtay’ın genişletici yorumuyla somut olayın özelliğine göre cinsel taciz (TCK m. 105), özel hayatın gizliliğini ihlal (TCK m. 134)

²² Soygüt, s. 2788.

²³ Nitekim daha işin esasına girmeden Sami Selçuk yapılan düzenlemeyi dil bilgisi bakımından eleştirmiştir: “T. Ceza Yasası’nın 123’üncü maddesine 12.5.2022 tarihli ve 7407 sayılı Yasa’nın 8’inci maddesiyle eklenen 123/A fıkrasında ‘bedenen izlemek’ yerine, Arapça sözcüklerle bütünleşebilen bir tür ‘-en’ ekinin Latin kökenli bir sözcüğe eklenerek ‘fiziken takip etmekten’ söz edilmiş, böylelikle bir tür sözde belirteç (zarf) türetilmiştir. Böylece ana dilimiz Türkçe varsıllaşmak şöyle dursun, çarpıtılarak felç edilmiştir. Gerçekten yirmi birinci yüzyılda böylesi bir ana dil bilincinden yoksunluğun ve çarpıklığın yasama organında bulunan altı yüze yakın okuryazar insanın gözünden kaçması, Türkçemiz adına utanç verici, üzücü ve başıslanamaz bir dil ve dilbilgisi duyarsızlığının çarpıcı bir örneğidir.” Sami Selçuk, Suç Hukuku Dogmatigi ve/ya Grameri: I. Kitap Giriş, Ankara-İstanbul, İmge Kitabevi, 2022, s. 83.

ya da kişilerin huzur ve sükûnunu bozma (TCK m. 123) suçlarından cezalandırılmaktaydı. Ayrıca özellikle bu suçu ihdas eden 7406 sayılı Kanun'un komisyon görüşmelerinde bu tür eylemlerin aslında bir tür eziyet olduğu ve bunların TCK'nin 96. maddesinde düzenlenen eziyet suçu içerisinde kabul edilmesi gerektiği ancak uygulamacıların ısrarla bundan kaçındıkları ifade edilmiştir²⁴.

Biz bu görüşe katılmıyoruz, zira TCK'nin 96. maddesinde düzenlenen eziyet suçu, aynı Kanun'un 94. maddesinde bir özgü suç olarak düzenlenen işkence suçunun herkes tarafından işlenebilen halidir. Dolayısıyla 96. madde anlamında eziyetten bahsedebilmek için suçu oluşturan eylemlerin 94. maddede tanımlanan işkence boyutuna varacak nitelikte olması gerekir. İsrarlı takibe uğrayan mağdurların yaşadıklarını halk diliyle bir "işkence" ya da "eziyet" olarak tanımlamaları haklı ve doğrudur. Ancak bu tanım, ceza hukuku bakımından işkence ve eziyet anlamına gelmez. Dolayısıyla bu görüşe karşın yargı mercilerinin bu tür olaylarda TCK m. 96'yı uygulamamaları suç teorisi açısından doğru ve yerinde bir tercihtir.

II. Korunan Hukuksal Değer

İsrarlı takip suçu, TCK'nin "*Kişilere karşı suçlar*" başlıklı ikinci kısmının, "*Hürriyete karşı suçlar*" başlıklı yedinci bölümünde "*Kişilerin huzur ve sükûnunu bozma*" başlıklı 123. maddesinden sonra düzenlenmiştir. Buna göre bu suçun koruduğu hukuksal değer bireylerin özgürlüğü olup, bireyin huzur ve güven içinde yaşama hakkı korunmaktadır²⁵. Bu bağlamda söz konusu suç normuyla bireyin yaşama hakkı ile maddi ve manevi varlığının dokunulmazlığı hakkı (AY m. 17), kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı (AY m.

²⁴ Bu görüş, Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu çalışmaları sonucunda hazırlanan rapora muhalefet serhi koyan milletvekilleri Jale Nur Süllü, Suzan Şahin, Candan Yüceer, Aysu Bankoğlu, Gamze Taşcier ve Neslihan Hancıoğlu tarafından genel değerlendirme kısmında dile getirilmiştir: "İsrarlı takibin açık şekilde suç olarak düzenlenmesi, olumlu görülebilecek olsa da TCK'nin mevcut haliyle de cezalandırılacak bir suçtur; ama yıllardır konuyla ilgili 96'ncı madde yargı tarafından görmezden gelinmektedir. Her ne kadar, madde gerekçesinde 'mağdurun maddi ve manevi kişiliğine veya vücut bütünlüğüne yönelik daha ağır fiiller ortaya çıkmadan önceki aşamadaki fiillerin yaptırma bağlanmasının amaçlandığı ileri sürülse de bunun, TCK 96'daki eziyet maddesi ile bağlantısında hiçbir şekilde değinilmemektedir. Bu kopukluk, madde gerekçesindeki 'kadına yönelik şiddet içeren suçlar işlenmeden önce ısrarlı takip fiilleriyle etkin mücadele edilmesi ve mağdurların korunması' hedefinin kâğıt üzerinde kalacağı, bir başka göstergesidir... İsrarlı takip sürekli bir taciz ve kontrol etme, musallat olma hali yani sistematik şiddettir ve işkencedir/eziyettir. TCK'nin 96'ncı maddesinde zaten eziyet suçu düzenlenmektedir ve bu madde yıllardır yürürlükte olmasına rağmen uygulanmamaktadır. İsrarlı takip için 96. maddedeki 2-5 yıl hapis cezasını uygulamayıp, daha düşük cezalı yeni bir madde yazmakla sorununun çözülemeyeceği ortadadır." TBMM, Yasama Dönemi 27, Yasama Yılı 5, Sıra Sayısı 323, s. 81, 82.

²⁵ Benzer yönde bkz: Soygüt, s. 2801. Öğretide Özar, makalesinde, bu suçla ayrıca cinsel özgürlüğün ve son aşamada yaşam hakkının korunduğunu ifade etmekteyse de biz bu görüşe katılmıyoruz. Bkz: Özar, s. 1406. Zira eylem cinsel özgürlüğün ihlali ya da yaşama hakkının ihlali boyutuna varmış ise artık bu suçtan bağımsız olarak kasten öldürme (TCK m. 81) ve cinsel saldırı (TCK m. 102) suçları devreye girmelidir. Bu suç, henüz failin eylemleri bu aşamaya varmadan önceki aşamayı düzenlemektedir.

19) ve özel hayatın gizliliği hakkı (AY m. 20) koruma altına alınmaktadır. Dolayısıyla bu suç tipiyle birden fazla hukuksal değer korunmaktadır; bu durum suç tipinin belirlilik ilkesine uygun olarak düzenlenmesini de güçleştirmektedir²⁶.

Biz suç tipiyle korunan hukuksal değerler göz önünde bulundurulduğunda suçun düzenlendiği yerin doğru olduğunu düşünüyoruz. Ancak suç tipine ilişkin meclis komisyonu çalışmaları sırasında suç tipinin koruduğu hukuksal değere göre düzenlendiği yer de eleştiri konusu yapılmıştır²⁷. Biz bu görüşe katılmadığımızı bir kez daha ifade etmek isteriz²⁸. Kanununun madde gerekçesinde suç tipinin ihdas edilmesinin nedeni olarak şu hususlar gösterilmiştir²⁹ :

“Maddeyle, 5237 sayılı Kanuna yeni bir madde eklemek suretiyle, ısrarlı takip olarak nitelendirilen fiiller müstakil bir suç haline getirilmektedir. Böylelikle, mağdurun maddi ve manevi kişiliğine veya vücut bütünlüğüne yönelik daha ağır fiiller ortaya çıkmadan önceki aşamada ısrarlı takip fiillerinin orantılı bir yaptırıma bağlanması amaçlanmaktadır. Düzenlemeyle, özellikle kadına yönelik şiddet içeren suçlar işlenmeden önce ısrarlı takip fiilleriyle etkin mücadele edilmesi ve mağdurların korunması hedeflenmektedir.”

²⁶ Soygüt, s. 2800.

²⁷ Bu görüş, Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu çalışmaları sonucunda hazırlanan rapora muhalefet şerhi koyan milletvekilleri Jale Nur Süllü, Suzan Şahin, Candan Yüceer, Aysu Bankoğlu, Gamze Taşçier ve Neslihan Hancıoğlu tarafından genel değerlendirme kısmında dile getirilmiştir: “İsrarlı takip suçu hazır ve sükünün bozulmasının, hürriyet kısıtlamasının da ötesinde ciddi can güvenliği endişeleri yaratan; bazen de cinayet ile sonuçlanan sistematik ve ağır bir suçtur. Birçok durumda ağır bir eziyet suçu da oluşturmaktadır. Buna karşın, hürriyete karşı suçlar bölümünde düzenlenmesi hukuken hatalı bir yaklaşımdır. Çünkü ısrarlı takibe maruz kalan kadınlar, yalnızca hürriyetlerinden değil; yaşam haklarından endişe duymakta, değil dışarıya çıkmak, işe gitmekten, evlerinde kalmaktan, okullarına gitmekten bile çekinmektedirler. Dolayısıyla, ısrarlı takibin ‘Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar’ başlığı altında düzenlenmesi gerekir”. TBMM, Yasama Dönemi 27, Yasama Yılı 5, Sıra Sayısı 323, s. 80, 81.

²⁸ 7406 sayılı Kanun’un meclis görüşmeleri sırasında getirilen bazı eleştirilere Adalet Komisyonu tarafından hazırlanan raporda şu şekilde yanıt verilmiştir: “İsrarlı takip suçu kapsamındaki eylemlerin 5237 sayılı Kanunun 123’üncü maddesinde düzenlenen ‘kişilerin huzur ve sükûnunu bozma’ suçu bağlamında cezalandırılabileceği tartışılmasına rağmen, hükümdede yer alan ‘hukuka aykırı başka bir davranıştabulunulması’ ifadesi, hareketin hukuka aykırı olmasını aradığından sınırlayıcı bir mahiyettedir. Bu noktada bir kişiyle temas kurmanın ne zaman hukuka aykırı olacağı tartışmasını yapmak gerekecek ve sosyal davranış kurallarına hukukun ciddi şekilde müdahalesiyle karşılaşma durumu söz konusu olabilecektir. Bu anlamda getirilen düzenleme bir ihtiyaçtır. Her iki suç bakımından iç huzurun bozulması söz konusu olduğundan maddenin Türk Ceza Kanununda düzenlendiği yer de yerindedir. İsrarlı takibin bir sonraki aşamasının daha ağır suçlar oluşturabileceği ihtimali esasen tehdit gibi diğer suçlar için de geçerlidir. Ayrıca, yağma suçunda aynı zamanda kişiye yönelik bir cebirin de söz konusu olduğu ve kişinin huzur ve sükûnunu bozduğu düşünülerek kişilere karşı işlenen suçlarda da düzenlenebileceği örneğinde olduğu gibi, getirilen düzenlemelerde tek bir hukuki yarar yerine birden fazla hukuki yararın korunabilmesi mümkündür. Dolayısıyla ısrarlı takip suçunun düzenleme yeri uygundur.” TBMM, Yasama Dönemi 27, Yasama Yılı 5, Sıra Sayısı 323, s. 93, 94.

²⁹ TBMM, Yasama Dönemi 27, Yasama Yılı 5, Sıra Sayısı 323, s. 12-14.

III. Suçun Tipikliği

A. Tipikliğin Maddi (Objektif) Unsurları

1. Fail

Israrlı takip suçu esas olarak erkek tarafından kadına yönelik gerçekleştirilen şiddete bir tepki olarak ortaya çıkmış olsa da; suç tipi bakımından böyle bir sınırlamaya gidilmemiş ve herkesin bu suçun faili olabileceği düzenlenmiştir. Suç düzenlemesi açısından bu yerinde bir yaklaşımdır. Zira bu suç, genel olarak erkekte kadına yönelik olsa da kadından erkeğe veya hemcinsler arasında ya da LBGT bireyler tarafından veya onlara karşı ya da onlar arasında da işlenebilir. Bu nedenle failin cinsiyeti bakımından bir sınırlama getirilmemesi yerinde olmuştur.

Suçun nitelikleri hallerinin düzenlendiği 2. fıkranın (c) bendi ise özgü suç olarak düzenlenmiştir. Yalnızca nitelikli hal açısından bir düzenleme yapıldığı için bu bir görünüşte özgü suçtur. Görünüşte özgü suç suçta iştirakte etkisini göstermektedir. Böylelikle özgü suç niteliğini haiz fail ile bu niteliği taşımayan fail müşterek fail olarak suç işleyebileceklerdir. Bunlardan ilki suçun nitelikli halinden, ikincisi ise temel halinden cezalandırılacaktır.

2. Mağdur

Yukarıda yazdıklarımız suçun mağduru açısından da geçerlidir. Herkes bu suçun mağduru olabilir. Ancak mağdurun, maddenin 1. fıkrasının (a) veya (b) bentlerinde yer alan kişilerden birisi olması halinde suçun nitelikli hali söz konusu olacaktır. Bu konuya suçun nitelikli halleri başlığı altında tekrar değineceğiz.

3. Suçun Konusu

Bu suçun konusu ısrarlı takip edilmek suretiyle özgürlüğü kısıtlanan ve bu nedenle kendini huzursuz hisseden insandır. Suçla korunan hukuksal değer bireyin özgürlüğü olması nedeniyle de suçun üzerinde işlendiği konu da özgürlüğü kısıtlanan ve suçun mağduru olan insanın bizzat kendisidir.

4. Eylem (Hareket)

Israrlı takip suçunun düzenlenişindeki -bize göre zorunlu- belirsizlikler nedeniyle suç tipindeki hareket, netice ve nedensellik bağının uygulama ve öğretilde ayrıntılı bir şekilde tanımlanması gerekir. Suçun meclisteki komisyon çalışmaları sırasında suç tipindeki belirsizlikler haklı olarak eleştiri konusu yapılmıştır. Gerçekten suç tipi, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin alt ilkesi olan belirlilik ilkesi bakımından sorunlar içerebilecek niteliktedir. Ancak ısrarlı takip olarak nitelendirilebilecek eylemlerin geniş bir yelpaze içinde yer alması ve bu eylemlerin bittiği ve başladığı yerin tespitindeki güçlükler kanun koyucuyu böyle bir suç tanımı yapmaya itmiştir. Aksi halde ısrarlı takip içinde değerlendirilebilecek çok sayıda eylemin suç tanımı dışında ve cezasız kalması söz konusu olabilecektir.

Öte yandan bu tanımın bir yerde sınırlanması ve ceza sorumluluğunun katlanılamayacak seviyede geniş olmaması gerekir. İşte özellikle bu nedenle suç tipi neticeli bir suç olarak düzenlenmiş, sırf hareketin gerçekleştirilmesi suçun oluşması için yeterli görülmemiştir. Suç tipinin bağlı hareketli bir suç olarak düzenlenmesi, hareket unsuru bakımından bazı hareketler sayıldıktan sonra “ve benzeri” şeklinde bir ifadeye yer verilmemesi de hukuki güvenliğin sağlanması açısından belirlilik ilkesine uyum sağlanması için tercih edilmiştir; karşılaştırmalı hukukta da benzer çekinceler ile bu yönde düzenlemelere yer verilmiştir³⁰.

a.Hareketin Niteliği

Israrlı takip suçu seçimlik, bağlı ve birleşmiş hareketli³¹ bir suçtur. Suçun hareket unsurunun gerçekleşebilmesi için failin mağduru fiziken takip etmesi veya haberleşme ve iletişim araçlarını, bilişim sistemlerini ya da üçüncü kişileri kullanmak suretiyle mağdurla temas kurmaya çalışması gerekir. Görüldüğü üzere suç açık bir biçimde farklı hareketlerle işlenebilecek şekilde düzenlenmiş ayrıca bu hareketlerin neler olduğu tek tek gösterilmiştir. Dolayısıyla hem seçimlik hem de bağlı hareketli bir suçtur. Hareketlerin kanunda gösterildiği biçimde birinin ya da birkaçının yapılması halinde tek bir suç oluşacak ancak hareket sayısı hareketin haksızlığı üzerinde etki göstereceği için suçun yaptırımı belirlenirken bu husus TCK m. 61 gereğince göz önünde bulundurulacaktır.

b.Israr Etmek

Bu suç tipi yukarıda da belirttiğimiz üzere aynı zamanda birleşmiş hareketli bir suçtur. Zira yukarıda sayılan hareketlerin yapılması tek başına suçun işlenmesi için yeterli değildir. Suç tipinde de açıkça belirtildiği üzere bu hareketlerin ısrarlı bir şekilde devam ettirilmesi ya da tekrar edilmesi gerekir. Hareketlerin ısrarlı bir biçimde yapılmaması halinde suç oluşmaz³². Yani hareketin somut olaydaki niteliğine göre bir ya da birkaç kez yapılması ya da devam eden hareketin kısa sürede sonlandırılması ve bunun ısrar boyutuna ulaşmaması halinde suçun hareket unsuru gerçekleşmez. Israr, bir düşüncede veya davranışta ayak direme, üsteleme anlamına gelir. Israrın ne

³⁰ Soygüt, s. 2804.

³¹Birleşmiş hareketli suçlarda birden fazla hareketin yapılması tipiklikte öngörülen bir husustur, bu nedenle bu hareketlerden birinin dahi yapılmaması halinde hareket unsuru ve dolayısıyla tipiklik gerçekleşmeyeceği suç da oluşmaz, bkz: Murat Volkan Dülger, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Hukuk Akademisi, 2021, s. 284.

³² Israr, bu suçun kadına karşı şiddetin bir görünümünü cezalandırdığını göstermesi açısından önemlidir. Nitekim bu husus öğretilerde de vurgulanmaktadır: “... Aynı bir çalışma konusu olmakla birlikte bütüncül yaklaşımı sağlamak bakımından belirtmeliyiz ki ‘ısrarın’ nedenini toplumsal cinsiyet kavramında aramak gerekmektedir. Nitekim fail profili ve eylem ile ulaşılmak istenen amaca baktığımızda, olayların %70-80’inde fail ile mağdur arasında önceden duygusal veya kişisel bir ilişkinin mevcut olduğunu, fiillerin eski eş, arkadaş veya sevgili tarafından işlenmekte ve mağdurların da kadın olduklarını görmekteyiz. Yakın partner şiddeti (intimate partner violence) olarak ifade edilen bu tür şiddette temel amaç takipteki mağdur ile bir ilişki kurulmadığı için intikam almak veya bitmiş bir ilişkiyi başlatmak suretiyle kadın üzerinde tahakküm kurmaktır.” Soygüt, s. 2787.

olduğu -olması gerektiği üzere- TCK'de açık bir biçimde tanımlanmamış, bu iş öğreti ve uygulamaya bırakılmıştır. İsrar eylemi, her somut olay özelinde uygulamacılar tarafından o olayın özelliği dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Buna göre mağdurun rahatsız olduğunu belirtmiş olmasına, faili aynı veya benzeri hareketi yapmaması konusunda uyarılmış olmasına, buna rağmen failin aynı veya benzer davranışı tekrar yapması durumunda ısrar olduğu kabul edilebilir³³.

Aslında ısrar etme dış dünyaya farklı hareketlerle yansıyarak görünen, kişinin iç dünyasına ilişkin bir husustur. Ancak bu suç açısından ısrar kendisini seçimlik hareketlerin huzursuzluk yaratacak boyutta tekrar edilmesi ya da kesintisiz bir biçimde devam ettirilmesi olarak gösterdiği için hareketlerin bu yoğunluğu ya da tekrar sayısı (frekansı) ayrı bir hareket olarak ele alınmalıdır. Bu da bizi suçun birleşmiş hareketli olduğuna, failde hem dış dünyaya tekrar ya da devamlılık olarak yansıyan ısrar iradesinin hem de bu irade doğrultusunda gerçekleştirdiği hareket(ler)in bulunması gerektiği sonucuna götürmektedir³⁴. Tabii suçun manevi unsurunu oluşturan failin kastının da tüm unsurlara yönelik olduğu gibi ısrar etmeyi de içermesi gerekir. Bu konuya manevi unsur başlığı altında tekrar döneceğiz.

İsrar, farklı seçimlik hareketlerle yapılabileceği gibi aynı seçimlik hareketin defalarca yapılması ya da elverişli olması halinde tek bir hareketin kesintisiz bir biçimde yapılması yoluyla da gerçekleşebilir. Dolayısıyla bu suç kesintisiz (mütemadi) suç özelliği de gösterebilir. Öte yandan seçimlik hareketlerin birden fazla yapılması yani bunda ısrar edilmesi suçun oluşması için gereken bir özellik olduğundan çok sayıda hareket olması zincirleme suç olarak kabul edilmeyip, bunlar tipik anlamda tek hareket olarak kabul edilerek suçun hareket unsuru içerisinde eriyerek tek hareketin varlığı olarak kabul edilir. Bu hem suçun oluşması hem de içtima uygulaması açısından önemlidir³⁵.

³³ Meral Ekici Şahin, "Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu (TCK m. 123)", CHD, Y. 8, S. 23, Aralık 2013, s. 39.

³⁴ Kanunun gerekçesinde ısrar açıklanmış ancak bunun suçun hangi unsuruna ait olduğu açıkça belirtilmemiştir: "Suçun oluşması için, maddede belirtilen seçimlik hareketlerin ısrarlı şekilde yapılması gerekmektedir. İsrar, bir düşüncede veya davranışta ayak direme, üsteleme anlamına gelen bir sözcük olup, maddede belirtilen hareketlerin tekrarlanarak yapılmasını ifade etmektedir. İsrar, failin haksızlık içeriği bakımından cezayı gerekli kılabilecek boyuta erişmesini ifade eden bir ölçüttür. Haksızlık teşkil eden failin makul sayılabilecek ölçülerde gerçekleştirilmesi halinde bu suç oluşmayacaktır. İsrarın varlığı bakımından mutlaka aynı hareketin müteaddit defalar tekrarlanması şart değildir. Fail maddede belirtilen seçimlik hareketlerden birini ısrarla tekrarlayabileceği gibi farklı seçimlik hareketleri farklı yer ve zamanlarda tekrarlamak suretiyle de ısrar iradesini gösterebilir. Hâkim, ısrar unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğini somut olayın şartları çerçevesinde tespit edecektir." TBMM, Yasama Dönemi 27, Yasama Yılı 5, Sıra Sayısı 323, s. 12-14.

³⁵ Nitekim Yargıtay 4. CD. TCK m. 123 bakımından verdiği bir kararda ısrar unsurunu aynen bu şekilde değerlendirmiştir: "Sanığın, katılana yönelik farklı zamanlarda gerçekleştirdiği mesaj gönderme şeklindeki eylemlerinin, TCK'nin 123. maddesinde düzenlenen kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunun 'ısrar' ögesini oluşturması karşısında, zincirleme suç hükümlerinin uygulanma koşullarının bulunmadığı gözetilmeden, aynı Kanun'un 43/1. maddesinin uygulanması hatalıdır." 4. CD. 15.10.2020, E. 2016/15269, K. 2020/12115.

Hareketlerin nicelik ve nitelik açısından yoğunluğunun ve/veya tekrar sayısının hangi andan itibaren ısrar etme eylemi olarak kabul edileceğinin belirlenmesi ise uygulama ve öğretiyeye bırakılmıştır. Dolayısıyla bu suç açısından eylemlerin bir bütün halinde değerlendirilmesi ve ısrar hareketinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespit edilmesi gerekir³⁶. Örneğin, birine bir kez telefon etmek³⁷, mektup yazmak, bir sergiye sırf belli bir kişiyi görmek için gitmek, doğrudan veya üçüncü kişi üzerinden iletişim kurmaya çalışmak, ismini öğrenmeye çalışmak, evini öğrenmek amacıyla adresini sormak veya kişinin yaşadığı sokakta kısa bir süre kişiyi izlemek suç tipinde aranan ısrar unsurunun oluşması bakımından yeterli değildir³⁸.

Bize göre bu doğru bir yaklaşımdır, aksi halde kanun koyucu kazuistik bir düzenleme yapmak zorunda kalacaktır ki bu modern ceza hukukunda hem kanun yapma tekniğe aykırı hem de somut olayda adaleti sağlamayı zorlaştırıcıdır. Burada çekince konusu olan husus, bu suçun cezasının miktarı gereği temyiz kanun yoluna açık kararlardan olmayıp, istinaf aşamasında kesinleşecek olmasıdır. Dolayısıyla her istinaf mahkemesinin ısrar bakımından ayrı bir ölçüt belirlemesi hem öngörülebilirlik (hukuk güvenliği ilkesi) hem de somut olay adaletinin gerçekleşmesi açısından sorun çıkarabilecektir. Bunun önüne geçilebilmesi için adliye teşkilatı tarafından gerekli önlemlerin alınması ve istinaf mahkemesi hâkimlerine gerekli eğitim ve bilgilendirme faaliyetlerinin yapılması gerekir.

c. Fiziken Takip Etmek

Suçun seçimlik hareketlerinden ilki olan fiziken takip etmek, mağdurun fail tarafından bizzat takip edilmesi anlamına gelir. Birini takip etmek, belli bir süre boyunca birine yönelik olarak görsel veya fiziksel yakınlığın korunmasıdır³⁹. Bu mağdurun peşinden gitmek şeklinde olabileceği gibi

³⁶ Yargıtay 4. CD. TCK m. 123 bakımından verdiği bir başka kararında mağdurun dört kez aranmasını ısrar unsuru bakımından yeterli bulmuştur: “İncelemeye konu somut olayda; sanığın ikrara yönelik savunması, katılanın ise aşamalarda tutarlı beyanları karşısında, sanığın, katılanı araması ve “Gülcin” olup olmadığını sorması üzerine katılanın isminin “Gülcin” olmadığını söylemesine rağmen dosyaya sunulan TİB kayıtlarına göre 02/09/2014 – 03/09/2014 tarihlerinde 4 ayrı mesaj göndermesi şeklinde gerçekleşen eylemlerinde, ısrar unsurunun oluştuğu ve katılanı psikolojik ve ruhsal bakımdan rahatsız etme saikiyle hareket edildiğinin kabulü gerektiği, başka bir deyişle bu fiilin TCK’nin 123. maddesiyle korunan hukuki yararın ihlali niteliğinde olduğu ve dolayısıyla kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunun oluştuğu gözetilmeyerek, yerinde görülmeden gerekçeyle beraat kararı verilmesi,... Kanuna aykırı ve üst ve o yer Cumhuriyet Savcılarının temyiz nedenleri yerinde görüldüğünden, tebliğnameye aykırı olarak, HÜKMÜN BOZULMASINA,...” 4. CD. 28.04.2022, E. 2020/14707, K. 2022/11583.

³⁷ “...Yargılamaya konu somut olayda, katılanın sanık hakkındaki şikayeti nedeni ile 6284 Sayılı Yasa kapsamında alınan tedbir kararının sanığın katılanı aramasına dair yasaklama getirmemesi, tanık olarak beyanı alınan ...’ün ifadesinde geçen olayın aynı mahkemenin 2014/383 Esas sayılı dosyasına ilişkin olması ve dosyada mevcut HTS kaydında yalnızca 1 aramanın olduğu nazara alındığında; somut olayda ısrar öğesinin bulunmaması nedeniyle unsurları oluşmayan kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunda sanığın beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi,... Bozmayı gerektirdiğinden...” 4. CD. 20.10.2020, E. 2020/20839, K. 2020/12721.

³⁸ Soygüt, s. 2786.

³⁹ Selin Türkoğlu, Ceza Hukuku Açısından İsrarlı Takip, İstanbul, On İki Levha, 2020, s. 84; Özar, s. 1409.

sık sık karşısına çıkılması ya da farklı şekillerde failin kendini mağdura görünür hale getirmesi, varlığını fiziksel olarak hissettirmesi olarak da gerçekleşebilir. Nitekim Kanun'un gerekçesinde bu hareket, örneklerle güzel bir biçimde açıklanmıştır:

“Bu takip olgusu, mağdurun fiziki olarak izlenmesi şeklinde gerçekleştirilebileceği gibi haberleşme ve iletişim araçları, bilişim sistemleri veya üçüncü kişileri kullanarak mağdurla temas kurulmaya çalışılması şeklinde de ortaya çıkabilecektir. Fiziki takibin mutlaka mağdurun peşinden gitmek şeklinde gerçekleşmesi şart değildir. Bunun yanı sıra, failin farklı zaman ve mekânlarda mağdurun karşısına çıkması, onun bulunduğu ortamlarda yanına yaklaşması ve böylece kendisini sürekli olarak mağdura görünür kılmaya çalışması halinde de takip olgusu gerçekleşecektir. Bu kapsamda iş yeri, okul, çarşı, pazar ve benzeri yerlerde sıklıkla mağdurun karşısına çıkılması veya takip edildiğinin hissettirilmesi ya da konutunun önünde, sokağının girişinde beklenmesi gibi fillerin ölçsüz biçimde tekrarlanması, fiziki takip olarak kabul edilebilecektir”⁴⁰.

Birinin tesadüfen bir başka kişiyle birkaç kez karşılaşması ya da birinin kendisinin izlendiği zannetmesi halinde ise fiziken takip etmek söz konusu değildir. Zira burada ne failin kasten gerçekleştirdiği bir ısrar etme ne de takip etme söz konusudur. Dolayısıyla mağdurun ne hissettiğinden önce failin bütün olarak hareketlerine bakılmalı ve buna dayanılarak failin bunu kasten mi yoksa tesadüfen mi yaptığı incelenmeli ve mutlaka bu durum delillere dayandırılarak tespit edilmeli, yalnızca mağdurun beyanına dayanılarak bir kanaate varılmamalıdır.

Fiziki takip konusunda ısrarın varlığının kabul edilmesi için bu hareketin mutlaka farklı zamanlarda birkaç kez gerçekleşmesi gerekmez. Yukarıda da belirttiğimiz üzere bu suç kesintisiz hareketle de işlenebilir⁴¹. Örneğin, mağdurun aynı gün içinde kesintisiz bir biçimde uzun saatler boyunca izlenmesi ya da gözetlenmesi halinde de ısrarlı bir biçimde fiziksel takibin varlığı kabul edilmelidir⁴².

⁴⁰ TBMM, Yasama Dönemi 27, Yasama Yılı 5, Sıra Sayısı 323, s. 12-14.

⁴¹ “Mahkemece, müştekinin çocuğu ile sağlık ocağına gittiği sırada şüphelinin içinde bulunduğu araç ile kendisini takip ettiği, sağlık ocağında yaklaşık 20 dakika kadar kalıp çıktığında da kapı önünde beklediğini gördüğü ve yine araçla peşinden geldiği, müştekinin durumu haber vermek için eşinin iş yerine yöneldiği halde şüphelinin takibine devam ettiğini ve iş yerine girince şüphelinin de aracını park ettiği, durumu eşine anlatması ve eşinin isteği üzerine caddeye çıkıp yürüdüğünde şüphelinin yeniden aracını çalıştırıp takibe geçtiği oluşa uygun olarak kabul edilmiş ve açıklanan eylemin kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunu oluşturduğuna ilişkin vasıflandırmanın doğru olduğu anlaşıldığından, delillerle iddia ve savunma göz önünde tutularak tahlil ve takdir edilmiş sübutu kabul olunan fiilin unsurlarına uygun şekilde tavsif ve tatbikatı yapılmış bulunduğundan, ... sanık müdafinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün ONANMASINA...” 14. CD. 28.1.2014, E. 2012/8472, K. 2014/1008.

⁴² Özar, s. 1409.

Suçu oluşturan ilk hareket açısından takibin fiziksel olarak yapılması gerekir. Fiziksel takip yok ise diğer seçimlik hareketin gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmalıdır. Öğretide Özar, teknolojinin olanakları kullanılarak failin oturduğu yerden mağduru takip etmesinin ya da gözetlemesinin ısrarlı takip suçunu oluşturmayacağını; örneğin mağdurun dijital bir ağ üzerinden izlenmesinin, GPS ile takip edilmesinin ya da insansız hava aracı (drone) tarafından takip edilmesinin “bu suç oluşturmayacağını”, bu davranışların ancak özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar bağlamında değerlendirilebileceğini, oysa coğrafi sınır tanımayan siber ısrarlı takibin bugün fiziki takipten daha yaygın olduğunu ve mağdurlar üzerinde fiziki takip gibi etki yarattığını, bu nedenle düzenlemede sanal ortamın dikkate alınmayarak takibin fiziksel alanla sınırlandırılmasını doğru bulmadığını ifade etmektedir⁴³.

Yazarın görüşlerine katıldığımızı ifade etmeliyiz. Gerçekten yazarın da ifade ettiği üzere sanal alanda bilişim sistemleriyle yapılan takip fiziksel takip olarak kabul edilemez. Bu en başta mantığa, sonra da kanun metninin lafzına aykırı bir akıl yürütme olur. Öte yandan yazarın yukarıda örneklediği ve suç oluşturmayacağını ifade ettiği eylemlerin hepsi suçun diğer seçimlik hareketinin vasıtası olarak sayılan bilişim sistemlerinin kullanılması açısından değerlendirilmelidir. Buradaki ilk bakışta anlaşılması güç olan “önemli ama esaslı ayrıntı” yazarın görüşünü haklı çıkarmaktadır. Zira suçun diğer seçimlik hareketinde yalnızca mağdurla temas kurmak amacıyla bilişim sisteminin kullanılması düzenlenmiştir; bilişim sisteminin mağdurun takip edilmesi için kullanılması suç tipinde düzenlenmemiştir! Bu suç tipi, hareket bakımından bağlı hareketli bir suç olarak düzenlendiği, yani hareketler tek tek tanımlandığı için yorum yoluyla bilişim sistemlerinin mağdurun takibi için kullanılması suçun seçimlik hareketi olarak kabul edilemez, takip yalnızca ısrarlı şekilde “fiziksel” olarak gerçekleştirildiğinde suç oluşturan bir davranıştır. Aksine bir kabul ve uygulama kıyasa varan genişletici yorum olur, bu yorum türü ise TCK m. 2/3 ile açıkça yasaklanmaktadır. Oysa bilişim sistemlerinin insanların takip edilmesi için kullanıldığı herkes tarafından bilinen bir gerçektir⁴⁴. Bize göre, kanun maddesi gerekçesi ile birlikte değerlendirildiğinde, kanun koyucu bu önemli ayrıntıyı atlamış ve düzenlemeyi eksik yapmıştır. Bu tür eylemleri cezalandırmak amacıyla bir suç ihdas eden kanun koyucunun burada bilinçli bir boşluk yarattığını düşünmüyoruz. Dolayısıyla bu suçtan elde edilmek istenen genel ve özel önleme amacına ulaşılması için en kısa zamanda bu yasal boşluk bir kanun değişikliği ile doldurulmalıdır. Aksi halde ya bu eylemler cezasız kalacak ya da mahkemeler genişletici yorum uygulamak ve bilişim sistemlerinin takip için kullanılması hareketini de

⁴³ Özar, s. 1410.

⁴⁴ Susan Van der Aa, “International (Cyber) Stalking: Impediments to Investigation and Prosecution”, Studies in Global Justice, No. 8, 2011, s. 194.

suç tipi içinde kabul ederek hatalı ve hukuka aykırı uygulamalar yapmak durumunda kalacaklardır. Bunun ise hem hukuka hem de adaletin gerçekleşmesi amacına aykırı olduğu açıktır.

d. Mağdur ile Temas Kurmaya Çalışmak

Bu suçu oluşturan diğer hareket ise haberleşme ve iletişim araçlarını, bilişim sistemlerini veya üçüncü kişileri kullanarak mağdur ile temas kurmaya çalışmaktır. Kanun koyucu temas kurmak hareketinin nasıl yapılacağını tarif etmiştir. Suçun bu seçimlik hareket unsurunun gerçekleşmesi için failin mağdurla temas kurması ya da bir başka ifadeyle iletişime geçmesi gerekmez; failin bu amaçla hareketini gerçekleştirmesi ve bu hareketini ısrar oluşturacak şekilde tekrarlaması ya da devam ettirmesi yeterlidir. Dolayısıyla mağdur okumasa dahi mağdura defalarca elektronik posta gönderilmesi, mağdur telefonu açmasa ya da telefonun sesini duymasa da defalarca aranması, mağdurun telesekreterine ya da sesli mesaj uygulamasına mesajlar bırakılması veya sosyal medya mecralarından mağdura defalarca arkadaşlık isteğinde bulunulması halinde ısrar hareketi gerçekleşmiş olur⁴⁵.

• *Haberleşme ve İletişim Araçlarını Kullanmak:* Bu hareketin gerçekleştirebileceği ilk yöntem haberleşme ve iletişim araçlarını kullanmaktır. Günümüzde ve gelecekte insanlar arasında haberleşmeyi ve iletişimi sağlayan her türlü donanım ve yazılım bu kapsam içinde değerlendirilmelidir. Dolayısıyla günümüz açısından telefon, elektronik posta, anlık mesajlaşma uygulamaları (şebekeler üstü hizmet sağlayıcılar) olarak adlandırdığımız “Whatsapp”, “Signal”, “Telegram”, “FaceTime”, “Messenger” vb. uygulamalar, yazılı mektup, kargo vb. bu kapsam içine girmektedir. Bu tanım sınırlayıcı değildir, teknolojinin neredeyse her gün geliştiği ve her an yeni uygulamaların ortaya çıktığı bilişim çağında uygulamacıların elini bağlamamak benzer haksızlıkların yaptırımsız kalmasının önüne geçmek açısından sınırlayıcı olmayan bu düzenleme yönteminin yerinde olduğunu söylemeliyiz⁴⁶.

• *Bilişim Sistemlerini Kullanmak:* Mağdurla temas kurmaya çalışma hareketi bilişim sistemleri kullanmak suretiyle de gerçekleştirilebilir. Bir önceki paragrafta belirtmiş olduğumuz iletişim teknolojilerinin çoğu, bilişim sistemleri aracılığıyla kullanılmaktadır. Aslında belli bir amaç

⁴⁵ Türkoğlu, s. 87; Özar, s. 1411.

⁴⁶ Nitekim madde gerekçesinde de benzer hususlar belirtilmiştir: “Teknolojideki hızlı gelişmeler, haberleşme ve iletişim araçları ve bilişim sistemlerinin çok yoğun ve yaygın kullanımı, bireylerin bu araçlar üzerinden bağlantı kurmasını ve birbirini takibini kolaylaştırmıştır. Ne var ki bu araçlar, ısrarlı takip eylemlerinde de sıklıkla kullanılmaktadır. Özellikle bilişim sistemleri alanında üretilen yeni araçlar, faillerin mağdurla iletişime geçme imkân ve yöntemlerini her geçen gün artırmaktadır. Böylece mektup, faks, kısa mesaj veya e-posta gönderme ya da telefon etmenin yanı sıra failler internet üzerinden oluşturulan programlar, uygulamalar ve sosyal mecralar aracılığıyla söz konusu iletişimi kolaylıkla sağlayabilmektedir.” TBMM, Yasama Dönemi 27, Yasama Yılı 5, Sıra Sayısı 323, s. 12-14.

için çıkarılan bir uygulama, örneğin kısa cümlelerle bilgi paylaşmak için üretilen Twitter ya da görüntü paylaşmak için üretilen Instagram bir süre sonra anlık ileti göndermek için de kullanılmaya başlanmıştır. Dolayısıyla bu yazılımlar genellikle birkaç işlevi birden yerine getirmekte ve bunların kullanılabilmesi için artık rahatlıkla bilişim sistemi olarak tanımladığımız bir akıllı cep telefonuna ya da tablet bilgisayara ihtiyaç duyulmaktadır. Dolayısıyla yalnızca ileti gönderilmeyip bir şekilde failin, mağduru ısrarla takip etme hareketini bilişim sistemleri aracılığıyla, örneğin sosyal medya mecraları aracılığıyla gerçekleştirmesi halinde de suç işlenmiş olacaktır. Burada tartışılması gereken önemli bir husus, failin doğrudan kendisinin değil de geliştirmiş olduğu ya da hali hazırda bulunan bir yapay zekâ (YZ) uygulamasını kullanarak mağduru ısrarlı takip etmesi halinde suçun oluşup oluşmayacağıdır. Bize göre, henüz genel YZ geliştirilmediği, bu kullanılacak olan failin talimatları doğrultusunda hareket edecek bir uzman YZ olacağı için söz konusu yazılımı kullanan ve talimatı veren kişi fail olacak ve bu hareket de bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle ısrarlı takip hareketi sayılacaktır. Örneğin otonom sürüş sistemine sahip camları siyah renkte olan bir aracın içinde bir insan olmamasına rağmen sürekli olarak veya aralıklı ama sıklıkla mağduru takip etmesi halinde artık fail bu uzman YZ'ye sahip araca gerekli komutları veren kişi olacaktır.

• *Üçüncü Kişileri Kullanmak:* Üçüncü kişileri kullanarak temas kurmaktan failin bizzat kendisinin değil, üçüncü bir kişiyi araç olarak kullanıp mağdurla ısrarlı bir şekilde temas kurmaya çalışması anlaşılmalıdır. Örneğin, üçüncü bir kişi aracılığıyla elektronik posta göndermek, anlık ileti yoluyla mesaj göndermek, üçüncü kişinin gidip bizzat kendisinin mağdurla görüşmesini sağlamak gibi⁴⁷. Failin kendi varlığını belli edecek şekilde kargo ile hediye göndermesini, çiçek yollamasını da biz bu hareket kapsamında saymaktayız⁴⁸, zira kargo şirketi ya da çiçekçi üçüncü kişi olarak kullanılmakta ve bir şekilde mağdurla ısrarlı bir şekilde temas kurulmaya çalışılmaktadır⁴⁹. Üçüncü kişinin kullanılması bakımından dikkat edilmesi gereken husus, mağdurla temas kurmak için kullanılan üçüncü kişinin bu suça iştirak etme iradesiyle hareket edip etmediğidir.

⁴⁷ Nitekim madde gerekçesinde de benzer hususlar belirtilmiştir: “Diğer yandan, ısrarlı takip failleri zaman zaman mağdur ile iletişime geçmek amacıyla üçüncü kişilerden de faydalanmaktadır. Fail mağdurla bizzat iletişim kurmadığı veya kurmadığı hallerde onun yakın çevresindeki kişileri kullanarak mağdura ulaşmaya çalışmaktadır. Hatta fail bazen mağdurun hiç tanımadığı kişileri dahi bu amaçla kullanabilmektedir. Üçüncü kişilerin kullanılmasında fail, bu kişilerin bizzat mağdur ile yüz yüze görüşmelerini sağlayabileceği gibi kendisi yerine bu kişiler tarafından iletişim ve haberleşme araçları veya bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle de mağdurla temas kurulmasını temin etmeye çalışabilecektir.” TBMM, Yasama Dönemi 27, Yasama Yılı 5, Sıra Sayısı 323, s. 12-14.

⁴⁸ Aynı görüşte bkz: Taşkın, s. 293; Ahmet Türkmen, “Yeni Bir Hukuki Olgu Olarak İsrarlı Takip ve Taciz (Stalking) ve Bunun Türk Medeni Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, DEÜHFD, C: 11, Özel Sayı 2009, Y. 2010, s.

1391.

⁴⁹ Aksi yönde bkz: Özar, s. 1407.

Eğer üçüncü kişi bu suçta iştirak etme iradesiyle hareket ediyorsa duruma göre müşterek fail ya da suçta yardım eden olarak sorumlu tutulabilecektir. Failin her hareketinde farklı bir üçüncü kişiyi kullanması halinde ise üçüncü kişiler açısından ceza hukuku sorumluluğu iştirak konusunda belirtilecektir, fail açısından ise hareket unsuru gerçekleşmiş olacaktır. Aslında bu durum TCK m. 37/2’de dolaylı faillik olarak düzenlenmiştir. Kanunun genel hükümlerinde düzenlenen bu durum bu özel normda seçimlik hareket olarak tekrar edilmiştir. Failin suçun işlenmesinde kullandığı üçüncü kişinin kusur yeteneği olmaması halinde suçun cezası artırılarak verilecektir. Bize göre ısrarı oluşturan çok sayıda temas kurma hareketinden yalnızca birinin bile kusur yeteneği olmayan bir kişiye yaptırılması halinde TCK m. 37/2 c. 2 gereğince faile cezası artırılarak verilmelidir.

Yukarıda “*takip etmek için bilişim sistemlerinin kullanılması*” ve “*temas kurmak amacıyla üçüncü kişilerin kullanılması*” hareketleri birlikte değerlendirildiğinde şu soruya yanıt verilmesi gerekir: Fail bizzat kendisi mağdur ile fiziken temasta bulunursa ya da bu amaçla hareket ederse ne olacaktır? Suç tipinde failin fiziken takip etmesi ve temas kurmak amacıyla vasıta kullanılması düzenlenmiştir. Failin yaralama, cinsel saldırı vb. olmadan, fiziksel olarak takip de etmeden, fiziksel olarak temas kurması; örneğin, mağdurun evinin ya da iş yerinin kapısının önünde her sabah bir demet gülle beklemesi ve mağdur geçerken başından aşağı gül yaprakları dökmesi halinde ne olacaktır? Benzer şekilde failin her gün mağdurun iş yerinin önüne gelerek megafonla “seni seviyorum” demesi ve gitmesi halinde bu durum sırf bir “ilan-ı aşk” meselesi olarak mı ele alınacaktır? Maalesef kanun koyucu bu durumu da düşünmemiş ve eksik bırakmıştır. Dolayısıyla “bilişim sistemleriyle takip için belirtmiş olduğumuz hususlar” burası için de geçerlidir. Burada da bir kanun boşluğu vardır ve bu boşluğun doldurulması gerekir. Aslında daha kolay olanı, kanun koyucunun bu şekilde bağlı hareketli bir suç tipi oluşturmak yerine İstanbul Sözleşmesi’nde belirtildiği gibi serbest hareketli bir suç oluşturarak suçun tanımını uygulama ve öğretiyi bırakmasıdır. Ancak anladığımız kadarıyla kanun koyucu suçta ve cezada kanunilik ilkesi ve belirlilik ilkesi gereğince ceza sorumluluğunu çok genişletmeyecek bir düzenleme yapmak istemiş, bu kez de yasal boşlukların oluşmasına sebebiyet vermiştir. Eğer kanun koyucu bu suç tipini oluşturma bakımından hala aynı düşüncede ise yukarıda belirtmiş olduğumuz kanun boşluklarını bir an evvel düzeltmelidir.

e. Netice

Israrlı takip neticeli bir suçtur. Suçun oluşması için yalnızca yukarıda sayılan hareketlerin yapılmış olması yetmez, bu hareketlerin neticesi olarak mağdur üzerinde ciddi bir huzursuzluk oluşması ya da mağdurun kendisinin ya da yakınlarından birinin güvenliğinden endişe duyması gerekir. Suçun oluşumu için bu neticelerden birinin ya da ikisinin birlikte ortaya çıkması gerekir. Neticenin yoğunluğuna göre neticenin haksızlığı da artacağından

bu durum TCK m. 61 uyarınca suçun cezasının belirlenmesi aşamasında dikkate alınmalıdır.

• Mağdur Üzerinde Ciddi Bir Huzursuzluk Oluşması

Neticenin yalnızca huzursuzluk derecesinde kalması yeterli değildir, bunun ciddi bir huzursuzluk seviyesine ulaşması gerekir. İnsan günlük yaşamda hoşlanmadığı ya da kendisine hep kötü haberler veren bir kişinin bir kez aramasından dahi yeri geldiğinde huzursuz olabilmektedir. Ancak bu huzursuzluk genellikle anlık olmakta ya kısa bir sürenin geçmesiyle ya da araya başka olayların ve/veya düşüncelerin girmesiyle bu huzursuzluk anı unutulmaktadır. Dolayısıyla bir sınırlandırma getirilmeksizin her huzursuzluk halinin cezalandırılması ceza sorumluluğunu fazlasıyla genişletebilecektir. Bu nedenle yasa koyucu bize göre yerinde olarak huzursuzluğun ciddi bir seviyede olmasını aramıştır⁵⁰. Huzursuzluk neticesi bakımından bunun ciddi derecede olmasının aranmasını eleştiren muhalefet şerhlerine⁵¹ ve öğretilerdeki görüşlere⁵² katılmadığımızı ifade etmeliyiz. Bu

⁵⁰ 7407 sayılı Kanun'un meclis görüşmeleri sırasında getirilen bazı eleştirilere Adalet Komisyonu tarafından hazırlanan raporda verilen yanıtta bu hususa değinilmiştir: "Suç, sadece hareket suçu olmadığından ısrarlı şekilde kişiyi fiziken takip etmekle, haberleşme, iletişim ve bilişim sistemleri aracıyla iletişim kurmakla suç oluşmayacaktır. Hareketin neticede mağdurda ciddi bir huzursuzluk oluşmasına ya da kendisinin veya yakınlarından birinin güvenliğinden endişe duymasına neden olması gerekecektir. Bu neticenin düzenlenmeden çıkması durumunda ise ceza hukukundaki belirsiz durumu ortaya çıkabilecektir. Belirsizliğin olduğu noktada ise ceza hukuku bir tehdit aracı olarak kullanılmaya başlanmakta ve özgürlükler her zaman tehdit edilir hale gelmektedir". TBMM, Yasama Dönemi 27, Yasama Yılı 5, Sıra Sayısı 323, s. 93, 94.

⁵¹ "Ciddi huzursuzluk" kavramı belirli olmadığı ve uygulamada keyfiğe yol açabileceği gerekçesiyle, Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu çalışmaları sonucunda hazırlanan rapora muhalefet şerhi koyan milletvekilleri Jale Nur Süllü, Suzan Şahin, Candan Yüceer, Aysu Bankoğlu, Gamze Taşcier ve Neslihan Hancıoğlu tarafından eleştirilmiştir: "Teklifin gerekçesinde bu suçun unsurlarından biri olarak ısrarlı takip fiilinin mağdurun üzerinde 'ciddi bir huzursuzluk oluşturma'sı gösterilmektedir. İsrar fiilinin nicelik ve nitelik itibarıyla mağdur üzerinde 'ciddi huzursuzluk oluşturma'sı kavramından ne anlaşılması gerektiği, gerekçede ve teklif maddesinde herhangi bir kistas olmaksızın, hâkimin takdirine bırakıldığı görülmektedir. Bu da, nelerin, neden ve nasıl 'huzursuzluk' verebileceği ve bu huzursuzluğun derecelerinin hangi ölçütlerle ve ne şekilde belirlenebileceği, keyfi uygulamalara yol açabileceği gibi, konuya ilişki hâkime oldukça geniş bir takdir alanı sağlamaktadır. Aynı sorun, ısrarlı takip suçunun ikinci ölçütü olarak gösterilen 'kendisinin veya yakınlarından birinin güvenliğinden endişe duymasına neden olması' konusunda da geçerlidir. Düzenleme, bu haliyle keyfi yorumlara açık görünmektedir." TBMM, Yasama Dönemi 27, Yasama Yılı 5, Sıra Sayısı 323, s. 81.

Bu düzenleme 7407 sayılı Kanun'un meclis görüşmeleri sırasında Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu çalışmaları sonucunda hazırlanan rapora muhalefet şerhi koyan milletvekili Filiz Kerestecioğlu Demir tarafından benzer yönde eleştirilmiştir: "Teklifin gerekçesinde bu suçun oluşabilmesi kriterlerinden biri olarak ısrarlı takip fiilinin mağdurun üzerinde 'ciddi bir huzursuzluk oluşturma'sı gösterilse de 'ciddi huzursuzluk oluşturma'sı kavramından ne anlaşılması gerektiği gerekçede ve teklif maddesinde belirlenen bir kriterin olmaması sebebiyle hâkimin takdirine bırakılmaktadır. Düzenleme bu haliyle keyfi yorumlara açık görünmektedir." TBMM, Yasama Dönemi 27, Yasama Yılı 5, Sıra Sayısı 323, s. 93, 94.

⁵² "Kanaatimizce madde metninde huzursuzluğa ciddi sıfatının eklenmesi yerinde olmamıştır. Madem hareketin tehlikeliliği ile yetinilmeyip bir de zarar sonucu aranıyor, makul bir huzursuzluk ve kaygı düzeyi suçun oluşumu için yeterli görülüyordu. "Ciddi huzursuzluk" ölçütünün suçun uygulanma alanını daraltması yanında, bu ölçütün tespiti de ayrı bir tereddüt noktasıdır. Tereddüt şuradadır: Bu tespit hakim/adli tıp raporuyla mı olacaktır yoksa hâkimin dosya kapsamından ulaşacağı kanaatiyle mi? Bize göre mağdurun beyanı ve hâkimin genel, olağan hayat tecrübesiyle varacağı sonuç yeterli olmalıdır. Ancak süreçte uygulama farklarının ve kanunun murad etmediği işlemlerin doğması muhtemeldir." Özar, s. 1413.

seviyenin nerede belirleneceği ise doğru bir biçimde öğreti ve uygulamaya bırakılmıştır; zira bunun için kanun tarafından belli bir ölçüt konulması hem yasa yapma tekniği bakımından uygun değildir hem de mümkün değildir. Hâkim her somut olayda, failin gerçekleştirdiği hareketi, ortaya çıkan neticeyi ve bu neticenin mağdurda yarattığı etkiyi, gerektiğinde mağdurdaki etkisini ve bunun derecesini uzman bilirkişiden de faydalanmak suretiyle belirleyecektir⁵³.

Nitekim öğretilerde bu suça karakteristiğini veren özelliğin huzursuzluk hali olduğu şu şekilde ifade edilmektedir⁵⁴ :

“Günümüzde ise, eyleme karakteristik özelliğini veren, geçmişte nezaketsizlik olarak kabul edilebilecek davranışların rıza gösterilmemesine karşın tekrarlanması, zamana yayılmak suretiyle ısrarlı bir hale gelmesi ve mağdurda yarattığı korku ve kaygı sonucu günlük hayatını değiştirmesine neden olmasıdır. Mağdur, bu eylemler neticesinde huzursuz olma, sokağa çıkmama, toplu taşıma araçlarına binmeme, cinsel tacize uğrama konusunda endişe duyma, bedenini ve cinselliğini saklama, sosyal hayattan ve iş hayatından çekilme, eğitimi yarıda bırakma, yeni bir duygusal ilişki kuramama, çocuklarının bakımını yürütememe gibi çeşitli ve ağır sonuçlara maruz bırakılmaktadır”.

• Mağdurun Kendisinin ya da Bir Yakının Güvenliğinden Endişe Duyması

Mağdurun kendisinin ya da bir yakının güvenliğinden endişe duyması neticesi açısından belirli bir derece aranmamıştır, mağdurun bu hissiyata kapılması neticenin gerçekleşmesi bakımından yeterli görülmüştür. Bize göre huzursuzluk açısından aranan “ciddi olma” derecesi, bu netice açısından da aranmalıydı. Ancak her ne kadar suç tipinde böyle bir derece aranmamaktaysa da; uygulamada suçun oluştuğunun kabulü için mağdurun güvenlik açısından hissettiği neticenin belli bir seviyede olması yani neticenin haksızlığının cezaya müstahak olma sınırını aşması gerekir. Bu nedenle söz konusu endişenin makul bir seviyeye ulaşması ve bunun her somut olay bakımından hâkim tarafından değerlendirilmesi gerekir.

⁵³ Madde gerekçesinde de bu durumun hâkim tarafından belirlenmesi gerektiği açık bir biçimde ifade edilmektedir: “Ayrıca bu suçun oluşabilmesi için ısrarlı takip failinin mağdurun üzerinde ciddi bir huzursuzluk oluşturmaya ya da kendisinin veya yakınlarından birinin güvenliğinden endişe duymasına neden olması gerekir. Bu durum somut olayda hâkim tarafından belirlenecektir. Bu belirleme yapılırken ısrar failinin nicelik ve nitelik itibarıyla mağdur üzerinde ciddi bir huzursuzluk oluşturmaya ya da kendisi veya yakınlarından birinin güvenliğinden endişe duymasına elverişli olup olmadığına bakılacaktır. Diğer yandan, ısrarlı takip failinde mağdur bizzat kendi güvenliğinden endişe duyabildiği gibi failin ısrarla tekrarlanan bu davranışları nedeniyle yakınlarından birinin güvenliğinden de endişe duyabilmektedir. Fail mağdur üzerinde kurmaya çalıştığı baskı nedeniyle kimi zaman mağdurun yakınlarını da hedef alarak hareket etmektedir. Failin, takip ettiği düşüncesini vermek veya kendisiyle görüşmeye ikna etmek amacıyla mağdurun babasının iş yerine ait fotoğrafları çekip mağdura göndermesi buna örnek gösterilebilir.” TBMM, Yasama Dönemi 27, Yasama Yılı 5, Sıra Sayısı 323, s. 12-14.

⁵⁴ Soygüt, s. 2786.

Bu neticede yer alan “yakınlar” ifadesinden kimlerin anlaşılması gerektiği suç tipinde açıkça tanımlanmamıştır. Bize göre bu ifade geniş yorumlanmalı, mağdurun kendi açısından önemli gördüğü, değer verdiği, başına bir şey geldiğinde herhangi bir kişiye gelecek zarar nedeniyle insan olmaktan kaynaklanan üzüntünün üstünde bir üzüntü duyacağı kişi ya da kişiler bu ifade içerisinde kabul edilmelidir⁵⁵.

Bu suçta hareketten bağımsız netice de arandığı için hareket ile netice arasındaki nedensellik bağının da ortaya konulması gerekir. Dolayısıyla mağdurdaki kaygı ve/veya endişe halinin failin gerçekleştirmiş olduğu hareketler neticesinde ortaya çıkmış olması gerekir. Yoksa mağdur bir başka nedenden ya da kendi ruhsal durumundan dolayı depresyondaysa ya da sürekli bir endişe ve kaygı halinde ise artık bu neticenin failin hareketinden kaynaklandığı söylenemez ve suç oluşmaz.

Düzenlemeyi bu açıdan uygun bulmadığımızı ifade etmeliyiz. Bu suç tipi bir zarar suçu değil, somut tehlike suçu olarak düzenlemeliydi⁵⁶. Failin yaptığı hareketler suçun işlenmesi için yeterli olmalı, bu hareketlerin mağdurda endişe ve kaygıya yol açabilecek nitelikte olması ise objektif cezalandırılabilme şartı olarak düzenlenmeliydi⁵⁷. Suç tipi bu haliyle hali hazırda depresyonda olan ya da ruhsal olarak normalden fazla kaygılı ve endişeli insanlar bakımından adeta işlenemez suç niteliğindedir. Fail tarafından mağdurun böyle bir ruh halinde olduğu savunması yapılması ve bunun ispat edilmesi halinde failin cezalandırılması mümkün değildir, zira netice fail tarafından istenilse de oluş(a)mamaktadır. Oysa gerçek hayatta bu eylemler bu kişilerde normal bir ruh sağlığına sahip olan kişilere göre daha fazla etki gösterebilecek ve belki de kalıcı hasarlar bırakabilecek niteliktedir. Dolayısıyla suç tipinin bu açıdan da bir kez daha gözden geçirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

f. Suçun Nitelikli Hali

Bu suçta üç farklı nitelikli hal aranmakta ve bu hallerden herhangi birinin bulunması halinde suçun cezasının artırılması öngörülmektedir. Buna

⁵⁵ Benzer yönde bkz: Özar, s. 1413.

⁵⁶ Aynı yönde: Soygüt, s. 2804.

⁵⁷ Suç tipinin soyut tehlike suçu olarak mı yoksa somut tehlike suçu olarak mı düzenlenmesi gerektiğine ilişkin bir açıklamaya yer vermemiş olmasına karşın benzer görüşe makalesinde Özar da yer vermiştir: “Suçta aranan netice, mağdurun failin hareketlerinden kaygı ya da endişe duyup duymadığını araştırmayı da gerektirmektedir. Bu durumda, bir bakıma objektif olarak ısrarlı takip oluşturabilecek davranışlar, sırf mağdurun bu hareketler neticesinde huzursuzluk veya endişe duymaması nedeniyle cezasız kalabilecektir. Tehdit suçunda salt tehditte bulunmayı yeterli göyerek zarar tehlikesinin objektif varlığı ile yetinen kanun koyucunun ısrarlı takibe gelince mağdurda ciddi huzursuzluk ya da güvenlik endişesi aramasının, hürriyete karşı suçların amaçsal, tarihsel ve sistematik temelinde de ters düştüğü düşüncesindeyiz. Karşılaştırmalı hukuk da bu düşüncemizi doğrulamaktadır. Avusturya, Çek Cumhuriyeti, Finlandiya, İtalya ve ABD gibi pek çok ülke mevzuatında bu suç tehlike suçu olarak yer almakta, fiilin mağdurda gerçek bir korku (actual fear) yaratması aranmamaktadır.” Özar, s. 1412.

göre suçun temel unsurlarına ek olarak suçun; a) Çocuğa ya da ayrılık kararı verilen veya boşandığı eşe karşı işlenmesi, b) Mağdurun okulunu, iş yerini, konutunu değiştirmesine ya da okulunu veya işini bırakmasına neden olması, c) Hakkında uzaklaştırma ya da konuta, okula veya iş yerine yaklaşmama tedbirine karar verilen fail tarafından işlenmesi, suçun nitelikli halini oluşturmaktadır.

• Suçun Çocuğa Karşı İşlenmesi

Bu nitelikli hallerden çocuk, TCK'nin 6. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre 18 yaşın altında olan herkes (19'dan gün almamış) çocuk sayılır. Mağdur, evlenme vb. bir nedenle Medeni Hukuk bakımından ergin kılınsa da eğer suçun işlendiği tarihte 18 yaşın altında ise ceza hukuku bakımından çocuk kabul edilir ve fail hakkında suçun nitelikli hali uygulanır. Failin, mağduru 18 yaşından büyük zannederek suçu işlemesi ancak mağdurun gerçekte 18 yaşından küçük olması halinde ise fail hakkında suçun nitelikli hallerinde hata düzenlemesinin (TCK m. 30/2) uygulanması söz konusu olabilir.

• Suçun Ayrılık Kararı Verilen veya Boşandığı Eşe Karşı İşlenmesi

Suçun ayrılık kararı verilen veya boşandığı eşe karşı işlenmesi bir başka nitelikli haldir. Uygulamada özellikle bu hukuki statüde olan kişiler arasından erkekten kadına yönelik ölüme varıncaya kadar çeşitli ağırlıkta şiddet uygulandığı sıklıkla görülmektedir. Kanun koyucu bu hususu dikkate alarak bunu nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Kanun'un bu düzenlemesi sınırlayıcı niteliktedir, çünkü bu nitelikli hal yalnızca Medeni Kanun'a göre haklarında ayrılık ya da boşanma kararı verilmiş kişilerden biri diğerine karşı bu suçun işlenmesi uygulanabilir.

Uygulamadan ve haberlere yansıyan olaylardan bilinmektedir ki, ısrarlı takip suçunun bu şekilde işlenmesi için fail ile mağdur arasında sonlanmış olsa da bir evlilik bağının ya da ayrılık kararının bulunması gerekmez. Tarafların arasında evlilik bağı bulunmasa da birlikte yaşama, sevgili olma, çıkma ya da hoşlanma gibi duygusal ve/veya cinsel bir birlikteliğin olması mümkündür⁵⁸. Kamuoyuna yansıyan olaylarda, özellikle kadın cinayetlerinde, taraflar arasında evlilik bağı olmasa da kadına yönelik şiddetin gerçekleştiği söz konusu eylemlerde şiddet boyutuna varmadan ya da şiddetle birlikte ısrarlı takip eyleminin de var olduğu görülmekte ve bu hususlar mahkeme kayıtlarına da girmektedir. Hatta kimi zaman bu tür ısrarlı takip eylemleri henüz boşanma sürecinde olan ancak haklarında ayrılık kararı verilmemiş kişiler arasında da görülmektedir. Eğer bu suç tipiyle elde edilmek istenen amaçlardan birisi kadına yönelik her türlü şiddetin önüne geçilmesi ise bu nitelikli hal her türlü ilişki çeşidi düşünülerek kaleme

⁵⁸ Aynı yönde bkz: Özar, s. 1418.

alınmalıdır. İlişkinin varlığı konusunda ise ispat zorluğu çekilmeyecektir, zira tanık veya taraflar arasındaki yazışmalar ya da görüntüler bir ilişkinin varlığını kanıtlama bakımından yeterli olacaktır. Dolayısıyla bu nitelikli halin mahkeme tarafından ayrılık kararı verilmiş ya da boşanmış eşle sınırlanması yerinde olmamıştır⁵⁹.

• Suçun, Mağdurun Okulunu, İş Yerini, Konutunu Değiştirmesine ya da Okulunu veya İşini Bırakmasına Neden Olması

Suç tipinde düzenlenen bir diğer nitelikli hal failin işlemiş olduğu suçun neticesinde mağdurun okulunu, iş yerini, konutunu değiştirmesine ya da okulunu veya işini bırakmasına neden olmasıdır. Görüldüğü üzere bunlar suçun oluşumu için gerekli olan ciddi huzursuzluk ve güven endişesinin yanında mağdur üzerinde etki gösteren ek neticelerdir⁶⁰. Bunlar, suçun neticesinden mağdurun gerçekten etkilendiğini göstermesi açısından önemli olduğu gibi, bu hususların ispatı da kolaydır. Dolayısıyla bu etkilere ya da ek neticelere suçun nitelikli unsuru olarak yer verilmesi yerinde olmuştur.

⁵⁹ Bu nitelikli hal bizimkine benzer gerçeklerle, Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu çalışmaları sonucunda hazırlanan rapora muhalefet şerhi koyan milletvekilleri Jale Nur Süllü, Suzan Şahin, Candan Yüceer, Aysu Bankoğlu, Gamze Taşcier ve Neslihan Hancıoğlu tarafından eleştirilmiştir: “Ayrıca, bu suçun öznelinin sadece ayrılık kararı verilmiş ve boşandığı eş ile sınırlanması da bu konuda mağduriyet yaşayan kadınlar arasında da medeni hal ayrımcılığına yol açmaktadır... Nitelikli hallerin bu şekilde tahdidi olarak sınırlandırılması, suçun elektronik iletişim araçları ile işlenmesi veya evlilik bağı haricinde kurulan ilişki dolayısıyla işlenmesi gibi, durumlara ilişkin bir nitelikli hal düzenlenmesi düşünülmemesi nedeniyle başka bir sorun da oluşturmaktadır... Ayrıca ısrarlı takipte, suçunun nitelikli halleri tahdidi bir şekilde sıralanmıştır. Bu durum, nitelikli haller arasında sayılmayan, örneğin takibin, ayrılık kararı verilen ya da boşanılan eşe karşı işlenmesi halinde, farklı ceza alt sınırı öngörmesi sebebiyle yeni sorunlar doğuracaktır. Bu bakımdan, ısrarlı takibin nitelikli hallerinin tahdidi sayımı medeni hal ayrımcılığı oluşturabileceğinden, doğru bir yaklaşım değildir. Bu nedenle yapılacak düzenlemenin kapsamı ‘çocuğa ya da aralarında aile bağı veya ilişki bulunup bulunmadığına bakılmaksızın kadına karşı’ olarak düzenlenmelidir”. TBMM, Yasama Dönemi 27, Yasama Yılı 5, Sıra Sayısı 323, s. 75, 81, 82.

Bu nitelikli hal yukarıdakilere benzer şekilde, Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu çalışmaları sonucunda hazırlanan rapora muhalefet şerhi koyan milletvekili Filiz Kerestecioğlu Demir tarafından da eleştirilmiştir: “Yine teklifi göre, İsrarlı Takip Suçunun; yalnızca çocuğa ya da ayrılık kararı verilen veya boşanılan eşe karşı işlenmesi durumunda nitelikli hal olarak düzenlenmesi kadınların resmi, nikâhlı olmadıkları partnerlerinden, aile bireylerinden ya da daha önce hiç tanımadıkları ve karşılaşmadıkları kişiler tarafından gördükleri şiddeti kapsam dışında bıraktığı için eksik bir düzenlemedir. Kadınlara yönelik işlenen İsrarlı Takip Suçunda, nitelikli hallerin kadınların geleneksel rollerine atıfla belirlenmesi, geleneksel rollere uymayan ve fakat İsrarlı Takip Suçuna maruz kalan kadınları bir kere daha mağdur edecek ve bu ayrımcı tutum ortaya yeni sorunlar çıkaracaktır.” TBMM, Yasama Dönemi 27, Yasama Yılı 5, Sıra Sayısı 323, s. 93, 94.

Adalet Komisyonu Raporuna karşı milletvekilleri Süleyman Bülbül, Rafet Zeybek, Alpay Antmen, Turan Aydoğan ve Tufan Köse tarafından yazılan muhalefet şerhinde de bu hususa yer verilmiştir: “...Suçun kapsamının sadece ayrılık kararı verilen veya boşandığı eş ile sınırlı tutulması da kadınlar arasında ayrımcılık yapmaktadır. Bu nedenle maddenin ilgili kısmının ‘aile bağı veya ilişki bulunup bulunmadığına bakılmaksızın kadına karşı’ şeklinde yazılması yerinde olacaktır”. TBMM, Yasama Dönemi 27, Yasama Yılı 5, Sıra Sayısı 323, s. 121.

⁶⁰ Nitekim madde gerekçesinde bu nitelikli hal şu şekilde açıklanmıştır: “Ayrıca, ısrarlı takibe konu fillerin tekrarlanmasına bağlı olarak mağdurun günlük hayatının alışılmış, tekrar eden gereklerini yerine getirmekte zorluk çekmesi nedeniyle olağan yaşamında ciddi değişiklikler yapmak zorunda kalması, bu kapsamda okulunu, işyerini, konutunu değiştirmesi ya da okulunu veya işini bırakması suçun cezayı ağırlaştırıcı bir hali olarak kabul edilmektedir.” TBMM, Yasama Dönemi 27, Yasama Yılı 5, Sıra Sayısı 323, s. 12-14.

• Suçun Hakkında Uzaklaştırma ya da Konuta, Okula veya İş Yerine Yaklaşmama Tedbirine Karar Verilen Fail Tarafından İşlenmesi

6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 5/1, b ve c maddesi gereğince fail hakkında hâkim tarafından uzaklaştırma ya da konuta, okula veya işyerine yaklaşmama kararı verilmesine rağmen failin ısrarlı takip suçunu işlemesi halinde faile cezası artırılarak verilir. Uygulamanın içinde olup bu konuda bir makale yazan Özar, 6284 sayılı Kanun gereğince verilen tedbir kararlarının yüzbinlerle ifade edildiğini, dolayısıyla ısrarlı takip suçunun en sık uygulanacak nitelikli halinin bu bentte düzenlenen hal olduğunu ifade etmektedir⁶¹. Özar ayrıca, 6284 sayılı Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen diğer tedbirlere hükmedilmesine rağmen ısrarlı takip suçunun işlenmesinin, suçun nitelikli hali olarak düzenlenmemesini eleştirmektedir. Biz de yazarın bu görüşüne katılıyoruz.

• Eksik Nitelikli Unsur: Nefret Saiki

İsrarlı takip suçu, mağdurun belirli bir gruba mensup olması nedeniyle de sıklıkla işlenmektedir. Buna kanunda yer verilmemesi önemli bir eksikliklerdir. Her ne kadar bu eylemlerin ceza kanununda suç tipi olarak düzenlenmesi özellikle kadına yönelik şiddetin ön aşaması olması gerekçesine dayanmaktaysa da ülkemiz de dâhil birçok ülkenin toplumunda bir şekilde toplumun geri kalanına göre zayıf ya da farklı olan kişilere karşı nefret saikiyle bu tür suçların işlendiği bilinen bir gerçektir.

Kadınlardan sonra bu tür eylemlere en çok maruz kalanlar LGBT bireylerdir. Ancak eylemin bu kişilere karşı işlenmesi suçun nitelikli hali olarak düzenlenmemiştir. Benzer biçimde cinsiyet, cinsel yönelim, engellilik, etnik, dini, siyasi ve felsefi düşünce gibi bir gruba ait olmak nedeniyle dezavantajlı durumda olduğu görülen bireylere karşı bu suçun işlenmesi suçun nitelikli hali olarak düzenlenmelidir. Nitekim İtalyan CK m. 612 bis 2'de düzenlenen bu suç için söz konusu nitelikli hale yer verilmiştir⁶². Bu nefret söylemlerinin bastırılması için de iyi bir yöntemdir.

TCK'de bu nitelikli hale yer verilmemesi politik ve bilinçli bir tercihtir. Ülkemizde hala farklılıkların bir zenginlik olduğu, insanların istediği gibi yaşayabilecekleri ve düşünebilecekleri; bu farklılıkların kendini siyaset, din, felsefi düşünce, cinsel yaşam ve gündelik yaşamda kendini gösterebileceği ne toplumun büyük bir kısmında ne de siyaset ve bürokraside anlaşılabilmiştir. Özellikle siyasi söylemlerde "homofobik düşünce" ön plana çıkarılmakta ve bu insanlara karşı bir nefret dili kullanılmaktadır. Oysa hiç kimse, bizim, bir başkasının ya da siyasi iktidarın istediği gibi

⁶¹ Özar, s. 1419.

⁶² Soygüt, s. 2807.

yaşamak zorunda değildir. Ayrıca hiç kimse düşüncelerini ve yaşam şeklini açıklamak veya saklamak zorunda da değildir. Kişinin düşündüğünü, giyim şeklini ve iç dünyasında hissettiğini dış dünyaya yansıtması o kişinin ifade özgürlüğü kapsamındadır ve koruma altındadır. Bu bireylerin ifade özgürlüğünün korunması ise laik, demokratik bir hukuk devleti bakımından pozitif bir yükümlülüktür. Dolayısıyla Anayasasında bu özelliklere sahip olduğu açıkça belirtilen ülkemiz açısından da dezavantajlı gruplara ya da bireylere karşı nefret saikiyle ısrarlı takip suçunun işlenmesi suçun nitelikli hali olarak düzenlenmeli, böylelikle devlet bu konuda üzerine düşen pozitif yükümlülüğü yerine getirmelidir.

B. Tipikliğin Manevi (Sübjektif) Unsuru

Bu suçun manevi unsuru kasttır. Kanun koyucu ısrarlı takip suçunun hangi amaçla ya da saikle işlendiğini suçun oluşması bakımından aramamıştır⁶³. Bu, bize göre de doğru bir düzenlemedir. Bu suçun oluşumu açısından failin amacı ya da saiki değil, mağdurun gördüğü zarar önemlidir. Suçun temel halinin gerçekleşmesi için suç işleme kastının yanı sıra amaç ve saik unsurunun aranması suçun tipikliğinin gerçekleşmesini zorlaştırmaktadır. Bu suç özelinde böyle bir unsurun aranması suçun oluşumunu da zorlaştıracığından özellikle kadının korunması amacına zarar verebilecek niteliktedir, dolayısıyla manevi unsurun bu şekilde düzenlenmiş olması yerinde bir tercih olmuştur. Ayrıca bu suçun taksirle işlenmesi hem kanunun düzenlemesi gereği hem hukuk mantığı gereği mümkün değildir.

IV. Hukuka Aykırılık Unsuru

Bu suç hukuka aykırılık unsuru açısından bir özellik göstermez. Kişinin, özellikle bir suç soruşturması nedeniyle takip edilmesi halinde suç oluşmayacaktır. Örneğin, kişinin kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kolluk güçleri tarafından ısrarlı şekilde takip edilmesi ya da kişinin yakalanması amacıyla bu kişiyle ısrarlı bir biçimde temas kurmaya çalışılması halinde CMK'dan kaynaklanan bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı nedeniyle suç oluşmaz.

V. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

A. Teşebbüs

İsrarlı takip suçu neticeli bir suç olduğu için teşebbüse elverişlidir. Hareketin tamamlanıp neticenin gerçekleşmemesi halinde ya da hareketin yarım

⁶³ Bu husus madde gerekçesinde de ifade edilmiştir: “Kanunun 123 üncü maddesinde düzenlenen “kişilerin huzur ve sükununu bozma” suçundan farklı olarak, ısrarlı takip suçunda failin “sırf huzur ve sükununu bozma maksadıyla” hareket etmesi aranmamaktadır. İsrarlı takip suçunun oluşabilmesi için failin kasten hareket etmesi yeterlidir. Failin ısrarlı takip fiilini hangi maksatla gerçekleştirdiğinin suçun oluşması bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Failin mağdurla temas kurma veya kendisini hissettirme çabası, duygusal nedenlerden kaynaklanabileceği gibi, yine duygusal nedenlere bağlı olarak mağduru korkutmak ya da baskı altına almak amacıyla da gerçekleştirilebilir.” TBMM, Yasama Dönemi 27, Yasama Yılı 5, Sıra Sayısı 323, s. 12-14.

kalması halinde suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilir.

Bu suç tipi açısından bunlardan ilkinin gerçekleşmesi hem mümkündür hem de bunun ispatı kolaydır. Örneğin, failin mağduru ısrarlı bir şekilde fiziken takip etmesi ya da tipiklikte sayılan yöntemlerle mağdurla temasa geçmeye çalışması ancak mağdurun bundan huzursuz olmaması ya da endişeye kapılmaması halinde suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilir. Örneğin, failin ısrar derecesine varan hareketlerini gerçekleştirmesi ve failin bundan huzursuz olmasına rağmen huzursuzluğun ciddi boyuta ulaşmaması halinde netice gerçekleşmiş olmayacağı için suç teşebbüs aşamasında kalmış olur⁶⁴.

Burada esas dikkat edilmesi gereken nokta hareketin yarıda kalması halidir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere bu suçun hareket unsurunun gerçekleşmesi için suç tipinde gösterilen hareketlerin ısrarla yapılması gerekir. Eğer hareketlerin sıklığı ya da süresi ısrar boyutuna ulaşmamış ise zaten suçun hareket unsuru oluşmayacağı için tipiklik de oluşmayacak böylelikle teşebbüs de gerçekleşmeyecektir. İsrar etme unsurunun gerçekleştiği andan itibaren yapılan hareketler ise suçun oluşumu açısından bir etki göstermeyecek bunlar haksızlık içeriğinin artması nedeniyle somut cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Dolayısıyla bir kere ısrar etmek gerçekleştikten sonra failin planladığı sonraki hareketlerin gerçekleşmeyip yarıda kalmasının suçun oluşumu açısından bir önemi yoktur. Dolayısıyla bu suçun teşebbüs aşamasında kaldığının kabul edilebilmesi için tek seçenek hareketin tamamlanıp neticenin gerçekleşmemesi halidir.

B. İştirak

Bu suçun işleniş bakımından iştirakin her türü söz konusu olabilir. Suç müstakil fail tarafından işlenebileceği gibi, müşterek failer tarafından da işlenebilir. Suça azmettiren veya yardım eden olarak katılmak da mümkündür.

Failin, suçun ikinci seçimlik hareketi olan üçüncü kişileri kullanmak suretiyle temas kurma şeklinde suçu işlemesi halinde üçüncü kişinin bir suçun işlendiğinde araç olarak kullanıldığını “bilmemesi” gerekir. Eğer üçüncü kişi, ısrarlı takip hareketlerinin gerçekleştirildiğini ve kendisinin temas kurmak adına araç olarak kullanıldığını biliyorsa artık bu durum üçüncü kişinin de suça iştirak etme iradesinin var olduğunun kabul edilmesini gerektirir. Bu durumda üçüncü kişinin gerçekleştirdiği hareketlerin niteliğine ve suça katkısının düzeyine bakılarak müşterek fail ya da suça yardım eden olarak kabul edilmesi gerekir. Bağlılık kuralı gereği (TCK m. 40) suça iştirak edenlerin sorumluluğu faile göre belirleneceğinden failin

⁶⁴ Özar, s. 1413.

hareketlerinin ancak ısrar hareketini de içermesi halinde suça iştirak eden cezalandırılabilir. Dolayısıyla şerik yalnızca tek bir hareketi suça iştirak etmek amacıyla yapmış olsa da failin hareketlerinin tamamının ısrar etme unsurunu gerçekleştirmesi halinde bağıllık kuralı gereği suça iştirak ettiği kabul edilmelidir. Nitekim TCK'nin 40. maddesinde de suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı bir fiilin varlığının yeterli olduğu belirtilmektedir. Bu suç bakımından failin davranışının kasten ve hukuka aykırı olması ve tipikliği sağlaması halinde şerik de bundan sorumlu olacaktır. Aksi halde failin her bir temas kurma hareketinde farklı bir kişiyi kullanması ve kullanılan kişinin suça iştirak etme iradesi bulunmasına karşın, şerikte ısrar etme unsuru gerçekleşmediği söylenerek sorumluluğuna gidilemeyecektir. Bu ise hem suça iştirak de bağıllık kuralına hem de adalet anlayışına aykırılık oluşturacaktır.

Suçun temel hali herkes tarafından işlenebilir. Suçun nitelikli hallerinden olan “*ayrılık kararı verilen veya boşandığı eşe karşı işlenmesi*” halinde kararın muhatabı olan eş bakımından; “*hakkında uzaklaştırma ya da konuta, okula veya iş yerine yaklaşmama tedbirine karar verilen fail tarafından işlenmesi*” halinde bu kararın muhatabı olan kişi tarafından suçun işlenmesi halinde görünüşte özgü suç söz konusudur. Dolayısıyla suçun müşterek faillik şeklinde işlenmesi halinde yukarıda belirtilen özellikleri haiz fail suçun nitelikli halinden, bu kararların muhatabı olmayan fail ise suçun temel halinden sorumlu olacaktır.

Öte yandan suça iştirak halinde ise şeriklerin sorumluluğu bağıllık kuralı gereğince failin sorumluluğuna göre belirlenecektir.

C. İçtima

İlk bakışta ısrarlı takip suçu ile diğer suçlar arasında içtima ilişkisinin ortaya çıkabileceği düşünülse de konu incelemeye başlandığında içtima sorunlarının kolaylıkla ortaya çıkmayacağı görülmektedir.

Öncelikle ısrarlı takip açısından zincirleme suçun ortaya çıkması güçtür. Zira zincirleme suçun tanımında yer alan aynı suçun birden fazla kez aynı mağdura yönelik işlenmesi, ısrarlı takibin “ısrar etme” hareketinin bizatihi kendisidir. Dolayısıyla ısrarın kesintisiz hareketle değil de, aynı veya farklı seçimlik hareketlerin ısrarlı olarak yani birden fazla kez farklı zamanlarda yapılması halinde zaten bu durum suçun maddi unsurunu oluşturacaktır. Dolayısıyla ayrıca fail hakkında TCK m. 43/1 uygulanarak cezanın artırılmasına gerek yoktur. Ancak failin aynı mağdura karşı aradan uzunca bir zaman geçtikten sonra tekrar hareketlerine devam etmesi ve bu esnada fail hakkında bu suçtan şikâyette bulunulması halinde artık yeni eylemler farklı bir suç oluşturacağından zincirleme suçun oluştuğu düşünülebilir. Fail hakkında mahkûmiyet kararı verildikten sonra benzer hareketlerin

tekrar yapılması halinde ise artık bunlar tamamen farklı suçlar kabul edilir ve zincirleme suç hükmü uygulanmaz⁶⁵. Bu durumda her bir suçtan ayrı ayrı ceza verilir.

Failin ısrarlı takip suçunu işlerken aynı zamanda hakaret, tehdit ya da hürriyeti kısıtlama gibi başka suçları da işlemesi halinde bunlar farklı hareketlerin neticesi oldukları ve farklı suç normlarını ihlal ettikleri için her biri ayrı ayrı değerlendirilir⁶⁶. Dolayısıyla burada aynı neviden fikri içtima hükmü (TCK m. 44) uygulama alanı bulmaz.

Öte yandan failin tek bir ısrarlı takip hareketiyle aynı anda birden fazla kişiye karşı suçu işlemesi halinde; örneğin, ikiz kardeşlerin fiziken takip edilmesi ya da iki ev arkadaşıyla ısrarla aynı kişi üzerinden temas kurulmaya çalışması gibi hallerde aynı neviden farklı içtimanın (TCK m. 43/2) gerçekleşmesi mümkündür.

TCK m. 123/A'da düzenlenen ısrarlı takip suçu, m. 123'te düzenlenen kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçuna göre asli norm niteliğindedir. Nitekim maddenin gerekçesinde de bu husus; *“İsrarlı takip suçu, 123 üncü maddede yer alan suçun özel bir şeklini oluşturmaktadır. Böylelikle, bu suçun olduğu durumlarda 123 üncü madde uyarınca işlem yapılamayacaktır”* denilmek suretiyle açıkça belirtilmiştir⁶⁷. Dolayısıyla bir hareketin hem TCK m. 123 hem de m. 123/A'yı oluşturması halinde, asli normun tali norma göre önceliği ilkesi gereğince, öncelikle 123/A uygulanacak, bu maddenin uygulanmadığı hallerde m. 123 uygulanacaktır.

VI. Yaptırım, Soruşturma ve Kovuşturma

Bu suçun temel hali için altı aydan iki yıla kadar hapis, nitelikli hali için ise bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Cezalar, görece düşük olduğu gerekçesiyle kanunun yapım aşamasında ilgili komisyonlarda çokça eleştirilmiştir⁶⁸. Biz cezayı belirlemeyi haksızlığın toplumdaki karşılığını

⁶⁵ Benzer yönde bkz: Özar, s. 1420, 1421.

⁶⁶ Bu husus madde gerekçesinde de ifade edilmiştir: “Belirtmek gerekir ki, ısrarlı takip suçunun işlenmesi sırasında mağdura yönelik gerçekleştirilen fiillerin başka bir suç oluşturması halinde fail, suç teşkil eden bu fiillerden de cezalandırılabilir. Örneğin, ısrarlı takip fiili kapsamında mağdura yönelik gerçekleştirilen hareketlerden bir veya birden fazlasının hakaret veya tehdit suçunu oluşturması durumunda ısrarlı takip suçunun yanı sıra işlenen bu suçlardan dolayı da fail ayrıca cezalandırılabilir.” TBMM, Yasama Dönemi 27, Yasama Yılı 5, Sıra Sayısı 323, s. 12-14.

⁶⁷ Bu iki suçun netice bakımından da farklı olduğu madde gerekçesinde ifade edilmiştir: “Yine ısrarlı takip suçu, zarar suçu olarak düzenlendiğinden, tehlike suçu olarak düzenlenmiş olan 123 üncü maddedeki suçtan ayrılmaktadır.” TBMM, Yasama Dönemi 27, Yasama Yılı 5, Sıra Sayısı 323, s. 12-14.

⁶⁸ 7407 sayılı Kanun'un meclis görüşmeleri sırasında Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu çalışmaları sonucunda hazırlanan rapora muhalefet şerhi koyan milletvekilleri Habip Eksik ve Serpil Kemalbay Pekgözegü tarafından şu eleştiriler getirilmiştir: “Teklifte ısrarlı takip suçu için öngörülen 6 aydan 2 yıla ve nitelikli halinde 1 yıldan 3 yıla olarak belirlenen hapis cezaları caydırıcı nitelikte değil. Uygulamada ertelemeye tabi olan bu süreler failin cezaevine bile girmemesini ve cezasızlığın devam etmesini getiriyor. Kağıt üstünde olan bir yasal

ölçme, toplumun talepleri dikkate alma ve penaloji (cezalandırma/yaptırım) biliminin verileriyle hareket etme şartıyla kanun koyucunun takdirinde görüyoruz. Benimsediğimiz yaptırım teorisi ışığında cezanın hafifliği ya ağırlığının değil, gerçekten uygulanıp uygulanmamasının etkili ve caydırıcı olduğunu, miktarı ne olursa olsun gerçekten ve mutlaka uygulanan cezaların toplum üzerinde etkili olduğunu; ancak bu halde cezalandırmanın genel ve özel önleme amaçlarına hizmet edeceğini düşünüyoruz. Dolayısıyla ülkemizde yürürlükte olan infaz kanunları ve infaz rejimi düşünüldüğünde bu cezaların azlığından değil, “uygulan(a)maması nedeniyle” caydırıcı nitelikte olmadıklarını düşünüyoruz⁶⁹.

Bu suçun hem temel halinin hem de nitelikli halinin soruşturması ve kovuşturması şikâyete tabidir⁷⁰. Dolayısıyla mağdur ve/veya suçtan

düzenleme uygulamada etkili bir çözüm sunmaktan uzak görünmektedir.” TBMM, Yasama Dönemi 27, Yasama Yılı 5, Sıra Sayısı 323, s. 48

7407 sayılı Kanun’un meclis görüşmeleri sırasında söz konusu suçla ilişkin ceza miktarı, Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu çalışmaları sonucunda hazırlanan rapora muhalefet şerhi koyan milletvekilleri Jale Nur Süllü, Suzan Şahin, Candan Yüceer, Aysu Bankoğlu, Gamze Taşcier ve Neslihan Hancıoğlu tarafından şu şekilde eleştirilmiştir: “... Bugüne kadar TCK’nin 96’ncı ve 123’üncü maddelerinin etkili bir şekilde uygulanmaması ve düzenlenen yeni madde ile belirtilen alt sınırın TCK 96 ve 123’de belirlenen alt sınırdan daha düşük belirlenmesi ısrarlı takip düzenlemesini gerçekçi olmaktan çıkarmaktadır.” TBMM, Yasama Dönemi 27, Yasama Yılı 5, Sıra Sayısı 323, s. 75. Aynı milletvekilleri: “Teklifte ısrarlı takip suçu için öngörülen ceza 6 aydan 2 yıla kadardır. Suçun nitelikli halinde cezalar 1 yıldan 3 yıla çıkmaktadır. Ceza erteleme kapsamında olan bu süreler, failin cezaevine bile girmeden ısrarlı takibe, suç işlemeye devam etmesi sonucunu doğuracak sürelerdir. Bu da, caydırıcı olmanın tersine, kamuoyundaki cezasızlık algısını pekiştirecek bir başka tehlikedir. Öte yandan, İstanbul Sözleşmesi’nde benzer bir kavram olan ‘taciz amaçlı takip’ başlıklı 34’üncü maddesi ile 45’inci maddesindeki düzenlemeler dikkate alınarak, etkili, orantılı ve caydırıcı cezalarla cezalandırılması için, gerekli yasal veya diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir.” TBMM, Yasama Dönemi 27, Yasama Yılı 5, Sıra Sayısı 323, s. 81, 82.

Adalet Komisyonu Raporuna karşı milletvekilleri Süleyman Bülbül, Rafet Zeybek, Alpay Antmen, Turan Aydoğan ve Tufan Köse tarafından yazılan muhalefet şerhinde de bu hususa yer verilmiştir: “... Teklifte öngörülen alt sınırın altı ay ile sınırlandırılması ısrarlı takip fiili konusunda bugüne kadar işletilen Türk Ceza Kanunun ve 96’ncı ve 123’üncü maddelerinde belirtilen ceza miktarının çok altında olmakla birlikte, caydırıcılıktan da oldukça uzaktır. Bu nedenle ceza sınırı ‘4 yıldan 6 yıla kadar hapis cezası verilir.’ şeklinde olmalıdır.” TBMM, Yasama Dönemi 27, Yasama Yılı 5, Sıra Sayısı 323, s. 121.

⁶⁹ Nitekim 7407 sayılı Kanun’un meclis görüşmeleri sırasında Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu çalışmaları sonucunda hazırlanan rapora muhalefet şerhi koyan milletvekili Filiz Kerestecioğlu Demir tarafından da benzer yönde bir eleştiri getirilmiştir: “Ayrıca teklif edilen ceza artırımları mevcut infaz düzenlemeleri nedeniyle yeterli olmayıp suçun cezasızlıkla sonuçlanacağı gerçeğini yine değiştirmemektedir... Temel şekli ve nitelikli halleri ile beraber İsrarlı Takip Suçu daha kapsayıcı bir şekilde tanımlanmalı, infazın ertelenmesine imkân tanımayacak şekilde ceza artırımları yapılmalı ve işlendiği takdirde bir kamu davası haline getirilmelidir”. TBMM, Yasama Dönemi 27, Yasama Yılı 5, Sıra Sayısı 323, s. 93, 94.

⁷⁰ Suçun takibi şikâyete bağlı bir suç olarak düzenlenmesi 7407 sayılı Kanun’un meclis görüşmeleri sırasında, Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu çalışmaları sonucunda hazırlanan rapora muhalefet şerhi koyan milletvekilleri Jale Nur Süllü, Suzan Şahin, Candan Yüceer, Aysu Bankoğlu, Gamze Taşcier ve Neslihan Hancıoğlu tarafından şu şekilde eleştirilmiştir: “Öte yandan, suçun çocuklara karşı işlenmesi hali de içinde olmak üzere, ısrarlı takip suçunun nitelikli hallerinin bile kamu davası olarak düzenlenmemesi de ciddi bir sorundur. Örneğin, mağdurun okulunu, işyerini, konutunu değiştirmesine ya da okulunu veya işini bırakmasına neden olması; hakkında uzaklaştırma ya da konuta, okula veya işyerine yaklaşmama tedbirine karar verilen fail tarafından işlenmesi halinde bile, suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olacaktır. İsrarlı takip gibi tekrarlayan ve sistematik bir hal almış

zarar görenin fail ve fiili öğrendikten veya bildikten itibaren altı aylık hak düşümü süresinde şikâyetçi olması gerekir (TCK m. 73/2). Suçun kesintisiz işlenmesi halinde bu süre kesintinin gerçekleştiği andan itibaren başlar. Eylem gerçekleşikten sonra şikâyetten feragat edilmesi ya da şikâyet gerçekleşikten sonra şikâyetten vazgeçilmesi halinde soruşturma aşamasında soruşturmaya yer olmadığına ya da kovuşturmayaya yer olmadığına, kovuşturma aşamasında ise davanın düşmesine karar verilir. Usulüne uygun yapılmış feragatten ya da vazgeçmeden vazgeçme mümkün değildir. Şikâyetin bütünlüğü ilkesi gereğince tek bir fail hakkında şikâyetle bulunulması halinde bu tüm fail ve şeriklere sirayet eder, bu nedenle tek kişi hakkında şikâyetle bulunulması mümkün değildir. Suçun özellikle nitelikli hallerinin şikâyete bağlı olmasının suç politikası bakımından elde edilmek istenen sonuçla uyumlu olmadığını (İtalyan CK m. 612 bis – 4’te nitelikli haller resen soruşturma ve kovuşturmayaya tabidir), daha iyi bir yöntem olarak Almanya örneğinde (Alman CK § 238/VI) olduğu gibi bu konuda savcılara soruşturmayı resen yürütüp yürütmeme konusunda takdir hakkı tanınması gerektiğini düşünüyoruz⁷¹.

Israrlı takip suçu uzlaştırma kapsamında değildir (CMK m. 253/3). Muhakemenin başlaması şikâyete bağlı tutulmuşsa da kanun koyucu bu suçu bilinçli olarak uzlaştırmaya tabi tutmamıştır⁷². Bu düzenleme İstanbul Sözleşmesi’nin 48. maddesiyle de uyumludur. Israrlı takip suçundan şikâyetle bulunulması sonucunda şartların bulunması halinde Cumhuriyet savcısı tarafından kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmesi mümkündür (CMK m. 171).

Suçun temel hali, cezanın miktarına bağlı olarak tutuklama yasağına tabidir (CMK m. 100/4). Suçun temel halinden ceza verilmesi halinde ya da suçun nitelikli halinden verilen cezanın iki yılın altında olması durumunda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına (CMK m. 231/5) ve cezanın

şiddet suçunun, kesinlikle kamu davası konusu olmalı, şikâyete tabi olmaksızın re’sen soruşturmasının mümkün olması gerekmektedir”. TBMM, Yasama Dönemi 27, Yasama Yılı 5, Sıra Sayısı 323, s. 81. 7407 sayılı Kanun’un meclis görüşmeleri sırasında getirilen bu eleştiriye Adalet Komisyonu tarafından hazırlanan raporda şu şekilde yanıt verilmiştir: “Somut olayın durumuna göre bazı durumlarda resen takibin de sorunlar oluşturabildiği ve şikâyete tabi tutmanın bir nevi mağdurun süreç üzerindeki egemenliğini tanımak anlamına geleceği dikkate alındığında, suçun soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyete bağlı kılınması sorun teşkil etmeyecektir.” TBMM, Yasama Dönemi 27, Yasama Yılı 5, Sıra Sayısı 323, s. 93, 94.

⁷¹ “Böylesi bir model toplumsal cinsiyet eşitliğinin bulunmadığı ülkelerde cezasızlığın önüne geçilmesi bakımından oldukça etkin bir işlev görecektir. Hukukumuz bakımından da ısrarlı takip düzenlemesinde kamu yararı ölçütü ile savcıya takdir yetkisi verilmeli, bununla birlikte savcılar genel olarak kadına yönelik şiddetin soruşturulması konusunda eğitime tabi tutulmalıdır”. Soygüt, s. 2809.

⁷² Bu husus madde gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir: “Maddenin üçüncü fıkrasıyla, mukayeseli hukuktaki genel uygulama dikkate alınarak, suçun soruşturulması ve kovuşturulmasının mağdurun şikâyetine bağlı olduğu kabul edilmektedir. Ancak, maddede düzenlenen suç, Teklifler 5271 sayılı Kanununun 253 üncü maddesinde yapılması öngörülen değişikliklerle uzlaştırma kurumunun kapsamı dışında bırakılmaktadır.” TBMM, Yasama Dönemi 27, Yasama Yılı 5, Sıra Sayısı 323, s. 12-14.

ertelenmesine (TCK m. 51/1) karar verilebilir. Sonuç cezanın bir yıl veya daha az süreli hapis cezası olması halinde bunun seçenek yaptırıma çevrilmesi mümkündür (TCK m. 50/1).

CMK m. 286/2 gereğince ısrarlı takip suçunun ister temel halinden ister nitelikli halinden ceza verilsin, kanunda belirtilen ceza miktarı bakımından yargılamayı yapacak asliye ceza mahkemesi kararı ancak istinaf kanun yoluna götürülebilir. Bu suç bakımından temyiz kanun yolu açık olmadığı için istinaf mahkemesi tarafından verilen karar kesin hüküm niteliğindedir. 7406 sayılı Kanun'un 10. maddesiyle CMK'nın 234. maddesinde yapılan değişiklikle ısrarlı takip suçunun mağduru olan kişinin barolar tarafından ücretsiz avukat yardımı desteğinden yararlanması sağlanmıştır⁷³. Bunun mağdur hakları bakımından olumlu ve yerinde bir düzenleme olduğunu belirtmeliyiz⁷⁴.

SONUÇ

TCK m. 123/A'da yer alan ısrarlı takip suçunun kanundaki düzenlenişinde bazı eksiklikler olsa da sonuç olarak bunun olumlu ve kadına yönelik şiddetle mücadelede ileriye doğru atılmış bir adım olduğunu düşünüyoruz. Buna karşın kadına yönelik şiddeti yasaklayan ve bununla mücadele araçlarını gösteren İstanbul Sözleşmesi'nden çıkılmasını ise temel hak ve özgürlükler bakımından tam bir geriye gidiş olduğu düşüncesindeyiz.

Bu şekilde normatif bir düzenleme yapılmasının ileri bir adım olduğunu ancak yalnızca normatif düzenlemelerle kadına karşı şiddetin önlenemeyeceğini belirtmek isteriz. Bu şiddetin önlenmesinin esas alanı eğitimidir. İnsanlar bu konuda eğitilmedikleri sürece suç normları daima çaresiz kalacaktır. Bu eğitim de önce aile de başlar sonrasında okulda devam eder. Dolayısıyla

⁷³ Madde gerekçesi: "Maddeyle, 5271 sayılı Kanununun 234 üncü maddesinde değişiklik yapılmaktadır. Düzenlemeyle, Türk Ceza Kanununda yer alan çocukların cinsel istismarı (madde 103) ve ısrarlı takip (madde 123/A) suçları ile kadına karşı işlenen kasten yaralama (madde 86), işkence (madde 94) ve eziyet (madde 96) suçları madde kapsamına dâhil edilmektedir. Böylelikle, soruşturma ve kovuşturma evrelerinde özellikle şiddet mağduru kadınların istemleri halinde baro tarafından görevlendirilecek avukatın hukuki yardım ve desteğinden ücretsiz şekilde faydalanmaları sağlanarak, hak arama yollarını etkin bir şekilde kullanabilmelerine imkân tanınmaktadır. Madde 11- Maddeyle, 5271 sayılı Kanununun 239 uncu maddesinde değişiklik yapmak suretiyle, 234 üncü maddede yapılan değişikliğe uyum sağlanması amaçlanmaktadır." TBMM, Yasama Dönemi 27, Yasama Yılı 5, Sıra Sayısı 323, s. 15.

⁷⁴ 7407 sayılı Kanun'un meclis görüşmeleri sırasında bu düzenlemenin, Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu çalışmaları sonucunda hazırlanan rapora muhalefet şerhi koyan milletvekilleri Jale Nur Süllü, Suzan Şahin, Candan Yüceer, Aysu Bankoğlu, Gamze Taşçier ve Neslihan Hancıoğlu tarafından olumlu ancak yetersiz olduğu ifade edilmiştir: "Kanun Teklifi'nde ısrarlı takip, çocuğun cinsel istismarı veya ısrarlı takip suçlarında sadece alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezası gerektiren suçlarda barodan ücretsiz avukat temini olumlu, ancak, eksik bir uygulamadır. Kaldı ki hali hazırda baroların ücretsiz avukat temini konusunda özverili çalışmaları bulunmakla birlikte, bu konuda yapılacak bir düzenlemede süre sınırının kaldırılması ve avukat temininin zorunlu hale getirilmesi, şiddet mağduru tüm kadınların adalete erişimi açısından önemli ve anlamlı bir düzenleme olacaktır. Ayrıca, kadına yönelik şiddet davalarında kadın örgütlerinin hukukçuların ve baroların müdahil olma talepleri konusunda düzenleme yapılması gerekir". TBMM, Yasama Dönemi 27, Yasama Yılı 5, Sıra Sayısı 323, s. 75.

çocuklar ilköğretimden itibaren bu konuda eğitilmeli ve duyarlı hale getirilmelidirler.

Suç tipinin yapısındaki bazı eksikliklere gelecek olursak öncelikle suçun unsurlarında mağdurun bilişim sistemleri aracılığıyla takip edilmesinin belirtilmemesini büyük bir eksiklik olarak görmekteyiz. Benzer şekilde failin mağduru fiziksel olarak takip etmeden, fiziksel olarak temas kurması; örneğin, mağdurun evinin ya da iş yerinin kapısının önünde her sabah bir demet gülle beklemesi ve mağdur geçerken başından aşağı gül yaprakları dökmesi ya da failin her gün mağdurun iş yerinin önüne gelerek megafonla “seni seviyorum” demesi ve gitmesi gibi durumlar da suç tipinde düzenlenmemiştir. Bu ve benzeri eksiklerin giderilmesi suçun ihdas edilmesinden beklenen amaca ulaşmak için elzemdir.

Suç tipinde yalnızca ayrılık ya da boşanma kararı verilmiş kişilere karşı bu suçun işlenmesinin nitelikli hal olarak düzenlenmesini, insanların medeni durumlarına bakılarak yapılmış bir ayrımcılık olduğu düşüncesindeyiz. Önemli olan mahkemenin vermiş olduğu bir karar değil, ısrarlı takibin geçmişinde bir ilişkinin olup olmadığıdır. İlişkinin nasıl nitelendirildiğinin veya adlandırıldığına ceza hukuku bakımından bir önemi yoktur ve olmamalıdır.

Suçun nitelikli halleri arasında suçun bir şekilde toplumun geri kalanlarına göre zayıf ve dezavantajlı olan bireylerin gösterilmemesi, özellikle bu tür suçlara sıklıkla maruz kalan LGBT bireylerin yok sayılmasını da olumsuzlar hanesine yazmaktayız.

Sonuç olarak bu eksikliklerine rağmen yapılan düzenlemeyi kadına yönelik şiddetle mücadele bakımından değerli buluyoruz. Umarız uygulamada da gereken hassasiyet gösterilir ve bu tür eylemleri gerçekleştiren kişiler hak ettikleri şekilde cezalandırılır.

Kaynakça

[1] Bostancı Bozbayındır, Gülşah, “Cyberbullying and Criminal Law”, IHFM, C. 77, S.1, 2019.

[2] Dülger, Murat Volkan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Hukuk Akademisi, 2021.

[3] Ekici Şahin, Meral, “Kişilerin Huzur ve Sukununu Bozma Suçu (TCK m. 123)”, CHD, Y. 8, S. 23, Aralık 2013.

[4] European Union Agency for Fundamental Rights (EUAFR), Violence against Women: An EU-wide Survey: Main Results, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2015.

[5] Kaygısız, Esra Gökçen, “Şiddetin E-Hali: Siber Zorbalık”, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi, Şiddetin Önlenmesi Özel Sayısı, S. 4-5, 2020.

[6] Kjaerum, Morten, “Foreword”, in: European Union Agency for Fundamental Rights (EUAFR), Violence against Women: An EU-wide Survey: Main Results, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2015.

[7] Özar, Süleyman, “Israrlı Takip Suçu (TCK m. 123/A)”, AÜHFD, C. 71, S. 3, 2022.

[8] Ruth, W. Leemis/Norah Friar/Srijana Khatiwada/May S. Chen/Marciejo Kresnow/Sharon G. Smith/Sharon Caslin/Kathleen C. Basile, The National Intimate Partner and Sexual Violence Survey: 2016/2017 Report on Intimate Partner Violence, National Center for Injury Prevention and Control Centers for Disease Control and Prevention, Atlanta Georgia, 2022.

[9] Selçuk, Sami, Suç Hukuku Dogmatığı ve/ya Grameri: I. Kitap Giriş, Ankara-İstanbul, İmge Kitabevi, 2022.

[10] Soygüt, M. Buket, “Kadına Yönelik Erkek Şiddetinin Önlenmesi Bağlamında Stalking (Israrlı Takip) ve Cezasızlık Sorunu”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, Nisan 2020.

[11] Taşkın, Şaban Cankat, “Stalking (Siber Gözetleme) Eyleminin Ceza Hukukundaki Yaptırımının Değerlendirilmesi”, Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı, Ed: Şerafettin Ekici/Ekrem Solak/Muhammed Emre Avşar, İstanbul Medeniyet Üniversitesi / Bilişim ve Teknoloji Hukuku Derneği, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021.

[12] Türkmen, Ahmet, “Yeni Bir Hukuki Olgu Olarak Israrlı Takip ve Taciz (Stalking) ve Bunun Türk Medeni Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, DEÜHFD, C: 11, Özel Sayı 2009, Y. 2010.

[13] Türkoğlu, Selin, Ceza Hukuku Açısından Israrlı Takip, İstanbul, On İki Levha, 2020.

[14] Van Der Aa, Susan, “New Trends in the Criminalization of Stalking in the EU Member States”, European Journal on Criminal Policy and Research, Vol. 24, 2018.

[15] Van der Aa, Susan, “International (Cyber) Stalking: Impediments to Investigation and Prosecution”, Studies in Global Justice, No. 8, 2011.

[16] VasIU, Ioana/Lucian VasIU, “Light My Fire: A Roentgenogram of Cyberstalking Cases”, *American Journal of Trial Advocacy*, Vol. 40, No. 1, 2016.

TÜRK VE FRANSIZ HUKUKLARINDA HAYVANLARIN SAKLAMA SÖZLEŞMELERİNE KONU EDİLMESİ*

Av. Benan ARI**

Öz

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş sözleşmelerden biri saklama sözleşmeleridir. Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde sözleşmenin konusunun sadece taşınır eşyalar olup olmadığı hususunda bazı tartışmalar olsa da mevcut kanuni düzenleme ve mehz İsviçre Borçlar Kanunu göz önüne alındığında bu tartışmalar son bulmuştur. Saklama sözleşmelerinin konusunu taşınır eşyalar oluşturmaktadır. Roma Hukuku'ndan bu yana hayvanların saklama sözleşmelerinin konusu olduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte günümüzde hayvan hakları nezdinde yaşanan gelişmelerle hayvanların eşya olup olmadığı tartışılmaya başlanmıştır. Henüz hayvanları hak süjesi yapan bir yasal düzenleme bulunmasa da hayvanların eşya olmadığı genel olarak kabul görmektedir. Bu durumda konusu taşınır eşya olan saklama sözleşmeleri bakımından hayvanların emanet verildiği hallerde artık bir saklama sözleşmesinden bahsedilip edilmeyeceği bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çalışmada bu sorunun cevabı Türk ve Fransız Hukuku kapsamında tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: *Saklama sözleşmesi, Depositum, Taşınır eşya, Hayvan hakları, Fransız Medeni Kanunu*

Subjection of Animals to Bailment Contracts in Turkish and French Laws

Abstract

One of the contracts regulated in the Turkish Code of Obligations No. 6098 is bailment contracts. Although there were some debates about whether the subject of the contract was only movable properties during the course of the abolished Code of Obligations No. 818, these discussions came to an end when the current legal regulation and the Swiss Code of Obligations were taken into account. The subject of bailment contracts is movable properties. It has been accepted that animals have been the subject of bailment contracts since Roman Law. However, today, with the developments in animal rights, it has started to be discussed whether animals are property

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 17.01.2023 - Kabul Edildiği Tarih: 09.02.2023

** İstanbul Barosu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, benan.ari@ari.av.tr, ORCID: 0000-0002-1574-1755.

or not. Although there is no legal regulation that makes animals subjects of rights, it is generally accepted that animals are not objects. In this case, in terms of bailment contracts, the subject of which is movable properties, it is a question whether a bailment contract can be mentioned in cases where animals are entrusted. In this study, the answer to this question will be discussed within the scope of Turkish and French Laws.

Keywords: *Bailment contract, Depositum, Movable property, Animal rights, French Civil Code*

GİRİŞ

Saklama sözleşmeleri günlük hayatımız içerisinde sıklıkla karşılaştığımız sözleşmelerin başında gelmektedir. Hayatın olağan akışı içerisinde her an ihtiyaç duyulabilmesi ve ücretsiz bir sözleşme olma özelliği nedeniyle bazen farkında dahi olmaksızın yaptığımız bir sözleşme tipidir. Sahip olduğumuz ya da zilyet olduğumuz eşyaları kimi zaman koyacak yerimiz olmaması kimi zamansa güvende tutma saikiyle başkalarına emanet etmek durumunda kalmaktayız. İşte temel bir ihtiyaç olarak karşımıza çıkan bu durum saklama sözleşmesini günlük hayatımızın bir parçası haline getirmektedir. Hem günlük hem de ticari hayatın bir parçası olan ve eski adıyla vedia olan bu sözleşme 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunun'da (TBK) düzenlenmiş tipik sözleşmelerdendir.

Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu (İBK), TBK ve Fransız Medeni Kanunu'nda (FMK) açıkça belirtildiği üzere saklama sözleşmesinin konusunu taşınır eşyalar oluşturmaktadır. Bu bakımdan taşınır eşya kavramının neleri kapsadığı önem arz etmektedir. Hayvanlar hukuken hak sahibi olan canlılar olmasa da hayvan haklarının gelişimiyle birlikte artık eşya olarak kabul edilmeleri de söz konusu değildir. Yaşayan ve hisseden birer canlı olan hayvanların hukuki statüleri bu anlamda tartışmalıdır. Bu açıdan hayvanların birer taşınır gibi kabul edilip saklama sözleşmesinin konusunu oluşturup oluşturmayacağı sorusu akla gelmektedir. Çalışmamızda bu sorunun yanıtı Fransız Hukuku ile karşılaştırmalı olarak ele alınmaya çalışılacaktır.

I.SAKLAMA SÖZLEŞMELERİNİN TARİHÇESİ

A.Roma Hukuku'nda Saklama Sözleşmeleri

Bugün kullanmakta olduğumuz saklama sözleşmesinin temellerinin Roma Hukuku'na dayandığını söylemek yanlış olmayacaktır. Zira Roma Hukuku'ndaki bu düzenlemelerin bazı farklılıklarla birlikte günümüzdeki saklama sözleşmesinin temellerini oluşturduğu kabul edilmektedir. Saklama sözleşmesi için, Roma Hukuku'nda depositum ya da deposito kavramları kullanılmıştır. Eksik iki taraflı ve aynı nitelikte bir sözleşme olan depositum

ile saklatan taşınırı aynen muhafaza amacıyla ücretsiz olarak saklaması için saklayana teslim etmekte ve saklayan da istendiğinde geri vermek üzere aynen muhafaza etmek suretiyle saklama borcu altına girmektedir.¹

Saklama sözleşmesinin tarafları saklatan deponens/depositör ve sözleşme konusunu oluşturan şeyi saklayan detentör olarak adlandırılmaktaydı². Saklatan kişi malın maliki ya da zilyedi olabilmektedir, bu anlamda başkasına ait bir şeyin saklama sözleşmesine konu edilmesi mümkündür³. Roma Hukuku'nda saklayanın, saklanan şey üzerinde zilyetliği bulunmamaktaydı, mülkiyet ve zilyetlik saklatan üzerinde kalmaya devam etmekteydi⁴.

Depositum'un konusunun yalnızca taşınır mallar olduğu kabul edilmekteydi⁵. Çoğunlukla mücevher, el yazması kitaplar, halılar veya kürk gibi kıymetli eşyalar sözleşmeye konu edilse de her türlü taşınır sözleşme konusu olabilmektedir⁶. Hayvanların bu sözleşmenin konusu olabileceği kabul görmektedir. Hatta Roma Hukuku'nda köleler de eşya niteliğinde olmaları itibarıyla depositum konusu edilmekteydi.⁷

Saklama sözleşmesi ücretsiz nitelikte sadece saklayanın borç altına girdiği bir sözleşme olma özelliği göstermektedir. Bununla birlikte bazı hallerde saklatan da borç altına girebilmektedir⁸. Örneğin malın muhafazası için saklayanın bir masraf yapması halinde ya da muhafaza edilen mal nedeniyle saklayanın zarara uğradığı durumlarda saklatanın tazmin borcu doğmaktaydı.

Roma Hukuku'nda saklayanın, malı teslim aldığı şekilde iade etme yükümlülüğü bulunmaktaydı. İade borcu, modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi saklanan şeyin zarar görmeden teslimini içermekteydi. Bu yükümlülük saklanan şeyin semerelerinin iadesini de gerektirmekteydi⁹. Örneğin saklanmak üzere bırakılan hayvan yavrulamışsa yavruyla veya

¹ DI MARZO, Salvatore: Roma Hukuku (Beşinci Tabından Çeviren Ziya Umur), İstanbul, 1954, s. 371; RADO, Türkân, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul, 2021, s. 58; TAHİROĞLU, Bülent: Roma Borçlar Hukuku, İstanbul, 2021, s. 172; KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan: Roma Hukukunda Vedia Sözleşmesi (Depositum), Ankara, 2002, s. 27.

² KÜÇÜKGÜNGÖR: s. 38.

³ DI MARZO: s.372; KÜÇÜKGÜNGÖR: s. 38.

⁴ DI MARZO: s.372; RADO: s. 59.

⁵ ZIMMERMANN, Reinhard: The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford, 1996, s. 215; DI MARZO: s.372; RADO: s. 59;

⁶ RADO: s. 59.

⁷ AKINCI, Şahin: Roma Borçlar Hukuku, Konya, 2022, s.108; RADO: s. 60.

⁸ DI MARZO, s.373;

⁹ RADO: s. 60; KÜÇÜKGÜNGÖR: s. 92.

yine sözleşme konusu olabilen köle doğum yapmışsa bebeğiyle birlikte geri verilmesi gerekmektedir¹⁰.

B.Mecelle’de Saklama Sözleşmesi

Saklama sözleşmesi, eski adıyla vedia Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye’nin altıncı kitabı olan Kitabü’l-Emânât’ın içerisinde ayrı bir bölümde 773 ila 803. maddeler arasında düzenlenmekteydi¹¹. Mecelle’de saklama sözleşmeleri ida olarak, sözleşme konusu verilen emanet ise vedia olarak adlandırılmaktaydı¹². Vedia, 763. maddede muhafaza için verilen eşya olarak tanımlanmaktaydı. Sözleşmenin her iki tarafına da istediği zaman sözleşmeyi sona erdirmeye imkânı tanınmaktaydı, ücretli olarak yapılması mümkündü¹³. 786. maddede at ve inek gibi nafakaya muhtaç vedianın nafakasının sahibine ait olduğu madde metninde yer almaktaydı¹⁴. Esasen bu hüküm saklama sözleşmesine konu eşya için bir masraf yapılması gerektiği hallerde bu yükümlülüğün saklatana ait olduğunu izah etmektedir. Bunun yanı sıra maddede açıkça at ve eşek diye belirtilmiş olması hayvanların saklama sözleşmesinin konusu olduğunu ortaya koymaktadır. Buna benzer şekilde madde metninde olmasa da açıklamalarda da hayvanlar üzerinde verilen örnekler bulunmaktadır. Saklayanın, kast ve taksirle verdiği zararlardan tazminle yükümlü olduğunu hüküm altına alındığı 787. maddeye ilişkin açıklamada saklayanın izinsiz olarak hayvanı kullanması ve hayvanın telef olması halinde bunu tazminle sorumlu olduğu örnek olarak verilmiştir¹⁵. Keza vedianın semerelerinden faydalanacak olanın saklatan olduğu 798. maddede düzenlenmiş ve bu maddeye ilişkin açıklamada emanet olarak verilen hayvanın yavrusunun, sütünün ve yününün hayvan sahibine ait olduğu belirtilmiştir¹⁶. Tüm bu düzenleme ve açıklamalar göz önüne alındığında Mecelle açısından hayvanın saklama sözleşmesine konu edilebildiği kuşkusuzdur.

¹⁰ RADO: s. 60; AKINCI: s.107-108.

¹¹ CEYLAN, Mücahit: “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’nin Hazırlanışı, Uygulanması ve Kapsamı”, Adalet Dergisi, Sayı 66, 2021, s. 718.

¹² BERKİ, Ali Himmet: Açıklamalı Mecelle, İstanbul, 1978, s. 147 vd.

¹³ BERKİ: s. 149-150.

¹⁴ BERKİ: s. 151. Madde 786: At ve inek gibi nafakaya muhtaç olan vedianın nafakası sahibine aiddir. Sahibi gaib oldukda müstevda’ olan kimse hâkime müracaat edip o dahi sahib-i vedia hakkında aslah ve enfa’ olan suretin icrasını emreyley. Şöyle ki vedianın icarı mümkün ise müstevda’ anı rey-i hâkimle icar edip ücretinden infak eder; yahut semen-i misliyle satar ve icarı mümkün değilse kezalik rey-i hâkimle hemen yahut üç güne kadar kendi malından infak ettikten sonra semen-i misliyle satıp nihayet üç günlük masrafını dahi sahibinden ister. Amma hâkimin izni olmaksızın masraf ederse mudîden alamaz.

¹⁵ BERKİ: s. 152.

¹⁶ BERKİ: s. 154.

II.GENEL SAKLAMA SÖZLEŞMESİ

Saklama Sözleşmeleri, TBK'nın özel borç ilişkilerinin yer aldığı kısımda 14. bölümde 561 ila 580. maddeler arasında yer alan 20 maddede dört farklı tür olarak düzenlenmektedir. Bunlardan ilki genel saklama sözleşmeleri olup, TBK'nın 561 ila 569. maddeleri arasında yer almaktadır. Genel saklama sözleşmesine ilişkin hükümler uygun düştüğü ölçüde kanundaki diğer saklama sözleşmelerine de uygulanabilecektir. TBK'nın 570. maddesinde misli şeylerin saklanması, 571 ila 575. maddeleri arasında ardiyeciyeye bırakma ve son olarak da 576 ila 580. maddeleri arasında konaklama yeri, garaj, otopark ve benzeri yerleri işletenlere bırakma hükümleri dört şekilde düzenlenmiştir.

Bu sözleşme, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (EBK) 19. babında "Vedia" başlığı altında 463 ila 482. maddeler arasında yine 20 madde ve dört tür olarak düzenlenmiştir. İki kanunun da benzer bir sistematığe sahip olduğunu söylemek mümkündür. Mehaz İBK'ye bakıldığında da yine 472 ila 491. maddeler arasında 20 madde ve dört tür olarak düzenlendiği görülmektedir. FMK ise daha farklı bir sistematığe sahip olup 1915 ila 1963. maddeler arasında detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Mülga BK hariç olmak üzere tüm bu yasal düzenlemelerde saklama sözleşmesinin konusunu taşıyıcıların oluşturduğu açıkça düzenlenmektedir. Aşağıda kısaca saklama sözleşmesinin Türk Hukuku bakımından genel unsurlarına yer verilecek olup, ardından sözleşme konusu özelinde tartışmalara yer verilmeye çalışılacaktır.

A.Tanım

Saklama, Türk Dil Kurumu Sözlüğü'nde saklamak işi olarak tanımlanmaktadır. Saklamak ise elinde bulundurmamak, tutmak ve bir şeyi kaybolmaması, görünmemesi için gizli bir yere koymak gibi anlamlara gelmektedir¹⁷. TBK m.561/f.1'de "*Saklama sözleşmesi, saklayanın, saklatanın kendisine bıraktığı bir taşınırı güvenli bir yerde koruma altına almayı üstlendiği sözleşmedir*" şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanımdan yola çıkıldığında sözleşme konusunun bir taşınır olduğu, bu taşınırın saklatan tarafından saklayana emanet edildiği ve saklayanın da taşınırı güvenli bir yerde muhafaza altına alma borcu olduğu anlaşılmaktadır.

Saklama sözleşmesi önceki kanunda vedia olarak adlandırılmaktaydı. Vedianın kelime anlamı eski dilde emanet olup, kendine korunması, saklanması için eşya verilen kimsenin durumunu gösteren sözleşme olarak TDK'de tanımlanmaktadır¹⁸. EBK'nın 463. maddesinde vedia şu şekilde

¹⁷ <https://sozluk.gov.tr/> Erişim tarihi, 27.12.2022

¹⁸ <https://sozluk.gov.tr/> Erişim tarihi, 27.12.2022

tanımlanmıştır: “İda, bir akittir ki onunla müstevdi, mudi tarafından verilen şeyi kabul ve onu emin bir mahalde hıfzetmeği deruhte eder”. Görüldüğü gibi bu tanımda sözleşme konusunun taşınır mallar olduğuna ilişkin herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Sadece saklatan tarafından verilen şeyin kabulü ve güvenli bir yerde muhafazasına vurgu yapılmıştır. Nitekim EBK'nin yürürlükte olduğu dönemde bu konuda tartışmalar söz konusu olmuştur.

Bu hükümlerin mehaızı niteliğindeki İBK m. 472'de saklama sözleşmesi bir tarafın karşı tarafça kendisine emanet edilen taşınırı teslim almayı, güvenli bir yerde muhafaza etmeyi ve iade etmeyi taahhüt ettiği sözleşme olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımda sözleşme konusunun taşınır olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu bakımdan TBK'da bu yönde yapılan düzenleme son derece yerinde olmuş ve Türk Hukuku'ndaki bu konu hakkındaki tartışmalara bir son vermiştir.

Fransız Medeni Kanunu'nda ise 1915. maddede saklama sözleşmesi, genel olarak, saklayanın bir başkasının eşyasını muhafaza etme ve aynı şekilde iade etme sorumluluğunu aldığı sözleşme olarak tanımlanmaktadır. 1918. maddesinde ise sözleşmenin konusunun taşınır eşyalar olduğu açıkça belirtilmiştir.

Bu tanımlardan da anlaşılabilceği gibi saklama sözleşmesi bakımından bir taşınır mevcut olmalı ve bu taşınır saklanmak üzere bir başkasına emanet edilmelidir. Taşınırın güvenli bir yerde muhafazası ve emanet alındığı haliyle iadesi sözleşmenin temelini oluşturmaktadır. Örnek vermek gerekirse arabamızı otoparka bıraktığımızda, yanımızda taşımak istemediğimiz paltoyu vestiyere teslim ettiğimizde, bir arkadaşımızdan çantamıza göz kulak olmasını istediğimizde, paramızı bankada vadesiz mevduat hesabına yatırdığımızda, bir otelde kaldığımızda ya da seyahat ettiğimiz bir şehri gezerken yanımızda taşımak istemediğimiz valiz ve çantalarımızı emanet bürosuna bıraktığımızda saklama sözleşmesi yaparız. Yine ürünlerini satıncaya kadar bir yerde depolamak isteyen ve soğuk hava deposuna ihtiyaç duyan üretici, o yıl topladığı mahsulü bakliyat ambarında saklamak isteyen çiftçi ya da ithal ettiği akaryakıtı, sıvılaştırılmış petrol gazını depolamak isteyen tacir de saklama sözleşmesine ihtiyaç duymaktadır.

B.Unsurları

1.Tarafları

Sözleşmenin tarafları saklayan ve saklatan olarak adlandırılmaktadır. Saklatan, sözleşme konusu taşınırın zilyedi olan ve saklanmak üzere malı başkasına emanet eden kişidir. Saklayan ise taşınırı güvenli bir yerde saklayıp muhafaza edendir. Saklama sözleşmesinin tarafı olmak için sözleşme konusu malın maliki olma şartı bulunmamaktadır; zilyet olan

herkes bu sözleşmeyi yapabilir¹⁹. Örneğin malik olmayan kiracı hatta malı çalıntı olarak elinde bulunduran hırsız bile bu sözleşmeyi akdedebilecektir, zira saklayanın saklatanın eşya üzerinde hak sahibi olup olmadığını sorgulama konusunda ne bir yükümlülüğü ne de yetkisi bulunmaktadır²⁰.

2.Konusu

Saklama sözleşmesinin konusu taşınır mallardır. TBK'deki tanımda bu yönde açık bir ifade mevcuttur. EBK'de ise bu konuda herhangi bir ifade bulunmadığı için bu husus kimi zaman tartışmalara neden olmuştur. Hem mehaz kanun hem de sözleşmenin mahiyeti göz önüne alınarak doktrindeki genel kabul taşınmazların vedia sözleşmesinin konusu olamayacağı yönündeydi²¹. Bununla birlikte bu konuda aksi görüşler de mevcuttu. EBK'de sözleşme konusu için şey tabirinin kullanıldığı, bu bakımdan kanun koyucunun taşınır veya taşınmaza ilişkin bir ayırım yapmaması sebebiyle Türk Hukuku'nda taşınmazların da vedia sözleşmesine konu edilebileceği bazı yazarlarca kabul edilmekteydi²². Bu görüşü savunanlar özellikle de saklama sözleşmesinin bir türü olan yedieminlik bakımından ihtiyati tedbirlerin düzenlendiği Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) m. 101/f.1'de açıkça gayrimenkuller için de yediemin atanabileceğine dikkat çekmektedirler²³. Benzer şekilde Fransız Medeni Kanunu'nda da taşınmazlar bakımından yediemin atanabilmesine işaret edilmektedir²⁴. Günümüzde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK) taşınmazlara ilişkin vurgu kaldırılmışken, FMK'de güvenilir kişiye bırakma sözleşmesinin konusunu taşınmazların oluşturabileceğine ilişkin açık düzenleme mevcudiyetini

¹⁹ KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Özel Hükümler (2. Baskı), Ankara, 2020, s. 645; TİFTİK, Mustafa: Vedia Sözleşmesi, 2007, s. 31.

²⁰ KILIÇOĞLU: s. 645.

²¹ OLGAC, Senai: Kazaî ve İlmî İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt: 4, Ankara, 1976, s. 442; TANDOĞAN, Halûk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt:1/2, Ankara, 1985, s. 292; ZEVKİLİLER, Aydın: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 10. Bası, Ankara 2008, s. 363; HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona /ARPACI, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 1992, s. 499; TİFTİK: s. 29; YENER, M. Deniz: Vedia Sözleşmesi, İstanbul, 2008, s.14.

²² BİLGE, Necip: Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara, 1962, s. 298; İMRE, Zahit: "Alelaide Vedia Akdi Üzerinde Bir Tetkik", Devletler Hususi Hukuku Ordinaryus Profesörü Muammer Raşit Seviğe Armağan, İstanbul, 1956, s. 220-221. Taşınmazların da vedia akdine konu edinilebileceğini savunan İmre, aslında 1944 yılında yazmış olduğu bir makalede tam aksi yönde görüş ortaya koymuştur. Bkz. İMRE, Zahit: "Usulsüz Vedia Akdi", İstanbul Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 1-2, s. 194. Bu konuda fikir değiştirmiş olmasını da lafzi yorumla kanun metninde bu konuda bir ayırım yapılmamış olmasıyla izah etmektedir.

²³ BİLGE: s.298; HUMK m. 101/f.1 "Madde 101 – Hakim iki taraftan birinin talebiyle davanın ikamesinden evvel veya sonra aşağıda gösterilen hal ve şekillerde ihtiyati tedbirler ittihazına karar verebilir: 1 – Menkul ve gayrimenkul malların aynı münazaalı ise bunun haciz veya yeddiadla tevdiine, 2 – Münazaalı şeyin muhafazası için lazım gelen her türlü tedbirlerin ittihazına, 3 – Kanunu Medeni ile muayyen hallerde nafaka alınmasına, 4 – Ayrılık veya boşanma davası üzerine Kanunu Medeni mucibince icap eden muvakkat tedbirlerin ittihazına"

²⁴ İMRE: Usulsüz Vedia Akdi, s.194 dipnot 9.

korumaktadır²⁵. Farklı görüş bildiren yazarlar bakımında da saklama sözleşmeleri bakımından esas olarak taşınırın sözleşme konusu olduğu, ancak nadiren de olsa gayrimenkullere ilişkin bu sözleşmenin kurulmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir²⁶. Kanaatimizce de EBK'de açık bir tanıma yer verilmediği dönemde dahi sözleşmenin niteliği gereği sadece taşınırın sözleşme konusunu oluşturması konusundaki çoğunluk görüşü isabetlidir. Saklama sözleşmesinin mahiyetine bakıldığında taşınmazlar için kaçırılma, çalınma, bozulma, yok edilme gibi risklerin olmaması bakımından güvenli bir yerde muhafaza söz konusu değildir²⁷.

Bugün kanundaki düzenlemeyle taşınmazların saklama sözleşmesine konu edilemeyeceği açıkça ifade edilmiş ve tartışmalara son verilmiştir. Taşınmazlar bakımından, taşınmazın korunup gözetilmesini, yönetiminin iradi olarak bir başkasına emanet edilmesini konu alan sözleşmelere vekalet veya hizmet sözleşmesinin hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde uygulanabileceği kabul edilmektedir²⁸.

Saklama sözleşmesinin konusunu araba, mobilya, tablo, mücevher, kıymetli evrak, evcil hayvan gibi taşınır eşyalar oluşturmaktadır²⁹. Para, kıymetli evrak gibi eşyalar saklama sözleşmesinin konusu olabilecektir. Böyle bir eşyanın genel saklama sözleşmesi hükümlerine tabi olabilmesi için kapalı veya mühürlü bir zarf içerisinde kişiselleştirilmiş olarak verilmesi gerekmektedir. Kapalı şekilde verilmiyorsa da aynen iadenin mümkün olabilmesi için seri numaralarını içerecek şekilde kayıt altına alınmaları uygun olacaktır³⁰. Zira TBK m. 570 uyarınca paranın mührsüz ve açık olarak bırakılması halinde aynen iade borcu olmayacak ve misli eşyaların saklanmasına ilişkin hükümler esas alınarak para mislen geri verilecektir.

3.Güvenli Bir Yerde Muhafaza

Saklayan, sözleşmenin yapılması ve taşınırın kendisine teslimiyle birlikte bu şeyi güvenli bir yerde muhafaza etme borcunu üstlenmektedir. Muhafaza borcu sözleşmenin esas yapılma saikini ortaya koymaktadır³¹. Bir diğer anlatımla bir saklama sözleşmesinden bahsedebilmek için sözleşme

²⁵ www.legifrance.gouv.fr. (Erişim Tarihi: 24.12.2022) Fransız Medeni Kanunu (Code Civil) m. 1959- Le séquestre.

²⁶ BİLGE: s. 298; İMRE: Alelaide Vedia, s. 221.

²⁷ KILIÇOĞLU: s. 644.

²⁸ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI: s.499; TİFTİK: s. 29; YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş 10. Bası, İstanbul, 2014, s. 1376, dipnot 7.

²⁹ TERCIER, Pierre: La partie spéciale du Code des obligations, Schultless Polygraphischer Verlag Zurich, Zürich, 1988, s. 454; YAVUZ /ACAR/ ÖZEN: s. 1376; TİFTİK: s.31.

³⁰ İMRE: Alelaide Vedia, s. 221.

³¹ İMRE: Alelaide Vedia, s. 214; TİFTİK: s.31; YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN: s. 1376; AVANZANI, Iris: Les Obligations

yapılmasının ana amacı bir şeyin muhafazası olmalıdır. Muhafaza, güvenli bir yerde koruma altına alma ve şeyin teslim alındığı halde tutulması anlamlarına gelmektedir. Saklama sözleşmesinin bu iki temel üzerine kurulduğu söylenebilecektir. Açıkça belirtilmediği müddetçe saklananın kullanılması yasaktır. Kullanım yasağı saklama sözleşmesini; kira, kullanım ödöncü ve tüketim ödöncü gibi sözleşmelerden ayırt eden unsur olarak karşımıza çıkmaktadır.³²

4.Saklananın İadesi

İBK’de saklama sözleşmesi; saklatanın bir taşınırı saklayana emanet ettiği, saklayanın bu taşınırı teslim almakla, güvenli bir yerde muhafaza etmekle ve istendiğinde iade etmekle yükümlü olduğu sözleşme olarak tanımlanmaktadır. TBK’de ise saklama sözleşmesinin tanımında saklananın iadesinin sözleşmenin bir unsuru olarak yer almadığını görüyoruz. Bununla birlikte 564. maddede saklayanın, saklatanın her zaman ileri sürebileceği istemi üzerine, saklanana bütün çoğalmalarıyla birlikte geri vermekle yükümlü olduğu bir borç olarak düzenlenmektedir. Bu iki tanım karşılaştırıldığında iadeye ilişkin yükümlülüğün kanuni tanımda olmaması, TBK’de eksik olan bir unsur olarak nitelendirilebilecektir. Nitekim Zevkliler bu durumu eleştirmiş ve sözleşmenin tüm unsurlarını içerecek şekilde olması gereken tanımı şu şekilde önermiştir: “*Saklama, saklatan tarafından verilen bir taşınırın, saklayan tarafından kabul edilerek güvenli bir yerde saklanması ve saklatanın dilediği zaman istemesiyle onu saklatana geri vermesi yükümlülüğünü yükleyen bir sözleşmedir*”³³. Zevkliler’in bu tanımına hak vermekle birlikte tanımda yer verilmemiş olmasının büyük bir eksiklik oluşturmayacağı kanaatindeyiz. Zira iade yükümlülüğünün sözleşmenin bir unsuru olmadığı, saklayanın muhafaza borcunun doğal bir sonucu olduğu söylenebilecektir³⁴.

III.HAYVANLARIN SAKLAMA SÖZLEŞMESİNE KONU EDİLMESİ

Yukarıda ifade edildiği gibi saklama sözleşmesinin konusunu araba, mobilya, tablo, mücevher, kıymetli evrak, evcil hayvan gibi taşınır eşyalar oluşturmaktadır³⁵. Bu anlamda hayvanların, saklama sözleşmesine konu edilebileceği kabul edilmektedir. Bununla birlikte hayvan haklarının

du Dépositaire, Lille, 2005, s. 39, (Yayımlanmamış Doktora Tezi).

³² İMRE: Alelade Vedia, s. 214; TİFTİK: s.32; BECKER, Herman: İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, II. Bölüm, Çeviren: A. Suat Dura, Ankara, 1993, s.964.

³³ ZEVLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel İlişkileri, 20. Bası, İstanbul, 2020, s.693.

³⁴ Bu konuda aynı yönde açıklamalar için bkz. İMRE: Alelade Vedia, s. 215.

³⁵ TERCIER: s. 454; YAVUZ /ACAR /ÖZEN: s. 1376; TİFTİK: s.31.

gösterdiği gelişimle birlikte hayvanların eşya olarak kabul edilmesi tartışmalıdır. Çalışmamızda konu bu açıdan ele alınmaya çalışılacaktır.

A-Hayvanların Hukuki Statüsü

Hayvan haklarının temelini Hayvan Hakları Evrensel Beyannamesi oluşturmaktadır³⁶. Bu uluslararası beyannamenin ardından hayvanların klasik anlamda bir eşya olmadığı, korunmaları gereken canlılar olduğu noktasında gelişmeler yaşanmıştır.

Tarihsel açıdan bakıldığında hayvanların saklama sözleşmesine konu edilebildiği her zaman kabul görmüştür. Bununla birlikte hayvan haklarındaki gelişim göz önüne alındığında canlı ve hissedebilen varlıklar olan hayvanların hukuken eşya olmadıkları kabul edilmektedir. Hayvanların eşya olmadıkları kabulünde, saklanmak üzere bir başkasına verilmeleri halinde klasik anlamda bir saklama sözleşmesinden bahsetmek mümkün olacak mıdır? Zira bugün İsviçre, Fransız ve Türk Hukuk sistemleri bakımından saklama sözleşmesinin konusunun taşınır eşya olduğu tartışmasızdır. Bu açıdan öncelikle taşınır eşya tanımının belirlenmesi uygun olacaktır.

1-Fransız Hukuku Açısından

Fransız Medeni Kanunu'nun 1918. maddesine göre saklama sözleşmesinin konusunun taşınırlar olduğu açıkça ifade edilmektedir. Fransız Medeni Kanunu'nun 528. maddesinde ise taşınır eşya, niteliği itibariyle bir yerden başka bir yere nakledilebilen mal olarak tanımlanmaktadır. Hayvanların doğaları gereği nitelik olarak bu tanıma uyduğu kabul edilebilmektedir³⁷. Bununla birlikte hayvanların eşya olmadığı yönünde çeşitli tartışmalar mevcuttur. Fransa'da hayvanlar için özel bir hukuki statü doğuran, onları hak sahibi yapan bir düzenleme bulunmamaktadır. Hayvanların hisleri olan birer canlı olmaları nedeniyle eşya olup olmadıkları konusunda Fransız Hukuku'nda tartışmalar bulunmaktadır.³⁸

Fransız hukukçu Marguénaud, hayvanların eşya olmadıklarını ve hak sahibi olmaları gerektiğini savunmaktadır. Bu anlamda hayvanlara özgü, tüzel kişilerinkine benzer “teknik” bir hukuki kişilik tanınması gerektiği görüşündedir³⁹. Bir diğer Fransız hukukçu Antoine da yine hayvanların eşya

³⁶ Hayvan Hakları Evrensel Beyannamesi 15 Ekim 1978 tarihinde Paris'te bulunan UNESCO Merkezi'nde törenle ilan edilmiştir.

³⁷ AVANZANI: s. 186.

³⁸ NERSON, Roger: “La condition juridique de l'animal au regard du droit”, Recueil Dalloz-Sirey, 1963, s. 1; ANTOINE, Suzanne: “Un animal est-il une chose?”, Gazette du Palais, 1994, Doctrine, s. 594; ANTOINE, Suzanne: Le droit de l'animal, évolution et perspectives, Recueil Dalloz, 1995, s.126 vd.

³⁹ MARGUÉNAUD, Jean-Pierre: “Ni personne, ni objet, l'animal”, Bulletin de l'Académie Vétérinaire de France, C. 69, 1996, s. 21-22.

olmadıklarını savunmuştur. Canlı ve hissedebilen bir varlık olması nedeniyle hayvan üzerinde mülkiyet hakkının tanıdığı tasarruf yetkisinin mutlak şekilde kullanılabilir olmaması sebebiyle hayvanların doğasına uygun olarak kendine özgü bir kategori yaratılması gerektiğini savunmuştur⁴⁰. Hayvanların ekonomik anlamda bir değer olmaları nedeniyle ayrı bir hukuki statü yaratılmaması halinde ise hayvanların eşya hukuku rejimine tabi olacağı ama en azından “korunan eşya” statüsünde olmaları gerektiği görüşündedir.

Sonuç olarak Fransız Hukuku bakımından hayvanların ayrı bir hak süjesi olarak tanımlanması gerektiğini ifade eden yazarlar olsa da bugün buna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla Fransız Hukukunda da hayvanların eşya hukuku rejimine tabi olduğu kabul edilebilmektedir.⁴¹

2-Türk Hukuku Açısından

Hukumumuzda TMK’ye bakıldığında taşınır eşyanın bir tanımı bulunmamaktadır. Bununla birlikte taşınır eşya genel olarak toprağa bağlı olmayan, özüne, biçimine zarar gelmeksizin bir yerden başka bir yere taşınabilen eşya olarak tanımlanmaktadır⁴². Türk Hukukunda hayvanların hukuki statüsünü gösteren ya da eşya olmadıkları yönünde yasal bir düzenleme mevcut değildir. Bu konuda açık bir düzenleme olmamakla birlikte hayvanlar eşya olarak kabul edilmemektedir⁴³. Eşya olarak kabul edilmemelerinin en önemli nedeni hayvan hakları konusundaki gelişmeler ve hissedebilen canlılar olmalarından kaynaklanmaktadır. Hayvanın mülkiyet hakkının konusu olduğunun kabulü halinde malikin mülkiyet hakkının içeriğini oluşturan kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkilerinin de olduğu anlamına gelecektir. Dolayısıyla hayvanların eşya olarak kabul edilmesi halinde hayvanın kullanılması (usus), semerelerinden yararlanılmasının (fructus) yanı sıra satılması, terk edilmesi veya daha elim bir şekilde malikin hayvana istediği gibi davranabilmesi, öldürmesi gibi maddi veya hukuki bir tasarrufta bulunması (abusus) da mümkün olacaktır.⁴⁴ Türk Hukuku’nda hayvan haklarına ilişkin en temel düzenleme 24 Haziran 2004 tarihli 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu’dur⁴⁵. Kanun’un Tanımlar

⁴⁰ ANTOINE, Suzanne: Rapport sur le régime juridique de l’animal, Fransa Adalet Bakanlığı Raporu, Mayıs 2005, s. 27-28, <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapportspublics/054000297.pdf>, E.T. 07.01.2023).

⁴¹ AVANZANI: s. 186.

⁴² OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, 20. Baskı, İstanbul, 2017, s.10; NOMER, Halûk Nami/ ERGÜNE, Mehmet Serkan: Eşya Hukuku, Genişletilmiş 9. Bası, İstanbul, 2022, s.11; SİRMEN, Lâle: Eşya Hukuku, 9. Baskı, Ankara, 2021, s. 13.

⁴³ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR: s. 10.

⁴⁴ AVANZANI: s.185.; ÇELEBİ, Özgün: Kişi ve Eşya Ayrımı Bağlamında Hayvanların Hukuki Statüsü, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.76, Sayı 2, 2018, s.574.

⁴⁵ 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu, 1 Temmuz 2004 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

başlıklı 3.maddesinde genel bir hayvan tanımına yer verilmemekle birlikte evcil hayvan, sahihsiz hayvan, güçten düşmüş hayvan, yabani hayvan, ev hayvanı, kontrollü hayvan, deney hayvanı ve kesim hayvanı gibi ayrımlar yapılmış ve bunların tanımlarına yer verilmiştir⁴⁶. Bu kanunun amacı hayvanların rahat yaşamlarını ve hayvanlara iyi ve uygun muamele edilmesini temin etmek, hayvanların acı, ıstırap ve eziyet çekmelerine karşı en iyi şekilde korunmalarını, her türlü mağduriyetlerinin önlenmesini sağlamaktır. Bu gelişmelerin sonucu olduğunu düşündüğümüz bir değişiklik de Mülga BK m. 57’de geçen hayvanın öldürülebileceği ifadesinin TBK m. 68’de kaldırılmış olmasıdır. Hayvan bulduranın sorumluluğunun düzenlendiği bu maddelerde zarar görenin hayvanı etkisiz hale getirme hakkı düzenlenmektedir. Anılan düzenlemeye göre bir kişinin hayvanının bir taşınmaza zarar verdiği hallerde, taşınmaz zilyedinin öncelikle hayvan sahibine haber vermesi onu bulamaması halinde ise hayvanı etkisiz hale getirme hakkı bulunmaktadır. Mülga BK zamanında bu etkisiz hale getirmenin kapsamında öldürmenin de bulunduğu ifade edilmektedir. Hayvanın öldürülmesine hukuki bir zemin hazırlayan bu düzenlemenin yeni kanunda çıkarılmış olması son derece isabetlidir.⁴⁷

Türk Hukuku’nda da hayvanların hukuki statüsü bakımından farklı görüşler ortaya konulmuştur. Sungurbey tarafından hayvanlara hak ehliyeti tanınması gerektiği ifade edilmiştir⁴⁸. Koçhisarlıoğlu ve Söğütlü Erişgin’e göre ise hayvan ne eşya ne de kişidir. Tüzel kişiler ile tam ehliyetsiz ve sınırlı ehliyetsizlere benzer şekilde “kısmi hukuk öznesi” olarak kabul edilmelidir⁴⁹. Başpınar ise, hayvanın mülkiyet hakkının konusu olması sebebiyle hukuken eşya olarak kabul edilmesi gerektiğini; bununla birlikte eşyadan farklı olması nedeniyle kendine özgü bir eşya statüsü kazandırılması gerektiğini savunmuştur.⁵⁰

Doktrindeki bu görüşlerle birlikte hukukumuzda hayvanlara ayrı bir hukuki statü kazandıran bir düzenleme henüz mevcut değildir. Hayvan haklarındaki gelişmeler doğrultusunda hayvanların eşya olmadığını

⁴⁶ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. CUMALIOĞLU, Emre: “Medeni Hukukta Hayvan Hakları ve Hayvanlar Üzerindeki Hak”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, Özel Sayı, C. 19, 2017, s. 587-604.

⁴⁷ Bkz. aynı yönde SAĞLAM, İpek: Mukayeseli Hukuk İşığında Hayvan Bulduranın Sorumluluğu, Sorumluluk Hukuku Sempozyumu Bildirim Kitabı 23-24 Haziran 2022 Antalya, Editör: Tufan Ögüz, Kerem Öz, İstanbul, 2022, s.49.

⁴⁸ Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. SUNGURBEY, İsmet: Hayvan Hakları-Bir İnsanlık Kitabı, İstanbul Üniversitesi Basımevi ve Film Merkezi, İstanbul, 1992, s. 72 vd.

⁴⁹ KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz/ SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Özlem: “Hayvanın Hukuki Konumu”, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, C. 2, 2013-Özel sayı, s. 1721-1722.

⁵⁰ BAŞPINAR, Veysel: “Eşya Hukuku Bakımından Hayvanların Hukuki Durumu”, 1926’dan Günümüze Türk İsviçre Medeni Hukuku, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, İstanbul 2016, s.1386.

söylemekle birlikte hangi hukuki rejimin uygulanacağı noktasında bir açıklık bulunmamaktadır. Bu noktada mehaz kanundaki düzenlemenin yol gösterici olacağı düşünülmektedir. İsviçre Medeni Kanunu'nun 641a maddesinin birinci fıkrasında hayvanların eşya olmadığı, ikinci fıkrasında ise hayvanlarla ilgili hukuki işlemler bakımından aksi belirtilmedikçe eşyalara uygulanan hükümlere tabi olacağı belirtilmiştir⁵¹. Bu esasın Türk Hukuku bakımından da uygulanabileceği genel olarak ifade edilmektedir⁵². Kanaatimizce de hayvanların hukuki statüsü açıklayan özel bir düzenleme çıkarılmadığı müddetçe eşya hukuku rejimine tabi olduklarını kabul etmek uygun olacaktır.

B- Hayvanların Saklama Sözleşmesine Konu Edilmeleri

Hayvan haklarının gelişimi ve mehaz kanun dikkate alındığında hayvanların taşınır eşya olmadığı kanaatimizce de açıktır. Bununla birlikte eşya hukuku rejimine tabi olmaları da en makul çözüm olarak kabul edilmektedir. Bu nedenlerle hayvanlar saklama sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır⁵³. Bu hususta ilk akla gelen örneklerden biri evcil hayvan sahiplerinin çeşitli saiklerle hayvanlarını başkalarına emanet etmesidir. Bir diğeri ise İcra İflas Kanunu uyarınca hayvanın haczedilmesi halinde yediemine bırakılmasıdır⁵⁴. Saklama sözleşmesi, bir taşınırın güvenli bir yerde saklanması esası üzerine kurulmuştur. Saklayanın muhafaza borcu saklama sözleşmelerinin temelini oluşturmaktadır⁵⁵. Bu bakımdan yaşayan ve fiziksel ihtiyaçları olan hayvanların salt güvenli bir yerde saklanması yeterli olmayacaktır. Daha açık bir anlatımla, bir hayvanın başka bir kişiye emanet olarak bırakılması halinde başka ihtiyaçlarının giderilmesi gerektiği de açıktır. Bu açıdan canlı olmaları ve bunun doğal sonucu olarak fiziksel ihtiyaçlarının bulunması nedeniyle hayvanların muhafazası, bir eşyanınkine göre farklılık arz etmektedir. Bir hayvanı muhafaza etmek sadece teslim alındığı şekilde korumanın ötesinde hayatta ve sağlıklı olmasını da içerecek şekilde bir iade borcu doğurmaktadır⁵⁶. Bu bakımdan sadece hayvanın güvenli bir yerde bakılması yeterli olmayacak; beslenmesi, gezdirilmesi ve gerekmesi halinde veteriner hekim tarafından takibinin yapılması da saklayanın borcu olacaktır.

⁵¹ https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/fr (Erişim Tarihi: 03.01.2023); NART, Serdar: "Ev ve Süt Hayvanlarının Konuttan Tahliye Edilmesi", DEÜHFD, Yıl 2020, Cilt 22, Sayı 1, s.130; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR: s. 10.

⁵² OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR: s. 10; NOMER/ERGÜNE: s. 10.

⁵³ TERCIER: s. 454; YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN: s. 1376; TİFTİK: s.31.

⁵⁴ İİK m. 83/b. "Hayvan hacizlerinde, anaları tarafından beslenme ve bakılmaya muhtaç olan yavrular analarından ayrı haczedilemeyecekleri gibi bunların anaları da yavrularından ayrı haczedilemezler."

⁵⁵ AVANZANI: s.187

⁵⁶ MARGUENAUD, Pierre: L'animal en droit privée, Thèse Limoges, Presses Universitaires de France, 1992, s.180; AVANZANI: s. 187.

Hayvanların bakıldığı ve saklandığı pek çok yer mevcuttur. Örneğin hayvanların konakladığı pansiyonlar, yarış atların bakıldığı at çiftlikleri veya köpek yetiştirme çiftliklerinde başkalarına ait olan hayvanların bakılması söz konusudur. Barındırma, besleme, gezdirme, dolaştırma, antrenman yaptırma ve veterinerlik hizmetlerinin verilmesi bu tür yerlerin verdiği hizmetler arasında sayılabilecektir. Bir eşyanın saklanması ötesinde saklayana sorumluluk yükleyen bu sözleşmeler açısından saklama sözleşmeleri kadar akla gelen bir diğer sözleşme türü de vekalet sözleşmesidir.

Fransa uygulamasında bir hayvanın bakım için başkasına emanet edilmesi genel olarak saklama sözleşmesi olarak kabul edilmektedir⁵⁷. Özellikle yargı kararlarında hayvan pansiyonlarının hukuki niteliği ücretli saklama sözleşmesi olarak yer almaktadır⁵⁸. Bu kararlarda yarış atı sahibi ve at yetiştiricisi arasında atın bakımı ve konaklaması için yapılan sözleşmenin ücretli saklama sözleşmesi olduğuna hükmedilmiştir⁵⁹. Bununla birlikte sözleşmedeki ana unsurun muhafaza olmadığı örneğin yarış atının çalıştırılmasına ilişkin bir sözleşme yapıldığında hayvan sahibi ve antrenör arasında bir vekalet sözleşmesinin olduğu kabul edilebilecektir⁶⁰. Buradaki temel ayrım sözleşme yapma saikine göre belirlenecektir.

Türk Hukukunda ise bu tür hayvan pansiyonları bakımından amacın sadece hayvanın güvenle muhafazası olmaması; aynı zamanda beslenme, dolaştırma, yıkama gibi özenle bakımı da kapsamı nedeniyle vekalet sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin de dahil olduğu karma bir sözleşmenin varlığının kabul edilmesi gerektiği kabul görmektedir⁶¹. Bu açıdan insanların bağ kurduğu ve çocuğu gibi gördüğü evcil hayvanlarını bu tür pansiyonlara emanet ederken ki beklentisi hayvanın sadece hayatta kalmasının ötesindedir. Bir hayvanın saklama sözleşmesine konu edilmesinde barınma, beslenme ve gerekirse dolaştırma gibi fiziksel ihtiyaçlarının karşılanması gerekeceği kanaatimizce tartışmalıdır. Hatta hayvanın hasta olması halinde veteriner hekime başvurulması da benzer niteliktedir. Bunun saklanan şeyin aynen iade borcunun bir gereği olduğu

⁵⁷ CADIET, Loïc: "Qu'un animal fait partie des choses mobilières pouvant faire l'objet d'un contrat de dépôt: Principe et conséquences", Revue Judiciaire de l'Ouest, 1985, s.208-215.

⁵⁸ AVANZANI: s. 189.

⁵⁹ Cour de Cassation, Première Chambre Civile, 10.01.1979; Cour d'appel de Besançon, 16 janvier 2018; Cour d'appel de Bourges, 08 octobre 2015; Tribunal d'instance d'Angers, 28 septembre 2015, DALLOZ (Erişim Tarihi: 13.01.2021).

⁶⁰ AVANZANI: s. 189-190.

⁶¹ ZEVKLİLER/ GÖKYAYLA: s. 695; BİLGE: s.299, bu tip ilişkileri birleşik sözleşme olarak nitelendirmektedir. Karma sözleşmeler, kanunlarda düzenlenmiş farklı sözleşmelerin değişik unsurlarını kanunda öngörülmeden biçimde bir araya getiren sözleşmelerdir. Bu nedenle kanaatimizce de TBK'da düzenlenmiş olan saklama ve vekalet sözleşmesinin unsurlarını barındıran farklı bir sözleşmenin karma nitelikte kabul edilmesi gerekmektedir.

söylenebilecektir. Zira hayvan nasıl teslim alındıysa o şekilde hatta semereleriyle birlikte saklatana teslim edilmelidir. Bu açıdan hayvanın elbette ki yaşaması için gereken tüm zorunlulukların yerine getirilmesi saklayanın borcu olarak nitelendirilmelidir. Bununla birlikte evcil hayvan pansiyonları için kanaatimizce de salt saklama sözleşmesinin varlığını kabul etmek mümkün değildir. Bu tür pansiyonlarda evcil hayvan sahiplerinin, hayvanın yalnız kalmaması ve sevgiyle bakılması gibi manevi duygularla da hareket ettiği göz ardı edilmemelidir. Hayvanın yaşaması için elzem olan fiziki ihtiyaçlarının giderilmesinin ötesinde temiz ve sağlıklı bir ortamda bakılması, yıkanması, kuaförlük hizmeti verilmesi, oyun oynaması gibi saklama sözleşmesini aşar nitelikte hizmetlerin verilmesi de söz konusu olabilmektedir. Bu nedenlerle bu tür bir sözleşmenin sadece genel bir saklama sözleşmesi olduğunu kabul etmek doğru olmayacaktır. Burada kanaatimizce de hem saklama sözleşmesinden hem vekalet sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin dahil olduğu karma bir sözleşmenin varlığının kabulü gerekmektedir. Türk Hukuku'nda kabul gören bu yaklaşımın hayvan hakları doğrultusundaki gelişmelerle de daha uygun olduğu kanaatindeyiz. Şöyle ki canlı ve hissedebilen birer varlık olan hayvanlar için modern hukuk sistemleri yeni bir hukuki statü oluşturursa bu durumda kanaatimizce hayvanlar açısından salt saklama sözleşmesinin varlığının kabulü yerine hem saklama hem de vekalet sözleşmesinin özelliklerini taşıyan karma bir sözleşmenin varlığını kabul etmek daha isabetli olacaktır.

Hayvanların saklama sözleşmesinin konusu olabilmesinin sonucunda saklayanın kullanmama borcu, aynen muhafaza ve aynen iade borçları söz konusu olacaktır. Bunun bir diğer doğal sonucu ise TBK genel hükümlerine göre hayvan bulunduranın sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacak olmasıdır. TBK m. 67'ye göre bir hayvanın bakımını ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenen kişi, hayvanın verdiği zarardan sorumludur. Bir hayvanın üçüncü kişiye vermiş olduğu zararı, onu bulunduran gidermekle yükümlüdür. Hayvan bulunduran, bu zararın doğmasını önlemek için gerekli özeni göstermiş olduğunu veya böyle bir özeni gösterseydi de zararın aynı şekilde gerçekleşeceğini ispat etmedikçe zararı tazminle sorumludur. Bu açıdan hayvan bulunduranın sorumluluğunun nitelik olarak kurtuluş kanıtı getirilebilen bir kusursuz sorumluluk olduğu kabul edilmektedir⁶². Nitekim doktrinde de genel kanı bu yöndedir. Bununla birlikte tehlike sorumluluğu olduğu görüşünü savunanlar da mevcuttur⁶³. Kanaatimizce de kurtuluş kanıtı getirilebilmesi nedeniyle tehlike sorumluluğu olmadığı yönündeki hâkim görüş daha isabetlidir. Bu

⁶² EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, 2022, Ankara, s.730; OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.2, 2016, İstanbul, s. 158; ANTALYA, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.I, 2013, İstanbul, s.576; SAĞLAM: s. 39.

⁶³ TEKİNAY, S.Sulhi /AKMAN, Sermet /BURCUOĞLU, Haluk /ALTOP, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, s.513

açıklamalar ışığında hayvanın bakımını geçici olarak üstlenenin saklayanın hayvan bulunduran sorumluluğu hükümlerine tabi olacağı ve bu bakımdan bir kusursuz sorumluluğu bulunduğu da ifade edilmelidir.

SONUÇ

Tarihi açıdan bakıldığında en eski dönemlerde dahi saklama sözleşmesine ihtiyaç duyulduğu görülmektedir. Kişinin malik ya da zilyet olarak elinde bulundurduğu malı, korumak veya saklamak amacıyla başkalarına emanet ettiği hukuk tarihi kaynaklarından anlaşılmaktadır. Hem Roma Hukuku'nda hem de eski hukukumuzda bu konuda düzenlemeler mevcuttur. Aynı şekilde modern hukuk sistemleri de saklama sözleşmelerini düzenlemektedir. Türk ve mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer alan isimli sözleşmelerden bir tanesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Benzer şekilde Fransız Medeni Kanunu altında da detaylı maddelerle düzenlenmiştir.

Saklatan ve saklayan arasında yapılan ücretsiz bir sözleşme olma özelliği gösteren saklama sözleşmeleri herhangi bir şekil şartı içermemektedir. Asıl faydanın saklatan üzerinde olduğu bu sözleşme tipi güvenli bir yerde muhafaza ve aynen iade unsurları temelinde şekillenmektedir. Güvenli bir yerde muhafazası gereken şeyin taşınır eşyalar olduğu kabul edilmektedir. Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu zamanında bu konuda bir açıklık olmaması sebebiyle doktrinde tartışmalar olsa da TBK'de getirilen düzenlemeyle saklama sözleşmesinin konusunun taşınır eşyalar olduğu açıklığa kavuşmuştur. Nitekim mehz İBK'de da bu yönde bir hüküm mevcuttur. Saklama sözleşmesinin konusunun taşınırlar olduğu Fransız Medeni Kanunu'nda da açıkça yer almaktadır. Hem sözleşmenin mahiyeti hem tarihsel süreç hem de mevcut düzenlemeler göz önüne alındığında saklama sözleşmesinin konusunun taşınmazlar olamayacağı tartışmasız hale gelmiştir.

Sözleşme konusu bakımından bu tartışma sona ererken hayvan haklarındaki gelişmeler doğrultusunda doktrinde hayvanların eşya olarak kabul edilmeyeceği tartışmaları başka bir soruyu akla getirmektedir. Roma Hukuku'nda ve Mecelle'de hayvanlar hakkında saklama sözleşmesi yapılması mümkündü. Hatta saklanan hayvanın çoğalması halinde semereleriyle birlikte iade edilmesi gerektiği kabul edilmekteydi. Modern hukuk sistemlerinde de doktrinin yaptığı tanımlarda halen hayvanların saklama sözleşmesine konu edilebileceği kabul edilmektedir. Bununla birlikte hayvan hakları konusundaki gelişmeler de göz ardı edilmemelidir. Bir hayvanın taşınır eşya olarak kabul edilmemesi halinde saklama sözleşmesine konu edilmesi de mümkün olmayacak mıdır?

Fransa, İsviçre ve Türkiye örneklerine bakıldığında her ne kadar doktrinde hayvanların hukuki statüleri bakımından tartışmalar olduğu görülse

de henüz hayvanları bir hak süjesi olarak kabul eden bir düzenleme bulunmamaktadır. İBK'ye eklenen bir maddeyle hayvanların eşya olmadığı ama eşya hukuku hükümlerine tabi olduğu kabul edilmiştir. Türk ve Fransız uygulamasının da bu yönde olduğunu kabul etmek mümkündür. Bu açıdan yaklaşıldığında hayvanların, saklama sözleşmesinin konusu olabileceği kabul edilmelidir. Ne var ki hayvan herhangi bir eşyadan farklı canlı ve hissedebilen bir varlıktır. Salt güvenli bir yerde muhafaza şartının yerine getirilmesi yeterli olmayacaktır. Zira hayvanın hayatta kalabilmesi için fiziksel ihtiyaçlarının giderilmesi elzemdir. Esasen saklama sözleşmesinin saklayana getirdiği, aynen iade borcunun bir yansıması olarak hayvanların barınma, beslenme, tuvalet, dolaştırılma gibi ihtiyaçlarının karşılanması gerektiği de söylenebilecektir. Bununla birlikte özellikle evcil hayvanlar bakımından hayvan sahiplerinin taşıdığı manevi duygular bu hayvanların emanet için bırakıldığı hallerde bir ayırım yapılmasını gerektirmektedir. Şehir dışına çıkan hayvan sahibinin kedisini, köpeğini bir hayvan pansiyonuna bıraktığındaki beklentisi hayvanın temel ihtiyaçlarının giderilmesinin ötesindedir. Bu bakımdan Fransız Yargısı konuya saklama sözleşmesi ekseninde yaklaşırsa da Türk doktrini bu durumda saklama ve vekalet sözleşmesinin hükümlerinin birlikte uygulanacağı karma bir sözleşmenin olduğunu kabul etmektedir. Kanaatimizce de doktrindeki bu görüş daha isabetlidir. Özellikle de modern hukuk sistemlerinin hayvanlara kendine özgü bir hak statüsü oluşturması halinde hayvanlar açısından salt saklama sözleşmesinin varlığının kabulü yerine hem saklama hem de vekalet sözleşmesinin özelliklerini taşıyan karma bir sözleşmenin varlığını kabul etmek hayvan hakları bakımından da daha isabetli olacaktır.

Kaynakça

[1] AKINCI, Şahin: Roma Borçlar Hukuku, Konya, 2022.

[2] ANTALYA, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.I, 2013, İstanbul.

[3] ANTOINE, Suzanne: Un animal est-il une chose?, Gazette du Palais, 1994.

[4] ANTOINE, Suzanne: Le droit de l'animal, évolution et perspectives, Recueil Dalloz, 1995.

[5] ANTOINE, Suzanne: Rapport sur le régime juridique de l'animal, Fransa Adalet Bakanlığı Raporu, Mayıs 2005, <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapportspublics/054000297.pdf>, (E.T. 07.01.2023).

[6] AVANZANI, Iris: Les Obligations du Dépositaire, Lille, 2005, (Yayınlanmamış Doktora Tezi).

[7] BAŞPINAR, Veysel: “Eşya Hukuku Bakımından Hayvanların Hukukî Durumu”, 1926’dan Günümüze Türk İsviçre Medeni Hukuku, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, İstanbul 2016, s.1371-1390.

[8] BECKER, Herman: İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, II. Bölüm, Çeviren: A. Suat Dura, Ankara, 1993.

[9] BERKİ, Ali Himmet: Açıklamalı Mecelle, İstanbul, 1978.

[10] BİLGE, Necip: Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara, 1962.

[11] CADIET, Loïc: “Qu’un animal fait partie des choses mobilières pouvant faire l’objet d’un contrat de dépôt: Principe et conséquences”, Revue Judiciaire de l’Ouest, 1985, s.208-215.

[12] CEYLAN, Mücahit: “Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye’nin Hazırlanışı, Uygulanması ve Kapsamı”, Adalet Dergisi, Sayı 66, 2021, s.701-726.

[13] CUMALIOĞLU, Emre: “Medeni Hukukta Hayvan Hakları ve Hayvanlar Üzerindeki Hak”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, Özel Sayı, C. 19, 2017, s. 587-604.

[14] ÇELEBİ, Özgün: “Kişi ve Eşya Ayrımı Bağlamında Hayvanların Hukuki Statüsü”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.76, Sayı 2, 2018, s.559-622.

[15] DI MARZO, Salvatore: Roma Hukuku (Beşinci Tabından Çeviren Ziya Umur), İstanbul, 1954.

[16] EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 27. Baskı, 2022, Ankara.

[17] HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona /ARPACI, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 1992.

[18] İMRE, Zahit: “Usulsüz Vedia Akdi”, İstanbul Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 10, Sayı: 1-2, s. 189-228. (Usulsüz Vedia)

[19] İMRE, Zahit: “Alelade Vedia Akdi Üzerinde Bir Tetkik”, Devletler Hususî Hukuku Ordinaryus Profesörü Muammer Raşit Seviğ’e Armağan, İstanbul, 1956, s.213-240. (Alelade Vedia)

[20] KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2020.

[21] KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz/ SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Özlem:

“Hayvanın Hukuki Konumu”, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, C. 2, 2013-Özel sayı, s. 1691-1724.

[22] KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan: Roma Hukukunda Vedia Sözleşmesi (Depositum), Ankara, 2002.

[23] MARGUENAUD, Pierre: L’animal en droit privée, Thèse Limoges, Presses Universitaires de France, 1992.

[24] MARGUENAUD, Jean-Pierre: “Ni personne, ni objet, l’animal”, Bulletin de l’Académie Vétérinaire de France, C. 69, 1996, s. 15-23.

[25] NART, Serdar: “Ev ve Süs Hayvanlarının Konuttan Tahliye Edilmesi”, DEÜHFD, 2020, Cilt 22, Sayı 1, s. 123-170.

[26] NERSON, Roger: La condition juridique de l’animal au regard du droit, Recueil Dalloz-Sirey, 1963.

[27] NOMER, Halûk Nami/ ERGÜNE, Mehmet Serkan: Eşya Hukuku, Genişletilmiş 9. Bası, İstanbul, 2022.

[28] OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, 20. Baskı, İstanbul, 2017.

[29] OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.2, 2016, İstanbul.

[30] OLGAC, Senai: Kazaî ve İlmî İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt: 4, Ankara, 1976.

[31] RADO, Türkân: Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul, 2021.

[32] SAĞLAM, İpek: Mukayeseli Hukuk Işığında Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu, Sorumluluk Hukuku Sempozyumu Bildirim Kitabı 23-24 Haziran 2022 Antalya, Editörler: Tufan Ögüz, Kerem Öz, İstanbul, 2022.

[33] SİRMEN, Lâle: Eşya Hukuku, 9. Baskı, Ankara, 2021.

[34] TAHİROĞLU, Bülent: Roma Borçlar Hukuku, İstanbul, 2021.

[35] TANDOĞAN, Halûk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt:I/2, Ankara, 1985.

[36] TEKİNAY, S.Sulhi /AKMAN, Sermet /BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul

[37] TERCIER, Pierre: La partie spéciale du Code des obligations, Zürich, 1988.

[38] TİFTİK, Mustafa: Vedia Sözleşmesi, 2007.

[39] YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2014.

[40] YENER, M. Deniz: Vedia Sözleşmesi, İstanbul, 2008.

[41] ZEVLİLER, Aydın: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 10. Bası, Ankara 2008.

[42] ZEVLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel İlişkileri, 20. Bası, İstanbul, 2020.

[43] ZIMMERMANN, Reinhard: The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford, 1996.

BANKA KREDİ SENDİKASYONLARINDA KREDİ VERENLER ARASINDAKİ İLİŞKİLERDE İTİBAR RİSKİ*

Av. Melih İbrahim BERZEK**

Öz

Tüm ticarî faaliyetler kişilerin iktisadî girişimlerinden oluşur. Bu girişimlerin bazısı için emek bazısı için de finansman gerekmektedir. Ancak, birçok zaman o iş için lazım gelen finansmandan daha fazlası gerekir. İhtiyaç duyulan bu finansmanın sağlanmasının yollarından birisi kredidir. Bir terim olarak kredinin birçok tanımı yapılmıştır. Kredi, bir kişi tarafından bir başka kişiye teminat karşılığında yahut teminatsız verilen para, teminat veya kefalet şeklinde tanınan imkân yahut limittir. İhtiyaç duyulan krediler kredi kurumları tarafından temin edilirler. Kredi kurumları denilince de akla ilk olarak bankalar gelmektedir. Bankaların verdikleri krediler çeşitli şekillerde sınıflandırılabilir; örneğin, nakdî-gayri nakdî, teminatlı-teminatsız, birlikte-münferiden.

Uygulamada bankaların kimi zaman kredi sendikasyonu oluşturarak birlikte kredi verdikleri görülmektedir. Anılan sebeple de bu kredilere sendikasyon kredileri denmektedir.

Bankaların bu yönde hareket etmelerinin birden çok sebebi olabilir; ancak genellikle sebep, talep olunan kredilerin ek bir bankanın kredi talebinde bulunan kişiye veremeyeceği yahut vermek istemediği düzeyde olmasıdır. Ancak bazen bankalar bu tür sözleşmeleri ticarî itibarlarını artırmak için de yaparlar.

Kredi veren bankaların söz konusu ticarî itibarları kredi sendikasyonunun devamı süresince sadece kendi işlem ve fiilleri ile değil, kendisine karşı üçüncü kişi konumunda olan diğer kredi verenlerin kredi sözleşmesini ifası bağlamında etkilenebilecektir. Bu husus kredi veren bankaların maruz kalabileceği bir itibar riskidir.

Anahtar Kelimeler: *Kredi, Kredi Sendikasyonu, İtibar, İtibar Riski, Adi Ortaklık, Mütessesil Sorumluluk, Vekâletsiz İşgörme*

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 07.02.2023 - Kabul Edildiği Tarih: 14.02.2023

** İstanbul Barosu, melihberzek@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-9710-9840.

Reputational Risk Between Participants of Loan Syndications

Abstract

All commercial activities consist of economic enterprises of individuals. Some of these enterprises require labour and some require financing. However, sometimes more funds are required for a business venture. One of the ways of providing these funds for financing the venture is taking a credit. There are many definitions of credit as a term. A credit is a facility or limit granted by one person to another person in the form of money, collateral or surety, with or without collateral. Credits are provided by credit institutions. When it comes to credit institutions, banks come to mind first. Credits given by banks can be classified in various ways; for example, cash-non-cash, collateralised-uncollateralised, jointly-several.

In practice, it is observed that banks sometimes give loans together by forming loan syndications. For the aforementioned reason, these loans are called syndicated loans.

There may be more than one reason for banks to act in this way; however, generally, the reason is that sometimes the amount of a requested loan exceeds the banks' required capital limit or the approached bank does not want to grant the loan by itself. However, sometimes banks also enter into such agreements to enhance their commercial reputation.

During the continuation of the loan syndication, the commercial reputation of the creditor banks may be affected not only by their own transactions and actions, but also by the performance of the loan agreement by other creditors who are third parties against them. This is a reputational risk to which creditor banks may be exposed.

Keywords: *Loan, Loan Syndication, Reputation, Reputational Risk, Partnership, Joint Liability, Several Liability, Unauthorized Administration*

GİRİŞ

Basel Banka Denetim Komitesi'nin 2009 tarihli raporuna göre itibar riski, bir bankanın hakkındaki müşterileri, çalışanları, pay sahipleri ve piyasa analistleri nezdinde doğmuş olumsuz algıdan kaynaklanan ve bankanın mevcut, müstakbel ve muhtemel işlerini olumsuz etkileyebilecek risk olarak tanımlanabilir¹. Tanımı bu şekilde olmakla beraber Türk hukukunda bir güven kurumu olarak kabul edilen bankaların bilanço dışı değerleri olan itibarlarının maruz kaldığı riski ve riskin gerçekleşmesi sebebiyle doğan zararı tespit etmek son derece zordur.

¹ <https://www.bis.org/publ/bcbs157.pdf>, s. 19

İşbu makalede itibar riski, sınırlı bir biçimde kredi sendikasyonlarında yer alan bankalar bakımından incelenmiştir.

I. Sendikasyonun Hukukî Niteliği

Bankalar, kredi sınırlarını aşan yahut aşmasa dahi tek başlarına vermek istemedikleri miktardaki kredi talepleri karşısında istenilen tutardaki krediyi talepte bulunan kişiye verebilmek için diğer bankaların da kendisiyle birlikte kredi vermesini önerebilirler. İlk bankanın talebine olumlu cevap veren bankalar tek bir kredi veren tarafı oluşturmalarına rağmen her biri borcun kendi taahhüt ettikleri kısmından borç alana karşı sorumlu olmayı yeğlerler. Bu durum, kredi sendikasyonun akdedeceği kredi sözleşmesinden her bir kredi verenin taahhüt ettiği oranda kısmî sorumlu olacağı anlamına gelmektedir. Bu durum kredi sendikasyonun hukukî niteliğinin ne olduğu sorusunu gündeme getirecektir.

Bir sözleşme ile kurulan kredi sendikasyonunun hukukî niteliğinin tespiti diğer sözleşmelerde olduğu gibi yorumu gerektirir. Sözleşmenin yorumu, sözleşmenin anlamını tespit için yapılır ve yapılan yorum neticesinde sözleşmenin ilk bakıştaki anlamı ile varılan anlamı arasında bir fark ortaya çıkabilir². Sözleşmenin içeriği yorum yoluyla tespit edildikten sonra sözleşme nitelendirilerek kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinden hangisine dahil olduğu tespit edilecektir³.

Her ne kadar her somut olayda bir kredi sendikasyonunu oluşturan sözleşmenin yorumu ve sonrasında hangi sözleşme tipine dahil olduğunu bakılması gerekse de Türk öğretisinde kredi sendikasyonlarının adi ortaklık olduğu kabul edilmektedir⁴. Ancak kredi sendikasyonu, bir adi ortaklık olarak, kredi sözleşmesi ile üstlendiği kredi verme borcundan doğan sorumluluk türünü kredi alan ile müteselsil veya kısmî olarak kararlaştırabilir.

II.Uygulamada Kredi Sendikasyonunun Farklı Görünümleri

Anılan hukukî yapının kredi verme borcunu ifasının uygulamada farklı şekillerde gerçekleştiği görülmektedir. Öğretide sendikasyon kredisi, gerçek olan ve gerçek olmayan ile iç konsorsiyum ve dış konsorsiyum olarak sınıflandırılmaktadır. Gerçek sendikasyon kredisi sözleşmelerinde kredi

² AKYOL, Şener: Sözleşmenin Yorumu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 17

³ SARIKAYA, Murat: Sözleşmenin Yorumu, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 19

⁴ ÇAMOĞLU, Ersin/POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal: Ortaklıklar Hukuku I, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 45; ŞİT, Başak: Kredi Düzeni Açısından Sendikasyon Kredileri, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 27, Sayı: 2, 2011, s. 159; BARLAS, Nami: Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 274, 279; Aksoy, s. 17

veren tarafta bir kişi bulunmakta, ancak aynı kredi veren mezkûr krediyi bir (iç) adi ortaklık olarak vermektedir⁵. Gerçek olmayan sendikasyon kredisi sözleşmelerinde ise kredi veren sayısı kadar kredi sözleşmesi vardır⁶. İç konsorsiyum ve dış konsorsiyum ayrımı ise kredi alanın kredi verenlerle ilişkisi bakımından yapılan bir ayrımdır. Buna göre, eğer kredi alan tek bir kredi veren ile muhatap ise ve o kredi veren diğer kredi verenlerin dolaylı temsilci vekili olarak hareket ediyorsa iç konsorsiyumdan, eğer kredi verenler tek bir temsilci tarafından doğrudan temsil ediliyorsa dış konsorsiyumdan bahsedilir⁷.

III. İtibar Riski

Bir işletmenin itibarı, faaliyet gösterdiği sahada faaliyetlerinin devamı esnasında gelişerek şekillenir veya kaybedilir⁸. Bu şekilde oluşan itibar, işletmenin kamuya sunmakta olduğu mal ve hizmetlere olan talebi etkiler. Bu bağlamda itibar riski, bir işletmenin itibarının zedelenmesi sonucu zararlarla karşılaşma olasılığı olarak tanımlanabilir⁹.

Tüm ticarî işletmeler, faaliyetlerini kazanç elde etme amacıyla sürdürürler. Ticarî işletmeler, faaliyetleri neticesinde somut ve soyut kazançlar elde edebilirler. Somut kazançlar, hesaplanması ve ölçülmesi mümkün olan kazanımlardır. İtibar kazanmak gibi soyut kazanımların tespiti ise güçlük arz eder; bu tarz kazanımların tespiti uzun bir süre zarfında bankanın iş hacminde, müşteri çevresinde artış ve/veya azalmanın incelenmesi ile bulunabilir. Bankalar, faaliyetleri ile somut kazanç elde ettikleri gibi soyut kazançlar da elde edeceklerdir. Bu durum, bankaların bu sonucu isteyip istememelerinden bağımsız olarak gelişir. Bankaların kredi vermesi bu

⁵ AKSOY, Hüseyin Can: Sendikasyon Kredisi Alacaklarının Fer'i Teminatlarla Güvence Altına Alınması, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 31, 32; Barlas, s. 275; Şit, s. 161

⁶ Aksoy, s. 33; Barlas, s. 275

⁷ Aksoy, s. 36, 37; Şit, s. 163

⁸ ŞAKAR, A. Nurhan (ed.): Kurumsal İtibar ve Paradigmalar, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 1

⁹ BALKAN, Bülent: İtibar Riski ve Etik, Denetim, Sayı 18, 2018, s. 26; "İtibar riski, bir işletmenin müşterilerinin, kamuoyunun ve paydaşlarının gözünde itibarını kaybetmesinden kaynaklanan zarar etme olasılığı olarak tanımlanabilir." (Altay, E., s. 19). 31.03.2016 tarihli Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun İtibar Riskinin Yönetimine İlişkin Rehber'de konuya dair şöyle bir açıklama getirilmiştir: "İtibar riski, toplumun (müşteriler, ortaklar, rakipler, basın, yayın, sosyal medya, düzenleyici ve denetleyici otoriteler vb.) banka hakkındaki olumsuz düşüncelerinden dolayı bankanın gelirlerinde veya sermayesinde kayıp ortaya çıkma ihtimalini ifade etmektedir. Bu risk, bankanın yeni ilişkiler veya hizmetler geliştirme ya da mevcut ilişkileri devam ettirme yeteneğini etkileyebilmekte ve neticede bankanın rekabetçi gücünü zayıflatılabilmekte olup, özü itibarıyla tüm banka faaliyetlerinde bulunmaktadır. Bu nedenle, bankanın müşteriler, kamu otoriteleri, yatırımcılar, diğer bankalar ve ilişkili üçüncü taraflarla olan ilişkilerinde çok dikkatli davranması gerekmektedir. Bankanın, müşteri ilişkilerinde etik olmayan ya da yanıltıcı işlemlerinin olması, kanun ve düzenlemelere aykırı hareket etmesi, sıklıkla davalara taraf olması ya da finansal performansının kötü olması gibi durumlar bankanın itibarını ciddi şekilde tehdit eden unsurlardan bazılarıdır." (https://www.bddk.org.tr/ContentBddk/dokuman/mevzuat_0094.pdf, erişim tarihi: 06.06.2021).

duruma örnektir; bir banka kredi vermek suretiyle sadece kredi geri ödemesi ve faiz olarak sadece somut bir kazanç değil aynı zamanda taahhütlerini zamanında ve uygun şekilde yerine getirmek suretiyle itibar kazanmak ve bu yolla müşteri çevresini genişletmek gibi soyut kazançlar da elde eder. Sendikasyon kredilerinde de durum böyledir; bir banka, sendikasyona katılarak bir kişiye kredi vererek diğer bankalar ve müşteriler nezdinde itibarını artırmayı amaçlar.

Bu şekilde kazanılan itibarın öğretide ölçülebileceği belirtilmektedir¹⁰. İtibarın ölçülmesinde ise üç temel yöntem vardır; bunlar, kurumsal sosyal beklentiye göre, kurumsal kişiliğe ve güvene dayalı ölçümdür¹¹. Kurumsal sosyal beklentiye dayalı ölçümde işletmenin çalışanları, işletme ile iş yapanlar, resmî kurum ve kuruluşlar ile toplumun genelinin işletmeye yönelik beklentileri doğrultusunda aynı alanda faaliyet gösteren diğer işletmeler ile mukayese edilerek sıralanması yolu ile tespit yapılır¹². Kurumsal kişiliğe dayalı ölçümde işletmenin çalışanları, işletme ile iş yapanlar, resmî kurum ve kuruluşlar ile toplumun genelinin işletmeyi nasıl gördüğü tespit edilir¹³. Sonucu yöntem ise güvene dayalı ölçümdür. Bu yöntemde işletmenin işlemlerinin önceden öngörülebilir olup olmaması incelenir. İşletmenin itibarı, güvenilirlik, dürüstlük ve yardımseverlik bağlamında ele alınır. Güvenilirlik ve dürüstlük ölçütleri işletmenin borçlarını ifa edip etmemesi, yardımseverlik ölçütü ise işletmenin işbirliği konusundaki tutumunu ele almaktadır¹⁴.

Bu hâliyle bir işletmenin itibarı artık bilimsel olarak ölçülebilmekte ve işletmenin işlem ve fiilleri ile artıp azalabilmekte ise işletmenin değeri hesaplanırken itibarın da göz önüne alınması gerekmektedir. İşletmenin değerinden kast olunan ise işletmenin malvarlığı değeridir. Bu malvarlığı değerleri soyut ve somut olmak üzere iki sınıfa ayrılır¹⁵. Bir ticarî işletmenin somut malvarlığı unsurları olarak duran malvarlığı¹⁶, işletme sermayesi,

¹⁰ Şakar, s. 16

¹¹ Şakar, s. 16

¹² Şakar, s. 16

¹³ Şakar, s. 21

¹⁴ Şakar, s. 23

¹⁵ POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 18. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 42; UZUNOĞLU, Ebru/ÖKSÜZ, Burcu: Kurumsal İtibar Riski Yönetimi: Halkla İlişkilerin Rolü, Selçuk İletişim, Yıl 2008, Cilt 5, Sayı 3, s. 111

¹⁶ TTK'nın 73/2'nci maddesi uyarınca duran varlıklar içinde işletmeye devamlı surette tahsis edilmiş bulunan varlıklar yer alır. Duran malvarlığı, ticarî işletmeye sürekli olarak özgülenmiş olan taşınmazlar, bunların bütünüyle parçaları ve eklentileri ile aynı amaca tahsis edilmiş taşınırlardır (AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ ÖZDAMAR, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 122).

hammadde ve üretilmiş mal stoğu¹⁷ örnek gösterilebilir. Soyut malvarlığı değeri ise o işletmenin itibarıdır. İtibar, bilançoda fiziksel bir varlık olarak sınıflandırılmadığı için maddi olmayan duran varlık olarak kabul edilir¹⁸. Yani, bir ticarî işletmenin değeri hesaplanırken sadece somut malvarlığı değerleri değil, itibar gibi soyut malvarlığı değerleri de dikkate alınmalıdır.

Soyut malvarlığı ticarî işletmenin defter değerinden farklı olarak piyasa değerini gösteren malvarlığı unsurlarıdır. Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 11/3'üncü maddesinde belirtilen işletme değeri¹⁹ içinde itibar da bulunmaktadır²⁰.

Bir ticarî işletme için bu denli önemli olan itibarın uğrayabileceği risk, işletmelerin maruz kaldığı riskler arasında ayrı bir sınıf oluşturur²¹. Bu risk türünün ölçülmesi zordur fakat işletmenin defter değeri²² ile piyasa değeri²³ arasındaki fark olarak açıklanabilir²⁴.

¹⁷ Bunlar ise döner malvarlığıdır. Döner malvarlığı ticarî işletmenin unsurları arasında belirtilmemiş olmasına rağmen öğreti ve yargı kararları ile kabul edilmektedir (Ayhan, Çağlar, Özdamar, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, s. 123).

¹⁸ Çalış, s. 55

¹⁹ "İşletme değeri, işletmenin teker teker malvarlığı unsurlarının değerleri toplamını aşan değer olarak anlaşılmaktadır. Doktrinde yer alan bir başka tanıma göre, işletme değeri bir ticari işletmenin mevcut ve muhtemel müşteri çevresi ile ilişkileri ve bulunduğu piyasadaki pozisyonudur." (ÇELİKBOYA, Kerem: Ticari İşletmenin Devri, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 210). Buna göre, işletme değeri defter değerinden farklı olan firma değeri veya diğer bir adla piyasa değeridir.

²⁰ Bir işletmenin sahip olduğu soyut kaynaklar arasında itibar da vardır (Şakar, s. 2); "Peştemaliye (Peştemallık); ticarete ün kazanmış bir müessesenin başkasına devri halinde üne neden olan manevi değere veya müessesenin bulunduğu yörenin onur ve halinde üne neden olan manevi değere veya müessesenin bulunduğu yörenin onur ve önemine karşılık olmak üzere ödenen bedeldir. (Türk Hukuk Lügatı, Ankara 1944, sh 248). Tanımından da anlaşıldığı gibi, peştemaliye taşınmazın kiralanmasında değil, ticari bir işletmenin devri halinde; işletmeyi devir alanın, bu işletme hakkının maddi değeri yanında işletmenin ünü ve manevi değerleri için ödenmesi lazım gelen bedeldir. İşletmenin faaliyetini yerine getirdiği taşınmaz veya taşınmazın kiralanması ile ilgili değildir. Peştemaliye bu haliyle yasaya ve ahlaka aykırı bir edim olmayıp, hukuken konulan bir haktır." (Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 03.06.1985 T., 1985/2315 E., 1985/5606 K., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

²¹ Bankaların itibar riskinin önemi kanunkoyucu tarafından da bilinmekte olup 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 74'üncü maddesi ile bankaların itibarını zedeleyici fiiller cezai müeyyideye bağlanmıştır. Söz konusu hüküm şöyledir: "5187 sayılı Basın Kanununda belirtilen araçlarla ya da radyo, televizyon, video, internet, kablolu yayın veya elektronik bilgi iletişim araçları ve benzeri yayın araçlarından biri vasıtasıyla; bir bankanın itibarını kırabilecek veya şöhretine ya da servetine zarar verebilecek bir hususa kasten sebep olunamaz ya da bu yolla asılsız haber yayılamaz."

²² "Defter değeri diğer adıyla muhasebe değeri, belirli bir tarihte işletmenin finansal durum tablosundaki tarihi değerle kayıtlı varlıkların muhasebe kayıtlarına göre tespit edilmiş değeridir." (ÇALIŞ, Nevzat: İtibar Riski ve Firma Değeri İlişkisi: BİST'te Ampirik Bir Uygulama, T.C. Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Balıkesir, 2019, s. 69).

²³ Firma değeri, aynı zamanda piyasa değeri olarak da tanımlanabilir (Çalış, s. 66). Piyasa değeri, bir firmanın sahip olduğu varlık ve borçların tamamının pazardaki değeridir (Çalış, s. 67).

²⁴ Balkan, s. 29; GÜNDOĞDU, Aysel: Bankaların İtibar Riski ve Türk Bankacılık Sisteminde İtibar Riskine Dair Vakalar, Finans ve Bankacılık Çalışmaları Dergisi, Cilt 5 Sayı 2, 2016, s. 40

İtibar, sahibinin manevi bir değeridir²⁵. Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 48'inci maddesi uyarınca tüzel kişiliği haiz banka anonim şirketleri de itibar gibi kişisel varlıklara sahiptirler²⁶. “*Ticari itibar, tacirin ekonomik faaliyetlerini sürdürdüğü piyasa içerisinde kazandığı saygınlığı olarak tanımlanabilir.*”²⁷.

Bankalar için itibar riskini doğurabilecek birçok sebep vardır; bu sebepler bankanın kendisinden kaynaklanabileceği gibi üçüncü kişilerin fiil ve işlemlerinden de kaynaklanabilir. Genel olarak bir banka için itibar riskini bankanın faaliyetleri neticesindeki verimliliğinin başarılı gözükmemesi ve/veya bu faaliyetler neticesinde ortaya çıkan sonucun gerçekçi ve tutarlı olarak ortaya konulmaması, bankanın sunduğu hizmetlerin niteliğinde zayıflık²⁸, üçüncü kişilerin haksız rekabet olarak nitelendirilebilen fiilleri ve bankanın mali yükümlülüklerini vadesinde ifa edilememesidir²⁹.

²⁵ Çalış, s. 63

²⁶ “Bölge Adliye Mahkemesince dosya üzerinden yapılan istinaf incelemesinde; hukuk düzeni tüzel kişilere hukuk süjesi olarak tanıdığına ve onlara ad, şeref, onur ve itibar gibi kişisel varlıklar bahşettiğine göre (TMK m.48) tüzel kişilerin de manevi tazminat hakkı olduğu, davalı banka Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi'ne hatalı bildirimde bulunduğu, hatalı kaydın TBB Risk Merkezinde 50 gün süreyle kaldığı, hatalı borç bildirimini nedeniyle davacı şirketin manevi zarara uğradığı, davacı şirketin söz konusu olumsuz kaydın akabinde başka bir bankadan kredi kullanması manevi zarara uğramadığı anlamına gelmediği, ayrıca manevi zararın somut olarak ispatlanması gerekmediği, ilk derece mahkemesince, dava tarihinde yürürlükte bulunan TBK'nın 58. maddesi hükmü gereğince manevi tazminata karar verilmesi gerekirken davacı tarafın yanlış bildirim nedeniyle manevi zarara uğradığına ilişkin iddiasını ispatlayamadığı gerekçesiyle red kararı verilmesinin yerinde olmadığı ilk derece mahkemesinin red hükmünün kaldırılması gerektiği gerekçesiyle, davacı vekilinin istinaf başvurusunun HMK'nın 353/(1)-b... maddesi gereğince kabulüne, Asliye Ticaret Mahkemesinin .../.../2016 tarih 2014-1336 E. 2016/674 K. sayılı hükmünün kaldırılmasına, davacının manevi tazminat talebinin kısmen kabulüne, takdiren000,00 TL manevi tazminatın 18/09/2014 tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine, fazlaya ilişkin manevi tazminat isteminin reddine, davacının yanlıtıcı beyanın gazetede ilanına ilişkin talebinin reddine karar verilmiştir. Bölge Adliye Mahkemesi kararı, davacı vekili ve davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir. İlk Derece Mahkemesince verilen karara yönelik olarak yapılan istinaf başvurusu üzerine HMK'nın 355 vd. maddeleri kapsamında yöntemince yapılan inceleme sonucunda Bölge Adliye Mahkemesince esastan verilen nihai kararda, dosya kapsamına göre saptanan somut uyumsuzluk bakımından uygulanması gereken hukuk kurallarına aykırı bir yön olmadığı gibi HMK'nın 369/1. ve 371. maddelerinin uygulanmasını gerektirici nedenlerin de bulunmamasına göre usul ve yasaya uygun Bölge Adliye Mahkemesi kararının onanmasına karar vermek gerekmiştir.” (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 21.01.2019 T., 2017/3355 E., 2019/536 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, erişim tarihi: 15.11.2022); “Ticaret şirketleri de ticari onur ve saygınlığa sahiptir ve bunu ihlal eden saldırılardan korunmaları gerekir. Ticaret şirketlerinin onur ve saygınlığından bahsedildiğinde ekonomik yaşantısında etkili olan iş hayatındaki dürüstlük, kredi itibarı ve piyasada yaratmış olduğu güven gibi hususlar akla gelmektedir. Kredi itibarı, kişinin kendisine borç verebilecek kişileri bulabilme yetisidir. Kredi toplumun bir kişinin dürüstlüğüne ve ödeme gücüne yönelik olarak duyduğu güvendir. Öğretide kişinin sadece ödeme gücünün değil, ödeme niyetinin de dikkate alınması gerekmektedir. Kredi itibarı bu bakımdan kişinin ekonomik faaliyetlerini serbestçe yerine getirebilmesi açısından önemli bir faktördür ve kişilik hakkı kapsamında korunması gerekir.” (Demirel, Duygu: Ticari İtibarın Zedelenmesi ve Manevi Tazminat Davası, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 7, Ocak 2013, s. 44).

²⁷ Demirel, s. 44; NARTER, Sami: Uygulamada Manevi Tazminat, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s.939

²⁸ Akgüç, s. 12

²⁹ Balkan, s. 26

İtibar riski gerçekleşirse ortaya çıkacak olan sonuçlardan bazıları şöyle olacaktır:

- Gelecekte beklenen nakit akışındaki düşüş,
- Kısa vadeli kaynakların dağılmasına neden olarak fonların sınırlandırılması,
- Azalan itibar sermayesi,
- Mevcut ve muhtemel gelecekteki müşterilerin kaybı,
- Güveni ve rekabetçiliğin kaybı
- Mevcut veya muhtemel iş ilişkilerinde azalma³⁰.

Görüldüğü üzere, itibar riskinin vukuu hâlinde işletme ya bir zarara uğramakta ya da bir zarar tehlikesi ile karşılaşmaktadır.

Bir kredi sendikasyonunda itibar riski iki şekilde doğabilir:

Öncelikle, kredi sözleşmesinin kredi veren tarafı olan kredi sendikasyonu kredi borcundan müteselsilen sorumlu ise bir kredi verenin temerrüdü ortaklığın ve bu sebeple diğer ortakların da ticarî itibarına zarar verebilir.

Bir diğer durum ise kredi sözleşmesi ile kredi verenlerin kısmî sorumluluklarının kabul edilmesi hâlinde doğabilir. Kısmî sorumluluğun kredi sözleşmesinin sübjektif esaslı şartı olması sebebiyle bunun kredi verenlerin bir diğerinin kredi taahhüdünü ifa bakımından Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 527/2'de belirtilen iş sahibinin açık ve hukuka uygun bir ödeme yasaklamasına rağmen vekâletsiz iş görmede bulunmuştur savı ileri sürülebilir. Somut durumda, kendi kredi taahhüdü bir başka kredi veren tarafından ifa edilen bir kredi verenin muhtemel bir soyut kazancı engellenmiş hatta mevcudu azalmıştır; yani iş sahibi kredi veren, bir diğer kredi verenin ifası sebebiyle güven kurumu olan bir banka olarak üçüncü kişiler tarafından ödeme gücünden şüphe duyulmasına yol açılması ve bu sebeple itibar kaybına uğramış olması olasıdır³¹.

A.Müteselsil Borçlulukta Kredi Verenlerin Temerrüdü Sebebiyle Zarara Uğrama

Sendikasyon kredisi sözleşmesinde kredi verenlerin kredi verme

³⁰ Çalış, s. 64

³¹ Unutulmamalıdır ki böyle bir fiil haksız rekabet hali sayıldığı derecede TBK'nın 639'uncu maddesinin 7'nci bendi haklı sebeple fesih nedeni de sayılacaktır. Ancak bu hak mahkemeye başvuru ile kullanılabilirdi için diğer ortaklara da karşı dava ikamesi ortaklıktan çıkarma hakkı gündeme gelebilir. Eğer ortaklık sözleşmesinde TBK'nın 633'üncü maddesi hükmünde belirtilmiş olan ortaklığın diğer ortaklarla devam edeceğine ilişkin bir hüküm varsa onlar da bu taleplerini dermeyer edebilirler. Eğer böyle bir hüküm yoksa TTK'nın 245 ve 255'inci maddelerinde düzenlenmiş olan kolektif şirketin feshine ve kolektif şirketten çıkarmaya dair hükümler kıyasen uygulanabilmelidir (BAHTİYAR, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, 16. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 39; AYAR, Ahmet: Adi Ortaklıkta İç ve Dış İlişkiler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 189; AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 50

borçlarından sorumlulukları ya müteselsilendir ya da kısmîdir. Eğer kredi verenler müteselsilen sorumlu iseler, bir kredi verenin kredi verme borcunu iç ilişkide kendine düşenden daha az veya hiç ifa etmemesi hâlinde diğer kredi verenler, kendilerine düşen paydan fazla ifada bulunurlarsa ödediği fazla miktarı diğer kredi verenlerden bunu isteme hakkı vardır. Kısmî borçlulukta ise kredi verenler sadece taahhüt ettikleri kredi tutarından sorumlu olacaklarından onlar böyle bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Kredi verenlerin müteselsilen sorumlu oldukları durumda TBK'nin 167'nci maddesi uyarınca rüçû hakkını kullansa dahi somut olarak kazancında bir azalma olmasa dahi soyut kazancında bir azalma, yani itibar kaybı yaşayabilir.

Böyle bir durumda bir kredi verenin temerrüdü sendikasyon sendikasyonun diğer ortakları bakımından bir itibar kaybına yol açabilir. Bir kredi veren, itibarında böyle bir kaybı ölçebildiği ölçüde zararının tazminini talep edebilmelidir. Anılan talep, TBK'nin 628/2'nci maddesindeki özen borcuna aykırılığın giderilmesi. Kredi verenlerden bir tanesinin bu borcuna aykırılığı diğerlerinin itibar riskinin gerçekleşmesi sebebiyle zarara uğramasına yol açarsa bu zararın TBK'nin 628/2'nci maddesi uyarınca tazmini gerekecektir. Söz konusu zarar, olumlu zarar olup, sadece malvarlığındaki azalmanın değil kazanç kaybını da içerir³². Kazanç kaybı, maddi zararı oluşturur³³. Bunun yanında itibarın zedelenmesi sebebiyle manevi zarar da gündeme gelebilir³⁴.

Ancak, diğer kredi veren bankalar, itibarlarındaki azalmayı ancak uzun vadede tespit edebileceklerdir. Bu durumda da tazminat taleplerinde TBK'nin 147'nci maddesindeki beş yıllık zamanaşımı dikkate alınmalıdır.

B.Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş görme Sebebiyle Zarara Uğrama

Kısmî sorumluluk hâlinde öğretilde baskın görüş, iş sahibinin açık veya örtülü yasaklamasına rağmen yapılan iş görme gerçek olmayan vekâletsiz iş

³² ÖZ, M. Turgut (ed.): Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 1001).

³³ Zarar, bir kavram olarak TBK'nda tanımlanmış ve bu iş öğretisi ve yargı kararlarına bırakılmıştır. Ancak zararın sözlük anlamı, "bir şeyin, bir olayın yol açtığı çıkar kaybı veya olumsuz, kötü sonuç, ziyan"dır (ERLÜLE, Fulya: Türk Borçlar Kanunu'na göre Bedensel bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, 3. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s.15). Zarar, dar ve geniş anlamda olmak üzere iki şekilde değerlendirilir; dar anlamda zarar, sadece zarar görenin maddi malvarlığındaki zararını, geniş anlamda zarar ise dar anlamda zararın yanı sıra zarar görenin şahıs varlığında meydana gelen manevi zararı da içerir (Erlüle, s. 15, 16; Narter, s. 3).

³⁴ Gerçek kişiler gibi tüzel kişilerin de TMK'nın 48'inci maddesi uyarınca kişilik hakları bulunmaktadır. Tüzel kişinin kişilik hakkı, onur, şeref ve haysiyet gibi değerlerden oluşur (Narter, s. 938). Özellikle, "şeref ve haysiyet bir kimsenin objektif olarak toplum tarafından bir değer yargısından geçirilmesi sonucu elde ettiği tüm manevi değerler toplamından ibarettir" (Narter, s. 938). Sözleşmeye aykırılık sebebiyle manevi zarar talebi, TBK'nin 628/2'nci maddesi uyarınca özen borcuna aykırılık sebebiyle TBK'nin 114/2'nci maddesinin atfı ile TBK'nin 58'inci maddesinin uygulanması ile çözüme kavuşturulur.

görme olduğu yönündedir³⁵; zira yasaklamanın varlığı iş sahibinin menfaati olmadığını gösterir³⁶. Bakılması gereken iş görmeden doğan menfaatin hangi tarafın malvarlığında hasıl olduğudur. Menfaat, iş görenin malvarlığında meydana gelmişse, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin varlığı kabul edilmelidir³⁷. Ancak işin iş görenin menfaatine görülmesi ile menfaatin onun malvarlığında ortaya çıkması aynı anlama gelmemektedir; görülen iş, iş görenin menfaatine olup menfaat doğrudan iş sahibinin malvarlığında da ortaya çıkmış olabilir³⁸.

Bir para borcunun ifasında, ifade bulunan iş görenin malvarlığında oluşabilecek bir menfaatten bahsetmek farazi olarak dahi pek mümkün görünmemektedir. Bu durumda menfaat iş sahibinin malvarlığında pasifin artışının engellenmesi şeklinde ortaya çıkar. Bu hâlde de iş sahibinin iş görene TBK'nin 526 ve devamı hükümleri uyarınca bir talebi gündeme gelmez. Fakat anılan iş görmenin iş sahibi açısından itibar riski doğurucu bir fiil olması muhtemeldir.

Zira gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, haksız fiil sayılırsa itibar riskinin doğumu bir manevi zarar gündeme getirebilir³⁹. Ayrıca, itibar kaybı kazanç yoksunluğuna yol açmış ise bu da maddi bir zarar kalemidir⁴⁰. İtibara yönelik

³⁵ BAŞ SÜZEL, Ece: Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 35; "Üçüncü kişi, borçlunun muhalefet ve iradesine rağmen ifade bulunmuşsa, Türk Borçlar Kanununun 530. maddesine göre, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde borçlu hakkında zenginleştiği ölçüde sebepsiz zenginleşme söz konusu olur." (EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 1047).

³⁶ Süzel, s. 8, 35, 36

³⁷ Süzel, s. 35; "Görülen işin başkasına ait olması gerektiği de açıktır. Ancak bazı durumlarda görülen işte vekâletsiz iş görenin de menfaati olabilir. Bu durumda ortak yarar söz konusu olur ki; ortak yararın bulunduğu durumlarda iş göreninin menfaati iş sahibinin menfaatine göre daha üstün değilse işin başkasına aidiyeti unsuru var sayılır." (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu T. 23.09.2020, E. 2017/1257, K. 2020/661, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> erişim tarihi 23.03.2021). "Bir kimsenin kendisine ait olmadığını bildiği veya bilebilecek durumda olduğu bir malı kendisinin malı imiş gibi kiraya vermesi ve kiracılardan kira paralarını toplaması faaliyeti, bir iş görmedir ve mal kiraya verene ait olmadığı cihetle görülen iş, başkasının işidir. Malı kiraya verip kira paralarını alan kimse, mal sahibinin menfaatine değil, fakat kendi menfaatine hareket ettiğinden dolayı, ortada başkasının işini gören kimsenin iş sahibinin yerine kendi menfaatine hareket etmiş olması durumu vardır ki böyle bir durumda işi görülen kimse (yani mal sahibi), işi görenden (yani kiraları toplayandan) Borçlar Kanununun 414. maddesi hükmüne, kira paralarının (yani işin görülmesinden iş görenin elde ettiği menfaatlerin) kendisine verilmesini isteyebilir. Borçlar Kanununun bu maddesinin matlabı (İş yapan kimsenin kendi menfaati için yapıldığı halde) ve metni ise (Kendi menfaati için yapılmamış olsa bile iş sahibi, yapılan işten hasıl olan faideleri temellük etmek hakkını haizdir. Temellük ettiği faidelere göre, işi yapan kimsenin masrafını tazmin ve yapmış olduğu taahhütlerden onu tahlis eder) şeklindedir." (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu 04.06.1958 T., 1958/15 E., 1958/6 K., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

³⁸ Süzel, s. 31

³⁹ Süzel, s. 76, d. 299; ANTALYA, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1, 2, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, s. 60; KAPANCI, Kadir Berk/BAŞOĞLU, Başak: İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Cilt 6, 7, 8, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 3950

⁴⁰ Kapanıcı, Başoğlu, s. 3950; ; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Medeni Hukuk, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019,

bu tür zararlar, müşterilerdeki azalmalar, iptal edilen sözleşmelerin getireceği kazanç, zararın miktarının tayininde göz önüne alınır⁴¹.

Anılan durumlar, ilgili kredi verenin iktisadi faaliyetlerine ilişkin etkinlik gösterdiği piyasada üçüncü kişiler nezdinde oluşmuş olan değer yargılarını sarsan ve zarar verici bir fiil bir olarak nitelenip tazminatı gündeme getirebilir⁴².

Sonuç

Bir adi ortaklık olan kredi sendikasyonlarında kredi verenlerin müşterek amaçları olan kredi vermek doğrultusunda üçüncü kişilerle yaptıkları kredi sözleşmelerinden doğan borçlarının yanı sıra birbirlerine karşı da borçları bulunmaktadır. Bu borçlardan bir tanesi TBK'nin 628/1'inci maddesinde düzenlenmiş olan özen borcudur. Bu borcun içeriği her somut olaya göre farklılık gösterir ve kimi zaman yapma ve kimi zaman ise yapmama borcu şeklinde ortaya çıkar. Kredi sendikasyonlarında kredi verenler kredi borcunun tamamından müteselsilen sorumlu olabilecekleri gibi, onlar kredi sözleşmesi ile kısmî sorumlu kılınmış da olabilirler. Eğer kredi verenler müteselsilen sorumlu iseler bir kredi verenin temerrüdü, diğer kredi verenlerin ticarî itibarına da zarar verebilir. Böyle bir hâlde mütemerrit kredi verene diğer kredi verenler maddi ve manevî zararlarının tazmini talebini yöneltilebilmelidirler. Bir diğer olasılık ise kredi verenlerin kısmî borçlu olmaları durumunda bir kredi verenlerden bir tanesinin diğerinin borcunu ifadır. Kredi sözleşmesinde kısmî borçluluğun öngörülmesi bir borçlunun diğer bir borçlu yerine ödemesinin yasaklanması olarak yorumlanırsa bu durumda gerçek olmayan vekâletsiz iş görme gündeme gelebilir. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme haksız fiil olarak kabul edilirse bu durumda iş sahibi kredi veren bankanın itibar kaybetmesi ve bu sebeple maddi ve manevî zarara uğraması söz konusu olabilir.

Kaynakça

s. 391, 394

⁴¹ Kılıçoğlu, Medeni Hukuk, s. 414

⁴² Ticarî itibarı bir haksız rekabet hâli ile zarara uğrayan tacir, müşterilerinin kaybı, iktisadi menfaatlerinin sarsılması ve faaliyet gösterdiği piyasada kendisine duyulan güvenin azalması gibi sonuçlar neticesinde zarar veya zarar görme tehlikesi ile karşılaşmaktadır (Demirel, s. 54, 55). "Bir tacirin, ... ödeme yeteneğinin kuşkulu olduğu havasının yaratılması, haklı bir çıkarın korunması amacı ile yapılırsa da hukuka aykırılık teşkil etmektedir." (Demirel, s. 63). "... tacirin ödeme yeteneği hakkında şüphe uyandırılması hallerinde ... manevî tazminat talep edilebilmesi mümkün kılınmıştır ... tacirin iş yaptığı piyasa çevresinde uyandırdığı güvenin sarsılması ... manevî tazminat talebi için yeterli görülmiştir. Acı, elem ya da ıstırap duyması bu nedenle bu taleplerde aranmamaktadır." (Demirel, s. 67). Maddi zarar, malvarlığındaki aktifte azalma veya pasifte artma şeklinde olabileceği gibi, kazanç kaybı yani aktifte artışın veya pasifte düşüşün engellenmesi şeklinde de olabilir (Çakırca, Seda İrem: Türk Sorumluluk Hukukunda Yansımaya Zararı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 26, 27).

- [1] AKGÜÇ, Öztin: Ticaret Bankalarının Yönetimi, Arayış Basım Yayıncılık, İstanbul, 2011
- [2] AKSOY, Hüseyin Can: Sendikasyon Kredisi Alacaklarının Fer'i Teminatlarla Güvence Altına Alınması, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019
- [3] AKYOL, Şener: Sözleşmenin Yorumu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010
- [4] ALTAY, Erdinç: Bankacılıkta Risk, 3. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2021
- [5] ANTALYA, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1, 2, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara
- [6] AYAR, Ahmet: Adi Ortaklıkta İç ve Dış İlişkiler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019
- [7] AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021
- [8] AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022
- [9] BAHTİYAR, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, 16. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022
- [10] BALKAN, Bülent: İtibar Riski ve Etik, Denetişim, Sayı 18, 2018
- [11] BARLAS, Nami: Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016
- [12] BAŞ SÜZEL, Ece: Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015
- [13] ÇAKIRCA, Seda İrem: Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012

[14] ÇALIŞ, Nevzat: İtibar Riski ve Firma Değeri İlişkisi: BİST’te Ampirik Bir Uygulama, T.C. Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Balıkesir, 2019

[15] ÇAMOĞLU, Ersin/POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal: Ortaklıklar Hukuku I, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019,

[16] ÇELİKBOYA, Kerem: Ticari İşletmenin Devri, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017

[17] DEMİREL, Duygu: Ticari İtibarın Zedelenmesi ve Manevi Tazminat Davası, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 7, Ocak 2013

[18] EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019

[19] ERLÜLE, Fulya: Türk Borçlar Kanunu’na göre Bedensel bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, 3. Baskı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021

[20] GÜNDOĞDU, Aysel: Bankaların İtibar Riski ve Türk Bankacılık Sisteminde İtibar Riskine Dair Vakalar, Finans ve Bankacılık Çalışmaları Dergisi, Cilt 5 Sayı 2, 2016

[21] KAPANCI, Kadir Berk/BAŞOĞLU, Başak: İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Cilt 6, 7, 8, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019

[22] KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Medeni Hukuk, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019

[23] NARTER, Sami: Uygulamada Manevi Tazminat, Adalet Yayınevi, Ankara

[24] ÖZ, M. Turgut (ed.): Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023

[25] POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 18. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019

[26] SARIKAYA, Murat: Sözleşmenin Yorumu, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019

[27] ŞAKAR, A. Nurhan (ed.): Kurumsal İtibar ve Paradigmalar, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011

[28] ŞİT, Başak: Kredi Düzeni Açısından Sendikasyon Kredileri, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt 27, Sayı: 2, 2011

[29] UZUNOĞLU, Ebru/ÖKSÜZ, Burcu: Kurumsal İtibar Riski Yönetimi: Halkla İlişkilerin Rolü, Selçuk İletişim, Yıl 2008, Cilt 5, Sayı 3

DEVLET MALLARI, BELEDİYE MALLARI VE KÖY TÜZEL KİŞİLİĞİNİN MALLARININ HACZEDİLMEZLİĞİ ÜZERİNE DEĞERLENDİRME*

Stj. Av. Recep DURSUNOĞLULARI**

Öz

Kamu düzeni, kamu yararı, Sosyal Devlet anlayışı ve insanın temel ihtiyaçları gibi nedenlerle İcra ve iflas Kanunu ve özel yasalar ile bazı mal ve haklar haciz kapsamı dışında tutulmuştur. Çalışma kapsamında öncelikle icra kavramı ve şikâyet kavramına değinilmiştir. Haczedilmezlik şikâyet üzerinde durulduktan sonra kamu malı ve türleri ile Devlet malı kavramı açıklanmıştır. Belediye Kanunu'nda düzenlenen haczedilmezlik şartları açıklanmıştır. Devlet malı ve belediye mallarının haczedilmezlik durumunun mülkiyet hakkı ve eşitlik ilkesi ihlaline olan etkisi değerlendirilmiştir. Son olarak köy tüzel kişiliğinin mallarının haczedilmezlik durumu değerlendirilerek çalışmaya son verilmiştir. Çalışma kapsamında Yargıtay kararları, Anayasa Mahkemesi kararları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına da yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: *İcra ve iflâs hukuku, Kamu Malı, Haczedilmezlik, Belediye mallarının haczi, Devlet mallarının haczi.*

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 01.09.2021 - Kabul Edildiği Tarih: 27.03.2023

** Kocaeli Barosu, Altınbaş Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı Öğrencisi, recep@dursunoglular@gmail.com, ORCID: 0000-0002-2348-8753.

An Examination On Seizure Ban Over The State Properties, The Municipality Properties And The Properties Of The Village Legal Person

Abstract

For reasons such as public order, public interest, social government understanding and the basic needs of person, Execution and bankruptcy law and special legals and certain properties and rights are excluded from the scope of the seizure. The concept of execution and complaint was first covered in the study. The concept of public property and types and State property is explained after the seizure ban complaint has been discussed. The conditions for the seizure ban are explained in the Law of Municipality. The impact of the seizure ban of state property and municipal property has on the violation of the property rights and the principle of equality has been evaluated. Finally, the study was terminated by evaluating the seizure ban status of the properties of the village legal person. Within the scope of the study, the Supreme Court's decisions, the Constitutional Court's decisions and the jurisprudence of the European Court of Human Rights are also included.

Keywords: *Execution and bankruptcy law, Public Property, Seizure Ban, Seizure of the properties of the municipality, Seizure of the properties of the state.*

GİRİŞ

Borçlunun borcunu ifa etmemesi halinde alacaklının kendisinin bizzat borçluya karşı zor kullanması yasaklanmıştır. Bu yasağa ihkaki hak yasağı veya kendiliğinden hak alma yasağı denilmektedir. Alacaklı bu alacağına kavuşmak istiyorsa Devletin cebri icra organlarına başvurmak zorundadır. Borcunu ifa etmeyen borçluya karşı alacaklının Devletin cebri icra organları aracılığıyla alacaklarına kavuşmasını düzenleyen hukuk dalına İcra ve İflas Hukuku, Takip Hukuku veya Cebri İcra Hukuku denilmektedir.¹

On asırlık bir zamana yayılan Roma Hukuku tarihinde en ilkel şekillerle başlayan ve çeşitli aşamalardan geçen icra usullerinin çağımızın hukuk sistemine kadar gelebilen gelişmiş şekillere vardığını söyleyebiliriz.²

Alacaklıyı, borçluya karşı Devletin cebri icra organlarını kullanarak alacağını tahsil etme imkânı sunması nedeniyle İcra ve İflas Hukuku özel

¹ KURU, Baki: İcra ve İflas Hukuku Cilt: 1, B.3, İstanbul, 1988, s. 25; BAŞÖZEN, Ahmet: İcra ve İflas Hukuku Ders Notu, B.1, Ankara, 2017, s. 1; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet: İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, B. 6, İstanbul, 2019, s. 4.

² RADO, Türkan: Roma Hukukunda Cebri İcra Usullerinin İnkişafı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 10(1-2): 229-240, s. 231.

hukuktan farklılaşarak kamu hukukuna yaklaşmaktadır.³ Başta 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu olmak üzere çeşitli yasalarca bazı mal, hak ve alacakları ile imtiyaz haklarının haciz yasağı kapsamında olmasına haczedilmezlik denilmektedir.⁴

1982 Anayasası'nın 17. maddesi ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerden birisi de bireylerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirme haklarıdır. Bireyler kimsenin yardımına muhtaç kalmadan hayatlarını asgari ölçüde insan onuruna yaraşır şekilde devam ettirebilmelidirler. Bu aynı zamanda Sosyal Devlet ilkesinin bir sonucudur. Bunun gibi insani düşünceler ile borçluya ait bazı mal ve hakların kısmen veya tamamen haczedilemeyeceği kuralı hukuk sistemine girmiştir.⁵

1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu 82. maddesinde haczi caiz olmayan mal ve haklar 83. maddesinde ise kısmen haczi caiz olan şeyler düzenlenmiştir. Çalışma kapsamında Kanun'un 82/1/(1) maddesinde düzenlenen "Devlet malları ile mahsus kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen mallar" kavramı ele alınmıştır. 2004 sayılı Kanun 82/1 fıkrasındaki düzenleme ile Devlet malı tamamen haciz kapsamı dışında tutulmuştur. Ancak burada yasak olan şey hacizdir. Devlete karşı icra takibi yapılmasında herhangi bir engel yoktur.⁶

Yargıtay ve doktrine göre haczedilmeyecek mal, hak ve alacaklar tahdidi olarak belirtilmiştir.⁷ Diğer bir ifade ile İcra ve İflas Kanunu'nda ve diğer yasalarda haczedilmeyeceğine ilişkin hüküm bulunmayan mal, hak ve alacakların tümü haczedilebilecektir.⁸ Kanaatimizce haczin asıl, haczedilmezliğin istisna olması ve asıl amacın alacaklının alacağını elde etmesi olması nedeniyle, mal ve hakların örnekseme yolu ile haciz kapsamı dışına alınması doğru olmayıp, ileride de değinileceği üzere alacaklının mülkiyet hakkını en az düzeyde ihlal etmek yerinde olacaktır.

³ ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim: İcra ve İflas Hukuku (Takip Hukuku I-Takip Hukuku II), B.3 (Güncellenmiş), Ankara, 2020, s. 29.

⁴ BALKAN, Yavuz: Haczedilmezlik ve Benzer Müesseseler, B.1, Ankara, 2009, s. 25.

⁵ KURU, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, B.1, İstanbul, 2016, s.245; ATALI/ERMENEK: s. 131.

⁶ ERCAN, İsmail: Uygulamacılar İçin Takip Hukuku El Kitabı, B.2, Ankara, 2016, s. 228.

⁷ UYAR, Talih: Hukuki Mütalaalar, B.2, Ankara, 2017, s.340; YILDIRIM, Mehmet Kamil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis: İcra ve İflas Hukuku, B.7, İstanbul, 2026, s.142. PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN MERAL/ÖZEKES: s.159; UYAR, Talih/UYAR, Alper/UYAR, Cüneyt: İcra Hukukunda Haciz, B.3, İstanbul, 2016, s.490.

⁸ ÇATALKAYA, Cevdet/BANDAKÇIOĞLU, İhsan: İcra ve İflas Kanunu Şerhi, B.1, Ankara, 2017, s.305.

Mal ve haklara haczedilmezlik özelliği sadece kanun tarafından verilebilir.⁹ Kanun'da haczedilemeyeceği hususunun yer almaması halinde ise ilgili mal veya hak hacze konu edilebilecektir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında da doğrudan gelir desteği ödemelerinin haczedilemeyeceği hususunda Bakanlar Kurulu Kararları ve 5018 sayılı Tarım Kanunu'nda hüküm bulunmaması nedeniyle çiftçilere yapılan doğrudan gelir desteği ödemelerinin haczinin mümkün olduğunu belirtmiştir.¹⁰ Görüldüğü gibi haczedilmezlik hususunun örnekseme olduğunu kabul edersek kıyas yolu ile bu örnekler çoğaltılarak alacaklının alacağına kavuşmasına dolayısı ile mülkiyet hakkına müdahale söz konusu olacaktır.

Özel kanunlarında haczedilmezlik yasağı bulunan düzenlemelere bakıldığında; 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, 6831 sayılı Orman Kanunu, 6245 sayılı Harcırah Kanunu, 775 sayılı Gecekondu Kanunu, 2489 sayılı Kefalet Kanunu, 4933 sayılı İnönü Armağanları Kanunu, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, 657 sayılı Devlet Memurlar Kanunu, 1164 sayılı Arsa Üretimi ve Değerlendirilmesi Hakkında Kanun, 1512 sayılı Noterlik Kanunu ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nda hükümler bulunduğunu görmekteyiz.

II. Şikâyet Kavramı ve Haczedilmezlik Şikâyeti

1. Hukuki Niteliği

Şikâyet, Arapça kökenli bir kelime olup yakınma ve sızlanma anlamına gelmektedir.¹¹ 2004 sayılı Kanun'un 16. maddesine göre; "Kanunun hallini mahkemeye bıraktığı hususlar müstesna olmak üzere icra ve iflas dairelerinin yaptığı muameleler hakkında kanuna muhalif olmasından veya hadiseye uygun bulunmamasından dolayı icra mahkemesine şikâyet olunabilir" hükmüne yer verilmiştir.¹²

Şikâyet icra dairelerinin işlemlerinin iptalini, düzeltilmesini veya yapılmasını sağlamak amacıyla başvurma imkânı veren bir nevi kanun yoludur.¹³ Yargıtay kararlarında da şikâyetin icra ve iflas hukukuna özgü bir

⁹ MUŞUL, Timuçin: 2004 sayılı İİK ve 6183 sayılı AATUHK Düzenlemesine Göre; Haciz ve Hacze İştirak, B.1, Ankara, 2019, s. 427.

¹⁰ YHGK. 09.04.2008 T. 2008/12-310 E. 2008/301 K. Sayılı kararı bkz. www.legalbank.net E.T. 29.08.2021.

¹¹ RUHİ, Ahmet Cemal: İcra Memurunun İşlemine Karşı Şikâyet, (Güncel Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında, B.1, Ankara, 2019, s. 15.

¹² ÖZBAY, İbrahim/YARDIMCI, Taner Emre: İcra ve İflas Kanunu Konuyla İlgili Mevzuat Açıklamalı, B.2, Ankara, 2018, s. 35.

¹³ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN MERAL/ÖZEKES: s.60; MUŞUL, Timuçin: İcra ve İflas Hukukunda: ŞİKÂYET, B.2, Ankara, 2018, s. 57; KURU (1988): s. 87; UYAR, Talih: İcra Hukukunda Şikâyet, B.2, Ankara, 2019, s.2.

yasa yolu olduğu belirtilerek niteliğinin kanun yolu olduğu belirtilmiştir.¹⁴ Doktrinde bir başka görüş ise şikâyeti Alman Hukukundan esinlenerek “hukuki çare (rechtsbehelf)” kavramı ile tanımlamaktadır.¹⁵

Şikâyet, Medeni Usul Hukukunda yer alan dava müessesesine benzemekte olup, teknik anlamda bir dava değildir.¹⁶ Şikâyet sonucu verilen karar tüm ilgililer için geçerli iken davada verilen karar sadece taraflar açısından sonuç doğurur. Şikâyet sonucunda verilen karar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemesine karşı dava sonucunda verilen kararlar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmektedir.¹⁷ İcra Mahkemesi tarafından verilen kararlar ise ihalenin feshi ve istihkak davası hariç olmak üzere maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez.¹⁸

Kişinin şikâyet hakkını kullanabilmesi için şikâyet ehliyeti ve hukuki yararı olmalıdır.¹⁹ Şikâyet ehliyetini usul hukuku bağlamında taraf ehliyeti ve şikâyet ehliyeti olarak ikiye ayırabiliriz. Taraf ehliyeti Medeni Hukukta yer alan hak ehliyetini oluştururken şikâyet ehliyeti ise Medeni Hukukta yer alan fiil ehliyetini oluşturduğu söylenebilir.²⁰

İcra dairesi işlemlerine karşı şikâyet süresi kural olarak 7 gündür. Şikâyet konusu işlem tebliğ edilmiş ise süre tebliğden itibaren; tebliğ edilmemiş ise işlemin öğrenildiği tarihten itibaren başlar.²¹ Bazı hallerde ise süresiz olarak şikâyet yoluna başvurulabilecektir.²² Şikâyetin süreye tabi olduğu hallerde bu sürenin geçirilmesi ile icra dairesinin kararı kesinleşecektir. Bu sürenin

¹⁴ YHGK. 17.10.2012 T. 2012/12-368 E. 2012/725 K. Sayılı kararı bkz. “Görüldüğü gibi şikâyetteki amaç, hatalı olan icra işlemlerinin düzeltilmesi olduğundan burada bilinen anlamda bir dava bulunmamaktadır. Şikâyet; icra ve iflas hukukuna özgü bir yasa yoludur.” www.legalbank.net E.T. 28.08.2021. (Ayrıca; YHGK. 19.09.2012 T. 2012/12-269 E. 2012/583 K., YHGK. 21.12.2005 T. 2005/12-714 E. 2005/765 K., YHGK. 06.02.2013 T. 2012/12-703 E. 2013/214 K., YHGK. 10.04.2013 T. 2013/12-223 E. 2013/469 K., YHGK. 03.10.2007 T. 2007/12-601 E. 2007/695 K.)

¹⁵ PEKCANİTEZ, Hakan/SİMİL, Cemil: İcra-İflas Hukukunda Şikâyet, B.2, İstanbul, 2017, s.48.

¹⁶ KURU (1988): s. 88; UYAR (İcra Hukukunda Şikâyet): s.3.

¹⁷ RUHİ: s. 16; UYAR (İcra Hukukunda Şikâyet): s.3.

¹⁸ KANYILMAZ, Önder: İcra ve İflas Kanunu, B.1, Bursa, 2013, s. 12; KURU (1988): s. 43; PEKCANİTEZ/ ATALAY/SUNGURTEKİN MERAL/ÖZEKES: s.52.

¹⁹ PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN MERAL/ÖZEKES: s.63; UYAR (İcra Hukukunda Şikâyet): s.408; PEKCANİTEZ/SİMİL: s.231.

²⁰ YENİPİNAR BERBEROĞLU, Filiz: İcra Takibinde Şikâyet, B.1, Ankara, 2020, s. 23.

²¹ ÖZKAN, Hasan: Açıklamalı-İçtihatlı İcra ve İflas Davaları ve Tatbikatı Haciz, Hacze İtiraz, İtirazın Kaldırılması, İstihkak İddiası ve Davası, Borç Ödemeden Aciz Belgesi (m. 74-105), B.1, İstanbul, 2013, s. 55; PEKCANİTEZ/ ATALAY/SUNGURTEKİN MERAL/ÖZEKES: s.65.

²² 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu 16/2’de yer alan “Bir hakkın yerine getirilmemesinden veya sebepsiz sürüncemede bırakılmasından dolayı her zaman şikâyet olunabilir” hükmü doğrultusunda süresiz şikâyet yoluna başvurulabilecektir.

niteliğine bakıldığında hak düşürücü nitelikte olduğunu görmekteyiz. Dolayısı ile hâkim tarafından resen dikkate alınacaktır.²³ Ayrıca belirtilmesi gereken bir başka husus da Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere icra dairesine yapılan şikâyetlerin yasal sonuç doğurmayacağıdır.²⁴

Şikâyetin icra mahkemesi tarafından kabulü halinde söz konusu işlem duruma göre düzeltilir veya bozulur²⁵. Bu karara İcra ve İflas Daireleri uymak zorundadır. Basit yargılama usulü ile şikâyet karara bağlanacaktır. Ayrıca icra mahkemesi aksi karar vermediği sürece şikâyet icra takibini durdurmaz (İİK m. 22).²⁶

Kanuna aykırılık, icra dairesinin işleminin hadiseye uygun bulunmaması süreli şikâyet sebepleri iken kamu düzenine aykırılık, bir hakkın yerine getirilmemesi ve bir hakkın sebepsiz yere sürüncemede bırakılması ise süresiz şikâyet sebepleri arasındadır. Süresiz ibaresinden kastedilen ise icra takibinin sona ermesine kadarki zaman zarfıdır.²⁷

İcra dairelerinin işlemlerinin kanuna aykırı olması halinde şikâyete tabi tutulmuştur. Burada kanun ibaresinden kastedilen sadece 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu değildir. Örnek vermek gerekirse 5393 sayılı Belediye Kanunu ve 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'nda icra dairesince uyulması gereken hususlar mevcuttur. Bu hususlara da aykırı hareket edilmesi halinde kanuna aykırılık teşkil edecektir. İcra ve İflas Yönetmeliği ve Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarına aykırılık halinde de kanuna aykırılık söz konusu olacaktır. Dolayısı ile kanuna aykırılıktan mevzuata aykırılık olarak anlaşılmalıdır.²⁸

Diğer şikâyet sebepleri 2004 sayılı Kanun'da sayılmış iken kamu düzenine aykırı işlemlere karşı şikâyetin süreye tabi bulunmadığı ilkesi doktrinde benimsenmiş ve Yargıtay uygulamaları ile yerleşmiştir.²⁹ Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan İcra ve İflas Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına

²³ MUŞUL (Şikâyet): s. 244; KURU (1988): s. 94;

²⁴ Y. 12. HD. 14.06.1979 T. 1979/5395 E. 1979/5539 K. Sayılı kararı bkz.: "Haczedilmezlik şikâyetinin malı haczedilen borçlu tarafından tetkik merciine arz edilmesi gerekirken bu şikâyet memurluğa yapılması nedeniyle yasal sonuç doğurmaz. Alacaklı geçersiz olan bu müracaatın itiraz niteliğinde addederek kaldırılması için mercie geldiğine göre isteğin reddine karar verilmesi gerekir. www.legalbank.net E.T. 28.08.2021.

²⁵ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN MERAL/ÖZEKES: s.69.

²⁶ ÖZKAN, Hasan: Açıklamalı-İçtihatlı İcra ve İflas Davaları ve Tatbikatı İcra Şikâyet ve Süreler (m. 1-23), B.1, İstanbul, 2013, s. 264.

²⁷ MUŞUL (Şikâyet): s. 289.

²⁸ MUŞUL (Şikâyet): s. 251-252.

²⁹ YHGK. 22.01.2003 T. 2003/12-17 E. 2003/29 K. Sayılı kararı bkz. "Kamu düzenine aykırı olan işlemlere karşı da süresiz şikâyet yoluna gidilebilir. Anılan ilke doktrinde benimsenmiş ve Yargıtay uygulamalarında kabul edilmiştir." www.legalbank.net E.T. 28.08.2021.

İlişkin Kanun Tasarısı başlıklı tasarı metninde kamu düzenine aykırılık halinin süresiz şikâyete tabi tutulacağı hükmü olmasına rağmen ilgili hüküm daha sonra tasarı metninden çıkarılmıştır.³⁰

2. Hacedilmezlik İtirazı (Şikâyeti)

Kanun koyucu kamu düzeni, ekonomik sebepler, borçlunun kendisi ve ailesinin yaşaması ve ekonomik varlığını sürdürebilmesine imkân sağlamak amacıyla bazı mal ve hakları haciz kapsamı dışında tutmuş, bazı mal ve hakları ise tamamının değil bir kısmının hacedilebilmesini öngörmüştür.³¹ Bu kural ilamlı ve ilamsız icra takipleri açısından ve iflas yolu ile takip bakımından da geçerlidir.³²

Hacedilmezlik özelliği bulunan mal, hak veya alacağı hacedilen borçlu bu durumun ilgili kanunlara aykırı olduğuna dair hacedilmezlik şikâyetinde bulunabilecektir. Ancak gerek 2004 sayılı Kanun'un haczi kısmen veya tamamen yasaklanmış mal, hak ve alacakların belirtildiği kısmında gerekse hacedilmezlik hükmü bulunan diğer yasal düzenlemelerde söz konusu hacedilmezlik şikâyetinin hangi mercie ve ne şekilde yapılacağı açıkça düzenlenmemiştir. Doktrindeki yaygın görüş borçlunun bu şikâyetini 2004 sayılı Kanun'un 16. maddesinde düzenlenen³³ şikâyet yolu ile İcra Hukuk Mahkemelerine yapması gerektiği yöndedir.³⁴

İcra memurunun hacedilmezlik durumunu resen nazara alıp alamayacağı hususu önem arz etmektedir. Yargıtay icra dairelerinin haciz istemlerini yerine getirmesinin zorunlu olduğunu ve memurun bir takdir hakkının bulunmadığını belirtmiştir.³⁵ Kanun'da açık bir düzenleme olmaması uygulamada tereddütlere yol açmıştır. Ancak 02.07.2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanun ile 2004 sayılı Kanun'un 82. maddesine eklenen fıkra ile haczi talep edilen mal veya hakların haczinin caiz olup olmadığı hususunda icra memuruna karar verme yetkisi tanınarak tereddütler ortadan kaldırılmıştır.³⁶ İlgili Kanun'un gerekçesinde de icra memuruna bu takdir hakkı tanınarak

³⁰ MUŞUL (Şikâyet): s. 472.

³¹ BAŞÖZEN: s. 100.

³² KURU (1988): s. 779; MUŞUL (Haciz ve Hacze İştirak): s. 426.

³³ İlgili Kanun maddesi; "Kanunun hallini mahkemeye bıraktığı hususlar müstesna olmak üzere İcra ve İflas dairelerinin yaptığı muameleler hakkında kanuna muhalif olmasından veya hadiseye uygun bulunmamasından dolayı icra mahkemesine şikâyet olunabilir. Şikâyet bu muamelelerin öğrenildiği tarihten yedi gün içinde yapılır. Bir hakkın yerine getirilmemesinden veya sebepsiz sürüncemede bırakılmasından dolayı her zaman şikâyet olunabilir." şeklindedir.

³⁴ BALKAN: s. 26.

³⁵ Y. 12. HD. 27.11.2000 T. 2000/18168 E. 2000/18462 K. Sayılı kararı bkz. www.legalbank.net E.T. 29.08.2021.

³⁶ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN MERAL/ÖZEKES: s.158; KURU (İstinaf): s.255.

uygulamada karşılaşılan tereddütlerin giderilmesinin amaçlandığı belirtilmiştir.³⁷

Bir başka husus da haczi caiz olmayan malların haczedilmesinin kanuna aykırılık şikâyet sebebinin mi yoksa kamu düzenine aykırılık şikâyet sebebinin mi oluşturacağıdır. Zira kanuna aykırılık sebebi olması halinde 7 günlük sürenin sonunda haciz kesinleşecektir. Buna karşılık kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi halinde süresiz şikâyete tabi olacaktır. Haczi caiz olmayan malların kendi içerisinde ayırım yapılmaksızın kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğinin kabulü hatalı olacaktır. Haczi caiz olmayan malların sadece borçlu menfaatini ilgilendirmekle kalmayıp aynı zamanda kamu düzenini de ihlal etmesi halinde şikâyet süresiz olacaktır. Her somut olaya göre ayrı bir değerlendirme yapılmalıdır. Yapılan haczin borçlunun menfaati yanında kamu düzenini, kamu vicdanını ve genel ahlakı da ilgilendirip ilgilendirmediği hususu araştırılmalıdır. Bu hususları da ilgilendirmesi halinde şikâyet süresiz olacaktır.³⁸ Bu kriterleri taşımaması halinde ise haczi caiz olmayan malların haczedilmesi kanuna aykırılık teşkil edecektir ve süreli şikâyete tabi olacaktır.

Yargıtay vermiş olduğu kararında “borçlu belediye, haczedilen iş makinesinin fiilen kamu hizmetinde kullanıldığından bahisle haczin kaldırılmasını talep etmiş, mahkemece süre aşımından ret verilmiştir. Belediyenin haczedilmezlik şikâyetinin kabulü için söz konusu malların kamu hizmetinde kullanılması zorunludur. Somut olayda mahkemece kolluk araştırılması yapılmış ve iş makinesinin fiilen kamu hizmetinde kullanıldığı tespit edilmiştir. Bu nedenle şikâyet süreye tabi değildir.” şeklinde belirtmiştir.³⁹

III. Kamu Malı Kavramı

İdare Hukukunun en belirsiz konularından birisini de kamu malları tanımı oluşturmaktadır. Bu hususta herhangi bir genel yasal düzenleme olmamasının bu belirsizliğin temel sebebi olduğu söylenebilir. Anayasa Mahkemesi’ne göre hangi malların özel mülkiyet kapsamında olacağını belirleme hususunda kurucu iktidar ve yasama organının takdir yetkisi bulunmaktadır.⁴⁰ Dolayısı ile hangi malların kamu malı statüsüne girdiğini de belirleme yetkisi de kurucu iktidar veya yasama organında olacaktır.⁴¹

³⁷ DİNÇ, Mutlu/BAHADIR, ÇİLEM: İcra ve İflas Kanunu, B.14, Ankara, 2020, s. 66.

³⁸ POSTACIOĞLU, İlhan E./ALTAY, Sümer: İcra Hukuku Esasları, B.5, İstanbul, 2010, s.452; MUŞUL (Şikâyet): s. 293.

³⁹ Y. 12. HD. 23.12.2014 T. 2014/25878 E. 2014/31349 K. Sayılı kararı bkz. www.legalbank.net E.T. 29.08.2021.

⁴⁰ Any. Mah. 24.9.2008 T. 2008/26 E. 2008/147 K. Sayılı kararı bkz. www.anayasa.gov.tr E.T. 29.08.2021.

⁴¹ KAMAN, Nur: İdare Hukuku, B.7, İstanbul, 2018, s. 248.

Kamu malları kavramına doktrin ve yargı kararlarında “idare malları, idare patrimonu, devlet malı, hazine malları ve milli emlak gibi terimlerde kullanılmaktadır.⁴²

Anayasa ve kanunlarımızda bazı malların kamu malı niteliğinde oldukları ifade edilmişse de kamu malının genel bir tanımı yapılmamıştır. Anayasa Mahkemesi ise kamu malını şu şekilde tanımlamıştır; “Doğal nitelikleri gereği herkesin ortak yararlanmasına açık olan sahipsiz mallar ile kamu tüzel kişileri tarafından herkesin ya da halkın bir kısmının yararlanmasına ayrılan orta malları ve kamu hizmeti niteliğindeki etkinliklerin konusu ve aracı olan mallar kamu malı olarak tanımlanabilir.”⁴³

Bir başka tanım da Danıştay kararında yer almaktadır. Danıştay’a göre; “İdare hukuku ilkelerine göre, kamunun kullanımına ve yararlanmasına ait olan veya bu amaca tahsis edilen eşya ve mallarla bir kamu hizmetinin unsuru ve ayrılmaz parçası sayılabilecek olan mallar kamu malları olarak kabul edilmektedir.”⁴⁴

Doktrinde ise kamu malı; kamu tüzel kişilerinin kamu yararına tahsis edilmiş olan mallarıdır şeklinde yapılmıştır.⁴⁵ Diğer bir tanıma göre kamu malları, idarenin veya kamu tüzel kişisinin görevlerini yerine getirebilmesi için kamu hizmetine devamlı olarak tahsis edilen veya doğrudan doğruya kamunun kullanımına açık olan mallardır.⁴⁶

Kamu mallarının hizmet gereklerine ve yapılarına uygun birtakım özel kurallara tabi tutulması gereklidir. Bu tür mallara özel hukukun mülkiyet ve aynı haklar rejimi dışında İdare Hukukuna özgü bir rejim uygulanmalıdır.⁴⁷ Bir malın niteliğinin kamu malı olarak kabul edilmesi durumunda söz konusu malın hukuki statüsünün de değişmesi nedeniyle malın kamu malı sayılabilmesi için gerekli olan şartlar doktrin ve yargı kararları ile belirlenmeye çalışılmıştır.⁴⁸

⁴² AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku, B.8, Ankara, 2017, s. 697.

⁴³ Any. Mah. 31.1.1997 T. 1996/66 E. 1997/7 K. Sayılı kararı bkz. www.legalbank.net E.T. 29.08.2021.

⁴⁴ Danıştay 3. Daire 13.10.1980 T., 1980/157 E., 1980/181 K. Sayılı kararı bkz. www.danistay.gov.tr E.T. 08.03.2023.

⁴⁵ GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku Cilt II, B.1, Bursa, 2013, s. 746.

⁴⁶ KAPLAN, İbrahim: Belediye ve İl Özel İdarelerine Ait Gayrimenkuller Üzerinde Bankalar Lehine Kurulan İpotekler ve Bunların Paraya Çevrilmesinde Ortaya Çıkabilecek Hukuki Sorunlar, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi, 47(3): 187-191, s. 187.

⁴⁷ KALABALIK, Halil: İdare Hukuku Dersleri Cilt II, B.5, Ankara, 2019, s. 379.

⁴⁸ KAMAN: s. 248.

Bir malın kamu malı sayılabilmesi için ilk şart kamu tüzel kişinin mülkiyetinde bulunmasıdır.⁴⁹ Malın mülkiyet hakkının mutlaka malı kullanımında bulunduran kamu tüzel kişiliğinde olması gerekmektedir. Söz konusu malın herhangi bir kamu tüzel kişiliğinde bulunması yeterlidir. Bundan dolayı Devlet, mahalli idareler veya kamu kurumları birbirlerine ait kamu mallarını kullandıklarında malın kamu malı niteliği devam etmektedir.⁵⁰

Malın sadece kamu tüzel kişinin mülkiyetinde olması yeterli değildir. Bununla birlikte bu malın kamu hizmetine doğrudan tahsis edilmiş olması gerekmektedir. Diğer bir ifade ile söz konusu mala verilen işlev kamu yararına olmalıdır. Bu niteliklere sahip olması halinde kamu malı niteliği kazanacaktır.⁵¹

Kamu tüzel kişiliğinin elinde bulunmasına rağmen kamu yararına tahsis edilmemiş mallara idarenin özel malları denir. Kamu mallarına kamu hukuku uygulanıp uyuşmazlık idari yargıda çözümlenirken özel mallara özel hukuk hükümleri uygulanacak ve adli yargıda çözümlenecektir.⁵²

Kamu malının niteliği gerek doktrin gerekse yargı kararlarında çeşitli tasniflere tabi tutulmuştur. Kamu malları kullanma açısından hizmet malları, orta malları ve sahipsiz mallar olarak sınıflandırılabilir.⁵³

1. Hizmet Malları

Bir kamu hizmetine o hizmetin asli unsurunu oluşturacak şekilde tahsis edilmiş mallardır.⁵⁴ Yani o mal olmadan kamu hizmetinin olmaması gerekir. Hizmet malları kamu hizmetlerinin görülmesi için gerekli olan mallardır. Okullar, üniversiteler, müzeler, belediye binaları, limanlar, karakollar, camiler vb. bu kapsamdadır.⁵⁵

Kamu tüzel kişinin elinde bulunan bir kamu malının hizmet malı niteliğine gelebilmesi için tahsis edildiği kamu hizmetinin gerektirdiği niteliğe sahip olması gerekir.⁵⁶ Örnek vermek gerekirse kamu malı statüsünde bulunan

⁴⁹ GÖZLER: s.747.

⁵⁰ KAMAN: s. 248.

⁵¹ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA: s. 698; KAMAN: s. 249.

⁵² GÖZLER: s. 746; KALABALIK, Halil: Kısa İdare Hukuku (İdare Hukukunun Ana Hatları), B.3, Ankara, 2019, s. 401; KAMAN: s. 255.

⁵³ KAMAN: s. 250.

⁵⁴ KAPLAN: s. 189.

⁵⁵ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA: s. 700.

⁵⁶ GÖZLER: s. 755.

bir kıyımın üzerinde gerekli tesislerin yapılmasının ardından liman ismini alacak ve hizmet malı statüsüne gelecektir.⁵⁷

Burada 3402 sayılı Kadastro Kanunu'na⁵⁸ da değinmekte fayda vardır. Kanun'un 16/A maddesi “Kamu hizmetinde kullanılan, bütçelerinden ayrılan ödenek veya yardımlarla yapılan resmi bina ve tesisler, (Hükümet, belediye, karakol, okul binaları, köy odası, hastane veya diğer sağlık tesisleri, kütüphane, kitaplık, namazgah, cami genel mezarlık, çeşme, kuyular, yunak ile kapanmış olan yollar, meydanlar, pazar yerleri, parklar ve bahçeler ve boşluklar ve benzeri hizmet malları) kayıt, belge veya özel kanunlarına veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine göre Hazine, kamu kurum ve kuruluşları, il, belediye köy veya mahalli idare birlikleri tüzelkişiliği, adlarına tespit olunur” şeklindedir.

2. Orta Malları

Kamunun doğrudan kullanımına tahsis edilen mallardır. Bu mallar ortak ve genel olarak yararlanılan mallardır ve ayrıca toplum halinde yaşamının vazgeçilmez gereklilikleri ile yakından ilgilidir. Meralar, yaylalar, yollar, caddeler, meydanlar, parklar ve bahçeler bunlara örnek olarak verilebilir. Bu malların kamu malı statüsüne dâhil olması için tahsise gerek yoktur. Bu mallar örf ve âdet gereği kamu malı sayılırlar.⁵⁹ Orta malları genel olarak kamunun ortak kullanımına açıktır. Bu özelliği onun doğrudan kamu özgürlükleri ile bağlantılı olmasını sağlamaktadır. Örnek vermek gerekirse yollar ve meydanların niteliği ve niceliği gereği seyahat özgürlüğü ve toplantı özgürlüğü gibi kamu özgürlüklerini etkilemektedir.⁶⁰

Orta malları hususunda Kadastro Kanunu'nda yer alan hüküm “Mera, yaylak, kışlak, otlak, harman ve panayır yerleri gibi paralı veya parasız kamunun yararlanmasına tahsis edildiği veya kamunun kadimden beri yararlandığı belgelerle veya bilirkişi veya tanık beyanı ile ispat edilen orta malı taşınmaz mallar sınırlandırılır, parsel numarası verilerek yüzölçümü hesaplanır ve bu gibi taşınmaz mallar özel siciline yazılır. Bu sınırlandırma tescil mahiyetinde olmadığı gibi bu suretle belirlenen taşınmaz mallar, özel kanunlarında yazılı hükümler saklı kalmak kaydıyla özel mülkiyete konu teşkil etmezler. Yol, meydan, köprü gibi orta malları ise haritasında gösterilmekle yetinilir” şeklindedir.

⁵⁷ KAMAN: s.251.

⁵⁸ Resmi Gazete Tarih ve Sayısı: 09 Temmuz 1987/19512.

⁵⁹ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA: s. 701.

⁶⁰ GÜLAN, Aydın: Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim, İstanbul, 1999, s. 104.

3. Sahipsiz Mallar

Doğal nitelikleri gereği herhangi bir tahsis işlemine gerek olmaksızın kamunun doğrudan kullanımına açık olan mallardır. Ancak adından anlaşılacağı gibi sahipsiz değildir. Sahibi Devlet tüzel kişiliğidir. Sahipsiz tanımından kasıt özel hukuk tüzel kişilerinin bu mallara sahip olamayacağıdır.⁶¹ Anayasa ve Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre sahipsiz malları şu şekilde sıralanabilir; ilk olarak tarıma elverişsiz araziler, kayalıklar, tepeler, dağlar, sazlıklar, bataklıklar, mezarlıklar, çalılıklar, fundalıklar, deniz kıyıları; ikinci olarak genel sular; üçüncü olarak ormanlar; dördüncü olarak doğal servetler ve kaynaklar; son olarak taş ocakları ve tuz yatakları bu kapsamdadır.⁶²

Kadastro Kanunu'nda da “Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan kayalar, tepeler, dağlar (bunlardan çıkan kaynaklar) gibi, tarıma elverişli olmayan sahipsiz yerler ile deniz, göl, nehir gibi genel sular tescil ve sınırlandırmaya tabi değildir, istisnalar saklıdır” şeklinde sahipsiz mallar konusunda bir düzenleme olduğu görülmektedir. Sahipsiz mallar konusunda bir düzenleme de 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda⁶³ yer almaktadır. Kanun'un 715'inci maddesi gereği “Sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait mallar, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Aksi ispatlanmadıkça, yararı kamuya ait sular ile kayalar, tepeler, dağlar, buzullar gibi tarıma elverişli olmayan yerler ve bunlardan çıkan kaynaklar, kimsenin mülkiyetinde değildir ve hiçbir şekilde özel mülkiyete konu olamaz. Sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait malların kazanılması, bakımı, korunması, işletilmesi ve kullanılması özel kanun hükümlerine tâbidir.”

IV. Devlet Tüzel Kişiliği, Belediye ve Köy Orta Mallarının Haczedilmezliğinin Değerlendirilmesi

1. Devlet Mallarının Haczedilmezliği

2004 sayılı Kanun hükümlerince korunarak haciz kapsamı dışında bırakılmaları için ayrıca bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmayan mallar, sadece Devlet tüzel kişinin sahip olduğu kamu ve özel mallarıdır. Diğer kamu tüzel kişilerinin gerek kamu gerekse özel mallarının haciz kapsamı dışında tutulabilmesi için ilgili kanunlarında bu yönde özel ve açık hüküm bulunmalıdır.⁶⁴

⁶¹ GÖZLER: s. 753; KAMAN: s. 252; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA: s. 701.

⁶² OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, B.15, İstanbul, 2012, s. 197; ATAY, Ender Ethem: İdare Hukuku, B.2, Ankara, 2019, s. 422.

⁶³ Resmi Gazete Tarih ve Sayısı: 08 Aralık 2001/24607.

⁶⁴ SÜPHANDAĞ, Yavuz: İcra ve İflas Hukukunda Uygulamalar, B.5, Ankara, 2009, s.335; HASIRCI, Hakan: Belediye Mallarının Haczi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65(4): 2821-2865, s. 2824.

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu 82 ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 70. maddesi ile Devlet malları hacze karşı korunmuştur.⁶⁵ Bu noktada Devlet malı kavramı ortaya çıkmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti İdari Teşkilatı içerisinde yer alan merkezi yönetim ve yerinden yönetim teşkilatı içerisinde yer alan mahalli idareler ve hizmet yerinden yönetim kuruluşlarının tümünün mallarının devlet malı sayılıp sayılmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Doktrinde yer alan yaygın görüş Devlet malı kavramına genel ve özel bütçeye tabi idarelerin mallarının gireceği⁶⁶ buna karşılık düzenleyici ve denetleyici kurumlar, SGK, yerel yönetimler mallarının devlet malı kapsamında olmadığı bunların haciz kapsamı dışında tutulabilmesi için özel yasalarında hüküm bulunması gerektiği yönündedir.⁶⁷ Keza Yargıtay'ın vermiş olduğu kararı da bu yöndedir.⁶⁸

2004 sayılı Kanun'un 82/1 (1) fıkrasının konuluş amacı 1947 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararında şu şekilde açıklanmıştır; "İcra ve İflâs Kanununun 82'nci maddesinde Devlet mallarının haczedilemeyeceğine dair konulmuş olan hüküm, kamu hizmetlerinin düzenli ve arasız bir tarzda yürütülmesini sağlamak maksadını güder. Millî servetin korunması hususu ise kamu hizmetlerinin bir nev'idir. Devletin kendisine ait olan borcu ödemesi lüzumu, Devlet kamu kişiliğinin itibar ve haysiyeti icabından bulunmakla, Devletten alacaklı bulunan kişilerin kovuşturma yollarına başvurmalarına lüzum ve ihtiyaç bulunmayacağı da aşikârdır. Kaldı ki; kamu hizmetlerinin görülmesine ayrılmış olan malların hacze konu olabileceklerini düşünmek, Devletin yerine getirmekle görevli bulunduğu hizmetlerin ifa vasıtalarını ortadan kaldırmak gibi arzu edilmeyen bir netice doğurur."⁶⁹

Devlet mallarının haczedilmezliği çeşitli nedenlere dayanılmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda vermiş olduğu kararında devleti niteleyen egemenliğin buna karşı zorlayıcı güç kullanılmasıyla bağdaşmayacağı, cebir kullanılmasının devlete tanınmış bir yetki olduğu ve bu yetkiyi devletin kendisine karşı kullanmasının düşünülemeyeceği, devletin borçlarını herhangi bir cebir kullanmadan kendiliğinden ödemesinin hukuk devletinin gereği olduğu gerekçelerine dayandırmıştır.⁷⁰

⁶⁵ KÖKSOY, Mesut: İcra Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, B.1, Ankara, 2018, s. 175.

⁶⁶ KURU, Baki: "Haczi Caiz Olmayan Şeyler" Makaleler, B.1, Ankara, 2006/akt. ERCAN: s. 228; AYDIN, Muzaffer: Haczedilemeyen Mal ve Haklar, B.1, Bursa, 2021, s.8.

⁶⁷ POSTACIOĞLU/ALTAY: s.453; OSKAY, Mustafa/KOÇAK, Coşkun/DEYNEKLİ, Adnan/DOĞAN, Ayhan: İİK Şerhi-1.Cilt (Madde 1-67), B.1, Ankara, 2007/akt. ERCAN: s. 228.

⁶⁸ Y. 12. HD. 14.12.2006 T. 2006/20835 E. 2006/23826 K. Sayılı kararı bkz. "Devlet malı kavramını, Devlet tüzel kişiliği içindeki Genel ve Katma Bütçeli Dairelerin ellerinde bulunan ve muhasebesi 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanunu'na (mülga) tabi malları kapsamaktadır." www.legalbank.net E.T. 29.08.2021.

⁶⁹ YİBGK. 15.01.1947 T. 1946/14 E. 1947/5 K. Sayılı kararı bkz. www.legalbank.net E.T.29.08.2021.

⁷⁰ YHGK. 23.01.2008 T. 2008/12-50 E. 2008/8 K. Sayılı kararı bkz. www.legalbank.net E.T. 29.08.2021.

Doktrinde borçlunun haczedilemeyen malları için birtakım sınırlamalar olmasına karşın Devlet mallarının istisnasız olarak haczedilmezlik kapsamında olmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu dolayısı ile yeni düzenlemeler yapılması gerektiği savunulmaktadır.⁷¹

Devlet mallarının haczedilemeyeceğine ilişkin Kanun maddesinin Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesi ile iptali amacıyla Anayasa Mahkemesi'ne açılan iptal davasında Yüksek Mahkeme; Devlet mallarının haczedilmeyeceğine ilişkin kuralın Devletin borçlarını kendiliğinden ödeyeceği ve bunun hukuk devletinin gereği olduğu esasına dayandığını, Devlet mallarının haciz kapsamına alınması durumunda bu malların kullanma şeklini değiştireceğinden devletin malvarlığında ve mali hukukta sürekli biçimde engel olarak kamu yararını zedeleyeceği, kamu yararı önde geldiğine göre alacaklının kişisel çıkarından dolayı devlet mallarının haczedilmesinin diğer bir deyişle, özel yarara karşı kamu yararının tercih edilmesinin söz konusu olamayacağı gerekçesiyle devlet mallarının haczedilemeyeceğine karar vermiştir.⁷²

Söz konusu kararın karşı oy gerekçesine bakıldığında; Devletin borçlarını düzenli ödediği anlayışının hâkim olması halinde hacizden de çekinilmemesi gerektiği üstelik haciz olasılığının ilgili memurların işlemlerinde daha dikkatli hareket etmek zorunda bırakacağı, Kanun maddesinde "... kanunlarında haczi caiz olmadığı gösterilen mallar..." ayrımı ile birlikte kişilere ait haczedilmeyecek mallarının da belirtildiği, haciz kapsamında malları olan diğer kamu kurumları ile devlet arasında böyle bir ayrıma neden olacak bir özellik olmadığı, gerçek kişilerin ve tüzelkişilere ait malların haczedilmesi gibi, devlete ait mallarında haczedilebileceği, vatandaşa ait mala el koyabilen devletin, borcunu ödememesi halinde onun da malının haczedilebilmesi gerektiği, ancak devletin sahiplinde bulunan araç ve gereçlerin işlevleri gözetilerek bu mallardan hangilerinin ne ölçüde haczedilebileceğinin belirtilmesi gerektiği, bu nedenle "Devlet malları" kavramının yerine daha açık bir kuralın getirilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁷³

23 ve 25 Nisan 1972 tarihinde icra edilen I. Türk Hukuk Kongresinde devlet mallarının haczedilmeyeceği hükmünün değiştirilmesi önerilmiş ancak bu hükmün konuluş amacının devletin borçlarını kendiliğinden ödeyeceğinin tabii bulunduğu ilkesine dayandığından herhangi bir değişikliğe lüzum görülmemiştir.⁷⁴

⁷¹ HASIRCI, Hakan: "1982 Any. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Devlet Mallarının Haczedilmezliği" Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, B.1, Ankara, 2014/akt. KÖKSOY: s. 179; UYAR (Haciz): s.493.

⁷² Any. Mah. 21.10.1992 T. 1992/13 E. 1992/50 K. Sayılı kararı bkz. www.lexpera.com E.T. 30.08.2021.

⁷³ Any. Mah. 21.10.1992 T. 1992/13 E. 1992/50 K. Sayılı kararı bkz. www.lexpera.com E.T. 30.08.2021.

⁷⁴ Türkiye Barolar Birliği: I. Türk Hukuk Kongresi Tutanağı, Ankara, 1972, s. 110.

Hemen belirtmek gerekir ki Devlet mallarının haczedilemeyeceğine ilişkin hüküm Türk Devlet malları için konulmuş bir hüküm olup yabancı devlet mallarını kapsamamaktadır.⁷⁵ Ancak burada da ikili bir ayırım söz konusudur. Bilindiği üzere Türkiye'nin de taraf olduğu 1961 tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi⁷⁶ ile misyon binaları ile içindeki eşyalar ve diğer mallar ve misyonun nakil vasıtaları arama, el koyma, haciz veya icradan bağışık tutulmuşlardır. Ancak yabancı devletin mülkiyetinde olup diplomatik ve konsolosluk amaçları için kullanılmayan mallara karşı icra takibi mümkündür. Yargıtay'da bu hususa paralel olarak verilmiş kararlar mevcuttur.⁷⁷

Son olarak Devlet mallarının haczedilemeyeceği hususu sadece haciz konusunda ayrıcalık tanımaktadır. Bunun dışında Devlet aleyhine takip yapılmasını ve kira borcunu ödemeyen kamu kurumunun söz konusu kiralananı tahliye etmesini önleyemez.⁷⁸

2. Belediye Mallarının Haczedilmezliği

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun sondan ikinci fıkrası ile Devlet mallarından farklı olarak belediyelerin belirli mal ve hakları haciz kapsamı dışında tutulmuştur. Söz konusu mal ve haklar belediyenin proje karşılığı borçlanma yolu ile elde ettiği gelirler, şartlı bağışlar, kamu hizmetinde fiilen kullanılan mallar ve belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harç gelirleridir.

Görüldüğü üzere Devlet malları istisnasız olarak haciz kapsamı dışında tutulmuş iken aynı durum belediye malları için söz konusu değildir. Ayrıca belediye mallarının haciz kapsamı dışında tutulabilmesi için kamuya tahsis kararı alınması⁷⁹ yeterli olmayıp ayrıca fiilen kamu hizmetinde kullanılması gerekmektedir.⁸⁰ Söz konusu kamuya tahsis kararının da haciz işleminden önce alınması gerekmektedir. Haciz kararı alınmasının ardından belediye encümeni veya meclisince kamuya tahsis kararı alınması durumunda haczedilmezlikten söz edilemez.⁸¹

⁷⁵ AYDIN: s.9; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM: s.156; UYAR (Haciz): s.492.

⁷⁶ Söz konusu Sözleşme metni için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr> E.T. 30.08.2021.

⁷⁷ Y. 12. HD. 24.05.2004 T. 2004/6469 E. 2004/13007 K. Sayılı kararı bkz. www.legalbank.net E.T. 30.08.2021.

⁷⁸ UYAR (Hukuki Mütalaalar): s.342.

⁷⁹ İdare tarafından alınmış tahsis kararları idari işlem niteliğindedir. Dolayısı ile söz konusu kamu hizmeti yararının kaldırılabilmesi için idari işlemin iptali gerekir. Alınan tahsis işleminin iptali kararı için bkz. Danıştay 10. Daire, E. 1991/2430, K. 1992/728 (www.karartek.com.tr).

⁸⁰ YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM: s.151; MUŞUL (Şikâyet): s. 251.

⁸¹ UYAR (Haciz): s.509.

Yargıtay yerleşik içtihatlarına göre kamuya tahsis kararı bulunmazsa veya tahsis kararı olup da idare mahkemesince iptal edilse dahi haczedilen paranın niteliği gözetilerek “kendiliğinden kamuya tahsis edilmiş bulunduğu” tespit edildiği takdirde de bunların haczine olanak bulunmamaktadır.⁸² Aynı şekilde paralarda olduğu gibi belediyelerin “kendiliğinden kamuya tahsisli mallarının” da haczedilemeyecekleri yerleşik Yargıtay içtihatları ile kabul edilmiştir.⁸³ Dolayısı ile haczedilmezlik şikâyetlerinde bu hususun da mahkemece araştırılması önem arz etmektedir.

Yargıtay vermiş olduğu kararlarında belediyelerin hesaplarında bulunan paraların vergi, resim ve harç niteliğinde olmaları veya kamu hizmetinde fiilen kullanılıyor olmaları halinde haczedilemeyeceğini, bu hususun da bilirkişi raporu ile araştırılması gerektiğini belirtmiştir.⁸⁴

Uygulamada belediyeler bu durumu kötüye kullanarak haczi caiz olan ve olmayan paraları aynı havuz hesabında birbirine karıştırmakta bu nedenden dolayı da hesabın sürekli işlem görüyor olmasından kaynaklı olarak bakiyenin vergi vb. gelir kapsamında mı, yoksa haczi caiz para kapsamında mı olduğunun belirlenmesine imkân kalmamaktadır. Yargıtay konu hakkında vermiş olduğu kararında “5393 sayılı Belediye Kanunu’nun haczedilmezlik kısmını düzenleyen maddenin dar yorumlanması gerektiğini, maddede açıkça haczedilmezlik için vergi, resim, harç geliri olma ya da “fiilen kamu hizmetinde kullanılma” koşullarının kabul edilmesi karşısında, belediyeye ait bir paranın haczedilmezliğinin ancak fiili durumunun tespiti ile belirlenmesi gerektiğini, bu konuda ispat yükünün ise borçlu belediyeye düştüğünü, bu şekilde haczi kabil olmayan paralar ile haczi mümkün olan paraları karıştırmak suretiyle havuz hesabı oluşturan borçlu belediyenin, iddiasını ispat imkânını kendisi kaldırdığını, havuz hesabı oluşturması durumunun iyi niyetle bağdaşmayacağını, böyle bir davranış Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin⁸⁵ 6 § 1 ve Ek 1 no’lu Protokolün 1. maddelerinde belirtilen mülkiyet hakkının ihlali sonucunu doğuracağı gibi, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde de bulunmakla hukukça korunamayacağı” belirtmiştir.⁸⁶

AİHM içtihatlarına göre bir alacak ileri sürülebilir durumda olduğu yeteri kadar ortaya konulduğunda artık 6 § 1 ve Ek 1 no’lu Protokolün 1. maddesi uyarınca “mülk” olarak değerlendirilebilir.⁸⁷ AİHM, Türkiye’de faaliyet

⁸² Y. 12. HD. 07.07.2006 T. 2006/12357 E. 2006/15052 K. Sayılı kararı bkz. www.legalbank.net E.T. 30.08.2021.

⁸³ Y. 12. HD. 06.07.2006 T. 2006/11472 E. 2006/14746 K. Sayılı kararı bkz www.legalbank.net E.T. 30.08.2021.

⁸⁴ Y. 12. HD. 23.06.2011 T. 2010/31981 E. 2011/13084 K. Sayılı kararı bkz. www.legalbank.net E.T. 30.08.2021.

⁸⁵ Söz konusu Sözleşme metni için bkz. <https://www.yargitay.gov.tr/documents/AIHM.pdf> E.T. 30.08.2021.

⁸⁶ Y. 12. HD. 17.09.2012 T. 2012/8811 E. 2012/26628 K. Sayılı kararı bkz. www.legalbank.net E.T. 30.08.2021.

⁸⁷ İlgili içtihat için bkz. Yunanistan Rafinerileri Stran ve Stratis Andreadis-Yunanistan, A serisi No: 301-B, s. 84, § 59 ve Bourdov-Rusya No: 59498/00, §40, CEDH 2002-II.

gösteren bir şirketin, bir belediyeden alacağını alamaması üzerine icra takibi başlatarak belediyeye ait hesap ve taşınmazlara haciz konulması karşısında ilgili belediyenin 2004 sayılı Kanun kapsamında mallarının haczedilemeyeceğini öne sürerek haczin kaldırılarak borcun ödenmemesi üzerine Türkiye’yi mülkiyet hakkının ihlal edildiği gerekçesi ile tazminata mahkûm etmiştir.⁸⁸

Belediye mallarının haczedilmezliğini düzenleyen Belediye Kanunu’nun ilgili maddelerinin Anayasa ve Uluslararası Sözleşmelerle koruma altına alınan mülkiyet hakkının ihlali niteliğinde olduğu gerekçesi ile iptali amacıyla açılan davada Anayasa Mahkemesi itiraz konusu kuralların mülkiyet hakkında bir sınırlama getirdiğini kabul etmiş ancak belediyelerin kamu hizmetini yerine getirebilmek için ayni ve nakdi varlığa ihtiyaç duyduklarını belirterek belediye mallarının haczedilmesinin kamu hizmetini aksatacağını belirterek başvuruyu reddetmiştir. Mahkeme kararına göre 5393 sayılı Kanun’un 15. maddesinin son fıkrasında belirtilenlerin dışındaki gelir ve varlıkları üzerine haciz işlemi yapılabilmesi imkânı bulunmakta, kişilerin bu hakkı tamamen ortadan kaldırılmamakta ve hukuk düzeninin koruması altındaki haklarını elde edebilme imkânları bulunmaktadır.⁸⁹

Uygulamada belediyenin makam araçlarının haczinde de sorunlar ortaya çıkmıştır. Yargıtay 2010 ve devamında görüş değiştirerek belediye başkanı makam aracının da haczedilebileceğine karar vermiştir. 2010 öncesi kararlarında makam aracının kamuya tahsisli olduğunu bu nedenden dolayı haciz kapsamı dışında olduğunu belirtmekteydi. Ancak güncel kararlarında “AİHS’nin 6 § 1 ve Ek 1 no’lu Protokolün 1. maddeleri dikkate alınarak; aracın, makam aracı olarak kullanılması, onun fiilen kamu hizmetinde kullanıldığı anlamına gelmeyeceği gibi, kamu hizmetinin yürütülebilmesi için belediye başkanının makam aracının bulunmasının da gerekmediği, zira belediyelerin görevleri 5393 Sayılı Yasanın 14. maddesinde açıklanmış olup, bu görevlerin yerine getirilebilmesi için belediye başkanının makam aracının bulunmasının zorunlu olmadığı, kaldı ki belde sakinlerinin mahallî müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulan, idarî ve malî özerkliğe sahip kamu tüzel kişisi olan belediyenin borcu var iken belediye başkanının makam aracı kullanmasının başta Anayasa’ya ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırılık oluşturabileceği gibi kamu vicdanını da rahatsız edeceğini belirterek makam aracının sadece kamuya tahsisli olmasının yeterli olmayacağını, ayrıca borçlu belediyenin diğer araçları da dikkate alınarak böyle bir araca kamu hizmetlerinin yürütülebilmesi için zorunlu ihtiyacının bulunup bulunmadığı, makam aracı olarak kullanılıp

⁸⁸ AKİL, Cenk: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Bir Kararı Vesilesiyle Devlet Mallarının Haczedilmezliği Kuralı Üzerine Düşünceler, Ankara Barosu Dergisi, (2): 99-119, s. 103.

⁸⁹ Any. Mah. 16.12.2010 T. 2007/37 E. 2010/114 K. Sayılı kararı bkz. www.lexpera.com E.T. 30.08.2021.

kullanılmadığı hususu değerlendirilmesini, bu hususların bulunmaması halinde makam aracının haczedilebileceğini” belirtmiştir.⁹⁰

Yukarıda belirtilen hususlar değerlendirildiğinde; Devlet malının haczedilmezliği kuralının çeşitli gerekçeleri vardır. Bunlardan ilki devletin borçlarını kendiliğinden ödeyeceğinin kabulüdür. Böyle olması halinde bu kurala zaten ihtiyaç yoktur. Ancak uygulamada özellikle belediyeler ve il özel idareleri tarafından bu hüküm adeta bir kalkan olarak kullanılmaktadır. Diğer gerekçe ise devlet malının haczedilmesi halinde kamu hizmetinin aksayacağı hususudur. Devletin gerek özel gerekse kamu malları devlet malı niteliğinde olup haczedilmezlik kapsamındadır. Bu durum mülkiyet hakkında ölçüsüz müdahale teşkil edebilecektir. Doktrinde yer alan bir görüş, özel malların haczedilmesine imkân tanınması durumunda kamu hizmetinin aksayacağı hususunun ortadan kaldırılabilmesi yönündedir.⁹¹

3. Köy Orta Mallarının Haczedilmezliği

442 sayılı Köy Kanunu'nun 8. maddesi ile köyün orta mallarının Devlet malı gibi korunacağı kabul edilmiştir.⁹² Dolayısı ile 2004 sayılı Kanun'da düzenlenen devlet mallarının haczedilemeyeceği kuralı burada geçerli olacaktır. Ancak dikkat edilmesi gereken husus Köy tüzel kişiliğinin tüm mallarının değil sadece orta mallarının devlet malı kapsamında olduğudur.⁹³

442 sayılı Kanun, Köy tüzel kişiliğinin mallarını orta malları ve öteki mallar olarak ikiye ayırmaktadır. Bir malın köy orta malı sayılabilmesi için, o malın köyün kamu hizmetine ayrılması gerekmektedir.⁹⁴ Köylülerin birlikte yararlandıkları camii, okul, yaylak, sulak, pınar, mera vb. yerler orta mallar olup bunlar devlet malları gibi korunurlar. Buna karşılık Köy tüzel kişiliği adına tapuda kayıtlı tarla, bağ, bahçe, ev, ahır vb. idarenin işlettiği, başkalarına kiraladığı, gelir elde ettiği mallar öteki mallar kapsamında olup devlet malı gibi korunmazlar.⁹⁵

⁹⁰ Y. 12. HD. 16.02.2016 T. 2015/27315 E. 2016/3967 K. Sayılı kararı bkz. www.legalbank.net E.T. 30.08.2021. (Aksi yönde karar için bkz. Y. 12. HD. 08.02.2010 T. 2009/20688 E. 2010/2344 K. Aynı yönde diğer karar için bkz. Y. 8. HD. 21.01.2016 T. 2014/24016 E. 2016/635 K.) Diğer mülkiyet ihlali kararları için bkz.; AYM, Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım Başvurusu, B.N. 2013/711, T. 03/04/2014; AİHM, Burdov/Rusya, B.N. 59498/00, T. 07/05/2002; AİHM, Iatridis/Yunanistan, B.N. 31107/96, T. 19/10/2000; AİHM, Bildirici/Türkiye, B.N. 43227/04, T. 08/06/2010; AİHM, Kanioglu ve Diğerleri/Türkiye, B.N. 44766/98, 44771/98 ve 44772/98, T. 11.10.2005; AİHM, Karacan/Türkiye, B.N. 14886/05, T. 08.06.2010.

⁹¹ ERCAN: s. 186.

⁹² İlgili Kanun maddesi; “Madde 8 – Köyün orta malı kanun karşısında Devlet malı gibi korunur. Bu türlü mallara el uzatanlar Devlet malına el uzatanlar gibi ceza görürler.” Ayrıca bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr> E.T. 30.08.2021.

⁹³ KURU (1988): s. 785.

⁹⁴ UYAR (Haciz): s.541.

⁹⁵ KALABALIK, Halil: İdare Hukuku Dersleri Cilt I, B.5, Ankara, 2019, s. 336; UYAR (Haciz): s.541.

Köy orta malı kavramı köy tüzel kişiliğinin gerek taşınır gerekse taşınmaz kapsamındaki tüm mallarını kapsayan bir kavramdır.⁹⁶ Yargıtay'ın İçtihadı Birleştirme Kararında da “köy orta mallarının haczedilemeyeceği” kabul edilmiştir.⁹⁷ Yargıtay'ın eski tarihli bir kararında da köy halkının kullanımına tahsis edilen köye ait radyonun köy orta malı sayılarak haczedilemeyeceğine karar vermiştir.⁹⁸

V. Sonuç ve Değerlendirme

Kamu düzenine aykırı olması, egemenlik hakkını elinde bulunduran Devlete karşı zor kullanılmayacağı, bireylerin kimsenin yardımına ihtiyaç duymadan insan onuruna yaraşır şekilde hayatlarını devam ettirebilmeleri, Sosyal Devlet anlayışı gibi nedenlerle İcra ve İflas Kanunu ve çeşitli yasalar ile bazı mal, hak ve alacaklar haciz kapsamı dışında tutulmuşlardır. Bu durum uygulamada özellikle eşitlik ilkesi ve mülkiyet hakkı ihlali gibi çeşitli tartışmalara neden olmuştur ve halen olmaya devam etmektedir.

Çalışma kapsamında İcra ve İflas Kanunu'nda düzenleme alanı bulan Devlet malları ve Belediye malları ile Köy orta mallarının haczedilmezliği hususu değerlendirilmiştir. Özellikle bu malların haczi esnasında meydana gelen sorunlara değinilmiştir.

Karşımıza çıkan sorunlardan ilki haczi caiz olmadığı belirtilen mal ve hakların tahdidi olarak mı yoksa örnekseme yolu ile mi düzenlendiği hususudur. Haczin asıl haczedilmezliğin istisna olması ve asıl amacın alacaklının alacağını elde etmesi olması nedeniyle alacaklının mülkiyet hakkını en az düzeyde ihlal etme amacı doğrultusunda söz konusu düzenlemelerin tahdidi olarak sıralandığını belirtmek daha doğru olacaktır. 2004 sayılı Kanun ile Devlet malları herhangi bir kıstasa gerek olmaksızın haciz kapsamı dışında tutulmuştur. Belediye mallarında ise belediyenin proje karşılığı borçlanma yolu ile elde ettiği gelirler, şartlı bağışlar, kamu hizmetinde fiilen kullanılan mallar ve belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harç gelirleri haciz kapsamında tutulmuş bunların dışında kalan mal ve haklar ise haciz kapsamına alınmıştır. Köy orta malları ise 442 sayılı Kanun'da Devlet malı gibi korunur hükmü bulunması nedeniyle Devlet malı hükümlerine göre korunacaktır. Öncelikle Belediye mallarında olduğu gibi belli kıstasların varlığı halinde Devlet mallarının haciz kapsamı dışına alınması daha doğru olacaktır. Böylelikle hem alacaklının alacağına kavuşma imkânı artacak hem de idarenin keyfi uygulamaları önüne daha fazla geçilecektir. Şüphesiz ki Devlet'in borcunu ödeyemeyeceğinin düşünülmemeyeceği ilkesi yerinde olmakla birlikte alacaklının alacağına

⁹⁶ Y. 12. HD. 24.12.2011 T. 2010/13310 E. 2011/1884 K. Sayılı kararı bkz. www.legalbank.net E.T. 30.08.2021.

⁹⁷ YİBGK. 19.04.1939 T. 1938/21 E. 1939/36 K. Sayılı kararı bkz. www.legalbank.net E.T. 30.08.2021.

⁹⁸ KURU, Baki: Haczi Caiz Olmayan Şeyler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19(1): 277-326, s. 10.

geç kavuşması riskinin de en aza indirilmesi gerekmektedir. Yeterli ödenek bulunmadığı gerekçesi ile alacaklının mağdur edilmesi ve Devlet malının haczedilemez zırhı arkasına saklanması durumunun önüne geçilebilmesi adına bu husus önem arz etmektedir.

Bilindiği üzere AİHM içtihatlarında da açıklandığı gibi bir alacak ileri sürülebilir durumda olduğu yeteri kadar ortaya konulduğunda artık 6 § 1 ve Ek 1 no'lu Protokolün 1. maddesi uyarınca “mülk” olarak değerlendirilebilecektir. Elinde ilam olan bir alacaklının cebri icra organlarına başvurduğunda artık alacağını ileri sürülebilir durumda olduğunu yeteri kadar ortaya koymuş olacaktır. Artık mülkiyet hakkı kapsamında kendisine ait olanı isteyen alacaklıya karşı Devlet malı olduğu gerekçesi ile haczedilmezlik öne sürülmesi mülkiyet hakkı ihlali olarak değerlendirilemez ancak bu zırh arkasına saklanılarak alacaklıya uzun süre ödeme yapılmaması artık mülkiyet hakkı ihlali doğuracaktır.

Devlet mallarının, belediye mallarında olduğu gibi belli şartlar dâhilinde haciz kapsamı dışına alınmasının hem alacaklının mülkiyet hakkı kapsamında alacağına kavuşması hem de borçlu durumda olan Devletin borçlarını ödeme hususunda daha özenli olacağı değerlendirilmektedir.

Kaynakça

- [1] AKİL, Cenk: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Bir Kararı Vesilesiyle Devlet Mallarının Haczedilmezliği Kuralı Üzerine Düşünceler, Ankara Barosu Dergisi, (2): 99-119.
- [2] AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku, B.8, Ankara, 2017.
- [3] ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim: İcra ve İflas Hukuku (Takip Hukuku I-Takip Hukuku II), B.3 (Güncellenmiş), Ankara, 2020.
- [4] ATAY, Ender Ethem: İdare Hukuku, B.2, Ankara, 2019.
- [5] AYDIN, Muzaffer: Haczedilemeyen Mal ve Haklar, B.1, Bursa, 2021.
- [6] BALKAN, Yavuz: Haczedilmezlik ve Benzer Müesseseler, B.1, Ankara, 2009.
- [7] BAŞÖZEN, Ahmet: İcra ve İflas Hukuku Ders Notu, B.1, Ankara, 2017.
- [8] ÇATALKAYA, Cevdet/BANDAKÇIOĞLU, İhsan: İcra ve İflas Kanunu Şerhi, B.1, Ankara, 2017.

- [9] DİNÇ, Mutlu/BAHADIR, Çilem: İcra ve İflas Kanunu, B.14, Ankara, 2020.
- [10] ERCAN, İsmail: Uygulamacılar İçin Takip Hukuku El Kitabı, B.2, Ankara, 2016.
- [11] GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku Cilt II, B.1, Bursa, 2013.
- [12] GÜLAN, Aydın: Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim, İstanbul, 1999.
- [13] HASIRCI, Hakan: “1982 Any. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Devlet Mallarının Haczedilmezliği” Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, B.1, Ankara, 2014/akt. KÖKSOY.
- [14] HASIRCI, Hakan: Belediye Mallarının Haczi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65(4): 2821-2865.
- [15] KALABALIK, Halil: Kısa İdare Hukuku (İdare Hukukunun Ana Hatları), B.3, Ankara, 2019.
- [16] KALABALIK, Halil: İdare Hukuku Dersleri Cilt II, B.5, Ankara, 2019.
- [17] KALABALIK, Halil: İdare Hukuku Dersleri Cilt I, B.5, Ankara, 2019.
- [18] KAMAN, Nur: İdare Hukuku, B.7, İstanbul, 2018.
- [19] KANYILMAZ, Önder: İcra ve İflas Kanunu, B.1, Bursa, 2013.
- [20] KAPLAN, İbrahim: Belediye ve İl Özel İdarelerine Ait Gayrimenkuller Üzerinde Bankalar Lehine Kurulan İpotekler ve Bunların Paraya Çevrilmesinde Ortaya Çıkabilecek Hukuki Sorunlar, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi, 47(3): 187-191.
- [21] KÖKSOY, Mesut: İcra Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, B.1, Ankara, 2018.
- [22] KURU, Baki: İcra ve İflas Hukuku Cilt: 1, B.3, İstanbul, 1988, s. 25; BAŞÖZEN, Ahmet: İcra ve İflas Hukuku Ders Notu, B.1, Ankara, 2017.
- [23] KURU, Baki: Haczi Caiz Olmayan Şeyler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19(1): 277-326.
- [24] KURU, Baki: “Haczi Caiz Olmayan Şeyler” Makaleler, B.1, Ankara,

2006/akt. ERCAN.

[25] KURU, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, B.1, İstanbul, 2016.

[26] MUŞUL, Timuçin: İcra ve İflas Hukukunda: ŞİKÂYET, B.2, Ankara, 2018.

[27] MUŞUL, Timuçin: 2004 sayılı İİK ve 6183 sayılı AATUHK Düzenlemesine Göre; Haciz ve Hacze İştirak, B.1, Ankara, 2019.

[28] OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, B.15, İstanbul, 2012.

[29] OSKAY, Mustafa/KOÇAK, Coşkun/DEYNEKLİ, Adnan/DOĞAN, Ayhan: İİK Şerhi-1.Cilt (Madde 1-67), B.1, Ankara, 2007/akt. ERCAN.

[30] ÖZBAY, İbrahim/YARDIMCI, Taner Emre: İcra ve İflas Kanunu Konuyla İlgili Mevzuat Açıklamalı, B.2, Ankara, 2018.

[31] ÖZKAN, Hasan: Açıklamalı-İçtihatlı İcra ve İflas Davaları ve Tatbikatı İcrada Şikâyet ve Süreler (m. 1-23), B.1, İstanbul, 2013.

[32] ÖZKAN, Hasan: Açıklamalı-İçtihatlı İcra ve İflas Davaları ve Tatbikatı Haciz, Hacze İtiraz, İtirazın Kaldırılması, İstihkak İddiası ve Davası, Borç Ödemeden Aciz Belgesi (m. 74-105), B.1, İstanbul, 2013.

[33] PEKCANİTEZ, Hakan/SİMİL, Cemil: İcra-İflas Hukukunda Şikâyet, B.2, İstanbul, 2017

[34] PEKCANİTEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet: İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, B. 6, İstanbul, 2019.

[35] POSTACIOĞLU, İlhan E./ALTAY, Sümer: İcra Hukuku Esasları, B.5, İstanbul, 2010.

[36] RADO, Türkan: Roma Hukukunda Cebri İcra Usullerinin İnkişafı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 10(1-2): 229-240.

[37] RUHİ, Ahmet Cemal: İcra Memurunun İşlemine Karşı Şikâyet, (Güncel Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında, B.1, Ankara, 2019.

[38] SÜPHANDAĞ, Yavuz: İcra ve İflas Hukukunda Uygulamalar, B.5, Ankara, 2009.

[39] Türkiye Barolar Birliği: I. Türk Hukuk Kongresi Tutanağı, Ankara, 1972.

[40] UYAR, Talih: İcra Hukukunda Şikâyet, B.2, Ankara, 2019.

[41] UYAR, Talih: Hukuki Mütalaalar, B.2, Ankara, 2017.

[42] UYAR, Talih/UYAR, Alper/UYAR, Cüneyt: İcra Hukukunda Haciz, B.3, İstanbul, 2016.

[43] YENİPINAR BERBEROĞLU, Filiz: İcra Takibinde Şikâyet, B.1, Ankara, 2020.

[44] YILDIRIM, Mehmet Kamil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis: İcra ve İflas Hukuku, B.7, İstanbul, 2026.

Yazar Kılavuzu

Aşağıda belirtilen yayın ilkeleri ve yazım kurallarına uygun olarak hazırlanmış yazılar, “makale sunum formu” ile birlikte e-posta yoluyla aşağıdaki adreslere gönderilebilir.

Çevirisi yapılmış makalelerin değerlendirmeye alınabilmesi için özgün metinlerin ve makale sahibinden (asıl yazar veya hak sahibi yayınevi) alınan izin yazılarının da gönderilmesi zorunludur.

Ön inceleme ve hakem değerlendirmesi doğrultusunda geliştirilmek ve/veya düzeltilmek üzere yazarlarına geri gönderilen yazılar, gerekli düzeltmeler yapılarak en geç bir ay içinde tekrar dergiye ulaştırılır.

Yapılan ön incelemede işbu yazım kurallarına uygun olmadığı tespit edilen makaleler, düzeltilmesi için yazarına iade edilir ve yayım programına alınmaz.

Yayın İlkeleri

1. İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, hakemli bir dergi olup, yılda iki sayı olarak Haziran ve Aralık aylarında yayımlanır.
2. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır; makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. Makaleler, Microsoft Word programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin, 1,5 satır aralığı ve Times New Roman karakterinde 12 punto, dipnotlar tek satır aralığı ve Times New Roman karakterinde 9 punto olarak hazırlanmış olmalı, CD veya elektronik posta ile editöre gönderilmelidir.
4. İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin yazı dili Türkçedir. Makaleler Türkçe yazılmış olsalar da, her makalede en az 100, en çok 200 kelimedenden oluşan Türkçe ve İngilizce öz ile her iki

dilde yazı başlığı ve beşer anahtar kelimenin makalenin başına eklenerek gönderilmesi gereklidir.

5. Yazarlar unvanlarını, çalıştığı kuruluş bilgilerini, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve elektronik posta adreslerini açık ve doğru bir şekilde bildirmelidirler.

6. Yazarların, dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle basıma hazır olarak verdikleri kabul edilir. Yayın kurulu tarafından yapılan ön incelemede, bilimsellik (alan yönünden denetim) ölçütlerine ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar geri çevrilir.

Yayın kurulu, yabancı dil özeti ve eser metninde gerekli görülen imla düzeltmelerini yapabilir.

7. Yayın kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılır, iki hakeme gönderilir. Hakemlere gönderilen makalelere “Makale ID” numarası verilir ve bu numaralar yazarlara bildirilir. Yazarlar, makalenin durumunu makale takip sisteminden görebilir. Yazarlara makalenin hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerin raporlarında düzeltme istemesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklik yapabilir. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemlerin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Hakemlerden biri olumlu, diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde makalenin yayımlanmasına, editör görüşüne göre karar verilir. Yayımlanmayan makaleler, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.

8. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara, yargı kararı

tahliline de yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar yayın kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.

9. Makaleler yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları İstanbul Aydın Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.

10. Dergide yayımlanan yazıda ileri sürülen görüşler yazara aittir. Bu konuda Üniversite herhangi bir sorumluluk kabul etmemektedir.

11. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.

Yazım Kuralları

I. Ana Başlık

İçerikle uyumlu, onu en iyi ifade eden bir başlık olmalı ve koyu harflerle, sözcüklerin ilk harfi büyük olacak biçimde yazılmalıdır.

II. Yazar ad(lar)ı ve adres(ler)i

Yazar(lar)ın ad(lar)ı ve soyad(lar)ı koyu, adresler ise normal ve eğik karakterde harflerle yazılmalı; yazar(lar)ın varsa görev yaptığı kurum(lar), haberleşme ve e-posta adres(ler)i ilk sayfada dipnot olarak belirtilmelidir.

III. Özet

Makalenin başında, konuyu kısa ve öz biçimde ifade eden ve en az 100, en fazla 150 sözcükten oluşan Türkçe “özet” ve İngilizce “abstract” bulunmalıdır. Özet içinde, yararlanılan kaynaklara, şekil ve çizelge numaralarına değinilmemeli; dipnot kullanılmamalıdır. Türkçe ve İngilizce özetleri altında bir satır boşluk bırakılarak, en az 3, en çok 5 sözcükten oluşan anahtar sözcüklere (keywords) yer verilmelidir. Yazılan İngilizce

özetin (abstract) üzerinde yazının İngilizce başlığı da verilmelidir.

IV. Ana Metin

A4 sayfa boyutunda, MS Word programı, Times New Roman yazı karakteri ile 12 punto ve 1,5 satır aralığıyla yazılmalıdır. Sayfa kenarlarında üst 3 cm., alt 3 cm., sol 3 cm., sağ 3 cm. boşluk bırakılmalı ve sayfalar numaralandırılmalıdır. Yazılar Türkçe ve İngilizce özet, şekil ve tablo yazıları da dahil 6.000 (altıbin) sözcüğü geçmemelidir.

V. Bölüm Başlıkları

Yazıda, sistematik bir bilgi akışı sağlamak üzere ara ve alt başlıklar kullanılabilir. Yazıdaki tüm ara (normal) ve alt başlıklar (yatık) 12 punto ile sözcüklerin yalnız ilk harfleri büyük, koyu karakterde yazılmalı; alt başlıkların sonunda iki nokta üst üste konulmamalı ve bir satır sonra devam edilmelidir.

VI. Kaynakça

Yazının sonunda, yazarların soyadına göre alfabetik sırayla yazılmalıdır.

Örnek

Kitaplar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

Yazarın Soyadı, Adı, Kitabın Adı, Baskı, Yer-Yıl. Örneğin: GÜVEN, Kudret: General Principles of Turkish Law, B.2, Ankara, 2007. Yazarın eserine ilk atıf açık olarak, daha sonraki atıf usulü: GÜVEN: s.135. Aynı yazarın birden fazla kitabına atıf usulü: GÜVEN (Enerji): s.80 ve GÜVEN (Kişilik Hakları): s.65

Makaleler kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

Yazarın Soyadı, Adı, Makalenin Başlığı, Derginin İsmi, Cilt Numarası, Sayı Numarası, İlk ve Son Sayfa Numaraları. Örneğin: GÜVEN, Kudret: Türk, İsviçre ve Alman Hukukunda Boşanma Sebepleri ve Esasları Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Başkent Üniversitesi Hukuk

Fakültesi Dergisi, 1(2): 35-56. Yazarın eserine ilk atıf açık olarak, daha sonraki atıflarda şu şekilde yapılmalıdır: GÜVEN: s.55.

İnternette alınmış dokümanlar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

GÜVEN, Kudret: Cinsel Kimlik Üzerinde Hak Kavramı ve Korunması: Transseksüellik ve İnterseksüellik, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1 Sa.1, s.133-176, (<http://hukuk.baskent.edu.tr/dergi/arsiv/sayi-1/3.kudretguven.pdf>, Erişim tarihi: 10 Şubat 2016), Yazarın eserine ilk atıf açık olarak, daha sonraki atıflarda şu şekilde yapılmalıdır. GÜVEN: s.135.

İLETİŞİM BİLGİLERİ:

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı
Beşyol Mah. İnönü Cad. No:38 Sefaköy-Küçükçekmece/İstanbul
PK:34295

Tel: 444 1 428 / Dahili: 23410

Faks: 0212 425 57 59

E-Posta: hukukdergi@aydin.edu.tr

Author's Guide

Author's may send their articles which are prepared in accordance with the below stated publishing and editorial principles, together with the "article presentation form" via e-mail to the provided addresses.

Providing the permissions of the authors (the main author or the rightful publishing house) is obligatory for the translated texts and articles as well. The articles which are sent to their authors for further improvement and/or proofreading following the preliminary reviews and referee evaluations, must be edited accordingly and delivered back to the journal in one month at the latest.

On the other hand, the articles which are found to be conflicting with this guideline, will be returned to their authors for further proofreading and will not be issued.

Publishing Principles

1. Hukuk Fakültesi is a peer-reviewed journal which is prepared and printed by Istanbul Aydin University, the Faculty of Law twice a year (June and December).
2. The journal only accepts articles, reviews of judgement and translations, which are not published or accepted to be published previously. Articles which are created from the reports that are not published but presented in a scientific gathering can be accepted provided that the case is clearly stated in the footnote.
3. The manuscripts that are to be published in the June issue of the journal must be delivered till the 1st of April and till the 1st of October for the December issue. The manuscripts received after these dates will be evaluated for the next issue of the journal.

4. The preliminary evaluation of the manuscripts to be published are done by the Editorial Board. Those manuscripts that are evaluated by the Editorial Board and found to conform with publishing principles of the journal are sent to two different referees. Referees decide whether to publish, revise or reject the manuscripts and in each case the authors are informed.

5. In case the referee demands a revision in his report, the author is expected to change the text only within the limits given by the referee. The manuscripts that are expected to be revised must be completed and resend to the Editorial Board within 30 days. Manuscripts that are sent within the specified period will be queued to be published in the next issue. The referees who demanded the changes may also evaluate manuscript revision.

6. In case referee decides to reject the manuscript in his report, a second referee review is conducted. The manuscripts that are not returned from referee reviews within the specified period are evaluated for the next issue of the journal unless the authors demand otherwise.

7. Editorial Board reserves the right to publish manuscripts which have positive referee reports, in the upcoming issues of the journal depending on the intensity of the related issue.

8. The manuscripts must be delivered to Istanbul Aydin University, Law Faculty Deanship prepared as a CD in addition to three other hard copies in A4 paper size, on the two of which the name of the author is not specified. The authors are expected to specify their titles, the institutions they work in, their open address, contact number and e-mail addresses.

9. A copy of the journal will be sent to the authors free of charge.

Editorial Principles

I. Main Title

Written in bold letters, the main title must be congruent with the text content expressing the treated subject in the best way. The main title must not exceed 10-12 words of which initials must be capitalized.

II. Author's Name(s) and Address(es)

The name(s) and surname(s) of the authors must be typed in bold whereas the addresses must be typed in italic letters. If there are any, the title(s) and the workplace(s) of the authors as well as their contact information must be indicated on the first page with a footnote.

III. Abstract

The article must include an abstract in both English and Turkish (özet) languages, which briefly and clearly summarizes the subject of the text and consists of at least 100 and at most 150 words. The abstract must not refer to the cited sources, figures and graphic numbers used in the text or contain footnotes. Authors must provide keywords consisting of at least 3 and at most 5 words leaving an empty line under the English and Turkish abstracts. The Turkish abstract must also have its title in Turkish.

IV. Main Text

The text must be written with Times New Roman font-type, 12-point font size leaving 1,5 space between lines and 3 cm margins on top, bottom and both sides of an A4-sized MS Word page. The pages must be numbered. The text must not exceed 6000 (six thousand) words including its Turkish and English abstracts, figures and table contents.

V. Sub-titles

The section and sub-titles may be preferred for delivering the information

in an orderly way. All the section (regular) and sub (italics) titles must be written in 12- point size, bold characters, capitalizing only the initial letters of each word in the title. Sub-titles must not be followed by a colon (:) and the text must begin after an empty line.

VI. Bibliography

The bibliography must be given at the end of the text in an alphabetical order.

CONTACT INFORMATION:

Istanbul Aydın University, Faculty of Law

Beşyol Mah. İnönü Cad. Nu:38 Sefaköy-Küçükçekmece/İstanbul

Postal Code: 34295

Tel: 444 1 428 / 23410

Fax: 0212 425 57 59

E-mail: hukukdergi@aydin.edu.tr

