



Ankara Barosu

DERGİSİ

Yıl: 81 | Sayı: 2023/4 Cumhuriyet 100. Yıl Özel Sayısı | ISSN 1300-9885

Cumhuriyet
100. YIL
ÖZEL SAYISI



Ankara Barosu

Yıl: 81 | Sayı: 2023/4 Cumhuriyet 100. Yıl Özel Sayısı | ISSN 1300-9885

DERGİSİ

ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI

Atatürk Bulvarı No:40 Adliye Sarayı Kat:5 Sıhhiye-ANKARA/TÜRKİYE

T 0312 416 72 00 F 0312 309 22 37

www.ankarabarusu.org.tr

ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr

ANKARA BAROSU EĞİTİM VE KÜLTÜR MERKEZİ (ABEM)

İhlamur Sk. No:1 Kızılay-ANKARA/TÜRKİYE

T 0312 416 72 00

ANKARA BAROSU GELİNCİK MERKEZİ

İhlamur Sk. No:1 Kızılay-ANKARA/TÜRKİYE

T 0312 444 43 06 (5 Hat)

www.gelincikprojesi.org.tr

ANKARA BAROSU GÖLBAŐI AVUKAT ÖZDEMİR ÖZOK SOSYAL TESİSİ

GaziosmanpaŐa Mah. Sahil Cad. No:46 GölbaŐı-ANKARA/TÜRKİYE

T 0312 485 03 93 F 0312 484 71 26



**Ankara Barosu Dergisi'nde yayımlanmakta olan makaleler
hukuk veritabanlarında taranmaktadır.**

*Articles published in the Journal of Ankara Bar Association
is being permanently indexed in law databases.*

**Yıl/Year: 81, Sayı/Issue: 2023/4 Cumhuriyet 100. Yıl Özel Sayısı
ISSN: 1300-9885**

İletişim Adresi | Contact

Ankara Barosu Başkanlığı
Atatürk Bulvarı No:40 Adliye Sarayı Kat:5 Sıhhiye-ANKARA/TÜRKİYE
T 0312 416 72 00 F 0312 416 72 80
www.ankarabarusu.org.tr
abym@ankarabarusu.org.tr

**Ankara Barosu | Designer of the 100th Anniversary of the
Cumhuriyet'in 100. Yılı Logo Tasarımı | Turkish Republic Logo for the Ankara Bar Association**
Arda ENGİN (Ankara Barosu)

Kapak Tasarımı ve Mizanpaj | Book cover design & Page layout
Ali Kemal ÇERŞİL (Ankara Barosu)

Basım Tarihi | Printing date
2023

Baskı Adedi | Print run

Baskı ve Cilt | Printing and Bookbinding

Dergide yayımlanan yazıların herhangi bir bölümü veya tamamı kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.

No part of this publication may be reproduced or published in any form or by any means without reference to the journal.

**ANKARA BAROSU DERGİSİ**

Üç Aylık (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim)
Hakemli, Bilimsel ve Mesleki Yerel Süreli Yayın
Ankara Barosu Başkanlığı, 2023
Tüm Hakları Saklıdır.
ISSN 1300-9885

**Dergide ileri sürülen görüşler
yazarlarına aittir.**

JOURNAL OF ANKARA BAR ASSOCIATION

is a refereed journal, issued quarterly
(January, April, July, October)
Presidency of Ankara Bar Association, 2023
All Rights Reserved.
ISSN 1300-9885

**Articles published in this journal reflect
the views of the authors.**

Sahibi Ankara Barosu Adına / Owner on Behalf of Ankara Bar Association
Av. Mustafa KÖROĞLU

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Managing Editor
Av. Deniz Yağmur GÜNEŞ

Editör / Editor
Doç. Dr. Veysel DİNLER

Eş Editör / Peer Editor
Av. Dr. Zeynep BAHADIR DALKIRAN

Editör Yardımcıları / Assistant Editors
Dr. Öğr. Üyesi Timuçin KÖPRÜLÜ
Dr. Öğr. Üyesi Erkan DUYMAZ
Dr. Arş. Gör. Hikmet BİLGİN
Arş. Gör. Ezgi Fulya AKKUŞ
Arş. Gör. Elif Gökçen TOKSOY

ANKARA BAROSU YAYINLARI MERKEZİ
ANKARA BAR ASSOCIATION PUBLICATION CENTER

Koordinatör Yönetim Kurulu Üyesi / Coordinator Board Member
Av. Deniz Yağmur GÜNEŞ

Merkez Başkanı / Head of the Center
Doç. Dr. Dilşad Çiğdem SEVER

Merkez Başkan Yardımcıları / Vice Presidents
Av. Songül KARATEKE ÖZTÜRK – Av. Mahmut Fevzi ÖZLÜER

Merkez Genel Sekreteri / Secretary
Av. Berkay YILMAZ

Merkez Saymanı / Bookkeeper
Av. Seçkin TÜRKOĞLU

Üyeler / Members

1. Av. İbrahim AKIN
2. Av. Abdulkadir ONAY
3. Av. Celal TOSUN
4. Av. Duyşen Selin KUZU KESİCİ
5. Av. Bülent DAĞSALI
6. Av. Taner EKEN
7. Av. Şeyma ERTAŞ
8. Av. Cemre MISIRLIOĞLU
9. Av. Ebubekir BAŞEL
10. Av. Elif BULUT
11. Av. Merve Nur KILIÇ
12. Av. Kübra ÜNLÜTÜRK
13. Av. Işıl Özge TAN
14. Av. Tuğçe TUNÇ
15. Av. Tansu Ceren ÖZÇELİK
16. Av. Defne KARACA
17. Av. Cansu ÇIPLAK
18. Av. Esra YILDIZ
19. Av. Ayşe YARIMOĞLU
20. Av. Mehmet Şerif Furkan ÖZCAN
21. Av. İlayda BAŞBUĞA
22. Av. Ahmet COŞKUN
23. Av. Elif ŞAHİN
24. Av. Nesli Umay SEYDİOĞULLARI
25. Av. Ali Asker ELDEN
26. Av. Berkay AKAN
27. Av. Berkay ÖZDEMİR
28. Av. Elif BAYRAM
29. Av. Yaren Semina BAYRAKTAR
30. Av. Haluk Can ELMADAĞ
31. Av. Hatice ŞAKALAR
32. Av. Harun SAKINAN
33. Av. Özge AKTAŞ
34. Av. Alper ÇETİNER
35. Av. Anıl AKYOL
36. Av. Ahmet Can DULDA
37. Av. Emre CAN
38. Av. Veysel Göktuğ ÇAKMAK
39. Av. Batuhan YILMAZ

(Sicil numarasına göre)

ANKARA BAROSU DERGİSİ

DANIŞMA KURULU

1. **Prof. Dr. Levent AKIN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
2. **Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENCİ**, TOBB Üniversitesi Hukuk Fakültesi
3. **Prof. Dr. Mohamad EL-GHAZI**, Trier Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Almanya)
4. **Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM**, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
5. **Prof. Dr. Rifat ERTEN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
6. **Prof. Dr. Selin ESEN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
7. **Prof. Dr. İlke GÖÇMEN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
8. **Prof. Dr. Cenker GÖKER**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
9. **Prof. Dr. Felix HERZOG**, Bremen Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Almanya)
10. **Prof. Dr. Hakan KARAN**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
11. **Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU**, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
12. **Prof. Dr. N. Ayşe ODMAN BOZTOSUN**, Akdeniz Üniversitesi
13. **Prof. Dr. Joanna OSIEJEWICZ**, Varşova Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Polonya)
14. **Prof. Dr. Pasquale POLICASTRO**, Szczecin Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Polonya)
15. **Prof. Dr. Sema TAŞPINAR AYVAZ**, TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
16. **Prof. Dr. Süha TANRIVER**, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
17. **Prof. Dr. Asuman TURANBOY**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
18. **Prof. Dr. Gülriz UYGUR**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
19. **Prof. Dr. Ejder YILMAZ**, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
20. **Prof. Dr. Gaye Burcu YILDIZ**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
21. **Prof. Dr. Marek ZUBIK**, Varşova Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Polonya)
22. **Doç. Dr. Yıldız ABİK**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
23. **Doç. Dr. Olgun AKBULUT**, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
24. **Doç. Dr. Tolga CANDAN**, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi
25. **Doç. Dr. Izabela GAWŁOWICZ**, Zielona Góra Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Polonya)
26. **Doç. Dr. M. Ayhan TEKİNSOY**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
27. **Doç. Dr. Sunčana Roksandić VIDLIČKA**, Zagreb Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Hırvatistan)
28. **Doç. Dr. Saim ÜYE**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
29. **Doç. Dr. Bülent YÜCEL**, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
30. **Dr. Clara da Mota Santos Pimenta ALVES**, Federal Yüksek Mahkeme (Brezilya)
31. **Dr. Fatma KARAKAŞ DOĞAN**, Bremen Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Almanya)
32. **Dr. Stephanie LEMKE**
33. **Av. Semih GÜNER**, Ankara Barosu

ANKARA BAROSU DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

1. Ankara Barosu Dergisi hukuk alanında teorik, mesleki ve uygulamaya dayalı yayınların geliştirilmesini amaçlayan, ULAKBİM/TR Dizin'de taranan hakemli bir bilimsel dergidir. Hakemli makalelerin yanında hakemsiz makale, çeviri, karar incelemesi ve diğer mesleki yazılara da yer vermektedir.
2. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Dergimizin yayın politikası ve kuralları gereği özel sayılar hariç aynı yazar(lar)a ait farklı makaleler aynı sayıda ve/veya ardışık iki sayıda yayımlanamaz.
4. Hakemli makaleler Dergipark üzerinden gönderilmelidir (<https://dergipark.org.tr/tr/journal/1756/submission/step/manuscript/new>). Editöryal değerlendirme ve hakemlik süreçleri doğrudan Dergipark sistemi üzerinden yapılacağı ve yazarlar tarafından süreç izlenebileceği için, hakemli makaleler için zorunlu olmadıkça e-posta yoluyla iletişim kurulmayacaktır.
5. Makale yazarına ait gerekli tüm bilgileri (ORC kimlik numarası -ORCID-, unvan, ad-soyad, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, güncel cep telefonu) makale kapak sayfasına eklenmelidir. Hakemli makalelerin sisteme yüklenen versiyonunda yazarın kimlik bilgileri yer almayacağı gibi, hakemlerin yazarın tanınmasını sağlayacak işaret veya ifadelere yer verilmemelidir. Kapak ve makale şablonuna <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/writing-rules> sayfasından ulaşabilirsiniz.
6. Hakemli makaleler önce Editöryal değerlendirmeye alınacak ve uygun görülmesi halinde ULAKBİM kriterleri doğrultusunda hakem incelemesinden geçirilecektir. ULAKBİM, en az iki hakem denetimi koşulunu benimsediğinden yazı değerlendirme süreçleri değişken bir zaman aralığına yayılmakta olup, yazarların yazılarını gönderirken bunu göz önüne almaları gerekir.
7. Hakemli makale dışında kalan yazıların abym@ankarabarusu.org.tr adresine gönderilmesi gerekir. Makale yazarına ait gerekli tüm bilgileri (varsa ORC kimlik numarası -ORCID-, unvan, ad-soyad, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, güncel cep telefonu) makalesin son sayfasına eklenmelidir.
8. Dergiye gönderilen tercüme edilmiş yazılar için, yazının sahibinin yayın izni ve metnin orijinali gereklidir.
9. Ankara Barosu Dergisi, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere, kabul edilen yazıların, tüm yayın haklarına sahiptir. Yazılar için telif ücreti ödenmez.

- 10.** Yayınlanması yayın kurulu ya da hakem tarafından uygun bulunmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez.
- 11.** Yayın ilkeleri ve hakem süreciyle ilgili ayrıntılı bilgilere <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd> adresinden ulaşılabilir.

ANKARA BAROSU DERGİSİ

YAZIM KURALLARI

1. Yazım dili Türkçe ve İngilizcedir. Dergiye gönderilen yazıların yazım düzeltmesi Editörler/ Editör yardımcıları tarafından yapılır. Türkçe makalelerin yazımında, noktalamasında ve kısaltmalarda TDK Yazım Kılavuzu'nun en son baskısı esas alınır.
2. Ankara Barosu Dergisine gönderilecek makaleler "Microsoft Word" programında (.doc veya .docx formatında) A4 sayfa düzeni normal, sayfa yapısı; üstten 2,5 cm, alttan 2,5 cm, soldan 2,5 cm, sağdan 2,5 cm, cilt payı 0, üstbilgi 1.25 cm, alt bilgi 1,25 cm olmalıdır. Sayfa numaraları alt ortada gösterilmelidir.
3. Yazı tipi Times New Roman, 12 punto, normal stil; Satır aralığı 1,5 ve sonra 6 nk olmalıdır. Dipnotlarda Times New Roman, 10 punto, satır aralığı 1 olmalıdır.
4. Hakemli makalelerin Türkçe ve İngilizce özetlerin (toplam 400 kelimeyi geçmeyecek şekilde); her iki dilde yazı başlığının ve beşer anahtar sözcüğün de yazının başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir. Makalenin Türkçe Başlığı > Öz > Anahtar Kelimeler > Makalenin İngilizce Başlığı > Abstract > Keywords şeklinde sıralanmalıdır.
5. Başlıklandırma 5 düzeyi aşamaz (önerilen 3 düzeydir). Başlıklandırma şu şekilde yapılmalıdır:

I. BİRİNCİ DÜZEY BAŞLIK TÜMÜ BÜYÜK HARF VE KOYU

A) İKİNCİ DÜZEY BAŞLIK TÜMÜ BÜYÜK HARF VE KOYU

1- Üçüncü Düzey Alt Başlık Sadece İlk Harfler Büyük ve Koyu

a) Dördüncü Düzey Alt Başlık Sadece İlk Harfler Büyük ve Koyu

i. En Alt Başlık Sadece İlk Harfler Büyük, Koyu ve Eğik Gerekmekçe Kullanmayın

6. Metin içinde dipnot numarası, noktalama işaretlerinden sonra verilmelidir. Atıflar, metin içinde gösterilmez.
7. İlk atıfta kaynağın tam künyesi verilmeli, aynı esere takip eden atıflar, aşağıda gösterilen örneklerle uygun olarak kısaltılmış olarak verilir. (Age, agm, agk, ibid, id, loc. cit.) bir önceki kaynağa işaret eden kısaltmalar kullanmayınız. Metin içinde makalenizin başka bir bölümüne dikkat çekmek için dipnotta sayfa numarası vermeyiniz. Metin içinde atfı yapılmamış eserler, kaynakçada gösterilmez.
8. Ankara Barosu Dergisinde yayınlanan makaleler, The Chicago Manual of Style (17th Edition, Notes and Bibliography) atıf ve referans sistemi esas alınarak hazırlanmalıdır. Detaylı bilgi için bkz. https://www.chicagomanualofstyle.org/tools_citationguide/citation-guide-1.html

9. Kitap, editörlü kitap, e-kitap, çeviri kitap, kitap bölümü, dergi makalesi, bildiri, rapor, ansiklopedi maddesi, kitap tanıtımı, tez, gazete yazısı, röportaj, web içerik, blog yazısı vb tüm farklı yazı türleri atıf örneklerini <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/writing-rules> sayfasından bulabilirsiniz.
10. Mahkeme kararları, kısaltmalar ve noktalama işaretlerinin kullanımında bir standart oluşturmak amacıyla; lütfen makalelerinizi <https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/writing-rules> yazılı kurallara uygun bir biçimde düzenleyiniz.

Başkanın Mesajı | *President's Messages* XVII
Av. Mustafa KÖROĞLU

Cumhuriyet'in 100. Yılına Özel

1 Cumhuriyet'e Aktarılan 1
Prof. Dr. Sami SELÇUK

2 Ankara Hukuk Mektebinin Üç Büyük Ceza Hukukçusu:
Baha Kantar, Faruk Erem, Uğur Alacakaptan 9
Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI
Dr. Sezin Duygu TUNCER

3 100. Yılında Cumhuriyet Devrimi 23
Prof. Dr. Şule ÖZSOY BOYUNSUZ

4 Cumhuriyet, Hukukçu İçin Ne İfade Eder? 31
Av. Oğuz Kaan DOĞAN

5 One Hundred Years of Dialogue and Mutual Understanding:
For a Türkiye that Welcomes a New Century of Peace! 37
Prof. Dr. Pasquale POLICASTRO

Yüz Yıllık Diyalog ve Karşılıklı Anlayış:
Yeni Bir Barış Yüzyılını Kucaklayacak Bir Türkiye İçin! 43
Çeviren: Veysel DİNLER

Hakemli Makaleler*Peer Reviewed Articles*

- 1** Güveni Kötüye Kullanma Suçu ve Avukatın Failliği..... 49
Av. Dr. M. Nedim BEKRİ
- 2** Wassenaar Düzenlemesi ve Türkiye Biyogüvenlik Mevzuatı:
Uyum Sürecinde İstikrar İçin Öneriler 109
Av. Dr. Filiz DEĞER
Dr. Ali AÇIKGÖZ
- 3** Mahalle Muhtarları ve Görevden Uzaklaştırma..... 137
Dr. Selman ÖZDEMİR
- 4** Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Ceza Mahkemesi
Arasındaki İlişki 197
Arş. Gör. İrem Şevval AKBAŞ
- 5** Son Değişiklikleriyle 6502 Sayılı Kanun Kapsamında
Tüketici Kredisi Sözleşmeleri..... 237
Av. Mustafa Doğukan CANER
- 6** Ticari Taksi (Sarı Taksi) Düzenlemelerinin
Klasik Liberalizm İlkeleriyle Uyumu..... 295
Dr. Öğr. Üyesi Fatma Süzgün ŞAHİN ÜNVER
- 7** Kütahya İlinde Gerçekleşen “Kadına Yönelik Şiddet”
Vakalarının Değerlendirilmesi 329
Dr. Zeynep ÖZBUDAK KILIÇLI
Dr. Öğr. Üyesi Yakup GÜLEKÇİ
Dr. Öğr. Üyesi Harun ŞENER
Prof. Dr. Duygu Perçin RENDERS
- 8** Banka İhbarnamesine Dayanan Protesto..... 351
Dr. Öğr. Üyesi Hediye BAHAR SAYIN
- 9** Gelir Vergisi Kanunu Açısından
Özel İnşaatların Ticari Kazanç Niteliği 401
Av. Dr. Hasan ORAL

- 10** Üretim ve İş Sırlarını Hukuka Aykırı Olarak İfşa Etmek
Suretiyle Haksız Rekabet 431
Av. Ali Atakan ÇARDAK (LLM)
- 11** The Evaluation of the Effects of the Pandemic Period on
Women through a Focus Group Study 465
Prof. Dr. Seldağ GÜNEŞ PESCHKE
MA Irmak DÜNDAR
Assist. Prof. Dr. Anıl Güven YÜKSEL
Prof. Dr. Nildağ Başak CEYLAN
Prof. Dr. Ayhan KAPUSUZUĞLU
Assoc. Prof. Dr. Lutz PESCHKE
- 12** Psikiyatri Hastasının İstemsiz Yatış/Tedavisi 497
Uzm. Hekim Kemal SARUHAN

Makaleler

Articles

- 1** İstinaf Mahkemelerinin Yeniden Karar Vermekten
Kaçınmasının Yarattığı Sorunlar Üzerine 533
Av. Murat Fatih ÜLKÜ
- 2** Konkordatoda “Teklifin Kaynaklarla Orantılı Olması” Şartı
ve Bu Şart Bağlamında Varlık-Kaynak İlişkisinin İrdelenmesi 557
Türkan KASAPOĞLU
Ahmet KARAKAYA
- 3** Cumhuriyetin Yüzüncü Yılında
Kalkınma Planlarının “Köy”e Yaklaşımı..... 571
Dr. Hasan Hüseyin DOĞAN
- 4** Karma Eğitim Sisteminin Terki ve Kız Çocuklarına Özel
Okul Tartışmaları Çerçevesinde Alman Anayasa Hukukunun
Paralel Toplumlarla Yüzleşme Pratiği..... 595
Dr. Mustafa Yaşar DEMİRCİOĞLU



Yitirdiklerimiz | *In loving memory of our late colleagues..... 633*
(*Vefat tarihi esas alınarak hazırlanmıştır.*)



Değerli Meslektaşlarım,

Ankara Barosu Ekim 2023/4 Cumhuriyet Özel Sayısı ile karşınızdayız.

Sözlerime, Dergimizin bu sayısının diğer sayılarımızdan çok daha farklı bir amaca hizmet ettiğini belirterek, bu önemli yüzyıla siz Değerli Meslektaşlarımla onurlu bir emaneti beraber taşımanın gururunu yaşadığımı ifade ederek başlamak isterim.

Mustafa Kemal ATATÜRK neden hiç durdurulamadı?

Çünkü yaşamak için ayağa kalkıp yürümeyi tercih eden, kafasında modern bir toplum ve devlet modeli olan, memleketi kurtarmış ve Cumhuriyeti kurmuş bir “Gazi Mareşal” olarak kurtardığı ülkenin kaderi üzerinde de söz sahibi olmayı yapmış olduğu devrimlerle sağlamış, çağının çok ötesinde bir insandı. Yaşamak, ayağa kalkmak ve her anlamı ile yürümek demektir. 57 yıllık ömrüne başta bir Cumhuriyet ve devlet kurmak olmak üzere sayısız iş sığdırmış bir liderin sözlerinin hala hatırlanıyor olmasının sebebi onun yapmak üzerine bir hayat inşa etmesidir. Mustafa Kemal ATATÜRK ayağa kalkıp yürüdüğü için ölümsüz olmuştur.

O'nun bu yürüyüşü halen devam ediyor.

1923 yılında filizlenen Cumhuriyet, bugün asırlık bir çınar oldu. Asırlık çınarımız olan Cumhuriyetimizin 100'üncü yılında hala ifade edebildiği büyük değerler varsa; bu değerleri Mustafa Kemal ATATÜRK ve onun yolunda yürüme cüretini gösterenlere borçlu olduğumuz bir gerçektir. Bu gerçek ışığında Mustafa Kemal ATATÜRK ve tüm yol arkadaşlarını minnetle anıyor; onu anmanın ve anlamının en değerli yolunun, asırlık çınarımıza sonuna dek sahip çıkmakla olabileceğini biliyoruz.

100'üncü yılında Cumhuriyet demek ne anlama gelir? 1923'de kimsesizlerin kimsesi olmak iddiasıyla filizlenen Cumhuriyet'in her türlü değerini sahiplenmekle kalmayıp, onu ileri taşımak anlamına gelir. Cumhuriyeti tarihsel bir anma gününden ibaret görmeyip; tarihin çeşitli dönemlerinde karşı karşıya kaldığı tehditlere karşı onu her daim canla başla savunabilmek anlamına gelir.

Can YÜCEL, “*Yaşasın Cumhuriyet*” şiirini bitirirken:

“Sade küçüklerimizin değil, büyüklerimizin de,

Düştüğü bir tarihsel yanlış,

Çünkü sünnet değil, farzdır Cumhuriyet” diyordu. Evet, bizim için sahip çıkmanın farz olduğu Cumhuriyet; geçmişte işgal edilmiş topraklarda yurt savunması ile inşa edilmiş kıymetli bir hazine olan Cumhuriyet’tir. Bizim için sahip çıkmanın farz olduğu Cumhuriyet; egemenliğin kayıtsız şartsız millete emanet edilebildiği bir miras olan Cumhuriyet’tir. Cumhuriyet insana, yurттаşa ve topluma güvendir.

Cumhuriyet, bağımsız bir yurttta insanı yurtttaş; yurtttaş insan kılan hazinenin adıdır. Laik ve demokratik bir Cumhuriyet, en önemli erdemdir. İnsan olmak demek, en kıymetli erdemlere sahip çıkabilmek demektir. İnsan kalabilmek, cüretli bir şekilde erdemli olanı savunabilmek demektir.

Cumhuriyet demek insan demek, Cumhuriyet demek toplum demek ise bunun somutlandığı yer; laik, sosyal HUKUK devletidir. Çünkü insan olmak ve insan kalmak erdemini temin eden Cumhuriyet’in en önemli fazileti, hukuk devletidir. Bir hukukçunun 100’üncü yılda Cumhuriyeti sahipleneceği ve savunabileceği en önemli erdem, hukuk devletidir. Cumhuriyeti anlamak, yeri geldiğinde Cumhuriyeti savunmak görevini de üstlenebilmektir. İnsan haklarına saygılı hukuk devletini müdafaa etmek, bugün karşı karşıya kaldığımız bir zorunluluk olduğu kadar; 100’üncü yılında Cumhuriyeti anmak ve anlamak yolunda en önemli sorumluluktur.

Cumhuriyet’in 100’üncü yılında hukuk devleti, Anayasa Mahkemesinin kararlarının uygulanmadığı bir karanlık ile karşı karşıya kaldı. Cumhuriyet’in anlam bulduğu değerler, uzun yıllardır yaşadığı tehlikelerin ciddi sonuçları ile karşı karşıya kalmış durumdadır. Anayasa tasfiye edilmek istenmektedir.

İşte 100’üncü yılında Cumhuriyet, insan haklarını ve hukukun üstünlüğünü savunmak için ellerinde Anayasa kitapçıkları ile hukuksuz kararların verildiği yerlere yürüyebilmek; karanlığa karşı durabilmektir. Aynı 10 Kasım 2023 günü Ankara Barosu mensubu avukatların yaptığı gibi.

Mustafa Kemal ATATÜRK’ün çizdiği Cumhuriyet yolundan yürümek, insan haklarına saygılı hukuk devletini savunmak için cüret edebilmek; uzun yollar yürümek, yola çıkabilmektir. Cumhuriyet demek onu savunabilmek için adım atabilmektir.

Başkanın Mesajı

Cumhuriyetimizin 100'üncü yılında insana, haklarına ve hukuk devletine sahip çıkmak için her türlü cüreti göstermeye hazırız. Kararlıyız!

İnsan haklarını şekli bir prosedür gibi ele alan değil; Cumhuriyet'in hâkim öznesi haline getiren,

Hukuk devletini ve insanı merkezine alan,

Yurttaşı insan, insanı yurttaş kılan,

Bir ağaç gibi tek ve hür ve bir orman gibi kardeşesine yaşayabildiğimiz,

Bir Cumhuriyet için,

Görevlerimiz ve cüretimiz asla bitmeyecektir.

İnsanı, hukuk devletini ve insan haklarını hâkim kılmak adına verdiğimiz mücadele ile yaşattığımız, yaşatacağımız nice 100'lere,

Ankara Barosu Yayınları Merkezi tarafından hazırlanan Ankara Barosu Dergisi'nin 2023/4 Cumhuriyet Özel sayımızda yazarlarımızın özenle kaleme aldığı makalelerin bizleri ışık tutan Cumhuriyetimize armağan olmasını diliyor, çok değerli katkılar sunan Ankara Barosu Yayınları Merkezi başta olmak üzere, kıymetli yazarlarımıza, editörlerimize, hakem ve raportörlerimiz ile emeği geçen herkese sonsuz teşekkürlerimizi sunuyoruz.

Yaşasın Cumhuriyet!

Saygılarımla.

Av. Mustafa KÖROĞLU
Ankara Barosu Başkanı

Cumhuriyet'in 100. Yılına Özel



Cumhuriyet'e Aktarılan

Prof. Dr. Sami SELÇUK

Eski Yargıtay Birinci Başkanı

Eski İ. D. Bilkent Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Şu anda bu yazıları kaleme alırken geçmişimizde yaşadıklarımızı düşündüğüm, Cumhuriyete aktarılan mirasa ve halkıma baktığım zaman, insanın, kendisini kendi kusuru ile mahkûm ettiği ergin olmayış durumundan kurtulup kendi aklını kullanarak düşünmesi, aklını başkalarının yönetimi altında tutmadan kullanma kararlılığını ve yürekliliğini göstermesi, kendisini ergin olmayışa mahkûm etmemesi, “Sapere aude!” yani “kendi istencinle aklını kullanma yürekliliğini göster!” (Kant) anlamına gelen Aydınlanma çağını hiçbir dönemde yaşamamış olan toplumumuzda yukarıda sergilenenler, çoğu zaman beni hiç şaşırtmıyor, şaşırtmamaktadır da.

Her şeyden önce şu nokta asla unutulmamalıdır. Büyük Selçuklu ve Osmanlı İmparatorlukları ile Türkiye Cumhuriyeti devletinin geçmişinde, en iyi dönemlerin adil hükümdarlar dönemi, kadılığın (yargıçlık) peygamberlik mesleği ve saraydan sonra gelen en önemli ve güçlü kurum olduğu belirtilmekle birlikte, İslam dışı olarak görülen Batınlık, İsmailiye ve Şiiliğin yayılmasını, mezhep çatışmalarını, görüşler kargaşasını önlemek, Sünniliği ve buna dayanan fıkhi egemen kılmak amacıyla kurulan bir “nizamiye medreseleri” bulunmaktadır.

Bu okulların başına da, güvenmediği “akıl”ı dışlayan, vahyi, nübüvveti kısacası inandığı “nakil”i temel alarak bütün bilimleri ve kaynaklarını Tanrı odaklı Kur’an’a ve İslam’ın “mutluluk çağı”na (asr-ı saadet) bağlayan, bu yüzden matematiği, mantığı, doğa bilimlerini, tıbbi ve felsefeyi kâfirlik olarak görüp bunlarla uğraşanların öldürülmelerini bile öneren; Sünnî İslam’ın akıl yerine nakilciliği ve nasçılığı (dogmatizm) temel alan Eş’ari geleneğini ve Şafîileri izleyen, öbür mezhepleri düşmanlaştıran; inanç zayıflığını, yoldan sapmanın sorumluluğunu, Mu’tezile gibi akılcı akımlara, felsefe, tasavvuf ve Batınilige yükleyen, biricik kaynağın vahiy olduğunu savunan, kökleşik Grek kültürünü, özellikle Platon ve Aristoteles’in düşüncelerini benimseyen, yapıtları Batı üniversitelerinde on sekizinci yüzyıla değin okutulan Farabi (870-950) ile İbn-i Sina’yı (980-1037) kâfir olarak duyurup yasaklayan; felsefenin tutarsızlığı (Tehafütü’l-Felasife) savıyla, yalnızca felsefenin değil, matematik, mantık, fizik, gökbilim gibi bilim dallarını bile “bid’at” (sonradan uydurma) olarak görüp bunlara karşı çıkan, böylece İslam dünyasında salt dine ve inanca dayanan hukuk dışındaki anlayışa ve başka bilimlere kapıları kapatarak ve bunlarla uğraşanların öldürülmelerinin kutsal görev (vacip) olduğunu belirterek gelişmeyi kesinlikle durduran, uzun sürecek yıkıcı bir Ortaçağın süregelen (müzmin) kapılarını açan, hukukta “içtihat kapısını kapatma”da en kalıcı ve yıkıcı görevi üstlenen İmam-ı Gazzâlî (1058-1111) getirilmiş, böylece hukukta yaşanması olası doğal ve olumlu evrim engellenmiştir. Nizamiye medreselerindeki bu anlayış ve öğretim de olduğu gibi Selçuklulardan Osmanlı’ya geçmiş; akılcı, bilimi ve felsefeyi yasaklayan bu durum, Vehhabilik sayesinde bir bakıma Cumhuriyet’e değin sürmüştür.

Bu medreseleri kurmanın ve Gazzali’yi atamanın sorumluluğu ise, hiç kuşkusuz, “Siyasetname” adlı yapıtıyla Machiavelli (1469-1527) gibi bir politika kuramcısı olan, elli iki yıl devlette görev yapan, Büyük Selçuklu İmparatoru Melikşah’ın başveziri, siyasetçi, eğitimci Nizamü’l-Mülk’e (Ebu Ali Kıvamuddin Hasan bin Ali bin İshak et-Tüsî, 1018-1092) aittir.

Oysa İslam, her şeyden önce çağcıl ulusların ortaya çıkışını kolaylaştıran kimi temel etkenleri içinde barındıran bir dindir. Nitekim Kur’an, Hucurât suresinde toplumsal başlıkları tanımış, bu başlıkların “ümme” kavramı içinde bir arada yaşamalarını kolaylaştırmıştır.^[1]

[1] Kemal H. Karpat, *İslâm’ın Siyasallaşması*, (İstanbul: Timaş Yayınları, 2001), XII.

Buna karşılık Batı'da, Kurtuba'da doğan Endülüslü bir Arap felsefeci, hekim, hukukçu, matematikçi olan İbn Rüşd (1126-1198), Platon ve Aristoteles'in yapıtlarını Batı'ya tanıtmış, Rönesans'ın kapısını aralamış, vahiy (inanç) alanı ile akıl ve bilim alanını ayırarak aklın ve vicdanın özgürleştiği laik temele dayanan bir öğretimi öngörüp savunmuş; tutarsızlığın tutarsızlığını (Tehafütü't Tehafüt) belirterek Gazzali'ye meydan okumuş; "köşesine çekilenler" anlamına gelen "Kelamcılar"a katılmış; Mu'tezile geleneğini izleyerek tanrısal esin (vahiy) ile bilimde vazgeçilemez bir kaynak olan akıl ve felsefeye dayanarak Eski Yunan felsefesiyle Avrupa'yı aydınlatmış, Rönesans'ı yaratanların yanında yer almıştır.

Evet. Batı, İbn Rüşd'ü anlayarak bu "Yorumcu"nun (Averroes) izini sürerken; Doğu, dolayısıyla Osmanlı, inancı sarstığını ileri sürerek onu bilim ve din dünyasından dışlayıp kovmuş, kitaplarını yasaklamış, medreselerde yalnızca salt inanca dayanan Gazzali'nin görüşlerine yer vermiş; bütün bunların sonucunda bir bakıma söz konusu Ortaçağ yirminci yüzyılın başlarına değin sürmüştür.

Bütün bunların sonucu ise şu olmuştur: İslam ve Türk dünyasında İbn Rüşd gibi düşünürler ve onları izleyenler yasaklandığından Rönesans, Reform, Aydınlanma, Sanayi Devrimi; dolayısıyla bilim, ilke ve kavramlarıyla Batı hukuku ve uygulaması da hiç mi hiç yaşanmamıştır.

Kanımızca Gazzali'nin izleri, en azından yöntem olarak, Doğuda günümüzde de egemendir. Kısaca Katoliklik, nasıl İsa'nın yitirilmesine yol açmışsa (Dostoyevski), Gazzali de İslam'ın çağcillaşmasını engellemiştir.

Ayrıca içinde belirtelim ki, bu bağlamda günümüz Türk insanının, özellikle hukukçusunun tarihsel görevi, sürekli öğrenerek ve kendisini eğitip yenileyerek bu izlerden kurtulmak olmalıdır.

Tarihimiz, bu izlerden kurtulamamanın üzücü örnekleriyle doludur.

Yıl 1515. I. Selim (Yavuz) kitap "basım aygıtı" nı (matbaa), yani Umberto Eco'nun deyişiyle "bir gerçek demokratik devrim" i yasaklamıştır. Ancak Rumlara, Ermenilere, Yahudilere yasak değildir, bu aygıt. Onlar, okumayı, yapıtlar yayımlamayı, hatta çevriler yapmayı sürdürmüşlerdir. En önemlisi de dillerinin sözlüklerini yazıp basmışlardır. Oysa on birinci yüzyılda Karahanlı Türklerinden Yusuf Has Hacib'in (1017-1077) yazdığı Kutadgu Bilig dışında Türk yazarları Türk diline çok az eğilmişlerdir. Gerçekten ilk Türk dilbilgisi kitabı, bilimsel değeri tartışmalı da olsa, Kanuni'nin sadrazamı

İbrahim Paşa'ya 1530'da sunulan Bergamalı Kadri'nin yazdığı kitaptır: "Müyyesiret-ül-Ulûm."

Daha sonraları yabancı yazarlarca bilimsellik açısından daha güçlü kitaplar yayımlanmıştır. Bunların arasında 1667'de Paris'te yayımlanan Pierre d'Albeville'in, 1829'da Budapeşte'de yayımlanan J. K. Besse'in, özellikle de 1921'de Paris'te yayımlanan Jean Deny'nin yapıtları çok önemlidir.

Görüldüğü üzere, bu dönemlerde Türkçenin bilimsellik açısından dilbilgisi, daha doğru terimle gramer yapıtlarını yazanlar, yalnızca yabancılardır. Zira Türk halkının, hatta bilim insanlarının dille, dilbilgisiyle ilgileri hiç denecek denli yetersizdir.

1548 yılında kimi olaylar karşısında divanı toplayan padişah, "bunun nedeni nedir?" diye sormuştur. Yanıt, çok bilgisizce ve hem saçma hem de geçeğin tam tersidir ve de gülünçtür: "Bunun nedeni, fen bilimleri. Fen bilimlerini yasaklayalım, sadece dine yoğunlaşalım!?"

Bunun üzerine padişah, fen bilimlerini kesinlikle yasaklamıştır.

Elbette akla dayanan, matematiğe dayanan fen bilimlerini yasaklarsanız çok şeyler yitirir, öbür uluslarla yarışamaz; uyar dünyaya yetişemezsiniz.

Nitekim de öyle olmuştur.

Osmanlı döneminde bunun ilk ayırımına varan yazar, bildiğimizce Kâtip Çelebi'dir (1609-1657). 1656 yılında yazdığı "Mîzânü'l-Hak Fî İhtiyârî'l-Ehakk" (En Doğruyu Seçmek Amacıyla Hak Terazisi / Tartımı) adlı yapıtında yazar, dönemdeki kısır çekişmeleri, dinsel ve bilimsel çatışmaları ele almıştır. Kâtip Çelebi'ye göre, İslam'ın ilk dönemlerinde dinin arı duruluğu adına felsefeden uzak kalınmış, daha sonraları bu boşluk, çevirilerle doldurulmaya çalışılmıştır.

Ne zaman ki, kültürümüzün, özellikle bir kültür bilimi olan hukukumuzun içinde bulunduğu durumu düşünsem, Kâtip Çelebi'nin yanı sıra Fransa'nın ünlü yazarı, politikacısı, tarihçisi François-René de Chateaubriand'ın (1768-1848) "Önsöz"ünde "Beşiğim mezarımdadır; mezarım beşiğimdedir" dediği "Ölüm Ötesinden Anılar" adlı yapıtında geçen aşağıdaki yargısını anımsar ve kimi sorumlu tutacağımı düşünür durur ve kahrolurum:

“Buharlı gemiler ve demiryolları vererek, ordularını disiplinli kılarak, savaş gemilerine manevralar yapmayı öğreterek Türkiye’yi uygarlaştırma iddiası, Doğuya uygarlığı taşımak demek değil, barbarlığı (yabanıllığı) Batıya aktarmaktır: Böylelikle geleceğin İbrahim’leri, geleceği Charles-Martel çağına taşıyabileceklerdir.”^[2]

Bununla da yetinmiyor, yazar. Kudüs dönüşü İstanbul’da hiç kalmıyor. Gerekçesi de şu: “Bir kişinin özgür, öbürlerinin köle olduğu bir ülkede kalamam.”

Evet, bu yargı, hiç kuşkusuz çok acımasız. Ancak Avrupa Birliğinin kapısında bekletilen günümüz Türkiye’si açısından da çok düşündürücü.

Öyleyse geliniz, sık sık öfkelenip yaptığımız gibi, yazarlara söverek onları çürütmeyelim, onların bu yargıları üzerinde düşünerek eksiklerimizi belirleyelim ve de şunu hiç unutmayalım: O dönemlerde Osmanlıda yaşananlar, Şeyh Sâdî’nin “Padişahın görüşüne aykırı görüş bildirmek, kişinin kendi elini kanıyla yıkaması demektir” sözünü doğrular niteliktedir. Bırakınız sokaktaki insanı, sultanlarla görüşü ters düşen nice sadrazam ve şeyhülislam, bu yüzden canından olmuş; yozlaşma bununla da kalmamış, yöneticilerin hemen hepsi dilsiz şeytanlığa itilmiş, dalkavukluk ve ikiyüzlülük mesleğe dönüşerek yükselme tırmanmanın yolu yordamı olmuş, bu durumu Şeyhülislam Yahya ünlü beytiyle şöyle dile getirmiştir:

Mescidde riyâ-pîşeler etsin ko riyâyı

Meyhaneye gel kim ne riya var ne mürai

Burada yadırganası durum şudur: Bir insan bir başkasına doğruları söyleyecek yerde yanlışları söylüyorsa, yukarı katta olanları yerli yersiz övüp alkışlıyorsa, mantığın gereği olarak, bunda bir iş, en azından bir çıkar var demektir. İşte bu mantık, gözlemlerime göre, çağını yakalayamamış kimi toplumların yönetim katlarında çoğu zaman hiç gündeme gelmemektedir.

Buna karşılık çağını yakalamış toplumlarda bunun tam tersi yaşanmaktadır. Oralarda artık kralların tükürük hokkasını taşıyıp tutanlar yoktur. Sözelimi, ABD Başkanlarından Eisenhower’ın sürekli ünlü danışmanları olmuştur. Bunlar çeşitli kesimlerden gelen, genellikle tanınmış düşünürlerdi. Görevleri de bir gün önce Başkanın yapmış olduğu işlemleri eleştirmekti.

[2] François-René de Chateaubriand, *Mémoires d’outre-tombe*, (Paris, 1977), livre XXX, chapitre 12.

Başkan, önce onları dinler, bir bakıma gereken dersleri çıkarır, daha sonra da çalışmalarına başlardı.

Bizim tarihimizde böyle bir şeyi, düşünmek şöyle dursun, düşleyemezsiniz bile. İnsanlar, birini eleştirdiğiniz zaman bugün bile sus gibilerden ceketinizin eteğini çekerler. Bunları ben, bağımsız dediğimiz yargılama erkinde bile çok yaşamışımıdır, başkaları da çok yaşamıştır.

Bu yüzden Türkiye, itiraf ve kabul edelim ki, günümüzde bile hâlâ eleştiri çağı öncesini yaşayan, düşünce özgürlüğüne yeterince açık olmayan tipik bir doğu toplumdur; asla bir düşün toplumu değildir.

Böyle toplumlarda ise, Ahmet Hamdi Tanpınar'ın "Mahur Beste" romanındaki kahramanın tanısı (teşhis) önünde sonunda gerçekleşecek demektir:

"Oğlum Behçet, sen bir medeniyetin iflası nedir, bilir misin? İnsan bozulursa, insan kalmaz; (zira) bir medeniyet, insanı insan yapan manevi kıymetler manzumesidir (dizge, düzen). Anlıyor musun şimdiki derdin büyüklüğünü? Cahilsin; okur, öğrenirsin. Gerisin; ilerlersin. Adam yok; yetiştirirsin, günün birinde meydana çıkiverir. Paran yok; kazanırsın. Her şeyin bir çaresi vardır. Fakat insan bozuldu mu, bunun çaresi yoktur."

Evet, sık sık değinildiği üzere, Osmanlı dönemindeki öğretim ve kültür düzeyinin evrimini basın aygıtının (matbaa) 1515'te Yavuz Selim tarafından yasaklanması ve Arap harfleri çok geciktirmiştir. Nitekim insanı dehşete düşüren aşağıdaki olay, harf devrimi başta olmak üzere devrimlerin ne denli yerinde olduğunu ortaya koymaktadır.

Yıl, 1773'tür ve olay, şudur: İstanbul'da bulunan François Baron de Tott'un tavsiyesiyle Padişah Üçüncü Mustafa, matematik okulu (riyaziye mektebi) açılmasını buyurur. Okulun başına da Baron de Tott geçecektir. Kimi hendeseciler, geometriyi ve matematiği iyi bildikleri iddiasıyla bu öneriyi karşı çıkarlar. Bunun üzerine bütün mühendishane müderrislerinin (profesörler) de katıldıkları bir toplantı yapılır. Baron de Tott üçgenin açılarının toplamını sorar, onlara. Müderrisler, bahriye subayları, ilkin kendi aralarında tartışmak için, neyi tartışacaklarsa, izin isterler ve daha sonra şu yanıtı verirler: "Üçgenine göre değişir." Oturumda padişah yoktur, ancak o anda iki hükümet yetkilisi de orada bulunmaktadır.^[3]

[3] Baron de Tott, *Mémoires sur les turcs et les tartares* III, (Paris, 1784), 212-215.

Avrupa'nın Aydınlanmayı yaşadığı yüzyılda geçen bu olay, gerçekten dehşet verici, bir o kadar da düşündürücü ve çok üzücüdür. Çünkü olay, Thales'ten ve Pisagor'dan yaklaşık 2.250, üçgenin açılarının toplamını Pascal'dan önce bulan Eukleides'ten 2.060; 1789 Fransız Devriminden 16 yıl önce, 1770'te Rusların Osmanlı donanmasını yakmasından üç yıl sonra yaşanmıştır.

Bu olayın bizler açısından asıl önemli ve acı anlamı nedir biliyor musunuz?

Matematik ve akla dayandığını göstermek için Akademisinin kapısına "Geometri bilmeyen buraya giremez!" (*Ageometretos medeis eisito!*) diye yazdıran ve M.Ö. 428'de ölen Platon'dan 2201 yıl sonra bile Osmanlı müderrislerinin hâlâ o kapıdan içeri girmelerinin yasak olmasıdır!

Üstelik 1730'larda Fransız Comte de Bonneval (Humbaracı Ahmet Paşa 1675-1747), aslında daha önceleri müderrislere matematik dersleri de vermiştir. Ancak durum hiç mi hiç değişmemiştir. Buna karşılık Batıda on yedinci yüzyılda Descartes'ın başlattığı akıl çağı ürünlerini çoktan vermeye başlamış; Avrupa, Aydınlanma yüzyılını geride bırakarak sanayi devrimine doğru yol almıştır.

Aydınlanma yüzyılında ise, bilindiği üzere, bilime, felsefeye değer veren iki büyük önder devlet adamı vardır: Büyük Frederich ve İkinci Katerina. İkisi de dönemin büyük düşünürlerinden yararlanmaktadır. Büyük Friederich, Voltaire'i ülkesine çağırmakta; İkinci Katerina, Diderot'yu bir yıl boyunca Kışlık Sarayı'nda ağırlamakta, Beccaria'yı bir ceza yasası yapması için ülkesine çağırmaktadır.

Buna karşılık akıl çağı öncesini yaşayan, ülkesini, söylencelerle (mitoloji), masallarla, yıldız falcılarıyla yönetmeye çabalayan Osmanlı Sultanı III. Mustafa, Büyük Friedrich'ten imparatorluğunu kurtarmak için üç münecim istemektedir.

İşte bu koşullarda Osmanlı'dan Cumhuriyet'e bırakılan mirasın özeti, Atatürk'ün 30 Ekim 1923'te İnönü'ye yazdığı mektupta özetlenmiştir.

O'nun kullandığı sözcüklere ağırlık verir ve bunlardan önemli olanları günümüz Türkçesine çevirirsek durum şudur: Yurdun bütünlüğünü sağlayan demiryolu ve karayolu yok denecek kadar azdır. Sıtma, verem, tifo, tifüs, frengi, trahom vb. salgınlar çoktur. Bebek ölümü yüzde 60'tır. Kiremit bile dışarıdan getirilmektedir. 1912-1922 savaş yıllarında yitirilen genç kuşağın da etkisiyle her alanda uzman, dolayısıyla hekim, hemşire, hukukçu vb. çok

azdır. Rum, Yahudi ve Ermeni gibi matbaa yasağı yıkımına uğramamışlara oranla okuryazar oranı Türk soyundan gelenlerde yüzde birin bile altındadır. Okul çok azdır.

İşte bu açıklar yüzünden dört işlemden yalnızca toplama çıkarma bilenlere bile görev verilmesi zorunlu olmuştur.

Atatürk'ün kullandığı sözcüklerle birlikte özetlemek gerekirse, Cumhuriyete “geri, borçlu ve hastalıklı bir vatan”, “yoksul” ve bilimsellikten uzak, yazgıcı (kaderci, fatalist) bir “köylüler devleti” kalmış ve Baron da Tott'un anılarına göre, bir İmparatorluktan kalan bu devletin müderrisleri, hocaları, Thales'ten ve Pisagor'dan yaklaşık 2.250, Eukleides'ten 2.060 yıl sonra, yani 1773 yılında bile üçgenin açılarının toplamını bilmemekte idiler.

Dolayısıyla bu koşullar altında “ucuz ve geçici çareler”e asla başvurulmayacak, “ulusal egemenliğe dayalı uygar ve özgür bir toplum yaratılarak,” “yüzyılın düzeyi” yakalanacaktır. Çünkü Ata'nın hedefi, biyolojik açıdan değil, bilimsel, felsefi ve varoluşsal açıdan yetkinliğin simgesi, kendisini aşmış, çağcıl yasalara ve ülkücü değerlere ulaşmış, özgür istençli, Nietzsche'nin kavramlaştırmasıyla “üst-insan”ı (*über Mensch*) yaratmaktır.

Öyleyse bugün, biz hukukçulara düşen bir görev bulunmaktadır: “Uluslararası egemenliğe dayalı uygar ve özgür bir toplum” yaratılmış ve özellikle de hukuk alanında “yüzyılın düzeyi” yakalanmış mıdır sorularının yanıtlarını aramak ve açık yürekle, içtenlikle bunları doğru yanıtlamak.

Ancak şimdiden belirteyim ki, ben, bu soruların yanıtlarını, sunduğum verilerin ışığında daha çok okurlara bırakmaktayım.

KAYNAKLAR

de Chateaubriand, François-René. *Mémoires d'outre-tombe*. Paris, 1977.

de Tott, Baron. *Mémoires sur les turcs et les tartares* III. Paris, 1784.

Karpat, Kemal H. *İslâm'ın Siyasallaşması*. İstanbul: Timaş Yayınları, 2001.

Ankara Hukuk Mektebinin Üç Büyük Ceza Hukukçusu: Baha Kantar, Faruk Erem, Uğur Alacakaptan

Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi E. Öğretim Üyesi

Dr. Sezin Duygu TUNCER
Avukat, Ankara Barosu

Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşuyla birlikte yeni hukuk ilkelerinin araştırılarak öğretilmesi için yeni bir yükseköğretim kurumuna ihtiyaç duyulmuştur. Osmanlı döneminde İslam hukuku ile beş farklı yargı çeşidinin bir arada uygulanıyor olmasının büyük sıkıntılara yol açtığı görülmüştür.^[1] Bu nedenle yeni hukuk sisteminde Osmanlıda yaşananlardan ders alınarak Kıta Avrupa hukukunun uygulanmasının en doğrusu olduğuna karar verilmiştir. Bu yeni sistemden beklenen faydanın tam olarak elde edilebilmesi için hukuk kurallarını iyi uygulayanlara ve bu kuralların etkin bir biçimde öğretilmesine ihtiyaç olduğu tespit edilmiştir. Bu ihtiyaçların giderilebilmesi amacı ile bütçe görüşmelerinin yapıldığı

[1] Ahmet Mumcu, "Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Neden ve Nasıl Kuruldu," *AÜHFĐ* 44, no. 1, (1995): 544-545.

23 Şubat 1925 tarihinde Ankara’da, Adliye Vekâlet’ine bağlı bir yüksek hukuk okulunun açılmasına karar verilmiştir.^[2] Alınan karar sonrasında yapılan yoğun çalışmalar sonucunda Ankara Hukuk Mektebi 5 Kasım 1925 tarihinde eğitim öğretime başlamıştır. Mektebin amacı hukuk devrimi ile birlikte oluşacak olan toplumsal düzenin öğrenilmesi, öğretilmesi ve ülkede egemen kılınan hukuku uygulayacak olan hâkimlerin, avukatların, kolluk görevlilerinin yetiştirilmesini sağlamaktır. Şu hâlde mektebin açılması ile Cumhuriyetin anayasasının hâkim kılınmasını sağlamak amaçlandığı bir gerçektir.^[3] Erem, Ankara Hukuk Mektebi’nin açılışı ile, her topluluğun temelini hukuk bilimi olduğuna ilişkin düşüncesinin doğruluğunun da ispatlandığını belirtmiştir.^[4] Gerçekten yeni bir topluluk düzeninin oluşturulmasında hukuk biliminin ne kadar önemli bir rol oynadığı tartışmasızdır.

Ankara Hukuk Mektebi’nin açılması kararının alınmasından sonra kadronun ve müfredatın oluşturulması için Cemil (Birsell) Bey görevlendirilmiştir. Cemil Bey başkanlığında daha önce yurtdışında eğitim almış hocalardan oluşan bir akademik kadro oluşturulmuştur.^[5] Okulun öğretim üyelerine “müderris” değil, “profesör” unvanı verilmesine karar verilmiştir.^[6] Bunun sebebi kurulacak olan hukuk okulunun İstanbul Hukuk Fakültesi’nden farklı olarak muhafazakâr değil, geniş düşünceli ve uyanık hukukçular yetiştirmesinin amaçlanması olarak açıklanmıştır.^[7]

[2] Mumcu, “Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi,” 549.

[3] Gazi Mustafa Kemal Atatürk Nutuk’ta “Cumhuriyetin müeyyidesi olacak bu büyük müessesenin küşadında hissettiğim saadeti hiçbir teşebbüste duymadım” diyerek Mektep’ in devrim için önemini ve yerini belirtmiştir.

[4] Faruk Erem, “5 Kasım 1950 tarihli Açış Konuşması,” *AÜHFD* 7, no. 3, (1950): 7.

[5] Turan Tanyer, “Ankara Hukuk Mektebi ve Binaları,” *TBB Dergisi*, no. 51, (2004): 154.

[6] Müderris kelimesinin medreseyi çağrıştırması sebebi ile kendilerine müderris denilmesini istemeyen Ankara Hukuk Mektebi kurucuları yurt dışında müderrisin dengi olarak kullanılan “profesör” unvanının kullanılmasını tercih etmişlerdir. Bkz. Ertuğrul Akçaoğlu, “Ankara Hukuk Fakültesi’nin Kuruluşu ve İlk Günleri,” *TBB Dergisi*, no. 80, (Ocak-Şubat 2009): 374-375.

[7] Akçaoğlu, Akçaoğlu, “Ankara Hukuk Fakültesi’nin Kuruluşu,” 374.

Ankara Hukuk Mektebi yıllarca süren savaşlardan sonra cumhuriyetin ilan edilerek, eski hukuk sistemlerinden tamamen kopup yeni bir düzen kurulması aşamasında, büyük bir amaçla kurulmuştur. Mektebin ilk akademik kadrosunda kurtuluş savaşı kahramanlarından Bahaeddin Bey (Baha Kantar) de bulunmaktadır. Bahaeddin Bey tarafından ceza hukuku ve ceza usul hukuku dersleri okutulmuştur.^[8] Baha Kantar, Kuvâ-yi Milliyecidir. Baha Kantar, Faruk Erem'i yetiştirmiştir. Faruk Erem, Ankara Hukuk Mektebi mezunudur. Faruk Erem, Uğur Alacakaptan'ı yetiştirmiştir. Uğur Alacakaptan Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi mezunudur.

Bu yazıda Türkiye Cumhuriyeti'nin hukuk devrimi ile oluşturulan Türk Ceza Hukukunun temellerini atan ve kendisinden sonra gelen kuşaklara büyük bir miras bırakan bu üç büyük ceza hukukçusu anlatılacaktır.



Baha KANTAR (1883–1955)

I. BAHA KANTAR

Baha Kantar, 1883 yılında İzmir'de doğmuştur. 1907'de Mekteb-i Hukuk'tan, 1914'de Paris Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuştur.

[8] Akçaoğlu, "Ankara Hukuk Fakültesi'nin Kuruluşu," 375.

Darülfünunda görev almadan önce birçok devlet görevini yerine getirmiştir.^[9] İstanbul Darülfünunu Ceza Hukuku Müderrisliği görevini 8 yıl yerine getirdikten sonra, 1925 yılında açılan Ankara Hukuk Fakültesine Ceza Hukuku Profesörü olarak atanmıştır.^[10] Ankara Hukuk Mektebi'nin kuruluş kadrosu belirlenirken akademisyenlerin Avrupa'da eğitim görmesine önem verilmiştir. Fransızca ve Almanca bilen Baha Kantar, Ankara Hukuk Mektebi'nde hukuk devrimi ile oluşturulan ceza ve ceza muhakemesi hukukunu ilk kez okutmaya başlayan kişidir.^[11] İdareci olarak da 1934–1941 yılları arasında hukuk fakültesinin dekanlığı görevini yerine getirmiştir.

Baha Kantar, ceza genel ve özel hukuku derslerini okutmuş ancak bu konularda ceza muhakemesindeki kadar eser bırakma imkânı bulamamıştır. Gerçekten *Hukuk-u Ceza*^[12] kitabı ceza muhakemesi alanı dışındaki tek kitabıdır.

Baha Kantar, ceza muhakemesi hukuku kitabı hala bugün, mevzuat çok değişmiş olmasına rağmen, birçok konuda geçerliliğini koruyan bir eserdir. Tanzimat döneminde nizami mahkemelerde uygulanması için Fransa'dan resepsiyon yolu ile alınmış bir ceza muhakemesi kanunu bulunurken, ilk kez "*hâkimin bağımsızlığı ve tarafsızlığı*", "*tabii hâkim*" kavramlarının o günün koşullarında hararetle savunucusu olmuştur.^[13] İleri bakış açısıyla

[9] İstanbul istinaf mahkemesi müddeiumumiliği, Emniyeti Umumiye (Müdüriyeti adliye kalemi müdürlüğü) görevlerini yerine getirdikten sonra İstanbul Darülfünun'da görev almıştır. Bkz. Faruk Erem, "Ord. Prof. Baha Kantar," *AÜHFD* 12, no. 3, (1955): 1.

[10] Oya Fişekçi (der.), *Kuruluşunun 50. Yılı Dolayısıyla Ankara Hukuk Fakültesi Öğretim Üye ve Yardımcıları Bibliyografyası (1925-1975)*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977), 174.

[11] Erem, Ankara Hukuk Mektebi dekanı Cemil Birsel'in o zamanlar İstanbul'a oranla bir mahrumiyet bölgesi olan Ankara'ya gelerek Ankara Hukuk Mektebi'nde görev almak isteyip istemediğini sormak için Baha Kantar'a çekinerek mektup yazdığını, mektubun postaya verilmesinden birkaç gün sonra Baha Kantar'ın kitapları, valizleri ile birlikte Ankara'ya gelerek cevabını mektupla değil, bizzat kendisi gelerek verdiğini belirtmektedir. Bkz. Erem, "5 Kasım 1950 tarihli Açış Konuşması," 2.

[12] Baha Kantar, *Hukuk-u Ceza*, (Ankara: Ankara Hukuk Fakültesi Talebe Neşriyatı, tarih yok).

[13]

ele aldığı hâkim tarafsızlığı ve bağımsızlığı üzerine bugün dahi birçok tartışmalar yer almaktadır.

Baha Kantar'ın siyasal suçlar, ceza hukukunda hava sahası, hâkimlerin müsbet hukuka göre vaziyetleri, adalet cihazı, ıskat-ı cenin konularında yayınları bulunmaktadır. Eserlerinin az olması onu tanıma fırsatı bulan İlhan Lüthem tarafından şüphecilğine bağlanmıştır.^[14] Lüthem'in anlatımlarına göre Baha Kantar bizzat kendisi de yavaş ve titiz çalışmasından şikâyetçidir. Erem de Kantar'ın yazacağı bir cümle için günlerce düşündüğünü, “*eser insanın namusudur*” diyerek eserinin doğruluğuna inanmadıkça yazmadığını belirtmektedir.^[15]

Kantar 1940 yılında ordinaryüs profesörlüğe yükselmiştir. Yaş haddinden 1953 yılında emekliye ayrılmıştır. Emekli olmadan önce verdiği veda dersinde öğrencilerine dürüst olmalarını öğütlemiştir.^[16] Lüthem'in anlatımlarından dürüstlüğün Baha Kantar'ın hayatındaki en önemli ve vazgeçilmez değer olduğu anlaşılmaktadır.^[17]

Baha Kantar, emekliliğinden çok kısa bir süre sonra 1955 yılında 72 yaşında iken vefat etmiştir.

Ceza muhakemesi hukuk sorunlarının tartışıldığı bu dönemde hukuk uygulamacısı ve araştırmacılarının, mevzuat çok değişmiş olmasına rağmen, araştırmalarında Türk Ceza Hukukunun bu değerli hukukçusunu görmele-
rinin bilimsel çalışmalarının bir gereği olduğunu düşünüyoruz.

[14] İlhan Lütem, “Hocamız Baha Kantar,” *AÜHFD* 12, no. 3, (1955): 7.

[15] Erem, “5 Kasım 1950 tarihli Açış Konuşması,” 3.

[16] *Sevdiğim, hattâ bülbülün güle aşkı gibi, âşıkı olduğum tedris mesleğine talebelere hitap ederek girdim. Ondan ayrılır iken de yine onlara hitap etmek istiyorum. Şimdi beni seven eski ve yeni bütün talebelerim size söylüyorum: Eğer hayatta bulunduğum müddetçe fan'i benliğimi, öldükten sonra ruhumu memnun ve şad etmek isterseniz, hafızanıza nakşetmenizi istediğim şu sözlerimi daima hatırlayınız: “Dürüst olunuz, dürüst olunuz, dürüst olunuz”* Erem, “5 Kasım 1950 tarihli Açış Konuşması,” 3.

[17] Lüthem, “Hocamız Baha Kantar,” 8.



Faruk EREM (1913–1998)

II. FARUK EREM

Faruk Erem, 1913 İstanbul doğumludur. Faruk Erem Ankara Hukuk Mektebi mezunudur. Baha Kantar, Faruk Erem’i asistan olarak almıştır. İtalyanca ve Fransızca bilmektedir.^[18] Belçika’da doktorasını yapmıştır. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde *Ceza Hukukunda Meslek Sırrı* teziyle doçentlik unvanını aldıktan sonra 1 yıl İtalya’da ceza hukuku ve kriminoloji üzerine çalışmalar yapmıştır. İtalya’daki çalışmalarından sonra profesörlük unvanı alan Faruk Erem Ankara Hukuk Fakültesi’nde 1950–1952 yılları arasında dekanlık görevini yerine getirmiştir. Faruk Erem, akademik hayatını Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde 1973 yılında tamamlamıştır.

Faruk Erem’in ceza hukuku genel hükümler ve özel hükümleri üzerine yaptığı çalışmalar, bugün bile mevzuat değişmiş olmasına rağmen değerini korumaktadır. Faruk Erem, tabiri caizse Türk Ceza Hukuku’nun Carrera’sıdır. Erem, Türk dili ile ceza hukuku biliminin yapılabileceğini ispatlayan hukukçudur. Eserlerinde arı Türkçe kullanmaya özen göstermiştir. Erem, aydınlanma felsefesinin takipçilerindedir. Hukuk devrimi ile oluşturulan Türk Ceza Hukukunun akademik düzeyde, akademik kurallara uyarak,

[18] Fişekçi, *Bibliyografya*, 108.

araştırma ve incelemelerini yapmıştır. Erem'in eserlerinde “çalıntı” bir tek cümle yoktur. Eserleri özgündür, kendisine aittir, kimden ne almışsa eserlerinin dipnotlarında belirtmiştir. Faruk Erem bir hukuk dehasıdır.

Erem hep yeniyi, farklıyı arama gayretinde olmuştur. Klasik ceza hukuk okulunu görmüş, pozitivist ceza hukukuna merak sarmış, teknik hukuk okulunun farkında olarak sonunda ümanist doktrin açısından Türk Ceza Hukuku düşüncesini ortaya atmıştır. Erem, “*suçluyu kazırsan altından insan çıkar*” diyen bir ceza hukukçusudur. Herhalde Erem, bu düşüncesi ile devlet merkezli değil insan merkezli bir ceza hukuku oluşturulabileceğini göstermek istemiştir. Zaten Ümanizma evren ve evrende insanın, insan merkezli algılanmasıdır. Değerli hukukçunun bu açıdan ele alınıp incelenmesinin önemli olduğunu düşünüyoruz.

Faruk Erem, ceza muhakemesi hukuku alanında çalışmayı da ihmal etmemiştir. Ceza muhakemesi kitabında savunulan düşünceleri günümüzde mevzuatın değişmesine rağmen hala geçerliliğini korumaktadır. Tabii mahkeme, tabii hâkim, hâkimin tarafsızlığı ve bağımsızlığı kavramlarının Baha Kantar'ın daha ilerisinde daha aydınlık ve anlaşıldık biçimde incelendiğini görüyoruz. Erem, hâkimin vicdani kanaatine önem verir ancak kanıtsız vicdani kanaatin olamayacağı düşüncesindedir. Faruk Erem, sanığın ikrara zorlanmasına, sanıktan zorla kanıt elde edilmesine karşıdır. Sanığın özgür iradesinin eseri olmayan bir ikrar ceza muhakemesi hukukunda kanıt değildir. Erem, tek başına ikrarın sanığın mahkûmiyeti için yeterli kanıt olmadığı kanaatindedir. Faruk Erem, işkenceye ve idam cezasına karşı olmuştur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile birlikte Kara Avrupası hukuk düzenlerinden çıkartılan idam cezası Faruk Erem'in düşüncesinde ceza hukukundan çıkartılması gereken ceza hukuku düşüncesinin temeline aykırı bir yaptırım olarak görülmektedir. Bu konudaki düşünceleri hala değerlidir.

Erem, usule uygun olarak elde edilmiş olmadıkça elde edilen bulguların kanıt değerinin olmadığını savunucularındadır. Erem, ceza muhakemesinde diyalektik açıdan ceza hukuku muhakemesini biçimlendirmeye çalışmıştır. Zaten eserinin ismi de budur.^[19] Erem'e göre yargılama başından sonuna kadar tez-antitez ve sentez üçlemesi ile devam eden bir süreçtir. Doğru

[19] Faruk Erem, *Diyalektik Açıdan Ceza Yargılaması Hukuku*, (Ankara: Işın Yayıncılık, 1978).

kararın ortaya çıkmasında kamunun çıkarı olduğunu düşünmektedir. Erem için ceza müeyyidesinin insani olması düşüncesi değerlidir.

Faruk Erem aynı zamanda bir kriminologdur. Fakültesinde kriminoloji yerine adalet psikolojisi dersinin seçimlik ders olarak okutulmasını sağlamış, kriminoloji enstitüsünü kurmuştur. Kriminoloji olmadan sağlam bir ceza hukukunun olamayacağı kanaatindedir. Ancak Erem, ceza hukuku ile kriminolojiyi birbirine karıştırmamıştır. Her iki bilim alanının birbirine muhtaç olduğunu ancak her birinin kendi çizgilerinde bağımsız olduklarını belirtmektedir.^[20]

Adalet Psikolojisi kitabı hala bugün kriminoloji alanında yazılmış en önemli kaynak eserdir. Adalet Psikolojisi'nde Erem suçlunun, hükümlünün ve hâkimin psikolojisini tartışmakta, insanı suça götüren nedenleri ortaya koymaktadır.

Erem'in 50 yayınlanmış kitabı, 203 makale, bilimsel yayını ve 8 çeviri eseri bulunmaktadır.^[21]

Faruk Erem, Ankara Barosu avukatıdır. Kamusal savunmanın mimarıdır.^[22] Savunmasız bir yargılama, savunmasız bir mahkeme Faruk Erem'in düşüncesinde mümkün değildir. Kamusal savunmayı üstlenen avukat kamu adına iddiada bulunan savcının eşitidir. İddianın savunmaya bir üstünlüğü yoktur. Erem kamu adına savunmanın amacını, sanığa müstahak olduğu kararın hâkim tarafından verilmesini sağlamak olarak düşünmektedir. Erem yeri geldiğinde eğer somut olayda kamusal savunma gerektiriyorsa düşüncelerinin aksini de söyleyen bir hukukçudur.

Erem, Türkiye Barolar Birliği'nin kurucularından biri ve ilk başkanıdır.^[23] Göreve geldiği 1969 yılından 1980 yılına kadar Barolar Birliği Başkanlığı görevini yerine getirmiştir. Avukatlık mesleği Erem bakımından önemlidir.

[20] Faruk Erem, *Adalet Psikolojisi (Suçlu Psikolojisi-Usul Psikolojisi Mahpusun Psikolojisi)*, (Ankara: İstiklal Matbaacılık ve Gazetecilik, 1955).

[21] Fişekçi, *Bibliyografya*, 107-124.

[22] Erem, müdafinin sanığın toplumun bir ferdi olmasından dolayı savunulmasını gerektiren bir sistemde savunmanın kamusal olduğunu belirtmektedir. Bkz. Faruk Erem, "Savunma Hakkının Kökeni," *Ankara Barosu Dergisi*, no. 5 (1984): 692.

[23] <https://www.barobirlik.org.tr/onceki-baskanlar> (E.T. 22.10.2023)

Avukat Meslek Kuralları Faruk Erem'in eseridir.^[24] Erem, baroların ve avukatların bağımsızlığını meslek hayatı süresince savunmuştur.

Faruk Erem günlük siyasetin hiçbir zaman konusu olmamıştır.

Faruk Erem, şairdir. Şiirlerinde insan kokar.

Öldürmek sanatı,

Duyurmadan

Azar azar

Uçaktan denize tükürmeyin sakın

Hapishaneye rastlar...

Bir Ceza Avukatınının Anıları tiyatro oyunu olmuştur ve halen tiyatrolarda sergilenmektedir.

Erem'de hükümlü insandır. İnfaz hukukunun insaniliğini savunmuştur Erem. Erem'le birlikte Ankara Hukuk Mektebi hala bugün yaşayan bir doktrindir. Türk hukuku ve hukukçusu Ankara Hukuk Mektebine ve o mektebin mensubu Erem'e çok şey borçludur.

Faruk Erem 15 Ekim 1998 tarihinde 85 yaşında vefat etmiştir.

Vefatından birkaç yıl sonra Ankara'da 2001 yılında Faruk Erem Kültür ve Sanat Vakfı Kurulmuştur. Vakfın amacı sanata ve sanatçıya destek olmak, sanatsal ve kültürel faaliyetlerde bulunmak ve yeteneklerini geliştirmek isteyen herkese yardımcı olmaktır. Gerçekten Faruk Erem'in çok yönlü kişiliği ve hayatı göz önüne alındığında adına kurulmuş olan vakfın kültür ve sanat vakfı olması şaşırtıcı değildir.

[24] Adana'da gerçekleştirilen 4. Barolar Birliği Genel Kurulu'nda "Avukatlık Meslek Kuralları"nın kabul edilmesini sağlamıştır.



Uğur ALACAKAPTAN (1934–2022)

III. UĞUR ALACAKAPTAN

Uğur Alacakaptan Faruk Erem'in asistanıdır. Baha Kantar–Erem çizgisinin yılmaz takipçisi, ümanist doktrinin en önemli savunucularındandır. İyi derecede İtalyanca ve İngilizce bilmektedir.

Alacakaptan suçun unsurlarını tartışmış, doktrin ve uygulamada hala değerli olan düşünceler ortaya atmıştır. Suçun unsurları konusunda Alacakaptan, Faruk Erem'den farklı düşünmektedir. Alacakaptan'da “*tipiklik*” ve “*hukuka aykırılık*” suçun unsurları olarak sayılmaktadır. İhlalin karşılığı olan ceza müeyyidesi hariç suçun unsurları üzerine çalışmasında ceza hukukunun temel konularını anlaşılır çok sade bir dille açıklamıştır.^[25]

[25] Uğur Alacakaptan, *İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1958); Uğur Alacakaptan, *Sarhoşluk Halinde İşlenen Suçlarda Cezai Mesuliyet*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961); Uğur Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961); Uğur Alacakaptan, *İşlenemez Suç*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1967).

Alacakaptan suç ve cezanın kanuniliği üzerine çalışmış, Magna Carta'dan bu yana konuya ilişkin tartışmaları görmüş ve kanunilik ilkesinin ceza hukukunun temelini oluşturduğu düşüncesini savunmuştur.

En azından ülkemiz yönünden “*Hâkimin hukuk yaratması*” düşüncesine karşı olmuş ve ceza hukukunun kanunilik ilkesi sayesinde günlük siyasetin bir aleti olamayacağı düşüncesini hararetle savunmuştur. Ceza hukukunun kendi siyasetinin olması başka bir şeydir, ceza hukukçusunun tabiri caizse siyasetçinin elinde bir araç olması başka bir şeydir. Alacakaptan buna hep karşı olmuş, ceza hukukunun siyasi iktidarların hükümetlerin vatandaşlar üzerinde sopa olarak kullanamayacağını savunmuştur.

Alacakaptan sarhoşluk üzerine çalışmıştır.^[26] Ona göre gönüllü sarhoşluğun ve dolayısıyla sarhoş iken suç işlemesi isnat yeteneği ne ortadan kaldırır ne de azaltır, isnat yeteneği tamdır.

Alacakaptan, ceza hukuku konusunda yazdığı makalelerde uygulamada görülen birçok sorunu çözmeye gayretini göstermiştir. Bu nedenle makaleleri değerlidir.^[27]

Ankara Hukuk Fakültesinde akademik kariyerine devam ederken, 1967 de profesör unvanını alarak ülkenin en genç profesörü olmuştur. Hemen ardından 1968–1970 yıllarında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde dekanlık görevini yerine getirmiştir.

Uğur Alacakaptan Ankara Barosu avukatıdır. Savunmaya katkıları olmuş bir hukukçudur. Ceza hukukunu insan temelinde düşünmektedir.

Alacakaptan, siyasetçidir. 1975–1980 yılları arasında CHP Ankara senatörü olarak TBMM’de görev almış, aynı dönemde partinin genel sekreterliği görevini yerine getirmiştir. Ancak “*at izinin it izine karıştığı yıllarda*” siyasetini siyasi düşüncesini ceza hukuku düşüncesine karıştırmamıştır. Hukuk mesleğini yaparken hep hukuk mesleğinin gerekleri içerisinde kalmış, özellikle ceza hukukunda aydınlanma çizgisini korumuş örnek bir hukukçudur. Siyasi hayatında Alacakaptan’ın düşüncesini açıkladığı için yargılanması hala Türk yargısının bir ayıbı olarak durmaktadır. Gerçekten darbe döneminde hakkında birçok soruşturma ve kovuşturma yapılan Alacakaptan bir dönem cezaevinde kalmıştır. Alacakaptan, düşünceye, düşüncenin açıklanmasına

[26] Alacakaptan, *Sarhoşluk Halinde İşlenen Suçlarda Cezai Me’suliyet*.

[27] Fişekçi, *Bibliyografya*, 17-18.

pranga uygulanamayacağını savunmaktadır. Alacakaptan Kuavayi Milliye'nin eseri olan Ankara Hukuk Mektebi gibi tüm Türkiye Cumhuriyeti ilkelerinin kurumlarının hep yılmaz savunucusu olmuştur.

Alacakaptan İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi kurucu dekan görevini yerine getirmiştir. Kuzey Atlantik Asamblesi Türk Grubu Başkanlığı ve Avrupa Konseyi Parlamento Asamblesi Türk Grubu Üyeliği yapmıştır. Alacakaptan 2022 yılında 88 yaşında vefat etmiştir.

Kanaatimizce Alacakaptan, Cumhuriyetin müeyyidesi olma başarısını göstermiştir. Bu yönü ile Alacakaptan uzun akademik hayatı boyunca yetiştirdiği binlerce öğrencisine örnek olmayı başarmış bir aydınlanmacıdır.

SONUÇ

Baha Kantar, Faruk Erem, Uğur Alacakaptan ülkemizde binlerce hukukçunun yetişmesine, hukukun uygulanmasına, hukuk devriminin gerçekleşmesine en büyük hizmetleri sunmuş ülkemizin değerli hukukçularıdır. Hukuk devriminin vazgeçilmezliğinin mimarlarıdır.

Ankara Hukuk Mektebi doktrinin yılmaz savunucusu ve mensubu olan bu değerler ceza hukuku yönünden yılmadan demokratik laik sosyal hukuk devletinin yılmaz savunucuları olmuşlardır. Bu nedenle biz hukukçular onların hakkını asla ödeyemeyiz. Gerçekten kendilerinden sonra gelen yetiştirdikleri hukukçular bu örnek insanlara minnet borçludurlar.

Çok değil kısa bir süre önce, 22 Ocak 2021 tarihinde, Uğur Alacakaptan'ı kaybetmenin büyük üzüntüsünü yaşadık. Baha Kantar, Faruk Erem, Uğur Alacakaptan belki hayatta değil, ancak bıraktıkları eserler, yetiştirdikleri hukukçular hümanist doktrini ayakta tutmaya devam edecek ve yeni nesillere ışık tutacaktır.

Cumhuriyetimizin 100. Yılında bu değerli hukukçulara teşekkürü bir borç biliriz...

KAYNAKLAR

- Akçaoğlu, Ertuğrul. “Ankara Hukuk Fakültesi’nin Kuruluşu ve İlk Günleri.” *TBB Dergisi*, no. 80, (Ocak–Şubat 2009).
- Alacakaptan, Uğur. *İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1958.
- Alacakaptan, Uğur. *Sarhoşluk Halinde İşlenen Suçlarda Cezai Mesuliyet*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961.
- Alacakaptan, Uğur. *Suçun Unsurları*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961.
- Alacakaptan, Uğur. *İşlenemez Suç*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1967.
- Erem, Faruk. “5 Kasım 1950 tarihli Açış Konuşması.” *AÜHFD* 7, no. 3, (1950).
- Erem, Faruk. “Ord. Prof. Baha Kantar.” *AÜHFD* 12, no. 3, (1955).
- Erem, Faruk. *Adalet Psikolojisi (Suçlu Psikolojisi–Usul Psikolojisi Mahpusun Psikolojisi)*. Ankara: İstiklal Matbaacılık ve Gazetecilik, 1955.
- Erem, Faruk. *Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku*. Ankara: Işın Yayıncılık, 1978.
- Erem, Faruk. “Savunma Hakkının Kökeni.” *Ankara Barosu Dergisi*, no. 5 (1984).
- Fişekçi, Oya. (Derleyen). *Kuruluşunun 50. Yılı Dolayısıyla Ankara Hukuk Fakültesi Öğretim Üye ve Yardımcıları Bibliyografyası (1925–1975)*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977.
- Kantar, Baha *Hukuk-u Ceza*. Ankara: Ankara Hukuk Fakültesi Talebe Neşriyatı, tarih yok.
- Lütem, İlhan. “Hocamız Baha Kantar.” *AÜHFD* 12, no. 3, (1955).
- Mumcu, Ahmet. “Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Neden ve Nasıl Kuruldu.” *AÜHFD* 44, no. 1, (1995).
- Tanyer, Turan. “Ankara Hukuk Mektebi ve Binaları.” *TBB Dergisi*, no. 51, (2004).

100. Yılında Cumhuriyet Devrimi

Prof. Dr. Şule ÖZSOY BOYUNSUZ
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Cumhuriyetimizin 29 Ekim 1923’de bir Anayasa Değişikliği ile ilanının üzerinden 100 koca yıl geçti. Bu türden yıl dönümleri, neleri başarıp neleri başaramadığımızı sorgulamak için iyi bir fırsattır. Geçmişe ve geleceğe bir arada bakabilme; hata ve başarılar için bir bilanço çıkarabilme imkânı sağlar bizlere. Bu bakımdan özellikle; “Cumhuriyet bizim için neydi? Neden ilan edildi? Bu amaçlarında başarılı olabildi mi?” gibi soruları da sormamız gereklidir.

Cumhuriyet, kimilerine göre devlet başkanının soy esasına dayalı olarak gelmemesini; kimilerine göre de seçimle gelmesini ifade etmektedir.^[1] Ege-menliğin kaynağı esas alınarak yapılacak bir sınıflandırmada, geniş manasıyla cumhuriyet, bir devlet şekli iken; hukuki ve dar manasıyla devlet başkanının göreve geliş şeklini anlatır ve bir hükümet biçimidir.^[2] 29 Ekim 1923’de de devlet başkanının soy esasıyla değil, TBMM üyeleri arasından ve yine TBMM tarafından seçileceği ilan edildiğinde, dar anlamıyla Cumhuriyet ilan

[1] Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 20. Baskı, (İstanbul: Beta, 2020), 83; Kemal Gözler, “Hukuki Açıdan Monarşi ve Cumhuriyet Kavramlarının Tanımı Sorunu,” *AÜSBF Dergisi* 54, no.1, (1999): 52-62.

[2] Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 8.baskı, (Ankara: Yetkin, 2004), 69-70; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre*, 82, 84.

edilmiş oldu. Egemenliğin kökenini işaret eden geniş anlamıyla Cumhuriyet ise 23 Nisan 1920’de TBMM’nin açılmasıyla var olmaya başlamış; 1921 Anayasasının 1. maddesindeki “Hakimiyet bilakaydüşart Milletindir” hükmüyle de ilan edilmişti.^[3]

Öte yandan Cumhuriyet kavramının ülkemizde ifade ettiği mananın tam kavranabilmesi için yukarıdaki kısa hukuki tanımlamalar yeterli olmayacaktır. Türkiye’de Cumhuriyet, ulus devlet devrimin ifadesidir. Çok uluslu yarı-teokratik bir monarşinin yerine, ulusun egemenliğine dayanan bir cumhuriyetin konması demektir. I. Dünya savaşını kaybeden bütün imparatorluklar gibi Osmanlı imparatorluğu da çökmüş ve savaşın kazananları tarafından Sevr Anlaşması ile toprakları paylaşılmış/paylaştırılmıştır. İşte bu yıkım ve paylaşım içerisinde, yeni devletin ve ulusun inşa süreci de işgale direniş çabalarıyla birlikte başlamış, bağımsızlığın elde edilmesiyle, yeni devletin kuruluşu esnasında aşama aşama gerçekleşmiştir.

Ulus devlet devrimleri ne yapar? Öncelikle egemenliği dünyevileştirir; ortak bir geçmiş ve gelecek anlayışıyla birbirine bağlanmış, kader birliği yapmış, ortak bir kimliğe sahip insan topluluğunu (ulus) egemenliğin sahibi olarak kabul eder. Teokratik bir egemenlik anlayışına (egemenliğin Tanrı-sallığı) dayanan monarşinin yerine “ulusun kaderini kendisinin belirlemesi” ilkesini koyar. Bu dünyevileşme, hukukun ve devlet teşkilatının dini kaide ve ilkelerden koparılarak rasyonelleştirilmesini de kapsar. Siyasi iktidarın kaynağı laikleştiği gibi, devlet teşkilatı da laiklik çerçevesinde düzenlenir. Ulus devlet devrimleri aynı zamanda ortak bir kimlik çerçevesinde homojenleştiren, idari olarak da merkezileştiren dönüşümleri ifade ederler. Bizde de böyle olmuştur. Laikleşme, merkezileşme ve ulus inşa süreçleri yaşanmıştır. Ulusal bağımsızlık, egemenlik, eğitim, dil, alfabe ve tarih alanındaki reform ve çalışmalar ulus devlet kurma misyonunun uzantılarıdır.^[4]

Ulusun kendi kaderini tayin etmesinin nihai amacı ise demokrasidir. Demokratik rejimler zorunlu olarak laiktir; dini hukuka dayalı teokratik rejimlerin aksine, hukuk milletin temsilcileri tarafından rasyonel biçimde, kanun önünde eşitlik ilkesi çerçevesinde yapılır ve uygulanır. Devrimin

[3] Bülent Tanör, “Cumhuriyet Anayasacılığında Üç Model,” içinde *İstanbul Üniversitesi Cumhuriyet’in 75.yılı Armağanı*, (İstanbul, 1999), 213.

[4] Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, 36. Baskı, (İstanbul: YKY, 2022), 321.

felsefesi milliyetçiliği de kapsayan laik, pozitivist bir felsefedir. Devrimin hedefi gelişmiş, demokratik bir toplum, imar edilmiş zengin ve müreffeh bir ülke ve devlet yaratmaktır.^[5]

Devrimin nihai hedefi, çağdaş medeniyet olarak ifade edilmişti ve içinde emperyalizme ve onun ideolojisi olan ırkçılığa bir karşı çıkış da mevcuttur. Zira Osmanlı İmparatorluğu, emperyalizm neticesi yarı sömürge halini almış, siyasi bağımsızlığını kaybetmişti. Bu duruma karşı istenen, sömürge olmadan, batıyla eşit koşullar altında egemenlik haklarına sahip bir devlet ve refaha erişmiş, gelişmiş bir toplumdur. Bunun da temeli pozitif bilimlerdi. Devletimizi sömürge, toplumumuzu parya olmaktan nasıl kurtarabiliriz? Soru buydu ve cevap da pozitif bilimlerde ve pozitivist düşüncede bulunmuştu. Onun için laikti.

Bağımsızlık savaşı sonrasında, yeni Türkiye'nin uluslararası konumunu güvence altına alan, tam bağımsızlığı temin eden Lausanne Antlaşmasının onaylanmasının ardından, 2 Ekim'de son İtilaf Birlikleri İstanbul'u terk etti. Damat Ferit Paşa'nın Nice'te öldüğü gün, İstanbul tümüyle geri alındı.^[6] 9 Ekim'de İsmet Paşa, başkentin Ankara olması yönünde bir maddelik bir yasa önerisi sundu. 4 gün sonra Ankara başkent ilan olundu.^[7] Yeni devlet kurulmaya başlanmıştı. Padişah'ın Payitahtı devrimciler için uygun değildi. Lewis bunu şöyle ifade ediyor: "Yeni devlet, hanedana, bir imparatorluğa ya da bir inanca değil, Türk Milletine dayanıyordu ve başkenti de Türk Anayurdunun tam ortasındaydı."^[8]

Cumhuriyetin ilanından birkaç ay sonra 3 Mart 1924'de Hilafetin kaldırılmasıyla laiklik yavaş yavaş belirmeye başlar. Hilafetin kaldırılışını aynı gün çıkarılan iki ayrı yasa tamamlamaktaydı: Şer' iye ve Evkaf ve Erkan-ı Harbiye-i Umumiye Vekaletlerinin İlgasına Dair Kanun ve Tevhid-i Tedrisat Kanunu. Kanunların dini hukuka uygunluğu artık denetlenmeyecekti.

[5] Taner Timur, *Türk Devrimi-Tarihi Anlamı ve Felsefi Temeli*, (Ankara: Ankara Üniversitesi SBF Yayınları, 1968), 93.

[6] Bernard Lewis, *Modern Türkiye'nin Doğuşu*, (çev. Metin Kıratlı), 5.Baskı, (Ankara: Türk Tarih Kurumu, 2011), 350.

[7] Lewis, *Modern Türkiye'nin Doğuşu*, 350.

[8] Lewis, *Modern Türkiye'nin Doğuşu*, 351.

Eğitimde ikilik (dini veya bilimsel eğitim ayrımı) sonlanıyor, medreseler kaldırılıyor, bütün eğitim kurumları Millî Eğitim Bakanlığına bağlanıyordu.

Bu gelişmeyi hukuk reformları takip etmiştir. 1926'da İsviçre Medeni Kanunu ile İtalyan Zanardelli Ceza Kanunu ülkemize uyarlandı. Medeni Kanun ile tek eşlilik, kadınlara eşit miras ve boşanma hakları tanındı. Mülkiyet hakkı, sözleşme özgürlüğü, irade serbestliği kabul edildi. Türk Ceza Kanunu, ülkesellik kuralını benimseyerek egemenlik sahasında başka bir hukukun varlığını tanımayacağını ilan etti. Ceza hukukunu aklileşmiş ve insan haklarına saygılı ceza yöntemlerini benimsemeye başlanmıştı. Ayrıca borçlar, ticaret ve usul kanunları da değişiyordu.

Yeni laik hukuk cinsiyetler, inançlar arasında eşitliği getirirken, hukuk birliğini ve yargı bağımsızlığını da temin etmeyi amaçlıyordu. Dine değil, akla dayalı kurallar getirerek toplumu dönüştürücü bir rol üstleniyordu. Kadının statüsünde önemli iyileştirmeler içeriyordu. Serbest piyasa ekonomisinin hukuki alt yapısını, sömürgeci olmayan bir çerçevede sağlıyor ve hukuk dilini basitleştiriyordu.^[9] Gelen hukuk kısa sürede kabul gördü.

Cumhuriyetin hukuk reformları ülkede yapılan ilk hukuk reformları değildi. Öte yandan kendisinden önceki başta Tanzimat dönemi olmak üzere, 19. yüzyıl reformlarından önemli bir farkı vardı. 19. yüzyıl reformlarıyla gelen hukuk yarı-sömürgeleşmeye hizmet ediyordu. Cumhuriyet ise tam bağımsızlığı hedefliyordu. Atatürk, Avrupa Kanunlarını almak, elbiselelerini giymek ile bir memleketin kalkınamayacağını biliyordu. Atatürk için medeniyet bilimdi; bilim ve bilimsel düşünce de evrenseldi. Pozitivizme dayanan bu yaklaşımın, batılı kanunları iktibas etmekteki amacı dar bir batı taklitçiliği değildi.

Cumhuriyet devriminin amaçları ulusal bağımsızlıkla yakından ilgilidir. 19. yüzyıl boyunca kapitülasyonların desteğiyle, ülkedeki yabancı ve azınlıkların korunması kılıfı altında batı emperyalizmi ülkeyi yarı-sömürge haline getirmiş ve bir hukuk ikiliği yaratmıştı. Bu tür ayrıcalıkların ve hukuk ikiliğinin altında ise dine dayalı hukukun varlığı yatıyordu. Louzanne Konferansında da aynı sorunla karşılaşan Türk delegasyonu bu konuyu din ayrımı yapılmaksızın tüm vatandaşlara tek yasa uygulanması taahhüdü ile

[9] Bülent Tanör, *Kuruluş Üzerine 10 Konferans (Türkiye 1920 Sonraları)*, (İstanbul: Der Yayınları, 1996), 73-88.

aştı. Böylece 19. yüzyıl boyunca süregelen müdahalelerin de önü kesilmiş oluyordu.

Ancak reformlarının tek hedefi bu değildi. Cumhuriyet fikri zaten tüm vatandaşları inancı ne olursa olsun eşit görüyor ve vatandaşlık hukuku ile kapsıyordu. Ulus devlet devrimi, hukukun ulusun temsilcileri tarafından ulusal egemenlik fikri çerçevesinde oluşturulmasını ve herkese eşit olarak uygulanmasını gerektiriyordu.

Peki 100 yıl sonra Türk ulusu ve devleti bu amaçları ne kadar başarabildi? Sondan başlayalım. Devlete bakalım. Devlet Başkanı soy esasına dayalı olarak belirlenmiyor. Yani dar anlamda hala bir cumhuriyet var. Ancak ulus devlet devriminin yaratmak istediği demokratik ve laik egemenlik anlayışı ile laik hukuk bizzat devleti yönetenler tarafından imha edilmek isteniyor. Türk ulus devlet devrimine karşıt İslamist düşüncenin yeni sahipleri, kendilerine çeşitli isimler veren tarikat-cemaat mensupları ile hukuken varlık sahibi olmamalarına rağmen medrese adını kullanan yapıların mensupları, yargı dahil devlet içinde hızlı bir örgütlenme içindeler. Sistematik biçimde devlet içinde örgütlenme çabalarını açığa vurmaktan çekinmiyorlar.

Devlet, ne yazık ki kamu hizmeti vermek amacıyla kurulu, liyakate dayalı rasyonel bir örgütlenme olmaktan çıkmış durumda. Kamuda işe girmek, tüm vatandaşlara liyakat esasıyla açık olmaktan çıkmış halde. Belli grupların kamu parasına ve gücüne eriştiği, siyasi sadakat karşılığında hukukun üstüne çıktığı bir dönem yaşıyoruz. Kamu hizmeti, kamu ihaleleri belli gruplara siyasi sadakat karşılığı verilirken; muhaliflerin payına kamu gücü kullanılarak üretilen cezalar düşmekte. Hukuk ve adalet kavramları ciddi biçimde aşınmış halde.

Toplum adeta bölünmüş durumda. Adil ve özgür olmayan bir siyasi yarış sonucu iktidarı ele geçiren güç, kamu gücünü kullanarak rakiplerini yok etmeye çalışırken, kendi dünya ve devlet görüşünü baskı ve dayatmalarla toplumun tamamına empoze etme gayreti içinde. Cumhuriyetin, inancı ve yaşam tarzı ne olursa olsun tüm vatandaşların eşit kabul eden, saygı ve değer veren fikirleri ne yazık ki gerçekleşebilmiş değil. Bazılarımız hala bu toplumun makbul vatandaşları olmadık. Sınavları kazansak da atanamadık, üretimine katıldığımız katma değerlerden payımızı alamadık, devleti yönetenlerden kabul ya da saygı göremedik, değerlerimiz aşağılandı, yaşam tarzımıza müdahale edildi, varlığımıza kast edildi. Millet değil, zillet olduk.

Öte yandan, ulus kimliğini taşımayan göçmenlere topluca vatandaşlık verilmekte, gayrimenkul alanlara pasaport hediye edilmektedir. Bunun anlamı ulus kimliğin taşımayan kişilerin egemenlik hakkına ortak edilerek oy kullanılabilir hale getirilmesidir. Pasaport dağıtılarak seçmen yaratılırken, egemenlik kayıtsız şartsız ulusun olmaktan çıkmaktadır. Ortak bir geçmiş ve gelecek ideali ile bu topraklara bağlanmamış insan topluluklarını, din kimliği çerçevesinde bir araya toplayarak, ulus kimliğine alternatif bir kimlik yaratma arayışı göze çarpmaktadır. Ulus devletlerin hala fevkalade hâkim olduğu çağımızda, din kimliği ile ulus kimliğine bir alternatif yaratılması mümkün olmadığı gibi geçmişte büyük bedeller ödenerek kazanılan egemenlik haklarımız, gelecekte potansiyel tehlikelere açık hale getirilmektedir.

Neo-patrimonyal bir kişi otoriterliğine dönüşen rejim ve onun üst yapısı olan cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi içerisinde Cumhuriyetin demokrasini idealini kaybettik. Adalet ve eşitlik ideallerini, laiklik ilkesini gün be gün yitirmekteyiz.

Ancak her şeye rağmen, bu ülkenin bir ulusu, adalete, eşitliğe, demokrasiye kısaca cumhuriyete inanmış ve ona sahip çıkan milyonlarca evladı vardır. Bu evlatları Cumhuriyetimize sahip çıkacak, devrimin başarısız amaçlarını ikinci yüzyılın mücadelesine erek yapacaktır.

KAYNAKLAR

- Gözler, Kemal. “Hukuki Açıdan Monarşi ve Cumhuriyet Kavramlarının Tanımı Sorunu.” *AÜSBF Dergisi* 54, no.1, (1999): 52-62.
- Lewis, Bernard. *Modern Türkiye'nin Doğuşu*. Çev. Metin Kıratlı. 5.Baskı. Ankara: Türk Tarih Kurumu, 2011.
- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. 8.baskı. Ankara: Yetkin, 2004.
- Tanör, Bülent. “Cumhuriyet Anayasacılığında Üç Model.” içinde *İstanbul Üniversitesi Cumhuriyet'in 75.yılı Armağanı*. İstanbul, 1999.
- Tanör, Bülent. *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*. 36. Baskı. İstanbul: YKY, 2022.
- Tanör, Bülent. *Kuruluş Üzerine 10 Konferans (Türkiye 1920 Sonraları)*. İstanbul: Der Yayınları, 1996.
- Tanör, Bülent ve Necmi Yüzbaşıoğlu. *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*. 20. Baskı. İstanbul: Beta, 2020.
- Timur, Taner. *Türk Devrimi- Tarihi Anlamı ve Felsefi Temeli*. Ankara: Ankara Üniversitesi SBF Yayınları, 1968.

Cumhuriyet, Hukukçu İçin Ne İfade Eder?

Av. Oğuz Kaan DOĞAN
Ankara Barosu

Romalılar, M.Ö. 510'da krallarını ülkeden kovduktan sonra kurdukları yeni rejimi *res publica* yani cumhuriyet olarak adlandırmışlardı. Cumhuriyet ve cumhuriyetçilik bu tarihten günümüze kadar geçirdiği yaklaşık iki bin beş yüz yıllık süreçte ihtiyaçlara göre şekillenmiş ve modern dönemdeki anayasal hareketler ile bugünkü kimliğine bürünmüştür. Roma Cumhuriyeti'nin önemli ismi Cicero'dan itibaren hukukçular bu süreçte en etkin rolü oynamıştır; Amerikan Devriminde James Madison, John Adams, John Jay, Aaron Burr gibi isimler, Fransız Devriminde ise Maximilien Robespierre, Jacques Brissot, Georges. Cumhuriyetçilik ile hukukçular arasındaki bağlar bu kadar güçlü iken, avukat olan ve Amerika Birleşik Devletleri'nin (ABD) ikinci başkanlığını da yapan John Adams, cumhuriyetin kurulmasından yıllar sonra bir mektubunda şöyle yazacaktır: “*İngilizcede cumhuriyetçilikten daha anlaşılmas bir kelime yoktur.*”

Türkiye’de cumhuriyetin ilk asrını tamamlamasını kutladığımız bir dönemde cumhuriyet kavramının özellikle hukukçular için ne anlam ifade ettiğini Adams’ın bu sözünden hareketle ele almak istedik. Bir şahsi tecrübe olarak ifade etmeliyim ki, cumhuriyetçilik üzerine doktora tezi hazırlarken geçen yaklaşık dört yıllık dönemde cumhuriyetçiliğin ne anlama geldiğini anlamam oldukça uzun sürmüştü. Bu eksikliğin temel sebebi Türkçe anayasa hukuku kitaplarında cumhuriyetin sadece monarşinin zıddı olan bir yönetim

biçimi olarak tanımlanması ve çoğu eserde cumhuriyetçilik ilkesinden hiç söz edilmemesidir.

Şu halde ilk tespitimiz yaparak cumhuriyetçiliğin hukukçular için ne anlama geldiğini açıklamaya başlayabiliriz. Cumhuriyet, hem bir kişinin hem de çoğunluğun keyfi iktidarına karşı olan bir kavramdır. Tıpkı demokrasi gibi egemenliği halka vermekle birlikte demokraside esas halk çoğunluğu iken cumhuriyet yasayı/anayasayı öne çıkarır. Şu halde cumhuriyet yasaya dayalı öz yönetimdir. Hukukçuların cumhuriyet ve cumhuriyetçilik hakkında ilk bilgileri aldığı anayasa hukuku kitaplarının cumhuriyeti oldukça kısa ve pozitivist şekilde tanımlaması, bilgi dağarcığımızı sınırlandıran en önemli etkidir.

Cumhuriyetin anlamını bu fasit daireden çıkarmak için şöyle tanımlayabiliriz: Cumhuriyet, egemenliğin millette olduğu, siyasi ve hukukî sorumluluğa sahip devlet başkanının ve devletin temel organlarının doğrudan ya da dolaylı serbest seçimlerle belirli sürelerle işbaşına gelip halkın ve temsilcilerinin denetimi altında olduğu devlet şeklidir. Cumhuriyeti yaşatmayı ve ilkelerini sürdürmeyi hedefleyen cumhuriyetçilik ise yasaların ve devletin anayasal sistem aracılığıyla her zaman yurttaşların ortak yararına hizmet etmesini amaçlar. Bu anayasal sistem, halk egemenliğine dayanan, yürütme organı seçimle işbaşına gelen, bağımsız bir yargı tarafından sınırlandırılan ve hukukun üstünlüğüne tabi olan bir yasamadan oluşur. Amaçlanan ortak yarar, yurttaşların özgürlüğünü hem birbirlerine hem de devlete karşı koruyan bir kontrol ve denge sistemi ile gerçekleşebilir.

Cumhuriyetçilik, antik dönemden günümüze kadar edindiği kazanımlarla, anayasalcılık, laiklik, eşitlik ve katılım gibi bazı temel ilke ve güvencelere sahip olmuştur. Bu ilkelerin en başında *anayasalcılık* gelir. Anayasalcılık, keyfi yönetimi önleme amacıyla sınırlı bir hükümeti hedefler. Keyfilikten kasıt, yönetenlerin yönetilenlerden ziyade kendi çıkarlarına hizmet etme potansiyelidir. Modern anayasalar, siyasi sürecin oyun kurallarını belirler. Bu belirlemeyi yaparken bir yandan iktidar gücünü sınırlar, diğer yandan kişisel özgürlükleri güvence altına alır. Böylece modern anayasaların iki temel ilkesi ortaya çıkar: kuvvetler ayrılığı ve temel haklar.

Anayasalcılık, *siyasi anayasalcılık* ve *hukuki anayasalcılık* olmak üzere iki akımı barındırır. *Siyasi anayasalcılık*, farklı menfaat gruplarının birbirini dengelemesiyle farklı toplumsal çıkarları uyumlu hale getirmeyi ve

devletin istikrarını sürdürmeyi hedefler. Bu sistemde eşit oy, çoğunluk kuralı ve rekabetçi parti sistemi, yurttaşın görüşlerini tarafsız ve eşit bir şekilde tartmak ve birleştirmenin mekanizmasını oluşturur; böylece politikacıları hesap verebilir kılarak, halkı keyfi olmayan yollarla yönetmeleri için zemin hazırlar. *Hukuki anayasalcılık* ise temel dayanağını kuvvetler ayrılığında bulur. Üç kuvvetin ayrılmasındaki amaç, yasaları yapanların, uygulayan ve yorumlayanlardan farklı olmasıdır. Bu şekilde, kanun koyucular aynı kanunlara tabi olarak kendi çıkarlarına yönelik bir yasama faaliyetinden kaçınmak zorunda kalırlar. Amerikan ve Fransız Devrimleri ile iktidarın meşruiyetinin halka dayanması, haklar teorisinin anayasal metinlere girmesi ve bireysel hakların güvence altına alınması, giderek tüm anayasal hareketlerin amacı haline gelmiştir.

Hukuki anayasalcılık, yargı denetimini öne çıkarır. Bu görüşü savunanlara göre mahkemeler; gruplardan ziyade bireylere odaklanırlar, bağımsızdırlar, sadece mevzuat ve içtihatlarla bağlıdırlar. Bu özellikler, azınlıkların haklarını korumaya hizmet eden çoğunlukçuluk karşısı bir kontrol sağlar. Bu tanımlamaya göre mahkemeler, demokrasinin yanında fayda ve hakları dengeleyen tamamlayıcı bir unsurdur. Türkiye’de bu amaçla Anayasa Mahkemesi (AYM) kurulmuştur. Gerçekten, AYM, henüz 1971’de verdiği bir kararında mahkemenin çoğunluğun egemenliğine karşı kurulduğuna dikkat çekmiştir (E. 1970/41, K. 1971/37). Kaldı ki AYM bu tarihten sonra verdiği kararlarla cumhuriyeti monarşinin zıddı anlamıyla sınırlandırmamış, anayasanın diğer maddeleri ile yorumlayarak içeriğini genişletmiştir. AYM’nin yanında idarenin eylem ve işlemlerinin hukuka -dolayısıyla anayasaya- uygunluğunu denetleyen idare mahkemeleri ve Danıştay da yargısal denetimde rol almaktadır. Yürütmenin/iktidarın tahakkümünü anayasa ile sınırlandırmayı hedefleyen cumhuriyetçilikte yargısal denetim, yasama organının tahakküm olasılığını azaltıyorsa kabul görecektir. Avukatların taraf, hâkimlerin ise karar verici olarak yer aldıkları yargısal denetim, bu kapsamda yasanın keyfi yönetimi engellemesi açısından aklımıza gelecek ilk yoldur. AYM’nin 1961 Anayasasından itibaren norm denetimi kapsamında iptal ve itiraz yoluyla yaptığı denetim, 2013 yılından itibaren bireysel başvuru imkanının da getirilmesiyle genişlemiştir. Benzer şekilde yurttaşların idare ile ilgili uyuşmazlıklarını idare mahkemeleri önüne götürmeleri de idarenin keyfi işlem ve eylemlerini engellemeyi amaçlar.

Kuvvetler ayrılığı, hukukun üstünlüğü ilkeleri ile birlikte anayasalcılığın temelini oluşturan yargısal denetim, biz hukukçuların günlük mesailerinin önemli bir bölümünü işgal eder. Yargısal denetim, idarenin hukuka aykırı işlem ve eylemini yargı yolu ile engellemesine imkan sağlayarak yurttaşı birey olarak korurken, düzenleyici işlemlerin iptali için açılan davalar ve norm denetimi yoluyla da toplumun korunması amaçlanır. Hukuki anayasalcılığın bu boyutu hukukçular için adeta bir varoluş amacı taşır; ancak yasanın üstünlüğünü ve yönetimin olası keyfilikliğini engellemek için *sadece “dava açmak” yeterli midir?* Siyasi anayasalcılar, bu soruya olumsuz cevap verirler. Onlara göre yasama ve yürütmeye ait düzenlemelerin hakların korunması ile çoğunluğun tahakkümünü engellenmesi bakımından tamamen yargı denetimine bırakılması sakıncalıdır. Zira yargı organları, bir başvuru olmadan kendiliğinden harekete geçemez. Siyasi anayasalcılar ayrıca mahkemelerin çoğunluğa karşı bir kontrol sağladığı iddiasının açık olmadığını ve mahkemelerin gösterilmeye çalışıldığından daha az bağımsız olduğunu da iddia ederler; ayrıca anayasa mahkemelerinin çoğunluklara karşı uzun süre dayandığına dair çok az kanıt vardır. Mahkemelerin, basın ve diğer etki gruplarının baskılarından arınmış olduğu da temelsiz bir iddiadır. Mahkemelerin karar almada kullandığı çoğunluk yönteminin, parlamentolardan daha demokratik olmadığı da açıktır. Nispeten üye sayılarının az olması genel olarak bir başkanın meslektaşlarının tercihlerini iyi bilmesi ve böylece oylama programını onun tercih ettiği sonucu verecek şekilde yapılandırabilmesi gerçeği, onları manipüle etmeyi çok daha kolay hale getirir. Tek bir oy değişikliği ile mahkemenin alacağı karar tamamen değişebilir; şu halde tek bir oy, bazen bir hakkın korunması ile ilgili hayati rol oynayabilir. Mahkeme üyelerinin atanma sürecinde onları, egemen siyasi eğilimlerle aynı hizaya getirecek tercihler, üyelerin bu siyasi düşünceden ne kadar bağımsız olduğunu da sorgulatacaktır.

Anayasa mahkemelerinin yargısal denetimi, azınlığın korunması ve temel hakların güvenceye alınmasında tek başına yeterli de olmayabilir; çünkü mahkemeler, sadece önlerine gelen davaları çözmeye yetkilidir. Örneğin ABD’de devlet okullarındaki ırkçılığı engellemeye yönelik *Brown v. Board of Education* davasında verilen karardan on yıl sonra güneydeki siyah çocukların ancak yüzde birinden fazlası ırk ayrımının kaldırıldığı okullara gidebilmiştir. ırkçılığın engellenmesi ancak protestolar ve sivil haklar hareketi sonucu 1964 ve 1965’te Sivil Haklar Yasası ve Oy Hakları Yasası’nın kabul edilmesiyle mümkün olmuştur. Yine Federal Yüksek Mahkemenin 1973

tarihli *Roe v. Wade* kararı da kürtaj sorununu çözmekte yetersiz kalmıştır. Mahkemenin kürtaji yasal hale getiren kararı ile konuyu yasama organının elinden alması sorunu tamamen çözmemiş, aksine meselenin gereğinden fazla öne çıkmasına neden olmuştur.

Siyasi anayasalcılar sonuç olarak hukuki anayasalcılığı, temel anayasal ilkeleri siyaset dışına çıkarıp, onları siyasi sistemin kısıtlamaları, hedefleri ve önkoşulları olarak görmeye çalışarak bir tür apolitik siyaset uyguladığını öne sürer ve hukuki *anayasalcılığı hakları depolitize etmekle* itham ederler. Onlara göre, eşit oy ve çoğunluk kuralını somutlaştırıp kamusal bir akıl yürütme ile ortak iyiyi sağlayacak politikaların üretilmesi için karşı tarafı dinleyerek hareket edilmesi temel amaçtır. Çözüm olarak da çoğunluk diktasını önleyecek olan yasanın üstünlüğü ilkesini hayata geçirmek ve yasa yapımında müzakereci bir yöntem izlenmesini öne sürerler. Dilekçe hakkının kullanılması, yurttaşların yasa yapımına ve yerel idareler başta olmak üzere yürütmenin işlemlerine aktif şekilde katılması önerilen çözüm yollarıdır.

Bu kapsamda barolar ile hâkim ve savcılarının bir araya gelerek kurdukları dernekler yoluyla yasama ve yürütmenin işlemlerinin hukukun üstünlüğüne uygun şekilde oluşmasına katkı sağlanması da hukukçuların üstleneceği bir görev olacaktır. Cumhuriyet, hakların yanında yurttaşların görevlerinin de olduğu bir rejimdir. Aktif katılım, müzakere gibi yöntemler eşit yurttaşlığın ve ortak iyinin oluşması için zorunludur. Hukukçuların buradaki rolü sivil toplum kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki barolar aracılığıyla yasama ve yürütme nezdinde girişimde bulunmakla sağlanabileceği gibi dilekçe hakkı, eylem hatta sosyal medya kanalları ile bireysel olarak da gerçekleştirilebilir.

Cumhuriyetçilik ve cumhuriyetin temel amacı, aidiyetleri yurttaşlığa dönüştürmek ve bir toplum oluşturabilmektir. Tüm diğer güvence ve unsurların amacı bu dönüşüme hizmet etmektir. Hukukçular, tarihte olduğu gibi bugün de hukukun üstünlüğünü sağlamak amacıyla ilk akla gelecek meslek grubu olacaktır. Şu halde gerek dava ve itiraz yoluyla gerekse dilekçe hakkı, müzakere ve aktif yurttaşlık yoluyla hukukun üstünlüğünün savunulması hukukçular için mesleki olduğu kadar yurttaşlık görevidir de. Avukatların bu amaçtaki görevleri ile hâkimlerin rolleri farklıymış gibi görünse de amaç, ortak iyiyeye ulaşmak olduğundan yöntem ve yollar farklı olsa da hedef aynıdır.

Unutmayalım ki cumhuriyeti tarihte filozoflar kurgulamış, hukukçular hayata geçirmiştir.

Makalenin Türkçe çevirisini
sayfa 43'den itibaren okuyabilirsiniz.

One Hundred Years of Dialogue and Mutual Understanding: For a Türkiye that Welcomes a New Century of Peace!

Prof. Dr. Pasquale POLICASTRO
PhD. hab. PhD. h.c. Professor of Szczecin University

A visitor approaching Türkiye, seeking to learn from others and offering in return the modest ability to reflect that he developed, sees, over time, numerous images come before his eyes. These images chase each other, compose, decompose, and recompose like in a kaleidoscope. Each of them shows different aspects of human society's life. Some images speak to the intellect, others to the heart. There are images from the distant past, such as the Hittite deities in Yazılıkaya. The coexistence and joint movement of these images demonstrate the ancient Anatolian humanity's effort to unite with others by embracing the diverse deities of each group. This significant effort towards the development of inclusive democracy, unity in diversity, is engraved in stone.

It constitutes a call that, from the heart of Anatolia, is directed to present-day Türkiye and the entire world. Another image is that of the Ottomans, who, demonstrating organizational, strategic, and tactical prowess, managed to conquer Constantinople. The ingenuity of Ottoman culture had thus

rendered futile the attempt begun over 1000 years earlier by Diocletian to make the conquests of Roman civilization governable. Sultan Mehmed II, the Conqueror, opened the door to addressing a second major political problem, namely the governance of vast spaces. This problem had been addressed by Roman civilization through the division of the empire into two. The result of this division highlighted a diversity of cultural approaches, but they rested on a common foundation: Christianity. The division of the empire did not help the two parts to support each other. The western part of the empire, which spoke Latin, succumbed to the pressure of peoples who wanted to migrate to the empire attracted by economic well-being. The cities in Northern Italy, more affected by the pressure of the Goths, failed to consider welcoming those knocking at their doors, and eventually succumbed to their own lack of initiative and organization, descending into chaos.

The Eastern Roman Empire, which managed to maintain internally coherent and efficient organization, after producing the codification of Roman law, experienced significant development. However, the Eastern Roman Empire could not escape the relationship between development and war. Just as in the case of ancient Greece, which, while fighting with the Persians, weakened and could not defend itself from Roman conquest, the Byzantine Empire faced a similar fate. The war with the Persian peoples was a fundamental cause of both the decline of the Byzantine Empire and the Persians themselves. In their place, the star of the Ottoman Empire emerged. However, even the Ottoman Empire could not escape the development-war dichotomy.

However, despite submitting to Western nations that had built empires based on colonization and maritime foundations, the Ottoman Empire maintained a characteristic that continued the tradition of Constantinople and the Arab tradition: the creation of cultural bridges. This feature was particularly important within the Ottoman Empire because it allowed for the gathering of bright minds from across the empire in the educational centers of Istanbul. The ensuing cultural communication can be considered a virtuous example, contrasting with European culture, which, instead of focusing on the national element, can be deemed a virtuous example. In Europe, culture, philosophy, and technology enabled the development of impressive national systems capable of sustaining wars of previously

unthinkable magnitude. This period, spanning from the beginning of the First World War (the assassination in Sarajevo) to the end of the Second World War (the bombing of Hiroshima), brought Europe to the brink of genuine economic suicide; this involved colonized countries and demonstrated its ability to pose a real threat to human civilization.

Türkiye, on the other hand, relying on profound wisdom derived from communication, has, despite various disastrous errors, been able to understand its role in the Euro-Asian continent, pragmatically choosing a path founded on peace. The fundamental contribution of Mustafa Kemal Atatürk was precisely to have participated in this deep reflection on Ottoman identity and its transformation, choosing the path that would ensure peace and stability. In this sense, he is considered one of the greatest leaders in the history of humanity. He enabled Türkiye to escape the tragedies of World War II and maintain a coherent identity even in the complexity of the Middle East. This achievement has particularly enriched society, as it spared human lives that were ready to defend their country. This is the third image that comes to mind when thinking about Türkiye. It is that of a society sensitive to art, the heart, and the life of others, capable of refined thought and art, of sacrifice, of working silently and humbly. This image, speaking to the heart, is a call for all of Türkiye.

Secularity, understood as the inclusion of everyone and every part of society, has not only been a foundation for the rebirth of the state led by Atatürk but is also a path that has been undertaken for a hundred years and is now at a crucial moment within Turkish society and in Türkiye's relations with the rest of the world. The path of secularity is a journey that does not deny any human, cultural, or spiritual dimension. Instead, it seeks to share the good in each. Therefore, within Türkiye, this path must be realized through social dialogue. Neither technocratic integration nor conflict can be the basis for dialogue. The ethical dimension of dialogue tends to seek common elements. It is closely linked to the concept of secularity because it encourages not judging based on apparent differences but appreciating each contribution to the common good.

The call for social dialogue within Turkish society is all the more important because it holds a significant international dimension. At this moment, the European Union, due to an excessive attachment to its principles, and Russia, due to an excessive attachment to its identity, have failed to move

One Hundred Years of Dialogue and Mutual Understanding:
For a Turkey that Welcomes a New Century of Peace!

beyond the geopolitical perspective that divides them. The relationship between secularity, sharing, and dialogue, if implemented by Turkish society, can become a moment of genuine transcendence in the Middle East, overcoming differences that currently seem irreconcilable. One hundred years of secularity pave the way for one hundred years of dialogue, and this success will be engraved in the stone of universal history.

BIBLIOGRAPHY

- Beckwith, Christopher I. *Empires of the Silky Road. A History of Central Eurasia from the Bronze Age to the Present*. Princeton University Press, 2009.
- Danforth, Nicholas. *The Remaking of Republican Turkey. Memory of Modernity since the Fall of the Ottoman Empire*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.
- Freely, John. *The Grand Turk, Sultan Mehmet II—Conqueror of Constantinople and Master of an Empire*. New York: The Overlook Press, 2009.
- Howard, Douglas A. *A History of the Ottoman Empire*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- Μιχαήλ Κριτόβουλος. “c. 1410 – c. 1470, De Rebus Gestis Mechmetis II.” in Carolus Müller. *Fragmenta Historicum Graecorum IV*. Pars Prior: [...] Critobuli Imbriotae Libri Quinque De Rebus Gestis Mechmetis II.” 40-161 (in Greek), Editore Ambrosio Firmin Didot 1873. See Internet Archive last verified 11.11.2023. English version, translated and edited by Charles T. Riggs, *Istory of Mehmet the Conqueror*, Princeton, Princeton University Press 1954, Reprint 2019.
- Ostrogorsky, Georg. *Geschichte des Byzantinischen Staates*. C.H. Beck, 1965. (Polish translation of the first edition, *Dzieje Bizancjum*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1968.)
- Yenen, Alp and Eric-Jan Zürcher. *A Hundred Years of Republican Turkey: A History in a Hundred Fragments*. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2023.
- Zangger, Eberhard and Rita Gautschy. “Celestial Aspects of Hittite Religion: An Investigation of the Rock Sanctuary Yazılıkaya.” *Journal of Skyscape Archaeology* 5, no. 1 (April 2019):5-38. DOI: 10.1558/jsa.37641.
- Zangger, Eberhard, Krupp Edwin C., Serkan Demirel and Rita Gautschy. “Celestial Aspects of Hittite Religion, Part 2: Cosmic Symbolism at Yazilikaya.” *Journal of Skyscape Archaeology* 7. No. 1 (2021). DOI: 10.1558/jsa.17829.

Yüz Yıllık Diyalog ve Karşılıklı Anlayış: Yeni Bir Barış Yüzyılını Kucaklayacak Bir Türkiye İçin!

Prof. Dr. Pasquale POLICASTRO
Szczecin Üniversitesi, Polonya

(Çeviren: Veysel DİNLER*)

Türkiye'ye uzaktan bakan, başkalarından öğrenme isteğini kendi geliştirdiği mütevazı düşünme yeteneğini sunan bir ziyaretçi, zamanla gözlerinin önüne sayısız görüntünün geldiğini görür. Bu görüntüler tıpkı bir kaleydoskop gibi birbirini takip eder, bir araya gelir, ayrışır ve tekrar bir araya gelir. Her bir görüntü toplumun yaşamının farklı yönlerini gösterir. Bazı görüntüler akla hitap eder, bazıları ise kalbe. Bunların içinde Yazılıkaya'da Hitit tanrıları gibi uzak geçmişten görüntüler de var. Bu görüntülerin bir arada bulunması ve birlikte hareket etmesi, kadim Anadolu

* Doç. Dr., Hitit Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, dinlerv@gmail.com
ORCID: 0000-0003-4678-3138.

insanının, farklı her grubun tanrılarını kucaklayarak diğerleriyle birleşme çabasını göstermektedir. Kapsayıcı demokrasinin, çeşitlilik içinde birliğin, geliştirilmesine yönelik bu önemli çaba, taşa kazınmıştır. Anadolu'nun kalbinden bugünün Türkiye'sine ve tüm dünyaya yönelik bir çağrıdır bu.

Bir diğer görüntü ise, örgütsel, stratejik ve taktiksel yeteneklerini sergileyerek Osmanlıların Konstantinopolis'i fethetmeyi başarmasıdır. Böylelikle Osmanlı kültürünün ustalığı, Diocletianus'un 1000 yıl önce başlattığı, Roma uygarlığının fetihlerini yönetilebilir hale getirme girişimini boşa çıkarmıştır. Fatih Sultan Mehmed, ikinci ciddi bir siyasi sorunun, geniş alanların yönetimi sorununun kapısını araladı. Bu sorun Roma uygarlığı tarafından imparatorluğun ikiye bölünmesiyle çözülmüştü. Bu bölünme, kültürel yaklaşımların çeşitliliğini ortaya çıkardı, ancak bunlar ortak bir temelde buluşuyordu: Hıristiyanlık. İmparatorluğun ikiye bölünmesi, iki tarafın birbirini desteklemesine yardımcı olmadı. İmparatorluğun Latince konuşulan batı kısmı, ekonomik refah çekiciliğiyle imparatorluğa göç etmek isteyen halkların baskısına yenik düştü. Gotların baskısından daha çok etkilenen Kuzey İtalya şehirleri, kapılarını çalanları hoş karşılamayı düşünemediler ve sonunda kendi inisiyatif ve organizasyon eksikliğine yenik düşerek kaosa sürüklendiler.

Kendi içinde tutarlı ve etkin bir örgütlenmeyi sürdürmeyi başaran Doğu Roma İmparatorluğu, Roma hukukunun kodifikasyonunu sağladıktan sonra önemli bir gelişme yaşadı. Ancak Doğu Roma İmparatorluğu gelişme ile savaş arasındaki ilişkiden kaçamadı. Perslerle savaşırken zayıflayan ve Roma fetihlerine karşı kendini savunamayan Antik Yunan örneğinde olduğu gibi, Bizans İmparatorluğu da benzer bir kaderle karşılaştı. Pers halklarıyla savaş hem Bizans İmparatorluğu'nun hem de Perslerin çöküşünün başlıca nedeniydi. Onların yerine Osmanlı İmparatorluğu'nun yıldızı parladı. Ne var ki; Osmanlı Devleti dahi gelişme-savaş ikileminden kurtulamadı.

Öte yandan Osmanlı İmparatorluğu, sömürgecilik ve denizcilik temellerine dayalı imparatorluklar kuran Batılı uluslara boyun eğmekle birlikte, Konstantinopolis geleneğini ve Arap geleneğini sürdüren bir özelliği sürdürdü: kültürel köprüler kurma. Bu özellik, Osmanlı İmparatorluğu'nda özellikle imparatorluğun dört bir yanından parlak beyinlerin İstanbul'daki eğitim merkezlerinde toplanmasına olanak sağlaması bakımından önemliydi.

Ortaya çıkan kültürel iletişim, ulusal unsurlara odaklanan Avrupa kültürünün aksine daha erdemli bir örnek olarak değerlendirilebilir. Avrupa'da kültür, felsefe ve teknoloji, daha önce düşünülmesi imkansız büyüklükteki savaşları sürdürebilecek etkili ulusal sistemlerin geliştirilmesini mümkün kıldı. Birinci Dünya Savaşı'nın başlangıcından (Saraybosna suikastı) İkinci Dünya Savaşı'nın sonuna (Hiroşima'nın bombalanması) kadar uzanan bu dönem, Avrupa'yı gerçek ekonomik intiharın eşğine getirdi; sömürgeleştirilmiş ülkeleri de kapsayan bu durum insan uygarlığına gerçek bir tehdit oluşturma hüneri gösterdi.

Türkiye ise, etkileşimden gelen derin bilgeliğe dayanarak, çeşitli vahim hatalara rağmen, Avrasya kıtasındaki rolünü anlamayı başarmış ve pragmatik olarak barışa dayalı bir yol seçmiştir. Mustafa Kemal Atatürk'ün temel katkısı, tam da Osmanlı kimliği ve tanzimatına dair derin düşünceye katılarak barış ve istikrarı sağlayacak yolu seçmiş olmasıdır. Bu anlamda insanlık tarihinin en büyük liderlerinden biri olarak kabul edilir. O, Türkiye'nin İkinci Dünya Savaşı trajedilerinden kurtulmasını ve Orta Doğu'nun keşmekeşliğinde bile tutarlı bir kimliğe sahip olmasını sağladı. Bu başarı, ülkesini savunmaya hazır insanların hayatta kalmalarını sağladığı için bilhassa toplumu zenginleştirdi. Türkiye denilince akla gelen üçüncü görüntü budur. Bu sanata, başkalarının duygularına ve hayatına duyarlı, ince düşünce ve estetiğe sahip, fedakâr, sessiz ve tevazu içinde çalışabilen bir toplumun görüntüsüdür. Gönüllere hitap eden bu görüntü, tüm Türkiye'ye bir çağrıdır.

Toplumun her kesimini ve herkesi kapsamaması olarak anlaşılan laiklik, Atatürk'ün önderliğinde devletin yeniden doğuşuna zemin oluşturmalarının yanı sıra yüz yıldır katedilen bir yol olarak, bugün Türk toplumu ile Türkiye'nin dünyayla ilişkilerinde çok kritik bir noktadadır. Laiklik hiçbir insani, kültürel, manevi boyutu inkâr etmeyen bir yolculuktur. Bunun yerine, her birindeki iyiyi paylaşmaya çalışır. Dolayısıyla Türkiye'de bunun sosyal diyalog yoluyla gerçekleştirilmesi gerekiyor. Ne teknokratik entegrasyon ne de çatışma diyalogun temeli olabilir. Diyalogun etik boyutu ortak unsurları arama eğilimindedir. Laiklik kavramıyla yakından bağlantılıdır, zira görünürdeki farklılıklara göre yargılamayı değil, kamu yararına yapılan her katkıyı değerlendirmeyi teşvik eder.

Türk toplumunda sosyal diyalog çağrısı, önemli bir uluslararası boyuta sahip olması nedeniyle daha da önem taşıyor. Şu anda, Avrupa Birliği ilkelerine aşırı bağlılığı, Rusya ise kimliğine aşırı bağlılığı nedeniyle onları

Yüz Yıllık Diyalog ve Karşılıklı Anlayış:
Yeni Bir Barış Yüzyılını Kucaklayacak Bir Türkiye İçin!

ayıran jeopolitik perspektifin ötesine geçememiştir. Eğer laiklik, paylaşım ve diyalog arasındaki bağlantı Türk toplumu tarafından gerçekleştirilirse, Orta Doğu'da halihazırda uzlaşmaz görünen farklılıkların üstesinden gelmekte gerçek bir üstünlüğe dönüşebilir. Yüz yıllık laiklik, yüz yıllık diyalogun yolunu açmaktadır ve bu başarı evrensel tarihin taşına kazınacaktır.

Hakemli Makaleler

Peer Reviewed Articles

Güveni Kötüye Kullanma Suçu ve Avukatın Failliği

M. Nedim BEKRİ*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Av. Dr., İstanbul Barosu, m.nedimbekri@gmail.com,
ORCID: 0000-0003-0002-2448

Makale geliş tarihi: 27 Aralık 2022 **Makale kabul tarihi:** 4 Eylül 2023

Atıf önerisi: Bekri, M. Nedim. “Güveni Kötüye Kullanma Suçu ve Avukatın Failliği.” *Ankara Barosu Dergisi* 81, no. 4 (Cumhuriyet 100. Yıl Özel Sayısı, Ekim 2023): 49-108. **DOI:** 10.30915/abd.1224915

GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU VE AVUKATIN FAİLLİĞİ

ÖZ

Türk Ceza Kanunu'nun 155. maddesinde düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunun faili, muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunmakta veya bu devir olgusunu inkâr etmektedir. Suçun koruduğu hukuki değerler, mülkiyet hakkının yanı sıra zilyetlik ve taraflar arasındaki güven duygusudur. Güveni kötüye kullanma suçuyla ilgili en yoğun tartışmanın, avukatların, meslekleri kapsamında zilyetlikleri kendilerine devredilmiş olan mallar üzerindeki hukuka aykırı tasarruflarının bu suçu mu yoksa zimmet suçunu mu oluşturacağı tartışması olduğu görülmektedir. Tartışmanın temelinde, avukatların kamu görevlisi sayılıp sayılmadıkları hususundaki farklı görüşler yatmaktadır. Yargıtay'ın çelişkili kararlarına da konu olan söz konusu sorunun kalıcı bir şekilde çözülmesinin önemi açıktır. Çalışmamız, konuya ilişkin olarak öğreti ve uygulamayı birlikte değerlendirip görüşler sunmaktadır.

Anahtar Kelimeler:

Mülkiyet hakkı

güven

zilyetlik

avukat

kamu görevlisi

ABUSE OF TRUST OFFENSE AND ATTORNEYS' LIABILITY

ABSTRACT

The perpetrator of the abuse of trust offense, set out in Article 155 of the Turkish Penal Code, disposes the property out of purpose of transfer or denies the fact of transfer, where such property had been transferred for the purpose of protection or for a specified usage. The legal interests protected by the offense include not only the right to property, but also possession and the sense of trust between parties. The most intense debate in the context of the offense of abuse of trust is whether attorneys' unauthorized actions with respect to property entrusted to them in the course of their profession constitute this offense or embezzlement. The fundamental issue at the heart of the debate is the differing views on whether attorneys should be considered public officials. The importance of solving this problem permanently, which is also the subject of contradictory judgements of the Court of Cassation, is obvious. This study presents opinions by evaluating both doctrine and practice in relation to the subject matter.

Keywords:

The right to property

trust

possession

attorney

public official

GİRİŞ

Tarihi gelişiminde bağımsız bir suç haline gelmesinin sonradan gerçekleştiği görülen güveni kötüye kullanma suçu 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) yer aldığı gibi 5237 sayılı TCK'nin 155. maddesinde de ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. “*Malvarlığına Karşı Suçlar*” arasında düzenlenen söz konusu suçun faili, muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunarak veya bu devir olgusunu inkar ederek, korunan hukuki değerlere zarar vermektedir.

Güveni kötüye kullanma suçuna ilişkin olarak, çalışmamıza konu olduğu üzere dikkate değer birçok husus bulunmakla beraber, teori ve uygulamada çok ciddi sorunların ve derin ayrışmaların bulunmadığını söylemek mümkündür. Söz konusu suçla ilgili en yoğun tartışmanın, istisnai hallerden olarak avukatların, meslekleri kapsamında zilyetlikleri kendilerine devredilmiş olan mallar üzerindeki hukuka aykırı tasarruflarının bu suçu mu yoksa zimmet suçunu mu oluşturacağı tartışması olduğu gözlenmektedir. Bilindiği üzere TCK'nin 247. maddesinde “kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar”dan biri olarak düzenlenen zimmet suçunun karşılığında daha ağır bir ceza öngörülmektedir. Temelde söz konusu tartışma da güveni kötüye kullanma suçunun unsurlarından değil, avukatların kamu görevlisi sayılıp sayılmadığı ve zilyetliğin devrinin kamu görevinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı hususlarına ilişkin, çalışmamızda inceleyeceğimiz görüş ayrılıklarından kaynaklanmaktadır. Konuya ilişkin karışık ve yoruma açık mevzuat hükümleri ile çelişkili Yargıtay kararları karşısında, öğretilerdeki, hukukun temel ilkelerini dikkate alan görüşler ışığında sorunun kalıcı bir çözüme kavuşturulmasının önemi ortadadır.

İki ana kısımdan oluşan çalışmamızın birinci kısmında, güveni kötüye kullanma suçunun temel hali ve nitelikli halleri incelenecektir. İkinci kısımda ise, güveni kötüye kullanma suçunda avukatın failliği sorunu kapsamında, kamu görevlisi kavramı ve avukatlık mesleği ile avukatların fiileri açısından güveni kötüye kullanma ve zimmet suçları öğreti ve Yargıtay kararlarıyla birlikte ele alınacaktır. Çalışmamız, konuya ilişkin tespit ve değerlendirmelerimizi içeren sonuç kısmıyla tamamlanacaktır.

I. GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇU

A) GENEL AÇIKLAMA

Çağdaş dönem hukukunun ortaya koyduğu bir kavram olan güveni kötüye kullanma, geçmişte bazen tazminat gerektiren bir fiil olarak bazen de Roma hukukunda olduğu gibi hırsızlık (furtum) suçunun bir türü olarak kabul edilmiş olup, ancak sonradan bağımsız bir suç haline gelmiştir.^[1] Güveni kötüye kullanma suçu, 765 sayılı TCK'de yer aldığı gibi^[2] 5237 sayılı TCK'nin 155. maddesinde de ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir.

TCK'nin “Özel Hükümler”inin yer aldığı İkinci Kitabın “*Kişilere Karşı Suçlar*” başlıklı İkinci Kısımının “*Malvarlığına Karşı Suçlar*” başlıklı Onuncu Bölümünde bulunan ve “*Güveni kötüye kullanma*” başlığını taşıyan 155. Madde şu şekildedir:^[3]

- [1] Sulhi Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 15. Baskı (İstanbul: Beta, 1998), 422-23; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 13. Baskı (Ankara: Yetkin, 2020), 453-54. Karşılaştırmalı hukukta güveni kötüye kullanma suçu için bkz. Çağatay Çınar, “Türk Ceza Kanunu’nda Güveni Kötüye Kullanma Suçu,” (Doktora tezi, Galatasaray Üniversitesi, 2019), 23 vd.
- [2] 765 sayılı TCK'nin “*Cürümler*”in düzenlendiği İkinci Kitabının “*Mal aleyhinde cürümler*”in yer aldığı Onuncu Babının “*Emniyeti suistimal*” başlıklı Dördüncü Fasilinde bulunan 508 ve 510. maddeleri sırasıyla “(Değişik: 8/6/1933–2275/1 md.) *Her kim başkasına ait olupta iade veya muayyen bir suretle istimal etmek üzere kendisine tevdi veya her ne namla olursa olsun teslim olunan bir şeyi kendisinin veya başkasının menfaatine olarak satar veya rehnedir veya sarf ve istihlak eder yahut ketim ve inkar eyler veyahut tahvil ve tağyir ederse mutazarrır olan kimsenin şikayeti üzerine iki aydan iki seneye kadar hapis ve elli liradan aşağı olmamak üzere ağır para cezasıyla cezalandırılır./Geçen iki maddede yazılı cürümler meslek ve sanat veya ticaret veya hizmet sebebiyle veya emanetçi sıfatıyla veyahut idare etmek için kendisine tevdi olunan veya teminat olarak teslim edilen şeyler üzerinde yapılırsa faili hakkında bir seneden beş seneye kadar hapis cezası tertip olunur ve şikayetname itasına hacet kalmaksızın takibat yapılır.*” şeklindeydi.
- [3] Güveni kötüye kullanma suçunun, biri, malvarlığının tümüne yönelik olarak işlenen “malvarlığının bütününe yönelik suçlar” diğeri, belirli bir mala karşı işlenen “mülkiyete karşı suçlar” kategorisinde olmak üzere ceza kanununun iki farklı maddesinde düzenlendiği Alman hukuku için bkz. Şölen Çakıroğlu, *Güveni Kötüye Kullanma Suçu*, 1. Baskı (İstanbul: On İki Levha-İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, 2021), s. 7 vd.; Johannes Wessels ve Thomas Hillenkamp, “Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk,” içinde *Hırsızlık ve Güveni Kötüye Kullanmak Suçları*, çev.

“(1) Başkasına ait olup da, muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyedliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyedliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunan veya bu devir olgusunu inkar eden kişi, şikayet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Suçun, meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da hangi nedenden doğmuş olursa olsun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesi halinde, bir yıldan yedi yıla kadar hapis ve üçbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.”

Görüldüğü üzere, maddenin birinci fıkrasında suçun takibi şikayete bağlı olan basit hali,^[4] ikinci fıkrasında ise takibi şikayete bağlı olmayan nitelikli hali düzenlenmiştir.^[5] TCK'nin 155. maddesinde yer alan mevcut düzenleme, suçu oluşturan hareketleri sınırlı olarak sayan 765 sayılı TCK'den farklı olarak hareket unsurunu “zilyedliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunma veya bu devir olgusunu inkar etme” şeklinde belirlemek suretiyle eski Kanun'daki hareketler ile uygulamadaki birçok farklı örneği de kapsayan daha geniş bir düzenlemedir.^[6] Ayrıca, eski TCK'de, kişinin suç konusu

Yener Ünver, ed. Yener Ünver, proje yön. Kayıhan İçel, (Ankara: Seçkin, 2009), 15-75; Johannes Wessels ve Thomas Hillenkamp, “Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk,” içinde İnancı Kötüye Kullanma ve Bağlantılı Suçlar, çev. İlker Tepe, ed. Yener Ünver, proje yön. Kayıhan İçel, (Ankara: Seçkin, 2009), 183-214.

[4] Suçun takibi şikayete bağlı olan basit halinin yanısıra, 24.10.2019 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7188 Sayılı Kanun'un 26. maddesiyle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 253. maddesinde yapılan değişiklikle nitelikli hal de uzlaşma kapsamına alınmıştır.

[5] 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 110. maddesinde, söz konusu Kanun'un düzenlediği alandaki bazı fiillere ilişkin olarak TCK'nin 155/2. maddesine atıf yapılmak suretiyle güveni kötüye kullanma suçunun özel nitelikli halleri de kabul edilmiştir. Konuya ilişkin olarak bkz. Ahmet Caner Yenidünya ve Can Canpolat, “Sermaye Piyasası Kanunu'nda Düzenlenen Güveni Kötüye Kullanma Suçu (SPK.m.110/1, 3),” *Banka ve Finans Hukuku Dergisi* 3, no. 9 (2014): 109-59.

[6] Selman Dursun, “Malvarlığına Karşı Suçlar,” *Hukuki Perspektifler Dergisi*, no. 2 (Sonbahar, 2004): 194; Mahmut Koca, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar,” *Kazanıcı Hakemli Hukuk Dergisi*, no. 5 (2005): 84; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 3. Baskı (İstanbul: Beta, 2016), 428.

üzerindeki kendisine ait olan zilyetliği ve bunun meydana getirdiği imkan ve yetkileri bir başka kişiye mutlak olarak naklini ifade eden “tevdî ve teslim” ibaresine^[7] yer verilmişken, suçun basit haline ilişkin mevcut düzenlemede “zilyetliğin devri” ibaresi yer almaktadır.

Öğretide, zilyetliğin devri ibaresinin tevdî ve teslimden daha geniş bir kapsamının bulunduğu ve bu itibarla, suça ilişkin uygulama alanının genişlediği görüşü ileri sürülmüşse de^[8] esasen, suç konusu üzerindeki fiili hakimiyetin bir başkasına geçirilmesi olan zilyetliğin devri kavramı kullanılarak tevdî ve teslimden bir farklılık amaçlanmamıştır. Nitekim, suçun nitelikli halinin düzenlendiği 155. maddenin ikinci fıkrasında, zilyetliğin devrinden değil de tevdî ve teslimden bahsedilmesi söz konusu ibarelerin eş anlamlı olarak kullanıldığını ortaya koymaktadır.^[9] Sonuç itibarıyla, güveni kötüye kullanma suçuna ilişkin eski ve yeni düzenlemelerin, bazı farklılıkları söz konusu olsa da temelde benzer oldukları ve genel kabul ile yaklaşımlarının aynı olduğu ifade edilmelidir.^[10]

[7] Ayhan Önder, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, 1. Baskı (İstanbul: Filiz, 1994), 411.

[8] Bkz. Mustafa Artuç, *Malvarlığına Karşı Suçlar*, 4. Baskı, (Ankara: Adalet, 2020), 528.

[9] Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 428.

[10] Çakıroğlu, *Güveni Kötüye Kullanma Suçu*, 23; Erdener Yurtcan, *Yargıtay Kararları Işığında Malvarlığına Karşı Suçlar*, 2. Baskı (Ankara: Adalet, 2015), 251.

B) KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Güveni kötüye kullanma suçunda fail, suç konusu mal üzerinde sadece zilyetliği bulunmasına rağmen zilyetliğini kötüye kullanarak malikmiş gibi tasarrufta bulunmak suretiyle malikin malvarlığına zarar verdiğiinden söz konusu suçun ihdasıyla korunan hukuki değer öncelikle mülkiyet hakkıdır.^[11] Bununla beraber öğretilerdeki bir görüşe göre, güveni kötüye kullanma suçuyla, taraflar arasındaki sözleşmeye dayanan güven de korunmaktadır.^[12] Buna göre zilyedin güveni kötüye kullanma fiiliyle, malikin zilyede olan güven duygusu mülkiyet hakkından daha çok zarar görmektedir. Mala gelen zararın tazminatla giderilmesi mümkün iken manevi nitelikte olan güven duygusundaki zararın giderilmesi çok zordur. Böylece malik, ödenecek zararlar malına kavuşsa da zilyede aynı veya başka malını bir daha teslim etmeyecektir. Bu durum genelleştiğindeyse, toplumdaki sosyal düzenin devamı imkansızlaşacaktır.^[13] Nitekim, toplumdaki hukuki ilişkilerin gelişmesi ikili ilişkilerin güvenli bir şekilde topluma yayılmasıyla gerçekleşeceğinden, kanun koyucu güveni kötüye kullanma suçunu ihdas etmiştir.^[14] Suçun

[11] Kenan Bulutoğlu, *Emniyeti Suistimal Cürümleri*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1955), 7; Önder, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, 409; Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 423; Selman Dursun, “Emniyeti Suistimal Suçu,” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 57, no. 1-2 (1999): 5 (3-43); İzzet Özgenc, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, 1. Baskı (Ankara: Seçkin, 2002), 71; Sedat Bakıcı, *5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri 1*, 1. Baskı (Ankara: Adalet, 2008), 3; Zeki Hafızoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, 4. Baskı (Ankara: US-A, 2015), 378; Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 431; Necati Meran, *Dolandırıcılık, Sabtecilik, Güveni Kötüye Kullanma*, 4. Baskı (Ankara: Seçkin, 2016), 23; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı (Ankara: Adalet, 2017), 629; Asuman Aytekin İnceoğlu, “Güveni Kötüye Kullanma Suçu,” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 1 (2018): 43-44; Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 10. Baskı (Ankara: Savaş, 2019), 167; Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 454.

[12] Dursun, “Emniyeti,” 6-7; Özgenc, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, 71; Serkan Meraklı, “Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 155),” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. özel sayı (2009): 1665-66; Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, 5. Baskı (Ankara: Adalet, 2020), 634.

[13] Dursun, “Emniyeti,” 6.

[14] Meraklı, “Güveni,” 1666.

düzenlendiği TCK'nin 155. maddesinin gerekçesinde de suç konusuna ilişkin olarak taraflar arasında mevcut olan güvenin korunması gerektiği için sözleşme ilişkisiyle bağdaşmayan kasıtlı tasarruflara ceza öngörülüşü ifade edilmektedir.^[15]

Belirtmek gerekir ki güveni kötüye kullanma suçuyla, taraflar arasındaki güvenin de korunduğu görüşü, güven özel hukuk ilişkilerinde bir hukuki değer olsa da manevi bir duygu olarak güvenin ceza hukukunda tek başına bir hukuki değer olarak korunamayacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir.^[16] Öte yandan, sözleşmesel bir güvenin ceza hukukuyla korunmasının “ultima ratio” ilkesiyle bağdaşmayacağı da ileri sürülmektedir.^[17]

Öğretide ayrıca güveni kötüye kullanma suçuyla zilyetliğin de korunduğu ifade edilmektedir. Buna göre, suçun oluşması için malın zilyetliğinin faille devredilmesi gerekmekte ancak –madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere– zilyetliğin mutlaka malik tarafından tesisi gerekmemektedir. Zilyetliği faille devreden ancak malik olmayan kimsenin dolaylı zilyetliği devam etmekteyken, fail devir olgusunu inkar ettiğinde bu durum sona erecektir. Bu itibarla, zilyetlik de güveni kötüye kullanma suçuyla korunan bir hukuki değerdir.^[18]

[15] Madde gerekçesinin ilgili kısmı, “Söz konusu suçla korunan hukuki değer kişilerin mülkiyet hakkıdır. Bu suçla mülkiyetin korunması amaçlanmaktadır. Ancak, söz konusu suçun oluşabilmesi için eşya üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan kişi ile lehine zilyetlik tesis edilen kişi (fail) arasında bir sözleşme ilişkisi mevcuttur. Bu ilişkinin gereği olarak taraflar arasında mevcut olan güvenin korunması gerekmektedir. Bu mülahazalarla, eşya üzerinde mevcut sözleşme ilişkisiyle bağdaşmayan kasıtlı tasarruflar, cezai yaptırım altına alınmıştır.” şeklindedir.

[16] Ahmet Gökçen, Murat Balcı, Gülfem Pamuk Şiviloğlu, Kerim Çakır, Özge Apiş, Zafer İçer, Zahit Yılmaz, Nil Melek Gültekin Diken, Selim Erdin, Nurten Öztürk, Ertuğrul Ünal ve Büşra Şenerdoğan, *Malvarlığına Karşı Suçlar*, 1 Baskı (Ankara: Adalet, 2018), 167-68; Aytekin İnceoğlu, “Güveni,” 44-45; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. 19. Baskı (Ankara: Seçkin, 2021), 845.

[17] Bkz. Aytekin İnceoğlu, “Güveni,” 44-45.

[18] Aytekin İnceoğlu, “Güveni,” 44; Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 431; Meraklı, “Güveni,” 1665-1666; Şenel Sarsıkoğlu, *Güveni Kötüye Kullanma Suçu ve Benzer Suçlarla Karşılaştırılması*, 1. Baskı (Ankara: Adalet, 2014), 38; Gökhan Taneri, *Yağma Dolandırıcılık Güveni Kötüye Kullanma*, 1. Baskı (Bilge: Ankara, 2013), 171.

Kanaatimizce, güveni kötüye kullanma suçunun, mülkiyet hakkının yanısıra güveni ve zilyetliği de bir hukuki değer olarak koruduğu yönündeki görüşlerin reddi için ikna edici bir gerekçe bulunmamaktadır. Suçun düzenlendiği madde başlığı ve suçu oluşturan fiillerin toplumsal anlamı, madde metni ve gerekçesi, zilyetliğin devri ile devir olgusunun inkarı ve sonuçları dikkate alındığında güveni kötüye kullanma suçunun hem mülkiyet hakkını hem de güven ile zilyetliği koruduğu kabul edilmelidir. Ayrıca, güveni kötüye kullanma fiiline karşılık özel hukuk yaptırımlarıyla yetinilmeyerek cezai yaptırım da öngörülmesini, malik olmayan zilyedin bu durumdan faydalanarak elindeki maldan haksız menfaat elde etmesindeki kolaylıkla açıklayan ve son derece isabetli olan görüş^[19] dikkate alındığında, yukarıda değindiğimiz, sözleşmesel bir güvenin ceza hukukuyla korunmasının “ultima ratio” ilkesiyle bağdaşmayacağı görüşüne katılmak mümkün görünmemektedir.

C) TİPİKLİĞİN MADDİ UNSURLARI

1- Fail-Mağdur

Güveni kötüye kullanma suçunun faili, suç konusu malın zilyetliği bir sözleşmenin tarafı olarak belli bir amaçla kendisine devredilmiş olan kişidir.^[20] Bu itibarla, ancak belirli sıfatı veya niteliği olan kişiler tarafından işlenmesi mümkün olan özgü suç tanımı^[21] güveni kötüye kullanma suçu için de geçerlidir.^[22] Malın zilyetliğini faile devreden sözleşme ilişkisinin tarafı

[19] Bkz. Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 166.

[20] Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, 83; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 629; Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 432; Halil Polat, *Ceza Hakiminin Başvuru Kitabı*, 4. Baskı (Ankara: Adalet, 2023), 844.

[21] Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, Köksal Bayraktar, Serap Keskin Kızıroğlu, Hamide Zafer, Pınar Memiş Kartal, Hasan Sınar, R. Barış Erman, Fulya Eroğlu ve R. Murat Önok, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II*, 14. Baskı (İstanbul: Der, 2019), 724.

[22] Zeki Hafızoğulları, “Güveni Kötüye Kullanma Suçları,” *Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan II*, (Ankara: Turhan, 2010), 2768; Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 845; Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 432; Gökçen ve diğerleri, *Malvarlığına Karşı Suçlar*, 173; Çakıroğlu, *Güveni Kötüye Kullanma Suçu*, 123; Remzi Gündüz, *Türk Ceza Kanunu’nda Malvarlığına Karşı Suçlar*, 1. Baskı (Ankara: Bilge, 2012) 450.

olmayan kişiler iştirak kuralları uyarınca ancak azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabileceklerdir. Öte yandan, suça konu mal zilyedinden satın alan veya mal üzerinde lehine rehin tesis edilen kişi, güveni kötüye kullanma suçunun değil suç eşyasını satın alma veya kabul etme suçunun (TCK m. 165) faili olacaktır.^[23]

Sözlük anlamı, “bir şey üzerindeki fiil tasarruf biçiminde ortaya çıkan hakimiyet” olan zilyetliği^[24] doğrudan tanımlamayan Türk Medeni Kanunu’nun (TMK) 973. maddesinde, “bir şey üzerinde fiili hakimiyeti bulunan kimse”nin o şeyin zilyedi olduğu ifade edilmektedir. Madde metninde fiili hakimiyetten kastın ne olduğuna ilişkin bir açıklama bulunmamakla beraber, bir sonraki madde^[25] dikkate alındığında fiili hakimiyetin, fiilen el altında bulundurma anlamında olmadığı anlaşılmaktadır. Öte yandan, zilyetlikten söz edebilmek için obektif unsur olan fiili hakimiyet (corpus) tek başına yeterli olmayıp, ayrıca subjektif unsur olan zilyet olma iradesinin (animus) varlığı da gerekmektedir.^[26]

Belirtmek gerekir ki güveni kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için gerçek anlamda bir zilyetliğin söz konusu olması gerekmektedir. Bu nedenle, bavulunu taşıyan yolcu tarafından izlenen hamalın bavulla kaçması örneğinde olduğu gibi daha üstün bir hukuki yetkiye sahip kişinin doğrudan gözetimi altında olup bağımsız şekilde tasarruf imkanı olmayan zilyet yardımcısı, güveni kötüye kullanma değil hırsızlık suçunun (TCK m.

[23] Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 846.

[24] Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 10. Baskı (Ankara: Yetkin, 2011), 1527.

[25] TMK’nin 974. maddesi “Zilyet, bir sınırlı aynı hak veya bir kişisel hakkın kurulmasını ya da kullanılmasını sağlamak için şeyi başkasına teslim ederse, bunların ikisi de zilyet olur. // Bir şeyde malik sıfatıyla zilyet olan asli zilyet, diğeri fer’î zilyettir.” şeklindedir.

[26] M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 19. Baskı (İstanbul: Filiz, 2016), 47-48; Haluk Nami Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku – Zilyetlik, Tapu Sicili, Rehin Hakları, Paylı Mülkiyet*, 5. Baskı (İstanbul: On İki Levha, 2017), 1 vd.

141) faili olmaktadır.^[27] Nitekim, güveni kötüye kullanma suçunda fail, suç konusunun zilyedi iken hırsızlık suçunda zilyet değildir.^[28]

Suçun düzenlendiği maddenin gerekçesinde, fail lehine zilyetliğin mutlaka malik tarafından tesis edilmesinin gerekmediği ifade edildiği gibi “fail, suç konusu malın maliki değildir” ve “bu nedenle, müşterek veya iştirak halinde mülkiyete konu olan mallarla ilgili olarak, müşterek veya iştirak halinde malik olanlar birbirlerine karşı güveni kötüye kullanma suçunu işleyemezler.” ifadelerine de yer verilmiştir. Buna karşılık öğretide, suç konusu malın malikinin de bu suçun faili olabileceği yönünde görüş ileri sürülmektedir.^[29] Buna göre, önemli olan, malikin bu suç, başkasında hukuka uygun olarak bulunan zilyetliği geçici şekilde devralmışken işlemesidir.^[30] Kiraya verdiği malını zilyedinden ödünç alan kişinin failliği bu duruma örnektir. Malın malikinin de güveni kötüye kullanma suçunun faili olabileceğinin kabulü, söz konusu suçla korunan hukuki değerlerin hem mülkiyet hem de kişiler arasındaki güven ile zilyetlik olduğu görüşünün doğal sonucudur.^[31] Esasen, malın malikinin de bu suçun faili olabileceği görüşünün dayandığı gerekçe haklı görülebilirse de kanaatimizce, suçun düzenlendiği madde metninin başında yer alan “başkasına ait olup da” ibaresinin varlığına rağmen uygulamanın söz konusu görüş yönünde gelişmesi suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

Belirtmek gerekir ki, avukatların konuya ilişkin durumunu ayrı bir başlık altında inceleyeceğimiz üzere, failin kamu görevlisi olduğu hallerde güveni kötüye kullanma suçu yerine TCK'nin 247. maddesinde^[32] “kamu idaresinin

[27] Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 171-72.

[28] Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 454.

[29] Bkz. Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 14. Baskı (Ankara: Seçkin, 2019), 698; Meraklı, “Güveni,” 1682.

[30] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 698.

[31] Meraklı, “Güveni,” 1682.

[32] “Zimmet” başlıklı madde, “(1)Görevi nedeniyle zilyedliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı kendisinin veya başkasının zimmetine geçiren kamu görevlisi, beş yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2)Suçun, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. (3)Zimmet

güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar”dan biri olarak düzenlenen zimmet suçu söz konusu olabilecektir. Bir kamu görevlisi, “görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı” kendisinin veya başkasının zimmetine geçirdiği takdirde, zimmet suçu oluşmaktadır.

Serbest hareketli bir suç olan zimmet suçunun kamu görevlisi olan faili, özgülendiği amaç dışına çıkardığı suç konusu mal üzerinde malik gibi tasarrufta bulunarak zilyetliği fiilen mülkiyete çevirmektedir.^[33] Madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, malın mülkiyetinin Devlete, herhangi bir kamu kurumuna ya da herhangi bir kişiye ait olmasının suçun oluşmasında bir önemi bulunmamaktadır. Buna karşılık, zilyetliğin devrinin failin kamu görevinden kaynaklanmadığı hallerde, zimmet değil güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır.^[34] Failin şahsına duyulan güven, güveni kötüye kullanma

suçunun, malın geçici bir süre kullanıldıktan sonra iade edilmek üzere işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranına kadar indirilebilir.” şeklindedir.

[33] Faruk Erem, *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler II*, (Ankara: Seçkin, 1993), 1303; Ayhan Önder, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı (İstanbul: Filiz, 1994), 117; İsmail Malkoç ve Mahmut Güler, *Zimmet İrtikap Rüşvet ve Başlıca Memur Suçları*, (Ankara, 1993), 37; Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, 139-40; Nur Centel, “Zimmet Suçu (TCK m.247),” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan 21*, no. Özel Sayı (2019): 2782, 2790 (2779-2800); Nur Centel, “Zimmet Suçu ile Karşılaştırmalı Olarak Bankacılık Zimmeti,” *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – Prof. Dr. Erol Cihan Armağanı 4*, no. 8 (Aralık, 2018): 234 (229-244); M.Nedim Bekri, *Türk Ceza Kanunu’nda Zimmet Suçu*, 1. Baskı (Ankara: Adalet, 2007), 56 vd.

[34] Bekri, *Türk Ceza Kanunu’nda Zimmet Suçu*, 19-20; Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 431. “...icra satış servisinde icra memuru olan sanığın... kurum tarafından verilen...cevabi yazıda; 31/01/2012 tarihinde kurum vezneleri kapatıldığından bu tarih itibarıyla sanığın nakit para tahsil yetkisi bulunduğu belirtilmesi karşısında, sanığın 31/01/2012 tarihi öncesinde yetkisi bulunmadan tahsil ettiği paraları mal edinme şeklindeki eylemlerinin hizmet ilişkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş para hakkında işlenmesi nedeniyle TCK’nin 155/2, 43. maddelerinde düzenlenen zincirleme şekilde hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu, 31/01/2012 tarihinden sonra tahsil yetkisi dahilinde gerçekleşen eylemlerinin ise zincirleme nitelikli zimmet suçunu oluşturacağı gözetilmeden,” Yargıtay 5. CD, E. 2020/6684, K. 2022/4092, 20.04.2022; “sanığın çift imza ile çekmesi gereken paraların bir kısmını tek imza ile, bir kısmını ise diğer sanık...’un imzasını taklit etmek suretiyle çekmek suretiyle mal edinmesi şeklinde gerçekleşen

suçunda söz konusu olduğu üzere, zimmet suçunda failin şahsı önem arz etmemekte, devrin kamu görevlisi sıfatına güvenilerek gerçekleştirildiği fakat kamu görevinden kaynaklanmadığı hallerde de zimmet suçu değil güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır.^[35] Öte yandan, faile kamu görevinden dolayı teslim edilen mal üzerinde, mal edinme dışında fakat devir amacına aykırı bir tasarrufta bulunulduğunda işlenen suç görevi kötüye kullanma suçu olacaktır. (TCK m. 257/1).^[36]

Güveni kötüye kullanma suçunun mağduru, suç konusu malın zilyetliğini, muhafaza edilmesi veya belirli bir şekilde kullanılması amacıyla faile devreden kişidir. Devrin mutlaka malik tarafından yapılması gerektiği ve korunan hukuki değer sadece mülkiyet hakkı olmadığı üzere, zilyedin zilyetliği üçüncü bir kişiye devrettiği hallerde hem malik hem de zilyed mağdur olacaktır.^[37] Belirtmek gerekir ki TCK'nin 167. maddesinde *şahsi cezasızlık sebebi ile cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep olarak*, suçun belli akrabalık ilişkisi bulunan kişiler arasında işlenmesi hallerinde cezaya hükmolunmaması veya cezanın yarı oranında indirilmesi öngörülmektedir.

2- Suçun Konusu

Güveni kötüye kullanma suçunun konusu, başkasına ait olup da muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği faile devredilmiş olan maldır.

eylemlerinde, suça konu paraların görevi dolayısıyla sanığa teslim edilmediği, sanığın bu paralar üzerinde muhafaza ve gözetim sorumluluğunun da olmadığı, bu itibarla yasal tevdi unsurunun gerçekleşmediği anlaşıldığından, eylemlerinin zincirleme şekilde kamu kurumu zararına dolandırıcılık suçunu oluşturacağı, ayrıca sanığın tayin olarak ayrılan sözleşmeli öğretmen...’in kendisine göndermiş olduğu 1.282,55 TL’yi mal müdürlüğü hesabına intikal ettirmeksizin soruşturma başlayınca kadar yedinde bulundurması şeklindeki eyleminin de hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacağı gözetilmeden,” Yargıtay 5. CD, E. 2015/12359, K. 2020/633, 22.01.2020 (<https://lib.kazanci.com.tr/yargitay>, Erişim Tarihi: 28.10.2022).

[35] Bulutoğlu, *Emniyeti Suistimal Cürümleri*, 11; Bekri, *Türk Ceza Kanunu’nda Zimmet Suçu*, 20.

[36] Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 432; Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 431; Bekri, *Türk Ceza Kanunu’nda Zimmet Suçu*, 22.

[37] Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 433-34.

a) Mal

Mal, “üzerinde egemenlik kurulabilen herhangi bir şeydir.”^[38] Failden başkasına ait olması gereken malın, ekonomik değerinin bulunması şart olmayıp, manevi değerinin varlığı da yeterlidir.^[39] Güveni kötüye kullanma suçunu taşınır mallara münhasır kılan Alman hukukunun^[40] aksine, TCK’nin 155. maddesinde taşınır veya taşınmaz mal ayrımı yapılmamış olup, maddenin gerekçesinde de suçun konusunun taşınır veya taşınmaz mal olduğu ifade edilmiştir.

Misli eşyalar ve para da güveni kötüye kullanma suçunun konusunu oluşturabilir.^[41] Bununla beraber, malikin malvarlığında gerçek bir zarar veya zarar tehlikesi meydana gelmediği için, misli eşya tüketilse de suç oluşmayacaktır. Ancak fail, tüketilen eşyaya denk bir eşyayı iade edemediği anda suç oluşacaktır.^[42]

Ticaret şirketlerinin tüzel kişiliklerinin bulunması nedeniyle, şirket ortakları için şirkete ait mallar, “başkasına ait” mallardır ve ortakların failliğiyle de güveni kötüye kullanma suçunun konusu olabilirler.^[43] Buna karşılık, yukarıda ifade edildiği üzere, müşterek veya iştirak halinde mülkiyete konu olan mallara ilişkin olarak, müşterek veya iştirak halinde malik olanlar birbirlerine karşı güveni kötüye kullanma suçunu işleyememektedirler.

[38] Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 434.

[39] Önder, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, 410; Meraklı, “Güveni,” 1668-69; Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 848.

[40] Meraklı, “Güveni,” 1668.

[41] Önder, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, 409-10; Gökçen ve diğerleri, *Malvarlığına Karşı Suçlar*, 174.

[42] Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 435-36. Misli eşyaya ilişkin güveni kötüye kullanma suçunun ayrı hükümle cezalandırıldığı İsviçre Ceza Kanunu’na göre suç, tüketim veya sarf anında değil, muadili iade etme imkansızlığı gerçekleştiği anda oluşmaktadır. Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 429-30.

[43] Meraklı, “Güveni,” 1672-73; Aytekin İnceoğlu, “Güveni,” 47; Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 849.

Kişiyi yalnızca talep hakkı vermesi ve belirlenebilir bir malvarlığıyla ilgili olmaması nedeniyle alacak hakkı, güveni kötüye kullanma suçunun konusu olamaz.^[44] Ancak söz konusu hakkın da evrak üzerindeki mülkiyet ve zilyetlik hakkıyla birlikte somutlaşabildiği kambiyo senetleri ve hisse senetleri, öğreti ve Yargıtay'a göre suçun konusunu oluşturabilir.^[45]

b) Malın Zilyetliğinin Devri

Güveni kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için, malik olması gerekmeyen mağdur, malın zilyetliğini mülkiyet hakkı tesisi sağlamaksızın, geçici süreyle ve muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere malik olmayan faile devretmiş olmalıdır.^[46] Madde gerekçesinde de ifade edildiği gibi devredilen zilyetlik faile, aradaki hukuki ilişkinin niteliğine göre, mal üzerinde bazı tasarruflarda bulunma hak ve yetkisi kazandırmaktadır. Belirtmek gerekir ki zilyetliğin devri fiili değil hukuki anlamda olup, elden teslim gerekmemektedir. Mal üzerinde tasarrufta bulunma imkanının faile hukuken tanınmış olması yeterlidir.^[47]

Mağdur kendi zilyetliğini, duyduğu güvene istinaden faile devretmelidir. Zilyedin, malı denetim ve gözetimi altında tutma gibi güven duymadığını

[44] Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 631.

[45] Çınar, "Türk Ceza Kanunu'nda Güveni Kötüye Kullanma Suçu," 252-53; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 631. Karşı görüş için bkz. Aytekin İnceoğlu, "Güveni," 52. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. Burak Taş, "Düzenleyen Tarafından Ciroyu Yasaklanmış Kambiyo Senetlerinde Güveni Kötüye Kullanma Suçu," *Adalet Dergisi*, no. 67 (2021/2): 297-323. "Sanığın katılanla akdetmiş olduğu bayilik sözleşmesi kapsamında üçüncü kişilere ciro edilmemek kaydıyla teminat maksatlı olarak almış olduğu 6 adet çeki, sözleşmedeki kayda aykırı olarak üçüncü kişilere ciro ettiği ve bu şekilde kendisine zilyetliği devrolunan çekler üzerinde devir maksadının haricinde tasarrufta bulunduğu iddia olunan olayda; Sanığın eyleminin hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğuna yönelik kabulde bir isabetsizlik görülmemiştir." Yargıtay 23. CD, E. 2015/8119, K. 2016/7293, 06.06.2016 (<https://lib.kazanci.com.tr/yargitay>, Erişim Tarihi: 28.10.2022).

[46] Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, 73-74; Önder, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, 411; Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 425; Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 436-37; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 633.

[47] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 701.

gösteren davranışlarının varlığı halinde güveni kötüye kullanma suçunun oluşması için gereken zilyetliğin devri gerçekleşmiş olmamaktadır.^[48] Bir kuyumcunun müşterisine, huzurunda incelemesi için değerli bir taşı vermesi bu duruma örnektir.^[49] Öte yandan daha önce ifade edildiği üzere, güven duygusundan ayrı olarak, zilyet yardımcısının, güveni kötüye kullanma suçunun faili olmasının mümkün olmadığı da^[50] hatırlanmalıdır.^[51]

Zilyetliğin devri, iradi olmalı, bilerek ve istenerek gerçekleştirilmelidir.^[52] Bu itibarla somut olayın özelliklerine göre, mağdurun, zilyetliğin devrine ilişkin rızasının hileli davranışlarla alındığı hallerde dolandırıcılık suçu (TCK m. 157) oluşacağı gibi malın, tehdit veya cebirle ele geçirildiği hallerde yağma suçu (TCK m. 148), tehdit veya cebir kullanılmadan ancak mağdurun rızası dışında ele geçirildiği hallerde hırsızlık suçu (TCK m. 141) söz konusu olacaktır.^[53]

Suçun düzenlendiği madde gerekçesinde güveni kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için, türü sınırlı olmaksızın, hukuken geçerli bir sözleşme ilişkisinin varlığının gerektiği ifade edilmektedir.^[54] Yargıtay uygulaması

[48] Önder, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, 411; Özgenc, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, 74 vd.

[49] Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 633.

[50] Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 171-72.

[51] “Somut olayda, sanığın, denemek amacıyla katılanın rızası dahilinde aldığı motorsikleti iade etmediği ve alarak uzaklaştığı olayda, zilyetliğin devrinin söz konusu olmaması karşısında; Yargıtay CGK’nin 12/06/2012 tarih ve 2011/15-440 Esas ve 2012/229 Karar sayılı kararı gereğince; eylemin 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 141/1. maddesinde öngörülen hırsızlık suçunu oluşturacağı gözetilmeden suç vasfında yanılıya düşülerek güveni kötüye kullanmak suçundan hüküm kurulması,” Yargıtay 15. CD, E. 2018/6417, K. 2019/7636, 04.07.2019 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 28.10.2022).

[52] Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 424-25.

[53] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 700; Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 166.

[54] Madde gerekçesinin ilgili kısmı, “Suçun konusunu oluşturan mal üzerinde belirli bir şekilde kullanmak üzere fail lehine zilyetlik tesisi gerekir. Bu nedenle, güveni kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için hukuken geçerli bir sözleşme ilişkisinin

da bu yöndedir.^[55] Buna karşılık öğretide, zilyetlik devri geçerli bir rızaya dayandıktan sonra sözleşmenin geçerli olmasının gerekmediği görüşünün^[56] yanı sıra kanunda bir belirleme olmadığı üzere zilyetlik devrinin şekli önemli olmadığı gibi, devrin, kanun hükmü, mahkeme kararı veya idari işlem gereği gerçekleşebileceği görüşü de ifade edilmektedir.^[57] Kanaatimizce, suçun oluşması için sözleşme varlığı gerekse de, zilyetliğin devrine ilişkin sözleş-

varlığı gereklidir. Bu hukuki ilişki, örneğin kira sözleşmesi, ariyet sözleşmesi, karz sözleşmesi, vedia sözleşmesi, istisna sözleşmesi, vekalet sözleşmesi, kefalet sözleşmesi, hizmet sözleşmesi, rehin sözleşmesi ile tesis edilmiş olabilir. Bu akdi ilişki, karma veya sui generis bir sözleşme ile de tesis edilmiş olabilir. Örneğin, bir bankada açılan cari hesaba veya bir “özel finans kurumu”nda açılan “katılım ortaklığı hesabı”na ilişkin sözleşme ile de bu hukuki ilişki tesis edilmiş olabilir. Keza, örneğin bir anonim şirket yönetim kurulu üyeleri ile şirket tüzel kişiliği arasındaki hukuki ilişki, hizmet vel veya vekalet sözleşmesine dayanmaktadır. Hatta, mülkiyeti muhafaza kaydıyla satın alınmış olan eşyanın mesela bir üçüncü kişiye satılması durumunda dahi, güveni kötüye kullanma suçunun oluştuğu kabul edilmelidir.” şeklindedir.

[55] “Güveni kötüye kullanma suçunda malın teslimi, belirli biçimde kullanılmak için hukuka ve yöntemine uygun, aldatılmamış özgür bir iradeye dayanılarak tesis edilmektedir. Söz konusu suçun oluşabilmesi için eşya üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan kişi ile lehine zilyetlik tesis edilen fail arasında bir sözleşme ilişkisi mevcut olmalı ve bu hukuki ilişkinin gereği olarak taraflar arasında oluşan güvenin korunması gerekmektedir. Bu amaçla, eşya üzerinde mevcut sözleşme ilişkisiyle bağdaşmayan kasıtlı tasarruflar ve devir olgusunu inkâr kanun koyucu tarafından cezai yaptırım altına alınmıştır. Eğer mülkiyet hakkına sahip olan kişi ile lehine zilyetlik tesis edilen fail arasında hukuken geçerli bir sözleşme ilişkisi yoksa usulüne uygun bir teslim olmayacağı için güveni kötüye kullanma suçu da oluşmayacaktır. Zira, hukuksal anlamda geçerli bir sözleşmeden söz edilebilmesi için tarafların iradelerinin aldatılmamış olması gerekmektedir.” Yargıtay CGK, E. 2020/49, K. 2022/232, 31.03.2022. Bkz. aynı yönde Yargıtay CGK, E. 2019/566, K. 2021/476, 14.10.2021; Yargıtay CGK, E. 2019/524, K. 2021/404, 16.09.2021 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 30.10.2022).

[56] Bkz. Aytekin İnceoğlu, “Güveni,” 56-57; Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 852.

[57] Bkz. Faruk Erem ve Nevzat Toroslu, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 9. Baskı (Ankara: Savaş, 2003), 538; Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 170. Belirtmek gerekir ki, “muhafaza edilmek üzere kendisine resmen teslim olunan rehinli veya hacizli veya herhangi bir nedenle elkonulmuş olan mal üzerinde” teslim amacı dışında tasarrufta bulunulması halinde TCK’nin 289. maddesinde düzenlenen “muhafaza görevini kötüye kullanma” suçu oluşacaktır.

mede geçerli rızadan öte sıkı bir şekilde özel hukuk anlamında geçerliliğin aranması kanunda öngörülmeven bir uygulamayla suçla korunan hukuki değerlerin korunma alanını daraltacaktır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun da (CGK) esasen, hukuken geçerli sözleşme gerekliliğini “aldatılmamış özgür irade” vurgusuyla yaptığı görülmektedir.

Zilyetliğin devrinin hukuka aykırı bir amaçla yapılması (veya zilyetliği devredilen malın uyuşturucu gibi bizatihi suç teşkil eden bir mal olması) hallerinde güveni kötüye kullanma suçunun oluşup oluşmayacağı öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, söz konusu hallerde güveni kötüye kullanma suçundan bahsetmek mümkün değildir.^[58] Zira, Borçlar Kanunu hükümlerine göre, bir sözleşmenin konusunun kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişisel haklara aykırı olması halinde sözleşme kesin hükümsüz olacak ve hukuka uygun bir zilyetlik devrinden söz edilemeyecektir.^[59] Öte yandan, suçla korunan hukuki değerlerden biri güven ise de belirtilen hallerde toplumsal açıdan korunması gereken bir güven ilişkisi bulunmamaktadır. Bilakis, böyle bir ilişkinin korunması toplum açısından zararlı olup, bu yönde bir uygulama hukuka aykırı işlemleri adeta teşvik edecektir.^[60] Diğer görüşe göre ise zilyetliğin devri hukuka aykırı bir amaçla yapılmış olsa da güveni kötüye kullanma suçunun oluşması mümkündür.^[61] Buna göre, önemli olan sözleşmenin geçerliliği değil zilyetliğin devrinin mağdurun serbest iradesine dayanmasıdır.^[62] Konuya ilişkin olarak ceza hukuku, Medeni Kanun hükümleriyle bağlı olmayıp, fiili ilişkilerle ilgilenmektedir. Madde metninde, güven ilişkisinin hukuki ilişki niteliğinde olması yönünde

[58] Dursun, “Emniyeti,” 21; Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 438; Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 635. Yargıtay da eski tarihli bir kararında (Yargıtay 4. CD, E. 13745, K. 1949/15266 K., 29.11.1949) bu yönde sonuca varmıştır. Bkz. Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 438.

[59] Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 438.

[60] Dursun, “Emniyeti,” 21.

[61] Önder, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, 413; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 701; Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 852-53; Meraklı, “Güveni,” 1680-81.

[62] Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 852-53.

bir ifade bulunmadığı üzere, taraflar arasındaki ilişkinin hukuka uygun, hukuk tarafından korunan bir ilişki olması zorunlu değildir.^[63]

Kanaatimizce, zilyetliğin devrinin dayandığı sözleşmeye ilişkin olarak sıkı şekilde özel hukuk anlamında geçerliliğin aranması doğru değilse de zilyetliğin devrinin hukuka açıkça aykırı bir amaçla gerçekleştirildiği hallerde, ne hukuki bir zilyetlik devrinden ne de hukukun koruduğu bir güven ilişkisinden söz edilemeyeceği ve bu itibarla, güveni kötüye kullanma suçunun da oluşmayacağı kabul edilmelidir.

3- Hareket ve Netice

Seçimlik hareketli bir suç olan güveni kötüye kullanma suçunun hareket unsuru, “zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunulması veya bu devir olgusunun inkar edilmesi” dir. Daha önce de ifade edildiği üzere, TCK'nin 155. maddesinde yer alan mevcut düzenleme, suç oluşturduğu hareketleri sınırlı olarak sayan 765 sayılı TCK'den farklı olarak eski Kanun'daki hareketler ile uygulamadaki birçok farklı örneği de kapsayan daha geniş bir düzenlemedir.^[64] Bu itibarla, mevcut düzenlemenin kanaatimizce daha isabetli olduğu ifade edilmelidir.

Madde metninde yer alan “zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunma”, mal üzerinde zilyetliğe ilişkin yetkilerin aşılması malik olmanın verdiği bazı yetkilerin kullanılmasıdır.^[65] Kanunda “zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunma”, tanımlanmadığı ve sınırlanmadığı üzere serbest hareketli bir suç söz konusu olup, malı satma, harcama, yıpratma, rehinleme, başka bir mala dönüştürme, ödünç verilen malı kiralama gibi hallerde güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır.^[66] Bununla beraber, müteahhidin, verilen

[63] Meraklı, “Güveni,” 1680-81.

[64] Dursun, “Malvarlığına,” 194; Koca, “5237 sayılı,” 84; Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 428.

[65] Meraklı, “Güveni,” 1684; Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 855.

[66] Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 441; Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 855. “Sanığın, katılan belediyeye ait halı sahada bulunan ve zilyetliği kendisine devredilen eşyaların bir kısmını kendi deposuna taşıdığı, yapılan ihtarlara rağmen eşyaları teslim etmediği,...Sanığın, katılan...ile

yetkiye istinaden arsa üzerindeki binayı yıkması veya kuyumcunun, talep doğrultusunda yaka iğnesini yüzüğe çevirmesi örneklerindeki gibi devir amacına uygun tasarruflar söz konusu olduğunda suç oluşmayacaktır.^[67]

Belirtmek gerekir ki zilyetliği devredilen mal ile bir suç işlenmesi, Yargıtay tarafından isabetli olarak zilyetliğin devri amacı dışında tasarruf olarak değerlendirilmekte ve güveni kötüye kullanma suçunun oluştuğu kabul edilmektedir.^[68]

imzalamış olduğu kira sözleşmesine istinaden zilyetliği kendisine devredilen eşyalar üzerinde zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunmak suretiyle gerçekleştirdiği eyleminin TCK'nın 155/1. maddesinde düzenlenen güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin suç vasfında yanılığa düşülerek nitelikli hırsızlık suçundan mahkumiyet kararı verilmesi,” Yargıtay 11. CD, E. 2017/14361, K. 2017/6616, 12.10.2017; “Sanığın katılana banka havalesi ile kendisine para geleceğini ancak banka hesabı ve kartı olmadığını söyleyerek, banka kartlarını kullanıp geri vermek üzere aldığı, ardından da diğer müşterileri kandırarak bu banka kartlarına para havalesinin yapmasını sağladığı, ...çekilen paraların diğer müşterilere ait nitelikli dolandırıcılık eylemi sonucu elde edilen menfaatlere dair paralar olduğu, ancak sanığın katılan ve müşteki tarafından kendisine belli bir amaç için kullanılıp geri verilmek üzere teslim edilmiş olan banka kartlarının üzerinde zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunarak geri vermediğinin anlaşılması karşısında, sanığın eyleminin TCK 155/1. maddesinde düzenlenen “basit güveni kötüye kullanma” suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin,” Yargıtay 15. CD, E. 2017/37683, K. 2018/135, 09.01.2018 (<https://lib.kazanci.com.tr/yargitay>, Erişim Tarihi: 28.10.2022).

[67] Aytekin İnceoğlu, “Güveni,” 61.

[68] “Sanığın...plakalı aracı katılan araç kiralama şirketinden...kiraladığı, araçla seyir halinde iken...durdurularak yapılan aramada 142 kilo 200 gram esrar maddesi ile yakalandığı ve araca...Mahkemesi'nin...kararı ile el konularak otoparka çekildiği, bu suretle sanığın güveni kötüye kullanma suçunu işlediği iddia edilen olayda,...sanığın suça konu araç üzerinde zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunduğu anlaşılması karşısında TCK'nın 155/1 maddesinde düzenlenen güveni kötüye kullanma suçu sübut bulunduğu halde mahkumiyetine hükmedilmesi gerekirken” Yargıtay 15. CD, E. 2020/5354, K. 2020/9269, 05.10.2020 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 28.10.2022).

“Devir olgusunu inkar etme”, malın kendisine teslim edilmediğinin iddia edilmesi ve bu doğrultuda beyanda bulunulmasıdır.^[69] Zilyetliği devralan kişinin, malı iade görevini yerine getirmeyerek tutmaya devam etmesi veya saklaması hallerinde de güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır.^[70] Bununla beraber, malın iadesinde yaşanan basit gecikmelerde veya devir olgusunu inkara ilişkin iradenin net olarak belirlenemediği hallerde suç oluşmayacaktır.^[71]

Güveni kötüye kullanma suçu, zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunmak veya devir olgusunu inkar etmek suretiyle icrai bir hareketle işlenebileceği gibi, malı süresinde devretmemek veya malı güvenle saklama amacıyla zilyetliğin devralındığı hallerde bakım görevini bilerek yerine getirmemek suretiyle ihmali hareketle de işlenebilir.^[72]

Suç, failin, zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunduğu veya devir olgusunu inkar ettiği anda tamamlanmaktadır. Madde metninde, “kendisinin veya başkasının yararına olarak” ifadesine yer verilmişse de sırf hareket suçu söz konusudur ve suçun oluşması için, failin hareketiyle mağdurun mal varlığının zarar görmesi de failin ya da üçüncü kişinin yarar sağlamış olması da şart değildir.^[73] “Kendisi veya başkası yararına tasarruf”

[69] Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu III*, 3. Baskı (Ankara: Seçkin, 2010), 2483.

[70] Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 458. “Sanık ile katılanın bir süre arkadaşlık yaptıkları, bu dönem içerisinde sanığın katılanın kimliğini isteyerek adına telefon hattı almak istediğini belirttiği, bunun üzerine katılanın sanığa kendi rızası ile kimliğini verdiği, daha sonra katılanın kimliğini istemesine rağmen sanık tarafından kimliğin kendisine verilmediği, ...katılana ait kimliğin sanığın evinde yapılan aramada bulunduğu, bu surette sanığın güveni kötüye kullanma suçunu işlediği iddia olunan somut olayda, ...sanığın katılan tarafından zilyetliği devredilmiş olan nüfus cüzdanının devir olgusunu inkar edip uhdesinde tutarak “güveni kötüye kullanma” suçunu işlediğini sabit gören mahkemenin kabul ve uygulamasında bir isabetsizlik görülmemiştir.” Yargıtay 15. CD, E. 2018/6759, K. 2020/4702, 04.06.2020 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 28.10.2022).

[71] Çakıroğlu, *Güveni Kötüye Kullanma Suçu*, 116.

[72] Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 440.

[73] Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 174-75; Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 459; Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 441-43; Özgenç,

ile kastedilen, kendi lehine zilyetlik tesis edilmiş olan failin, zilyetliği üçüncü kişi lehine mülkiyete dönüştürdüğü hallerde de güveni kötüye kullanma suçunun oluşacağıdır.^[74] Kaldı ki seçimlik hareketlerden biri yapıldığında, suçla korunan güven ilişkisi zaten zarar görmüş olacaktır.^[75]

Sırf hareket suçu olduğunu söylediğimiz güveni kötüye kullanma suçunda, hareketten ayrı bir netice bulunmadığı üzere, bu suça teşebbüsün mümkün olmadığı düşünülecektir. Bununla beraber öğretilerde, suçun birden fazla hareketle işlendiği hallerde teşebbüsün mümkün olduğu savunulmakta ve zilyetliğin malın muhafazası için devredilmiş olduğu kişinin, malı satmak üzereyken ve oto tamircisinin motoru değiştirirken yakalanması halleri bu duruma örnek gösterilmektedir.^[76] Yargıtay'a göre de güveni kötüye kullanma suçuna teşebbüs mümkündür.^[77] Kanaatimizce, suçun koruduğu hukuki değerlerden biri güven duygusu olduğu üzere, belirtilen hallerde maddi zarar oluşmasa da mağdurun güven duygusu yönünden zarar neticesiyle tamamlanmış bir suç söz konusudur.

Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, 82. Belirtmek gerekir ki TCK'nin 168. maddesinde, suç tamamlandıktan sonra failin aynen iade veya tazmin suretiyle mağdurun zararını giderdiği etkin pişmanlık hallerinde, etkin pişmanlığın gösterildiği zamana göre farklı oranlarda ceza indirimi öngörülmektedir.

[74] Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 856.

[75] Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 442.

[76] Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 459; Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 175.

[77] “Katılanın yetkilisi olduğu şirkette şoför olarak çalışan sanık...’nın görevi gereği kendisine teslim edilen kamyonun yakıt deposundan motorun çekip diğer sanık...’e satmak istediği sırada devriye gezen jandarma görevlilerince müdahale edildiği, bu suretle sanıkların hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu işledikleri iddia edilen olayda;...sanıkların hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçuna teşebbüs suçundan TCK'nun 155/2, 35. maddeleri gereğince cezalandırılması gerekirken yanılığlı değerlendirmeye yazılı biçimde beraat kararları verilmesi,” Yargıtay 15. CD, E. 2017/24459, K. 2019/1439, 27.02.2019 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 30.10.2022).

4- Nitelikli Haller

TCK'nin 155. maddesinin ikinci fıkrasında öngörüldüğü üzere, güveni kötüye kullanma suçunun “meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da hangi nedenden doğmuş olursa olsun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesi” suçun takibi şikayete bağlı olmayan ve daha ağır ceza öngörülen nitelikli hallerini oluşturmaktadır.^[78] Zira belirtilen hallerde, fail ile mağdur arasında daha yoğun bir güven ilişkisinin bulunduğu görülmektedir. Toplumda belli sıfatı taşıyan kişilere daha çok güven duyulmakta ve failin sıfatı, aradaki hukuki ilişkiye daha özenle uyulacağını düşündürmektedir. Bu itibarla, söz konusu failer güveni kötüye kullandıklarında, toplumda bu kişilerin sanat ve mesleğine duyulan güven de sarsılmaktadır.^[79]

Öğretide, suçun nitelikli hallerinin düzenlendiği TCK'nin 155. maddesinin ikinci fıkrasında, basit halin düzenlendiği birinci fıkradan farklı olarak 765 sayılı TCK'deki gibi “tevdi ve teslim” ifadesine yer verilmiş olması nedeniyle, zilyetliğin teslimsiz naklinin suçun nitelikli hallerin oluşması için yeterli olmayacağı görüşü ileri sürülmektedir. Devamında, birinci fıkrada mal kelimesi kullanılmışken ikinci fıkrada eşya kelimesinin kullanılmış olması nedeniyle, sadece manevi değeri olan malların ikinci fıkra kapsamına girmeyeceği ifade edilmiştir.^[80] Kanaatimizce, “tevdi ve teslim” ifadesi hususunda, daha önce eski ve yeni TCK karşılaştırmasında değinildiği üzere, madde metinlerinde zilyetliğin devri ile tevdi ve teslim ibareleri kullanımıyla bir farklılık amaçlanmadığı ve söz konusu ibarelerin eş anlamlı olarak kullanıldığı değerlendirilmesine^[81] katılmak gerekmektedir. Nitekim uygulamada da suçun basit hali ile nitelikli hali arasında belirtilen hususta

[78] Düzenlemede, eski TCK'de bulunan, suçun “emanetçi sıfatıyla” veya “teminat olarak” zilyetliği devredilen mal üzerinde işlenmesinin nitelikli hal olarak sayılmamasının eleştirisi ve “emanetçi sıfatıyla” teslimde çoğu zaman “hizmet ilişkisi” de bulunuyor olsa da, “teminat olarak verilen” mal üzerinde işlenen suçların daha ağır cezalandırılması gerektiği görüşü için bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 856.

[79] Dursun, “Emniyeti,” 32; Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 445.

[80] Bkz. Aytekin İnceoğlu, “Güveni,” 73.

[81] Bkz. Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 428.

bir farklılığa rastlanmamaktadır. Öte yandan mal ve eşya (şey) kavramlarına ilişkin olarak ifade etmek gerekir ki özel hukuk kapsamındaki öğreti, kanun ve mahkeme kararlarında söz konusu kavramlar bir bütünlük bulunmaksızın aynı anlamda, birbirlerinin yerine kullanıldığı gibi güveni kötüye kullanma suçu açısından da bu kavramların farklılığı söz konusu değildir.^[82]

Suçun, nitelikli hallerin ilki olan meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmiş olması için, bizzat mağdur tarafından gerçekleştirilmesi gerekmeyen, malın zilyetliğinin devri, teslimi ile failin işlevsel sıfatı yani ifa edilen meslek, sanat, ticaret veya hizmet arasında tadilat için terziye pantolon bırakılması örneğindeki gibi neden sonuç ilişkisinin varlığı gerekmektedir. Bu itibarla, failin sıfatı nitelikli halin oluşması için tek başına yeterli olmayacaktır.^[83]

Yargıtay'a göre, nitelikli halde söz konusu olan meslek ve sanat, geçimi sağlamak için yapılan sürekli işlerdir. Televizyon tamirciliği ve grafikerlik gibi örnekler veren Yargıtay, kişilerin, genellikle serbestçe yapılan söz konusu işleri icra edenlerden, arada hizmet ilişkisi olmaksızın hizmet satın aldıklarını ifade etmektedir.^[84] Ticaret ilişkisinde ise, failin ticari amaçla hareket

[82] Sanem Aksoy Dursun, *Eşya Kavramı*, 1. Baskı (İstanbul: On İki Levha, 2012), 6; Jale Akipek ve Turgut Akıntürk, *Eşya Hukuku*, 1. Baskı (İstanbul: Beta, 2009), 30; Hamid Köse, "Emniyeti Suistimal (Güveni Kötüye Kullanma) Suçu," Yüksek lisans tezi, Marmara Üniversitesi, 2009), 52; Çakıroğlu, *Güveni Kötüye Kullanma Suçu*, 53 vd.

[83] Bulutoğlu, *Emniyeti Suistimal Cürümleri*, 155-56; Dursun, "Emniyeti," 32; Önder, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, 423; Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 435; Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 177; Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 857-59; Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, 88; Parlar ve Hatipoğlu, *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu III*, 2486-87.

[84] "Bu suçun, meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da hangi nedenden doğmuş olursa olsun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesi hâlinde ise, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâli söz konusu olacaktır. Meslek ve sanat, kişinin geçimini sağlamak için uğraştığı ve devamlılık gösteren işlerdir. Genellikle meslek ve sanat serbestçe yapılan ve bireylerin belli bir hizmeti almak veya yaptırmak için başvurdukları iş alanını ifade eder. Örneğin, televizyon tamirciliği, terziilik, dizgicilik, kuru temizlemecilik, matbaacılık, grafikerlik vs. Bu örneklerde de görüldüğü gibi, genellikle meslek ve sanatta, aralarında hizmet ilişkisi olmayan kişiler bu mesleği yapanlardan bir hizmet satın almaktadırlar." Yargıtay

etmesi yeterli olup, tacir olmasına gerek görülmemektedir. Mal sahibi olan mağdurun, ticari amaçla hareket etmesine de gerek bulunmamaktadır.^[85]

Öğretide, sekreterin, kendisine teslim edilmiş olan şirkete ait bilgisayardan parçalar alması, kasiyerin, sorumluluğundaki paraları mal edinmesi gibi örnekler verilen hizmet ilişkisine dayalı nitelikli hale^[86] ilişkin olarak hizmet ilişkisinde sürekliliği aramayan Yargıtay, suça konu eşyanın faile sürekli olarak ve tüm sorumluluğu ona ait olmak şartıyla teslimini gerekli görmektedir.^[87]

CGK, E. 2020/49, K. 2022/232, 31.03.2022. Bkz. aynı yönde Yargıtay CGK, E. 2019/566, K. 2021/476, 14.10.2021; Yargıtay CGK, E. 2019/524, K. 2021/404, 16.09.2021; “Hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma ve trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçlarından sanığın mahkumiyetine ilişkin hükümler...Sanığın iş yerine tamir amacıyla bırakılan katılana ait...plakalı araç ile alkollü vaziyette gezerken kaza yapmak suretiyle üzerine atılı suçları işlediğinin iddia edildiği olayda; tüm dosya kapsamına göre sanığın mahkumiyetine yönelik mahkemenin kabulünde isabetsizlik görülmemiştir.” Yargıtay 15. CD, E. 2017/3566, K. 2019/367, 05.02.2019 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 30.10.2022).

[85] “Ticaret, kişilerin özel ilişkilerini ilgilendiren alanlarda yapılan ve bir mal değişimini konu alan hareketlerdir. Failin ticari amaçla hareket etmesi yeterlidir. Tacir olması aranmaz. Ancak, mal sahibi olan mağdurun ticaret amacıyla hareket etmesine gerek bulunmamaktadır...Bu nitelikli hâlin uygulanabilmesi için, failin işi, mesleği, eşyanın hangi amaçla faile verildiği araştırılmalıdır.” Yargıtay CGK, E. 2020/49, K. 2022/232, 31.03.2022. Bkz. aynı yönde Yargıtay CGK, E. 2019/566, K. 2021/476, 14.10.2021; Yargıtay CGK, E. 2019/524, K. 2021/404, 16.09.2021; “sanığın yetkilisi olduğu şirketin ticari faaliyetlerini yürütmek üzere katılan firmadan şirketi adına araç kiralama işleminin TCK.nın 155/2. maddesinde yazılı ticaret ilişkisi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinden,” Yargıtay 23. CD, E. 2016/8869, K. 2016/6683, 25.05.2016 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 30.10.2022).

[86] Bkz. Gökcen ve diğerleri, *Malvarlığına Karşı Suçlar*, 180.

[87] “...Hizmet ise, hizmeti yapanla yaptıran arasında bir ilişkinin olmasını ifade eder. Hizmet ilişkisinin daimi olması zorunlu değildir. Ayrıca, suça konu eşya faile sürekli olarak ve tüm sorumluluğu ona ait olmak koşulu ile teslim edilmelidir. Bu nitelikli hâlin uygulanabilmesi için, failin işi, mesleği, eşyanın hangi amaçla faile verildiği araştırılmalıdır.” Yargıtay CGK, E. 2020/49, K. 2022/232, 31.03.2022. Bkz. aynı yönde Yargıtay CGK, E. 2019/566, K. 2021/476, 14.10.2021; Yargıtay CGK, E. 2019/524, K. 2021/404, 16.09.2021 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 30.10.2022). “T... A.Ş.’nin özel hukuk hükümlerine tabi bir anonim şirket olduğu, yukarıdaki açıklamalar ile sanığın ...A.Ş. bünyesinde hizmet sözleşmesi ile genel müdür olarak görev yapması nazara alındığında, şirket ortaklarının zeytin

Güveni kötüye kullanma suçunun TCK'nin 155/2. maddesinde öngörülen ikinci nitelikli hali, vekillere, vasilere, tasfiye memurlarına mal teslim edilmesinde olduğu gibi suçun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesidir.^[88] Madde metninde “hangi nedenden doğmuş olursa olsun” ifadesine yer verildiği üzere, malları idare etme yetkisi sözleşmeden, kanundan ya da resmi makam veya mercilerin kararından kaynaklanmış olsa da nitelikli hal söz konusu olacaktır.^[89]

ve zeytinyağı tarım satış kooperatifleri olmasının sanığı 1163 Sayılı Kanun'un 55. maddesi kapsamında kooperatif yöneticilerinden biri haline getirmeyeceği, somut olayda; sanığın genel müdürlük görevinin verdiği yetkileri aşarak şirket ile ilişkisi olmayan kişilere haksız ödemeler yaparak ve şirket faaliyeti kapsamında olmayan şahsi harcamaları şirkete ödeterek menfaat sağlaması şeklindeki eylemlerinin 5237 Sayılı TCK'nin 155/2, 43. maddelerinde tanımlanan zincirleme biçimde hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacağı” Yargıtay 5. CD, E. 2018/6150, K. 2022/4143, 25.04.2022; “Sanıklar ...ve...’a ait ... büfede çalışan sanık ...’nin işyerine ait kasadan para alması şeklinde gerçekleşen olayda, sanık ...’in eyleminin 5237 Sayılı TCK'nin 155/2. maddesinde belirtilen güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin, yazılı şekilde uygulama yapılması,” Yargıtay 6. CD, E.2021/325, K. 2021/19160, 02.12.2021; “Sanığın müştekinin işyerinde kasadan sorumlu kasiyer olarak çalıştığı ve kendisine bizzat teslim edilmeyen sigaraları değişik zamanlarda çalması şeklinde gerçekleşen olayda, eylemin TCK'nin 142/1-b ve 43. maddesinde tanımlanan hırsızlık suçunu oluşturduğu ve hırsızlık suçundan ek savunma hakkı tanınıp hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden, nitelendirmede hataya düşülerek yazılı şekilde TCK'nin 155/2. maddesinde düzenlenen hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçundan mahkumiyet hükmü kurulması,” Yargıtay 2. CD, E.2020/17599, K. 2021/20497, 02.12.2021 (<https://lib.kazanci.com.tr/yargitay>, Erişim Tarihi: 30.10.2022).

[88] Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 859;

[89] “Suçun nitelikli halleri arasında sayılan bir başka durum ise, hangi nedenden doğmuş olursa olsun “başkasının mallarını idare etmek yetkisine sahip kimselerin” güveni kötüye kullanmasıdır. Maddede de açık bir şekilde belirtildiği gibi, idare yetkisinin hangi nedenden doğmuş olduğu önemli değildir. Sözleşmeden doğmuş olabileceği gibi, yasadın veya resmi makam veya merciler tarafından verilen bir karardan da, bu yetki doğmuş olabilir (Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 4. Cilt, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, 2010, 4531-4532.).” Yargıtay CGK, E. 2020/49, K. 2022/232, 31.03.2022. Bkz. aynı yönde Yargıtay CGK, E. 2019/566, K. 2021/476, 14.10.2021; Yargıtay CGK, E. 2019/524, K. 2021/404, 16.09.2021 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 30.10.2022).

D) TİPİKLİĞİN MANEVİ UNSURU

Güveni kötüye kullanma suçu kasten işlenebilen bir suçtur.^[90] Kastın doğrudan ya da olası kast olması mümkündür.^[91] Taksirli hali düzenlenmediği üzere, suçun dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlaliyle işlenmesi mümkün değildir. Suçun oluşabilmesi için, kanunda belirtilen maddi unsurların failin kastı kapsamında bulunması gerekmektedir.^[92] Bu itibarla fail, aradaki hukuki ilişkiyi, bu ilişki çerçevesinde zilyetliği kendisine devredilen malı ve hukuki ilişkinin gereklerine aykırı bir davranışta bulunduğunu bilerek hareket etmiş olmalıdır. Bu nedenle, fail malı sonradan iade etme niyetiyle hareket etmiş olsa da suç oluşacaktır.^[93] Buna karşılık, söz konusu olan misli bir mal ise ve fail malı iade anında yerine koyabilme imkanına sahipse suç oluşmayacaktır.^[94]

Öğretide, kanun düzenlemesinde –eski düzenlemeye de paralel olarak– yer alan “kendisinin veya başkasının yararına olarak” ifadesinden hareketle, güveni kötüye kullanma suçu failinde, gerçekleştirilememiş olsa da yarar sağlamaya ilişkin özel kastın bulunması gerektiği görüşü ileri sürülmektedir.^[95] Yararın manevi olması da mümkündür.^[96] Yargıtay’ın da özel kast

[90] Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 434; Hasan Elmalıca, “Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 155),” Yüksek lisans tezi, Hacettepe Üniversitesi, 2017), 164; Fatih Şahin, “Güveni Kötüye Kullanma Suçu (155/1-2),” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 34, no. 155 (Temmuz-Ağustos, 2021): 173.

[91] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 703; Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, 85.

[92] Çakıroğlu, *Güveni Kötüye Kullanma Suçu*, 132.

[93] Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 638; Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, 86.

[94] Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 860.

[95] Bkz. Dursun, “Emniyeti,” 29; Önder, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, 418; Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 434; Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 460; Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 176; Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 444; Aytakin İnceoğlu, “Güveni,” 70.

[96] Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 460; Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 176.

gerekliliği yönünde kararlarına rastlanmaktadır.^[97] Buna karşılık, suçun oluşması için genel kastın yeterli olduğu ve yarar sağlamaya yönelik özel kastın aranmasına gerek olmadığı görüşü de savunulmaktadır.^[98] Buna göre, kanunkoyucu güveni kötüye kullanma suçunda özel kastı arasaydı “yararına olarak” ifadesini değil, hırsızlık suçunun düzenlendiği TCK’nin 141. maddesindeki gibi “yarar sağlamak amacıyla” ifadesini kullanırdı. “Kendisinin veya başkasının yararına olarak” ifadesine, suçun başkası lehine de işlenebileceğinin belirtilmesi amacıyla cümleyi anlamlı bir biçimde bağlayabilmek için yer verilmiştir.^[99] Bu itibarla fail, saklaması için kendisine emanet edilen malı çöpe atsa da suç oluşacaktır.^[100]

Kanaatimizce, güveni kötüye kullanma suçunda özel kastın gerekli olmadığı yönündeki görüş yerindedir. Kanunun lafzına ilişkin olarak, gerek bu başlık altında yer verilen gerekse de suçun oluşması için mağdurun mal varlığının zarar görmesinin de failin ya da üçüncü kişinin yarar sağlamış olmasının da şart olmadığı bahsindeki değerlendirmeler isabetli olduğu gibi; suçun hareket unsuru kasten gerçekleştirildiğinde, failde yarar sağlamaya ilişkin özel kast bulunmasa da suçla korunan güven ilişkisinin zarar görmüş olacağı da bir gerçektir.^[101]

[97] “Menfaat mefhumu emniyeti suistimalde maddi unsurun bir hususiyetidir. Bu itibarla, haksız ve meşru olmayan menfaat sağlamak hususunun da kasdi mahiyet tasıması lazım gelir. Bu suretle sadece hususi hukuk sahasında kalması gereken pek çok akde vefasızlıkların ceza hukuku sahasına geçmesi önlenmiş olur.” Yargıtay CGK, E. 6-234, K. 1983/329, 10.10.1983. Karar için bkz. Kubilay Taşdemir ve Ramazan Özkepir, *Belgelerde Sabtecilik Mala Karşı Suçlar ve Bilişim Alanında Suçlar*, 2. Baskı (Ankara: Adil, 1999) 742-43. “...atılı suç özel kastla işlenebilen suçlardan olduğundan, sanıktaki suç kastının varlığının tespiti açısından...” Yargıtay 15. CD E. 2011/15476, K. 2012/38632, 06.06.2012. Karar için bkz. Taneri, *Yağma Dolandırıcılık Güveni Kötüye Kullanma*, 255.

[98] Bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 860; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 638; Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, 86 vd.; Meraklı, “Güveni,” 1696-97; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 703.

[99] Meraklı, “Güveni,” 1696-97.

[100] Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 860.

[101] Benzer yöndeki görüş için bkz. Can Canpolat, “5237 sayılı TCK’da Düzenlenen Güveni Kötüye Kullanma Suçu,” (Yüksek lisans tezi, Marmara Üniversitesi, 2009), 148-49.

E) SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Koşulları TMK'nin 950. maddesinde düzenlenen ve bir aynı hak olan hapis hakkının kullanılması halinde, TCK'nin 26/1. maddesi anlamında hukuka uygunluk sebebi söz konusu olacak ve güveni kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır.^[102]

Zilyetliği devredilen mal, ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak amacıyla kullanıldığında da zorunluluk hali söz konusu olacak ve suç oluşmayacaktır.^[103]

Malın sahibinin rızası bulunduğu takdirde, TCK'nin 26/2. maddesi uyarınca hukuka aykırılık ortadan kalkacaktır.^[104] Bununla beraber öğretilerde, söz konusu hallerde esasen taraflar arasında yeni bir hukuki ilişkinin kurulmuş olduğu ve durumun bu yeni ilişkiye göre değerlendirilmesi gerektiği görüşü de ifade edilmektedir.^[105] Nitekim Yargıtay da rızanın varlığı halinde zilyetliğin

[102] Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, 91; Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 443; Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 860-61. "Güveni kötüye kullanma suçundan sanığın beraatine ilişkin verilen hüküm,...Katılan...'in, birlikte yaşadığı katılan...adına kayıtlı aracı tamir maksadıyla sanığa verdiği, sanığın tamir parasının ödenmediğinden bahisle aracı zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunarak ve kendi yararına olacak şekilde satın haksız menfaat elde ettiği, sanığın bu suretle atılı suçu işlediğinin iddia edildiği somut olayda; sanığın, katılan...'e ait olup onun rızasıyla zilyedi bulunduğu taşınır, borcun muaccel olması ve niteliği itibarıyla bu eşyanın alacak ile bağlantısı bulunması halinde, borç ödeninceye kadar hapsedme hakkını kullanmasının taraflar arasındaki ihtilafın hukuki mahiyette olduğu, sanığın üzerine atılı suçun yasal unsurlarının oluşmadığı," Yargıtay 15. CD, E. 2020/5409, K. 2021/5111, 17.05.2021 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 31.10.2022).

[103] Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 703. TCK'nin 25. maddesinin gerekçesinde, zorunluluk hali kusurluluğu kaldıran bir neden olarak nitelendirildiği gibi, CMK'nin 223/3-b maddesini dikkate alan Yargıtay CGK tarafından da zorunluluk halinin kusurluluğu kaldıran bir neden olarak kabul edildiği belirtilmelidir (bkz. Yargıtay CGK, E. 2012/1551, K. 2013/64, 19.02.2013 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 31.10.2022)).

[104] Özgenç, *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*, 91-92; Centel, Zafer ve Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*, 443.

[105] Bkz. Koca ve Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 639.

devri amacının zımnen değiştiği, bu itibarla sözleşmenin değiştirildiği ve tipikliğin oluşmadığı kanaatindedir.^[106]

II. GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA SUÇUNDA AVUKATIN FAİLLİĞİ

Avukatların, meslekleri kapsamında zilyetlikleri kendilerine devredilmiş olan mallar üzerindeki hukuka aykırı tasarruflarının güveni kötüye kullanma suçunu mu yoksa karşılığında daha ağır ceza öngörülen zimmet suçunu mu oluşturacağı sorusunun cevabını avukatların kamu görevlisi sayılıp sayılmadığı ve zilyetliğin devrinin kamu görevinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı hususlarına ilişkin kabuller belirlemektedir. Bu nedenle, öncelikle ceza hukuku anlamında kamu görevlisi kavramı ile avukatlık mesleğinin niteliğini incelemek gerekmektedir.

A) KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMI VE AVUKATLIK MESLEĞİ

Ceza hukuku uygulamasında kamu görevlisi kavramı için öncelikle, 765 sayılı TCK'nin 279. maddesindeki kamu görevi gören memur ile kamu hizmeti gören kamu hizmetlisi ayrımının terkedilmiş olduğu 5237 sayılı TCK'nin "Tanımlar" başlıklı 6. maddesine bakılması gerekmektedir. "Ceza kanunlarının uygulanmasında" ibaresiyle başlayan maddenin c bendinde kamu görevlisi, "kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya sečilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kiři" şeklinde tanımlanmıştır. Aynı maddenin d bendine göre ise "Yargı görevi yapan deyiminden; yüksek mahkemeler, adlî ve idarî mahkemeler üye ve hakimleri ile Cumhuriyet savcısı ve avukatlar" anlaşılacaktır. Maddenin gerekçesinde ise "765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki "memur" tanımının doğurduğu sakıncaları aynen devam ettirecek nitelikte olan tanım, Tasarı metninden

[106] Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 860-61. "Güveni kötüye kullanma suçunda hak sahibinin rızası, suçu hukuka uygun hale getirmeyecek, suçun unsurunu oluşturacaktır. şöyle ki, anılan suçun oluşması için zilyetliğin devri dışında tasarrufta bulunmak gereklidir. Mağdur failin, zilyetliğin devri amacı dışında başka bir şekilde malı kullanmasına rıza gösterirse, bu durumda zilyetliğin devri amacı zımnen değişmiş olacaktır. Bir anlamda faille mağdur arasındaki irade uyuşması aralarındaki sözleşmenin değiştirilmesi niteliğinde olduğundan, bu suçta mağdurun rızası suçu hukuka uygun hale getirmeyecek, suçun unsurları itibarıyla oluşmamasını sağlayacaktır." Yargıtay CGK, E. 2014/447, K. 2017/65, 14.02.2017 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 31.10.2022).

çıkarılarak; memur kavramını da kapsayan “kamu görevlisi” tanımına yer verilmiştir. Yapılan yeni tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır.” şeklinde temel bir belirleme yapılmıştır. Devamında, “Kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddi karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır” ifadelerine yer verilerek, avukatların tereddütsüz bir şekilde kamu görevlisi oldukları yargısına varılmıştır.

“Avukatlığın mahiyeti” başlıklı 1. maddesinin birinci fıkrasında avukatlığın, “kamu hizmeti ve serbest bir meslek” olarak nitelendirildiği ve ikinci fıkrasında avukat için, “yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder” ifadesine yer verildiği 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun (AvK) 2. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları, “Avukatlığın amacı; hukuki münasabetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır.”, “Avukat bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder.” şeklindedir. AvK’nin 35. maddesi ise sadece avukatların yapabileceği işleri düzenlemektedir. Söz konusu maddenin bir ve ikinci fıkraları, “Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir.”, “Baroda yazılı avukatlar birinci fıkradakiler dışında kalan resmi dairelerdeki bütün işleri de takip edebilirler.” şeklinde olduğu gibi, Kanun’un 35A maddesine göre avukatlar, müvekkilleriyle karşı tarafı uzlaştırabilmekte ve ilgili tutanak 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nun 38. maddesi anlamında ilam niteliğini taşımaktadır.

Belirtmek gerekir ki serbest bir meslek söz konusu olsa da Avk’nin 5. maddesinde, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun (DMK) 48. maddesindeki düzenlemeye benzer şekilde, “kasten işlenen bir suçtan dolayı iki

yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkum” olmuş kişilerin mesleğe kabul istemlerinin reddolunması öngörülmektedir.

AvK'nin 57. maddesi, “görev sırasında veya yaptığı görevden dolayı avukata karşı işlenen suçlar hakkında, bu suçların hakimlere karşı işlenmesine ilişkin hükümler”in uygulanmasını öngörmektedir. 58. maddede, avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği (TBB) ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı yürütülecek soruşturmalara ve ayrıca avukatlar hakkındaki arama işlemlerine ilişkin özel usuller düzenlenmiştir. Öte yandan, 76/1 ve 109/2. maddelerde, baroların ve TBB'nin kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları oldukları ifade edilmektedir.

AvK kapsamında, avukatların, görevi kötüye kullanma ve görevi ihmal suçları dışında kamu görevlilerinin işleyebileceği özgü suçların faili olamayacakları anlaşılan “Görevi kötüye kullanma” başlıklı 62. maddeye de değinmek gerekmektedir. 5237 sayılı TCK'ye uyum amacıyla yapılan 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun'la yeniden düzenlen söz konusu madde, “Bu Kanun ve diğer kanunlar gereğince avukat sıfatı ile veya Türkiye Barolar Birliğinin yahut baroların organlarında görevli olarak kendisine verilmiş bulunan görev ve yetkiyi kötüye kullanan avukat Türk Ceza Kanununun 257 nci maddesi hükümlerine göre cezalandırılır.” şeklindedir. Belirtmek gerekir ki, aşağıda değineceğimiz Yargıtay 5. Ceza Dairesi (CD) kararlarında maddenin, TCK'nin genel hükümleri ile özel ceza kanunlarının ve ceza içeren kanunların uyumunu amaçlayan “Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır.” şeklindeki TCK'nin 5. maddesinin 01.01.2009 tarihinde yürürlüğe girmesiyle, zımnen ilga edilmiş olduğunun belirtildiği görülmektedir.^[107] Bu kararlara göre, TCK'nin genel hükümlerine aykırı ve sınırlayıcı nitelikte olan AvK'nin 62. maddesinin özel nitelikteki görevi kötüye kullanma suçları açısından belirtilen tarihte zımnen ilga edilmiş sayılması gerektiğinden, avukatın,

[107] Yargıtay 5. CD, E. 2020/6051, K. 2021/2481, 31.05.2021; Yargıtay 5. CD, E. 2015/6499, K. 2019/10137, 24.10.2019 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 31.10.2022).

müvekkili adına tahsil ettiği parayı uhdesinde tuttuğu hallerde, eylem tarihi 01.01.2009 tarihinden önce ise hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçu, sonraki bir tarih söz konusuysa zimmet suçu oluşmaktadır.

TCK'nin 6/1-c maddesini değerlendiren Yargıtay CGK, kişilerin Ceza Kanunu uygulamasında “kamu görevlisi”, gerçekleştirilen faaliyetin de “kamusal faaliyet olarak kabul edilebilmesi için ayrıca, “faaliyetin kamuya ait güç ve yetkilerin kullanılması suretiyle gerçekleştirilmesi” gerektiğini vurgulamaktadır.^[108] AvK hükümleriyle birlikte aynı değerlendirmeye yer verilen 5. CD kararlarında avukatların, “münhasıran avukatlar tarafından yapılabilecek iş ve işlemler ile uzlaştırma işlemi ve barolar ile TBB'nin organlarında ifa ettikleri görevleri yönünden kamu görevlisi olduklarında kuşku bulunmadığı” sonucuna varıldığı görülmektedir.^[109]

Öğretide, TCK'nin 6. maddesi kapsamında yargı alanındaki kamusal faaliyete yargı görevi yapan olarak katılan avukatların, bu görev ve işlevleri nedeniyle TCK tarafından kamu görevlisi olarak kabul edildikleri yönünde görüş de^[110] bulunmaktadır. Bununla beraber, isabetli bulduğumuz görüş,

[108] “TCK'nın 6. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendindeki “kamu görevlisi” tanımında yer alan “katılan kişi” ibaresi ile, madde gerekçesinde yer alan “kamusal faaliyet” açılımından hareketle, bir kimsenin Ceza Kanunu uygulamasında “kamu görevlisi”, yapılan faaliyetin de “kamusal faaliyet” sayılabilmesi için, kamu adına yürütülen bir hizmetin bulunması, bunun da Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş usullere göre verilmiş bir siyasal karara dayalı olması ve ayrıca faaliyetin kamuya ait güç ve yetkilerin kullanılması suretiyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir.” Yargıtay CGK, E. 2019/490, K. 2022/108, 22.02.2022; bkz. aynı yönde Yargıtay CGK, E. 2010/258, K. 2011/46, 12.04.2011 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 31.10.2022).

[109] Yargıtay 5. CD, E. 2014/8091, K. 2017/4348, 16.10.2017; bkz. aynı yönde Yargıtay 5. CD, E. 2013/10766, K. 2015/14513, 28.09.2015 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 31.10.2022).

[110] M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 19. Baskı (Ankara: Adalet, 2021), 1022; Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Türk Ceza Kanunu Şerhi IV*, 1. Baskı (Ankara: Adalet, 2021), 5680; Hasan Tahsin Gökcan, “Yeni Türk Ceza Kanunu Hükümleri Karşısında Avukatlık Mesleği,” *Ankara Barosu Dergisi* 67, no. 2 (Bahar, 2009): 154-55; Önder, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 97. Aynı yöndeki bir görüşe göre avukatlar, TCK'nin 5 ve 6. maddeleri dikkate alındığında TCK uygulamasında kamu görevlisi sayılacaklar ve ilgili tüm özgü suçların faili olabilecekleri gibi ilgili nitelikli haller de haklarında uygulanacaktır. Ancak bu sonuç çok kapsamlı ve amacı aşan bir noktaya ulaşmıştır.

idari hiyerarşi içinde yer almayıp üst makamın emir ve talimatlarına bağlı olmaksızın bağımsız bir şekilde görev yapan ve iş reddedebildiği gibi Devlettten maaş almayıp ücret konusunda müvekkille serbestçe sözleşme yapabilen avukatların,^[111] kamu hizmeti söz konusu olsa da en azından her faaliyetleri açısından kamu görevlisi olmadıkları yönündedir.^[112] Buna göre, avukatların TCK'nin 6. maddesi uyarınca yargı görevi yaptıkları açık ise de kamu görevlisi olma hususunda aynı şeyi söylemek mümkün görünmemektedir. Bağlayıcılığı bulunmayan madde gerekçesinde yer alan, avukatlara ilişkin kamu görevlisi nitelendirmesi madde metniyle çeliştiği gibi gerekçenin kendisinde ifade edilen nitelikler de avukatlık mesleğine uygun düşmemektedir. Nitekim, avukatlar kamusal faaliyette bulunsalar dahi bu faaliyetleri siyasal bir karara dayanmamakta, baroların atamaları da müvekkille yapılan vekalet sözleşmeleri de siyasal karar kapsamına girmemektedir.^[113]

AvK'nin 1 ve 2. maddeleri de gösterdiği gibi avukatlık serbest bir meslektir ve avukatlık faaliyeti tek başına ve her durumda kamusal bir faaliyet oluşturmamaktadır. Avukatların yükümlülükleri ile hakları arasında ölçülülük bulunması gerektiği gibi TCK'nin 6/1-c maddesi anlamında kamusal faaliyetin yürütülmesine katılma kamu hukuku usulüne uygun olmalıdır. Avukatlar yargısal nitelikteki kamusal faaliyete katılmakta iseler de bu katılım her zaman kamu hukuku usulünce gerçekleşmemektedir. Nitekim, vekalet sözleşmesi

Fatih S. Mahmutoğlu ve Serdar Talas, "Avukatların Görev Suçları ve Yargılanması Rejimi," İstanbul Barosu Dergisi, no. Ceza Hukuku Özel Sayısı (Ocak, 2007): 16-20.

[111] Ali Cem Budak, "Avukatlık Mesleği, Mesleğin Özellikleri ve Tarihçesi," içinde *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, ed. Ali Cem Budak (İstanbul: Filiz, 2022), 8.

[112] Veli Özer Özbek ve Serkan Meraklı, "Ceza Hukukunda Avukatın Kamu Görevlisi Olarak Kabul Edilebilirliği Sorunu," içinde *Dr. Dr. h. c. Silvia Tellenbach'a Armağan*, ed. Feridun Yenisey, İzzet Özgenç, Ayşe Nuhoglu, Adem Sözüer ve Faruk Turhan (Ankara: Seçkin, 2018), 1165 vd.; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 1052 vd.; Tezcan, Erdem ve Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 859; Handan Yokuş Sevük, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2. Baskı (Ankara: Adalet: 2019), 586; Mustafa Atalan, *Dolandırıcılık, Güveni Kötüye Kullanma ve Sahtecilik Suçları Şerhi*, 1. Baskı (Ankara: Adalet: 2015), 452; Ersan Şen ve Mehmet Vedat Ervan, "Avukat Kamu Görevlisi midir?," <https://www.hukukihaber.net/avukat-kamu-gorevlisi-midir-makale,8643.html>, 25.01.2021, E.T.: 15.11.2021; Budak, "Avukatlık," 8.

[113] Şen ve Ervan, "Avukat Kamu Görevlisi midir?,"

kapsamında vekil veya müdafî olarak görev yapan avukatların, kamusal faaliyete katılımlarının kamu hukuku çerçevesinde olduğunu söylemek zordur ve bu kapsamda görev yapan avukatların kamu görevlisi sayılmaları mümkün değildir. Avukatların kamu görevlisi olmamaları, sayılmamaları nedeniyle de AvK'de ayrıksı düzenlemeler varlığını sürdürmektedir. Ayrıca, avukatların TCK'deki bazı suç tiplerinde kamu görevlisi gibi kabul edilmeleri ile tüm işlemlerinde kamu görevlisi sayılacaklarını kabul etmek farklıdır. Sadece konulduğu haller için geçerli olan özel normdan hareket ederek genel bir sonuca ulaşmak kanunilik ilkesi ile bu ilkenin önemli sonuçlarından kıyas yasağına aykırıdır. Diğer yandan, TCK'nin 6/1-d maddesindeki yargı görevi yapan kavramı avukatların kamusal bir faaliyette bulduklarını değil yargılamanın bir süjesi olduklarını ifade etmektedir. Söz konusu tanımdan hareketle avukatları mahkemeler gibi yargı organı, kamusal faaliyet yürüten Devlet organı olarak kabul etmek mümkün değildir.^[114] Avukatların her durumda kamu görevlisi olarak kabul edilmeleri, TCK'nin 279. maddesinde düzenlenen kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçunun oluşmaması için avukatların müvekkilleriyle ilgili öğrendiklerini yetkili makamlara bildirme zorunluluğunda bırakılması gibi çelişkiye, avukatlıkla bağdaşmayacak ciddi hukuksal sakıncalara da neden olacaktır.^[115]

Belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi'nin bir bireysel başvuru kapsamında, konuya ilişkin değerlendirmelerde bulunduğu yakın tarihli Genel Kurul kararı da^[116] öğretilerdeki ağırlıklı görüşü destekler mahiyettedir. Karara

[114] Özbek ve Meraklı, “Ceza,” 1165-71; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 1052-55. Alman ceza hukukunda da avukatlık faaliyeti, kamusal faaliyet olarak kabul edilmemektedir. Özbek ve Meraklı, “Ceza,” 1165.

[115] Mahmutoğlu ve Talas, “Avukatların,” 23; Özbek ve Meraklı, “Ceza,” 1166.

[116] “Bu bağlamda müdahalenin kanuni bir dayanağının bulunup bulunmadığının belirlenmesi amacıyla kamu hizmeti kapsamında olduğu açık olan avukatlığın *istihdam* boyutuyla da ele alınması gerekir. Kamu hizmetinde istihdam kavramının kamu görevlilerini kapsadığı konusunda bir tereddüt bulunmamakla birlikte özel hukuk sözleşmeleri ile de kamu hizmetinde istihdam mümkün kılınabilir. Ancak kamu görevlisi olmayan, bir idari sözleşmeyle veya ticari ya da sınai nitelikteki bir özel hukuk sözleşmesiyle kamu hizmetinde çalıştırılmayan ve mesleklerini serbest şekilde icra eden avukatların kamu hizmetinde istihdam edildiklerinin kabulü mümkün değildir. Zira belirtilen durumlar olmadığı müddetçe avukatlık kural olarak idari hiyerarşiye dâhil olmayan serbest bir meslektir. Serbest avukatlığın devletin namına ve hesabına yapılan bir iş olmaması, serbest avukatların baro levhasına kaydolduktan sonra

göre, “kamu görevlisi olmayan, bir idari sözleşmeyle veya ticari ya da sınai nitelikteki bir özel hukuk sözleşmesiyle kamu hizmetinde çalıştırılmayan ve mesleklerini serbest şekilde icra eden avukatların kamu hizmetinde istihdam edildiklerinin kabulü mümkün değildir”.^[117]

TCK'nin 5. maddesinin 01.01.2009 tarihinde yürürlüğe girmiş olması nedeniyle, AvK'nin 62. maddesinin zımnen ilga edilmiş sayılması gerektiği düşüncesine katılmadığımız da belirtilmelidir. Öğretide isabetli olarak ifade edildiği üzere, AvK, TCK'ye göre özel bir kanun olup, sonraki genel kanunun özel kanundaki bir normu yürürlükten kaldırabilmesi için bu norma benzer bir norm getirmesi gerekmektedir. Bu itibarla, TCK'nin 6/1-c maddesinin TCK'nin 5. maddesi delaletiyle AvK'nin 62. maddesini yürürlükten kaldırdığını söylemek mümkün değildir.^[118]

Öncelikle, aynı konuda hüküm getiren sonraki genel kanun, önceki özel kanunu bertaraf etmiş sayılmamaktadır.^[119] Daha adil ve kanun koyucunun amacı ile hukukun genel ilkelerine uygun olan kanunun seçilmesi savunulabilecekse de bu halde dahi tamamen avukat aleyhine adil olmayan bir sonuç doğuran ve bu yönüyle de hukukun genel ilkelerine aykırı olan TCK'nin 6/1-c maddesinin AvK'nin 62. maddesini yürürlükten kaldırdığını

çalışıp çalışmama ve müvekkillerini seçme konusunda kural olarak bağımsız olmaları, devletten herhangi bir maaş almamaları, gelirlerinin müvekkillerinden aldıkları vekâlet ücretinden oluşması, zorunlu müdafilik veya arabuluculuk gibi görevlendirmeler dışında serbest avukatlara devletin mali olarak bir katkısının bulunmaması, serbest avukatlar tarafından yapılan iş ve işlemlerin sonuçlarından devletin mali veya hukuki sorumluluğunun bulunmaması, müvekkilleri ile aralarındaki sözleşmeden kaynaklanan tüm haklara kendilerinin sahip olmaları, yükümlülüklerle de kendilerinin katlanması bu yöndeki tespit ve vurguları pekiştirmektedir.” AYM, *Tamer Mahmutoğlu* [GK], B. No: 2017/38953, 23/7/2020, § 114-115 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, Erişim Tarihi: 31.10.2022)

[117] 657 sayılı DMK'nin 36. maddesindeki “Avukatlık Hizmetleri Sınıfı” kapsamında görev yapan kamu avukatları, kamu görevlisi olup, bu itibarla zimmet suçunun falil olabilirler. Ömür Oruçgüney, “Avukatın Ceza Hukuku ve Disiplin Hukuku Sorumluluğu,” (Yüksek lisans tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi, 2017), 21.

[118] Özbek ve Meraklı, “Ceza,” 1166; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 1053.

[119] Yasemin Işıktaç ve Sevtap Metin, *Hukuk Metodolojisi*, 1. Baskı (İstanbul: Filiz, 2012), 261.

söylemek mümkün değildir. Öte yandan, TCK'nin 6/1-c maddesinin amacı, diğer özel kanunlarda değişiklik yapılması değil, ceza kanunları ve TCK bakımından kamu görevlisi kavramına açıklık getirmektir. Nitekim kanun koyucu, yeni TCK'nin ardından ceza hükmü içeren kanunları gözden geçirip gerekli değişiklikleri yaparken, yürürlükte kalmasını istediği yeni TCK ile çatışmayan hükümleri aynı şekilde bırakmıştır. Bu kapsamda, 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun'la AvK'nin 62. maddesinde de değişiklik yapılmış, yapılan değişiklikte maddenin temel yapısı aynı tutularak sadece eski TCK'nin 230 ve 240. maddeleri yerine yeni TCK'nin 257. maddesine atıf yapılmıştır. Maddeyi yürürlükten kaldırmayıp hükmün esasını koruyarak revizyona giden kanun koyucunun, söz konusu hükmün uygulanmasını istemeyip avukatların görevleri ile ilgili her fiilleri yönünden kamu görevlisi olarak kabul edilmelerini istediği söylenemeyecektir. Kaldı ki AvK'nin 62. maddesi, avukatlık mesleğine ilişkin doğrudan ve özel bir norm getirmekteyken, genel olarak kamu görevlisini tanımlayan TCK'nin 6/1-c maddesi, avukatlarla ilgili bir düzenleme içermemektedir. Bu itibarla, iki normun çatışmasından söz edilebilmesi için normların aynı konuda hüküm getirmeleri gerektiği üzere, söz konusu normlar arasında bir aykırılıktan bahsetmek de mümkün değildir.^[120]

Avukatların kamu görevlisi sayılıp sayılmadığı tartışmasının, daha önce özel normdan genel sonuca ulaşmanın sakıncasında da değinilen, suçta ve cezada kanunilik ilkesi boyutunun da gözden kaçırılmaması gerekmektedir. Nitekim, cezai sorumluluk doğuracak veya daha ağır bir cezaya neden olacak hususların kanunda açıkça belirtilmesi gereği karşısında, mevzuatta tartışmalı görünen ya da algılanan bir durumun, avukatların her durumda kamu görevlisi olduğu şeklinde yorumuyla veya kıyas yapılmasıyla ceza hukuku anlamında ağır sonuçlara ulaşılması söz konusu ilkeyi ihlal edecektir. Bu kapsamda, Yargıtay kararlarında zımnen ilga edildiği değerlendirilmesinin yapıldığını gördüğümüz genel hükümlere aykırı ve sınırlayıcı nitelikte olan AvK'nin 62. maddesinin ilga edildiği kabul edilebilseydi dahi yerine yeni bir

[120] Özbek ve Meraklı, "Ceza," 1166-67; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 1053-54. TCK'nin 5. maddesine ilişkin inceleme için ayrıca bkz. Aras Türay, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 5. Maddesine İlişkin Bir İnceleme," *Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan-Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 19, no. 2 (Aralık, 2013): 1727-47.

düzenleme yapılmadığı üzere, konuya ilişkin kanuni bir boşluk olduğu da kabul edilmeli ve bu durum avukatlar aleyhine değerlendirilmemelidir.^[121]

Kanaatimizce, hukuk sistemimizde, hukuk davaları ve icra işlemleri için avukat zorunluluğunun bulunmaması, soruşturmalarda ve ceza davalarında ise belli suçlar, sorgu işlemleri ve çocuklar dışında durumun aynı olması da avukatların kamu görevlisi sayılıp sayılmamaları hususunda dikkate alınması gereken bir durumdur. Nitekim, bir mağdurun Cumhuriyet savcısı yerine ceza davası açması mümkün değilken, temsil ettiği kişi adına hareket eden avukatların yaptığı işleri asil olan müvekkillerinin bizzat yapmaları da mümkündür. Zorunlu müdafilik ve vekillik hallerinde dahi, talepte bulunma, kanun yollarına başvurma gibi gerekli işlemleri bizzat asilin veya yasal temsilcisinin de ayrıca yapmasına engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla, avukatların tekelinde bulunan işler temsil yönünden olup, işin ilgilisi için bir sınırlama söz konusu değildir. Bu itibarla, avukatlar açısından kamu görevlilerinde olduğu gibi ilgili kişi tarafından ikamesi mümkün olmayan işlemler söz konusu olmadığı gibi, arama işleminde özel usule tabi olma, görev nedeniyle suç mağduru olma hallerinde bu suçların hakimlere karşı işlenmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gibi esasen temsil ettiği kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumayı amaçlayan güvencelerin, ceza sorumluluğu yönünden avukatların aleyhine değerlendirilmesi temel hukuk mantığına aykırı bir yaklaşımdır.

Bununla beraber, avukatların kamu görevlisi sayılıp sayılmamaları hususunda her iki yöndeki sıkı bir kabulün sakıncalarını da önler şekilde, öğretide ifade edildiğini gördüğümüz ve aşağıda yer verilecek yargı kararlarında uygulanan, genelleyici bir kabulde bulunulmayarak konunun somut iş üzerinden değerlendirilmesi kanaatimizce makul bir yaklaşımdır. Söz konusu uygulamanın, konuyu her somut işe ilişkin olarak, yoruma açık bir halde sürekli bir tartışma içinde tutması ve çelişkili yargı kararlarının da önünü açması aslında güçlü bir ihtimal idiye de aşağıda görüleceği üzere, güveni kötüye kullanma ve zimmet suçları tartışmasında, avukatların meslekleri kapsamında zilyetlikleri kendilerine devredilmiş olan mallar üzerindeki hukuka aykırı tasarruflarının tamamına yakını aynı tür olaylar oluşturmaktadır. Ancak yine de sorunun, ilişkin oldukları dosya dışında bağlayıcılıkları bulunmayan yargı kararlarıyla çözümü zor görünmektedir. Sorunun ana kaynağının temel bir konuda çağdaş hukuk devleti anlayışıyla bağdaşmayan karışık ve yoruma

[121] Şen ve Ervan, “Avukat Kamu Görevlisi midir?”

açık mevzuat hükümleri olduğu ve bu hükümlerin sebep olduğu tartışmalı alanların konumuzdan da ibaret olmadığı dikkate alındığında; sorunu nihai olarak, öğretideki, hukukun genel ilkelerine uygun görüşleri dikkate alan hakkaniyetli ve net bir kanun düzenlemesinin, diğer bir deyişle mevzuatın hakkaniyetli bir şekilde basitleştirilmesinin çözebileceği ifade edilmelidir. Nitekim, suçta ve cezada kanunilik ilkesi de bunu gerektirmektedir.

B) AVUKATLARIN FİİLERİ AÇISINDAN GÜVENİ KÖTÜYE KULLANMA VE ZİMMET SUÇLARI

1- Genel Olarak

Yargıtay kararları incelendiğinde, açılacak dava için müvekkilden harç bedeli ve benzeri amaçla para alınıp da maliyeye yatırmama gibi durumlara da rastlanmakla beraber, avukatların, meslekleri kapsamında zilyetlikleri kendilerine devredilmiş olan mallar üzerindeki hukuka aykırı tasarruflarının tamamına yakını, vekalet ilişkisine istinaden müvekkil adına tahsil edilen paranın müvekkile verilmeyerek avukatın uhdesinde tutulması fiilinin oluşturduğu görülmektedir. Söz konusu fiilin güveni kötüye kullanma suçunu mu yoksa zimmet suçunu mu oluşturacağı sorusunun cevabını, daha önce de belirtildiği üzere avukatların kamu görevlisi sayılıp sayılmadığına ve zilyetliğin devrinin kamu görevinden kaynaklanıp kaynaklanmadığına ilişkin kabuller belirlemektedir. Bu itibarla, konuya ilişkin Yargıtay kararlarına geçmeden önce ifade etmeliyiz ki benimsediğimiz görüşe göre belirtilen hallerde güveni kötüye kullanma suçunun oluştuğu açıktır.^[122]

İdari teşkilat içinde yer almayan ve kamu otoritesini ve gücünü kullanmaksızın müvekkiline ait maddi değeri mal edinen avukatın kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine zarar vermiş olduğundan söz etmenin mümkün olmamasına^[123] karşılık, güveni kötüye kullanma suçunun, mülkiyet hakkı ve güven hukuki değerlerini koruduğu hatırlanmalıdır. Parası kendisine verilmeyerek malvarlığı zarar gören bir müvekkilin, kamu idaresine değil seçtiği avukatının şahsına güvenmiş olduğu bir gerçektir. Mesleki sıfatın,

[122] Avukatların kamu görevlisi oldukları ve bu nedenle de söz konusu fiillerinin zimmet suçunu oluşturacağı görüşü için bkz. Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 1022; Gökcan ve Artuç, *Türk Ceza Kanunu Şerhi IV*, 5680; Gökcan, “Yeni Türk Ceza Kanunu,” 156; Mahmutoğlu ve Talas, “Avukatların,” 22.

[123] Özbek ve Meraklı, “Ceza,” 1170; Şen ve Ervan, “Avukat Kamu Görevlisi midir?,”

avukatlık hizmeti veriliyor olmasının güven duygusunu yoğunlaştırdığı ve kanunda bu durumun nitelikli hal olarak düzenlendiği de bir gerçektir. Bu itibarla güveni kötüye kullanma suçunun, teslimi TCK'nin 155/2. maddesi anlamında failin işlevsel sıfatı yani ifa edilen meslek, sanat, ticaret veya hizmet ilişkisi kapsamında kalan avukatlık mesleğinden ve bu çerçevede verilen avukatlık hizmetinden kaynaklanmış para hakkında işlenmesi nedeniyle suçun nitelikli hali oluşmaktadır.

2- Yargıtay Kararları

Yargıtay CGK'nin ayrı başlık altında inceleyeceğimiz 17.06.2021 tarihli kararında, müvekkil adına tahsil edilen paranın müvekkile verilmeyerek avukatın uhdesinde tutulması fiili hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçu olarak nitelendirilmiştir. Konuya ilişkin daire kararlarının,^[124] söz konusu CGK kararından öncesi ve sonrası olmak üzere ayrı ayrı incelenmesi yerinde olacaktır.

a) 17.06.2021 Tarihi Öncesi Daire Kararları

Yargıtay dairelerinin müvekkil adına tahsil edilen paranın müvekkile verilmeyerek avukatın uhdesinde tutulması fiiline ilişkin kararlarının çelişkili olduğu görülmektedir. Gerçekten de söz konusu fiili, Yargıtay 5. CD zimmet suçu olarak kabul etmekteken 15. ve 23. CD'leri hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçu nitelendirmesi yapmışlardır.

[124] Zimmet suçu nitelendirmesi içeren dosyalar Yargıtay 5. CD tarafından incelenmekteken, güveni kötüye kullanma suçu nitelendirmeli dosyalar daha önce Yargıtay 15 ve 23. Ceza Daireleri tarafından incelenip karara bağlanmaktaydı. Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'nun 22.12.2016 tarih ve 398 sayılı kararıyla, 23. CD 01.01.2017 tarihi itibarıyla kapatılarak, bu dairedaki dosyalar 15. CD'ne devredilmiştir. Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'nun 22.06.2021 tarih ve 196 sayılı kararı ile de 01.07.2021 tarihi itibarıyla 15. CD kapatılarak bu dairedaki dosyalar 11. CD'ye devredilmiş olup, söz konusu tarihten bu yana ve son olarak Yargıtay Başkanlar Kurulu'nun 08.01.2022 tarih ve 1 sayılı kararı ile hazırlanıp Yargıtay Büyük Genel Kurulu tarafından 26.01.2022 tarihinde onaylanan işbölümüne istinaden, güveni kötüye kullanma suçu nitelendirmeli dosyalar 11. CD tarafından incelenip karara bağlanmaktadır.

Konuya ilişkin 5. CD kararlarında,^[125] “AvK’nin 1. maddesindeki avukatlığın kamu hizmeti ve yargının kurucu unsurlarından olduğuna ilişkin belirleme, 2. maddesinde yazılı amacı, 76/1 ve 109/1-2. maddelerindeki Baroların ve TBB’nin kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları olduğuna ilişkin hükümler ile 5237 sayılı TCK’nin 6/1-c maddesindeki tanım ve gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde; AvK’nin 35/1 ve 35/A maddelerinde yazılı ve münhasıran avukatlar tarafından yapılabilecek iş ve işlemler ile uzlaştırma işlemi ve Barolar ile TBB’nin organlarında ifa ettikleri görevleri yönünden avukatların kamu görevlisi olduklarında kuşku bulunmadığı ve TCK’nin 247. maddesine göre zimmete geçirilen malın devlete veya özel kişilere ait olmasının suçun oluşması bakımından öneminin bulunmadığı” açıklamasıyla belirtilen hallerde zimmet suçunun oluştuğu sonucuna varılmıştır.

Belirtmek gerekir ki söz konusu Daire uygulamasında, yukarıda da temas ettiğimiz üzere, TCK’nin 5. maddesinin 01.01.2009 tarihinde yürürlüğe girmiş olması nedeniyle, TCK’nin genel hükümlerine aykırı ve sınırlayıcı nitelikte olan AvK’nin 62. maddesinin özel nitelikteki görevi kötüye kullanma

[125] “...avukat olarak görev yapan sanığın, ...vekaletname ile vekilliğini üstlendiği katılana irtifak bedeli ödenmesine ilişkin...Mahkemesinin...Kararına istinaden başlattığı ilamlı icra takibi sırasında 29/02/2008 tarihli reddiyat makbuzu ile kendisine ödenen parayı müvekkiline vermeyip uhdesinde tutması şeklinde sübut bulan eyleminin, TCK’nin 5. maddesinin 01/01/2009 tarihinde yürürlüğe girmiş olması da nazara alındığında, hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacağı,” Yargıtay 5. CD, E. 2020/6051, K. 2021/2481, 31.05.2021; “...TCK’nin 247. maddesine göre zimmete geçirilen malın devlete veya özel kişilere ait olmasının suçun oluşması bakımından öneminin bulunmadığı da nazara alındığında; suç tarihinde ...avukat olarak görev yapan sanığın, ...vekaletname ile vekilliğini üstlendiği katılana tazminat ödenmesine ilişkin... Kararına istinaden başlattığı ilamlı icra takibi sırasında 22/07/2010 tarihli reddiyat makbuzu ile kendisine ödenen 29.846,27 TL paranın 4.000,00 TL’sini müvekkiline verip kalanını uhdesinde tutması şeklinde sübut bulan eyleminin zimmet suçunu oluşturacağı gözetilmeden,” Yargıtay 5. CD, E. 2015/6499, K. 2019/10137, 24.10.2019; “1136 sayılı AvK’nin 1. maddesindeki avukatlığın kamu hizmeti ve yargının kurucu unsurlarından olduğuna ilişkin belirleme,... vekaletname ile katılanın avukatlığını üstlenen sanığın,...01/01/2009 tarihinden sonra görev ve yetkisi nedeniyle tahsil ettiği parayı katılana teslim etmeyip mal edinmesi şeklindeki eyleminin basit zimmet suçunu oluşturacağı,” Yargıtay 5. CD, E. 2017/3907, K. 2019/9452, 08.10.2019; bkz. aynı yönde; Yargıtay 5. CD, E. 2015/1134, K. 2018/8332, 31.10.2018 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 31.10.2022).

suçları açısından zımnen ilga edilmiş sayılması gerektiği gerekçesiyle, fiil tarihi ancak 01.01.2009 tarihi veya sonrası olduğu takdirde zimmet suçu nitelendirmesi yapılmıştır. Daha önceki bir tarih söz konusu olduğunda ise Daire'ye göre hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçu oluşmuştur.

Yargıtay 15. ve 23. Ceza Daireleri'nin konuya ilişkin değerlendirmesi ise herhangi bir tarih sınırı koymaksızın hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçu yönünde olmuştur.^[126] Söz konusu Daireler, avukat failere ilişkin olarak kamu görevlisi nitelendirmesi yapmaksızın, tahsil edilen paranın avukatın uhdesinde tutulmasını taraflar arasındaki ilişkinin gereklerine aykırı hareket olarak görmüş ve güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halinin oluştuğunu kabul etmiştir.

[126] “Sanık avukatın, alacağı haricen tahsil etmesine rağmen katılana ödemeyerek uhdesinde tuttuğu ve müvekkilinin bilgi ve talimatı olmaksızın borçlulardan ...adına kayıtlı taşınmazların tapu kayıtları üzerine konulan haciz şerhlerini kaldırdığı, sanığın eyleminin görevi kötüye kullanma suçuna vücut vermeyeceği, eylemin kül halinde TCK'nın 155/2. maddesinde düzenlenen hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçuna temas ettiği” Yargıtay 15. CD, E. 2019/14223, K. 2021/3408, 23.03.2021; “...avukatlık yapan sanığın, dosya alacaklısı katılanın vekillliğini üstelenerek davayı takip ettiği, yargılamanın sonucunda katılanın talep ettiği alacaklarının kabulüne dair verilen kararın kesinleşmesi üzerine, sanığın, söz konusu ilamı icra takibine koyduğu ve ...İcra Müdürlüğü'nün ...dosyası üzerinden katılan adına yürüttüğü icra takibi kapsamında, 18/09/2008 tarihinde, ...reddiyat makbuzuna istinaden katılan adına tahsil ettiği 8.399,70 TL paranın, hak ettiği vekalet ücreti haricindeki 6000 TL'lik kısmını katılana iade etmesi gerekirken uhdesinde tuttuğu, ...sanığın, katılana yönelik gerçekleştirdiği sabit görülen eyleminin hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğuna yönelik kabulde bir isabetsizlik görülmemiştir.” Yargıtay 15. CD, E. 2012/7561, K. 2014/581, 20.01.2014; bkz. aynı yönde Yargıtay 15. CD, E. 2017/10222, K. 2020/257, 15.01.2020; Yargıtay 15. CD, E. 2013/6405, K. 2014/21701, 22.12.2014; “Sanığın avukat olduğu ve katılan ile aralarındaki vekalet ilişkisine ve katılanın hamili olduğu üç adet senet alacağına istinaden, söz konusu senetlerin borçlusu olan...aleyhine,...Mahkemesinin...dosyası üzerinden ihtiyati haciz kararı aldırıldığı, mezkur kararın alınmasından sonra borçlu taraf ile anlaşarak senet bedellerini haricen tahsil etmesine rağmen teslim aldıkları paraları katılana iade etmeyip uhdesinde tuttuğu, ...üzerine atılı olan hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu işlediğinin sabit olduğunun anlaşılması karşısında;” Yargıtay 23. CD, E. 2015/6346, K. 2015/6246, 09.11.2015. Bkz. aynı yönde Yargıtay 23. CD, E. 2015/2705, K. 2015/4580, 01.10.2015. Daire'nin, zimmet suçu nitelendirmesi içeren “görevsizlik” kararları için bkz. Yargıtay 23. CD, E. 2015/11009, K. 2016/10967, 21.12.2016; Yargıtay 23. CD, E. 2015/8750, K. 2016/7435, 08.06.2016 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 31.10.2022).

Kanaatimizce, Yargıtay daireleri arasında görülen aynı tip olaylara ilişkin söz konusu çelişkili kararlar; 5. CD'nin, hukukun genel ilkeleri yönünden bir değerlendirme yapmaksızın ve somut olaydaki iş ve işlem ile bunlara ilişkin yetkilerinin dayanağını da irdelemeksizin, mesleklerinin tekelindeki tüm iş ve işlemler yönünden avukatları doğrudan ve genellemeye kamu görevlisi olarak kabul etmesine dayanan ve yukarıda değinildiği üzere suçta ve cezada kanunilik ilkesini de ihlal eden hatalı değerlendirmesinden kaynaklanmıştır. Öte yandan hangi içtihadın isabetli olduğu farketmeksizin, süregelen bir belirsizlik doğuran çelişkili yüksek yargı kararlarının hukuki güvenlik ilkesi ve adil yargılanma hakkıyla uygun düşmedikleri de ifade edilmelidir.^[127]

b) 17.06.2021 Tarihli Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı

Yargıtay Ceza Daireleri'nin çelişkili kararları sürmekteyken, CGK 17.06.2021 tarihli kararıyla,^[128] müvekkil adına tahsil edilen paranın müvekkile verilmeyerek avukatın uhdesinde tutulması fiilini hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçu olarak nitelendirmiştir. Kamulaştırma bedelinin artırılması davasında ahzu kabz yetkisi de içeren vekaletnameye istinaden katılanın vekilliğini üstlenen ve dava sonucunda hükmedilen bedel artırımını icra takibiyle tahsil eden avukat sanığın, söz konusu parayı katılana teslim etmeyerek uhdesinde tuttuğu olaya ilişkin olan söz konusu kararda önemli değerlendirmelerde bulunulmuştur.

[127] Konuya ilişkin olarak bkz. Okan Taşdelen, "Çelişkili Yargı Kararlarının Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi," Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, no. 7 (Haziran, 2016): 987-1024.

[128] "...Avukat olan sanık... 'ın,... Asliye Hukuk Mahkemesi' nin... kamulaştırma bedelinin artırılması davasında alacaklı olan katılan ... 'nın vekili sıfatı ile davayı takip ettiği, davanın kısmen kabulüne karar verildikten sonra faizi ile birlikte 748.660,54 TL'lik alacağın tahsili için icra takibi başlattığı, bu takibe ilişkin toplam 792.284,76 TL alacağı 31.07.2000 tarihli vekâletnamede bulunan ahzu kabz yetkisine dayanarak 10.05.2010 tarihinde iki adet reddiyat makbuzu ile tahsil ettiği hâlde yaklaşık üç yıl boyunca bu parayı müvekkili olan katılan ... 'ya vermediği ve uhdesinde tuttuğu, katılanın sanık hakkında şikâyetçi olduktan sonra sanık aleyhine icra takibi başlattığı ve sanığın eyleminin zimmet suçunu oluşturduğu kabul edilen olayda;... sanığın eyleminin hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir." Yargıtay CGK, E. 2021/43, K. 2021/287, 17.06.2021 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 31.10.2022).

Öğretiden önemli ölçüde faydalanılan kararda, ilgili mevzuat hükümlerine, yargı görevi yapan ve kamu görevlisi kavramlarına, özel genel norm ilişkisine, kanunilik ilkesine ve kıyas yasağına değinilerek, avukatların kamu görevlisi sayılıp sayılmadıkları ile somut olayda zilyetliğin devrinin failin kamu görevinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı hususları incelenmiştir. CGK, kamu görevlisi ve yargı görevi yapan kavramlarının birbirinden farklı olduğunu ve aynı sonucu doğurmadıklarını, mesleklerin icrası sırasında avukatların kamu görevlisi olduğunu ancak serbest meslek mensubu olan avukatların yaptığı tüm işlerde kamu görevlisi sayılacağını kabul etmenin, kanunilik ilkesine ve bunun önemli sonucu olan kıyas yasağına aykırılık oluşturacağını ifade etmiştir.

CGK'ya göre sanık, AvK'nin 35. maddesinde sayılan ve yalnız avukatların yapabileceği işler arasında olan adli işlemleri takip etmek kapsamındaki icra takibinde bulunma görevini kanundan almıştır ancak bu yetkiyi kullanırken müvekkilinin parasını tahsil etmesi, doğrudan avukatlık görevinden kaynaklanmamış olup, tahsil işlemi suç tarihinde yürürlükte olan düzenleme uyarınca ahzu kabz yetkisine dayanılarak gerçekleştirilmiştir. Nitekim, katılanın iradesi doğrultusunda verilmesi üzerine vekaletnamede ayrıca yer alan ahzu kabz yetkisi bulunmasaydı, sanığın parayı tahsil etmesi mümkün değildi.^[129] Ayrıca, katılan tarafından söz konusu yetki istenildiği zaman geri

[129] CGK kararında, ahzu kabz yetkisine ilişkin olarak Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün 24.11.2011 tarih ve 29359 sayılı, "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden önce düzenlenmiş ve 'ahzu kabz' yetkisi içermeyen vekaletnamelere dayanılarak 01.10.2011 tarihinde ve sonrasında vekaletnamede bulunmayan bir yetkinin dolayısıyla 'ahzu kabz' yetkisinin vekalet verenin iradesine aykırı bir şekilde kullanılmıyacağı, söz konusu Kanun'un yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden sonra düzenlenen vekaletnamelerde ise aksi belirtilmediği sürece ahzu kabz yetkisinin kullanılabilirliği" şeklindeki görüş yazısına yer verilip Yargıtay Özel Hukuk Dairelerince de benzer görüşün benimsenmiş olduğu ve bu doğrultuda uygulama yapıldığı belirtildikten sonra, "Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere suç tarihinde avukatın müvekkilinin parasını tahsil edebilmesi için vekaletnamede ahzu kabz yetkisinin bulunmasının gerektiği ve bu yetkinin de görevi gereği değil müvekkilinin talebi ve iradesi doğrultusunda vekalet ilişkisi çerçevesinde avukata verildiğinden, istenildiği takdirde de bu yetkinin sonlandırılabilirliğinden ve yine vekalet ilişkisi çerçevesinde müvekkilin vekilini azledebileceğinden söz konusu görevin hizmet ilişkisi çerçevesinde olduğunun değerlendirilmesi gerekmektedir." denilmiştir. Belirtmek gerekir ki, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden sonra ahzu kabz yetkisi vermek istemeyen vekalet

alınabileceği gibi, sanığın azledilmesiyle veya kendisinin istifasıyla veyahut da ölüm, ehliyetsizlik ve iflas gibi nedenlerle aradaki vekalet ilişkisinin bitmesi de mümkündür. Bu itibarla, sanık ile katılan arasındaki ilişkide kamu otoritesi ve kamu gücü kullanılmamış ve sanığın eyleminden dolayı kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişi değil sanık ile katılan arasındaki vekalet ilişkisi zarar görmüştür. Yine, sanığın hukuka aykırı olarak malvarlığına geçirdiği maddi değer, müvekkili olan katılana ait bir değer olduğu üzere oluşan zarar kamu zararı değildir. Somut olayda kamusal faaliyetin yürütülmesine katılan kişi konumunda olmayan sanık, söz konusu paranın tahsili için katılan tarafından kendisine verilen ahzu kabz yetkisine dayanarak tahsilat yapmış olduğundan, söz konusu paranın sanığa teslimi, doğrudan görevi nedeniyle yani avukat olmasının doğal sonucu olarak gerçekleşmemiştir. Paranın teslimi, katılan tarafından sanığın şahsına duyulan güven ilişkisi nedeniyle verilen ahzu kabz yetkisine istinaden gerçekleşmiş ve aralarındaki ilişki hizmet ilişkisi kapsamında kalmıştır. CGK'ya göre, tüm bu gerekçelerle sanığın eylemi hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturmaktadır.

CGK kararında, 5. CD'nin TCK'nin 5. maddesinin yürürlüğe girdiği 01.01.2009 tarihinde zımnen ilga edilmiş olduğunu kabul ettiği AvK'nin 62. maddesinin mevcut haline yer verildikten sonra, "biçiminde düzenlenerek 5237 Sayılı TCK ile uyumlu hale getirilerek suç tarihinde yürürlükte olan şeklini almıştır" ifadesine yer verilmesi de önemlidir. Karara konu olayda sanığın, müvekkile ait olan parayı 10.05.2010 tarihinde tahsil ettiği dikkate alındığında, karar metninde yeterli açıklama bulunmasa da CGK'nin, avukatların görevi kötüye kullanma ve görevi ihmal suçları dışında kamu görevlilerinin işleyebileceği özgü suçların faili olmalarını önleyen AvK'nin 62. maddesinin yürürlükten kalkmış olduğu düşüncesine katılmadığı anlaşılmaktadır.

Sonuç itibarıyla, konuya ilişkin olarak hukukun genel ilkelerini ihlal ederek avukatlar aleyhine sonuç doğuran yaklaşımın uygulanmadığı CGK

verenin bu iradesi vekaletnamede yer aldığından, söz konusu yetkinin kullanılabilmesi için yine vekalet verenin olumlu iradesi gerekmektedir. Halen, vekalet verenin iradesine dayanmayan bir ahzu kabz yetkisi mümkün olmadığı üzere CGK'nin mevcut yaklaşımındaki sonucun, 01.10.2011 tarihinden sonra düzenlenen vekaletnameler açısından değişmesi için bir sebep görünmemektedir. Yetkisiz bir para teslimi söz konusu olduğunda ise güveni kötüye kullanma suçunun ön koşulu gerçekleşmemiş olacaktır.

kararının, öğretilerde katıldığımız görüşle aynı paralelde olduğu görülmektedir. Suçun nitelikli her halini hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma olarak adlandırmakta olan Yargıtay'ın, katılan ile avukat olan sanık arasındaki ilişkinin türünü 155/2. madde kapsamında irdelemeksizin doğrudan ilişkinin hizmet ilişkisi kapsamında kaldığı sonucuna ulaşması eleştirilebilirse de bu yöndeki tespitlerin uygulanacak maddeyi değiştirmeyeceği de bir gerçektir. Doğru sonuca serbest iradeye dayalı vekaletname ilişkisi ile bu ilişki kapsamındaki ahzu kabz yetkisini dikkate alarak ulaşılan söz konusu kararın, dairelerin konu hakkında hukuki güvenlik ilkesi ile adil yargılanma hakkını ihlal eder şekilde çelişkili kararları devam ettirmekteyken verilmesinin son derece önemli olduğu açıktır.

Daha önce de ifade edildiği üzere, avukatların kamu görevlisi sayılıp sayılmamaları hususunda her iki yöndeki sıkı bir kabulün sakıncalarını da önler şekilde, genelleyici bir kabulde bulunulmayarak konunun somut iş üzerinden değerlendirilmesi kanaatimizce makul bir yaklaşımdır. Söz konusu uygulamanın, konuyu her somut işe ilişkin olarak, yoruma açık bir halde sürekli bir tartışma içinde tutması ve çelişkili yargı kararlarının da önünü açması aslında güçlü bir ihtimal idiyse de CGK kararının çözüme kavuşturduğu olay türünün, güveni kötüye kullanma ve zimmet suçları tartışmasında, avukatların meslekleri kapsamında zilyetlikleri kendilerine devredilmiş olan mallar üzerindeki hukuka aykırı tasarruflarının tamamına yakınına oluşturması bu ihtimali bertaraf etmektedir. Bununla beraber, CGK kararlarının ilişkin olduğu dosya dışında bağlayıcılıklarının bulunmaması önemli bir sorundur. Kaldı ki genel bir bağlayıcılığı olmayan söz konusu CGK kararı dahi oy çokluğuyla alınmış olup, bazı üyeler tarafından 5. CD'nin yukarıda değindiğimiz kararlarının dayandığı gerekçelerle eylemin zimmet suçunu oluşturduğu yönünde oy kullanılmıştır.^[130]

[130] “Bu olayda sanık avukatın eyleminin zimmet suçunu oluşturduğu kanaatinde olduğumuzdan Yüksek Yargıtay CGK'nin çoğunluk görüşüne katılmıyoruz; Şöyle ki; Olayın oluş ve kabulünde, sayın çoğunluk ile aramızda herhangi bir fark olmayıp, sayın çoğunluktan ayrıldığımız husus eylemin nitelendirilmesi ile ilgilidir... Sanık avukatın TCK'nın 6/1-c maddesi gereğince kamu görevlisi olduğu, yaptığı işin kamusal faaliyet olduğu, icra işlemlerinin 1136 Sayılı AvK'nin 35. maddesine göre avukatın takibi edebildiği adli işlemlerden olup TCK'nın 6/1-d maddesine göre avukatın icra ve haciz mahallinde ve işlerinde yargı kararlarına göre de yargı görevini yapan olarak kabul edildiği, TCK'nın 5. maddesine göre ‘Bu kanunun genel hükümleri özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır’ hükmü karşısında

Sorunun ana kaynağının temel bir konuda çağdaş hukuk devleti anlayışıyla bağdaşmayan karışık ve yoruma açık mevzuat hükümleri olduğu ve bu hükümlerin sebep olduğu tartışmalı alanların konumuzdan da ibaret olmadığı dikkate alındığında; sorunu nihai olarak, öğretilerdeki, hukukun genel ilkelerine uygun görüşleri dikkate alan hakkaniyetli ve net bir kanun düzenlemesinin, diğer bir deyişle mevzuatın hakkaniyetli bir şekilde basitleştirilmesinin çözebileceği ifade edilmelidir. Nitekim, suçta ve cezada kanunilik ilkesi de bunu gerektirmektedir.

c) 17.06.2021 Tarihi Sonrası Daire Kararları

Yargıtay CGK'nin 17.06.2021 tarihli kararı sonrası, güveni kötüye kullanma suçlarında görevli tek daire haline gelen ve 15 ile 23. Ceza Daireleri'nin çizgisini devam ettiren 11. CD'nin^[131] yanısıra zimmet suçlarına bakmaya

1136 Sayılı AvK'nin 62. maddesine göre TCK'nın genel hükümlerinin uygulanması gerektiği, TCK'nın 5. maddesinin yürürlük tarihinin 01.01.2009 olduğu, suç tarihinin de 10.05.2010 olduğu, sanığın savunmasının hiçbir maddi delile dayanmadığı, ödemede bulunmadığı, TCK'nın 247. maddesinin gerekçesinde zimmete geçirilen malın devlete, bir kamu kuruluşuna veya özel kişilere ait olmasının suçun oluşumu bakımından bir öneminin bulunmadığı anlaşılmalı, Serbest meslek sahibi de olsa sanık avukat ...'ın 01.01.2009 tarihinden sonra 10.05.2010 tarihinde işlediği kabul edilen görevi gereği zilyetliği kendisine devredilen koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu parayı uhdesinde tutarak müvekkili hak sahibi katılana vermeme eyleminin TCK'nın 247. maddesindeki zimmet suçunu oluşturduğu görüşüyle, Çoğunluk görüşüne katılmayan beş CGK üyesi de; benzer gerekçelerle karşı oy kullanmışlardır.” Yargıtay CGK, E. 2021/43, K. 2021/287, 17.06.2021 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 31.10.2022).

[131] “...serbest Avukatlık yapan sanığın, katılan tarafından taşındığı ev sahibinden 1.000 TL depozite alacağını tahsil etmesi amacıyla verdiği vekaletname uyarınca, ev sahibi...’e ihtarname gönderip, tahsil ettiği 800 TL parayı müştekiden gizleyip uhdesinde tutmak suretiyle hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu işlediği iddia edilen olayda; dosya içerisinde bulunan 24.04.2007 tarihli mağdur tarafından imzalanan ve imzaya itiraz edilmeyen ibranamede, sanığın haricen yapmış olduğu tahsilatların kendisine ödendiğini kabul ederek kendisi ile uzlaştığını belirtmiş olması karşısında, sanığın 24.04.2007 tarihinde tahsil ettiği parayı aynı gün katılana vermiş olması nedeniyle atılı suçun yasal unsurlarının oluşmadığı anlaşılmalı sanığın beraatine hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması,” Yargıtay 11. CD, E. 2022/2468, K. 2022/12440, 14.06.2022; “alacaklı olan katılanın 14.04.2011 tarihinde sanık...’i vekil tayin ettiği,...sanık avukat...’in katılanın talimatı

devam eden 5. Ceza Dairesi'nin de^[132] müvekkil adına tahsil edilen paranın müvekkile verilmeyerek avukatın uhdesinde tutulması fiilini söz konusu CGK kararıyla uyumlu olarak hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçu olarak nitelendirdiği görülmektedir. İçtihat değişikliğine giden 5. CD'nin konuya ilişkin kararlarında, CGK'nin 17/06/2021 tarihli kararının Dairelerince de benimsendiği belirtildikten sonra, “sanık ile katılan arasındaki vekalet ilişkisinde kamu otoritesi ve kamu gücünün kullanılmadığı, söz konusu paraların teslim edilmesinin sanığın avukat olmasının doğal sonucu değil katılan tarafından şahsına duyulan güven ilişkisi nedeniyle verilen ahzu kabz yetkisi kapsamında gerçekleştirildiği ve buna bağlı olarak

ile yapmış olduğu icra takibi sonucu alacağı haricen tahsil etmesine rağmen uhdesinde tutup katılana teslim etmediği, eyleminin...5237 Sayılı TCK'nin 155/2 maddesinde düzenlenen hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğu,” Yargıtay 11. CD, E. 2021/12786, K. 2021/10145, 10.11.2021. Bkz aynı yönde Yargıtay 11. CD, E. 2021/13805, K. 2022/7411, 27.04.2022 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 31.10.2022).

[132] “avukat olarak görev yapan ve katılan...’ın vekilliğini üstlenen sanığın,...dava sırasında sigorta şirketinden tahsil ettiği 71.000 TL tazminat bedelini müvekkiline vermeyerek uhdesinde tuttuğu iddia edilen somut olayda; sanığın eyleminin sübutu halinde Dairemizce de benimsenen CGK'nin 17/06/2021 tarihli ve 2021/5-43 Esas, 2021/287 sayılı Kararında da açıklandığı üzere TCK'nin 155/2. maddesinde tanımlanan hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacağı” Yargıtay 5. CD, E. 2021/7531, K. 2022/12519, 25.10.2022; “...avukat olan sanığın alacaklı katılanın vekili sıfatıyla ...İcra Müdürlüğünün...dosyasında 13/03/2014 tarihinde borçludan haricen tahsil ettiği parayı uhdesinde tuttuğu ve bu suretle katılanı zarara uğrattığı iddia ve kabul edilen dava konusu somut olayda;Dairemizce de benimsenen CGK'nin 17/06/2021 tarihli ve 2021/5-43 Esas, 2021/287 sayılı Kararında da açıklandığı üzere; sanık ile katılan arasındaki vekalet ilişkisinde kamu otoritesi ve kamu gücünün kullanılmadığı, söz konusu paranın teslim edilmesinin sanığın avukat olmasının doğal sonucu değil katılan tarafından şahsına duyulan güven ilişkisi nedeniyle verilen ahzu kabz yetkisi kapsamında gerçekleştirildiği ve buna bağlı olarak da aralarındaki ilişkinin hizmet ilişkisi kapsamında kaldığı gözetildiğinde, sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK'nin 155/2. maddesinde tanımlanan hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacağı gözetilmeden suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde zimmet suçundan mahkumiyet kararı verilmesi,” Yargıtay 5. CD, E. 2021/11677, K. 2022/3056, 15.03.2022; bkz aynı yönde Yargıtay 5. CD, E. 2021/9010, K. 2022/7007, 20.06.2022; Yargıtay 5. CD, E. 2021/5342, K. 2022/1518, 08.02.2022 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 31.10.2022).

da aralarındaki ilişkinin hizmet ilişkisi kapsamında kaldığı gözetildiğinde” ifadelerine yer verilmektedir.

Söz konusu olumlu gelişmeye karşılık, CGK kararını incelerken genel bir bağlayıcılığı olmayan bu kararın sorunu kalıcı olarak çözebilirliği hususunda dile getirdiğimiz kaygıları haklı kılar şekilde, 5. CD’nin oyçokluğuyla alınmış kararlarına ve bu kararlarda Daire’nin CGK kararı öncesindeki içtihadına uygun gerekçelerle zimmet suçu yönünde oy kullanıldığına rastlandığı ifade edilmelidir.^[133]

[133] “Karşı oy:...birlikte değerlendirildiğinde; avukatların, 1136 sayılı Kanun’un 35/1 ve 35/A maddelerinde yazılı ve münhasıran avukatlar tarafından yapılabilecek iş ve işlemler ile uzlaştırma işlemi ve barolar ile TBB’nin organlarında ifa ettikleri görevleri yönünden kamu görevlisi oldukları kabul edilmelidir...Öğretide de kabul edildiği üzere; TCK’nın 6. maddesi kapsamında, kamusal faaliyet yaptıkları, dolayısıyla kamu görevlisi oldukları konusunda, anılan maddenin gerekçesi karşısında bir kuşku bulunmayan avukatın, görevi sebebiyle kendisine teslim edilen müvekkiline ait parayı veya başka bir eşyayı müvekkiline vermemesi durumunda, zimmet suçunun oluşacağı ifade edilmektedir...Bu nedenle öğreti ve uygulamada kabul edildiği, TCK’nın 247. maddesinin gerekçesinde de ifade edildiği üzere, zimmete geçirilen malın Devlete veya özel kişilere ait olmasının suçun oluşması bakımından öneminin bulunmadığı, kamu görevlisi olan avukatların 01/01/2009 tarihinden sonra görevleri nedeniyle zilyetliği kendilerine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü oldukları malları uhdelinde tutmaları halinde 5237 sayılı TCK’nın 247. maddesinde düzenlenen zimmet suçunun faili olabilecekleri kabul edilmelidir.” Yargıtay 5. CD, E. 2021/838, K. 2022/9302, 07.07.2022; bkz. aynı yönde Yargıtay 5. CD, E. 2018/5708, K. 2022/3091, 15.03.2022 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, Erişim Tarihi: 31.10.2022).

SONUÇ

Çağdaş dönem hukukunun ortaya koyduğu bir kavram olan ve sonradan bağımsız bir suç haline gelen güveni kötüye kullanmanın, 5237 sayılı TCK'nin 155. maddesinde de ayrı ve hareket unsuru 765 sayılı TCK'den daha kapsamlı bir suç olarak düzenlenmesi son derece yerindedir. Söz konusu suçun ihdasıyla korunan hukuki değer, mülkiyet hakkından ibaret olmadığı ve taraflar arasındaki sözleşmeye dayanan güven ile zilyetliğin de korunduğu yönündeki görüşün isabetli olduğu da ifade edilmelidir.

Koruduğu hukuki değerlerle sosyal düzenin devamını sağlayan güveni kötüye kullanma suçuna ilişkin olarak, teori ve uygulamada esasen çok ciddi sorunların ve derin ayrışmaların bulunmadığı görülmektedir. Güveni kötüye kullanma suçuyla ilgili olarak en yoğun tartışmanın, avukatların, meslekleri kapsamında zilyetlikleri kendilerine devredilmiş olan mallar üzerindeki hukuka aykırı tasarruflarının bu suçu mu yoksa zimmet suçu mu oluşturacağı tartışması olduğunu söylemek mümkündür. Temelde söz konusu tartışma da güveni kötüye kullanma suçunun unsurlarından değil, avukatların kamu görevlisi sayılıp sayılmadığı ve zilyetliğin devrinin kamu görevinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı hususlarına ilişkin görüş ayrılıklarından kaynaklanmaktadır. Söz konusu tartışmaya geçmeden önce, güveni kötüye kullanma suçuna ilişkin bazı değerlendirmelere kısaca yer vermek yerinde olacaktır.

Suçun düzenlendiği madde metninin başında yer alan “başkasına ait olup da” ibaresinin varlığı karşısında, malın malikinin de güveni kötüye kullanma suçunun faili olabileceği görüşünü kabulün, kanunilik ilkesine aykırılık oluşturacağı ifade edilmelidir.

Güveni kötüye kullanma suçunun oluşması için sözleşme varlığı gerekse de zilyetliğin devrine ilişkin sözleşmede, geçerli rızadan öte sıkı bir şekilde özel hukuk anlamında geçerliliğin aranması, kanaatimizce, kanunda öngörülme-yen bir uygulamayla suçla korunan hukuki değerlerin korunma alanını daraltacaktır. Yargıtay CGK'nin de konuya ilişkin kararlarında esasen, hukuken geçerli sözleşme gerekliliğini “aldatılmamış özgür irade” vurgusuyla yaptığı görülmektedir. Diğer yandan, zilyetliğin devrinin hukuka aykırı bir amaçla yapılması veya zilyetliği devredilen malın uyuşturucu gibi bizatihi suç teşkil eden bir mal olması hallerinde, ne hukuki bir zilyetlik devrinden

ne de hukukun koruduğu bir güven ilişkisinden söz edilemeyeceği ve bu itibarla, güveni kötüye kullanma suçunun da oluşmayacağı kabul edilmelidir.

Öğretide yerinde olarak ifade edildiği üzere, madde metninde, “kendisinin veya başkasının yararına olarak” ifadesine yer verilmişse de sırf hareket suçu söz konusu olup suçun oluşması için failin hareketiyle mağdurun mal varlığının zarar görmesi de failin ya da üçüncü kişinin yarar sağlamış olması da şart değildir. Söz konusu ifadeyle kastedilen, kendi lehine zilyetlik tesis edilmiş olan failin, zilyetliği üçüncü kişi lehine mülkiyete dönüştürdüğü hallerde de güveni kötüye kullanma suçunun oluşacağıdır. Kaldı ki seçimlik hareketlerden biri yapıldığında, suçla korunan güven ilişkisi zaten zarar görmüş olacaktır. Öte yandan, aynı yönde Yargıtay kararlarına rastlanıldığı gibi yine kanundaki ifadeden hareketle öğretide de ileri sürülen, güveni kötüye kullanma suçu failinde, yarar sağlamaya ilişkin özel kastın bulunması gerektiği görüşüne katılmak mümkün görünmemektedir. Kanaatimizce, suçun hareket unsuru kasten gerçekleştirildiğinde, failde yarar sağlamaya ilişkin özel kast bulunmasa da suçla korunan güven ilişkisinin zarar görmüş olacağı da bir gerçektir.

Kanaatimizce, suçun koruduğu hukuki değerlerden biri güven duygusu olduğu üzere, suç birden fazla hareketle işlenirken failin yakalandığı hallerde de teşebbüs değil, mağdurun güven duygusu yönünden zarar neticesiyle tamamlanmış bir suç söz konusudur.

Avukatların, meslekleri kapsamında zilyetlikleri kendilerine devredilmiş olan mallar üzerindeki hukuka aykırı tasarruflarının güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli halini mi yoksa daha ağır ceza öngörülen zimmet suçunu mu oluşturacağı sorusunun cevabını belirleyecek tartışmada, avukatların, kamu hizmeti söz konusu olsa da en azından her faaliyetleri açısından kamu görevlisi olmadıkları görüşüne katıldığımız ifade edilmelidir. Öte yandan, TCK'nin 5. maddesinin yürürlüğe girmiş olması nedeniyle, AvK'nin 62. maddesinin zımnen ilga edilmiş sayılması gerektiği düşüncesine katılmadığımız da belirtilmelidir.

Kanaatimizce, hukuk sistemimizde, hukuk davaları ve icra işlemleri için avukat zorunluluğunun bulunmaması, soruşturmalarda ve ceza davalarında ise belli suçlar, sorgu işlemleri ve çocuklar dışında durumun aynı olması da avukatların kamu görevlisi sayılıp sayılmamaları hususunda dikkate alınması gereken bir durumdur. Nitekim, bir mağdurun Cumhuriyet savcısı

yerine ceza davası açması mümkün değilken, temsil ettiği kişi adına hareket eden avukatların yaptığı işleri asil müvekkillerinin bizzat yapmaları da mümkündür. Zorunlu müdafilik ve vekillik hallerinde dahi, talepte bulunma, kanun yollarına başvurma gibi gerekli işlemleri bizzat asilin veya yasal temsilcinin de ayrıca yapmasına engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla, avukatların tekelinde bulunan işler temsil yönünden olup, işin ilgilisi için bir sınırlama söz konusu değildir. Bu itibarla, avukatlar açısından kamu görevlilerinde olduğu gibi ilgili kişi tarafından ikamesi mümkün olmayan işlemler söz konusu olmadığı gibi, arama işleminde özel usule tabi olma, görev nedeniyle suç mağduru olma hallerinde bu suçların hakimlere karşı işlenmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gibi esasen temsil ettiği kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumayı amaçlayan güvencelerin, ceza sorumluluğu yönünden avukatların aleyhine değerlendirilmesi temel hukuk mantığına aykırı bir yaklaşımdır.

Bununla beraber, avukatların kamu görevlisi sayılıp sayılmamaları hususunda her iki yöndeki sıkı bir kabulün sakıncalarını da önler şekilde, öğretide dile getirilen ve Yargıtay tarafından da uygulanmaya başlanan, genelleyici bir kabulde bulunulmayarak konunun somut iş üzerinden değerlendirilmesi kanaatimizce makul bir yaklaşımdır. Söz konusu uygulamanın, konuyu her somut işe ilişkin olarak, yoruma açık bir halde sürekli bir tartışma içinde tutması ve çelişkili yargı kararlarının da önünü açması aslında güçlü bir ihtimal idiyse de güveni kötüye kullanma ve zimmet suçları tartışmasında, avukatların meslekleri kapsamında zilyetlikleri kendilerine devredilmiş olan mallar üzerindeki hukuka aykırı tasarruflarının tamamına yakını aynı olay türünün, vekalet ilişkisine istinaden müvekkil adına tahsil edilen paranın müvekkile verilmeyerek avukatın uhdesinde tutulması fiilinin oluşturduğu görülmektedir. Benimsediğimiz görüşe göre, belirtilen hallerde güveni kötüye kullanma suçunun olduğu açıktır. İdari teşkilat içinde yer almayan ve kamu otoritesini ve gücünü kullanmaksızın müvekkiline ait maddi değeri mal edinen avukatın kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine zarar vermiş olduğundan söz etmenin mümkün olmamasına karşılık, güveni kötüye kullanma suçunun, mülkiyet hakkı ve güven hukuki değerlerini koruduğu hatırlanmalıdır. Parası kendisine verilmeyerek malvarlığı zarar gören bir müvekkilin, kamu idaresine değil seçtiği avukatının şahsına güvenmiş olduğu bir gerçektir. Mesleki sıfatın, avukatlık hizmeti veriliyor olmasının güven duygusunu yoğunlaştırdığı ve kanunda bu durumun nitelikli hal olarak düzenlendiği de bir gerçektir. Bu itibarla güveni kötüye kullanma suçunun,

teslimi TCK'nin 155/2. maddesi anlamında failin işlevsel sıfatı yani ifa edilen meslek, sanat, ticaret veya hizmet ilişkisi kapsamında kalan avukatlık mesleğinden ve bu çerçevede verilen avukatlık hizmetinden kaynaklanmış para hakkında işlenmesi nedeniyle suçun nitelikli hali oluşmaktadır.

Yargıtay dairelerinin, konu hakkında hukuki güvenlik ilkesi ile adil yargılanma hakkını ihlal eder şekilde çelişkili kararları devam etmekteyken verilen 17.06.2021 tarihli CGK kararının son derece olumlu bir gelişme olduğu belirtilmelidir. CGK'nin öğretilerdeki katıldığımız görüşe genişçe yer verip dayandığı söz konusu kararında, müvekkil adına tahsil edilen paranın müvekkile verilmeyerek avukatın uhdesinde tutulması fiilinin, hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçu olarak nitelendirilmesi gayet isabetlidir. Kararda, öğretiyile uyumlu olarak, sanık ile müvekkili arasındaki ilişkide kamu otoritesi ve kamu gücünün kullanılmadığı ve sanığın eyleminin kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişine değil vekalet ilişkisine zarar verdiği, paranın sanığa tesliminin, doğrudan görevi nedeniyle yani avukat olmasının doğal sonucu olarak değil katılan tarafından sanığın şahsına duyulan güven ilişkisi nedeniyle verilen yetkiye istinaden gerçekleşmiş olduğu vurguları yapıldığı görülmektedir.

Bununla beraber, CGK kararlarının, ilişkin oldukları dosya dışında bağlayıcılıklarının bulunmaması önemli bir sorundur. Kaldı ki genel bir bağlayıcılığı olmayan söz konusu CGK kararı dahi oy çokluğuyla alındığı gibi, bu karar sonrasında güveni kötüye kullanma suçu yönünde içtihat değişikliğine giden 5. CD'nin de oy çokluğuyla alınan kararlarına rastlanmaktadır. CGK'nın ve 5. CD'nin söz konusu kararlarındaki karşı oylarda, yine avukatların doğrudan ve genellemeye kamu görevlisi olarak kabul edilmesine dayanılarak, müvekkil adına tahsil edilen paranın müvekkile verilmeyerek avukatın uhdesinde tutulması fiilinin zimmet suçunu oluşturduğu yönünde görüşler ileri sürülmektedir. Sorunun ana kaynağının temel bir konuda çağdaş hukuk devleti anlayışıyla bağdaşmayan karışık ve yoruma açık mevzuat hükümleri olduğu ve bu hükümlerin sebep olduğu tartışmalı alanların konumuzdan da ibaret olmadığı dikkate alındığında; sorunu nihai olarak, öğretilerdeki, hukukun genel ilkelerine uygun görüşleri dikkate alan hakkaniyetli ve net bir kanun düzenlemesinin, diğer bir deyişle mevzuatın hakkaniyetli bir şekilde basitleştirilmesinin çözebileceği ifade edilmelidir. Nitekim, suçta ve cezada kanunilik ilkesi de bunu gerektirmektedir.

KAYNAKÇA

- Akipek, Jale ve Turgut Akıntürk. *Eşya Hukuku*. 1. Baskı. İstanbul: Beta, 2009.
- Aksoy Dursun, Sanem. *Eşya Kavramı*. 1. Baskı. İstanbul: On İki Levha, 2012.
- Artuç, Mustafa. *Malvarlığına Karşı Suçlar*. 4. Baskı. Ankara: Adalet, 2020.
- Artuk, M. Emin, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. 19. Baskı. Ankara: Adalet, 2021.
- Atalan, Mustafa. *Dolandırıcılık, Güveni Kötüye Kullanma ve Sahtecilik Suçları Şerhi*. 1. Baskı. Ankara: Adalet: 2015.
- Aytekin İnceoğlu, Asuman. “Güveni Kötüye Kullanma Suçu.” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 1 (2018): 41-85.
- Bakıcı, Sedat. *5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Özel Hükümleri I*. 1. Baskı. Ankara: Adalet, 2008.
- Bekri, M.Nedim. *Türk Ceza Kanunu'nda Zimmet Suçu*. 1. Baskı. Ankara: Adalet, 2007.
- Budak, Ali Cem. “Avukatlık Mesleği, Mesleğin Özellikleri ve Tarihçesi,” içinde *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, Editör Ali Cem Budak, 1-14. İstanbul: Filiz, 2022.
- Bulutoğlu, Kenan. *Emniyeti Suistimal Cürümleri*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1955.
- Can Canpolat, “5237 sayılı TCK’da Düzenlenen Güveni Kötüye Kullanma Suçu.” Yüksek lisans tezi, Marmara Üniversitesi, 2009.
- Centel, Nur. “Zimmet Suçu ile Karşılaştırmalı Olarak Bankacılık Zimmeti.” *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – Prof. Dr. Erol Cihan Armağanı* 4, no. 8 (Aralık, 2018): 229-44.
- Centel, Nur. “Zimmet Suçu (TCK m.247).” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan* 21, no. Özel Sayı (2019): 2779-800.
- Centel, Nur, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut. *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar I*. 3. Baskı. İstanbul: Beta, 2016.

- Çakıroğlu, Şölen. *Güveni Kötüye Kullanma Suçu*. 1. Baskı. İstanbul: On İki Levha-İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, 2021.
- Çınar, Çağatay. “Türk Ceza Kanunu’nda Güveni Kötüye Kullanma Suçu.” Doktora tezi, Galatasaray Üniversitesi, 2019.
- Dönmezer, Sulhi. *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*. 15. Baskı. İstanbul: Beta, 1998.
- Dönmezer, Sulhi, Sahir Erman, Köksal Bayraktar, Serap Keskin Kızıroğlu, Hamide Zafer, Pınar Memiş Kartal, Hasan Sınar, R. Barış Erman, Fulya Eroğlu ve R. Murat Önok. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II*. 14. Baskı. İstanbul: Der, 2019.
- Dursun, Selman. “Emniyeti Suistimal Suçu.” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 57, no. 1-2 (1999): 3-43.
- Dursun, Selman. “Malvarlığına Karşı Suçlar.” *Hukuki Perspektifler Dergisi*, no. 2 (Sonbahar, 2004): 190-96.
- Elmalıca, Hasan. “Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 155).” Yüksek lisans tezi, Hacettepe Üniversitesi, 2017.
- Erem, Faruk. *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler II*. Ankara: Seçkin, 1993.
- Erem, Faruk ve Nevzat Toroslu. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. 9. Baskı. Ankara: Savaş, 2003.
- Gökcan, Hasan Tahsin. “Yeni Türk Ceza Kanunu Hükümleri Karşısında Avukatlık Mesleği.” *Ankara Barosu Dergisi* 67, no. 2 (Bahar, 2009): 151-156.
- Gökcan, Hasan Tahsin ve Mustafa Artuç. *Türk Ceza Kanunu Şerhi IV*. 1. Baskı. Ankara: Adalet, 2021.
- Gökcen, Ahmet, Murat Balcı, Gülfem Pamuk Şiviloğlu, Kerim Çakır, Özge Apış, Zafer İçer, Zahit Yılmaz, Nil Melek Gültekin Diken, Selim Erdin, Nurten Öztürk, Ertuğrul Ünal ve Büşra Şenerdoğan. *Malvarlığına Karşı Suçlar*. 1 Baskı. Ankara: Adalet, 2018.
- Gündüz, Remzi. *Türk Ceza Kanunu’nda Malvarlığına Karşı Suçlar*. 1. Baskı. Ankara: Bilge, 2012.

- Hafizoğulları, Zeki. “Güveni Kötüye Kullanma Suçları,” *Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan II*, Ankara: Turhan, 2010, 2761-84.
- Hafizoğulları, Zeki ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*. 4. Baskı. Ankara: US-A, 2015.
- Işıқтаç, Yasemin ve Sevtap Metin. *Hukuk Metodolojisi*. 1. Baskı. İstanbul: Filiz, 2012.
- Koca, Mahmut. “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Malvarlığına Karşı İşlenen Suçlar,” *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, no. 5 (2005): 67-92.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmez. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. 4. Baskı. Ankara: Adalet, 2017.
- Köse, Hamid. “Emniyeti Suistimal (Güveni Kötüye Kullanma) Suçu.” Yüksek lisans tezi, Marmara Üniversitesi, 2009.
- Mahmutoğlu, Fatih S. ve Serdar Talas, “Avukatların Görev Suçları ve Yargılanması Rejimi.” *İstanbul Barosu Dergisi*, no. Ceza Hukuku Özel Sayısı (Ocak, 2007): 13-41.
- Malkoç, İsmail ve Mahmut Güler. *Zimmet İrtikap Rüşvet ve Başlıca Memur Suçları*. Ankara, 1993.
- Meraklı, Serkan. “Güveni Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 155).” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 11*, no. özel sayı (2009): 1657-1713.
- Meran, Necati. *Dolandırıcılık, Sahtecilik, Güveni Kötüye Kullanma*. 4. Baskı. Ankara: Seçkin, 2016.
- Nomer, Haluk Nami ve Mehmet Serkan Ergüne. *Eşya Hukuku – Zilyetlik, Tapu Sicili, Rehin Hakları, Paylı Mülkiyet*. 5. Baskı. İstanbul: On İki Levha, 2017.
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir. *Eşya Hukuku*. 19. Baskı. İstanbul: Filiz, 2016.
- Oruçgüney, Ömür. “Avukatın Ceza Hukuku ve Disiplin Hukuku Sorumluluğu.” Yüksek lisans tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi, 2017.

- Önder, Ayhan. *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*. 1.Baskı. İstanbul: Filiz, 1994.
- Önder, Ayhan. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. 4. Baskı. İstanbul: Filiz, 1994.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. 14. Baskı. Ankara: Seçkin, 2019.
- Özbek, Veli Özer ve Serkan Meraklı. “Ceza Hukukunda Avukatın Kamu Görevlisi Olarak Kabul Edilebilirliği Sorunu,” içinde *Dr. Dr. h. c. Silvia Tellenbach’a Armağan*, Editörler Feridun Yenisey, İzzet Özgenç, Ayşe Nuhoglu, Adem Sözüer ve Faruk Turhan, 1157-1176. Ankara: Seçkin, 2018.
- Özen, Mustafa. *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*. 5. Baskı. Ankara: Adalet, 2020.
- Özgenç, İzzet. *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*. 1. Baskı. Ankara: Seçkin, 2002.
- Parlar, Ali ve Muzaffer Hatipoğlu. *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu III*. 3. Baskı. Ankara: Seçkin, 2010.
- Polat, Halil. *Ceza Hakiminin Başvuru Kitabı*. 4. Baskı. Ankara: Adalet, 2023.
- Sarsıkoğlu, Şenel. *Güveni Kötüye Kullanma Suçu ve Benzer Suçlarla Karşılaştırılması*. 1. Baskı. Ankara: Adalet, 2014.
- Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. 13. Baskı. Ankara: Yetkin, 2020.
- Şahin, Fatih. “Güveni Kötüye Kullanma Suçu (155/1-2).” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 34, no. 155 (Temmuz-Ağustos, 2021): 147-201.
- Şen, Ersan ve Mehmet Vedat Ervan. “Avukat Kamu Görevlisi midir?.” <https://www.hukukihaber.net/avukat-kamu-gorevlisi-midir-makale,8643.html>, 25.01.2021.
- Taneri, Gökhan. *Yağma Dolandırıcılık Güveni Kötüye Kullanma*. 1. Baskı. Bilge: Ankara, 2013.

- Taş, Burak. “Düzenleyen Tarafından Cirosu Yasaklanmış Kambiyo Senetlerinde Güveni Kötüye Kullanma Suçu.” *Adalet Dergisi*, no. 67 (2021/2): 297-323.
- Taşdelen, Okan. “Çelişkili Yargı Kararlarının Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi,” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, no. 7 (Haziran, 2016): 987-1024.
- Taşdemir, Kubilay ve Ramazan Özkepir. *Belgelerde Sahtecilik Mala Karşı Suçlar ve Bilişim Alanında Suçlar*. 2. Baskı. Ankara: Adil, 1999.
- Tezcan, Durmuş. Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. 19. Baskı. Ankara: Seçkin, 2021.
- Toroslu, Nevzat. *Ceza Hukuku Özel Kısım*. 10. Baskı. Ankara: Savaş, 2019.
- Türay, Aras. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 5. Maddesine İlişkin Bir İnceleme,” *Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan-Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 19, no. 2 (Aralık, 2013): 1727-47.
- Wessels, Johannes ve Thomas Hillenkamp. “Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk,” içinde *Hırsızlık ve Güveni Kötüye Kullanmak Suçları*, çev. Yener Ünver, Editör Yener Ünver, proje yön. Kayıhan İçel, 15-74. Ankara: Seçkin, 2009.
- Wessels, Johannes ve Thomas Hillenkamp. “Malvarlığına Karşı Suçlar ve Ekonomik Suçluluk,” içinde *İnancı Kötüye Kullanma ve Bağlantılı Suçlar*, çev. İlker Tepe, Editör Yener Ünver, proje yön. Kayıhan İçel, 183-214. Ankara: Seçkin, 2009.
- Yenidünya, Ahmet Caner ve Can Canpolat. “Sermaye Piyasası Kanunu’nda Düzenlenen Güveni Kötüye Kullanma Suçu (SPK.m.110/1, 3).” *Banka ve Finans Hukuku Dergisi* 3, no. 9 (2014): 109-59.
- Yılmaz, Ejder. *Hukuk Sözlüğü*. 10. Baskı. Ankara: Yetkin, 2011.
- Yokuş Sevik, Handan. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. 2. Baskı. Ankara: Adalet: 2019.
- Yurtcan, Erdener. *Yargıtay Kararları Işığında Malvarlığına Karşı Suçlar*. 2. Baskı. Ankara: Adalet, 2015.

<https://www.hukukihaber.net>

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

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>

<https://lib.kazanci.com.tr/yargitay>

Wassenaar Düzenlemesi ve Türkiye Biyogüvenlik Mevzuatı: Uyum Sürecinde İstikrar İçin Öneriler

Filiz DEĞER*

Ali AÇIKGÖZ**

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Av. Dr., Biruni Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü misafir öğretim üyesi. av.fdeger@gmail.com, **ORCID:** 0000-0001-8860-1908

** Dr., Bağımsız araştırmacı. aliacikgoz0@gmail.com
ORCID: 0000-0002-2016-5684

Makale geliş tarihi: 14 Ekim 2022 **Makale kabul tarihi:** 10 Eylül 2023

Atf önerisi: Değer, Filiz ve Ali Açıköz. "Wassenaar Düzenlemesi ve Türkiye Biyogüvenlik Mevzuatı: Uyum Sürecinde İstikrar İçin Öneriler." *Ankara Barosu Dergisi* 81, no. 4 (Cumhuriyet 100. Yıl Özel Sayısı, Ekim 2023): 109-136. **DOI:** 10.30915/abd.1189459

WASSENAAR DÜZENLEMESİ VE TÜRKİYE BİYOGÜVENLİK MEVZUATI: UYUM SÜRECİNDE İSTİKRAR İÇİN ÖNERİLER

ÖZ

Konvansiyonel silahların yayılımı tehdidi ile kitle imha silahlarının uluslararası güvenlik ve istikrar üzerinde oluşturduğu tehdit 21. yüzyılda artarak devam etmektedir. Devletlerin daha hızlı şekilde nükleer silahlar inşa etmekte ve öngörülemeyen sonuçları olan yeni silah teknolojileri geliştirerek askeri güçlere son on yılda daha fazla kaynak aktarmaktadır. Kimyasal, nükleer, radyolojik silahları içeren ve kitle imha silahları olarak adlandırılan daha büyük bir silah sınıfının bir alt kümesi olan biyolojik silahların kullanımı ciddi bir problemdir ve biyolojik ajanların bir biyoterörist saldırısında kullanılması riski gittikçe artmaktadır. Kitle imha silahlarına karşı mücadelede uygulanan en eski ihracat kontrol rejimi olan 1949 yılında kurulan COCOM (*Coordinating Committee on Multilateral Export Controls/Çok Taraflı İhracat Kontrolleri Koordinasyon Komitesi*) Soğuk Savaş yıllarında en önemli teknoloji transferini kontrol etme mekanizmasıyken Soğuk Savaş döneminin sona ermesiyle birlikte COCOM'a halef bir rejim oluşturma çabaları sonucunda 1996 yılında Wassenaar Düzenlemesi oluşturulmuştur. İş birliği içinde olan devletlerden risk oluşturan malzeme ve teknolojilerin ihracatıyla ilgili ulusal mevzuatlarının Düzenleme kuralları ile uyumlu hale getirilmesi beklenmiştir. Türkiye bölgesel/uluslararası güvenlik ve istikrara katkıda bulunmak, konvansiyonel silahların ve çift kullanımlı mal/ teknolojilerin transferinde şeffaflığı sağlamak, devletleri daha fazla sorumluluğa teşvik etmek, istikrarsızlaştırıcı birikimleri önlemek amacıyla kurulan Wassenaar Düzenlemesi'nin kurucu üyesi olmuştur. Türkiye'de 2010 yılında kabul edilen Biyogüvenlik Kanunu, biyogüvenlik sisteminin oluşturulması amacıyla atılan önemli bir adım olmakla birlikte sadece Biyogüvenlik Kanunu'nun kabul edilmiş olması yeterli değildir. Zira biyogüvenlik, biyosavunma ile yakından bağlantılı olup, savunma amaçlı çıkarılan yönetmeliklerin ve kurulan kamu kurumlarının etkinlik ve işleyişlerinin tabi oldukları kurumlar ve yasal düzenlemeler farklı olduğu için bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle Türkiye'de biyogüvenlik hukuku ve uygulamalarının tek bir kurum koordinesinde yürütülmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler:

biyogüvenlik hukuku

Wassenaar Düzenlemesi

uluslararası güvenlik

uluslararası hukuk

uyum süreci

WASSENAAR REGULATION AND TURKISH BIOSAFETY LEGISLATION: SUGGESTIONS FOR STABILITY IN THE ADAPTATION PROCESS

ABSTRACT

The threat of the proliferation of conventional weapons and the threat of weapons of mass destruction on international security and stability continue to increase in the 21st century. States have been building nuclear weapons faster and devoting more resources to military forces over the past decade by developing new weapons technologies with unforeseen consequences. The use of biological weapons, a subset of a larger class of weapons called weapons of mass destruction, which includes chemical, nuclear, and radiological weapons, is a serious problem and the risk of using biological agents in a bioterrorist attack is increasing. COCOM (Coordinating Committee on Multilateral Export Controls) established in 1949, which is the oldest export control regime applied in the fight against weapons of mass destruction, was the most important technology transfer control mechanism during the Cold War years. The Wassenaar Arrangement was created in 1996 because of efforts to create a successor regime. It was expected from the cooperating states to harmonize their national legislation on the export of risky materials and technologies with the Regulation rules. Turkey has become a founding member of the Wassenaar Arrangement, which was established to provide transparency in the transfer of conventional weapons and dual-use goods/technology, to encourage states to take more responsibility, and to prevent destabilizing savings to contribute to regional and international security and stability. Although the Biosafety Law, which was adopted in Turkey in 2010, is an important step towards establishing a biosafety system, it is not enough just to have the Biosafety Law passed. Because biosecurity is closely related to biodefense, and the effectiveness and functioning of the regulations issued for defense purposes and the established public institutions should be evaluated since the institutions and legal regulations to which they are subject are different. For this reason, biosafety law and practices in Turkey should be carried out under the coordination of a single institution.

Keywords:

Biosafety Law

Wassenaar Arrangement

International Security

International Law

adaptation process

GİRİŞ

Stockholm Uluslararası Barış Araştırma Enstitüsü'nün (SIPRI) yeni verilerine göre, dünyada 2015–2019 yılları arasındaki beş yıllık dönemde silahların uluslararası transferleri 2010–2014'e kıyasla % 5,5 artmış, son beş yıldaki en büyük silah ihracatçıları Amerika Birleşik Devletleri (ABD), Rusya, Fransa, Almanya ve Çin olmuştur.^[1] Yeni veriler, Suudi Arabistan'ın dünyanın en büyük silah ithalatçısı olduğunu, Orta Doğu'ya silah akışının arttığını göstermiştir. Sektörün en büyük 25 şirketinin silah ve askeri hizmet satışları 2019'da 361 milyar ABD Doları olarak gerçekleşmiştir. Bu rakam 2018'e göre % 8,5 daha fazladır. Orta Doğu'da devletlerin silah ithalatı 2010–2014 ve 2015–2019 arasında % 61 artarak son beş yılda toplam küresel silah ithalatının % 35'ini oluşturmuştur. Bununla birlikte 2015–2019'da Türkiye'nin silah ithalatı önceki beş yıllık döneme göre yüzde 48 daha düşük olmuştur.^[2]

Birleşmiş Milletler Silahsızlanma İşleri Yüksek Temsilcisi Izumi Nakamitsu dünya benzeri görülmemiş bir salgının pençesinde iken, mevcut sağlık krizinde kolektif insan güvenliğinin, uluslararası güvenliğin merkezinde olması gerektiğinin altını çizerek, devletlerin hızlı şekilde nükleer silahlar inşa ettiğini, öngörülemeyen sonuçları olan yeni silah teknolojileri geliştirerek askeri güçlere son on yılda daha fazla kaynak aktardığını açıklamıştır.^[3]

Konvansiyonel silahların yayılımı tehdidi ile kitle imha silahlarının da uluslararası güvenlik ve istikrar üzerinde oluşturduğu tehdit 21. yüzyılda artarak devam etmiştir. Biyolojik ve Toksin Silahlar Konvansiyonu ile ilgili olarak Kasım 2016 tarihinde Cenevre'de gerçekleştirilen 8. Gözden Geçirme Konferansı'nda temel amacın, tam silahsızlanmayı sağlamak için tüm kitle imha silahlarının yasaklanması ve ortadan kaldırılması olduğu deklare

[1] SIPRI, “USA and France dramatically increase major arms exports; Saudi Arabia is largest arms importer, says,” erişim 9 Şubat 2022, <https://www.sipri.org/media/press-release/2020/usa-and-france-dramatically-increase-major-arms-exports-saudi-arabia-largest-arms-importer-says>.

[2] SIPRI, “USA and France.”

[3] United Nations, “Dedicated ‘United Nations Disarmament Yearbook’ Website, Now Live, Spotlights Core Peace, Security Challenges as Global Organization Turns 75,” erişim 9 Şubat 2021, *Meetings Coverage and Press Releases*, <https://www.un.org/press/en/2020/dc3832.doc.htm>.

edilmiştir.^[4] Kimyasal, nükleer, radyolojik silahları içeren ve kitle imha silahları olarak adlandırılan daha büyük bir silah sınıfının bir alt kümesi olan biyolojik silahların kullanımı ciddi bir problemdir ve biyolojik ajanların bir biyoterörist saldırısında kullanılması riski gittikçe artmaktadır.^[5] Her ne kadar uluslararası antlaşmalarla biyolojik silahların ilk olarak kullanımı engellenmiş olsa da Biyolojik Silahlar Konvansiyonu (*Biological Weapons Convention*–BWC) dahil olmak üzere bu antlaşmalar tehlikeli maddeler üzerinde kontrolsüz şekilde araştırma yapılmasını engelleyememektedir.

Dünya genelinde biyoterörizm programları üzerinde milyarlarca dolarlık yatırım yapılmaktadır. Ancak bu yatırımların sonucunda yeni saldırı sistemleri oluşması riski bulunmaktadır. Bu durum aynı zamanda füze savunma sistemleri ve nükleer silahlanma gibi biyolojik silahları da içeren yeni bir silahlanma yarışını tetikleyebilecektir.^[6]

Biyoterörizmin gelecekte doğurabileceği tehditlerin öngörülmesi çalışmaları 2001 yılından bu yana hem Avrupa’da hem de uluslararası düzeyde yürütülmektedir. Bunun için devlet kurumlarında biyosavunma birimleri bulunmaktadır: Bu birimlerde Kimyasal, Biyolojik, Radyolojik ve Nükleer (*Chemical, Biological, Radiological, Nuclear*–CBRN) ile ilgili terörizmin ve ortaya çıkan ulusal güvenlik risklerinin geniş şemsiyesi altında biyotehdit değerlendirmeleri yürütülmektedir. Ulusal hükümetler tarafından “düşük olasılıklı, yüksek etkili” biyoterörist saldırı tehdidi, etkili önleme ve müdahale mekanizmaları kurulması amacıyla yapılan yatırımda artışa neden olmuştur.^[7] Devletlerin kendi yasal ihracat kontrolleri bulunmasına karşılık devlet dışı aktörlerin varlığı mevcut yasal düzenlemelere ek kontroller getirilmesi

[4] United Nations Office for Disarmament Affairs, “Eighth Review Conference of the States Parties to the Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on Their Destruction,” erişim 9 Şubat 2021, <https://undocs.org/BWC/CONF.VIII/4>.

[5] World Health Organization, erişim 8 Şubat 2021, https://www.who.int/health-topics/biological-weapons#tab=tab_1.

[6] Ram Kumar Dhaked, “Biodefense Preparedness Programs: To Fund or Not to Fund?,” *Journal of Bioterrorism & Biodefense*, no. 1, (2017): 1.

[7] The Hague Center for Strategic Studies, “The Increasing Threat of Biological Weapons Report,” erişim 1 Mayıs 2021, <https://hcss.nl/report/increasing-threat-biological-weapons>,

ihtiyacını doğurmuştur. Bununla birlikte hassas malzemelerin ihracatına karar verileceği zaman birçok şirket silah ve çift kullanımlı malzemenin düzeni bozucu etkisini görmezden gelmektedir. Bu bakış açısı konvansiyonel silahların ihracatının bir bölgede tansiyonu ve istikrarsızlığı arttıracığı hususu bilinmesine rağmen değişmemektedir.^[8]

Biyogüvenlik, hem ekolojiye hem de insan sağlığına odaklanmakta biyolojik bütünlüğün büyük ölçekli kaybının önlenmesini amaçlamaktadır. Önleme mekanizmaları, laboratuvar ortamlarında biyogüvenliğin düzenli olarak gözden geçirilmesinin yanı sıra takip edilecek katı kurallar içermektedir. Zararlı olaylardan korunmak için kullanılan biyosavunma ve biyogüvenlik birbirleriyle ayrılmaz bir şekilde bağlantılıdır. “Biyolojik bir olayın güvenlik açıklarını ve/veya etkilerini en aza indirmek veya olumsuzlaştırmak için alınan önlemler” anlamına gelen biyosavunma, biyolojik ajanları kullanarak olası saldırılara karşı savunma önlemleri oluşturmayı ve yürütmeyi amaçlayan yöntemleri, planları, prosedürleri, politikaları, yasaları, mevzuatları içermektedir.^[9]

Biyosavunma, sivil terminolojide belirli bir alanda biyolojik savaşa tabi olan veya olabilecek belirli bir grup kişiye karşı biyogüvenliği sağlamak için kısa vadeli, yerel, genellikle askeri önlemleri çok güçlü bir biyolojik tehlike cevabını ifade etmektedir.^[10] İki ayrı hedef kitle (sivil savaşçı olmayan ve askeri savaşçı sahadaki birlikler) için geçerli olan biyosavunma çoğunlukla biyosavaş veya biyoterörizm bağlamında tartışılmakta ve genellikle askeri veya acil müdahale terimi olarak kabul edilmektedir.^[11]

Biyoterörizm, biyolojik ajanların, zehirli maddelerin veya insanlar, hayvanlar ve bitkilerde ölüm ve asimetrik sağlık sorunlarına neden olan kimyasal ajanların kasıtlı/ yasa dışı kullanımını içeren en önemli terörizm türlerinden biridir. Biyoterörizm, canlıları öldürebilen veya etkisiz hale getirebilen biyolojik savaş ajanlarının (biological warfare agent–BWA) kasıtlı olarak kullanılmasıdır. Bu BWA'lara, altyapıyı etkilemeden yaşamları hedefleyen

[8] Heinz Gartner, “The Wassenaar Arrangement (WA): How it is Broken and Needs to be Fixed,” *Defense & Security Analysis*, no.1 (2008): 54.

[9] The Hague Center for Strategic Studies, “The Increasing Threat.”

[10] Dhaked, “Biodefense Preparedness Programs.”

[11] Dhaked, “Biodefense Preparedness Programs.”

kitle imha silahı (KİS) da denilmektedir. Bir silah programının muazzam bir altyapı gerektirdiği nükleer alanın aksine, biyolojik silahların üretimi sadece mütevazı bir şekilde kolayca temin edilebilen ekipman nispeten az yer ve az sayıda personel gerektirmektedir. Ayrıca biyolojik silahlarla ilişkili teknolojilerin çoğunun sivil uygulamaları bulunmaktadır. Bu terörist grupların, biyoloji ile ilgili meşru araştırma amaçlarına hizmet ettiği düşünülen bir tesiste belirli ajanlar üretmelerine olanak tanımaktadır.^[12] Bununla birlikte, biyolojik silah olarak kullanılan ajanlar görünmez veya mikroskobiktir, çoğalması ve bakımı kolay, saptanması ve izlenmesi zordur. Dolayısıyla biyolojik bir ajanın varlığını veya biyolojik silah üretiminin kime ait olduğunu tespit etmek, biyolojik silah yeteneklerine sahip bir aktörle ilgili iddialar yüksek belirsizlikle çevrilidir.

Nükleer silahlara kıyasla biyolojik ajanların yıkıcı bir etkisi olmamakla birlikte biyoterörizm ajanları daha güçlü, daha basit, daha az maliyetli, daha az karmaşık ancak daha öldürücüdür. Biyoteknolojik araştırmalar genellikle bulaşıcı hastalıkların özelliklerini anlamak ve insan sağlığını korumak için aşular geliştirmek gibi barışçıl amaçlarla teşvik edilmektedir. Bununla birlikte, bu çalışmalar genellikle ‘endişe verici çift kullanımlı araştırmalar’ (Dual Use Research of Concern–DURC)^[13] olarak karşılanmaktadır. DURC, halk sağlığı ve güvenliğine ilişkin potansiyel sonuçlarla önemli bir tehdit oluşturmak için doğrudan yanlı uygulamaya uygun ürün veya teknolojiler sağlamaktadır. Bu durum bilimsel araştırma özgürlüğü ile bir hükümetin ulusal güvenlik gündemi arasında bir gerilim yaratmaktadır. Tehdidin doğası 2001’den bu yana önemli ölçüde değişmemiş, ancak terörle ilgili faaliyetlerdeki genel artış ve değişen bilimsel ve teknolojik manzaralar nedeniyle biyoterörist saldırı olasılığının otomatik olarak daha fazla olduğu düşünülmektedir.^[14]

Biyoterörizm 21. yüzyıl için gerçek ve önemli bir tehdit olup devletlerin istikrar, ulusal güvenlik, ekonomik kalkınma sürecini gölgelemekte, birçok

[12] Yanzhong Huang, “Building a Global bio-defense Shield,” *Leaders Summit on Global Infectious Diseases: Toward an L20?* November 11-13, San Jose, Costa Rica (2004): 11-13.

[13] Yarar sağlamayı amaçlayan ancak zarar vermek için kolayca uygulanabilecek yaşam bilimleri araştırmasıdır.

[14] The Hague Center for Strategic Studies, “The Increasing Threat.”

devlet için acil bir ulusal güvenlik durumu olarak kabul edilmektedir.^[15] Biyolojik ve Toksin Silahları Konvansiyonu (Biological and Toxin Weapons Convention–BTWC) ve Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi 1540 Sayılı Kararı (United Nations Security Council Resolution–UNSCR) KİS'lere ilişkin uluslararası teamül hukukunun kodlanması olarak görülmektedir.

Çalışmada biyogüvenlik hukuku kapsamında uluslararası antlaşmaların, kanunların, yönetmeliklerin ve kamu kurumlarının faaliyetlerinin Türkiye'de bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bu doğrultuda Türkiye'nin Biyogüvenlik Mevzuatının KİS'lere karşı mücadelede uygulanan en eski ihracat kontrol rejimi olan COCOM'un^[16] Soğuk Savaş döneminin sona ermesiyle birlikte, COCOM'a halef bir rejim oluşturma çabaları sonucunda oluşturulan Wassenaar Düzenlemesi ile uyumu değerlendirilmiştir. Türkiye Biyogüvenlik Mevzuatı, kendi içinde Biyogüvenlik Kanunu kapsamında değil, KİS ile mücadele için çıkarılmış olan diğer yasalarla birlikte ele alınmıştır.

I. ULUSLARARASI BELGELERDE BİYOGÜVENLİĞİN GELİŞİM SÜRECİ

Silahların yayılmasını önlemeyi gerektiren yasal rejimin merkezinde 1925 Cenevre Protokolü,^[17] 1972 Biyolojik Silahlar Konvansiyonu^[18] (BWC), Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 28 Nisan 2004 tarihli 1540 sayılı kararı^[19] yer almaktadır. Bu bağlamda devletlerin nükleer, biyolojik

[15] Moghaddasi vd. “Features,” 2.

[16] Coordinating Committee on Multilateral Export Controls erişim 12 Temmuz 2023, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/GPO-CRPT-105hrpt851/html/ch9bod.html#anchor5563742>.

[17] Protocol for the Prohibition of the Use of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases, and of Bacteriological Methods of Warfare. Geneva, 17 June 1925, erişim 12 Temmuz 2023, <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/geneva-gas-prot-1925>,

[18] 1972 Convention on the Prohibition of Biological Weapon, erişim 12 Temmuz 2023, <https://www.icrc.org/en/document/1972-convention-prohibition-bacteriological-weapons-and-their-destruction-factsheet>,

[19] Resolution 1540 (2004) Vital Component in Non-Proliferation Architecture, but Full Implementation Remains ‘Long-Term Task’, Committee Chair Tells Security Council, erişim 12 Temmuz 2023, <https://press.un.org/en/2023/sc15241.doc.htm>.

ve kimyasal (*nuclear biological and chemical*–NBC) silahlar ve bunlarla ilgili malzemelerin çoğalmasını önlemek için etkili yasalar ve destekleyici önlemleri yürürlüğe koymaları gerekmektedir.

Asfiktik, Zehirli veya Diğer Gazların ve Bakteriyolojik Yöntemlerin Savaşta Kullanılmasını Yasaklayan Cenevre Protokolü 17 Haziran 1925'te imzaya açılmış, 8 Şubat 1928'de yürürlüğe girmiştir. Cenevre Protokolü ile “asphyxiating (boğucu)”, zehirli veya diğer gazların, bakteriyolojik yöntemlerin savaşta kullanılmasını yasaklanmış ancak bu silahların üretimi ya da depolanması yasaklanmamıştır. 1919 yılında imzalanan Versay Antlaşması, Cenevre Protokolü'nde kullanılan terminolojiyi kullanan ilk uluslararası antlaşma olmuş, antlaşmanın 171. maddesinde “*boğucu, zehirli veya diğer gazlar ve tüm benzer sıvılar, malzemeler veya cihazların Almanya'da üretim ve ithalatı yasaklanmıştır.*”^[20]

Birinci Dünya Savaşı sırasında biyolojik silahların sadece hayvanlara yönelik kullanılması bir sorun teşkil etmemişken kimyasal silahların yaygın olarak kullanılması uluslararası toplumda olumsuz tepkiye yol açmış ve bu tepki nedeniyle 1925 Cenevre Protokolü yapılmıştır. Cenevre Protokolü, 1899 Lahey Bildirgesi'nde yer alan “boğucu veya zararlı gazlar” kullanımı yasağına ek olarak “bakteriyolojik savaş yöntemlerinin” kullanımı yasağını da içermiştir. Ancak Lahey Bildirgesi ve Cenevre Protokolü, sadece bu silahların kullanımını yasaklamıştır.^[21]

Kitle imha silahı kategorisinin geliştirilmesini, üretilmesini ve stoklanmasını yasaklayan ilk çok taraflı silahsızlanma anlaşması olan Biyolojik Silahlar Konvansiyonu veya tam adı ile Bakteriyolojik (Biyolojik) ve Toksin Silahların Geliştirilmesinin, Üretiminin ve Stoklanmasının Yasaklanması ve Bunların İmhasına İlişkin Konvansiyon 10 Nisan 1972'de imzaya açılarak 26 Mart 1975'te yürürlüğe girmiştir. Biyolojik Silahlar Konvansiyonu'na göre sözleşmeyi tam olarak uygulamak için Taraf Devletler, Konvansiyon'da bulunan taahhütleri etkili ulusal eyleme dönüştürmekle yükümlüdür. Bu bağlamda Konvansiyon'un 4. maddesi uyarınca Taraf Devletlere Konvansiyon'un 1. maddesinde belirtilen ajanların, toksinlerin, silahların, teçhizatın ve teslimat

[20] Richard Reeve Baxter and Thomas Buergenthal, “Legal Aspects of the Geneva Protocol of 1925,” *The American Journal of International Law* 64, no. 5 (1970): 853-879.

[21] Susan B. Martin. “The Role of Biological Weapons in International Politics: The Real Military Revolution,” *Journal of Strategic Studies*, no.1 (2002): 63-98.

araçlarının geliştirilmesini, üretilmesini, stoklanmasını, elde edilmesini veya tutulmasını engellemek ve önlemek için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu önlemler, her Taraf Devletin koşullarına ve yasal sistemlerine bağlı olduğundan Konvansiyon'un hükümlerini uygulama aşamasında ulusal olarak farklı yaklaşımlar olabileceği öngörülmüştür.^[22]

Konvansiyon'da yer alan yükümlülükleri yerine getirmeyen Taraf Devlete karşı 6. madde uyarınca, ihlali tespit eden Taraf Devlete Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'ne şikâyetinde bulunma yetkisi verilmiştir. Ayrıca her Taraf Devlete, Güvenlik Konseyi'nin başlatabileceği herhangi bir soruşturmanın yürütülmesi sırasında Konseyle iş birliğinde bulunma imkânı verilmiştir.^[23] Ulusal uygulamanın güçlendirilmesi bağlamında güven artırıcı önlemler ve iş birliğinin arttırılarak Sözleşme'nin tam olarak uygulanması amaçlanmıştır. Bununla birlikte uluslararası yönetim için Birleşmiş Milletler 1540 Komitesi önemli bir destek olmuştur.

28 Nisan 2004 tarihinde Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından oybirliğiyle Birleşmiş Milletler Şartı'nın VII. Bölümü uyarınca nükleer, kimyasal ve biyolojik silahların çoğalmasının ve bunların teslimat araçlarının uluslararası barış ve güvenliğe tehdit oluşturduğunu teyit eden 1540 Sayılı Kararı kabul edilmiştir. Bu karar ile kurulan 1540 Komitesi fiilen görevine devam etmektedir ve görev süresi düzenli olarak yenilenmektedir. Komite'nin kuruluş dayanağı olan 1540 Sayılı Karar ile devletlerin, devlet dışı aktörlerin nükleer, kimyasal veya biyolojik silahları ve bunların teslimat araçlarını geliştirmesini, edinmesini, üretmesini, bulundurmasını, nakletmesini veya kullanmasını desteklemekten kaçınmak zorunda oldukları kabul edilmiştir. 1540 Sayılı Karar^[24] tüm devletlere nükleer, kimyasal

[22] United Nations, "The Confidence Buiding Measures." Erişim 10 Nisan 2020, [https://www.unog.ch/80256EE600585943/\(httpPages\)/5E2E8E6499843CCBC1257E52003ADED4?OpenDocument](https://www.unog.ch/80256EE600585943/(httpPages)/5E2E8E6499843CCBC1257E52003ADED4?OpenDocument),

[23] UNODA, "Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapon sand on Their Destruction." Erişim 10 Nisan 2020, <http://disarmament.un.org/treaties/t/bwc/text>.

[24] BMGK 1540 (2004) sayılı kararını destekleyen 1673 (2006), 1810 (2008) , 1977 (2011), 2055 (2012), 2325 (2016) sayılı kararlar almıştır. Security Council Resolutions, 1540 Committee, erişim 11 Nisan 2020, <https://www.un.org/en/sc/1540/resolutions-committee-reports-and-SC-briefings/security-council-resolutions.shtml>.

ve biyolojik silahların çoğalmasını ve bunların teslimat yollarını önlemek için mevzuat kabul etmek ve yasadışı ticaretlerini önlemek için ilgili malzemeler üzerinde uygun iç kontroller kurmak için bağlayıcı yükümlülükler getirmiştir. Ayrıca, bu konuda uluslararası iş birliğinin artırılmasını teşvik etmek amacı ile kitle imha silahlarının çoğalmasını ortadan kaldırmak ya da önlemek olan çok taraflı anlaşmalara taraf olunmasının ve tüm devletlerin bu antlaşmaları uygulamasının önemi teyit edilmiştir.^[25]

Öncelikli olarak ulusal yükümlülükler odaklanan Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 2006 yılında kabul edilen Birleşmiş Milletler Küresel Terörle Mücadele Stratejisi uluslararası iş birliği ihtiyacının da önemine değinmektedir. Bu doğrultuda 1540 hedeflerini karşılama için verilecek destekler arasında Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü, Dünya Gümrük Örgütü, Dünya Sağlık Örgütü, Avrupa Güvenlik ve İş Birliği Teşkilatı (AGİT), Stockholm Uluslararası Barış Araştırmaları Enstitüsü, Uluslararası Kriminal Polis Örgütü, Uluslararası Atom Enerjisi Kurumu gibi uluslararası uzman kuruluşlardan bölgesel ve alt bölgesel sivil toplum örgütlerinden yardım alınması öngörülmüştür. 1540 (2004) ve 1673 (2006) Güvenlik Konseyi kararları dâhil olmak üzere, KİS ile ilgili materyallere ve teknolojiye erişimi önleme çabalarını dikkate alan dönemin BM Genel Sekreteri Kofi Annan'ın "Devletlerin ulusal yükümlülüklerini yerine getirme konusundaki ulusal kapasitelerini güçlendirmek için bölgesel ve devletlerarası örgütlerle (...) etkileşimde bulunması yoluyla daha fazla ilerleme kaydedebileceği" açıklamasından da anlaşılacağı üzere, devlet dışı aktörler uluslararası barış ve güvenliğe yönelik tehditlerle mücadelede önemli ortaklar haline gelmiştir.^[26]

[25] Silahların kontrolü, silahların yayılmasının önlenmesi ve silahsızlanma yoluyla uluslararası güvenliği sürdürme alanındaki çabalara katılan Türkiye proliferasyona sıfır tolerans kapsamında yasal çerçeveyi oluşturmuş, ilgili uluslararası antlaşmalara taraf olarak raporunu BM'ye sunmuştur. Note verbale dated 2004/11/01 from the Permanent Mission of Turkey to the United Nations addressed to the Chairman of the Committee, UNSC, erişim 11 Nisan 2020, [https://undocs.org/S/AC.44/2004/\(02\)/63](https://undocs.org/S/AC.44/2004/(02)/63), 1540 Committee Matrix Of The Republic Of Turkey, UN, <https://www.un.org/en/sc/1540/documents/TurkeyReport10Sep2019.pdf>.

[26] Dalia Vitkauskaitė-Meurice. "The Un-Nato Cooperation in Implementing the United Nations Security Council Resolution 1540," *Jurisprudencija*, no.2 (2014): 335 – 354.

Güvenlik Konseyi ayrıca devletleri 1540 Komitesi'nin yardımı ile gönüllü olarak ulusal uygulama eylem planları hazırlamaya, 1540 Sayılı Kararın temel hükümlerini uygulama önceliklerini ve planlarını haritalamaya bu planları Komite'ye sunmaya çağırmıştır. Böylelikle 1540 sayılı kararın tüm devletler tarafından tam olarak uygulanmasını teşvik etmek ve gereksinimlerini karşılamak için ulusal eylem planları hazırlanmış ve sunulmuştur.^[27] 1540 Sayılı Karar, Birleşmiş Milletler Küresel Terörle Mücadele Stratejisi'nin temelini oluşturmuştur. Birleşmiş Milletler sisteminin çeşitli terörle mücadele faaliyetlerinin ortak bir çerçeveye getirilmesi ve kapsamlı, küresel bir terörle mücadele stratejisinin geliştirilmesi ihtiyacı ilk olarak Tehditler, Zorluklar ve Değişim Üst Düzey Paneli^[28] tarafından önerilmiştir. 1540 sayılı karar önemli bir gelişme olarak değerlendirilebilir çünkü karar ile devletlere KİS elde etmek için devlet dışı aktörlere herhangi bir şekilde destek vermekten kaçınma zorunluluğu getirilmiştir. Ayrıca, bu yükümlülüğün yerine getirilmesi için iç mevzuatın kabul edilmesini zorunlu kılmıştır. Daha da önemlisi, devletlerin KİS'lerin çoğalmasını ve teslimat araçlarını önlemesini, nükleer tesisleri güvence altına almasını, hastalık gözetimi yapmasını, sınır güvenliğini sağlamasını, terörle mücadele önlemleri almasını, narkotikle mücadele etmesini, doğal afetlere hazırlanmak için ulusal kontrol mekanizmasını ve ihracat kontrol rejimi kurmasını gerektirmiştir.^[29]

KİS'lere karşı mücadelede uygulanan en eski ihracat kontrol rejimi olan COCOM Soğuk Savaş yıllarında en önemli teknoloji transferini kontrol etme mekanizmasıydı. Soğuk Savaş döneminin sona ermesiyle birlikte Doğu–Batı arasındaki teknoloji transferini engellemek için ABD liderliğinde kurulan COCOM'a halef bir rejim oluşturma çabaları sonucunda Wassenaar Düzenlemesi oluşturulmuştur. COCOM'un aksine Wassenaar sadece Doğu–Batı teknoloji transferine yoğunlaşmamış, daha esnek bir yapıda yükümlülüklerle

[27] National Implementation Action Plans, 1540 Committee, erişim 11 Nisan 2020, <https://www.un.org/en/sc/1540/national-implementation/national-implementation-plans.shtml>.

[28] Tehditler, Zorluklar ve Değişim Üst Düzey Paneli Birleşmiş Milletler tarafından uluslararası barış ve güvenliğe yönelik tehditleri ve zorlukları analiz etmek ve bu analize dayalı olarak eylem önerisinde bulunmak amacıyla 2003 yılında oluşturulmuştur.

[29] Resolution 1540, UNSCR, erişim 13 Nisan 2020, <http://unscr.com/en/resolutions/1540>.

uymayan devletlere odaklanmıştır.^[30] Bölgesel ve uluslararası güvenlik ve istikrara katkıda bulunmak için konvansiyonel silahların ve çift kullanımlı mal/teknolojilerin transferinde şeffaflığı, daha fazla sorumluluğu teşvik etmek, istikrarsızlaştırıcı birikimleri önlemek amacıyla 1996 yılında Wassenaar Düzenlemesi kurulmuştur. Katılımcı Devletler, bu öğelerin yetkisiz aktarımlarını veya yeniden aktarımlarını önlemek amacıyla Çift Kullanımlı Mal ve Teknoloji Listesi ve Mühimmat Listesi'nde belirtilen tüm öğelere ihracat kontrolleri uygulamıştır.

Wassenaar Düzenlemesi altında iki geniş kontrol listesi kategorisi bulunmaktadır. Bu iki kategori çift kullanımlı mal ve teknoloji ile mühimmat listesidir. Çift kullanımlı ürünler ve teknoloji ise Genel Teknoloji, Genel Yazılım ve Genel Bilgi Güvenliği listesinden oluşup dokuz alt kategoriye ayrılmıştır bu öğelerden bazıları hassas bazıları ise çok hassas olarak ayrılmıştır. Mühimmat listeleri kategorisi altında toplam 22 liste bulunmaktadır. Bunlar doğrudan askeri hizmet öğelerini içermektedir: küçük silahlar ve silahlar, mühimmat, bombalar, patlayıcılar, roketler, füzeler, kimyasal ve biyolojik toksik ajanlar, isyan kontrol ajanları, radyoaktif malzeme, enerjik malzemeler ve bunların öncülleri, zırhlı ve silahlı araçlar veya taşıyıcılar, savaş gemileri, uçaklar ve insansız hava araçları.^[31]

Wassenaar Düzenlemesi kapsamında transfer risklerine ilişkin ortak anlayışların geliştirilmesine yardımcı olmak için, katılımcı devletlerin düzenli olarak hem genel hem de spesifik nitelikte bilgi alışverişinde bulunmaları, düzenleme hedeflerini gerçekleştirme sürecinde altı ayda bir rapor sunmaları gerekmektedir. Düzenlemenin amaçlarını yerine getirirken katılımcı devletler kendi ulusal mevzuatlarının ve politikalarının uygulanması yoluyla karar vermenin temeli olarak bir dizi kılavuz, unsur ve prosedür kabul etmişlerdir. Böylelikle düzenlemeye ilişkin alınması gereken tüm önlemlerle ilgili olarak ulusal takdir yetkisinin esas olacağı kabul edilmiştir.^[32]

[30] Pothuraju Raja Rajeswari, "US export control policy and Wassenaar Arrangement," *Strategic Analysis*, no.3 (1998): 433-444.

[31] Rajeswari Pillai Rajagopalan and Arka Biswas, "Wassenaar Arrangement: The Case of India's Membership," *Observer Research Foundation*, erişim 9 Şubat 2021, https://orfonline.org/wp-content/uploads/2016/05/ORF-Occasional-Paper_92.pdf.

[32] Documents related to goal sand principles of the Wassenaar Arrangement, Wassenaar Arrangement, erişim 9 Şubat 2021, <https://www.wassenaar.org/public-documents/>.

Wassenaar Düzenlemesi bölgesel ve uluslararası güvenliğin, istikrarın korunması amacıyla konvansiyonel silahların ve çift kullanımlı malzeme ve teknolojinin ihracat kontrol rejimine ait kuralları, yükümlülükleri belirlemek üzere kurulmuş olup, Türkiye 1996 yılında Wassenaar Düzenlemesi'nin kurucu üyesi olmuştur.^[33] Türkiye sadece Wassenaar'a değil; diğer uluslararası ihracat kontrol rejimleri olan Füze Teknolojisi Kontrol Rejimi (FTKR), Zanger Komitesi (ZK), Nükleer Tedarikçiler Grubu (NTG), Avustralya Grubu (AG) gibi kimyasal ve biyolojik silahların yayılmasını önlemek üzere uygulanan rejimlere de taraf olmuştur. İstikrarsızlaştırıcı birikimleri önleyerek bölgesel ve uluslararası güvenlik ve istikrara katkıda bulunmak amacıyla oluşturulan Wassenaar Düzenlemesi'nde uluslararası/bölgesel barış ve güvenliğe yönelik tehditlere odaklanılarak silah ve hassas çift kullanımlı malzeme ve teknolojilerin transferlerinden kaynaklanabilecek riskler esas alınmıştır. İhracat rejiminin hukuki bağlayıcılığı olmayıp yalnızca devletler üzerinde siyasi etkileri bulunmaktadır.^[34] İşbirliği içinde olan devletlerden risk oluşturan malzeme ve teknolojilerin ihracatının özel bir kontrol rejimi oluşturulması amacıyla da ulusal mevzuatlarının düzenleme kuralları ile uyumlu hale getirilmesi beklenilmiştir. Bu bağlamda etkisi konvansiyonel silahlara göre daha kuvvetli olan ve devlet dışı aktörlerin eline geçmesi halinde kontrolsüz bir güç oluşturacak olan nükleer, biyolojik, kimyasal ve radyolojik silahlarının yapımında kullanılan maddelerin ihracatının kontrolü öncelikli bir hedef olarak belirlenmiştir.^[35]

[33] Wassenaar Düzenlemesi; Almanya, Amerika, Arjantin, Avustralya, Avusturya, Belçika, Bulgaristan, Kanada, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Fransa, Güney Afrika, Güney Kore, Hırvatistan, Hollanda, Meksika, Macaristan, İngiltere, İrlanda, İspanya, İsveç, İsviçre, İtalya, Japonya, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Malta, , Norveç, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya Federasyonu, Slovakya, Slovenya, Ukrayna, Türkiye, Yeni Zelanda ve Yunanistan olmak üzere 41 ülke tarafından kabul edilen uluslararası ihracat rejimidir.

[34] Sait Yılmaz, *Uluslararası Güvenlik: Teori, Pratik ve Gelecek*, (İstanbul: Kaynak, 2017), 397.

[35] Bir devletin düzenlemeye dâhil olabilmesi için ilgili devletin Nükleer Tedarikçiler Grubu, Füze Teknolojisi Kontrol Rejimi ve Avustralya Grubu'nun nükleer silahların yayılmasını önleme politikalarına ve Nükleer Silahların Yayılmasını Önleme Anlaşması, Biyolojik ve Toksikolojik Silahlar Sözleşmesi, Kimyasal Silahlar Sözleşmesi ve (uygulanabildiği yerde) Stratejik Silahların Azaltılması Antlaşması (Strategic Arms Reduction Treaty- START I, Lizbon Protokolü maddeleriyle bağlı olup olmadığına

Düzenleme kapsamında Taraf Devletlerden ilk olarak düzenli toplantılar yapılması, devletlerarası iş birliği yapılarak ortak bir anlayış geliştirilmesi, ulusal kontrol politikalarının belirlenmesi, reddedilen bir lisansın onaylanması durumunda diğer devletlere bildirilmesi, yetkisiz transferlerin kontrol edilmesi ve konvansiyonel silahların katılımcı olmayan devletlere satılması halinde bu durumun Taraf Devletlere düzenli olarak bildirilmesi istenmektedir.^[36] Ayrıca Taraf Devletlerden global/genel lisansların ve lisans istisnalarının verilmesinde ihracatçıların ihracat kontrol düzenlemeleri ve prosedürlerini daha iyi anlamaları için etkili ihracat kontrol uyum programlarına sahip olmaları ve lisanslama kararları alınırken bu tür programların uygulanması beklenmektedir.^[37] Wassenaar Düzenlemesi'nde katılım kriteri olarak;

- Devletin silah veya sınaî teçhizat üreticisi veya ihracatçısı olup olmadığına,
- Wassenaar Düzenlemesi kapsamında ulusal ihracat kontrolleri olup olmadığına,
- Referans olarak alıp almadığına,
- Nükleer silahların yayılmasını önleme politikaları ve uygun ulusal politikalarına sahip olduğuna,
- Tamamen etkili ihracat kontrollerine bağlılığına,

bakılmakta ve bu bağlamda şeffaf olması ile sorumluluk alması beklenmektedir.^[38]

bakılmaktadır. The Wassenaar Arrangement on Export Controls for Conventional Arms and Dual-Use Goods and Technologies Initial Elements, erişim 4 Ocak 2021, <https://www.wassenaar.org/docs/IE96.html>.

[36] The Wassenaar Arrangement on Export Controls.

[37] Best Practice Guidelines For The Licensing Of Items On The Basic List And Sensitive List of Dual-Use Goods and Technologies, erişim 6 Ocak 2021, <https://www.wassenaar.org/app/uploads/2019/consolidated/09Best-Practice-Guidelines-for-the-Licensing-of-Items-on-the-Basic-List-and-Sensitive-List-of-Dual-Use-Goods-and-Technologies.pdf>.

[38] Guidelines For Applicant Countries, erişim 6 Ocak 2021, <https://www.wassenaar.org/app/uploads/2019/consolidated/11Guidelines-for-Applicant-Countries.pdf>.

Wassenaar Düzenlemesi'ne katılmak için yukarıda sayılan kriterlerin yanında belirli konulardaki ulusal politikalar aracılığı ile uluslararası barış ve güvenliğe katkı sağlanması, politika ve yerel mevzuatın güncellenmesi, uygulama ve denetimlerde istikrarlı olunması beklenmektedir. Bu anlamda, sadece yerel mevzuatın uyumlanması bu ihracat rejimine dahil olmak için yetmemekte, rejim kendi içinde yıllık toplantılar ve alınan kararlarla kendini yenilemektedir.

Üye devletler, Wassenaar Düzenlemesi'nin rehber ilkelerini uygulamaya istekli gözükseler de kendi ihracat politikaları ve kararlarını olumsuz etkileyecek kontrollere karşı çıkmaktadır. Bu durumda üye devletler Wassenaar Düzenlemesi'nin hedeflerine destek verseler de düzenleme hükümlerinin uygulamasının zorlayıcılığını ifade etmekten çekinmektedir. Esnek hukuk kuralları bağlamında değerlendirilen Düzenlemenin uygulanmasında farklılıklar ortaya çıkmaktadır. Özel sektör hem sivil hem de askeri amaçlarla kullanılacak ekipman, teknoloji ve yazılım satmak isterken, alıcıların ticari pazar veya daha da kazançlı olan askeri alanda kendilerine rakip olmalarına neden olacak şekilde üretim yeteneklerini, yazılımlarını ve teknolojik uzmanlığını geliştirmelerini engellemeyi istemektedir. Ayrıca devletlerin Wassenaar Düzenlemesi'nin kendilerinin daha güçlü olmasına engel olacağını düşünerek düzenleme hükümlerinden etkilenmek istememe düşüncesinin sistemi kısır bir döngüye sokma ihtimali bulunmaktadır.^[39]

II. TÜRKİYE'NİN BİYOGÜVENLİK MEVZUATININ GELİŞİMİ VE WASSENAAR UYUM SÜRECİ

Türkiye'de barışçıl kullanım ilkesi esas alınarak nükleer enerji ve iyonlaştırıcı radyasyona ilişkin faaliyetler üzerinde düzenleyici kontrol yetkisini haiz Nükleer Düzenleme Kurumu Nükleer Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile kurulmuştur.^[40] Kararname'de nükleer faaliyetlerin yürütülmesi sırasında çalışanların, halkın, çevrenin ve gelecek nesillerin iyonlaştırıcı radyasyonun olası zararlı etkilerinden korunmasına yönelik uygulanması gereken temel ilke ve esaslar ile tarafların sorumlulukları

[39] Gartner, "The Wassenaar," 53–60.

[40] Nükleer Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, RG: 9.7.2018- 30473.

belirlenmiş olup Kararname hükümlerine aykırı faaliyet halinde adli para cezası, on beş yıla kadar hapis cezası ve ceza artırımı halleri öngörülmüştür. Nükleer tesis ve radyoaktif maddelerin emniyetine ilişkin gerekli iş birliği ve desteğin Dışişleri Bakanlığı, Milli Savunma Bakanlığı, Milli İstihbarat Teşkilatı Başkanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü, Sahil Güvenlik Komutanlığı, Jandarma Genel Komutanlığı ve ilgili diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından; sağlık ile ilgili faaliyetler Sağlık Bakanlığı tarafından; çevre ile ilgili çevresel etki değerlendirmesi raporu (ÇED) Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından, faaliyetlerde radyasyon acil durum müdahaleleri Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı tarafından; radyoaktif maddelerin taşınması Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı tarafından; radyoaktif maddeler ile ilgili hususlar Türkiye Atom Enerjisi Kurumu (TAEK) tarafından sağlanacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile Türkiye'deki nükleer faaliyetlerde alınacak tedbirlerle ilgili olarak görev dağılımının detaylı olarak yapıldığını, kurumlar arasında koordinasyonun sağlandığını, caydırıcı cezaların öngörüldüğünü görmekteyiz.

Nükleer faaliyetler, denetimler ve yaptırımlar yasal bir çerçevede düzenlenirken, nükleer alanda kullanılan çift kullanımlı eşyalar da ihracat kontrol rejimleri ile denetim altına alınmıştır. Nükleer alanda kullanımının yanı sıra nükleer alan dışında da kullanılabilme özelliğine sahip eşyayı ifade eden nükleer çift kullanımlı eşya ihracatına izin verilmesi konusunda özel usul ve esaslara tabidir.^[41] Nükleer Düzenleme Kurumu tarafından çıkarılan Nükleer İhracat Kontrolü Yönetmelik'inde yer alan bu usul ve esaslar esasen Nükleer Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ve 15.7.2018 tarihli ve 30479 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 785. maddesinin ikinci fıkrasına dayanılarak hazırlanmıştır. Kararnameler ve Yönetmelik kapsamında belirlenen usulleri ihlal edenler hakkında cezai yaptırımlar da öngörülmüştür.

4926 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 3. maddesinde "*İhracı lisansa, şarta, izne, kısıntıya veya belli kuruluşların vereceği uygunluk veya yeterlilik belgesine tâbi olan eşyayı, belirlenen kayıt ve koşullara uymaksızın veya gerçeğe aykırı her türlü beyanname ve belge ibrazı ile gümrüğü*

[41] Nükleer İhracat Kontrolü Yönetmeliği m. 4/e, RG: 13.02. 2020- 31038.

yanıltarak işlemini yaptırmak suretiyle ihraç etmek” kaçakçılık olarak nitelendirilmekte ve failer cezalandırılmaktadır. Kanununun 3. maddesinin 3 numaralı alt bendinde belirtilen fiilleri işleyenler hakkında, beyan edilen FOB (free on board–gemide teslim) kıymetinin üçte birinden az, üçte ikisinden fazla olmamak üzere ağır para cezasına hükmolunacağı düzenlenmiştir.^[42] Kanun’un Devlet ve Kamu Güvenliği Aleyhine Kaçakçılık başlıklı 6. maddesi uyarınca Kanun’un suç saydığı fiillerin devletin siyasi, mali, iktisadi veya askeri güvenliğini bozacak veya çevre ya da toplum sağlığını tehdit edecek nitelikte olması halinde fail hakkında ilgili maddelerde yazılı para cezalarına ilaveten on yıldan az yirmi yıldan fazla olmamak üzere ağır hapis cezasına hükmolunacağı düzenlenmiştir. 2007 yılında 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle birlikte 4926 Sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmıştır.^[43] Yeni Kanun’un Kaçakçılık Suçları başlıklı 3/8 maddesinde ihracı kanun gereği yasak olan eşyayı ülkeden çıkararak kişi, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir. 4926 Sayılı Kanun’da FOB kıymeti ile orantılı olan para cezası yerini hapis ve adli para cezasına bırakmıştır. Ayrıca 5607 Sayılı Kanun’un Nitelikli Haller başlıklı 4. maddesiyle kaçakçılık suçunun konusunu oluşturan eşyanın, Devletin siyasi, iktisadi veya askeri güvenliğini bozacak ya da çevre veya toplum sağlığını tehdit edecek nitelikte olması halinde, fiil daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde, verilecek hapis cezası on yıldan az olamayacağı hüküm altına alınmıştır. Böylelikle önceki Kanun’da devlet ve kamu güvenliği aleyhine kaçakçılık halinde uygulanacak olan cezanın üst sınırı kaldırılmıştır ve cezanın yalnızca on yıldan az olamayacağı düzenlenmiştir. Yeni düzenlemeye suçlar açısından bakıldığında yasak ihracata karşı yaptırım arttırılmış, devlet ve kamu aleyhine işlenen suç ayrı bir suç olarak değil, kaçakçılık suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir.

[42] Kaçakçılık Kanunu madde 3/1-3 numaralı alt bendinde belirtilen fiilleri işleyenler hakkında, beyan edilen FOB kıymetinin üçte birinden az, üçte ikisinden fazla olmamak üzere ağır para cezasına hükmolunur. 3’üncü maddenin (1) bendinde sayılan suçların aracılı ihracat suretiyle işlenmesi halinde, bu fiillere ilişkin müeyyideler imalatçı veya tedarikçi ihracatçılar hakkında uygulanır. Ayrıca bu konudaki nezaret görevini yerine getirmeyen ihracatçılara asıl faille hükmolunacak cezanın %10 oranında ağır para cezası uygulanır. 4926 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, RG:10.7.2003- 25173.

[43] 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, RG:31.3.2007- 26479.

İhracat izni lisans prosedürü uygulamasında ülkemizde üç ana lisansör kurum yetkilendirilmiştir. Buna göre, askeri malzeme ve ekipmanın ihracat kontrolleri Milli Savunma Bakanlığı, nükleer ve nükleer çift kullanımlı malzemenin ihracat kontrolleri Türkiye Atom Enerjisi Kurumu (TAEK),^[44] bunun dışında kalan çift kullanımlı malzemelerin ihracat kontrolleri Ticaret Bakanlığı tarafından yapılmaktadır.^[45] Çift Kullanımlı Malzemelerle ilgili sivil kullanıma yönelik ihracat işlemleri, “Çift Kullanımlı ve Hassas Maddelerin İhracatına İlişkin Tebliğ” çerçevesinde, Çift Kullanımlı Malzeme ve Teknolojilerin ithalatına yönelik işlemler ise “İthalat Tebliği” çerçevesinde Ticaret Bakanlığı sorumluluğunda yürütülmektedir. Silah kontrolleri Dışişleri Bakanlığı Silah Kontrol ve Silahsızlanma Dairesi tarafından yapılmaktadır.

Harp Araç Ve Gereçleri İle Silâh, Mühimmat Ve Patlayıcı Madde Üreten Sanayi Kuruluşlarının Denetimi Hakkındaki 5201 Sayılı Kanun kapsamında “Kontrolle Tabi Liste” kapsamında yer alan kalemlerin üretilmesi, ihracat ve ithalatına ilişkin izin işlemleri ile Füze Teknolojisi Kontrol Rejimi/ FTKR Ek Listesi) ve Wassenaar Düzenlemesi (WD) Mühimmat Listesi ile Kontrolle Tabi Listede yer alan kalemlerin ihracat ve ithalatına ilişkin izin işlemleri, Millî Savunma Bakanlığı sorumluluğunda ve bilgisi dâhilinde yapılacağı düzenlenmiştir. Kontrolle Tabi Liste içinde bulunan malzemelerin üretimi, ithalatı ve ihracatına yönelik işlemler için Millî Savunma Bakanlığı adına olan Teknik Hizmetler Dairesi Başkanlığı’ndan izin alınması zorunluluğu getirilmiştir. Kontrolle tabi liste kapsamında bulunmayan ancak WD ve FTKR listelerinde yer alan malzemelerin üretimi makam iznine tabi tutulmamış, ancak ithalat ve ihracatına yönelik işlemlerde makamdan izin alınması, söz konusu ithalat ve ihracat faaliyetini yürütecek kuruluşun Tesis Güvenlik Belgesi’ne sahip olması gerekliliği öngörülmüştür.^[46]

[44] Bu kurum 05.03.2022 tarih ve 7381 Sayılı Kanun’un 27. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

[45] Sivil amaçlı kullanıma yönelik çift Kullanımlı Malzemelerle ihracat faaliyetleri “Çift Kullanımlı ve Hassas Maddelerin İhracatına İlişkin Tebliğ” kapsamında, bu malzemelerin ithalatına yönelik faaliyetler ise “İthalat Tebliği” çerçevesinde Ticaret Bakanlığı sorumluluğunda yürütülmektedir Ticaret Bakanlığı, erişim 7 Şubat 2021, <https://www.ticaret.gov.tr/ihracat/mevzuat/ihracat-rejimi/cift-kullanimli-ve-hassas-maddelerin-ihracatinin-kontrolune-iliskin-teblig-ihrac>.

[46] Milli Savunma Bakanlığı, “5201 Sayılı Kanun Kapsamında Savunma Bakanlığı Kontrolüne Tabi Silah ve Mühimmat İhracat ve İthalat Prosedürleri,” erişim 7

Biyolojik çeşitliliğin korunması ve sürdürülebilir kullanımı üzerinde olumsuz etkilere sahip olabilecek ve modern biyoteknoloji kullanılarak elde edilmiş olan değiştirilmiş canlı organizmaların güvenli nakli, muamelesi ve kullanımı alanında yeterli bir koruma düzeyinin sağlanmasına katkıda bulunmak amacıyla kabul edilen Cartagena Protokolü 11 Eylül 2003 tarihinde dünyada, 24 Ocak 2004 tarihinde Türkiye’de yürürlüğe girmiştir. Protokol’de Taraf Devletlere belirlenen mekanizmaların işlerliği için gerekli olan yasal, idari ve kurumsal düzenlemeleri yapmak zorunluluğu getirilmiştir. Cartagena Biyogüvenlik Protokolü’nün^[47] ana anlaşması olan 193 devletin taraf olduğu ve 29 Aralık 1992 tarihinde yürürlüğe giren Biyolojik Çeşitlilik Antlaşması’na Türkiye 14 Mayıs 1997’de taraf olmuştur. 2004 yılında Türkiye’de yürürlüğe giren Protokol’ün ulusal mevzuattaki detaylı düzenlemesi ancak 2010 yılında çıkarılan 5977 Sayılı Biyogüvenlik Kanunu ile yapılmıştır.^[48] Kanun’a göre yapılacak her bir başvuru için bilimsel esaslara göre risk değerlendirmesi ve sosyo-ekonomik değerlendirme ayrı ayrı yapılmakta, süreç Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından yürütülmekte, kanuna aykırı faaliyetler adli, idari, hapis cezası ile cezalandırılmaktadır.

Şubat 2021, <https://www.oaib.org.tr/tr/bilgi-merkezi-sikca-sorulan-sorular-5201-sayili-kanun-kapsaminda-savunma-bakanligi-kontrolune-tabi-silah-ve-muhimmat-ihracat-ve-ithalat-%C2%A0prosedurleri-hakkinda-bilgi-verebilir-misiniz.html>.

[47] “Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity, Text and Annexes,” erişim 12 Temmuz 2023, <https://www.cbd.int/doc/legal/cartagena-protocol-en.pdf>. 1992 yılında Rio de Janeiro’da gerçekleştirilen Dünya Zirvesinde kabul edilen üç temel çok taraflı çevre sözleşmesinden (Rio Sözleşmeleri) biri olan BM Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi (UN Convention on Biological Diversity–UNCBD) 1993 yılında yürürlüğe girmiştir. Sözleşme ve Protokollerinin Taraflar Konferansı (COP) iki yılda bir düzenlenmektedir. Ülkemiz 2024 yılında COP16’nın ev sahipliğini yapacak ve Sözleşme dönem başkanlığını deruhte edecektir. UNCBD çerçevesinde, 2000 yılında yürürlüğe giren “Cartagena Biyogüvenlik Protokolü” ve 2014 yılında yürürlüğe giren “Genetik Kaynaklara Erişim ve Yarar Paylaşımı Hakkında Nagoya Protokolü” bulunmaktadır. Cartagena Protokolü’ne ülkemiz 2004’te taraf olmuştur. Değiştirilmiş canlı organizmalardan kaynaklanan zararın meydana gelmesi halinde, yükümlülükler ve telafi usullerinin belirlenmesi amacıyla Cartagena Biyogüvenlik Protokolüne ilave olarak Nagoya-Kuala Lumpur Ek Protokolü kabul edilmiştir. Ülkemiz bahse konu Ek Protokole ve Nagoya Protokolü’ne henüz taraf değildir. Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı, erişim 12 Temmuz 2023, <https://www.mfa.gov.tr/biyolojik-cesitlilik.tr.mfa>,

[48] Biyogüvenlik Kanunu, RG: 26.03.2010- 27533.

GDO (Genetiği Değiştirilmiş Organizma) ve ürünleri ile ilgili bilimsel, teknik ve uygulamaya ilişkin bilgi ve belgelerin ulusal/uluslararası seviyede alışverişinin kolaylaştırılması ile kamuoyunun bilgilendirilmesi, karar sürecine katılımı amacıyla oluşturulan Biyogüvenlik Bilgi Değişim Mekanizması içindeki faaliyetler Biyogüvenlik Kurulu tarafından yerine getirilmektedir. Risk ve sosyo-ekonomik değerlendirme raporlarını dikkate alınan Kurul kararları Kurul'un resmi internet sitesinden paylaşılmaktadır. Son olarak Mart 2018 tarihli kararı paylaşan Kurul'un günümüze kadar olan kararları hakkında bir açıklama bulunmamaktadır.^[49] Ayrıca Cartagena Protokolü'nün onaylanması ile ilgili olarak düzenlenen ulusal raporlardan 2014–2015–2020 yıllarına ait olan raporlar yayınlanmış olup kamuya açık başka bir rapor bulunmamaktadır.^[50]

[49] 26 Eylül 2010 Tarihinden 02 Ağustos 2018 Tarihine Kadar Alınan Biyogüvenlik Kurulu Toplantı Kararları, Biyogüvenlik Kurulu, erişim 21 Aralık 2020, <http://www.tbddm.gov.tr/ToplantıKararlari2.aspx>.

[50] Second Regular National Report on the Implementation of the Cartagena Protocol on Biosafety, Türkiye Biyogüvenlik Bilgi Değişim Mekanizması, erişim 25 Aralık 2020, <http://www.tbddm.gov.tr/Dosyalar/Second%20National%20Report.pdf>.

SONUÇ

Wassenaar Düzenlemesi silahların kontrolü ile kaçakçılığın ve yayılmanın önlenmesi amaçlanmakla birlikte, düzenleme aynı zamanda, bir bölgedeki durum veya bir devletin davranışı ciddi bir endişe nedeni haline gelirse, silahların ve hassas çift kullanımlı malzemelerin elde edilmesini önlemek için iş birliğini geliştirmeyi amaçlamaktadır. Wassenaar Düzenlemesi'ne katılmak için belirli konulardaki ulusal politikalar aracılığı ile uluslararası barış ve güvenliğe katkı sağlanması, politika ve yerel mevzuatın güncellenmesi, uygulama ve denetimlerde istikrarlı olunması beklenmektedir.

Wassenaar Düzenlemesi'nde Taraf Devletlerden beklenen silahsızlanma ve silahların yayılmasının önlenmesi alanında çok taraflı kontrol rejimlerine uyumun sürekli olarak iyileştirilmesi, bölgesel ve küresel mekanizmalara katılımıdır. Biyogüvenlik nükleer, kimyasal, radyoaktif ve biyolojik silahlara ait düzenlemeleri içine alan, çok taraflı uluslararası belgelere taraf olmayı gerektiren, yerel mevzuatın güncellenmesini gerektiren bir uyum sürecini ifade etmektedir. Uluslararası güvenlik ve istikrara katılımın sağlanmasının yolu her devletin kendi içinde yasal önlemler almasından ve küresel iş birliğinde bulunmasından geçmektedir.

Wassenaar Düzenlemesi kapsamında ithalat-ihracat profilinin açık olması gerekmektedir. Bu bağlamda konvansiyonel silah ve ikili kullanım lisans sayısının bildirilmesi şarttır. Ulusal ihracat kontrolleri ve nükleer silahların yayılmasını önleme yasalarının çıkarılması yeterli olmamakta, Düzenleme'ye ait listelerin düzenli olarak güncellenmesi gerekmektedir. Ulusal lisanslama politikasına uyulmadığında lisanslamaya dahil aktörlere uygulanacak yasal yaptırımlar, uluslararası güvenlik ve istikrara katkı sağlayacaktır.

Türkiye, konvansiyonel silahlar ve çift kullanımlı malzeme ve teknolojilere uygulanan bütün ihracat kontrol rejimlerine taraftır. Silahsızlanma faaliyetleri, çift kullanımlı malzeme ve teknolojilere yönelik faaliyetler farklı Bakanlıklar aracılığıyla yürütülmektedir. İhracat kontrol listeleri ise yerel mevzuata dahil edilmiş olup listeler güncellenmektedir.

Konvansiyonel silahların ihracatı ile ilgili işlemler Dışişleri Bakanlığı ve Millî Savunma Bakanlığı tarafından yürütülürken, çift kullanımlı malzeme ve teknolojiler ihracatı ile ilgili işlemler Ticaret Bakanlığı ve Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından yürütülmektedir. Biyogüvenlik Kanunu, biyogüvenlik sisteminin kurulması için atılan önemli bir adımdır. Ancak

sadece Biyogüvenlik Kanunu'nun çıkarılmış olması yeterli değildir. Çünkü biyogüvenlik biyosavunma ile yakından bağlantılı olup, biyolojik ajanları kullanarak saldırılara karşı savunma önlemleri oluşturmayı ve yürütmeyi amaçlayan yöntemleri, planları, prosedürleri, politikaları, yasaları, mevzuatları içermektedir. Dolayısıyla Türkiye'de biyogüvenlik hukuku kapsamında uluslararası antlaşmaların, kanunların, yönetmeliklerin ve kamu kurumlarının faaliyetlerinin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Biyogüvenlik Kanunu uygulaması incelendiğinde Kurul'un çalışmaları hakkında 2018 yılı itibariyle bir rapor veya karar yayınlanmamış olması Kurul çalışmalarında şeffaflık olmadığını göstermektedir. Aynı şekilde Cartagena Protokolü'nün onaylanması ile ilgili olarak düzenlenen uyum raporlarının son yıllar için düzenlenmemiş olması, uyum sürecinin denetimi ve çalışmaların güncellenmesi konusunda eksiklik olduğunu göstermektedir. Biyogüvenlik Kanunu'nun ihlali halinde öngörülen adli, idari ve cezai yaptırımların takibi, Kurul ile adli merciiler arasında iş birliğinin yapılması gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır. Yerel mahkemeler açısından değerlendirildiğinde ise, gerek çift kullanımlı malzeme ve teknolojiler gerekse biyolojik ajanlar ile ilgili ithalat ve ihracatı konularında mahkemelerin ihtisaslaşması yoluna gidilmesi kararların hızlı bir şekilde çıkmasını sağlayacaktır. Yasalara uyulmasının sağlanması noktasında yetkili kolluk kuvvetleri tarafından olası ihlallerin araştırılması ve kurumlar arasında iç koordinasyonun sağlanması gerekmektedir.

Türkiye'de Nükleer Düzenleme Kurulu ve nükleer faaliyetler hakkında görevli bakanlıklar arasında görev paylaşımı yapılmış olması, ihracat kontrol rejimine uygun yönetmelik ve düzenlemelerin mevcudiyeti, Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından risk ve sosyo-ekonomik değerlendirmenin yapılıyor olması, Kaçakçılık Kanunu ve Biyogüvenlik Kanunu ile Nükleer Düzenleme Kurumu Hakkında Kararname'de ihlallere karşı ağır yaptırımların öngörülmesi Türkiye biyogüvenlik politikasında kurumsallaşmanın olduğunu ve yasal çerçevelerin belirlendiğini göstermektedir. Kurum faaliyetlerinin şeffaflık ilkesine uygun olarak yerine getirilebilmesi için, ulusal güvenlik sebebi haricinde bilgilerin kamuya açık olması gerekmektedir. Zira şeffaflık ilkesine uyulmaması ilgili kurumların denetimini de zorlaştırmaktadır. Yasal çerçevesi belirlenmiş Türkiye biyogüvenlik çalışmalarında yasalara uyulup uyulmadığının belirlenmesinde idari işlemlerin denetime açık hale gelmesi gerekmektedir. Biyogüvenlik Hukuku kapsamında tüm düzenlemelerin

Wassenaar Düzenlemesi ve Türkiye Biyogüvenlik Mevzuatı:
Uyum Sürecinde İstikrar İçin Öneriler

ortak bir yönetim aracılığıyla yürütülmesi ve denetlenmesi gerekmektedir. Bu durum hem uluslararası entegrasyonu hızlandıracak hem de var olan eksiklerin giderilmesi yolunda önemli adım olacaktır.

KAYNAKÇA

- Baxter, Richard Reeve and Thomas Buergenthal. “Legal Aspects of the Geneva Protocol of 1925.” *The American Journal of International Law*. no. 5 (1970): 853-879. DOI: 10.2307/2198921.
- Dhaked, Ram Kumar. “Biodefense Preparedness Programs: To Fund or Not to Fund?.” *Journal of Bioterrorism & Biodefense*, no.1 (2017): 1-2. DOI: 10.4172/2157-2526.1000e122.
- Gartner, Heinz. “The Wassenaar Arrangement (WA): How it is Broken and Needs to be Fixed,” *Defense & Security Analysis* 24, no.1 (2008): 53–60.
- Huang, Yanzhong. “Building a Global bio-defense Shield.” *Leaders Summit on Global Infectious Diseases Toward an L20?* November 11-13, San Jose, Costa Rica (2004): 11-13.
- Martin, Susan B. “The Role of Biological Weapons in International Politics: The Real Military Revolution.” *Journal of Strategic Studies*. No.1 (2002): 63-98. DOI:10.1080/714004040.
- Moghaddasi, Hamid. Arani, Leila Arani Shokrizadeh and Zarghi, Afşin. “Features of Bioterrorism Information System.” *Journal of Bioterror Biodef.* no. 2 (2018): 1-6.
- Pazarıcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk*. Ankara: Turhan Kitabevi. 2014.
- Rajeswari Pothuraju Raja. “US export control policy and Wassenaar Arrangement.” *Strategic Analysis*. no. 3 (1998): 433-444, DOI: 10.1080/09700169808458823.
- Rajagopalan, Rajeswari Pillai and Biswas, Arka. “Wassenaar Arrangement: The Case of India’s Membership.” *ORF Occasional Paper*. Erişim 9 Şubat 2021. https://orfonline.org/wp-content/uploads/2016/05/ORF-Occasional-Paper_92.pdf.
- Vitkauskaitė-Meurice, Dalia. “The UN-Nato Cooperation in Implementing the United Nations Security Council Resolution 1540,” *Jurisprudencija*. no.2 (2014): 335- 354.
- Yılmaz Sait, *Uluslararası Güvenlik: Teori, Pratik ve Gelecek*, İstanbul: Kaynak Yayınları. 2017.

Diğer Kaynaklar

- 1540 Committee Matrix Of The Republic Of Turkey. UN. Erişim 11 Nisan 2020. <https://www.un.org/en/sc/1540/documents/TurkeyReport10Sep2019.pdf>.
- 1972 Convention on the Prohibition of Biological Weapon. Erişim 12 Temmuz 2023. <https://www.icrc.org/en/document/1972-convention-prohibition-bacteriological-weapons-and-their-destruction-factsheet>.
- 26 Eylül 2010 Tarihinden 02 Ağustos 2018 Tarihine Kadar Alınan Biyogüvenlik Kurulu Toplantı Kararları. Biyogüvenlik Kurulu. Erişim 21 Aralık 2020. <http://www.tbbdm.gov.tr/ToplantıKararlari2.aspx>.
- 5201 Sayılı Kanun Kapsamında Savunma Bakanlığı Kontrolüne Tabi Silah ve Mühimmat İhracat ve İthalat Prosedürleri. Millî Savunma Bakanlığı. Erişim 7 Şubat 2020. <https://www.oaib.org.tr/tr/bilgi-merkezi-sikca-sorulan-sorular-5201-sayili-kanun-kapsaminda-savunma-bakanligi-kontrolune-tabi-silah-ve-muhimmat-ihracat-ve-ithalat-%C2%A0prosedurleri-hakkinda-bilgi-verebilir-misiniz.html>.
- Best Practice Guidelines For The Licensing Of Items On The Basic List and Sensitive List of Dual-Use Goods And Technologies. Erişim 6 Ocak 2021, <https://www.wassenaar.org/app/uploads/2019/consolidated/09Best-Practice-Guidelines-for-the-Licensing-of-Items-on-the-Basic-List-and-Sensitive-List-of-Dual-Use-Goods-and-Technologies.pdf>.
- Biodefense, Journal of Bioterrorism & Biodefense. Erişim 9 Nisan 2020. <https://www.omicsonline.org/scholarly/biodefense-journals-articles-ppts-list.php>.
- Biyogüvenlik Kanunu, RG:26.03.2010- 27533.
- BMGK 1540 (2004) sayılı kararını destekleyen 1673 (2006), 1810 (2008), 1977 (2011), 2055 (2012), 2325 (2016) sayılı kararlar almıştır. Security Council Resolutions, 1540 Committee. Erişim 11 Nisan 2020. <https://www.un.org/en/sc/1540/resolutions-committee-reports-and-SC-briefings/security-council-resolutions.shtml>.

Cartagena Protocol On Biosafety To The Convention On Biological Diversity, Text And Annexes. Erişim 12 Temmuz 2023. <https://www.cbd.int/doc/legal/cartagena-protocol-en.pdf>.

Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on Their Destruction. Erişim 10 Nisan 2020. <http://disarmament.un.org/treaties/t/bwc/text>.

Çift Kullanımlı ve Hassas Maddelerin İhracatının Kontrolüne İlişkin Tebliğ. Erişim 7 Şubat 2021. <https://www.ticaret.gov.tr/ihracat/mevzuat/ihracat-rejimi/cift-kullanimli-ve-hassas-maddelerin-ihracatinin-kontrolune-iliskin-teblig-ihrac>.

Guidelines For Applicant Countries. Erişim 6 Ocak 2021. <https://www.wassenaar.org/app/uploads/2019/consolidated/11Guidelines-for-Applicant-Countries.pdf>.

Dedicated 'United Nations Disarmament Yearbook' Web site, Now Live, Spotlights Core Peace, Security Challenges as Global Organization Turns 75, United Nations Meetings Coverage and Press Releases. Erişim 9 Şubat 2021. <https://www.un.org/press/en/2020/dc3832.doc.htm>.

Documents related to goal and principles of the Wassenaar Arrangement, Wassenaar Arrangement, Erişim 9 Şubat 2021. <https://www.wassenaar.org/public-documents/>.

National Implementation Action Plans, 1540 Committee. Erişim 11.04.2020. <https://www.un.org/en/sc/1540/national-implementation/national-implementation-plans.shtml>.

Note verbale dated 1 November 2004 from the Permanent Mission of Turkey to the United Nations addressed to the Chairman of the Committee. Erişim 11 Nisan 2020. [https://undocs.org/S/AC.44/2004/\(02\)/63](https://undocs.org/S/AC.44/2004/(02)/63).

Nükleer Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, RG: 9.7.2018- 30473.

Nükleer İhracat Kontrolü Yönetmeliği, RG: 13.02. 2020 – 31038.

Protocol for the Prohibition of the Use of Asphyxiating, Poisonous or Other Gases, and of Bacteriological Methods of Warfare. 17 June 1925. Erişim 12 Temmuz 2023. <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/geneva-gas-prot-1925>.

Resolution 1540. UNSCR. Erişim 13 Nisan 2020. <http://unscr.com/en/resolutions/1540>.

Resolution 1540. Vital Component in Non-Proliferation Architecture, but Full Implementation Remains ‘Long-Term Task’, Committee Chair Tells Security Council. Erişim 12 Temmuz 2023. <https://press.un.org/en/2023/sc15241.doc.htm>.

Risk Değerlendirme Komite ve Komisyonlarının Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, RG: 24.12.2011- 28152.

Second Regular National Report on the Implementation of the Cartagena Protocol on Biosafety, Türkiye Biyogüvenlik Bilgi Değişim Mekanizması. Erişim 25 Aralık 2020. <http://www.tbbdm.gov.tr/Dosyalar/Second%20National%20Report.pdf>.

SIPRI. “USA and France dramatically increase major arms exports; Saudi Arabia is largest arms importer, says.” Erişim 9 Şubat 2021. <https://www.sipri.org/media/press-release/2020/usa-and-france-dramatically-increase-major-arms-exports-saudi-arabia-largest-arms-importer-says>.

The Confidence Building Measures. United Nations. Erişim 10 Nisan 2020. [https://www.unog.ch/80256EE600585943/\(httpPages\)/5E2E8E6499843CCBC1257E52003ADED4?OpenDocument](https://www.unog.ch/80256EE600585943/(httpPages)/5E2E8E6499843CCBC1257E52003ADED4?OpenDocument).

The Hague Center for Strategic Studies. “The Increasing Threat of Biological Weapons Report.” Erişim 1 Mayıs 2020. <https://hcss.nl/report/increasing-threat-biological-weapons>.

The Wassenaar Arrangement on Export Controls for Conventional Arms and Dual-Use Goods and Technologies Initial Elements. Erişim 4 Ocak 2021. <https://www.wassenaar.org/docs/IE96.html>.

World Health Organization. Erişim 8 Şubat 2021. https://www.who.int/health-topics/biological-weapons#tab=tab_1.

Mahalle Muhtarları ve Görevden Uzaklaştırma

Selman ÖZDEMİR*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Dr., Hakim. Konya Bölge İdare Mahkemesi. selmanozdemir3@gmail.com.
ORCID: 0000-0002-2513-6073

Makale geliş tarihi: 1 Ocak 2023 **Makale kabul tarihi:** 4 Eylül 2023

Atıf önerisi: Özdemir, Selman. “Mahalle Muhtarları ve Görevden Uzaklaştırma.” *Ankara Barosu Dergisi* 81, no. 4 (Cumhuriyet 100. Yıl Özel Sayısı, Ekim 2023): 137-196. **DOI:** 10.30915/abd.1227997

MAHALLE MUHTARLARI VE GÖREVDEN UZAKLAŞTIRMA

ÖZ

Nüfusun büyük bölümünün kırsalda yaşadığı yıllarda muhtar denildiğinde akla köy muhtarları gelmekteydi. Şehir nüfusunun kır nüfusunu geçtiği 1985 yılından itibaren şehirlerdeki nüfus artmaya, kırlardaki nüfus azalmaya başlamış; bu değişimden kırın başat yerleşim yeri olan köy de nasibini almıştır. 6360 sayılı Kanun'la köylerin varlıklarına büyükşehir statüsündeki illerde son verilmesiyle birlikte, 2021 yılı TÜİK verilerine göre ülkemiz nüfusunun %93.2'si şehirlerde, %6.8'i köyler ile diğer yerleşim yerlerinde yaşar hâle gelmiştir. Sürecin sonunda (günümüzde) artık muhtar denildiğinde akla köy muhtarlarından çok mahalle muhtarları gelmektedir. Diğer bir ifadeyle mahalle muhtarları artık daha görünür hâle gelmişlerdir. Özellikle büyükşehir statüsündeki illerde kırsal bölgelerdeki mahalle muhtarlarının, öteden beri şehir mahalle muhtarlarından farklı olarak kullanmaya devam ettikleri yetkileri, bu bağlamda muhtelif ilave görevleri bulunmaktadır. Ayrıca kişisel husumetler nedeniyle muhtarların şikâyet edilme sayısı da artmıştır. Bunun neticesinde eskiye oranla mahalle muhtarlarının görevden uzaklaştırılmalarında da artış görülmektedir. Ancak sıklıkla tatbik edilmeye başlanan görevden uzaklaştırma uygulamasının hukukî yönden hatalı olduğu değerlendirilmektedir. Bu çalışmada, mahalle muhtarlarının görevden uzaklaştırılması meselesi biraz daha yakından ele alınarak, uygulamadaki hatalar ve hukuka aykırılıklar açıklanmaya çalışılmış; mahalle muhtarlarının görevden uzaklaştırılmalarının mümkün olup olmadığı tahlil edilmiştir.

Anahtar Kelimeler:

Görevden uzaklaştırma

işten el çektirme

mahalle muhtarı

memur

müstahdem

idari tedbir

MUKHTAR OF NEIGHBOURHOOD AND DISMISSAL

ABSTRACT

In the years when most of the population lived in the countryside, village mukhtar came to mind when the mukhtar was mentioned. Concentration in cities has increased since 1985, when the urban population surpassed the rural population, population in rural areas has decreased. The village, which is the main settlement of the countryside, was affected by this situation. With the Code No. 6360, the legal existence of villages was terminated in provinces with metropolitan status. According to TUIK data for 2021, 93.2% of our country's population lives in cities and 6.8% in villages. Anymore when the mukhtar is mentioned, not the village mukhtar, but the neighborhood mukhtar comes to mind. In other words, neighborhood mukhtar became more visible. Especially in provinces with metropolitan status, neighborhood mukhtar in rural areas have different powers that they have been using for a long time, and various additional duties in this context. In addition, mukhtars are frequently complained about due to personal enmities. For this reason, there is an increase in the number of dismissals of neighborhood mukhtar compared to the past. However, the application of dismissal is applied incorrectly from the legal point of view. In this study, the issue of dismissal of the neighborhood mukhtar is handled a little more closely. Also in this study, errors and illegalities in practice were tried to be explained; it has been analyzed whether it is possible to dismiss the neighborhood mukhtar or not.

Keywords:

Dismissal

to remove from office

neighborhood mukhtar

civil servant

servant

administrative precaution

GİRİŞ

Mahalle ve muhtar kelimeleri zikredildiği zaman akla genellikle “*mahallî idare*” kavramı gelmektedir. Bu durum zihinsel bir çağrışımdan ileri gelmektedir. Bu zihinsel çağrışımın sebebine aşağıda ayrıca değinilecektir. Hele ki 6360 sayılı On Dört İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Yedi İlçe Kurulması İle Bazı Kanun ve KHK’lerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’la^[1], mahalle ve muhtar kelimeleri zikredildiğinde oluşan “*mahallî idare*” çağrışımı adeta olağan hale gelmiştir.

Genel olarak mahallî idareler, devlet sınırları içerisinde köy, kasaba, şehir ölçeğinde ortak ve yerel nitelikteki ihtiyaçları karşılamak amacıyla, hukukî normlarla oluşturulmuş anayasal teşkilatlardır diye tanımlanmaktadır.^[2] Mahallî idareler birer “*anayasal teşkilat*” olduklarına göre, mahallî idarelerin türlerine Anayasa’da yer verilmiş olması tabiidir. Nitekim Anayasa’da mahallî idareler düzenlenmiş ve idarî yapılanma bakımından “il özel idaresi”, “belediye” ve “köy” olmak üzere üç ana türde yer yönünden mahallî idareye yer verilmiştir.^[3]

Mahallî idarelerden olan köy idaresinin başındaki kişinin unvanına kanun koyucu “*muhtar*” ismini vermiştir (Köy Kanunu^[4]; m.10). Fakat mevzuatımızda “muhtar” unvanlı bir başka görev daha bulunmaktadır ki; bu görevin temsil ettiği birime “*mahalle*” denilmektedir. Bu durum bize “*köy muhtarı*” ve “*mahalle muhtarı*” olmak üzere, iki adet muhtar unvanlı görevin bulunduğunu göstermektedir. Fakat bu unvanlardan birisini köyün temsilcisi, diğerini mahallenin temsilcisi kullanmaktadır.

Köy ile mahalle muhtarlıklarının teşkilatlanmasının, tâbi oldukları mevzuatın, görevlerinin ve yetkilerinin farklı olmasına istinaden; köy muhtarlığını yürüten kişilerle mahalle muhtarlığını yürüten kişilerin görevden uzaklaştırılmasının esasları ve usulleri de birbirinden farklılık arz etmektedir.

[1] 06.12.2012 tarih ve 28489 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

[2] Halil Nadaroğlu, *Mahallî İdareler*, (İstanbul: Beta Yayınları, 1998), 3.

[3] Selman Özdemir, “Köylerde Ayrı Bir Yerleşme Plânına İhtiyaç Duyulmasının Sebepleri,” *Mahallî İdareler Dergisi* 59, (Kasım 2017): 115.

[4] 07.04.1924 tarih ve 68 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

Uygulamada mahalle muhtarlarının görevden uzaklaştırılması durumuyla pek karşılaşılacak değilken; 6360 sayılı Kanun'un 30 Mart 2014 tarihinde yürürlüğe girmesini müteakiben mahalle muhtarlarının görevden uzaklaştırılmalarına dair işlemlerin sayısında bir artış gözlenmektedir. Zira 6360 sayılı Kanun'la büyükşehir belediyesi statüsüne alınan ve büyükşehir belediyesi statüsünde olan illerde köy tüzel kişilikleri kaldırılarak,^[5] bu köyler bağlı oldukları ilin yahut ilçenin birer mahallesine dönüşmüşlerdir.^[6] Köylerin mahalleye dönüşmesinin sonucunda “köy muhtarı” sıfatı ve unvanı ile göreve devam etmekte olan köy idarecilerinin bu idarecilik görevleri sona ermiş, bu kişiler görevlerine “mahalle muhtarı” sıfatı ve unvanıyla devam etmeye başlamışlardır. Ancak şehrin (vilâyetin) tamamının büyükşehir statüsüne alınması ve köylerin mahalleye dönüştürülmesi, o vilâyetteki kırsal hayatı sonlandırmamıştır.

Mahalleye dönüşen köylerin idarî sınırları kapsamında tarımsal destekleme işlemleri, arazi/tarla kiralama işlemleri, çiftçi kayıt belgelerinin tanzimi ve imzası işlemleri, Hazine taşınmazlarının yahut devletin hüküm ve tasarrufu altındaki taşınmazların kullanımları, ormancılık faaliyetleri, yaylacılık faaliyetleri, mera kullanımı, ziraî sulama işleri gibi kırsal nitelikli iş ve işlemler halen devam etmektedir. Bu kullanımlar ve işlemler dolayısıyla mahalleye dönüşen muhtarlıklarda, muhtarlar tarafından bir kısım belgelere imzalar atılmakta, kamu kurum ve kuruluşlarına yönelik muhtelif beyanlarda bulunmaktadır.

Bu yönüyle daha önce köyken sonra mahalleye dönüşen mahalle muhtarlıklarının faaliyet alanları ve muhtarların yaptıkları işlemlerle, öteden beri bir beldenin mahallesi olan mahalle muhtarlıklarının faaliyet alanları ve muhtarların yaptıkları işlemler bazı yönlerden birbirinden farklılıklar arz etmektedir. Diğer bir deyişle, köyken mahalleye dönüşen yerleşimlerin muhtarlarının takip ettikleri işlerin türleri, öteden beri şehirde kurulu

[5] Selman Özdemir, “6360 Sayılı Kanun Kapsamında Köyden Mahalleye Dönüşen Alanlardaki Yapıların Ruhsatlandırılmış Sayılması,” *Ankara Barosu Dergisi* 78, (2020): 41.

[6] Yüksel Demirkaya, Mesut Koç, “6360 Sayılı Kanun İle Birlikte Mahalleye Dönüşen Köylerde Değişimin Katılım Açısından Muhtarlığa Etkisi: Menteşe ve Seydikemer İlçeleri Üzerinden Bir Değerlendirme,” *Strategic Public Management Journal* 3, (2017): 125.

bulunan mahallelerin muhtarlarının takip ettikleri işlerin türlerine göre oldukça fazladır.

Söz konusu faaliyetler ve işlemler kapsamında köyden mahalleye dönüşen mahallelerin muhtarlarınca pek çok mevzuata aykırı işlemler yapılabilmekte, hatta suça konu tasarruflarda bulunulabilmektedir. Kimi zaman da, dünyevî görüşlerin farklı olması hasebiyle yahut kişisel hırslarla mahalle muhtarları ve muhtarların tasarrufları muhtelif kişilerce şikâyet edilebilmektedir. Bazen de görevle ilgisi olmayan şahsî suçlar da işlenebilmektedir.

Gerek suça konu tasarruf yapılmış olması, gerek muhataplarının hoşuna gitmeyen işler yapılması, gerekse görevle ilgili olmayan kişisel suçlar dolayısıyla yapılan ihbarlar/şikâyetler dolayısıyla mahalle muhtarı unvanlı şahıslar hakkında soruşturmalar yapılabilmekte; bu soruşturmalarda İçişleri Bakanlığı'nca yahut mülkî amirlerce “görevden uzaklaştırma” tedbirleri uygulanabilmektedir. Kırsal kesimlerde “muhtarlık” unvanına atfedilen önem ile son dönemde muhtarlara ilişkin sosyal haklar ve ekonomik ödemelerdeki iyileştirmeler de dikkate alındığında, özellikle köyden mahalleye dönüşen ve kırsal hayatın henüz sona ermediği mahallelerin muhtarlarının şikâyet edilmelerinde, görevle ilgili/ilgisiz konularda bu kişiler hakkında yürütülen soruşturmalarda bir artış göze çarpmaktadır.^[7]

Bu çalışmada; çalışmaya altlık olması ve hukukî statünün açıklanması bakımından evvela mahalle kavramı, ardından mahalle muhtarlığı kavramı ele alınacaktır. Daha sonra görevden uzaklaştırma müessesesine değinilecek; bilahare mahalle muhtarlarının görevden uzaklaştırılmasının hukuken mümkün olup olmadığı incelenecektir. Uygulamada görevden uzaklaştırma ile bazı kavramların birbirine karıştırıldığı dikkati çektiğinden; hukuk devletinde hukukî terimlerin ve kavramların mevzu anlamları ile kullanılarak işlemlerin bu kapsamda yapılması, yargılamaların bu çerçevede yürütülmesi gerektiği, aksi halde hukuka aykırı işlemlerin yapılması hâlinin söz konusu olacağı meselesi üzerinde durulacaktır. Neticede inceleme/soruşturma/kovuşturma kapsamında mahalle muhtarlarının görevden uzaklaştırılmalarının mümkün olup olmadığı, mümkünse bunun hangi şartlarda yapılabileceği açıklanmaya çalışılacaktır.

[7] Selman Özdemir, “Mahalle Muhtarlarının Görevden Uzaklaştırılması,” *Mahalli İdareler Dergisi* 70, (Ekim 2018): 58.

I. MAHALLE MUHTARLIĞI; TEŞKİLATIN ORTAYA ÇIKIŞI VE MUHTAR KELİMESİNİN ANLAMI

Görevden uzaklaştırmanın mahalle muhtarları yönünden incelendiği bu çalışmada, “*mahalle muhtarlığı*” teşkilatının nasıl ortaya çıktığına değinilmesi zorunludur. Bu tarihî süreç açıklanmadan günümüzdeki mahalle muhtarlıklarının durumunun ve hukukî statüsünün izahının, konunun anlaşılabilirliğini zorlaştıracakı değerlendirilmektedir. Nitekim bu süreç aktarıldığında, mahallelerin mahallî idare olarak düzenlenmemelerinin arkasındaki nedenler de bir nebze anlaşılacaktır.

Tarihî seyrine bakıldığında mahallelerin ve mahalle muhtarlıklarının Osmanlı döneminde merkezî devlet otoritesinin şehirlerde tesis edilmesine yardımcı olma amacıyla ihdas edildikleri anlaşılmaktadır.^[8] Nitekim Osmanlı klasik devrinde şehirlerde mahalleler, bir ibadethane etrafında örgütlenen organik birer ünite, cami, kilise veya havra cemaatinin meskûn olduğu alan olarak yorumlanmıştır.^[9]

Bu manada klasik devirde mahalle, aynı camide/mescidde, kilisede yahut havrada ibadet eden cemaatin aileleriyle birlikte oturduğu şehir kesimini ifade etmektedir.^[10] Klasik dönemde Osmanlı şehirlerinde mahallelerin

[8] Erbay Arıkboğa, “Boşluk Doldurucu ve Aracı Kurum: Mahalle Muhtarlığı,” *Yerel Yönetimler Sempozyumu Bildiriler Kitabı*, (Haz. Birgül A. Güler ve Ayşegül Sabuktay), (TODAİE Yayınları, Ankara, 2000): 107 v.d.

[9] İlber Ortaylı, “Eski Türk Şehirlerinde Yapı İşlerinin Fonksiyonel Düzenlenişi ve Yapı Örgütü,” *Osmanlı’da Değişim ve Anayasal Rejim Sorunu*, (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2019), 84; İlber Ortaylı, “Osmanlı Toplumunda Aile”, *Osmanlı’da Değişim ve Anayasal Rejim Sorunu*, (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2019), 63-64; Suraiya Faroqhi, *Osmanlı Şehirleri ve Kırsal Hayatı*, (Çev. Emine Sonnur Özcan) (Ankara: Doğu Batı Yayınları, 2018), 104.

[10] Özer Ergenç, “Osmanlı Şehirlerindeki Yönetim Kurumlarının Niteliği Üzerine Bazı Düşünceler,” *VII’nci Türk Tarih Kongresi Bildiriler Kitabı-II*, (Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1981), 1270.

başında imamlar bulunmaktadır.^[11] Hristiyan cemaatinin mahallesinden papaz, Yahudi cemaatinin mahallesinden de haham sorumludur.^[12]

Klasik devirde “*kadı*”nın adlî, idarî/mülkî, malî, beledî ve keza halkın temsilcisi olma gibi pek çok görevi bulunmaktadır.^[13] Mekândaki idarî hiyerarşide kadının mahallelerdeki temsilcisi ve yardımcısı olarak imamlar vazifelendirilmişlerdir. Bu açıdan klasik dönemde imamların din adamı olma görevlerinin yanında mahallede yangınlar ve asayişle ilgili konularda cemaati (mahalleliyi) organize etmek, mahallî temizlik işlerine dikkat etmek, nüfus kayıtlarını tutmak, ilmühaber vermek, mahalleye yerleşecek kişilerin ikametgâh işlerini takip etmek, verginin dağıtımında ve toplanmasında kadıya mahalle düzeyinde yardımcı olmak, askerlik işlerini takip etmek gibi görevleri bulunmaktadır.^[14] Dolayısıyla adlî görevleri olmayan imamlar, yukarıda sayılan hususlar bakımından mahallenin yöneticisi ve temsilcisi durumundayken; aynı zamanda kadının mahalledeki temsilcisi ve yardımcısı konumundadırlar.^[15] Haham mahallede hahambaşının, papazlar da mahallede patrikhanenin temsilcisi konumundaydı.^[16]

19’uncu yüzyıla gelindiğinde klasik devir müesseselerindeki bozulmadan kadılık kurumu da etkilenmiş; bu bağlamda adlî, idarî/mülkî, malî, beledî hizmetlerde aksamalar vuku bulmaya başlamıştır. Bunun sonucunda mahallî düzeydeki işlerde görev ve kontrol, o mahallin zengini yahut eli sopalı olan (ve âyân yahut eşraf olarak anılan^[17]) kişilere geçmiştir. Klasik dönemin

[11] İlber Ortaylı, *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti’nde Kadı*, (İstanbul: Kronik Kitap Yayınları, 2017), 46.

[12] Özcan Erdagöz, “Mahalle Yönetimi ve Geleceği,” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 1, (2012): 66.

[13] Ortaylı, *Osmanlı Devleti’nde Kadı*, 19-21-36-40.

[14] Yusuf Şahin, Semih Asarkaya, “Mahalle Muhtarlığı Kurumunun Tarihi Gelişimi,” *Aksaray Üniversitesi İktisadî ve İdarî Bilimler Fakültesi Dergisi* 11, (2019): 26.

[15] İbrahim Özgül, Nazım Kartal, *Osmanlı’da Yerel Yönetimlerin Gelişimi ve Yerel Yönetim Metinleri*, (İstanbul: Yalın Yayıncılık, 2019), 35-36.

[16] Erdagöz, “Mahalle Yönetimi,” 66.

[17] Âyânlar ve mahallî faaliyetleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Yuzo Nagata, *Tarihte Âyânlar*, (Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1997).

müesseseleriyle işlerin yürümeyeceğinin anlaşılması üzerine 1826 yılından itibaren özellikle beledî hizmetler bakımından İhtisab Nâzırlığı ve buna bağlı olarak oluşturulan müdürlüklerin kuruluşuyla belediyeçilik bakımından modern komün idaresine dönük değişim süreci de başlamıştır.^[18]

Sistemdeki bozulmadan, mahalle yönetimini yürüten imamlık kurumunun da nasibini aldığı bir vakıdır. Nitekim sistemdeki bozulma sonucunda imamlar tarafından işler aksatılmaya başlanmış, bu durum asayişten çevre temizliğine muhtelif sorunları beraberinde getirmiş; belediyeçilikte ve kadılıkta olduğu gibi mahallelerde de bir değişim yapılması zorunlu hale gelmiştir. Keza Tanzimat'la birlikte kadılığın adli ve idarî görevlerinde de değişiklikler başlamıştır. Ayrıca teb'a anlayışından ve dine dayalı cemaat anlayışından vazgeçilerek, eşit vatandaşlık statüsü anlayışının benimsenmesi,^[19] dine dayalı hukuk ayrılığından eşit vatandaşlığa dayalı hukuk birliğine geçiş^[20] sürecinin başlamasıyla birlikte hahamların ve papazların mahalle yönetimleriyle ilgili görevleri de imamlar gibi son bulmaya başlamıştır. Ancak bu süreç imamlara nazaran biraz daha geç işlemiş ve gayrimüslimlerin ikamet ettiği mahallelerdeki papazların ve hahamların mahalle yönetimine ilişkin fonksiyonları 1864 Vilâyet Nizamnamesi'ne kadar devam etmiştir.^[21] Dolayısıyla gayrimüslim mahallelere ilişkin sürecin, cemaat anlayışına ve hukuk ayrılığına dayalı yönetim anlayışından vatandaş anlayışına ve hukuk birliğine dayalı yönetim anlayışına geçiş süreciyle birlikte düşünülmesi uygun olacaktır.

Neticede II'nci Mahmud döneminde İstanbul'da baş gösteren asayişe yönelik sorunları çözmek ve mahallelerde imamların görevlerini aksatmalarından kaynaklı ortaya çıkan düzensizliğin giderilmesini temin etmek amacıyla "mahalle muhtarlığı" müessesesi oluşturulmuştur.^[22] Mahalle muhtar-

[18] Mehmet Seyitdanlıoğlu, *Tanzimat Döneminde Modern Belediyeçiliğin Doğuşu*, (İstanbul: Türkiye İş Bankası Yayınları, 2010), 2.

[19] Taha Akyol, *Türkiye'nin Hukuk Serüveni*, (İstanbul: Doğan Kitap, 2016), 189-202-206.

[20] Akyol, *Türkiye'nin Hukuk Serüveni*, 13-164.

[21] Erdagöz, "Mahalle Yönetimi," 68.

[22] Zerrin Toprak, *Yerel Yönetimler*, (Ankara: Siyasal Kitabevi, 2014), 253. Erbay Arıkboğa, "Yerel Yönetim Açısından Mahalle Muhtarlığına Bir Bakış," *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi* 8, (Temmuz 1999): 107 vd.

lığı uygulamasının ilk kez 1826 yılından sonra İstanbul'da uygulanmaya başladığı belirtilmektedir. Uygulamanın İstanbul'da başlamasının sebebi, 1826 yılında Yeniçeri Ocağı'nın II'nci Mahmud tarafından kaldırılması sonrasında, eskiden Ocağa bağlı askerlerce yürütülen mahallelere ilişkin güvenlik-asayiş vd hizmetleri yerine getirecek yeni bir teşkilatlanmaya ihtiyaç duyulması olduğu ifade edilmektedir.^[23] Nitekim o dönemde "İstanbul'da nüfus artışının işsizliğe ve serseriliğe sebep olduğu", bu nedenle mahallelerde nüfus artışının kontrolü ve şehre giriş-çıkışların kontrol altına alınmasının sağlanmasına karar verilmiş; imamların gelen-gidenlerin (geçici oturanların) mürûr tezkirelerini kontrolde ihmallerinin ve usulsüzlüklerinin görülmesi üzerine her mahalleye imamların yanına iki tane de muhtar tayin edilmesi suretiyle muhtarlık uygulamasına başlanmıştır.^[24]

Atasoy, ilk uygulamalarda mahallenin yöneticilerinin tayinle göreve geldiklerini, bu tayinin mahalle halkının istekleri çerçevesinde kadının arzı, sultanın beratıyla gerçekleştiğini aktarmaktadır.^[25] Dönemin koşulları dikkate alındığında, buradaki mahalle halkının isteğini günümüzdeki anlamda demokratik bir seçim olarak algılamak fazla iyimser bir yaklaşım olacaktır.^[26] Halkın isteğinin, cami/kilise/havra cemaatinin ileri gelenlerinin isteğini yansıttığı düşünülebilir. Fakat "iyi-kötü" mahalle halkının isteği dikkate alınarak bir tercih yapıldığından, mahallenin yöneticisi ve temsilcisi olacak mercie "muhtar" adı verilmiştir. Nitekim kelime anlamı olarak muhtar, "seçilmiş temsilci" anlamına gelmektedir.^[27] Ayrıca aşağıda açıklanacağı üzere muhtarın tercih (ihtiyar) eden anlamı da bulunmaktadır ki; "ihtiyar heyeti" kavramının kökeninde bu mana yer almaktadır. Muhtar olarak görevlendirilen kişinin mahallenin istediği kişiler arasından birisinin tayin edilmesinden ve bu kişinin çalışacağı ekibi (heyeti) kendisinin ihtiyar (tercih) etmesinden dolayı, bu kişinin unvanına muhtar denilmiştir. Keza

[23] Erdagöz, "Mahalle Yönetimi," 67.

[24] Erdagöz, "Mahalle Yönetimi," 67.

[25] Veysel Atasoy, *Türkiye'de Mahalli İdarelerin Yapısı ve Yeniden Düzenlenmesi*, (Ankara: Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı Yayınları, 1992), 16.

[26] Erdagöz, "Mahalle Yönetimi," 68.

[27] Ali Akyıldız, "Muhtar," *İslâm Ansiklopedisi-31*, (İstanbul: TDV Yayınları, 2020), 51.

muhtar kelimesi bu anlamda Osmanlı sosyal yapısında bazı zümrelerin “seçilmiş temsilcileri” için (*muhtarlık teşkilatı* kurulmadan önce mahalle, köy ve kasabanın önde gelen güvenilir kişileriyle esnafın ileri gelenleri için) de kullanılmıştır.^[28]

1864 Vilâyet Nizamnamesiyle mahalle muhtarlıkları kısmî bir dönüşüm geçirmiştir. 1910 yılında hazırlanan ve 1913 yılında yürürlüğe konulan İdare-yi Umumiye-yi Vilayet ve İdare-yi Hususiye-yi Vilayet Kanunlarının 148’inci maddesinde yer alan “7 Cemaziyülâhır 1281 tarihli vilayet ve 29 Şevval 1287 tarihli İdare-yi Umumiye-yi Vilâyet Nizamnameleri abkâmı mefsubtur” hükmü^[29] ile mahalle muhtarlıkları ile ihtiyar meclislerinin hukukî varlıklarına son verilmiştir.^[30]

Mahalle muhtarlıklarının ilgası sonrasında 1 Kânunuevvel (Aralık) 1933 tarihli Nizamnameyle mahalle muhtarlıklarının gördüğü işlerin bir kısmı belediyelere, bir kısmı genel zabıtaya (polise ve jandarmaya), bir kısmı diğer devlet kurumlarına, bir kısmı da mahalle sakinlerine tevdi edilmiş; ancak o dönemin idarî, teknik, personel, araç-gereç eksikliklerine istinaden büyükşehirlerde ortaya çıkan aksaklıklar nedeniyle uygulamada ortaya çıkan sorunlar, yeniden mahalle muhtarlıklarının ihdas edilmesiyle çözülmek istenmiş; bu maksatla 1943 yılında bir kanun hazırlanmıştır.^[31] 1944 yılında 4541 sayılı Şehir Ve Kasabalarda Mahalle Muhtar Ve İhtiyar Heyetleri Teşkiline Dair Kanun’un^[32] yürürlüğe girmesiyle, 1913 yılında hukuken kaldırılan mahalle muhtarlıkları yeniden hukuken zuhur etmiştir.

[28] Akıldız, “Muhtar,” 52.

[29] Ahmet Ferit Tek, “İdare-yi Umumiye-yi Vilayet ve İdare-yi Hususiye-yi Vilayet Kanunları,” (Transkripsiyon Yenal Ünal) *Tarih Okulu IV*, (Yaz 2009): 101.

[30] TBMM, 10.01.1944 tarih ve E:1/25, K:6 Sayılı Şehir ve Kasabalarda Mahalle Muhtar Ve İhtiyar Heyetleri Teşkili Hakkında Kanun Lâyihası Hakkındaki Dâhiliye Encümeni Mazbatası, 3, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d07/c007/tbmm07007019ss0023.pdf>, Erişim tarihi 14.02.2022.

[31] TBMM, Başvekâlet’in 16.03.1943 tarih ve 6/850 Sayılı Yazısı Eki Şehir Ve Kasabalarda Mahalle Muhtar Ve İhtiyar Heyetleri Teşkili Hakkında Kanun’un Genel Gerekeçisi, 1, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d07/c007/tbmm07007019ss0023.pdf>, Erişim tarihi 14.02.2022.

[32] 15.04.1944 tarih ve 5682 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

Mahalle muhtarlığı adı verilen teşkilatın ilk kuruluşunda mahallelerde asayişin sağlanmasını temin etmek; daha evvelden imamlar tarafından yürütülen bir kısım işlerin imamlarca aksatılması nedeniyle oluşan düzensizliğin giderilmesini sağlamak amaçlarının ön plâna çıktığı^[33] hususu dikkate alındığında; mahalle muhtarlıklarının esas olarak Osmanlı Devletinin merkezî hükümet otoritesini tesis etmek maksadıyla ve merkezî idareye yardımcı olacak şekilde^[34] oluşturuldukları; bu bağlamda mahalle muhtarlıklarının ilk kuruluşlarında (*muhtelif konularda*) merkezî idarenin âdetâ eli-kolu-gözü-kulağı niteliğinde bir birim olarak tasarlandıkları,^[35] ancak temizlik ve yangın işleri gibi beledi hizmetlere de yardımcı oldukları anlaşılmaktadır.

II. GÜNÜMÜZDE MAHALLE MUHTARLIĞI VE İHTİYAR HEYETİ KAVRAMLARININ MANASI

Anayasa'da “köy” ifadesi geçmektedir (m.127/1). Dolayısıyla köy idaresi, anayasal temeli olan bir mahallî idaredir.^[36] Anayasa'da köyler mahallî idareler arasında sayıldığına göre, “dolaylı olarak” bu mahallî idarenin temsilcisi olan “köy muhtarlığı” statüsünün de mahallî idare organı olarak anayasal dayanağının olduğu söylenebilir.

Mahalle içinse aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Mahalle, mevzuatta bir mahallî idare olarak yer almamış, mahalle muhtarlığı da bir mahallî idare organı olarak düzenlenmemiştir.^[37] Mahallenin anayasal statüsü de bulunmamaktadır. Mahallenin bir mahallî idare olarak düzenlenmemesinin temelinde, kurumun yukarıda özetlenen tarihî fonksiyonunun yer aldığı söylenebilir.

[33] Bkz. Arıkoğa, “Mahalle Muhtarlığı,” 107 vd.

[34] Arıkoğa, “Mahalle Muhtarlığına Bir Bakış,” 118.

[35] Özdemir, “Mahalle Muhtarlarının,” 59.

[36] Kemâl Gözler, *Mahallî İdareler Hukuku*, (Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2018), 422.

[37] Danıştay 8'inci Dairesinin 21.05.1987 tarih ve E: 1987/259, K: 1987/245 sayılı kararı.

Mahalleye ilişkin pek çok mevzuat bulunmakla birlikte, mahallenin güncel hukukî statüsünün Belediye Kanunu'nda^[38] düzenlendiği görülmektedir. Belediye Kanunu'nda “*mahalle; belediye sınırları içinde, ihtiyaç ve öncelikleri benzer özellikler gösteren ve sakinleri arasında komşuluk ilişkisi bulunan idarî birim*” olarak açıklanmıştır (m.3).

Belediye Kanunu'nda yer alan tanıma göre mahalle, bir idarî birimdir. Fakat bu idarî birimin bazı özellikleri bulunmaktadır. Zira mahalle, belediye sınırları içinde kalan bir idarî birimdir. Ayrıca bu idarî birimin, ihtiyaçları ve öncelikleri benzerlik göstermektedir. Keza bu idarî birimin sakinleri (meskûnları/oturanları) arasında bir komşuluk ilişkisi bulunmaktadır.^[39] Meskûnları arasında komşuluk ilişkisi olması unsurunun günümüzde özellikle büyükşehirlerdeki mahalle sınırları ve nüfusları dikkate alındığında fiilen söz konusu olmadığı, büyükşehirlerde bu unsurun fiilen ilga edildiği (uygulanmadığı) anlaşılmaktadır.

Belediye Kanunu'ndaki söz konusu tanım, mahallenin hem toplumsal/ sosyolojik bir varlık olduğunu, hem coğrafi bir varlık olduğunu, hem de idarî bir varlık olduğunu göstermektedir.^[40] Lâkin bu idarî birimin köy gibi tüzel kişiliği bulunmamaktadır.

Mahallenin tüzel kişiliğinin mevcut olmamasına istinaden, kamu tüzel kişilerinin haiz olduğu yetkilerin (ve görevlerin) pek çoğunu mahallenin ve bu bağlamda mahalle muhtarının kullanması söz konusu değildir. Tüzel kişiliğin olmaması hali de mahalleyi il, belediye ve köyden ayıran; bu bağlamda mahallenin mahallî idare olmasını engelleyen durumlardan birisidir.^[41] Kanun koyucunun mahallelere ayrı/bağımsız bir tüzel kişilik vermemesi sebebiyle mahalle, bir mahallî idare olan belediyenin sınırları içerisinde kalan “*idarî birim*” şeklinde hukukî varlığını devam ettirmektedir.

4541 sayılı Kanun'da, mahallenin bir muhtarı ile muhtarın başkanlığında bir ihtiyar heyetinin bulunacağı belirtilmiştir. Bu noktada, “*ihtiyar heyeti*”

[38] 13.07.2005 tarih ve 25874 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

[39] Özdemir, “Mahalle Muhtarlarının,” 59.

[40] Özdemir, “Mahalle Muhtarlarının,” 59.

[41] Mehmet Göküş, Erdal Bayrakçı, Hakan Alptürker, “Mahalle Yönetimi ve Mahalle Muhtarlarının Vatandaşlar Tarafından Değerlendirilmesi,” *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadî ve İdarî Bilimler Fakültesi Dergisi* 18, (2013): 35.

kavramı ile “ihtiyar” kelimesi üzerinde (*yukarıda değinilmeyen yönlerden kısaca*) durulması elzemdir. Gündelik hayatta anıldığında yaşlı kişi olarak algılanan ihtiyar kelimesi, muhtarlıklar bakımından yaşlı kişi anlamına gelmemektedir. İhtiyar, kelime anlamı olarak “seçme-seçilme” manasına gelmektedir.^[42] Bu yönüyle “ihtiyar” kelimesi, “muhtar” kelimesiyle de yakın ilişki içerisindedir. Şöyle ki; iki şeyi inceleyip aralarında bir karşılaştırma yapan ve iki şeyin “gerçekte” veya “kendince” hayırlısını, iyisini, güzelini zorlama olmaksızın tercih ederek irade eden kişi anlamına gelen muhtar,^[43] birlikte çalışacağı kişileri kendisi seçerek (*ihitiyar ederek*), muhtarlık işlerini yürütmektedir. Bu yönüyle “ihtiyar heyeti” demek, başkanlığını muhtar sıfatını taşıyan kişinin yaptığı ve bu sıfatı taşıyan kişinin tercih ettiği kişilerden seçilenlerden oluşan kurul anlamına gelmektedir. Halk nezdinde “gâlat” olarak bilindiği üzere “ihtiyar heyeti” demek, “yaşlılar kurulu” demek değildir.

Şehir Ve Kasabalardaki Mahalle Muhtar Ve İhtiyar Kurulları Tüzüğü’nde^[44] mahalle muhtarı ve ihtiyar heyeti ile bunların yedek azalarının mahalle halkı tarafından seçileceği belirtilmiştir (m.5).^[45] Dolayısıyla “muhtarlık”, bir “muhtar” ile “muhtarın başkanlık yaptığı ihtiyar heyetinden” müteşekkil bir idarî birimdir denilebilir ve “mahalle muhtarlığı=muhtar+ihtiyar heyeti” biçiminde formüle edilebilir.

Belediye Kanunu’na göre mahallenin yönetimi işi, tek başına muhtara ait değildir (m.9/1). Mahalle, “muhtar ve ihtiyar heyeti tarafından” birlikte yönetilmektedir.^[46] Muhtar, mahalle yönetiminin temsilcisidir. Birim niteliği olan mahallenin yöneticileri (*yani muhtar ve ihtiyar heyetinin diğer azaları*) seçimle iş başına gelmekle birlikte; mahallî müşterek nitelikteki kamu

[42] Ferit Devellioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*, (Ankara: Aydın Kitabevi, 2007), 503.

[43] H. Yunus Apaydın, “İhtiyâr”, *İslâm Ansiklopedisi*.21, (İstanbul: TDV Yayınları, 2000), 575.

[44] 26.04.1945 tarih ve 5991 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

[45] Seçimle ilgili olarak 2972 sayılı Mahalli İdareler İle Mahalle Muhtarlıkları Ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun’da da muhtelif hükümler bulunmaktadır.

[46] Süheyla Suzan Gökalp Alıca, “Çevrenin Korunmasına İlişkin İptal Davalarında Kişisel Menfaat Kavramı,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 139, (2018), 213-214.

hizmetlerinin görülmesi işi belediyelere verildiğinden, mahalle biriminin mahallî müşterek nitelikli kamu hizmetlerini görme işi mevcut değildir. Bu kapsamda mahalle muhtarlıkları, hizmet ve sorumluluk bakımından belediyeden çok, mülkî mercilerle (merkezî idareyle) ilişkilendirilmişlerdir.^[47]

Zira mahalle muhtarlığının idarî sistem içindeki yerine ve mahalle muhtarlığının mevzuatta yer alan (*nüfus, askerlik, adli/idarî tebligatlar, kollukla ilgili işler, eğitim, tapu-kadaströ, son düzenlemelerden sonra tarım, ormancılık, hayvancılık vd hususlarla ilgili işlerine ve*) görevlerine bakıldığında; mahalle muhtarlığının bir icra mercii ya da belediye birimi olarak değil, yukarıda yer verilen tarihî sürecin de etkisiyle âdeta mülkî amirliklerin muhtelif konulara ilişkin bir büro(su) niteliğinde oluşturulduğu anlaşılmaktadır.^[48]

Ancak 2015 yılında bir Genelgeyle büyükşehir belediyelerinde “*Muhtarlık İşleri Daire Başkanlığı*”, diğer belediyelerdeyse “*Muhtarlıklar Müdürlüğü*” isimli birimlerin kurulması belediyelere talimatlandırılarak, Genelgedeki ifadesiyle “*sorunların en kısa sürede yetkili makamlara iletilmesi, muhtarların etkinlik ve işlevlerinin artırılarak taleplerinin sonuçlandırılması amacıyla, muhtar taleplerini takip etmek ve etkin bir şekilde sonuçlandırmak üzere yeni bir sistem oluşturulmuştur*”.^[49] Bu Genelgenin ardından belediyelerde ilgili daire başkanlıkları ve müdürlükler kurularak, bu birimlerin başına belediye başkanları tarafından birer tane daire başkanı ve müdür ataması ile her bir daire başkanlığına ve müdürlüğe yeteri kadar personel görevlendirilmesi/istihdamı yapılmaya başlanmıştır.

Gelinen son noktada mahalle muhtarlığı, kendisi bir mahallî idare olmakla beraber mahallî idare (belediye) ile merkezî idarenin (valiliğin veya kaymakamlığın) kesiştiği noktada faaliyette bulunmaktadır.^[50] Seçilene kadar bir mahallî idareci gibi hareket ederek adeta mitingler yapıp^[51] vaatlerde

[47] Göküş, Bayrakçı ve Alptürker, “Mahalle Yönetimi,” 35.

[48] Arıkboğa, “Mahalle Muhtarlığı,” 171.

[49] İçişleri Bakanlığı'nın (Mahallî İdareler Genel Müdürlüğü'nün) 20.02.2015 tarih ve 2015/8 sayılı ve “Muhtar Talepleri” konulu Genelgesi.

[50] Arıkboğa, “Yerel Yönetim Açısından Mahalle,” 103.

[51] İhlas Haber Ajansı, “Merveşehir’de Miting Havasında Mahalle Toplantısı,” <https://www.ihha.com.tr/gaziantep-haberleri/mervesehirde-miting-havasinda-mahalle-toplantisi-716341/>, Erişim tarihi 27.02.2022.

bulunan mahalle muhtarı, seçim sonrasında “*kaymakamın elinden*” mazbatasını aldıktan sonra, merkezî idareye ait yükümlülükleri yerine getirmeye başlamakta,^[52] mahallenin beledî isteklerini ve ihtiyaçlarını belediyelere aktarmaktadır. Fakat bir sonraki seçimlerde yeniden seçilmek isteyen muhtar, Arıkboğa'nın ifadesiyle bu süreç içerisinde “*mahallî idarecilik oyunu*”na devam etmekte,^[53] mahalleli de bu oyunun oynanmasını istemektedir.^[54]

III. GENEL OLARAK GÖREVDEN UZAKLAŞTIRMA

A) TERMİNOLOJİ

Uygulamada “*görevden uzaklaştırma*” kavramının yanında, bu kavramla aynı anlamda yahut bu kavramın yerine “*açığa alma*”, “*işten el çektirme*”, “*açığa çıkarma*” gibi farklı kavramların kullanıldığı görülmektedir. Örneğin Kayar, görevden uzaklaştırmanın “*işten el çektirme*” ve “*açığa alma*” olarak bilindiğini söylemektedir.^[55] Selçuk da bu kavramın “*işten el çektirme*” ve “*açığa alma*” olarak bilindiğini belirtmektedir.^[56] Kaban, Devlet Memurları Kanunu'nun^[57] 137'nci ve takip eden maddelerinde düzenlenen “görevden uzaklaştırma” müessesesini, “Devlet Memurları Kanunu'nda İşten El Çektirme Uygulaması” başlığı altında inceleyerek,^[58] görevden uzaklaştırmayla işten el çektirmeyi aynı müesseseler olarak değerlendirmiştir.^[59] Erdagöz, mahalle muhtarları hakkındaki işten el çektirmeyle ilgili maddeyi aktarır-

[52] Arıkboğa, “Yerel Yönetim Açısından Mahalle,” 103.

[53] Arıkboğa, “Yerel Yönetim Açısından Mahalle,” 103.

[54] Özdemir, “Mahalle Muhtarlarının,” 65.

[55] Nihat Kayar, *Sözleşmeli Personel Hukuku*, (Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2014), 228.

[56] Engin Selçuk, *Kamu Personel Yönetimi*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, t.y.), 176.

[57] 23.07.1965 tarih ve 12056 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

[58] İsmail Kaban, “Adli Muhasebecilik Uygulaması Olarak Osmanlı Arşivlerinde İşten El Çektirme,” *Muhasebe ve Finans Tarihi Araştırmaları Dergisi Özel Sayı*, (2021): 267.

[59] Kaban, “İşten El Çektirme,” 266.

ken, “*Yasanın uygulanmasında ilk önce görevden uzaklaştırma, akabinde görevine son verme söz konusudur*” diyerek işten el çektirmeden görevden uzaklaştırma olarak bahsetmiştir.^[60]

Bu kavramların aynı hususu içeren kavramlar olduğu görüşünün benimsenmesi kanaatimizce hatalı sonuçlara ulaşılmasına sebep olmaktadır. Esasında “görevden uzaklaştırma” farklı mevzuatlarda, “açığa alma” farklı mevzuatlarda, “işten el çektirme” farklı mevzuatlarda düzenlenmektedir. Bu işlemlerin nasıl tesis edileceği, karar alınırken hangi unsurların göz önünde bulundurulacağı, kararların nasıl uygulanacağı, ilgili bakımından bu işlemlerin idarî-malî vd sonuçlarının neler olacağı her bir mevzuatta farklı farklı ele alınmıştır.

Örneğin Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu’nda^[61] “*açığa alma*”, “*açığa çıkarma*”, “*açığın kaldırılması*” kavramlarına yer verilmiş; açığa almanın hangi hallerde yapılacağı, açığa alınan kişinin yetki kullanıp kullanmayacağı, kullanacaksa bunların neler olduğu gibi hususlar düzenlenmiştir. Noterlik Kanunu’nda^[62] “*işten el çektirme*” farklı bir konu, “*geçici olarak işten çıkarma*” farklı bir konu olarak ele alınmış; işten el çektirmenin hangi hallerde nasıl uygulanacağı konusu noterlik statüsüne özel düzenlenmiş; işten el çektirmenin doğurduğu sonuçlar bu statü özelinde açıklanmıştır. Osmanlı’nın son döneminde yürürlüğe konulan ve bir müddet uygulanan Tensikât Kanunu’nda da “*açığa çıkarma*” isimli müesseseye yer verilmiş, müessesenin “*ileride câizül’istihdam olmak üzere*” uygulanması esası benimsenmiştir.^[63] Memurin Kanunu’ndaysa^[64] “*açığa çıkarma*” farklı şekilde düzenlenmiştir (m.85). Türk Hukuk Lügatinde “*açığa çıkarma*”, idarenin teşkilat kadrolarında yapılan değişiklikler sebebiyle memuriyeti (kadrosu)

[60] Erdagöz, “Mahalle Yönetimi,” 82 ve 97.

[61] 10.08.1967 tarih ve 12670 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

[62] 05.02.1972 tarih ve 14090 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

[63] Ahmed Mahir Efendi, “Tensikat Kanunu’na Zeyl Lâyihai Kanunî’ye Hakkındaki Konuşma Metni,” *Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi*, II’nci İctima Senesi I’inci Devre 24 Mart 1326 Tarihli Zabıt ve Metinlerin Yer Altığı 3’üncü Cilt, (TBMM Yayınları, Ankara, t.y.): 602.

[64] 31.03.1926 tarih ve 336 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

kaldırılan memurun kadro dışında bırakılması olarak açıklanmıştır.^[65] Askerî Ceza Kanunu'ndaysa^[66] “açığa çıkarma” farklı bir şekilde ele alınmıştır. Kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarında da benzer fonksiyonlar gören müesseselere yer verilmiştir. Nitekim Türk Mühendis Ve Mimar Odaları Birliği Disiplin Yönetmeliği'nde, Birlik üyesi mimar, mühendis ve şehir plancıları bakımından “meslek uygulamasının yasaklanması” müessesesi bu minvalde bir müessese olarak düzenlenmiştir (m.9). Avukatlar bakımından düzenlenen “işten yasaklama” uygulaması da tedbir mahiyetinde düzenlenmiş bir diğer müessesedir.^[67]

Netice itibariyle “görevden uzaklaştırma”, “açığa alma”, “işten el çektirme”, “açığa çıkarma”, “işten yasaklama” gibi farklı mevzuatlarda düzenlenen bu müesseseler bazı yönlerden benzerlikler gösterebilmekle birlikte; düzenledikleri özel mevzuatlar ve kapsamlarına aldıkları hukukî statüler yönünden birbirinden farklı özellikleri ve farklı sonuçları bünyelerinde barındırabilmektedirler. Dolayısıyla günlük sohbet ortamlarında yahut haber programlarında bu kavramların birbiriyle aynı anlama geldikleri, bu nedenle birbirlerinin yerine kullanılabileceği söylene bile; bu kavramların birbirinin aynı kavramlar olduğunu, bu nedenle birisinin yerine diğerinin kullanılabileceğini söylemenin “hukuken mümkün olmadığı” değerlendirilmektedir.

Bu nedenle “görevden uzaklaştırma” hangi mevzuatta düzenlenmiş ve hangi statüdeki görevlileri kapsamaktaysa, bu kavramın o mevzuat ve o statüdeki kişiler bakımından kullanılması; “açığa alma” hangi mevzuatta düzenlenmiş ve hangi statüdeki görevlileri kapsamaktaysa, bu kavramın o mevzuat ve o statüdeki kişiler bakımından kullanılması; “işten el çektirme” hangi mevzuatta düzenlenmiş ve hangi statüdeki görevlileri kapsamaktaysa, bu kavramın o mevzuat ve o statüdeki kişiler bakımından kullanılması doğru bir yaklaşım olacaktır. Zira teknik detayına yakından bakılınca her bir mevzuat özelinde bu uygulamaların etkilerinin ve sonuçlarının birbirinden farklılıklar içerdiği görülecektir.

[65] Türk Hukuk Kurumu, *Türk Hukuk Lügati*, (Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1991), 2.

[66] 15.06.1930 tarih ve 1520 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

[67] M. Haşim Mısıır, *Avukatlık Disiplin Hukuku*, (Ankara: TBB Yayınları, 2008), 168 vd.

B) GÖREVDEN UZAKLAŞTIRMA

Görevden uzaklaştırma, göreve son verme değildir. Bu kavram, göreve son vermeden tamamen farklı bir kavramdır. Göreve son verme, kamu görevini sona erdiren bir işlemdir. Hâlbuki görevden uzaklaştırmada kamu görevi ve göreve ilişkin özlük hakları devam etmektedir.^[68]

Görevden uzaklaştırma, bir idarî tedbirdir.^[69] Bu idarî tedbir sonucunda kişinin göreviyle ilişkisi (bir süre) kesilmekte,^[70] böylelikle kişi görevden kaynaklı yetkilerini (bir süre) kullanamamaktadır.^[71] Görevden uzaklaştırmanın süreli olması, bu idarî tedbirin bir geçici önlem olduğunu göstermektedir.^[72]

Öte yandan görevden uzaklaştırma, ivedilik arz eden bir tedbirdir. Kişinin görevi başında kalmasının ortaya çıkaracağı sakıncalar nedeniyle, o kişi hakkında bir an evvel uzaklaştırma tedbirine başvurulması gerekmektedir.^[73] Görevden uzaklaştırma işleminin tesisinde ortaya çıkacak olan gecikme, sakıncanın gerçekleşmesi ihtimalini öne almaktadır. Bakanlık ve Genel Müdürlük müfettişlerine görevden uzaklaştırma yetkisi verilmesinin altında yatan neden, bu tedbirin ivedilik arz eden tedbir olmasıdır.^[74] Müfettiş bir inceleme/soruşturma kapsamında şayet kişinin görevi başında kalmasında sakınca olduğu kanaatine varırsa, kendisi derhal bu tedbiri uygulayacaktır. Aksi halde atamaya yetkili amirler ya da mülkî amirlerle yazışmalar yaparak, onlardan görevden uzaklaştırma tedbirini uygulamalarının istenmesi durumunda gecikmeler yaşanabilecektir. Keza atamaya yetkili amirler yahut

[68] Oğuz Sancakdar, *Memur Hukuku*, (Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2018), 166.

[69] Eser Us Doğan, Özge Yücel Dericiler, “Kamu Görevlisi Disiplin Hukukunda Masumiyet Karinesi ve Şüpheden Sanık Yararlanır (In Dubio Pro Reo) İlkelerinin Uygulanması,” *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, (Nisan 2020): 1113.

[70] Önder Özlem, “Görevden Uzaklaştırma Yetkisi ve Hak Arama Yolları,” <http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=32756>, Erişim tarihi 10.10.2018.

[71] Özdemir, “Mahalle Muhtarlığı,” 59.

[72] Ahmet Hamdi Ünlü, “Görevden Uzaklaştırma,” *Ankara Barosu Dergisi* 2, (Nisan 1982): 206.

[73] Evren Altay, *Görevden Uzaklaştırma*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2004), 17.

[74] Altay, *Görevden Uzaklaştırma*, 17.

mülkî amirler müfettişin uzaklaştırma talebini yerine getirmeyebilirler de. Bu hususlar görevden uzaklaştırma tedbirinin uygulanmasında gecikmelerin ortaya çıkmasına yahut bu tedbirin uygulanmamasına neden olacak, tedbirin uygulanmaması yahut geç uygulanmasıya ortaya çıkması muhtemel sakıncaların doğmasına sebep olabilecektir. İşte bu nedenlerle bu tedbir, ivedilik arz eden bir tedbir olarak düzenlenmiştir.

Hakkında soruşturma/kovuşturma yapılan kişinin soruşturma/kovuşturma süresi içerisinde görevi başında kalarak görevine devam etmesi çeşitli yönlerden mahzurlar içerebilmektedir.^[75] Adli yahut idari yönden bir soruşturma/kovuşturma yapılması esnasında, hakkında soruşturma/kovuşturma yapılan kişinin soruşturmaya/kovuşturmaya konu olan olaya dair delilleri yok etmesi, delillerin bir kısmını karartması, görevinden kaynaklı yetkileri vasıtasıyla doğrudan yahut dolaylı olarak tanıklara vd delillere etki edebilmesi mümkündür. Böyle bir durumda soruşturma/kovuşturma kapsamında “lehe ve aleyhe” toplanacak bütün delillerin maddî gerçeği yansıtmaya elverişli nitelikte toplanamaması, soruşturmanın/kovuşturmanın seyrinin etkilenmesi imkân dâhilindedir.^[76]

Soruşturma/kovuşturma kapsamında lehe ve aleyhe toplanacak delillerin maddî gerçeği yansıtmaya elverişli nitelikte toplanamaması hâlinin, soruşturmanın/kovuşturmanın seyrinin etkilenmesi durumunun ortaya çıkmasını engellemek maksadıyla, hakkında soruşturma/kovuşturma yapılan kamu görevlisi, görevinden uzaklaştırılabilmektedir. Böylelikle soruşturma/kovuşturma esnasında lehe ve aleyhe olan delillerin maddî gerçeği bütün yönleriyle aydınlatacak şekilde (eksiksiz) toplanılarak, soruşturmaya/kovuşturmaya dair kamu hizmetinin eksiksiz biçimde sunulması, ayrıca kamu düzeninin korunması hedeflenmektedir.^[77]

Görevden uzaklaştırma konusunun, bazı statüler bakımından kanunlarda detaylı şekilde düzenlendiği görülmektedir. Bunların başında memur statüsü ve memur statüsünün düzenlendiği Devlet Memurları Kanunu gelmektedir. Bu Kanun’da konu, detaylı şekilde düzenlenmiş, hangi hallerde bu tedbirin

[75] Ahmet Taşkın, *Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2006), 303.

[76] Özdemir, “Mahalle Muhtarlığı,” 59.

[77] Özdemir, “Mahalle Muhtarlığı,” 60.

uygulanabileceği, bu tedbirin uygulanması halinde özlük durumunda ve malî ödemelerde ne şekilde hareket edileceği vd teknik detaylarla şekli hususlar açıklanmıştır. Benzer şekilde hâkim-savcı statüsü ve bu statünün düzenlendiği Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nda ve keza yükseköğretim personeli statüsü ve bu statünün düzenlendiği Yükseköğretim Kanunu'nda da konunun şekli hukuk ve idarî usul yönüyle etraflıca düzenlendiği görülmektedir.

Görevden uzaklaştırmaya ilişkin mevzuat incelendiğinde, maddî hukuk yönüyle idarelere görevden uzaklaştırmada geniş yetkiler verildiği söylenebilir. Zira görevden uzaklaştırmaya “*kamu hizmetinin gerektirdiği hallerde*” başvurulacak bir idarî tedbir olarak düzenlendiği dikkate alındığında; özellikle idarî nitelikli durumlar ve disiplinle ilgili işler bakımından “*kamu hizmetinin gerektirdiği haller*” değerlendirmesi ve bu değerlendirmede mevzuatla ölçü normlar konulmaması, bu konudaki takdir yetkisinin genişliğine delâlet etmektedir. Ceza soruşturması ve kovuşturması bakımındansa görevden uzaklaştırmaya, idarî nitelikli durumlara ve disiplinle ilgili işlere nazaran daha sıkı kurallara tabi tutulduğu söylenebilir.

Bununla birlikte görevden uzaklaştırma tedbirinin uygulanabilmesi için, isnada ve soruşturmaya konu fiillere ilişkin “*ciddî iddiaların bulunması*” ve “*kişinin soruşturmaya/kovuşturmaya etki edebilmesi ihtimâlinin var olması*” gerekli ve yeterlidir. Dolayısıyla haklarında, kamu hizmetinin yürütülmesini olumsuz şekilde etkileyecek nitelikte ve ağırlıkta suçlamalar bulunan kişilerin, soruşturma/kovuşturma hizmetinin tam anlamıyla yürütülmesini sağlamak amacıyla, haklarındaki iddialar açıklığa kavuşturuluncaya (*bütün deliller toplanıncaya yahut da durumun niteliğine göre kovuşturma nihayete erinceye*) kadar görevden uzaklaştırılması mümkündür.^[78] Ceza soruşturması bakımındansa soruşturmanın (isnada konu fiilin) görevle ilgili olup olmadığının bir önemi bulunmamaktadır. Görev suçu olmayan, şahsî suçlarla ilgili adlî takibatlarda da görevden uzaklaştırma tedbirinin uygulanması mümkündür. Nitekim şahsî suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturmalar da o kişi bakımından “*kamu hizmetinin gerektirdiği hallerde kişinin görevi başında kalmasında sakınca görülen durumlar*” kapsamında değerlendirilerek görevden uzaklaştırma tedbirlerine *uygulamada* sıkça rastlanılmaktadır.

Görevden uzaklaştırma tedbirinin uygulanabilmesi için, isnada ve soruşturmaya konu fiillere ilişkin “*ciddî iddiaların bulunması*” ve “*kişinin*

[78] Özdemir, “Mahalle Muhtarlığı,” 60.

soruşturmaya/kovuşturmaya etki edebilmesi ihtimâlinin var olması”nın gerekli ve yeterli olması durumundan kaynaklı olarak; görevden uzaklaştırılan kişinin kendisine isnad edilen suç işlemediğinin yahut kendisine atfedilen olayla bir ilgisinin bulunmadığının daha sonra anlaşılması, görevden uzaklaştırmayı hukuka aykırı hale getirmemektedir.^[79] Hatta görevden uzaklaştırılan kişi ceza mahkemesinde yargılansa ve yargılama sonrasında beraat etse dahi, sonraki beraat kararı kişi hakkındaki görevden uzaklaştırmayı hukuka aykırı hale getirmemektedir.^[80]

Bu açıdan görevden uzaklaştırma, bir ceza değildir.^[81] Dolayısıyla görevden uzaklaştırmanın herhangi bir yaptırım niteliği bulunmamaktadır.^[82] Lâkin görevden uzaklaştırma, uzaklaştırılan kamu görevlisinin malî haklarında kısmî de olsa eksilmelere neden olabilmekte; halkın yahut basın bu uygulamanın bir ceza olmadığından bihaber olarak “(...) açığa alınmış” şeklindeki haberlerden, konuşmalardan ve kişiye sanki suçluymuş gibi bakışlardan mütevellit görevden uzaklaştırılan kişi, sosyal ve psikolojik yönden uzaklaştırmadan etkilenebilmektedir.^[83] Ülkemizdeki sosyolojik durumdan kaynaklı nazarlar da dikkate alındığında, görevden uzaklaştırma yetkisi kullanılırken dikkatli ve titiz olunmasına gayret edilmesi, uygun bir yaklaşım olacaktır.^[84] Ancak “*konu-komşu dedikodu yapmasın*” diye de görevden uzaklaştırmanın uygulanmayacağını söylemek hukuken mümkün değildir.^[85]

[79] Nur Kaman, “Kamu Personel Hukuku,” İdare Hukuku (Turan Yıldırım vd), (İstanbul: XII Levha Yayınları, 2013), 302. Taşkın, *Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku*, 304.

[80] Taşkın, *Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku*, 304.

[81] Şanlıurfa 1’inci İdare Mahkemesinin 19.07.2017 tarih ve E:2016/876, K:2017/767 sayılı kararı. (*Yargı kararlarının kaynağı için Kaynakça’ya bakınız.*)

[82] Şanlıurfa 1’inci İdare Mahkemesinin 19.07.2017 tarih ve E:2016/876, K:2017/767 sayılı kararı.

[83] Yahya Usman, “Kamu Görevlileri Disiplin Hukukunda İdari Usul İlkeleri,” (Yüksek Lisans Tezi, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, 2019), 21.

[84] Usman, “*Kamu Görevlileri Disiplin Hukukunda*,” 21.

[85] Konu-komşuyu, kamuoyunu veya halkı hukukî yönden bilinçlendirmek; görevden uzaklaştırmanın bir ceza olmadığına farkında olunmasını sağlamak da icap etmektedir.

Bu yönüyle görevden uzaklaştırmanın, masumiyet karinesini ihlâl eden bir niteliği (de) bulunmamaktadır. Zira görevden uzaklaştırmayla birlikte görevinden uzaklaştırılan kişi, adlî veya idarî yönden suçlu olmamaktadır. Dolayısıyla soruşturma/kovuşturma nedeniyle görevden uzaklaştırılan kişi, soruşturmanın/kovuşturmanın sonunda herhangi bir ceza almayabileceği gibi, isnad olunan fiilin sübuta erdiğinden bahisle bir ceza da alabilecektir. Ancak kişinin ceza alıp almaması durumu, hakkında görevden uzaklaştırma tedbiri uygulanıp uygulanmamasına bağlı değildir. Bu bakımdan, görevden uzaklaştırma tedbiri, suçluluğa ilişkin bir karine yahut kesinlik teşkil etmemektedir.^[86] Kaldı ki; hem Anayasa gereği (*suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz; m.38/4*) hem de İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi gereği (*bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu hukuken olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır; m.6/2*) hukuken sabit olana kadar kimse suçlu kabul edilemeyeceğine, görevden uzaklaştırma da kişinin hukuken suçlu olduğunu göstermediğine göre; görevden uzaklaştırılan kişiye suçlu nazarıyla bakılması, sırf görevden uzaklaştırıldığı için kişiye suçlu muamelesi yapılması mümkün değildir.

Lekelenmeme hakkı bakımındansa görevden uzaklaştırma konusunun tartışmalı olduğu söylenebilir. Bize göre görevden uzaklaştırma tedbirinin uygulanması, tek başına lekelenmeme hakkını ihlâl etmemektedir. Lekelenmeme hakkını ihlâl edebilecek olan şey görevden uzaklaştırma değil, görevden uzaklaştırma tedbirinin ilânı/duyurulması hali olabilir ki; biz görevden uzaklaştırmanın bir ceza olmaması nedeniyle duyurulmasının lekelenmeme hakkını ihlâl etmeyeceğini değerlendirmekteyiz. Ancak bazı hallerde lekelenmeme hakkının ihlâlî durumu söz konusu olabilir ki; bu hallerin de lekelenmeme hakkını ihlâl etmesi tartışmalıdır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda^[87] lekelenmeme hakkıyla ilgili olarak “*soruşturma evresinin gizliliği*” kabul edilmiştir (m.157). Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nde de “*Suçluluğu bir yargı hükmüne bağlanana kadar kişinin masumiyeti esastır ve soruşturma evresi gizlidir. Bu nedenle, soruşturma evresinde gözaltındaki bir kişinin 'suçlu' olarak kamuoyuna duyurulmasına, basın önüne çıkartılmasına, kişilerin basınla sorulu cevaplı görüştürülmelerine, görüntülerinin alınmasına, teşhir edilmelerine sebebiyet*

[86] Özdemir, “Mahalle Muhtarlığı,” 60.

[87] 17.12.2004 tarih ve 25673 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

verilmez ve soruşturma evraki hiçbir şekilde yayımlanamaz” hükmü yer almıştır (m.27). Ancak bu hükümler, adlî soruşturmaya ilgili hususlardır. İdarî soruşturmalar ve keza idarî bir tedbir olan görevden uzaklaştırma bakımından yukarıdaki hükümlerin uygulanacağına dair bir mevzuat hükmü bulunmaması nedeniyle, yukarıdaki hükümlerin görevden uzaklaştırmada uygulanması mümkün değildir.

Görevden uzaklaştırma tedbiri bakımından yukarıdaki şekilde bir gizliliğin öngörülmediği görülmektedir. Görevden uzaklaştırılan kişinin toplum önünde rencide olmasının önüne geçilmesi ve lekelenmeme hakkının ihlâl edilmemesi maksadıyla, görevden uzaklaştırmanın şahsın “*kimlik bilgilerinin kamuoyuna duyurulmasının önlenmesi*” gerektiği söylenebilir. Diğer taraftan kimlik bilgilerinin paylaşılmasının Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’na aykırılık olup olmadığı da ayrıca tartışılabilir. Fakat bunun da ancak adlî/idarî soruşturma safhasıyla ilgili olabileceği, adlî kovuşturma aşamasında görevden uzaklaştırmanın alenî hale gelmesinin mümkün olabileceği değerlendirilebilir.

Esasında görevden uzaklaştırmanın kamuoyuyla paylaşılıp paylaşılmayacağı, paylaşılacaksa bunun nasıl olacağı ve lekelenmeme hakkı ile kişisel verilerin korunmasına ilişkin meseleler, görevden uzaklaştırmadan ayrı ve görevden uzaklaştırmadan “*sonraki*” konulardır. Nasıl ki soruşturma yapılması başka konu, yapılan soruşturmanın kamuoyuyla paylaşılması başka konuya, aynı şekilde görevden uzaklaştırma da başka konu, bunun kamuoyuyla paylaşılması da başka konudur. Bu çalışma, görevden uzaklaştırmanın kamuoyuyla paylaşılmasını inceleyen bir çalışma değildir. Bu nedenle (çalışma *konusundan sapmamak amacıyla*) bu hususların tartışmasının burada sonlandırılması gerektiği değerlendirilmiştir.

IV.UYGULAMADAN ÖRNEKLERLE MAHALLE MUHTARLARININ GÖREVDEN UZAKLAŞTIRILMASI

Uygulamadan örnekler yer verilmesi, hem konunun öneminin ortaya konulması hem de aşağıdaki başlıklar altında aktarılacak hususların daha iyi izah edilebilmesi bakımından çalışmaya katkı sağlayacaktır. Bu nedenle aşağıda mahalle muhtarlarının görevden uzaklaştırmalarına ilişkin Ülkemiz genelindeki uygulamalardan bazı örnekler yer verilecektir. Ardından mahalle muhtarları özelinde konu biraz daha yakından ele alınmaya çalışılacaktır.

A) BİRİNCİ ÖRNEK

Şahıs Bursa ili, Keles ilçesi, (...) [88] Mahallesinin muhtarıdır. Şahıs hakkında Cumhuriyet savcılığı tarafından “*Ekonomik Amaçlı Suç Örgütüne Üye Olma*”, “*Nüfuz Ticareti*” ve “*Kamu Görevlileri ile İlişkisi Olduğundan Bahisle Bir İşin Gördürüleceği Vaadiyle Dolandırıcılık*” suç isnadlarıyla soruşturma başlatılmış; soruşturmanın devamı esnasında şahıs tutuklanmıştır.

Tutuklanmanın kaymakamlığa bildirilmesi sonrasında şahıs görevden uzaklaştırılmıştır. Bilahare şahıs tahliye olmuş ve ardından dilekçeyle kaymakamlığa müracaat ederek “*hakkındaki soruşturmanın tamamlanarak iddianamenin tanzim edildiği, bu nedenle görevden uzaklaştırma tedbirinin uygulanmasına gerek kalmadığı*”ndan bahisle, görevden uzaklaştırma tedbirinin kaldırılmasını talep etmiştir. Kaymakamlık, şahsın ağır ceza mahkemesinde yargılanmasının devam ettiğinden bahisle görevden uzaklaştırma tedbirinin kaldırılması talebini reddetmiştir.

Kaymakamlığın, görevden uzaklaştırma tedbirinin kaldırılmayacağına dair işleminin iptali talebiyle açılan dava hakkında İdare Mahkemesi özetle, “şahıs hakkındaki iddiaların, görevi sırasında işlediği ileri sürülen suçlara ilişkin ciddi iddialara dayalı ve bu iddiaların muhtarlık hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini olumsuz etkileyecek nitelikte olduğu; mahalle muhtarı olarak görevi başında kalmasında sakınca görülen kişinin hakkında yapılacak soruşturmanın/kovuşturmanın *selâmeti bakımından ihtiyatî bir tedbir olarak görevden uzaklaştırılmasına ve aynı nedenle görevden uzaklaştırma kararının kaldırılması talebinin reddine dair işlemin kamu yararı ve hizmet gerekleri gözetilerek tesis edildiği, işlemin hukuka uygun olduğu*” gerekçesiyle davanın reddine karar vermiş; [89] karara yönelik istinaf kanun yolu başvurusu reddedilmiştir. [90]

[88] Mahalle ismi tarafımızca metne yazılmamıştır.

[89] Bursa 1’inci İdare Mahkemesinin 24.12.2019 tarih ve E:2019/654, K:2019/1318 sayılı kararı.

[90] İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 10’uncu İdarî Dava Dairesinin 07.10.2020 tarih ve E:2020/1278, K:2020/1475 sayılı kararı.

B) İKİNCİ ÖRNEK

Şahıs hakkında “*Bandrolsüz Yabancı Menşeli Sigaraları Ticarî Kasıtlı Bulundurmak ve Saklama Suretiyle 4733 sayılı Kanuna Muhalefet*” suç isnadıyla asliye ceza mahkemesinde dava açılmış, mahkeme şahsın 1 yıl 8 ay hapis cezasıyla cezalandırılmasına karar vermiş^[91]; karar Yargıtay tarafından onanarak kesinleşmiştir^[92].

Kararın kesinleşmesinden sonra şahıs muhtar adayı olmuş ve Iğdır İli, Merkez (...) ^[93] Mahallesi muhtarlığı görevini yürütürken bahse konu mahkeme kararına istinaden İçişleri Bakanlığı onayıyla görevden uzaklaştırılmış; şahıs, görevden uzaklaştırılmasına ilişkin İçişleri Bakanlığı işleminin iptali talebiyle İdare Mahkemesi’ne dava açmıştır.

Mahkeme, “*4541 sayılı Kanun’da belirtilen usule göre mahalle muhtarları hakkında görevden uzaklaştırma işlemi tesis etmeye mahallenin idarî bağıllık durumuna göre valinin veya kaymakamın yetkili olduğu, İçişleri Bakanı’nın mahalle muhtarını görevden uzaklaştırma yetkisinin olmadığı, yetkisiz makam olan İçişleri Bakanı oluruyla tesis edildiği anlaşıldığından işlemde yetki yönünden hukuka uygunluk bulunmadığı*” gerekçesiyle görevden uzaklaştırmayı iptal etmiş;^[94] karara İçişleri Bakanlığı’nın yaptığı istinaf kanun yolu başvurusu reddedilmiştir.^[95]

C) ÜÇÜNCÜ ÖRNEK

Iğdır ili, Tuzluca ilçesi, (...) ^[96] Mahallesinin muhtarı olan şahıs hakkında Cumhuriyet savcılığı tarafından “*PKK Terör Örgütüne Yardım ve Yataklık*” suçu kapsamında soruşturma yürütüldüğünün bildirilmesi sonrasında şahıs

[91] Iğdır Asliye Ceza Mahkemesinin 11.05.2012 tarih ve K:2012/380 sayılı kararı.

[92] Yargıtay 7’nci Ceza Dairesinin 16.10.2014 tarih ve K:2014/16876 sayılı kararı.

[93] Mahalle ismi tarafımızca metne yazılmamıştır.

[94] Erzurum 2’nci İdare Mahkemesinin 21.02.2020 tarih ve E:2018/1887, K:2020/253 sayılı kararı.

[95] Erzurum Bölge İdare Mahkemesi 1’inci İdarî Dava Dairesinin 09.12.2021 tarih ve E:2020/1583, K:2021/2736 sayılı kararı.

[96] Mahalle ismi tarafımızca metne yazılmamıştır.

hakkında İçişleri Bakanlığı onayıyla görevden uzaklaştırma işlemi tesis edilmiş; şahıs bu işlemin iptali talebiyle İdare Mahkemesi'ne dava açmıştır.

Mahkeme özetle, “4541 sayılı Kanun’da belirtilen usule göre mahalle muhtarları hakkında görevden uzaklaştırma işlemi tesis etmeye mahallenin idarî bağıllık durumuna göre valinin veya kaymakamın yetkili olduğu, İçişleri Bakanı’nın mahalle muhtarını görevden uzaklaştırma yetkisinin olmadığı, yetkisiz makam olan İçişleri Bakanı oluruyla tesis edildiği anlaşıldığından işlemde yetki yönünden hukuka uygunluk bulunmadığı” gerekçesiyle görevden uzaklaştırmayı iptal etmiş;^[97] karara İçişleri Bakanlığı’nın yaptığı istinaf kanun yolu başvurusu reddedilmiştir.^[98]

D) DÖRDÜNCÜ ÖRNEK

Hatay ili, Samandağı ilçesi, (...) ^[99] Mahallesinin muhtarı olan şahıs İçişleri Bakanlığı onayıyla görevden uzaklaştırılmıştır. Şahıs bu işlemin iptali talebiyle İdare Mahkemesi’ne dava açmıştır.

Mahkeme “şahsın muhtarlık görevinden uzaklaştırılmasının sebebi olarak gösterilen, terör örgütlerine veya Millî Güvenlik Kurulunca devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti, iltisakı veya irtibatının bulunduğu, görevinin niteliğiyle bağdaşmayan eylemleri olduğuna ilişkin somut bir bilginin ve tespitin bulunmadığı; bu hususlarda şahıs hakkında yürütülen ceza soruşturmasının veya kovuşturmasının da bulunmadığı anlaşıldığında, görevden uzaklaştırılmaya ilişkin işlemde sebep yönünden hukuka uygunluk bulunmadığı” gerekçesiyle görevden uzaklaştırmanın iptaline

[97] Erzurum 2’nci İdare Mahkemesinin 15.10.2019 tarih ve E:2018/1888, K:2019/1194 sayılı kararı.

[98] Erzurum Bölge İdare Mahkemesi 1’inci İdarî Dava Dairesinin 26.02.2021 tarih ve E:2020/231, K:2021/438 sayılı kararı.

[99] Mahalle ismi tarafımızca metne yazılmamıştır.

karar vermiş,^[100] karara İçişleri Bakanlığı'nın yaptığı istinaf kanun yolu başvurusu reddedilmiştir.^[101]

E) BEŞİNCİ ÖRNEK

Ordu ili, Kabataş ilçesi, (...) ^[102] Mahallesi'nin muhtarı olan şahıs, sosyal medyada bir paylaşımda bulunmuş, bu paylaşım ile devlet büyüklerine hakaret ettiği ileri sürülmüştür.

Paylaşımla ilgili inceleme/soruşturma yapmak üzere Kaymakamlık Yazı İşleri Müdürü muhakkik tayin edilmiş ve kişi, “*devlet büyüklerine açıkça ve alenen sosyal medya platformu üzerinden hakarete bulunmak*” isnadıyla ifadeye çağırılmıştır.

Bilahare mahalle muhtarı, “*devlet büyüklerine alenen hakaret ettiğiinden iş başında kalması mahzurlu görülerek*” 01.11.2021 tarihinden itibaren muhtarlık görevinden uzaklaştırılmıştır.^[103]

F) ALTINCI ÖRNEK

Şanlıurfa ili, Bozova ilçesi, (...) ^[104] Mahallesi'nin muhtarı olan şahıs, “*Terör örgütü propagandası yapmak*” ve “*Cumhurbaşkanına alenen hakaret*” suç isnadları kapsamında yürütülen soruşturmada tutuklanmıştır. Şahsın tutuklanmasını müteakiben kaymakamlık oluruyla birinci aza mahalle muhtarlığına vekâleten görevlendirilmiştir.

“*Cumhurbaşkanına alenen hakaret*” isnadına dair dava devam ederken, asliye ceza mahkemesi muhtarın tutuksuz yargılanmasına karar vermiş, şahıs tahliye edilmiştir. Tahliye sonrasında kaymakamlık, tutukluluk tarihinden

[100] Hatay 2'nci İdare Mahkemesinin 10.07.2019 tarih ve E:2018/1081, K:2019/556 sayılı kararı.

[101] Adana Bölge İdare Mahkemesi 1'inci İdarî Dava Dairesinin 21.10.2020 tarih ve E:2020/630, K:2020/215 sayılı kararı.

[102] Mahalle ismi tarafımızca metne yazılmamıştır.

[103] Kabataş Kaymakamlığı'nın 03.11.2021 tarih ve E.83354832-900-747 sayılı işlemi.

[104] Mahalle ismi tarafımızca metne yazılmamıştır.

hakkındaki yargılama sonuçlanıncaya kadar şahsın görevinden uzaklaştırılmasına karar vermiştir.

Muhtar, muhtarlık görevine başlama/dönme talebinde bulunmuş, bu talebi “*tutukluluk tarihinden, hakkındaki yargılamanın tamamlanmasına kadar geçici bir tedbir olarak görevden uzaklaştırıldığı*”ndan bahisle reddedilmiş; göreve başlama/dönme talebinin reddine vakî işlemin iptali talebiyle İdare Mahkemesi’nde dava açılmış; açılan dava reddedilmiştir.^[105]

G) YEDİNCİ ÖRNEK

Kişi Van ili, Gevaş ilçesi, (...)^[106] Mahallesi muhtarıdır. “*Göçmen kaçakçılığı yapmak, suç işlemek amacıyla örgüt kurmak, suç işlemek amacıyla kurulan örgüte üye olmak ve taksirle ölüme ve yaralanmaya neden olmak*” suç isnadlarına ilişkin olarak Cumhuriyet başsavcılığı tarafından soruşturma başlatılmıştır. Soruşturma devam ederken, muhtar hakkında 4483 sayılı Kanun’a göre ön inceleme yapılacağından bahisle şahıs kaymakamlık tarafından muhtarlık görevinden uzaklaştırılmış, görevden uzaklaştırmanın yasal dayanağı olarak 4541 sayılı Kanun gösterilmiştir.

İşlemin iptali talebiyle açılan davada ilk derece mahkemesi, işlemin hukuka uygun olduğundan bahisle davanın reddine karar vermiştir.^[107]

İstinaf kanun yolu incelemesinde bölge idare mahkemesince, görevden uzaklaştırmanın 4541 sayılı Kanun’a göre yapıldığı, bu nedenle uzaklaştırmanın 4541 sayılı Kanun hükümlerine göre incelenmesi gerektiği, 4541 sayılı Kanun’daki şekli kurallara uyulmadan yapıldığı belirtilen işlemin hukuka aykırı olduğuna karar verilerek, ilk derece mahkemesi kararı kaldırılıp, işlemin iptaline karar verilmiştir.^[108]

[105] Şanlıurfa 1’inci İdare Mahkemesinin 11.10.2017 tarih ve E:2016/461, K:2017/997 sayılı kararı.

[106] Mahalle ismi tarafımızca metne yazılmamıştır.

[107] Van 3’üncü İdare Mahkemesinin 26.02.2021 tarih ve E:2020/922, K:2021/500 sayılı kararı.

[108] Erzurum Bölge İdare Mahkemesi 5’inci İdarî Dava Dairesinin 11.11.2022 tarih ve E:2022/753, K:2022/421 sayılı kararı.

Bu noktada belirtmek gerekir ki; bu olayda bölge idare mahkemesinin işten el çektirmeye görevden uzaklaştırmayı birbirine karıştırdığı değerlendirilmektedir. Aşağıda bu hususun ayrıntılarına yer verilecektir.

H) SEKİZİNCİ ÖRNEK

Şahıs Aydın ili, Germencik ilçesi, (...) [109] Mahallesi muhtarıdır. “2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununa muhalefet” suçundan Cumhuriyet başsavcılığı tarafından başlatılan soruşturma nedeniyle, kaymakamlık tarafından görevden uzaklaştırılmıştır.

Görevden uzaklaştırma işleminin iptali talebiyle açılan davada ilk derece idare mahkemesince “soruşturmanın kişinin görevi ile ilgili olmadığı, görevi ile ilgili olmayan suç soruşturması nedeniyle görevden uzaklaştırma işlemi tesis edilmesinin hukuka aykırı olduğu” gerekçesiyle işlemin iptaline karar verilmiş; [110] kaymakamlık tarafından yapılan istinaf kanun yolu başvurusu bölge idare mahkemesi tarafından reddedilmiştir. [111]

I) DOKUZUNCU ÖRNEK

Şahıs Ardahan ili, Göle ilçesi, (...) [112] Mahallesi muhtarıdır. “Suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve yönetme” ile “zincirleme tefecilik” suçlarından başlatılan soruşturma kapsamında tutuklanmış; tutuklama sonrasında kaymakamlık tarafından görevinden uzaklaştırılmıştır. Tahliye sonrasında şahıs görevden uzaklaştırma kararının kaldırılması talebiyle kaymakamlığa müracaat etmiş, kaymakamlık tarafından talebi reddedilmiştir.

Görevden uzaklaştırma kararının kaldırılması talebinin reddi işleminin iptali talebiyle açılan davada ilk derece idare mahkemesince “isnad edilen suçlamaların kapsamı, nitelikleri, önem ve ağırlıkları göz önünde bulundurulduğunda, konu ile ilgili olarak yürütülecek yargılama ve soruşturmanın

[109] Mahalle ismi tarafımızca metne yazılmamıştır.

[110] Aydın 1’inci İdare Mahkemesinin 14.04.2022 tarih ve E:2021/1093, K:2022/813 sayılı kararı.

[111] İzmir Bölge İdare Mahkemesi 6’ncı İdarî Dava Dairesinin 15.09.2022 tarih ve E:2022/1352, K:2022/1641 sayılı kararı.

[112] Mahalle ismi tarafımızca metne yazılmamıştır.

selameti bakımından görevden uzaklaştırıldığı, asliye ceza mahkemesinde yargılamanın devam ettiği de dikkate alındığında, görevden uzaklaştırma kararının kaldırılmamasında hukuka aykırılık bulunmadığı”na karar verilmiş;^[113] bu karara şahsın yaptığı istinaf kanun yolu başvurusu reddedilmiştir.^[114]

İ) UYGULAMAYA İLİŞKİN KISA BİR DEĞERLENDİRME

Uygulama bakımından mahalle muhtarlarının görevden uzaklaştırılması usulünün, “suç soruşturmasına ilişkin olmayan durumlar” ile “suç soruşturmasına ilişkin olan durumlar” bakımından iki kısımda ele alınması gerekmektedir. Bir de aşağıda nev’i şahsına münhasır ön inceleme durumuna değinilecektir.

1- Suç Soruşturmasına/Kovuşturmasına İlişkin “Olmayan” Haller Bakımından

Uygulamada suç soruşturmasına/kovuşturmasına konu olmayan hususlar bakımından da görevden uzaklaştırma tedbirlerine başvurulduğu gözlenmektedir. Mülkî amirlerin suç soruşturmasına/kovuşturmasına ilişkin olmayan hususlar bakımından görevden uzaklaştırma yetkilerinin olup olmadığının tahliline aşağıda ayrıca yer verilmiştir.

2- Suç Soruşturmasına/Kovuşturmasına İlişkin “Olan” Haller Bakımından

Uygulamada suç soruşturmasına/kovuşturmasına konu olan hususlar bakımından da görevden uzaklaştırma tedbirlerine başvurulduğu gözlenmektedir. Mülkî amirlerin suç soruşturmasına/kovuşturmasına ilişkin olan hususlar bakımından görevden uzaklaştırma yetkilerinin olup olmadığının tahliline aşağıda ayrıca yer verilmiştir.

İçişleri Bakanlığı 2008/72 sayılı Genelgede ve 12441 sayılı Genel Yazıda “Mahalle muhtar ve ihtiyar heyetlerinin görevlerini ihmal ve diğer suçlarla ilgili haklarında yürütülen idarî ve adlî soruşturma nedeniyle, görevden

[113] Erzurum 1’inci İdare Mahkemesinin 11.02.2021 tarih ve E:2020/943, K:2021/181 sayılı kararı.

[114] Erzurum Bölge İdare Mahkemesi 1’inci İdarî Dava Dairesinin 15.06.2022 tarih ve E:2021/1671, K:2022/1887 sayılı kararı.

uzaklaştırılma işleminin, mahallenin idarî bağıllık durumuna göre vali veya kaymakam tarafından yapılacağı” düzenlemesine yer vermiştir.

Uygulamada, Genelge ve Genel Yazı kapsamında mahalle muhtarları hakkında adli veya idarî bir tahkikat/kovuşturma sebebiyle mahallenin bağıllık durumuna göre mülkî amirlik tarafından muhtar hakkında görevden uzaklaştırma tedbiri uygulanabilmekte, soruşturmanın/kovuşturmanın sonucuna göre yeniden göreve iade işlemleri tesis edilebilmektedir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki; bir soruşturma/kovuşturma kapsamında mahalle muhtarı tutuklanmışsa, tutukluluk nedeniyle muhtarlık görevinin aksatılması hali söz konusu olacağından (aşağıda açıklanacak olan) işten el çektirme usulünün buna göre uygulanması gerekmektedir. Muhtar tutuklanmamış, tutuksuz yargılama devam etmekteyse, bu halde de muhtarın muhtarlık görevini aksatması, savsaklaması, geciktirmesi durumunun söz konusu olup olmadığına göre bir işlem tesis edilmesi gerekmektedir. Yahut yargılama sonucunda muhtar hapis cezasına mahkûm olmuşsa, muhtarın durumunun seçilme yeterliliğini kaybedip kaybetmediği yönünden (de) ayrıca incelenmesi gerekmektedir.

İşten el çektirme işlemi haricinde, örneğin 657 sayılı Kanun’un 137’nci ve takip eden maddelerinde düzenlenen usule benzer bir usul izlenerek mahalle muhtarının görevden uzaklaştırılması hukuka aykırı olacaktır. Bu şekilde tesis edilen işlemlerin bulunması durumunda, idare mahkemelerince bu işlemlerin iptali yönünde hüküm kurulması icap etmektedir.

Uygulamada söz konusu Genelge ve Genel Yazı çerçevesinde işlemler yapılmakla birlikte; aşağıda bu düzenlemelere göre görevden uzaklaştırma işlemi uygulanıp uygulanamayacağı konusu hakkında değerlendirmeler yapılacaktır.

3- Ön İncelemeye İlişkin Haller Bakımından

Muhtelif kanunlarda mahalle muhtarlarının işledikleri suçlar bakımından kamu görevlisi sayılacakları kuralına yer verilmiştir.^[115] Bu nedenle görevleriyle ilgili suç soruşturması bakımından, mahalle muhtarları 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun

[115] Hüseyin Aydın, “Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı,” *Ankara Barosu Dergisi* 1, (Ocak 2010): 114-124.

hükümlerine tabidirler. Dolayısıyla göreve ilişkin olarak ihbar/şikâyet Cumhuriyet savcılıklarına yapılmışsa, Cumhuriyet savcılığı mahalle muhtarı hakkında görevi dolayısıyla işlenen bir suçtan ötürü soruşturma yapmamakta, evvela soruşturma izni vermeye yetkili makamdan soruşturma izni alması gerekmektedir. İzin vermeye yetkili makamın 4483 sayılı Kanun hükümlerine göre bir ön inceleme yaptırması, ön incelemede elde edilen bulgulara göre ya Cumhuriyet savcılığının soruşturma yapmasına izin vermesi veya Cumhuriyet savcılığına soruşturma yapma izni vermemesi gerekmektedir.

Keza göreve ilişkin olarak ihbar/şikâyet kaymakamlığa veya valiliğe yapılmışsa, bu halde de izin vermeye yetkili makamın 4483 sayılı Kanun hükümlerine göre bir ön inceleme yaptırması, ön incelemede elde edilen bulgulara göre soruşturma izni vererek dosyayı Cumhuriyet savcılığına göndermesi yahut soruşturmaya izin vermemesi gerekmektedir.

Bu noktada görevden uzaklaştırma müessesesinin amacı dikkate alındığında, ön inceleme safhasında hakkında inceleme yapılan mahalle muhtarının görevinden kaynaklı yetkilerini doğrudan veya dolaylı olarak kullanmak suretiyle incelemeye etki edebilmesine dair bir “ihtimâlin ve şüphenin” mevcut olması, yürütülen incelemenin güvenliğine etki edilmeye dair bir “ihtimâlin ve şüphenin” mevcut olması, toplanacak olan (lehe/aleyhe) yazılı/dijital yahut sözlü delillere maddî olarak yahut da psikolojik olarak etki edilebilmesine dair bir “ihtimâlin ve şüphenin” mevcut olması durumunda ilgili hakkında görevden uzaklaştırma tedbirinin uygulandığı hallerle de karşılaşılmaktadır.

V. MAHALLE MUHTARLARININ “GÖREVDEN UZAKLAŞTIRILMASI”NIN KANUNİ DAYANAĞI MESELESİ

A) GENEL OLARAK

Mahalle muhtarlarının görevden uzaklaştırılması ifadesinin tatbikatta yerleştiği gözlenmektedir. Hâlbuki bu ifadenin kullanılabilmesi (*diğer bir deyişle bir mahalle muhtarının görevden uzaklaştırılabilmesi*) için, mahalle muhtarının görevden uzaklaştırılması müessesesinin bir kanunî dayanağının olması gerekmektedir.

Şöyle ki; görevden uzaklaştırma, bir idarî işlemdir. Bu idarî işlemin tesis edilebilmesi için, bu hususta her şeyden önce idarenin yetkili olması gerekmektedir. İdarenin yetkili olabilmesi içinse, idarenin görevden uzaklaştırma

konusunda tasarrufta bulunabilme görevinin bulunması gerekmektedir. İdareye bu görevi veren şey, kanundur. Nitekim Anayasa'da "İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir" (m.123/1) denilerek, idarenin görevlerinin kanunla düzenleneceği benimsenmiştir. Dolayısıyla idarenin görevlerini yerine getirmek için kullanacağı yetkilerinin kanuna dayanması gerekmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bu maddenin idarenin ve idarenin organlarının hem görevlerinin hem de yetkilerinin kanunla düzenlenmesini gerekli kıldığını ifade etmektedir.^[116]

Zira Anayasa, sadece hukuk kurallarına kaynaklık etmemektedir. Aynı zamanda devlet yetkilerinin nasıl kullanılacağını ve bu yetkilerin sınırlarının nasıl konulacağını da belirtmektedir. Böylelikle kamu makamları tarafından yapılacak olan işlemlerin dayanağı olacak mevzuatın, Anayasa'nın koyduğu esaslara göre hazırlanması gerekmektedir. Bunun tabii sonucu, kamu makamlarının yetkilerini ancak Anayasa'nın koyduğu esaslara göre kullanabilmeleridir.^[117]

İdarenin görevlerinin kanunla düzenlenecek olmasına teoride, "*idarenin kanuniliği ilkesi*" adı verilmektedir.^[118] Bu ilkeye göre, özellikle kişi hürriyetlerine etki eden idarî tasarruflarda, alınan kararın bir pozitif hukukî dayanağının bulunması zorunludur.^[119] Örneğin bir işlemin dayanağı genelgelebilir. Fakat bu genelgenin mutlaka doğrudan yahut dolaylı olarak kanuna dayanması gerekmektedir. Yahut da bir işlemin dayanağı yönetmelik olabilir, ancak bu yönetmeliğin de bir kanuna dayalı olması gerekmektedir. Dolayısıyla her bir işlemin öyle ya da böyle bir kanunî dayanağının olması gerekmektedir. Kanunilik, hukukî kuralların keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir olmasını temin etmektedir. Bu da hukuk güvenliğinin sağlanmasına katkı sunmaktadır.^[120]

[116] Anayasa Mahkemesinin 30.12.2021 tarih ve E:2021/88, K:2021/105 sayılı kararı.

[117] Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2009), 49.

[118] Metin Günday, *İdare Hukuku*, (Ankara: İmaj Yayınevi, 2004), 81.

[119] Akyılmaz vd, *Türk İdare Hukuku*, 136.

[120] Anayasa Mahkemesinin 16.12.2021 tarih ve E:2021/59, K:2021/90 sayılı kararı.

Öte yandan; kanunilik ilkesi, mutlaka her konunun bütün detaylarıyla kanunda yer alacağı, her türlü yetkinin ve görevin tek tek kanuna yazılacağı anlamına da gelmemektedir.^[121] Aksi halde her bir görev ve yetki tek tek kanuna yazılarak “idarenin kanuniliği” denilen ilke uygulanmaya kalkılsa, bu durumda günlük hayatın her alanıyla ilgili faaliyet yürütülen kamu hizmetlerinin sunulması mümkün hale gelmeyecek;^[122] kamu hizmetleri duracaktır. Bu bakımdan idarenin kanuniliği denilen kavramın, çöplerin belediyece toplanmasında (ya da toplatılmasında) hangi marka ve boyutta kamyonun kullanılacağından belediye otobüs güzergâhlarının hangi sokaklardan geçeceğinin belirlenmesine, ders başlangıç ve bitiş saatlerinin hangi günde saat kaçta olacağından dersi hangi öğretim üyesinin kaç saat anlatabileceğine, lise ikinci sınıf matematik dersi sınavında sorulacak soruların hangi konulardan ve kaç adet soru sorulacağından binalarda asansörlerin kaç m/sn hızla hareket edeceğine, piknik alanlarında çadırların hangi renkte olacağından yollara döşenen parke taşlarının kalınlığına ve taş döşemesinde taşın kuzeye mi güneye mi uzatılacağına varıncaya kadar her konunun kanuna tek tek yazılması anlamına gelir ki; neticede ortaya çıkan “şey” in gerçekten kanun olup olmadığı tartışmalı hale geleceği gibi, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde de aksaklıkların ortaya çıkacağı tabiidir.

Bu bakımdan idarenin kanuniliğinden anlaşılması gereken, Anayasa’nın kanunla düzenlenmesini öngördüğü hususlarda ana çatının ve aslı kuralların kanunda belirtilerek; talî nitelikteki ve günlük uygulamaya ilişkin olan teknik ve detay hususların diğer düzenleyici işlemlere yahut doğrudan birel işlemlere bırakılması gerektiği hususudur.^[123] Bu hususu Anayasa Mahkemesi “*idarelerin, kanunlarla verilen görevleri yerine getirirken ne tür kararlar almaları gerektiğinin, her türlü olay ve olgu göz önünde bulundurularak önceden hukuk kurallarıyla belirlenmesi mümkün olmadığı gibi kamu hizmetlerinin ve toplumsal ihtiyaçların değişkenliği dikkate alındığında uygun bir yöntem de değildir*” şeklinde ifade etmektedir.^[124] Dolayısıyla

[121] Tahsin Bekir Balta, *İdare Hukuku-I*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1970), 128.

[122] Emre Akbulut, *Türk İdare Hukukunda Kanuni İdare İlkesi*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2013), 275.

[123] Balta, *İdare Hukuku-I*, 130-131.

[124] Anayasa Mahkemesinin 08.12.2015 tarih ve E:2014/87, K:2015/112 sayılı kararı.

genel esaslar çerçevesinde idarenin bir hareket serbestisinin olacağı izahtan varestedir. Lâkin buradaki hareket serbestisinin de hukuk kuralları çerçevesinde kullanılması gerekmektedir.

B) MAHALLE MUHTARLARININ GÖREVDEN UZAKLAŞTIRILMASININ KANUNÎ DAYANAĞI VAR MI?

Yukarıdaki kanuniliğe ilişkin açıklamaların ardından, mahalle muhtarlarının görevden uzaklaştırılmasının kanunî dayanağının olup olmadığına incelenmesi mümkündür. Hem 4541 sayılı Kanun'da, hem İl İdaresi Kanunu'nda, hem de Şehir Ve Kasabalardaki Mahalle Muhtar Ve İhtiyar Kurulları Tüzüğü'nde “*görevden uzaklaştırma*” ifadesi geçmemektedir.

Bu durum, mahalle muhtarlarının “görevden uzaklaştırılması”nın kanunî dayanağının mevcut olmadığını göstermektedir. Zira herhangi bir kanunda mahalle muhtarları hakkında “görevden uzaklaştırılma” şeklinde bir idarî tedbirin uygulanacağı yazmamaktadır. Örneğin köy muhtarlarının görevden uzaklaştırılmasının kanunî dayanağı bulunmaktadır. Zira Köy Kanunu'nda (m.42) ve Mahallî İdareler İle Mahalle Muhtarlıkları Ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun'da (m.31/3) köy muhtarlarının görevden uzaklaştırılabileceklerine dair hükümler bulunmaktadır. Ancak mahalle muhtarlarıyla ilgili kanunlarda, mahalle muhtarının görevden uzaklaştırılabileceğine dair bir hüküm mevcut değildir.

Mademki mahalle muhtarlarının görevden uzaklaştırılmaları hakkında herhangi bir kanunî dayanak bulunmamaktadır; o zaman mülkî amirler tarafından neden mahalle muhtarları hakkında “*görevden uzaklaştırma*” tedbirleri uygulanmaktadır? Yahut mademki mahalle muhtarlarının görevden uzaklaştırılmaları hakkında herhangi bir kanunî dayanak bulunmamaktadır; o zaman idare mahkemelerinin kararlarına neden “*mahalle muhtarının görevden uzaklaştırılmasına ilişkin işlem*” ibaresi yazılmaktadır?

Bunun sebebi, mahalle muhtarları bakımından görevden uzaklaştırmanın “*galât*” kullanılmasıdır. Diğer bir ifadeyle, mülkî idarenin ve mahkemelerin mahalle muhtarları hakkında bu kavramı kullanması, hatalı bir kullanımdır. Bir hatalı kullanımın yaygın hale gelmesi, bu kavramın doğru olduğunu göstermemektedir.

Bu noktada, “bu hatalı kullanımın kaynağı nedir? Neden bu hatalı ifade kullanılmaktadır?” sorularının da cevaplanması gerekmektedir.

Bu hatalı kullanımın kaynağına bakıldığında, bunun bürokrasi içerisindeki yazışmalardan kaynaklandığı; “işten el çekirme” müessesesinin “görevden uzaklaştırma” müessesesiymiş gibi algılanmasından dolayı bu ifadenin kullanıldığı anlaşılmaktadır. Nitekim İçişleri Bakanlığı’nca bir genel yazıda, “*hakkında soruşturma yürütülmekte olan mahalle muhtarının kaymakamlıkça görevinden uzaklaştırılabileceği*” belirtilmiş;^[125] bir başka yazıdaysa “*hakkında adli soruşturma yürütülmekte olan mahalle muhtarının (merkez ilçe dışındaki bir ilçeye bağlı) görevden uzaklaştırılma yetkisinin valiliğe ait olduğu*” ifade edilmiştir.^[126] Mahalle Muhtarlarının Görevden Uzaklaştırılmaları konulu 2008/72 sayılı Genelgedeysse, “*mahalle muhtarlarının yürütülmekte olan idarî ve adlî soruşturma nedeniyle görevden uzaklaştırılmaları işlemi, mahallenin bağlılık durumuna göre vali veya kaymakam tarafından yürütüleceği, uygulamanın buna göre yapılması gerektiği*” belirtilmiştir.^[127]

Görüldüğü üzere, “mahalle muhtarlarının görevden uzaklaştırılması” kavramının kullanımının İçişleri Bakanlığı’nın ve mülkî idarenin genel yazılarından ve yazışmalarından kaynaklı olduğu; mülkî idare tarafından tesis edilen işlemlerde bu nedenle “görevden uzaklaştırma” ifadesinin kullanıldığı; mahkemelerin de bu ifadeyi olduğu gibi mahkeme kararlarına dercettikleri anlaşılmaktadır.

Hatalı kullanımın kaynağına ilişkin İçişleri Bakanlığı’nın 1991 tarihli ve 2003 tarihli yazılarında, herhangi bir kanunî dayanağa yer verilmemiştir.^[128] 2008/72 sayılı Genelgedeysse, 4541 sayılı Kanun’un 18’inci maddesi kanunî dayanak olarak gösterilerek, “*bu maddenin vazifeyi ifada ihmâl halinde görevden uzaklaştırılma ve göreve son verme halini düzenlediği*” belirtilmiştir. Hâlbuki 4541 sayılı Kanun’un 18’inci maddesi görevden

[125] İçişleri Bakanlığı İller İdaresi Genel Müdürlüğü’nün 20.02.1991 tarih ve 1149 sayılı yazısı.

[126] İçişleri Bakanlığı İller İdaresi Genel Müdürlüğü’nün 05.02.2003 tarih ve 721 sayılı yazısı.

[127] İçişleri Bakanlığı’nın (İller İdaresi Genel Müdürlüğü’nün) 27.11.2008 tarih ve 2008/72 sayılı Genelgesi.

[128] Yaşar Güneş, “Mahalle Yönetimi,” *Türk İdare Dergisi* 465, (Aralık 2009): 126.

uzaklaştırmayı değil, işten el çektirmeyi düzenlemektedir. İşten el çektirme farklı bir kavram, görevden uzaklaştırma farklı bir kavramdır.

İçişleri Bakanlığı'nın "Köy ve Mahalle Muhtarlarının Görevlerine Son Verilmesi" konulu bir başka genel yazısında, "*Mahalle muhtar ve ihtiyar heyetlerinin görevlerini ihmal ve diğer suçlarla ilgili haklarında yürütülen idarî ve adlî soruşturma nedeniyle, görevden uzaklaştırılma işleminin, mahallenin idarî bağlılık durumuna göre vali veya kaymakam tarafından yapılacağı*" açıklamasına yer verilmiştir.^[129] Bu genel yazıda da kanunî dayanak olarak 3152 sayılı İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun^[130] gösterilmiştir.

3152 sayılı Kanun'un (2018 yılında mülga olan) "Mahallî İdarelerle Koordinasyon Sorumluluğu" başlıklı 32'nci maddesinde, "*Bakanlık, hizmet alanına giren konularda mahallî idarelerle koordinasyonu sağlamaktan sorumludur*" hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümde Bakanlığın koordinasyon sorumluluğu il özel idarelerine, belediyelere ve köylere yani "*mahallî idarelere*" ilişkindir. Mahalle, bir mahallî idare değildir. Kanun'un (2018 yılında mülga olan) "Bakanlığın Düzenleme Görev ve Yetkisi" başlıklı 33'üncü maddesindeyse, "*Bakanlık, kanunla yerine getirmekle yükümlü oldukları hizmetleri; tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge ve diğer idarî metinlerle düzenlemekle görevli ve yetkilidir*" hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm, İçişleri Bakanlığı'nın türev norm yetkisini düzenlemektedir ve açıkça Bakanlığın "*kanunla yerine getirmekle yükümlü olduğu hizmetleri*" kapsamaktadır. Bakanlık elbette "*kanunla yerine getirmekle yükümlü olduğu hizmetler*" hakkında düzenleyici işlemler yapabilir. Ancak "mahalle muhtarlarının görevden uzaklaştırılması" meselesinin herhangi bir kanunî dayanağı olmadığından, bu konu Bakanlığın kanunla yerine getirmekle yükümlü olduğu hizmetlerden değildir. Zira herhangi bir kanunda bu konuda Bakanlığa bir yetki ve görev verilmemiştir.

Diğer bir ifadeyle 3152 sayılı Kanun'un verdiği yetkiye istinaden genelgelerle ve genel yazılarla Bakanlık, mahalle muhtarlarının "*işten el çektirilmesi*" hakkındaki işleri ve hizmetleri düzenleyebilir. Ancak Bakanlık mahalle muhtarının "*görevden uzaklaştırılmaları*" hakkında bir düzenleme yapamaz.

[129] İçişleri Bakanlığı'nın (İller İdaresi Genel Müdürlüğü'nün) 01.06.2017 tarih ve 12441 sayılı genel yazısı.

[130] 23.02.1985 tarih ve 18675 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

Görevden uzaklaştırma tedbirinin kim tarafından uygulanabileceği, ne zaman görevden uzaklaştırma yapılabileceği, görevden uzaklaştırmanın süresinin ne olacağı, görevden uzaklaştırma durumunda muhtarlara ödenen malî ödemelerin ne şekilde ödeneceği/ödenmeyeceği, hangi hallerde görevden uzaklaştırmanın sona ereceği hususlarının mahalle muhtarları yönünden bir kanunda düzenlenmediği; dolayısıyla “*mahalle muhtarlarının görevden uzaklaştırılması*” şeklinde bir müessesenin hukukumuzda bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Bu nedenle mahalle muhtarları hakkında görevden uzaklaştırma tedbirinin uygulanamayacağı değerlendirilmektedir. Mahalle muhtarları hakkında, şayet şartları mevcutsa işten el çektirme müessesesinin uygulanması gerekmektedir ki; bu durum da, görevden uzaklaştırmadan farklı bir müessesedir. Uygulamadaki görevden uzaklaştırmanın bu nedenle galât olarak yürütüldüğü, hukukî olmadığı söylenebilir.

Öte yandan; mevzuatta mahalle muhtarlarının görevden uzaklaştırılması müessesesi düzenlenmediğinden, suç soruşturmasına/kovuşturmasına konu bir durum nedeniyle de mahalle muhtarı hakkındaki görevden uzaklaştırma işleminin ne zaman tesis edileceği belli değildir. Bu yönüyle (de) uygulamadaki görevden uzaklaştırma işlemleri öngörülebilirlik ve hukuk güvenliği yönlerinden mahzurlar içermektedir.

VI. MAHALLE MUHTARLARININ İŞTEN EL ÇEKTİRİLMESİ

A) MUHTARLIKLA İLGİLİ MEVZUAT BAKIMINDAN KONUNUN İNCELENMESİ

Tatbikat, işten el çektirmeyi görevden uzaklaştırma gibi algılayarak uygulamaktadır. İşten el çektirmenin idarî usulü, görevden uzaklaştırmadan farklı olduğundan, tatbikattaki görevden uzaklaştırmanın bu yönüyle de hatalı uygulandığı değerlendirilmektedir.

Mahalle muhtarlarının işten el çektirilmesi 4541 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir. Ayrıca bu müesseseye Şehir Ve Kasabalardaki Mahalle Muhtar Ve İhtiyar Kurulları Tüzüğü'nde de yer verilmiştir.

4541 sayılı Kanun'da “*Mahalle muhtar ve ihtiyar heyetleri vazifelerini ifada ihmal ve terahi* gösterdikleri takdirde, vali veya kaymakamlar kendilerine yazılı ihtarda bulunurlar. Bu ihtara rağmen temerrüt edenlerin işten eli çektirilir ve idare heyeti *karariyle vazifelerine nihayet verilir*” hükmü

yer almaktadır (m.18). Kanun'daki bu düzenlemeye bakıldığında, mahalle muhtarına işten el çektirebilmek için;

a. Muhtarın, muhtarlık vazifesini ifada ihmâl ve terahî göstermesi gerekmektedir. Terahî gevşeklik, gecikme anlamlarına gelmektedir.^[131] Buna göre işten el çektirtmek için gereken ilk şart, göreviyle ilgili işlerde muhtarın ihmâlî davranışlar sergilemesi veya gevşeklik göstermesi yahut işlerde gecikmeler yaşanmasıdır. Tabii ki bu nedenin vuku bulup bulmadığının somut olarak ortaya konulması gerekmektedir. Geciktiği belirtilen iş veya ihmâl edildiği belirtilen hususlar muhtarlık göreviyle ilgili değilse, bu durumda işten el çektirme uygulanamayacaktır.

b. Muhtarlık göreviyle ilgili işlerde ihmâlî davranışlar sergilenmesi veya gevşeklik gösterilmesi yahut gecikmeler yaşanması halinde, muhtarlığın bağlı olduğu mahalle vilâyet merkeziyse valinin, ilçeyse kaymakamın muhtara yazılı olarak bir ihtar göndermesi, ihmâlî davranışların düzeltilmesinin, gecikmelerin önlenmesinin, gevşeklikten vazgeçilmesinin muhtardan istenilmesi gerekmektedir. Kanun'da yer alan “*ihtar*” kelimesi, “*ikazen hatırlatma*” anlamına gelmektedir. İkazen hatırlatmada muhtar hem ikaz edilmekte hem de aksayan görevleri yapmanın muhtarın vazifesi olduğu, bu aksaklıkların derhal düzeltilmesi/giderilmesi muhtara hatırlatılmaktadır.

c. İhtarat sonrasında muhtarın temerrüt etmesi; yani ihtar yazısında yer verilen muhtarlık göreviyle ilgili işlerde ihmâlî davranışlar sergilemeye veya gevşeklik göstermeye yahut muhtarlıkla ilgili işlerde gecikmeler yaşanmaya devam etmesi durumunda; muhtarın işten elinin çektirilmesi, yani muhtarlık vazifesindeki yetkilerinin elinden alınması işlemi tesis edilmesi gerekmektedir. Ancak işten el çektirmenin uygulanabilmesi için temerrüt halinin, ihtarata konu olan işlerle ilgili olması gerektiği düşünülmektedir. Aksi halde temerrüt durumu oluşmayacak ve işten el çektirme uygulanamayacaktır.

Örneğin ihtar yazısında Tebligat Kanunu hükümlerine göre muhtarlıktan alınması gereken tebliğ evrakının muhataplarına verilmemesi, tebliğ evrakının muhtarlıkta kaybolması hususlarına yer verilmişse, bu nedenle işten el çektirmenin uygulanabilmesi için bu yazı sonrasında yine tebliğ evrakının muhtarlıkta kaybolması durumunun söz konusu olması gerekmektedir. İhtar yazısında Tebligat Kanunu hükümlerine ilişkin görevlerin aksatıldığı yazıldıktan sonra, ev/işyeri aramalarına nezarete ilişkin görevin aksatılması

[131] Devellioğlu, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*, 1299.

durumu söz konusu olursa, burada işten el çektirme uygulanmayarak, bu hususta muhtara ayrıca ihtar yazılacaktır. Ev/işyeri aramalarına nezarete ilişkin görevin aksatılması hususundaki ihtar sonrasında yine ev/işyeri aramalarına nezarete ilişkin görevin aksatılması (yani aksatmada/gevşeklikle/ihmalde temerrüt gösterilmesi) durumunda muhtarın eli işten çektirilecek, yani muhtarlık vazifesindeki yetkileri elinden alınacaktır.

4541 sayılı Kanun'da "(...) işten el çektirilir ve idare heyeti kararıyla vazifelerine nihayet verilir" hükmüne yer verilmiştir. Kanun koyucu "ve vazifelerine nihayet 'verilebilir'" değil, "ve vazifelerine nihayet 'verilir'" ifadesini kullanarak idareye adeta emir vermiş; işten el çektirilen kişinin muhtarlık vazifesinin sona erdirilmesi hususunda idare kanunla bağlı yetkili kılınmış; vazifenin nihayete erdirilip erdirilmemesi hususunda kanun idareye herhangi bir takdir yetkisi tanımamıştır.

Dolayısıyla bir muhtar hakkında mülkî amirlik tarafından 4541 sayılı Kanun'a göre işten el çektirme kararı alınmışsa, il idare kurulunun mahalle muhtarının görevine son verilmesi kararı almak haricinde başkaca tasarrufta bulunma yetkisinin bulunmadığı söylenebilir.^[132] Fakat bu husus Tüzük'te biraz daha farklı şekilde düzenlenmiştir ve bize göre uygulamanın, uygulamayı yönlendiren alt norm olan Tüzük hükümlerine göre yürütülmesi gerekmektedir.

Tüzük'te, "*Mahalle muhtar ve ihtiyar kurulları görevlerini yapmakta savsaklıkları halde vali veya kaymakamlar kendilerine yazılı uyardıda bulunurlar. Bu uyardıya aldırılmayarak direnenlerin işten eli çektirilerek yerlerine (varsa) geri kalan üyelerden vekil tayin olunur*" hükmüne yer verilmiştir (m.29/1). Burada Kanun'a göre önemli bir fark bulunmamaktadır. Sadece işten el çektirme durumunda işten eli çektirilen muhtarın yerine kimin vekâleten muhtarlık görevini yürüteceği açıklanmıştır.

Kanun'la Tüzük arasındaki esas fark, işten eli çektirilen muhtarın görevine son verilmesi hususundadır. Bu konu Tüzük'te, "İşten el çektirilenler hakkındaki kâğıtlar en kısa zamanda idare kurulunca incelenerek verilecek karara göre ya görevlerine yeniden başlattırılır veya görevlerine son verilir" şeklinde düzenlenmiştir (m.29/2). Kanun'da "ve vazifelerine nihayet 'verilebilir'" değil, "ve vazifelerine nihayet 'verilir'" ifadesi kullanılarak; işten el çektirilen kişinin muhtarlık vazifesinin sona erdirilmesi hususunda idare

[132] Özdemir, "Mahalle Muhtarlığı," 62.

kanunla bağıli yetkili kılınmış; vazifenin nihayete erdirilip erdirilmemesi hususunda idareye herhangi bir takdir yetkisi tanınmamıştır. Tüzükteyse işten el çektilirilen muhtarın ya yeniden muhtarlık görevine başlatılması yahut muhtarlık görevine son verilmesi şeklinde il idare kurulunca bir karar alınacağı öngörölerek, Tüzüğün idareye bir takdir yetkisi verdiği görölmektedir.

Aslında Tüzük, Kanun'la çelişmektedir. Diğer bir deyişle Tüzüğün bu hususta Kanun'a aykırı olduğu söylenebilir. Ancak idarî işlemin tesisinde uygulayıcının öncelikle alt normu uygulama mükellefiyetinin bulunmasına istinaden, işlemlerin Tüzük hükümlerine göre tesis edilmesi icap etmektedir. Diğer bir ifadeyle tüzük, kanunlarca belirlenen işlerin nasıl yapılacağını, diğer bir deyişle kanunların nasıl tatbik edileceğini gösterdiğinden,^[133] Kanunda yer alan işten el çektilirme müessesesinin nasıl uygulanacağını gösteren Tüzük hükümlerinin idarece işten el çektilirmede öncelikli olarak uygulanması icap etmektedir.

B) DİĞER MEVZUAT BAKIMINDAN KONUNUN İNCELENMESİ

Uygulamada bazı mülkî amirliklerinin mahkemelere gönderdikleri savunmalarda, “mülkî amirin İl İdaresi Kanunu'na göre mahalle muhtarlarını görevden uzaklaştırabileceği” ne dair açıklamalara yer verildiği gözlenmektedir. Keza bazı işlemlerde de görevden uzaklaştırmanın dayanakları arasında İl İdaresi Kanunu'nda yer alan işten el çektilirmeyle ilgili maddelerin yazıldığı görölmektedir.

Evvla belirtmek gerekir ki; İl İdaresi Kanunu'nda “görevden uzaklaştırma” müessesesine yer verilmemiştir. Bu nedenle İl İdaresi Kanunu'nun mahalle muhtarları hakkındaki görevden uzaklaştırmanın kanunî dayanağı olması mümkün değildir. İl İdaresi Kanunu'nda görevden uzaklaştırma müessesesi değil, işten el çektilirme müessesesi düzenlenmiştir ki; bu müessese de görevden uzaklaştırmadan farklı bir müessesedir. Dolayısıyla İl İdaresi Kanunu'nda görevden uzaklaştırma diye bir “şey” bulunmamaktadır; varmış gibi kullanılması galât bir kullanımdır ve mahalle muhtarları yönünden hukukî bir tabir ve ifade şekli değildir.

[133] Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları-C.1, (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966), 381.

Bu noktada, çalışmayla olan irtibatı bakımından İl İdaresi Kanunu'nda yer alan işten el çektirmenin mahalle muhtarları hakkında uygulanıp uygulanamayacağını incelenmesinde fayda mülahaza edilmiştir.

İşten el çektirmenin İl İdaresi Kanunu'nda iki yerde geçtiği görülmektedir. Kanun'da "*valiler, denetlemeleri sırasında iş başında kalmalarında mahzur gördükleri bütün memur ve müstahdemlere sorumluluğu altında işten el çektirilebilirler ve hizmetin aksamaması için gereken tedbirleri aldırırlar. Bu takdirde işi gerekçesiyle ait olduğu makama derhal bildirirler*" hükmü yer almaktadır (m.16). Yine Kanun'da "*kaymakam, denetlemesi sırasında iş başında kalmalarında mahzur gördüğü ilçe idare şube başkanlarını valinin muvafakatiyle, diğer memur ve müstahdemleri re'sen sorumluluğu altında işten el çektirebilir*" hükmüne yer verilmiştir (m.31/D).

Maddelerden birisi valinin, diğeri kaymakamın işten el çektirmesini düzenlemektedir. Maddelere yakından bakıldığında, İl İdaresi Kanunu kapsamında işten el çektirmenin uygulanması şartları şu şekilde sıralanabilir:

- a. Valinin/Kaymakamın bir denetleme yapıyor olması,
- b. Denetleme sırasında maddede sayılan kişilerin iş başında kalmasında mahzur görülmesi gerekmektedir.

Peki, iş başında kalmasında mahzur olacak ve bu nedenle işten eli çektirilecek kişiler kimlerdir? Valililer bakımından Kanun bunu, valinin denetlediği bütün memurlar ve müstahdemler olarak saymıştır. Kaymakamlar bakımından Kanun bu kişileri; ilçe idare şube başkanları, diğer memurlar ve müstahdemler olarak saymıştır. Lâkin kaymakam, ilçe idare şube başkanlarını valinin muvafakatiyle işten el çektirebilecekken, diğer memur ve müstahdemleri re'sen işten el çektirebilecektir.

Mahalle muhtarının, İl İdaresi Kanunu hükümlerine göre işten el çektirilebilmesi için ya il/ilçe idare şube başkanı statüsünde, ya il/ilçe memuru statüsünde yahut da il/ilçe müstahdemi statüsünde olması gerekmektedir.

Mahalle muhtarlarının il/ilçe idare şube başkanı sıfatları bulunmadığı gibi, mahalle muhtarları il/ilçe idare şube başkanı görevini de yerine getirmemektedirler. Nitekim İl İdaresi Kanunu'na göre "*bakanlıkların kuruluş mevzuatına göre illerde lüzumu kadar bakanlık teşkilatı bulunmaktadır ve bu teşkilatın her birinin başında bulunanlara il idare şube başkanı denilmektedir*" (m.4). "*Bakanlıkların kuruluş mevzuatına göre ilçede lüzumu*

kadar teşkilatı bulunur” (m.27/1) ve “*ilçedeki genel idare teşkilatının başında bulunanlar, ilçe idare şube başkanlarıdır*” (m.28). Mahalle muhtarının böyle bir görev ifa etmediği, dolayısıyla ne il ne ilçe idare şube başkanı sıfatının bulunmadığı açıktır. Bu kapsamda mahalle muhtarının İl İdaresi Kanunu’na göre işten el çektilmesi de mümkün değildir.

Peki, mahalle muhtarının “*memur ve/veya müstahdem*” sıfatı bulunmakta mıdır? Şu hususu vurgulamak gerekir ki; İl İdaresi Kanunu, 1924 Teşkilatı Esasiye Kanunu (1924 Anayasası) döneminde yürürlüğe girmiştir. Günümüzde 1982 Anayasası yürürlüktedir. 1982 Anayasası memur tanımı yapmaktan kaçınarak, “*memur ve diğer kamu görevlileri*” şeklinde bir ayrıma gitmiş, “*kamu hizmeti görevlilerinin kimler olacağını kanun koyucunun takdirine bırakmış*”tır.^[134] Bu kapsamda 1982 Anayasası döneminde, İl İdaresi Kanunu’nun yürürlüğü sonrasında Belediye Kanunu değişmiş; Türk Ceza Kanunu değişmiş, Devlet Memurları Kanunu’nun pek çok maddesi değişmiş; memur ve kamu görevlisi ayrımı benimsenmiş, idare hukukuna ve kamu personel rejimine ilişkin kamu görevlisiyle ceza hukukuna ilişkin kamu görevlisi ayrımları kabul edilmiştir.

Mahalle muhtarları, seçimle iş başına gelerek mevzuatta sayılan görevleri yapmakla mükellef kişilerdir. Esasında kamu personel rejimi ve idare hukuku bakımından mahalle muhtarları memur değildirler. Fakat 4483 sayılı Kanun’un 3’üncü ve Türk Ceza Kanunu’nun 6’ncı ve ilgili sair maddeleri hükümleri uyarınca mahalle muhtarları adli soruşturmalar ve cezalar bakımından kamu görevlisi sayılmaktadırlar. Belirtmek isteriz ki, ceza hukukundaki “kamu görevlisi” statüsüyle idare hukukundaki “kamu görevlisi” statüsü aynı statüler değildirler. Dolayısıyla mahalle muhtarının Türk Ceza Kanunu anlamında kamu görevlisi sayılması, aynı zamanda idare hukuku (personel hukuku) anlamında da kamu görevlisi oldukları anlamına gelmemektedir. Zira Türk Ceza Kanunu^[135], kamu görevlisi kavramını oldukça geniş bir şekilde tanımlamaktadır. Bu tanıma göre, bir kamusal faaliyetin yürütülmesine katılan herkes kamu görevlisidir. Türk Ceza Kanunu bakımından göreve geliş şekli (atama, seçim, sözleşme) veya görev süresi (sürekliliği)

[134] TBMM, *Madde Gerekçeli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*, (Ankara: TBMM Yayınları, 2011), 246.

[135] 12.10.2004 tarih ve 25611 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

veya geçici) kamu görevlisi olup olmamada önemli değildir.^[136] Türk Ceza Kanunu'na göre kişilerin yaptığı görevin yasama, yürütme veya yargı alanında olmasının da bir önemi yoktur. Bu açıdan Türk Ceza Kanunu tanımına göre milletvekilleri kamu görevlisi sayıldığı gibi, hâkimler de, mahalle muhtarları da kamu görevlisi sayılırlar.^[137]

Böylesine geniş bir kamu görevlisi tanımı ceza hukuku bakımından gerekli olabilir; ancak idare hukuku ve personel hukuku bakımından böylesine geniş bir tanımın ne gereği, ne de yararı vardır. Dolayısıyla ceza hukukundaki kamu görevlisi tanımı idare hukukunda (ve personel hukukunda) geçerli olamaz.^[138] Mahalle muhtarları, Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'na göre de (sendikacılık hukuku bakımından) kamu görevlisi kapsamında sayılmaktadır.^[139] Ancak sendika mevzuatı bakımından kamu görevlisi sayılmak da, personel rejimi bakımından kamu görevlisi sayılmayı gerektirmemektedir. Mahalle muhtarlarının görevleriyle ilgili suçlarda, kamu görevlilerinin görevleriyle ilgili suçlardan dolayı maruz kalacakları müeyyidelerle cezalandırılacak olmaları, sendikalaşma bakımından kamu görevlileri sendikaları ile ilişkili olmaları, onların idare hukuku bağlamında kamu personel rejimine tabi kamu görevlisi olarak tanımlanmaları için yeterli değildir. Bu manada mahalle muhtarlarının idare hukuku anlamında kamu personel rejimine tabi kamu görevlisi olduklarından bahsetmek mümkün görünmemektedir.

Öte yandan; bir kadroya bağlı olmadan, sicile tabi tutulmadan, belediye meclisi üyeliği, il genel meclisi üyeliği gibi seçim suretiyle geçici süreli olarak kamu hizmetlerinin görülmesine iştirak edenler de, memur statüsünde sayılmamaktadırlar.^[140] Mahalle muhtarı sıfatını edinen kişi de bahse konu nev'inden seçim suretiyle geçici süreli olarak kamu hizmetinin görülmesine iştirak ettiğinden, mahalle muhtarının “memur” statüsünde olduğundan bahsedilemez.

[136] Kemâl Gözler, *İdare Hukuku C.2*, (Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2003), 649.

[137] Gözler, *İdare Hukuku II*, 649.

[138] Gözler, *İdare Hukuku II*, 649.

[139] Yargıtay 4'üncü Hukuk Dairesinin 12.07.2010 tarih ve E:2009/8800, K:2010/8447 sayılı kararı.

[140] Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları II*, (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966), 1080-1093.

Mahalle muhtarının hem kamu personel rejimi hem de idare hukuku bakımından memur ve kamu görevlisi sıfatının mevcut olmamasına istinaden, mahalle muhtarının İl İdaresi Kanunu'na göre işten el çektirilmesi bu yönden de mümkün değildir.

Geriye mahalle muhtarının, bir müstahdem olup olmadığı meselesi kalmaktadır. Çünkü Kanun'da "(...) *müstahdemlere işten el çektirileceği*" yazılmıştır. 788 sayılı (mülga) Memurin Kanunu, 1926 tarihlidir. İl İdaresi Kanunu'ysa 1949 tarihlidir. Dolayısıyla İl İdaresi Kanunu'nun yürürlüğe konulduğu tarihte Memurin Kanunu yürürlükte değildir. Buna istinaden İl İdaresi Kanunu'nda geçen "*müstahdem*" statüsü ve sıfatı, 657 sayılı Kanun öncesinde yürürlükte olan mülga Memurin Kanunu'nda yer alan bir statü ve sıfattır. Memurin Kanunu, kamu hizmeti personelinin "*memur*" ve "*müstahdem*" şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutarak düzenlemiş; müstahdem statüsünde olanlar memur kabul edilmemiş; müstahdemlere memur kanunu değil idareyle akdettikleri sözleşme hükümleri uygulanmıştır.^[141]

Memurin Kanunu'nda müstahdem, "*devlet işlerinde ücretle kullanılan ve memurîn sicillinde mukayyet bulunmayan ve memurîn hukuk ve salahiyyetinden müstefit olmayan kimse*" olarak açıklanmış (m.1/2); "*devlet işlerinde ücretle çalıştırılan, memurlara ait sicilde kayıtlı olmayan ve memurların haklarından ve yetkilerinden faydalanamayan personel*" müstahdem olarak nitelendirilmiştir. Müstahdemler memurların haklarına sahip olmadıklarından, örneğin uzun süre emeklilik hakkından faydalanamamışlardır.^[142] Ayrıca müstahdemlerin istihdam şekilleriyle memurların istihdam şekilleri, keza gördükleri işler de farklı düzenlenmiştir.^[143] Müstahdem statüsünde istihdam edilen personel daha çok hademe, odacı, bekçi, çaycı gibi görevlerde görevlendirilmişlerdir. Günümüzde yürürlükte olan 657 sayılı Kanun, Memurin

[141] Mustafa Şeref Özkan, İdare Hukuku, (Ankara: Köy Hocası Matbaası, 1935), 87.

[142] Yakup Altan, "Türk Kamu Personel Rejiminde Reform İhtiyacı: Reformu Gerektiren Dış Etkenler Ekseninde Bir Değerlendirme," *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 8, (Haziran 2016): 384.

[143] Cafer Tüzel, "Devlet Memur Ve Müstahdemlerinin Hukukî Mes'uliyetlerinde Müruru Zaman," *Adliye Ceridesi* 13, (1936): 771 vd.

Kanunu'nda yer alan kamu hizmeti personelini “memur” ve “müstahdem” şeklinde iki kategoriye ayrılması sistemini kabul etmemiştir.^[144]

Görüldüğü üzere İl İdaresi Kanunu'nda geçen “müstahdem” ifadesiyle Memurin Kanunu'nda düzenlenen “müstahdem” statüsü kastedilmektedir. Mahalle muhtarı, Memurin Kanunu'ndaki müstahdem statüsünde istihdam edilen bir personel değildir. Bu nedenle mülkî amirlerin İl İdaresi Kanunu'na dayanarak mahalle muhtarına işten el çektirme işlemi tesis etmeleri (bu yönden de) hukuken mümkün değildir.

VII. MÜLKÎ AMİRLERİN YETKİLERİ YÖNÜNDEN MAHALLE MUHTARLARININ GÖREVDEN UZAKLAŞTIRILMASININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Mahalle muhtarlarının görevden uzaklaştırılmalarının kanunî dayanağının mevcut olmadığı, konunun genelgelerle ve genel yazılarla düzenlendiği görülmüştür. Bu husus bize mahalle muhtarının görevden uzaklaştırılması durumunda, işlemin kanunî dayanaktan yoksun olduğunu, bu nedenle hukuka aykırı olduğunu göstermektedir.

İkinci olarak, mahalle muhtarları “iyi-kötü” seçimle işbaşına gelmektedirler. Dolayısıyla muhtarlık vazifesi, seçilme hakkıyla ilgili bir meseledir. Seçilme hakkı, Anayasa'nın “Siyasî Haklar ve Ödevler” başlıklı Dördüncü Bölümü'nde yer almaktadır. Bu manada seçilme hakkı, temel haklar arasındadır. Anayasa'da seçilme hakkının kullanımının kanunla düzenleneceği, öngörülmüştür (m.67/4). Bu kapsamda mahalle muhtarlığına seçilmeyle ilgili hususlar da kanunlarla düzenlenmiştir. Lâkin seçim yapılıp, muhtarlık görevine başladıktan sonra, muhtarlık görevine devam etme veya muhtarın seçildiği görevden uzaklaştırılması da seçilme hakkının bir parçasıdır. Bu nedenle seçildikten sonra görevden uzaklaştırmanın da, seçilme hakkının bir parçası olması hasebiyle kanunla düzenlenmesi elzemdir. Zira seçilme hakkı sadece seçimlerde aday olma hakkını değil, aynı zamanda seçildikten sonra göreve devam etme hakkını da ihtiva etmektedir. Bu manada seçimle işbaşına gelen mahalle muhtarının görevden uzaklaştırılması meselesinin genelgeyle düzenlenmesi, hem temel hakların kanunla sınırlanabileceğine (m.13) hem de seçilme hakkının kanunla düzenleneceğine (m.67/4) ilişkin anayasal kurallarla tezatlık oluşturmaktadır.

[144] Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları II, 1128.

Bir özel okul, millî güvenliğe tehdit oluşturma ve FETÖ/PDY ile irtibatlı olma nedeniyle OHAL KHK'sı ile kapatılmıştır. Millî Eğitim Bakanlığı tarafından çıkarılan bir genelgeyle,^[145] kapatılan özel okul/kurum çalışanlarının çalışma izinlerinin iptal edilmesi, bu kişilere başka bir özel okulda yeniden çalışma izni düzenlenmemesi talimatlandırılmıştır. KHK ile kapanan okulda öğretmen olarak çalışan kişinin çalışma izni iptal edilmiş, kişiye yeni bir çalışma izni verilmemiştir. Açılan davaların reddedilmesinin ardından yapılan bireysel başvuru neticesinde Anayasa Mahkemesi konuyu özel hayata saygı hakkı bağlamında ele almış; ardından temel haklara yapılan müdahalenin kanunî dayanağının olması gerektiği izah edilmiş; 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nda özel öğretim kurumunun kapatılması hâlinde çalışma izninin iptalinin gerektiğine ilişkin bir hükmün bulunmadığı, ilgili OHAL KHK'sındaysa sadece özel öğretim kurumlarının kapatılmasına ilişkin hüküm olduğu ancak çalışma izninin iptal edileceği ve çalışma yasağı getirileceğine dair bir hüküm bulunmadığı; olaydaysa çalışma izni iptali ve çalışma yasağının Genelgeyle getirildiği, bir düzenleyici işlemle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının mümkün olmadığı ifade edilerek,^[146] kanunla düzenlenmesi gereken bir hususun Genelgeyle düzenlenmesinin hak ihlâli olduğuna karar verilmiştir.

Yukarıda yer verilen olayla, bu çalışmanın maddî olayları farklıdır. Zira Anayasa Mahkemesi bireysel başvurularda Anayasa ile AİHS'nin ortak koruma alanı dışında kalan hak ihlâli iddialarını kabul edilemez bulmaktadır.^[147] Bu kapsamda yasama organı seçimleri haricindeki diğer seçimler (örneğin mahallî idare seçimleri) AİHS kapsamında değerlendirilmediğinden, yasama organı haricindeki diğer seçimler sonucu seçilen kişilerin görevden uzaklaştırılmalarına ilişkin hak ihlâli başvurularını kabul edilemez bulmaktadır.^[148] Fakat yaklaşım bakımından yukarıda aktarılan Anayasa Mahkemesi kararı, temel haklara yapılacak müdahalenin kanunî dayanağının olması

[145] Millî Eğitim Bakanlığı'nın 21.07.2016 tarih ve 7783529 sayılı Genelgesi.

[146] Anayasa Mahkemesinin 06.01.2022 tarih ve 2018/25011 sayılı Ayşe Ortak Başvurusu Kararı.

[147] Anayasa Mahkemesinin 24.11.2021 tarih ve 2017/40087 başvuru numaralı Azize Değer Kutlu ve Abdurrahman Zorlu Başvurusu kararı.

[148] Örneğin *belediye başkanlığı görevinden uzaklaştırılmaya ilişkin olarak yapılan bireysel başvurunun kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir*; Anayasa Mahkemesinin

gerektiğini, Genelgeyle konunun düzenlenemeyeceğini vurguladığından önem arz etmektedir.

Bu husus bize, kanunî dayanağı olmayan temel haklara ilişkin bir hususta idarî merciinin işlem tesis etmesinin mümkün olmadığına işaret etmektedir. Zira mülkî amire kanun koyucu mahalle muhtarının görevden uzaklaştırılması konusunda bir yetki vermemiştir. Nitekim yetki, ehliyet anlamına^[149] ve salâhiyet anlamına^[150] gelmektedir ve bir merciinin belirli bir işlemi yapabilme ehliyeti olarak yetkiyi tanımlamak mümkündür.^[151] Bu manada “mahalle muhtarının görevden uzaklaştırılmasına karar verme yetkisi” kavramına bakıldığında bu kavramın, mahalle muhtarının belli bir süre seçimle geldiği göreviyle ilgili yetkilerini kullanmasının (muhtarlık görevini ifa etmesinin) askıya alınması yönünde karar alma ve bu yönde tasarrufta bulunabilme ehliyetini ifade ettiği görülecektir.

Esasında kamu hukukunda yetki demek, kamu gücü ve bu gücü kullanma ehliyetini haiz olmak demektir. Kamu hukukunda yetki denilen güç; harcama yapmaktan personel istihdamına, yol/bina yapımından mal alımına dair ihalelere, taşınmaz alım-satımından gayrimenkul kiralamalara, toplu taşımadan kanalizasyona, binaların yıkılmasından kamulaştırmaya, inşaatın mühürlenmesinden işyeri açılmasına izni verilmesine, işyeri kapatmadan kaldırımlardaki tezgâhların kaldırılmasına, öğrencilerin okuldan uzaklaştırılmasından memurların özlük ve malî durumlarında değişiklik yapılmasına ve keza görevden uzaklaştırmaya kadar pek çok kudreti haiz bir ehliyettir.^[152]

Bu kadar önemli bir kamu kudretini kullanma aracı olan yetkiyi, elbette her önüne gelenin gelişigüzel kullanması ve bu yetkinin herhangi bir mercie

24.11.2021 tarih ve 2017/40087 başvuru numaralı Azize Değer Kutlu ve Abdurrahman Zorlu Başvurusu kararı.

[149] Mehmet Kanar, *Osmanlıca Türkçesi Sözlüğü*, (İstanbul: Say Yayınları, 2009), 111.

[150] Kanar, *Osmanlıca Türkçesi Sözlüğü*, 388.

[151] Selman Özdemir, “Yerindelik Yasağı Kuralının İdarî Yargı Bakımından İncelenmesi,” *Adâlet Dergisi* 60, (2018 Ocak): 11.

[152] Selman Özdemir, “Uygulama İmar Plânı İle Arsa Düzenlemesi Yapma Yetkisinin İlçe Belediyesinden Büyükşehir Belediyesine Devri Meselesi,” *Mahallî İdareler Dergisi* 66, (Haziran 2018): 18.

verilmesi düşünülemez.^[153] Böyle bir kamu kudretini dileyen herkesin kullanması mümkün değildir. Böyle bir gücün idarî teşkilat içindeki herkes tarafından değil, pozitif hukuk kurallarıyla belirlenmiş olan kişi/makam/organ tarafından kullanılması gerekmektedir.^[154] Dolayısıyla kamu hukukunda yetki, mevzuatla hangi makama/organa/kişiye verilmişse o yetkinin o makam/organ/kişi tarafından kullanılması gerekmektedir.^[155] Hukuk sistemimize göre, kamu gücü kullanımına dair yetkilerin kaynağı “kanun” veya kanunun koyduğu hususların uygulanmasına yönelik “kanun koyucunun verdiği yetkiye istinaden” yürürlüğe konulan düzenleyici işlemlerdir.^[156] Dolayısıyla kamu hukukunda bir yetkinin varlığından bahsedebilmek için; kamu gücü kullanan merciinin bu yetkisinin kanun (veya kanunun koyduğu hususların uygulanmasına yönelik kanunun verdiği yetkiye göre hazırlanan idarî düzenlemeler) tarafından verilmiş olması gerekmektedir.^[157]

Bir kişiye/makama/organa verilen yetkinin ne şekilde kullanılacağı ve yetkinin çerçevesi, yetkiyi veren mevzuat koyucu tarafından belirlenmektedir.^[158] Diğer bir deyişle yetkinin olup olmadığını, varsa ne şekilde kullanılacağını ve çerçevesini, yetkiyi kullanan (yetkilendirilmiş olan) merci değil; yetkiyi veren (yetkilendiren) merci, yani “mevzuat koyucu” belirlemektedir. Zira kamu hukukunda yetkisizlik (ehliyetsizlik) asıl, yetkililik (ehliyetlilik) istisnadır.^[159] Özel hukukta (kural olarak) her kişi kendi iradesiyle her türlü tasarrufta bulunabilme yetkisini haizdir; kamu hukukundaysa, özel hukukta olmayan biçimde (yetkinin kamu gücü kullanmaya dair kudret yönünün bulunması nedeniyle), her makam/organ/kişi kendi kendini her konuda yetkili (ehliyetli)

[153] Özdemir, “Uygulama İmar Plânı İle Arsa Düzenlemesi,” 18.

[154] Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1985), 87

[155] Günay, *İdare Hukuku*, 90.

[156] Turan Yıldırım, “İdarî İşlemler,” *İdare Hukuku* (Turan Yıldırım vd), (İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2013), 435.

[157] Akyılmaz vd, *Türk İdare Hukuku*, 180.

[158] Özdemir, “Uygulama İmar Plânı İle Arsa Düzenlemesi,” 18.

[159] Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulu’nun 20.11.2012 tarih ve E:2008/2358, K:2012/2133 sayılı kararı.

kılamamakta, idarî merciler ancak kanunla yetkili kılınabilmekte; kanunla yetkili kılındıkları konularda tasarrufta bulunabilmektedirler.^[160]

Kamu gücünü kullanma yetkisini kanun verdiğiine göre, aslında yetkisi olmadığı halde bir idarî merciinin bir konuda işlem tesis etmesi demek, o idarî merciinin yetki sınırlarını aşmak suretiyle kanunda idarî kararlar değişikliği yapması sonucunu ortaya çıkaracaktır ki, bu durum da hukuk devleti ile bağdaşmayan sonuçlar doğuracaktır.^[161]

Bu değerlendirmelere göre, mahalle muhtarları hakkında “görevden uzaklaştırma” tedbirinin uygulanabileceği yönünde herhangi bir kanun hükmünün bulunmadığı; dolayısıyla mülkî amirlere kanun koyucunun mahalle muhtarlarını görevden uzaklaştırma yetkisi vermediği, kanunî dayanağı olmayan (*bu tedbirin uygulanabileceğinin kanunda düzenlenmediği*) bir yetkinin kullanımının da hukuk devletinde söz konusu olamayacağı değerlendirilmektedir.

[160] İl Han Özay, *Günüşiğında Yönetim*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004), 161.

[161] Selman Özdemir, “Belediyelerin Hâkim Hissedâr Olduğu Şirketlerde İhalelere Katılmaktan Yasaklama Kararını Hangi Merciiin Vereceği Meselesi,” *Ombudsman Akademik Dergisi* 13, (Temmuz/Aralık 2020): 366.

SONUÇ

Günlük hayatta mahalle muhtarlıklarına artık ihtiyaç kalmadığı, teknolojinin gelişmesinin de etkisiyle gerek idarî gerekse siyasî (demokrasi ve katılım kavramları) bakımından mahalle muhtarlıklarının topluma bir faydası olmadığı gibi muhtelif düşünceler ifade edilse de, kanunlarda yer aldığı müddetçe mahalle muhtarlıklarının hukukî varlıklarını devam ettirecekleri aşikârdır. Uzaktan bakıldığında basit yahut gereksiz bir iş gibi görünse de, mahalle muhtarlarına muhtelif mevzuatlarla pek çok görevler verilmiştir. Bu görevlerin ifası dolayısıyla gerek şikâyet üzerine gerek re'sen mahalle muhtarları hakkında soruşturmalar/kovuşturmalar yapılabilmektedir. Kimi zaman muhtarlıkla ilgisi olmayan şahsî suçlar nedeniyle de soruşturmalar/kovuşturmalar geçirebilmektedirler. Özellikle 6360 sayılı Kanun'la birlikte köylerin mahalleye dönüşmesi sonucu, mahalle muhtarlığı sayısı artmış, bu doğrultuda mahalle muhtarları hakkındaki soruşturmaların/kovuşturmaların sayısında ve türlerinde de gözle görülür bir artış olmuştur.

Mahalle muhtarlarının görevden uzaklaştırılmasında idarî uygulamanın nasıl olması gerektiği hususuyla ilgili muhtelif değerlendirmeler bulunmaktadır. Bu çalışmada (çalışmanın *sınırları elverdiği ölçüde*) konunun biraz daha yakından ele alınmasına gayret edilmiş; genelgelerle şekillendirilen idarî uygulamadan ziyade, kanunî ve hukukî uygulamanın nasıl olması gerektiği üzerinde durulmuş; mevcut idarî/yargısal uygulamalara değinilmiştir. Bu kapsamda, konuya ilişkin yönü bakımından mahalle ve muhtarlık kavramlarına kısaca değinilmiş; ardından genel olarak görevden uzaklaştırma müessesesi açıklanmaya çalışılmıştır. Bilahare görevden uzaklaştırmanın mahalle muhtarları bakımından kanunî dayanağının olup olmadığı tartışılmıştır.

Görevden uzaklaştırma müessesesi incelemelerin, soruşturmaların ve kovuşturmaların selâmetle yürütülmesi bakımından “*muhtemel*” bir engeli kaldırmaya yönelik ihdas edilmiştir. Bu açıdan görevden uzaklaştırma, sağlıklı delil toplanmasını sağlamaya matuf bir kurumdur. Dolayısıyla sağlıklı delil toplanmasını engelleyecek kuşkuvarın olması halinde bu geçici idarî tedbire başvurulması gerekmektedir. Aksi halde bir kişi hakkında incelemeye, soruşturmaya veya kovuşturmaya başlanması otomatik olarak kişinin görevden uzaklaştırılacağı anlamına gelmemektedir. Görevden uzaklaştırma tedbirine başvurup başvurumama hususu bir idarî değerlendirme olmakla birlikte; görevden uzaklaştırma yetkisini kullananların yukarıda belirtilen

hususları göz önünde bulundurarak tedbire başvurup başvurmayacaklarını takdir etmeleri gerekmektedir.^[162]

Zira bu yetkinin mevzuata ve amacına uygun kullanılıp kullanılmadığı hususunda, hak arama hürriyeti kapsamında görevden uzaklaştırılan muhtarın idare mahkemesine dava açma hakkı bulunduğu, dolayısıyla alınan kararın hukuka uygun olup olmadığı mahkemelerce inceleneceğinin hatırdan çıkarılmaması gerekmektedir.

Görevden uzaklaştırma tedbirinin uygulanması sonrasında muhtar tarafından konunun yargıya taşınması halinde, mahkemelerin evvela mahalle muhtarı hakkında “görevden uzaklaştırma” adı verilen tedbirin uygulanmasının kanunî dayanağının olup olmadığını incelemesi gerekmektedir. Mahalle muhtarlarının görevden uzaklaştırılmasının kanunî dayanağının olmadığı; kanunun düzenlemediği bir müessesenin genelgelerle getirilmesinin de hukuken mümkün olmadığı açıktır.

Mahalle muhtarları hakkında şartları varsa 4541 sayılı Kanun ve ilgili Tüzük hükümlerine göre işten el çektirme işlemi tesis edilebilecek, ancak görevden uzaklaştırma işlemi tesis edilemeyecektir. Diğer bir ifadeyle mülkî amirlerin görevden uzaklaştırma değil, işten el çektirme tedbiri uygulayabilecekleri; işten el çektirmenin de yukarıda zikredilen mevzuat hükümlerine göre yapılması gerektiği tabiidir. Dolayısıyla işten el çektirmenin İl İdaresi Kanunu hükümlerine göre değil, 4541 sayılı Kanun ve ilgili Tüzük hükümlerine göre yapılması elzemdır. Şayet işten el çektirme işlemi tesis edilirse, bunun hukuka uygunluğunun da mevzuattaki kurallara göre mahkemelerce incelenmesi gerekmektedir.

Köy muhtarları, memurlar, üniversite personeli ya da hâkimler-savcılar hakkında uygulanan görevden uzaklaştırma tedbirinin bir benzerinin mahalle muhtarları hakkında da uygulanması gerektiği; aksi halde mahalle muhtarının görevi başında kalmasında sakınca olmasına rağmen görevi başında kalmaya devam edeceği ve bunun muhtelif sorunlar doğuracağı düşünülebilir. Bunun çözümü, kanunda düzenlenmeyen bir konuda işlem yapmak değil; kanun koyucunun konuya ilişkin bir kanun hükmü ihdas etmesidir. Konunun evvela kanun düzeyinde ele alınması, yönetmelik/genelge gibi türev işlemlerle konunun teknik yönünün düzenlenmesi mümkündür. Aksi

[162] İsmail Malkoç, *Açıklamalı-Gerekçeli Memur Yargılaması*, (Ankara: Malkoç Kitabevi, 2006), 260.

halde kimse “*bir takım ihtiyaçlardan bahsederek*”, “*böyle olursa daha iyi olur diyerek*” kanun koyucunun getirmedığı bir müesseseyi idare hukuku bakımından ihdas ederek uygulama yetkisini haiz değildir. Kanun koyucu tarafından mahalle muhtarlarının görevden uzaklaştırılmaları yönünde bir kanun hükmü ihdas edilmediği müddetçe, mahalle muhtarları hakkındaki görevden uzaklaştırma tedbirlerinin hukuka uygunluğunun kanunilik ilkesi yönünden tartışmalı olacağı değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Emre. *Türk İdare Hukukunda Kanunî İdare İlkesi*. İstanbul: Beta Yayınları, 2013.
- Akyıldız, Ali. “Muhtar.” İslâm Ansiklopedisi-31. İstanbul: TDV Yayınları, 2020.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2009.
- Akyol, Taha. *Türkiye'nin Hukuk Serüveni*. İstanbul: Doğan Kitap, 2016.
- Altan, Yakup. “Türk Kamu Personel Rejiminde Reform İhtiyacı: Reformu Gerektiren Dış Etkenler Ekseninde Bir Değerlendirme.” *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, no 8, (Haziran 2016).
- Altay, Evren. *Görevden Uzaklaştırma*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2004.
- Apaydın, H. Yunus. “İhtiyâr.” İslâm Ansiklopedisi-C.21. İstanbul: TDV Yayınları, 2000.
- Arikboğa, Erbay. “Boşluk Doldurucu ve Aracı Kurum: Mahalle Muhtarlığı.” *Yerel Yönetimler Sempozyumu Bildiriler Kitabı*. (Haz. Birgül A. Güler ve Ayşegül Sabuktay), Ankara: TODAİE Yayınları, 2000.
- Arikboğa, Erbay. “Yerel Yönetim Açısından Mahalle Muhtarlığına Bir Bakış.” *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, no 8, (Temmuz 1999).
- Atasoy, Veysel. *Türkiye’de Mahalli İdarelerin Yapısı ve Yeniden Düzenlenmesi*. Ankara: Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı Yayınları, 1992.
- Aydın, Hüseyin. “Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı.” *Ankara Barosu Dergisi*, no 1, (Ocak 2010).
- Balta, Tahsin Bekir. *İdare Hukuku-I*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1970.
- Demirkaya, Yüksel, Koç Mesut. “6360 Sayılı Kanun İle Birlikte Mahalleye Dönüşen Köylerde Değişimin Katılım Açısından Muhtarlığa Etkisi: Menteşe ve Seydikemer İlçeleri Üzerinden Bir Değerlendirme.” *Strategic Public Management Journal*, no 3, (2017).
- Devellioğlu, Ferit. *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat*. Ankara: Aydın Kitabevi, 2007.

- Efendi, Ahmed Mahir. “Tensikat Kanunu’na Zeyl Lâyihai Kanuniy’ye Hakkındaki Konuşma Metni”, *Meclis-i Mebusan Zabıt Ceridesi*, II’nci İçtima Senesi I’inci Devre 24 Mart 1326 Tarihli Zabıt ve Metinlerin Yer Altığı 3’üncü Cilt, Ankara: TBMM Yayınları, t.y.
- Erdagöz, Özcan. “Mahalle Yönetimi Ve Geleceği.” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, no 1, (2012).
- Ergenç, Özer. “Osmanlı Şehirlerindeki Yönetim Kurumlarının Niteliği Üzerine Bazı Düşünceler.” *VII’nci Türk Tarih Kongresi Bildiriler Kitabı-C.II*. Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1981.
- Faroqhi, Suraiya. *Osmanlı Şehirleri ve Kırsal Hayatı*. (Çev. Emine Sonnur Özcan), Ankara: Doğu Batı Yayınları, 2018.
- Gökalp Alica. Süheyla Suzan, “Çevrenin Korunmasına İlişkin İptal Davalarında Kişisel Menfaat Kavramı.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no 139, (2018).
- Göküş, Mehmet; Bayrakçı, Erdal; Alptürker, Hakan. “Mahalle Yönetimi ve Mahalle Muhtarlarının Vatandaşlar Tarafından Değerlendirilmesi.” Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi *Dergisi*, no 18, (Temmuz 2013).
- Gözler, Kemâl. *İdare Hukuku 2*. Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2003.
- Gözler, Kemâl. *Mahallî İdareler Hukuku*. Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2018.
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*. Ankara: İmaj Yayınevi, 2004.
- Güneş, Yaşar. “Mahalle Yönetimi.” *Türk İdare Dergisi*, no 465, (Aralık 2009).
- Kaban, İsmail. “Adli Muhasebecilik Uygulaması Olarak Osmanlı Arşivlerinde İşten El Çektirme.” *Muhasebe ve Finans Tarihi Araştırmaları Dergisi*, Özel Sayı, (2021).
- Kabataş Kaymakamlığı’nın 03.11.2021 tarih ve E.83354832-900-747 sayılı işlemi.
- Kaman, Nur. “Kamu Personel Hukuku.” *İdare Hukuku*. (Yıldırım, Turan; Yasin, Melikşah; Kaman, Nur; Özdemir, Eyüp; Üstün, Gül; Okay Tekinsoy, Özge), İstanbul: XII Levha Yayınları, 2013.
- Kanar, Mehmet. *Osmanlıca Türkçesi Sözlüğü*. İstanbul, Say Yayınları, 2009.

- Kayar, Nihat. *Sözleşmeli Personel Hukuku*. Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2014.
- Malkoç, İsmail. *Açıklamalı-Gerekeçeli Memur Yargılaması*. Ankara: Malkoç Kitabevi, 2006.
- Mısır, M. Haşim. *Avukatlık Disiplin Hukuku*. Ankara: TBB Yayınları, 2008.
- Millî Eğitim Bakanlığı'nın 21.07.2016 tarih ve 7783529 sayılı Genelgesi.
- Nadaroğlu, Halil. *Mahallî İdareler*. İstanbul: Beta Yayınları, 1998.
- Nagata, Yuzo. *Tarihte Âyânlar*. Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1997.
- Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumî Esasları I*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- Onar, Sıddık Sami. *İdare Hukukunun Umumî Esasları II*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- Ortaylı, İlber. *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti'nde Kadı*. İstanbul: Kronik Kitap Yayınları, 2017.
- Ortaylı, İlber. "Eski Türk Şehirlerinde Yapı İşlerinin Fonksiyonel Düzenlenişi ve Yapı Örgütü." *Osmanlı'da Değişim ve Anayasal Rejim Sorunu*. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2019.
- Ortaylı, İlber. "Osmanlı Toplumunda Aile." *Osmanlı'da Değişim ve Anayasal Rejim Sorunu*. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2019.
- Özay, İl Han. *Günüşiğinde Yönetim*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004.
- Özdemir, Selman. "6360 Sayılı Kanun Kapsamında Köyden Mahalleye Dönüşen Alanlardaki Yapıların Ruhsatlandırılmış Sayılması." *Ankara Barosu Dergisi*, no 78, (Nisan 2020).
- Özdemir, Selman. "Belediyelerin Hâkim Hissedâr Olduğu Şirketlerde İhalelere Katılmaktan Yasaklama Kararını Hangi Mercinin Vereceği Meselesi." *Ombudsman Akademik Dergisi*, no 13, (Temmuz/Aralık 2020).
- Özdemir, Selman. "Köylerde Ayrı Bir Yerleşme Plânına İhtiyaç Duyulmasının Sebepleri." *Mahallî İdareler Dergisi*, no 59, (Kasım 2017).
- Özdemir, Selman. "Mahalle Muhtarlarının Görevden Uzaklaştırılması." *Mahallî İdareler Dergisi*, no 70, (Ekim 2018).

- Özdemir, Selman. “Uygulama İmar Plânı İle Arsa Düzenlemesi Yapma Yetkisinin İlçe Belediyesinden Büyükşehir Belediyesine Devri Meselesi.” *Mahallî İdareler Dergisi*, no 66, (Haziran 2018).
- Özdemir, Selman. “Yerindelik Yasağı Kuralının İdarî Yargı Bakımından İncelenmesi.” *Adâlet Dergisi*, no 60, (Ocak 2018).
- Özgül, İbrahim; Kartal, Nazım. *Osmanlı’da Yerel Yönetimlerin Gelişimi ve Yerel Yönetim Metinleri*. İstanbul: Yalın Yayıncılık 2019.
- Özkan, Mustafa Şeref. *İdare Hukuku*. Ankara: Köy Hocası Matbaası, 1935.
- Özlem, Önder. “Görevden Uzaklaştırma Yetkisi ve Hak Arama Yolları,” <http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=32756>, e.t.10.10.2018.
- Sancakdar, Oğuz. *Memur Hukuku*. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2018.
- Selçuk, Engin. *Kamu Personel Yönetimi*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, t.y.
- Seyitdanlıoğlu, Mehmet. *Tanzimat Döneminde Modern Belediyeciliğin Doğuşu*. İstanbul: Türkiye İş Bankası Yayınları, 2010.
- Şahin, Yusuf; Asarkaya, Semih. “Mahalle Muhtarlığı Kurumunun Tarihi Gelişimi” *Aksaray Üniversitesi İktisadî ve İdarî Bilimler Fakültesi Dergisi*, no 11, (Eylül 2019).
- Taşkın, Ahmet. *Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2006.
- Tek, Ahmet Ferit. “İdare-yi Umumiye-yi Vilayet ve İdare-yi Hususiye-yi Vilayet Kanunları.” (Transkripsiyon Yenal Ünal) *Tarih Okulu IV*, (Yaz 2009).
- Toprak, Zerrin. *Yerel Yönetimler*. Ankara: Siyasal Kitabevi, 2014.
- Türk Hukuk Kurumu. *Türk Hukuk Lügati*. Ankara: Başbakanlık Basımevi, 1991.
- Tüzel, Cafer. “Devlet Memur Ve Müstahdemlerinin Hukukî Mes’uliyetlerinde Müruru Zaman.” *Adliye Ceridesi*, no 13, (1936).

Us Doğan, Eser; Yücel Dericiler, Özge. “Kamu Görevlisi Disiplin Hukukunda Masumiyet Karinesi ve Şüpheden Sanık Yararlanır (In Dubio Pro Reo) İlkelerinin Uygulanması.” *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no 5, (Nisan 2020).

Usman, Yahya. “Kamu Görevlileri Disiplin Hukukunda İdarî Usul İlkeleri”. Yüksek Lisans Tezi, Ankara: Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.

Ünlü, Ahmet Hamdi. “Görevden Uzaklaştırma.” *Ankara Barosu Dergisi*, no 2, (Nisan 1982).

Yayla, Yıldızhan. *İdare Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1985.

Yıldırım, Turan. “İdarî İşlemler,” *İdare Hukuku*. (Yıldırım, Turan; Yasin, Melikşah; Kaman, Nur; Özdemir, Eyüp; Üstün, Gül; Okay Tekinsoy, Özge) İstanbul: XII Levha Yayınları, 2013.

Diğer Kaynaklar

İçişleri Bakanlığı İller İdaresi Genel Müdürlüğü'nün 05.02.2003 tarih ve 721 sayılı yazısı.

İçişleri Bakanlığı İller İdaresi Genel Müdürlüğü'nün 20.02.1991 tarih ve 1149 sayılı yazısı.

İçişleri Bakanlığı'nın (İller İdaresi Genel Müdürlüğü'nün) 01.06.2017 tarih ve 12441 sayılı genel yazısı.

İçişleri Bakanlığı'nın (İller İdaresi Genel Müdürlüğü'nün) 27.11.2008 tarih ve 2008/72 sayılı Genelgesi.

İçişleri Bakanlığı'nın (Mahallî İdareler Genel Müdürlüğü'nün) 20.02.2015 tarih ve 2015/8 sayılı ve “Muhtar Talepleri” konulu Genelgesi.

TBMM. 10.01.1944 tarih ve E:1/25, K:6 Sayılı Şehir Ve Kasabalarda Mahalle Muhtar Ve İhtiyar Heyetleri Teşkilî Hakkında Kanun Lâyihası Hakkındaki Dâhiliye Encümeni Mazbatası, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d07/c007/tbmm07007019ss0023.pdf>, e.t.14.02.2022.

TBMM. Başvekâlet'in 16.03.1943 tarih ve 6/850 Sayılı Yazısı Eki Şehir Ve Kasabalarda Mahalle Muhtar Ve İhtiyar Heyetleri Teşkili Hakkında Kanun'un Genel Gerekçesi, <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d07/c007/tbmm07007019ss0023.pdf>, e.t.14.02.2022.

TBMM. *Madde Gerekçeli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*. Ankara: TBMM Yayınları, 2011.

Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Arasındaki İlişki

İrem Şevval AKBAŞ*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Arş. Gör., İstanbul Üniversitesi Uluslararası Soykırım ve İnsanlığa Karşı İşlenen Suçlar Enstitüsü, iremsevalakbas@gmail.com,
ORCID ID: 0000-0003-4624-963X.

Makale geliş tarihi: 27 Ocak 2023 **Makale kabul tarihi:** 3 Ekim 2023

Atıf önerisi: Akbaş, İrem Seval. “Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Arasındaki İlişki.” *Ankara Barosu Dergisi* 81, no. 4 (Cumhuriyet 100. Yıl Özel Sayısı, Ekim 2023): 197-236. **DOI:** 10.30915/abd.1243555

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER VE ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

ÖZ

Bu çalışmada, Birleşmiş Milletler ve özellikle de uluslararası barış ve güvenliğin korunması konusunda oynadığı önemli rolden dolayı Birleşmiş Milletler organlarından biri olan Güvenlik Konseyi ile Uluslararası Ceza Mahkemesi arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin belirlenmesi amaçlanmıştır. Bu kapsamda Uluslararası Ceza Mahkemesi kurucu antlaşması olan Roma Statüsü'nde yer alan birtakım düzenlemeler incelenmiştir. Söz konusu düzenlemelerin Güvenlik Konseyi'nin aldığı bazı kararlar ile nasıl uygulandığı karşılaştırılarak ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin güncel konulara ilişkin yaklaşımı incelenerek, Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin aslında iş birliği ilişkisi halinde hareket eden iki örgüt olduğu; ancak pratikte alınan bazı kararlar ile bu iş birliği ilişkisinin zedelenebildiği değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler:

Birleşmiş Milletler

Güvenlik Konseyi

Uluslararası Ceza Mahkemesi

iş birliği

Roma Statüsü

THE RELATIONSHIP BETWEEN UNITED NATIONS AND INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

ABSTRACT

In this study, it is aimed to determine the legal nature of the relationship between the United Nations and especially the Security Council, which is one of the United Nations organs due to its important role in the protection of international peace and security, and the International Criminal Court. In this context, some articles in the Rome Statute which is the founding treaty of the International Criminal Court are examined. By comparing the implementation of the said regulations with some of the decisions taken by the Security Council and by examining the approach of the International Criminal Court on current issues, it has been evaluated that the United Nations and the International Criminal Court are actually two organizations that act in a cooperative relationship, but this cooperation could be damaged by some decisions taken in practice.

Keywords:

United Nations

Security Council

International Criminal Court

cooperation

Rome Statute

GİRİŞ

Yıllardır süregelen bir uluslararası ceza mahkemesi kurma hedefi, 1 Temmuz 2002 tarihinde yürürlüğe giren Roma Statüsü^[1] ile gerçekleşmiştir. Statü'nün Başlangıç'ında devletlerce Dünya Savaşları'nda insanlık vicdanını derinden etkileyen, hayal bile edilemeyen kötülüklerin kurbanı olan milyonlarca çocuk, kadın ve erkeğin unutulmadığı belirtilmiş ve bu tür ağır suçların, dünyadaki barış, güvenlik ve esenliği tehdit ettiği kabul edilmiştir. Bu nedenle söz konusu suçların faillerinin cezасız bırakılmasına son verme ve böylece bu tür suçların tekrar işlenmemesi adına, caydırıcılık etkisi yaratılarak uluslararası adaletin uygulanması ve dünya üzerinde sonsuz güveni sağlama amacıyla Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) kurulmuştur.

Bağımsız bir örgüt olarak kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin, uluslararası barış ve güvenliği sağlamayı amaç edinen Birleşmiş Milletler (BM) örgütü ve Uluslararası Ceza Mahkemesi ile mevcut olan özel ilişkisinden dolayı, BM organlarından biri olan Güvenlik Konseyi (GK) ile ilişki halinde olduğu herkesçe kabul edilmektedir. Roma Statüsü'nün 13/b ve 16. maddelerinde yer alan düzenlemeler ile bu ilişkinin varlığı somutlaştırılmıştır. Söz konusu düzenlemeler ile Güvenlik Konseyi'ne sırasıyla bir olayı Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin önüne getirebilme ve soruşturma ve kovuşturmayı erteleme yetkileri verilmiştir. Bu düzenlemelerin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin, Güvenlik Konseyi'nden bağımsız bir şekilde hareket etmesini engelleyip engellemediği öğretide farklı şekillerde yorumlanmaktadır.^[2] Bu nedenle söz konusu düzenlemeler iki örgüt arasındaki ilişkinin niteliğinin somutlaştırılmasında yeterli olamamaktadır. Son olarak saldırı

[1] Rome Statute of the International Criminal Court (entered into force 1 July 2002), vol. 2187, UNTS No: 38544. <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202187/v2187.pdf>.

[2] Ademola Abass sadece Roma Statüsü m. 16'nın iki örgüt arasındaki iş birliği ilişkisini zedeleyecek şekilde endişe uyandırdığını ancak yine de iki örgütün bağımsız olduğunu ifade ederken; William Schabas, Jess Kyle, sivil toplum örgütü olan "Human Rights Watch" ve bazı yazarlar ise söz konusu düzenlemelere rağmen iki örgütün hala bağımsız olduğunu savunmuştur. John R. Bolton ve diğer bazı düşünürler ise siyasi amaçları olan ülkelerin Mahkeme kararları üzerinde baskı yaratacağı ve etki oluşturacağı, bu nedenle UCM'nin bağımsız olamayacağını savunurken; George H.W. Bush ve onun gibi düşünen yazarlar GK'nin, UCM üzerinde etkisi olacağını ifade ederek UCM'nin bağımsız olamayacağını belirtmiştir.

suçu üzerinde de Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin 17 Temmuz 2018'den itibaren yargı yetkisini kullanmaya başlaması, BM Güvenlik Konseyi'nin barış ve güvenliğin sağlanmasında asıl sorumlu olan organ olarak kabul edilmesinden dolayı, iki örgüt arasındaki ilişkinin hukuki niteliği üzerindeki tartışmaları daha da artırmış ve bu niteliğin belirlenmesini önemli hale getirmiştir. Sonuç olarak, Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Ceza Mahkemesi arasındaki ilişkinin, Birleşmiş Milletler'in, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisi üzerinde hâkimiyet kurduğu gerekçesi ile bir çeşit hiyerarşi şeklinde mi; yoksa iş birliği şeklinde mi olduğu doktrinde hala tartışılmaktadır.^[3]

Bu çalışmada ilk olarak Birleşmiş Milletler ve Güvenlik Konseyi'nden bahsedilmiş, daha sonra Uluslararası Ceza Mahkemesi'nden söz edilmiş ve son olarak da iki örgüt arasındaki ilişkiye değinilerek bu ilişkinin niteliği belirlenmiştir.

I. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER

Birinci ve İkinci Dünya Savaşı'nın meydana getirdiği yıkımın ardından devletler, bir daha bu derecede büyük dehşete maruz kalmamak adına, aralarındaki uyuşmazlıkları savaşmadan çözebilmeyi, barış ve güvenliği dünya çapında sürekli kılmayı amaçlamış ve bu amaçla Birleşmiş Milletler örgütü kurulmuştur.^[4] Söz konusu Örgüt, geniş yetkilerle donatılması ve günümüzde neredeyse her devletin bu Örgüt'e üye olmasından dolayı en önemli ve tarihte eşi olmayan evrensel bir örgüt olma niteliğini haizdir.^[5]

BM'nin temel gayesi uluslararası barış ve güvenliğin korunmasıdır. Diğer amaçları ise genel manada uluslar arasında dostça ilişkiler geliştirmek; ekonomik, sosyal, kültürel gelişmeyi sağlamak; insan haklarını korumak ve bu amaçlar doğrultusunda uluslararası iş birliğini sağlamak olarak ifade edilebilir.

[3] Lukas Emanuel Müller, "Referrals, Deferrals and Many Double Standards: Recapitulating the History of the SC-ICC Relationship," *Völkerrechtsblog*, 12.07.2022, <https://voelkerrechtsblog.org/referrals-deferrals-and-many-double-standards/>.

[4] Birleşmiş Milletler, 26 Haziran 1945 tarihinde imzalanan ve 24 Ekim 1945'te yürürlüğe giren BM Şartı ile fiilen kurulmuş ve işlevsel olarak varlık kazanmıştır.

[5] Melda Sur, "Birleşmiş Milletler Örgütünün Gelişimi ve Geleceği (The Development and The Future of the United Nations)," *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi* 8 (2013): 2535-2550.

BM'nin ilkeleri BM Şartı m. 2'de belirtilmiş olup, bu madde uyarınca BM üyesi devletlerin; iyi niyetle hareket etmeleri, uluslararası anlaşmazlıkların çözümünde barışçıl yolları esas almaları ve uluslararası ilişkilerde devletlerin toprak bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı BM amaçlarıyla bağdaşmayan bir şekilde kuvvet kullanmaktan kaçınmaları gerekmektedir. Ayrıca yine aynı madde uyarınca; BM, bütün üyelerin egemen eşitliği üzerine kurulmuştur ve Örgüt'ün, devletlerin iç işlerine karışma yetkisi bulunmamaktadır. Ancak bu durum, maddenin son fıkrasında, uluslararası barışın tehdit edilmesi, bozulması ve saldırı hallerinde Güvenlik Konseyi tarafından alınan VII. Bölüm'deki zorlama tedbirlerinin saklı tutulması şartına bağlanmıştır.

A) GÜVENLİK KONSEYİ^[6]

Bir devletin ulusal güvenliğinin tehdit altında olması, tüm devletlerin güvenliğini olumsuz şekilde etkilemektedir. Bu durum, devletlerin ulusal güvenliğini sağlamak için kolektif güvenliğe yönelmelerine neden olmuş ve güç kullanma yasağına aykırı davranan bir devlete karşı, diğer bütün devletler güçlerini birleştirerek, ortaklaşa aksiyon sergileme faaliyetine girişmişlerdir.^[7] Sonuç olarak, tüm dünyada barış ve güvenliğin sağlanması için BM üye devletlerince kolektif güvenlik anlayışına dayanan, 5 daimi ve 10 geçici üye olmak üzere 15 üye devletten^[8] oluşan Güvenlik Konseyi organı kabul görmüş ve kendisine geniş yetkiler tanınmıştır.

[6] BM örgütü; Genel Kurul, Güvenlik Konseyi, Ekonomik ve Sosyal Konsey, Vesayet Meclisi, Uluslararası Adalet Divanı ve Sekreterlik olmak üzere görev ve yetkileri BM Şartı'nda düzenlenen altı aslı organdan oluşmaktadır. Uluslararası Ceza Mahkemesi ile ilişkili BM organı Güvenlik Konseyi olduğundan, bu çalışmada sadece Güvenlik Konseyi'nden bahsedilmektedir.

[7] Ömer Göksel İşyar, "Günümüzde Uluslararası Güvenlik Stratejileri: Kavramsal Çerçeve ve Uygulama," *Gazi Akademik Bakış* 2, no. 3 (2008): 13.

[8] Beş daimi üye devlet ABD, Rusya, Çin, İngiltere ve Fransa iken; diğer 10 üye Genel Kurul tarafından iki yıl için seçilmektedir. Daimi üyeler, Güvenlik Konseyi'nde görüşülen bir karar tasarısını reddetme yani veto hakkına sahiptir.

B) GÜVENLİK KONSEYİ'NİN GÖREV VE YETKİLERİ

Güvenlik Konseyi, uluslararası barış ve güvenlik konularında birincil olarak sorumlu kılınmıştır.^[9] Zira Güvenlik Konseyi, BM Şartı'nın 24. maddesine göre uluslararası barış ve güvenliği korumak ve muhafaza etmekle görevli ve VII. Bölüm uyarınca uluslararası barış ve güvenliğin bozulduğunu ya da bozulma tehdidi altında olduğunu tespit etmekle yetkili organdır. Barış ve güvenliğin bozulduğunu ya da tehdit edildiğini tespit etmesi halinde ise BM Şartı m. 39 uyarınca barış ve güvenliğin tekrar sağlanması ve muhafazası için aslında yasak olan^[10] ancak Güvenlik Konseyi kararı ile alınabilen,^[11] kuvvet kullanmaya kadar varan gerekli her türlü önlemi alabilir.^[12]

Güvenlik Konseyi, tavsiye kararları ve bağlayıcı kararlar alabilme yetkisini haizdir ve devletlerin, Konsey tarafından getirilen yükümlülüklerden kendilerini muaf tutma ya da bunlara çekince koyma hakları bulunmamaktadır. Bazen belirli bir olay, uyuşmazlık veya çatışma ile bağlantılı olan bu kararlar ve devletlere yönelik getirilen yükümlülükler, başka olay ve durumlara da uygulanacak şekilde son derece geniş ve soyut bir şekilde alınabilmektedir. Ayrıca BM sisteminde, Güvenlik Konseyi kararlarının denetimi için hiçbir mekanizmanın bulunmaması, BM Şartı m. 39'da uluslararası barışın tehdit edilmesi ve bozulması hallerinin neler olduğunun belirtilmemesi ve bu konu hakkında değerlendirme yapılmasının Güvenlik Konseyi'ne bırakılması sonucunda, Güvenlik Konseyi oldukça geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Bu şekilde alınan geniş ve soyut kararlar ve GK'nin haiz olduğu geniş takdir

[9] BM Şartı m. 24 ile Güvenlik Konseyi'ne verilen uluslararası barış ve güvenliği bozan veya bozması olası sorunlara bakma yetkisi, aynı antlaşmanın 10. maddesinde BM organlarından biri olan Genel Kurul'a da tanınmıştır. Ancak bu yetkinin kullanılması Güvenlik Konseyi'nin kendisine yüklenen görevleri yapmaması şartına bağlandığı için, uyuşmazlıkların çözümünde Güvenlik Konseyi birinci derecede sorumludur.

[10] Uluslararası ilişkilerde kuvvet kullanmayı ilk yasaklayan antlaşma BM Şartı olup, söz konusu yasak Şart'ın 2. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenmiştir.

[11] Kuvvet kullanma yasağının iki istisnası bulunmaktadır. İlki meşru müdafaa iken, diğeri BM Şartı VII. Bölüm'e dayanarak Güvenlik Konseyi'nce alınan kuvvet kullanma kararıdır.

[12] Güvenlik Konseyi kuvvet kullanma yetkisini aşamalı bir şekilde kullanabilmektedir. Bu nedenle önce diğer barışçıl önlemlere başvurulması gerekmekte olup, söz konusu önlemlerin sonuç vermemesi durumunda kuvvet kullanımına gidilir.

yetkisi, Güvenlik Konseyi'nin belirli durumlarda norm yapma yetkisine sahip olduğunu göstermektedir.^[13]

BM Şartı m. 29 uyarınca, Güvenlik Konseyi görevini yerine getirmek için gerekli gördüğü yardımcı organları oluşturabilme yetkisi ile donatılmıştır. Güvenlik Konseyi, 29. maddenin yanı sıra; Şart'ın 1, 2, 24(1) ve 39. maddelerine dayanarak geçici bir ceza mahkemesi kurulmasını, gerekli önlemlerden ve tali kurumlardan biri olarak görmüştür. Bu doğrultuda iki *ad hoc* mahkeme kurulmuş^[14] ve bu mahkemelerin yetki alanlarına giren suçları işlediği iddia edilen kişiler BM nezdinde yargılanmıştır.

II. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ

Daimi ve bağımsız bir kurum olan Uluslararası Ceza Mahkemesi; suçları, mahkemenin yapısını ve nasıl çalışacağını, devletlerin mahkeme ile iş birliği için ne yapmaları gerektiğini belirten Roma Statüsü ile kurulmuştur. Söz konusu antlaşma 2002 yılında yürürlüğe girmiş ve Mahkeme'nin yargı yetkisi 1 Temmuz 2002 itibariyle başlamıştır.

Uluslararası Ceza Mahkemesi, Mahkeme'nin yönetiminden ve Statü'nün verdiği diğer görevlerin yerine getirilmesinden sorumlu olan Başkanlık; Mahkeme'nin yargılama işlevini yerine getiren Temyiz, Yargılama ve Ön yargılama Bölümleri (Daireler); Mahkeme'nin yargısal olmayan idari işlerini yürüten Sekreteryaya ve Mahkeme'nin yargı yetkisi kapsamındaki suçlarla ilgili bilgileri incelemek, soruşturmak ve gerektiğinde kovuşturmakla görevli olan Savcılık Makamı olmak üzere dört ayrı organdan oluşmaktadır.^[15]

Savcılık Makamı, Mahkeme'nin ayrı bir organı olarak bağımsız bir şekilde hareket etmektedir. Savcının, Mahkeme'nin yargı yetkisine giren suçlarla

[13] Stefan Talmon, "The Security Council As World Legislature," *American Journal of International Law* 99, no. 1 (2005): 175-193.

[14] Güvenlik Konseyi, söz konusu yetkiye dayanarak, 1993 yılında Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve 1994'te Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi olmak üzere iki mahkemenin kurulmasını sağlamıştır.

[15] Mahkeme'nin organları dışındaki önemli bir kurum, Taraf Devletler Kurulu'dur. Statü'nün 112. maddesi uyarınca Kurul, Mahkeme'ye ilişkin yasama görevini yerine getirmektedir ve bütçe hazırlamanın da dahil olduğu bazı idari kararlar almaktadır.

ilgili kendiliğinden soruşturma başlatma yetkisi^[16] bulunmaktadır.^[17] Savcı, Statü m. 53 uyarınca, elde ettiği bilgileri değerlendirdikten sonra, soruşturma başlatmak için hiçbir makul nedenin olmadığına karar vermedikçe, soruşturmayı başlatmak zorundadır.

A) ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ'NİN GÖREVLERİ VE YARGI YETKİSİ

Roma Statüsü m. 1 uyarınca Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin görevi; devletlerin uluslararası adaletin gerekli kıldığı doğruluk ve dürüstlükte bir yargılama yapmaya niyetli ya da muktedir olmadıkları durumlarda, ulusal sistemlerin işlevini yerine getirmemesi nedeniyle tamamlayıcılık ilkesi doğrultusunda, Statü'de sözü edilen, uluslararası toplumu yakından ilgilendiren ve çok ciddi suçları işleyen kişileri yargılamaktır. Statü'nün Başlangıç'ının 9. paragrafına göre daimi, uluslararası tüzel kişiliğe sahip ve bağımsız bir evrensel mahkeme niteliğini haiz bu Mahkeme, yargılama yetkisini belirli sınırlar dahilinde kullanabilmektedir.

1- Kişi Bakımından Yargı Yetkisi

Mahkeme, Statü'de düzenlenen suçları işleyen gerçek kişiler üzerinde yargı yetkisine sahip olup, tüzel kişiler ya da devletler Mahkeme'de yargılanamaz. Bunun yanı sıra, Roma Statüsü m. 26 uyarınca, Mahkeme'nin yargı yetkisinin doğması için yaş koşulu getirilmiş ve isnat olunan suçun işlendiği tarihte 18 yaşın altında olan hiçbir şahsın Mahkeme tarafından yargılanamayacağı belirtilmiştir.

2- Yer Bakımından Yargı Yetkisi

Kural olarak Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisinin doğması için; eylemin gerçekleştirildiği ülke devletinin ya da eylemi yapanın

[16] Bazı yazarlar savcının böyle bir yetkiye sahip olmasının, devletlerin ve Güvenlik Konseyi'nin başvurusu ile soruşturma başlatılması usullerinin milletlerarası cezai yargılama sisteminde yetersiz kalabileceği olasılığı nedeniyle büyük önem taşıdığını kabul ederken; bazıları açısından da söz konusu yetkinin olumsuz bir etki yaratacağı savunulmuştur.

[17] Christopher Keith Hall, "The Powers and Role of the Prosecutor of the International Criminal Court in the Global Fight against Impunity," *Leiden Journal of International Law* 17, no. 1 (March 2004): 124 vd.

tabiiyetinde olduğu devletin, Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul etmesi gerekmektedir. Eylemin gemide veya uçakta gerçekleştirilmesi durumunda, Mahkeme'nin yargı yetkisinin bulunup bulunmadığı bu araçların tescil edildiği devlet esas alınarak tespit edilmektedir. Ancak Statü'ye taraf olmayan bir devletin, m. 12/3 uyarınca, belli olaylar için tek taraflı olarak Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul etmesi ve m. 13/b'ye göre Güvenlik Konseyi'nin belli bir olayı UCM Savcısı'na göndermesi hallerinde de Mahkeme'nin yargı yetkisi doğmaktadır.

3- Zaman Bakımından Yargı Yetkisi

Ceza hukukunun evrensel ilkelerinden biri olan suç ve ceza yaratan kural- ların geçmişe yürümemesi, UCM bakımından da geçerlidir. Bu durumda Mahkeme'nin yargı yetkisi, Statü'yü yürürlüğe girmesinden önce onaylamış devletler açısından 1 Temmuz 2002'den itibaren; altmışıncı onay belgesinden sonra onaylamış devletler açısından, onay belgelerini ilettikleri günün izleyen altmış günden sonraki ayın ilk gününden itibaren geçerli olacaktır. Ancak söz konusu kuralın üç istisnası bulunmaktadır:

Bir devlet tek taraflı beyanıyla Statü'nün kendisi bakımından yürür- lüğe girmesinden itibaren yedi yıllık bir süre için, savaş suçlarının kendi vatandaşları tarafından veya kendi topraklarında işlenmesi durumunda, Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul etmeyeceğini bildirerek savaş suçları açısından Mahkeme'nin yargı yetkisini kullanmasını erteleyebilir.^[18]

Bir diğer istisnai durum, Statü'nün 13. maddesi ile BM Güvenlik Konseyi'ne verilen UCM Savcısı'nı harekete geçirme yetkisidir.^[19]

Son olarak, Roma Statüsü m. 12/3 uyarınca, Statü'ye taraf olmayan bir devletin belli olaylar için tek taraflı olarak Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul etmesi halidir. Bu durumda, Mahkeme'nin yetkisi dahilinde olmayan bir eylem, devletin tek taraflı yetki kabulü beyanıyla, eylemin gerçekleşmesinden sonra Mahkeme'nin yetki alanına girmiş olmaktadır.

[18] Elif Uzun, "Milletlerarası Ceza Mahkemesi Düşüncesinin Tarihsel Gelişimi ve Roma Statüsü," *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 3, no. 2 (2003): 38.

[19] Söz konusu istisna 3. kısımda ele alınmıştır.

4- Madde Bakımından Yargı Yetkisi

Mahkeme'nin madde bakımından yargı yetkisi Statü'nün 5. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre Mahkeme uluslararası toplumu bir bütün olarak ilgilendirmesinden dolayı çekirdek suçlar olarak da anılan soykırım suçu, insanlığa karşı işlenen suçlar, savaş suçları ve saldırı suçu^[20] üzerinde yargılama yetkisine sahiptir.

II. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER VE ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Ceza Mahkemesi çok taraflı antlaşmalarla kurulmuş, evrensel niteliği haiz, birbirlerinden bağımsız iki örgüttür. Ancak bu iki örgüt, birtakım nedenlerle birbirleri ile ilişki halindedir.^[21]

A) ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ'NİN OLUŞUMU BAKIMINDAN BM VE UCM ARASINDAKİ İLİŞKİ

Sürekli, etkili, tarafsız ve evrensel özelliklere sahip olan uluslararası bir ceza mahkemesinin kurulması fikri, kuruluşundan itibaren BM'nin hedeflerinden biri olmuş ve bu amaçla, 1951 yılında BM Genel Kurulu tarafından kurulan özel bir komite, daimi bir Uluslararası Ceza Mahkemesi Statü Taslağı hazırlamıştır.^[22] Ardından aynı amaçla Cenevre Komitesi ve New York Komitesi kurulmuş ve bu komitelerde, kurulacak uluslararası ceza mahkemesinin BM ile ilişkisinin nasıl olması gerektiği tartışılmıştır.^[23]

[20] Saldırı suçu, 2010 yılında tanımlanarak sonradan Roma Statüsü'ne dahil edilmiş ve UCM'nin saldırı suçu üzerindeki yargı yetkisi 1 Ocak 2017 tarihinden itibaren başlamıştır.

[21] Söz konusu ilişkinin niteliği doktrinde çok tartışılmış ve bu ilişkinin niteliğine ilişkin; sadece antlaşma metni üzerinde kaldığını savunanlar tarafından antlaşma görüşü, antlaşmada yer alan düzenlemelerin bir örgütü diğerinden üstün kıldığını savunanlar tarafından hiyerarşi görüşü ve antlaşmanın iki örgüt arasında iş birliği kurduğunu savunanlar tarafından iş birliği görüşü ortaya çıkmıştır.

[22] Robert B. Ely II, "A Proposal for an International Criminal Court; A Critique and an Alternative," *Dickinson Law Review* 57, no. 1 (1952): 47 vd.

[23] Mahkemenin çok taraflı uluslararası bir antlaşma ile BM'den bağımsız bir kurum olarak kurulması, BM Şartı'nın değiştirilerek Mahkeme'nin BM'nin ana organlarından biri haline gelmesi ya da BM Genel Kurul Kararı ile kurulması gibi iki kuruluş

Ancak, Soğuk Savaş'ın yarattığı gergin ortamdan dolayı böyle bir kurumun siyasi amaçlar güdülerek kötüye kullanılabileceği düşüncesi ile 1954 yılında söz konusu çalışmalara ara verilmiştir.

1990'lara gelindiğinde uyuşturucu kaçakçılığının artması üzerine, tüm dünyayı etkileyen önemli suçların yargılanabileceği kalıcı bir uluslararası ceza mahkemesinin kurulmasına ilişkin daha somut adımlar atılmaya başlanmış ve BM Genel Kurulu, Uluslararası Hukuk Komisyonu'ndan, uluslararası bir ceza mahkemesinin kurulması için yeniden statü çalışmalarına başlamasını istemiştir.^[24] Söz konusu çalışma 1994 yılında tamamlanarak bir rapor oluşturulmuş ve statü tasarısını içeren bu rapor, 1998 yılında Roma'da kabul edilen nihai metnin temelini belirlemiştir.

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin doğumuna neden olan gebelik süreci, BM nezdinde tamamlanmış ve BM, bu süreci tamamlamak adına üç ayrı organ oluşturmuştur. 1994 yılında oluşturulan rapor üzerine BM Genel Kurulu, uluslararası bir ceza mahkemesinin kurulmasına yönelik çalışmaları yürütmekle görevli *ad hoc* bir özel komitenin kurulmasını kararlaştırmıştır. Ardından, Aralık 1995'te Özel Komite'nin önerisi ve BM Genel Kurulu'nun kararı ile mahkemenin kuruluşuna ilişkin düzenlenecek uluslararası diplomatik konferansa sunulmak üzere bir sözleşme metni hazırlamak amacıyla Hazırlık Komitesi kurulmuştur. Komite, her ne kadar BM'nin denetim ve gözetiminde çalışsa da esas itibarıyla BM ile ilişkisi olan ancak ondan tamamen bağımsız bir mahkeme oluşturmaya çalışmıştır. Ancak bağımsızlığa ilişkin nihai karara varılamadığından bu konu, taslak statünün kesinleşmesi için oluşturulacak konferansta görüşülmek üzere askıya alınmıştır. Komite'nin görevi, Roma Konferansı'nın yapılmasına karar verilmesi ile sona ermiş ve bundan sonra yapılacak işleri yürütmekle görevli olan Hazırlık Komisyonu kurulmuştur.

arasındaki ilişkinin nasıl olması gerektiğine yönelik birtakım öneriler getirilmiştir. Ayrıca önerilerde dava açma yetkisinin BM Genel Kurulu ve Güvenlik Konseyi'nin görevlendireceği bir uluslararası örgüte ait olması istenmiştir. Arzu Alibaba, "Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 49, no. 1 (2000): 187 vd.

[24] Marc Weller, "Undoing the Global Constitution: UN Security Council Action on the International Criminal Court," *International Affairs* 78, no. 4 (2002): 695 vd.

Roma Diplomatik Konferansı, 15 Haziran-17 Temmuz 1998 tarihleri arasında 160 devlet ve 250 hükümet dışı örgütün katılımı ile gerçekleşmiş ve katılımcılar daimi bir uluslararası ceza mahkemesinin kurulmasını sağlayacak antlaşmanın son halini vermeye çalışmışlardır. Söz konusu konferans sonucunda Statü; 7 devletin ret, 21 devletin çekimser^[25] ve 120 devletin kabul oyunun ardından 17 Temmuz 1998 tarihinde ezici çoğunlukla kabul edilmiş^[26] ve Statü'nün 1 Temmuz 2002 tarihinde yürürlüğe girmesiyle Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisi başlamıştır.

UCM'nin oluşumu için BM'nin gösterdiği yoğun çaba ve destekten dolayı, iki müessese arasında bir ilişki olduğu herkesçe kabul edilse de bu iki örgüt arasındaki ilişkinin nasıl olacağı konferansta oldukça tartışılmıştır.^[27] BM Güvenlik Konseyi daimi üyesi olan bazı devletler, Mahkeme'nin yargı yetkisi üzerinde etkin bir güce sahip olmak istemiştir. Ancak bu devletler tarafından getirilen Güvelik Konseyi'ne dava açma yetkisi verilmesi önerisi, Güvenlik Konseyi'nin siyasi niteliğinden dolayı, mahkemenin bağımsızlığını etkileyeceği gerekçesi ile reddedilmiştir.^[28] Kurulacak mahkemenin, BM'ye

[25] Türkiye çekimser oy kullanan ülkelerden biridir. Hacı Sarıgüzel, "Uluslararası Ceza Mahkemesi," *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, no. 3 (2013): 240.

[26] Dönemin BM Genel Sekreteri Kofi Annan, Statü'nün kabul edilmesini "*Hukukun üstünlüğünün ve insan haklarının evrensel çapta sağlanmasında dev bir adım atılmıştır.*" şeklinde ifade etmiştir.

[27] "United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court," Rome, 15 June -17 July 1998 Official Records A/CONF.183/13 (Vol.II), 182 ve 206 vd. https://legal.un.org/icc/rome/proceedings/E/Rome%20Proceedings_v2_e.pdf; Andreas Zimmermann, "The Creation of a Permanent International Criminal Court," *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 2 (1998), 218 vd.

[28] ABD, Güvenlik Konseyi'nin UCM üzerinde geniş yetkilerle donatılmasını istemiştir. Söz konusu istek, Güvenlik Konseyi daimi üyelerinin sahip olduğu veto hakkından dolayı ortaya çıkan siyasi eşitsizliğin, hukuk önünde kurumsallaştırılacağı gerekçesi ile reddedilmiştir. Bunun üzerine ilk başta uluslararası bir ceza mahkemesinin kurulmasını destekleyen ABD daha sonra söz konusu Statü'yü imzalamamış, ardından UCM'nin bulunduğu yer olan Lahey'e atfen "Lahey'i İşgal Kanunu" olarak anılan kanunla hiçbir şekilde UCM ile iş birliğine girmeyeceğini yasalaştırmış ve UCM'ye taraf olan devletlerle, Amerikan personelini UCM'ye teslim etmeme konusunda "İkili Bağımsızlık Antlaşması" akdetme girişimlerinde bulunmuştur. Antlaşma akdetmeyen devletlere ise, yaptığı ekonomik ve askeri yardımlarını askıya alma tehdidinde bulunmuştur.

bağlı bir alt organ şeklinde kurulması önerisi ise BM Şartı'nda esaslı bir değişiklik gerektirdiğinden imkânsız olarak değerlendirilmiş ve UCM'nin bağımsız olması gerektiği belirtilmiştir.^[29]

Günün sonunda, UCM'nin bağımsız ve güçlü bir mahkeme olarak kurulmasını destekleyenlerden oluşan benzer görüşlü devletler,^[30] bağımsız ve etkin bir mahkemenin kısa sürede kurulmasını sağlamak; soykırım, insanlığa karşı işlenen suçlar ve savaş suçları açısından mahkemenin zorunlu yargı yetkisini kabul ettirmek; mahkemenin faaliyete geçmesini Güvenlik Konseyi'nin denetimine tabi kılmayı engellemek; savcıya, re'sen harekete geçebilen bağımsız bir organ olma sıfatı kazandırmak; devletlerin mahkemeyle iş birliği yapma yükümlülüğünü Statü'ye dahil etmek; davanın kabul edilebilirliği ve yetki meseleleri hakkında son kararın UCM'ye ait olmasını sağlamak için çok uğraşmışlardır. Bu çabalar sonucunda, bazı devletlerin mahkemenin yargı yetkisini önemli ölçüde etkisizleştirecek önerilerinin reddi sağlanmış^[31] ve benzer görüşlü devletler tarafından benimsenen konular Statü'de yer almıştır. Dolayısıyla, Uluslararası Ceza Mahkemesi, oluşum aşamasında yoğun çaba sarf etmiş olan BM'den bağımsız; ancak onunla iş birliği ilişkisi olan bir örgüt olarak kurulmuştur.^[32]

Elise Keppler, "The United States and the International Criminal Court: The Bush Administration's Approach and a Way Forward Under the Obama Administration," *Publicist* 2, no. 1 (2009): 15 vd.

[29] Sandra L. Jamison, "A Permanent International Criminal Court: A Proposal That Overcomes Past Objections," *Denver Journal of International Law and Policy* 23, no. 2 (Spring 1995): 442 vd.

[30] Söz konusu grup genellikle Batı Avrupa ve Latin Amerika ülkelerinin dahil olduğu 54 ülke temsilcisinden oluşmaktaydı.

[31] Murat Önok, *Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı*, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, (2003), 96.

[32] Steven C. Roach, iki örgüt arasındaki ilişkinin iş birliği ilişkisi olduğunu savunmaktadır. Steven C. Roach, "Humanitarian Emergencies and the International Criminal Court (ICC): Toward a Cooperative Arrangement between the ICC and UN Security Council," *International Studies Perspectives* 6, no. 4 (2005): 431-446. Ayrıca, UCM'nin bağımsız olsa da devletlere iradesini dayatacak iç kurumsal mekanizmalardan yoksun olan zayıf bir örgüt olduğu yönündeki görüş için bkz. Giulio M. Gallarotti ve Arik Y. Preis, "Politics, International Justice, and the United States: Toward a

B) AMAÇ BAKIMINDAN BM VE UCM ARASINDAKİ İLİŞKİ

Dünya çapında yaşanan savaşların getirdiği yıkımlar ve acı deneyimler sonucunda uluslararası ceza mahkemesi oluşturma fikri, tüm dünyada barışın sağlanması amacı ile bağdaştırılmış ve uluslararası ceza yargılaması, barış sağlama projesinin önemli parçalarından biri olarak kabul edilmiştir. İlk olarak tüm savaşların bitmesi için adalet gerektiği düşüncesi^[33] ile benimsenen uluslararası ceza mahkemesi kurma fikri, adalet olmadan özgürlüğün de olamayacağı düşüncesi ile iyice desteklenmeye başlamış ve son olarak uluslararası barışı sağlamak için uluslararası ceza yargısının var olması gerektiği belirtilmiştir.^[34] Bu durumda, “Adaletsiz barış olmaz” sözü Roma Statüsü’nü oluşturan anlayış olarak benimsenmiş ve barışı sağlamak UCM’nin amaçlarından biri haline gelmiştir.

Uluslararası barışı sağlama fikri ile uluslararası ceza yargılaması projesi arasındaki ilişki, UCM ve uluslararası barışı sağlamakla görevli diğer kurumlar arasında da güçlü bir bağ ortaya çıkarmıştır. Aynı şekilde uluslararası barış ve güvenliği sağlama amacını taşıyan BM ve özellikle de bu amacın yerine getirilmesi ile görevlendirilen Güvenlik Konseyi bakımından da UCM ile bir ilişki kurulmuştur. Bu ilişki BM ve UCM’nin, aynı amaca hizmet etmelerinden dolayı birbirleri ile iş birliği içinde çalışmalarını zorunlu kılmıştır.^[35] Şöyle ki; barış ve güvenliğin sağlanması bakımından birincil derecede sorumlu tutulan Güvenlik Konseyi’ne, BM Şartı m. 39 uyarınca barışın tehdit edildiğini, bozulduğunu ya da bir saldırı eylemi olduğunu saptaması halinde uluslararası barış ve güvenliğin korunmasını sağlamak için her türlü önlemi alabilme yetkisi

Permanent International Criminal Court,” *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs* 4, no. 1 (Spring/Summer 1999): 28.

[33] Martti Koskenniemi, “The Police in the Temple Order, Justice and the UN: A Dialectical View,” *European Journal of International Law* 6, no. 3 (1995): 332.

[34] Frédéric Mégret, “International Criminal Justice as a Peace Project,” *The European Journal of International Law* 29, no. 3 (2018): 837 vd.

[35] Vespasian Pella’ya göre, GK’nin uluslararası barış için sahip olduğu görev ve yetkilerinin kapsamı yaptırım uygulamaları ile sınırlı iken; mahkeme suç işleyen devletlere uygulanması gereken cezaya karar veren bir kurum olacağından, UCM ve Güvenlik Konseyi arasındaki ilişki iş bölümü şeklinde ortaya çıkacaktır. Mégret, “International Criminal Justice as a Peace Project,” 839.

tanınmıştır. Ancak siyasi bir organ olan GK'ye tanınan bu yetki, her ne kadar GK'nin bu yetkisini kullanabilmesi için BM Şartı VII. Bölüm'de yer alan şartların sağlanması gerekse ve hukukun üstünlüğü GK'nin ayrılmaz bir parçası haline gelse de doktrinde birtakım endişelerin oluşmasına neden olmuştur. Bu endişeler, söz konusu yetki ile GK'ye barış ortamını sağlama ve koruma noktasında adalet kavramını göz ardı edebilecek derecede^[36] güç tanınmasıdır ve özellikle güçlü devletlerin bu yetkiye dayanarak kendi çıkarlarına göre hareket etme ihtimalinin olmasıdır. Aynı zamanda GK'ye tanınan bu yetki dahilinde GK'nin hesap verme sorumluluğunun olmaması,^[37] pratikte GK'nin aldığı kararları adalet ve hukukun üstünlüğü olguları yönünden çelişkili ve muğlak hale getirebilmektedir. Bu nedenle; her ne kadar GK, barış ve güvenliği sağlayan bir organ olarak varlığını sürdürse de barış ve güvenliğin ayrılmaz bir parçası olan adalet ve hukukun üstünlüğü kavramlarının var olmasını sağlayacak yargı sürecinin, GK'den ayrı olarak, uluslararası alanda da yerel mahkemelerdeki gibi bağımsız bir mahkeme tarafından sağlanması gerekmektedir.

Sonuç olarak, GK'nin amacı adaletle birlikte barışı sağlamaktır ve UCM her iki amacı da devam ettirebilecek bir örgüttür.^[38] Güvenlik Konseyi asıl sorumlu kılındığı barış ve güvenliği sağlamak bakımından bağımsız bir örgüt olarak mevcut olan UCM ile iş birliği ilişkisi içindedir ve söz konusu ilişki iki örgütün de yararına. Çünkü bu iş birliği ilişkisinin geliştirilmesi, sadece UCM'yi güçlendirmek ve uluslararası adaleti sağlamakla kalmayacak aynı

[36] Her ne kadar Konsey üyeleri barış ve adaletin tamamlayıcı olduğunu hemen kabul etseler de uygulamada adalet zaman zaman barışın yararına ertelenmiş veya ikinci plana atılmıştır. Security Council Report “The Rule of Law: The Security Council and Accountability,” Cross-Cutting Report, , no. 1, (18 January 2013), 38. https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B6D274E9C8CD3%20CF6E4FF96FF9%7D/cross_cutting_report_1_rule_of_law_2013.pdf.

[37] GK'nin hesap verebilirlik konusundaki eksiklikleri için bkz. “The Rule of Law: The Security Council and Accountability.”

[38] “Open Debate in the Security Council on Peace And Justice, with a Special Focus on the Role of The International Criminal Court,” 17 October 2012, S/2012/731, para. 23.

zamanda; GK'nin politikalarını netleştirerek hesap verebilirlik karşısında gücünü artıracaktır.^[39]

C) ROMA STATÜSÜ ÇERÇEVESİNDE BM VE UCM ARASINDAKİ İLİŞKİ

Roma Statüsü'nün Başlangıç kısmının dokuzuncu paragrafında, bağımsız bir örgüt olan UCM'nin, BM ile ilişki içinde olduğu belirtilmiş, bunun dışında Statü'de üç hüküm altında Güvenlik Konseyi'ne yetkiler verilerek bu ilişkinin hangi kapsam ve sınırlar dahilinde olduğu düzenlenmiştir.^[40]

1- Roma Statüsü m. 13/b Bağlamında UCM ve GK Arasındaki İlişki

UCM'nin yer, zaman ve kişi bakımından sınırlandırılmış yargı yetkisinin iki istisnasından biri; Roma Statüsü m. 13/b uyarınca Statü kapsamındaki suçlarla ilgili bir uyuşmazlığın, tarafların Statü'ye taraf olup olmadıklarına bakılmaksızın Güvenlik Konseyi tarafından Mahkeme Savcısı'nın önüne getirilebilmesi halidir.^[41] Mahkeme'nin yargı yetkisini genişleten bu düzenleme, GK'nin bozulan uluslararası barış ve güvenliği tekrar sağlama konusundaki sıra dışı yetkisinden kaynaklanan *sui generis* bir yargılama şeklidir.^[42]

Güvenlik Konseyi'nin söz konusu yetkiyi kullanarak uluslararası barışı ve güvenliği tehdit eden bir durumu UCM'ye havale etmesi halinde, Statü'ye

[39] The International Peace Institute (IPI), *The Relationship Between the ICC and the Security Council: Challenges and Opportunities*, 777 United Nations Plaza, New York, 10017-3521, USA, (March 2013), 5. https://www.ipinst.org/wpcontent/uploads/publications/ipi_e_pub_relationship_bet__icc_and_sc__2_.pdf.

[40] Söz konusu yetkilerin Roma Statüsü ile GK'ye verilmediği, zaten BM Şartı çerçevesinde GK'nin bu yetkilere sahip olduğu yönünde var olan görüş için bkz. Jennifer Trahan, "Revisiting the Role of the Security Council Concerning the International Criminal Court's Crime of Aggression," *Journal of International Criminal Justice* 17 (2019): 475.

[41] George Fletcher ve Jens David Ohlin bu madde ile UCM içinde bağımsız olan ve GK'ye bağımlı olan iki mahkeme ortaya çıktığını belirtmektedir. George P. Fletcher ve Jens David Ohlin, "The ICC: Two Courts in One?," *Journal of International Criminal Justice* 4 (2006): 428-433.

[42] Alexandre Skander Galand, "The Nature of the Rome Statute of the International Criminal Court (and its Amended Jurisdictional Scheme)," *Journal of International Criminal Justice* 17, no.5 (2019): 938.

taraf olmayan devletin Statü m. 87/5-b uyarınca UCM ile iş birliği yapma yükümlülüğü doğmaktadır.^[43] Söz konusu devlet tarafından iş birliği yükümlülüğü yerine getirilmediği takdirde ise aynı maddenin 7. fıkrasına göre UCM, GK'ye durumu bildirir.^[44] Bu durumda Güvenlik Konseyi, taraf olmayan devletlerin UCM ile iş birliği yapmasını sağlamak için BM Şartı Bölüm VII kapsamındaki yetkilerini kullanabilir.

Her ne kadar Roma Statü m. 13/b'de yer alan düzenleme UCM'nin yargı yetkisini genişletiyor^[45] olsa da GK'nin buradaki rolü, bir durumu Mahkeme Savcısı'na tevdi etme ile sınırlıdır. Kendisine tevdi edilen bir durumda soruşturma başlattıktan sonra konu ile ilgili dava açılıp açılmayacağına karar vermek, GK'nin takdirine bağlı bir durum olmayıp tamamen Mahkeme Savcısı'nın elindedir. Bu nedenle Güvenlik Konseyi'ne verilen bu yetki, iki organın da bağımsızlığını etkileyen ve birinin diğeri üzerinde hâkimiyet kurduğu bir düzenleme olarak nitelendirilmemelidir.^[46] Tam tersine bu yetki,

[43] Statü m. 86 uyarınca kural olarak Statü'ye taraf devletler, Mahkeme'nin yargı yetkisine giren suçların soruşturulmasında ve yargılanmasında Mahkeme ile tam bir iş birliği yapma yükümlülüğü altındadırlar. Ancak bir sonraki madde ile, Statü'ye taraf olmayan bir devletin belli bir olay üzerinde Mahkeme'nin yargı yetkisini tanıması ve UCM'nin bir olayı Mahkeme önüne getirmesi halinde de taraf olmayan devlete UCM ile iş birliği yükümlülüğü getirilmiştir. Günel Kurşun, *101 Soruda UCM*, 1. Baskı, Ankara: İnsan Hakları Gündemi Derneği, 2011, 28.

[44] GK'ye Statü'nün 13. maddesi ile verilen yetkiden dolayı diğer devletlere de 87/5-b ve 87/7 uyarınca iş birliği yapma sorumluluğunun getirilmesi, Statü'ye taraf olan ve olmayan devletler arasındaki ayrımı bulanıklaştırdığı şeklinde yorumlanmaktadır. Luigi Condorelli ve Annalisa Ciampi, "Comments on the Security Council Referral of the Situation in Darfur to the ICC," *Journal of International Criminal Justice* 3 (2005): 593.

[45] Söz konusu yetki, sadece Roma Statüsü'ne taraf olmayan ve güçlü devletlerin siyasi ya da ekonomik çıkarlarını etkilemeyen Afrika ülkeleri için kullanıldığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Archangel Byaruhanga Rukooko ve Jon Silverman, "The International Criminal Court and Africa: A Fractious Relationship Assessed," *African Human Rights Law Journal* 19, no. 1 (2019): 89.

[46] Bazı yazarlarca GK'nin ve taraf devletlerin UCM'ye sadece atıfta bulunabilmesi, savcının ise süreci başlatabilmesi, savcının hiyerarşik olarak herhangi bir taraf devletin ve GK'nin üstünde olduğu şeklinde yorumlanmıştır. Ancak bazı yazarlarca da söz konusu durumun, GK tarafından UCM Savcısı üzerinde güçlü bir baskı oluşturacağı düşünülmektedir. Figen Tabanlı, "Uluslararası Ceza Yargılamalarına Başlanabilmesinde

artık GK'nin *ad hoc* nitelikli ceza mahkemeleri kurmasını gerektirmeyecek şekilde,^[47] iki örgütün uluslararası barış ve güvenliği sağlamak için iş birliği içinde hareket ettiğini göstermektedir.

Güvenlik Konseyi, Roma Statüsü m. 13/b'ye dayanarak UCM'ye iki olay havale etmiştir. Bunlar, GK'nin de ilk kez bu yetkisini kullandığı 1593 sayılı Darfur Kararı^[48] ve 1970 sayılı Libya Kararı'dır.^[49]

a) 1593 Sayılı Darfur Kararı

Sudan'da siyahiler ve müslümanlar arasındaki etnik sorunlardan dolayı yaşanan çatışmalar 2003 yılının başlarından itibaren çok büyük boyutlara ulaşmış, Roma Statüsü'nü imzaladığı halde onaylamadığı için UCM'ye taraf olmayan ve hakkında soruşturma başlatılamayan Sudan'ın Darfur bölgesinde ağır insan hakları ihlalleri yaşanmıştır. Darfur'da yaşanan bu ihlaller, Güvenlik Konseyi'ni harekete geçirmiş ve GK, 1564 sayılı kararıyla, BM Genel Sekreterinden olaylara ilişkin bir araştırma komisyonu kurmasını istemiştir.^[50] Komisyon tarafından yapılan gözlemler ve araştırmalarda, Darfur'da yaygın ve sistematik şekilde işlenen fiiller insanlığa karşı işlenen suçlar olarak değerlendirilmiş ve Arap Milislerin Darfur Hükümeti tarafından

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin Rolü ve Sudan Örneği," *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, no.1 (2017): 87.

[47] Cenap Çakmak, "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Darfur Krizi'ne Müdahil Olması ve ABD'nin Süper Güç Olarak Limitleri," *Uluslararası Hukuk ve Politika* 3, no.10 (2007): 46.

[48] U.N. Security Council Resolution (BM Güvenlik Konseyi Kararı). UN. Doc. S/RES/1593 (2005). 5158. Oturum. 31 Mart 2005. <https://digitallibrary.un.org/record/544817>.

[49] U.N. Security Council Resolution (BM Güvenlik Konseyi Kararı). UN. Doc. S/RES/1970 (2011). 6491. Oturum. 26 Şubat 2011. https://documents-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/245/58/PDF/N1124_558.pdf?OpenElement.

[50] U.N. Security Council Resolution (BM Güvenlik Konseyi Kararı), UN. Doc. S/RES/1564 (2004), 5040. oturum, 18 Eylül 2004, para. 12.

desteklenmesi nedeniyle, tamamlayıcılık ilkesi gereğince uluslararası yargı mekanizmalarının harekete geçirilmesi gerektiği belirtilmiştir.^[51]

ABD, UCM'nin Darfur ile ilgili sürece dahil edilmesine karşı çıkmış^[52] ve bunu engellemek için yeni bir *ad hoc* uluslararası ceza mahkemesinin kurulması, mevcut bir *ad hoc* uluslararası ceza mahkemesinin Darfur olaylarını soruşturacak şekilde yetkilendirilmesi ya da karma bir mahkemenin kurulması gibi çeşitli öneriler getirmiştir.^[53] Komisyon ise ABD'nin önerilerini kabul etmemiş ve Darfur'da işlenen suçların, adaletin gerçekleştirilmesini sağlayacak tek gerçek uluslararası ceza kuruluşu olan UCM'ye havale edilmesini en uygun seçenek olarak görmüştür. Diğer devletlerin Komisyon'un kararını desteklemesiyle birlikte uluslararası toplumun tek bir görüş etrafında birleşmiş olması sonucunda ABD, olayın UCM'ye havale edilmesine ilişkin kararı veto etmemiş^[54] ve Güvenlik Konseyi, 31 Mart 2005 tarihli 1593 sayılı karar ile Darfur'daki durumu 1 Temmuz 2002'den sonrasını kapsayacak şekilde Roma Statüsü m. 13/b uyarınca UCM'ye havale etmiştir.

UCM tarafından Darfur'da yaşanan ihlallere ilişkin 2005 Haziran'da soruşturma başlatılmış, ardından olaylardan sorumlu olarak görülen Sudan

[51] U.N. Security Council Resolution (BM Güvenlik Konseyi Kararı), UN. Doc. S/RES/1564 (2004), 5040. oturum, 18 Eylül 2004, para. 12.

[52] ABD'nin savaş suçlarından sorumlu Büyükelçisi Pierre-Richard Prosper yaptığı açıklamada ABD'nin UCM'yi meşrulaştırmak istemediğini açık bir şekilde ifade ederek UCM'nin sürece dahil edilmesi fikrini reddetmiştir. Jonathan F. Fanton, "US Obstructs Global Justice," *Los Angeles Times*, 29 Mart 2005. <https://www.latimes.com/archives/la-xpm-2005-mar-29-oe-fanton29-story.html>.

[53] Michael Bohlander, "Darfur, The Security Council, And The International Criminal Court," *The International and Comparative Law Quarterly* 55, no. 1 (January 2006): 229 vd.

[54] Darfur'da yaşananlar ile ilgili olarak ABD tarafından da çalışmalar yapılmış ve bu çalışmalar sonucunda söz konusu ihlallerin insanlığa karşı işlenen suçlardan da vahim olan soykırım suçu olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu yüzden ABD, veto hakkını kullanması durumunda ağır bir prestij kaybına uğrayabileceği korkusu ile UCM'nin Darfur Krizi'nde temel aktörlerden biri haline gelmesine engel olamamıştır. Çakmak, "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Darfur Krizi'ne Müdahil Olması," 66. ABD'nin Darfur Krizi'ne karşı tutumu için ayrıca bkz. <https://archive.globalpolicy.org/international-justice/the-international-criminal-court/icc-in-the-security-council-6-4.html>.

Devlet Başkanı Ömer el Beşir hakkında Mahkeme tarafından ilki 4 Mart 2009, ikincisi ise 12 Temmuz 2010'da olmak üzere iki kez tutuklama emri çıkarılmış ve olaylara ilişkin GK'yi bilgilendiren birtakım kararlar alınmıştır. Söz konusu kararlarda Statü m. 87/5-b ve 87/7 uyarınca, UCM tarafından iş birliği yapmaları talep edilen; ancak bu talep ile doğan iş birliği yükümlülüğünü yerine getirmeyen devletler bakımından da GK bilgilendirilerek GK ile daha sıkı bir iş birliği sağlanmıştır.^[55] Aynı zamanda olaylara ilişkin sorumlulardan biri olarak görülen ve UCM huzuruna ilk çıkışı 15 Haziran 2020'de gerçekleşen Ali Muhammed Ali Abd-Al-Rahman^[56] hakkında Sudan Hükümeti'nin 87/5-b uyarınca iş birliği yükümlülüğünü yerine getirmedigi, UCM tarafından GK'ye bildirilmiştir.^[57]

Darfur Kararı ile UCM ve GK'nin yargılama konusunda iş birliği yapan iki kuruluş olarak hareket etmeleri sağlanarak uluslararası bir teamülün önü açılmış olmaktadır.^[58] Çünkü söz konusu kararla Statü m. 13/b'de Güvenlik Konseyi'ne tanınan yetki sayesinde Roma Statüsü'ne taraf olduğuna bakılmaksızın herhangi bir ülkede meydana gelen insani krizler için UCM, tek yetkili ve meşru merci olarak kabul edilmeye başlamıştır.

[55] Ömer El Beşir'in Kenya Cumhuriyeti topraklarındaki varlığı hakkında Güvenlik Konseyi ve Taraf Devletler Meclisi'ni bilgilendiren karar için bkz. ICC-02/05-01/09-107, 27 Ağustos 2010. <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-02/05-01/09-107>; Ayrıca bkz. Alexander K. A. Greenawalt, "Introductory Note to the International Criminal Court: Decisions Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic Of Malawi And The Republic of Chad to Comply With The Cooperation Requests Issued By The Court With Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir & African Union Response," *International Legal Materials* 51, no. 2 (2012): 393-417.

[56] Mağdurların yasal temsilcilerinin 22-26 Mayıs 2023 haftasında açılış konuşmalarını yapmaları ve tanıklarını çağırılmaları, 28 Ağustos 2023'te savunma tarafının Mahkemeye iddialarını sunmaya başlaması planlanıyor. <https://www.icc-cpi.int/darfur/abd-al-rahman>.

[57] Decision on the Defence request pursuant to article 87/5-b of the Statute, ICC-02/05-01/20-295, 9 Mart 2021. <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-02/05-01/20-295>.

[58] Çakmak, "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Darfur Krizi'ne Müdahil Olması," 71.

b) 1970 Sayılı Libya Kararı

2011’de, Libya’da Muammer Kaddafi yönetimi sonucu ortaya çıkan iç savaş ve şiddet olaylarında yaşanan insan hakları ihlalleri, BM İnsan Hakları Komitesi tarafından kınanmış ve olaylara ilişkin bir soruşturma komisyonu kurulması çağrısında bulunulmuştur. Komisyon tarafından yapılan araştırma ve incelemenin ardından Güvenlik Konseyi, 1970 sayılı kararı kabul ederek söz konusu durumu UCM’ye havale etmiştir.

1970 sayılı kararda, Darfur Kararı’ndan farklı olarak GK, UCM tarafından alınan tutuklama kararına da suçların cezasız kalmaması için saygı duyulması gerektiğini belirtmiştir.^[59] Bu durumda, UCM tarafından alınan kararlara uyulacağı ve bu yönde gerekli önlem ve yaptırımların alınacağı fikri benimsenmiştir.

Somut olaylara bakıldığında; Statü m. 13/b’de yer alan düzenlemenin UCM’nin yargı yetkisini genişlettiği ve UCM ile GK arasındaki iş birliği ilişkisini olumlu yönde etkilediği gözlemlense de 2009 ve 2011 yıllarında, Sudan ve Libya’da yaşanan insan hakları ihlalleri kadar vahim olayların ve geniş çaplı şiddetin yaşandığı Filistin^[60] ve Suriye^[61] için GK’nin sessizliğini koruması ve hatta Mayıs 2014’te Suriye’deki durumu UCM’ye havale edecek bir karar taslağının GK daimi üyelerinden olan Çin ve Rusya tarafından veto edilmesi,^[62] GK’nin ve GK daimi üye devletlerinin pratikte siyasi çıkarlar

[59] UCM ilk defa Darfur olaylarına ilişkin el Beşir hakkında tutuklama kararı almış; ancak Güvenlik Konseyi daimi üye devletlerinden bazıları bunun yerine barış için bir görüşmenin yapılmasının daha yararlı olacağını ileri sürdüğünden, tutuklama kararının yerine getirilmesi ile ilgili gerekli önlem ve yaptırım alınmamıştır. Fakat Libya kararında GK, müzakere yolu izlemek yerine UCM’nin kararına saygı duyulması gerektiğini belirtmiştir. Jess Kyle, “The New Legal Reality: Peace, Punishment, and Security Council Referrals to the ICC,” *Transnational Law and Contemporary Problems* 25, no. 1 (Winter 2015): 135.

[60] Nadia Shamsi, “The ICC a Political Tool? How the Rome Statute is Susceptible to the Pressures of More Power States,” *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution* 24, no. 1 (2016): 99.

[61] Louise Arbour, “The Relationship Between the ICC and UN Security Council,” *Global Governance* 20, (2004), 199.

[62] Arria-formula Meeting: “Reflections on the Relationship Between the International Criminal Court and the Security Council,” 23 June 2022. <https://www.>

doğrultusunda hareket etmesi halinde iki kuruluş arasındaki iş birliği ilişkisinin olumsuz yönde etkilenebileceğini göstermektedir. Nitekim, Roma Statüsü'ne taraf olmayan Ukrayna'nın Statü'nün 12/3 maddesi uyarınca, Roma Statüsü kapsamında yer alan ve 21 Kasım 2013'ten bu yana kendi topraklarında işlendiğini iddia ettiği suçlar üzerinde Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul etmesi ile birlikte; UCM, 2 Mart 2022'de GK daimi üyelerinden biri olan Rusya hakkında Ukrayna'daki durumla ilgili soruşturma başlatmış^[63] ve 17 Mart 2023'te, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Ön Yargılama Dairesi tarafından Vladimir Vladimirovich Putin ve Maria Alekseyevna Lvova-Belova hakkında tutuklama emri çıkarılmıştır.^[64] Bu durum,^[65] UCM nezdinde Güvenlik Konseyi daimi üye devletlerinden birinin de yargılabileceğini göstermiş ve GK'nin, sahip olduğu yetkilerden dolayı UCM üzerinde hâkimiyet kurduğu düşüncelerine ve iki örgüt arasındaki iş birliği ilişkisini zedelediği endişelerine karşı; UCM'nin meşruiyeti ve yargı yetkisi üzerinde olumlu yönde bir etki yaratmıştır.

2- Roma Statüsü m. 16 Bağlamında UCM ve GK Arasındaki İlişki

Roma Statüsü m. 16 uyarınca; BM Şartı VII. Bölüm'e göre hareket eden Güvenlik Konseyi, 12 aylık yenilenebilir bir süre için,^[66] Mahkeme'den bir duruma ilişkin yürütülen soruşturma veya kovuşturmanın ertelenmesini talep edebilmektedir. Bu düzenlemenin amacı; Mahkeme'nin acele ve zamansız bir şekilde duruma müdahale etmesinin önüne geçilerek, GK'nin diploma-

[securitycouncilreport.org/whatsinblue/2022/06/arria-formula-meeting-reflections-on-the-relationship-between-the-international-criminal-court-and-the-security-council.php](https://www.securitycouncilreport.org/whatsinblue/2022/06/arria-formula-meeting-reflections-on-the-relationship-between-the-international-criminal-court-and-the-security-council.php).

[63] <https://www.icc-cpi.int/situations/ukraine>.

[64] <https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovi-ch-putin-and>.

[65] <https://www.icc-cpi.int/news/icc-prosecutor-karim-khan-kc-concludes-fourth-visit-ukraine-amidst-darkness-light-justice>.

[66] Siyasi bir organ olarak bilinen GK'ye verilen erteleme yetkisinin herhangi bir üst sınır olmadan uzatılabilmesi, Mahkeme'nin yargı yetkisini belli bir olay için tamamen ortadan kaldıracabileceğinden, söz konusu yetki oldukça eleştirilmekte ve UCM'nin meşruiyetini tehdit ettiği belirtilmektedir. Kyle, "The New Legal Reality: Peace, Punishment, and Security Council Referrals to the ICC," 120.

tik ve siyasi girişimlerinin olumsuz yönde etkilenmesini engellemek olarak belirtilmektedir.^[67] Ancak 1994 yılında Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan taslağın 23. maddesinde^[68] bu düzenleme; “*Güvenlik Konseyi’nce ele alınan bir durum hakkında, Güvenlik Konseyi tarafından aksi belirtilmedikçe, bu Tüzük uyarınca hiçbir kovuşturma başlatılamaz.*” şeklinde yer almaktaydı. 16. maddenin Statü taslağında yer alan haline bakıldığında; UCM’nin dava açabilmesi için GK’nin onayı gerekmesinden hareketle, Güvenlik Konseyi’nin UCM’nin yargısal işlevi üzerinde söz sahibi olacağı yorumu yapılmaktadır. Ayrıca GK’nin daimi üyelerinin veto hakkının bulunması ve politik bir organ olması nedeniyle bu yetkinin barışın sağlanmasını olumsuz yönde etkileyebileceği endişesi doğmaktadır. Bu nedenle söz konusu maddenin Statü taslağında yer alan hali ile değil de değiştirilerek kabul edilmesinden, bu düzenlemenin asıl amacının uluslararası barış ve güvenliği sağlamak adına GK’nin hızlı ve tarafsız karar vermesini sağlamak değil; UCM’nin GK’ye karşı bağımsızlığını sağlamak olduğu anlaşılmaktadır.^[69] ABD’nin karşı çıkmasına rağmen, Singapur ve Kanada’nın önerilerinin değiştirilmiş versiyonlarını kabul eden Hazırlık Komitesi, Statü taslağının 23. maddesini UCM’nin bağımsızlığı lehinde değiştirmiş ve Roma Statüsü’nün 16. maddesi üzerinde anlaşmaya varılmıştır.^[70] Ancak yine de düzenlemenin son hali ile GK’ye, hala UCM’nin yargı yetkisini kullanmasını kısıtlayan ve hatta erteleme kararının yinelenmesi ile tamamen ortadan kaldırabilecek

[67] Olufemi Elias ve Anneliese Quast, “The Relationship between the Security Council and the International Criminal Court in the Light of Resolution 1422,” *Non-State Actors and International Law* 3, no. 2-3 (2003): 176 ve 177.

[68] Article 23(3) of the ILC’s draft statute in Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-Sixth Session, U.N. GAOR, 49th Sess., Supp. No. 10, at 85, U.N. Doc. A/49/10 (1994). https://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_49_10.pdf.

[69] Neha Jain, “A Separate Law for Peacekeepers: The Clash between the Security Council and the International Criminal Court,” *The European Journal of International Law* 16, no. 2 (2005): 246.

[70] 16. madde Roma Statüsü’ne dahil edilmesi en zor ve hassas hükümlerden biridir ve ancak diğer birkaç öneri reddedildikten sonra bu şekilde düzenlenebilmiştir. Ademola Abass, “The Competence of the Security Council to Terminate the Jurisdiction of the International Criminal Court,” *Texas International Law Journal* 40, no. 2 (Winter 2005): 269.

dercede yetki tanındığı ve bu durumun UCM'nin yargı yetkisi üzerinde olumsuz yönde etki doğuracağı^[71] ifade edilmektedir.

Düzenlemenin son hali olan 16. maddeye göre, Konsey kararının UCM'nin yargı yetkisini engelleyici fonksiyonu, talebini aynı şartlar altında alacağı yeni bir kararla yinelemediği sürece, sadece 12 ay ile sınırlıdır. Böyle bir kararın alınması ise ancak beş daimi üyenin hiçbirinin veto hakkını kullanmaması ve aynı zamanda dokuz üyenin genel oylamada karar lehinde oy kullanmasına bağlı olduğu için GK'nin, UCM'nin faaliyetlerini engelleyici bir fonksiyon üstlenmesi ihtimali oldukça düşüktür. Yine de söz konusu maddenin iki örgüt arasındaki ilişkiyi nasıl etkileyeceği, maddenin pratikte kullanılmasına göre belirlenecektir. Nitekim Güvenlik Konseyi'nin Roma Statüsü'nün yürürlüğe girmesini izleyen 11. günde ilk kez bu yetkisini kullanarak aldığı 2002 tarihli 1422 sayılı kararda,^[72] BM barış gücü operasyonlarına katılan ve UCM'ye taraf olmayan devletlerin vatandaşları hakkında herhangi bir soruşturma başlatılmaması hükme bağlanmıştır. Güvenlik Konseyi, 12 Haziran 2003'te kabul ettiği 1487 sayılı karar^[73] ile erteleme talebini 12 aylık süre için yenilemiş; ancak ABD tarafından getirilen, kararı tekrar yenileme talebi Haziran 2004'te Güvenlik Konseyi'nce reddedilmiştir.

Bir diğer karar ise Statü'ye taraf olmayan devletlerin Liberya'daki çatışmaları önlemek için barış gücü olarak görev alacak vatandaşlarının UCM'nin yargı yetkisinden bağışık tutulmasını sağlamak için 1 Ağustos 2003 tarihinde

[71] Özellikle UCM'ye muhalif olan ABD'nin Güvenlik Konseyi'ndeki konumu itibarıyla bu yetkiyi kötü niyetli bir şekilde kullanacağı düşünülmekte ve bu durumun barışa yönelik ciddi bir tehdit ortaya çıkaracağı düşünülmektedir. Salvatore Zappalà, "The Reaction of the US to the Entry in to Force of the ICC Statute: Comments on UN SC Resolution 1422 (2002) and Article 98 Agreements," *Journal of International Criminal Justice* 1 (2003): 118 vd. Ayrıca bkz. Abel S. Knottnerus, "The Security Council and the International Criminal Court: The Unsolved Puzzle of Article 16," *Netherlands International Law Review* 1, (2014): 195-224.

[72] U.N. Security Council Resolution (BM Güvenlik Konseyi Kararı), U.N. Doc. S/RES/1422, 4572. Oturum, 12 Haziran 2002.

[73] U.N. Security Council Resolution (BM Güvenlik Konseyi Kararı), U.N. Doc. S/RES/1487, 4772. Oturum, 1 Haziran 2003.

alınan 1497 sayılı Güvenlik Konseyi kararıdır.^[74] Söz konusu kararın yedinci paragrafında, Roma Statüsü'ne taraf olmayan ancak bölgede güvenliğin sağlanması için destek veren devletlere kendi vatandaşları üzerinde sahip olacakları bir "özel yargı yetkisi" verilmiş ve destekçi devletin, bu hakkından açıkça vazgeçmedikçe, bölgede o zamanda ya da daha önceden görev alan vatandaşlarının tüm eylem ve ihmallerinden dolayı yalnızca katılımcı devlet tarafından yargılabileceği belirtilmiştir. Bu karar, UCM'nin Liberya'daki olaylara ilişkin yargı yetkisini 16. maddede belirtildiği gibi süreli değil de tamamen ortadan kaldırmaktadır.^[75] Ayrıca paragrafa bakıldığında sadece UCM'nin yargı yetkisinin değil; aynı zamanda suçun topraklarında işlendiği devletin yargılama yetkisine sahip olması anlamına gelen mülkilik ilkesinin de çiğnendiği görülmektedir.

BM Şartı m. 24'teki düzenlemeye göre Güvenlik Konseyi, görevlerini yerine getirirken BM'nin amaç ve ilkelerine uygun hareket etme yükümlülüğü altındadır. Bu nedenle GK, UCM'nin yargı yetkisini de etkileyecek bir karar alırken BM Şartı VII. Bölüm'deki şartları sağlamak zorundadır. Ancak Güvenlik Konseyi, BM Şartı'nda belirtilen barışın tehdit edildiği, bozulduğu ya da herhangi bir saldırı eyleminin varlığı oluşmadan UCM'nin yargı yetkisini olumsuz etkileyen bir karar alarak iki kurum arasındaki iş birliği ilişkisini zedelemiştir. Bu durum, her ne kadar GK ve UCM Roma Statüsü'nde iş birliği içinde çalışan bağımsız iki örgüt olarak düzenlense de bu iş birliği ilişkisinin var olması için söz konusu mekanizmaların iyi niyetli bir şekilde işlemesi gerekliliğini göstermektedir.

Sonuç olarak Statü'de yer alan mevcut düzenleme, GK'den bağımsız olan bir Mahkeme'nin varlığını göstermekte ve GK'ye tanınan yetkilerin kötü niyetli kullanılmadığı sürece GK'nin, UCM'nin yargı yetkisi üzerinde olumsuz yönde etki doğurmayacağına işaret etmektedir.

[74] U.N. Security Council Resolution (BM Güvenlik Konseyi Kararı). UN. Doc. S/RES/1497 (2003). 4803. Oturum. 1 Ağustos 2003. <https://digitallibrary.un.org/record/500149>.

[75] 1497 sayılı kararın alınmasına karşı olan ve bu durumun UCM'nin yargı yetkisini dışlamak adına alındığını savunanlar olduğu gibi, BM Sözleşmesi'nin VII. bölümü çerçevesinde haklı bulan görüşler de mevcuttur. M. Cherif Bassiouni, *International Criminal Law III International Enforcement*, 3. edition (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, (2008), 502.

3- Saldırı Suçu Bakımından UCM ve GK Arasındaki İlişki

Saldırı suçu, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisine dahil edilmesi en zor olan ve devletler tarafından kabul edilmesi en sancılı sürece sahip suç tipidir. Saldırı suçunun tanımı üzerinde devletlerce henüz anlaşmaya varılamamış olması ve de bazı devletler tarafından, Güvenlik Konseyi'nin kuvvet kullanma yasağının denetimini elinde bulundurmasından dolayı söz konusu suçun sadece GK'nin tekelinde düzenlenmesi gerektiğinin savunulması, UCM'nin kurulmasını geciktirmiş hatta yıllardır süregelen UCM kurma hayali gerçekleşmeye bu kadar yakın iken UCM ile ilgili tüm çalışmaların tamamen yok olup başa döneceği endişesini doğurmuştur. Bunun üzerine Roma Konferansı'nda saldırı suçuna ilişkin herhangi bir düzenleme yapılamamış ve bu suç tipinin diğerlerinden ayrı olarak, gelecekte yapılacak değişikliklerle Statü'de düzenlenmesi kararı alınmıştır. 31 Mayıs-11 Haziran 2010 tarihleri arasında saldırı suçunun düzenlenmesi amacıyla, Uganda'nın başkenti olan Kampala'da Gözden Geçirme Konferansı düzenlenmiştir.^[76] Konferans neticesinde alınan karar ile Statü'nün 5/2 maddesi mülga olmuş; Statü'ye 8 *bis*, 15 *bis* ve 15 *ter* maddeleri eklenerek saldırı suçunun tanımı yapılmış ve Mahkeme'nin bu suç üzerindeki yargı yetkisi düzenlenmiştir. Konferans'ta kabul edilen kararın yedi yıl sonra yürürlüğe girmesi ile 1 Ocak 2017 tarihinden sonra UCM'nin saldırı suçu üzerinde yargı yetkisi doğmuş ve UCM'nin saldırı suçu üzerindeki yargı yetkisi, BM Güvenlik Konseyi ile ilişkisi bakımından diğer üç suç tipinden birtakım farklılıklar içererek düzenlenmiştir.

a) Saldırı Suçunun Tanımı

Madde 8 *bis* ile getirilen saldırı suçu; ilk fıkrada Statü'nün amacı ve BM Şartı m. 2/4'ün^[77] lafzına dayandırılarak tanımlanmış,^[78] ikinci fıkrada ise saldırı fiilinin tanımı yapılmış ve bu fiillerin neler olduğunu belirtmek için

[76] Devyani Kacker, "Coming Full Circle: The Rome Statute and the Crime of Aggression," *Suffolk Transnational Law Review* 33, no. 2 (Summer 2010): 287.

[77] BM Şartı m 4/2: "Saldırı, bir devletin başka bir devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığına karşı ya da herhangi bir şekilde BM Sözleşmesi'ne aykırı olarak silahlı güç kullanılmasıdır."

[78] Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 6. baskı, İstanbul: Seçkin Yayınları, (2021), 618.

saldırı eyleminin tanımlandığı ve bu suçu oluşturan eylemlerin belirlendiği 1974 tarih ve 3314 sayılı Genel Kurulu Kararı^[79]na atıfta bulunulmuştur. Söz konusu maddeye göre:

“1. Bu Statü’nün amacı bakımından “saldırı suçu”, bir Devletin siyasi veya askeri eylemlerini etkili biçimde kontrol edebilme veya yönetebilme konumunda bulunan bir kimse tarafından, karakteri, ağırlığı ve boyutu itibariyle Birleşmiş Milletler Şartı’nı açıkça ihlal eden bir saldırı fiilinin planlanması, hazırlanması, başlatılması veya icrasını ifade eder.

2. Paragraf 1’in amacı bakımından “saldırı fiili”, bir Devlet tarafından, bir başka Devletin egemenliğine, toprak bütünlüğüne veya bağımsızlığına karşı veya Birleşmiş Milletler Şartı’na aykırı başka şekillerde silahlı kuvvet kullanılmasıdır. Aşağıdaki eylemlerden her biri, savaş ilan edilmiş olup olmamasına bakılmaksızın, BM Genel Kurulu’nun 14 Aralık 1974 tarih ve 3314 (XXIX) sayılı kararına uygun olarak saldırı fiili biçiminde değerlendirilir: ...”

Saldırı suçunun tanımında bir bireyden bahsedilirken; saldırı fiilinin tanımında bir devlet tarafından gerçekleştirilen eylemden söz edilmektedir. Bu nedenle, saldırı suçu sadece devletlerin askeri ya da siyasi faaliyetleri üzerinde baskı kurabilen ya da bu faaliyetleri yönlendirebilen kişiler tarafından işlenebilen bir liderlik suçu olup, Mahkeme’nin yargı yetkisindeki diğer suçlardan farklı olarak bireysel halde işlenememektedir. Bu bağlamda Mahkeme, saldırı suçunun işlenip işlenmediğini tespit ederken, saldırı fiilinin gerçekleşip gerçekleşmediğine karar vermek için, Genel Kurul tarafından alınmasından dolayı siyasi bir karar olan 3314 sayılı BM kararına bakmak zorundadır.

Sonuç olarak; saldırı suçu ile saldırı fiilinin tanımı ve saldırı suçu olarak sayılan fiillerin neler olduğu BM Şartı’na ve 3314 sayılı BM Genel Kurul kararına göre belirlenecektir. Ancak söz konusu düzenlemelerde saldırı eyleminin karakteri, ağırlığı ve boyutu gibi saldırı suçunun içermesi gereken koşulların soyut şekilde yer almasının; UCM’yi, bağımsız ve tarafsız

[79] U.N. Security Council Resolution (BM Güvenlik Konseyi Kararı). UN. Doc. S/RES/3314 (1974). 2319. Oturum. 24 Kasım 1974. https://crimeofaggression.info/documents/6/General_Assembly_%20Resolution_%203314.pdf.

mahkemelerde olması gereken yasal kesinlik ilkesinden mahrum bırakacağı ve hukuki bir belirleme yapmaktan uzaklaştıracağı düşünülmektedir.^[80]

b) Saldırı Suçu Üzerinde Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargı Yetkisini Kullanması

Mahkeme'nin saldırı suçu bakımından yargı yetkisini kullanması durumu, devlet bildirim ve savcının re'sen harekete geçmesi halleri bakımından m. 15 *bis*'te ve Güvenlik Konseyi'nin başvurusu bakımından m. 15 *ter*'de ayrı ayrı düzenlenmiştir. 15 *bis* maddesinin 4. ve 5. bentleri ile, diğer suçlardan farklı olarak saldırı suçunda, devlet bildirim ve savcının re'sen harekete geçmesi hallerinde Mahkeme'nin yargı yetkisine ilişkin özel hükümler getirilmiştir. Taraf bir devletin, m. 15 *bis*/4^[81]e dayanarak saldırı suçu bakımından Mahkeme'nin yargı yetkisini kullanmasını engelleme imkânına sahip olacağı belirtilmiştir. M. 15 *bis*/5^[82]'te Statü'ye taraf olmayan bir devletin ülkesinde veya o devletin vatandaşları tarafından işlenen saldırı suçları üzerinde, Mahkeme'nin yargı yetkisinin bulunmadığı ifade edilmiştir. Bu hüküm ile Statü'ye taraf olmayan bir devlet –ister saldırgan devlet olsun, isterse de saldırının mağduru olsun– UCM'nin yargı yetkisinden muaf tutulmuş^[83] ve Statü'nün 12. maddesindeki genel düzenleme olan Mahkeme'nin taraf olmayan devletler üzerindeki yargı yetkisi, saldırı suçları bakımından kaldırılmıştır.

[80] Nergiz Emir, “Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargı Yetkisi Bakımından Saldırı Suçu,” *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1*, no. 2 (2015): 130.

[81] “*Bir Taraf Devlet, daha önceden bir saldırı fiilinden kaynaklanan saldırı suçu üzerinde Divanın yargılama yetkisini kabul etmediğine yönelik Yazı İşleri Bürosu Başkanı'na bir bildirimde bulunmamışsa, Mahkeme, madde 12 uyarınca, söz konusu Taraf Devlet tarafından işlenen saldırı suçu üzerinde yargılama yetkisini kullanabilir. Böyle bir bildirim geride alınması her zaman mümkün olup, Taraf Devlet tarafından bu husus üç yıl içinde değerlendirilir.*”

[82] “*Bu Statü'ye taraf olmayan bir Devlet bakımından, saldırı suçu söz konusu Devletin vatandaşları tarafından veya o Devletin toprakları üzerinde işlendiğinde, Divan saldırı suçu üzerinde yargı yetkisini kullanamaz.*”

[83] Olgun Değirmenci ve Ali Mavuş, *Uluslararası Ceza Hukukunda Saldırı Suçu*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2016), 125.

Düzenlemenin 6. bendine göre, savcının re'sen harekete geçebilmesi için; öncelikle bir devlet tarafından işlenmiş saldırı fiiline ilişkin GK'nin tespiti olup olmadığını araştırması, böyle bir tespit bulunmaması halinde BM Genel Sekreteri'ne bildirimde bulunması gerekmektedir. Savcının bildiriminden sonra altı aylık süre içerisinde, GK tarafından saldırı suçuna ilişkin herhangi bir tespit yapılmamışsa veya Statü m. 16 uyarınca soruşturmayı erteleme kararı verilmemişse; savcı, 15. maddedeki usul çerçevesinde, saldırı suçu bakımından soruşturmaya devam edebilecektir.

Düzenlemenin 9. bendinde, başka bir organın yaptığı saldırı tespitinin Mahkeme'nin kararını etkilemeyeceği belirtilmiştir. Bu nedenle Mahkeme, saldırı suçuna ilişkin tespiti yaparken GK kararından bağımsız olup, GK'nin saldırının gerçekleşmemiş olduğuna ilişkin kararını dikkate almayabileceği gibi, saldırının gerçekleşmiş olduğuna ilişkin kararını da göz ardı edebilir.

Roma Statüsü m. 15 *ter* ile Güvenlik Konseyi'nin başvurusu üzerine UCM'nin saldırı suçuna ilişkin yargı yetkisini kullanması bakımından diğer suç tiplerinden farklı bir koşul getirilmemiştir. Dolayısıyla, Güvenlik Konseyi kararı ile Mahkeme'nin harekete geçirilmesinde, devlet başvurusu ve savcının re'sen harekete geçtiği durumlarda öngörülen Mahkeme'nin yargı yetkisini kullanabilmesi için gereken zorlaştırıcı koşullar bulunmamaktadır.

Statü m. 15 *ter/4*'te, Mahkeme dışında herhangi bir organ tarafından saldırı fiilinin işlendiğinin tespit edilmiş olmasının, Mahkeme'nin bu konudaki tespitlerine hanel getirmeyeceği belirtilmiştir. Bu hükümden hareketle, GK başvurusu üzerine saldırı suçuna ilişkin yargı yetkisinin kullanılması durumunda dahi Mahkeme'nin, Güvenlik Konseyi'nden bağımsız bir belirleme yapma yetkisine sahip olduğu anlaşılmaktadır.^[84]

Bu bağlamda, Roma Statüsü'ne eklenen üç madde ile UCM'nin saldırı suçu üzerindeki yargı yetkisi diğer üç suç tipinden birtakım farklılıklar içerecek düzenlenmiştir. Saldırı suçuna ilişkin yapılan tanımın BM Şartı ve 3314 sayılı Genel Kurul kararının etkisi altında kalması ve saldırı suçu bakımından savcının re'sen harekete geçmesi ile devlet başvurusunda Mahkeme'nin yargı yetkisinin doğması için ağır ön şartların yerine getirilmesi, doktrinde Güvenlik Konseyi'nin UCM'nin saldırı suçuna ilişkin yargı yetkisi üzerinde

[84] Emir, "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargı Yetkisi," 138.

belirleyici bir role sahip olduğu şeklinde yorumlanmıştır.^[85] Ayrıca bazı yazarlar tarafından bu rolün filtre etkisi niteliğinde olduğu ifade edilmiştir.^[86] Ancak saldırı suçuna ilişkin bu düzenlemelerin, GK'nin UCM'nin aldığı kararları denetleme yetkisinin doğduğu ya da UCM üzerinde hâkimiyet kurarak UCM'nin yargı yetkisini kısıtladığı şeklinde yorumlanması pek olası değildir. Çünkü bu durum, söz konusu suçun siyasi niteliğinden dolayı, tanımının ve kapsamının belirlenmesinin zor olmasından ve BM Güvenlik Konseyi'nin bu durumdan birincil derecede sorumlu tutulmasından kaynaklanmaktadır ve UCM'nin hala bağımsız karar aldığı Statü'ye eklenen 15 *bis*/9 ve 15 *ter*/4 maddelerinde de ifade edilmektedir. Bu nedenle saldırı suçunun, iki örgüt arasında iş birliği kapsamında, diğer suçlardan çok daha sıkı ilişkiler kurulmasına neden olduğu söylenebilir.

Son yıllarda Rusya tarafından Ukrayna topraklarında gerçekleştirilen geniş çaptaki şiddete ilişkin UCM tarafından açılan soruşturmaya bakıldığında; soruşturmanın UCM'nin yargı yetkisine giren suçlardan savaş suçları, insanlığa karşı işlenen suçlar ve soykırım iddialarını kapsadığı, ancak saldırı suçuna ilişkin herhangi bir değerlendirmenin yapılmadığı görülmektedir.^[87] Bunun nedeni Statü'ye taraf olmadığı için Roma Statüsü m. 15 *bis*/5 uyarınca UCM'nin Rusya üzerinde saldırı suçuna ilişkin yargı yetkisini kullanamamasının yanı sıra; GK daimi üye devletlerinden biri olan Rusya'nın GK'yi yönlendirecek pozisyonda olmasından dolayı, UCM'nin Rusya hakkında yaptığı soruşturmaları saldırı suçunu kapsayacak kadar genişletememesidir.

Sonuç olarak Statü'de saldırı suçuna ilişkin yer alan mevcut düzenleme, iki örgüt arasında sıkı bir iş birliği ilişkisi var olduğunu göstermekte; ancak bu iş birliği ilişkisinin, söz konusu düzenlemelerin iyi niyetli bir şekilde pratik hayata geçirilmesi ile anlam kazanacağına işaret etmektedir.

[85] Troy Lavers, "(Pre)Determining the Crime of Aggression: Has the Time Come to Allow the International Criminal Court Its Freedom," *Albany Law Review* 71, no. 1 (2008): 313; Kacker, "Coming Full Circle: The Rome Statute and the Crime of Aggression," 278.

[86] David Scheffer, "A Pragmatic Approach to Jurisdictional and Definitional Requirements for the Crime of Aggression in the Rome Statute," *Case Western Reserve Journal of International Law* 41, no. 2-3 (2009): 398.

[87] <https://crimeofaggression.info/resourcessearch/situation-in-ukraine/>.

IV. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER VE ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ ARASINDAKİ İLİŞKİYİ DÜZENLEYEN ANTLAŞMA'YA GÖRE BM VE UCM ARASINDAKİ İLİŞKİ

Roma Statüsü'nün kabul edilmesinin ardından UCM'nin kuruluş aşamasının tamamlanması için "F Kararı" alınmış ve Karar'ın 5. maddesinde, UCM'nin fiilen göreve başlayabilmesi için yapılması gereken hazırlıklar ve düzenlemeler belirtilmiştir. Söz konusu maddenin (c) bendinde, Mahkeme ile BM arasındaki ilişkiyi belirleyen bir antlaşmanın hazırlanması gerektiği belirtilmiş ve Mahkeme Başkanı Philippe Kirsch ve BM Genel Sekreteri Kofi Annan tarafından imzalanan "Mahkeme ile Birleşmiş Milletler Arasındaki İlişkiyi Belirleyen Antlaşma" 4 Kasım 2004'te yürürlüğe girmiştir.

Söz konusu Antlaşma'nın Başlangıç kısmında iki örgütün amaçları, önemli görevleri ve yetkileri hatırlatılmış ve birinci maddede antlaşmanın varoluş amacı açıklanmıştır. İkinci maddede UCM'nin bağımsızlığından bahsedilmiş ve BM ve UCM'nin, birbirlerinin varlıklarına saygı duyması gerektiği belirtilmiştir. Antlaşma'nın diğer kısımlarında ise bilgi alışverişi, adli yardım, yapısal ve teknik konulardaki iş birliği gibi iki örgütün birbirlerine karşı hak ve yükümlülükleri belirtilerek aralarındaki ilişki düzenlenmiştir.

Antlaşma'nın 17. maddesinde GK ve UCM arasındaki ilişki düzenlenmiştir. Söz konusu maddede, iki kuruluş arasındaki ilişkinin iş birliği olduğu ve bu iş birliğinin nasıl olacağı belirtilmiştir. Maddeye göre, BM Şartı'nın VII. Bölümü'ne göre hareket eden Güvenlik Konseyi'nin, Roma Statüsü'nün 13/b maddesi uyarınca çekirdek suçların işlendiği durumlarda savcıyı harekete geçirme yetkisi bulunmaktadır. Bu halde BM, tespit edilen suça ilişkin bilgi ve belgeleri UCM'ye teslim ederek, UCM de GK'yi bilgilendirerek iki kuruluş, bilgi alışverişi halinde olacaktır. Ayrıca Roma Statüsü m. 87/5-b ve 87/7'de de ifade edildiği üzere; GK tarafından Mahkeme'ye havale edilen bir konu hakkında iş birliği yapmakla yükümlü olan devletlerin, bu yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde Mahkeme'nin GK'ye haber vermesi, GK'nin de aldığı kararı Mahkeme'ye bildirmesi gerekmektedir. Bir diğer fıkrada Statü'nün 16. maddesinde düzenlenen BM Şartı VII. Bölüm'de yer alan durumlar hakkında BM'nin soruşturma ve kovuşturmayı durdurma ya da erteleme yetkisinden bahsedilmektedir.

İlgili Antlaşma'nın 18. maddesinde, BM ile savcı arasındaki ilişkinin nasıl olacağı düzenlenmiş ve BM'ye, BM Şartı'na uygun olarak, savcı ile iş birliği geliştirme ve savcı ile uygun oldukça iş birliği için gerekli antlaşmalar altına

girme yükümlülüğü getirilmiştir. Ayrıca bazı kurallar dahilinde, savcının kendiliğinden hareket etme ile başlayan soruşturmaları ile ilgili konularda da aradığı ek bilgiyi BM organlarından sağlayarak, iki örgütün aralarında iş birliği yapmaları gerektiği belirtilmiştir.

Sonuç olarak iki örgüt arasındaki ilişki, söz konusu antlaşmada madde madde düzenlenmiş ve bu düzenlemelerde iki kurumun birbirinden bağımsız, kararlarını etkileyen veya birbiri üzerinde hâkimiyet kuran yapıda değil; tam tersine aynı amacı gerçekleştirmek adına iş birliği içinde çalışan kuruluşlar olduğu belirtilmiştir.

SONUÇ

Birleşmiş Milletler ve özellikle BM Güvenlik Konseyi ile Uluslararası Ceza Mahkemesi arasında gerek oluşum süreci gerek aynı amaca hizmet etme bakımından ilişki bulunmaktadır. Bu ilişki sadece söz konusu örgütlerin bu iki ortak yanından dolayı yapılan çıkarımlardan ibaret kalmamış, aynı zamanda UCM'nin kurucu antlaşması olan Roma Statüsü'nde bulunan düzenlemelerle ve Birleşmiş Milletler ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Arasındaki İlişkiyi Düzenleyen Antlaşma ile nicelik kazanmıştır. Bu düzenlemeler, BM ve UCM arasındaki ilişkinin niteliğini de belirlemiş ve iki kuruluş arasındaki ilişkinin iş birliği olduğu ifade edilmiştir. Ancak söz konusu düzenlemeler iki örgüt arasındaki ilişkinin niteliği hakkında ortaya çıkan tartışmaları sonlandırmamış; tam tersine Roma Statüsü m. 16'da düzenlenen GK'nin soruşturma ve kovuşturmayı erteleme yetkisinin 1487 ve 1497 sayılı BM kararları ile pratikte uygulanması ile GK'nin, UCM'nin yargı yetkisini kısıtladığı ve hatta tamamen ortadan kaldırdığı gerekçesi ile aradaki iş birliğini yok ettiği ileri sürülmüştür. Diğer taraftan, Roma Statüsü m. 13/b uyarınca GK'nin bir konuyu UCM önüne getirme yetkisinin UCM'nin yargı yetkisini genişlettiği ve bu yetki sayesinde artık GK'nin *ad hoc* mahkeme kurmasına gerek olmadığı belirtilerek iki örgüt arasında iş birliği sağlandığı ifade edilmektedir. Ancak; GK'nin bu yetkiye sadece kendi çıkarlarını etkilemeyen devletlerde yaşanan ihlaller için başvurduğu, bu nedenle bu düzenlemenin UCM'nin bağımsızlığını olumsuz yönde etkilediği de savunulmaktadır. Nitekim 2022 yılında başlayan Rusya-Ukrayna Savaşı'na ilişkin UCM, Rusya hakkında 2013 yılından beri Ukrayna'da yaşanan olaylara ilişkin 2 Mart 2022 tarihinde soruşturma başlatmıştır. Somut olaya bakıldığında; Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin, bazı yazarlarca UCM üzerinde söz sahibi olduğu savunulan Güvenlik Konseyi daimi üye devletlerinden birini de yargılayabileceği ihtimalinin olduğu görülmekte ve bu durumun UCM'nin meşruiyetini ve BM'den bağımsızlığını somutlaştıracağı düşünülmektedir. Aynı zamanda 2017 yılına kadar Güvenlik Konseyi'nin tekeline olarak görülen saldırı suçu bakımından UCM ile GK arasındaki ilişki, diğer suçlardan farklı olarak düzenlenmiştir. Ancak bu ilişkinin diğerlerinden farklı olarak düzenlenmesi iki kuruluş arasında iş birliğinin olmadığı anlamına gelmemekte; tam tersine saldırı suçu hakkında iki örgütün diğer suçlara nazaran daha sıkı bir iş birliği ilişkisi içinde olduğunu göstermektedir.

Sonuç olarak; pratikte alınan bazı kararlar iki örgüt arasındaki iş birliği ilişkisine gölge düşürse ve bu konuda karşıt görüşler yer alsada iki örgüt de uluslararası barış ve güvenliği sağlamayı amaçlayan, iyi niyetle işleyen mekanizmalar olduğu sürece, iş birliği ilişkisinin ortadan kalkarak bir örgütün diğeri üzerinde hâkimiyet kurduğu bir hiyerarşi ilişkisinin var olduğunu ileri sürme olasılığı gerçekçi değildir.

KAYNAKÇA

- Abass, Ademola. "The Competence of the Security Council to Terminate the Jurisdiction of the International Criminal Court." *Texas International Law Journal* 40. no. 2 (Winter 2005): 263-298.
- Alibaba, Arzu. "Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 49. no. 1 (2000): 181-207.
- Arbour, Louise. "The Relationship Between the ICC and UN Security Council." *Global Governance* 20 (2004): 195-201.
- Bassiouni, M. Cherif. *International Criminal Law III. International Enforcement*. 3. Edition. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers. 2008.
- Bohlander, Michael. "Darfur, The Security Council, And The International Criminal Court." *The International and Comparative Law Quarterly* 55. no.1 (January 2006): 226-236.
- Condorelli, Luigi ve Annalisa Ciampi. "Comments on the Security Council Referral of the Situation in Darfur to the ICC." *Journal of International Criminal Justice* 3 (2005): 590-599.
- Çakmak, Cenap. "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Darfur Krizi'ne Müdahil Olması ve ABD'nin Süper Güç Olarak Limitleri." *Uluslararası Hukuk ve Politika* 3. no.10 (2007): 43-74.
- Değirmenci, Olgun ve Ali Mavuş. *Uluslararası Ceza Hukukunda Saldırı Suçu*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2016.
- Elias, Olufemi ve Anneliese Quast. "The Relationship between the Security Council and the International Criminal Court in the Light of Resolution 1422." *Non-State Actors and International Law* 3. no. Issues 2-3 (2003): 165-186.
- Ely II, Robert B. "A Proposal for an International Criminal Court; A Critique and an Alternative." *Dickinson Law Review* 57. no. 1 (1952): 46-60.
- Emir, Nergiz. "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargı Yetkisi Bakımından Saldırı Suçu." *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1. no. 2 (2015): 118- 143.

- Fletcher, George P. ve Jens David Ohlin. “The ICC: Two Courts in One?.” *Journal of International Criminal Justice* 4 (2006):428-433.
- Galand, Alexandre Skander. “The Nature of the Rome Statute of the International Criminal Court (and its Amended Jurisdictional Scheme).” *Journal of International Criminal Justice* 17. no.5 (2019): 933-956.
- Gallarotti, Giulio M. ve Arik Y. Preis. “Politics, International Justice, and the United States: Toward a Permanent International Criminal Court.” *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs* 4. no. 1 (Spring/Summer 1999): 1-54.
- Greenawalt, Alexander K. A. “Introductory Note to the International Criminal Court: Decisions Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi and the Republic of Chad to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad al Bashir & African Union Response”, *International Legal Materials* 51. no. 2 (2012): 393-417.
- Hall, Christopher Keith. “The Powers and Role of the Prosecutor of the International Criminal Court in the Global Fight against Impunity.” *Leiden Journal of International Law* 17. no. 1 (March 2004): 121-140.
- İşyar, Ömer Göksel. “Günümüzde Uluslararası Güvenlik Stratejileri: Kavramsal Çerçeve ve Uygulama.” *Gazi Akademik Bakış* 2. no. 3 (2008): 1-42.
- Jain, Neha. “A Separate Law for Peacekeepers: The Clash between the Security Council and the International Criminal Court.” *The European Journal of International Law* 16. no. 2 (2005): 239-254.
- Jamison, Sandra L. “A Permanent International Criminal Court: A Proposal That Overcomes Past Objections.” *Denver Journal of International Law and Policy* 23. no. 2 (Spring 1995): 419-458.
- Kacker, Devyani. “Coming Full Circle: The Rome Statute and the Crime of Aggression.” *Suffolk Transnational Law Review* 33. no. 2 (Summer 2010): 257-288.

- Keppler, Elise. “The United States and the International Criminal Court: The Bush Administration’s Approach and a Way Forward Under the Obama Administration.” *Publicist* 2. no. 1 (2009): 12-23.
- Knottnerus, Abel S. “The Security Council And The International Criminal Court: The Unsolved Puzzle Of Article 16.” *Netherlands International Law Review* 1. (2014): 195-224.
- Koskenniemi, Martti. “The Police in the Temple Order, Justice and the UN: A Dialectical View.” *European Journal of International Law* 6. no. 3 (1995): 325-348.
- Kurşun, Günal. *101 Soruda UCM*. 1. Baskı. Ankara: İnsan Hakları Gündemi Derneği. 2011. https://rightsagenda.org/wp-content/uploads/2019/01/821_101SorudaUCM.pdf.
- Kyle, Jess. “The New Legal Reality: Peace, Punishment, and Security Council Referrals to the ICC.” *Transnational Law and Contemporary Problems* 25. no. 1 (Winter 2015): 109-152.
- Lavers, Troy. “(Pre)Determining the Crime of Aggression: Has the Time Come to Allow the International Criminal Court Its Freedom.” *Albany Law Review* 71. no. 1 (2008): 299-320.
- Mégret, Frédéric. “International Criminal Justice as a Peace Project.” *The European Journal of International Law* 29. no. 3 (2018): 835-858.
- Önok, Murat. *Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı*. Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları. 2003.
- Roach, Steven C. “Humanitarian Emergencies and the International Criminal Court (ICC): Toward a Cooperative Arrangement between the ICC and UN Security Council.” *International Studies Perspectives* 6. no. 4 (2005): s. 431-446.
- Rukooko, Archangel ve Byaruhanga Jon Silverman. “The International Criminal Court and Africa: A Fractious Relationship Assessed.” *African Human Rights Law Journal* 19. no. 1 (2019): 85-104.
- Sarıgüzel, Hacı. “Uluslararası Ceza Mahkemesi.” *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*. no. 3 (2013): 230-273.

- Scheffer, David. "A Pragmatic Approach to Jurisdictional and Definitional Requirements for the Crime of Aggression in the Rome Statute." *Case Western Reserve Journal of International Law* 41. no. 2-3 (2009): 397-412.
- Shamsi, Nadia. "The ICC a Political Tool? How The Rome Statute Is Susceptible to The Pressures of More Power States." *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution* 24. no. 1 (2016): 85-104.
- Sur, Melda. "Birleşmiş Milletler Örgütünün Gelişimi ve Geleceği The Development and The Future of the United Nations." *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi* 8 (2013): 2535-2550.
- Tabanlı, Figen. "Uluslararası Ceza Yargılamalarına Başlanabilmesinde Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin Rolü ve Sudan Örneği." *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*. no. 1 (2017): 79-104.
- Talmon, Stefan. "The Security Council As World Legislature." *American Journal of International Law* 99. no.1 (2005): 175-193.
- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok. *Uluslararası Ceza Hukuku*. 6. baskı, İstanbul: Seçkin Yayınları. 2021.
- Trahan, Jennifer. "Revisiting the Role of the Security Council Concerning the International Criminal Court's Crime of Aggression." *Journal of International Criminal Justice* 17 (2019): 471-483.
- Uzun, Elif. "Milletlerarası Ceza Mahkemesi Düşüncesinin Tarihsel Gelişimi ve Roma Statüsü." *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 3. no. 2 (2003): 25-48.
- Weller, Marc. "Undoing the Global Constitution: UN Security Council Action on the International Criminal Court." *International Affairs* 78. no. 4 (2002): 693-712.
- Zappalà, Salvatore. "The Reaction of the US to the Entry in to Force of the ICC Statute: Comments on UN SC Resolution 1422 (2002) and Article 98 Agreements." *Journal of International Criminal Justice* 1 (2003): 114-134.

Zimmermann, Andreas. “The Creation of a Permanent International Criminal Court.” *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 2 (1998): 169-238.

İnternet Kaynakları

Fanton, Jonathan F. “US Obstructs Global Justice.” *Los Angeles Times*. 29 Mart 2005. <https://www.latimes.com/archives/la-xpm-2005-mar-29-oe-fanton29-story.html>.

Müller, Lukas Emanuel. “Referrals, Deferrals and Many Double Standards: Recapitulating the History of the SC-ICC Relationship.” *Völkerrechtsblog*. 12.07.2022. <https://voelkerrechtsblog.org/referrals-deferrals-and-many-double-standards/>.

“Open Debate in the Security Council on Peace and justice, with a special focus on the role of the International Criminal Court.” 17 October 2012. S/2012/731. https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3CF6E4FF96FF9%7D/s_2012_731.pdf.

“The Relationship Between the ICC and the Security Council: Challenges and Opportunities.” The International Peace Institute (IPI). 777 United Nations Plaza. New York. 10017-3521. (March 2013). https://www.ipinst.org/wpcontent/uploads/publications/ipi_e_pub_relationship_bet_icc_and_sc_2_.pdf.

“United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court.” Rome. 15 June -17 July 1998 Official Records A/CONF.183/13(Vol.II). https://legal.un.org/icc/rome/proceedings/E/Rome%20Proceedings_v2_e.pdf.

<https://www.icc-cpi.int/darfur/abd-al-rahman>.

<https://www.securitycouncilreport.org/whatsinblue/2022/06/aria-formula-meeting%20reflections-on-the-relationship-between-the-international-criminal-court-and-the-security-council.php>.

<https://www.icc-cpi.int/situations/ukraine>.

Son Değişiklikleriyle 6502 Sayılı Kanun Kapsamında Tüketici Kredisi Sözleşmeleri

Mustafa Doğukan CANER*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Avukat, Ankara Barosu. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı Öğrencisi. dogukancaner98@gmail.com
ORCID: 0000-0002-8184-4955

Makale geliş tarihi: 4 Şubat 2023 **Makale kabul tarihi:** 13 Ekim 2023

Atıf önerisi: Caner, Mustafa Doğukan. “Son Değişiklikleriyle 6502 Sayılı Kanun Kapsamında Tüketici Kredisi Sözleşmeleri.” *Ankara Barosu Dergisi* 81, no. 4 (Cumhuriyet 100. Yıl Özel Sayısı, Ekim 2023): 237-293.

DOI: 10.30915/abd.1247467

SON DEĞİŞİKLİKLERİYLE 6502 SAYILI KANUN KAPSAMINDA TÜKETİCİ KREDİSİ SÖZLEŞMELERİ

ÖZ

Tüketici işlemlerinde önemli bir yer tutan tüketici kredisi sözleşmeleri, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da on maddelik ayrıntılı bir düzenlemeyle kendine yer bulmuştur. Önceki düzenlemelerin aksine, tüketici kredisi sözleşmelerinin kapsamı ödemenin ertelenmesi ve ödünç esasları üzerinden belirlenmekte, bu kapsama olası finansman yöntemleri de dâhil edilmektedir. Kanun'da sözleşme öncesinden başlayarak, sözleşme sonuna kadar devam eden süreçte tüketiciyi koruyan düzenlemelere yer verilmiştir. Uygulamada karşılaşılan sorunların giderilmesi amacıyla 6502 sayılı Kanun'da değişiklikler içeren 7392 sayılı Kanun kabul edilmiştir. Bu değişiklikler ile tüketiciyi koruyan hükümlerin kapsamı genişletilmiştir. Çalışmada tüketici kredisi sözleşmelerinin uygulama alanı ile sözleşme kapsamındaki finansman şekilleri, sözleşmenin tarafları, unsurları, hukuki niteliği, şekli ve tüketiciyi koruyan hükümleri 7392 sayılı Kanun ile değişik güncel mevzuat kapsamında ayrı ayrı incelenmiştir.

Anahtar kelimeler:

tüketici kredisi sözleşmeleri

tüketici

kredi veren

kredi

tüketicinin korunması

THE CONSUMER CREDIT AGREEMENTS WITHIN THE SCOPE OF LAW NO. 6502 WITH THE LATEST AMENDMENTS

ABSTRACT

Consumer credit agreements, which have an important place in consumer transactions, have found place with a detailed regulation of ten articles in the Law on Consumer Protection, No. 6502. Contrary to the previous regulations, the scope of the consumer credit agreements is defined on the basis of deferred payment and loan, meanwhile potential financing methods are also counted in this scope. The Law includes regulations protecting the consumer in the process starting from the pre-contract and continuing until the end of the agreement. For the purpose of satisfying the problems encountered in practice, Law No. 7392, which includes amendments to Law No. 6502, has been accepted. With these amendments, the scope of the provisions protecting the consumer has been expanded. In the study, with the application field of consumer credit agreements, financing accommodations under the agreement, parties, elements, legal status, form, and the provisions protecting consumer of the agreement were examined separately within the scope of current legislation amended by Law No. 7392.

Keywords:

consumer credit agreements

consumer

creditor

credit

consumer protection

GİRİŞ

Geçmişten günümüze her dönemde ekonomik ilişkiler karşılıklı veya karşılıksız bir ödünç sistemini içeren araçları gerekli kılmıştır. Bu araçların birçok türü olmakla birlikte, karşılıklı bir ödünç sistemi içeren en önemli araçlardan birisini *krediler* oluşturmaktadır. Kredi, “iktisadi birikimi olan kimselerin iktisadi sürdürülebilirlik amacıyla belli bir menfaat karşılığında başka bir kimseye satın alma gücü sağlaması” olarak tanımlanabilir. Esasında kredi veren taraf, belli bir satın alma gücünden belli bir süreliğine kredi alan lehine vazgeçmekte ve bu süreçte mahrum kaldığı satın alma gücünün karşılığı olarak bir menfaat elde etmektedir.^[1]

Değişen ve gelişen ekonomik süreç, sermaye birikimini de beraberinde getirmiş ve ortaya kredi kuruluşlarını çıkarmıştır. Piyasadaki artan ihtiyaçlar karşısında, kredi kuruluşlarının önemi artmış ve bu kuruluşlar sistemi domine eder hâle gelmişlerdir. Zamanla bankacılık işlemlerinin de artmasıyla birlikte, kredi kuruluşları kendileriyle kredi ilişkisi kurmak isteyen ancak sistemin karmaşık işleyişi hakkında da tam bilgi sahibi olmayan tüketiciler aleyhine tek taraflı düzenleme yapmaya başlamışlardır. Dahası yoğun reklam faaliyetleri ve pazarlama teknikleri de tüketicileri ihtiyaçları olmayan kredileri almaya yönlendirmiş, tüketicilerin aşırı borçlanma riskini ortaya çıkarmıştır.^[2] Borç ilişkilerindeki eşitlik dengesinin bu şekilde tüketiciler aleyhine bozulması tüketiciler açısından önemli bir problem hâline gelmiştir. Bu nedenle, borç ilişkilerindeki eşitlik dengesinin gözetilmesi ve daha zayıf konumda bulunan tüketiciyi koruma amacıyla çeşitli yöntemler geliştirilmiştir. Bu yöntemler de tipik bir sözleşme olarak *tüketici kredisi sözleşmelerine* vücut vermiştir. Tüketici kredisi sözleşmeleri, basit anlamıyla, krediden tüketicilerin yararlandığı sözleşmeleri ifade etmektedir.

Türk hukukunda tüketici kredisi sözleşmelerine ilişkin ilk doğrudan düzenleme 08.09.1995 yürürlük tarihli 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile yapılmıştır.^[3] Kanun’da yapılan bu özel düzenleme

[1] Şebnem Akipek, *Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi*, 1. Baskı (Ankara: Seçkin, 1999), 9-10.

[2] Yeşim M. Atamer, *Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması*, 1. Baskı (İstanbul: Oniki Levha, 2016), 14.

[3] RG. 08.03.1995-22221.

öncesinde tüketiciler, eski Borçlar Kanunu ve eski Medeni Kanun'daki genel hükümler ile Bankalar Kanunu ve Merkez Bankasının düzenlemeleri çerçevesinde korunuyordu.^[4] Ancak bu hükümler, tüketicilerin artan sorunlarına çözüm olmamış ve 4077 sayılı Kanun ile tüketici kredisi sözleşmelerine ilişkin tek maddelik bir düzenleme getirilmiştir.^[5] Bu düzenlemede ortak bir kredi pazarına dâhil olma gayesiyle, tüketici kredisi sözleşmelerini düzenleyen 87/102 sayılı AB Yönergesi dikkate alınmıştır.^[6] Kanun'da tüketici kredisinin kapsamı, mal veya hizmet edinmek amacıyla verilen nakit şeklinde belirlenmiştir. Düzenlemenin kapsamına 4822 sayılı Kanun^[7] ile kredi kartları da dâhil edilerek yeni esaslar benimsenmişse de yapılan bu değışikliklerin de tüketici işlemlerinin çeşitlenmesi karşısında ihtiyaçlara cevap vermekte yetersiz kaldığı görülmüştür.

AB mevzuatı ile tam uyumun sağlanması çalışmaları sırasında mevcut düzenlemelerin gözden geçirilmesi ve yeniden düzenlenmesi ihtiyacı tespit edilmiş, bu kapsamda güncel AB mevzuatındaki 2008/48 sayılı Yönerge dikkate alınarak 07.11.2013 tarihli ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun^[8] (TKHK) kabul edilerek tüketici kredisi sözleşmelerine ilişkin on maddelik ayrıntılı bir düzenleme yapılmıştır. 2008/48 sayılı Yönerge'nin 3. maddesinde tüketici kredisi sözleşmesi, “kredi verenin ödemenin ertelenmesi, ödünç ya da benzeri başka finansman biçimleriyle tüketiciye kredi verdiği veya vermeyi üstlendiği sözleşme” olarak tanımlanmıştır.^[9] Bu Yönerge ile uyumlu olarak 6502 sayılı Kanun'un 22. maddesinde de tüketici kredisi sözleşmesi, “kredi verenin tüketiciye faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında ödemenin ertelenmesi, ödünç veya benzeri finansman şekilleri

[4] Akipek, *Tüketici Kredisi*, 157.

[5] Tüketicilerin tüketici kredisi alırken banka ve diğer finans kuruluşları karşısında yaşadıkları zorluklar hakkında örnekler için bkz. Aydın Zevkliler ve K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 21. Baskı (İstanbul: Vedat, 2021), 421-2.

[6] Başak Baysal, “Tüketici Kredisi (TKHK m. 22-31),” içinde *Yeni Tüketici Hukuku Konferansı*, der. Murat İnceoğlu (İstanbul: Oniki Levha, 2015), 274.

[7] RG. 14.03.2003-25048.

[8] RG. 28.11.2013-28835.

[9] Sevgi Bozkurt Yaşar, “6502 Sayılı TKHK'na Göre Tüketici Kredisi Sözleşmeleri,” *Banka ve Finans Hukuku Dergisi* 3, no. 10 (2014): 110.

aracılığıyla kredi verdiği veya vermeyi taahhüt ettiği sözleşme” olarak tanımlanmıştır. Böylece 4077 sayılı Kanun’un yetersiz düzenlemesi karşısında, 6502 sayılı Kanun’da kredi yöntemi ödemenin ertelenmesi, ödünç verilmesi ya da benzeri başka finansman şekilleri olarak genişletilmiş, tüketicilere yeni haklar tanınarak daha kapsamlı bir koruma sağlanmıştır.

6502 sayılı Kanun’un m. 31/4 hükmü uyarınca; sözleşme öncesine dair bilgilendirme, sözleşmede bulunması gereken zorunlu içerik, kapsam dışında kalan sözleşmeler, tüketici ile kredi verenin hak ve yükümlülükleri, cayma hakkı, erken ödeme, efektif yıllık faizin hesaplanması, tüketici kredilerine ilişkin reklamların zorunlu içeriği, fesih hakkının kullanılması, temerrüt, kredinin devri, bağlı kredi ile diğer hususlar hakkında uygulama usul ve esaslarını düzenlemek üzere 22.11.2015 yürürlük tarihli Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği^[10] (Yönetmelik) çıkarılmıştır.

Tüketici kredisi sözleşmelerine ilişkin son mevzuat değişikliği ise 24.03.2022 tarihli ve 7392 sayılı Kanun ile yapılmıştır.^[11] Bu Kanun ile cayma hakkı süresi içerisinde erken ödemede bulunulması ve sigorta, yan finansal ürün ve hizmet sunumu konularına ilişkin yeni düzenlemeler getirilmiş, belirsiz süreli tüketici kredisi sözleşmelerinde faiz oranı değişikliği ve bununla ilgili bildirim konusunda ise değişiklik yapılarak yeni esaslar belirlenmiştir.

Çalışma kapsamında; tüketici kredisi sözleşmelerinin uygulama alanı, sözleşmenin tarafları, unsurları, hukuki niteliği, şekli üzerinde ayrı ayrı durulacak, tarafların hak ve borçlarının da bir yönünü oluşturan tüketici kredisi sözleşmelerinin madde hükümleri çeşitli boyutlarıyla, 24.03.2022 tarihli ve 7392 sayılı Kanun ile değişik güncel mevzuat hükümleri çerçevesinde incelenecektir.

[10] RG. 22.05.2015-29363.

[11] RG. 01.04.2022-31796.

I. TÜKETİCİ KREDİSİ SÖZLEŞMELERİNİN UYGULAMA ALANI

Öteden beri tüketici kredisi; “ticari bir yarar olmaksızın mal veya hizmet tedariki doğrultusunda, gerçek veya tüzel kişilerin malvarlıklarına duyulan güven ile onlara önceden tayin edilmiş faiz, vade şeklindeki şartlarla iade edilmek üzere ödünç, avans veya mali destek olarak banka yahut finans kuruluşları tarafından bu kişilere verilen kredi” olarak birbirine benzer şekillerde tarif edilmiştir.^[12] Bunların temelinde tüketicilerin mal veya hizmet edinmek maksadıyla nakit kredi alması unsurları yer almaktadır. Söz konusu unsurlar, 4077 sayılı Kanun’da “tüketicilerin bir mal veya hizmet edinmek maksadıyla kredi verenden nakit olarak aldıkları kredi” şeklinde karşılık bulmuştur. Ancak hükümdeki bu tanım, krediyi yalnızca mal veya hizmet edinmek maksadıyla alınan nakit olarak nitelendirmesi ve benzeri finansman yöntemlerini kapsam dışında tutması yönleriyle uygulama alanını dar tutmaktaydı. 6502 sayılı Kanun ile beraber, tüketicinin mal veya hizmet edinmek amacı ile kredinin nakit şeklinde verilmesi şartları tanımdan çıkarılmıştır.

6502 sayılı Kanun’un 22. maddesine göre tüketici kredisi sözleşmeleri, “kredi verenin tüketiciye faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında ödemenin ertelenmesi, ödünç veya benzeri finansman şekilleri aracılığıyla kredi verdiği veya kredi vermeyi taahhüt ettiği sözleşmeyi” ifade eder. Bu tanımla birlikte tüketici kredisinin uygulama alanı genişletilmiş ve hatta bugün için mevcut olmayan yeni finansman yöntemleri yaratılarak tüketiciyi koruyucu hükümlerin dolanılması da engellenmiştir.^[13] Ancak hangi finansman yöntemi kullanılırsa kullanılsın kredinin faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında verilmediği bir durumda tüketici kredisi sözleşmesinden söz edilemez. Bu durumda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu^[14] (TBK) m. 386 vd. maddeleri uyarınca tüketim ödünç sözleşmesinden bahsedilebilir.^[15]

[12] Akipek, *Tüketici Kredisi*, 144; Ümit Gezder, *Tüketici Kredisi Sözleşmeleri*, 1. Baskı (İstanbul: Beta, 1998), 22; Sabih Arkan, “Tüketici Kredisi ve Uygulaması,” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 15, no. 1 (1989): 20-1.

[13] Yeşim M. Atamer, “Tüketici Kredisi Hukukunda Reform Projeleri ve Avrupa Birliği Hukuku ile Uyum,” içinde *Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu*, (İstanbul: Oniki Levha, 2010), 249.

[14] RG. 04.02.2011-27836.

[15] Atamer, *Kredi*, 18.

Tanıma uyan bütün sözleşmeler, adlandırılması fark etmeksizin ticari ve mesleki amaçlar dışında verildiği durumda tüketici kredisi sözleşmesi olarak değerlendirilir.^[16] Geniş kapsamda serbest kredilerin, bağlı kredilerin ve bunların yanında karma yapıyı haiz kredi kartı sözleşmelerinin tüketici kredisi sözleşmelerinin kapsamına girdiğini söylemek mümkündür.

Serbest krediler, tüketicinin herhangi bir mal veya hizmet şartına bağlı olmaksızın kredi verenden tüketim amaçlı nakit veya kredili mevduat hesabı şeklinde aldığı kredileri oluşturmaktadır.^[17] Nakit kredi sözleşmeleri, günümüzde en çok kullanılan kredi türlerinden olup, tüketici doğrudan nakit olarak aldığı krediyi dilediği gibi kullanmakta ve bu krediyi belirli bir sürede faiziyle iade etmektedir. Kredili mevduat hesabı sözleşmelerinde ise tüketici önceden belirlenmiş kredi limiti dâhilinde bu hesaptan nakit çekme, havale veya kendisine verilen banka kartından ödeme gibi işlemleri yapabilmektedir. Hesap üzerinden yapılan bu çeşitteki kredi işlemlerinde de erteleme söz konusu olmaktadır. Ancak burada tüketicinin krediyi belirli bir sürede iade etme şartı bulunmamakta olup iadeyi yaydığı süre ile orantılı olarak faiz ödemesi gerekmektedir.^[18] Benzer şekilde tüketicinin kredi borcunu kapattığı durumlarda sözleşme sona ermemekte, belirsiz süreli bir şekilde aynı kredi limiti dâhilinde devam etmektedir.^[19] Nakit kredilerin aksine kredili mevduat hesaplarının kapsamına dair Yönetmelik'in 2. maddesi ile bazı sınırlamalar getirilmiştir. Söz konusu hükme göre, otuz gün içinde ödenmeyi gerektiren kredili mevduat hesapları, tüketici kredisi sözleşmesi sayılmamaktadır.^[20]

[16] Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 1. Baskı (Ankara: Adalet, 2021), 406; İ. Yılmaz Aslan, *6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku*, 5. Baskı (Bursa: Ekin, 2015), 405.

[17] Akipek, *Tüketici Kredisi*, 176.

[18] Atamer, *Kredi*, 27.

[19] Akipek, *Tüketici Kredisi*, 178.

[20] Baysal, "Tüketici Kredisi," 285. Yazar; uygulamada kredili mevduat hesabı sözleşmelerinin genelde otuz gün içerisinde ödenmesini gerektirir günlük faiz işletilecek şekilde düzenlendiğini, Yönetmelik maddesinden günlük faiz işletilmeksizin otuz gün içerisinde ödenmesi gereken sözleşmelerin kapsam dışı tutulduğunu anlamak gerektiğini ifade etmektedir.

TKHK'nın 22/2. maddesi ile kredi kartı sözleşmeleri de tüketici kredisi sözleşmelerinin kapsamına dâhil edilmiştir. Kredi kartı, 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun^[21] (BKKKK) 3/e. maddesinde “nakit kullanımı gerekmeksizin mal ve hizmet alımı veya nakit çekme olanağı sağlayan basılı kartı veya fiziki varlığı bulunmayan kart numarası” olarak tarif edilmiştir. Bu yönüyle, kredi kartının hem kredi fonksiyonu hem de ödeme aracı fonksiyonu bulunmaktadır.^[22] TKHK m. 22/2 düzenlemesinde ise her türlü kredi kartı sözleşmeleri tüketici kredisi sözleşmesi kapsamında değildir. Hükme göre; kredi kartı sözleşmeleri, faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında, ödemenin üç aydan daha uzun süre ertelenme veya benzer şekilde taksitlendirme imkânı sağlaması durumunda tüketici kredisi sözleşmesi sayılmaktadır. Kredi kartıyla yapılan işlemin bir faiz karşılığında dört ay ertelendiği ve taksitlendirildiği örnekte tüketici kredisi sözleşmesi söz konusudur. Ancak ödemenin üç ay ve daha kısa süre ile ertelenmesine veya taksitlendirilmesine müsaade edildiği veyahut faiz veya benzeri menfaatin elde edilmediği durumlarda ise kredi kartı işlemleri tüketici kredisi kapsamında yer almamaktadır^[23]. Yine kredi kartının ödeme aracı fonksiyonu kullanılarak yapılan işlemlerde tüketici kredisi işleminden bahsedilemez. Bununla birlikte, tüketici borcun tamamını son ödeme tarihine kadar ödemezse ve bu süre üç aydan fazla bir süreye yayılır, karşılığında da faiz işletilirse, tüketici kredisi sözleşmesinden bahsedilebilir.^[24] Doktrinde, önemli olanın erteleme veya taksitlendirme imkânı tanınması olduğu, bu imkânın kullanılmaması veya kredi kartının ödeme aracı olarak kullanılıp tüketicinin zamanında ödeme yapması nedeniyle faiz ödememesi durumlarında bile tüketici kredisi sözleşmesinin varlığı kabul edilmektedir.^[25] Tüketici kredisi kapsamında kalan kredi kartı sözleşmelerine, tüketici kredisi sözleşmelerinin bütün hükümleri

[21] RG. 01.03.2006-26095.

[22] Ebru Ceylan, “Kredi Kartlarıyla İlgili 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yenilikler,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 0, no. 117 (Mart-Nisan 2015): 246.

[23] Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 413.

[24] Atamer, *Kredi*, 27-8.

[25] Şebnem Akipek, “Tüketici Kredileri,” içinde *Milli Şerh: 6502 Sayılı Kanun Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, ed. Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner (İstanbul: Aristo, 2016), 492; Baysal, “Tüketici Kredisi,” 287.

uygulanmaz.^[26] Aynı durum kredili mevduat hesabı sözleşmeleri için de geçerlidir. Yönetmelik'in 2/3. maddesine göre, kredi kartı ve kredili mevduat hesabı sözleşmelerine efektif yıllık faiz oranının hesaplanması, erken ödeme, temerrüt, bağlı kredi sözleşmesi hükümleri uygulanmaz.

Belirsiz süreli tüketici kredisi sözleşmesi olarak vücut bulan kredili mevduat hesabı ve kredi kartı sözleşmelerine bağlı olarak nakit şeklinde kullanılan meblağın taksitlere ayrılarak iadesine olanak tanıyan taksitli nakit avans kredisi sözleşmeleri de Yönetmelik'in 20. maddesinde tüketici kredisi sözleşmesi olarak kabul edilmiştir.

Kanun'un 22/1. maddesindeki tanımla genel olarak serbest krediler düzenlenmiş olsa da belirli bir mal veya hizmet edinmek amacıyla yapılan, tüketici, kredi veren ve satıcı/sağlayıcıdan oluşan üçlü yapıdaki kredi sözleşmeleri de bağlı krediler başlığı altında 30. maddede ayrı bir şekilde düzenlenmiş ve tüketici kredisi sözleşmelerinin kapsamına alınmıştır.

Genel olarak bugün uygulamada bireysel ihtiyaç kredisi, taşıt kredisi, tüketici kredisi, eğitim kredisi, bayram kredisi gibi pek çok adlandırmayla tüketicilere verilen kredileri, belirtilen şartları taşıyan kredili mevduat hesabı ve kredi kartı sözleşmelerini, bunlara dayanılarak yapılan işlemleri tüketici kredisi sözleşmesi olarak nitelendirmek mümkündür. Tüketici kredisi kavramı bir şemsiye işlevi görerek bunların hepsini belirli şartlarla bir isim altında bir araya getirmekte ve tüketiciyi koruyucu işlev görmektedir.

Ancak Yönetmelik'in 2. maddesi gereğince kredinin otuz gün içerisinde ödenmesini gerektiren kredili mevduat hesabı sözleşmeleri, konut finansmanı sözleşmeleri, çek, teminat mektubu gibi gayrinakdi kredi sözleşmeleri tüketici kredisi sözleşmelerinin kapsamı dışında tutulmuştur.

II. TARAF LARI

Bir tüketici işleminin temelinde iki taraf mevcuttur. İşlemin bir tarafını mal veya hizmet pazarında ticari veyahut mesleki amaçlarla hareket eden gerçek ya da tüzel kişiler oluştururken, diğer tarafını ise tüketiciler oluşturmaktadır. Kanuni tanımdan hareketle bir tüketici işlemi olarak tüketici kredisi sözleşmesinin taraflarını da kredi alan sıfatıyla tüketici ile kredi veren oluşturmaktadır. Kredi sözleşmesine taraf olan kişilerin TKHK'daki

[26] Ceylan, "Kredi Kartları," 256.

tanımlarla uyuşmaması ihtimalinde, ortada tüketici kredisi sözleşmesi söz konusu olmayacağından sözleşme taraflarının ayrıca incelenmesinde yarar görülmektedir.

A) TÜKETİCİ

Tüketici kavramı TKHK'nın 3/k. maddesinde, "ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi" olarak ifade edilmektedir. Hareket eden ifadesinden kişinin bizzat edinmesi, kullanması yahut yararlanması şartı olmaksızın sözleşme öncesi durumu da kapsayacak şekilde sübjektif amaç anlaşılmalıdır.^[27] Örneğin kişinin çocuğunun eğitim masrafları için bir kredi veren kuruluştan bilgi formu alması durumunda kişinin tüketici sıfatını kazanması söz konusudur. Tüketiciler için esas olan, hareket noktalarının ticari veya mesleki amaçlara dayanmamasıdır. Başka bir deyişle, tüketiciler kişisel ve kullanıma özgülenecek şekilde bir amaç taşıyarak bir mal veya hizmet ediniminde bulunmalıdırlar.^[28] Bu doğrultuda hareket eden gerçek ve tüzel kişiler, işlemlerinde tüketici sıfatına sahip olurlar.

Ancak kişilerin hareket noktasının ticari veya mesleki bir amaca dayanması hâlinde farklı ihtimaller ortaya çıkmaktadır. İlk noktada, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun^[29] (TTK) 19. maddesi bir tacirin borçlarının kural olarak ticari nitelikte olduğunu kabul etmektedir. Ticari iş karinesi olarak adlandırılan bu hükmün devamında ise gerçek kişi tacirler yönünden iki ayrı istisna düzenlenmiştir. Buna göre gerçek kişi tacirin işlemi gerçekleştirdiği sırada, söz konusu işlemin ticari işletmesi ile ilgili olmadığını işlemin diğer tarafına açık bir şekilde beyan ettiği yahut işin özelliğinden ticari olmadığı anlaşılabilirdiği bir durumda söz konusu iş, artık ticari iş niteliğinden çıkarak adi iş sayılır ve yaptığı işlemlerde tüketici sıfatına sahip olur.^[30] Gerçek

[27] Mehmet Akif Tutumlu, *Tüketici Yargılaması Hukuku*, 2. Baskı (Ankara: Seçkin, 2019), 65-6.

[28] Sezer Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 2. Baskı (Ankara: Adalet, 2021), 479.

[29] RG. 14.02.2011-27846.

[30] Şebnem Akipek Öcal, Özge Uzun Kazmacı ve Esra Hamamcıoğlu, "Bankacılık Sektöründe Kefalet," içinde *Bankacılık Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları*, ed. Hakan Tokbaş ve Ali Suphi Kurşun (İstanbul: Aristo, 2015), 145.

kişi tacirin bu istisnalar kapsamında akdedeceği kredi sözleşmesi esasen bir tüketici kredisi sözleşmesi niteliği taşır. Benzer şekilde mesleki olarak esnaf işletmesi altında faaliyet yürüten esnafın da bu faaliyetin dışındaki bir amaçla akdettikleri kredi sözleşmeleri tüketici kredisi sözleşmesi niteliğinde olur.^[31]

Bununla birlikte tüzel kişi tacirlerin adi alanı olmadığından, bunların bütün işleri ticari nitelikte sayılmakta ve tüketici sıfatını haiz olmayacağı kabul edilmektedir.^[32] TTK'nın 16. maddesinde tüzel kişi tacirler sayılmıştır. Buna göre; ticaret şirketleri, amaçları doğrultusunda ticari işletme işleten dernek ve vakıflar, kendi kuruluş kanunları uyarınca özel hukuk hükümleri kapsamında yönetilmek ya da ticari biçimde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişilerinin kurduğu kurum ve kuruluşlar tacir sayılmaktadır. Ayrıca kanuni bir istisna olmadıkça sayılan bu tüzel kişi tacirlerin tüketici korumasından yararlanması mümkün değildir.^[33] Yargıtay uygulaması da bu yönde olup, bu tüzel kişi tacirlerin aldıkları kredilerin tüketici kredisi niteliğinde olmadığına hükmedilmektedir.^[34] Buna karşın doktrinde tüzel kişi tacirlerin asıl faaliyet alanı dışında uzmanlık alanına yabancı olan işlemler bakımından tüketici olarak kabul edilmemesinin TKHK'nın lafzına ve amacına aykırı olduğu da savunulmaktadır.^[35]

[31] Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 88; Bozkurt Yaşar, "Tüketici Kredisi," 121.

[32] Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 82; Hüseyin Ülgen vd., *Ticari İşletme Hukuku*, 6. Baskı (İstanbul: Vedat, 2019), 72-3; Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 24. Baskı (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2018), 74; Akipek Öcal, Uzun Kazmacı ve Hamamcıoğlu, "Kefalet," 145.

[33] Mehmet Bahtiyar ve Levent Biçer, "Adi İş / Ticari İş / Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22, no. 3 (2016): 404.

[34] "...salt sözleşmede "Tüketici Kredisi" tabirinin kullanılmış olması ticaret şirketi tarafından şirkete alınan ve şirket adına kaydedilen araç nedeniyle kullanılan kredinin tüketici kredisi olduğunu kabulüne olanak sağlamaz ve uygulanacak Kanununun tespitinde de esas alınmaz..." Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2011/19-500, K. 2011/550, 21.09.2011, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 01.02.2023.

[35] İpek Yücer Aktürk, "Tüzelkişi Tacirin Tüketici Sıfatı," *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20, no. 2 (Nisan 2016): 124; Atilla Altop, "Türk Hukukunda, Avrupa Birliği Hukukunda ve Uygulamada Tüketici Kavramı," *İstanbul Kültür*

Amaçları doğrultusunda bir ticari işletme işletmeyen dernek ve vakıflar ile ticari işletme işletseler dahi TTK m. 16/2 uyarınca tacir sayılmayan kamu yararına çalışan dernek ve vakıflar ise tüketici olarak kabul edilmektedir.^[36] Kamu tüzel kişileri ise tüketici olarak kabul edilmemektedir. Zira kamu tüzel kişilerine TKHK'nın satıcı ve sağlayıcı tanımlarına ilişkin 3/1 ve 3/i bentlerinde yer verilmesi, fakat tüketici tanımında yer verilmemesi, ayrıca işlemin karşısında bulunan kimse karşısında korunması gereken bir durumda olmaması, kamu tüzel kişilerinin tüketici sıfatına sahip olmasına engel teşkil etmektedir.^[37]

B) KREDİ VEREN

Kredi veren kavramı TKHK'nın 3/ğ. maddesi uyarınca, mevzuatta tüketicilere kredi vermeye yetkili olarak sayılan gerçek veya tüzel kişileri ifade etmektedir. 4077 sayılı Kanun'un aksine kredi veren olarak yalnızca banka ve finansman kuruluşları sayılmamış, bunun yerine genel bir düzenleme getirilerek kredi vermeye yetkili kişiler ilgili mevzuata bırakılmıştır. Mevzuatta kredi verme yetkisini haiz olan kişiler ilk olarak 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun^[38] 3. maddesinde sayılmıştır. Bu kapsamda; mevduat bankaları, katılım bankaları, kalkınma ve yatırım bankaları kredi vermeye yetkilidir. Bankalar dışında ayrıca 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu^[39] ile de bu kanuna tabi finansman şirketlerinin kredi vermeye yetkili olduğu düzenlenmiştir.

Tüketici kredisi sözleşmesinin diğer tarafı olarak kredi verenin ticari veya mesleki amaçlarla hareket etmesi aşikârdır. Bahsi geçen bankalar ve

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3, no. 1-2 (2004): 9; Hasan Seçkin Ozanoğlu, "Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı)," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 50, no. 1 (2001): 72; Ahmet Battal, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı," içinde *Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1998), 319.

[36] Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 85.

[37] Bahtiyar ve Biçer, "Tüketici İşlemi," 408; Bozkurt Yaşar, "Tüketici Kredisi," 124.

[38] RG. 01.11.2005-25983.

[39] RG. 13.12.2012-28496.

finansman şirketleri bu amaçla hareket eden birer anonim şirket olarak karşımıza çıksa da kredi veren kavramına dâhil edilen gerçek kişilerin kredi verme yetkisinden bahsedilemez. Zira 6361 sayılı Kanun'un geçici 5. maddesi uyarınca gerçek kişilerin ikrazatçılık faaliyetinde bulunması, başka bir anlatımla bir kazanç karşılığında devamlı ve mutad meslek olarak borç para vermesi yasaklanmıştır. Bu itibarla gerçek kişilerin faiz ya da buna benzer menfaat elde etme amacıyla kredi vermesi olanağı bulunmamaktadır.^[40]

III. UNSURLARI

A) ÖDEMENİN ERTELENMESİ, ÖDÜNÇ VE BENZERİ FİNANSMAN ŞEKİLLERİ ARACILIĞIYLA KREDİ VERİLMESİ

Tüketici kredisi sözleşmelerinde, kredi verenin aslı yükümlülüğünü tüketiciye ödemenin ertelenmesi, ödünç ve benzeri finansman şekilleri aracılığıyla kredi vermesi veya vermeyi taahhüt etmesi oluşturmaktadır. Verilecek bu kredinin miktarı, kredi verenin araştırmaları neticesinde tüketicinin ödeme gücüne (kredi itibarına) göre belirlenir.^[41] Bununla birlikte, kredi veren tarafından verilecek kredinin azami miktarına ilişkin bir sınırlama bulunmamaktadır. Belirli bir azami miktarın konulması tüketicinin aşırı borçlanmasını önleyici nitelikte olabilirdi.^[42]

Sözleşmenin kurulması ile birlikte sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde kural olarak aynı anda ifa kuralı geçerli olsa da tüketici kredisi sözleşmesinin niteliği itibarıyla kredi veren kredi verme borcunu ifa etmediği müddetçe tüketicinin iade borcu

[40] Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 160; Çabri, *Şerh*, 489; Atamer, *Kredi*, 20. Buna karşılık Gümüş, gerçek kişilerin de tüzel kişiler gibi *girişimci* olarak ticari işletmesi, mesleği ve faaliyeti kapsamında hareket etmesinin şart olduğunu ifade ederek gerçek kişilerin de kredi vermeye yetkili olduğunu kabul etmiştir. Bkz. Mustafa Alper Gümüş, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi Cilt 1 (Madde 1-46)*, 1. Baskı (İstanbul: Vedat, 2014), 178.

[41] Akipek, *Tüketici Kredisi*, 219; Arkan, "Tüketici Kredisi ve Uygulaması," 28. Ödeme gücü olmayan kimseye gerekli araştırmayı yapmaksızın kredi veren bankanın sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğuna ilişkin bkz. Atamer, *Kredi*, 114.

[42] Gezder, *Tüketici Kredisi Sözleşmeleri*, 24. Bununla birlikte bankacılık alanındaki düzenleyici kuruluşların aşırı borçlanmayı önlemeye yönelik vade ve limit tedbirleri hakkında bkz. Atamer, *Kredi*, 85 vd.

doğmaz.^[43] Bu itibarla sözleşmede kredinin ifası için bir vade belirlenmişse bu vadenin dolması ile, belirlenmemiş ise sözleşmenin kurulduğu tarihte kredi verenin borcu muaccel hâle gelir.^[44]

TBK m. 99 kapsamında taraflarca kredinin döviz üzerinden verilebileceği yahut dövizde endeksli Türk Lirası ile ödeneceği üzerinde anlaşabilecekleri düşünülebilir. Ancak Bakanlar Kurulu'nun 2018/11185 sayılı Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair Karar'ının^[45] 3. maddesi doğrultusunda döviz geliri olmayan Türkiye'de yerleşik kişilerin döviz kredisi ve dövizde endeksli kredi kullanması yasaklanmıştır. Bu doğrultuda tüketicinin döviz kredisi yahut dövizde endeksli kredi kullanması mümkün değildir.^[46] Kaldı ki belirli süreli tüketici kredisi sözleşmelerinde kredi toplam maliyetinin sözleşme kurulurken belli olması gerekmektedir. Ancak kurda yaşanan dalgalanmalar, dövizde endeksli kredide toplam maliyetin artmasına neden olur ve bu da sözleşmenin sonradan tüketici aleyhine değiştirilmesi yasağına aykırılık teşkil eder.^[47]

Bunun yanında tarafların ifa yerini de belirlemeleri mümkündür. İfa yerinin taraflarca açık ya da örtülü olarak belirlenmediği durumlarda TBK m. 89 uyarınca para borcu olarak kredinin tüketicinin ödeme zamanındaki yerleşim yerinde ödenmesi gerekir. Bununla birlikte, kredi verenin çok sayıda kişiye kredi vermesi nedeniyle bu borcunu alacaklıların yerleşim

[43] Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı (Ankara: Yetkin 2017), 1012; Akipek, *Tüketici Kredisi*, 274.

[44] Eren, *Genel*, 974-975; Ömer Çınar, "Tüketici Kredisi Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve Hükümleri," içinde Bankacılık Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları, ed. Hakan Tokbaş ve Ali Suphi Kurşun (İstanbul: Aristo, 2015), 46.

[45] RG. 25.01.2018-30312.

[46] 32 Sayılı Karardaki 2009 yılında yapılan değişikliğin tüketicinin döviz kredisi kullanmasını engelleyeceği yönünde benzer sonuç için bkz. Atamer, *Kredi*, 143.

[47] Karar yürürlükte olduğu sürece Yönetmelik'teki yabancı para cinsinden kredi kullanılmasına ilişkin düzenlemelerin uygulama alanı bulunmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Abdülhamit Yılmaz, *Belirli Süreli Tüketici Kredisi Sözleşmeleri*, 1. Baskı (İstanbul: Oniki Levha, 2018), 63; benzer yönde Aslan, *Tüketici Hukuku*, 414. Ancak ASLAN, tüketicinin döviz kredisi kullanabileceğini kabul etmektedir.

yerinde ödemesi mümkün olmadığından uygulamada bankalar kredileri tüketicilerin hesaplarına ödemektedir.^[48]

Kredi veren kredi verme borcunu yalnızca nakit ödücü şeklinde değil, ödemenin ertelenmesi veya benzeri finansman şekilleriyle de ifa edebilmektedir.^[49] Benzeri finansman şekilleri tespit edilirken de ödemenin ertelenmesi ve ödünç benzeri nitelikte olması aranmaktadır.^[50] Zira özellik arz eden durum, tüketicinin vadesi gelen bir ödemesinin ileri bir tarihe kaydırılması ve eş zamanlı olarak kredi verenin bu durumdan kazanç elde etmesidir. Bundan dolayı kanun koyucu kredi kartı sözleşmelerini de Kanun'un 22/2. maddesi ile tüketici kredisi sözleşmesi olarak kabul etmiştir. Nitekim kredi kartı sözleşmelerinde de ödemenin ertelenmesi yahut taksitle ödeme imkânı bulunmaktadır. Esasen ödemenin ertelenmesi, kredi verenin kendi edimini ifa etmesine rağmen tüketicinin kendisine düşen edimini daha sonraki bir tarihte yapmasını ifade eder.^[51] Kredi sözleşmeleri için ödemenin ne kadar süre ile ertelenebileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte kredi kartı sözleşmeleri kapsamında yapılan işlemlerin tüketici kredisi sayılabilmesi için üç aydan fazla bir süre için ödemenin ertelenmesi yahut buna benzer şekilde taksitlendirmenin yapılması gerekmektedir. Erteleme ve taksitlendirmenin baştan veya vadesi geldiğinde kararlaştırılmış olması arasında bir fark yoktur.^[52]

B) KREDİNİN FAİZ VE BENZERİ BİR MENFAAT İLE BİRLİKTE İADESİ

Kredi verenin borcunu ifa etmesiyle birlikte, edim sırası tüketiciye geçmekte ve tüketici için aldığı krediyi iade borcu doğmaktadır. Tüketicinin iade borcunun kapsamına, almış olduğu kredi miktarı ile birlikte bu kredinin faizi ve benzeri bir menfaati girmektedir. Buradaki faizden anapara faizi, benzeri menfaatten ise komisyon, vade farkı gibi adlarla alınan çeşitli

[48] Çınar, "Tüketici Kredisi," 47.

[49] Çınar, "Tüketici Kredisi," 45.

[50] Baysal, "Tüketici Kredisi," 283.

[51] Baysal, "Tüketici Kredisi," 282.

[52] Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 415.

ödemeler ile gerçek masrafı önemli derecede aşan masraf ödemeleri anlaşılmalıdır.^[53] Benzer şekilde kredi kartlarına dayalı kullanımlarda, belli bir süre veya limitin üstünde kredi kullanma taahhüdünde bulunan tüketiciye bonus, mil veya puan gibi bir menfaat verileceğine ilişkin uygulamalar da bu kapsamda değerlendirilmektedir.^[54]

Tüketici almış olduğu krediyi sözleşmede yer verilen ödeme planına göre iade eder. Tüketici bu ödeme planında gösterilen vade ve miktarlar doğrultusunda taksitler hâlinde kredinin iadesini gerçekleştirir. Ödeme planı kural olarak taraflarca serbest bir şekilde belirlenebilir. Bununla beraber Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK) tarafından yayımlanan Bankaların Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmelik^[55] kapsamındaki sınırlamalara uyulması zorunludur. Taraflarca oluşturulan ödeme planının ve ödemeye dair hukuki sonuçların ise Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin 11 ve 12. maddeleri gereğince sözleşmede bulunması zorunludur. Bu zorunluluğa uyulmadığı durumda, TKHK m. 4 uyarınca kredi verenden bu eksikliği hemen gidermesi istenir ve TKHK m. 77 uyarınca kredi veren hakkında idari yaptırım uygulanır.

C) TARAFLARIN ANLAŞMASI

Kredi ilişkisi kurmak isteyen tüketici, kredi verene başvurduğunda, kredi verenin öncelikle TKHK m. 23 uyarınca sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekmektedir. Bu kapsamda kredi veren sözleşme kurulmadan makul bir süre önce olmak kaydıyla sözleşmenin şartlarını içeren bir bilgi formunu tüketiciye verir. Bilgi formundaki şartlarla beraber tüketici kredi kullanmak istemesi hâlinde kredi verene başvurur. Bu başvuru ile tüketici, kredi verilebilirliğini araştırması için kredi verene öneride bulunur. Kredi verenin bu öneriyi kabulüyle tüketici ile aralarında

[53] Gümüş, *Şerb*, 179. Çabri, *Şerb*, 484; Yazar, uygulamada faizsiz otomobil kredisi kullandırıldığı söylenerek otomobil fiyatlarının artırılması hâlinde aradaki fiyat farkının da benzeri menfaat kapsamında olduğunu dile getirmektedir.

[54] Melek Bilgin Yüce, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Tüketici Kredileri," *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no. 2 (2015): 269-70.

[55] RG. 01.11.2006-26333.

bir nevi vekâlet ilişkisi kurulmuş olur.^[56] Bu vekâlet ilişkisi çerçevesinde kredi veren tüketicinin ödeme durumunu araştırır ve kredi verilebilirliğini değerlendirir. Araştırma ve değerlendirmelerin olumlu olması hâlinde tüketici, kredi sözleşmesinin yapılmasını talep edebilir.^[57] Tarafların yukarıdaki maddelerde incelenen esaslı unsurlar üzerinde anlaşması hâlinde sözleşme imzalanarak kurulmuş olur. Sözleşmenin kurulması için tarafların anlaşmış olması yeterli olup, kredinin kullanılması borcun ifası aşamasına ilişkin olduğundan ayrı bir şart olarak sözleşme konusu kredinin tüketiciye verilmiş olması aranmaz.^[58]

IV. HUKUKİ NİTELİĞİ

Tüketici kredisi sözleşmeleri, TKHK'nın 22 ve devamı maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlenmiş, 22. maddesinde ise tanımlanarak tarafların aslı edim yükümlülükleri belirlenmiştir. Buna göre, kredi veren sözleşme kapsamındaki krediyi ödemenin ertelenmesi, ödünç veya benzeri finansman şekilleri aracılığıyla tüketiciye verme borcu altına girmektedir. Bunun karşılığında tüketici ise aldığı krediyi faiz veya benzeri menfaatleri ile birlikte belirlenen ödeme planı çerçevesinde kredi verene iade borcu altındadır. Bu yönleriyle tüketici kredisi sözleşmelerinin tam iki tarafa borç yükleyen tipik bir sözleşme olduğunu söylemek mümkündür. Her ne kadar TBK'da düzenlenen tüketim ödünç sözleşmeleri de bir miktar paranın devredilmesi ve bu miktardaki paranın faiz imkânıyla geri ödenmesi esasına dayansa da tüketici kredisi sözleşmeleri; yazılı olarak düzenlenme ve faiz şartları, ödemenin ertelenmesi, ödünç ve benzeri finansman şekilleri aracılığıyla yapılması, bağlı kredi kapsamında üçüncü kişi ile işlem yapma koşulunun bulunması yönleriyle tüketim ödünç sözleşmelerinden ayrılmaktadır.^[59]

Tipik bir sözleşme olarak vücut bulmuş tüketici kredisi sözleşmelerine öncelikle TKHK hükümleri uygulanır. Bununla birlikte TKHK'nın 83.

[56] Arkan, "Tüketici Kredisi ve Uygulaması," 28.

[57] Arkan, "Tüketici Kredisi ve Uygulaması," 30.

[58] Tüketici kredisi sözleşmeleri, rızai bir niteliği haiz olup, krediyi verme borcu sözleşmenin kurulmasıyla birlikte doğar. Bkz. Çabri, *Şerh*, 485; Zevkliler ve Gökyayla, *Özel*, 415; Akipek, *Tüketici Kredisi*, 214.

[59] Detaylı bilgi için bkz. Çınar, "Tüketici Kredisi," 41; Akipek, *Tüketici Kredisi*, 216-8.

maddesi gereği bu kanunda hüküm bulunmayan h llerde genel hükümler uygulanır. Özellikle tüketicici kredisi sözleşmelerinin benzerlikleri nedeniyle t keticim  d nc  sözleşmelerine ilişkin TBK m. 386 vd. hükümlerinin kıyasen uygulanması söz konusu olur.^[60]

V. ŐEKLI

TKHK m. 22/3 hükmü, tüketicici kredisi sözleşmelerinin geçerliliğini yazılı Şekil Şartına bağlamaktadır. Buradaki yazılı Şekil Şartı, adi yazılı Şekil Şartıdır.^[61] Ancak uygulamada da sıklıa görülen internet üzerinden yapılan kredi sözleşmeleri, finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmeleri düzenleyen TKHK'nın 49 ve devamı hükümlerine tabidir.^[62] Nitekim “*Sözleşmenin Şekli*” başlıklı Yönetmelik'in 10/1. maddesi de mesafeli olarak kurulan sözleşmeleri, yazılı Şekil Őartından hariç tutmuştur.

Kanun'a göre, yazılı olarak kurulmayan tüketicici kredisi sözleşmeleri hüküm doğurmamaktadır. Sözleşmenin yazılı olarak akdedilmesi kredi verenin yükümlülüğüdür. Kredi veren bu yükümlülüğünü yerine getirmez ise, sonradan sözleşmenin hükümsüzlüğünü tüketicinin aleyhine olacak biçimde  ne süremez. Burada tek taraflı hükümsüzlük söz konusu olup, hükümsüzlüğü ileri sürme hakkı sadece t keticiciye verilmiştir.^[63] Böylece tüketicici kredi verenin hükümsüzlük iddiası karşısında almış olduğu krediyi derhâl iade etme riskinden korunmuş olmaktadır. Bununla birlikte, tüketicinin hükümsüzlüğü ileri sürme hakkının, hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında olduğu da belirtilmektedir.^[64] Zira yazılı bir sözleşme olmaksızın krediyi kullanmış ve taksitler hâlinde iadesini gerçekleştirmeye başlamış olan tüketicinin sonradan hükümsüzlüğü ileri sürmesi hakkın

[60]  inar, “Tüketicici Kredisi,” 41.

[61] Akipek, “Milli Şerh,” 496.

[62]  abri, *Şerh*, 489.

[63] Baysal, “Tüketicici Kredisi,” 290. Tüketicinin  ne sürebileceği hükümsüzlüğe hâkimin re'sen itibar etmesi gerektiği hakkında bkz. Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketicici Hukuku Dersleri*, 424. Hükümsüzlüğün tüketicici tarafından ileri sürülmediği sürece sözleşmenin geçerli olarak hüküm doğuracağı, Şekle aykırılığın hâkim tarafından re'sen dikkate alınamayacağı hakkında aksi görüş için bkz. Çabri, *Şerh*, 494.

[64] Bilgin Yüce, “Tüketicici Kredileri,” 270.

kötüye kullanılması yasağı kapsamında değerlendirilebilir. Hükümsüzlüğün sonuçları ise TKHK'da düzenlenmemiştir. Bu nedenle TBK m. 77 ve devamındaki sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulama alanı bulur ve tüketici almış olduğu krediyi iade eder.^[65]

Yazılı şeklin kapsamı ise Kanun'un 4/1. maddesinden hareketle Yönetmelik'in 10/2. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, “*Tüketici kredisi sözleşmesinin; en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenmesi ve bir örneğinin, kağıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmesi zorunludur.*”

Düzenlenecek sözleşmelerde sözleşmeyle ilgili bazı içeriklerin bulunması zorunlu tutulmuştur. TKHK'da sözleşmelerde bulunması gereken zorunlu içeriğe dair bir hükme yer verilmemekle birlikte, Yönetmelik'in 11 ve 12. maddelerinde belirli süreli ve belirsiz süreli tüketici kredisi sözleşmelerinde yer alması gereken içerikler ayrı ayrı sayılmıştır. Sözleşmenin yazılı şekil şartına aykırılığın yaptırımını hükümsüzlük olarak belirlenmiş iken zorunlu içeriklerin sözleşmede kısmen veya tamamen yer almamasının yaptırımını düzenlenmemiştir. Doktrinde yazılı şekle aykırılığın yaptırımını olan hükümsüzlüğe paralel şekilde zorunlu içeriğe aykırılığın yaptırımının da hükümsüzlük olacağı belirtilmektedir.^[66] Buna karşın, diğer görüşe göre ise TKHK'nın 4. maddesi kapsamında sözleşme hükümsüz hâle gelmez, bu eksiklikler kredi veren tarafından derhâl giderilir.^[67] Bu anlamda sözleşmenin ayakta tutulması amaçlanmıştır. Zira sözleşmenin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulması, tüketicinin almış olduğu krediyi derhâl iade etmesine neden olabilir.^[68] Bu da tüketicinin krediden fayda sağlamak yerine zarar görmesine neden olur. Bununla birlikte, sözleşmede bulunması gereken zorunlu içerik, sözleşmenin

[65] Akipek, *Tüketici Kredisi*, 261; Gezder, *Tüketici Kredisi Sözleşmeleri*, 105.

[66] Akipek, “Milli Şerh,” 497.

[67] Baysal, “Tüketici Kredisi,” 290-1.

[68] Alman hukukunda yaptırım olarak duruma göre yasal faiz uygulanabileceği, İsviçre hukukunda geçersizlik hâlinde iadenin en uzun ödeme süresi içinde aylık eşit taksitlerle yapılacağı kabul edilmiştir. Konu hakkında bkz. Sabih Arkan, “Tüketici Kredileri,” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 18, no. 1-2 (1995): 38.

esaslđ unsurunu oluřturmasđ hâlinde, TKHK'nın 4. maddesi uygulanmaz, TBK'nın 2. maddesi uyarınca sözleşme kurulmamış olur.^[69]

VI. HÜKÜM VE SONUÇLARI

Sözleşmenin esaslı unsurlarını barındıran TKHK'nın 22. maddesi, aynı zamanda tarafların aslı edim yükümlülüklerini düzenlemektedir. Bununla beraber TKHK'nın ilgili diğer maddelerinde de taraflara çeşitli yükümlülükler getirilmiştir. Kapsayıcı olması amacıyla tüketicici kredisi sözleşmelerinin hükümleri olarak adlandırdđımız bu başlıkta esasen tarafların hak ve yükümlülükleri incelenecektir.

A) BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1- Sözleşme ncesi Bilgilendirme Yükümlülüğü

Bir kredi imkânından faydalanmak isteyen tüketicinin tarafđ olacağı sözleşmenin şartlarını, sözleşmenin malvarlığına getireceği yükü önceden bilmesi gerekmektedir. Ancak tüketicici, kredi alımı konusunda kısıtlı bir rasyonellikle, başka bir deyişle zaafı doğrultusunda hareket etmektedir.^[70] Bu da finansal okuryazarlığı düşük olan tüketicinin kredi veren ile arasında bilgi asimetrisine ve taraflar arasında bir dengesizliğe neden olmaktadır.^[71] Kanun koyucu TKHK'nın 23. maddesi ile bu dengesizliği önlemek ve tketiciciyi aydınlatmak için hem kredi vereni hem de kredi aracısını önerdikleri kredi sözleşmesinin şartlarını barındıran bir bilgi formunu, sözleşme kurulmadan makul bir süre önce tketiciciye vermekle yükümlü kılmiştir.

[69] Baysal, "Tüketicici Kredisi," 301.

[70] Davranışsal ekonomi teorisi hakkında detaylı bilgi için bkz. Atamer, *Kredi*, 10 vd.

[71] Tüketicici kredilerine ilişkin 2021 yılında teklif edilen 2021/347 sayılı AB Yönergesi teklifinin 34. maddesi ile özellikle tüketicici kredilerinde tüketicilerin borçlanma, borç yönetimi gibi konularda finansal okuryazarlığının artırılması için ye devletlerin çeşitli önlemleri alması zorunlu kılınmaktadır. AB mevzuatını takip eden hukukumuzda da bu tür önlemlerin alınması, tüketicilerin taraf olacağı sözleşmelerde daha bilinçli bir şekilde hareket edebilmesi için faydalı olacaktır. Bu görüşte, zge Uzun Kazmacı, "Tüketicici Kredileri," (Bildiri Türkiye Barolar Birliği Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da Yapılan Değişiklikler ve Uygulamaya Etkileri Sempozyumu, Ankara, 8 Ekim 2022). 2021/347 sayılı AB Yönergesi teklifi: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2021:347:FIN> Erişim Tarihi: 01.02.2023.

Böylece tüketiciye sözleşmeye taraf olmadan önce son kez düşünme ve bir araştırma süresi verilmektedir. Tüketici bu süre içerisinde teklif olunan kredinin şartlarını değerlendirme ve diğer kredi verenlerin kredi şartlarıyla karşılaştırma imkânına sahip olur ve kararlarını daha bilinçli bir şekilde verebilir.^[72] Bununla aynı zamanda tüketicinin sözleşme serbestisi gereği sözleşmenin tarafını ve içeriğini belirleme hakkı da koruma altına alınmış olmaktadır.^[73]

Sözleşme öncesi verilecek bilgi formunun şeklini Yönetmelik'in 5. maddesi belirlemiştir. Buna göre bilgi formunun; *“en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenmesi ve bir örneğinin kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmesi zorunludur.”* Ön bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirildiğine dair ispat yükü kredi veren üzerindedir.^[74]

Yönetmelik, bilgi formunda yer alacak bilgilere dair belirli süreli tüketici kredileri ve belirsiz süreli tüketici kredileri için iki ayrı düzenleme yapmıştır. Belirli süreli tüketici kredisinde yer alacak bilgiler Yönetmelik'in 6. maddesinde yer alırken, belirsiz süreli tüketici kredisinde yer alacak bilgiler 7. maddede yer almıştır. Ayrıntılı olarak yapılan bu düzenlemelerde özellikle aylık ve yıllık bazda akdi faiz oranı ve bu oranın uygulanmasına dair koşullar, efektif yıllık faiz oranı ve bu oranın hesabında kullanılan bütün unsurları gösteren farazi bir örneğin verilmesi ve tüketici tarafından toplam ödenecek tutar bilgilerinin zorunlu tutulması ile tüketicinin almış olduğu kredinin kendisine yansıyan gerçek maliyetinin ne olduğu ve krediyi ne miktarda bir farkla geri ödeyeceği konularında aydınlatılması amaçlanmıştır.^[75] Böylece tüketici bu ön bilgilendirme ile sözleşmeyi kurup kurmayacağını bilinçli bir şekilde değerlendirebilmektedir.

Bilgi formunun verilmesinde zorunlu kılınan “makul süre” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği ne Kanun'da ne de Yönetmelik'te açıklanmıştır. Doktrinde ise bu durum tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bu süre diğer

[72] Baysal, “Tüketici Kredisi,” 292.

[73] Akipek, “Milli Şerh,” 500.

[74] Çabri, *Şerb*, 502.

[75] Baysal, “Tüketici Kredisi,” 295.

sözleşmelerde olduğu gibi en az bir işgünü olarak kabul edilmelidir.^[76] Diğer bir görüşe göre ise, bu süre en az bir günlük süre olarak uygulanmalıdır.^[77] Bu görüş dayanağını ön ödemeli konut satış sözleşmelerinde (TKHK m. 40) ve devre tatil ve uzun süreli tatil hizmeti sözleşmelerinde (TKHK m. 50) öngörülen en az bir günlük süreden almaktadır. Yönetmelik'in 6/1-o ve 7/1-j. maddelerinde bilgi formlarında yer alması gereken *sözleşme öncesinde verilen bilgilerin bağlayıcı olacağı süreye ilişkin bilgi* zorunluluğundan hareketle üç-dört günlük sürenin başka kredi verenlerin teklifleri ile karşılaştırmaya yeterli olduğu görüşü de bulunmaktadır.^[78] Farklı bir görüşe göre ise, makul süre her somut olaya göre değerlendirilmelidir.^[79] Bu görüşe göre, makul sürenin tüketicinin inceleyebilmesine, diğer kredi verenlerin teklifleriyle karşılaştırmasına ve karar vermesine yeterli olacak şekilde anlaşılması gerekmektedir. Bununla birlikte makul süre şartının tüketicinin acil kredi ihtiyacına da cevap verebilecek nitelikte olması gerekir. Makul süre şartının en az sürelerle uygulanması durumunda, tüketici bu süreyi beklemek zorunda kalır ve bu da kredinin amacıyla bağdaşmaz. Bu nedenle makul sürenin amaca uygun olarak her somut olaya göre ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Sürenin saptanmasında ise makul, orta zekalı bir tüketici göz önünde bulundurulmalıdır.^[80]

Bilgi formlarında tüketiciye verilen bilgiler kredi vereni bağlamaktadır. Zira kredi veren formda verdiği bilgi ve şartlarla sözleşme kurmaya yönelik bir öneride bulunduğundan tüketiciye sunduğu bilgi ve şartları tek taraflı olarak değiştiremez.^[81] Ancak kredi verenin bu bilgi formuyla ne kadar süre bağlı olacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde

[76] Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 421. Yazar sözleşme için resmi çalışma günlerinin seçilebileceğine, bu nedenle ön bilgilendirme süresinin de bir işgünü olarak uygulanmasının zorunlu olduğuna işaret etmektedir.

[77] Makul sürenin en az bir günlük süre olarak uygulanmasına dair görüşün açıklaması hakkında bkz. Çabri, *Şerh*, 502; Baysal, "Tüketici Kredisi," 296.

[78] Atamer, *Kredi*, 71-2.

[79] Aydın Zevkliler ve Çağlar Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, 1. Baskı (Ankara: Seçkin, 2016), 244; Baysal, "Tüketici Kredisi," 297.

[80] Çabri, *Şerh*, 502. Aksi görüş için bkz. Yılmaz, *Belirli*, 93.

[81] Çabri, *Şerh*, 503.

ise bu konuya ilişkin farklı görüşler ileri sürülmektedir. Tüketicinin kredi teklifini inceleyebilmesine ve diğer kredi teklifleriyle karşılaştırılabilmesine olanak tanıyan bir süreyi esas alan görüşe göre, kredi verenin bağlı olduğu süre üç-dört gün olarak kabul edilmelidir^[82]. Bundan farklı olarak diğer bir görüş ise, bağlayıcı sürenin bilgilendirmenin yapıldığı andan başlamak üzere bir hafta olarak kabul edilmesi gerektiği yönündedir.^[83] Fakat her hâlde bu süre, tüketicinin kredi teklifini inceleyebilmesi için gereken makul süreyi bertaraf edecek şekilde belirlenmemelidir.^[84]

Yönetmelik'in "Ön bilgilendirme yükümlülüğünden muafiyet" başlıklı 8. maddesi, yardımcı vasfıyla kredi aracısı gibi hareket eden mal veya hizmet sağlayıcılarının ön bilgilendirme yükümlülüğünden muaf olduğunu düzenlemiştir. Ancak bu durumda dahi kredi verenin sözleşmeden kaynaklanan ön bilgilendirme yükümlülüğü devam etmektedir.

Ön bilgilendirme yükümlülüğüne aykırılığın yaptırımının ne olacağı hususunda açık bir düzenleme yapılmamıştır. Bununla birlikte sözleşmenin ayakta tutulması gayesiyle TKHK m. 4/1 hükmünden hareket ederek sözleşmeyi düzenleyen kredi verenin bu eksikliği derhâl gidermesi gerektiği savunulmaktadır.^[85] Ağırlıklı görüş bu yönde olsa da, doktrinde Çabri, ön bilgilendirme yükümlülüğünün emredici nitelikte olduğunu ve sözleşmenin kurulmasından sonra giderilebilecek bir eksikliğin söz konusu olmadığını, dolayısıyla sözleşmeyle kaldırılması veya sınırlandırılmasının da mümkün olmadığını ifade ederek, aykırılığın yalnızca tüketici tarafından ileri sürülebilecek hükümsüzlük yaptırımına tabi olduğunu savunmaktadır.^[86] Ayrıca

[82] Atamer, *Kredi*, 71-72; Yılmaz, *Belirli*, 94.

[83] Çabri, *Şerb*, 503.

[84] Baysal, "Tüketici Kredisi," 297.

[85] Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 422; Baysal, "Tüketici Kredisi," 297. Yazar ön bilgilendirme yapılmadan düzenlenen sözleşmeleri geçersizlik yaptırımına tabi tutmanın ağır ve ölçüsüz olacağını savunmaktadır. Yine yazara göre; yapılan bilgilendirme ile sözleşme çelişiyor ancak haksız şart niteliğinde değil ise bu durum sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecek, söz konusu eksikliği kredi veren hemen giderecektir.

[86] Çabri, *Şerb*, 504. Yazar makul süre geçmeden sözleşmenin kurulmasının da bu yaptırıma tabi olacağı görüşündedir.

eksiklik yaptırımının uygulandığı durumda, ön bilgilendirme yükümlülüğünün sözleşme serbestisini koruma amacının ortadan kalkabileceği ihtimali de getirilebilecek başka bir eleştiridir. Zira ön bilgilendirme yükümlülüğü ile sözleşmenin tarafını ve içeriğini belirleme imkânına sahip olan tüketici, bu aykırılık nedeniyle sözleşmenin tarafı ve içeriği hakkında bilinçli bir şekilde karar vermeden sözleşmeyi kurmuş olur.

TKHK'nın 77. maddesi ile ön bilgilendirme yükümlülüğüne aykırı davranılması hâlinde idari para cezası yaptırımı öngörülmüştür. Bu yaptırım da sürekli olarak benzer uygulamalar yapan kredi veren için caydırıcı niteliktedir.^[87] Ancak idari para cezası yaptırımı, sözleşmenin hükümsüzlük ve borca aykırılık hâllerini ortadan kaldırmamaktadır.

2- Sözleşmenin Kurulması Aşamasında ve Sonrasında Bilgilendirme Yükümlülüğü

Kredi verenin yalnızca sözleşme öncesinde değil, sözleşmenin kurulması aşamasında ve sözleşmenin kurulmasından sonra da bilgilendirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Kanun sözleşme öncesinde olan bilgilendirme yükümlülüğünü özellikle düzenlemişse de sözleşmenin kurulması ve sonraki aşamalarda bilgilendirme yükümlülüğünü ayrıca düzenlememiş, çeşitli hükümlerde bu yükümlülüğün varlığını kabul etmiştir.

Kredi verenin sözleşmenin kurulması aşamasındaki bilgilendirme yükümlülüğünün temelini esasen sözleşmede bulunması gereken zorunlu içerik oluşturmaktadır. Sözleşmede bulunması ve tüketicinin bilgilendirilmesi gereken zorunlu içerik Kanun'da düzenlenmemiş, bu içeriğin kapsamı Yönetmelik'te düzenlenmiştir. Bu zorunlu içerik sözleşme öncesi verilen bilgi formuna paralel şekilde ele alınmış, 11. maddede belirli süreli tüketici kredisi sözleşmeleri ve 12. maddede belirsiz süreli tüketici kredisi sözleşmeleri şeklinde bir ayırım ile düzenlenmiştir. Düzenlenen bu zorunlu içerikler, sözleşme öncesinde verilen bilgi formundaki zorunlu içerik ile aynı mahiyette olup TKHK m. 4/1'te aranan şartları taşıması gerekmektedir.

Zorunlu içeriğin sözleşmede tamamen veya kısmen yer almaması yahut uygun şekilde yer almaması durumunda yaptırım, TKHK'nın 4/1. maddesine göre belirlenir. Buna göre, sözleşmedeki eksiklik sözleşmenin geçerli olarak kurulmasına engel olmaz ancak kredi veren bu eksikliği hemen giderir.

[87] Baysal, "Tüketici Kredisi," 298.

Bununla birlikte, eksikliğin diğer hükümlerle olan ilişkisi ve sözleşmenin bütünü dikkate alınarak yapılan haksız şart denetiminde, eksiklik tüketiciyi aldatmak ve müzakere edilmeyen şartları tüketiciye dayatmak amacıyla yapılmışsa, bu durumda haksız şart hükümleri devreye girer ve hükümsüzlük yaptırımı uygulanır.^[88] Ancak böyle bir amacın bulunmadığı durumda ise, TKHK m. 4/1 uyarınca eksikliğin hemen giderilmesi sözleşmenin ayakta tutulması amacıyla uygun bir çözüm olur.^[89]

Bilgilendirme yükümlülüğüne aykırılığa ilişkin genel yaptırım bu olmakla birlikte, bazı zorunlu içerikler TKHK m. 4'ten farklı ve ağır yaptırımları öngörmesi yönüyle TKHK'da özellikle düzenlenmiştir.

Bunlardan ilki; akdi faiz, efektif yıllık faiz veya kredinin toplam maliyetinin sözleşmede bulunması zorunluluğuna ilişkin TKHK m. 25/2 hükmüdür. Hükme göre bu unsurların sözleşmede bulunmaması hâlinde kredi, faiz işle-tilmeksizin sözleşme süresinin sonuna kadar kullanılır. Burada tüketici aldığı kredinin kendisine oluşturacağı ekonomik yükün ne olduğuna dair bilgiden mahrum bırakılmaktadır. Kanun koyucu, sözleşmede bulunması zorunlu tutulan unsurların noksansız olarak sözleşme kurulurken tüketiciye bildirilmesini sağlamak ve caydırıcı olması amacıyla ağır bir yaptırım öngörmüş-tür.^[90] Diğer bir deyişle akdi faiz, efektif faiz veya kredinin toplam maliyeti mahiyetindeki esaslı unsurların sözleşmede bulunmaması hâlinde, medeni hukuk cezası olarak da nitelendirilen kredinin faizsiz kullanımı söz konusu olmaktadır.^[91] Bu hâlde, sözleşmenin faize ilişkin kısmı hükümsüz olmakta ve sözleşme faiz şartı olmaksızın ivazsız şekilde yapılmış olmaktadır.^[92]

İkincisi ise yine aynı hüküm uyarınca efektif faiz oranının olduğundan düşük gösterilmesine ilişkindir. Efektif yıllık faiz oranı, kredinin tüketiciye

[88] Baysal, “Tüketici Kredisi,” 300.

[89] Baysal, “Tüketici Kredisi,” 300.

[90] Atamer, *Kredi*, s. 109; Yazar bu yaptırımın sözleşme hukukunun temel ilkeleri bakımından uygun ve ölçülü olmadığını görüşündedir.

[91] Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 446; Baysal, “Tüketici Kredisi,” 302.

[92] Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 446; Atamer, *Kredi*, s. 109. TKHK tasarı hâlindeyken yaptırımın sözleşmesel faiz yerine kanuni faizin uygulanacağı şeklinde daha hafif olarak kabul edildiği hakkında bkz. Atamer, “Tüketici,” 261.

yansıyan akdi faiz de dâhil komisyon, masraf gibi bütün kalemleri içeren toplam maliyetin yıllık maliyet oranını ifade eder. Bu yönüyle efektif yıllık faiz oranı, bütün kalemleri değerlendirmeye dâhil ederek mukayese edilir asıl kriteri ortaya çıkarmaktadır.^[93] Doğaldır ki bu efektif faiz; komisyon, masraf gibi kalemleri de içermesi yönüyle akdi faizden daha yüksek olur.^[94] Ancak kredi verenlerin de sırf tüketiciyi cezbetmek hedefiyle bu faizi düşük gösterme ihtimalleri vardır. Burada ilk durumun aksine, kredi toplam maliyetinden hareket eden efektif yıllık faiz oranı gösterilmiştir ancak kredi veren müşteriye cezbetmek maksadıyla kredi toplam maliyetini ve dolayısıyla efektif yıllık faiz oranını olduğundan düşük göstermiştir.^[95] Bunun için de şayet efektif faiz oranı olduğundan düşük gösterilmişse kredi toplam maliyetinin hesabında baz alınan akdi faiz oranı, düşük gösterilen efektif faiz oranına uyacak biçimde tekrar tespit edilir, ödeme planı da değişen duruma göre yeniden düzenlenir. Bu durumda, kredinin toplam maliyetinin hesabında baz alınan faiz oranı, daha düşük efektif faiz oranı üzerinden hesaplanır ve asıl sözleşmenin tadili yoluna gidilir.^[96]

Bilgilendirme yükümlülüğüne aykırılığın farklı yaptırımları bakımından ikinci zorunlu içerik ise, tüketicinin cayma hakkı olduğu konusunda bilgilendirilmesine ilişkin kredi verenin ispatla yükümlü olduğunu düzenleyen TKHK m. 24/2 hükmüdür. Hüküm, cayma hakkı konusunda bilgilendirmenin yapılmadığı bir durumda hakkın başlangıç anını belirlemede önemli bir dayanak noktası oluşturmaktadır.^[97] Buna göre, bilgilendirmenin yapılmaması cayma hakkının kullanılmasına ilişkin sürenin başlamasını engeller.

Kredi verenin bilgilendirme yükümlülüğü sözleşme kurulduktan sonra da devam etmektedir. Bu aşamadaki bilgilendirme yükümlülüğü ise karşımıza tüm sözleşmenin yazılı olarak tüketicie ulaştırılması, hesap özetlerinin

[93] Atamer, *Kredi*, 62.

[94] Çınar, “Tüketici Kredisi,” 59.

[95] Baysal, “Tüketici Kredisi,” 303.

[96] Akipek, “Milli Şerh,” 512.

[97] Baysal, “Tüketici Kredisi,” 307.

dönemsel olarak tüketiciye gönderilmesi ve sözleşmede bir değişiklik yapılması durumlarında çıkmaktadır.^[98]

B) CAYMA HAKKI

Tüketicinin gerek sözleşme öncesinde gerekse sözleşmenin kurulması aşamasında bilgilendirilmesi, onun daha bilinçli kararlar verebilmesi için önemli bir işlev görse de tek başına yeterli değildir. Tüketici bazı durumlarda kredinin kendisi için oluşturacağı maddi yükü yeterince düşünmeden kredi sözleşmesine taraf olmaktadır. Bunun için de bilgilendirme yükümlülüğünün tamamlayıcısı olarak tüketiciye son bir kez düşünme imkânı getirilmiş ve belli şartlarla cayma hakkı tanınmıştır.^[99] Esasen tüketici lehine getirilen bu imkân, aynı zamanda kredi verenin de lehine bir durum oluşturmaktadır. Zira, sözleşmenin oluşturacağı maddi yükü yeterince düşünmeksizin sözleşmeye taraf olan tüketicinin belli bir zaman sonra ödeme güçlüğüne düşmesi, kredi veren açısından da riskli bir durum teşkil edebilir.^[100] Bu riskli durum karşısında, cayma hakkının tanımlanması özellikle kredi itibarını değerlendirme yükümlülüğü olmayan kredi verenler açısından da oluşabilecek riskin bertaraf edilmesine yardımcı olur.^[101]

Önceki Kanun'da tüketici kredisi sözleşmeleri için tanımlanmayan cayma hakkı TKHK'nın 24. maddesinde düzenlenmektedir. Cayma hakkı, tüketiciye sebep göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden on dört gün içinde cayabilmesine imkân sağlamaktadır. Söz konusu imkân, belirsiz süreli tüketici kredisi sözleşmesi niteliğindeki kredi kartı sözleşmeleri ile kredili mevduat hesabı sözleşmelerinde de uygulama alanı bulur. Ancak bu tür sözleşmelerde yapılan her işlem için değil, yapılan ilk çerçeve sözleşme için

[98] Pelin Işıtan, "Bankacılık İşlemlerinde Tüketicinin Aydınlatılması Yükümlülüğü," içinde *Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları*, ed. Gözde Zeytin Çağrı (İstanbul: Oniki Levha, 2020), 268.

[99] Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 428; Baysal, "Tüketici Kredisi," 292.

[100] Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 428.

[101] TKHK'da kredi verenlere kredi itibar değerlendirme yükümlülüğü getirilmemiştir. Kredi itibarını değerlendirme yükümlülüğünün TKHK'da düzenlenmemesine yönelik eleştiriler hakkında bkz. Baysal, "Tüketici Kredisi," 306.

cayma hakkı söz konusu olmaktadır.^[102] Yönetmelik m. 2/2 düzenlemesinde de kredi kartı ve kredili mevduat hesabı sözleşmelerinde cayma hakkının ilk sözleşme olan çerçeve sözleşmeye uygulanacağı işaret edilmiştir. Buna karşılık işlem anında faiz karşılığı yapılan taksitli kredi kartı işlemlerinde de cayma hakkının varlığı kabul edilmektedir.^[103]

Cayma hakkı, tüketici lehine nispi emredici ve tek yönlü irade açıklaması ile kullanılan bozucu yenilik doğuran bir hak olarak nitelendirilmektedir.^[104] Bundan ötürü cayma hakkının kullanımını sınırlayan yahut ortadan kaldıran düzenlemeler kesin hükümsüz olmakla birlikte kullanımı genişleten düzenlemeler geçerlidir.^[105] Bu yönüyle cayma hakkının kullanım süresini uzatan düzenlemeler yapılabilir.

Cayma hakkının kullanım süresi on dört günlük hak düşürücü süre olarak düzenlenmekle beraber, cayma hakkının hangi an itibariyle başlayacağına ilişkin TKHK'da bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte Yönetmelik m. 24/2 hükmü, cayma hakkına dair sürenin sözleşmenin kurulduğu anda işlemeye başlayacağını, fakat sözleşme örneğinin sözleşme kurulduktan sonra tüketiciye verildiği durumda, sürenin bu sözleşme örneğinin tüketici tarafından alındığı anda işlemeye başlayacağını öngörmektedir.

Yönetmelik ilgili hükmüne göre, cayma hakkının kullanımına ilişkin başlangıç anı, kural olarak sözleşmenin kurulduğu tarihtir. Ancak sözleşme örneğinin sözleşmenin kurulduğu tarihten sonraki bir tarihte verilmesi durumunda bu başlangıç anı, tüketicinin sözleşmenin bir örneğini aldığı tarihtir. Bu ihtimalde cayma hakkına ilişkin bilgilendirme, varsayım olarak sözleşmede yer almaktadır. Cayma hakkının sözleşmede yer almaması ihtimalinde ise Kanun'da ve Yönetmelik'te açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte TKHK m. 24/2 hükmünde kredi veren, cayma hakkı bulunduğu dair tüketiciye bilgi verdiğini ispat etmekle yükümlü kılınmıştır. Kanun hükmü ile Yönetmelik hükmü birlikte değerlendirildiğinde, esas olanın cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirilmesi

[102] Atamer, *Kredi*, 97.

[103] Emine Aslı Küçükaydın, *Tüketiciyi Koruyucu Nitelikli Geri Alma Hakkı*, 1. Baskı (İstanbul: Oniki Levha, 2018), 95; Gümüş, *Şerh*, 186.

[104] Çabri, *Şerh*, 508; Gümüş, *Şerh*, 186.

[105] Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 431.

olduğu anlaşılmaktadır.^[106] Bu itibarla, tüketici cayma hakkı konusunda gerek ön bilgilendirmede gerekse sözleşmede bilgilendirilmediği müddetçe kullanım süresi işlemeye başlamaz. Kısaca kullanım süresi, bilgilendirme anı itibarı ile başlar.

Cayma hakkına ilişkin bilgilendirmenin yapılmadığı durumda, kullanım süresinin üst sınırına dair bir hüküm öngörülmemiştir. Doktrindeki bir görüşe göre, cayma hakkı sözleşme sona erinceye kadar kullanılabilir.^[107] Bunun caymanın pratik önemini kaldıracağını ve hakkın kötüye kullanımına açık hâle getireceğine savunan görüşe göre ise, üst sınır bir yıl olarak kabul edilmelidir.^[108] Başka bir görüşe göre ise bu süre, makul bir süre olarak değerlendirilmelidir.^[109] Ancak bu noktada dahi sürenin belirlenmesinde ölçüt hakkın kötüye kullanılması olmalıdır.^[110]

Cayma hakkının kullanım şekline yönelik Kanun'da bir düzenleme yapılmamakla birlikte Yönetmelik m. 24/3 düzenlemesi ile “*Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirim cayma hakkı süresi içinde yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile kredi verene yöneltilmiş olması yeterlidir.*” Buradaki cayma şeklinin bir ispat şekli olduğunun kabulü gerekir. Zira yönetmelikle geçerlilik şekli öngörülmesi mümkün değildir.^[111] İspat yükü üzerinde olan tüketicinin caymaya dair bildirimini en azından yazılı biçimde kredi verene yönelmesi uygun olur. Tüketicinin bu bildirimini on dört gün içinde kredi verene yöneltilmiş olması yeterlidir. Hükümde, bildirim yöneltilmiş olmasının yeterli görülmesi, cayma hakkını muhataba varması gereken

[106] Baysal, “Tüketici Kredisi,” 306; Bilgin Yüce, “Tüketici Kredileri,” 278.

[107] Atamer, *Kredi*, 102; aynı yönde Baysal, “Tüketici Kredisi,” 308.

[108] Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 429. Yazar, İşyeri Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliği 9/2 maddesine kıyasen cayma süresinin 14 güne ilave olarak bir yıl olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir; benzer yönde Burak Özen, “Tüketici Kredilerinde Cayma Hakkının Kullanılması,” içinde *Makaleler-Tebliğler (2001-2020)*, (İstanbul: Oniki Levha, 2021), 490.

[109] Gümüş, *Şerh*, 187.

[110] Baysal, “Tüketici Kredisi,” 308.

[111] Baysal, “Tüketici Kredisi,” 309. Şekil şartı olduğu yönünde bkz. Çabri, *Şerh*, 512; Atamer, *Kredi*, 103.

diğer bozucu yenilik doğuran haklardan ayırmaktadır.^[112] Bu itibarla cayma hakkının hüküm ve sonuçları da bildirim yöneltmiş olmasıyla birlikte doğar.^[113] Böylece bildirim kredi verene ulaşmaması riski kredi veren üzerinde bırakılmaktadır.^[114]

Cayma hakkının kullanılması sonucunda, sözleşme geriye etkili olarak ortadan kalkar.^[115] Sözleşmenin ortadan kalkması, kredinin kullanıp kullanılmadığı noktalarından hareketle iki ayrı şekilde değerlendirilmektedir. Tüketicinin krediyi kullanıp kullanmadığının tespitinde, kredi üzerinde tasarruf etmesi veya edebilecek hâle gelmesi yeterli olmaktadır.^[116] Tüketici krediyi kullanmamışsa, bir kredi iadesinden söz edilemez. Aynı şekilde kamu kurum veya kuruluşlarına ya da üçüncü kişilere ödenmiş olan vergi ve benzeri masraflar hariç olmak üzere dosya masrafı, tahsis ücreti gibi başka bir bedel de tüketiciden istenemez.

Kredinin kullanıldığı durumda ise, tüketici en geç cayma bildirimini kredi verene yöneltmesinden başlayarak otuz gün içinde anaparayı ve işlemiş faizini ödemelidir. İşlemiş faiz akdi faiz oranı olup kredinin kullanılmaya başlandığı tarih ile anaparanın iade edildiği tarih arasındaki süre için hesaplanır. Ayrıca tüketiciden bir kamu kurum veya kuruluşuna ya da üçüncü kişilere ödenmiş olan bedeller de talep edilebilir. Ancak bunların otuz günlük süre içerisinde ödenmesi gerekmez, yalnızca anaparanın faiziyle birlikte iade edilmesi yeterlidir. Bunlar dışında kalan dosya masrafı gibi bedeller, tüketiciden talep ve tahsil edilemez. Tahsil edilmişse, anapara ile işlemiş faizin ödendiği tarihten başlamak üzere yedi gün içinde tüketiciye iade edilir.

[112] Mehmet Köksal, “Tüketici Hukukunun Tipik Bir Aracı Olarak Cayma Hakkı,” içinde *Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları*, ed. Gözde Zeytin Çağrı (İstanbul: Oniki Levha, 2020), 128.

[113] Özen, “Cayma Hakkı,” 487; Baysal, “Tüketici Kredisi,” 309. Cayma hakkının hüküm ve sonuçlarının doğması için kredi verene varması gerektiği yönünde aksi görüş için bkz. Çabri, *Şerb*, 510; Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 431; Gümüş, *Şerb*, 187.

[114] Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 431; Baysal, “Tüketici Kredisi,” 309.

[115] Gümüş, *Şerb*, 187.

[116] Çabri, *Şerb*, 513.

TKHK'nın 24/3. maddesi, cayma hakkını kullanmasına rağmen kullandığı krediyi otuz gün içinde iade etmeyen tüketicinin bu cayma beyanını geri almış saymaktadır. Böylece krediyi iade borcuyla yükümlenen tüketicinin temerrüde düşmesi engellenmiş olur ve sözleşme ayakta tutulur.^[117] Bununla birlikte otuz günlük süre içerisinde krediyi iade etmeyen tüketicinin bu süre sonrasında iade etmesi cayma hakkını canlandırmaz, ancak erken ödeme söz konusu olur.^[118]

Uygulamada cayma hakkı süresi içerisinde cayma bildiriminde bulunmaksızın kredi borcunun tamamını ödeyen tüketicilere, cayma bildirimini olmadığı için kamu kurum veya kuruluşuna ya da üçüncü kişilere ödenmiş olan bedeller haricindeki masraf ve bedeller iade edilmemekteydi.^[119] Bunu önlemek amacıyla 7392 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile TKHK'nın 24/2. maddesine bir cümle eklenmiştir. Buna göre, tüketici kredi verene cayma hakkını kullandığına dair bir bildirimde bulunmasa dahi, cayma hakkı süresi içerisinde kredi borcunun tamamını öderse cayma hakkını kullanmış sayılır. Böylece tüketicilerin cayma hakkını kullandığı varsayılarak söz konusu tahsis ücreti, dosya masrafı gibi bedellerin iadesi sağlanmakta ve tüketicilerin ekonomik menfaati korunmuş olmaktadır.

Yönetmelik m. 24/6 düzenlemesi cayma hakkının kullanılması hâlinde, kredi sözleşmesine bağlı olarak tüketiciye sunulan hizmetlere ilişkin sözleşmelerin de kendiliğinden sona ereceğini ifade etmektedir. Burada yalnızca tüketici kredisi sözleşmesine yönelik cayma bildiriminde bulunulması yeterlidir, ayrıca hizmet sözleşmesinden cayıldığına ilişkin bir bildirim gerek yoktur.

[117] Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 430. Buna karşın doktrinde KÖKSAL, bozucu yenilik doğuran bir hak olarak cayma hakkının geri alınmasının mümkün olmadığını ileri sürerek borçlunun temerrüdü hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Köksal, "Cayma Hakkı," 130.

[118] Özen, "Cayma Hakkı," 492.

[119] 7392 sayılı Kanun gerekçesi: <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-4260.pdf>, Erişim Tarihi: 01.02.2023.

C) FAİZ ORANI

Faiz, belli bir miktar para alacaklısının bu paradan iradi veya iradi olmayan şekilde belli bir süre yoksun kalması karşılığında, tarafların veya kanunun belirlediğı oranlar dâhilinde alacaklıya sağlanan medeni bir semereyi ifade etmektedir.^[120] Esasen faiz, yan edim niteliğinde olup asıl alacağına bağlı ve onu genişleten fer'i bir haktır.^[121] Ancak tüketici kredisi sözleşmelerinde faiz tüketicinin aslı edim yükümlülüğünü oluşturmaktadır. Tüketici almış olduğı krediyi faiziyle birlikte kredi verene iade etmek zorundadır. Faizin bulunmadığı bir sözleşme, tüketici kredisi sözleşmesi olarak nitelendirilemez.

Belirli süreli tüketici kredisi sözleşmelerinde, tüketicinin alacağı kredi miktarı ve bunun ne kadar sürede ödeneceğı sözleşmenin başında belirlenmektedir. Bununla birlikte belirsiz süreli tüketici kredisi sözleşmelerinde ise hangi miktarlarda kredi kullanımının söz konusu olacağı ve buna ilişkin iade süresinin belirlenmesi doğaldır ki mümkün değildir. Zira tüketici kredisi sözleşmesi kredi kartı sözleşmesi yapılırken değil, tüketicinin sonradan kanunda öngörülen şartları taşıyan işlemi yapmasıyla ortaya çıkmaktadır.^[122] Aynı durum diğer belirsiz süreli tüketici kredisi sözleşmeleri için de geçerlidir. Buna uygun olarak tüketicinin kredi verene ödemesi gereken faizin ne şekilde olacağı, TKHK düzenlemesinde belirli süreli ve belirsiz süreli tüketici kredisi sözleşmeleri olarak iki şekilde ele alınmıştır.

TKHK'nın m. 25/1 hükmüne göre, belirli süreli tüketici kredisi sözleşmelerinde faiz oranı sabit olup bu oran sözleşmenin kurulması akabinde tüketici aleyhine değiştirilemez. Bu kredilerde faiz sözleşmenin başında belirlenir ve buna göre oluşturulan ödeme planı da faiz oranlarının artmasından veya azalmasından etkilenmez.^[123] Bu yönüyle tüketici, sözleşme sürecindeki faiz oranlarının artması riskinden korunmaktadır. Bununla birlikte tüketici lehine faiz oranının değiştirilmesi mümkündür.

TKHK'da faiz oranlarının tespitine ve sınırlarına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. TKHK'nın 83. maddesi gereğı, genel hüküm niteliğinde

[120] Ülgen vd., *Ticari İşletme*, 79.

[121] Ülgen vd., *Ticari İşletme*, 79; Eren, *Genel*, 1005.

[122] Çabri, *Şerh*, 525.

[123] Çabri, *Şerh*, 520-521.

olan TBK'nın 88 ve 120. maddelerinin tüketici kredilerine ilişkin faiz oranlarının tespiti ve sınırlamasında kıyasen uygulanması yerinde olur. Ancak doktrinde, kredi verenin tacir olması nedeniyle söz konusu tüketici kredisi sözleşmesinin ticari iş kapsamında olduğu ve TBK'daki sınırlamaların ticari işlere de uygulanıp uygulanamayacağı tartışması yürütülmektedir.^[124] Bununla birlikte TTK'nın m. 8/3 hükmü açıkça "*Tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler saklıdır.*" demek suretiyle tüketici işlemlerinde faizin ticari işlerden ayrıldığını ve serbestçe belirlenemeyeceğini kabul etmiştir.^[125] Kaldı ki Yargıtay da faiz sınırlandırmasına ilişkin uyuşmazlıklarda borçlunun tacir olmadığı durumlarda TBK'daki sınırlamaların uygulanacağına karar vermiştir.^[126] Bu nedenle TBK hükümlerindeki faiz sınırlamaları tüketici kredisi sözleşmelerinde de uygulama alanı bulur.

TBK m. 88 gereği kural olarak taraflar uygulanacak faiz oranını sözleşmede serbestçe kararlaştırabilirler. Bununla birlikte sözleşmede belirlenen faiz oranı, mevzuatta belirlenen yıllık faiz oranının yüzde elli fazlasını aşamaz. Bu noktada, mevzuatta belirlenen yıllık faizin yasal faiz olarak uygulanması gerekmektedir.^[127] Mevzuata bakıldığında ise 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un^[128] 1/1. maddesinde, yıllık yasal faiz oranı yüzde on iki olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca yıllık yasal faiz oranını artırmaya ve azaltmaya dair

[124] Tartışmalar için bkz. Çabri, *Şerb*, 521 vd.; Yılmaz, *Belirli*, 183 vd.; Bahtiyar ve Biçer, "Tüketici İşlemi," 419 vd.; Atilla Altop, "Bankaların Düzenledikleri Tüketici Kredisi Sözleşmelerinde Akdi Faiz, Erken Ödeme, Temerrüt, Sözleşmede Değişiklik Yapılması, Sigorta Yaptırılması, Bağlı Krediler ve Sözleşmenin Feshi," içinde *Tüketici Hukuku Konferansı 5-6 Aralık 2015 Makaleler-Tebliğler*, ed. Hüseyin Can Aksoy (Ankara: Yetkin, 2016), 413 vd.

[125] Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 441; Ülgen vd., *Ticari İşletme*, 98-9; Mustafa Çeker, "Tüketici Hukuku Açısından Bankacılıkta Faiz Uygulamaları," içinde *Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2014-2015*, ed. Hakan Tokbaş ve Fehim Üçışık (Ankara: Bilge, 2015), 75.

[126] Kararlar için bkz. Çabri, *Şerb*, 522.

[127] Ticari işlere uygulanan avans faizinin uygulanması gerektiği hakkında bkz. Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 442; benzer yönde Altop, "Tüketici Kredisi," 415.

[128] RG. 19.12.1984-18610.

Bakanlar Kurulu'na (Cumhurbaşkanı) verilen yetki sonucunda 01.01.2006 tarihinden itibaren yasal yıllık faiz oranı %9 şeklinde tespit edilmiştir. 2023 yılı itibariyle de yasal yıllık faiz oranı hâlâ %9 olarak geçerliliğini korumaktadır. Buna göre, sözleşmede kararlaştırılacak faiz oranı %13,5'u geçemez. Tarafların sözleşmede faiz oranını belirlemediği durumlarda ise TKHK m. 25/2 hükmü uyarınca kredi faizsiz biçimde sözleşme süresinin sonuna kadar kullanılır.

Temerrüt faiz oranı ise TBK m. 120 çerçevesinde belirlenebilir. Buna göre, temerrüt faiz oranı mevzuatta tespit edilen yıllık yasal faiz oranının yüzde yüz fazlasını geçemez. Yasal yıllık faiz %9 olarak kabul edildiğinden, yüzde yüz fazlası hesaplaması ile temerrüt faiz oranı %18'i aşamaz. Bununla birlikte, Yönetmelik'te temerrüt faiz oranına ilişkin ayrık ve özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Yönetmelik m. 4/1-e hükmüne göre, "*Gecikme faiz oranı: Belirli süreli tüketici kredisi sözleşmelerinde akdi faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçmemek üzere belirlenen oranı, belirsiz süreli tüketici kredisi sözleşmelerinde ise ilgili mevzuat gereği belirlenen oranı*" aşamaz. Bu yönden, TBK m. 88 çerçevesinde belirlenen akdi faiz oranının yüzde otuz fazlası ile yapılan hesaplamada belirli süreli tüketici kredisi sözleşmeleri için temerrüt faiz oranı %17,55'i geçemez. Temerrüt faiz oranı sınırlamasına ilişkin düzenlemenin Yönetmelik ile düzenlenmesi, normlar hiyerarşisi anlamında eleştirilebilir. Ancak TKHK m. 31/4 hükmünün yetkilendirmesiyle çıkarılan Yönetmelik düzenlemesinin uygulanması tüketicinin lehine olur.^[129]

TKHK m. 25/1 düzenlemesinin mefhum-u muhalifinden anlaşılabilir ki belirsiz süreli tüketici kredisi sözleşmelerinde değişken faize müsaade edilmiştir. Yine TKHK'nın 26/2. maddesinde belirsiz süreli tüketici kredisi sözleşmelerinde faiz oranının artırılmasına ilişkin düzenleme de bunu pekiştirmektedir. Bu tür kredilerde faiz oranı, tüketici kredisi sözleşmesinin yapıldığı ana göre değişiklik gösterir. TKHK m. 22/2 hükmüne göre, bu durumda uygulanacak faiz oranı kredi kartı sözleşmesi kapsamında belirlenen orandan fazla olamaz. Faiz oranının tespitini ise sözleşmenin kurulduğu aşamada verilen yetki ile kredi veren yapmaktadır.^[130] Ancak faiz oranının üst sınırının ne olduğu ise hem doktrinde hem de Yargıtay uygulamasında

[129] Benzer yönde bkz. Yılmaz, *Belirli*, 189; Sınırlamanın Yönetmelik ile yapılmasının eleştirisi için bkz. Altop, "Tüketici Kredisi," 428-9; Çeker, "Faiz," 75-6.

[130] Çabri, *Şerh*, 526.

tartışmalıdır. Bir görüşe göre yukarıda bahsedilen TBK hükümlerindeki faiz sınırlamaları belirsiz süreli olarak akdedilen kredi kartı sözleşmelerinde de uygulanır.^[131] Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin içtihadı da bu yöndedir.^[132] Yargıtay (Kapatılan) 19. Hukuk Dairesinin kabul ettiği diğer görüşe ise kredi kartı faiz oranlarının üst sınırı BKKKK'nın 26/3. maddesi gereğince Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası tarafından tespit edildiğinden, genel hükümlerdeki sınırlamalar uygulama alanı bulmaz.^[133] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise önüne gelen yakın tarihli uyuşmazlıklarda Yargıtay (Kapatılan) 19. Hukuk Dairesinin kararları ile paralel şekilde BKKKK'nın 26. maddesinde kredi kartı borçlarına ilişkin özel nitelikte faiz hükmü bulunduğu gerekçesiyle BKKKK'ya göre genel kanun niteliğinde olan TBK'nın 88 ve 120. maddelerinin uygulama alanı bulmayacağı yönünde karar vermiştir.^[134]

D) SÖZLEŞMENİN DEĞİŞTİRİLMESİ

Tüketici sözleşmelerinin tüketici aleyhine değiştirilemeyeceğine dair genel bir düzenlemeye TKHK'nın 4. maddesinde yer verilmesine rağmen, TKHK'nın 26. maddesinde belirli süreli ve belirsiz süreli tüketici kredisi sözleşmelerinde yapılacak değişikliklere ilişkin özel bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmuştur.^[135] Hükümde, sözleşmelerde değişiklik yapılmasına ilişkin esaslar belirli süreli ve belirsiz süreli tüketici kredisi sözleşmeleri için ayrı şekillerde düzenlenmiştir.

TKHK m. 26/1 hükmü, belirli süreli tüketici kredisi sözleşmelerinde şartların sonradan tüketici aleyhine değiştirilemeyeceğini öngörmektedir.

[131] Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 443; Yılmaz, *Belirli*, 188.

[132] Yargıtay 13. Hukuk Daire, E. 2013/26358, K. 2014/8623, 24.03.2014; Yargıtay 13. Hukuk Daire, E. 2013/9, K. 2013/10102, 17.04.2013, <https://www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi: 01.02.2023.

[133] Atamer, *Kredi*, 130. Yargıtay 19. Hukuk Daire, E. 2016/1962, K. 2016/10626, 14.06.2016; Yargıtay 19. Hukuk Daire, E. 2016/1659, K. 2016/9473, 26.05.2016, <https://www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi: 01.02.2023.

[134] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2020/87, K. 2022/1081, 29.06.2022; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2017/3129, K. 2021/1041, 21.09.2021, <https://www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi: 01.02.2023.

[135] Akipek, "Milli Şerh," 514.

Bu sözleşmelerde faiz oranının sabit olarak belirlenmesi ve faiz oranı ile sözleşme şartlarının tüketici aleyhine değiştirilmemesi ilkesi benimsenmiştir.^[136] Bununla birlikte hükmün nispi emredici olması yönüyle tüketici lehine bir değişiklik yapılması mümkündür. Denilebilir ki faiz oranı, masraf, komisyon ücreti gibi kalemler sabit olacak ve sonradan tüketici lehine değiştirilebilecektir.^[137]

Belirsiz süreli tüketici kredisi sözleşmelerinde ise ileride meydana gelmesi mümkün değişikliklerin doğuracağı risklerin önceden belirlenip sözleşmeye dâhil edilmesi mümkün değildir.^[138] Bu nedenle kredi verene sözleşmede değişiklik yapmasına imkân tanıyan TKHK m. 26/2 hükmünde, faiz oranındaki artışa ilişkin değişikliklerde uygulanacak esaslar düzenlenmiştir. Hükme göre,

“Belirsiz süreli kredi sözleşmelerinde faiz oranının artırılması durumunda, bu değişikliğin yürürlüğe girmesinden otuz gün önce, tüketiciye kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla yazılı olarak bildirilmesi zorunludur. Bu bildirimde, yeni faiz oranının yürürlüğe girmesinden sonra yapılacak ödemelerin tutarı, sayısı ile aralıklarının değişmesine ilişkin ayrıntılara yer verilir. Faiz oranının artırılması hâlinde, yeni faiz oranı geriye dönük olarak uygulanamaz. Tüketici, bildirim tarihinden itibaren en geç altmış gün içinde borcun tamamını ödediği ve kredi kullanmaya son verdiği takdirde faiz artışından etkilenmez.”

Söz konusu hüküm, 7392 sayılı Kanun’un 3. maddesi ile değiştirilmiştir. Değişiklikten önce hüküm faiz oranının azaltılmasını da kapsayacak şekilde sözleşmede yapılan değişikliklerin otuz gün öncesinde bildirimini zorunlu tutmuştu. Hükümdeki değişiklik ile birlikte faiz oranının azaltılması durumunda, yeni faiz oranının yürürlüğe girmesi için kredi verenin otuz gün öncesinde bilgilendirme zorunluluğu kaldırılmıştır. Diğer bir söyleyişle zorunluluk, yalnızca faiz oranı artırıldığı durumu kapsayacak şekilde değiştirilmiştir. Bu şekilde, azaltılmış olan yeni faiz oranının yürürlüğe girmesi

[136] Aslan, *Tüketici Hukuku*, 417.

[137] Akipek, “Milli Şerh,” 515.

[138] Aslan, *Tüketici Hukuku*, 418.

için tüketicinin otuz gün beklemesinin önüne geçilmiştir.^[139] Benzer bir düzenleme BKKKK'nın 25. maddesinde de bulunmaktadır. Bu yönüyle uygulama birliği amaçlandığı söylenebilir. Ancak belirtilmelidir ki hükümdeki bu değişiklik, faiz oranının azaltılması hâlinde kredi verenin bilgilendirme yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır. Bu yükümlülük, esasen sözleşmenin kurulmasından sonraki bilgilendirme yükümlülüğünün bir çeşidini oluşturmaktadır. Zira, Yönetmelik m. 13/2 düzenlemesinde faiz oranının azaltılması hâlinde değişikliğin, bildirim yapıldığı döneme ilişkin son ödeme tarihinden itibaren hüküm ifade edeceği belirtilmiştir. Kaldı ki faiz oranının azaltılması durumunda da ödemelerin tutarı, sayısı ve aralıkları değişeceğinden tüketicinin bu hususta bilgilendirilmesi gerekir. Önemli olan, tüketicinin iradesinden bağımsız şekilde tek tarafı olarak düzenleme yapılmasını engellemektir.^[140] BKKKK'nın 25. maddesinde faiz artışına dair bir ayırım yapılmaksızın sözleşmede yapılacak değişikliklerin kart hamiline bildirileceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte bildirim hesap döneminden ne kadar süre önce yapılacağına ilişkin gerek TKHK gerekse Yönetmelik'teki eksiklik hâlâ devam etmektedir.^[141] Bu yönüyle 7392 sayılı Kanun ile değişik TKHK m. 26/2 hükmünün kaleme alınış biçimi eleştiriye açıktır.

Faiz oranının artırılması durumunda, bu değişikliğin yürürlüğe girmesinden otuz gün önce tüketiciye yapılacak bilgilendirme ile ona sözleşmeye yeni faiz oranı ile devam edip etmeme konusunda bir düşünme süresi tanınmaktadır. Tüketicide yapılacak bilgilendirmenin tam olarak yapıldığından bahsedebilmek için yeni faiz oranıyla birlikte yapılacak ödemelerin tutarına, sayısına, değişen aralıklarına dair bilgilere de değinilmesi gerekir, aksi hâlde değişiklik yapılmamış sayılır.^[142] Tüketici bu yeni faiz oranı ile devam etmek istemez ise bildirim tarihinden başlayarak kendisine tanınan altmış günlük süre içerisinde borcunun tamamını ödediği ve kredi kullanmayı bıraktığı takdirde faiz artışı kendisine yansımaz ve önceki faiz ile sözleşme sona erer. Kısaca, artırılmış yeni faiz oranı geriye etkili biçimde uygulanmaz. Böylece

[139] İrem Aytaç Seyhan, "Tüketici Kredileri," (Bildiri Türkiye Barolar Birliği Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da Yapılan Değişiklikler ve Uygulamaya Etkileri Sempozyumu, Ankara, 8 Ekim 2022).

[140] Işıtan, "Aydınlatma," 269.

[141] Ceylan, "Kredi Kartları," 268.

[142] Çabri, *Şerb*, 531.

tüketiciye faiz artışından etkilenmeden, değışiklikten önceki faiz ile krediyi sona erdirmeye imkânı getirilmiştir.^[143] Buna karşın tüketicinin süresi içinde borcun tamamını ödememesi veyahut kredi kullanmayı bırakmaması hâlinde ise faiz oranı artışını kabul ettiği varsayılır.^[144]

Kanun hükmü bu şekilde olmakla birlikte Yönetmelik m. 13/3 hükmünde akdi faiz oranı dışındaki diğer sözleşme şartlarında yapılacak değışikliklerde de bildirim şartı aranmış ve tüketicinin kabul etmemesi hâlinde Yönetmelik'in 25. maddesine göre fesih imkânı getirilmiştir.^[145] Sözleşmede fesih bildirimine ilişkin bir sürenin belirlenmediği durumda tüketici herhangi bir zamanda sözleşmeyi feshedebilir. Ancak sözleşmede fesih bildirim süresinin belirlenmesi durumunda, tüketici bu süre içerisinde bildirimde bulunarak sözleşmeyi feshedebilir. Bununla birlikte bu süre bir ayı geçemez. Doktrinde bu hüküm, kanunda bulunmayan bir konuyu düzenlediği gerekçesiyle eleştirilmiş ve bunu karşılayan bir düzenlemenin kanunda düzenlemesinin daha uygun olacağı belirtilmiştir.^[146]

Ancak her hâlde bütün bu değışikliklerin hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olmayacak şekilde kullanılması gerekmektedir. Bu kapsamda nitelendirilebilecek faiz yahut masraf artışı her daim hakkın kötüye kullanılması denetimine tabi tutulur.^[147]

E) ERKEN ÖDEME

Tüketicinin henüz vadesi gelmemiş bir ya da birden fazla taksiti veyahut kredi borcunun tamamını vaktinden önce ödemesi mümkündür. Tüketicinin erken ödeme yapması hâlinde, TKHK'nın 27. maddesi uyarınca, kredi veren ödenen miktar doğrultusunda gerekli tüm faiz ve diğer maliyet

[143] Çınar, "Tüketici Kredisi," 59.

[144] Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 449.

[145] Belirsiz süreli tüketici kredisi sözleşmelerinde faiz haricinde tüketici aleyhine değışiklik yapılamayacağı yönünde bkz. Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 450; benzer yönde Altop, "Tüketici Kredisi," 421-422; Gümüş, *Şerh*, 196.

[146] Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 451. Feshin tüketiciyi koruyucu bir yöntem olmadığı hakkında bkz. Atamer, *Kredi*, 147.

[147] Akipek, "Milli Şerh," 516.

unsurlarında indirim yapmakla yükümlüdür. Esasen bu indirim yükümlülüğü, erken ödeme söz konusu olduğunda indirim istenemeyeceğine ilişkin TBK m. 96'nın bir istisnasını oluşturmaktadır.^[148] Bu indirimin yapılmasının nedeni kredi verenin alacağına erken kavuşmasıdır. Bununla birlikte erken ödeme hakkının tanınmasının temelinde tüketicinin var olan borcundan bir an önce kurtarılması düşüncesi bulunmaktadır.^[149] Bu açıdan erken ödeme; tüketici lehine avantajlı bir durum oluştururken, alacağı faizden mahrum kalacak kredi veren için dezavantajlı bir durum oluşturmaktadır. Kredi veren yönünden oluşan dezavantajlı durumu engellemek için TKHK tasarısında erken ödeme tazminatı düzenlemesine yer verilmişse de Genel Kurul'da bu düzenleme tasarıdan çıkartılmıştır.^[150] Düzenlenen erken ödeme hakkı emredici bir nitelik taşıdığından taraflar bu hakkı sözleşmeyle kaldıramayacağı gibi hakkın kullanılmasını da zorlaştıramazlar.^[151] Aksine yapılan anlaşmalar kesin hükümsüz olur. Hükmün gerekçesinde, kredinin tamamının kapatılmasının sözleşmenin feshi niteliğinde olduğu belirtilmiştir.^[152] Ancak doktrinde bu gerekçe eleştirilmiş, kredi sözleşmesinden doğan borcun zamana yayıldığı ve erken ödeme hâlinde kalan borcu ifa etme zorunluluğunun ortadan kalkmadığı gerekçesiyle bunun borcun ifası niteliğinde olduğu savunulmuştur.^[153]

Tüketici kredinin tamamını erken ödeyebileceği gibi vadesi gelmemiş bazı taksitlerin ödemelerini de önceden yapabilir. Bu erken ödemede kredi verenin kabule yanaşmaması durumunda alacaklının temerrüdüne ilişkin TBK m. 110 gereğince sözleşmenin feshedilebileceği ifade edilmiştir.^[154] Bununla birlikte alacaklının temerrüdü durumunda tüketicinin sözleşmeyi fesih hakkı doğmayacağı, borcu tevdi ile borçtan kurtulacağı da savunul-

[148] Aslan, *Tüketici Hukuku*, 440.

[149] Çabri, *Şerb*, 534.

[150] Baysal, "Tüketici Kredisi," 316-7.

[151] Çabri, *Şerb*, 535.

[152] 6502 sayılı Kanun gerekçesi: <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0787.pdf>, Erişim Tarihi: 01.02.2023.

[153] Çabri, *Şerb*, 534. Aksi yönde Yılmaz, *Belirli*, 305; Zevkiler ve Özel, *Tüketici*, 253.

[154] Akipek, "Milli Şerh," 521; Gümüş, *Şerb*, 200.

maktadır.^[155] Erken ödeme hâlinde, erken ödemenin şekline göre yapılacak indirim ve faiz hesaplamasında tüketicinin ödemeyi yaptığı tarih esas alınır. Bu indirim tutarları için Yönetmelik'te ayrı ayrı hükümler öngörülmüştür.

F) BORÇLU TEMERRÜDÜ

Tüketici, aldığı krediyi sözleşmede belirlenen ödeme planı çerçevesinde geri ödemektedir. Tüketicinin yapacağı geri ödemelerde esas alınacak taksit, tutar ve vadeler bu ödeme planında belirtilmektedir. Ödeme planında kararlaştırılan vadenin gelmesine rağmen tüketicinin kredi taksitini ödemesi durumunda tüketici temerrüde düşmüş olur. Bu noktada, her bir taksitin vadesi ödeme planında belirlendiğinden TBK m. 117 uyarınca tüketiciye ayrıca bir ihtar çekilmesine gerek yoktur, tüketici vadenin gelmesi ile temerrüde düşmüş olur.^[156] Tüketicinin temerrüde düşmesi ile birlikte kredi veren sözleşmedeki temerrüde ilişkin hükümlere başvurabileceği gibi bu hükümlerin olmaması hâlinde genel hükümler kapsamında TBK m. 117 ve devamındaki hükümlere de başvurabilir.^[157] Bu maddelerde düzenlenen seçimlik haklarını kullanma imkânı olan kredi veren; vadesi gelmiş ve ödenmeyen taksitlerin temerrüt faiziyle ödenmesini veyahut müspet zararın tazmin edilmesini yahut sözleşmeden dönerek menfi zararın tazmin edilmesini talep edebilir.^[158]

Bununla birlikte taksitlerini sürekli olarak geç ödeyen tüketiciler, kredi verenin henüz vadesi gelmemiş alacaklarını da riskli duruma düşürebilirler.^[159] Bu durumun ortaya çıkması hâlinde, özel olarak tüketicinin kalan bütün borcunun ifası talep edilebilir. Kredi verenin bu hakkını her durumda kullanması, tüketici için ağır sonuçlar ve kredi veren için de haksız kazançlar sağlayacağından, bu hak belli şartlarla sınırlandırılmıştır.^[160] TKHK'nın 28. maddesi ile kredi verene belli şartlar dâhilinde, sözleşmeye konulacak

[155] Çabri, *Şerh*, 535.

[156] Çabri, *Şerh*, 540.

[157] Çınar, "Tüketici Kredisi," 57.

[158] Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 453.

[159] Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 453; Akipek, "Milli Şerh," 524.

[160] Baysal, "Tüketici Kredisi," 318.

muacceliyet kaydı ile tüketicinin kalan bütün borcunun ifasını talep etme hakkı verilmiştir.

Bu şartlar TKHK'nın 28/1. maddesinde sayılmıştır. Kümülatif olarak bulunması gereken bu şartlar; sözleşmenin belirli süreli tüketici kredisi niteliğinde olması, kredi verenin borçlarının tamamını ifa etmiş olması, tüketicinin art arda en az iki taksiti ödemede temerrüde düşmesi, kredi verenin borcun tamamını talep etmeye yönelik hakkının sözleşmede açık bir biçimde saklı tutulması, bu hakkın kullanımına yönelik kredi verenin tüketicieye en az otuz günlük süre tanıyarak muacceliyet ihtarında bulunmuş olması şeklindedir.

Kredi verenin, kalan tüm taksitlerin ifasını talep edebilmesi için temel şart, sözleşmede temerrüt hâlinde kalan taksitlerin muaccel olacağına ilişkin hakkın açıkça saklı tutulmuş olmasıdır.^[161] Bu hakkın sözleşmede açıkça saklı tutulmaması hâlinde, kredi veren kalan bütün taksitlerin ifasını talep edemez. Bunun yanında kredi verenin sözleşmeden kaynaklanan bütün borçlarını ifa etmiş olması gerekir. Bu borçlardan yalnızca kredinin verilmesi değil, aynı zamanda bilgilendirme yükümlülüğü gibi borçların da ifa edilmiş olması gerekir.^[162] Bir başka şart ise tüketicinin art arda en az iki taksiti ödemede temerrüde düşmesidir. Temerrüde düşülen taksitlerin art arda olmaması hâlinde muacceliyet koşulu gerçekleşmez. Son şart ise kredi verenin tüketicieye en az otuz gün süre tanıyarak muacceliyet ihtarında bulunmasıdır. Söz konusu ihtar tüketici için nihai bir fırsat niteliğinde olup ancak ikinci taksitin ödenmesinde temerrüde düşülmesinin ardından yapılabilir.^[163] Tüketicinin kendisine tanınan süre içerisinde temerrüde düştüğü taksitleri faiziyle ödememesi hâlinde sürenin dolması ile birlikte başkaca bir bildirim gerek kalmaksızın kalan bütün borçları muaccel hâle gelir. Ancak bu süre içerisinde tüketici, ödenmemiş borçlarını faiziyle birlikte öderse kalan taksitlerin muaccel hâle gelmesi engellenmiş olur.^[164]

Muacceliyet koşulunun gerçekleşmesi ile birlikte kredi veren tüketicinin kalan bütün borçlarının ifasını talep edebilir. Bununla birlikte TKHK m.

[161] Çabri, *Şerb*, 548; Baysal, "Tüketici Kredisi," 318.

[162] Çabri, *Şerb*, 548.

[163] Yılmaz, *Belirli*, 278.

[164] Baysal, "Tüketici Kredisi," 318.

28/2 hükmü, muaccel kılınmış olan taksitler hesaplanırken bu taksitlere ilişkin faiz, komisyon ve benzeri masrafların gözetilmeyeceğini düzenlemektedir. Diğer bir deyişle kredi veren muaccel kılınan taksitlere ilişkin yalnızca anaparayı isteyebilir; faiz, komisyon ve benzeri masrafları ise talep edemez.^[165] Tıpkı erken ödemede olduğu gibi kredi veren burada da alacağına erken kavuşmaktadır. Ancak burada erken ödemeden farklı olarak faiz ve diğer maliyet unsurlarında indirim değil; faiz, komisyon ve benzeri menfaatlardan kredi verenin mahrum bırakılması söz konusudur.^[166] Bu yönüyle tüketicinin iradesi dışında kanun gereği kredi verenin kontrolü ile erken ödemede bulunmak zorunda kalan tüketicinin korunması amaçlanmaktadır.^[167]

G) SİGORTA, YAN FİNANSAL ÜRÜN VE HİZMET SUNUMU

Hastalık ya da kaza sonucunda tüketicinin ölmesi yahut iş göremez hâle gelmesi almış olduğu kredinin iade edilmemesi riskini ortaya çıkarır. Bunun için de kredi verenler elde edecekleri gelirden mahrum kalmamak ve alınan kredinin iade edilmemesi riskine karşı kendilerini korumak amacıyla sigorta mekanizmasını kullanırlar.^[168] Ancak uygulamada kredi verenler bunu sağlamak için tüketicileri kendi iştirakleri olan sigortacılarla sigorta sözleşmesi yapmaya zorlamakta ve kredi verilmesini sigorta yaptırılması şartına bağlamaktadırlar.^[169] Bu da tüketicinin ek maliyetlerle karşılaşmasına

[165] Yılmaz, *Belirli*, 279.

[166] Baysal, “Tüketici Kredisi,” 319; Gümüş, *Şerh*, 203. Aksi yönde Çabri, *Şerh*, 551.

[167] TKHK m. 27 çerçevesindeki erken ödemede yapılan indirim ile TKHK m. 28'deki muacceliyet kaydıyla erken ödemede faiz, komisyon ve benzeri masrafların dikkate alınmaması hakkındaki karşılaştırma hakkında bkz. Baysal, “Tüketici Kredisi,” 320. Yazar TKHK m. 28'de düzenlenen faiz, komisyon ve benzeri masrafların dikkate alınmaması hükmünü menfaatler dengesine uygun bulmaktadır; benzer yönde Altop, “Tüketici Kredisi,” 427.

[168] Akipek, “Milli Şerh,” 528.

[169] Gümüş, *Şerh*, 204. Bu durumun haksız şart niteliği olduğu hakkında Çabri, *Şerh*, 552. Ancak Yargıtay kredi borcu için hayat sigortası yaptırılmasının yalnızca kredi verenin değil, tüketicinin de menfaatine olduğu gerekçesiyle sözleşmeye konulan sigorta kayıtlarının haksız şart niteliği taşımadığına karar vermiştir. Bkz. Yargıtay 13. Hukuk Daire, E. 2013/924, K. 2013/4474, 26.02.2013, <https://www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi: 01.02.2023.

neden olmaktadır. Kredi verenin tüketicileri zorlamasının önüne geçmek için TKHK'nın 29. maddesi ile tüketicinin yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla açık bir talebi bulunmadan kredi bağlantılı sigorta yaptırılmayacağı düzenlenmiştir.^[170] Görüldüğü üzere sigorta sözleşmesi yapılması tüketicinin açık talebine bağlanmıştır. Özellikle kredi sözleşmesinin kurulması esnasında bankaların sigorta sözleşmesine yönelik hazırladıkları formları tüketiciye imzalatıkları durumlar böylece önlenmiş olacaktır.^[171]

Esasen düzenleme kredi verenin tüketiciyi zorlamasını engellemeyi amaçlamaktadır. Yoksa kredi verenin sigorta yaptırılması konusunu gündeme getirebilmesi ve bu konuda tüketiciyi bilgilendirebilmesi imkânı ortadan kaldırılmamaktadır.^[172] Ancak uygulamada kredi veren tüketiciyi sigorta yapma konusunda zorlayamazken, tüketici ise hiçbir şekilde sigorta yaptırmayarak riskler karşısında güvencesiz kalmaktadır. Sigorta sözleşmesinin yapılması tüketiciye külfet gibi görünse de aslında kendisini güvence altına almaktadır.^[173] Bunun için de 7392 sayılı Kanun ile değişik TKHK'nın 29/2. maddesinde, kredi verene içeriğinde kredi bağlantılı sigorta olmayan bir sözleşmeyi tüketiciye önermesi şartı ile kredi bağlantılı sigorta yaptırılmasını içeren bir kredi sözleşmesini paket olarak tüketiciye sunma imkânı verilmiştir. Kredi veren tarafından âdeta ikili bir teklif şeklinde sigortasız ve sigortalı kredi sözleşmesi sunulabilir. Ancak her hâlde sigorta yaptırılması tüketicinin açık talebine bağlıdır. 7392 sayılı Kanun ile getirilen bu imkân, önceki düzenlemede bulunmuyordu. Getirilen yeni düzenleme ile hem tüketicinin zorlanması engellenmiş hem de sigortanın teminat işlevi göz önünde tutularak tüketicinin sigorta yaptırması teşvik edilmiştir.^[174] Kredi veren sigortasız ve sigortalı kredi teklifinde bulunması hâlinde her iki teklife ilişkin ödeme planlarına, kredi bağlantılı sigortaların adı, süresi ve yenilemeli olup olmadığına dair bilgiye bilgi formunda yer vermelidir.

[170] Düzenleme 7392 sayılı Kanun değişikliğinden önce “kredi ile ilgili sigorta” ifadesini içermekteydi. Kanun gerekçesinde, sigorta mevzuatı ile kavram birliğinin sağlanması amacıyla değiştirildiği ifade edilmiştir.

[171] Çabri, *Şerb*, 553.

[172] Yılmaz, *Belirli*, 227-8.

[173] Çabri, *Şerb*, 554.

[174] Benzer bir görüşte Uzun Kazmacı, “Tüketici Kredileri.”

TKHK'nın 29/2. maddesi de tüketicinin istediği farklı bir sigorta şirketinden teminat sağlama imkânını getirmektedir. Tüketicinin sağladığı bu teminat, kredi veren tarafından koşulları değiştirilmeksizin kabul edilmek zorundadır. Bu hüküm ile tüketiciye doğrudan kredi veren veya onun iştiraki olan sigorta şirketi yerine, en uygun koşulları sağlayan sigorta sözleşmesini yapma imkânı verilmektedir.^[175] Bununla birlikte doktrinde kredi verenin tüketici üzerindeki baskısının devam edeceği yönüyle bu hüküm eleştirilmiştir.^[176]

Yapılacak olan kredi bağlantılı sigorta sözleşmelerinde, krediyi geri ödeme teminatını sağlama amacıyla, kredinin konusuyla, krediden kalan borç tutarı ve vadesiyle uyumlu olması şartları aranmıştır. Aksi hâlde tüketici sigorta sözleşmesinin geçersizliğini ileri sürebilir.^[177] Krediyeye dair aynı teminatı barındıran birden fazla sigorta yaptırılması da yasaklanmıştır. Yönetmelik m. 26/2'de kredi bağlantılı olarak yapılan meblağ sigortalarının; kredi borcunun belirlenen vade öncesinde ödenmesi veya kredi yapısında değişiklik olması hâlinde sona erdirileceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte kredi verenin tüketiciyi ayrıca bilgilendirmesi ve tüketicinin açık onayı hâlinde sigorta sözleşmesi mevcut koşullarla devam edebilir veya değişikliğe göre poliçe yeniden düzenlenebilir.

7392 sayılı Kanun ile TKHK'nın 29. maddesine ek bir fıkra eklenmiştir. Eklenen ek fıkra, tüketici kredisi sözleşmelerinin kredi ile ilgili olanlar haricinde yan finansal ürün ve hizmetlerin satın alınması koşuluna bağlanamayacağını düzenlemektedir. Hükmün gerekçesine göre, tüketicinin daha düşük faizli kredi olanağından faydalanabilmesi için ihtiyacına yaramayan ya da esas olarak kurumsal müşterilere verilen yan finansal ürün ve hizmetlerin tüketicilere dayatılmasının önlenmesi amaçlanmıştır. Bu şekilde; tüketicilerin krediyi alırken almak zorunda kaldıkları paket adı altındaki

[175] Çabri, *Şerh*, 554.

[176] Yılmaz, *Belirli*, 229. Yazar, hükmün işlerlik kazanabilmesi için Bireysel Kredilerle Bağlantılı Sigortalar Uygulama Yönetmeliği'nin 11/1 maddesinin de tamamlayıcı olarak uygulanmasını ve bu şekilde sözleşmenin kuruluş aşamasında yapılan sigortadan daha elverişli bir sigorta poliçesinin kredi verene ibrazının tüketiciyi gerçek anlamda koruyacağını ifade etmektedir.

[177] Çabri, *Şerh*, 554.

uygulamalar engellenmeye çalışılmıştır.^[178] Daha önce mevzuatta tanımlanmayan yan finansal ürün ve hizmet teriminin nelerden ibaret olduğunu ise, Yönetmelik'in 4/p. maddesi açıklığa kavuşturmuştur. Buna göre yan finansal ürün ve hizmet; kredi sözleşmesinin faiz, kâr payı, vergi, fon ve benzeri yasal giderleri dışında kalan ve tüketiciye sunulmuş olan her türlü ürün veya hizmet ile kredi bağlantılı sigorta hariç olmak üzere sigortayı karşılamaktadır. TKHK düzenlemesi, her türlü yan finansal ürün ve hizmeti değil, kredi ile ilgisi olmayanları yasak kapsamında tutmuştur. Bunlar ise Yönetmelik m. 26/5 atfıyla Finansal Tüketicilerden Alınacak Ücretlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında 2020/7 Sayılı Tebliğ'in^[179] ekinde bulunan listeye göre belirlenir. Tebliğ'in ek listesindeki “*Bireysel Krediler*” başlığında sayılan ürün ve hizmetler, kredi ile ilgisi olan yan finansal ürün ve hizmet olarak kabul edilmektedir. Başlıkta kredi ile ilgili olduğu kabul edilen ürün ve hizmetler; taşınır ve taşınmaz rehin tesis ücreti, tahsis ücreti, ekspertiz ücreti şeklinde sayılmıştır. Dolayısıyla bu başlıkta sayılmayan ürün ve hizmetler kredi ile ilgili kabul edilmez ve tüketici kredisi sözleşmesi bunların satın alınması şartına bağlanamaz.

H) BAĞLI KREDİ SÖZLEŞMELERİ

Genelde ihtiyaç duyduğu mal veya hizmeti edinebilmek amacıyla kredi yoluna başvuran tüketici, almış olduğu kredinin kullanımını konusunda serbesttir. Bu nedenle kredinin kullanımından doğan riskleri de kendisi taşır.^[180] Tüketici almış olduğu kredi ile akdettiği mal veya hizmet sözleşmesinde, satıcı veya sağlayıcıya karşı hukuki haklarını kullanabilecekken, kredi verene karşı bu haklarını kullanamaz. Sözleşmenin nispiyeti ilkesi olarak karşımıza çıkan bu durumun, kredi veren ile satıcı veya sağlayıcı arasında ekonomik menfaat birliğinin olduğu durumlarda uygulanması doğru bir çözüm yolu olmaz.^[181] Örneğin satıcı veya sağlayıcı ile kredi veren arasında önceden yapılmış bir anlaşmanın bulunduğu, satıcı veya sağlayıcının tüketiciyi kredi verene yönlendirerek avantajlı koşullarla kredi sağladığı durumlarda yalnızca

[178] Aytaç Seyhan, “Tüketici Kredileri.”

[179] RG. 07.03.2020-31061.

[180] Atamer, *Kredi*, 149.

[181] Atamer, *Kredi*, 150.

satıcı veya sağlayıcının sorumlu tutulması hakkaniyete uygun dűşmez.^[182] Bunun için de TKHK'nın 30/1. maddesi ile “*tüketici kredisinin münhasıran belirli bir malın veya hizmetin tedarikine ilişkin bir sözleşmenin finansmanı için verildiği ve bu iki sözleşmenin objektif açıdan ekonomik bir birlik oluşturduğu sözleşme*” olarak ifade edilen bağlı kredi sözleşmesi kabul edilmiştir.

Bağlı kredi sözleşmesi de tüketici kredis sözleşmesi niteliğinde olduğundan yukarıda incelenen hususlar itibariyle TKHK m. 22 ve devamı hükümlerine tabidir.^[183] Ancak bu sözleşmelerde kredi mal veya hizmetin edinimini sağlayan sözleşmenin finansmanı için verildiğinden tüketicinin kredi üzerinde serbestçe tasarruf etme imkânı bulunmamakta, tüketici bir anlamda kredi verene hesap vermektedir.^[184] Bu kapsamda kullanılan kredi doğrudan satıcıya veya sağlayıcıya ödenmekle birlikte kredinin finansman amacıyla tüketiciye ödenmesinde de bir engel bulunmamaktadır.^[185]

Bağlı kredi sözleşmesinde, iki ayrı sözleşme mevcuttur. Bunlardan biri tüketici ile satıcı veya sağlayıcı arasında yapılan mal veya hizmet edinmeye yönelik sözleşme iken, diğeri ise bu sözleşmenin finansmanını sağlamaya yönelik kredi sözleşmesidir. Mal veya hizmet edinmeye ilişkin sözleşmeden ya da kredi sözleşmesinden hangisinin önce yapıldığının bir önemi yoktur.^[186] Önemli olan, kredi sözleşmesinin mal veya hizmet sözleşmesinin finansmanı için yapılmasıdır. Esasen bunlar birbirinden bağımsız sözleşmeler gibi görünse de, aslında aynı ekonomik amaçla yapılan ve aralarında ekonomik birlik bulunan bileşik sözleşmelerdir.^[187]

[182] Doktrinde Çabri standart kredi sözleşmelerine nazaran bağlı kredi sözleşmelerinde daha uygun koşullarla kredi imkânı sunulduğundan, kredi koşulları bakımından fark yoksa bağlı kredis sözleşmesinden bahsedilemeyeceğini ifade etmektedir. Bkz. Çabri, *Şerh*, 564.

[183] Çabri, *Şerh*, 561.

[184] Çabri, *Şerh*, 562; Akipek, “Milli Şerh,” 534; Rabia Sanem Üzeler, “Tüketici Hukukunda Bağlı Kredi Sözleşmesi,” (Yüksek lisans tezi, Ankara Üniversitesi, 2011), 64.

[185] Üzeler, “Bağlı Kredi,” 64.

[186] Üzeler, “Bağlı Kredi,” 64-5.

[187] Çabri, *Şerh*, 560; Gümüş, *Şerh*, 209.

Ekonomik birliğin varlığı ise TKHK m. 30/2'de sayılan hâllerden en az birinin gerçekleştiği durumlarda kabul edilmektedir. Kredinin tüketici için satıcı veya sağlayıcı tarafından finanse edildiği hâl bunlardan ilkidir. Burada satıcı veya sağlayıcı, yasa gereği âdeta kredi veren ile eş konumda değerlendirilmektedir.^[188] Örneğin mağazaların verdiği kredi imkânları ya da bankaların belirli hizmetler vererek karşılığında alacakları için ayrı bir kredi sözleşmesi akdetmesinde durum böyledir.^[189] İkinci hâl, mal veya hizmet sözleşmesini finanse eden tarafın üçüncü bir kişi olduğu durumda, kredi verenin söz konusu kredi sözleşmesinin hazırlığında veya imzalanmasında satıcı veya sağlayıcının imkânlarından yararlanmasıdır. Burada satıcı veya sağlayıcı kredi verenin doğrudan temsilcisi niteliğinde olup kredi sözleşmesini onu temsilen yapmaktadır.^[190] Kredi sözleşmesinin taraflarını, tüketici ile kredi veren oluşturmaktadır. Satıcı veya sağlayıcının işyerinde banka personeline yer tahsis etmesi buna örnek verilebilir.^[191] Üçüncü hâl ise belirli bir mal veya hizmetin verileceğine dair bilginin kredi sözleşmesinde açık bir şekilde belirtilmesidir. Diğerlerinden farklı olarak burada kredi sözleşmesi, kredi verenin işyerinde yapılmakta ancak sözleşmede kredinin özgülendiği mal veya hizmetin ne olduğuna ilişkin bilgiye açıkça yer verilmektedir.^[192] Doktrinde, sözleşmede malın veya hizmetin adı, markası veya satıcı bilgilerinin yer alması zorunlu olmayıp genel bir ifadenin kullanılmasının yeterli olduğu savunulmaktadır.^[193] Buna göre örneğin yalnızca taşıt kredisi ifadesinin kullanılması yeterli görülmektedir. Bununla birlikte ayrıntılı bilgilere yer verilmesi gerektiği kabul edilse dahi her durumda bağlı kredi söz konusu olmamakta, kredi veren ile satıcı veya sağlayıcı arasında ekonomik menfaat birliği aranmaktadır. Zira TKHK m. 30/5 hükmü de kredi veren

[188] Akipek, "Milli Şerh," 536; Gümüş, *Şerh*, 208.

[189] Atamer, *Kredi*, 153.

[190] Çabri, *Şerh*, 564; Gümüş, *Şerh*, 208.

[191] Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 458.

[192] Atamer, *Kredi*, 153.

[193] Çabri, *Şerh*, 565; Gümüş, *Şerh*, 208. Aksi yönde Kıymet Erdemir, "Tüketici Hukukunda Bağlı Kredi Sözleşmeleri," (Doktora tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, 2021), 32; Aydoğdu ve Kahveci, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 458; Aslan, *Tüketici Hukuku*, 450.

ile satıcı veya sağlayıcı arasında önceden belirlenmiş bir mal veya hizmetin sağlanması ile ilgili bir sözleşmenin varlığını aramaktadır. Ancak burada yazılı ve açık bir sözleşme gerekmemekte, tarafların ortak hareket etmekten bir menfaat sağlayıp sağlamadığı belirleyici olmaktadır.^[194] Tüketicilerin kendilerinin belirlediği ve kredi temini için sonradan bankaya gittiği serbest krediler bağlı kredi kapsamında değildir. Bu minvalde, ayrıntılı bilgilerin varlığı bağlı kredi için doğrudan yeterli görülmemeli, her somut olay özelinde ayrı değerlendirme yapılmalıdır.^[195]

Bileşik sözleşmelerde bir sözleşmenin sona ermesi, diğerinin de kendiliğinden sona ermesini gerektirmektedir.^[196] Bununla birlikte tüketicinin cayma hakkını kullanması bağlı kredi sözleşmelerinde farklı bir özellik arz etmektedir. TKHK m. 30/3 hükmü tüketicinin mal veya hizmet sözleşmesine ilişkin cayma hakkını kullandığı bir durumda bu hakkın bağlı kredi sözleşmesine etkisini düzenlemektedir. Hüküm, caymaya ilişkin bildirim süresi içinde kredi verene de yöneltilmesinin bir tazminat yahut cezai şart yükümlülüğü olmaksızın bağlı kredi sözleşmesini de sona erdireceğini öngörmektedir. Buradaki cayma süresi mal veya hizmet sözleşmesine ilişkin olduğundan, bağlı kredi sözleşmesindeki on dört günlük cayma süresi geçmiş olsa dahi mal veya hizmet sözleşmesindeki cayma süresi içinde cayma hakkının kullanılarak bildirim kredi verene yöneltilmesi yeterlidir.^[197] Cayma hakkının kullanılarak bağlı kredi sözleşmesinin sona erdirilmesi hâlinde, kredi doğrudan satıcı veya sağlayıcıya ödendiğinden kredinin iadesini de satıcı veya sağlayıcı yapar.^[198] Ancak cayma bildiriminin kredi verene yöneltilmemesi hâlinde, kredi sözleşmesinin de kendiliğinden sona erip ermeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Bu konudaki bir görüş, kredi sözleşmesinin temelini mal veya hizmet sözleşmesinin oluşturduğu gerekçeyle kredi sözleşmesinin varlığını devam ettireceği yönündedir.^[199] Diğer

[194] Çabri, *Şerh*, 566; Atamer, *Kredi*, 155.

[195] Benzer yönde Erdemir, “Bağlı Kredi,” 33.

[196] Gümüş, *Şerh*, 209.

[197] Çabri, *Şerh*, 567; Özen, “Cayma Hakkı,” 494.

[198] Köksal, “Cayma Hakkı,” 133. Aksi görüşte, Çabri, *Şerh*, 568.

[199] Çabri, *Şerh*, 566; Erdemir, “Bağlı Kredi,” 283; Atamer, *Kredi*, 161.

görüş ise mal veya hizmet sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte bağlı kredi sözleşmesinin de sona ereceği ancak tüketicinin tazminat veyahut cezai şart ödemekle yükümlü olacağı yönündedir.^[200] Devamla bu görüş kredi bedelinin doğrudan satıcı veya sağlayıcıya ödendiği aksi bir ihtimalde, tüketicinin satıcı veya sağlayıcıdan kredi bedelini iade almasına rağmen kredi veren ile kredi ilişkisinin devam edeceğini ve faiz ödemeye devam etmek zorunda kalacağını ifade etmektedir.^[201]

Kredi veren, bağlı kredilere ilişkin mal veya hizmet sözleşmesinin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi riskini üzerinde taşımaktadır. Bu durum kredi verenin satıcı veya sağlayıcı ile ekonomik menfaat birliği içinde hareket etmesinin doğal bir sonucudur. TKHK m. 30/4 hükmünde; mal veya hizmetin hiç ya da gereği gibi tesliminin veya ifasının gerçekleşmediği bağlı kredilere ilişkin sözleşmelerde, tüketicinin sözleşmeden dönme ya da bedelden indirim hakkını kullanması ile satıcı veya sağlayıcının yanında kredi verenin de müteselsilen sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Her ne kadar hüküm lafzında yalnızca ayıplı ifanın hukuki sonuçları ifade edilmiş ise de hükmün kapsamına sözleşmedeki kusurlu ifa imkânsızlığı, ayıplı ifa, temerrüt, eksik ifa gibi bütün borca aykırılık hâlleri girmektedir.^[202] Tüketici borca aykırılıklardan kaynaklanan haklarını kredi verene karşı da ileri sürebilir. Kusurlu ifa imkânsızlığında ya da temerrüt ve ayıplı ifada sözleşmeden dönülmesi hâlinde tüketici ödediği taksitlerin iadesini, eksik ifa hâlinde yapılan masrafların ödenmesini kredi verenden talep edebilir.^[203] Benzer şekilde, ayıplı ifada tüketici bedelden indirim hakkını kullanması hâlinde, o oranda bir indirimin kredi bedeline yansıtılmasını ve ödeme planının değiştirilmesini kredi verenden talep edebilir. Ancak tüketicinin kredi verene karşı aynen ifa talebinde bulunması mümkün değildir. Yine ayıplı ifada tüketici ücretsiz onarım veya ayıpsız benzeri ile değiştirme haklarını kullanması hâlinde de kredi verene karşı bir talepte bulunamaz. Bu talepler yalnızca satıcı veya sağlayıcıya karşı ileri sürülebilir. Bununla birlikte, bu hakların kullanıldığı bir durumda, söz konusu talepler sonuçlanıncaya kadar

[200] Köksal, “Cayma Hakkı,” 132.

[201] Köksal, “Cayma Hakkı,” 132.

[202] Çabri, *Şerb*, 570; Gümüş, *Şerb*, 211.

[203] Çabri, *Şerb*, 571 vd.; Atamer, *Kredi*, 164-5.

tüketicinin kredi verene karşı ödemelerini askıya alabileceği doktrinde ifade edilmektedir.^[204] Tüketicinin uğradığı zararların tazmini için kredi verene karşı tazminat talebinde bulunup bulunamayacağı ise tartışmalıdır. TKHK düzenlemesinde kredi verenin tazminat sorumluluğuna ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Yargıtay da bu konuda farklı kararlar vermektedir. Bir görüşe göre, tazminat ancak kusura bağlı olarak ödenebilecek bir tutar olduğundan tüketici tazminat talebini ancak satıcı veya sağlayıcıya karşı ileri sürebilir.^[205] Diğer görüş ise tüketicinin tazminat talebini kredi verene karşı da yöneltebileceğini kabul etmektedir.^[206]

Kredi verenin müteselsil sorumluluğu bazı sınırlamalara tabi tutulmuştur. Bu kapsamda kredi verenin sorumluluğu, kullanılan kredi miktarı ve ifa tarihinden itibaren bir yıl süre ile sınırlıdır. Kullanılan kredi miktarından anlaşılması gereken kredi sözleşmesine konu olan anaparadır.^[207] Faiz, komisyon ve benzeri masraflar kullanılan kredi miktarına dâhil edilmez. Süre açısından sorumluluk sınırları; mal veya hizmet ifa edilmemişse buna ilişkin sözleşmede yahut bağlı kredi sözleşmesinde belirlenen ifa tarihinden, mal veya hizmet ifa edilmişse bu ifa tarihinden itibaren başlamak üzere bir yıl olarak belirlenmiştir.

[204] Atamer, *Kredi*, 165.

[205] Atamer, *Kredi*, 165-6; Kredi verenin sorumluluğunun bedelden indirim hâlinde o oranda indirim, sözleşmeden dönülmesi hâlinde ödenmiş olan taksitlerin iadesi ile sınırlı olduğü görüşü hakkında bkz. Erdemir, “Bağlı Kredi,” 201-2; Yargıtay 13. Hukuk Daire, E. 2016/10222, K. 2019/12640, 16.12.2019, <https://www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi: 01.02.2023.

[206] Çabri, *Şerh*, 575; Gümüş, *Şerh*, 211; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E. 2016/20787, K. 2019/7451, 19.06.2019, <https://legalbank.net>, Erişim Tarihi: 01.02.2023.

[207] Çabri, *Şerh*, 581.

SONUÇ

Her geçen gün artan finansman çeşitleriyle karmaşık bir işleyişe sahip olan finans sektörü, tüketicilerin her durumda kolaylıkla bilgi sahibi olabileceği ve bilinçli bir şekilde hareket edebileceği bir alan değildir. Özellikle kredi almak isteyen tüketicilerin kredi veren kuruluşlar karşısında zayıf bir konumda olduğu bilinmektedir. AB mevzuatını takip eden hukukumuz için bu durumdaki tüketicileri korumak amacıyla tüketici kredisi sözleşmelerine ilişkin ilk düzenlemeye 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da yer verilmiştir. Ancak düzenlemelerin artan ihtiyaçlar karşısında yetersiz kalması, kanun koyucuyu yeni bir kanun yapımına sevk etmiş ve bu doğrultuda 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kabul edilmiştir. 2008/48 sayılı AB Yönergesi dikkate alınarak hazırlanan bu kanun ile tüketici kredisi sözleşmelerine daha kapsamlı ve ayrıntılı şekilde yaklaşmış, tüketici daha geniş çerçevede korunmak istenmiştir.

6502 sayılı Kanun ile getirilen hükümlerle, tüketici daha sözleşme kurulmadan önce korunmaya başlanmış, kademeli olarak sözleşmenin kurulması ve sözleşme kurulduktan sonraki aşamalarda da bu korunma devam ettirilmiştir. Ön bilgilendirme yükümlülüğü ile başlayan sözleşme öncesi süreçte, tüketiciye tarafı olacağı sözleşmenin olası sonuçları işaret edilmektedir. Sözleşmenin kurulduğu aşamada ise sözleşmenin şekli ve sözleşmede bulunması gereken içerik konularındaki zorunluluklar, tüketiciyi aleyhine olacak olası sonuçlardan korumaktadır. Sözleşmenin kurulmasından sonraki aşamada ise tüketiciye son bir düşünme süresi verilerek cayma hakkı tanınmaktadır. Sözleşme devam ederken, tüketici aleyhine tek taraflı olarak yapılan değişikliklerin engellenmesi de tüketiciyi koruma amacı gütmektedir.

Mevzuatta 7392 sayılı Kanun ile yapılan son değişiklikle tüketicinin “görünmez el” tarafından korunması daha da belirginleşmiştir. Özellikle bir irade beyanı yöneltmeksizin borcunu on dört gün içinde kapatan tüketicilerin cayma hakkını kullanmış sayılması, sigorta yaptırmaya teşvik edilmesi ya da kredi ile ilgisi olmayan ürün ve hizmetlerin önüne geçilmiş olması mevzuatta tüketiciyi koruyan hükümleri derinleştirmiştir.

Tüketiciyi koruyan çok aşamalı ve ayrıntılı hükümler, tüketicinin finansal okuryazarlık konusundaki eksikliğini kapatmakta ancak bu eksikliği gidermemektedir. Bu konuda özellikle kendisine oluşturacağı yükü yeterince düşünmeden kredi alan, sigorta yaptırmakta isteksiz olan tüketicileri örnek

göstermek mümkündür. Tüketiciler salt kanunla değil, aynı zamanda bu konuda verilecek eğitimlerle korunmalıdırlar. Bu durum, 2021 yılında teklif olunan tüketici kredilerine ilişkin AB Yönergesi'nde de tüketicilerin finansal okuryazarlıklarının alınacak önlemler vasıtasıyla artırılması hedefi ile izah edilmektedir. AB mevzuatını takip eden hukukumuz bakımından da çeşitli önlemlerin alınması, tüketicilerin kanunla değil, bilinçli bir birey olarak kendi başlarına korunmasına yardımcı olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akipek, Şebnem. *Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi*. 1. Baskı. Ankara: Seçkin, 1999.
- Akipek, Şebnem. “Tüketici Kredileri.” içinde *Milli Şerh: 6502 Sayılı Kanun Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, Editörler Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner, 480-542, İstanbul: Aristo, 2016.
- Akipek Öcal, Şebnem, Özge Uzun Kazmacı ve Esra Hamamcıoğlu. “Bankacılık Sektöründe Kefalet.” içinde *Bankacılık Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları*, Editörler Hakan Tokbaş ve Ali Suphi Kurşun, 123-59. İstanbul: Aristo, 2015.
- Aktürk, İpek Yücer. “Tüzelkişi Tacirin Tüketici Sıfatı.” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20, no. 2 (Nisan 2016): 103-28.
- Altop, Atilla. “Türk Hukukunda, Avrupa Birliği Hukukunda ve Uygulamada Tüketici Kavramı.” *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 1-2 (2004): 3-14.
- Altop, Atilla. “Bankaların Düzenledikleri Tüketici Kredisi Sözleşmelerinde Akdi Faiz, Erken Ödeme, Temerrüt, Sözleşmede Değişiklik Yapılması, Sigorta Yaptırılması, Bağlı Krediler ve Sözleşmenin Feshi.” içinde *Tüketici Hukuku Konferansı 5-6 Aralık 2015 Makaleler-Tebliğler*, Editör Hüseyin Can Aksoy, 411-35. Ankara: Yetkin, 2016.
- Arkan, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku*. 24. Baskı. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2018.
- Arkan, Sabih. “Tüketici Kredileri.” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 18, no. 1-2 (1995): 35-42.
- Arkan, Sabih. “Tüketici Kredisi ve Uygulaması.” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 15, no. 1 (1989): 19-47.
- Aslan, İ. Yılmaz. *6502 Sayılı Kanuna Göre Tüketici Hukuku*. 5. Baskı. Bursa: Ekin, 2015.
- Atamer, Yeşim M. *Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması*. 1. Baskı. İstanbul: Oniki Levha, 2016.

- Atamer, Yeşim M. “Tüketici Kredisi Hukukunda Reform Projeleri ve Avrupa Birliği Hukuku ile Uyumu.” içinde *Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu*, 241-74. İstanbul: Oniki Levha, 2010.
- Aydoğdu, Murat ve Nalan Kahveci. *Tüketici Hukuku Dersleri*. 1. Baskı. Ankara: Adalet, 2021.
- Aytaç Seyhan, İrem. “Tüketici Kredileri.” Bildiri Türkiye Barolar Birliği Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da Yapılan Değişiklikler ve Uygulamaya Etkileri Sempozyumu. Ankara, 8 Ekim 2022.
- Bahtiyar, Mehmet ve Levent Biçer. “Adi İş / Ticari İş / Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22, no. 3 (2016): 395-436.
- Battal, Ahmet. “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı.” içinde *Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan*, 313-32. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1998.
- Baysal, Başak. “Tüketici Kredisi (TKHK m. 22-31).” içinde *Yeni Tüketici Hukuku Konferansı*, Derleyen Murat İnceoğlu, 273-325. İstanbul: Oniki Levha, 2015.
- Bilgin Yüce, Melek. “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Tüketici Kredileri.” *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no. 2 (2015): 264-82.
- Bozkurt Yaşar, Sevgi. “6502 Sayılı TKHK’na Göre Tüketici Kredisi Sözleşmeleri.” *Banka ve Finans Hukuku Dergisi* 3, no. 10 (2014): 107-62.
- Ceylan, Ebru. “Kredi Kartlarıyla İlgili 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Getirdiği Yenilikler.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 0, no. 117 (Mart- Nisan 2015): 233-84.
- Çabri, Sezer. *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*. 2. Baskı. Ankara: Adalet, 2021.
- Çeker, Mustafa. “Tüketici Hukuku Açısından Bankacılıkta Faiz Uygulamaları.” içinde *Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2014-2015*, Editörler Hakan Tokbaş ve Fehim Üçışık, 69-81. Ankara: Bilge, 2015.

- Çınar, Ömer. “Tüketici Kredisi Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve Hükümleri.” içinde *Bankacılık Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları*, Editörler Hakan Tokbaş ve Ali Suphi Kurşun, 37-69. İstanbul: Aristo, 2015.
- Erdemir, Kıymet. “Tüketici Hukukunda Bağlı Kredi Sözleşmeleri.” Doktora tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, 2021.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 22. Baskı. Ankara: Yetkin, 2017.
- Gezder, Ümit. *Tüketici Kredisi Sözleşmeleri*. 1. Baskı. İstanbul: Beta, 1998.
- Gümüş, Mustafa Alper. *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi Cilt 1 (Madde: 1 -46)*. 1. Baskı. İstanbul: Vedat, 2014.
- Işıtan, Pelin. “Bankacılık İşlemlerinde Tüketicinin Aydınlatılması Yükümlülüğü.” içinde *Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları*, Editör Gözde Zeytin Çağrı, 245-80. İstanbul: Oniki Levha, 2020.
- Köksal, Mehmet. “Tüketici Hukukunun Tipik Bir Aracı Olarak Cayma Hakkı.” içinde *Tüketici Hukukunun Güncel Sorunları*, Editör Gözde Zeytin Çağrı, 109-46. İstanbul: Oniki Levha, 2020.
- Küçükaydın, Emine Aslı. *Tüketiciyi Koruyucu Nitelikli Geri Alma Hakkı*. 1. Baskı. İstanbul: Oniki Levha, 2018.
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin. “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı).” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 50, no. 1 (2001): 55-90.
- Özen, Burak. “Tüketici Kredilerinde Cayma Hakkının Kullanılması.” içinde *Makaleler-Tebliğler (2001-2020)*, 481-95. İstanbul: Oniki Levha, 2021.
- Tutumlu, Mehmet Akif. *Tüketici Yargılaması Hukuku*. 2. Baskı. Ankara: Seçkin, 2019.
- Uzun Kazmacı, Özge. “Tüketici Kredileri.” Bildiri Türkiye Barolar Birliği Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da Yapılan Değişiklikler ve Uygulamaya Etkileri Sempozyumu. Ankara, 8 Ekim 2022.

Ülgen, Hüseyin, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya ve N. Füsün Nomer Ertan. *Ticari İşletme Hukuku*. 6. Baskı. İstanbul: Vedat, 2019.

Üzeler, Rabia Sanem. "Tüketici Hukukunda Bağlı Kredi Sözleşmesi." Yüksek lisans tezi, Ankara Üniversitesi, 2011.

Yılmaz, Abdülhamit. *Belirli Süreli Tüketici Kredisi Sözleşmeleri*. 1. Baskı. İstanbul: Oniki Levha, 2018.

Zevkliler, Aydın ve Çağlar Özel. *Tüketicinin Korunması Hukuku*. 1. Baskı. Ankara: Seçkin, 2016.

Zevkliler, Aydın ve K. Emre Gökyayla. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. 21. Baskı. İstanbul: Vedat, 2021.

İnternet Kaynakları

6502 sayılı Kanun gerekçesi, Erişim Tarihi: 01.02.2023: <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0787.pdf>.

7392 sayılı Kanun gerekçesi, Erişim Tarihi: 01.02.2023: <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-4260.pdf>.

Tüketici kredilerine ilişkin 2021/347 sayılı AB Yönergesi teklifi, Erişim Tarihi: 01.02.2023: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2021:347:FIN>.

İçtihat, Erişim Tarihi: 01.02.2023: <https://legalbank.net>.

İçtihat, Erişim Tarihi: 01.02.2023: <https://www.lexpera.com.tr>.

Ticari Taksi (Sarı Taksi) Düzenlemelerinin Klasik Liberalizm İlkeleriyle Uyumunu

Fatma Süzgün ŞAHİN ÜNVER*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi ABD, fatmasuzgunsahin@gmail.com,

ORCID: 0000-0003-0028-2661

Makale geliş tarihi: 30 Mart 2023 **Makale kabul tarihi:** 18 Eylül 2023

Atıf önerisi: Şahin Ünver, Fatma Süzgün. “Ticari Taksi (Sarı Taksi) Düzenlemelerinin Klasik Liberalizm İlkeleriyle Uyumunu.” *Ankara Barosu Dergisi* 81, no. 4 (Cumhuriyet 100. Yıl Özel Sayısı, Ekim 2023): 295-328.

DOI: 10.30915/abd.1273432

TİCARİ TAKSİ (SARI TAKSİ) DÜZENLEMELERİNİN KLASİK LIBERALİZM İLKELERİYLE UYUMU

ÖZ

Liberalizm, belli bir özgürlük anlayışıyla mülkiyet ve pazarı temele alır. Bu nedenle özgürlüğün, özel mülkiyet ve pazar düzeniyle tamamlandığını iddia eder. Özgürlük ve özel mülkiyet arasındaki ayrılmaz ilişki, özellikle klasik liberallerin iddia ettiği şekliyle her insana hayatını istediği şekilde yaşama olanağı sağlamaktadır. Bir insanın hayatını istediği şekilde düzenlemesi; istediği işi kurabilmesini, istediği işe yatırım yapabilmesini ve istediği işte çalışabilmesini de kapsar. Sözleşme özgürlüğü, çalışma özgürlüğü ve angarya yasağı olarak anayasalara da giren bu anlayış herhangi bir pazarda, pazarın doğal koşullarına aykırı şekilde arz ve talebe müdahale edilmemesini gerektirir. Bu çalışma, klasik liberalizmin genel kavrayışla hali hazırdaki ticari taksi düzenlemesinin uyumunu incelemektedir.

Anahtar Kelimeler:

Ticari taksi

klasik liberalizm

hukuk ve ekonomi

hür teşebbüs piyasası

lonca

COMPLIANCE OF COMMERCIAL TAXI (YELLOW TAXI) REGULATIONS WITH CLASSICAL LIBERAL PRINCIPLES

ABSTRACT

Liberalism is based on property and the market. with a specific understanding of freedom. It therefore claims that freedom is complemented by private property and the market order. The inseparable relationship between freedom and private property, especially as classical liberals claim, provides every human being with the opportunity to live her/his life as s/he wishes. It also includes arranging a person's life the way s/he wants; including the ability to establish the business s/he wants, investing in the business s/he wants and work in the job s/he wants. This understanding, which is included in constitutions as freedom of contract, freedom of work and prohibition of drudgery, requires that supply and demand should not be interfered with in any market contrary to the natural conditions of the market. This study examines the compatibility of classical liberalism with the general understanding of the current commercial taxi regulation.

Keywords:

Taxi

classic liberalism

law and economy

free enterprise system

guild

GİRİŞ

Basit bir gerçek vardır: İnsanların çok büyük bir kesimi yaşamak için çalışmak zorundadır. Felsefenin dahi uzun soluklu konularından biri çalışmak meselesi olmuştur: Kimler, hangi koşullarda çalışmalı ve neden çalışmak gerekir sorularına ciddiyetle eğilmiş düşünürler vardır. Platon, en bilinen örnek olarak, kurguladığı ideal şehirde insanların doğuştan gelen yetenekleri dikkate alınarak oluşturulacak uzmanlığa dayalı bir çalışma (iş) sistemi önermektedir. Platon ve Aristoteles tarafından örneklenen eski Akdeniz geleneği, erdemli bir yaşam için boş zaman ve özgürlüğün gerekliliğini savunurken, zanaat ve bilgiye dayalı üretken bir hayatı da kutsuyordu. Hristiyan geleneği çalışmaya ilişkin farklı görüşler içermekle beraber çalışma, insan günahı için bir kefarete olarak değerlendirildiği için yapılan işin ve mesleğin Tanrı'yı kutsaması ya da Tanrı'nın arzusunu ifade etmesi gerekir. Protestan Ahlakı olarak adlandırılan başat yaklaşıma göre çalışma, Tanrı'nın gözünde kişinin seçilmiş statüsünün sunulduğu bir arenadır. Öte yandan Sanayi Devrimiyle beraber felsefe sahnesinde farklı eleştiriler de boy göstermeye başlamıştır. Endüstriyel emeğin elverişsiz çalışma koşulları, modern kapitalizm altında işçilerin yabancılaşması ve sınıfsız bir toplumun ortaya çıkışı Marksist çalışma ve emek eleştirilerini de gündeme getirmiştir.^[1] Bu çalışma, yazarın kişisel görüşünden bağımsız olarak klasik liberal kabuller üzerinden ilerleyecektir.

Çalışmak bir yandan kendini gerçekleştirmenin, kendini anlamanın ve geliştirmenin merkezidir. Öte yandan gelişmemize yönelik de derin bir tehdittir. Tehdit olarak ifade edilmesinin sebebi, modern tüketim toplumunun parçası olan insanların, bir kıyaslama yapılacak olursa, avcı-toplayıcı topluluklara nazaran hayatlarının çok daha büyük bir kısmını çalışarak geçirmeleridir. Çalışmak tarlalarda, fabrikalarda, ofislerde, okullarda, mağazalarda, şantiyelerde, çağrı merkezlerinde, evlerde vb. bir hayat ve *geçim sağlamak* için yapılan tüm şeyleri kapsamaktadır. Günümüz toplumlarında taksi kullanmak, çamaşır makinesi satmak, şirkette yönetici olmak, yazılım geliştirmek, bir süpermarkette sabahdan akşama kadar kasada oturmak, bir çağrı merkezinde müşteri şikayetlerini yanıtlamak veya öğretmenlik yapmak

[1] Michael Cholbi, "Philosophical Approaches to Work and Labor," içinde *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, ed. Edward N. Zalta ve Uri Nodelman (Stanford: Stanford University, Fall 2022).

vb. çalışmaktır.^[2] Bildiğimiz şekliyle “çalışmak” modern bir icattır. Diğer bir ifadeyle bildiğimiz ve gerçekleştirdiğimiz biçimiyle bireyin ve toplumun yaşamında merkezi bir yer verdiğimiz çalışma biçimi icat edilmiş ve ardından ancak sanayileşmenin gelişile genelleştirilmiştir. Söz konusu bu modern anlamıyla çalışmak, bireysel yaşamlarımızın sürdürülmesi ve yeniden üretilmesi için vazgeçilmez olan, her gün tekrarlanan ödevlerle ilişkili değildir.^[3] Öncelikle: a) Bir eylem halidir. Dinlenmek, aylıklık etmek ya da yapacak bir şeyin olmaması değildir. b) Arzularımızdan çok ihtiyaçlarımızla, dolaylı da olsa, bir bağı olan zorunlu bir haldir. Eğlenceli ya da seçimlik değildir. c) Çalışmak sadece bir tüketim faaliyeti değil ayrıca bir üretimdir. Üretimin anlamlı olması şart değildir, bir çukur açıp sonra onu kapatmak eğer kişiye bir gelir sağlıyorsa çalışmadır. Buradan sonuncu özelliğe ulaşabiliriz: d) Karşılıklı, yeniden dağıtımçı veya diğer piyasa dışı düzenlemelerle organize edilen faaliyetlerin aksine, işin ücret karşılığında yapıldığını ve bir piyasa tarafından organize edildiğini belirtmemiz gerekir.^[4]

Yaşamak için diğer bir ifadeyle ihtiyaçlarını karşılamak için çalışmak zorunda olan insanların çalışma özgürlüğü ve zorla çalıştırılmama güvenliği kapitalist sistem içinde modern dönem kazanımlarından biridir. Kapitalizm, piyasaya sunulan mal ve hizmet yelpazesinin özel mülkiyet hakkıyla uyumlu hale getirildiği ve fiyatların da özel sektör tarafından belirlendiği bir ekonomik sistemdir. İnsanlar, sözleşme yaptıkları koşullar ne olursa olsun, bazı kısıtlamalarla birlikte mal ve hizmet alışverişinde bulunmakta özgürdür. Hayek’e göre söz konusu bu piyasa sisteminin çalışabilmesi için aralarında hukukun üstünlüğüne tâbi demokratik bir yönetim biçiminin, bireysel faaliyetlerin özel alanına tanınan güçlü anayasal güvencelerin, hukukça desteklenen ve mübadeleye açık mülkiyet haklarının ve istikrarlı bir para politikasının da bulunduğu bir dizi sosyal kurumun içine dahil olmalıdır.

[2] Samuel Clark, “Good Work,” *Journal of Applied Philosophy* 34, no. 1 (February, 2017): 61, 62.

[3] Andre Gorz, *Critique of Economic Reason*, çev. Gillian Handyside ve Chris Turner (New York: Verso, 1989), 13.

[4] Clark, “Good Work,” 62.

Hayek'e göre, ekonomiyi düzenlemeye yönelik girişimler yalnızca liberal hakları değil kaçınılmaz olarak demokrasinin kendisini de mahvedecektir.^[5]

Bu çalışmada klasik liberal yaklaşımının hukuka ve ekonomiye yansımaları üzerinden "sarı taksi" (ticari plaka) sahipleri diğer bir deyişle anamalin sahipleri ve onların oluşturduğu tekelin liberal bir sistemle uyumsuzluğu ele alınacaktır. Birinci bölümde, liberalizmin genel özellikleri özetlenecek, ikinci bölümde ekonomi kavramının genel hatları ve hukuk ile ilişkisi kısaca değerlendirilecektir. Son bölümde ise değerlendirme yapılacaktır.

I. LIBERALİZMİN TEMEL ÖZELLİKLERİ

Bir kişi için liberal sıfatını kullandığımız zaman, o kişinin özgürlük ve mülkiyet arasında belirli türde bir ilişki kurduğunu ima etmiş oluruz. Bu ima için köklü bir temel olarak da Magna Carta'ya başvurulabilir, zira 1670'te William Penn, siyasi bir sembol olarak ele aldığı Magna Carta'dan yola çıkarak basit bir açıklamayla özgürlük ve mülkiyeti tanımlamıştır. Buna göre, "İngilizler, özgürdür ve bu özgürlüktür; malları vardır ve bu da mülkiyettir."^[6]

Özgürlük ve mülkiyet kavramları tarih boyunca farklı biçimlerde kavranmış ve farklı değişim ve dönüşüm süreçlerinden geçmişlerdir. Benzer şekilde liberalizm de diğer büyük anlatılar gibi değişime ve dönüşüme uğramıştır. Örneğin bugün klasik liberalizm, daha çok liberteryenizm ile ilişkilendirilmektedir, oysa klasik liberal geleneğin daha klasik geniş yorumu, merkezi olarak işçi sınıfının, kadınların, siyahların, göçmenlerin ve benzer grupların kaderinin iyileştirilmesiyle ilgilendiği iddiasındadır.^[7] Bentham amacın, zengini daha fakir yapmak değil, fakiri daha zengin yapmak olduğunu dile

[5] Bruce Caldwell, *Hayek's Challenge: An Intellectual Biography of F.A. Hayek* (USA: The University of Chicago Press, 2004), 348.

[6] Michael Kammen, *Spheres of Liberty: Changing Perception of Liberty in American Culture* (USA: Banner Books, 2001), 25.

[7] Shane D. Courtland, Gerald Gaus ve David Schmidtz, "Liberalism," içinde *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, ed. Edward N. Zalta (Stanford: Stanford University, Spring 2022).

getirmiştir.^[8] 17. yy. liberalleri için özgürlük ve mülkiyet çok yakın ilişkili hatta iç içe kavramlardır. Günümüzde ise özgürlük ve mülkiyet ilişkisine dair olarak farklı görüşler ileri sürülmektedir. Diğer bir ifadeyle, liberal teori, özgürlük kavrayışları söz konusu olduğunda dallanır budaklanır. Pratikte teorinin çok yüzlü olmasının dışında bir diğer fay hattı da özel mülkiyetin etik statüsü ve piyasa düzenine ilişkin farklı kavrayışların da olmasıdır. Klasik liberalizme göre, daha önce de belirtildiği üzere, özel mülkiyet ve özgürlük birbirleriyle yakın ilişki içinde olan iki kavramdır. Bu nedenle 18. yy'den günümüze, klasik liberaller, bireysel özgürlükle tutarlı ve herkesin kendi hayatını –emeğini ve sermayesini kullanmak da dahil olmak üzere– uygun gördüğü şekilde yaşamasına izin veren özel mülkiyete dayalı bir ekonomik sistemde ısrar etmişlerdir. Özgürlük ve mülkiyetin aynı şey olduğu konusunda liberaller ve liberteryenler sıkça ısrar ederler. Özgürlük hakları da dahil tüm haklar, mülkiyet hakkının bir türüdür ve mülkiyetin kendisi de özgürlüğün bir biçimidir iddiası en sık dile getirilen iddiadır. Bu nedenle özel mülkiyete dayanan piyasa düzeni, özgürlüğün bir şekli olarak görülür. İnsanlar emeklerini özgürce değerlendirme olanağına sahip olmadıkça, sözleşme özgürlüğüne sahip olmadıkça, kazançlarını saklama ya da yatırım yapma özgürlüklerinden bahsedemeyiz ve sermayelerini arttırdıkları zaman diledikleri yatırımı yapma özgürlükleri yok ise gerçek anlamda bir özgürlükten bahsedilemeyecektir.^[9]

Klasik liberaller, özgürlük ve özel mülkiyet arasında bağ kuran ikinci bir argüman kullanırlar. Söz konusu bu *ikinci argüman*, özel mülkiyeti edinme ve kullanma özgürlüğünün sadece insan özgürlüğünün bir yönü olduğu konusunda ısrar etmek yerine, özel mülkiyetin özgürlüğü etkili bir şekilde koruduğu ve özel mülkiyet olmadan hiçbir korumanın etkili olamayacağı konusunda ısrar etmektedir. Devletin el atmasına karşı özgürlükleri koruma temelli serbest piyasa ekonomisinden kaynaklanan güçlerin dağılımı fikri de tam olarak buradan çıkar. Örneğin Friedrich A. Hayek, basım araçlarının devlet kontrolünde olması durumunda basın özgürlüğünün; ihtiyaç duyulan alanlar kontrol altında olursa toplantı özgürlüğünün ve ulaşım araçlarında devlet tekeli olursa seyahat özgürlüğünün olmayacağını iddia

[8] W. Stark, *Jeremy Bentham's Economic Writings, Volume I* (London: Routledge, 2004), 226.

[9] Gerald F. Gaus, "Property, Rights, And Freedom," *Social Philosophy and Policy* 11, no 2 (1994): 209

etmektedir. Özellikle ekonomik alanda, genellikle önemsiz olarak sunulan eylem özgürlüğü, aslında zihnin özgürlüğü kadar önemlidir. Çünkü insan eyleminin amaçlarını akıl seçer, fakat amaçların gerçekleşmesi gerekli araçların varlığına bağlıdır ve araçlar üzerinde etkili olan herhangi bir ekonomik kontrol elbette amaçlar üzerinde de etkili olacaktır. Dahası Hayek, ekonomik faaliyetlerin devlet tarafından üstlenilmesinin tüm amaçlar için daha geniş araçlar sağlamak gibi boş bir umut olduğunu ve her zaman, bireylerin amaçlarına ciddi kısıtlamalar getirme anlamına geldiğini de iddia eder.^[10] Hayek gibi düşünürler, iktisadî özgürlüğün daha açık bir ifadeyle özel mülkiyete sahip olma, kullanma ve elden çıkarma hakkının siyasi özgürlüğün zorunlu teminatı olduğu iddiasındadırlar. Hayek buradan hareketle, liberal demokratik sistemin ve sivil özgürlüklere saygının sadece kapitalist iktisadî düzen bağlamında gelişebileceğini öne sürer.^[11] Klasik liberaller, özel mülkiyetin özgür bir toplum için temel önemi üzerinde fikir birliği yapmış olsa da -belirtildiği üzere- klasik liberal geleneğin kendisi oldukça geniş bir yelpaze sunmaktadır. Klasik liberal yelpazenin liberteryen ucunda devlet, temel hakları koruma araçları için adaleti yüklenebilecek meşru tekeller olarak gerekçelendirilmektedir. Örneğin vergilendirme, özgürlük ve mülkiyetin etkili bir şekilde korunması için zorunlu ve etkiliyse meşrudur. Dahası, klasik liberal görüşün genel olarak kamu malları ve sosyal altyapı için ve özellikle ücretsiz eğitim için vergilendirmeye olumlu baktığını söyleyebiliriz. Bu dönem liberalleri, sadece ceza hukukunu değil aynı zamanda sözleşmeleri, lisansları, sağlık, güvenlik ve yangın düzenlemelerini, banka düzenlemelerini, ticari yatırımları (yollar, kanallar, limanlar) ve sendikalaşma gibi alanları içeren çok çeşitli devlet politikalarını desteklemişlerdir. Fakat öte yandan klasik liberaller, servet ve gelirin dengelenmesini, hükümet zorlamasının meşru amaçlarının dışında olarak ele alırlar.^[12]

1906 yılıyla Birinci Dünya Savaşının patlak vermesi arasındaki süreçte İngiltere’de toplumsal refah alanında yapılan yasal düzenlemelerle, ‘yeni’, ‘revizyonist’, ‘refah devleti’ veya belki de en iyi ‘sosyal adalet’ olarak bilinir

[10] F.A.Hayek, *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas* (London: Routledge, 1990), 149.

[11] Andrew Heywood, *Siyasi İdeolojiler*, çev. Ş. Akın ve A.K. Bayram (Ankara: Adres Yayınları, 2013), 42.

[12] Courtland, Gaus, and Schmidt, “Liberalism.”

hale gelen liberalizm, kişisel özgürlük ile özel mülkiyete dayalı piyasa düzeni temelli *ikinci argümana* meydan okumaktadır. Bu revizyonist teorisinin yükselişini üç unsur açıklamaya yardım eder. Öncelikle, Lord Beveridge'in "müreffeh bir denge" dediği serbest piyasayı sürdürme yeteneği sorgulanırken, bu yeni liberalizm, 20. yy. öncesinde kendi ayırt edici biçimini almıştır. Özel mülkiyete dayalı bir piyasanın istikrarsız olma eğiliminde olduğuna veya Keynes'in iddia ettiği gibi yüksek işsizlikle bir dengede sıkışıp kalabileceğine inanan yeni liberaller, ilk olarak ampirik gerekçelerle, klasik liberalizmin istikrarlı ve özgür bir toplum için yeterli temel olmasında şüpheye düşmüşlerdir. Burada ikinci unsur devreye girmektedir: Yeni liberaller piyasaya olan inançlarını kaybederken, ekonomik hayatı denetlemenin bir aracı olarak devlete olan inançları artmıştır. Bu kısmen, devletin ekonomik planlama girişimlerinin başarılı görüldüğü Birinci Dünya Savaşı deneyimlerinden kaynaklanmıştır. Öte yandan, daha büyük ölçekte ise, devletin yeniden değerlendirilmesi, Batılı devletlerin demokratikleşmesiyle ve seçilmiş yetkililerin J.A. Hobson'un ifadesiyle ilk kez gerçekten "topluluğun temsilcileri" olduğu kanaatiyle teşvik edilmiştir. Yeni liberalizm olarak adlandırılan bu teorisinin üçüncü unsuru oldukça günceldir: Mülkiyet haklarının, "her hakkın koruyucusu" olmaktan çok uzak, adaletsiz bir güç eşitsizliğini beslediğine dair artan bir inanç söz konusudur. Teoriyi bir yana bırakıp uygulamadaki gerçekliğe bakıldığında, işçi sınıfı için karşılaşılan şey, sistematik olarak pozitif özgürlüklerin eşitliğini güvence altına almada başarısız olunmasıdır ve aslında sağlanan şey yalnızca şekli bir eşitliktir. Özetle, yurttaşlarının hayatlarına devletin müdahalesinin mümkün olduğunca azaltılması gerektiğini savunan erken dönem liberallerinin aksine; modern liberaller yönetimin, sağlık, konut, ödenek, eğitim gibi hizmetlerin verilmesinden; aynı şekilde ekonominin yönetimi veya en azından regüle edilmesinden sorumlu olması gerektiğine inanırlar.^[13]

Milton ve Mill gibi düşünürlerin temel savı düşünme, konuşma ve araştırma özgürlüğü sağlandıkça insanlığın ortak aklının, doğrular üzerinde uzlaşıp yalanlara tepki vereceğidir. Aslında serbest pazar tahayyülünde de bu iddia vücut bulmaktadır: Fikirlerin serbestçe yarıştığı bir ortamda, hakikat eninde sonunda kazanacaktır ve bu yarışma ortamı ne kadar uzun süre devam ederse o kadar fazla hakikat açığa çıkacaktır. Bunun altında yatan hepimiz çeşitli türlerde önyargılara, batıl inançlara ve hatalara maruz

[13] Heywood, *Siyasi İdeolojiler*, 42.

kalsak da bunların bir kişiden (veya gruptan) diğerine farklılık gösterdiği inancıdır. Benim ön yargılarım ve batıl inançlarım bana ve bir grup insana uyabilir, ama evrensel bir kabul almaktan uzaktırlar, çünkü benim ön yargı ve batıl inançlarım herkesçe paylaşılmamaktadır. Öte yandan liberaller, aklın gücünün paylaşıldığını ve evrensel olduğunu iddia ederler. Akıl, insanları birleştiren şeydir. 20. yy. liberalleri, insanın insan olmasını ve onu hayvanlardan üstün yapan şeyin akıl olduğunda ısrarcıdırlar. Genel akıl, yanlıştan ziyade doğruyu seçer ve aklın kullanılması, uzlaşmada liderlik yapar. Mill, liberal geleneğe uygun olarak, sosyal ilerlemenin bir yönünün artan gerçekler topluluğu üzerinde birleşme olduğu konusunda ikna olmuştur.^[14]

Rawls, Locke'un, Rousseau'nun ve Kant'ın sosyal sözleşme teorilerini liberal devlete meşruiyet sağlamak için yeniden formüle etmiştir. "Hakkaniyet olarak adalet" şeklinde adlandırdığı teoriye göre, orijinal sözleşmenin tarafları, sahip olacakları bilgi, onları önyargılı yapabileceği için, bilgi olmaksızın konumlandırılmışlardır. Bu doğrultuda toplumun temel yapısını düzenleyen iki ilkeyi kabul ederler:

1. Her kişi, herkes için benzer bir özgürlük sistemiyle uyumlu en kapsamlı eşit temel özgürlükler sistemine eşit hak sahibidir.
2. Sosyal ve ekonomik eşitsizlikler, belirli bir doğrultuda düzenlenmelidir:
 - a) En az avantajlı olanın en fazla faydasına ve
 - b) Adil fırsat eşitliği koşulları altında, herkese açık olan görev pozisyonları olması.^[15]

Rawls, Mill gibi, değer ve iyiliğin liberal kavranışında olası uzlaşmayı varsayar. Makul çoğulculuk göz önüne alındığında, Rawls, toplumu ortak bir kapsamlı doktrin üzerinde birleştirmeye yönelik herhangi bir başarılı girişimin rakip, makul, kapsamlı doktrinleri bastırmak için devlet gücünün baskıcı kullanımını gerektirdiğinde ısrar eder. Tüm vatandaşların benimseyebileceği bir liberalizm amacındadır.^[16]

[14] Gerald F. Gaus, *Contemporary Theories of Liberalism* (London: Sage Publication, 2003), 2.

[15] Gaus, *Contemporary Theories of Liberalism*, 177.

[16] Gaus, *Contemporary Theories of Liberalism*, 178.

Bireyin önceliğine inanma, liberal ideolojinin tipik temasıdır. Liberalizm; insanların ve grupların kendi tanımladıkları iyi hayat her ne ise peşinden gidebilecekleri koşulların tesis edilmesi mücadelesini verir ama bunu yaparken, iyinin ne olduğuna ilişkin özel bir nosyonu desteklemeye çalışmaz veya bu yönde reçeteler sunmaz. Bu açıdan liberalizm, salt bir ideoloji değil, “meta-ideoloji”dir. Yani, siyasal ve ideolojik tartışmanın yer alabileceği zeminleri oluşturan kurallar bütünüdür. Ancak bu, liberalizmin salt bir “kendi işini yap” felsefesi olduğu anlamına gelmez. Liberalizm bir taraftan açıklık, tartışma ve kendi kaderini tayin hakkını önemserken, diğer yandan, ayırt edici niteliklerinden biri de güçlü bir ahlâkî hamle olmasıdır. Liberalizmin ahlâkî ve ideolojik tutumu, kendine özgü değer ve inanç kümesine teslimiyetle açığa çıkar. Bu değerlerin en önemlileri şunlardır: Birey, özgürlük, akıl, adalet, hoşgörü ve farklılık.^[17]

II. HUKUKUN EKONOMİK ANALİZİ

Ekonomi,^[18] çok karmaşık ve narin -çünkü dışarıda olan bitenden etkilenen-, hızla değişen göremediğimiz ama emin olduğumuz bir “şey.” Ekonomi, çalışmanın kendisi, örgütlenmesi ve ortaya çıkan ürünlerin paylaşılması olarak çalışmayla ilgilidir. Bu yönüyle ekonomi ve toplum arasında karşılıklı bir bağ vardır.^[19]

Ekonomi aslında insanlar arasında gerçekleşen bir ilişkiler bütünüdür. Üretilenlerin, sahip olunanların bölüşülmesi için türetilen ilişki biçimleri vardır. Bu ilişki biçimleri için Georg Simmel’den takas ve mübadele kavramlarını ödünç alabiliriz. Simmel, insanlar arasındaki pek çok ilişkinin takas formları olarak yorumlanabileceğini ileri sürer. Takas, bir etkileşim türü olarak kabul edilirse, insan hayatını şekillendiren en saf ve en gelişmiş etkileşim türü olarak yorumlanması mümkündür. Duvara bir tuğla daha koyarak ilerleyelim ve her etkileşimi de bir mübadele olarak kabul edelim;

[17] Heywood, *Siyasi İdeolojiler*, 43.

[18] İngilizce’de economics ile economy arasında fark olduğu ve bu ayrımın Türkçe’ye ekonomi ve iktisat olarak geçtiği şeklinde bir görüş olmakla birlikte bu çalışmada bu ayrıma ve buna dair yapılan tartışmalara yer verilmeyecektir. Ekonomi ve ekonomi bilimi şeklinde bir kullanım sürdürülecektir.

[19] Jim Stanford, *Herkes İçin İktisat*, çev. Tuncel Öncel (İstanbul: Yordam Kitap, 2015), 25.

her konuşma, her oyun, ötekine her bakış ya da karşılık görmese dahi her sevgi. Etkileşim ve takas arasında, etkileşimde kişinin sahip olmadığı bir şeyi sunması, takasta ise sadece sahip olduğu şeyi sunması şeklinde bir fark görülebilir. Simmel, bu farkın sürdürülebilir olmadığı iddiasındadır. Zira ona göre, etkileşime, dahil olan daima kişisel enerjidir, kişisel tözün teslimidir. Takasta ise öteki kişinin sahip olduğunu elde etme değil, beriki kişinin sahip olmadığı duyguları gidermek amacı vardır. Takasta, amaç toplam değeri arttırmaktır. Taraflar birbirlerine takastan önce sahip olduklarının fazlasını sunarlar. Etkileşim ve takas karşılaştırıldığı zaman takasın daha dar, oysa etkileşimin daha kapsamlı olduğunu da kabul etmek gerekecektir. Öte yandan insan ilişkilerinde etkileşimin, baskın şekilde takas olarak yorumlanabileceği biçimler de görülür. Hayatımızın her günü bir kazanç ve kayıp, dahası hayatımızın içeriğinin birikmesi ve azalması sürecinden oluşur ki bu süreç, şeylerin birbiri yerine ikamesi bilinçli şekilde yapıldığı için takasta zihinsel karşılık bulur. Şeylerin salt bir arada varoluşunu sistematik bir ilişkiye dönüştüren aynı sentezleyici zihinsel süreç, kendi birliğini maddi dünyaya dayatan aynı Ego, varoluşumuzun doğal ritmini kavramış ve takas aracılığıyla öğelerini anlamlı bir ilinti içinde düzenlemiştir. Her şeyden önce, tüm ekonomik değerlerin takası fedakârlık kavramını içerir. Örneğin, bir aşkı başka bir aşkla değiştirmek ya da bir tartışmada kendi bilgi birikimimizi kullanmak, kendimize dair bir imajı sergilemek, sahip olduğumuz kendiliğimiz bu durumlarda azalmaz ya da eksilmez. Fakat ekonomik takasta, örneğin ister zanaatkarın emeği olsun isterse zanaatkarın ürettiği ürün olsun, kazanç ne kadar iyi olursa olsun bir malın fedası söz konusudur. Nesnenin bir diğer nesneyle takas edilme gerekliliği, nesnenin kişi için değerli olmakla kalmadığını, başka bir kişi için de değerli olduğunu gösterir. Takas yoluyla elde ettiğimiz çıkar, değere kendi belirli nesnellliğini katar. Takasta unsurların her biri kişisel ya da yalnızca öznel olarak değerli olsa dahi birbirlerine eşit olmaları olgusu, bu unsurlardan herhangi birinde içerilmeyen ancak her ikisinin dışında da yer almayan nesnel bir faktördür, özetle öznel değerlemelerin nesnel bir ölçümü gerekmektedir.^[20]

Hukukun nesnel bir değeri var mıdır? Varsa, nedir? Hukukun doğasına ilişkin felsefi tartışmalar genellikle “hukuk kavramı” başlığı altında toplanmıştır. Birden fazla proje ve soru bu tek başlık altında toplandığı için, net

[20] Gerog Simmel, *The Philosophy of Money*, çev. Tom Bottomore ve David Frisby (London & New York: Routledge, 2004), 79, 80.

bir yanıt bulmak bir yana çok fazla kafa karışıklığı da yaratmıştır. Hukukun nesnel değerini bulabilmek için hukuka ekonomi ile bakmak bir çözüm olabilir mi? Hukukun ekonomik analizi^[21], mikroekonomik teorisinin araçlarını hukuk kurallarının ve kurumlarının analizine uygulamak anlamına gelmektedir.^[22] Bu yaklaşımın önemli isimlerinden biri olan Richard Posner'a göre, en iyi ya da en etkili sonuç en fazla zenginliği sağlayacak, zenginlik-refah maksimizasyonu yaratacak olan sonuçtur. Bu nedenle Posner, yargıcın sonuca odaklanmasını istemektedir. Yargıç, kararını koşullar dahilinde her iki taraf için en iyi sonucu verecek şekilde üretmelidir. Bunu yapabilmek için ekonominin ilkelerini kullanması gereklidir. Seçimde etkililik/verimlilik en üstün ilke olmalıdır. Refahın en çoğaltıcı şekilde yeniden dağılımı, bir değer olarak benimsenmelidir.^[23]

Seçim, etkililik, verimlilik gibi kavramlar havada uçuşmaya başladığında öznenin kim olduğu sorunu otomatik olarak devreye girer. Günümüzde etkili olan hukukun ekonomik analizi yaklaşımlarının çoğu tarafından kabul edilen metodolojik bireyciliğin temelinde Adam Smith'in atomist toplum teorisinden izler bulunmaktadır. Atomizm, bütünü kendisini oluşturan parçaların toplamından daha fazlası olarak gören holizmden farklı olarak, bütünü parçaların toplamı olarak görür. Buradan hareketle, Smith'in teorisindeki insan tipi çoğu aza tercih eder ve öncelikle kendi çıkarını düşünen bir bireydir. Smith'in yaklaşımına göre, ekonomi bilimi, Newtoncu bir bakış açısıyla toplumsal düzeni mümkün olduğunca az sayıdaki kardinal yasalarla açıklamanın bir aracıdır. Toplum, atomların yani bireylerin uyumlu birliğinde olarak tasavvur edilir, çünkü atomlar kendi çıkarlarına dönük hareketleri ile bütün açısından da iyi olan neticelere neden olurlar. Kendi çıkarına göre hareket eden atomistik bireylerin uyumlu düzeni, uyumunu kendi kendini düzenleyen karakterinden kazanır. Smith'in merkezi bir düzenlemeye karşı olmasının sebebi de bu sosyal düzenin "niyetli eylemlerin niyetlenmemiş

[21] John R. Commons, Robert Hale, Ronald Coase ve Guido Calabresi hukuk taşımalarına ekonomik düşünceyi getiren önemli isimlerdir. Bu çalışmayı sınırlandırabilmek adına kendilerine burada maalesef yer verilmeyecektir.

[22] Lewis Kornhauser, "The Economic Analysis of Law," içinde *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, ed. Edward N. Zalta (Stanford: Stanford University, Spring 2022).

[23] Sezal Çınar Özkan, "Hukukun Ekonomik Analizi ve Nesnellik," *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 1 (2013), 88.

sonuçlarından” meydana gelmesidir. Smith’in dayandığı “kendiliğinden düzen” düşüncesine göre, toplum için girdilere göre çıktı alma şeklinde kesin bir öngörülebilirlikten bahsedemeyiz. Dahası öngörülebilirliği olmayan ihtimallerle yüklü bu toplumun atomistik bireyleri de yine son derece bireysel saiklerle kendi çıkarları için hareket ederler ve eğer yeterli özgürlük koşulları söz konusu olursa *görünmez bir el*[24] vasıtasıyla toplumsal ilerleme ve zenginlik gerçekleşir. Sosyo-politik fenomenleri ekonomi aracılığıyla açıklamaya çalışan Smith’in düşünce evreninde toplumun yaşamsal bilgisi ekonomik ilişkilerde saklıdır. Hukuktaki değişimleri inceleyerek ekonomik gelişimleri de izlemek istemektedir.[25]

Hukukun ekonomik analizi sistemli olarak ilk kez 1960’larda sosyal bilimler alanında boy göstermeye başladığında, mikroekonomik teoriye egemen olan standart rasyonalite varsayımı benimsenmişti. 1990’lardan itibaren ise davranışsal ekonomi yöntemleri hukukun ekonomik analizine uygulanmaya başlandı. Davranışsal ekonomi, klasik modelden seçim ve kararın temelleri konusunda farklılaşır. Ekonomide rasyonel eylem, öznenin bir seçim yapması gereken durumlarda bu seçimin bir biçimde “en üst” olması için çaba göstermesi anlamına gelir. Seçilen, seçilmiş olan, aslında seçim koşullarında seçilecekler arasında yapılan bir sıralamada bir şekilde öne geçmiş olundırı. Kişinin önem verdiği şeyler vardır ve bu önem verdikleri arasında bir tanesini eyleminde temel yapmaktadır. Örneğin, standart tüketici davranışı modeline göre, kitaplık almak isteyen bir tüketicinin yapacağı seçimde geliri ve ürünün fiyatı etkili olacaktır. Gary Becker’a göre ekonomik yaklaşım, tüm insan yaşamını anlamak için bir çerçeve sunmaktadır. Bununla ekonominin daha önemli olduğunu, diğer bilimlerin daha önemsiz olduğunu söylememekte; seçimlerin nasıl yapıldığının ve zaman içinde gerçekleşen yavaş gelişiminin anlaşılmasının, insan davranışlarını tahmin etme ve anlamada kesinlikle faydalı olacağını ifade etmeye çalışmaktadır. Becker’in argümanının özünde

[24] Görünmez el, 18. yüzyıl İskoç filozofu ve iktisatçısı Adam Smith tarafından ortaya atılan, hiçbiri bu tür sonuçlara yol açmaya niyeti olmayan bireylerin birikmiş çıkarıcı eylemlerinden yararlı, sosyal ve ekonomik sonuçların ortaya çıkabileceği mekanizmaları karakterize eden mecazi bir kavramdır. <https://www.britannica.com/topic/invisible-hand>; <https://www.masterclass.com/articles/what-is-the-invisible-hand-in-economics>, erişim 15. 02. 2023.

[25] Muzaffer Dülger, *Hukuka Ekonomik Yaklaşımın Toplumsal Dayanakları* (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2020), 31-33.

insan davranışının bölümlere ayrılmadığı, davranışların bazen maksimum hedef odaklı olduğu bazen de olmadığı; bazen tercihlerin istikrarlı bazen de değişken etmenlerle harekete geçirildiği; bazen bilginin en üst noktasına ulaştığı bazen de ulaşmadığı varsayımı vardır. Özetle insan davranışlarının, istikrarlı seçimler arasından en fazla faydayı sağlamak ve çeşitli piyasalardan en uygun bilgiyi ve diğer girdileri edinmek için kullanan katılımcıları içerdiği söylenebilir.^[26]

Devletlerin görev ve sorumlulukları vardır.^[27] Söz konusu bu görevlerin ve sorumlulukların neler olduğu, nasıl düzenleneceği ve benzer şekilde nasıl değişeceği gibi hususlar hukuk fakültelerinde gerek anayasa gerek idare hukuku gibi kamu hukuku derslerinde ve gerekse borçlar hukuku, medeni hukuk gibi özel hukuk derslerinde modern eğitim faaliyetinin bir sonucu olarak hukuk fakültesini kazanan hukukçu adaylarına öğretilir. (Devletin görev ve sorumluluklarını gerektiği gibi diğer bir deyişle sosyal sözleşmede vadettiği şekilde yerine getirmediği hallerde ne olacağı bir grup romantik hukukçu dışında kimsenin ilgi alanına girmemektedir.) Örneğin, eğer bir endüstri tekeli olarak hareket ederse, devletten murat edilen iki yöntem vardır. Biri tekeli kırmaktır ama eğer artan getiriler nedeniyle bu istenmiyorsa onu düzenlemek ve hatta belki de millileştirmek yöntemlerinin uygulanması beklenir. Bu beklentinin çokça bilinin ve bariz kabul edilebilir bulunmasına rağmen yakından bakıldığında bariz olmaktan uzak ve bir takım şüpheli gerçeklik iddialarını içerdiği görüşü de ileri sürülmektedir. Bu argümanı destekleyen varsayımlar şunlardır: Tekeller, tekel tarafından belirlenen fiyatlar marjinal maliyetleri aştığı -ve aslında en uygun dağılım için fiyat marjinal maliyet eşitliği gerektiği- için kaynakların haksız dağılımına yol açar. Rekabetçi endüstrilerde en uygun paylaşım, fiyat marjinal maliyetlerle eşit olduğundan, endüstri rekabetçi hale getirildiğinde gerçekleşecektir. Bir

[26] Gary S. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior* (Chicago & London: The University of Chicago Press, 1976), 14.

[27] Türkiye Cumhuriyeti Anayasası madde 5: Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.

endüstride doğal bir tekel olduğunu varsayalım, bu durumda ya dolaylı devlet düzenlemesiyle ya da doğrudan devlet idaresiyle fiyat marjinal maliyetlere eşit hale getirilecektir. Böyle bir durumda verilebilecek tavsiye de oluşmuş tekelleri kırmak ya da engellemek ve doğal tekelleri devlet idaresi ya da devlet düzenlemesiyle kontrol altına alacak anti-tekel yasalarıdır. Esasında böyle bir tavsiye, piyasa sektörünün hali hazırdaki çalışma koşullarını, ideal çalışma koşulları ile eşitleyerek tanım yapılmasından kaynaklanmaktadır ve devlet müdahalesinin sorunları çözdüğünün kanıtlanmasından gelip gelmediği meçhuldür, çünkü düşünce düzeyinde devlet müdahalesinin sorunları çözeceği iddiasını gerekçelendirmek ile hali hazırdaki bir müdahalenin sorunları çözmesinin kanıtlanması aynı şey değildir.^[28]

İdeal bir siyasi demokrasi, siyasi makam elde etmeye çalışan bireylerin, seçmenlerin oylarının çoğunluğunu almak için tamamen serbest rekabet yoluyla siyasi kararlara ulaşmasının kurumsal düzenlemesi olarak tanımlanabilir. Burada tanımın içerdiği tartışmaya açık hususları bir yana bırakıp vurgunun serbest rekabet unsurunda olduğunu belirtmek gereklidir. Faaliyetlerin piyasa alanından siyasi alana aktarılmasının düzenleme faaliyetlerindeki rekabeti azaltacağı da sıklıkla dile getirilir. Demokrasilerde seçmenlere periyodik seçimlerle parti programları sunulurken bireyler ya da gruplar siyasi makamlar için yarışma yaparlar. İdeal demokrasilerde yarışma koşullarının kabul edilemeyen maliyetlerinin olmaması ve bireylerin adaylıklarını ya da seçmenlerinin önüne çıkmasını engelleyen yapay sınırların olmaması anlamında özgür olması gereklidir. Faaliyetlerin piyasadan siyasi alana alınması zorunlu olarak yarışmayı azaltmaz, ama yarışmanın teşebbüsler arasında değil partiler arasında olması şeklinde bir biçim değişikliği gerçekleştirir. “İyi bir yarışma sistemi, ideal bir demokrasi için olduğu kadar ideal bir serbest piyasa sistemi için de zorunludur” önermesi, *hür teşebbüs ekonomisinin* çalışma sisteminin anlaşılmasının demokrasinin nasıl çalıştığını anlamada yararlı olacağı önermesini de beraberinde taşımaktadır.

İdeal bir *hür teşebbüs sisteminde* yalnızca en verimli olan firmalar ayakta kalacaktır. Örneğin, bir firmanın maliyet düzeyi, çıktıdan bağımsız ve firmadan firmaya değişiklik gösteriyorsa, piyasada en ucuz maliyeti sağlayan firma ayakta kalacaktır. İdeal bir demokraside siyasi partilerde de verimlilik, etkililik önem kazanmaktadır. En verimli, etkili parti ayakta kalacaktır. Maliyetlerine devletçe katılan bir endüstride, maliyetler çıktıdan bağımsız ve

[28] Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, 33.

görevdeki partiye bağlı olsaydı, yalnızca en düşük maliyeti sağlayacak olan parti görevde kalabilirdi. Hem devlet hem de özel sektör tarafından aynı derecede etkili yönetilen bir endüstri kolunda hem devlette hem de özel sektörde maliyetler aynı olacaktır. Diğer bir deyişle, kavramsal olarak, siyasi sektör serbest girişim dengesini yeniden üretebilecektir ve iddia bunu yapacağıdır. Gerek en verimli partinin ve gerekse en verimli firmanın maliyetleri, farklı bireyler siyasi ve piyasa faaliyetlerine giriş yaparlarsa gerçekleşecektir. Özel teşebbüs, ancak en verimli firma en verimli partiye göre daha düşük maliyetler sunarsa, devletten daha verimli olacaktır ve doğal olarak bunun tersi de geçerlidir.^[29]

Hür teşebbüs sistemi ile ideal bir demokrasi arasında seçim yapmak, her ikisi de seçmenin tercihlerine karşı duyarlı ve etkili olduğu sürece, zordur. Faaliyetlerin serbest piyasadan devlete kaydırılması gerektiğini savunanlar, gerçek işletme sisteminin tekeller ve eksiklikler nedeniyle ideal olmaktan uzak olduğunu ileri sürmelidirler. Serbest piyasanın eksikliklerini bir taraf bırakıp, siyasi sistemlerdeki ideal olmayan durumları da hesaba katmak gerekmektedir. Örneğin, her seçmenin, sahip oldukları bilgi ya da o bilgiyi kullandıkları zekalarının bir önemi olmaksızın ya bir ya da sıfır oy hakkı mevcuttur ve azınlıkların da genellikle temsil hakkı yoktur. Bu nedenle siyasi konularda düşünceli olmak, iyi donanımlara sahip olmak ya da oy kullanmak başlı başına kazandıran bir şey değildir. En etkili parti, seçmenleri ikna etmeyi başaramayabilir. Piyasada ise azınlıklar da temsile sahiptir ve bir kişinin sahip olduğu oy sayısı onun üretkenliğiyle orantılıdır, dolayısıyla akıllıca hareketlerin teşviki burada daha etkilidir. Bu nedenle verimli bir firmanın, kredi sağlayanların ve akıllıca kararların alınmasında doğrudan etkili olan tüketicilerin desteklerini kazanması şartıyla ayakta kalması görece daha kolay olacaktır. Siyasi rekabet, siyasi organizasyonlar büyük ölçekler gerektirdiği için azalmaktadır. Belirli bir pozisyon için, örneğin başkanlık, milletvekilliği, aday olan kişiler milyonlarca seçmene ulaşmak için yeterli kaynağa sahip olmak zorundadır. Birçok grup bu kaynaklardan yoksundur. Kaynak ihtiyacı, bölgesel ya da ulusal düzeyde bir organizasyon kurmak isteyen firmalar için de bazen zorunlu olsa da bu zorunluluk piyasada siyasi alandan daha az önemlidir. Bir de faaliyetler sorunu vardır. Siyasi faaliyetlerin kapsamı çok geniştir. Çoğu zaman bir adayın kamu hizmetin göçmen politikasına kadar birçok alanda seçmenleri ikna etmesi gerekmektedir. Seçmenlerin, her bir

[29] Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, 36.

faaliyet için bir kişiyi seçmek yerine birbirine bağlı birçok faaliyet için bir kişiyi seçmeleri yaygın olarak karşımıza çıkan uygulamadır. Bir alanda çok verimli, etkili olan bir aday, söz konusu birbirine bağlı faaliyetlerden dolayı bir pozisyon için aday olamayacaktır. Özel sektörde de birbiriyle bağlantılı çok sayıda aktivite vardır, ama firmalar çoğu zaman en verimli olduklarında uzmanlaşırlar. Demokrasilerde cehalet ve siyasi örgütlenmelerin gerektirdiği büyük ölçek, tekelleri ve diğer sorunları ortaya çıkaran iki önemli etmen olsalar da seçmenler arasındaki öncelik farklılıkları ve seçimlerin sürekli olarak değil de periyodik olarak yapılması da aynı sonucu doğuran etmenler olarak karşımıza çıkmaktadırlar. Hem devlette hem de serbest piyasada benzer sorunlar ortaya çıkıyorsa, ekonomiye devlet müdahalesi haklı olabilir mi? [30]

III. SARI TAKSİ ÖRNEĞİ ÜZERİNDEN DEĞERLENDİRMELER

Ne ekonomiyi ne de hukuku bir çırpıda anlamak mümkün değildir. İtiraf etmek gerekirse bu güçlük, ekonomi ve hukuk alanında çalışanlar için daha geçerlidir. Aslında, anlamak için üretilen kavramlar, anlamla olan mesafeyi arttırmaktadır. Hukukçuların ve ekonomistlerin sıklıkla referans verdiği makul insan -orta zekalı vatandaş- içinse her ikisini de anlamak için kavramlara bakmak değil sokağa çıkmak yeterlidir.

Hukuk-ekonomi ilişkisi ve çalışma hayatına ilişkin kurallar, hukuk sistemimizin tâbi olduğu Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'nin kurallarına göre şekillenecektir. Uygulayıcıların diline pelesenk olan kullanıma göre hukuk sistemimiz aynı zamanda potizivisttir (!) Uygulayıcıların bu sık tekrarlarında bir şekilcilik eleştirisi sezilmekle beraber şekilciliğin ekonomik pazarda belirlilik ve öngörülebilirlik sağlama ihtimalinin oldukça yüksek olduğunu belirtmek gerekir. Çalışma hayatında belirlilik ve öngörülebilirliği sağlamayı hedefleyen en üst seviyedeki kurallar, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın çalışma ve sözleşme hürriyeti üst başlığını taşıyan 48. maddesi ve çalışma hakkı ve ödevini düzenleyen 49. maddesidir.

Anayasada vurgulandığı şekilde çalışma özgürlüğünü sağlamak, çalışma koşullarını düzenlemek ve ekonomik ortam yaratmak devletin görevidir. Bu amaçla, küresel ekonomik sistemin de bir parçası olarak, serbest piyasanın düzenlenmesine yönelik 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu yapılmıştır. İlgili kanunun 1. Maddesinde piyasanın adil ve rekabetçi olması gerektiği

[30] Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, 36,37.

belirtilmiştir. Rekabetin hangi koşullar altında yapılması gerektiği de 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlenmiştir. Buna göre, mal ve hizmet piyasalarında rekabet esastır ve rekabeti kısıtlayıcı anlaşma ve uygulamaların piyasanın aktörleri arasında yapılmasına engel olunmalıdır. Piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamak, egemenlik alanında serbest piyasa koşullarının hâkim olduğunu iddia eden bir devletin görevleri arasındadır.

Rekabet, piyasa sisteminin temel niteliğidir. Bir malın piyasası, o malın arz ve talebinin karşılaşması ile oluşur. Öncelikle piyasa türlerinin kısa tanımlarını yapmak değerlendirme açısından faydalı olacaktır. Türdeş bir malın alıcı ve satıcılarının çok sayıda olduğu; tek tek alıcı ve satıcıların piyasada fiyatı belirleyemediği; girişimcilerin serbestçe piyasaya girip çıkabildiği gerçek dünyada saf bir örneğine rastlanamayan tam rekabet piyasası kapitalist sistemin ideal işleyiş biçimini gösterir. Kapitalizm geliştikçe, üretim az sayıdaki büyük işletmelerde yapılmakta ve tam rekabet koşulları bozulmaktadır.^[31] Tekel piyasası, tek bir satıcının olduğu, malın yakın ikamesinin olmadığı ve giriş engellerinin olduğu bir piyasa yapısıdır. Tekele yol açan nedenlerden biri devlet ruhsatlandırması ve dış ticaret engellerinin konulmasıdır. Piyasada mevcut olan aktörleri sınırlandırıcı fiyatlandırma politikası da tekele neden olabilmektedir.^[32] Malın homojen olduğu oligopol piyasasında, rekabeti eninde sonunda piyasadaki işletmelerden biri kazanacak ya da aralarında anlaşacaklardır ki her iki durumda da piyasa tekel piyasasına dönüşecektir.^[33] Malın türdeş olmadığı ama yakın ikamelerinin olduğu teknelci rekabet piyasasında satıcı fiyatı artırdığı zaman satışının azalacağı, fiyatı azalttığı zaman da satışının artacağı bilgisine sahiptir fakat bu artış ve azalışların miktarını bilemez. Fiyat artırma ve azaltma durumlarındaki kâr, rakiplerin nasıl davranacaklarına bağlıdır. Teknelci rekabet piyasası, en fazla karşılaşılacak piyasa türüdür, çünkü aynı gereksinimi karşılayan birçok ürün vardır.^[34] Piyasadaki alıcı ve satıcılar rekabet türünün teorik temellerini

[31] Sadun Aren, *Ekonomi Dersleri* (İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1976), 109-110.

[32] Anna Koutsoyiannis, *Modern Microeconomics* (London: The Macmillan Press, 1975), 171.

[33] Aren, *Ekonomi Dersleri*, 115.

[34] Aren, *Ekonomi Dersleri*, 115, 116, 118.

bilmeseler de bu piyasaların güdümündedirler. Diğer bir ifadeyle ekonomi ve hukuk alanındaki terimlerin genel olarak anlaşılması güçtür fakat her ikisi de anlaşılmasına ihtiyaç duymaksızın etki etmektedirler. Bu koşullar altında anayasada yer alan ve güvence teşkil eden çalışma hak ve özgürlüğünün etkin olarak kullanılabilmesi için devletin düzenleme yapması gerekmektedir.

Piyasadaki rekabet unsurunun devlet tarafından düzenlenmesi adalet sorununu doğrudan ilgilendirir. Adalet, 19. yy.'a kadar toplumların değil bireylerin bir meziyeti olarak görülmüştür ve bugünkü anlamda bir sosyal adalet kullanımına en yakın kullanım Orta Çağ'a özgü "adil bedel" kavramı olmuştur. Zor kullanma ya da yolsuzluk olmaksızın her iki tarafın gönüllü olarak girdiği bir pazarlığın adillliğini ifade eden bu kavramın asıl hedefi, geçici kıtlıklardan ya da belli ihtiyaçlardan yarar sağlamak isteyen satıcıların sömürüsüne engel olmaktır. Kavramın bu amaçla sınırlı olmasının yanı sıra bu amaçla adaletle başvurabilmek için de verili bir sistemin varlığı gereklidir. Modern sosyal devlet anlayışı 1840'larda Fransa ve Britanya'da sanayileşmenin ilk dönemlerindeki sancılardan doğmuştur. Koşullar göstermiştir ki, bir toplumun kurumlarının adaletine sadece toplumun kıyılarından değil aynı zamanda çekirdeğinden de saldırı gelebilmektedir. Sosyal adalet, sermaye sahiplerinin iktidarına ve kapitalizmin içinde yeşerdiği piyasa sisteminin egemenliğine bir meydan okumadır çünkü gelir dağılımı, kapitalist kurumların işleyişinden doğan servet ve paranın insan hayatındaki rolü, işçi ve işveren arasındaki eşitsiz ilişki sorgulanmış olur.^[35] Hak, fırsat ve kaynak dağılımı sosyal adaletin unsurlarıdır. Bu anlamıyla hukuki hakları olan vatandaşlar arasında bir statü farkının olup olmadığı yahut işverenlerin çalışma saatleri, koşulları ve işten çıkarma gibi konularda hukuki yükümlülüklerine uyup uymadıkları, tekeller ve karteller konusunda kanunların olup olmaması, sendikal özgürlükler, sendikaların etkinliği, vergiler, sağlık ve eğitim hizmetleri, konut sistemi vb. haklar, fırsatlar ve kaynak dağılımı hakkında gerçekçi yanıtlar verecektir.^[36] Dikkat edilmesi gereken husus, pratikte bir yasağın olmamasının bir hakkı kendiliğinden diriltmeyeceğidir. Benzer şekilde

[35] Brian Barry, *Sosyal Adalet Neden Önemlidir*, çev. Ebru Kılıç (İstanbul: Koç Üniversitesi Yayınları, 2017), 18.

[36] Barry, *Sosyal Adalet Neden Önemlidir*, 29.

amaçlara ulaşmayı kolaylaştıracak olan kaynaklar yok ise sahip olunan bir hak da kullanılamayacaktır.^[37]

Taksi işletmeciliğine başvurmak isteyen bir kişi, kitaplardaki hukuk açısından hiçbir kısıtlama ve engellemeyle karşılaşmayacaktır. Ama sosyal adaletin fırsatlar sunma ve kaynakları adil dağıtmada yetersiz kaldığı noktada kitaplardaki hukuk günlük hayatta etkisiz olacaktır. Sistem, bir yandan pozitivist olmakla eleştirilirken kanun koyucu, taksi işletmeciliği konusunda uygulanacak özel bir mevzuat yapmaktan kaçınmıştır. İlgili hizmet piyasasında uygulanacak hükümler, çok sayıda ve birbiriyle doğrudan ilgisi olmayan mevzuat içerisinde düzenlenmiştir. Jeremy Bentham'ın eleştirilerinde dile getirdiği gibi hukuk sisteminin yalnızca dil açısından değil mevzuat açısından da karmaşılaştırılması “Yargıçlar ve Şerikleri”^[38] dışında kimsenin işini kolaylaştırmaz. Yakın tarihten aşına olduğumuz, Uber adlı taşımacılık şirketi ile taksiciler odası arasında, henüz kesin hükme bağlanmamış uyuşmazlık da göstermiştir ki taksinin ve taksi taşımacılığının ve doğurmuş olduğu sonuçların kanun koyucu tarafından açık şekilde hükme bağlanması önemlidir. Taksi nedir, sorusuna ya yargıç doğrudan kanun koyucunun tanımından ulaşacak ya da kendisi yorum yapacaktır. Araçların Satış, Devir ve Tescil Hizmetlerinin Yürütülmesi Hakkında Yönetmelik^[39] ve Kara Yolları Trafik Yönetmeliği'nde^[40] taksi tanımı yapılmıştır.^[41] Buna göre her binek araç taksi olarak nitelendirilemez.^[42] Bu amaçla Ticari Plakaların Verilmesinde

[37] Barry, *Sosyal Adalet Neden Önemlidir*, 31-33.

[38] Raymond Wacks, *Hukuk Kuramını Anlamak*, çev. Fatma Süzgün Şahin ve Serdar Ünver (Ankara: Astana Yayınları, 2021), 125.

[39] Resmî Gazete, 30318, T. 31.01.2018, erişim 25.07.2022. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/01/20180131-1>.

[40] Resmî Gazete, 23053 Mükerrer, T. 18.07.1997, erişim 25. 07. 2022, https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23053_1.pdf.

[41] “... yapısı itibariyle sürücüsü dahil en fazla dokuz oturma yeri olan, insan taşımak için imal edilmiş bulunan ve Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı tarafından belirlenen şekilde muayenesi ve damgası yapılmış, ücret hesaplama yöntemine uygun tarife yüklenmiş ve tip onayı alınmış taksimetre ile yolcu taşıyan M1 sınıfı ticari motorlu araçtır.”

[42] Hukuk, kendi evrenini inşa edip özneleri o evren içinde eylemeye, işlem yapmaya zorlayan bir güçtür. Bu nedenle öznenin içinde eyleyeceği evrende nesnelere ve

Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında 86/10553 numaralı Bakanlar Kurulu Kararında ulaşım ihtiyacını karşılamak için toplu taşımacılığın geliştirilmesi yönünde karara varılmış ve karaborsacılığın engellenerek hem hizmet alanlar hem de hizmet veren esnaf korunmak istenmiştir. Hukuken iki unsura dikkat etmemiz gerekir: Devletin düzenleme yapmak görev ve sorumluluğundan bahsedeceksek, öncelikle söz konusu düzenlemelerin anlaşılabilir olması –*böylece muhataplarca anlaşılabilmesi sonuç olarak da onlar üzerinde davranışları yönlendirici etkisinin olması önemlidir*– ve diğer husus da yargıçlar için uyumsuzluğun çözümünde rehber nitelikte olmasıdır. Esas konudan fazla uzaklaşmadan kısa bir özet yapmak gerekirse, kanun koyucu, örneğin Uber’de olduğu gibi, taşımacılık faaliyetinin taksi taşımacılığı olup olmadığını yahut kullanılan aracın taksi niteliği taşıyıp taşımadığını tespit etmek zorunda kalabilir. Yargıç ya ilgili hükmü doğrudan uygulayacak ya da yorum yapacaktır. Hukuk felsefesi açısından klasik olma niteliği taşıyan “parka araçla girmek yasaktır”^[43] örneğinde olduğu gibi bir şey hakkında bilgi sahibi olmak için önce onun mahiyetini, niteliğini öğrenmeye yönelik bir soru olan “ne/nedir?” sorusu üzerinden ilerlemek oldukça önemlidir çünkü koyulmuş olan kurallar aracılığıyla bireylerin eylemleri yönlendirilmek istenir. Bir kuralın kapsamına giren durumların belirlenmesi doğru bir tanım

kişilerin adlandırılması hem öznenin kendisinin bir eylemi olacak hem de onun kavrayışını belirleyecek ve eylemini çerçeveleyecektir. Örneğin, Walter Benjamin’e göre dilin her şeyi kapsayıcı bir özelliği vardır ve dil aracılığıyla her tinsel içerik iletilebilir. Dilin iletişimi insanın kendisine karşılık gelen adlandırmadır, dolayısıyla insan da kendi tinsel özünü dilde iletir ve tinsel içeriğin iletmesi onun dilsel özüdür. (Selin Zeyrek, “Walter Benjamin’in Dil Felsefesinde Adlandıran İnsan Figürü,” *Yorum Yönetim Yöntem Uluslararası Yönetim Ekonomi ve Felsefe Dergisi* 6, no. 2, (2018): 21.) Ad verme ya da adlandırma da dilin kendisinin en temel özü olarak kabul edilmelidir. Bu durumda insanın özü adlandırma yapabilmektir, ancak bu, herhangi bir dışsal dilsel varlığa karşılık gelmez. Bu, bir nesnenin dilsel olarak adlandırılmasının bizi dışsal bir nesnenin göndergesel olarak adlandırılmasından ziyade onun zihinsel varlığına veya kavramına gönderme yaptığı anlamına gelir. (Chung Chin-Yi, “Walter Benjamin On The Destructive Character And Language,” *International Journal of Research* 3, no. 10, (June, 2016): 1165.)

[43] H.L.A. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals,” *Harvard Law Review* 71, no. 4, (1958): 607.

yapmakla mümkün olur.^[44] Buradan hareketle kanun koyucunun yalnızca hangi özellikteki araçların taksi olduğunu düzenlemesi yeterli değildir aynı zamanda bu sektörde çalışacakların hukuki statülerinin de belirlenmesi gerekmektedir.^[45]

Yukarıda bahsi geçen bakanlar kurulu kararında “fiilen çalışmakta olan taksi esnafı” ifadesi kullanılmıştır. Türk Ticaret Kanunu’nda esnaf, ister gezici olsun ister bir dükkânda veya bir sokağın belirli yerlerinde sabit bulunsun *ekonomik faaliyetini sermayesi ile bedenî çalışmasına dayandıran* ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan, basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabı esasına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunan meslek ve sanat sahibi kimseler olarak tanımlanmıştır. Kanun koyucu, esnaf tanımı yaparken bedeni çalışmaya vurgu yapmıştır. Bedeni çalışma, tarih sahnesine birdenbire çıkan bir kavram değildir. İlkçağda tutsaklar ve köleler; Orta çağ’da serfler, çırak ve kalfalar ve yeniçağda sanayi devriminden beri işçiler tarafından gerçekleştirilmektedir. Doğal olarak toplumların düşünceleri, inançları, kavrayışları ve ürettikleri kavramlar içinde yaşadıkları ekonomik sistemden etkilenecektir. Örneğin Orta Çağ’da bedeni çalışma eyleminin öznesi olan insanlar, bir statü düzeni içine girmişler ve çalışma durumları dini kurallar temelinde toplumun yöneticileri tarafından belirlenmiştir. Günümüzde meslek odaları olarak varlık sürdüren kurumlar, Orta Çağ’ın statülere dayanan sistemi içinde aynı meslekteki zanaatçıların kurdukları lonca adlı örgütlerin dönüşmüş halidir. Geçmişte loncaların yaşadığı tikanıklığın bir benzeri bugün taksiciler odasınınca da yaşanmaktadır. Şöyle ki loncalar, 12. yy. ile 18. yy. arasında her ülkede değişerek varlığını sürdürmüş ve egemen oldukları dönemlerde, ustaların kontrolünde yerleşik kuralları, yapım ve üretimin tekniğini, ustaların pazarla ve işçilerle (kalfalar ve çıraklar) ilişkilerini düzenlemiş ve bir statüden diğerine geçebilmenin koşullarını belirlemişlerdir. Bugün tüm bunlar -en azından kitaplardaki hukuka göre- gerek ulusal gerekse uluslararası düzeyde çok çeşitli hukuk

[44] Abdullah Demir, “Mantıkta Tanım ve Hukuk Açısından Önemi,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22, no. 3, (2016): 3222.

[45] Yorumda başlangıç noktasını metnin lafzı oluşturur. Kanun koyucunun seçmiş olduğu kavramların o dildeki sözlük anlamları değerlendirilmeden; cümle içindeki yerlerine bakılmadan -zira vurgunun belirlenmesi bu sayede olacaktır; dil bilgisi ve noktalama işaretleri dikkate alınmadan lafzi yorum yapılamaz (Yasemin Işıktaç ve Sevtap Metin, *Hukuk Metodolojisi* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), 194.

kurallarınca (rekabet hukuku kuralları, tüketici hakları, iş hukuku kuralları vb) ve kurumlarınca düzenlenmektedir. Oysa loncalar, yapım ve imalatın tekniğini belirleyerek üretilen malın niteliğine karar vererek ve piyasaya girişi sınırlandırıp pazarı kendi aralarında bölüşerek hem tek egemen olmuşlardır hem de rekabeti ortadan kaldırarak bir çeşit tekel oluşturmuşlardır. Zamanla zanaata ve ticarete dayanan bu sistem ustaların örgütleri haline gelmiş ve onların çıkarlarını korumaya odaklanmıştır. Lonca sistemi içindeki hiyerarşide ustadan sonra ikinci sırada kalfalar yer alırken rolleri de ikincidir, tabanda yer alan ve yaşları genç olan çıraklar ise herhangi bir role sahip değildir. Başka bir dayanışma örgütü kurmak ve üye olmak kesinlikle yasaktı. Sonuç olarak loncalar, gerek serbest girişim için gerekse tüketiciler, kalfa ve çıraklar için olumsuz sonuçlar doğurmuşlardır ve tam bir tekel yaratmışlardır. Bu durumu tekel ve imtiyaz olarak tanımlayabiliriz. Tekel ve imtiyaz sahiplerinin yapacağı işi başkaları yapamaz, satacağı şeyi başkaları satamaz. Tüm bunlara ek olarak ustalık katına geçişlerde kayırmalar, yakınlarla öncelik ve kolaylıklar verilmesi de bir başka sorundur.^[46]

Benzer sorunlar günümüzde de yaşanmaktadır: Öncelikle taksi işletmecileri, kanun koyucu tarafından esnaf olarak nitelendirilmiştir. Oysa kanundakinin aksine günümüzdeki uygulamasıyla plaka sahibi, taksi işvereni; taksidede şoförlük yapan da işçi niteliğindedir. Plaka sahibinin esnaf olarak nitelendirmesi doğru değildir. Zira kanun koyucunun öngördüğü emeğin baskın olması şartı bu haliyle gerçekleşmemiştir; daha çok sermaye sahipliği söz konusudur. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 31. maddesi taksimetre ile ilgili düzenleme yaparken sürücünün araç sahibi olmaması durumuna göre de düzenleme yapmıştır. Daha açık bir ifadeyle kanun koyucu sermaye sahipliğini dolaylı yoldan kabul etmiştir. Bir diğer nokta da taksi sayısının ihtiyacın altında kalmasında ilgili meslek odalarının aktif rollerinin olmasıdır. 5393 sayılı Belediye Kanunu 5. maddeye ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediye Kanunu 7. maddeye göre, her türlü servis ve toplu taşıma araçları ile taksi sayılarını, bilet ücret ve tarifelerini, zaman ve güzergâhlarını belirlemek yetki ve imtiyazı belediyelere verilmiştir. Büyükşehir Belediye Kanunu 9. maddesine göre, Türkiye Şoförler ve Otomobilciler Federasyonunun görevlendireceği ilgili odanın temsilcisinin de katılacağı Ulaşım Koordinasyon Merkezi (UKOME) kurulur ve söz konusu merkez, taksi ve taksi dolmuşların durak ve sayılarını belirleme yetkisini ve

[46] Cahit Talas, *Toplumsal Politikaya Giriş* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1981), 13, 22-24.

büyükşehir sınırları dahilinde il trafik komisyonunun yetkilerini kullanır. Sayının ihtiyacın altında tutularak piyasaya girişin zorlaştırılması, düzenleme ve kontrol etme amacını aşarak kamu hizmetinin etkin olarak sunulmasını engellemekte ve fiili bir tekel oluşturmaktadır.

Ticari plaka ile yapılan taşımacılık konusunda bu düzenlemelerin öngörülebilirlik açısından taşıdığı önem tartışmasıdır. Modern hukuk sistemlerinin kendi kendilerini düzenleme niteliklerinin varlığı kabul edilirse, bir sonraki adım olarak bir diğer kabule daha ulaşılabilecektir: Kelsen’i takip eden hukuki pozitivistlerin kabul ettiği gibi, devlet, hukukun üstünde ve hukuk yaratan bir varlık değildir. Devlet belli bir bakış açısından görülen hukuk düzeninin kendisinden ibarettir ve hukuk kuralları, devlet işlevlerine, görevlerine ve yetki alanlarına ne kadar meşru otorite tanırlarsa o kadar meşru olarak tanımlanırlar. Bunun anlamı da şudur: Onları tanımlayan hukuk normlarının içeriğinden ayrı bir kimliğe sahip değildirlir.^[47] Milyonlarca vatandaş için tüm bu mevzuat yığını kerameti kendinden menkul kutsal bir devlet varlığının kanıtı olmaktan ziyade, belirli bir alanda nasıl eylemesi gerektiğine dair yol gösteren işaretlerdir.

İçinde yaşadığımız dünyanın fiziksel gerçekliği dışında toplumsal yaşamın parçası olarak inşa ettiğimiz soyut bir çevre daha vardır. Hukuk sisteminin kendisi hem icat ettiğimiz hem de bize içinde yaşayacağımız soyut bir çevreyi inşa ettiren bir kurgudur. Yasa koyucu kendisine önceden meşruiyet veren normlardan yetki alarak kuralları^[48] belirler: Yaşam sabah saat kaçta başlayacak, akşam kaçta bitecek, öğrenme hangi saatler arasında hangi

[47] Roger Cotterell, *Hukukbilimin Politikası*, çev. Saim Üye (İstanbul: Pinhan Yayıncılık, 2018), 172.

[48] Pozitivist bakıştan ilerlemeye devam edilirse, kurallar arasında bir ayırım yapmak kabul edilebilir bir tasnif olacaktır. Kişilere belli şeyleri yapmalarını emreden, belli şeyleri yasaklayan ya da belli davranışlara izin veren diğer bir ifadeyle toplumsal davranış kalıpları inşa eden kurallar birincil normlardır. Bunlar toplumsal yaşamda yeterli değildirlir. Tek başlarına bir emir ya da yasak yığını olarak görülmeleri doğaldır. Onlardan bir hukuk sistemi yaratabilmek için tanım ve kaynak sorunlarına da yanıt verebilecek ikincil normlara ihtiyaç vardır. İkincil normlar, birincil normların saptanması, değiştirilmesi ve bunlarla ilgili uyumsuzlukların çözüm yollarını gösterirler ve Hart’a göre hukuk, ikisinin birlikteliğidir. (Ahmet Ulvi Türkbağ, “Haklar, Hakkaniyet, Bütünlük ve Adalet: Dworkin’in Adalet Perspektifi,” *HFSA* 9, (2004): 89, 90.)

mekânda yapılacak, insanlar hangi yolları kullanacak, ne kadar içki içecek, kaç yaşında evlenilebilir gibi birbiriyle doğrudan ilgili olan olmayan birçok alanda düzenleme yapar. Toplumda oluşturulmuş bir hakikat ortaya çıkar, diğer bir ifadeyle belli özellik biçimlerini, belli nesne alanlarını, belli bilgi türlerini doğuran oyun kurallarının tanımlandığı bir alan oluşur. Yargı pratikleri insanlar arasında haksızlıklara ve sorumluluklara hakemlik etme tarzı, belirli bireylere eylemlerinden bazılarının telafi edilmesinin ve diğer bazılarının cezalandırılmasının dayatılış tarzı, tüm bu kurallar ve onların sürekli değişikliğe uğraması öznenin o toplumla kurduğu hakikat ilişkilerinin bir biçimidir.^[49] Bunun, hukuksal-söylemsel bir iktidar modeli olarak meşrulaştırıcılık özelliğinin başat olduğunu ve itaati sağlayarak haklılaştırma etkisini de sağladığını söylemek yanlış olmayacaktır.^[50] Özneye, eylem olanağı sağlayan ve nasıl eyleyeceği hakkında yön gösteren bu kurgusal ortam hukuki pozitivizmin hediyesidir. Hart gibi hukuki pozitivistler sosyal yaşamı düzenleyen ve temel iddiası rasyonellik olan bu sistemde, tüm hukuk sistemlerinin kutsayarak öne çıkardığı adaletin sağlanması açısından ilk olarak kuralların düzenli biçimde uygulanmasını ve minimum etkinliğe sahip olması gerektiğini; benzer durumların benzer muameleye tâbi olması ve böylece hukuk uygulamasında kararlılığın ve birliğin sağlanmasını ve son olarak şiddet kullanma fiillerinin hukuk düzeni tarafından reddedilmesi gerektiğini iddia etmektedirler.^[51]

Sonuç olarak, tüm bunlar göz önünde bulundurulduğunda devletin sarı taksi konusunda düzenleme yapması hem zorunlu hem de doğaldır. Öte yandan mevcut koşulları göz önüne aldığımızda hibrit taksi taşımacılığı olarak adlandırılan yeni nesil yolcu taşımacılığı karşısında hukuk sistemimizin sergilediği tavır, düzenleme yapmanın ötesinde ilgili pazara girişin engellenmesi olarak nitelendirilebilir. Uber olarak adlandırılan sistemde yolcu, klasik bir hizmet alan vatandaş konumunda bulunmamakta ve hizmeti alacağı kişiyi ve aracı seçebilmekte, hizmeti alacağı zamanı önceden planlayabilmekte ve hizmet aldığı sürücüyü fiyat-performans açısından

[49] Michel Foucault, *Büyük Kapatılma*, çev. Işık Ergüden ve Ferda Keskin (İstanbul: Ayrıntı Yayınları), 161

[50] Umut Koloş, *Foucault, İktidar ve Hukuk* (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016), 239.

[51] Adnan Güriz, "Adalet kavramı Üzerine," *HFSA* 9, (2004): 26

değerlendirmekte ve onun değerlendirmeleri hizmetten yararlanacak diğer müşteriler için bilgilendirici olmaktadır. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Hukuk Dairesi tarafından verilen karara göre, internet üzerinden yapılan “uber” adlı taşımacılık faaliyeti, taksi taşımacılığı niteliği taşımaktadır ve bu nedenle haksız rekabet oluşturmaktadır. Uber’ın taksi taşımacılığı için gerekli hukuki yetkiye sahip olmadığı hukuk sistemimiz içerisinde bir “hakikat” olarak tespit edilebilirken, göz ardı edilmemesi gereken asıl önemli husus, sisteme kabul edilmek için epey çaba sarfetmesi gerektiğidir. Oysa serbest piyasa ekonomisine dayanan sistemlerin alameti farikası, hukuki düzenlemelerin aşırı zorlaştırıcı etkisinin olmamasından dolayı, bir girişimcinin istediği pazara kolaylıkla giriş yapıp rekabet koşullarını kızıştırması ve oluşan rekabet ortamından müşterilerin fayda sağlamasıdır. Oysa piyasaya girişin ayrıca zorlaştırıldığı bir sistemde devlet destekli bir tekelden bahsetmek yanlış olmayacaktır. Örneğin, gazetelere de yansıyan tartışmanın bir boyutu yetersiz sarı taksi sayısıdır. İstanbul’da trafikte aktif olan 17 bin 500 ticari taksi nüfusa oranlandığında 1000 kişi başına düşen 2 adet taksi sayısı ile yetersizlik aşikâr olmaktadır. Buna rağmen ticari taksi sayısının arttırılmasına yönelik talepler İstanbul Taksiciler Odasının muhalefetiyle reddedilmektedir. 18.05.2022 tarihli ve 2022/6-15 sayılı UKOME kararına göre 5000 adet yeni taksi arzı teklifi oy çokluğuyla reddedilmiştir.^[52] Dolmuşların taksiye dönüştürülerek sorunun çözülmesine yönelik talepler ise, İstanbul Taksiciler Esnaf Odasınca “*Bize gelen talep yok. Avrupa ülkelerini inceledik böyle bir uygulama yok. Amaç 5 bin taksinin önünü açmak. Tüzel kişilikler taksi çalıştıramaz, mevzuata aykırı*” denilerek engellenmektedir. Oysa bu konuya çözüm sunacak bir mevzuat olmadığı için piyasadaki tekelin kaldırılması için yasa koyucunun düzenleme yapması gerekmektedir. Piyasaya giriş o denli engellenmektedir ki, yeni nesil taşıma biçimlerinden biri olan “martı”lar da tehdit edilmektedirler.^[53]

[52] İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı, “İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı Ulaşım Koordinasyon Merkezi Kararı,” erişim 13. 11. 2022, <https://application2.ibb.gov.tr/tulasim/UKOME/3436.pdf>.

[53] Cumhuriyet, “Martı Kurucusu Öktem: Taksiciler Odası Başkanı Beni ve Ailemi Tehdit Etti,” erişim 12.01.2023, <https://www.cumhuriyet.com.tr/turkiye/marti-kurucusu-oktem-taksiciler-odasi-baskani-beni-ve-ailemi-tehdit-etti-2003201>; DHA, “Martı ve Taksicilerin ‘Korsan Taşımacılık’ Tartışması,” erişim 12. 01. 2023, <https://www.dha.com.tr/gundem/marti-ve-taksicilerin-korsan-tasimacilik-tartismasi-2162747>.

SONUÇ

Klasik hukuk ekollerinin temel sorunu adil, haklı ve iyinin ne olduğudur. Bu soru esasında o kadar önemlidir ki salt hukuku değil aynı zamanda siyaset bilimini ve ekonomik sistemi de ilgilendirir. Her üçünü de geniş açıdan değerlendiren iki büyük anlatı, Marksizm ve liberalizm, kendi önerilerini ileri sürerken karşılıklı bir çatışmanın da içine girerler. Hukuk sistemimiz üzerinde etkili olan liberalizm, bugün için daha fazla benimsenmiş bir büyük anlatıdır. Liberalizm temelli bir hukuk sisteminin belli ön kabulleri vardır. Örneğin, mülkiyetin doğal bir hak olması -hatta hakların varlığı-, belirli bir insan doğası kavrayışı (çıkarıcı ve çatışmacı) vb. Liberal hukuk sistemi, liberal ekonomik sistem ile uyumludur ve ekonomik faaliyetlerin kendi doğası içinde sürebilmesi için yönlendirici olarak devreye girer. Her şeyden önce özel mülkiyetin kabul edilip düzenlenmesi ve belli özelliklere sahip olduğu kabul edilen insana girişimde ve rekabette bulunabilmesi için özgürlük tanınması gerekir ve hukuk bu ekseninde şekillenir.

Liberalizm henüz ortaya çıkmadan önce dahi mülkiyetin özgürleştirme kapasitesini dışlamayan Aristoteles ve Platon, mülk edinme, erdem ve mutluluk arasında bir ilişki olduğu konusunda hemfikir olsalar da mülkiyet ve emek ilişkisini çok fazla ele almamışlardır. Mülkiyeti doğal kabul eden^[54] Aristoteles, mülkiyet ile erdem arasında sıkı bir ilişki olduğunu iddia edip özel mülkiyetin sağduyu ve sorumluluk gibi erdemleri geliştirdiğini dile getirirken paradan para kazanma yoluyla servet sahibi olmanın toplumu erdemsizleştirme tehlikesi barındırdığının da farkında olunması gerektiğini belirtmektedir. Platon, benzer şekilde mülk edinme hakkının yönetici sınıf ve askerler için yozlaşma tehlikesi barındırdığını iddia eder.^[55] Klasik liberal kavrayışın öncülerinden biri olan John Locke ise mülkiyeti, günümüzle uyumlu şekilde, bir hak iddiası^[56] olarak sunmaktadır.

[54] Fred D. Miller, "Aristotle on Property Rights," *The Society for Ancient Greek Philosophy Newsletter* 317, (1986): 6.

[55] Işıl Bayar Bravo, "Aristoteles: Emegın Sorumlusu Olarak Köle, Mülkiyetin Sahibi Olarak Efendi," içinde *Emek ve Mülkiyet*, ed. Işıl Bayar Bravo ve Hamdi Bravo (Ankara: Fol Yayınları, 2022), 24.

[56] Mülkiyet de dahil bazı hakların doğal olarak var olduğu ve insanların da bunlara doğuştan sahip oldukları ya da bunların bir tür sözleşme ile -diğer bir deyişle devletin kabul etmesiyle uzlaşım olarak belirlendiği iddiaları- bir şeyin neden birine ait olup

Modern hukuk sistemi anlayışımız, öncelikle mülkiyetin en temel doğal haklardan biri olduğu ve ikinci olarak bu hakkın sahibi olarak betimlenen öznenin, özgür, irade sahibi ve rasyonel bir birey olarak kendi tercihleriyle haklarını kullandığı varsayımları üzerinde temellenmektedir. Modern hukukun bu yorumu liberal bir yorumdur ve farklı inanç sistemlerine bağlı insanların yaşadığı hoşgörülü, kapsayıcı bir toplum tasavvurunu içerir. Liberalizmin siyasi bir ideal olarak yeşerdiği toplumların zaten buna sahip olduğu iddia edilir ve her tür kültürel mirasın ve idealin içinde omuz omuza yer aldığı, taraftar kazanmak için *rekabet* ettiği, inanç ve gelenek topluluklarının diğer gruplarla aynı mahalleyi paylaşarak radikal bir var olma, yaşama ve düşünme biçimi geliştirdiği dini açıdan çoğulcu ve çok kültürlü ideal topluluklar olarak betimlenir. Burada öne çıkarılması gereken unsur rekabet ve bu rekabetin adalet ve düzen kuralları içerisinde sürdürülmesi zorunluluğudur. Bunca benzeşmenin bir arada var olduğu bir toplumda adalet ve düzene ilişkin genel sorunların hepsi kaçınılmazdır: misal mülkiyet ve ekonominin yapılandırılması, kişilerin birbirlerine ve topluma karşı sorumluluklarının kapsamı, yardımlaşma, koordinasyon ve iş birliği, iktidar ve katılımın tanımlanması.^[57]

Piyasa sisteminin de önemli bir unsuru olan rekabet, bir piyasaya sunulan mal ve hizmet çeşitliliği içerisinde alıcıların tercih yapabilmesine dayanır. Bir tercihten bahsedebilmek için piyasada tekel ya da benzeri koşulların olmaması, rekabet koşullarının barış içerisinde gerçekleşmesi ve piyasadaki alıcıların ya da diğer bir ifadeyle müşterilerin bir seçeneğe zorlanmaması en azından onlara birçok seçenek sunulması ve onlar içerisinde özgür iradeleriyle tercih yapmaları gerekir. Rasyonelliklerine felsefe tarihi boyunca vurgu yapılan öznel, günümüz hukuk sistemi içinde hak ve özgürlüklerin maliki olarak inşa edilirler. Liberal bir hukuk sisteminde öznenin malik sıfatını haiz olması, onun yalnız mülkiyet hakkı ve özgürlüğüyle ilgili değil aynı zamanda kendi bedeninin ve o bedenin ürettiklerinin maliki olması ve kazandıklarını istediği şekilde kullanması hakkını içermektedir. Bunun

da bir başkasına ait olmadığı sorusuna yanıt olarak sunulmaktadır. Gökhan Murteza, “Locke Devrimi: Emeksiz Mülkiyetten Bir ‘Hak’ Olarak Mülkiyete,” içinde *Emek ve Mülkiyet*, ed. Işıl Bayar Bravo ve Hamdi Bravo (Ankara: Fol Yayınları, 2022), 45

[57] Jeremy Waldron, “Liberalism, Political and Comprehensive,” içinde *Handbook of Political Theory*, ed. Gerald F. Gaus ve Chadran Kukathas (London & New York: Sage Publications, 2004), 89.

bir sonucu olarak, çalışma eylemi bir hak olarak kurgulanmış ve angarya yasağının da bir hak olarak desteğe gelmesiyle öznelere eylem olanağı diğer bir ifadeyle “hareketlilik”^[58] verilmiş olmaktadır. Özetle piyasa ekonomisi ve liberal hukuk sistemi karşılıklı olarak birbirini besler ve destekler. Her ikisinin de varlığından bahsedebilmek için rasyonel öznenin hak ve özgürlükleri doğrultusunda eyleme olanağına sahip olması, kendisine kapalı alanların olmaması, yatırım ve girişim faaliyetlerinin mülkiyet hakkının bir uzantısı olarak engellenmemesi aranır. Mevcut koşullar düşünüldüğünde ticari taksilere ilişkin gerçek anlamda bir hukuki düzenleme olmadığını, ilgili mevzuatın çok dağınık olduğunu ve daha da önemlisi piyasaya girişin engelleme noktasında güçleştirildiğini görmekteyiz ve bu durum liberal hukuk sistemi ve piyasa ekonomisiyle çelişmektedir. Kent içi ulaşım piyasasında gerçek anlamda bir çeşitlilikten bahsedilememektedir zira lonca benzeri meslek odalarının piyasaya girişi imkansızlaştırması, ücret tarifelerinin piyasa koşullarında oluşmaması, hizmet standartlarının piyasa tarafından belirlenmemesi ve tüm bunların en etkin belirleyicisinin ilgili çıkar grubu olması burada gerçek anlamda bir piyasa sisteminden bahsedilemeyeceğinin ve liberal hukuk anlayışının mikro seviyede etkili olamadığının göstergesidir.

[58] Loren E. Lomasky, “Autonomy and Automobility,” *The Independent Review* 2, no. 1, (1997): 19.

KAYNAKLAR

- Aren, Sadun. *Ekonomi Dersleri*. İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1976.
- Barry, Brian. *Sosyal Adalet Neden Önemlidir*. Çeviren Ebru Kılıç. İstanbul: Koç Üniversitesi Yayınları, 2017.
- Becker, Gary S. *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago & London: The University of Chicago Press, 1976.
- Bravo, Işıl Bayar. “Aristoteles: Emegın Sorumlusu Olarak Köle, Mülkiyetin Sahibi Olarak Efendi.” içinde *Emek ve Mülkiyet*, Editörler Işıl Bayar Bravo ve Hamdi Bravo, 23-45. Ankara: Fol Yayınları, 2022.
- Caldwell, Bruce. *Hayek’s Challenge: An Intellectual Biography of F.A. Hayek*. USA: The University of Chicago Press, 2004.
- Chin-Yi, Chung. “Walter Benjamin On The Destructive Character And Language.” *International Journal of Research* 3, no.10 (June, 2016): 1163-1166.
- Cholbi, Michael. “Philosophical Approaches to Work and Labor.” içinde *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Editör Edward N. Zalta ve Uri Nodelman, (Stanford, 2022). Erişim 23 Aralık 2022. <https://plato.stanford.edu/archives/fall2022/entries/work-labor/>.
- Clark, Samuel. “Good Work.” *Journal of Applied Philosophy* 34, no. 1 (February, 2017): 61-73.
- Cotterell, Roger. *Hukukbilimin Politikası*. Çeviren Saim Üye. İstanbul: Pinhan Yayıncılık, 2018.
- Courtland, Shane D. ve Gaus, Gerald ve Schmidtz, David. “Liberalism.” *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Editör Edward N. Zalta, (Stanford, 2022). Erişim 23 Aralık 2022 <https://plato.stanford.edu/archives/spr2022/entries/liberalism/>.
- Demir, Abdullah. “Mantıkta Tanım ve Hukuk Açısından Önemi.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 22, no. 3 (2016): 3219-3229.
- Dülger, Muzaffer. *Hukuka Ekonomik Yaklaşımın Toplumsal Dayanakları*. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2020.

- Foucault, Michel. *Büyük Kapatılma*. Çeviren Işık Ergüden ve Ferda Keskin. İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2020.
- Gaus, Gerald F. *Contemporary Theories of Liberalism*. London: Sage Publication, 2003.
- Gerald F. Gaus, "Property, Rights, And Freedom." *Social Philosophy and Policy* 11, no. 2 (1994): 209-240.
- Gorz, Andre. *Critique of Economic Reason*. Çeviren Gillian Handyside ve Chris Turner. New York: Verso, 1989.
- Güriz, Adnan. "Adalet kavramı Üzerine." *HFSA* 9 (2004): 19-34.
- Hart, H.L.A. "Positivism and the Separation of Law and Morals." *Harvard Law Review* 71, no. 4 (1958): 593-629.
- Hayek, F.A. *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*. London: Routledge, 1990.
- Heywood, Andrew. *Siyasi İdeolojiler*. Çeviren Ş. Akın ve A.K. Bayram. Ankara: Adres Yayınları, 2013.
- Işıktaç, Yasemin ve Metin Sevtap, *Hukuk Metodolojisi*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Kammen, Michael. *Spheres of Liberty: Changing Perception of Liberty in American Culture*. USA: Banner Books, 2001.
- Koloş, Umut. *Foucault, İktidar ve Hukuk*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016.
- Kornhauser, Lewis. "The Economic Analysis of Law." *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Editör Edward N. Zalta (Stanford, 2022). Erişim 12.02.2023 <https://plato.stanford.edu/archives/spr2022/entries/legal-econanalysis/>.
- Koutsoyiannis, Anna. *Modern Microeconomics*. London: The Macmillan Press, 1975.
- Lomasky, Loren E. "Autonomy and Automobility," *The Independent Review* 2, no. 1 (1997): 5-28.
- Miller, Fred D. "Aristotle on Property Rights." *The Society for Ancient Greek Philosophy Newsletter* 317 (1986): 1-21.

- Murteza, Gökhan. “Locke Devrimi: Emeksiz Mülkiyetten Bir ‘Hak’ Olarak Mülkiyete.” içinde *Emek ve Mülkiyet*, Editörler Işıl Bayar Bravo ve Hamdi Bravo, 45-67. Ankara: Fol Yayınları, 2022.
- Özkan, Sezal Çınar. “Hukukun Ekonomik Analizi ve Nesnellik.” *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no.1 (2013): 85–98
- Simmel, Gerog. *The Philosophy of Money*. Çeviren Tom Bottomore ve David Frisby. London & New York: Routledge, 2004.
- Stanford, Jim. *Herkes İçin İktisat*. Çeviren Tuncel Öncel. İstanbul: Yordam Kitap, 2015.
- Stark, W. *Jeremy Bentham’s Economic Writings, Volume I*. London: Routledge, 2004.
- Talas, Cahit. *Toplumsal Politikaya Giriş*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1981.
- Türkbağ, Ahmet Ulvi. “Haklar, Hakkaniyet, Bütünlük ve Adalet: Dworkin’in Adalet Perspektifi”, *HFSA* 9 (2004): 88-95.
- Wacks, Raymond. *Hukuk Kuramını Anlamak*. Çeviren Fatma Süzgün Şahin ve Serdar Ünver. Ankara: Astana Yayınları, 2021.
- Waldron, Jeremy. “Liberalism, Political and Comprehensive.” içinde *Handbook of Political Theory*, Editör Gerald F. Gaus & Chadran Kukathas, 89-100. London & New York: Sage Publications, 2004.
- Zeyrek, Selin. “Walter Benjamin’in Dil Felsefesinde Adlandıran İnsan Figürü.” *Yorum Yönetim Yöntem Uluslararası Yönetim Ekonomi ve Felsefe Dergisi* 6, no. 2 (2018): 21- 26
- İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı, “İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı Ulaşım Koordinasyon Merkezi Kararı.” Erişim 13. 11. 2022. <https://application2.ibb.gov.tr/tulasim/UKOME/3436.pdf>.
- Cumhuriyet, “Martı Kurucusu Öktem: Taksiciler Odası Başkanı Beni ve Ailemi Tehdit Etti.” Erişim 12.01.2023. <https://www.cumhuriyet.com.tr/turkiye/marti-kurucusu-oktem-taksiciler-odasi-baskani-beni-ve-ailemi-tehdit-etti-2003201>.
- DHA, “Martı ve Taksicilerin ‘Korsan Taşımacılık’ Tartışması.” Erişim 12. 01. 2023. <https://www.dha.com.tr/gundem/marti-ve-taksicilerin-korsan-tasimacilik-tartismasi-2162747>.

Ticari Taksi (Sarı Taksi) Düzenlemelerinin
Klasik Liberalizm İlkeleriyle Uyumu

Resmî Gazete, 23053 Mükerrer, T. 18.07.1997. Erişim 5. 07. 2022. [https://
www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23053_1.pdf](https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23053_1.pdf).

Resmî Gazete, 30318, T. 31.01.2018. Erişim 25.07.2022. [https://www.
resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/01/20180131-1](https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/01/20180131-1).

Kütahya İlinde Gerçekleşen “Kadına Yönelik Şiddet” Vakalarının Değerlendirilmesi

Zeynep ÖZBUDAK KILIÇLI*

Yakup GÜLEKÇİ**

Harun ŞENER***

Duygu Perçin RENDERS****

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Dr., Mimar Sinan Güzel Sanatlar Üniversitesi. zeynepozbudakkilicli@gmail.com, **ORCID:** 0009-0002-8008-6985

** Dr. Öğr. Üyesi, Kütahya Sağlık Bilimleri Üniversitesi, Mühendislik ve Doğa Bilimleri Fakültesi, Adli Bilimler Bölümü. yakup.gulekci@ksbu.edu.tr, **ODCID:** 0000-0001-9643-6850, (Sorumlu yazar).

*** Dr. Öğr. Üyesi, Kütahya Sağlık Bilimleri Üniversitesi, Mühendislik ve Doğa Bilimleri Fakültesi, Adli Bilimler Bölümü. harun.sener@ksbu.edu.tr, **ORCID:** 0000-0003-3521-0684

**** Prof. Dr., Kütahya Sağlık Bilimleri Üniversitesi, Tıp Fakültesi, Temel Tıp Bilimleri. duygu.percinrenders@ksbu.edu.tr, **ORCID:** 0000-0002-4436-5226

Makale geliş tarihi: 6 Nisan 2023 **Makale kabul tarihi:** 1 Kasım 2023

Atf önerisi: Özbudak Kılıçlı, Zeynep, Yakup Gülekçi, Harun Şener ve Duygu Perçin Renders. “Kütahya İlinde Gerçekleşen “Kadına Yönelik Şiddet” Vakalarının Değerlendirilmesi.” *Ankara Barosu Dergisi* 81, no. 4 (Cumhuriyet 100. Yıl Özel Sayısı, Ekim 2023): 329-350. **DOI:** 10.30915/abd.1278376

KÜTAHYA İLİNDE GERÇEKLEŞEN “KADINA YÖNELİK ŞİDDET” VAKALARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

ÖZ

Kadına yönelik şiddet önemli bir toplumsal problemdir. Şiddeti gerçekleştiren bireyin davranış yapılarının belirlenmesi ve sosyokültürel altyapısının incelenmesi kadına yönelik şiddetin önlenmesinde önemli bir parametredir. Kütahya ili Emniyet Müdürlüğü’nden alınan kadına yönelik şiddet suç verilerinin yıllara, yaşa, eğitim ve gelir durumuna göre değişiminin incelenmesi ile fail-mağdur profillemesini tanımlayan kesitsel bir araştırma ortaya konulması hedeflenmiştir. 2017-2021 yılları arasında Kütahya İl Emniyet Müdürlüğüne başvuran ve hakkında adli işlem düzenlenen olgulardan kadına yönelik şiddet suçuna ilişki veriler retrospektif olarak incelenmiştir. Elde edilen veriler, Frekans yüzde, Ki-Kare ve Fisher testleri kullanılarak IBM SPSS 21.0 paket programı ile analiz edilmiştir. Kadına yönelik şiddetin yıllara göre değişim gösterdiği, 2017 yılında %16,1 düzeyinde gerçekleşen kadına yönelik suçların oranı 2021 yılında %29,8’e ulaşmıştır. Düşük eğitim düzeyinde kadına yönelik şiddet daha fazla iken, orta gelir gruplarında kadına yönelik şiddetin yüksek düzeylerde olduğu görülmüştür. Kütahya ilinde kadına yönelik şiddet suçu ve suçlu bilgilerinde yapılan analizler sonucunda suçun ve suçluların tipik özellikleri tespit edilmiştir. Eğitim düzeyi düşük genç erkekler (18-35 yaş) kadına yönelik daha fazla şiddet göstermektedir. Gelir düzeyi ise kadına yönelik şiddet davranışlarında tek başına belirleyici faktör değildir.

Anahtar kelimeler:

şiddet

kadına yönelik şiddet

kadın

suç

aile içi şiddet

EVALUATION OF “VIOLENCE AGAINST WOMEN” CASES OCCURRING IN KÜTAHYA PROVINCE

ABSTRACT

Violence against women is a significant societal problem. Examining the behavior patterns and sociocultural background of the individual who perpetrates the violence is an important parameter in preventing violence against women. The aim of this cross-sectional study was to examine the changes in the incidence of violence against women based on year, age, education, and income level, and to identify the perpetrator-victim profile by analyzing data on violence against women obtained from the Kütahya Provincial Police Department. Retrospective analysis was conducted on cases of violence against women reported to and processed by the Kütahya Provincial Police Department between 2017 and 2021. The data obtained were analyzed using the IBM SPSS 21.0 software package with frequency percentages, Chi-Square, and Fisher tests. The results showed that the incidence of violence against women varied by year, with the proportion of violence against women increasing from 16.1% in 2017 to 29.8% in 2021. Low levels of education were associated with higher levels of violence against women, while middle-income groups showed higher levels of violence against women. Typical characteristics of the crime and perpetrators were identified through analysis of data on violence against women in Kütahya province. Young men (aged 18-35) with low levels of education were found to exhibit more violence against women. Income level alone was not a determining factor in violent behavior against women in Kütahya province.

Keywords:

violence

violence against women

women

crime

domestic violence

GİRİŞ

Şiddet, sert davranışlar ve kaba kuvvet uygulama; şiddet vakaları ise insanları sindirip korkutmayı hedefleyen olaylardır.^[1] Aslında şiddet; “kişinin, fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik açıdan zarar görmesi ve acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketleri içeren toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranışlardır.”^[2] Geleneksel cinsiyet roller ile cinsiyet eşitsizliği, ataerkil kültürün varlığını sürdürabilmesi, kanunların yetersizliği, Covid gibi pandemi süreçleri, lokal ve global etkenler kadına yönelik şiddetin devam etmesine sebep oluşturmaktadır.

Kadına yönelik şiddet sadece bedensel olarak değil, aynı zamanda psikolojik, duygusal ve cinsel şiddet olarak karşımıza çıkmaktadır.^[3] Dünya Sağlık Örgütü’nün verilerine göre, kadınların ortalama %35’i cinsel ve/veya fiziksel şiddete uğramaktadırlar.^[4] Türkiye’de; ilkokul mezunu kadınlarla yapılan araştırmaya göre şiddetin fiziksel boyutunun %55.3, duygusal boyutunun %51.7, ekonomik boyutunun %57 ve cinsel boyutunun %51.4 oranlarında olduğu tespit edilmiştir.^[5] Dünya çapında kadın cinayetleri ile kadına yönelik şiddetin Müslümanlık veya İslamiyetle özdeşleştirilmesi popüler bir hata olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak; Hindistan’da ve Hristiyan yoğunluğun çoğunlukta olduğu Latin Amerika, Güney Avrupa’da

- [1] Artun Ünsal, “Genişletilmiş Bir Şiddet Tipolojisi,” *Cogito*, (İstanbul: Yapıkredi Yayınları, 1996): 305-312.
- [2] Kadınlara Yönelik Şiddet Avrupa Konseyi Sözleşmesi, *Resmi Gazete*, 8 Mart 2012 S. 28227.
- [3] Güldane Kılınç ve Mustafa Yıldız, “Kadın Konuvinde Kalan ve Şiddete Uğramış Kadınların İlişkilere İlişkin Bilişsel Çarpıtma Düzeylerinin Örseleyici Stres, Depresyon ve Umutsuzluk Düzeyleri ile İlişkisi,” *Kocaeli Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi*, 3, no.2 (2017): 2-4.
- [4] WHO, “Violence against Women Intimate Partner and Sexual Violence against Women Violence against Women,” June 2009.
- [5] Gülbu Tanrıverdi ve Sevinç Şıpkın, “Çanakkale’de Sağlık Ocaklarına Başvuran Kadınların Eğitim Durumunun Şiddet Görme Düzeyine Etkisi,” *Fırat Tıp Dergisi*, 13, no.3 (2008): 184-86.

kadına yönelik şiddet suçları yaygındır.^[6] Hindistan'daki kadınların %7'si cinsel şiddete, %22'si psikolojik şiddete ve %30'unun birden fazla şiddet türüne maruz kaldığı belirlenmiştir.^[7] Bu durum ayrıca şiddet oranlarının kültürler arasında değişebileceğini de göstermektedir.

Kadına yönelik şiddet, Türkiye'de ve dünyada evrensel bir sorundur. Kadına yönelik şiddet olayları, toplumlarda ırk, dil, din, eğitim, sosyal ve ekonomik sınıf ayrımı olmaksızın devam eden sosyal bir problemidir. Özellikle kadına yönelik aile içi şiddetin alınan tüm önlemlere rağmen önüne geçilememektedir. Türkiye'de kadına yönelik aile içi şiddetin yaygınlığı %13 ile %78 arasında olduğu rapor edilmiştir.^[8] Yapılan çalışmalar, kadınların %13,6'lık bölümünün son bir yılda şiddete maruz kaldığını, %27,2'sinin partnerleri tarafından en az bir kez şiddet uygulandığını, %22,6'sının eşinden başka aile içindeki kişilerin şiddetine uğradığını ve kadınların %67'sinin aile içinde zorlayıcı faktörlere maruz kaldığını ve alkol kullanımının şiddeti artırdığını göstermektedir.^[9] Kadına yönelik aile içi zorbalığın varlığı, özellikle kadınlar ve çocukların temel insan haklarını ihlal etmektedir.

Önemli bir toplumsal problem olan kadına yönelik aile içi şiddet, kadınların bedensel ve psikolojik sağlığını etkilemesinin yanında, siyasal, toplumsal ve ekonomik statülerinin gelişmesine de önemli ölçüde engel olmaktadır.^[10] Aile içerisinde yaşanan şiddet, zorbalığa maruz kalan kadının yetiştirdiği

[6] Aisha Gill, "Reconfiguring 'Honour'-Based Violence as a Form of Gendered Violence," in *Honour, Violence, Women and Islam* (Routledge-Cavendish, 2010): 228-35; Lynn Welchman and Sara Hossain, *'Honour': Crimes, Paradigms, and Violence Against Women*, (Zed Books, 2005).

[7] Ameeta Kalokhe vd., "Domestic Violence against Women in India: A Systematic Review of a Decade of Quantitative Studies," *Global Public Health*, 12, no.4 (2017): 501-509.

[8] Gulten Guvenc, Aygul Akyuz, and Sandra K. Cesario, "Intimate partner violence against women in Turkey: A synthesis of the literature," *Journal of Family Violence*, no. 29 (2014): 335-339.

[9] Berna Bilgin Şahin ve Pınar Erbay Dünder, "Kadına Yönelik Şiddet ve Yaşam Kalitesi," *Anadolu Psikiyatri Dergisi*, 18, no.3 (2017): 204-209; Haddad Nihel vd. "Characteristics of Violence against Women in Kairouan, Tunisia, in 2017," *Libyan Journal of Medicine* 16, no.1 (2021): 3-6.

[10] Bilgin Şahin ve Pınar Erbay Dünder, "Kadına Yönelik Şiddet," 205-207.

çocuğu da etkilemekle birlikte toplumun geleceğini de etkileyecektir. Bu çerçevede kadına yönelik şiddetin önlenmesi ile ilgili Türkiye genelinde paydaş resmî kurumların iş birliği içinde çalışması kadına yönelik şiddetin her boyutunu azaltacaktır. Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı öncülüğünde 2022–2023 yıllarında “Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Koordinasyon (Faaliyet) Planı” oluşturulmuştur.^[11] Söz konusu faaliyet planında kadına yönelik şiddet ile ilgili vurgulanan en önemli nokta, ilgili tüm kamu kurumları ile üniversiteler, sivil toplum kuruluşları (STK) ve özel sektörün iş birliğini gerektiren çok boyutlu bir sorun olmasıdır. Kadına yönelik şiddetin sonlandırılabilmesi için kolluk, adalet, sağlık, sosyal hizmet, çalışma alanları gibi birçok sektörün, devlet, sivil toplum, medya ve özel sektör gibi birçok paydaşın bütüncül bir yaklaşımla uzun soluklu ve kararlı mücadelesine ihtiyaç vardır. Türkiye’de, Cumhurbaşkanlığı Yıllık Programı’nda kadına yönelik şiddetle mücadele politikası kapsamında hazırlanan “2021–2025 yılı Ulusal Eylem Planı” uygulanmaya devam etmektedir.^[12] Bu plan, erken çocukluktan itibaren toplumsal bilinç düzeyinin ve hizmetlerin etkinliği ile kalitesinin artırılması için çaba harcanması gerektiğini vurgulamaktadır. Kadına yönelik şiddetle ilgili çalışmalar yürüten kurumlar arasındaki iş birliği ve hizmet kapasitesi artmış olsa da daha kapsamlı politikalar üretilebilmesi ve daha etkili hizmet modellerinin belirlenebilmesi için konuyla ilgili araştırmalar yürütülmesi gerekmektedir.

Literatür incelendiğinde yapılan çalışmaların çoğunun kadına yönelik şiddetin yaygınlığı, farklı meslek gruplarına yönelik algı ve farkındalıklarının tespiti, kadına yönelik şiddetin etkileri ve nasıl önleneceğini anlamaya yöneliktir.^[13] Uluslararası ölçekte yapılan araştırmalar yaş, eğitim düzeyi, ekonomik ve çalışma durumu, yaşanan yer ve bölge, dini inanç, alkol kullanımı, ailede şiddet öyküsünün varlığı gibi kadına yönelik şiddet risk

[11] Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, “Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele 2023 Yılı Faaliyet Planı,” <https://www.aile.gov.tr/ksgm/duyurular/kadina-yonelik-siddetle-mucadele-2023-yili-faaliyet-planı/> Erişim tarihi 20 Eylül 2023.

[12] Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, “Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele IV. Ulusal Eylem Planı (2021-2025),” <https://www.aile.gov.tr/ksgm/duyurular/kadina-yonelik-siddetle-mucadele-iv-ulusal-eylem-planı-2021-2025/> Erişim tarihi 20 Eylül 2023.

[13] Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü, “Türkiye’de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması,” https://fs.hacettepe.edu.tr/hips/dosyalar/yayinlar/2015_KYAICSA_TR.pdf Erişim tarihi 25 Eylül 2023.

faktörleri ile ilgili çalışmalara odaklanmıştır.^[14] Kesitsel olarak kadına yönelik şiddet suçunun profilendiği sınırlı çalışmalara ulaşılmaktadır.^[15] Suç profileme; belli kişilik yapılarının benzer davranışları sergilemesi, bu davranış yapılarına göre suçun incelenmesini ve olası şüphelilerin tespit edilmesini kolaylaştırdığı varsayımına dayanır.^[16] Bu kapsamda araştırmanın amacı, Kütahya İl Emniyet Müdürlüğü'nden alınan kadına yönelik şiddet suç verilerinin yıllara, yaşa, eğitim ve gelir durumuna göre değişimleri incelenerek Kütahya özelinde fail–mağdur profilemesini çıkartmak ve bu bağlamda mağdur ve şüphelilerin karıştığı suç türleri ve bu suç türlerinin içerisinde kadına şiddet suçuna ilişki verilerin sık görülen etkilerini tanımlayıcı ve kesitsel bir araştırma ile ortaya koymaktır.

I. GEREÇ VE YÖNTEMLER

Gözlemsel nitelikte, tanımlayıcı ve kesitsel tipteki bu çalışmanın araştırma grubunu 2017-2021 yılları arasında Kütahya İl Emniyet Müdürlüğüne başvuran ve hakkında adli işlem düzenlenen olgulardan kadına yönelik şiddet suçuna ilişki veriler retrospektif olarak incelenmiştir. Kütahya İl Emniyet Müdürlüğü'nden alınan verilere dayanarak kadına yönelik şiddet suçuna dahil edilecek suçlar; “6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin

[14] Oanh Thi Hoang Trinh, Juhwan Oh, Sugy Choi, Kien Gia To and Dung Van Do, “Changes and socioeconomic factors associated with attitudes towards domestic violence among Vietnamese women aged 15–49: findings from the Multiple Indicator Cluster Surveys, 2006–2011,” *Global Health Action* 1, no.9 (2016): 2-4.

[15] Lynnmarie Sardinha, Mathieu Maheu-Giroux, Heidi Stöckl, Sarah Rachel Meyer and Claudia García-Moreno, “Global, regional, and national prevalence estimates of physical or sexual, or both, intimate partner violence against women in 2018,” *The Lancet* 399, no. 10327 (2022): 805-812; Nedime Köşgeroğlu, İlkay Çulha, Zeliha Öz ve Aysun Yılmaz, “Şiddet Karşısında Kadınların Davranışlarının İncelenmesi,” *Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi* 3, no: 9, (2015): 345-344.

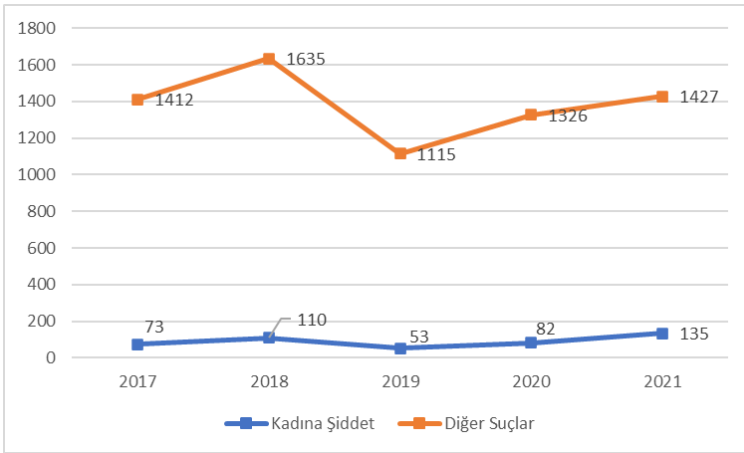
[16] Anne Davies, “Rapists Behaviour: A Three Aspect Model as a Basis for Analysis and the Identification of Serial Crime,” *Forensic Science International* 55, no.2 (1992): 175–92; Raymond A Knight and others, “Predicting Rapist Type from Crime-Scene Variables,” *Criminal Justice and Behavior* 25, no.1 (1998): 52–79; Patrick E Cook and Dayle L Hinman, “Criminal Profiling: Science and Art,” *Journal of Contemporary Criminal Justice* 15, no.3 (1999): 232–39; Taylor Owen, “Human Security–Conflict, Critique and Consensus: Colloquium Remarks and a Proposal for a Threshold-Based Definition,” *Security Dialogue* 35, no.3 (2004): 376–84.

Önlenmesine Dair Kanun” kapsamında verilen tedbir kararına aykırılık, aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali, cinsel saldırı, cinsel taciz olarak belirlenmiştir. Araştırma, KSBÜ Girişimsel Olmayan Klinik Araştırmalar Etik Kurulu’nun 01.12.2021 tarih ve 2021/16-21 sayılı kararı ile gerçekleştirilmiştir. Helsinki kriterleri ve kişisel veri gizliliği göz önünde tutulmuştur.

Araştırmanın verileri “SPSS (Statistical Package for Social Sciences) for Windows 21.0 (SPSS Inc, Chicago, IL)” ile değerlendirilmiştir. Verilerin değerlendirilmesinde kolay ulaşılabilir örneklem metoduyla tanımlayıcı istatistiksel yöntem olarak sayı ve yüzde değerler kullanılmıştır. Bağımsız gruplarda kategorik değişkenlerin oranları arasındaki korelasyon Ki-Kare ve Fisher testleri ile değerlendirilmiştir.

II. BULGULAR

Kadına yönelik şiddet olarak kabul edilen suçların incelenmesi aşamasında olayları yaşayanların ve olaylara neden olanların kimlik bilgileri paylaşılma- mış, sadece nedensellik bağlamında değerlendirmelerin yapılabileceği olaya ait veriler incelenmiştir. Kadına yönelik şiddet suçunun yıllara göre dağılımı ile diğer suçların yıllara göre dağılım oranları verilmiş, suç türlerinin yıllara göre dağılım oranlarının anlamlı farklılık gösterdiği görülmüştür ($p<0,05$), (Şekil 1, Tablo 1).



Şekil 1. Kadına yönelik şiddet suçu ile diğer suç türlerinin yıllara göre sayısal karşılaştırılması

Kadına yönelik şiddet suçunun 2017 ve 2019 yılında diğer suçların yıllara göre gerçekleşme oranından düşük olduğu, 2021 yılında ise kadına yönelik şiddet suç türünde artış gözlemlendiği tespit edilmiştir.

Kadına Yönelik Şiddet Suçu		
Yıl	f	%
2017	73	16,1
2018	110	24,3
2019	53	11,7
2020	82	18,1
2021	135	29,8
Toplam	453	100

Tablo 1. Kadına yönelik şiddet suçunun yıllara göre dağılımı

Kadına yönelik şiddet suçu ile ilgili 2017–2021 yılları arasındaki veriler analiz edildiğinde, gerçekleşen 453 olaya 735 kişinin dahil olduğu, kadına yönelik şiddete bağlı olay türleri açısından 341 erkek bireyin olaylarda şüpheli olarak değerlendirildiği tespit edilmiştir (Tablo 2).

Yaş Grupları/Yıl	2017	2018	2019	2020	2021
18–35 Genç	28 (50%)	34 (49,27%)	24 (46,1%)	30 (44,7%)	43 (44,3%)
35–55 Orta Yaş	18 (32%)	21 (30,4%)	17 (32,6%)	23 (34,3%)	32 (32,9%)
55 ve üzeri	10 (17%)	11 (15,9%)	11 (21,1%)	14 (20,8%)	22 (22,6%)
Toplam	56 (100%)	69 (100%)	52 (100%)	67 (100%)	97 (100%)

Tablo 2. Kadına şiddet suçunu işleyen erkeklerin yaşa göre dağılımı

Tablo 2’ye göre, 2017–2021 yılları arasında kadına şiddet suçunu işleyen genç erkeklerin (18–35 yaş) en fazla şiddet uygulayan grup olduğu belirlenmiştir.

Kütahya İlinde Gerçekleşen “Kadına Yönelik Şiddet”
Vakalarının Değerlendirilmesi

Kadına Yönelik Şiddet Suç

Gelir	f	%
Yüksek Gelirli	187	25,4
Orta Gelirli	341	46,4
Düşük Gelirli	140	19,04
Belirtilmemiş	67	9,11
Toplam	735	100

Tablo 3. Kadına yönelik şiddet suç oranlarının gelir düzeylerine göre dağılımı

Suç türlerinin gelir düzeylerine göre oranları anlamlı farklılık göstermektedir ($p<0,05$). Orta gelire sahip bireylerin %46,4’ü kadına yönelik şiddet suçunu yüksek oranda gerçekleştirdiği, diğer gelir düzeylerinde birbirine yakın değerlerde olduğu tespit edilmiştir (Tablo 3).

Kadına Yönelik Şiddet Suçu

Eğitim Düzeyi	f	%
İlkokul ve altı	220	29,9
Ortaokul	241	32,8
Lise ve dengi okul	186	25,3
Lisans ve üzeri	88	12,0
Toplam	735	100,0

Tablo 4. Kadına şiddet suçunun eğitim düzeyine göre dağılımı

Suç türlerinin eğitim düzeylerine göre oranları anlamlı farklılık görülmektedir ($p<0,05$). Bulgulara göre, ortaokul (%32,8), ilkokul ve altı düzeydeki okullarda (%29,9) kadına yönelik şiddet oranının diğer eğitim düzeylerine göre yüksek olduğu saptanmıştır (Tablo 4).

III. TARTIŞMA

Şiddete uğrayan ya da şiddetle karşı karşıya kalma olasılığının yüksek olduğu dezavantajlı gruplar içinde yer alan kadınların günümüzde sosyal yapı içinde kısıtlı alana hapsedilerek kamusal alanda kısmen karar verici olmaktadır. Kadının birey olarak ekonomik sorunlardan, kişilik özelliklerine kadar birçok nedenin etkisi ile daha fazla görünür hale gelmesi kadına yönelik şiddetin etkilerini arttırmakla beraber tedbir alınması gereken bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Toplumunu inşa eden kültürel yapı içinde kadını ve erkeksi davranış olguları anlaşılmadan, sadece şiddette uğrayan kadınlar ile ilgili yapılan araştırmalar şiddeti ortadan kaldırmayacağı gibi etkili çözüm yollarının geliştirilmesinin de önüne geçecektir. Bu durum diğer suç türleri içinde kadına yönelik şiddet suçunun yıllara göre artışı kaçınılmaz bir hale getirecektir.

Çalışmamızda tüm suçlar içerisinde, kadına yönelik şiddet suçunun yıllar içindeki dağılımı araştırılmıştır. Tüm suç türlerinde yıllara göre artış görülmektedir. Ancak kadına şiddet suçunun, diğer suç türlerine göre yıllar içerisinde daha fazla artış gösterdiği belirlenmiştir. Araştırmada kadına yönelik şiddet suç oranının 2020 yılında %18.1'den %29.8'e yükselmesinin yanında diğer yıllara göre 2021 yılında daha fazla artış gösterdiği belirlenmiştir. Kadına yönelik şiddet suçunun diğer suç türlerine ve yıllara göre artışı ilgi çekicidir.

Dünya Sağlık Örgütü'nün raporuna göre, dünya genelinde kadınların partnerleri tarafından şiddetin fiziksel veya cinsel boyutu ile karşı karşıya kalma oranının %30 olduğunu, küresel olarak kadın cinayetlerini gerçekleştiren faillerin %38'inin kadının partneri olduğunu belirtilmiştir. Ayrıca; şiddetin düzeyine bağlı olarak alkol bağımlılığı, ruhsal sorunlar ve depresyon gibi psikolojik hastalıkların her geçen yıl kadınlarda artış sağladığı rapor edilmiştir.^[17]

Ülkemizde 2020–2021 yılları arasında COVID-19 salgın süreci ile beraber kadınların ekonomik olarak olumsuz etkilendiği, evde izolasyon önlemlerinin alınmasıyla birlikte toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin kadının evdeki iş yükünün artması ev içi uyuşmazlıkları doğurduğu ve buna bağlı olarak

[17] WHO, "Violence against Women Intimate Partner."

kadına yönelik aile içi şiddet oranlarının arttığı bildirilmiştir.^[18] Yapılan bir araştırmaya göre hastanenin acil servisine şiddet sebebiyle başvuran kadınların 2020 yılı Mart ve Nisan aylarında önceki yıla göre 3 kat arttığı belirtilmiştir.^[19] Elde edilen veriler çalışmamızla benzerlik göstermektedir.

Çalışmamızda yaş gruplarının yıllara göre dağılımı incelendiğinde; 18–35 yaş arası genç erkeklerin kadına şiddet uygulama oranlarının tüm yıllarda en yüksek değerlerde olduğu belirlenmiştir. Bu durum erkeklerdeki testosteron seviyesi ile saldırganlığın doğru orantılı olmasından kaynaklanıyor olabilir. Galata (2017), sporcuların testosteron ve saldırganlık ilişkisini incelediği çalışmasında, genç yaşlardaki (18–35 yaş) sporcularda testosteron ve serotonin düzeyleri arttığı için şiddet ve saldırganlık düzeylerinin arttığını bildirmiştir.^[20] Ayrıca yapılan araştırmalarda genç erkeklerin eşlerine daha fazla şiddet uyguladığı rapor edilmiştir.^[21] Genç erkeklerin ailesinde aile içi şiddete tanık ya da şiddet geçmişine sahip olması eşlerine daha fazla şiddet uygulamasına neden olmaktadır.^[22]

[18] Başak Akkan ve Zeynep Kesici, “Covid-19 Salgını, İş ve Aile Yaşamını Uzlaştırma ve Toplumsal Cinsiyete Dayalı Eşitsizlikler Üzerine Bir İnceleme,” *Çalışma ve Toplum*, 4, no.71 (2021): 2815–34.

[19] Toprak Ergöner Akça, Emin Biçen and Gökhan Ersoy, “COVID-19 Salgınında Ev İçi Şiddet,” *Adli Tıp Bülteni* 25, Özel sayı (2020): 49-56.

[20] Muhammet Rüstem Galata, “Sporcularda Testosteron ve Serotonin Düzeyleri ve Saldırganlık İlişkisi,” (Yüksek Lisans Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Sağlık Bilimleri Enstitüsü, 2017), 41-47.

[21] Nevin Hotun Şahin, Sermin Timur, Ayla Berkiten Ergin, Ayten Taşpınar, Nevin Akdolun Balkaya ve Sevde Çubukçu “Childhood trauma, type of marriage and self-esteem as correlates of domestic violence in married women in Turkey,” *Journal of Family Violence*, no. 25, (2010): 663-665; Gulsen O. Izmirlı, Yonca Sonmez and Mekin Sezik, “Prediction of domestic violence against married women in southwestern Turkey,” *International Journal of Gynecology & Obstetrics* 127, no. 3, (2014): 289-290; Demet Güleç Öyekçin, Dilek Yetim ve Erkan Melih Şahin, “Psychosocial factors affecting various types of intimate partner violence against women,” *Turkish Journal of Psychiatry* 23, no:2, (2012): 2-5; Brigitte Bouhours ve Roderic Broadhurst, “Violence against women in Hong Kong: results of the international violence against women survey,” *Violence Against Women* 21, no. 11, (2015): 1318-1323.

[22] Deborah M. Capaldi, Naomi B. Knoble, Joann Wu Shortt and Hyoun K. Kim, “A systematic review of risk factors for intimate partner violence.” *Partner Abuse* 3,

Çalışmada kadına yönelik şiddet suçunun gelir durumuna göre değişkenliğine bakıldığında orta gelirli bireylerin %46.4'ü kadına yönelik şiddet suçunu yüksek oranda gerçekleştirmiştir. Buna karşın gelir durumu ile ilgili Türkiye ve Dünya'da yapılan araştırmalar farklı görüşler öne sürdüğü rapor edilmektedir. Kadına yönelik aile içi şiddet, erkeğin eve bakan rolüne ya da evin reisi olan erkeğin otoritesine yönelik tehditlerin yoksulluktan kaynaklandığı ifade edilmektedir.^[23] İşsizlik erkeğe, ailesini geçindiremediği için erkek olamayacağını düşündürmektedir. Bu nedenle; evdeki otoriteyi sağlayabilmek için eşine şiddet uygulamaktadır.^[24] Yapılan araştırmaların bir kısmında; gelir düzeyi düşük olan erkeğin, işinin olmaması veya alt pozisyonda çalışması aile içi kadına yönelik şiddetin artmasında temel teşkil etmektedir.^[25] Alan yazındaki bazı araştırmalarda kadınların, yaşlıların, ev hanımlarının, işsiz aile bireylerinin daha fazla şiddete maruz kaldığı belirlenmiştir.^[26] Dindaş (2008), kadınların ekonomik olarak güçlü olması aile içinde karar verme kabiliyetini, doğurganlığı ve kendine olan güveni arttıran bir faktör olduğunu

no:2, (2012): 233-279; Öyekçin, Yetim and Şahin "Psychosocial factors," 2-5.

- [23] Neslihan Keser Özcan, Sevil Günaydın ve Elif Tuğçe Çitil, "Domestic violence against women in Turkey: a systematic review and meta analysis," *Archives of Psychiatric Nursing* 30, no: 5, (2016): 622-627.
- [24] Hamide Dindaş, "Kadına Yönelik Eş Şiddetinin Sosyoekonomik Durum ve Yaşam Kalitesi ile İlişkisi," (Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, Sağlık Bilimleri Enstitüsü, 2008), 19-20.
- [25] Şengül Efe ve Sultan Ayaz Alkaya, "Domestic violence against women and women's opinions related to domestic violence," *Anadolu Psikiyatri Dergisi* 11, no. 1, (2010): 24-27; Melis Nacar, Zeynep Baykan, Serpil Poyrazoglu ve Fevziye Cetinkaya, "Domestic violence against women in two primary health care centers in Kayseri," *Türk Silahlı Kuvvetleri Korumucu Hekimlik Bülteni* 8, no: 2, (2009): 131-138.; Shahina Begum, Balaiah Donta, Saritha Nair and C.P. Prakasam, "Socio-demographic factors associated with domestic violence in urban slums, Mumbai, Maharashtra, India," *The Indian Journal of Medical Research* 141, no: 6, (2015): 784-785.
- [26] David Martín-Baena, Isabel Montero-Piñar, Vicenta Escribà-Agüir and Carmen Vives-Cases, "Violence against young women attending primary care services in Spain: prevalence and health consequences," *Family Practice* 32, no. 4, (2015): 382-384; Mahesh Puri, Geetanjali Misra and Sarah Hawkes, "Hidden voices: prevalence and risk factors for violence against women with disabilities in Nepal," *BMC Public Health* 15, no. 1, (2015): 2-8.

vurgulamıştır.^[27] Kadının finansal özgürlüğü arttıkça daha az şiddete maruz kaldığını vurgulayan araştırmalar da mevcuttur. Ancak tam aksine ailenin ekonomik gücünün artmasıyla, kadınların daha fazla şiddete uğradığını vurgulayan araştırma sonuçlarına da ulaşılmaktadır.^[28]

Kadına yönelik şiddet suçunu gerçekleştiren suçluların eğitim düzeylerine göre anlamlı farklılık gösterdiği görülmektedir ($p < 0,05$). Bulgulara göre, ortaokul (%32,8), ilkokul ve altında eğitim alanların (%29,9) kadına yönelik şiddet suç oranlarının diğer eğitim düzeylerine göre yüksek olduğu saptanmıştır. Kadına fiziksel şiddet uygulamış erkeklerin eğitim seviyesi arttıkça, şiddet uygulama düzeyleri önemli ölçüde azalmaktadır.

Akkuş ve arkadaşlarının yapmış olduğu çalışmada kadına yönelik şiddetin faili olan erkeklerin %61,5’inin ortaokul ve altı eğitim düzeyine sahipken; %7,7’sinin ise lisans ve lisansüstü eğitim düzeyine sahip olduğunu tespit etmiştir.^[29] Ayrıca yapılan araştırmalarda eğitim düzeyi düşük olan eşlerin daha fazla şiddet uyguladığı bildirilmiştir.^[30] Erkeklerin eğitim seviyesinin düşmesi kadına şiddet uygulama üzerinde etkili bir değişken olduğunu ve çalışmamızın sonuçlarıyla paralellik gösterdiği söylenebilir.

Eğitim, üretkenlik ve yüksek yaşam kalitesi için temel bir gereklilik olduğu kadar, eşitsizlikleri azaltacak önemli bir araç olarak da görülmektedir. Kadınların toplumsal hayatta aktif rol almaları için, her seviyede eğitim fırsatlarından ve kaynaklarından eşit şekilde yararlanmaları son derece önemlidir. Ancak, yalnızca eğitim düzeyi düşük olan kadınlar şiddete maruz kalmamaktadır. Eğitim düzeyi yüksek olan kadınlar arasında da şiddet

[27] Dindaş, “Kadına Yönelik Eş Şiddeti.”

[28] Sedat Akkuş ve Şeyda Yıldırım, “Erkeklerin Kadına Yönelik Fiziksel Şiddet Uygulamasına Etki Eden Faktörlerin İncelenmesi,” *Gaziantep University Journal of Social Sciences* 17, no. 4 (2018): 1372–84.

[29] Akkuş ve Yıldırım, “Erkeklerin Kadına Yönelik,” 1368-1387.

[30] Taner Akar, F. Nur Aksakal, Birol Demirel, Elif Durukan ve Seçil Özkan, “The prevalence of domestic violence against women among a group woman: Ankara, Turkey: Domestic violence against women in Ankara,” *Journal of Family Violence*, no. 25, (2010): 451-458; Mehmet Enes Gokler, Didem Arslantas and Alaettin Unsal, “Prevalence of domestic violence and associated factors among married women in a semi-rural area of western Turkey,” *Pakistan Journal of Medical Sciences* 30, no: 5, (2014): 1089–1092.

maruz kalma oranları oldukça yüksektir ve eğitimli 10 kadından 3'ü, eşleri tarafından fiziksel veya cinsel şiddete uğramaktadır.^[31]

Kadına şiddet vakalarının ne yazık ki verilen rakamlardan çok daha fazla olduğu, ancak kadınların büyük bir kısmının ekonomik, toplum baskısı, çocukların varlığı gibi sebeplerle şiddet olayı karşısında sessiz kaldıkları düşünülmektedir. Kadınlar farklı pek çok alanda, şiddetle karşı karşıya kalmaktadırlar.^[32] Kadınlara şiddetin farklı türleri uygulansa da genellikle fiziksel şiddet değerlendirmeye alınırken diğer şiddet türleri göz ardı edilmektedir.^[33] Çalışmamızda kadına yönelik şiddet suçunu oluşturan suç türleri çok yüksek bir oranda fiziksel şiddet barındırmaktadır. Bu durum kadınların şiddetin diğer türlerini algılamamalarından kaynaklanıyor olabilir. Ayrıca; kadınların şiddet algısı hukuki yaptırımını olmayan şiddet tiplerine karşı daha azken, hukuki olarak yaptırımını olan şiddet tiplerine karşı daha yüksektir.^[34]

-
- [31] Niloofer Dabaghi, Mostafa Amini-Rarani and Mehdi Nosratabadi, “Investigating the relationship between socioeconomic status and domestic violence against women in Isfahan, Iran in 2021: A cross-sectional study,” *Health Science Reports* 6, no. 5, (2023): 2-6.
- [32] Gizem Özkan, “Kadına Yönelik Şiddet-Aile İçi Şiddet ve Konuya İlişkin Uluslararası Metinler Üzerine Bir İnceleme”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7, no.1 (2017): 535–62.
- [33] Yalçın Kanbay vd. “İSKEBE Kadına Yönelik Şiddet Tutum Ölçeği (İskebe Tutum Ölçeği) Geliştirme Çalışması,” *Anadolu Psikiyatri Dergisi* 18, no.5 (2017): 455-458.
- [34] Mehmet Ziya Gencer, Ege Ağırman ve Seçil Arıca, “İstanbul İlinde Kadına Yönelik Şiddet Sıklığı ve Kadınların Şiddet Algısı,” *Abi Evran Medical Journal* 3, no.1 (2019): 19–24.

SONUÇ

Kadına yönelik aile içi şiddet, dünya genelinde en sık karşılaşılan insan hakları ihlallerinden biridir ve hala çözüme kavuşmamıştır. Kadına yönelik şiddet oranları toplumda hızla artmaktadır. Kütahya özelinde kadına yönelik şiddet vakaları her geçen yıl artış göstermekle birlikte eğitim düzeyi düşük, orta gelirli genç erkeklerin (18–35 yaş) partnerlerine şiddet suçunu işleme eğilimde olduğu görülmektedir. Ayrıca veriler, yüksek gelirli ailelerde, düşük gelirli ailelere oranla aile içi şiddetin daha fazla yaşandığını ve eğitim düzeyi yüksek (lisans ve üstü) olan kadınların da şiddete maruz kaldığını göstermiştir.

Kadına yönelik aile içi şiddetin önlenmesi ve mağdurların korunması için uluslararası taahhütler ve ulusal mevzuattaki düzenlemeler dikkate alınarak yasal ve idari tedbirler uygulanmalıdır. Ayrıca şiddetle mücadelede toplumda farkındalık yaratmak için çalışmalara önem verilmelidir. Türkiye, kadına yönelik şiddetin önlenmesi kapsamında Avrupa Konseyi tarafından desteklenen “Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Mücadele Edilmesi Hakkında İstanbul Sözleşmesi” ile kadına yönelik şiddeti ve aile içi şiddeti önlemeyi ve bu konuda mücadele etmeyi amaçlayan uluslararası bir sözleşmeye taraf olmuş ve “6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun” ile cinsiyete dayalı şiddetin önlenmesi, mağdurlara destek sağlanması, suçluların cezalandırılması ve toplumda farkındalık yaratılması gibi konularda çeşitli yükümlülükler getirmiştir. Ancak; sözleşmenin aile yapısına müdahale ettiği ve toplumsal cinsiyet ideolojilerini dayattığı iddiaları ile ilgili tartışmaların artması nedeniyle Türkiye “İstanbul Sözleşmesi’nden” çekilme kararı almıştır. Türkiye’nin “İstanbul Sözleşmesi’nden” geri çekilme kararı, kadına yönelik şiddetle mücadelede bir dizi potansiyel etkilere neden olmuştur. İstanbul Sözleşmesi, toplumsal cinsiyet eşitliği ve kadın hakları konularında uluslararası standartları belirleyen önemli bir belgedir. Bu sözleşmeden çekilme ile kadınların hukuki koruma açısından daha zayıf bir konuma düşmesine ve şiddet mağdurları olarak haklarını savunmada daha fazla güçlük yaşamalarına yol açmıştır. Ayrıca; şiddet mağdurlarına destek hizmetlerinin ve kadına yönelik şiddet ile ilgili eğitim programlarının etkinliğinin azalması da muhtemeldir. Ancak bu etkilerin tam boyutu zamanla ortaya çıkacaktır, çünkü sözleşmeden çekilme kararı henüz alındığı tarihte bu etkilerin bir kısmı hemen görülmeye

başlanmış olsa da diğer etkiler zaman içinde daha belirgin hale geleceği düşünülmektedir.^[35]

Araştırmalar, kadına yönelik şiddetin sadece kadınlarla değil, aynı zamanda erkeklerle de çalışılması gerektiğini desteklemektedir. Bu durum, alan yazındaki eksikliğe dikkat çekmekle kalmayıp, kadına yönelik şiddetin daha bütüncül bir perspektiften çözümü için önemli bir fırsat sunmaktadır.

[35] Meryem Hazal Çamurcu, “İstanbul Sözleşmesi: Türkiye’de İç Hukuka Etkisi ve Toplumun Tepkisi,” *Ankara Barosu Dergisi* 79, no. (2021): 77-97.

KAYNAKÇA

- Akar, Taner, F. Nur Aksakal, Birol Demirel, Elif Durukan ve Seçil Özkan. “The prevalence of domestic violence against women among a group woman: Ankara, Turkey: Domestic violence against women in Ankara.” *Journal of Family Violence*, no. 25, (2010): 451-458.
- Akkan, Başak ve Zeynep Kesici. “Covid-19 Salgını, İş ve Aile Yaşamını Uzlaştırma ve Toplumsal Cinsiyete Dayalı Eşitsizlikler Üzerine Bir İnceleme.” *Çalışma ve Toplum*, 4, no.71 (2021): 2815–34.
- Akkuş, Sedat ve Şeyda Yıldırım. “Erkeklerin Kadına Yönelik Fiziksel Şiddet Uygulamasına Etki Eden Faktörlerin İncelenmesi.” *Gaziantep University Journal of Social Sciences* 17, no. 4 (2018): 1372–84.
- Begum, Shahina, Balaiah Donta, Saritha Nair and C.P. Prakasam. “Socio-demographic factors associated with domestic violence in urban slums, Mumbai, Maharashtra, India.” *The Indian Journal of Medical Research* 141, no: 6, (2015).
- Bilgin Şahin, Berna ve Pınar Erbay Dünder. “Kadına Yönelik Şiddet ve Yaşam Kalitesi.” *Anadolu Psikiyatri Dergisi*, 18, no.3 (2017): 204-209.
- Bouhours, Brigitte and Roderic Broadhurst. “Violence against women in Hong Kong: results of the international violence against women survey.” *Violence Against Women* 21, no. 11, (2015).
- Capaldi, Deborah M., Naomi B. Knoble, Joann Wu Shortt and Hyoun K. Kim. “A systematic review of risk factors for intimate partner violence.” *Partner Abuse* 3, no. 2, (2012): 233-279.
- Cook, Patrick E. and Dayle L Hinman. “Criminal Profiling: Science and Art.” *Journal of Contemporary Criminal Justice* 15, no.3 (1999): 232–39.
- Çamurcu, Meryem Hazal. “İstanbul Sözleşmesi: Türkiye’de İç Hukuka Etkisi ve Toplumun Tepkisi.” *Ankara Barosu Dergisi* 79, no.4 (2021): 77-97.
- Dabaghi, Niloofar, Mostafa Amini-Rarani and Mehdi Nosratabadi. “Investigating the relationship between socioeconomic status and domestic violence against women in Isfahan, Iran in 2021: A cross-sectional study.” *Health Science Reports* 6, no. 5, (2023).

- Davies, Anne. “Rapists Behaviour: A Three Aspect Model as a Basis for Analysis and the Identification of Serial Crime.” *Forensic Science International* 55, no.2 (1992): 175–92.
- Dindaş, Hamide. “Kadına Yönelik Eş Şiddetinin Sosyoekonomik Durum ve Yaşam Kalitesi ile İlişkisi.” Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, Sağlık Bilimleri Enstitüsü, 2008.
- Efe, Şengül ve Sultan Ayaz Alkaya. “Domestic violence against women and women’s opinions related to domestic violence.” *Anadolu Psikiyatri Dergisi* 11, no. 1, (2010).
- Galata, Muhammet Rüstem. “Sporcularda Testosteron ve Serotonin Düzeyleri ve Saldırganlık İlişkisi.” Yüksek Lisans Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi, Sağlık Bilimleri Enstitüsü, 2017.
- Gencer, Mehmet Ziya, Ege Ağırman ve Seçil Arıca. “İstanbul İlinde Kadına Yönelik Şiddet Sıklığı ve Kadınların Şiddet Algısı.” *Ahi Evran Medical Journal* 3, no.1 (2019): 19–24.
- Gill, Aisha. “Reconfiguring ‘Honour’-Based Violence as a Form of Gendered Violence.” in *Honour, Violence, Women and Islam* (Routledge-Cavendish, 2010): 228–35.
- Gokler, Mehmet Enes, Didem Arslantas and Alaettin Unsal. “Prevalence of domestic violence and associated factors among married women in a semi-rural area of western Turkey.” *Pakistan Journal of Medical Sciences* 30, no: 5, (2014).
- Guvenc, Gulden, Aygul Akyuz and Sandra K. Cesario. “Intimate partner violence against women in Turkey: A synthesis of the literature.” *Journal of Family Violence*, no. 29 (2014): 335-339.
- Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü. “Türkiye’de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması.” https://fs.hacettepe.edu.tr/hips/dosyalar/yayinlar/2015_KYAICSA_TR.pdf Erişim tarihi 25 Eylül 2023.
- Haddad, Nihel vd. “Characteristics of Violence against Women in Kairouan, Tunisia, in 2017.” *Libyan Journal of Medicine* 16, no.1 (2021).

- Hotun Şahin, Nevin, Sermin Timur, Ayla Berkiten Ergin, Ayten Taşpınar, Nevin Akdolun Balkaya ve Sevde Çubukçu “Childhood trauma, type of marriage and self-esteem as correlates of domestic violence in married women in Turkey,” *Journal of Family Violence*, no. 25, (2010).
- Izmirli, Gulsen O., Yonca Sonmez and Mekin Sezik. “Prediction of domestic violence against married women in southwestern Turkey.” *International Journal of Gynecology & Obstetrics* 127, no. 3, (2014).
- Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü. “Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele IV. Ulusal Eylem Planı (2021-2025).” <https://www.aile.gov.tr/ksgm/duyurular/kadina-yonelik-siddetle-mucadele-iv-ulusal-eylem-planı-2021-2025/> Erişim tarihi 20 Eylül 2023.
- Kalokhe, Ameeta vd., “Domestic Violence against Women in India: A Systematic Review of a Decade of Quantitative Studies.” *Global Public Health*, 12, no.4 (2017): 501–509.
- Kanbay, Yalçın vd. “İSKEBE Kadına Yönelik Şiddet Tutum Ölçeği (İskebe Tutum Ölçeği) Geliştirme Çalışması.” *Anadolu Psikiyatri Dergisi* 18, no.5 (2017).
- Keser Özcan, Neslihan, Sevil Günaydın ve Elif Tuğçe Çitil. “Domestic violence against women in Turkey: a systematic review and meta analysis.” *Archives of Psychiatric Nursing* 30, no: 5, (2016): 622-627.
- Kılınç, Güldane ve Mustafa Yıldız. “Kadın Konukevinde Kalan ve Şiddete Uğramış Kadınların İlişkilere İlişkin Bilişsel Çarpıtma Düzeylerinin Örsleyici Stres, Depresyon ve Umutsuzluk Düzeyleri İle İlişkisi.” *Kocaeli Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi* 3, no.2 (2017).
- Knight, Raymond A., Janet Warren, Ronald Reboussin and Bonita Soley “Predicting Rapist Type from Crime-Scene Variables,” *Criminal Justice and Behavior* 25, no.1 (1998): 52–79.
- Köşgeroğlu, Nedime, İlkay Çulha, Zeliha Öz ve Aysun Yılmaz. “Şiddet Karşısında Kadınların Davranışlarının İncelenmesi.” *Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi* 3, no: 9, (2015).

- Martín-Baena, David, Isabel Montero-Piñar, Vicenta Escribà-Agüir and Carmen Vives-Cases. “Violence against young women attending primary care services in Spain: prevalence and health consequences.” *Family Practice* 32, no. 4, (2015).
- Nacar, Melis, Zeynep Baykan, Serpil Poyrazoglu ve Fevziye Cetinkaya. “Domestic violence against women in two primary health care centers in Kayseri.” *Türk Silahlı Kuvvetleri Koruyucu Hekimlik Bülteni* 8, no: 2, (2009): 131-138.
- Öyekçin, Demet Güleç, Dilek Yetim ve Erkan Melih Şahin. “Psychosocial factors affecting various types of intimate partner violence against women.” *Turkish Journal of Psychiatry* 23, no. 2, (2012).
- Özkan, Gizem “Kadına Yönelik Şiddet-Aile İçi Şiddet ve Konuya İlişkin Uluslararası Metinler Üzerine Bir İnceleme.” *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7, no.1 (2017): 535–62.
- Puri, Mahesh, Geetanjali Misra and Sarah Hawkes. “Hidden voices: prevalence and risk factors for violence against women with disabilities in Nepal.” *BMC Public Health* 15, no. 1, (2015): 2-8.
- Sardinha, Lynnmarie, Mathieu Maheu-Giroux, Heidi Stöckl, Sarah Rachel Meyer and Claudia García-Moreno. “Global, regional, and national prevalence estimates of physical or sexual, or both, intimate partner violence against women in 2018.” *The Lancet* 399, no. 10327 (2022): 805-812.
- Tanrıverdi, Gülbu ve Sevinç Şıpkın. “Çanakkale’de Sağlık Ocaklarına Başvuran Kadınların Eğitim Durumunun Şiddet Görme Düzeyine Etkisi.” *Fırat Tıp Dergisi*, 13, no.3 (2008).
- Taylor Owen, “Human Security-Conflict, Critique and Consensus: Colloquium Remarks and a Proposal for a Threshold-Based Definition,” *Security Dialogue* 35, no.3 (2004): 376–84.
- Toprak Ergönen Akça, Emin Biçen and Gökhan Ersoy, “COVID-19 Salgınında Ev İçi Şiddet,” *Adli Tıp Bülteni* 25, Özel sayı (2020): 49-56.

Kütahya İlinde Gerçekleşen “Kadına Yönelik Şiddet”
Vakalarının Değerlendirilmesi

- Trinh, Oanh Thi Hoang, Juhwan Oh, Sugy Choi, Kien Gia To and Dung Van Do. “Changes and socioeconomic factors associated with attitudes towards domestic violence among Vietnamese women aged 15–49: findings from the Multiple Indicator Cluster Surveys, 2006–2011.” *Global Health Action* 1, no.9 (2016).
- Ünsal, Artun. “Genişletilmiş Bir Şiddet Tipolojisi.” *Cogito*, (İstanbul: Yapıredi Yayınları, 1996): 305-312.
- Welchman, Lynn and Sara Hossain. *‘Honour’: Crimes, Paradigms, and Violence Against Women*, (Zed Books, 2005).
- WHO. “Violence against Women Intimate Partner and Sexual Violence against Women.” June 20009.

Banka İhbarnamesine Dayanan Protesto

Hediye BAHAR SAYIN*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Dr. Öğr. Üyesi. Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölümü, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Eskişehir. hediye@anadolu.edu.tr
ORCID: 0000-0001-5175-8987

Makale geliş tarihi: 12 Nisan 2023 **Makale kabul tarihi:** 3 Ekim 2023

Atıf önerisi: Bahar Sayın, Hediye. “Banka İhbarnamesine Dayanan Protesto.” *Ankara Barosu Dergisi* 81, no. 4 (Cumburiyet 100. Yıl Özel Sayısı, Ekim 2023): 351-399. **DOI:** 10.30915/abd.1281658

BANKA İHBARNAMESİNE DAYANAN PROTESTO

ÖZ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 714-722 hükümleri ile başvuru hakkı kapsamında protesto düzenlenmektedir. TTK m. 721 ise sakat protestoyu içerir. Bu hükme göre, noterce imza edilen protesto kanuna uygun olarak düzenlenirse veya içerdiği kayıtlar yanlış olsa bile geçerli olarak kabul edilir. Protesto içeriğinin gerçeğe uygun olmaması veya protestoya ilişkin kanunda yer alan düzenlemelerin ihlal edilmesi zarara sebep oluyor ise haksız protestodan bahsedilmektedir. TTK m. 708'de ise hamilin ibraz yükümlülüğü düzenlenmektedir. Uygulamada bankalar ibraz yükümlülüğünü yerine getirmeden, ihbarname göndermek suretiyle borçluyu durumdan haberdar etmekte ve bu ihbardan sonra protesto çekmektedir. Çalışmanın konusunu banka ihbarnamesine dayanarak veya banka ihbarnamesi dahi olmaksızın çekilen protestonun geçerliliği oluşturmaktadır. Bu çerçevede bononun ibrazı, haksız ve sakat protesto kavramları doktrin ve yargı kararları kapsamında değerlendirilecek; haksız protestonun sebep olabileceği sorunlara işaret edilecek ve sakat protestoya ilişkin olması gereken hukuk bağlamında bazı açıklamalara yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler:

bono

ibraz

banka ihbarnamesi

haksız protesto

sakat protesto

PROTEST BASED ON BANK NOTICE

ABSTRACT

Articles 714-722 of the Turkish Commercial Code (TCC) no 6102 regulate protest within the scope of the right of application. Art. 721 of the TCC includes an invalid protest. According to this provision, a protest signed by a notary public shall be deemed valid even if it is not issued in accordance with the law or even if the records it contains are false. If the content of the protest is not in accordance with the truth or if the violation of the provisions of the law regarding the protest causes damage, an unfair protest is considered. Article 708 of the TCC regulates the bearer's obligation of submission. In practice, banks, without fulfilling the obligation of submission, inform the debtor of the situation by sending a notice and file a protest after this notice. The subject of this study is the validity of the protest drawn based on a bank notice or even without a bank notice. In this framework, the concepts of presentation of the bond, unfair and invalid protest will be evaluated within the scope of the doctrine and judicial decisions; the problems that may be caused by the unfair protest will be pointed out and some explanations will be given in the context of the law that should be related to the invalid protest.

Keywords:

bond

submission

bank notice

unfair protest

invalid protest

GİRİŞ

Kambiyo senetleri Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 670-823'üncü maddeleri arasında düzenlenmiştir. Ticari senetler olarak da adlandırılan kambiyo senetleri poliçe, çek ve bonodan oluşmaktadır. Bu senetlerden poliçe TTK'da ayrıntılı şekilde düzenlenirken (TTK m. 671-775), bono ve çek çoğunlukla poliçeye ilişkin hükümlere atıf yapılmak suretiyle düzenlenmiştir. Her ne kadar poliçeye ilişkin hükümler ayrıntılı ise de uygulamada bono ile daha fazla karşılaşmaktadır.

TTK m. 714-722 hükümlerinde başvuru hakkı kapsamında protesto yer almaktadır. TTK m. 721'de ise "sakat protestoya" yer verilmiştir. Hüküm gereğince, noterce imza edilen protesto kanuna uygun olarak düzenlenmese veya içerdiği kayıtlar yanlış olsa bile geçerli olarak kabul edilir. Gerçekte borçlu olmayan ve kambiyo ilişkisi içinde bulunmayan kişiler hakkında protesto düzenlenmesi veya protesto içeriğinin gerçeğe uygun olmaması veya protestonun kanuna uygun çekilmemesi hallerinde "haksız protestodan" bahsedilmektedir. Haksız protesto kanunda düzenlenmemektedir. Uygulamada bankalar hamilin ibraz yükümlülüğüne ilişkin TTK m. 708'in amir hükmüne rağmen, söz konusu yükümlülüğü yerine getirilmeden, ihbarname göndermek suretiyle borçluyu durumdan haberdar etmekte ve bu ihbar üzerine noter aracılığıyla protesto çekmektedir. Kanuna aykırı bu uygulama ise tacirler açısından geri dönülemeyecek itibar kayıplarına sebep olmaktadır.

Çalışmamızda, bono açısından sakat ve haksız protesto kavramı incelenecek, bu kapsamda, protestonun kaldırılmasının mümkün olup olmadığı, haksız protestonun meydana getirdiği ve getirebileceği sonuçlar yargı kararları ve olması gereken hukuk çerçevesinde değerlendirilecektir.

I. PROTESTO KAVRAMI ve PROTESTO DÜZENLENMESİNİN ŞARTLARI

A) PROTESTO KAVRAMI

Protesto, "alenen söylemek, ihbar etmek" anlamına gelir. Türk hukukunda genel anlamda protesto, ifaya daveti ve başvurulacak hukuki yolları içeren ve noter tarafından düzenlenip karşı tarafa gönderilen tek taraflı irade beyanı olarak tanımlanır.^[1] Kıymetli evrak hukuku açısından ödememe protestosuna

[1] Hayri Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2. Baskı (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1975), 241-242.

ilişkin doktrinde bazı farklı tanımlar mevcuttur. Doktrinde bir görüşe göre protesto; senet borçlularına karşı başvuru hakkının kullanılması için zaruri olan resmi bir belgedir.^[2] Diğer bir görüşe göre ise protesto, hamilin senet borçlularına karşı başvuru hakkının kullanılmasını temin ve temerrüdü tespit eden ticari müeyyide niteliğindeki resmî belgedir.^[3] Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre ise protesto, ödememe durumunu tespit eden, başvuru borçlularına karşı başvuru hakkının kullanılması için zaruri olan ve noter tarafından düzenlenen resmi bir belgedir.^[4]

Noterlik Kanunu Yönetmeliği^[5] (NKY) m. 98'de ise ihbarname ve ihtarname tanımlanmaktadır. Buna göre, her türlü hukuki işlemlerde muhatabına kanun, sözleşme, örf ve adetten doğan hak ve isteklerin yazılı şekilde

[2] Sezai Aydınalp "Protestonun Geçerliliği," *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 10, no. 3 (1980): 659; Ali Bozer ve Celal Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 10. Baskı (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2021), 153; Hayri Bozgeyik, *Poliçede Müracaat Hakkı*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2003), 107; A. Hulüsi Gürbüz, *Yargıtay Uygulaması Işığında Ticari Senetlerin İptali Davaları ve Ticari Senetlere Özgü Sorunlar*, 2. Baskı (İstanbul: Cem Ofset, 1985), 401; Mustafa Sencer Kara, "Haksız Protesto," *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no. 2 (2016):173; Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku Dersleri II. Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri)*, 3. Baskı, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları,1964), 152; Tayfun Kaya "Haksız Protesto ve Protesto Nedeniyle Ticari İtibarın Zedelenmesi," *Ankara Barosu Dergisi*, no. 1 (1982): 23; Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2. Baskı (Ankara: Turhan Kitapevi, 1997), 718; Edip Şimşek, *Ticari Senetler* (Ankara: Yargıçoğlu Matbaası, 1969), 102; Reha Poroy, "Kambiyo Senetlerinde Protesto Çekilmesi İle İlgili Bazı Meseleler," *II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası 10-18 Mayıs 1961* (Ankara: Ajans Türk Matbaası, 1962), 399.

[3] Halil Arslanlı, *Ticari Senetler Dersleri*, 3. Baskı (İstanbul: Sermet Matbaası, 1952), 142-143; Aydınalp, "Protestonun Geçerliliği," 661; İsmail Doğanay, "Poliçe ve Emre Muharrer Senet Sebebiyle Çekilen Protestodan Doğan Hukuki Sonuçlar," *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 6, no. 3 (1972): 521; Şimşek, *Ticari Senetler*, 102.

[4] Aydınalp, "Protestonun Geçerliliği," 659; Bozer ve Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 153; Karayalçın, *Ticaret Hukuku*, 151; Turgut Kalpsüz, "Noterlikçe Ödememe Protestosu Düzenlenmesi," *TNBHD 1* (1974): 9; Hasan Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, 9. Baskı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 226; Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya ve N. Fusün Nomer Ertan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 13. Bası (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021), 236.

[5] *Resmî Gazete*, T. 13.07.1976, S. 15645.

bildirilmesi veya haber verilmesi için yapılan işlemlere ihtarname veya ihbarname denir. İhtarname ve ihbarname Noterlik Kanunu^[6] (NK) hükümlerine göre yapılır. Bu bağlamda, protesto bir ihbarname değil, tespitnamedir.^[7] Nitekim NKY m. 97'de, hamilinin talebi üzerine vadesi gelmiş poliçenin ödememe durumunun noterlik tarafından belgelendirilmesine protesto işlemi adı verilmektedir. O halde hukuki niteliği itibarıyla protesto bir tespitname olmasıyla ihbarname ve ihtarnameden ayrılmaktadır.

Protestoya ilişkin hükümler, TTK'nın poliçeye ilişkin hükümleri arasında yer almakta olup, bu hükümler mahiyetlerine uygun düştüğü ölçüde bonoya da uygulanmaktadır (TTK m. 778/1-d). Protestonun kambiyo hukuku bağlamında çeşitli türleri vardır.^[8] Bu çalışmada açıklamalarımız ödememe protestosu (TTK m. 714-722) kapsamında gerçekleştirilecektir.

B) PROTESTO DÜZENLEMENİN ŞARTLARI

1- Genel Olarak

Protestonun işlevi başvurma hakkının kullanılmasında görülür. Başvuru borçlularına müracaat edebilmek için ödememe durumunun protesto ile tespit edilmesi gerekmektedir (TTK m. 714).^[9] Asli senet borçluları açısından protesto düzenlenmesi zorunluluğu yoktur. Ödememe protestosunun çekilmesinin iradi istisnası ise düzenleyenin, cirantanın veya aval verenin

[6] 1512 sayılı Noterlik Kanunu, *Resmî Gazete*, T. 18.01.1972, S. 14090.

[7] Hayri Bozgeyik, "Sakat Protestonun Geçerliliği Sorunu," *YBHD* 6, no. 2, (2021): 657; Kalpsüz, "Noterlikçe," 9.

[8] Protestonun diğer türleri; kabul etmeme protestosu (TTK m. 714), tarih tespit protestosu (TTK m. 695/2), teslimden kaçınma protestosu (TTK m. 745/3), araya girme halinde düzenlenen protesto (TTK m. 735/2, 739), bono ve poliçede suretlerin, poliçede nüshanın iade olunmaması halinde düzenlenen iadede kaçınmanın tespitine yönelik protesto (TTK m. 745/2, 747/2, 778/1-f).

[9] "Bonoya ilişkin keşidecinin protesto edildiğine dair dosyada bir belge olmadığı gibi, bono üzerinde de bu hususta bir noter kaşesinin mevcut olmadığı görülmektedir. Bu durumda, hakkında protesto evrakı düzenlenmeyen bono yönünden alacaklı, cirantaya karşı TTK'nun 642/2.maddesi gereğince müracaat hakkını yitirdiğinin kabulü gerekir". Yargıtay 11. Hukuk Dairesi. E. 2011/22983, K. 2011/19022, 17.10.2011. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 28.02.2023).

senet üzerine “gidersiz” “protestosuz” kaydını koyup imzalamasıdır (TTK m. 722/1).^[10]

Protesto düzenleme şartlarının maddi ve şekli olmak üzere ikiye ayrılması mümkündür. Maddi şartlar, protesto süresine uyma ve senedin ibraz edilmesi; şekli şartlar ise protestonun yetkili makam tarafından düzenlenmesi ve protesto düzenleme usulüne uyulmasıdır.

2- Maddi Şartlar

Öncelikle protesto düzenlenmesinde maddi şartları incelemek gerekir. Maddi şartlar; protesto süresine uyma ve senedin ibraz edilmesidir. Geçerli bir ödememe protestosundan söz edilebilmesi için belirli bir günde veya düzenlenme gününden veya görüldükten belirli bir süre sonra ödenme şartını taşıyan bonolarda ödeme gününü takip eden iki iş günü içinde protestonun çekilmesi gerekmektedir. Görüldüğünde ödenecek bonolarda ise protesto ibraz süresi içinde çekilmelidir (TTK m. 714/3). Söz konusu süreler geçtikten sonra çekilen protesto geçerli değildir.^[11]

Çalışmamız bakımından protesto düzenlenmesinin maddi şartlarında önem arz eden husus ise bononun asli borçluya ibraz edilmesi zorunluluğudur. İbraz, senedin ödenmek üzere düzenleyene sunulmasıdır. Emre yazılı senetlerden biri olan bonoda; hak ve senet birlikteliği söz konusu olup senet bedeli, senedin ibrazı karşılığında ödenir (TTK m. 708). Tedavül eden bir senet olan bonoda düzenleyen (bono asli borçlusu), kimin hamil (alacaklı) sıfatına sahip olduğunu genellikle bilmemektedir. Bu sebeple, bonoyu elinde bulunduran hamil, belirli yerde ve sürede bonoyu ödenmek üzere düzenleyene ibraz etmelidir.^[12]

[10] Bu hal protestodan iradi muafiyet halidir. İflas (TTK m. 722/6) ve mücbir sebep halleri ise (TTK m. 731/4, 778/1, d) protestodan kanuni muafiyet halidir.

[11] Ancak mücbir sebep halinde bu süreler geçerli değildir. Karayalçın, *Ticaret Hukuku*, 152; Aydınalp, “Protestonun Geçerliliği,” 664. “*Vadenin gelmesinden birkaç gün önce protesto keşidesi geçerlidir. Çünkü kanun protestonun gönderileceği son müddetleri göstermiş, ancak bu müddetlerden evvel çekilen protestonun hükümsüz olacağına işaret etmemiştir*”. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi E. 1957/3269, K. 1958/333, 09.06.1958. Nazif Kaçak, *İçtihatlarla Bono*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2001), 126.

[12] Abuzer Kendigelen ve İsmail Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 1. Baskı (İstanbul: Oniki Levha, 2020), 238-239; Aydınalp, “Protestonun Geçerliliği,” 673.

İbrazın ne şekilde gerçekleştirileceği tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre, ibraz senedin borçluya gösterilmesi değil, senedin ödeme talebi ile borçluya verilmesidir.^[13] Bir diğer görüşe göre ise ibraz; açık veya örtülü ödeme talebi ile senedin hamil tarafından borçluya gösterilmesi ve senedin kanuni unsurları açısından tam olup olmadığının incelenmesine hazır olduğunun bildirilmesidir.^[14] TTK m. 708 düzenlemesi emredici nitelikte olduğundan, hamil bakımından ibrazın gerçekleşmesi zorunlu olmakla birlikte, bunun hangi şekle uyularak yapılması gerektiği önem arz etmemektedir. Bonodan doğan borç alacaklı açısından aranılacak bir borç olduğundan ibraz ile bono borçlusu kime ödeme yapacağını ve hamilin gerçekten hak sahibi olup olmadığını tespit edebilmektedir. Bu noktada, ibraz ile senet borçlusu senet alacaklısını teşhis etme imkânı bulmaktadır.^[15]

İbrazın kimin tarafından yapılacağı da incelenmesi gereken bir konudur. Doktrinde bu konudaki görüşler üç başlık altında toplanabilir. İlk görüşe göre, ibraz sadece noter veya yetkili memuru tarafından yapılmalıdır.^[16] Karma görüş olarak adlandırabileceğimiz ikinci görüşe göre ibraz hem noter

[13] A. Hulûsi Gürbüz, *Bankalarla Ticari Senet İlişkisi*, (Ankara: Olgaç Matbaası, 1981), 157; Öztan, *Kıymetli Evrak*, 670; Ömer Teoman, “Bonoda Ödeme İçin İbrazın Keşideci Yerine Avaliste Yapılmasının Sonucu ve Sakat Bir Protestoya Dayanılarak Tahsil Edilen Masrafların Geri Verilmesi,” *Otuz Yıl Ticaret Hukuku-Tüm Makalelerim C. I 1971-1982*, 1. Baskı (İstanbul: Beta Yayınevi, 2000), 385.

[14] Mustafa Eser Cinbaş, *Bonoda Ödeme*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 60-61; Ülgen vd. *Kıymetli Evrak*, 204; Yargıtay, ibrazın senedin görülmesi, imzanın ve diğer sorumluluk unsurlarının incelenmesi olanağını güttüğünü ifade eder. Yargıtay 11 Hukuk Dairesi E. 1975/736E. K. 1975/3069, 30.04.1975 (www.legalbank.com.tr Erişim 08.03.2023).

[15] Ülgen vd., *Kıymetli Evrak Hukuku*, 212.

[16] Naci Kınacıoğlu, *Kambiyo Senetleri*, (Ankara, Ayyıldız Matbaası, 1970), 93; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 723-724; Noter veya yetkili memuru kendisine tevdi edilen bonoyu düzenleyenin adresine gitmek suretiyle ödeme için ibraz etmelidir. Doğanay, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, 1967; Karayalçın, *Ticaret Hukuku*, 153. Kendigelen'e göre, ibraz senedi olan bononun ödememe protestosuna konu olması için noter tarafından geçerliliğine, süresine ve hamilin hak sahipliğine yönelik ön inceleme yapıldıktan sonra bizzat borçluya ibraz edilmesi gerekir. Ancak uygulamada bu zorunluluk yerine getirilmemektedir. Kendigelen ve Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 250; Poroy, bu görüşün kanuna uygun olduğunu ancak uygulama kabiliyetinin olmadığını ifade eder. Reha Poroy, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 7. Bası (İstanbul:

hem de yetkili hamil tarafından yapılabilir.^[17] Yargıtay içtihatlarının da aynı yönde olduğu^[18] üçüncü görüşe göre ise ibraz sadece senedin yetkili hamili tarafından gerçekleştirilmelidir.^[19] Biz de TTK m. 708/1'in açık ifadesi ve NK'nda ibrazın noterce yapılmasına ilişkin düzenleme bulunmaması karşısında ibrazın yalnızca bono hamili tarafından yapılması gerektiği görüşüne katılmaktayız. TTK'ca ibrazın ispatının veya geçerliliğinin işlemin noter tarafından yapılması şartına bağlanmaması da görüşümüzü doğrulamaktadır.

Fakülteler Matbaası, 1981), 194; Benzer görüş için bkz. Mertol Can, *Kıymetli Evrak Hukuku (Ders Kitabı)*, (Ankara, İmaj Yayınevi, 2012), 110.

- [17] Noter, hamilin ibraz ve araştırma işini yerine getirdiğine ilişkin beyanına güvenmeyerek, bu görevin yerine getirilip getirilmediğini araştırmalı ve ayrıca senedi bizzat veya yetkili memur aracılığıyla borçluya ibraz etmelidir. Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 243, 244. Kalpsüz, “Noterlikçe,” 14, 15; Kınacıoğlu, *Kambiyo Senetleri*, 68. İbrazın kimin tarafından yapılacağı hususunda açıklık yoktur. Bu görevin notere ait olduğu kesin olarak kabul edilir ise TTK m. 755/2 hükmü kapsamındaki araştırmının önemi kalmayacaktır. Protesto, senedin ibraz edildiği halde ödenmediğini tespit eder. Bu tespit kanunen resmi memur konumunda olan noterin sorumluluğu altında olan bir görevdir. Senedin ibraz edildiği halde ödenmemiş olduğuna dair belgelerin doğruluğunun kontrol edilmesi ve tereddüt halinde başka araçlarla durumu tespit ettikten sonra ödememe protestosu çekilmesi gerekir. Şimşek, *Ticari Senetler*, 106 vd.; Bu yaklaşımın direngen borçluyu koruduğu ve sadece ibraz görevinin yerine getirildiğinin tespit edilememesi halinde ibrazın noterce yapılması gerektiği konusunda bkz. Gürbüz, *Bankalarla Ticari Senet*, 164; Gürbüz, *Yargıtay Uygulaması*, 415.
- [18] “*Bu durumda 25.08.2005 vadeli bonoyu elinde bulunduran yetkili hamilin senedi ödenmek üzere borçlu keşideciye ibrazı gerekirken bu zorunluluk yerine getirilmemiştir.*” Yargıtay 12. Hukuk Dairesi E. 2006/2772 ve K. 2006/5661 20.03.2006 (www.lexpera.com.tr Erişim 1.12.2022).
- [19] Aydınalp'e göre, ibrazın noter tarafından yapılmasına ilişkin TTK'da ve NK'da bir düzenleme olmadığı gibi ibrazın hamil tarafından yapılması gerektiğine ilişkin eTTK m. 603, 607, 610/2, 620 ve 621'de (TTK 691, 695, 698, 708, 709) açık düzenleme mevcuttur. Aydınalp, “Protestonun Geçerliliği,” 680 vd; Bozer ve Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 139; Cinbaş, *Bonoda Ödeme*, 62; Mehmet Özdamar, Kürşat Göktürk, Mehmet Çelebi Can ve Esra Kaşak, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 3. Baskı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 174; Gürbüz, *Bankalarla Ticari Senet*, 164; İbrazın hamil tarafından gerçekleştirilmesi yeterli olup noterin bu beyana istinaden protesto çekmesi gerekmektedir. Bozgeyik, *Poliçede Müracaat*, 111, 113, 114; Ertan Demirkapı, “Noterlik Uygulaması Açısından Kambiyo Senetlerinde Protestolar,” *Noterler Birliği Hukuk Dergisi 1*, no. 2 (2014), 33.

Doktrinde zayıf olan senetlerde ve borçlunun ibrazsız ödemeyi saklı tuttuğu haller^[20] haricinde ibrazdan vazgeçilmesinin hukuken mümkün olmadığı kabul edilmektedir.^[21] Protestodan muafiyet halinde dahi hamilin bonoyu süresinde ibraz ve ihbar yükümlülüğünün devam ettiği ifade edilmekte^[22] “ibrazsız protesto olmaz” denilmektedir.^[23]

3- Şekli Şartlar

Protesto düzenlenmesine ilişkin şekli şartlar protesto çekmeye yetkili makam ve protesto düzenleme usulü olmak üzere iki başlık altında incelenebilir.

Protestonun TTK m. 716’da belirtilen şekil ve surette noterlikçe düzenlenmesi gerekir (TTK m. 715). NK m. 60/7’de de noterlerin genel olarak yapacağı işler arasında protestoya yer verilmektedir.^[24]

[20] Aydınalp, “Protestonun Geçerliliği,” 674.

[21] Cinbaş, *Bonoda Ödeme*, 85; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 675.

[22] Bozer ve Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 154; İsmail Doğanay, *Türk Ticaret Kanununun Şerhi İkinci Cilt Madde 420-815*, 4. Baskı, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2004), 1972; Karayalçın, *Ticaret Hukuku*, 151; Özdamar vd., *Kıymetli Evrak Hukuku*, 188; Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 225.

[23] Sami Karahan, Zekeriya Arı, Hayri Bozgeyik, Tahir Saraç, Mücahit Ünal, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 1. Baskı (Konya: Mimoza Yayınevi, 2013), 275; Kara, “Haksız Protesto,” 178.

[24] NK m. 2/2’de, bir ilin belediye sınırları içinde birden fazla noterlik bulunduğu takdirde, her noterliğin, bağlı olduğu asliye mahkemesinin yargı çevresi ile sınırlı olmaksızın, il belediyesi sınırları içindeki bütün noterlik işlerini görmeye yetkili olduğu ifade edilerek noterlerin yetki çevresi belirlenmiştir. Ödeme için ibrazın yapılacağı yerde görev yapmayan bir notere başvuru ve bu başvuru üzerine protesto düzenlenmesi ilgili noter açısından yetki çevresi ihlali anlamına gelmektedir. Can, *Kıymetli Evrak Hukuku* 111; TTK m. 755 gereği, senedi kabul veya ödeme için ibraz etmek, protesto çekmek gibi belirli bir kimse nezdinde yapılacak bütün muamelelerin bu kimsenin ticaret yerinde böyle bir yer yoksa konutunda yapılması gerekir. Bonoda ödeme yeri esaslı unsurlardan olduğundan protestonun ödeme yerinde çekilmesi gerekmektedir. Yetkili olmayan makamlarla çekilen protestolar geçerli değildir. Bozgeyik, *Poliçede Müracaat*, 114; Gürbüz, *Yargıtay Uygulaması*, s. 436; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 722.

Kanun noter eliyle tespiti öngördüğünden, noterin protesto evrakını düzenleyebilmesi için hamilin bono aslını notere vermesi gerekmektedir. Senedi teslim alan noter, senedin kambiyo senedi niteliği taşıyıp taşımadığını, senedi tevdi eden kişinin yetkili hamil olup olmadığını, protesto düzenleme süresinin geçip geçmediğini ve senet metninden anlaşılan defileri araştırmalıdır.^[25] Ayrıca, ibrazın kim tarafından yapılacağı tartışmasıyla da bağlantılı şekilde doktrinde noterin bononun ibraz edilip edilmediğini araştırma görevi olduğu da ileri sürülmektedir.^[26] Noterin özen yükümlülüğü gereği, hamilin beyanının doğruluğunu incelemesi gerekmektedir. Ancak uygulamada senet hamilinin ibrazı gerçekleştirdiği hususundaki beyanına itimat edilerek protesto düzenlenmektedir.^[27] NK m. 105 ve NKY m. 97 uyarınca, protesto işlemlerinin noterce TTK'da yazılı şekil ve şartlara göre yapılması gerekmektedir. TTK m. 716/1'de protestonun içeriği ayrıntılı şekilde sayılmaktadır.

*TTK m. 716 Protesto a) Protestoyu çeken ve kendisini protesto çekilen kimsele-
rin ad ve soyadlarının ya da ticaret unvanlarını, b) Kendisine protesto çekilen
kişinin poliçeden [bonodan] doğan taahhüdünü yerine getirmeye davet edildiği
halde taahhüdünü ifa etmemiş ya da kendisinin bulunamamış yahut ticaret
yerinin ya da konutunun tespit edilememiş olduğuna ilişkin bir şerhi, c) Sözü
geçen davetin yapıldığı ya da davet girişiminin sonuçsuz kaldığı yer ve güne ait
bir şerhi, d) Protestoyu düzenleyen noterin imzasını, içerir.*

Noterin TTK m. 716 hükmüne uygun protesto düzenlemesi gerekir (TTK m. 715). Yukarıda vurgulanmaya çalışıldığı gibi protestoya yazılması

[25] Aydınalp, "Protestonun Geçerliliği," 684 vd; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 723.

[26] Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 249-250; Kalpsüz, "Noterlikçe," 14; "İbrazın varlığının ve geçerliliğinin saptanması ise protestoyu tanzim edecek olan noterin görevidir." Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 1975/736, K. 1975/3069, 30.04.1975 (www.legalbank.com.tr Erişim: 08.03.2023). Hâmilin ibrazın yapılmasına rağmen ödemenin yapılmadığı iddiası üzerine noter yetkili bir memuru borçlunun ticaret yerine veya konutuna göndermesi gerektiği konusunda bkz. Bozer ve Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 159.

[27] Ülgen vd., *Kıymetli Evrak Hukuku*, 240.

gereken en önemli husus (*b*) *bendi* olup senet hâmiline başvuru borçlularına rüçû imkânı veren güç bu noktadadır.^[28]

II. BANKA İHBARNAMESİ

Ticari yaşamın merkezinde bulunan bankalar da gerek tahsilat gerek iskonto amaçlı olarak müşterilerinden bono kabul etmektedir. TTK m. 708/1'de hamilin ibraz yükümlülüğü açık şekilde düzenlenmiş olmasına rağmen uygulamada bankaların tahsil ve iskonto için aldıkları bonoları, senet borçlusuna ibraz etmedikleri bilinmektedir. Banka, bonoyu teslim aldığı anda, senet borçlusuna vadenin yaklaştığı ve vadeye kadar senet bedelini hazırlaması hususunda bir ihbarname göndermektedir.^[29] Söz konusu bonoların vadede ödenmemesi üzerine banka noterden^[30] protesto çekmesini talep etmektedir. Noter ise hamilin temsilcisi konumundaki bankanın beyanını esas alarak^[31] “*protesto çeken bankanın görevlisi noterliğimize gelerek hamili bulunduğu vadesi, meblağı ve özet bilgileri bulunan emre muharrer senet bedelinin yapılan ihbara rağmen vadesinde ödenmemesinden dolayı...*” ibarelerine yer vermek suretiyle ödememe protestosu düzenlemektedir.^[32] Burada açık şekilde ibrazdan değil, taahhüdün yerine getirilmesine ilişkin davetten bahsedilmektedir. Dolayısıyla noter, bono düzenleyene ibraz edilmeden, bononun tahsil için tevdi edildiği bankanın yaptığı ihbar sonucuna göre protesto çekmekte,^[33] söz konusu ödememe protestosu hâmilin beyanı altındaki imza ve tarihi tevsikten öteye gitmemektedir.^[34]

Bu uygulamanın geçerliliği doktrinde tartışmalıdır. Bahse konu protestoda örtülü bile olsa böyle bir davet ve şerh mevcut olduğu için diğer

[28] Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 243.

[29] Doğanay, “Protesto,” 521-522.

[30] Banka nezdindeki senedin notere nasıl sunulacağına ilişkin çeşitli genelgeler bulunmaktadır. Demirkapı, “Noterlik,” 29.

[31] Ülgen vd., *Kıymetli Evrak Hukuku*, 240.

[32] Aydınalp, “Protestonun Geçerliliği,” 688; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 726.

[33] Yapılan ihbarın tebliğ edilmesi kaydı ile ibrazı belgeleyeceği konusunda bkz. Şimşek, *Ticari Senetler*, 107.

[34] Poroy, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 413; Teoman, “Bonoda Ödeme,” 386.

unsurlar da mevcut ise bu protestoyu geçerli saymak gerektiğini savunan yazarlar olduğu gibi^[35] söz konusu uygulamanın ibraz yerine geçmediği dolayısıyla kanuna aykırı olduğu yönünde de görüşler bulunmaktadır.^[36] Yargıtay'ın protesto çekilmesi için ihbarnamenin yeterli olduğu yönünde kararları bulunmaktadır.^[37]

Bono ibraz senetlerinden olup, ibraz olmaksızın borçlunun senedi ödeme yükümlülüğü söz konusu değildir. Bu bağlamda, fiilen ibraz gerçekleşmeden protesto düzenlenmesi kanuna aykırıdır.^[38] Banka ihbarnamesi uygulaması

[35] Tahsil cirosu ile senedi elinde bulunduran bankanın senedi borçlunun kapısına kadar götürüp ibraz etmesi beklenemez. Tahsil cirosu ile hamil bankaların borçlunun adresine yolladıkları ihbarnameler tebliğ edilmeleri kaydı ile senedin ödeme için ibraz edildiğini tespit bakımından yeterli belgelerdir. Şimşek, *Ticari Senetler*, 88 dñn. 2, 103; Yasal düzenlemeyi kanun içi boşluk kabul ederek, uygulamaya yönelik görüşü kabul etmek gerektiği hususunda bkz. Demirkapı, “Noterlik,” 38; Yasal boşluğun doldurulmasına kadarki süreçte banka uygulamasının geçerli kabul edilmesinde bir sakınca bulunmadığı yönünde bkz. Gönen Eriş, *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak*, 2. Baskı (Ankara Seçkin Yayıncılık, 2016), 477; Senedin borçluya ibrazının hakkın yok olmasına sebebiyet verecek nitelikte riskler taşıdığı, düzenleyenin senedi banka memuru huzurunda inceleme imkânına sahip olduğu konusunda bkz. Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 226; Tebliğ edilmek şartı ile banka ihbarnamelerinin ibraz yerine geçtiği hukukunda bkz. Şimşek, *Ticari Senetler*, 107.

[36] Aydınalp, “Protestonun Geçerliliği,” 688-690; Bozgeyik, *Poliçede Müracaat*, 98; Cinbaş, *Bonoda Ödeme*, 104-105; Şaban Kayıhan, *Kıymetli Evrak Hukuku* (Ankara: Seçkin Kitabevi, 2021), 150; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 726.

[37] “...Mahkemece, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; davalının, davacı aleyhinde ödememe protestosu keşide etmeden önce bildirim yükümlülüğüne uymak suretiyle davacının senetlerde yazılı adresine ihbarname gönderdiği, bankanın özen yükümlülüğüne uygun davrandığı, herhangi bir kusur veya sorumluluğunun bulunmadığı, davalının işlemleriyle davacının uğradığını iddia ettiği zararlar arasında nedensellik bağı bulunmadığı, davacının tazminat talebinin yerinde olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir...”. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2017/378 E., 2018/5872 K. 01.10.2018 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 17.08.2023).

[38] Can, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 110; Cinbaş, *Bonoda Ödeme*, 105; Reha Poroy ve Ünal Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, 23. Bası (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019), 205; Ülgen vd., *Kıymetli Evrak Hukuku*, 239-240; Böyle bir protestonun geçerli olmadığı konusunda bkz. Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 726. İbraz olmaksızın protesto düzenlenmesinin kanunu aykırı olduğunu ileri süren yazarların teorik olarak

ile bononun banka elinde olduğu, borçlunun isterse bankada senedi görebileceği ve vadeye kadar senedin tedavül etmeyeceği hususlarının borçluya bildirildiği kabul edilmektedir. Söz konusu ihbarname, borçlu açısından tedavüldeki senedin kimin elinde olduğuna ilişkin tereddütleri kaldırıyor olsa da TTK m. 708’de düzenlenen ibrazın yerine geçmemektedir. Zira senedin vadesine kadar tedavül etmesi olasıdır.^[39] Ayrıca ibrazın konusu bononun aslı olup, bono ıslak imza içeren bir senettir. Bononun noter onaylı sureti dahî bononun aslı yerine geçmeyeceğinden, bankanın senet bilgilerini içeren ihbarname göndermesi ibraz yerini tutmamaktadır. Aksinin kabulü, kambiyo senedinin aranılacak borç karakterini zedelemektedir.^[40] Yargıtay da pek çok kararında bankalarca yapılan ihbarın senedin incelenmesine imkân sağlamadığına işaret ederek, yapılan ihbarın ibraz anlamına

haklı olduğu ancak ödeme için bankaya giden borçlunun görevli memur gözetiminde senedi görme ve inceleme imkanına sahip olabileceği ve protestonun şekli ve içeriğine ilişkin TTK m. 715-716’da farklı bir düzenleme olmadığı konusunda bkz. Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 226; Poroy, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 194; Can, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 110; Karayalçın’a göre, ibraz gerçekleşmeden protesto düzenlenmesi evrakta sahtekarlık suçu teşkil edebilir. Karayalçın, *Ticaret Hukuku*, 157. Benzer görüş için bkz. Doğanay, “Protesto,” 530; Kalpsüz, “Noterlikçe,” 9; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 727.

[39] Aydınalp, “Protestonun Geçerliliği,” 688.

[40] Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 726; Poroy ve Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 148; Ülgen vd., *Kıymetli Evrak Hukuku*, 240.

gelmediğine^[41] ve bu durumda borçlunun mütemerrit sayılamayacağına^[42] ve ilgili uygulamanın sakat protestoya sebebiyet verdiğine hükmetmiştir.^[43]

İbrazın şekli konusunda kanunda bir açıklık yoktur. Noter, ibraz hususunu araştırmak ister ise bu görevin yerine getirilmesi için noterin zamana ve personele ihtiyaç duyacağı sabittir. Noterin iş yoğunluğu sebebiyle bu iş için memur istihdam etmesi de fiilen mümkün olmamaktadır.^[44] Noter söz konusu araştırma görevini layıkıyla yerine getirmek istese bile araştırmanın ne şekilde yapılacağı konusunda kanunda boşluk bulunması da ayrı bir tartışma konusunu oluşturmaktadır. Zira noterin hamilin beyanını veya

[41] “Bankaların taahhütlü mektupla senedin kendilerinde olduğunu bildirmeleri, ticari hayatta kolaylığı temin için senedi tetkik imkânı veren bir ibbardır”. 11. HD., E. 1975/736 K., 1975/3069, T. 30.04.1975 (www.legalbank.com.tr Erişim 08.03.2023).

[42] “Olayda anılan son 3 bononun bizzat davacı tarafından ya da bir banka veya noter aracılığı ile ödeme için davalıya ibraz edilmediği anlaşılmaktadır. Türk Ticaret Kanunu’nun açıklanan hükümleri karşısında, borçlu davalıya bu durumda mütemerrit saymaya olanak yoktur. Davacı Bursa’da, davalı ise İstanbul’da oturmaktadır. Davacı tarafından 15.10.1984 gününde davalıya gönderilen ve 3 milyon liranın ödenmesi isteğini içeren ihtarname tek başına davalıyı mütemerrit kılmaya yeterli sayılamaz.” 13. Yargıtay Hukuk Dairesi, E. 1986/5621 K. 1986/6497, 22.12.1986 (www.lexpera.com.tr Erişim 15.03.2023).

[43] “Tahsil cirosu ile bono hamili olan bankalar tarafından, keşideciye vade gününden önce bildirimde bulunulmak suretiyle ibraz zorunluluğu yerine getirilmeye çalışılmakta ise de, söz konusu kanun hükümleri göz önüne alındığında ibrazın borçlu keşidecinin ikametgahı velveya ticari merkezinde, bononun gösterilmesi ve ibraz olunduğuna ilişkin imzasının alınması suretiyle yapılması gerektiği açıktır. Dava konusu olayda da, davalı banka tarafından gönderilen bildirim davacı keşideciye ulaşmadığı, bononun protesto için tevdi olunduğu noter tarafından da protesto çekilmeden önce ödeme için ibrazının gerçekleştirilmiş olmadığı sabittir. Her ne kadar mahkeme kararında, ödeme için ibrazın, davalı banka şubesi ile davacının ticari merkezinin buldukları yerler gözetilmek suretiyle, davacı keşidecinin ikametgahında yapılmadığından bahisle ibraz işleminin usulsüz olduğu gerekçesine yer verilmiş ise de, dosya kapsamı uyarınca olayda ibraz işleminin hiçbir suretle gerçekleştirilmemiş olması nedeniyle eksik değerlendirmeye işaret eden bu husus sonuca etkili olmayıp, somut olay bakımından keşideciye ibrazı gerçekleştirilmeksizin gönderildiği anlaşılan protestonun kanundaki deyiimiyle “sakat” kabul edilmiş olmasında sonuç itibarıyla bir isabetsizlik bulunmamaktadır” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2014/15698, K. 2015/2917, 04.03.2015 (www.lexpera.com.tr Erişim 30.11.2022).

[44] Bozer ve Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 159; Şimşek, *Ticari Senetler*, 107.

borçlunun beyan ve itirazlarını esas alması noter için ağır bir sorumluluk teşkil edecektir.^[45] Fiili imkânsızlık ve hukuki boşluk sebebiyle noterler sadece hamilin beyanına itimat ederek ödememe protestosu çekmektedir.^[46] Ancak uygulamada noterlerin bu sorumluluktan kurtulmak için iletişim araçları ile borçluya ulaşmaya çalıştıkları da görülmektedir.^[47] Bu uygulama banka dışındaki hamillerin getirdiği senetler için yapılmakta, banka ihbarnamesinin söz konusu olması halinde yapılmamaktadır.

III. PROTESTONUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Kambiyo hukuku açısından protestonun düzenlenmesi, aleyhine protesto düzenlenen kişinin kambiyo taahhüdünü yerine getirmediği anlamına gelmekte ve protesto ile söz konusu durum noter aracılığıyla belgelenmektedir. Protesto, HMK 400 vd. maddelerinde düzenlenen delil tespiti kurumunun kambiyo senetlerine özgü bir şekli olup bu hususta mahkemeler değil, noterler görevlendirilmiştir.^[48] Protesto önemli bir ispat aracı olduğundan noteri ödememe protestosunu düzenlemeye sevk eden belgelerin, beyanların doğru olması gerekir.^[49]

HMK m. 204 gereği, ilamlar ile düzenleme şeklindeki noter senetleri sahteliği ispat oluncaya kadar kesin delil teşkil etmektedir. İlgililerin beyanlarına dayanılarak noterlerin tasdik ettikleri senetlerle diğer yetkili memurların görevleri içinde usulüne uygun düzenledikleri belgeler ise aksi ispat olununcaya kadar kesin delil teşkil etmektedir. Bu bağlamda, protestonun ispat gücüne ilişkin doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Doktrinde bir görüş; protestoyu sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli belgelerden^[50]

[45] Aydınalp, "Protestonun Geçerliliği," 684 vd.

[46] Bozer ve Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 159; Karayalçın, *Ticaret Hukuku*, 52; Poroy, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 412.

[47] Karahan vd., *Kıymetli Evrak Hukuku*, 277 dñn. 43.

[48] Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 241.

[49] Şimşek, *Ticari Senetler*, 107.

[50] Ödememe protestosunun kamu hizmeti gören noterce düzenlenmesinin öngörülmesiyle sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli belge düzenlenmesi amaçlanmıştır. Böylece senedin kanuna uygun şekilde ibraz edilip edilmediği hususunda hamil, düzenleyen

kabul ederken diğ er bir gör üş ; aksi sabit oluncaya kadar geç erli belgelerden kabul etmektedir.^[51]

NK m. 82’de noterlik iş lemlerinin hükümleri düzenlenmekte ve belgelendirilen iş lemler resmî sayılmaktadır. NK m. 82/2 gereğ i, “*Noterler tarafından bu kısmın ikinci bölümünün hükümlerine göre düzenlenmiş olan hukuki iş lemler, sahteliğ i sabit oluncaya kadar geç erli*” kabul edilmiştir. İlgili maddenin üçüncü fıkrasında ise “*Bu kısmın üçüncü bölümü hükümlerine göre noter tarafından yapılan imza onaylaması, onaylanan imzanın ilgiliye ait oluş unu belgelendirme niteliğ inde bulunup, hukuki iş lemlerin içindekileri kapsamaz. Bu iş lemlerde imza ve tarih, sahteliğ i sabit oluncaya kadar geç erlidir*” denilmek suretiyle sahteliğ i sabit oluncaya kadar geç erli noter belgelerinin neler olduğ u belirtilmektedir. Hükümün dördüncü fıkrasında ise “*İkinci ve üçüncü fıkra hükümleri dışında kalan noterlik iş lemleri aksi sabit oluncaya kadar geç erlidir*” ifadeleriyle aksi sabit oluncaya kadar geç erli iş lemler tespit edilmektedir. Ödememe protestosu ise NK m. 105’de düzenlenmekte, ilgili madde ikinci ve üçüncü bölümleri kapsamında değ il, beş inci bölüm kapsamında yer almaktadır. Bu bağ lamda, NK m. 82/4 gereğ i, ödememe protestosu aksi sabit oluncaya kadar geç erli iş lemler arasında bulunmaktadır.

Protestonun aksi sabit oluncaya kadar geç erli iş lemlerden olduğ u tespiti üzerine protestonun bononun senet borçlusuna ibraz edildiğ ini ispat fonksiyonu içerip içermediğ i hususunun incelenmesi gerekir. Bir gör üş e göre, protesto düzenlenmesi, ibraz hususunun kanıtlanması için değ il, müracaat hakkının kullanılması için zorunludur. İbrazın genel hükümlere göre ispatı mümkündür.^[52] Baş ka bir gör üş e göre, ibraz ve ödememe hususu ancak

veya başvuru borçluları arasında ortaya çıkabilecek ihtilafların önüne geçilmeye çalışılmıştır. Kalpsüz, “Noterlikçe,” 17.

[51] Şimşek, *Ticari Senetler*, 107. Gürbüz, *Yargıtay Uygulaması*, 415. Protesto düzenlenmesi için ibrazın yapıldığının ispat edilmesi şart değildir. Protesto belgesi aksi sabit oluncaya kadar ibrazın süresi içinde ve şartlara uygun yapıldığına karine teşkil etmektedir. Ülgen vd., *Kıymetli Evrak Hukuku*, 240.

[52] Arslanlı, *Ticari Senetler*, 143, 145; Aydınalp, “Protestonun Geçerliliğ i,” 661; Gürbüz, *Yargıtay Uygulaması*, 405; Kalpsüz, “Noterlikçe,” 10; Karayalçın, *Ticaret Hukuku*, 176, 181; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 374; Poroy, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 411; Ülgen vd., *Kıymetli Evrak Hukuku*, 212.

protesto ile ispat edilebilir.^[53] Zira protesto belgesinin düzenlenmesi ibrazı da kapsadığından senet borçlusunun ibrazın gerçekleşmediğini ileri sürmesi mümkün değildir.^[54] Bu noktada TTK'da ibrazın ne şekilde gerçekleştirileceğinin düzenlenmemiş olması, protestonun önemini artırmaktadır. İbraz ve müracaat hakkının kullanılması farklı hususlardır. İbraz, hamilin tespiti ve senet bedelinin ödenebilmesi için; protesto, müracaat hakkının kullanılması için gereken şekil şartlarıdır. İbraza ilişkin tek yazılı belge, protestodaki beyandır. Protesto resmî bir belge olduğu için içeriğinde yer alan beyan ve serhlerin de gerçeği yansıtması önem arz etmektedir. Protesto aksi ispat olunabilen bir belge olduğu için ibraza ilişkin protestoda yer alan beyanın aksinin genel hükümlere göre ispatı mümkün olmalıdır.^[55]

IV. SAKAT PROTESTO

Sakat protesto, noter tarafından imza edilmiş olmasına rağmen usul ve içeriği açısından TTK'ya uygun olarak düzenlenmemiş olan veya yanlış kayıtlar içeren protestodur (TTK m. 721/1). Burada protestonun tanzim ve tebliğinin ihmali değil, noter tarafından kanuna aykırı şekilde protestonun tanzim edilmesi veya protesto içinde yanlış kayıtların bulunması söz

[53] Demirkapı, "Noterlik," 52; Kara, "Haksız Protesto," 174; Karayalçın, *Ticaret Hukuku*, 154; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 735; Şimşek, *Ticari Senetler*, 103.

[54] Şimşek, *Ticari Senetler*, 103; Demirkapı, "Noterlik," 38.

[55] İbrazın gerçekleşmediği hususu menfi bir vakadır. Bir normdaki hukuki sonucun vakanın mevcut olmamasına, gerçekleşmemesine bağlandığı durumlar, koşul vaka, menfi vaka olarak nitelendirilir. Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammed Özekes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 5. Baskı (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017), 315; Menfi vakaların ispatı oldukça güçtür. Bu güçlüğü aşmak için doktrinde ispat yükü taşımayan tarafın olayın aydınlatılmasına katılması, ispat ölçüsünün yaklaşık ispat olarak kabulü, karşı delil ikame yükü yüklenmesi ve isticvaba davet edilmesi imkânlarından yararlanılabileceği savunulmaktadır. Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammed Özekes, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 5. Baskı (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017), 315. Oğuz Atalay, *Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakaların İspatı* (İzmir: D.E.Ü, 2001), 64, 137-162. Pekcanitez, Atalay ve Özekes, *Medeni Usul*, 315-316.

konusudur. “Sakat protesto” noter tarafından imza edilip, gönderilmekte ve protesto çekme yükümlülüğü bu şekilde yerine getirilmektedir.^[56]

Sakat protesto başlıklı TTK m. 721 hükmünün “*Noter tarafından imza edilen protesto kanuna uygun olarak düzenlenmediği veya içindeki kayıtlar yanlış olduğu takdirde dahi geçerlidir*” ifadesi, protestonun geçerli olması için noter tarafından imzalanmış olmasının yeterli olduğu algısı yaratmaktadır.^[57] Eş deyişle şeklen düzenlenmiş olması protestonun geçerliliği için gerekli koşulun sağlandığı izlenimini uyandırmaktadır.^[58] Bu durum hükmün lafzı ile yapılan yorum sonucu ortaya çıkmaktadır. Ancak Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 1 gereği, kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır ve TTK, TMK’nın ayrılmaz bir parçasıdır. Bu bağlamda, TTK hükümleri sadece sözü ile değil, özüyle de değindiği bütün konularda uygulanmaktadır. TTK m. 721’in gerekçesinde hükmün kaynağının İsviçre Borçlar Kanunu m. 1041 olduğu belirtilmekte ve hükmün eTTK m. 633’ü karşıladığı ifade edilmektedir. Doktrinde TTK m. 721 düzenlemesi ile TTK m. 715 düzenlemesinden vazgeçilmediği, kanun koyucunun esas amacının hamilin iradesi dışında noterce yapılacak küçük hatalar yüzünden hak kayıplarının önlenmesi olduğu vurgulanmaktadır.^[59] Yargıtay da kararlarında kanun koyucunun amacına işaret etmektedir.^[60] Hüküm her ne kadar eTTK döneminde yoğun şekilde eleştirilmiş ve bu

[56] Fahiman Tekil, *Kıymetli Evrak Hukuku*, (İstanbul: Fatih Gençlik Vakfı Matbaa İşletmesi, 1980), 158.

[57] Karahan vd., *Kıymetli Evrak Hukuku*, 278.

[58] Özdamar vd., *Kıymetli Evrak Hukuku*, 187.

[59] Aydınalp, “Protestonun Geçerliliği,” 695; Can, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 112; Doğanay, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, 1970; Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 246.

[60] “*Noter tarafından imza edilen protesto kanuna uygun olarak tanzim edilmediği veya içindeki kayıtlar yanlış olduğu takdirde dahi geçerlidir. Bu geçerlik cirantalara keşideciye ve diğer borçlulara karşı hamilin haiz olduğu hakların kaybolmamasını temin ve tedavül eden kıymetli evraka dayanarak alacak hakkının korunması ve bu yönden çıkacak ihtilafları önlemek amacıyla taşır*” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 1975/736, K. 1975/3069, 30.04.1975 (www.legalbank.com.tr Erişim 08.03.2023). Ayrıca bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2017/43, K. 2021/240, 11.03.2021 (www.lexpera.com.tr Erişim 08.04.2021).

konuda kanun değişikliğine ihtiyaç duyduğu ifadede edilmiş olsa da TTK m. 712/1 hükmü, 6762 sayılı eTTK m. 633'den farklı bir düzenleme getirmemiştir.^[61]

A) SAKAT PROTESTONUN GEÇERLİLİĞİ SORUNU

Hukuki işlemlerde sakatlık çoğu zaman sakat hukuki işleme dayanılarak hak talep etmeyi ve yetki kullanmayı engellemektedir.^[62] Kanun koyucu sakat protestonun dahi geçerli olduğunu kabul etmiştir. Buna göre, noterin imza ettiği protesto kanunda gösterilen şartları ihtiva etmese veya içindeki kayıtlar yanlış olsa bile noter hakkında uygulanması gereken disiplin hükümleri saklı kalmak kaydı ile geçerlidir (TTK m. 721/1,2).

Protesto çekilebilmesi için öncelikle bononun ibraz edilmesi şarttır. Ancak ibrazın bir belgeye bağlanmasına ilişkin kanunda düzenleme mevcut değildir. Bono ibraz edilmeden çekilen protesto hüküm ifade etmemelidir.^[63] Senet ibraz edilmeksizin (maddi şart) protesto düzenlenerek başvuru borçlularına başvurulması, noter imzasını taşısa bile protesto düzenlenmesini gerektiren şartın yokluğu sebebiyle, müracaat borçlularına başvuru yolunu açmamalıdır.^[64]

Sakat protestonun söz konusu olması için ise protestonun unsurlarının belirlenmesi gerekir. Daha sonra bu unsurlardaki eksikliklerden hangilerinin

[61] Demirkapı, "Noterlik," 38; Gürbüz, *Yargıtay Uygulaması*, 437; Karayalçın, *Ticaret Hukuku*, 207; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 736.

[62] Can, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 112.

[63] Doğanay, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, 1970; Kınacıoğlu, *Kambiyo Senetleri*, 93. "İbraz ve ödemedi kaçınma hali gerçekleşmedikçe ödememi protestosunun çekilmesi olanaksızdır. Davacı borçluya ibraz etmeden protesto çektiren banka ağır kusurludur" Yargıtay 11 Hukuk Dairesi, E. 5470, K. 519, 13.02.1978. Kaçak, *Bono*, 127.

[64] Tekil, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 159. "Bilindiği üzere, 6102 sayılı TTK'nın 778/(1)-c ve d maddeleri uyarınca bonolar bakımından da tatbiki gereken aynı kanunun 708. ve 713. maddeleri uyarınca, vade gününde veya onu izleyen iki iş gününde düzenleyene ibraz edilen ve buna rağmen ödenmeyen bonodan ötürü ödememe protestosu çekilebilir. Bir diğer söyleyişle, bono ibraz olunmaksızın ödememe protestosu keşide edilmesi halinde, 6102 sayılı Kanun'un 721. maddesi gözetilerek, protestonun kanuna uygunluğundan söz edilemeyecektir" Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2014/15698, K. 2015/2917, 4.3.2015 (www.lexpera.com.tr Erişim Tarihi: 15.12.2022).

protestonun sakatlığına neden olacağına tespit edilmesi gerekir. Doktrinde söz konusu hususlar tartışmalıdır. Bir görüşe göre, TTK m. 721 bağlamında sakat protestodan söz edebilmek için; TTK m. 716'da ifade bulan, protestoda yer alması zorunlu olan ve protestoyu maddi ve şekli anlamda haklı gösterecek hususlar (asli unsurlar) dışındaki unsurlardan birinde eksiklik olması gerekmektedir.^[65] Daha açık bir ifade ile sakatlık asli unsurda ise TTK m. 721 hükmü uygulama alanı bulmamalıdır. Diğer görüşe göre ise TTK m. 721'de herhangi bir ayırım söz konusu olmadığından asli veya tali unsurlarda eksiklik söz konusu olsa da protesto geçerli kabul edilmelidir.^[66]

TTK m. 716/1'de protestonun içereceği kayıtlar düzenlenmektedir. TTK m. 716/1'de yer alan kayıtlar protestonun asli unsurlarını oluşturmaktadır. Protestonun asli unsurlarından biri noterin imzasıdır. Noterin imzasını içermeyen^[67] veya protesto düzenlenmesi için kanunda öngörülen sürede düzenlenmeyen^[68] protesto geçersizdir. Protesto düzenleme talebinin şekli anlamda yetkili son hamil tarafından yapılması gerekir. Şeklen yetkisiz hamilin talebi üzerine düzenlenen protesto geçersizdir.^[69] Protestonun kambiyo senedi niteliği taşıyan belge için ve senet asli borçlusuna karşı düzenlenmesi gerekir. Aksi halde düzenlenen protesto geçersiz sayılmalıdır.^[70] Bononun borçluya ibraz edilmemesine rağmen noterce protesto düzenlenmesi TTK m. 716'ya aykırıdır.^[71] Başka bir ifade ile bono hiç ibraz edilmemiş veya

[65] Bozgeyik, "Sakat Protesto," 658; Demirkapı, "Noterlik," 53; Doğanay, "Protesto," 530; Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 246; Kara, "Haksız Protesto," 176; Karayalçın, *Ticaret Hukuku*, 156; Kınacıoğlu, *Kambiyo Senetleri*, 93. Protestonun TTK m. 716/1'deki unsurları taşımaması halinde protestonun yok hükmünde olması gerektiği konusunda bkz. Aydınalp, "Protestonun Geçerliliği," 699.

[66] Şimşek, *Ticari Senetler*, 108.

[67] Kınacıoğlu, *Kambiyo Senetleri*, 94.

[68] Karayalçın, *Ticaret Hukuku*, 198; Karahan vd., *Kıymetli Evrak Hukuku*, 282.

[69] Bozgeyik, *Polîçede Müracaat*, 122.

[70] Bozgeyik, "Sakat Protesto," 657 vd.

[71] Bozgeyik, "Sakat Protesto," 657 vd.; Karayalçın, *Ticaret Hukuku*, 157.

ödemeye ilişkin hususlar protestoya yanlış geçirilmiş ise (ispatlanması kaydı ile) protesto geçersizdir.^[72]

Tali unsurlara bakıldığında ise kısmî ödeme veya muhatabın tekrar ibraz isteğinin bonoya yazılmamasının tali hususlar olarak değerlendirildiği görülmektedir.^[73] Bu kapsamda ayrıca noterin yetki çevresini de incelemek gerekmektedir.^[74] Bir görüşe göre, noterin yetki sınırları dışında oturan düzenleyene çektiği ödememe protestosunu geçersiz saymak, hamilin süreyi kaçırmaya ve müracaat hakkını kaybetmesine neden olmaktadır. Kanun koyucu, ibraz ve protesto için tanınmış olan kısa sürelerin şekli koşullardan etkilenmesine sebep olmak istememiştir.^[75] Bu kapsamda protestonun çekileceği yer ve noter dairesi protestonun geçerliliğine etki etmemektedir.^[76] Diğer bir görüşe göre ise yetki kuralları kamu düzenine ilişkin kurallar olup yetkisiz noterin yaptığı işlemler geçersiz kabul edilmelidir.^[77]

- [72] Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 246; Ergun Tuna, *Ticaret Hukuku Prensipleri III Kıymetli Evrak* (İstanbul: Kutulmuş Matbaası, 1973), 132.
- [73] Aydınalp, “Protestonun Geçerliliği,” 699; Tekil, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 159; Tuna, *Ticaret Hukuku Prensipleri*, 133.
- [74] TTK m. 755/1 gereği, protesto çekmek gibi bir kişi nezdinde yapılacak işlemler bu kişinin ticaret yerinde gerçekleştirilir. Noterlik Kanunu m. 2/2’de de noterlerin yetki çevreleri düzenlenmiştir.
- [75] “Bonolar tanzim tarihini ihtiva etmiş, keşidecinin kanuni süre içinde protesto edildiği anlaşılmıştır. Protesto belgelerinde bonoların tanzim tarihlerinin gösterilmemesi esasa ve neticeye etkili değildir. 18.02.1963 vade tarihli bononun 18.02.1963 tarihinde protesto edilmiş oluşu, resmî tatil sebebine müstenit olup kanuna aykırılık bulunmadığı kabul edilmiştir.” Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 1965/4599K. 08.04.1965. Kaçak, *Bono*, 127.
- [76] Edip Şimşek, *Hukukta ve Cezada Ticari Senetler* (Ankara: Yonca Matbaası, 1982), 161. Noterler Birliği, kambyo senetlerinin protestoları ile sair konularda noterler arasında rekabeti önlemek amacı ile çeşitli resmi ve özel kuruluşlarla temas etme yetkisine sahiptir (NK m. 166/12).
- [77] Aydınalp, “Protestonun Geçerliliği,” 698. “İbraz etmek ve protesto çekmek gibi bir kimse nezdinde yapılacak tüm işlemlerin bu kimsenin ticaret yerinde ve böyle bir yeri yoksa meskenin de yapılması ve bu yerin dikkatle araştırılması gerekir.” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 866E /1033K 08.03.1977. Kaçak, *Bono*, 126.

TTK m. 716/1'deki "içerir" ifadesi hükmün emredici niteliğine işaret etse de TTK m. 721 ile birlikte değerlendirildiğinde TTK m. 716/1'in emredici olmaktan çıkmadığı bir düzen hükmü haline geldiği görülmektedir.^[78] Ancak kıymetli evrak hukuku şekle özel önem veren bir alandır. Bu özellik sadece kambiyo senetleri için değil, protesto için de geçerlidir. Protestonun geçerliliği asli unsurları taşımasına bağlı olmalıdır. Asli unsurları içermeyen protesto geçersiz sayılmalı, tali unsurları içermeyen protesto ise geçerli kabul edilmelidir. Bu bağlamda, TTK m. 721/1 hükmünün protestonun tali unsurlarına hasredilmesi gerekmektedir.^[79] Aksi halde sakat protestonun geçerliliğine ilişkin TTK m. 721 hükmü, protestonun şekli hakkındaki TTK m. 715-720'nin uygulanmasına engel olacak niteliktedir. Ayrıca TTK m. 721/1 hükmünün geniş yorumlanması, noter imzasını taşıyan her evrak TTK m. 715-720'ye uygun olmasa bile protesto olarak kabul edilmesine sebebiyet verecektir. Bu ölçüde geniş yorum ise TTK m. 715-720'nin düzenlenme amacına aykırı olduğu gibi protestodan beklenen fonksiyonun elde edilmesine de engeldir.^[80]

B) NOTERİN SAKAT PROTESTODAN KAYNAKLANAN SORUMLULUĞU

TTK m. 721/2, sakat protesto dolayısıyla noter hakkında disiplin hükümlerini saklı tutmaktadır.^[81] Çalışma konusu bağlamında, ibraz yükümlülüğünü yerine getirdiğini beyan eden senet hamilinin beyanı esas alınarak, gerekli inceleme yapılmadan protesto çekilmesi noterin idari ve hukuki sorumluluğunu gerektirmektedir.

TTK m. 721/2'de düzenlenen sorumluluk sebebiyle Adalet Bakanlığı 7/3/1957 tarihli tamim yayınlamış, bu tamim, senedin ibraz edilip kabul

[78] Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 736.

[79] Aydınalp, "Protestonun Geçerliliği," 699; Bozgeyik, *Poliçede Müracaat*, 150; Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 246; Karahan vd., *Kıymetli Evrak Hukuku*, 290; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 736; Tekil, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 159.

[80] Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 736.

[81] "Ödememe protestosunun geçerliliği için noter tarafından tanzim ve imza edilmiş olması şarttır. Noter tarafından imza edilen protesto kanuna uygun olmasa dahi geçerlidir. Noterin bir ihmali mevcutsa bu husus durumu etkilemeyip ancak noter aleyhine disiplin kavuşturmasını ve tazminat davasını gerektirir." Yargıtay İcra İflas Dairesi 12327E/12310K. 28.12.1967. Kaçak, *Bono*, 127-128.

edilmediği, ödenmediği veya muhatabın bulunamadığı şeklindeki hamil beyanının protestoya konulmasına imkân tanımıştır. Bakanlık, 31/03/1975 tarih ve 9317 sayılı mütalaasında da benzer şekilde noterlerin senet hamilinin beyanının doğruluk derecesini araştırmakla yükümlü kılan bir düzenleme olmadığına işaret ederek, görüşünü yinelemiştir. Yine Türkiye Noterler Birliği'nin konuya ilişkin sorusu üzerine Bakanlık 23.05.1978 tarihinde “*Noterin senet borçlusunu ödemeye davet ile senet hamilinin beyanlarının doğruluğunu kontrol mükellefiyeti olmadığını, konuya ilişkin senet hamilinin beyanlarının alınarak protestoya eklenmesi gerektiği*” yönünde görüş bildirmiştir.^[82] Böylece noterlerin sahtekarlıkla itham edilmesi tehlikesi önlenmeye çalışılmıştır.^[83] Son olarak Noterler Birliği'nin 15.10.2019 tarih ve 26 nolu Genelgesinde Bakanlığın 31/03/1975 tarihli mütalaasına atıf yapılarak; kambiyo senetlerinin protestosunda TTK m. 716'da yer alan hususları kapsayacak şekilde hamil tarafından verilecek bilgilere göre işlem yapılacağı, düzenleyenin bu bilgileri notere yazılı beyanda bulunmak ve yeterli ve geçerli belge ibraz etmek suretiyle vereceği, noterin senet hamilinin ibraz mükellefiyetini yerine getirip getirmediğini araştırma mükellefiyeti olmadığı ifade edilmiştir. Bankalar tarafından protesto için getirilen kambiyo senetlerinde ise “ihbarın veya ibrazın yapıldığı tarih ve şekil”in belirtileceği ve notere tevdiinde örneği (Ek. 1)'de gösterilen matbu formun kullanılacağı açıklanmıştır. Ayrıca, noterin, protesto evrakına dercedilecek olan bu hususları, getirilen ticarî senette yer alan kayıtlar ile düzenleyenin veya bankanın bizzat vereceği bilgilerden öğrenmesi sebebi ile düzenleyenin bu bilgileri notere imzasını taşıyan yazılı beyanda bulunmak ve yeterli ve “geçerli belge” ibraz etmek suretiyle gerçekleştireceği vurgulanmıştır. Ancak noterler, bankalara tevdi edilen bonolarda 26 sayılı Genelgeye aykırı şekilde “geçerli belge” bağlamında banka ihbarnamesi dahi talep etmeden, banka yetkilisinin beyanına binaen protesto çekmektedirler. 26 sayılı Genelgeye uygunluk sağlanması için noterce banka ihbarnamesinin talep edilmesi ve suretinin protesto evrakına eklenmesi gerekmektedir.

Söz konusu fiili uygulamalar, noterin hukuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek için işlemleri belgelendireceği (NK m. 1/1) düzenlemesi ile uyumlu değildir. Ayrıca, NK m. 162/1'de “*Stajiyer, katip ve katip adayları*

[82] Aydınalp, “Protestonun Geçerliliği,” 689.

[83] Poroy, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 412.

tarafından yapılmış olsa bile noterler, bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumludurlar” ifadesi ile noterlerin hukuki sorumluluğu düzenlenmektedir.^[84] Ancak TTK m. 721/2 noterin disiplin sorumluluğunu saklı tutmuş olmasına rağmen, TTK m. 721/1’in noter tarafından imza edilen protestonun kanuna uygun olarak düzenlenmediği veya içindeki kayıtların yanlış olduğu hallerde dahi bunların geçerli olduğunu hükme bağlaması karşısında noterin hukuki sorumluluğunun söz konusu olmayacağı sonucuna ulaşılması normaldir.^[85] Nitekim 26 Nolu Noterler Birliği Genelgesinde, düzenleyenin verdiği bilgiler esas alınarak düzenlenen protestoya yazılan kayıtların yanlışlığının sonradan ortaya çıkması halinde TTK m. 721’e göre noterin sorumlu tutulmaması, sorumluluğun düzenleyene ait olması gerektiği belirtilmiştir.

Bu uygulamalar yukarıda açıklandığı gibi TTK m. 715’i ve “Noterler protesto işlemlerini TTK’da yazılı şekil ve şartlara göre yaparlar” düzenlemesini içeren NK m. 105’i ihlal etmektedir. TTK’daki ve NK’daki ilgili düzenlemeler olmasaydı, noter protestoyu diğer tespitnameler gibi düzenleyebilirdi (Bkz. NK m. 61, NKY m. 5). Ancak kanun koyucunun söz konusu düzenlemeleri yaparken abesle iştigal etmeyeceği esas alınarak, TTK m. 715’i ve NK m. 105 hükümlerinin uygulamada esas alınması gerekmektedir.

V. HAKSIZ PROTESTO

Sakat protesto TTK m. 721’de düzenlenirken, haksız protesto kanunda düzenlenmemiştir. Bu sebeple doktrinde yapılan tanımlar önem arz etmektedir. Doktrinde yapılan bir tanıma göre, “*gerçekte borçlu olmayan ve*

[84] Karahan vd., *Kıymetli Evrak Hukuku*, 297. Bu işlemlerde kusursuz sorumluluğun söz konusu olduğu ve noterin kusursuzluğunu özel olarak kanıtlanması gerektiği konusunda bkz. Eriş, *Kıymetli Evrak*, 518.

[85] Karayalçın, *Ticaret Hukuku*, 157. Sakat protestoya ilişkin hükümlerin noterin sorumluluğuna gidilmesine engel olmadığı konusunda bkz. Bozer ve Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 160; Uygulamada ibrazın hamil tarafından yapıldığı ve notere bu yönde bir beyanda bulunduğu dikkate alınırca, ibraz edilmeyen senedin protesto olmasından dolayı üçüncü kişinin ağır kusurunun bulunduğu kabul edilerek, noterin sorumluluğuna gidilmemesi konusunda bkz. Demirkapı, “Noterlik,” 52; Sakat protestonun düzenlenmesinden noterin sorumlu tutulamayacağı ancak bu protesto sebebiyle zarar doğmuş ise ilgililerine karşı genel hükümlere göre noterin sorumlu olması konusunda bkz. Eriş, *Kıymetli Evrak*, 518.

kambiyo ilişkisi dışında bulunan kişi aleyhine objektif iyiniyet kurallarına aykırı şekilde düzenlenen ve borçlu veya senetle ilgisi bulunmayan kişilerin zararına sebep olan protesto haksız protestodur".^[86] Bir diğer tanıma göre, "protesto içeriğinin gerçeğe uygun olmaması veya protesto işleminin kanunda öngörülen usul ihlal edilerek yapılması halinde haksız protesto söz konusu olur".^[87] Bir başka tanıma göre, "protestoya ilişkin hükümlere aykırı olarak düzenlenen veya yanlış bilgiler içeren protestolar aynı zamanda borçlu olmayan veya kambiyo ilişkisinden yer almayan kişilerin zararına yol açıyorsa haksız protesto olarak nitelendirilir."^[88] Bir diğer tanıma göre ise haksız protesto, "kanunda öngörülen usule aykırı düzenlenen veya yanlış bilgiler içeren dürüstlük kurallarına aykırı biçimde gerçekte borçlu olmayan veya kambiyo ilişkisi içinde yer almayan kişilerin zarar görmesine neden olan protestodur".^[89] Bir başka tanıma göre ise "gerçekte borçlu olmayan ve kambiyo ilişkisi dışında bulunan kişi aleyhine düzenlenen protesto "haksız protesto" olarak isimlendirilir".^[90] Biz ise doktrindeki şu tanıma daha uygun bulmaktayız "maddi hukukun protestoya ilişkin hükümlerine ya da nesnel iyi niyet ilkelerine aykırı biçimde düzenlenip borçlu ya da senetle ilgisi olmayan kişinin zararına neden olan protesto" haksız protestodur.^[91] Tanımlar genel olarak değerlendirildiğinde, protestoya ilişkin hükümlere aykırı düzenlenen bir protesto hem sakat hem de haksız protesto niteliğinde olabileceği görülmektedir. Ancak her sakat protesto haksız protesto niteliği her haksız protesto sakat protesto niteliği taşımayabilir.^[92]

Haksız protestonun çeşitli şekillerde meydana gelmesi mümkündür.^[93] Haksız protestoya sebep olan hallerden çalışma konusu açısından önem arz

[86] Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 779.

[87] Bozgeyik, *Poliçede Müracaat*, 145.

[88] Bozer ve Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 160.

[89] Kara, "Haksız Protesto," 177-8.

[90] Demirkapı, "Noterlik," 49.

[91] Gürbüz, *Yargıtay Uygulaması*, 439.

[92] Kara, "Haksız Protesto," 173.

[93] Haksız protestoya sebebiyet veren başkaca haller konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Kara, "Haksız Protesto," 178-194.

edeni ise ibraz yükümlülüğü yerine getirilmeksizin protesto düzenlenmesidir. Nitekim yargı kararlarında, hâmil tarafından senet ibraz edilmemesine rağmen, senedin ibraz edildiği beyanına dayalı olarak noter tarafından protesto çekilmesi ve bunun sonucunda borçlu veya senetle ilgisi bulunmayan kişilerin zarara uğraması hâlinde protestonun “haksız protesto” niteliğinde olduğu ifade edilmiştir.^[94]

A) HAKSIZ PROTESTONUN DÜZENLEYENİN TİCARİ İTİBARI BAKIMINDAN ETKİLERİ

Tacirler, uzun ve zahmetli bir süreç sonunda gerek müşterileri gerekse muhatap oldukları ticari çevre ve finans kuruluşları nezdinde belirli bir saygınlığa sahip olmaktadır. Tacirin ticari faaliyeti sırasında yapmış olduğu her bir işlem sonucunda üçüncü kişilere vermiş olduğu güven, bu saygınlığın elde edilmesini sağlar. İşte tacirlerin ticari faaliyetlerini sürdürdükleri piyasa ve ticari çevrede elde ettikleri saygınlık, “ticari itibar” olarak ifade edilmektedir.^[95]

Düzenleyenin ticari itibarı açısından önem arz eden husus banka ihbarnamesine dayanılarak çekilen protesto bilgilerinin Risk Merkezi’nde^[96]

[94] Bozer ve Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 161-162; Gürbüz, *Bankalarla Ticari Senet*, 185; Kara, “Haksız Protesto,” 186 ve ayrıca bkz. s. 187 dñn 64’de yer alan kararlar. “*Davalı bankanın kendine düşen ödevi basiretli ve müdebbir bir iş adamı gibi yerine getirip getirmediğini saptamak için olayda ibrazı hususun gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılmasıdır. Bundan başka BK’nun 49. Maddesi gereğince bu suretle yapılacak bankanın kusurunun ağırlığının incelenmesinden başka, davacı şirketin uğradığı zararın da ağırlığı üzerinde durulup tahkik edilmeli...*” Y. 11. Hukuk Dairesi, E. 736/ K. 3069 30.4.1975 (www.legalbank.com.tr Erişim 08.03.2023).

[95] Duygu Demirel, “Ticari İtibarın Zedelenmesi ve Manevi Tazminat Davası,” *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 7 (2013), 44; Kara, “Haksız Protesto,” 189.

[96] Risk Merkezi’ne vekâleten Kredi Kayıt Bürosu, tüm operasyonel ve teknik faaliyetleri kendi bünyesinde yürütmekte ve Risk Merkezi üyesi finansal kuruluşlara veri toplama ve paylaşım hizmeti vermektedir. Bu kapsamda Kredi Kayıt Bürosu “Risk Merkezi Müşteri Raporu” vermektedir. Bu raporla, üyelerin Risk Merkezi nezdinde konsolide edilen ve Risk Merkezi üyeleri ile paylaşılan finansal verilerle ilgili raporların alınması sağlanmaktadır. “Protestolu Senet Raporu” bu kapsamda paylaşılan raporlardan biridir. Bu raporda son 5 yıla ait protesto edilmiş senetlerde Banka Adı, Kayıt Türü

paylaşılmasıdır. Bu prosedürü ikiye ayırarak incelemek gerekir. Öncelikle protesto noterce tanzim edilmekte ardından hazırlanan bu protesto Risk Merkezi'nce paylaşılmaktadır. Esasen tacirin ticari itibarının zedelenmesine sebep olan husus protesto çekilmesi değil, protestonun Risk Merkezi'nce üye kuruluşlarla paylaşılmasıdır.^[97] Zira ödememe protestosunun banka tarafından çekirildiği durumlarda borçluya ilişkin bilgiler banka tarafından Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi'ne bildirilmektedir.^[98]

Türkiye Bankalar Birliği nezdinde, kredi kuruluşları ile Kurulca uygun görülecek finansal kuruluşların müşterilerinin risk bilgilerini toplamak ve söz konusu bilgileri bu kuruluşlar ile gerçek veya tüzel kişilerin kendileriyle ya da onay vermeleri koşuluyla gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri ile de paylaşılmasını sağlamak üzere Risk Merkezi kurulmuştur (Bankacılık Kanunu Ek madde 1). Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi Yönetmeliği (RMY) m. 9/1,e gereğince, Risk Merkezince belirlenecek asgari bildirim limitinin üzerindeki ödememe protestoları senet bazında, bu limitin altında kalan protestolu senetler ise adet ve tutar olarak tek kalem halinde bildirilmek zorundadır.^[99] Risk Merkezi dönemsel olarak ödememe protestolarını üyeleri ile paylaşmaktadır (RMY m. 10/3). Bu paylaşım üzerine ilgili borçluların ticari ilişkileri zedelenmekte ve kredibilitesi azalmaktadır.^[100] Böylece finansal kuruluşlar, tacirin senetleri ödemede sıkıntıya düştüğünü

(Bildiri veya Kaldırı), Senet Tutarı, Kaldırı Nedeni gibi bilgiler yer almaktadır. Kara, “Haksız Protesto,” 196 dpn. 92.

[97] Nurkut İnan, “Protestoya İlişkin Bazı Sorunlar,” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 4 (1967): 289.

[98] Bozer ve Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 165.

[99] Bozer ve Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 164 vd; 6111 sayılı Kanun ile 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'na “Risk Merkezi” ile ilgili Ek Madde 1 ve Geçici Madde 28 ilave edilmiştir (*Resmî Gazete*, T. 25.02.2011 ve S. 27857). Bu düzenleme çerçevesinde Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi Yönetmeliği (*Resmî Gazete*, T. 10.04.2012 ve S. 28260) yayınlanmıştır.

[100] Aydınalp, “Protestonun Geçerliliği,” 660; İnan, “Protestoya İlişkin,” 287; Kara, “Haksız Protesto,” 176. Karahan vd., *Kıymetli Evrak Hukuku*, 288; İnan, “Protestoya İlişkin,” 287; Protesto layıkıyla uygulandığında senet borçlusunun ticari itibarı ve kredisi zedeleneyeceği için borçluları taahhütlerine ve borçlarına sadık kalmaya itici bir rol de oynamaktadır. Şimşek, *Ticari Senetler*, 103.

öğrenmekte ve ilgili kişilere kredi vermek istememektedir. Kredi bulmakta zorlanan borçlu zamanla ticari açıdan sorunlar yaşamaya başlamakta ve ticari itibarı zedelenmektedir.^[101] Bu bağlamda, protesto tacirin ticari yaşamını önemli ölçüde etkilemektedir. Dolayısıyla bu etkiye sahip belgenin gerçeği yansıtması ve kanuna uygun olması önem arz etmektedir.^[102]

Tacirin ödeme yeteneğini şüpheli konuma getiren husus protestonun Risk Merkezi'nce^[103] üye finans kuruluşları ile paylaşılmasıdır.^[104] Ancak bazı hallerde banka borçluya ihbarname göndermeyi ihmal etmekte, noter de ihbarname aramadan protesto çekmektedir. Bu halde ibraz söz konusu olmadığı için borçlu yetkili hamili de tespit edememektedir. Ticari itibar üzerindeki ağır sonuçları sebebi ile protesto ile karşılaşmak istemeyen borçlu

[101] Bozgeyik, *Poliçede Müracaat*, 146-147; Demirkapı, “Noterlik,” 49; İnan, “Protestoya İlişkin,” 287; Kara, “Haksız Protesto,” 196.

[102] Aydınalp, “Protestonun Geçerliliği,” 660-661.

[103] Ancak Karşılıksız Çek ve Protestolu Senetler İle Kredi Ve Kredi Kartları Borçlarına İlişkin Kayıtların Dikkate Alınmaması Hakkında Kanun ile karşılıksız çek, protesto edilmiş bono, kredi kartı ve diğer kredi borçlarına ilişkin Risk Merkezi'nde tutulan kayıtların tamamının ödenmesi veya yeniden yapılandırılması halinde, silinmesi veya finansman şirketlerince yapılacak kredilendirmede vb. işlemlerde dikkate alınmaması düzenlenmiştir. 5834 sayılı Karşılıksız Çek ve Protestolu Senetler İle Kredi Ve Kredi Kartları Borçlarına İlişkin Kayıtların Dikkate Alınmaması Hakkında Kanun (28.01.2009 tarih ve 27124 sayılı Resmi Gazete); Bu kanuna çeşitli tarihlerde yapılan düzenlemelerle Geçici Maddeler eklenerek süreler uzatılmıştır. Bozer ve Göle, *Kıymetli Evrak*, 165; En son 03.11.2022 tarih ve 7420 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 27. maddesi ile söz konusu süre 1.07.2023' kadar uzatılmıştır. Diğer bir ifade ile burada bir nevi sınırlı bir sicil affı söz konusudur. Sınırlı sicil affından yararlanmak banka veya diğer finans kuruluşlarından hizmet almayı garanti etmemektedir. Keza bu af, banka ve diğer finans kuruluşlarına sadece “kara liste”yi dikkate almamalarının cezai ve hukuki sonuç doğurmayacağını söylemekte, sicil affından yararlananlarla sözleşme yapma zorunluluğu getirmemektedir. Erol Ulusoy, Sicil Affı Karşılıksız Çekte Neyi Değiştirdi? <https://www.milliyet.com.tr/yazarlar/prof-dr-erol-ulusoy/sicil-affi-karsiliksiz-ekte-neyi-degistirdi-6856131> (Erişim Tarihi: 13.12.2022).

Cinbaş, *Bonoda Ödeme*, 105-106; Demirkapı, “Noterlik,” 36; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 727.

[104] Demirel, “Ticari İtibarın Zedelenmesi,” 64.

vadede senedin kimin elinde olduğunu araştırmak^[105] ve bu suretle borcundan kurtulmak zorunda kalmaktadır.^[106] Söz konusu durum, bononun ibraz senedi olma ve aranılacak borç içerme özellikleri ile bağdaşmamaktadır. Senet hamilinin kendisine düşen ibraz yükümlülüğünü yerine getirmeden düzenleyenin ticari itibarını sarsacak şekilde protesto çekilmesine öncelikli bir itibar ve güven kurumu olan noterlerin alet olmaması gerekmektedir.^[107]

1- Düzenleyenin Kişilik Haklarının Korunmasına İlişkin Hükümlere Dayanması

Doktrinde^[108] ve yargı kararlarında haksız protestonun tacirin ticari itibarını zedelediği ve zarar görenin maddi ve manevi tazminat talep edebileceği kabul edilmektedir. Ancak açılan bu davalar mevcut durumu temelden çözümlenmemekte, üstelik bonoyu düzenleyen protestonun haksızlığını ve bundan kaynaklı zararını ispatlamak durumunda kalmaktadır.^[109]

Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 24 gereği “Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına^[110] saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı

[105] Bu noktada senet borcundan kurtulmak isteyen borçlu açısından senet bedelinin tevdi kurumu düşünülebilir (TTK m. 712). Öncelikle tevdiin borçlu açısından hak mı yükümlülük mü teşkil ettiği hususu tartışmalı olduğunu belirtmek gerekir. Borçlu bono bedelini tevdi etse bile protesto ile karşı karşıya kalması yine mümkündür. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Bkz. Hediye Bahar Sayın, “Bono Bedelinin Tevdi ve Tevdiin Sonuçları,” *Prof. Dr. Rıza Ayhan ‘a Armağan I*, (Ankara: Yetkin Yayınları), 2022, 1010 ve 1028; Kara, “Haksız Protesto,” 181.

[106] Cinbaş, *Bonoda Ödeme*, 103.

[107] Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 249-250; Kalpsüz, “Noterlikçe,” 14.

[108] Bozer ve Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 161; Kendigelen ve Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 251; Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 221.

[109] Bozgeyik, “Sakat Protesto,” 660.

[110] Kişilik, insanın insan olması dolayısıyla ayrılmaz şekilde sahip olduğu mutlak hakları içerir ve kişilik hakları kişiliğe tecavüz edilmemesini istemek yetkisi verir. İhtiyaca göre, korunması gereken ve kişiyi kişi yapan bütün değerler kişilik haklarının konusunu oluşturur. M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Demir, *Kişiler Hukuku*, 12. Baskı (İstanbul: Filiz Kitapevi, 2013), 154-158. Bu kapsamda ekonomik itibarda kişinin şeref ve haysiyetinin bir yansımasıdır. “...*Ekonomik itibar da kişinin şeref ve haysiyetinin bir görüntüsüdür. Tüzel kişinin ekonomik faaliyetleri de toplum tarafından değerlendirilmektedir. Tüzel kişiliğe bir şirketin ödeme gücüne ilişkin*

korunmasını isteyebilir”. Hukuki korumanın kapsamı ise TMK m 25’de düzenlenmektedir. Hüküm uyarınca, “*Davacı, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir*”. Kişilik haklarına saldırı halinde açılacak davalardan biri de durdurma davasıdır. Durdurma davası kişilik haklarına saldırının sebebini ve kaynağını kurutmayı amaçlamaktadır. Davanın amacı geleceğe yöneliktir. Tazminat davaları sadece hukuka aykırı sonucu ortadan kaldırmayı amaçlamakta, bu sonuçları yaratan kaynağa yönelmemektedir. Hukuka aykırı durumu yaratan saldırı sebebi devam ettiği sürece hukuka aykırı sonuçlar doğmaya devam etmektedir. Kişilik haklarını etkin bir şekilde koruyabilmek için hukuka aykırı sonuçlar doğurmaya yol açan saldırının kaynağını kurutmak gerekmektedir. Bu da durdurma davası ile sağlanmaktadır^[111]. Ancak burada kişilik haklarını ihlal eden sakat protesto değil, sakat protestonun Risk Merkezi’nce üye kuruluşlar ile paylaşılmasıdır. Dolayısıyla bu paylaşımın durdurulması gerekmektedir.

Risk Merkezi paylaşımının durdurulması için protestonun geçersiz olduğunun tespiti gerekmektedir. Durdurma davası ile birlikte protestonun geçersizliğinin tespitinin talep edilmesi mümkündür.

Kanunen uyulması zorunlu ve aksi kararlaştırılmayan hukuk kuralları emredici hükümler olup bu hükümler mutlak ve nisbi olarak ikiye ayrılmaktadır. Mutlak emredici hükümler doğrudan kamu düzenine ilişkin olup, bir davranışı ilgililerinin iradelerini dikkate almaksızın emreden, koruduğu haklar ve yetkilerden feragat edilmesi mümkün olmayan hükümlerdir.^[112] Senedin ibrazı, TBK m. 106 anlamında borçlunun borcunu ifa edebilmesi

değerlendirmeler, o tüzel kişinin toplumsal şeref ve haysiyeti ile yakından ilgilidir. Kredi toplum tarafından ödeme gücü ile ilgili olarak izafe edilen bir değer olması nedeniyle, bu değeri azaltan veya ortadan kaldıran kişiliği ihlale yönelik açıklamalar şeref ve haysiyete tecavüz niteliği taşır... ”. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2011/687, K. 2012/26, 01.02.2012 (www.legalbank.com.tr Erişim 08.03.2023).

[111] Serap Helvacı, *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2001), 130; Ahmet Kılıçoğlu, *Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırıdan Hukuksal Sorumluluk*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1982), 208.

[112] Erdoğan Moroğlu, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, 7. Baskı (İstanbul: XII Levha 2014), 148 vd.

için gereken hazırlık fiili niteliğindedir. Bonodan doğan borç, alacaklı açısından aranılacak bir borç olduğundan borçlu kime ödeme yapacağını ancak bononun ibrazı ile tespit edebilir. Diğer bir ifadeyle ibraz sayesinde borçlu senet alacaklısını teşhis etme imkânı bulur. İbraza rağmen ödemenin gerçekleşmemesi halinde borçlunun temerrüdü söz konusu olup borç “götürülecek” borç halini alır.^[113] Dolayısıyla ibraz, kamu düzenine ilişkin bir düzenleme olup bu düzenlemeden fiili bir uygulama ile vazgeçilebilmesi mümkün değildir. TTK m. 716 hükmü de emredici niteliktedir. Hüküm, protestoda bulunması gerekli unsurları emredici şekilde saymaktadır. Noterin protestoyu TTK m. 716’ya uygun şekil ve surette düzenlemesi gerektiğine ilişkin TTK m. 715 hükmü de bu kapsamdaki bir diğer emredici hükümdür. Bu bağlamda TTK m. 716/1,b düzenlemesi, protestonun asli unsurudur. TTK m. 721/1 düzenlemesi ise tüm bu hükümleri düzen hükmü haline getirmektedir. Dolayısıyla birbiri ile çelişen ve tereddütlü bir durum ortaya çıkmaktadır^[114]. TTK m. 721/1 hükmünün protestonun tali unsurlarına hasredilmesi gerekmektedir. Asli unsurlardaki sakatlığın protestonun geçersizliği sonucunu doğurduğu ve noterin kanun hükümlerine aykırı şekilde düzenlediği protestonun da geçersiz olduğu kabul edilmelidir. Kanunda öngörülen usul ihlal edilerek düzenlenen protesto aynı zamanda haksız protesto da teşkil edebilmektedir. Açılan bir durdurma davasında ibrazsız düzenlenen protestonun asli unsurlardaki eksiklik sebebiyle sakatlığının tespitine ve protestonun kaldırılmasına karar verilmesi mümkün olmalıdır.

Yargı kararlarında genel olarak^[115] sakat protestonun kaldırılmasının mümkün olmadığına hükmedilmektedir. Oysa bankaların protestodan

[113] Ülgen vd., *Kıymetli Evrak Hukuku*, 212 vd.

[114] Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 736.

[115] *6102 sayılı TTK'nın 721. maddesi hükmü uyarınca, kanuna uygun olmayan veya yanlış kayıtlar ihtiva eden protestolar “sakat” kabul edilmekle birlikte geçerli oldukları öngörülmüştür. Hal böyle olmakla, bu gibi durumlarda hamilin vel veya noterin tazmin ve hatta anılan kanun maddesinde de yazılı olduğu üzere noterin disiplin sorumluluğundan söz edilebilirse de, protestonun geçersiz kabul edilmesi ve buna bağlı olarak kaldırılmasına karar verilebilmesi söz konusu değildir. Şu halde, mahkemece protestonun geçersiz kabul edilerek kaldırılmasına hükmedilmesi doğru olmamış, re'sen de gözetilmesi gereken bu durum karşısında, davalının temyiz itirazlarının kabulü ile yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermek gerekmiştir” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2014/15698 K. 2015/2917, 04.03.2015*

sonra yapılan ödeme sebebiyle veya borçlu olmayan kişi aleyhine sehven düzenlenen protestoları kaldırmaları mümkündür.^[116] Söz konusu kararlar ile bir nevi kamu düzenine aykırılık teşkil etse bile sakat bir işlemin ortadan kaldırılmayacağı, protestoyu kaldırma hak ve yetkisinin bizzat banka tüzel kişiliğinde olduğu örtülü şekilde kabul edilmiş olmaktadır.

2- Düzenleyen Zararı Sebebiyle Bankaya Başvurması

Haksız protestonun sonuçları kanunda düzenlenmemiştir. Ancak bir nevi haksız fiil niteliği taşıyan haksız protestoya maruz kalan kişilerin de

www.lexpera.com.tr Erişim 07.03.2023). “...*Düzenlemeler ve uygulamadaki duruma dair açıklamalar karşısında, noter tarafından protesto çekilmeden önce ödeme için ibrazın gerçekleştirilmemiş olması karşısında protestonun kanundaki tabiriyle, sakat kabul edilmesi gerekmele birlikte TTK'nın 721. maddesi hükmü uyarınca; kanuna uygun olmayan veya yanlış kayıtlar ihtiva eden protestolar sakat kabul edilmekle beraber bunların geçerli oldukları öngörülmüştür. Bu gibi hallerde hamilin velveya noterin yasal koşulları mevcut olduğunda tazmin ya da disiplin sorumluluğundan söz edilebilse de, protestonun geçersiz kabul edilmesi ve buna bağlı olarak kaldırılmasına karar verilebilmesi mümkün değildir...*” İstanbul 8. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2018/382, K. 2018/1205, 13.12.2018 (www.lexpera.com.tr Erişim 07.03.2023). Yargıtay'ın aksi yönde bazı kararları da mevcuttur “*Mahkemeye iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, senedin vadesinin 30.11.2003 tarihi olup, vadeden sonra 04.12.2003 tarihinde borçluya senedi ödemesine ilişkin ihbarname gönderildiğini, protesto evrakının da aynı gün tebliğ edildiğini, borçluya vadesi gelmeden önce yapılması gereken ihtarda ...nin evrakı geç tebliğ ettiği savının dinlenmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle davanın kabulü ile, davaya konu bonoya ilişkin olarak gönderilen ödememe protestosunun kaldırılmasına, protesto masrafı ... davalıdan alınmasına karar verilmiştir*”. Yargıtay da ilgili kararı onamıştır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2004/13567 K. 2005/11473 T. 24.11.2005 (www.lexpera.com.tr Erişim 018.08.2023).

[116] “... *Davacı vekili, müvekkili ile davalı arasında herhangi bir ticari ilişki bulunmamasına rağmen davalının müvekkili ile isim benzerliği bulunan dava dışı bir şirketin senetlerinden dolayı müvekkili aleyhine bankalarda ve dolayısıyla T.C. Merkez Bankasında protesto kaydı koydurduğunu; bu nedenle müvekkilinin kredi almak için bankalara yaptığı başvuruların reddedildiğini ileri sürerek davalıya borçlu bulunmadığının ve protesto edilen senetlerdeki imzaların müvekkili şirket yetkilisine ait olmadığı iddiası üzerine açtığı davada dava konusu protesto kaydı dava açıldıktan sonra kaldırılmış olup....*” Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E. 2006/11074, K. 2007/4928, 15.05.2007 (www.lexpera.com.tr Erişim 07.03.2023).

korunması gerekmektedir. Yargıtay^[117] ve doktrin söz konusu halde TMK m. 2 ve TBK m. 49 vd. hükümleri gereğince haksız protestoya maruz kalan kişinin protestoyu düzenletenden maddi ve manevi zararını talep edebileceğini kabul etmektedir.^[118]

Maddi zararın tazmini için kanuna aykırı şekilde protesto çekilmesi veya protestonun yanlış bilgiler içermesi yanında protesto düzenlenmesinde sorumluluğu olanların kusurlu olması, bir zararın ortaya çıkmış olması ve zarar ile haksız protesto arasında illiyet bağının olması gerekir.^[119] Manevi zararın tazmini^[120] için protestonun yayınlanmış olması gerekli ve yeterlidir.^[121]

[117] “Haksız protesto nedeniyle manevi tazminata hükmedilmesi için davacının tacir olması şart değildir. Şahsi menfaatleri haleldar olan herkes manevi tazminat isteyebilir”. Yargıtay 11 Hukuk Dairesi E. 1985/1570 K. 1986/1737 26.03.1986. Kaçak, *Bono*, 127.

[118] Bozgeyik, *Poliçede Müracaat*, 146-147; Gürbüz, *Bankalarla Ticari Senet*, 184-443; Kara, “Haksız Protesto,” 177-197; Kendigelen ve Kırca, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 251; Kinacıoğlu, *Kambiyo Senetleri*, 196; Pulaşlı, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 221; Ülgen vd., *Kıymetli Evrak Hukuku*, 245; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 731.

[119] Kara, “Haksız Protesto,” 197.

[120] “Davacı, dokuz adet bononun ödenmemesi yolunda ihtiyati tedbir kararı almıştır. Davalı banka ihtiyati tedbir kararının tebliğinden sonra iki adet bono için işlerin yoğunluğu nedeniyle sehven protesto kaydı düzenlediği savunmasında bulunmuştur. Bankalar bir kredi ve güven müessesesidir, bu nedenle yaptıkları işin niteliğine göre diğer tacirlerden daha dikkatli ve basiretli davranmaları gerekir. Banka tarafından bir tacirin bonoların ödenmemesi yolunda aldığı ihtiyati tedbir kararına rağmen protesto edilerek, Merkez Bankasına bildirilmesi ve Merkez Bankası tarafından bu kişinin isminin protesto edilen kişiler arasında bültene alınması bir tacir için manevi tazminatı gerektiren ağır bir durum ve bu işlemi yapan banka tarafından da ağır kusuru oluşturur. O halde, mahkemece tarafların durumu da nazara alınarak davacı yararına uygun bir manevi tazminata hükmetmek gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir”. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2004/9468 K. 2005/6891 28.06.2005 (www.lexpera.com.tr Erişim 07.03.2023).

[121] Karahan vd., *Kıymetli Evrak Hukuku*, 289. Yargıtay’ın bu konuda farklı görüşü için bkz. Gürbüz, *Yargıtay Uygulaması*, 441 dpn. 902 (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 61, K. 143, 18.01.1979).

Haksız protesto nedeniyle zarara uğrayan düzenleyen hamile karşı veya protestoyu düzenleyen bankaya karşı dava açabilir.^[122] Bankaların imtiyaza dayalı olarak çalışan itibar kurumları olarak protesto işlemlerinde daha titiz davranmaları gerekir.^[123] Ancak haksız protestoda davalı bankalar borçluya ihbarname gönderdikleri ve kusursuz oldukları savunmasında bulunmaktadır. Bu bağlamda, ihbarname kusur açısından değerlendirilmekte, ibrazın yokluğu, geçersizliği açısından irdelenmemektedir.^[124]

Her ne kadar Yargıtay haksız protesto sebebi ile maddi ve manevi zararın ortaya çıkması^[125] halinde bunun tazmini yolunda hüküm kurmaktaysa da haksız protesto sonrası kişilerin uğrayacağı zararın telafisi çok zor olmaktadır. Üstelik banka tarafından protestonun kaldırılmış, durumun Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi'ne bildirilmiş olması da tacir için telafisi zor zararların meydana gelmesini engelleyememektedir.^[126]

Bu noktada, yıllardır süregelen uygulama bağlamında bankaların ihbarnameye dayanan protesto uygulamasının örf ve âdet kuralı haline dönüştüğünün^[127] ileri sürülmesi de yerinde olmayacaktır. Zira protesto uygulaması kaynağını Adalet Bakanlığı ve Noterler Birliği'nin genelgelerinden almakta ve kanun hükmüne açık şekilde aykırılık teşkil etmektedir. Kanun hükümlerine açıkça aykırılık teşkil eden uygulamanın ise örf ve âdet hukukunda yeri bulunmamaktadır.^[128]

[122] Bozer ve Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 161.

[123] Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 779.

[124] Gürbüz, *Bankalarla Ticari Senet*, 162; Gürbüz, *Yargıtay Uygulaması*, 413.

[125] İnan, "Protestoya İlişkin," 287.

[126] Kara, "Haksız Protesto," 204.

[127] Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 727.

[128] Cinbaş, *Bonoda Ödeme*, 105-106; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 727. Aksi görüş için bkz. Demirkapı, "Noterlik," 36.

B) HAKSIZ PROTESTONUN DÜZENLEYENİN KİŞİSEL VERİLERİ VE MÜŞTERİ SIRRİ AÇISINDAN ETKİLERİ

Sakat ve haksız protesto kavramlarının bir başka açıdan da incelenmesi gerekmektedir. Mevcut fiili uygulama son dönemin önemli konularından biri olan kişisel verilerle bağlantı içindedir.

1- Genel Olarak Kişisel Veri Kavramı

Anayasa^[129] md 20/3 gereğince, “Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir”. Bu doğrultuda Kişisel Verilerin Korunması Kanunu^[130] (KVKK) yürürlüğe girmiştir. KVKK m. 3/1-d hükmüne göre kişisel veri, “kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi” ifade etmektedir. Madde gerekçesi gereği, “bireyin adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi onun kesin teşhisini sağlayan bilgiler değil, aynı zamanda kişinin fiziki, ailevi, ekonomik, sosyal ve sair özelliklerine ilişkin bilgiler de kişisel veridir”.

KVKK m. 4’de kişisel verilerin işlenmesine ilişkin genel ilkelere yer verilmektedir. Bu ilkelerden biri de kişisel verilerin hukuka ve dürüstlük kuralına uygun olarak işlenmesidir. Hukuka uygun olmakla yalnızca kişisel verilerin korunması hukuku kapsamındaki mevzuat hükümlerine değil, genel anlamda hukuk kurallarına ve evrensel hukuk ilkelerine uygunluk kastedilmektedir. Dürüstlük kuralına uygunluk ile Türk Medeni Kanunu m. 2 esas alınmaktadır. Hak ve borçlar yerine getirilirken eylem veya işlemler dürüstlük kuralına aykırı şekilde yapılır ise hakkın kötüye kullanılması yasağı ile karşılaşılacaktır. Özellikle bir hukuki kurum kanun tarafından belirli bir

[129] *Resmî Gazete*, T. 9.11.1982 ve S. 17863.

[130] *Resmî Gazete*, T. 24.03.2016 ve S. 29677.

amaç için öngörülmüşse ve yapılan davranış ilgili kurumun amacına aykırı ise hakkın kötüye kullanılması söz konusu olur.^[131]

Veri işleme süreçleri KVKK m. 4’de sayılan ilkelere uygun hareket edilmesi halinde hukuka uygun hale gelmektedir.^[132] Dolayısıyla banka ibraz yükümlülüğünü yerine getirmeden senet borçlusunu Risk Merkezine bildirilmesi hakkın kötüye kullanılması niteliği arz etmektedir. Her ne kadar bir veri işlemenin kanun tarafından izin verilmiş, hatta emredilmiş olması onun hukuka uygun olduğuna karine teşkil etse de^[133], karinenin aksinin ispatı elbette mümkündür. Konu açısından bir diğer önemli ilke ise “doğru ve gerektiğinde” güncel değildir. Bu ilke ile veri sorumlusuna özellikle işlenen verilere dayanılarak ilgili kişi hakkında (örneğin, kredi verme gibi) sonuçlar doğması olasılığı bulunduğundan kişisel verilerin doğru ve güncel olmasının sağlanması hususunda özen yükümlülüğü yüklenmiştir.^[134]

2- Kişisel Veri Bağlamında Müşteri Sırrı

Bankacılık Kanunu m. 73 gereği; sıfat ve görevleri dolayısıyla bankalara veya müşterilerine ait sırları öğrenenler, bu sırları saklamakla yükümlüdür. Ekonomik bilgiler, kişisel veri kapsamında olduğu gibi müşteri sırrı kapsamında da değerlendirilebilir. “Ticari Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarı’nın” 2-c maddesinde ise müşteri sırrı; “*ticari işletme ve şirketlerin, bankaların, sigorta şirketlerinin, sermaye piyasasında ve mali piyasalarda faaliyet gösteren aracı kurumların, kendi faaliyet alanlarıyla ilgili olarak müşteriyile ilişkilerinde, müşterinin şahsi, iktisadi, mali, nakit*

[131] Mustafa Kılıçoğlu, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Açıkça Kötüye Kullanma Yasağı* (Ankara: Bilge, 2015), 11.

[132] Sinem Göçmen Uyarer, *Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması*, (Ankara: Seçkin, 2020), 123. Dürüstlük kuralına uygun olma ile kastedilenin kişisel verilerin işlenmesinin şeffaf, net ve açık olmasıdır. Bu bağlamda ilke açık rızanın izinsiz şekilde alınmasının önüne geçmeyi ve sınırlı veri işlemesi ile ilgilidir. Murat Altundere, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku ve Uygulanması*, (Adalet, Ankara. Adalet Yayınevi, 2020), 41.

[133] <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4189/Kisisel-Verilerin-Islenmesine-Iliskin-Temel-Ilkeler>, 2 vd. (Erişim Tarihi. 22.02.2023).

[134] <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4189/Kisisel-Verilerin-Islenmesine-Iliskin-Temel-Ilkeler>, 6 (Erişim Tarihi. 22.02.2023).

ve kredi durumuna ilişkin doğrudan veya dolayısıyla edindikleri tüm bilgi ve belgeler” şeklinde tanımlanmıştır. Her ne kadar söz konusu tanımlarda “banka müşterisi”ne ait olan sırdan bahsedilse de bankanın müşterisi olmayan üçüncü kişilere ait olan bilgilerin de müşteri sırrı olduğu kabul edilmektedir.^[135] İlgili tasarı henüz kanunlaşmamıştır. Ancak Sır Niteliğindeki Bilgilerin Paylaşılması Hakkında Yönetmelik^[136] yürürlüğe girmiştir. Ayrıca, Risk Merkezi vasıtasıyla yapacakları her türlü bilgi ve belge alışverişi sır saklama yükümlülüğünün dışında tutulmuştur. Bu bağlamda, Bankacılık Kanunu m. 73 ile paralel şekilde Yönetmelik m. 5/2, a’da bankaların ve finansal kuruluşların, kendi aralarında doğrudan doğruya ya da Risk Merkezi veya en az beş banka ya da finansal kuruluş tarafından kurulacak şirketler vasıtasıyla her türlü bilgi ve belge alışverişinde bulunması bankanın müşteri sırrı niteliğindeki bilgileri saklama yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmediği düzenlenmiştir.

Her ne kadar Risk Merkezi vasıtasıyla paylaşılan bilgiler, müşteri sırrı kapsamında değerlendirmese de KVKK kapsamında kişisel veri niteliğini haiz olup, kişisel verilerin işlenmesine ilişkin ilkelere tabidir. Özellikle veri işleme süreci açısından geçersiz bir protestoya dayanılması hakkın kötüye kullanılmaması bağlamında dürüstlük kuralına; bankaya yapılan ödemeye rağmen protestonun kaldırılmaması “doğru ve gerektiğinde güncel olma ilkesine” aykırılık teşkil etmektedir.

VI. İBRAZA, HAKSIZ VE SAKAT PROTESTOYA İLİŞKİN ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Ticari yaşamda bonoların bankalar aracılığı ile tahsiline sıklıkla rastlandığı, bireysel tahsilatın günümüzde yok denecek kadar azaldığı ve devamında protestonun banka beyanına binaen noterce düzenlendiği dikkate alındığında konunun önemi daha da artmaktadır. Son tahlilde söz konusu sakat protestonun geçerliliğine ilişkin TTK m. 721 hükmü bankaları koruyan bir

[135] İlknur Kaya, Banka Hukukunda Müşteri Sırrını Saklama Yükümlülüğü (Fransız İsviçre Ve Türk Hukukunda), (Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı, 2019), 40. Pınar Çağla Kandıralıoğlu, *Türk Hukukunda Bankaların Sır Saklama Yükümlülüğü* (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2011), 87.

[136] *Resmî Gazete*, T. 04.06.2021 ve S. 31501.

düzenleme niteliği taşımaktadır.^[137] Bu durum TTK m. 721 gerekçesinde ifade bulan “çıkacak ihtilafları önleme amacı” ile bağdaşmamaktadır.^[138]

İsviçre hukukunda protesto düzenleme altına alınırken Cenevre Yeknesak Kuralları II no’lu eki 8. maddesinde akit devletlere tanınan serbestiden yararlanılarak konuya ilişkin ek düzenlemeler yapılmıştır. TTK m. 721’in mehzasını teşkil eden İsviçre hukukunda hüküm, protestoda vuku bulacak bazı hataların tehlike kaynağı olmaması için kabul edilmiştir.^[139] Aslında hüküm, İsviçre uygulamasının kanunlaştırılmasının bir yansımasıdır. İsviçre hukukunda protesto düzenlenmesi için senet tevdii olunan resmi memur, senedi bizzat borçlunun ticaret yerine veya yerleşim yerine götürerek ibraz etmekte ve buna göre protesto düzenlemektedir.^[140] Ancak İsviçre uygulamasını yansıtan kurallar, Türk hukuk uygulamasına uygun değildir. Türk hukukuna bakıldığında ise kanuni düzenleme ve fiili uygulama birbirinden farklılık arz etmektedir. TTK’daki protesto ve ibraza ilişkin açık düzenlemeler karşısında noterlik ve bankacılık uygulamasındaki farklılıkların giderilmesi bağlamında doktrinde farklı ve önemli görüşler ileri sürülmüştür.^[141]

Mevcut durum karşısında doktrinde kanunun ilgili hükmünde esaslı bir değişiklik yapılması gerektiği savunulmaktadır.^[142] Bu kapsamda, ibraz hususunun ispatı bağlamında borçlunun ayrı bir belgeye veya senet üzerine ödememeye ilişkin beyanının alınmasının^[143] veya borçlunun tüm araştırmalara rağmen bulunamadığına ilişkin emniyet veya posta idare-

[137] Bozgeyik, “Sakat Protesto,” 660.

[138] Kaçak, *Bono*, 128.

[139] Karayalçın, *Ticaret Hukuku*, 156.

[140] Kalpsüz, “Noterlikçe,” 9.

[141] Aydınalp, “Protestonun Geçerliliği,” 692 vd.

[142] Cinbaş, *Bonoda Ödeme*, 106; Poroy, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 195; Gürbüz, *Yargıtay Uygulaması*, 416.

[143] “Somut olayda olduğu gibi, uygulamada, tahsil cirosu ile bono hamili olan bankalar tarafından, keşideciye vade gününden önce bildirimde bulunulmak suretiyle ibraz zorunluluğu yerine getirilmeye çalışılmakta ise de, söz konusu kanun hükümleri göz önüne alındığında ibrazın borçlu keşidecinin ikametgahı ve/veya ticari merkezinde, bononun gösterilmesi ve ibraz olunduğuna ilişkin imzasının alınması suretiyle

sinden alınan belgelerin eklemesinin yararlı olacağı belirtilmektedir.^[144] Kanaatimizce senet üzerine alınacak beyan senedin düzenleyenince tahrif edilmesi riskini barındırdığından, senetle ilişkilendirilecek şekilde ayrı bir belgeye bononun ibrazının gerçekleştirildiğine ilişkin beyanın alınması ve taraflarca imzalanması konuyu çözüme ulaştırabilecek en basit yol olarak karşımızda durmaktadır.

Doktrinde biraz daha karmaşık olarak adlandırabileceğimiz yollar olarak, belirli şartlar altında ibrazın gerçekleştirilmesinde posta memurlarına yetki verilebileceği veya protesto yerine senet üzerine yazılacak beyandan (Resmi bir sicille kaydedilmek kaydı ile) (TTK m. 808/1,b gereği, çekte ibraza rağmen ödememe hali muhatap banka tarafından çek üzerine yazılmış olan tarihli beyana tespit edilir) yararlanılması da önerilmektedir^[145]. Bu önerilere ek olarak poliçenin yerleşim yerli olarak düzenlenmesi, yerleşim yeri olarak da iskonto edileceği bankanın gösterilmesi ve borçlu senedi ödemek üzere bankaya gelmediği takdirde banka ödememe protestosu çekebileceğine işaret edilmiştir.^[146] Her bir öneri ibraz hususunun tespiti açısından önem arz etmektedir.

Doktrinde ayrıca düzenlenecek protestonun haksız olduğuna dair güçlü delillerin varlığı halinde protestonun çekilmesine engel olunması gerektiği belirtilmiş ve senet hamilinin olası zararlarını karşılayacak bir teminat karşılığında haksız protestonun önlenmesine yönelik ihtiyati tedbir kararı verilmesi de önerilmiştir.^[147] Bu öneriye karşı söz konusu durumda protestonun çekilmesine ihtiyati tedbir yoluyla engel olunmasının yasal olmadığı, şartlar varsa ticari itibarın sarsılmaması için tedbir yolu ile protestonun Risk Merkezi'nce paylaşılmasına engel olunması gerektiği ifade edilmiştir. Böylece

yapılması gerektiği açıktır" Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2014/15698, K. 2015/2917, 4.3.2015 (www.lexpera.com.tr Erişim 07.03.2023)

[144] Bozgeyik, Müracaat Hakkı, 118; Kalpsüz, "Noterlikçe," 10.

[145] Cinbaş, *Bonoda Ödeme*, 105; Demirkapı, "Noterlik," 34; Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 727.

[146] Karayalçın, *Ticaret Hukuku*, 156; Poroy, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 414.

[147] İnan, "Protestoya İlişkin," 296; Kara, 202; Karayalçın, *Ticaret Hukuku*, 199.

kıymetli evraka ilişkin mekanizma bozulmadan ve her iki tarafın menfaatine zarar gelmeden sorunun çözülmeye çalışılabileceği savunulmuştur.^[148]

Protestonun ihtiyati tedbir yolu ile engellenmesi önerisi banka dışında çekilen protestolar için geçerli olmayacaktır. Zira borçlu banka ihbarnamesi ile bonodan haberdar olabilmekte ve gereken önlemleri alabilmektedir. Banka ihbarnamesi dahi tebliğ edilmeyen tacirler açısından protestonun ihtiyati tedbir kararı ile engellenmesi fiilen mümkün olmamaktadır. Esas itibari ile kıymetli evrak temel ilkelerine aykırılık teşkil eden bir ihbarnameye dayanılarak çekilen protestonun Risk Merkezi'nce paylaşılmaması gerekir.^[149] Zira bu durum kanunun ruhuna, kanunun emredici ilkelerine ve ticari dürüstlüğe aykırılık teşkil etmektedir. Ancak diğer taraftan haksız protesto Risk Merkezi'ne bildirilmese dahi başka yollarla da protestonun öğrenilmesi ve ticari itibar kaybına yol açması mümkün olduğundan sadece protestonun alenileşmesini önlemek kesin çözüm de değildir.^[150]

Elektronik kambiyo senetleri de doktrinde konuya ilişkin işaret edilen bir diğer imkândır.^[151] Elektronik Çek ve Bono Kanun Tasarısı üzerindeki çalışmalar günümüzdeki finansal teknolojinin evrildiği yere işaret etmektedir.^[152] Bu kapsamda uygulamadaki yaygınlığı sebebiyle bono^[153] elektronik ortamda düzenlenebilecektir. Getirilecek düzenleme ile pek çok işlemle birlikte bononun ibrazı kurulacak “elektronik bir ortam” üzerinden

[148] Erol Ertekin ve İzzet Karataş, *Uygulamada Ticari Senetler*, 2. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 1996), 453; İnan, “Protestoya İlişkin,” 292; Kara, “Haksız Protesto,” 202; Karayalçın, *Ticaret Hukuku*, 199.

[149] Aydınalp, “Protestonun Geçerliliği,” 697; Gürbüz, *Yargıtay Uygulaması*, 439.

[150] Kara, “Haksız Protesto,” 202; Kaya, *Haksız Protesto*, 36.

[151] Elektronik olarak ve bilgisayar yardımıyla meydana gelen senetler kâğıda basılı senetler gibi fonkiyon meydana getirir. Asuman Turanboy, *Varakasız Kıymetli Evrak*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Merkezi, 1998), 49.

[152] Elektronik çek ve bono teknoloji ile uyumun sağlanması, güven ortamının temini, sahteciliğin önlenmesi, tedavülün takip edilebilmesi gibi ihtiyaçları karşılamaktadır. Mete Tevetoğlu, “Elektronik Çek ve Bono Kanunu Teklifi ile Yapılması Planlanan Düzenlemelere Dair Düşünceler,” *Bilişim Hukuku Dergisi* 3, no. 1 (2021), 35 vd.

[153] Elektronik bono konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Deniz Baytemür, *Elektronik Kambiyo Senetleri* (Ankara: Yetkin, 2021), 195 vd.

gerçekleşecektir.^[154] Bu sayede ibrazın tespitine ilişkin yarım asrı aşan sorunlara çözüm bulunabilecektir.

VII. HUKUK GENEL KURULU KARARI ve KARŞI OY

Çalışma konusu açısından Hukuk Genel Kurulunun (HGK) 11.03.2021 tarih ve E. 2017/43 ve K. 2021/240 sayılı kararı^[155] Yüksek Mahkemenin konuya ilişkin son kararı olması sebebiyle önem arz etmektedir. Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; davalı bankanın ibraz yükümlülüğünü yerine getirmemesi ve senedin kendisinde bulunduğunu vade tarihinden önce düzenleyene ihbar ettiğini ispatlayamaması karşısında ödememe protestosunun kaldırılma şartlarının oluşup oluşmadığı noktasında toplanmaktadır. Bahse konu kararda, haksız ve sakat protesto ayrımı yapılmış, ancak protestonun asli ve tali unsurları ve bu unsurlardaki eksikliğin hukuki sonuçları ve bu bağlamda TTK m. 721/1'in kapsamı tartışılmamıştır. Bir protestonun hangi hallerde geçersiz olacağı tespit edilmemiştir. “Görüldüğü üzere “sakat protesto” ile “haksız protesto” farklı anlamları olan iki ayrı kavramı ifade etmektedir. 6102 sayılı TTK'nin protestoya ilişkin hükümlerine aykırı düzenlenmiş olan bir protesto, hem sakat protesto, hem de haksız protesto niteliğinde olabilir. Öte yandan her sakat protesto, haksız protesto niteliğinde olmayabileceği gibi, her haksız protesto da sakat protesto niteliğinde olmayabilir. Başka bir deyişle bir haksız protesto, sakat protesto niteliğine sahip olup geçerli olabileceği gibi, geçersiz bir protesto niteliğine de sahip olabilir. Geçersiz bir protesto ise baştan itibaren hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz. Buna karşılık sakat protesto, 6102 sayılı TTK'nin 721/1 maddesi gereğince herhâlde geçerli bir protesto niteliğindedir. Bu nedenle bir haksız protestonun geçerli olup olmadığı her somut olayın özelliğine göre dikkatlice incelenmelidir. Zira protesto konusunda da, tıpkı kambiyo senetlerinde olduğu gibi, muamelattaki güveni korumak esas olmalı; her haksız protestonun geçersiz olduğu sonucuna varılmamalıdır.” ifadelerinden anlaşılacağı üzere piyasa güvenliğinin korunması esas alınmış ve hangi unsurların eksikliğinde protestonun geçersiz olabileceği somut olay kapsamında tartışılmamıştır.

[154] Tevetoğlu, “Elektronik Çek,” 41; Cinbaş, *Bonoda Ödeme*, 107.

[155] Karar için bkz. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 08.03.2023).

HGK’ca mevcut uyumsuzlukta ibraz niteliği taşımadığı kabul edilen banka ihbarnamesi uygulamasına atıfta bulunulmakla yetinilmiştir. Karar açısından önem arz eden husus ise banka ihbarnamesinin dosyaya sunulmamış olmasıdır. İhbarnamenin ibraz yerine geçmediği kabul edilmiş ancak ortada ihbarname dahi bulunmadan çekilen protestonun geçerliliği tartışma konusu yapılmamıştır. Bu protesto haksız protesto olarak kabul edilmiştir. *“Davalı banka tarafından dava konusu bononun asıl borçluya ödeme için ibraz edilmediği sabit olup, sadece davacıya (asıl borçluya) vadeden önce ihtarname gönderildiği savunulmuştur. Ancak davalı banka tarafından davacıya ihtarname gönderildiği de ispatlanamamıştır. Kaldı ki yukarıda bahsedildiği üzere banka tarafından gönderilen ihtarnamenin ibraz yükümlülüğünü ortadan kaldırması mümkün değildir. Davalı bankanın ibraz yükümlülüğünü yerine getirmeden söz konusu ödememe protestosunu çektiği “haksız protesto” niteliğindedir.”* ifadelerini içeren söz konusu karar ile ibraz olmaksızın çekilen protestonun geçerli olduğu ve haksız protestoya sebebiyet verdiği belirtilerek, bankaların banka ihbarnamesi dahi göndermeden protesto çekmesinin yolu açılmıştır.

HGK, müracaat hakkının kaybolmamasına odaklanmış, noterin disiplin ve hukuki sorumluluğunun söz konusu olduğunu kabul etmiş ancak fiilen noterin sorumluluğu yoluna başvurulmadığını dikkate almamıştır. Nitekim altını çizdiğimiz hususları şu ifadeler açık şekilde yansıtmaktadır: *“Görüldüğü üzere kanuna uygun olarak düzenlenmeyen veya içindeki kayıtlar yanlış olan protesto, kanun koyucu tarafından “sakat protesto” olarak kabul edilmesine rağmen, hâmilin başvuru borçlularına karşı haiz olduğu hakların kaybolmamasının temin edilmesi, tedavül eden senede dayanan alacak hakkının korunması ve bu yönden çıkacak ihtilafların önlenmesi amacıyla geçerli kabul edilmiştir. Her ne kadar sakat protesto geçerli kabul edilse de 6102 sayılı TTK’nin 721/2 maddesi gereğince bu protestoyu düzenleyen noter hakkında disiplin hükümleri saklı tutulmuştur.”*

HGK, ibraz yükümlülüğünü yerine getirmeyerek haksız protestoya sebep olan hamil hakkında maddi ve manevi tazminat davası açılabileceğini kabul etmiş ancak açılacak davalar suretiyle yıllarca verilen emekle tesis edilmeye çalışılan ticari itibarın yeniden tesisinin zor olduğu ve borçlunun gereksiz bir hak arama mecburiyetinde bırakıldığı gerçeğini görmezden gelmiştir. Kanaatimiz karardaki şu ifadelerle dayanmaktadır: *“...Bu itibarla 6102 sayılı TTK’nin 708/1 maddesindeki yükümlülüğünü yerine getirip senedi*

ibraz etmeyen ve üstelik yanlış beyanda bulunan hâmil; gereksiz yere protesto çektirmiş olduğundan hâlin icabına göre bu haksız fiilin sonuçlarına (borçlunun ticari itibarının zedelenmesinden, bankalardaki kredilerinin kesilmesinden doğan maddi ve manevi tazminat istemlerine) katlanmak durumundadır...” “...Bununla birlikte protestonun “haksız protesto” niteliğinde olması nedeniyle zarara uğradığını iddia eden asıl borçlunun, davalı bankadan genel hükümler kapsamında tazminat talep etmesinin önünde de bir engel bulunmadığı belirtilmelidir.”

Sonuç olarak HGK, somut uyuşmazlığa ilişkin olarak senet ibraz edilmeden, ihbarname dahi gönderilmeden düzenlenen protestonun sakat protesto niteliğinde olduğuna ve protestonun kaldırma şartlarının gerçekleşmediğine karar vermiştir. Ancak karşı oy yazısı çalışmamız açısından önem arz etmektedir. Öncelikle karşı oy yazısında bizim de işaret ettiğimiz gibi protestonun asli ve tali unsurlarının belirlenmesi ve sakatlığın türünün tespit edilmesi gerektiğine “...Protestonun geçerliliği belirlenirken, kanuna aykırılığın derecesi ve eksik veya yanlış kaydın ne olduğunun incelenmesi şarttır. Protesto belgesinde esaslı sayılabilecek unsurlar eksik olsa veya esaslı unsurlar bulunmasına rağmen yanlış olsa, TTK m.715 ve 716’ya aykırı olması sebebiyle bu protesto geçersiz kabul edilmelidir...” ifadeleri ile işaret edilmiştir. Yine yukarıda ifade ettiğimiz gibi “Protesto edilen senedi Merkez Bankasına bildirmekle yükümlü olan bir bankanın Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin dışında Bankalar Kanunu’nun verdiği bir ödevi yerine getirirken basiretli ve müdebbir bir iş adamı gibi hareket ederek ibraz olmadan yapılan protestoyu bildirmemesi...” gerektiği vurgulanmıştır. Son olarak yukarıda haksız protestonun kaldırılması mümkün olması gerektiğine ilişkin görüşümüze paralel şekilde “...Davacının ticari itibari haksız fiil niteliğindeki bu protesto ile zedelenmiştir. Kişilik hakları saldırıya uğramıştır. Nasıl ki bu saldırıdan dolayı maddi ve manevi tazminat istemi, Türk Borçlar Kanunu’nun 49. maddesi (6098 sayılı TBK Mad. 58) kapsamında talep edebileceği kabul ediliyor ise bu saldırıya karşı koruma kapsamında Bankalar Birliği Risk Merkezi’ne bildirilerek alenileştirilen haksız protestonun kaldırılmasını da talep edebilmelidir. Davacının ticari itibarının zedelenmesi ve kişilik haklarına saldırı teşkil etmesi nedeni ile dava açmakta hukuki yararı bulunmaktadır...” ifadeleri ile haksız protestonun kaldırılması gerektiği savunulmuştur. Sonuç olarak, görüşümüzün karşı oy ile örtüşüğünü ifade edebiliriz.

SONUÇ

Kıymetli evrak hukuku bütünsel olarak şekle özel önem verilen bir alandır. Bononun ibrazına ilişkin TTK m. 708 ve protestonun düzenlenmesi ve içeriğine ilişkin TTK m. 715-716 düzenlemeleri emredici niteliktedir. Noterin protesto işlemlerini emredici hükümler bağlamında TTK'da yazılı şekil ve şartlarla yapması gerekir (TTK m. 715, NK m. 105). Protestonun geçerliliği de kanunun aradığı unsurları içermesine bağlı olmalıdır. Protestonun asli ve tali unsurları belirlenerek, bononun ibrazının protestonun asli unsuru olarak kabul edilmesi, bu unsuru taşımayan protestonun geçersiz sayılması, sakat protestonun geçerliliğine ilişkin TTK m. 721/1 hükmünün tali unsurlara hasredilmesi gerekir. Hukuki işlemlerdeki sakatlık, sakat işleme dayanılarak hak talep etmeyi ve yetki kullanmayı engeller. Bu bağlamda, sakat protestoya dayanılarak müracaat hakkının kullanılmasının ve tacirin ticari itibarının haksız şekilde zedelenmesinin önüne geçilmelidir.

Haksız protestoya karşı sadece maddi-manevi tazminat davası açılabileceğinin kabul edilmesi, sakat protestoyu geçerli sayan TTK m. 721 hükmünün senet hamillerini koruyan niteliğine işaret etmektedir. Piyasa güvenini ve bu bağlamda senet hamillerini koruyan bahse konu hüküm ve bankaları koruyan ihbarname uygulaması karşısında senet borçlularını da koruyan yeni bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Bu noktada konuya ilişkin doktrindeki önerilerden yararlanılabilir. Bu bağlamda, çağa uygun en etkili öneri elektronik bono olarak gözükmektedir.

Mevcut uygulama günümüz güncel konularından olan kişisel verilerin işlenmesine ilişkin ilkelerle de çatışmaktadır. Sakat protestonun ve bu kapsamda haksız protestonun gelecekte özellikle KVKK dolayısıyla yeni sorunlara gebe olduğu dikkate alınmalı ve konuya ilişkin yeni bir düzenleme yapılmalıdır.

KAYNAKLAR

- Altındere, Murat. *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku ve Uygulaması*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Arslanlı, Halil. *Ticari Senetler Dersleri*. 3. Baskı. İstanbul: Sermet Matbaası, 1952.
- Atalay, Oğuz. *Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakaların İspatı*. İzmir: D.E.Ü, 2001.
- Aydınalp, Sezai. "Protestonun Geçerliliği." *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 10, no. 3 (1980): 659-706.
- Bahar Sayın, Hediye. "Bono Bedelinin Tevdii ve Tevdiin Sonuçları." *Prof. Dr. Rıza Ayhan'a Armağan I*, 1001-1038. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- Baytemür, Deniz. *Elektronik Kambiyo Senetleri*. Ankara: Yetkin, 2021.
- Bozer, Ali ve Celal Göle. *Kıymetli Evrak Hukuku*. 10. Baskı. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2021.
- Bozgeyik, Hayri. *Poliçede Müracaat Hakkı*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2003.
- Bozgeyik, Hayri. "Sakat Protestonun Geçerliliği Sorunu." *YBHD* 6, no. 2, (2021): 669-662.
- Can, Mertol. *Kıymetli Evrak Hukuku (Ders Kitabı)*. Ankara: İmaj Yayınevi, 2012.
- Cinbaş, Mustafa Eser. *Bonoda Ödeme*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Coşkun, Mahmut. *Kıymetli Evrak Hukuku*, 7. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Demirel, Duygu. "Ticari İtibarın Zedelenmesi ve Manevi Tazminat Davası." *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 7 (2013): 39-73.
- Demirkapı, Ertan. "Noterlik Uygulaması Açısından Kambiyo Senetlerinde Protestolar." *Noterler Birliği Hukuk Dergisi* 1, no. 2 (2014): 22-58.
- Doğanay, İsmail. "Poliçe ve Emre Muharrer Senet Sebebiyle Çekilen Protestodan Doğan Hukuki Sonuçlar." *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 6, no. 3 (1972): 519-538.

- Doğanay, İsmail. *Türk Ticaret Kanununun Şerhi İkinci Cilt Madde 420-815*. 4. Baskı. İstanbul: Beta Yayınevi, 2004.
- Eriş, Gönen. *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak*, 2. Baskı. Ankara Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Ertekin, Erol ve İzzet Karataş. *Uygulamada Ticari Senetler*. 2. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 1996.
- Gürbüz, Hulûsi. *Bankalarla Ticari Senet İlişkisi*. Ankara: Olgaç Matbaası, 1981.
- Gürbüz, Hulûsi. *Yargıtay Uygulaması Işığında Ticari Senetlerin İptali Davaları ve Ticari Senetlere Özgü Sorunlar*. 2. Baskı. İstanbul: Cem Ofset, 1985.
- Helvacı, Serap. *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar*. İstanbul: Beta Yayınları, 2001.
- İnan, Nurkut. "Protestoya İlişkin Bazı Sorunlar." *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 4, no. 2 (1967): 285-298.
- Kaçak, Nazif. *İçtihatlarla Bono*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2001.
- Kalpsüz, Turgut. "Noterlikçe Ödememe Protestosu Düzenlenmesi," *TNBHD* 1 (1974): 9-19.
- Kara, Mustafa Sencer. "Haksız Protesto." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no. 2 (2016): 171-207.
- Karahan, Sami, Zekeriya Arı, Hayri Bozgeyik, Tahir Saraç, Mücahit Ünal, *Kıymetli Evrak Hukuku*. 1. Baskı. Konya: Mimoza Yayınevi, 2013.
- Karayalçın, Yaşar. *Ticaret Hukuku Dersleri II. Ticari Senetler (Kambiyo Senetleri)*. 3. Baskı. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1964.
- Kaya, İlknur. "Banka Hukukunda Müşteri Sırrını Saklama Yükümlülüğü (Fransız İsviçre ve Türk Hukukunda)." Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı, 2019.
- Kaya, Tayfun. "Haksız Protesto ve Protesto Nedeniyle Ticari İtibarın Zedelenmesi." *Ankara Barosu Dergisi*, no. 1 (1982): 23-38.
- Kayihan, Şaban. *Kıymetli Evrak Hukuku*. Ankara: Seçkin Kitapevi, 2021.

- Kendigelen, Abuzer ve İsmail Kırca. *Kıymetli Evrak Hukuku*. 1. Baskı. İstanbul: Oniki Levha, 2020.
- Kılıçoğlu, Ahmet. *Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırıdan Hukuksal Sorumluluk*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1982.
- Kılıçoğlu, Mustafa. *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Açıkça Kötüye Kullanma Yasağı*. Ankara: Bilge, 2015.
- Kınacıoğlu, Naci. *Kambiyo Senetleri*. Ankara, Ayyıldız Matbaası, 1970.
- Moroğlu, Erdoğan. *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*. 7. Baskı İstanbul: Oniki Levha, 2014.
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir. *Kişiler Hukuku*. 12. Baskı. İstanbul: Filiz Kitapevi, 2013.
- Özdamar, Mehmet, Kürşat Göktürk, Mehmet Çelebi Can ve Esra Kaşak. *Kıymetli Evrak Hukuku*, 3. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Öztan, Fırat. *Kıymetli Evrak Hukuku*. 2. Baskı. Ankara: Turhan Kitapevi, 1997.
- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammed Özkes. *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*. 5. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.
- Poroy, Reha ve Ünal Tekinalp. *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*. 23. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019.
- Poroy, Reha. “Kambiyo Senetlerinde Protesto Çekilmesi İle İlgili Bazı Meseleler.” *II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası 10-18 Mayıs 1961*, Ankara: Ajans Türk Matbaası, 1962.
- Poroy, Reha. *Kıymetli Evrak Hukuku*. 7. Bası. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1981.
- Pulaşlı, Hasan. *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, 9. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Şimşek, Edip. *Hukukta ve Cezada Ticari Senetler*. Ankara: Yonca Matbaası, 1982.
- Şimşek, Edip. *Ticari Senetler*. Ankara: Yargıçoğlu Matbaası, 1969.

- Tekil, Fahiman. *Kıymetli Evrak Hukuku*. İstanbul: Fatih Gençlik Vakfı Matbaa İşletmesi, 1980.
- Teoman, Ömer. “Bonoda Ödeme İçin İbrahim Keşideci Yerine Avaliste Yapılmasının Sonucu ve Sakat Bir Protestoya Dayanılarak Tahsil Edilen Masrafların Geri Verilmesi.” *Otuz Yıl Ticaret Hukuku-Tüm Makalelerim I 1971-1982*, 1. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2000: 383-388.
- Tevetoğlu, Mete. “Elektronik Çek ve Bono Kanunu Teklifi ile Yapılması Planlanan Düzenlemelere Dair Düşünceler.” *Bilişim Hukuku Dergisi 3, no. 1* (2021): 31-75.
- Turanboy, Asuman. *Varakasız Kıymetli Evrak*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Merkezi, 1998.
- Ulusoy, Erol. “Sicil Affı Karşılıksız Çekte Neyi Değiştirdi?” <https://www.milliyet.com.tr/yazarlar/prof-dr-erol-ulusoy/sicil-affi-karsiliksiz-cekte-neyi-degistirdi-6856131> (Erişim Tarihi: 13.12.2022).
- Uyarer, Sinem Göçmen. *Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması*. Ankara: Seçkin, 2020.
- Ülgen, Hüseyin, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya ve N. Fusün Nomer Ertan. *Kıymetli Evrak Hukuku*. 13. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık 2021.
- Yılmaz, Ejder. *Hukuk Sözlüğü*. 2. Baskı. Ankara: Yorum Matbaacılık, 1982.
- <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4189/Kisisel-Verilerin-Islenmesine-Iliskin-Temel-Ilkeler>
- www.lexpera.com.tr
- www.karararama.yargitay.gov.tr
- www.legalbank.com.tr

GELİR VERGİSİ KANUNU AÇISINDAN ÖZEL İNŞAATLARIN TİCARİ KAZANÇ NİTELİĞİ

Hasan ORAL*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Av. Dr., Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi. (hasanoral74@hotmail.com). **ORCID:** 0000-0002-4366-4988.

Makale geliş tarihi: 17 Ağustos 2023 **Makale kabul tarihi:** 14 Ekim 2023

Atf önerisi: Oral, Hasan. “Gelir Vergisi Kanunu Açısından Özel İnşaatların Ticari Kazanç Niteliği.” *Ankara Barosu Dergisi* 81, no. 4 (Cumhuriyet Özel Sayısı, Ekim 2023): 401-429. **DOI:** 10.30915/abd.1345368

GELİR VERGİSİ KANUNU AÇISINDAN ÖZEL İNŞAATLARIN TİCARİ KAZANÇ NİTELİĞİ

ÖZ

İnşaat faaliyetleri ülke ekonomisinde önemli bir yer tutmaktadır. Vergi gelirlerinin önemli birimlerinden birisi olmasına rağmen, özel inşaatın yürürlükteki Gelir Vergisi Kanunu'ndaki yeri oldukça zayıf bırakılmıştır. Özel inşaatların ticari iş ve ticari kazanç kapsamında değerlendirilmesine ilişkin Gelir Vergisi Kanunu'nda başka kanunlara bir atıf olmamasına rağmen vergi idaresinin ve vergi yargısının özel inşaatlarla ilgili referanslarını farklı kanun hükümlerinden alması, Gelir Vergisi Kanunu'nun özel inşaatlarla ilgili düzenlemelerindeki eksikliğin en önemli göstergesidir. 1960 yılından beri yürürlükte olan ve defalarca değiştirilen Gelir Vergisi Kanunu yerine hazırlanan Kanun Tasarısı, mevcut sorunlara çözümler getirmektedir.

Anahtar Kelimeler:

özel inşaat

gelir vergisi

ticari iş

ticari kazanç

kat karşılığı inşaat sözleşmesi

**COMMERCIAL GAIN
NATURE OF PRIVATE CONSTRUCTIONS
IN TERMS OF INCOME TAX LAW**

ABSTRACT

Construction activities have an important place in the national economy. Although it is one of the important units of tax revenues, the place of private construction in the current Income Tax Law is rather weak. Although there is no reference to other laws in the Income Tax Law regarding the evaluation of private constructions within the scope of commercial business and commercial earnings, the fact that the tax administration and the tax judiciary take references to private constructions from different legal provisions is the most important indicator of the deficiency in the regulations of the Income Tax Law regarding private constructions. In place of the 1960 Income Tax Law, which has been in force since 1960 and has been amended many times, the Draft Law provides solutions to the existing problems.

Keywords:

private construction

income tax

commercial business

commercial gain

construction contract in return for flat

GİRİŞ

Türkiye’de inşaat sektörü, “ekonominin lokomotifi” olma vasfının hak eden en önemli sektörlerin başında gelmektedir. Kendisine bağlı yaklaşık 200 alt sektörün ürettiği mal ve hizmeti içermesiyle inşaat sektörü, Türkiye ekonomisi içerisindeki doğrudan payı %8 civarındadır. İnşaat sektörünün vergi gelirlerinin en önemli kalemlerinden birini oluşturması, bu sektörün ülkemiz ekonomisinde büyük yer tutmasının doğrudan bir sonucudur.

Bu kadar büyük öneme sahip olmasına rağmen özel inşaatlara ilişkin 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu’ndaki düzenlemelerin yetersizliği nedeniyle uygulamaya ilişkin bir dizi sıkıntıyla karşı karşıya kalınmaktadır.

Gelir Vergisi Kanunu’nun 42. maddesinde inşaat kavramına inşaat ve onarma işleri adı altında gönderme yapılmış ancak İnşaat ve onarma işlerinin kapsamına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Hukuk mevzuatımızda da inşaat kavramına ilişkin referans olabilecek açık ve kesin bir tanımlamaya yer verilmemiştir. Konuyla ilgili çeşitli mevzuatta inşaat kavramı, esas itibarıyla, inşaat ve onarım işleri gibi oldukça belirsiz bir başlık altında ele alınarak düzenlenmiştir. Ayrıca Gelir Vergisi Kanunu, genelde ticari iş, ticari kazanç kavramlarına, çalışmamız özelinde de özel inşaat kavramına ilişkin diğer Kanunlara atıf yapmadığı için, Gelir Vergisi Kanunu açısından özel inşaatların vergilendirilmesine ilişkin sorunlar uzun süredir devam etmektedir.

Çalışmamızın ilk bölümünde Gelir Vergisi Kanunu’ndaki ilgili hükümlerinin özel inşaatları ne derecede kapsadığını ve ne gibi belirsizliklere ve uygulamada sorunlara yol açtığını, vergi idaresi ve vergi yargısının konuya ilişkin yaklaşımları çerçevesinde ele alacağız.

Ülkemizde 1960’lı yıllarda yasalaşan Gelir Vergisi Kanunu, sair defalar değiştirilmiş, ek ve mükerrer maddeler eklenmiş olmasına rağmen, çalışma konumuzu da içeren pek çok sorununun çözümünde yol gösterici olmaktan yetersiz kalmaktadır. Avrupa Birliği hukukuna uyum gereği Gelir Vergisi Kanunu ve Kurumlar Vergisi Kanunu’nun tek bir Kanunda toplanması, Gelir Vergisi Kanunu’nun sadeleşmesi ve hukuki boşlukların ortadan kaldırılmasına yönelik ilk ciddi çalışma 2013 yılında Gelir Vergisi Kanun Tasarısı ile gündeme gelmiş, ancak Tasarı yasalaşmamıştır. Tasarının mimarının tekrar Hazine ve Maliye Bakanlığı görevini üstlenmesiyle Gelir Vergisi Kanun Tasarısı tekrar hukuk çevrelerinde tartışılmaya başlanmıştır. Çalışmamızın ikinci bölümünde yasa koyucunun özel inşaat özelinde Gelir

Vergisi Kanunu'ndaki belirsiz düzenlemeler nedeniyle oluşan problemlerin çözümüne yönelik önerilerimizi, Gelir Vergisi Kanun Tasarısının konuya ilişkin yaklaşımını da ele alarak sunacağız.

I. GELİR VERGİSİ KANUNU KAPSAMINDA ÖZEL İNŞAAT FAALİYETİ

Özel inşaatlar kendi içinde ticari nitelikte özel inşaat ve ticari nitelikte olmayan özel inşaatlar şeklinde ikili bir ayırım temelinde alınarak değerlendirilmeye tabi tutulmaktadır. Özel inşaatların ticari nitelikte özel inşaatlar ya da ticari nitelikte olmayan inşaatlar şeklindeki ayırımında öne çıkan öge, ticari işten kastedilenin ne olduğu sorusudur. Ticari işin ne olduğu sorusunun yanıtı, yapılan işin ticari kazanç olup olmadığını ve dolayısıyla hangi vergi rejiminin kapsamına girdiğini belirlememize olanak sağlar. Bu nedenlerle özel inşaat kavramını açıklayabilmemiz için öncelikle Gelir Vergisi Kanunu'ndaki (GVK) ticari kazancı ele almamız faydalı olacaktır.

A) GELİR VERGİSİ KANUNU KAPSAMINDA TİCARİ KAZANÇ KAVRAMI

Ticari kazanç kavramına GVK'nin 37. maddesinde yer verilmektedir. Söz konusu düzenlemede “her türlü ticari ya da sinai faaliyetten doğan kazanç, ticari kazançtır” ifadesine yer verilmekle birlikte ticari faaliyete ilişkin devamlı olarak uğraşanlar ifadesi dışında herhangi bir açıklamaya ya da belirlemeye yer verilmemiştir. GVK'nin 37. madde düzenlemesi bütünü itibarıyla ele alındığında, ticari işin ve dolayısıyla ticari kazancın nitelendirilmesi/ kapsamının belirlenmesi açısından kural içi bir boşluğun^[1] tüm özelliklerini taşıdığı görülmektedir. Bu boşluk kendisini Kanun hükmünün ticari faaliyeti, ticari bir işletmeye gönderme yapmadan *devamlı olarak uğraşma* gibi belirsiz bir ifadeyle tanımlanması ve ticari işletmeye ilişkin herhangi bir açıklamaya yer vermemesinden kaynaklanmaktadır.

GVK'nin 37. maddesinde mevcut olan bu boşluk sebebiyle, vergi idaresi ile yargı karşı karşıya gelmekte; ticari işin ya da ticari kazancın tespiti hususlarında yapılan farklı yorumlar ve değerlendirmeler uygulama birliğini engellemektedir.

[1] Hukuk literatüründe bu kural içi boşluk türü, tanımlama boşluğu olarak adlandırılmaktadır.

Gelir Vergisi Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca, gerçek kişilerin gelirleri, gelir vergisine tabidir. Gelir, bir gerçek kişinin bir takvim yılı içinde elde ettiği kazanç ve gelirlerin safi tutarını ifade eder. Gelirin unsurlarını ise ticarî kazançlar, ziraî kazançlar, ücretler, serbest meslek kazançları, gayrimenkul sermaye iratları, menkul sermaye iratları ve diğer kazanç ve iratlar oluşturur.^[2] Kurumlar Vergisi Kanunu'nun (KVK) 1/2 maddesinde de kurum kazancının gelir vergisinin konusuna giren gelir unsurlarından oluştuğu hükme bağlanmıştır.

GVK'de *ticari kazanç*, her türlü ticari ve sınai faaliyetlerden doğan kazançlar olarak tanımlanarak bu kapsamda bulunan kazanç çeşitleri Kanun'un 37/2 maddesinde belirtilmiştir.^[3] GVK'nin 37. maddesinde yapılan tanımlama ve sayılan ticari kazanç türleri çerçevesinde yapılan açıklamalar göz önüne alındığında, Kanun kapsamında ticari işin ve ticari kazancın belirlenmesinde üç kriterin öne çıktığı görülür: Bunlardan ilki ticari/sınai bir faaliyet mevcudiyetidir. Aynı zamanda bu ticari/ sınai faaliyetin devamlılık arz etmesi gerekmektedir. Üçüncü koşul ise bu faaliyetten ticari kazanç elde edilmelidir.

[2] Gelir Vergisi Kanunu 2. Madde.

[3] GVK 37. maddesinde belirtilen kazançlar:

- Maden, taş ve kireç ocakları, kum ve çakıl istihsal yerleri ile tuğla ve kiremit harmanlarının işletilmesinden elde edilen kazançlar,
- Coberlik işlerinden elde edilen kazançlar,
- Özel okul ve hastanelerle benzeri yerlerin işletilmesinden elde edilen kazançlar,
- Gayrimenkullerin alım, satım ve inşa işleriyle devamlı olarak uğraşanların bu işlerinden elde edilen kazançlar,
- Kendi nam ve hesaplarına menkul kıymet alım-satımı ile devamlı olarak uğraşanların bu faaliyetlerinden elde edilen kazançlar,
- Satın alınan veya trampa suretiyle iktisap olunan arazinin iktisap tarihinden itibaren 5 yıl içinde parsellenerek bu müddet içinde veya daha sonraki yıllarda kısmen veya tamamen satılmasından elde edilen kazançlar.
- Dış protezciliğinden elde edilen kazançlar.
- Kolektif ortaklıklarda ortakların, adi veya eshamlı komandit ortaklıklarda komandite ortakların ortaklık karından aldıkları paylar şahsi ticari kazanç hükmündedir.
- Özel okul ve hastanelerle benzeri yerleri işleten serbest meslek erbabı, serbest meslek kazançlarını da işletmenin kayıtlarına ithal edebilirler.

Vergi idaresi ve yargı organlarının özel inşaatlar nedeniyle elde edilen kazançların hangi kriterler temelinde ticari kazanç hükümlerine tabi tutulduğuna ilişkin belirlemeleri sistematik olarak şu şekilde açıklanabilir.

1- Ticari İş

Ticari işe ilişkin GVK'de herhangi bir açıklamaya yer verilmemektedir. Bu durumun bir sonucu olarak hem vergi idaresi hem mahkemeler GVK'nin 37/2-4 maddesinde belirtilen “*devamlı olarak uğraşma*” ifadesine başvurmakta ve bu ifadenin ticari işe ya da organizasyona gönderme yaptığını kabul etmektedir.

Taşınmaz alım-satım ya da inşaat faaliyetlerinin ticari bir organizasyon ya da bir ticari işletme kapsamında yapılması durumunda ticari faaliyet olarak kabul edilerek, ticari kazanç hükümleri uyarınca vergilendirileceği açıktır. Ortada böyle bir ticari organizasyonun hukuki varlığı bulunmamakla birlikte taşınmaz alım-satım ya da inşaa faaliyetinin tüm unsurlarıyla (devamlılık ve kazanç sağlama amacı) birlikte, bir ticari organizasyon kapsamında yapıldığının tespiti durumunda da yapılan faaliyetin ticari iş olarak kabul edilmesi ve ticari kazanç hükümleri uyarınca vergilendirilmesi gerekir.

193 sayılı GVK'nin 37/1 maddesinde, her türlü ticari ve sınai faaliyetten elde edilen kazanç ticari kazanç olarak tanımlanmış, 37/2-4'de, gayrimenkullerin alım-satım ve inşası işleriyle *devamlı olarak uğraşanların* bu işlerinden elde ettikleri kazancın ticari kazanç sayılacağı kurala bağlanmıştır. Faaliyetin devamlılığı ticaret hukukunda “ticari işletme”nin belirleyicisi, gelir vergisinde ise gelir unsurunun tespiti açısından önem taşımaktadır.^[4]

Devamlı olarak uğraşanlar ifadesi, vergi idaresinin uygulamasında ve yargı içtihatlarında esas itibariyle bir ticari organizasyonun varlığı anlamında yorumlanmıştır. Vergi idaresi ile yargı arasında ayrışma ise, ticari organizasyondan ya da işletmeden ne anlaşıldığı hususunda ortaya çıkmaktadır.

Vergi idaresi, GVK'nin 37/2-4 maddesinde belirtilen *devamlı olarak uğraşanlar* ifadesinin bir yandan bir ticari işletme ya da organizasyonun fiili varlığına gönderme yaptığını kabul etmekte diğer yandan da Kanun'un söz

[4] Neslihan Coşkun Karadağ ve Soner Yakar, “Ticari Kazancın Belirleyicisi Olarak “Devamlılık: Türk Ticaret Kanunu ve Gelir Vergisi Kanunu Çerçevesinde Bir Değerlendirme,” *Maliye Dergisi* 174, (Ocak-Haziran 2018): 373

konusu maddesinin sözel ifadesinin etkisinde kalarak ticari organizasyonu devamlı olarak faaliyette bulunmayla özdeşleştirmektedir. Vergi idaresinin ticari kazancın tespitinde devamlılık unsuruna dair dikkate aldığı en önemli kriter birden fazla bağımsız bölüm satış ve devri olmuştur.^[5]

Danıştay ise ticari iş nitelemesini, ticari işletmeyi tanımlayan Türk Ticaret Kanunu (TTK) düzenlemesi uyarınca *faaliyette devamlılık ve esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetler* olarak ele almakta ve dolayısıyla da ticari işin iki ögesini yani devamlı şekilde faaliyette bulunma ve ticari kazanç sağlama amacını aramaktadır.^[6] Başka bir ifadeyle Danıştay, GVK 37/2-4 maddesindeki *devamlı olarak uğraşanlar* ifadesini, ticari işe ilişkin TTK düzenlemesine paralel olarak ticari işletme yani devamlılık ve kazanç amacı olarak değerlendirmektedir.^[7]

Bir ticari işletmenin ya da ticari organizasyonun devamlılık unsuru ve kazanç sağlama amacı olmak üzere iki önemli unsuru bulunmaktadır. Bunlar bir faaliyetin ticari faaliyet olarak kabul edilmesi zorunlu olarak bulunması gereken unsurlardır. GVK'nin 37/2-4 maddesinde yer alan devamlı olarak uğraşanlar ifadesinin her iki unsusu ile birlikte bir ticari organizasyonu ifade ettiği gerçeğinin atlanarak bu ifadenin ticari organizasyonun iki unsurundan birini oluşturan devamlılık unsuruna indirgenmesi uygulamadaki vergi idaresi ile yargı arasındaki ihtilafın kaynağını oluşturmaktadır.

[5] Gökhan Korhan ve Özgür Özkan, “Kat Karşılığı Arsa Teslimlerinin Değer Artışı Kazancı Açısından Değerlendirilmesi,” *Vergi Raporu* 116, (Temmuz 2013): 27.

[6] Bkz. Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, 2004/20 E., 2004/53 K. ve 07.05.2004 Tarihli Kararı; Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, E.2003/233, K.2003/414 K. ve 14.11.2003 Tarihli Kararı; Danıştay 4. Dairesi, 2012/5419 E., 2015/4852 K. ve 27.10.2012 Tarihli Kararı; Danıştay 4. Dairesi, 2011/9055 E., 2014/911 K. ve 17.02.2014 Tarihli Kararı; Danıştay 3. Dairesi, E.2001/2606 E., 2003/4436 K.ve 24.09.2003 Tarihli Kararı

[7] Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu, 1992/2 E., 1994/2 K. ve 16.06.1994 Tarihli Kararı; “... *Türk Ticaret Kanunu'na göre ticari işletmeye bağlı olarak ticari sayılan faaliyetler, Gelir Vergisi Kanunu yönünden de kural olarak ticari ve sınai faaliyet olarak kabul edilmektedir... Ticari faaliyetin en önemli özelliği gelir sağlamak amacıyla yönelik faaliyetin olması, faaliyetin ticari bir organizasyona dayalı bulunması ve faaliyetin devamlılık arz etmesidir. Gelir elde etmek ve devamlılık unsurları iktisadi işletmenin de en önemli özelliğidir*”

Nitekim TTK uyarınca da bir ticari işletmenin unsurları, faaliyette devamlılık ve kazanç sağlama amacıdır. TTK'nin *ticari işler* başlıklı 3/1. maddesinde ticari iş, *bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir* demek suretiyle ticari işletme bağlamında açıklanmış; ticari işletme de TTK 11. maddesi uyarınca *esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletme* şeklinde tanımlanmıştır. TTK 12/1 maddesi uyarınca, bir ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işleten kişi tacir olarak tanımlanarak ilgili diğer maddelerde tacir sıfatına sahip olmanın getirdiği kanuni yükümlülükler tespit edilmiştir.^[8] Diğer yandan, tacir olmanın getirdiği yükümlülükleri yerine getirmemekle birlikte tacirliğe karine oluşturan durumlar açıklanarak hükme bağlanmıştır.^[9] Görüldüğü üzere TTK açısından bir faaliyetin ticari olup olmadığının tespitinde ticari işletme kriteri esastır; eğer yapılan faaliyet TTK'nin ticari işletmeyi tanımlayan 11. maddesinde yer alan *faaliyette devamlılık ve esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetler* kriterlerini karşılıyorsa ticaridir.

Özetle, hukuki varlığı bulunsun ya da bulunmasın ticari bir işletmeyi ilgilendiren bütün işlemler ticaridir ve dolayısıyla bu kapsamda elde edilen

[8] Kanuna uygun bir ticaret unvanı seçmek, ticari işletmesini ticaret siciline tescil ettirmek ve bu Kanun hükümleri uyarınca gerekli ticari defterleri tutmak, tacir sıfatına sahip olan kişinin yükümlülüklerine örnek olarak verilebilir.

[9] Türk Ticaret Kanunu 12/2. madde; *Bir ticari işletmeyi kurup açtığını, sirküler, gazete, radyo, televizyon ve diğer ilan araçlarıyla halka bildirmiş veya işletmesini ticaret siciline tescil ettirerek durumu ilan etmiş olan kimse, fiilen işletmeye başlamamış olsa bile tacir sayılır.*

Türk Ticaret Kanunu 12/3. madde; *“Bir ticari işletme açmış gibi ister kendi adına, ister adi bir şirket veya her ne suretle olursa olsun hukuken var sayılmayan diğer bir şirket adına ortak sıfatıyla işlemlerde bulunan kimse, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olacağı hükme bağlanmıştır.*

Bir ticari işletmenin ticaret yapmaktan menedilenler tarafında işletilmesi halinde bu ticari işletmeyi işleten kişi de tacir sayılır.

Türk Ticaret Kanunu 14/1. madde; *“Kişisel durumları ya da yaptığı işlerin niteliği nedeniyle yahut meslek ve görevleri dolayısıyla, kanundan veya bir yargı kararından doğan bir yasağa aykırı bir şekilde ya da başka bir kişinin veya resmî bir makamın iznine gerek olmasına rağmen izin veya onay almadan bir ticari işletmeyi işleten kişi de tacir sayılır.*

gelir de ticari kazanç hükümleri uyarınca vergilendirilir. Bir faaliyetin ticari olup olmadığını tespit etmek için bu faaliyetin bir ticari işletmenin ya da organizasyonun bünyesinde yapılıp yapılmadığına yani ticari işletmeyi niteleyen unsurları oluşturan devamlılık ve gelir sağlama amacı açısından bakmamız gerekir.

Görüldüğü üzere, GVK'nin 37/2-4 maddesinde geçen *devamlı olarak uğraşanlar* ifadesi vergi idaresinin uygulamasında ticari işletmenin *devamlılık* unsuruna indirilerek yorumlanmış ve tek başına bu unsurun varlığı ticari işe karine kabul edilmiştir.

2- Ticari Kazanç Kriteri

Vergi idaresinin uygulamasında, ticari işin ikinci ögesini oluşturan kazanç sağlama amacı atlanarak *kanunlarla öngörülme, varsayım ve benzetime dayanılarak yapılan*^[10] bir yorumla devamlılık unsurunun bünyesinde kazanç sağlama potansiyelinin bulunduğu kabul edilmiştir.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, vergi idaresi gayrimenkullerin alım, satım ve inşa işleriyle devamlı olarak uğraşanların bu işlerinden elde ettikleri kazancın ticari kazanç sayılacağı şeklindeki GVK 37/2-4 hükmündeki *devamlı olarak uğraşanlar* ifadesinin bir ticari organizasyona işaret ettiğini kabul etmiştir. Ancak ticari bir organizasyon niteleyen unsurlar söz konusu olduğunda TTK'nin ve genel olarak TTK hükümlerine paralel olarak şekillenen yargı içtihatlarından ayrılarak ticari organizasyonu devamlılık unsuruna indirmek suretiyle tanımlamıştır. Böylece, vergi idaresi, ticari organizasyonun *devamlılık ve ticari kazanç amacı* şeklindeki iki unsurundan kazanç sağlama amacını, ticari faaliyetin tespitinde ve nitelendirilmesinde aramama yoluna girmiştir. Vergi idaresinin uygulamasında bir faaliyetin ticari nitelikte olup olmamasının tespitinde kazanç sağlama amacı yerine *kazanç sağlama potansiyelinin* varlığının bulunmasını yeterli görmüştür.

Vergi idaresinin esas itibarıyla, emek-sermaye organizasyonu gerektirecek ölçekte ve kazanç sağlama potansiyeline sahip olan faaliyetleri ticari iş kabul ederek vergileme yoluna gittiğini söyleyebiliriz. Bu bağlamda kazanç sağlama amacı, bir faaliyetin ticari iş olarak nitelendirilmesinde önem taşımamakta olup, faaliyetin kazanç sağlama potansiyeline sahip olması yeterli

[10] Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, 2012/359 E. ve 2013/259 K ve 19.6.2013 Tarihli Kararı.

sayılmaktadır. Vergi idaresi ticari faaliyeti, “*bir faaliyetin ticari faaliyet sayılabilmesi için kazanç sağlama niyet ve kastı gerekmemeyle birlikte, faaliyeti icra eden organizasyonun bütün unsurlarıyla birlikte değerlendirildiğinde kazanç sağlama potansiyeline sahip olması, şahsi ihtiyaç kapsam ve sınırlarını aşması gerektiği*” şeklinde ifade etmektedir.^[11]

Danıştay’ın görüşüne göre ise herhangi bir faaliyetin ticari iş ya da faaliyet olarak kabul edilmesi, yapılan faaliyetin ticari bir işletmeyi tanımlayan devamlılık ve kazanç sağlama unsurları itibarıyla değerlendirilmesinin sonucuna bağlı olacaktır.^[12] Yargı açısından kazanç sağlama amacı olmaksızın yapılan faaliyetler sonucunda elde edilen kazançlar, ticari kazanç hükümleri uyarınca değil; servetin değerlendirilmesi ya da biçim değiştirmesi kapsamında elden çıkarılması sayılarak değere artış kazancı hükümleri uyarınca vergilendirilmelidir. Yargı içtihatlarında bir işlemin ticari kazanç hükümlerine tabi tutulabilmesi için o işin devamlılık arz edecek şekilde ve kazanç sağlama amacıyla yapılmış olması gerekmektedir.

Kazanç sağlama amacı unsurunun dikkate alınmayarak yerine kazanç sağlama potansiyelinin varlığının geçirilmesi, şahsi ihtiyaç istisnası dışında ticari nitelikte olmayan özel inşaat işleri ile bu kapsamda yapılan alım-satım faaliyetlerinin ticari iş sayılarak, ticari kazanç hükümlerine tabi tutulması demektir. Ticari kazanç amacı olmaksızın yapılan bir faaliyetin bu şekilde ticari kazanç kapsamına alınması, verginin kanuniliği ilkesine aykırıdır. Ayrıca belirtmek gerekir ki vergilendirilebilmesi için ticari kazancın elde edilmiş olması gerekmektedir.^[13] Vergi mevzuatımız kazanç sağlama potansiyelini vergiyi doğuran bir işlem olarak görmemektedir.

[11] Bkz. Gelir İdaresi Başkanlığı, 38418978-120[37-12/35]-447 Sayılı ve 29/04/2014 Tarihli Özelgesi. Aynı bağlamda bkz. Gelir İdaresi Başkanlığı, 62030549-120[37-2015/157]-13200 ve 17.2.2016 Tarihli Sayılı Özelgesi.

[12] Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, 2021/566 E., 2023/23 K. ve 25.01.2023 Tarihli Kararı; Danıştay 3. Daire, 2022/3084 E., 2022/5140 ve 05.12.2022 Tarihli Kararı; Danıştay 3. Daire, 2022/2923 E., 2022/5141 K. ve 05.12.2022 Tarihli Kararı; Danıştay 4. Daire, 2011/9055 E., 2014/911 K. ve 17.02.2014 Tarihli Kararı.

[13] Gıyas Akdeniz, “Türk Gelir Vergisine Göre Ticari Kazanç Kavramı,” *Maliye Araştırma Merkezi Konferansları* 3, (1957): 162.

3- İşlem Çokluğu

Vergi idaresinin ticari faaliyetin tespitinde devamlılık unsurunu ve *kazanç sağlama potansiyelini* yeterli bulan değerlendirmesi, sonuç itibarıyla faaliyetin tespitinde devamlılığın aranması sonucunu doğurur. Başka bir ifadeyle, kazanç sağlama amacı unsurunun dikkate alınmayarak yerine kazanç sağlama potansiyelinin varlığının geçirilmesi aslında ticari organizasyonun devamlılık unsuruna indirgenmesi anlamına gelir.

Ticari organizasyonun devamlılık unsuruna indirgenmesi durumunda devamlılıktan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin somut belirlemelere ihtiyaç duyulur. İşte bu bağlamda vergi idaresi işlem çokluğunu, devamlılık unsurunu belirleyen en nesnel ölçüt olarak kabul etmiştir. Başka bir ifadeyle vergi idaresi işlem çokluğunu, devamlılığa ve dolayısıyla da ticari işe karine oluşturduğunu kabul etmektedir.^[14]

Yapılan faaliyetlerin ticari nitelikte olup olmadığını tespitinde işlem çokluğu ölçütünün esas alınması, özellikle kat karşılığı inşaat sözleşmeleri kapsamında gerçekleştirilen işlemlerde sonuç doğurmaktadır. Danıştayın, GVK'nin 37. maddesi uyarınca ticari faaliyetin tespitinde devamlılığın kabulü açısından getirdiği ölçüt, birden fazla gayrimenkul alımının ve satımının söz konusu olmasıdır.^[15] Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde daha detaylı işleyeceğimiz üzere buradaki devamlılık, bir arsanın üzerine yapılan inşaatın birden çok bağımsız dairesini satmak değil, birden çok arsaya inşaat yapılması ve bağımsız dairelerin satılması olarak kabul edilmektedir.

B) GELİR VERGİSİ KANUNU KAPSAMINDA ÖZEL İNŞAAT

Özel inşaatlara ilişkin uygulamanın esasları, GVK'nin ticari kazancın tarifi başlıklı 37. maddesinin 1. ve 2/4 fıkrasına dayanılarak vergi idaresi ve yargı organları tarafından yapılan yorumlar temelinde oluşturulmuştur. Özel inşaatlara ilişkin olarak GVK'de bu iki düzenleme, yani 37/1 ve 37/2-4 düzenlemeleri dışında veri alınabilecek herhangi bir başka hüküm bulunmamaktadır. GVK'nin 37/1 maddesi hükmü uyarınca, her türlü ticari ve sınai

[14] Vergi idaresinin bu yaklaşımına paralel Danıştay kararları bulunmaktadır. Bkz. Danıştay 4. Dairesi 2010/1235 E., 2010/3644 K. ve 15.6.2010 Tarihli Kararı.

[15] Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, 2021/566 E., 2023/23 K. ve 25.01.2023 Tarihli Kararı.

faaliyetlerden doğan kazançlar ticari kazançtır. Kanun'un 37/2-4 maddesinde uyarınca da gayrimenkullerin alım, satım ve inşa işleriyle devamlı olarak uğraşanların bu işlerinden elde ettikleri kazancın ticari kazanç sayılacağı hükme bağlanmıştır.

1- Özel İnşaatın Tanımı

İnşaat faaliyetleri, iki farklı biçimde karşımıza çıkmaktadır. İnşaat işleri, bir başkasının arsası üzerine yapılırsa; bu işler, inşaat taahhüt işleri olarak adlandırılır. Konumuzu teşkil eden özel inşaat işleri ise, müteahhidin kendi arsası veya kat karşılığı aldığı bir arsa üzerine inşaatın yapılmasıdır.^[16]

Yukarıda GVK'de özel inşaata ilişkin düzenlemelere baktığımızda Kanunda özel inşaatın açık bir tanımının yapılmadığını görmekteyiz. Ancak özel inşaatı; gerçek veya tüzel kişilerin kar elde etmek veya kendi ihtiyaçlarını karşılamak için kendilerine veya başkalarına ait arsalar üzerine, kendi adlarına konut veya iş yerleri gibi bağımsız bölümler yapıp satmaları hedeflenen inşaatlar olarak tanımlayabiliriz.^[17]

Bu tanımdan yola çıktığımızda özel inşaatların, öncelikle gerçek ya da tüzel kişilerin kendi nam ve hesabına yaptıkları/yaptırdıkları inşaatlar olduğunu söyleyebiliriz. Dolayısıyla bünyesinde hak edişe bağlı taahhüt unsuru taşıyan inşaatları, örneğin ihale yoluyla gerçekleştirilen hastane ve okul gibi inşaatları, özel inşaat kapsamında değerlendirmemekteyiz. Yine bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, kamu ihtiyaçlarını karşılamayı amaçlayan yol, köprü gibi inşaatlardan farklı olarak özel inşaatlar, kar elde etmeyi ya da yapan kişinin kendi ihtiyaçlarını karşılamayı hedeflediğini görmekteyiz. Dolayısıyla özel inşaatlar ticari nitelik taşıyabildikleri gibi kişilerin kendi ihtiyaçlarını karşılamayı hedefleyen inşaatlar da olabilmektedir.

Danıştay da doğrudan tanımlı yapmasa da özel inşaatın özelliklerini kararlarında belirtmektedir. Danıştay'a göre, kişilerin arsa sahibi ile yapılan sözleşme uyarınca, daire ve dükkanların bir bölümünü kat karşılığında arsa

[16] Ali Coşkun ve Ali Haydar Güngörmüş, "Özel İnşaat (Yap-Sat) İşletmelerinde Faaliyet Tabanlı Maliyetleme Yönteminin Uygulanması," *Muhasebe Öğretim Üyeleri Bilim ve Dayanışma Vakfı MÖDAV*, no. 2 (2008): 215.

[17] Yüksel Gündoğan, "Özel İnşaatın Tespitinde Ticari Kazancın Tespiti ve Vergilendirme," https://vergiraporu.com.tr/upImage/org/2001-053-Ozel_Insaat_Islerinde_Ticari_Kazancin_Tespiti_Ve_Vergilendirme-Yuksel_Gundogan%20.pdf (18.08.2023)

sahiplerine teslim etmesi, kalan bölümlerini ise kendi nam ve hesabına satması nedeniyle, bu türden inşaatlar özel inşaat niteliğindedir.^[18]

2- Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri

Özel inşaatların ticari iş ve kazanç boyutunu ele aldığımızda üzerinde durmamız gereken en önemli konuların başında kat karşılığı inşaat sözleşmeleri gelmektedir. Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri, arsa sahibinin arsasının belirli paylarının mülkiyetini, müteahhidin arsa üzerine inşa edeceği binanın belirlenen bağımsız bölümlerinin teslimi karşılığında, müteahhide devretmeyi taahhüt ettiği sözleşmelerdir.^[19] İki tarafa borç yüklemesi nedeniyle bu sözleşme, ani edimli çifte tipli bir karma sözleşmedir.^[20]

Başka bir tanımda ise kat karşılığı inşaat sözleşmeleri; yüklenicinin, arsa sahibinin arsası üzerinde mülkiyetine karşılık bağımsız bölümlerin bir bütünlük taşıy biçimde inşa edilmesini üstlendiği sözleşme olduğu ifade edilmiştir.^[21]

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi vergi idaresi tarafından trampa sözleşmesi olarak kabul edilirken, yargı açısından ise, hukuki açıdan birçok işlemi içeren ve arsanın değerlendirilmesi amacına yönelik, Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerinin uygulamasını da gerektiren, tamamen kendisine özgü (*sui generis*) bir hukuki muamele olarak nitelendirmektedir.

3- Gelir Vergisi Kanunu'nda Özel İnşaatla İlişkin Belirsizlik Nedeniyle Karşılaşılan Sorunlar

Vergilendirme sürecinde vergi idaresi daha çok vergi toplamayı hedeflerken, mükellefler daha az vergi ödemenin arayışı içerisinde girmektedir. Bu

[18] Danıştay 4. Daire 2021/9150 E., 2022/350 K. ve 20.01.2022 Tarihli Kararı; Danıştay 4. Daire, 2021/5988 E., 2021/5398 K. ve 21.10.2021 Tarihli Kararı.

[19] Hasan Erman, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, 3. Baskı, (İstanbul: Der Yayınları, 2010), 1.

[20] Yasemin Durak, "Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi," *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (Özel Sayı 2015): 246.

[21] Bilal Kartal, "Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi – I," *Yargıtay Dergisi* 9, no. 1-2 (1983): 98.

durum vergilendirmenin sosyolojik bir gereğidir. Devlet vergisel yükümlülükleri koyarken, bir yandan da verginin meşruiyet boyutunu halka yansıtması, vergi tahsilatının verimliliğini artıracaktır.^[22] Kanun metinlerinde olası bir belirsizlik vergi idaresi ile mükellefler arasındaki mücadelenin daha derin yaşanmasına, vergilerden beklenen verimin azalmasına neden olabilmektedir. Bu nedenle kanunilik ilkesinin titizlikle uygulandığı vergi hukuku alanında gerçekleştirilecek yasal düzenlemelerin her türlü belirsizlikten uzak ve anlaşılır bir şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

GVK'de yukarıda bahsettiğimiz belirsiz düzenlemeler nedeniyle iki önemli uyuşmazlık çözülmeyi beklemektedir. Bunlardan ilki, özel inşaatların yapımı için gerçekleştirilen kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin hukuki niteliğidir. Bir diğer uyuşmazlık konusu ise kat karşılığı gerçekleştirilen inşaatın satışından elde edilen kazancın hukuki niteliğinin tespitinde yaşanmaktadır. Bu sorunları ve oluşturdukları uyuşmazlıkları aşağıda şu şekilde açıklayabiliriz.

a) Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği

Arsa sahipleri arsalarına kendileri inşaat yapmak yerine inşaatın yapım işini üçüncü kişilere, müteahhitlere verebilir. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde inşaatı yapacak olan müteahhit, arsa sahibine arsa bedelini nakit ödemek yerine arsa karşılığı verdiği bağımsız bölümler ile ödemektedir.^[23] Tarafların aralarında yaptığı kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereği, arsa sahibi sermaye olarak arsasını ortaya koymakta, müteahhit de arsa üzerine bina inşa etmektedir. Taraflar yaptıkları sözleşme gereği bu binanın bağımsız bölümlerini paylaşmaktadır. Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri kapsamında iki önemli işlem söz konusu olur: ilki arsanın müteahhide verilmesi ve bunun karşılığında bağımsız bölümler alınması; ikincisi ise arsa karşılığında alınan bu bağımsız bölümlerin satılmasıdır. Arsanın müteahhide verilmesi ve bunun karşılığında bağımsız bölümler alınması işlemi gerek vergi idaresi

[22] Mehmet Tunçer, “Hükümet – Birey İlişkilerinin Vergi Uyumuna Etkisi ve Türkiye,” *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 57, no. 3 (2002): 118 “... Demokratik toplum olma niteliğini geliştirme çabasındaki bir ülke olarak Türkiye’de vatandaşların gönüllü iş birliğine gereksinim duyulan alanların başında vergilendirmeye ilişkin süreçler gelmektedir. Bu iş birliğinin yeterli düzeyde sağlanabilmesi diğer etkenlerin yanında devlet-vatandaş ilişkilerinin de nasıl algılandığına bağlıdır.”

[23] Korhan ve Özkan, “Kat Karşılığı Arsa,” 31.

gerekse de yargı açısından servetin değerlendirilmesi olarak kabul edilerek ticari kazanç hükümlerine tabi tutulmaz. Arsanın müteahhide verilmesi ve bunun karşılığında bağımsız bölümler alınması işlemi GVK'nin değer artışı kazançlarını düzenleyen mükerrer 80. maddesi hükümleri çerçevesinde vergilendirilir. Vergi idaresine göre burada amaç, kazanç elde etme değil, bir ihtiyacın giderilmesi veya servetin korunmasıdır.^[24]

Vergi yargısı arsa payı karşılığında kat tesliminin, Borçlar Kanunu'nun 182 ve 232. maddelerinde geçen satım veya trampa akdi niteliğinde olmadığı belirtmektedir. Burada hukuki işlemin, bir kişinin kat edinme karşılığında arsasını müteahhide vermesi ve inşa edilen binada kat sahibi olması durumu, hukuki açıdan birçok işlem içeren ve arsanın değerlendirilmesi amacına yönelik, Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerinin uygulanmasını da gerektiren, tamamen kendine özgü (sui generis) bir hukuki muamele olduğu vurgusu yapılmaktadır.^[25] Söz konusu kararda arsa payı karşılığı kat tesliminin, kanunlarla öngörülme, varsayıma ve benzetime dayanılarak vergilendirilmesinin, verginin kanuniliği ilkesi ile bağdaşmayacağını ifade edilmiştir.

b) Taşınmazların Satışından Elde Edilen Gelirin Hukuki Niteliği

Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespiti, arsa sahibine verilen taşınmazların satışından elde edilen gelirin vergilendirilmesi açısından önem taşımaktadır. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin hukuki niteliği konusuna vergi idaresi ile yargı farklı yaklaşmaktadır. Vergi idaresi açısından, daha önce de belirttiğimiz gibi işlem çokluğu, ticari organizasyonun varlığının açık ve belirgin olmadığı durumlarda, bir işlemin ticari faaliyet olarak kabul edilmesinde kullanılan kriter olarak ortaya çıkmaktadır. Vergi idaresi esas itibarıyla, ticari organizasyonun şekli ve maddi unsurları ile açıkça belli olmadığı hallerde *faaliyetin devamlılık kasıt ve niyeti ile yapılmasını*, faaliyetin ticari sayılması için yeterli saymakta ve *devamlılık kasıt ve niyetinin varlığı* ile de yapılan taşınmaz alım-satım ya da inşaat faaliyetinin sayısına bakmaktadır.

[24] Bkz. Gelir İdaresi Başkanlığı, B.07.1.GİB.4.07.16.01-GVK.2010.80-357 Sayılı ve 15.11.2011 Tarihli Özelgesi.

[25] Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, 2012/359 E., 2013/259 K. ve 19.06.2013 Tarihli Kararı.

Vergi idaresi işlem çokluğu kriterinin somut belirlenimlerini şu şekilde ortaya koyabiliriz:

Arsa sahibinin kat karşılığı arsa sözleşmesi kapsamında elde ettiği bağımsız bölümlerin tamamının iktisap tarihinden itibaren beş yıl içinde, topluca bir defada aynı kişiye satılması durumunda ticari bir faaliyetten bahsedilemeyeceği için ticari kazanç hükümleri uyarınca vergilendirilmez. Bu durumda elde edilen kazancın, GVK'nin mükerrer 80. maddesi hükmü gereğince “değer artışı kazancı” olarak vergilendirilmesi gerekir.

Söz konusu bağımsız bölümlerin,

- Aynı kişiye farklı tarihlerde,
- Farklı kişi veya tüzel kişilere aynı tarihte,
- Değişik kişi ve tüzel kişilere, değişik tarihlerde veya birbirini izleyen yıllarda,
- Bir kısmının tapuya tescil edildiği takvim yılı içinde toplu olarak, diğer kısmının ise takip eden takvim yılı içinde toplu olarak, satılması durumunda yapılan faaliyet ticari faaliyet olarak kabul edilir ve ticari kazanç hükümlerine göre vergilendirilir.

Özetle vergi idaresi açısından taşınmazların iktisap tarihinden sonra aynı kişiye farklı tarihlerde veya farklı kişilere aynı tarihte satılması veya birbirini izleyen yıllarda satılması durumunda yapılan satışlar devamlı olarak gayrimenkul alım-satım işiyle uğraşıldığına karine teşkil edeceğinden, elde edilen kazancın GVK'nin 37. maddesine göre ticari kazanç olarak vergilendirilmesi gerekmektedir.^[26]

Yargı kararları açısından konuya baktığımızda, işlem çokluğunun ticari işe karine oluşturacağına ilişkin vergi idaresinin uygulamasının kabul görmediğini ve bir faaliyetin ticari faaliyet olabilmesi devamlılık arz edecek şekilde ve *kazanç elde etme amacıyla yapılmış olması* şartlarının arandığını belirtmeliyiz. Yargı, kat karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında arsa sahibine verilen bağımsız bölümlerin satışından elde edilen kazancın servetin şekil değiştirmesi niteliğine sahip olduğu ve ticari faaliyet sayılamayacağı görüşündedir.

[26] Bkz. Gelir İdaresi Başkanlığı, 46480499-120[2015/1499]-57 Sayılı ve 25.5.206 Tarihli Özelgesi.

Vergi yargısına göre kişinin arsası karşılığında müteahhitle yaptığı sözleşme üzerine inşa edilen binada müşterek mülkiyete konu bağımsız bölümler oluşmakta, arsa sahibinin arsası üzerindeki mülkiyet hakkı kişisel olmaktan çıkarak kendisine intikal eden dairelere bağlı olarak, müşterek mülkiyet hükümlerine göre arsa payı oranında diğer kat malikleri ile paydaş duruma gelmektedir. Bu nedenle, kişinin kat karşılığında arsasını müteahhide vermesi ve inşa edilen binada kat sahibi olması servetin değerlendirilmesi, biçim değiştirmesidir.^[27]

Vergi idaresinin yaklaşımından farklı olarak vergi yargısına göre arsa karşılığı alınan dairelerin sayısı, bir yıl veya değişik sürelerde ya da birden fazla veya tek kişiye satılması faaliyetin devamlı olduğunu göstermemektedir. Ancak arsa sahibinin birden fazla kere arsa alıp müteahhide vermesi ile arsa karşılığında aldığı bağımsız bölümleri beş yıl içinde satması halinde faaliyetinin ticari iş sayılarak ticari kazanç hükümleri uyarınca vergilendirilmesi gerekir.

Görüldüğü üzere, GVK'de özel inşaatın ticari iş kapsamında değerlendirilmesine ilişkin boşluk vergi idaresi ve vergi yargısı tarafından farklı şekillerde yorumlanmıştır. Vergi idaresi, kat karşılığı arsa sözleşmesi kapsamında arsa sahibine verilen bağımsız bölümlerin satışının işlem çokluğuna ilişkin

[27] Bkz. Danıştay 4. Dairesi, 2012/6722 E., 2013/547 K. ve 07.02.2013 Tarihli Kararı. Aynı bağlamda bkz. Danıştay 4. Dairesi, 2012/9089 E., 2013/2011 K. ve 09.04.2013 Tarihli Kararı; Danıştay 4. Dairesi, 2012/3743 E., 2013/3494 K. ve 16.05.2013 Tarihli Kararı; Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, 2004/51 E., 2004/80 K. ve 25.06.2004 Tarihli Kararı "...kişinin arsasını kat karşılığında müteahhide vermesi ve devamında bağımsız bölüm elde etmesinin servetin biçim değiştirmesi niteliğinde olduğu, faaliyetin, arsanın alınması ve sonunda elde edilen dairelerin satılması şeklinde tanımlanması gerektiği, dairelerin sayısı, bir yıl veya değişik sürelerde, ya da birden fazla veya tek kişiye satılmasının faaliyetin devamlı olduğu anlamına gelmeyeceği, zira faaliyetin arsanın alınması ve dairelerin satılması olduğu, bu durumda davacının birden fazla kere arsa alıp müteahhide verme ve karşılığında bağımsız bölüm faaliyetinin devamlılığının incelenmesi gerektiği, aksi takdirde hayatın olağan akışı içinde satın alınan ve miras yolu ile edinilen arsaların yıllar geçtikten sonra müteahhide verilerek karşılığında temin edilen bağımsız bölümlerin sadece satış sayısına bakarak ticari faaliyet kapsamında değerlendirilmesinin hatalı olacağı, bu kişilere başta fatura basmak, yevmiye defteri tutmak, aylık beyanname vermek gibi yükümlülükler getirmenin de gerçek gelirin vergilendirilmesi ve ticari kazancın devamlılığı ilkesine aykırı olacağı..." bkz. Danıştay 4. Dairesi, 2008/2968 E., 2009/1232 K. ve 16.03.2009 Tarihli Kararı.

belirlemeleri temelinde ticari kazanç hükümlerine tabi olduğu düşüncesindedir.^[28] Vergi yargısı ise farklı kararları^[29] bulunmakla beraber kat karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında arsa sahibine verilen bağımsız bölümlerin satışından elde edilen kazancın servetin şekil değiştirmesi niteliğine sahip olduğu ve ticari faaliyet sayılamayacağı görüşünü savunmaktadır.

Vergi idaresinin de belirttiği gibi teknik anlamda burada birden çok satış işleminin varlığı söz konusudur. Ancak işin gerçek mahiyeti düşünüldüğünde, arsasını ister nakit olarak isterse de arsa karşılığında almış olduğu kat ve daire olarak satsın, arsa sahibinin gerçekleştirdiği işlem arsaya değer kazandırmaktır ve bunun tek işlem olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Dolayısı ile söz konusu işlem arızı yapılan bir işlemdir.^[30]

c) Özel İnşaat Avans ve Fatura

Ticari nitelikteki özel inşaatların GVK'de açıkça düzenlenmemiş olmasının yol açtığı belirsizliklere, vergi idaresi ile yargının karşı karşıya geldiği, yukarıda belirttiğimiz durumların dışında da karşılaşmaktayız. Özel inşaatlarda vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesine rağmen fatura düzenleme zorunluluğunun katma değer vergisi kriterlerine göre gerçekleşmesi konusu, özel inşaatların GVK'de açıkça düzenlenmemiş olmasının yol açtığı belirsizliklere başka bir örnek olarak gösterilebilir. Burada vergi idaresi ve yargı konuya ilişkin görüş birliğine sahiptir. Danıştay'a göre kat karşılığı inşaat sözleşmesi kapsamında edinilen bağımsız bölümlerin satışlarına ilişkin olarak vergiyi doğuran olayın tescille birlikte gerçekleşecektir. Taşınmazın

[28] Gelir İdaresi Başkanlığı, 46480499-120[2015/1499]-57 Sayılı ve 25.5.2016 Tarihli Özelgesi.

[29] Danıştay 4. Dairesi, 2010/1235 E., 2010/3644 K. ve 15.06.2010 Tarihli Kararı; "... arsa payı karşılığında alınan taşınmazların satımının ticari bir organizasyon içinde yürütülmesi veya bu tür bir organizasyon içinde yürütülmemekle beraber kazanç sağlamak amacıyla birden fazla alım ve satım işlerinde bulunulması halinde, faaliyetin devamlılık gösterdiğinin kabulünün gerektiği ve dolayısıyla, bu tür faaliyet sonucu elde edilen gelirin de ticari kazanç sayılmasının gerektiğinin açık olduğu ve bir ticari organizasyonun belirgin olmadığı durumlarda kazanç doğuran işlemin çokluğunun, devamlılık unsurunu belirleyen en nesnel ölçü olduğu..."

[30] İdris Varıcı ve Mehmet Emrah Binici, "Kat Karşılığı İnşaat İşlerinde Vergi İdaresi ile Yargı Organları Arasındaki Anlaşmazlıklar ve Çözüm Analizleri," *Küresel İktisat ve İşletme Çalışmaları Dergisi* 6, no. 12 (Kış-2017): 161.

tescil tarihinden önce teslim edildiğine dair karine varsa fiilen kullanıma başlanılan tarih vergiyi doğuran olayın meydana geldiği tarih olarak kabul edilecektir.^[31] Teslimden önceki ödemeler ise avans niteliğindedir.^[32] Vergi idaresi de benzer bir şekilde kat irtifakının tesis edilmesi ve fatura veya benzeri belgenin düzenlenmesi halinde, vergiyi doğuran olay meydana geleceğini belirtmektedir.^[33] Ancak belirlemek ve vurgulamak gerekir ki buradaki vergiyi doğuran olay, katma değer vergisine ilişkindir. GVK'ye göre vergiyi doğuran olay gelirin elde edilmesidir. Kanımızca avans adı altında da olsa gelir elde edilmesi ile GVK açısından vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesidir. Bu durumda faturanın kesilmesi gerekmektedir. Ancak gerek idare gerek yargı özel inşaatların tesliminde ve fatura düzenlemesinde GVK hükümlerini dikkate almamaktadır. Bu durumun en önemli sebebini GVK'deki boşluk oluşturmaktadır.

II. ÖZEL İNŞAATIN TİCARİ NİTELİĞİNE GELİR VERGİSİ KANUN TASARISI'NIN GETİRDİĞİ DÜZENLEMELERE KAPSAMINDA KARŞILAŞTIRMALI BAKIŞ

Ülkemizde GVK 1960 yılında kabul edilmiş, yüze yakın sayıda değişikliğe uğramış, ek, geçici ve mükerrer maddelerle birlikte toplamda 210 maddeyi aşmış bir kanundur. Mevzuatımızın Avrupa Birliği ile uyumlaştırma isteği de düşünüldüğünde mevcut GVK'nin KVK ile birleştirilerek, konumuz da dahil pek çok konuya açıklık getiren, sade ve anlaşılır yeni bir GVK'ye ihtiyaç duyulmuştur.

Yeni bir GVK çalışmaları somutlaşarak, 2013 yılında yasa tasarısı halini almıştır. Ancak söz konusu Gelir Vergisi Kanunu Tasarısı (bundan sonra GVK Tasarısı olarak anılacaktır) yasalaşmamıştır. Tasarının mimarı dönemin Maliye Bakanının, tekrar Hazine ve Maliye Bakanı olmasıyla 193 sayılı GKV'nin sadeleşmesi ve yenilenmesine ilişkin beklentiler tekrar dile getirilemeye başlanmıştır.

[31] Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, 2022/1475 E., 2022/1727 K. ve 28.12.2022 Tarihli Kararı.

[32] Danıştay 3. Dairesi, 1991/2953 E., 1993/1524 K. ve 28.04.1993 Tarihli Kararı.

[33] GİB, İzmir Vergi Dairesi Başkanlığı, 67854564-010-380 Sayılı ve 28.07.2016 Tarihli Özelgesi.

Geçen on yıllık süre içerisinde yeni bir GVK, bir ihtiyaç olarak hala karşımızda durmaktadır. Zira on yıl önce ve daha da öncesinde tartışılan “ticari iş”, “ticari kazanç”, “özel inşaat” konularına vergi idaresi ile vergi yarısının yaklaşım farklılığı, GVK’deki boşluklar nedeniyle devam etmektedir. Arsa karşılığı inşaat sözleşmeleri ve ticari kapsamdaki özel inşaatlar gibi ekonominin bel kemiği alanlarda vergi kanunlarındaki boşlukların ortadan kaldırılması, vergilerin kanuniliği ilkesinin bir alt ilkesi olan belirlilik ilkesinin de bir gereğidir.

Çalışmamızın bu bölümünde 193 sayılı GVK’deki düzenlemelerle, GVK Tasarısının karşılaştırılarak, GVK Tasarısının getirdiği yeni düzenlemelerin neler olduğu ve konumuzla ilgili ihtiyaçları ne ölçüde karşıladığı aktarılmaya çalışılacaktır.

A) TİCARİ KAZANÇ KAVRAMI YÖNÜYLE

GVK Tasarısının 10. maddesinde mevcut GVK’nin 37. maddesine paralel şekilde ticari kazancı *her türlü ticari ve sınai faaliyetlerden doğan kazançlar* şeklinde tanımlamaktadır. GVK Tasarısında, GVK’de düzenlenen ticari kazanç kavramında oluşan hukuk kuralı boşluğunun giderilmeye çalışıldığını görmekteyiz.

GVK Tasarısının 10/2-e hükmünde, *ticari bir organizasyon çerçevesinde taşınmaz alım satımı ve inşası işleriyle uğraşanların bu faaliyetlerinden elde edilen kazançlarının ticari kazanç sayılacağı* ifade edilmiştir. GVK Tasarısının ticari kazanca ilişkin düzenlemesi, yürürlükteki GVK düzenlemesinden iki husus kapsamında ayrılmaktadır.

Bunlardan ilki; GVK Tasarısının 193 sayılı GVK’de yer alan ticari kazanç kapsamında sayılan işlere birtakım eklemeler yapmış olmasıdır. 193 sayılı GVK’nin 37/3’de düzenlenen özel okul ve hastanelerle benzeri yerlerin işletilmesinden elde edilen kazançlara *bakımevi ve benzeri yerlerin işletilmesinden elde edilen kazançlar* eklenmiştir.

193 sayılı GVK’nin 37/5. maddesinde düzenlenen kendi nam ve hesaplarına menkul kıymet alım-satımı ile devamlı olarak uğraşanların bu faaliyetlerinden elde ettikleri kazançlar; *menkul kıymet veya diğer sermaye piyasası araçlarının alım satımı dâhil, ticari bir organizasyon çerçevesinde borsalarda doğrudan kendi nam ve hesabına veya borsa komisyoncusu, borsa*

ajanı ve benzerleri aracılığıyla kendi hesabına alım satım yapanlarca bu işlerden elde edilen kazançlar şeklinde değiştirilmiştir.

İkincisi ve asıl önem taşıyan değişiklik, 193 sayılı GVK'nin 37/2-4 maddesinde yapılan düzenleme^[34] ve ticari organizasyonun tanımına ilişkin olarak yapılan tanımlamadır.^[35]

193 sayılı GVK'nin 37/2-4 maddesinde *gayrimenkullerin alım, satım ve inşaa işleriyle devamlı olarak uğraşanların bu işlerinden elde ettikleri kazanç ticari kazanç sayılır* hükmünü karşılayan GVK Tasarısının md.10/2-e hükmü şu şekildedir: *Ticari bir organizasyon çerçevesinde taşınmaz alım satımı ve inşası işleriyle uğraşanların bu faaliyetlerinden, elde edilen kazançlar ticari kazanç sayılır.* Ticari organizasyona ilişkin olarak 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nda yapılmayan açıklama GVK Tasarısının 10/6 maddesinde yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre *bir faaliyetin ticari muhasebe tutmayı gerektirecek hacim ve önemde olması ya da faaliyetin özelliğine göre işin; sermaye veya yer tahsisi, personel istihdamı, reklam ve tanıtım gibi pazarlamaya yönelik işlemlere girilmesi, dış kaynak temini, işe mahsus makine ve araç tedariki gibi suretlerle yürütülmesi hallerinde ticari organizasyon oluşmuş sayılır.*

Tanımdan anlaşılacağı üzere, ticari organizasyonun varlığının tespitinde iki ölçüt esas alınmıştır: Bir faaliyetin ticari faaliyet sayılması için ilk olarak ticari muhasebe tutmayı gerektirecek hacim ve önemde olması ve ikinci olarak da faaliyetin özelliğine göre işin; sermaye veya yer tahsisi, personel istihdamı, reklam ve tanıtım gibi pazarlamaya yönelik işlemlere girilmesi, dış kaynak temini, işe mahsus makine ve araç tedariki gibi suretlerle yürütülmesi gerekmektedir.

Bir faaliyetin ticari muhasebe tutmayı gerektirecek hacim ve önemde olması, faaliyetin özelliğine göre, sermaye tahsisi, personel istihdamı, reklam ve tanıtım gibi pazarlamaya yönelik işlemlere girilmesi, dış kaynak temini, işe mahsus makine ve araç tedariki gibi haller ticari organizasyonun varlığına karine olarak kabul edilmiştir.

GVK Tasarısının gerekçesinde ekonomik faaliyetin özelliğine ticari organizasyondan bahsedilecektir. Buna göre;

[34] Gelir Vergisi Kanunu Tasarısı madde 10/2-e.

[35] Gelir Vergisi Kanunu Tasarısı madde 10/6.

- Sermaye tahsisinin ekonomik faaliyetin yürütülmesi için gerekli ve zorunlu olması;
- Ticari faaliyetin icrasında personel istihdamının gerekmesi;
- Ekonomik faaliyetin pazarlamaya yönelik tanıtımlarla ekonomik birim olarak algılanmasının sağlanması;
- Faaliyetin dış kaynak temini gerektirmesi ve bu surette finanse edilmesi;
- Faaliyetin mahsus makine ve araç tedariki suretiyle devam ve ikmal edilmesi gibi hallerde ticari organizasyondan bahsedilebilecektir.

Yine bir faaliyetin ticari muhasebe tutmayı gerektirecek hacim ve önemde olması durumunda da ticari organizasyonun varlığı kabul edilecektir.

Görüldüğü üzere GVK Tasarısı ticari işler kavramını, TTK'nin *bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir* demek suretiyle, ticari işletme açıklamasına paralel şekilde, ticari organizasyon açısından açık bir şekilde tanımlamıştır. Böylece 193 sayılı GVK madde 37/2-4 düzenlemesinde, temel kriter olarak yer verilen devamlılık öğesinin yerine ticari organizasyon ölçütünün geçirilmesi uygulamada devamlılık kriteri ekseninde yapılan pek çok tartışma ve ihtilafa son verecektir. Diğer yandan yine TTK'den farklı olarak *kazanç sağlama amacı*, ticari işin tespitinde bir kriter olarak yer almamış, ticari organizasyonun yukarıdaki tanımında içerilen nitelikleri taşıması yeterli sayılmıştır. Esasen ticari organizasyona ilişkin yapılan tanımlama irdelendiğinde vergi idaresinin mevcut uygulamasında yerleşmiş bulunan ticari kazanç sağlama potansiyeli ölçütünü karşılandığı görülür.

B) ÖZEL İNŞAAT YÖNÜYLE

GVK Tasarısı, 193 sayılı GVK'den farklı olarak özel inşaatlara ilişkin yeni hükümler ihdas etmiştir. GVK Tasarısının özel inşaat işleri başlıklı 14. maddesinde ve devamında ticari işin kapsamı, ticari faaliyete başlanması, arsa sahibi yönünden iktisap edilmiş olma halleri düzenlenmiştir. GVK Tasarısının 15. maddesinde ise özel inşaatlarda kazancın nasıl belirleneceğine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Bu düzenlemeleri şu şekilde tasnifleyebiliriz:

1- Ticari İşin Kapsamı

GVK Tasarısının 14. maddesindeki ilk düzenleme özel inşaata ilişkin ticari kazancın kapsamı belirlemektedir. Buna göre taahhüt niteliği bulunsun ya da bulunmasın başkasının arsası üzerinde taşınmaz inşa etme faaliyeti ticari kazanç hükümlerine tabidir. Ayrıca bu faaliyetin, taahhüt niteliğinde olup olmamasının ticari kazanç hükümlerine tabi olma noktasında herhangi bir önemi bulunmamaktadır.

İktisap şekli ve tarihi ne olursa olsun, kendi arsası üzerine inşaat yapan veya kat karşılığı inşaat işleri dâhil yaptırılanların bu inşaat faaliyetlerinden doğan kazançları, inşaat faaliyetinin arsa sahibinin ticari işletmesi bünyesinde gerçekleştirilmesi halinde ticari kazanç hükümlerine tabi tutulmuştur.

Kat karşılığı inşaat işleri dâhil başkasına yaptırılan inşaatlarda, hasılatın müteahhit ile paylaşılmasının kararlaştırılmış olması halinde, faaliyetin arsa sahibi yönünden de ticari faaliyet olduğu kabul edilmektedir.

2- Ticari Faaliyete Başlanıldığının Kabulü Halleri

Ticari faaliyete ne zaman başlandığı konusunda tereddüde düşülmesi halinde GVK Tasarısında işe başlanıldığının ne zaman başlanıldığının belirlenmesi için bazı kıstaslar getirmiştir. Buna göre, arsa sahibinin ticari işletmesi kapsamında yapılan inşaat işleri ile hâsılat paylaşımı kapsamında olup ticari faaliyet kapsamında vergilendirilecek inşaat işleri dışında arsa sahibi tarafından inşa edilen veya ettirilen taşınmazlar ile kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde inşa edilip arsa sahibine bırakılan taşınmazların brüt kapalı alanları toplamının;^[36] bin metrekareyi aşması halinde ilk satış tarihinden itibaren ticari faaliyete başlanıldığı kabul edilecektir.

Beş yüz metrekare bir sınır olarak kabul edilmiştir (beş yüz metre kare dahil). Bu sınırın aşılması halinde ise inşaat faaliyeti nedeniyle arsa sahibi yönünden ticari kazanç hükümleri uygulanmayacaktır.

[36] Metrekare büyüklüğünün hesabında, aynı takvim yılı içinde inşasına başlanan, sürdürülen veya tamamlanan birden fazla inşaat işi bulunmaktaysa, bu işlerin tamamı topluca dikkate alınır. Mezkûr metrekare büyüklüklerini ayrı ayrı veya birlikte, büyükşehir belediyeleri, il veya ilçe sınırları itibarıyla ya da bağımsız bölüm ve müstakil yapının niteliğine veya kullanım amacına göre yarısından az ve iki katından fazla olmamak üzere yeniden belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkilidir (GVK Tasarısı 14/7. madde).

3- İktisap Edilmiş Olma Halleri

GVK Tasarısının 14. maddesinde olası itilaf hallerinde arsa sahibinin inşaatı iktisap etmiş sayılacağı halleri düzenlemiştir. Burada da yine 500 m2 sınırının getirildiğini görmekteyiz. Buna göre, 500 m2'yi aşan inşaatın bitim tarihini takip eden takvim yılı başından itibaren üç takvim yılı içinde taşınmaz satışı yapılmaması halinde, bu sürenin sonunda anılan taşınmazlar inşaatın bitim tarihindeki maliyet bedeli üzerinden iktisap edilmiş sayılacaktır.

Yapılan son satış işleminden başlayarak üç yıl içinde herhangi bir taşınmaz satışı yapılmaması durumunda ise ticari faaliyetin sona erdiği kabul edilerek satışa konu edilmeyen taşınmazlar işletmeden çekilmiş sayılmaktadır. İşletmeden çekilen taşınmazlar, inşaatın bitim tarihindeki maliyet bedeli üzerinden bu tarihte iktisap edilmiş sayılır.

GVK Tasarısında ayrıca yukarıda belirttiğimiz her iki durumda da söz konusu taşınmazların bir ticari organizasyon kapsamında olmaksızın satılmasından elde edilen gelir ticari kazanç hükümlerine göre değil, değer artışı kazancı hükümleri uyarınca vergilendirileceği belirtilmektedir.

4- Özel İnşaatlarda Maliyet Bedelinin Belirlenmesi

Özel inşaat işleri 193 sayılı GVK 42. maddesi kapsamına girmemektedir. Bu durumda mükellefler, kar veya zararın tespitinden işin bitimini beklemeksizin yıllık esasta vergilendirilirler.^[37] Arsa karşılığı inşaat işlerinde müteahhit tarafından arsa sahibine verilecek bağımsız bölümlerin bedeli Vergi Usul Kanununun 267/2. maddesinde yer alan “Maliyet Bedeli Esasına” göre tespit edilirken; müteahhidin sözleşme gereği kendisine kalan bağımsız bölümlerin satış bedelleri piyasadaki arz ve talebe göre oluşmaktadır.^[38]

193 sayılı GVK'den farklı olarak özel inşaatlarda kazancın nasıl belirleneceğine ilişkin düzenlemelere GVK Tasarısının 15. maddesinde yer verilmiştir. Buna göre kat karşılığı inşaat işlerinde arsa sahibine verilen taşınmazların müteahhit defter kayıtlarında oluşan maliyet bedeli, müteahhit yönünden

[37] Funda Diril, “İnşaat Sektöründe Kazancın Tespiti ve Vergilendirilmesi,” (Doktora tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE Maliye ABD, 2010), 72

[38] Necmettin Gündüz, “Arsa Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Emsal Olmayan Emsal Bedel,” *Vergi Raporu* 84, no. 1, (Ocak 2015): 65.

iktisap edilen arsa payının maliyet bedeli sayılacaktır. Arsa sahibinin iktisap ettiği taşınmazların maliyet bedeli ise arsa sahibinin uhdesinde kalan arsa payının emsal bedeli ile müteahhit defter kayıtlarında oluşan maliyetlerden arsa sahibine verilen taşınmazlara isabet eden tutarın toplamından oluşur.

Kat karşılığı inşaat işleri dışında kalan özel inşaat işlerinde arsa sahibinin arsasını inşaat yapımına tahsis etmesi halinde, arsanın maliyet bedeli olarak inşaatın başladığı tarihteki emsal bedeli esas alınır. İnşa edilen taşınmazların maliyet bedeli de arsanın emsal bedeline inşaat dolayısıyla katlanılan maliyet ve giderlerin eklenmesi suretiyle tespit olunur. İnşaat faaliyetine tahsis edilen arsanın ticari bir işletmeye dâhil olması halinde, arsanın emsal bedeli yerine maliyet bedeli esas alınacaktır.

Görüüleceği üzere GVK Tasarısı, 193 sayılı GVK'de özel inşaat faaliyetine ilişkin vergi idaresi ile yargıyı karşı karşıya getiren boşlukları ortadan kaldırmakla kalmamış, özel inşaat faaliyetine ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer vermiştir.

SONUÇ

İnşaat faaliyetleri ülke ekonomisinde önemli bir yer tutmaktadır. İnşaatların üretiminde kullanılan iki yüze yakın sanayi ve ticari kalemiyle birlikte değerlendirildiğinde inşaat sektörü devasa bir ekonomik dev konumundadır. Bu sektörün ekonomiye katkısı kadar vergisel boyutuyla bakıldığında devlet kasasına önemli katkılar da sağlamaktadır.

Vergi gelirlerinin önemli birimlerinden birisi olmasına rağmen, özel inşaatın 193 sayılı GVK'deki yeri oldukça zayıf bırakılmıştır. GVK'de, "her türlü ticari ve sınai faaliyetlerden doğan kazançlar ticari kazançtır" hükmü ile "gayrimenkullerin alım, satım ve inşa işleriyle devamlı olarak uğraşanların bu işlerinden elde ettikleri kazancın ticari kazanç sayılacağı" hükmü dışında GVK açısından özel inşaatların vergilendirilmesine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

Özel inşaatların ticari iş ve ticari kazanç kapsamında değerlendirilmesine ilişkin GVK'de başka bir kanuna bir atıf olmamasına rağmen vergi idaresinin ve vergi yargısının özel inşaatlarla ilgili referanslarını farklı kanun hükümlerinden alması, GVK'nin özel inşaatlarla ilgili düzenlemelerindeki eksikliğin en önemli göstergesidir. Bu durum aynı zamanda vergilerin kanuniliği ilkesine de aykırılık teşkil edecektir.

Verginin kanuniliği ilkesine aykırılık oluşturabilecek bir diğer durum ticari kazanç amacı olmaksızın gerçekleştirilen bir faaliyetin ticari kazanç kapsamına alınmasıdır. Belirtmek gerekir ki GVK'ye göre vergilendirilebilmesi için ticari kazancın elde edilmiş olması gerekmektedir. Vergi mevzuatımız kazanç sağlama potansiyelini vergiyi doğuran bir işlem olarak görmemektedir. Başka bir ifadeyle, kazanç sağlama amacı unsurunun dikkate alınmayarak yerine kazanç sağlama potansiyelinin varlığının geçirilmesi aslında ticari organizasyonun devamlılık unsuruna indirgenmesi anlamına gelir.

GVK'de kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin ve taşınmazların satışından elde edilen gelirin hukuki niteliğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş olması da vergi idaresi ile yargının farklı yaklaşımlarına neden olmaktadır. Zira Kat karşılığı inşaat sözleşmesi vergi idaresi tarafından trampa sözleşmesi olarak kabul edilirken, yargı açısından ise, hukuki açıdan birçok işlemi içeren ve arsanın değerlendirilmesi amacına yönelik, Kat Mülkiyeti Kanunu hükümlerinin uygulamasını da gerektiren, tamamen kendisine özgü (sui generis) bir hukuki muamele olarak nitelendirmektedir.

Gelir Vergisi Kanunu Açısından Özel İnşaatların Ticari Kazanç Niteliği

On yıl önce 193 sayılı GVK'nin değiştirilerek yürürlüğe girmesi düşünölen GVK Tasarısı, bugün hala devam eden sorunların çözümü açısından önem taşımaktadır. GVK Tasarısının, kazuistik bir yöntemle hazırlanmış olsa da özel inşaat kapsamında ticari iş, ticari kazanç ve kat karşılığı inşaat faaliyetlerinde, bugün vergi idaresi ile yargı arasında tartışma konusu edilen sorunları büyük ölçüde ortadan kaldırdığını söyleyebiliriz.

KAYNAKÇA

- Akdeniz, Gıyas. “Türk Gelir Vergisine Göre Ticari Kazanç Kavramı.” *Maliye Araştırma Merkezi Konferansları 3*, (1957).
- Coşkun, Ali ve Ali Haydar Güngörmüş. “Özel İnşaat (Yap-Sat) İşletmelerinde Faaliyet Tabanlı Maliyetleme Yönteminin Uygulanması.” *Muhasebe Öğretim Üyeleri Bilim ve Dayanışma Vakfı MÖDAV*, no. 2 (2008).
- Coşkun Karadağ, Neslihan ve Soner Yakar. “Ticari Kazancın Belirleyicisi Olarak “Devamlılık”: Türk Ticaret Kanunu ve Gelir Vergisi Kanunu Çerçevesinde Bir Değerlendirme.” *Maliye Dergisi 174*, (Ocak-Haziran 2018).
- Diril, Funda. “İnşaat Sektöründe Kazancın Tespiti ve Vergilendirilmesi.” Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE Maliye ABD, 2010.
- Durak, Yasemin. “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi.” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Özel Sayı, 2015).
- Erman, Hasan. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*. 3. Baskı. İstanbul: Der Yayınları, 2010.
- Korhan, Gökhan ve Özgür Özkan. “Kat Karşılığı Arsa Teslimlerinin Değer Artışı Kazancı Açısından Değerlendirilmesi.” *Vergi Raporu 116*, (Temmuz 2013).
- Gündoğan, Yüksel. “Özel İnşaatın Tespitinde Ticari Kazancın Tespiti ve Vergilendirme.” https://vergiraporu.com.tr/upImage/org/2001-053-Ozel_Insaat_Islerinde_Ticari_Kazancin_Tespiti_Ve_Vergilendirme-Yuksel_Gundogan%20.pdf (18.08.2023)
- Gündüz, Necmettin. “Arsa Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Emsal Olmayan Emsal Bedel.” *Vergi Raporu 84*, no. 1 (Ocak 2015).
- Kartal, Bilal. “Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi – I.” *Yargıtay Dergisi 9*, no. 1-2 (1983).
- Tunçer, Mehmet. “Hükümet – Birey İlişkilerinin Vergi Uyumuna Etkisi ve Türkiye.” *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 57*, no. 3 (2002).
- Varıcı, İdris ve Binici, Mehmet Emrah. “Kat Karşılığı İnşaat İşlerinde Vergi İdaresi ile Yargı Organları Arasındaki Anlaşmazlıklar ve Çözüm Analizleri.” *Küresel İktisat ve İşletme Çalışmaları Dergisi 6*, no. 12 (Kış-2017).

Üretim ve İş Sırlarını Hukuka Aykırı Olarak İfşa Etmek Suretiyle Haksız Rekabet*

Ali Atakan ÇARDAK**

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Bu çalışma Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programında Sayın Doç. Dr. Burçak YILDIZ tarafından verilen “Haksız Rekabet” dersi kapsamında hazırlanmış seminer çalışmasının gözden geçirilerek düzenlenmiş halidir. Bu nedenle ders ve yayın sürecinde desteğini esirgemeyen saygıdeğer hocam Doç. Dr. Burçak YILDIZ’a teşekkür ederim.

** Avukat (LLM), Ankara Barosu. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi. av.atakancardak@gmail.com.
ORCID: 0000-0002-2307-6513.

Makale geliş tarihi: 9 Haziran 2023 **Makale kabul tarihi:** 29 Ekim 2023

Atıf önerisi: Çardak, Ali Atakan. “Üretim ve İş Sırlarını Hukuka Aykırı Olarak İfşa Etmek Suretiyle Haksız Rekabet.” Ankara Barosu Dergisi 81, no. 4 (Cumhuriyet 100. Yıl Özel Sayısı, Ekim 2023): 431-464.

DOI: 10.30915/abd.1312219

ÜRETİM VE İŞ SIRLARINI HUKUKA AYKIRI OLARAK İFŞA ETMEK SURETİYLE HAKSIZ REKABET

ÖZ

Günümüzde hızla ilerleyen teknolojik gelişmelere paralel olarak tacirlerin üretim ve iş sırlarının korunması daha da önemli bir konu haline gelmiştir. Zira söz konusu teknolojik gelişmelerin sağladığı imkanlar kötüye kullanılarak tacirlerin ticari sır niteliğindeki üretim ve iş sırlarının ele geçirilmesi ve üçüncü kişilere ifşası tacirler yönünden büyük zararlara yol açabilmekte, aynı zamanda dürüst rekabet ortamını da bozmaktadır. Bu nedenle, üretim ve iş sırlarının korunması için yasal düzenlemelerin getirilmesi zorunludur. Türk hukukunda tacirlerin ticari sırlarının korunmasına ilişkin farklı yasal düzenlemeler bulunmaktadır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin düzenlemeleri arasında üretim ve iş sırlarının ifşasına ilişkin hükümler getirilmiştir. Bu kapsamda çalışmamızda, ticari sır niteliğindeki üretim ve iş sırlarının ifşası suretiyle meydana gelen haksız rekabet hali, Yargıtay'ın güncel içtihatları ışığında incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler:

haksız rekabet

üretim sırrı

iş sırrı

ticari sır

ifşa

UNFAIR COMPETITION BY UNLAWFUL DISCLOSURE OF PRODUCTION AND BUSINESS SECRETS

ABSTRACT

Today, in parallel with the rapidly advancing technological developments, the protection of production and business secrets has become a crucial issue. Because, the unlawful acquisition and disclosure of the production and business secrets by misusing the technological means may cause a loss to the owners of them as well as violate the fair competition principles. Therefore, it is crucial to set up the legal regulations for the protection of trade secrets. There are different legal regulations regarding the protection of trade secrets in Turkish Law. For instance, trade secrets are protected under the unfair competition provisions of Turkish Commercial Code no. 6102. In this scope, this study examines the unfair competition by unlawful disclosure of production and business secrets under the light of the recent Supreme Court decisions.

Keywords:

unfair competition

production secret

business secret

trade secret

disclosure

GİRİŞ

Günümüzün gelişen piyasa koşulları ve rekabet ortamında hayatta kalabilmek amacıyla tacirler günden güne değişen ve gelişen teknolojik bilgi ve sistemler, üretim yöntemleri ile üretim ve iş süreçlerine ilişkin sınırsız sayıda bilgi kullanmaktadırlar. Serbest piyasa aktörlerinin rekabet ortamında kendilerini ileriye taşımak için kullandıkları bu tür üretim ve iş süreçlerine ilişkin bilgilerin rakiplerinden ve kamudan gizli tutularak sır olarak kalmasında sahiplerinin menfaatinin bulunduğu açıktır. Zira, üretim ve iş süreçlerinde kullanılan, üçüncü kişilerce bilinmesi istenmeyen, gizli tutulan bu bilgilerin ele geçirilmesi, ifşa edilmesi veya kullanılması, bu gizli bilgilerin sır niteliğini ortadan kaldırarak bu sırların sahibi bakımından büyük zararlara sebep olabileceği gibi, dürüst rekabet ortamının bozulmasına da yol açmaktadır.

Günden güne değişen teknoloji sebebiyle bilgiye erişimin ve bilgi aktarımının giderek daha da kolay bir hale geldiği ve bu sayede söz konusu imkanları kötüye kullanmak suretiyle sırların daha rahat ele geçirilebildiği gözetildiğinde, üretim ve iş sırlarının korunmasının daha da büyük bir öneme sahip olduğu görülmektedir. Bu sebeplerle, sahibine ekonomik menfaat ve rakiplerine karşı üstünlük sağlayan sır niteliğindeki bu bilgilerin, gelişen teknolojik ilerlemeler ve piyasa koşullarında korunmasına yönelik yasal düzenlemelerin yapılması da zorunlu hale gelmiştir.

Hukuk sistemimizde üretim ve iş sırlarının da kapsamında yer aldığı ticari sırların korunması bakımından cezai ve hukuki birçok farklı düzenleme yer almaktadır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu^[1] (“TTK”) da bu yönde düzenlemeler getirerek, tacirlerin ve işletmelerin rekabet gücünün korunması ve serbest piyasanın sağlıklı gelişimi bakımından büyük önem taşıyan üretim ve iş sırlarını, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması amacıyla düzenlediği haksız rekabet hükümleri aracılığıyla koruma altına almaktadır.

TTK’da yer alan haksız rekabet kurallarının amacı, TTK m. 54/1’de, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması olarak ifade edilmiştir. Hükmün devamında, haksız rekabet genel olarak tanımlanmıştır. Buna göre rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerde aykırı davranış ve ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır. Söz konusu hükümde haksız rekabete sebep olan davranışların temel özelliğinin dürüstlük

[1] RG, 14.02.2011, S. 27846.

kuralına aykırı olmaları vurgulanarak; TTK m. 55 hükmünde dürüstlük kuralına aykırı kabul edilen haksız rekabet halleri sınırlı sayıda olmaksızın 6 bent halinde sayılmıştır. Sayılan bu haller arasında üretim ve iş sırlarının korunmasına ilişkin olarak TTK m. 55/1-b-3 ile 55/1-d düzenlemeleri yer almaktadır.

Çalışmamızın konusunu, TTK m. 55/1-d bendinde yer alan “üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek” suretiyle haksız rekabet hali oluşturmaktadır.

Maddede “üretim ve iş sırları” ifadesi kullanılmakla beraber, söz konusu kavramlar günümüzde ticari sır kavramını ifade eden oldukça geniş bir alanı kapsamakta olup, üretim ve iş sırları ile ticari sırrın anlamlarını belirleyerek sınırlarını çizmek, haksız rekabetin tespiti bakımından da önem taşımaktadır. Bu nedenle çalışmamızda ilk olarak haksız rekabet kavramı ve unsurları hakkında genel bir çerçeve çizildikten sonra, TTK m. 55/1-d hükmünde yer alan haksız rekabet hali, üretim ve iş sırları ile ticari sır kavramları arasındaki ilişki ortaya konularak Yargıtay içtihatları ışığında konu incelenecektir.

I. 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU KAPSAMINDA HAKSIZ REKABET KAVRAMI VE UNSURLARI

A) HAKSIZ REKABET KAVRAMI

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu^[2] (“ETTK”) m. 56’da haksız rekabet “aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suiistimali” olarak tanımlanmaktaydı. Ancak TTK m. 54 vd. hükümlerinde ETTK m. 56’dan farklı olarak haksız rekabet kavramını doğrudan tanımlanmamış, haksız rekabet hükümlerinin amaç ve ilkelerine yer verilmiştir.

ETTK’da yer alan tanımın çeşitli açılardan yetersiz görüldüğü ve bu sebeple tanımın TTK’ya alınmadığı öğretilde belirtilmektedir.^[3] Gerçekten de TTK m. 54’ün gerekçesinde, eski Kanun’da yer alan tanım birçok yönden eleştirilmektedir. Bu kapsamda, ETTK m. 56’da yer alan tanımdaki “*iktisadi rekabet*” kavramının hukuki bir kavram olmadığı ve içeriğinin

[2] RG, 09.07.1956, S. 9353.

[3] Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 25. Baskı, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, 2022), 326.

belirsiz olduğu, rakipler arası rekabeti akla getirdiği, eski tanımdaki anlam ağırlığının “suistimal”de bulunduğu ve bunun haksız rekabetin uygulama alanını daralttığı, ancak yeni düzenleme ile “dürüstlük kuralına” ağırlık verildiği ifade edilmiştir.^[4] Bu doğrultuda, TTK m. 54 hükmünde getirilen “dürüst ve bozulmamış rekabet” kavramı ile, ETTK m. 56’dan farklı olarak hukuken tanımlanabilir bir rekabet vurgulanmak istenmiştir.^[5]

Bu gerekçelerle, TTK m. 54/2’de, haksız rekabete ilişkin temel ilkeyi gösteren ve haksız rekabetin tespitinde doğrudan uygulanabilen bir genel hüküm getirilmiştir.^[6] Buna göre, “*Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır.*”

TTK m. 54/2’de yer alan genel ilkeden anlaşılacağı üzere, TTK’da yer alan haksız rekabet kavramının tanımlanmasında dürüst davranma kuralı belirleyici bir ölçüttür.^[7] Nitekim, TTK m. 54/1 maddesinde, haksız rekabet

[4] TTK m. 54 gerekçesi için bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 96, s. 86 (<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf> – Erişim tarihi 23.10.2022); TTK m. 54 gerekçesinde yer alan bu ifadeler de eleştirilmekte ve haksız rekabet hükümleri ile korunmak istenenin ETTK döneminde olduğu gibi iktisadi rekabet olduğu, ayrıca gerekçede belirtildiğinin aksine, ETTK döneminde de haksız rekabetten söz edilebilmesi için fail ile mağdur arasında rekabet ilişkisi zorunlu kabul edilmemekteydi Bkz. Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya ve F. Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku*, 7. Baskı (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021), 554; Arkan, *Ticari İşletme*, 326, dn 4.

[5] Her ne kadar TTK m. 54 gerekçesinde yer alan iktisadi rekabet kavramına ilişkin eleştirilerden TTK’daki haksız rekabet hükümlerinin artık iktisadi rekabeti koruma amacı gütmeyeceği anlaşılrsa da, eskiden olduğu gibi TTK’da yer alan haksız rekabete ilişkin hükümlerle korunan menfaatler kapsamında da iktisadi rekabet yer almaktadır. Bkz. Füsun Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016), s. 80 vd; İbrahim Bektaş, “Haksız Rekabet Hukukunda Dürüst ve Bozulmamış Rekabeti Sağlama Amacı (TTK m. 54) ve ‘İşleyen Rekabet’ Ölçütü,” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 34, no. 3 (2018): 286.

[6] Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, 96.

[7] Arkan, *Ticari İşletme*, 327; Reha Poroy ve Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 15. Baskı (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015), 332; Şirin Güven, “6102 sayılı Türk

hükümlerinin amacı “*bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması*” olarak ifade edilerek dürüstlük kuralı haksız rekabet hükümlerinin amacı bakımından da vurgulanmıştır. Dürüst rekabet kavramı, rekabet ortamındaki davranışların ahlaklı ve dürüst olmasını ifade ederken; bozulmamış rekabet kavramı ile düzgün işleyen hilesiz bir rekabet ortamının amaçlandığı vurgulanmıştır.^[8] Bu doğrultuda, hukuka uygun ve bozulmamış rekabet ortamına dahil olan bütün katılanlar, piyasadaki tüm aktörlerin dürüstlük kuralına uygun davranacağına dair haklı güvene sahip olup, bu güvene aykırı hareket edilmesi ise haksız rekabete yol açmaktadır.^[9]

Hükümde yer alan “bütün katılanlar” ifadesi ile, rekabet hukukunun ünlü üçlüsü olan ekonomi, tüketici ve kamu kastedilmiştir.^[10] Bu sayede haksız rekabetin sosyal yönü olarak ifade edilen, haksız rekabet kurallarının yalnızca rakipleri değil, rekabet sürecine dahil olan tüm ilgilileri koruyucu nitelikte olduğu yaklaşımı TTK’ya yansıtılmıştır.^[11]

TTK m. 54/2’den hareketle, öğretide haksız rekabet, rakipler arasında veya tedarik edenler ile müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen

Ticaret Kanunu’nun Haksız Rekabete Dair Düzenlemelerinin Amacı ve Koruduğu Menfaatler Çerçevesinde Dürüst ve Bozulmamış Rekabet Kavramı,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18, no. 2 (2012): 81.

- [8] Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, 82; Paksoy’a göre dürüst ve bozulmamış rekabetten anlaşılması gereken, işlevsel bir rekabettir. Bkz. M. Sermin Paksoy, *Sözleşmeyi İhlale Yöneltilme*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 156; Dürüst ve bozulmamış rekabet kavramları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bektaş, “Dürüst ve Bozulmamış Rekabet,” 287 vd.
- [9] Arkan, *Ticari İşletme*, 327; Celal Göle ve Ali Bozer, *Ticari İşletme Hukuku*, 5. Baskı, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2018), 191; Dürüst ve bozulmamış rekabet ifadesinin anlamları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Güven, “Rekabet Kavramı,” 176 vd.
- [10] Güven, “Rekabet Kavramı,” 176.
- [11] Arkan, *Ticari İşletme*, 326; Cahit Suluk, Rauf Karasu ve Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 2. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 423; Güven, “Rekabet Kavramı,” 177; Bektaş, “Dürüst ve Bozulmamış Rekabet,” 280.

aldatıcı veya dürüstlük kuralına aykırı davranış ve ticari uygulamalar olarak tanımlanmaktadır.^[12]

B) HAKSIZ REKABETİN UNSURLARI

Yukarıdaki tanımlamadan hareketle, haksız rekabetin meydana gelebilmesi için; ticari nitelik taşıyan davranış veya uygulamanın mevcut olması, ticari davranış veya uygulamanın aldatıcı ya da dürüstlük kuralına aykırı olması, söz konusu davranış ve ticari uygulamaların rakipler veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkilemesi unsurlarının birlikte varlığı aranmaktadır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, haksız rekabetin meydana gelebilmesi için, dürüstlük kuralına aykırı davranış veya uygulamaları gerçekleştiren kişinin kusurlu olması veya bir menfaat elde etmiş olması gerekmediği gibi, haksız rekabete uğrayanın zarar görmüş olması da zorunlu değildir.^[13] Haksız rekabete uğrayanın zarar görmesi koşulu, kural olarak tazminat davalarında aranan bir şarttır.^[14]

[12] Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, s. 79; Fatih Bilgili ve Ertan Demirkapı, *Ticaret Hukuku Bilgisi*, 10. Baskı, (Bursa: Dora Yayınları, 2016), 133; Ahmet Galip Kaplan, *Elektronik Ortamda İşlenen Haksız Rekabet Halleri*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 32; Mimaroglu ise haksız rekabeti “*Rakipleri ezmek ve onları ekonomik faaliyet alanından uzaklaştırmak amacı ile ve iyi niyet kurallarına aykırı şekilde başvurulmuş, kanuna, nizama ve geleneğe göre kabul edilmesi mümkün olmayan hareket ve fiillerin tümü*” şeklinde tanımlamaktadır. S. Kemal Mimaroglu, *Ticaret Hukuku C. 1*, 3. Baskı, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1978), 375; Arkan’a göre ise haksız rekabet “*rakipler, tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen, dürüstlük kuralına aykırı her tür davranış*”tır. Bkz. Arkan, *Ticari İşletme*, 327.

[13] Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, 119; Kemal Şenocak: “Haksız Rekabet Açısından Boykot,” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 15, no. 1 (2009): 81.

[14] Arkan, *Ticari İşletme*, 327; Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet*, 424; Konuyla ilgili olarak Yargıtay da bir kararında “*6102 sayılı TTK’nın 56/1 maddesi gereğince, haksız rekabete ilişkin davalarda, zarar tazmini dışındaki istemlerde eylemi gerçekleştirenin kusuru aranmaz*” şeklinde karar vermiştir. Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2019/5303, K. 2020/629, 21.01.2020, www.sinerjimevzuat.com.tr, Erişim tarihi 26.11.2022.

1- Ticari Nitelik Taşıyan Davranış veya Uygulamaların Mevcut Olması

Öncelikle belirtmek gerekir ki, TTK m. 54/2'de yer alan ticari davranış ve uygulamalar, TTK m. 3'te ifade edilen ticari işler ile aynı anlamda kullanılmamaktadır. Zira, haksız rekabet hükümleri, rekabet ortamını, piyasayı, diğer bir deyişle ticari hayatı etkileyen veya etkileme ihtimali olan davranış ve uygulamaları hedef almaktadır. Bu nedenle, TTK m. 54/2'de yer alan "ticari davranış ve uygulama" ifadesi ile kastedilen, rekabeti ve ticari hayatı etkileyen veya etkileme ihtimali olan davranış ve uygulamalardır.^[15] Bu doğrultuda, davranış ile kastedilen rekabeti ve piyasayı etkileyen hukuki işlemler, sözlü veya yazılı eylemler, yapma ve yapmama fiilleri iken; ticari uygulamalar ise davranış niteliği taşımayan ancak "cezbeden ticari avantajlar, küçük indirimler" gibi pazarlama yöntemlerini ifade etmektedir.^[16]

Söz konusu davranış ve uygulamaların ticari hayatı etkilemesi veya etkileme ihtimali bulunması zorunlu olmakla beraber bunun için tarafların mutlaka tacir olmasına gerek yoktur.^[17] Uygulamada haksız rekabetin genellikle birbirine rakip esnaf veya tacir işletme sahipleri arasında meydana geldiği görülse de, söz konusu davranış veya uygulamaların ticari nitelikte kabul edilerek rekabeti etkileyebilmesi için TTK m. 3 ve m. 19 anlamında ticari iş niteliğinde olması veya rakipler arasında meydana gelmesi zorunlu değildir.^[18] Önemli olan, eylemin ticari hayatı etkileyerek rekabetin işleyişini bozabilecek nitelikte olmasıdır.^[19] Bu kapsamda, tacir olmayan bir kimsenin, örneğin bir esnafın, bir derneğin ve bir tüketicinin davranış ve uygulamaları da rekabet ortamını etkiledikleri veya etkileme ihtimali bulunduğu takdirde haksız rekabet meydana getirebilmektedir.^[20]

[15] Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, 100.

[16] Ünal Tekinalp, "Yeni Haksız Rekabet Hukukunda Amaç İlke ve Üç Boyutluluk," içinde *Prof. Dr. Seza Reisoğlu Armağanı*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, 2016), 38.

[17] Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, 100.

[18] M. Ali Aksoy, "Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti," (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi 2011), 44; Güven, "Rekabet Kavramı," 182.

[19] Güven, "Rekabet Kavramı," 182.

[20] Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, 100.

2- Davranış veya Uygulamanın Aldatıcı veya Dürüstlük Kuralına Aykırı Olması

TTK'da, ETTK'dan farklı olarak, “*suistimal*” kavramı yerine, “*dürüstlük kuralı*” kavramına yer verilmiştir. Bu kapsamda, dürüst davranış kuralı, haksız rekabetin varlığının tespitinde önem taşımakta olup, hangi davranış ve uygulamaların haksız rekabet oluşturduğunun tespiti dürüstlük kuralı kriterine göre belirlenmektedir. Bu nedenle, ticari nitelikteki davranış veya uygulamanın haksız rekabete sebep olabilmesi için 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu^[21] (“TMK”) m. 2'de ifadesini bulan dürüstlük kuralı esas alınmaktadır.^[22] Dürüstlük kuralına aykırı davranışlar iş etiğine, doğruluğa ters düşebileceği gibi aldatıcı veya yanıltıcı nitelik de taşıyabilirler.^[23]

Ancak, haksız rekabet hukukundaki dürüstlük kuralları, TMK m. 2/1'de yer alan dürüstlük kuralı ile her zaman örtüşmeyebilir.^[24] Zira, TTK m.54'ün gerekçesinde ifade edildiği üzere TMK m. 2 anlamında dürüstlük kuralı sözleşmeden doğan ve taraflar arasındaki ilişkide var olan güvenle ilişkili olmasına karşın haksız rekabet hukukunda bu anlamda bir taraf mevcut olmayabileceği gibi, bir haksız fiilin söz konusu olması da mümkündür.^[25]

TTK. m.54/2 hükmünde dürüstlük kuralına aykırı davranışlarla birlikte, dürüstlük kuralına aykırı ticari uygulamaların da haksız rekabet meydana getireceği ifade edilmiştir. Haksız rekabetin söz konusu olabilmesi için sayılan bu iki durumdan birisinin mevcudiyeti yeterlidir.^[26]

[21] RG, 08.12.2001, S. 24607.

[22] Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, 108.

[23] Hamdi Yasaman, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Haksız Rekabet ile İlgili Getirdiği Yenilikler,” içinde *Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu*, (İstanbul: Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2012), 35.

[24] Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet*, 424.

[25] Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet*, 424.

[26] Göle ve Bozer, *Ticari İşletme*, 213.

3- Davranış veya Uygulamanın Rakipler Arasındaki veya Tedarik Edenlerle Müşteriler Arasındaki İlişkileri Etkilemesi

Dürüstlük kuralına aykırı davranış ve ticari uygulamaların haksız rekabet oluşturabilmesi için, rakipler veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri de etkilemesi gerekmektedir.

TTK m. 54/2'de yer alan bu şart ile aynı zamanda haksız rekabetin varlığı için taraflar arasında rekabet ilişkinin gerekmediği hususu vurgulanmaktadır.^[27] Buna karşın, taraflar rakip olmasa dahi söz konusu davranış ve ticari uygulamaların rekabet ortamına olumsuz etkide bulunması gerekir. Bu nedenle rekabet ortamına etki etmeyen kişisel davranışlar haksız rekabet oluşturmamaktadır.

II. ÜRETİM VE İŞ SIRLARINI HUKUKA AYKIRI OLARAK İFŞA ETMEK

A) GENEL OLARAK

Üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek, TTK'nın 55/I-d hükmünde bir haksız rekabet hali olarak düzenlenmiştir. Söz konusu haksız rekabet hali ilgili hükümde “*Üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek; özellikle gizlice ve izinsiz olarak ele geçirdiği veya başkaca hukuka aykırı bir şekilde öğrendiği bilgileri ve üretenin iş sırlarını değerlendiren veya başkalarına bildiren dürüstlüğe aykırı davranmış olur*” şeklinde ifade edilmiştir.

Belirtilen düzenlemede haksız rekabet olarak kabul edilen asıl davranış “*üretim veya iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek*” eylemidir.^[28] Bununla beraber, maddede “*Gizlice ve izinsiz olarak ele geçirdiği veya başkaca hukuka aykırı bir şekilde öğrendiği bilgileri ve üretenin iş sırlarını değerlendiren veya başkalarına bildiren dürüstlüğe aykırı davranmış olur.*”

[27] Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, 114; TTK'da yer alan “Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen” ifadesi ile taraflar arasında rekabet ilişkisinin zorunlu olmadığı hususu vurgulansa da öğretide ifade edildiği üzere bu durum Türk hukuku yönünden bir yenilik olmayıp, ETTK döneminde de taraflar arasında rekabet ilişkisinin varlığının gerekli olmadığı kabul edilmekteydi. Bu nedenle, TTK 54/2'de yer alan bu ifadenin gereksiz olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Abuzer Kendigelen, *Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012) 80; Arkan, *Ticari İşletme*, 326.

[28] Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, 330.

düzenlemesi ile bu haksız rekabet halinin özel bir örneği de hüküm altına alınmıştır.^[29]

TTK m. 55/1-d hükmü hukukumuzda tamamen yeni olmayıp, ETTK m. 57/8'de buna paralel bir düzenleme bulunmaktaydı. Üretim ve iş sırlarının hukuka aykırı olarak ifşası, ETTK m. 57/8'de, “*Hüsünüyet kaidelerine aykırı bir şekilde elde ettiği veya öğrendiği imalat veya ticaret sırlarından haksız yere faydalanmak veya onları başkalarına yaymak*” şeklinde düzenlenmekteydi.

Haksız rekabet hükümleri arasında üretim ve iş sırlarını koruyucu tek hüküm TTK m. 55/1-d değildir. TTK m. 55/1-b-3 hükmünde “İşçileri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri, işverenlerinin veya müvekkillerinin üretim ve iş sırlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yöneltmek” de bir haksız rekabet hali olarak düzenlenmiştir. Bu iki hüküm birbirini tamamlayıcı niteliktedirler.^[30] Zira, TTK m. 55/1-b-3 hükmü, üretim ve iş sırlarını elde etmeyi esas alırken, TTK m. 55/1-d hükmü, bunları kullanmayı esas almaktadır.^[31]

B) UNSURLARI

Üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek suretiyle haksız rekabetin gerçekleşmesi için kanun koyucu iki unsur aramıştır. Bunlar, mevcut bir üretim veya iş sırrının varlığı ile üretim veya iş sırrının hukuka aykırı olarak ifşasıdır.^[32]

Haksız rekabetin meydana gelmesi için üretim veya iş sırrını açıklayan kişinin bir menfaat sağlamış olması, rakip tarafından gerçekleştirilmesi, kusurlu olması veya ifşa edilen sırların hukuka aykırı olarak ele

[29] Hediye Bahar Sayın, “Haksız Rekabet Hukuku Açısından Üretim ve İş Sırrının Hukuka Aykırı Olarak İfşası,” *Terazi Hukuk Dergisi* 12, no. 136 (2017): 37.

[30] Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, 330; N. Hilal Çelik, “Haksız Rekabet,” içinde *Prof. Dr. Duygun Yarsuvat'a Armağan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no. 2, (2012): 679.

[31] Bkz. TTK m. 55 gerekçesi, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 96, s. 86 (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf> – Erişim tarihi 23.10.2022).

[32] Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, s. 331; Sayın, “İfşa,” 37.

geçirilmiş olması gerekmediği gibi, sır sahibinin zarar görmüş olması şartı da aranmamaktadır.^[33]

Belirtilen bu hususlar ışığında, üretim veya iş sırlarının hukuka aykırı bir biçimde, sözleşmeden veya kanundan doğan bir sır saklama yükümlülüğü ihlal edilerek ifşa edilmesi halinde, sırları ifşa edilen kişinin zarar görüp görmediğinden ve ifşa edenin bundan bir menfaat sağlayıp sağlamadığından bağımsız olarak haksız rekabet meydana gelmektedir.

1- Üretim ve İş Sırrı

a) Genel Olarak

TTK m. 55/1-d anlamında haksız rekabetin gerçekleşebilmesi için birinci şart, bir üretim veya iş sırrının varlığıdır. Bu kapsamda, haksız rekabetin meydana gelip gelmediğinin tespitinde, somut olayda bir üretim veya iş sırrının söz konusu olup olmadığının tespiti önem taşımaktadır.

“Sır”, kelime anlamı olarak varlığı veya bazı yönleri açığa vurulmak istenmeyen, gizli kalan, gizli tutulan, aksi durumda sahibinin menfaatini zedeleyebileceği düşünülen şey anlamına gelmektedir.^[34]

Bu tanımdan hareketle, öğretilen üretim ve iş sırları, bir kişinin veya işletmenin bir malın üretilmesinde veya ilgili işin organizasyonunda kullandığı,

[33] Sayın, “İfşa,” 41; Çelik, “Haksız Rekabet,” 661; Yargıtay da bir kararında bu hususu “... Haksız eylemin özel bir türü olan haksız rekabeti oluşturan eylemin kim tarafından, hangi şekilde, hangi yolla meydana getirilmiş olduğunun bu eylemin sübutu açısından bir önemi bulunmayıp, yapılan eylemin haksız olarak bir ticari işletmeye, ticari faaliyete zarar verip vermediği, güven içinde devam etmesi, işlemesi gerekli ticari rekabet ortamını bozup bozmadığı hususu üzerinde durulmalıdır.” şeklinde ifade etmiştir. Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E.2008/9072, K.2010/591, 21.02.2010, www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi 19.11.2022.

[34] Bkz. Türk Dil Kurumu (<https://sozluk.gov.tr> – Erişim tarihi 29.10.2022); Sır kavramının kökeni hakkında bkz. Arslan Kaya, “Ticaret Hukukunda Sır ve Bilgi Edinme Hakkı,” içinde *Türkiye Barolar Birliği Bilgi Edinme Paneli*, (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2004), 131 vd.; Sır kavramının unsurları ve karşılaştırmalı hukukta sır kavramının tanımları hakkında bkz. A. Elif Gürbüz Usluel, *Türk Özel Hukukunda Özellikle Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009), 4 vd.

saklanması haklı bir menfaatinin bulunduğu ve bu menfaatin kişinin açık veya örtülü iradesinden anlaşılabilirdiği bilgiler olarak tanımlanmaktadır.^[35]

İfşası suretiyle haksız rekabete sebep olunan bilgilerin üretim veya iş sırrı niteliği taşıması için şu dört unsuru birlikte barındırması gerekmektedir; ifşaya konu bilginin üretim süreciyle veya işletmenin iş organizasyonu ile ilgili olması, bu bilginin sınırlı sayıda kişinin erişiminde bulunması, diğer bir ifadeyle, gizli olması, söz konusu bilginin gizli kalmasında sır sahibinin ekonomik bir menfaatinin bulunması, bilginin gizli kalmasında sır sahibinin menfaatinin bulunduğu açık veya örtülü olarak anlaşılabilir olması.

Öğretide belirtilen bu tanım Kanun'un amacı ile de örtüşmektedir. Zira, TTK m. 55'in gerekçesinde ifade edildiği üzere, haksız rekabet hukukunu temellerinden ilkelerden birisi "emek ilkesi" olup, getirilen düzenlemeler ile başkalarının emeğinden, iş, sonuç ve deneyimlerinden haklı olmayan yararlanmaların önlenmesi amaçlanmaktadır.^[36] Dolayısıyla, üçüncü kişilerce öğrenildiği takdirde sahibinin zarar görme ihtimali bulunan, gizli tutulan, işletmenin ekonomik hayatı ve verimliliği için önemi bulunan, bu kapsamda sır sahibinin emeğinin ve deneyiminin sonucu olan her türlü bilgi ve belge, üretim ve iş sırrı kapsamında kabul edilmekte ve belirli koşullarda ifşası haksız rekabete sebep olmaktadır.^[37]

TTK m. 55/1-d anlamında üretim ve iş sırları, sadece hiç bilinmeyen sırları değil, ayrıca uzun bir çalışma sonucunda elde edilebilen bilgileri de kapsamaktadır. İşletmenin üretim, organizasyon ve yönetim alanlarında ürettiği teknik ve ticari bilgi ve tecrübeler, know-how, üretim ve iş sırlarının önemli

[35] Paksoy, *İhlale Yöneltilme*, 226; Canan Küçükali: "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Bir Haksız Rekabet Türü Olarak 'Üretim ve İş Sırlarının İfşası,'" *Terazi Hukuk Dergisi* 17, no. 185 (2022): 85; Muhammed Sulu, *Ticari Sırların Korunması*, 2. Baskı, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 22; Safiye Nur Bağrıaçık, *Üretim ve İş Sırlarının Korunması*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 6; Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, 298.

[36] Bkz. TTK m. 55 gerekçesi.

[37] Sayın, "İfşa," 38.

bir bölümünü oluşturmaktadır.^[38] Ayrıca sırrın tamamen orijinal nitelikte olması da haksız rekabetin gerçekleşmesi için aranan bir unsur değildir.^[39]

Sahibinin hukuka aykırı menfaatlerine ilişkin olan veya suç oluşturan sırlar, üretime veya işletmeye ilişkin olsalar dahi haksız rekabet hukuku anlamında üretim ve iş sırrı olarak kabul edilmemektedir.^[40] Zira burada korunan menfaat, sır sahibinin hukuken korunmaya değer, haklı bir menfaattir.^[41] Bu nedenle mevzuatta belirtilen standartlara aykırı üretim yöntemleri kullanılan bir şirketin söz konusu üretim yöntemlerinin ifşası halinde, sır sahibi TTK'nın haksız rekabete ilişkin hükümlerinin sağladığı hukuki korumadan yararlanamamaktadır.^[42]

TTK 55/1-d maddesi ile her türlü sır değil, “üretim ve iş sırları” korunmuş olup, bu nedenle tacirin ve işletmenin çalışanlarının şahsi sırları bu madde kapsamında korunmamaktadır.^[43]

Daha önce açıklandığı üzere, TTK ile getirilen haksız rekabet düzenlemeleri ile yalnızca tacirlerin veya rakiplerin menfaatleri korunmamakta, rekabet sürecine dahil olan tüm ilgilileri koruyucu bir yaklaşım benimsenmektedir. Bu nedenle, ticari işletme niteliği taşımayan esnaf işletmelerinin üretim ve iş süreçlerinde kullanılan, gizli kalmasında sahibinin ekonomik menfaati bulunan sırların da TTK m. 55/1-d kapsamında üretim ve iş sırrı olarak değerlendirileceği açıktır.

b) Üretim Sırrı

Mevzuatta “üretim sırrı” kavramının tanımı yapılmamakla beraber, öğretilerde “üretim sırrı” bir malın üretilebilmesi için gerek duyulan her türlü

[38] Arkan, *Ticari İşletme*, 333; Serhan Dinç: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabet Davaları,” *Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 2 (2015): 157.

[39] Arkan, *Ticari İşletme*, 333.

[40] Paksoy, *İhlale Yönelme*, 228.

[41] Gürbüz Usluel, *Ticari Sır*, 11.

[42] Gürbüz Usluel, *Ticari Sır*, 11.

[43] Paksoy, *İhlale Yönelme*, 228.

teknik bilgi olarak ifade edilmektedir.^[44] Bu kapsamda üretim sırrı, üretim aşamasında önem taşıyan teknik sırlardır. Yukarıda sır kavramına ilişkin olarak yaptığımız açıklamalar doğrultusunda, üretimde kullanılan söz konusu teknik bilgilerin sır kabul edilebilmesi için gizli olmaları, başkaları tarafından kolaylıkla öğrenilemeyecek olmaları ve gizli kalmasında sır sahibinin menfaatinin bulunması gerekmektedir.^[45]

Üretim sırlarına örnek olarak üretimde kullanılan tüm usul ve üretim yöntemleri, metodlar, formüller, modeller, araştırma sonuçları, sayısal çizelgeler, müşteri listesi,^[46] reklam stratejileri, personel yapısı, stok bilgileri verilebilmektedir.^[47]

Öğretide belirtilen üretim sırrı örnekleri elbette sınırlı sayıda olmayıp, ticari hayattaki çeşitlilik dikkate alındığında, üretim sırlarının tam olarak tespiti de mümkün değildir. Haksız rekabet iddiasına konu olan bilginin üretim sırrı olup olmadığının tespiti, yukarıda belirtilen unsurlar doğrultusunda somut olayın özellikleri dikkate alınarak mahkemece yapılmakta, bu noktada haksız rekabete konu olduğu iddia edilen bilginin üretim sırrı olduğu davacı tarafından ispat edilemediği takdirde mahkemelerce haksız rekabet iddiaları reddedilmektedir. Zira Yargıtay'ın bir kararına konu olan olayda davacı uzun yıllardır kendisine özel ve gizli bir formül ile tatlı üretimi yaptığını iddia etmekle beraber, Yargıtayca “*davacı tarafça üretilen tatlı ürününün ticari sır niteliğinde bir üretim metodu olduğu ve bunun*

[44] M. Emin Bilge, *Ticari Sırların Korunması*, (Ankara: Asil Yayıncılık, 2005), 37; Sinan Sarıkaya, *Haksız Rekabet Hukukunda Sözleşmeyi İhlale veya Sona Erdirmeye Yönelme*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015), 128; Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, 298; Paksoy, *İhlale Yönelme*, 227; Bağrıaçık, *Üretim ve İş Sırları*, 16.

[45] Bağrıaçık, *Üretim ve İş Sırları*, 17.

[46] İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, bir kararında bu hususla ilgili olarak “Bir kimsenin şirkette çalıştığı dönemde edindiği ticari sır kapsamında olan müşteri portföyünü aynı sektörde faaliyet gösteren bir başka şirketteki çalışmaları esnasında kullanması haksız rekabet teşkil edecektir.” şeklinde hüküm kurmuştur. Bkz. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, 14. Hukuk Dairesi, E.2019/1405, K.2021/1320, 04.11.2021, www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi 10.11.2022.

[47] Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, 9; Küçükali, “İş Sırlarının İfşası,” 85; Sayın, “İfşa,” 38; Paksoy, *İhlale Yönelme*, 227; Bağrıaçık, *Üretim ve İş Sırları*, 17.

davalı tarafça haksız bir şekilde elde edilerek üretilmek suretiyle piyasaya sunulduğu hususu kanıtlanamamıştır” şeklinde hüküm verilmiştir.^[48]

c) İş Sırrı

“İş sırrı” kavramı da üretim sırrı gibi mevzuatta tanımlanmış değildir. Öğretide ise iş sırrı, işletmenin yönetiminden kaynaklanan, onun ticari hayatı ile bağlantılı olan ve işletme açısından önem taşıyan bilgi ve deneyimler olarak ifade edilmektedir.^[49]

Bununla beraber, işletmeyle ilgili tüm bilgiler iş sırrı niteliğinde olmayıp, kamuya mal olmamış, işverence üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesi istenmeyen, gizli tutulan ve gizli kalmasında işverenin menfaati bulunan işletmeye ait bilgiler bu kapsamda iş sırrı olarak nitelendirilmektedir.^[50]

Yapılan tanımlardan da görüldüğü üzere, üretim ve iş sırrı kavramları arasında kesin bir ayırım yapmak mümkün değildir. Öğretide bu kavramların birbirlerini tamamlayan ve sahibine geniş bir koruma sağlamaya yönelik kavramlar oldukları belirtilmektedir.^[51] Bu kapsamda üretim sürecine dahil olan veya olmayan ekonomik veriler, özel üretim usulleri, bilgisayar yazılım ve programları, şirketin yönetim ve finansman stratejileri, ürün temin etme

[48] Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2014/12659, K. 2015/9431, 17.09.2015, www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi 30.10.2022.

[49] Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, 298; Paksoy, *İhlale Yöneltilme*, 226; Küçükali, “İş Sırlarının İfşası,” 85; Fatih Uşan, *İş Hukukunda İşçinin Sır Saklama Yükümlülüğü*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003) 289; Arzu Arslan Ertürk: *Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 289; Salih Önder Yeşiltepe, “Ticari Sır- İş Sırrı,” içinde *Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan*, (İstanbul: Beta Basım, 2006), 29; Yargıtay da bir kararında şirketlerin iş sırrını “*Buna göre, her türlü iktisadi maksat ve konular için kurulan ve gayesi ticari yani kâr amacına yönelik anonim şirketlerin imalatta, ticarete ve sürümde özel bilgileri, becerileri ve yöntemleri itibarıyla diğer kurum ve işletmelere karşı rekabet gücünü korumak amacı güdüldüğü açık bulunmaktadır. Bu itibarla şirket iş sırrının da bu gibi konularla ilgili faaliyet, durum ve muamelelere taalluk etmesi gerekir...*” şeklinde ifade etmiştir. Bkz. Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, E. 1986/17826, K. 1987/4019, 08.04.1987, www.sinerjimevzuat.com.tr, Erişim tarihi 22.11.2022.

[50] Bağrıaçık, *Üretim ve İş Sırları*, 18.

[51] Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, 298.

yöntem ve kaynakları, şirketin organizasyon yapısı iş sırlarına örnek olarak gösterilmektedir.^[52]

Bununla beraber, diğer firmalarca bilinen veya toplumun bilgisi dahilinde olan bilgilerin sır olarak kabulü mümkün değildir. Diğer bir deyişle, kamuya açık olan ve/veya kısa bir araştırma neticesinde kolaylıkla ulaşılabilecek bilgiler “üretim veya iş sırrı” olarak kabul edilmemektedir. Zira, Yargıtay, ETTK döneminde vermiş olduğu bir kararında “*toplumun bilgisi dahilinde olmama veya ilgili alanda rakip firmalarca bilinmeme*” hususlarının ticari sır kavramının en önemli unsurunu oluşturduğuna hükmetmiştir.^[53]

Yargıtay, daha yakın tarihli bir kararında ise, iş sırrı kavramı içinde kabul edilmeyen birtakım bilgileri belirlemiş olup; işçinin kendi mesleki bilgi ve deneyimi, sektörde faaliyet gösteren pek çok firmada az çok bulunabilecek bilgiler ve benzer üretim tekniklerinin rekabet yasağıyla korunacak iş sırlarından olmadığına karar vermiştir.^[54]

d) Ticari Sır Kavramı ile Üretim ve İş Sırrı Kavramlarının İlişkisi

Ticari sır kavramı, ticari hayatta ve her geçen gün gelişen teknoloji sebebiyle işletmeden işletmeye ve kişiden kişiye farklılık göstermekte ve her somut olayda farklı değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle ticari sır kavramının kesin bir tanımı yürürlükte olan mevzuatımızda yer almamaktadır.

[52] Paksoy, *İhlale Yöneltilme*, 227; Bağrıaçık, *Üretim ve İş Sırları*, 19.

[53] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E.2004/7827, K.2005/5755, 02.06.2005, www.sinerjimevzuat.com.tr, Erişim tarihi 28.10.2022; Benzer olarak, TÜRKPATENT nezdinde tescil edilerek alenileşen tasarımlar Yargıtay tarafından üretim sırrı olarak kabul edilmemektedir. Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E.2016/4433, K.2017/6926, 05.12.2017, www.sinerjimevzuat.com.tr, Erişim tarihi 09.11.2022: “*Somut olayda, isnat olunan eylem davacı tarafa ait tescilli tasarımların aynı ya da benzerinin davalılar tarafından rakip işyerinde üretilmesi olup, zaten tasarım tescili aşamasında yetkili makam olan Türk Patent ve Marka Kurumu tarafından yayınlanmak suretiyle aleni olan pasta tasarımları sebebiyle herhangi bir üretim sırrının kullanıldığından söz edilemeyeceği ...*”.

[54] Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E.2015/4817, K.2015/12418, 23.11.2015, www.sinerjimevzuat.com.tr, Erişim tarihi 28.10.2022.

Bununla birlikte, Türk hukukunda henüz yürürlüğe girmemiş olan Ticarî Sır, Banka Sırrı, Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı'nda^[55] (“Tasarı”) ticari sırrın tanımı yapılmaktadır. Tasarı'nın “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinin (a) bendinde yer alan tanımda ticari sır “*Bir ticarî işletme veya şirketin faaliyet alanı ile ilgili yalnızca belirli sayıdaki mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen, elde edilebilen, özellikle rakipleri tarafından öğrenilmesi halinde zarar görme ihtimali bulunan ve üçüncü kişilere ve kamuya açıklanmaması gereken, işletme ve şirketin ekonomik hayattaki başarı ve verimliliği için büyük önemi bulunan; iç kuruluş yapısı ve organizasyonu, malî, iktisadî, kredi ve nakit durumu, araştırma ve geliştirme çalışmaları, faaliyet stratejisi, hammadde kaynakları, imalatının teknik özellikleri, fiyatlandırma politikaları, pazarlama taktikleri ve masrafları, pazar payları, toptancı ve perakendeci müşteri potansiyeli ve ağları, izne tâbi veya tâbi olmayan sözleşme bağlantılarına ilişkin veya bu gibi bilgi ve belge*” olarak tanımlanmıştır.^[56] Tasarı'nın gerekçesinde, ticari sır kavramının ayrıntılı bir şekilde tanımı yapılarak anlam ve kapsamının belirlenmesinde yaşanabilecek tereddütlerin engellenmesinin amaçlandığı belirtilmiştir.

Öğretide ise ticari sır kavramı; tacir tarafından oluşturulan, bir ticari işletme veya şirketin faaliyet alanı ile ilgili olan ve tacirin ekonomik hayattaki başarı ve verimliliği bakımından büyük önem taşıması sebebiyle gizli tutulan, yalnızca sınırlı bir çevre tarafından bilinen ve gizli kalmasında tacirin menfaati bulunan her türlü bilgi olarak tanımlanmaktadır.^[57]

[55] Ticarî Sır, Banka Sırrı, Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı ve Gerekçesi için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0483.pdf> – Erişim tarihi 05.11.2022.

[56] Ticari sır kavramı ayrıca Rekabet Kurumu Başkanlığı'nın Dosyaya Giriş Hakkının Düzenlenmesine ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğ'in (“Tebliğ”), (RG, 18.04.2010, S. 27556) “Genel esaslar” başlıklı 12. maddesinde “teşebbüslerin faaliyet alanları ile ilgili olan ve gizli tutma iradesine sahip oldukları, yalnızca belirli ve kısıtlı bir kesim tarafından bilinen ve elde edilebilen, başta rakipleri olmak üzere üçüncü kişilere ve kamuya açıklanması halinde ilgili teşebbüsün ciddi zarar görme ihtimali bulunan her türlü bilgi ve belgedir.” şeklinde tanımlanmaktadır.

[57] Bilge, *Sırların Korunması*, 5; Gürbüz Usluel, *Ticari Sır*, 27; Bağrıaçık, *Üretim ve İş Sırları*, 39; Küçükali, “İş Sırlarının İfşası,” 85; Asuman Turanboy, “Ticari Sır,” içinde Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2006), 368; Poroy ve Yasaman, *Ticari İşletme*, 367; Osman Berat Gürzumar, *Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukuken Korunması*, (İstanbul:

Ticari sır olarak öğretide; imalat sırları, gelir kaynakları, numuneler, işletme planları, işletmenin veya şirketin stratejik planları, finansal raporlar, projeler, çalışma yöntemleri, işletmenin personel kayıtları, bilgisayar program ve yazılımları, müşteri listeleri ve ürünlerin fiyatlandırma bilgileri, cihaz tasarımları, formüller ve daha birçok örnek gösterilmektedir.^[58] Bununla beraber, öğretide örnek verilen bu hususlar her durumda mutlak bir biçimde ticari sır olarak kabul edilmemekte, somut olayın ve işletmenin özelliklerine göre değerlendirme yapılması gerekmektedir.^[59]

Yukarıda aktarılan tanımlardan görüldüğü üzere, üretim ve iş sırrı ile ticari sır kavramları büyük benzerlik göstermektedir. Bizim de katıldığımız doktrindeki yaygın görüşe göre bir ticari işletmenin veya şirketin sırlarının tümünün ticari sır olarak değerlendirilmesi gerekir. Bu doğrultuda işletmenin ya da şirketin üretim ve iş sırları da ticari sır kapsamındadır.^[60] Zira, üretim ve iş sırları da, işletmenin faaliyet alanı ile ilgili olan ve işletmenin ekonomik verimliliği bakımından önem taşıyan ticari sırların ayrılmaz bir parçasıdır. Bu nedenle, üretim ve iş sırları, ticari sır çatısı altındaki işletme sırlarını ifade etmektedirler.^[61]

Öğretideki bir diğer görüşe göre ise ticari sır kavramı, iş sırrı kavramına göre daha dar bir kavramdır. Ticari sır olarak nitelendirilebilmesi mümkün

Beta Yayıncılık, 1995), 2; Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, “Ticari Sırların Dijital Ortamda Korunması,” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 33 (2018): 150.

[58] Gürbüz Usluel, *Ticari Sır*, 25; Bağrıaçık, *Üretim ve İş Sırları*, 41; Küçükali, “İş Sırlarının İfşası,” 86.

[59] Örneğin Rekabet Kurumu Başkanlığı’nın Tebliği’nin 12/2 maddesinde ticari sır olarak belirtilen hususların “Olayın ve teşebbüsün özelliklerine göre (...)” ticari sır olarak kabul edilebileceği belirtilmiştir.

[60] Gürbüz Usluel, *Ticari Sır*, 51; Sayın, “İfşa,” 38; Küçükali, “İş Sırlarının İfşası,” 87; Sulu, *Ticari Sır*, 23; Nomer Ertan ise üretim ve iş sırlarının ticaret sırrı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde net bir değerlendirme yapmamakla beraber, “*üretim ve iş (ticaret) sırlarının* korunması haksız rekabet hukukunun konusuna doğrudan girmemektedir” ifadesi ile üretim ve iş sırlarını birlikte ticaret sırrı olarak değerlendirildiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bkz. Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, 297; Turanboy’a göre de, ticari sır kavramı, öteki sır kavramlarını da içine alacak şekilde değerlendirilmesi gereken bir kavramdır. Bkz. Turanboy, “Ticari Sır,” 368.

[61] Küçükali, “İş Sırlarının İfşası,” 85.

olmayan birtakım bilgiler işle ilgili olması sebebiyle iş sırrı kavramına girmektedir.^[62]

2- Üretim veya İş Sırrının Hukuka Aykırı Olarak İfşası

a) İfşa

TTK 55/1-d maddesi kapsamında haksız rekabetin gerçekleşebilmesi için varlığı aranan diğer bir şart, üretim veya iş sırrının “*ifşa*” edilmesidir.

Üretim ve iş sırrlarının ifşa edilmesi, bu sırrların üçüncü kişilere bildirilmesi, aktarılması veya kamuya açıklanması şeklinde meydana gelebilir.^[63] Bu kapsamda, ifşa kelime anlamı itibarıyla “gizli bir şeyi açığa çıkarma, yayma” anlamına gelmekte olup^[64] üretim veya iş sırrlarının ifşası ile bu bilgiler açığa çıkartılarak sır nitelikleri ortadan kaldırılmaktadır.

Üretim ve iş sırrlarının ifşası faaliyeti, gazete, mektup gibi fiziki yollarla veya sözlü olarak gizli bilginin sır niteliğini ortadan kaldıracak her türlü yöntemle gerçekleştirilmesi mümkündür.^[65]

Ayrıca, günümüzde internet kullanımının üretim ve iş sırrları da dahil olmak üzere işletmelerin verilerinin depolanması ve işlenmesi için zorunlu hale geldiği dikkate alındığında, elektronik ortamda bulunan bu sırrların internet yoluyla veya diğer elektronik yöntemlerle üçüncü kişilerle paylaşılması da TTK m. 55/1-d kapsamında ifşaya sebebiyet verebilmektedir. Tacirin işletmesiyle ilgili olan ticari sırrlarını kendi işletmesinde bulunan veri merkezlerinde veya bulut hizmeti sağlayan uzaktaki bir üçüncü kişinin bulut bilişiminde saklaması mümkündür.^[66] Tacirin ticari sırrlarını bulut teknolojisi kullanarak uzaktaki bir üçüncü kişiye ait sunucuda saklaması halinde bu sırrlar üçüncü bir kişi ile paylaşılmış olmakta ve bunun sır niteliğini tehlikeye

[62] Bağrıaçık, *Üretim ve İş Sırrları*, 38; Yeşiltepe, “İş Sırrı,” 409; Uşan, *Sır Saklama Yükümlülüğü*, 28.

[63] Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, 331.

[64] Bkz. Türk Dil Kurumu (<https://sozluk.gov.tr> – Erişim tarihi 06.11.2022).

[65] Arkan, *Ticari İşletme*, 317; Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, 331; Gürbüz Usluel, *Ticari Sır*, 97.

[66] Ticari sırrların saklanmasında bulut teknolojisinin kullanımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bozkurt Yüksel, “Ticari Sır,” 159 vd.

düşürmektedir. Bu nedenle, tacirin sırlarını üçüncü kişilerin sunucularına transfer etmesi durumunda, söz konusu üçüncü kişilerin paylaşılan sırların gizliliği ve güvenliği hususunda uygulayacağı teknik ve hukuki önlemleri gözetmesi gerekmektedir.^[67]

Üretim veya iş sırrını ifşa eden kişinin kim olduğu önem taşımamaktadır. Bu kapsamda sırrı ifşa eden kişilerin şirketin pay sahipleri, işletmenin eski çalışanları veya üçüncü kişiler olması mümkündür.^[68] İfşanın tacirin rakipleri tarafından gerçekleştirilmesi de mümkün olmakla birlikte, bu durum haksız rekabetin zorunlu bir unsuru değildir. Zira, hukukumuzda haksız rekabetin varlığı için taraflar arasında bir rekabet ilişkisinin bulunması zorunluluğu aranmamıştır.^[69]

İfşa bakımından gizli tutulan ve herkesçe bilinmesi istenmeyen bir bilginin varlığı gerekli olup, meslek itibarıyla bilinen bilgilerin açıklanması bu kapsamda üretim ve iş sırrının ifşası olarak değerlendirilmemektedir.^[70]

Üretim veya iş sırrının ifşa edilmiş sayılabilmesi için ifşaya konu sırrın tamamının açıklanmış olması zorunlu değildir. Sırrın bir kısmının açıklanmış olması da haksız rekabetin gerçekleşmesi için, diğer şartların varlığıyla birlikte, yeterli kabul edilmektedir.^[71]

[67] Bozkurt Yüksel, “Ticari Sır,” 166.

[68] Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, 330.

[69] Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, 301.

[70] Bağrıaçık, *Üretim ve İş Sırları*, 154; Yargıtay’ın 2018 tarihli bir kararına konu olayda davacı şirket ısı bariyeri üretimi alanında faaliyet gösterdiklerini, daha önce iş ilişkisi içerisinde buldukları davalının, davacının üretim sırlarına ve müşteri çevresine vakıf olduğunu ve bu bilgileri kullanarak davacının üretimde kullandığı aynı yöntemleri kullanarak ısı bariyeri üretimi yapmaya başladığını ve bu suretle haksız rekabete sebep olduğunu ileri sürmüştür. İlk derece mahkemesince, dava konusu ısı bariyerlerinin üretiminin malzeme, üretim teknolojisi ve dizayn yönünden gerekli donanımına sahip her firma tarafından kolayca yapılabileceği ve ticari sır olarak kabulünün mümkün olmadığı, bu nedenle haksız rekabetin meydana gelmediğine karar verilmiş, ilk derece mahkemesinin bu kararı Yargıtay 11. HD tarafından onanmıştır. Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E.2018/2722, K.2019/4166, 10.06.2019, www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi 30.10.2022.

[71] Şemsettin Tüzmen: “Avukatlıkta Meslek Sırrını İfşa Suçu,” *Ankara Barosu Dergisi*, no. 2 (1962): 116.

İfşa edilen sırların hukuka uygun veya aykırı olarak ele geçirilmiş olması da haksız rekabetin gerçekleşmesi için aranan unsurlardan birisi değildir.^[72] ETTK m. 57/8'de “*hüsnüniyet kaidelerine aykırı bir şekilde elde ettiği...*” ifadesinin yer alması sebebiyle, bu madde kapsamında haksız rekabetin meydana gelebilmesi için ticari sırların iyi niyete aykırı olarak elde edilmesinin zorunlu olup olmadığı tartışılmalıydı.^[73] Ancak, TTK m. 55/1-d hükmünde bu ifadeye yer verilmemesi sebebiyle, çalışanın sır niteliği taşıyan bilgileri hukuka aykırı olarak öğrenip öğrenmediğinin önem taşımadığı kabul edilmektedir.^[74] Bu nedenle, örneğin işletme personelinin işi gereği hukuka aykırı olmayan yollarla öğrendiği ticari sırları hukuka aykırı olarak ifşası da TTK m. 55/1-d anlamında haksız rekabet meydana getirebilecektir.^[75]

b) İfşanın Hukuka Aykırı Olması

TTK m. 55/1-d anlamında haksız rekabetin meydana gelebilmesi için önem arz eden husus, üretim ve iş sırlarının ifşasının hukuka aykırı olmasıdır. Sırların ifşasının hukuka aykırılığından söz edilebilmesi için, ticari sırları ifşa eden kişinin sözleşmeden veya kanundan doğan bir sır saklama yükümlülüğü mevcut olmalıdır.^[76]

[72] Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, 331; Sayın, “İfşa,” 37; Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet*, 439; Bağrıaçık ise TTK m. 55/1-d maddesinin uygulanabilmesi için ifşa edilen üretim ve iş sırlarının ele geçirilmesi eyleminin de dürüstlük kuralına aykırı olarak gerçekleşmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. Bağrıaçık, *Üretim ve İş Sırları*, 110; İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi tarafından verilen bir kararda, TTK m. 55/1-d kapsamında haksız rekabetten söz edilebilmesi için iş sırlarının dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde elde edilmiş olması gerektiği kabul edilmiştir. Bkz. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi, E.2019/1405, K.2021/1320, 04.11.2021, www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi 10.11.2022.

[73] Bu kapsamda, sırrın öğrenilmesi iyi niyet kurallarına aykırı olarak gerçekleşmemişse, bu sırların ifşası tek başına haksız rekabet olarak kabul edilmemekteydi. Bkz. Bilge, *Sırların Korunması*, 52; ETTK m. 57/8 hükmünün uygulanmasının şartları hakkında bkz. Aksoy, “Haksız Rekabet,” 113 vd.

[74] Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet*, 439.

[75] Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, 331.

[76] Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, 331; Sayın, “İfşa,” 40.

Uygulamada TTK m. 55/1-d hükmü kapsamında haksız rekabetin çoğunlukla işletme çalışanları tarafından gerçekleştirildiği dikkate alındığında, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun^[77] ("TBK") 396/4 maddesinde yer alan işçinin sır saklama yükümlülüğünün değerlendirilmesi önem taşımaktadır. Bu kapsamda, TBK 396/4 maddesine göre işçiler, işi gördükleri sırada öğrendikleri, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararlarına kullanamaz ve başkalarına açıklayamazlar. Ayrıca, hükmün son cümlesi uyarınca, işverenin haklı menfaatlerinin korunmasının söz konusu olduğu durumlarda hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da işçi sır saklama yükümlülüğü altındadır.^[78] Bununla beraber, işinin niteliği gereği işletmenin ticari sırlarına vakıf olan bir işçinin aynı konu ve bölgede başka bir şirkette çalışması başlı başına haksız rekabet oluşturmamaktadır.^[79]

Mevzuatımızda çeşitli diğer kanunlarda da sır saklama yükümlülüğü düzenlemelerinin getirildiği görülmektedir. İlk olarak TTK kapsamında yer alan sır saklama yükümlülükleri incelendiğinde, TTK m. 404'te anonim şirket denetçilerine, TTK m. 441/5'te ise özel denetçilere sır saklama yükümlülüğü getirildiği görülmektedir. "Sır saklama yükümü" başlıklı TTK m. 527'de ise görevi dolayısıyla sunulan defter ve belgeleri inceleyenlerin öğrendikleri iş ve işletme sırlarını açıklamalarının yasak olduğu, aksi halde şirketin maddi ve manevi zararını tazmin etmekle yükümlü oldukları düzenlenmiştir. Ayrıca, TTK m. 369'da anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin özen ve bağlılık yükümlülüğü düzenlenmiş olup, öğretide kabul edildiği üzere sır saklama yükümlülüğü de yönetim kurulu üyelerinin özen ve sadakat borcundan doğan bir yükümlülüktür.^[80] Bu nedenle, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin bu görevleri sırasında öğrendikleri şirkete

[77] RG, 04.02.2011, S. 27836.

[78] Bununla birlikte, işçinin ekonomik özgürlüğü, kendisini geliştirme, bilgi ve tecrübelerini kullanma özgürlükleri de dikkate alınarak, işçinin sır saklama yükümlülüğü her somut olayda söz konusu özgürlükleri ile arasındaki denge gözetilerek değerlendirilmelidir. Bkz. Sarıkaya, *Sözleşmeyi İhlale Yöneltilme*, 181.

[79] Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E.2019/3672, K.2020/1260, 12.02.2020, www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi 10.11.2020.

[80] Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 8. Baskı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 443; Ersin Çamoğlu, Reha Poroy ve Ünal Tekinalp, *Ortaklıklar Hukuku I*, 14. Baskı, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019), 424; İsmail Kırca, Feyzan Hayal

ait ticari sırları sır saklama yükümlülüklerine aykırı olarak ifşa ettikleri takdirde haksız rekabet meydana gelecek ve şirketin bu sebeple uğramış olduğu zararını tazminle yükümlü olacaklardır.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un^[81] 25'inci maddesinde, Rekabet Kurulu'nun üyeleri ve personelinin, Rekabet Kurumu'na ilişkin gizli bilgiler ile teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin ticari sırlarını görevden ayrılmalarından sonra dahi ifşa edemeyecekleri düzenlenmiştir.

Üretim ve iş sırlarının ifşası yukarıda birtakım örnekleri verilen mevzuat hükümlerinde yer alan sır saklama yükümlülükleri ile önlenebildiği gibi, taraflar kanunlarda yer almasa dahi kendi aralarında akdetmiş oldukları sözleşmelerde üretim ve iş sırlarının korunmasına ilişkin düzenlemeler kararlaştırabilmektedir. Örneğin işçilerin TBK m. 396/4'ten kaynaklanan sır saklama yükümlülüğü bulunsa da işveren ile işçi arasında üretim ve iş sırlarının korunmasına dair ayrı bir sır saklama sözleşmesi yapılması da mümkündür.^[82] Bu sayede işçi ve işveren arasında ayrıca sözleşmeden doğan bir sır saklama yükümlülüğü de doğmaktadır. Bu tür sözleşmeler genellikle hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonraki dönem için işinin sır saklama yükümlülüğünün devamına yönelik olarak imzalanmaktadır.^[83]

Ancak üretim ve iş sırlarının korunmasına yönelik sözleşmeler bu örneklerle sınırlı değildir. Vekalet, franchise, tek satıcılık, know-how sözleşmeleri ile sanayi ve teknoloji alanlarında faaliyet gösteren şirketler arasında akdedilen

Şehirli Çelik ve Çağlar Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku C. 1*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2013), 664; Sayın, "İfşa," 40.

[81] RG, 07.12.1994, S. 22140.

[82] Sayın, "İfşa," 40.

[83] Sözleşmeden kaynaklanan sır saklama ve rekabet yükümlülüklerine aykırı davranılması halinde de, diğer şartların da varlığı halinde TTK m. 55/1-d kapsamında haksız rekabet meydana gelmektedir. Yargıtay, önüne gelen bir olayda, davacı ile davalı işçi arasında geçerli bir rekabet yasağı sözleşmesinin bulunduğu, AR-GE teknisyeni olarak görev yapan davalının boya formülleri hakkında davacı şirketin üretim teknolojisi ve özel üretim biçimi gibi ticari sırlarına vakıf olduğunu belirterek rekabet yasağına aykırı olarak başka bir firmada aynı nitelikte işe girmesinin bu sebeplerle haksız rekabet oluşturduğuna hükmetmiştir. Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E.2019/3206, K.2020/1104, 10.02.2020, www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi 10.11.2022.

teknoloji transferi^[84] veya joint-venture^[85] gibi üretim ve iş sırlarının karşı tarafla paylaşılmasına sebep olan sözleşmelerde de paylaşılan üretim ve iş sırlarına sır saklama yükümlülükleri getirilmesi mümkündür.^[86]

Yukarıda örnekleri verilen Kanunlardan doğan veya taraflar arasındaki sözleşmeden kaynaklı sır saklama yükümlülüğünün ihlali, kanuni veya akdi bir yükümlülüğün ihlali olduğu gibi aynı zamanda TTK m. 55/1-d anlamında haksız rekabete de sebebiyet vermektedir.^[87] Bu durumda TBK m. 60 uyarınca sebeplerin yarışması söz konusu olup, hakim zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verecektir.^[88]

C) TTK M. 55/1-D HÜKMÜNDE DÜZENLENEN ÖRNEK HAL VE UNSURLARI

1- Genel Olarak

TTK 55/1-d maddesi kapsamında haksız rekabet meydana gelmesi için gerekli unsurlar yukarıda açıklanmış olmakla beraber, hükümde haksız

[84] Teknoloji transfer sözleşmeleri, teknolojik bilgi ve deneyimlerin üçüncü kişilerin kullanımına sunulduğu lisans sözleşmeleri olup, teknolojisini transfer eden tarafın, yani lisans verenin fikri veya sınai hak ya da know-how gibi maddi olmayan bir haktan yararlanma, kullanma yetkisini bir bedel karşılığında lisans alana devretmeyi üstlendiği sözleşmelerdir. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Fikret Eren, “İsimsiz Bazı Sözleşme Türleri,” *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1*, no. 1 (2015): 95; Gülmelihat Doğan, “Teknoloji Transfer Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Uygulamaları,” (Doktora Tezi, Çankaya Üniversitesi, 2020), 44.

[85] Türk hukukunda Joint-venture, ekonomik ve hukuki açıdan bağımlılık ilişkisi bulunmayan gerçek ya da tüzel kişilerin bir işi veya süreklilik özelliğine sahip bir ekonomik etkinliği gerçekleştirmek ve kar elde etmek amacıyla, işin risklerinden her bir ortağın müteselsilen sorumlu olduğu işbirliği olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Nami Barlas, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, (İstanbul: Vedat Kitabevi, 2016), 282; Joint-venture hakkında çeşitli tanımlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Salih Baz, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Joint Venture*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık 2019), 5 vd.

[86] Farklı sözleşme tiplerinde kararlaştırılan sır saklama yükümlülükleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gürbüz Usluel, *Ticari Sır*, 112 vd.

[87] Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, 333.

[88] Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, 333.

rekabet meydana getireceği belirtilen bir örnek duruma yer verilmiştir. Maddede yer alan örnek hal, “gizlice ve izinsiz olarak ele geçirdiği veya başkaca hukuka aykırı bir şekilde öğrendiği bilgileri ve üretenin iş sırlarını değerlendiren veya başkalarına bildiren dürüstlüğe aykırı davranmış olur.” şeklinde ifade edilmiştir.

Verilen bu örnek durum uyarınca haksız rekabet oluşmasının şartları şunlardır: Haksız rekabete konu bir “bilgi ve üretenin iş sırrı”nın mevcut olması, bu bilgi ve iş sırrının gizlice, izinsiz veya başkaca hukuka aykırı bir şekilde ele geçirilmesi, bilgi ve iş sırrının değerlendirilmesi veya başkalarına bildirilmesi.

2- Örnek Halin Unsurları

a) “Bilgi ve Üretenin İş Sırrı”nın Mevcut Olması

TTK m. 55/1-d hükmünün ilk cümlesinde “üretim ve iş sırları”nın ifşası düzenlenmişken, örnek olarak verilen durumda, ilk cümleden farklı olarak “bilgiler ve üretenin iş sırları” ifadesi kullanılmıştır.

Kullanılan terimler incelendiğinde, örnek olarak belirtilen durumda “bilgiler ve üretenin iş sırları” ifadesi kullanılmış olup, bu ifade ile asıl haksız rekabet hali olarak belirtilen “üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek” durumunun sınırlandığı görülmektedir. Zira, “üretenin iş sırrı” ifadesinden yalnızca üretim sektöründeki iş sırlarının koruduğu algısı meydana gelmekte olup, bu durumun “üretim ve iş sırları”ndan daha dar bir kapsamdaki sırları ifade ettiği açıktır.^[89] Aynı maddede farklı anlamlara gelecek kavramlara yer verilmesi, öğretide kanun yapma tekniği bakımından eleştirilmektedir.^[90]

Ancak TTK’da yer alan haksız rekabet hükümlerinin amacının bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması olduğu dikkate alındığında, öğretide kanun koyucunun TTK 55/1-d bendinde örnek olarak belirtilen durum bakımından da yalnızca üretenler yönünden bir korumayı değil, ekonomik rekabete dahil herkesin ticari sırlarını korumayı

[89] Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, 334; Sayın, “İfşa,” 41.

[90] Bkz. Sayın, “İfşa,” 41.

amaçladığı belirtilmektedir.^[91] Ayrıca, TTK m. 55'te sayılan haksız rekabet halleri sınırlı sayıda olmayıp, örnek niteliğindedirler.^[92] Bu nedenle, ifadenin dar anlamıyla yalnızca “üretenin sırrı” olarak kabul edilmesi halinde dahi bunun bir örnek hal olarak düzenlendiği dikkate alındığında, farklı sektörlerdeki iş sırlarının hukuka aykırı olarak ifşasının da haksız rekabete sebebiyet vereceği kuşkusuzdur.^[93] Bu nedenle, TTK m. 55/1-d'de yer alan örnek hal bakımından, “bilgi ve üretenin sırrı” kavramlarının “üretici” ile sınırlı olarak anlaşılması gerekmektedir.^[94]

b) Bilgi ve Üretenin İş Sırlarının Gizlice, İzinsiz veya Başkaca Hukuka Aykırı Yollarla Ele Geçirilmesi

Daha önce de açıklandığı üzere, TTK m. 55/1-d anlamında haksız rekabetten bahsedilebilmesi için ifşa edilen bilgilerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi şart değildir. Bununla birlikte, TTK m. 55/1-d maddesinde örnek olarak yer alan bu haksız rekabet hali bakımından öğrenme yetkisi bulunmayan kişilerce hukuka aykırı bir biçimde öğrenilen sırların ifşası hali düzenlenmiştir.^[95] Madde kapsamında haksız rekabetin meydana gelebilmesi için sırların hukuka aykırı bir biçimde öğrenilmesinin şart olmadığı gözetildiğinde, hukuka aykırı yollarla elde edilen sırların ifşasının da öncelikle haksız rekabete sebebiyet vereceği açık olup, düzenlenen örnek hal bu duruma ilişkindir.

[91] Bağrıaçık, *Üretim ve İş Sırları*, 154; Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, s. 334; Hükümde yer alan “katılanlar” ifadesi ile, rakipler ve müşteriler de dahil olmak üzere, ekonomik sistemin tamamının korunması amaçlanmaktadır. Bkz. Çağlar Özel ve S. Sırrı Özdemir, “Türk Hukukunda Haksız Rekabete İlişkin Düzenlemeler,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan 19, Özel Sayı (2018): 197.

[92] Zira, TTK m. 55 hükmünün gerekçesinde bu durum “*Dürüstlük kurallarına aykırılığın somut örnekleri olan bu kategoriler sınırlı sayıda değildir.*” ifadesi ile açıkça belirtilmektedir.

[93] Sayın, “İfşa,” 41.

[94] Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, 335.

[95] Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, 335.

TTK m. 55/1-d bendinde verilen örnek kapsamında haksız rekabet, örneğin işyerinde yalnızca şirket yönetiminde görev alan kişilerin ulaşabileceği bilgilere yetkisiz çalışanların gizli bölümlere erişim sağlayarak ulaşması, bu bilgilerin saklandığı yerlere gizlice girilerek elde edilmesi, sırrın söylenmesi için hileli yollara başvurulması vasıtasıyla gerçekleşebilmektedir.^[96]

Haksız rekabet ile birlikte, sırların elde edilmesi için kullanılan söz konusu yöntemler 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun^[97] 239. maddesinde düzenlenen "Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması"^[98] suçuna sebebiyet verebileceği gibi, hırsızlık, konut dokunulmazlığını ihlal gibi diğer suçlara da yol açabilmektedir. Keza, elektronik ortamda saklanan ticari sırların işletmenin bilişim sistemlerine girilerek elde edilmesi halinde ise TCK m. 243 anlamında bilişim sistemine girme suçu^[99] da meydana gelebilecektir.

c) Bilgi ve İş Sırlarının Değerlendirilmesi veya Başkalarına Bildirilmesi

TTK m. 55/1-d hükmünde örnek olarak düzenlenen haksız rekabet halinin meydana gelebilmesi için son şart, hukuka aykırı yollarla ele geçirilen bilgi ve üretenin iş sırlarının değerlendirilmesi veya başkalarına bildirilmesidir.

Bu kapsamda haksız fiil teşkil eden ilk fiil, sırların değerlendirilmesidir. Değerlendirme ile anlaşılması gereken, sır niteliğindeki bilginin, söz konusu sırrı hukuka aykırı yollarla ele geçiren kişi tarafından ticari amaçla kullanılmasıdır.^[100] Bu kapsamda diğer şartların varlığıyla birlikte sırların

[96] Sayın, "İfşa," 41.

[97] RG, 26.09.2004, S. 25611.

[98] Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. M. Gökhan Tekşen, *Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu*, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2012), 54 vd.

[99] Bilişim sistemine girme suçu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Büşra Özçelik, *Bilişim Sistemine Girme Suçu*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 47 vd.

[100] Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, 335; Bağrıaçık ise "Değerlendirme veya başkasına bildirme" kavramlarını tek bir başlık altında, "kullanma" olarak ifade etmekte ve kullanma kavramından anlaşılması gerekenin, sır niteliğindeki bilginin gelir elde etme

dürüstlük kuralına aykırı olarak değerlendirilmesi haksız rekabet meydana getirmektedir.

Sırrın değerlendirilmesi neticesinde, değerlendiren kişinin fiilen bir menfaat elde etmesi zorunlu değildir. Değerlendirmenin amacı ekonomik fayda elde etmekle beraber, haksız rekabetin gerçekleşmesi için fiilen bir menfaat veya gelir elde edilmiş olması şartı aranmamaktadır.^[101]

Sırrın başkalarına bildirilmesi bakımından yukarıda sırrın ifşası hakkında yaptığımız açıklamalar geçerli olup, sırrın bildirilmesi suretiyle sır niteliğindeki bilgi ifşa edilmekte, bu suretle bilginin sır niteliği ortadan kaldırılmaktadır.^[102] Sırrın ifşası bakımından da sırrın değerlendirilmesi durumunda olduğu gibi, menfaat elde edilmiş olması şartı aranmamaktadır.^[103]

koşulu aranmaksızın, ekonomik fayda amacıyla kullanılması olarak ifade etmektedir. Bkz. Bağrıaçık, *Üretim ve İş Sırları*, 160.

[101] Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, 336; Bilge, *Sırların Korunması*, 89; Bağrıaçık, *Üretim ve İş Sırları*, 160; Gürbüz Usluel, *Ticari Sır*, 97; Sulu, *Ticari Sır*, 55.

[102] Gürzumar, *Franchise Sözleşmeleri*, 87.

[103] Nomer Ertan, *Haksız Rekabet*, 336.

SONUÇ

Gelişen teknoloji sebebiyle üretim ve iş sırlarının ifşası daha da kolay bir nitelik kazandığından gerek piyasa aktörlerinin rekabet oyunundaki varlığı gerek dürüst ve bozulmamış rekabet ortamının güvenliği bakımından büyük öneme sahiptir. Bu nedenle, üretim ve iş sırlarının hukuka aykırı olarak ifşası ve değerlendirilmesini önlemek amacıyla kanun koyucu TTK m. 55/1-d düzenlemesini getirmiştir. Bu düzenlemeye göre üretim ve iş sırlarının hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi haksız rekabet meydana getirmektedir. Aynı maddede örnek olarak verilen haksız rekabet halinde ise, hukuka aykırı yollarla ele geçirilen sırların değerlendirilmesi veya ifşası düzenlenmiştir. Bu düzenleme kapsamında haksız rekabetin meydana gelebilmesi için iki şart aranmaktadır. İlk olarak, ifşaya konu edilen bilginin bir üretim veya iş sırrı niteliğinde olması gerekmektedir. Bu nedenle, üretim ve iş sırrı niteliğinde olmayan, üçüncü kişilerin bilgisi dahilinde olan, sektöre faaliyet gösteren işletmelerce genel olarak bilinen, örneğin TÜRK PATENT nezdinde tescil edilerek alenileşen bilgiler TTK m. 55/1-d kapsamında kabul edilmemektedir. Keza, tacirin işletmesi ile ilgili olmayan şahsi sırları da bu madde kapsamında korunmamaktadır. Haksız rekabetin gerçekleşmesi için ikinci şart, hukuka aykırı olarak ifşadır. İfşa, sırrın, o sırrı bilmesi istenmeyen üçüncü kişilere bildirilerek sır niteliğinin ortadan kaldırılmasıdır. İfşanın hukuka aykırı olarak gerçekleşebilmesi için, üretim ve iş sırlarını ifşa eden kişinin sözleşmeden veya kanundan doğan mevcut bir sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmiş olması gerekmektedir. Bu iki şart kapsamında haksız rekabetin meydana gelmesi için sırrın hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi gerekmediği gibi, sırrı ifşa eden kişinin işletmenin çalışanı olması, menfaat sağlaması veya kusurlu olması da gerekmemektedir. TTK m. 55/1-d'de belirtilen örnek hal bakımından ise tacirin bilgi ve iş sırlarının hukuka aykırı yollarla ele geçirilerek bunların değerlendirilmesi veya ifşa edilmiş olması şartlarının varlığı aranmaktadır.

KAYNAKÇA

- Aksoy, M. Ali. “Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabetin Tespiti.” Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi, 2011.
- Arkan, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku*. 25. Baskı. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, 2022.
- Arslan Ertürk, Arzu. *İşçinin Sadakat Borcu*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Arslanlı, Halil. *Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler*. 2. Baskı. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1959.
- Bağrıaçık, Safiye Nur. *Üretim ve İş Sırlarının Korunması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Barlas, Nami. *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*. İstanbul: Vedat Kitabevi, 2016.
- Baz, Salih. *Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Joint Venture*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Bektaş, İbrahim. “Haksız Rekabet Hukukunda Dürüst ve Bozulmamış Rekabeti Sağlama Amacı (TTK m. 54) ve ‘İşleyen Rekabet’ Ölçütü.” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 34, no. 3 (2018): 277-310.
- Bilge, M. Emin. *Ticari Sırların Korunması*. Ankara: Asil Yayıncılık, 2005.
- Bilgili, Fatih ve Ertan Demirkapı. *Ticaret Hukuku Bilgisi*. 10. Baskı. Bursa: Dora Yayınları, Bozkurt Yüksel. Armağan Ebru. “Ticari Sırların Dijital Ortamda Korunması.” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, no. 33, (2018): 143-192.
- Çelik, N. Hilal. “Haksız Rekabet.” içinde *Prof. Dr. Duygun Yarsuvat’a Armağan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no. 2 (2012): 659-691.
- Dinç, Serhan. “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Haksız Rekabet Halleri ve Haksız Rekabet Davaları.” *Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, no. 2 (2015): 139-173.
- Doğan, Gülmelahat. “Teknoloji Transfer Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Uygulamaları.” Doktora Tezi, Çankaya Üniversitesi, 2020.

- Eren, Fikret. “İsimsiz Bazı Sözleşme Türleri.” *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 1, (2015): 67-129.
- Göle, Celal ve Ali Bozer. *Ticari İşletme Hukuku*. 5. Baskı. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2018.
- Gürbüz Usluel, A. Elif. *Türk Özel Hukukunda Özellikle Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009.
- Gürzumar, Osman Berat. *Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukuken Korunması*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 1995.
- Güven, Şirin. “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Haksız Rekabete Dair Düzenlemelerinin Amacı ve Koruduğu Menfaatler Çerçevesinde Dürüst ve Bozulmamış Rekabet Kavramı.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18, no. 2 (2012): 175-188.
- Kaplan, Ahmet Galip. *Elektronik Ortamda İşlenen Haksız Rekabet Halleri*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Kaya, Arslan. “Ticaret Hukukunda Sır ve Bilgi Edinme Hakkı.” içinde *Türkiye Barolar Birliği Bilgi Edinme Paneli*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2004.
- Kendigelen, Abuzer. *Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- Kırca, İsmail, Feyzan Hayal Şehirli Çelik ve Çağlar Manavgat. *Anonim Şirketler Hukuku I*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2013.
- Küçükali, Canan. “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Düzenlenen Bir Haksız Rekabet Türü Olarak ‘Üretim ve İş Sırlarının İfşası.’” *Terazi Hukuk Dergisi* 17, no. 185 (2022): 83-91.
- Mimaroğlu, S. Kemal. *Ticaret Hukuku I*. 3. Baskı. Ankara: Sevinç Matbaası, 1978.
- Nomer Ertan, Füsün. *Haksız Rekabet Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.

- Özçelik, Büşra. *Bilişim Sistemine Girme Suçu*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Özel, Çağlar ve S. Sırrı Özdemir. “Türk Hukukunda Haksız Rekabete İlişkin Düzenlemeler.” içinde *Prof. Dr. Şeref Ertuş’a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, (Özel Sayı, 2018): 189-205.
- Paksoy, M. Sermin. *Sözleşmeyi İhlale Yönelme*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Poroy, Reha ve Hamdi Yasaman. *Ticari İşletme Hukuku*. 15. Baskı. İstanbul: Vedat Yayıncılık, 2015.
- Poroy, Reha, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu. *Ortaklıklar Hukuku I*. 14. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019.
- Pulaşlı, Hasan. *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*. 8. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Sarıkaya, Sinan. *Haksız Rekabet Hukukunda Sözleşmeyi İhlale veya Sona Erdirmeye Yönelme*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Sayın, Hediye Bahar. “Haksız Rekabet Hukuku Açısından Üretim ve İş Sırrının Hukuka Aykırı Olarak İfşası.” *Terazi Hukuk Dergisi* 12, no. 136 (2017): 36-43.
- Sulu, Muhammed. *Ticari Sırların Korunması*. 2. Baskı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Suluk, Cahit, Rauf Karasu, Temel Nal. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Şenocak, Kemal. “Haksız Rekabet Açısından Boykot.” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 15, no. 1 (2009): 67-95.
- Tekinalp, Ünal. “Yeni Haksız Rekabet Hukukunda Amaç İlke ve Üç Boyutluluk.” içinde *Prof. Dr. Seza Reisoğlu Armağanı*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, 2022, 23-43.
- Tekşen, M. Gökhan. *Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi veya Belgelerin Açıklanması Suçu*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2012.

The Evaluation of the Effects of the Pandemic Period on Women through a Focus Group Study⁺

Seldağ GÜNEŞ PESCHKE*

Irmak DÜNDAR**

Anıl Güven YÜKSEL***

Nildağ Başak CEYLAN****

Ayhan KAPUSUZOĞLU*****

Lutz PESCHKE*****

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

+ PandeVITA project has received funding from the European Union’s Horizon 2020 research and innovation program under grant agreement No 101006316.

* Prof. Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt University, Department of Comparative Law, speschke@aybu.edu.tr. **ORCID:** 0000-0003-3679-6525

** MA, İhsan Doğramacı Bilkent University, Department of Communication and Design, irmak.dundar@yahoo.com. **ORCID:** 0000-0003-4897-9126

*** Assist. Prof. Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt University, Department of General Public Law, agyuksel@aybu.edu.tr. **ORCID:** 0000-0002-0408-8199

**** Prof. Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt University, Department of Finance and Banking, nbceylan@aybu.edu.tr. **ORCID:** 0000-0003-3128-8863

***** Prof. Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt University, Department of Finance and Banking, akapusuzoglu@aybu.edu.tr. **ORCID:** 0000-0002-4280-3827

***** Assoc. Prof. Dr., İhsan Doğramacı Bilkent University, Department of Communication and Design, lutz.peschke@bilkent.edu.tr. **ORCID:** 0000-0002-9513-3257

Makale geliş tarihi: 22 Haziran 2023 **Makale kabul tarihi:** 20 Ekim 2023

Atıf önerisi: Güneş Peschke, Seldağ, Irmak Dündar, Anıl Güven Yüksel, Nildağ Başak Ceylan, Ayhan Kapusuzoğlu, Lutz Peschke. “The Evaluation of The Effects of The Pandemic Period on Women Through a Focus Group Study.” Ankara Barosu Dergisi 81, no. 4 (*Cumhuriyet 100. Yıl Özel Sayısı*, Ekim 2023): 465-496. **DOI:** 10.30915/abd.1318334

THE EVALUATION OF THE EFFECTS OF THE PANDEMIC PERIOD ON WOMEN THROUGH A FOCUS GROUP STUDY

ABSTRACT

Women have faced more difficulties than men in all the past centuries. In the last decade, although many steps have been taken to ensure equality between men and women, this gap has still not been fully closed. After the announcement of the World Health Organisation (WHO) about the COVID-19 outbreak as a pandemic on March 11, 2020, many countries around the world have introduced restrictive rules and measures to reduce the spread of the infection. The sudden supply and demand contractions that occurred during the COVID-19 pandemic process directly affected the economies and the health systems of the world deeply. One of the biggest effects of the pandemic was on women, especially in the lockdown periods domestic violence and sexual abuse towards women increased. This article has been prepared under the PandeVITA project with the aim of minimizing the effects of the pandemic on women for similar situations in the future by showing the negativities experienced by women, from 5 systems of the quintuple helix collaboration model, through examples discussed in the focus group event. The paper identifies and brings solutions and suggestions, for women in the finance and labour market, decision-making processes, and domestic work, who were very adversely affected after the first wave of the pandemic.

Keywords:

women

pandemic

focus group event

Covid 19

PANDEMİ DÖNEMİNİN KADINLAR ÜZERİNDEKİ ETKİLERİNİN ODAK GRUP ÇALIŞMASI ÜZERİNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

ÖZ

Kadınlar geçtiğimiz yüzyıllar boyunca erkeklerden daha fazla zorlukla karşılaşmıştır. Son on yılda kadın-erkek eşitliğini sağlamaya yönelik birçok adım atılmış olsa da, bu açık hala tam olarak kapatılabilmemiş değildir. Dünya Sağlık Örgütü'nün (WHO) 11 Mart 2020 tarihinde COVID-19 salgınına pandemi olarak ilan etmesinin ardından, dünya genelinde birçok ülke virüsün yayılmasını azaltmak için kısıtlayıcı kurallar ve önlemler getirmiştir. COVID-19 pandemi sürecinde meydana gelen ani arz ve talep daralmaları, dünya ekonomilerini ve sağlık sistemlerini doğrudan ve derinden etkilemiştir. Pandeminin en büyük etkilerinden biri de kadınlar üzerinde olmuş, özellikle karantina dönemlerinde aile içi şiddet ve kadına yönelik cinsel istismar sayılarında artışlar meydana gelmiştir. Bu makale AB Horizon 2020 kapsamında hibelenen, PandeVITA projesi,^[1] çerçevesinde odak grup etkinliğinde tartışılan örnekler üzerinden, beşli sarmal işbirliği modelinin 5 sisteminden gelen kadınların yaşadığı olumsuzlukları göstererek, gelecekte benzer durumlar için pandeminin kadınlar üzerindeki etkilerini en aza indirmek amacıyla hazırlanmıştır. Çalışma, pandeminin ilk dalgasından sonra çok olumsuz etkilenen finans ve işgücü piyasasında, karar alma süreçlerinde, ev işlerinde yer alan kadınların yaşadıkları olumsuzlukları belirleyerek, çözüm ve öneriler getirmektedir.

Anahtar Kelimeler:

kadın

pandemi

odak grup etkinliği

Covid 19

[1] PandeVITA Projesi, Avrupa Birliği'nin Horizon 2020 araştırma ve yenilik programından 101006316 numaralı hibe anlaşması kapsamında fonlanmıştır.

INTRODUCTION

Women have faced more difficulties than men in all the past centuries. In the last decade, although many steps have been taken to ensure equality between men and women, this gap has still not been fully closed.

The activities of women in the labour sector, representation in politics or making decision-making positions are still not at the expected level. The States must ensure access to women to work in better opportunities and working conditions with effective gender policies. There can be no sustainable development without empowering women, as they are representing half of the world's population.

In extraordinary situations such as war, pandemics or natural disasters, the most affected part of society is women and children. For that reason, the empowerment of women is an important phenomenon to be considered by the nations. For a sustainable future, it is vital to support women and increase their participation both in social life and the labour force.^[2]

This paper focuses on how the COVID-19 affected crisis-affected women in the health sector, decision-making processes, care work, finance and labour market after the first wave of the pandemic, and by the discussion in the focus group event which was organized in Ankara on 20th October 2022 to find out possible solutions for women from different perspectives, which could be a guide for the public and private institutions, based on the experiences of the participants from quintuple helix collaboration.

I. THE EFFECT OF COVID-19 ON WOMEN

After the announcement of the World Health Organisation (WHO) about the COVID-19 outbreak as a pandemic on March 11, 2020, many countries around the world have introduced restrictive rules and measures to reduce the spread of the infection.

The sudden supply and demand contractions that occurred during the COVID-19 pandemic process directly affected the economies and the health systems of the world deeply. One of the biggest effects of the pandemic

[2] Seldağ Güneş Peschke and Lutz Peschke, "Women Issues in An Interdisciplinary Context," in *A Comparative Study of Women Issues*, ed. Güneş Peschke, Seldağ and Peschke, Lutz (Norderstedt: Books on Demand, 2018), 2.

was on the employment levels of countries, in particular, women's employment, which was affected negatively during this period. Many women have become unemployed or have been crushed by the workload at home with the transition system into home office.

A) THE IMPACT OF THE COVID-19 PANDEMIC ON THE ECONOMIC GROWTH UNDER THE WOMEN'S LABOUR FORCE PERSPECTIVE

The financial and economic systems of the countries interact with each other and act in a multi-directional manner. The main purpose put forward to increase the welfare of the country is to ensure economic growth, in other words, to increase the level of GDP. In order to achieve this goal, all the basic parts of the economic system should move toward for the same goal, and the conditions and potential that will provide this need to be revealed. When the economic system is considered as a whole, it is seen that especially the quality and efficiency in the production process come to the fore. The economic growth that will occur as a result of the realization of the production process, in other words, an output-based economic growth level will provide real benefits to the countries. Otherwise, a situation will arise where the level of economic growth that will occur is not sufficient and unrealistic, especially if the income increase expected to be created by the level of economic growth is not balanced and diffused.

1- The Relationships Between Economic Growth and Gender Equality

Countries that set out with the goal of economic growth based on production need qualified human capital, regardless of the sector. The qualifications of human capital as a whole in terms of quantity and quality increase efficiency in the production process and make a meaningful contribution to the level of economic growth in real terms.

In this sense, in order to prepare sufficient human capital in terms of quality and quantity, countries need to create employment and at the same time reveal the workforce potential that responds to this employment. Particularly, in countries with an increased labour force participation rate and a young population, the targeted goal of achieving qualified human capital can be achieved in a shorter time.

While it is obvious that human capital is very important for the economic growth process in terms of quality and quantity, the workforce structure that creates this structure should also be addressed in terms of women and men. In particular, situations such as gender inequality that may occur in the process of labour and employment creation can harm the formation of human capital and therefore the economy of the country. For this reason, it is necessary to prevent gender inequality as much as possible and to take measures, especially for the female workforce, which has a higher potential for discrimination. In other words, no discrimination should be allowed in terms of the opportunities and conditions offered. Within the framework of the macro goal leading to economic growth, these micro-building blocks are considered to be of extremely great and critical importance.

The projections made on the importance of gender equality on economic growth also support the points expressed and emphasized above. In the projection made by the European Institute for Gender Equality (EIGE, 2022), an estimation was made in terms of the level of economic growth within the scope of the European Union regarding the process until 2050. In line with the projection, the per capita growth rate is expected to increase from 6.1% to 9.6% in 2050, within the scope of countries throughout the European Union. As stated earlier, it was stated that the process of creating qualified human capital and increasing the rate of getting education for this also contributed to economic growth. In support of this situation, the study, which was carried out, showed that the increase in the level of participation in education, including within the scope of the European Union member countries, through the coordination of labour and education policies, caused a 2.2% increase in the per capita growth rate throughout the European Union. (DG EAC, 2016). It has even greater importance in this process in terms of women's labour force participation level and creating a qualified human capital, because women have very different roles in life. It can be stated that they have an even greater role than men in the process of creating qualified human capital both today and in the future, both for themselves and for their role as mothers who raise individuals.

The projection made by EIGE (2022) regarding the establishment of a balance between the female and male workforce and the employment that will be created for women is of greater importance and should be given more importance. The findings revealed in the projection process, which

started in 2015 and continued until 2050, support the findings, which show the effect on the GDP levels of the European Union countries. In the study, it is stated that as a result of ensuring the equality of women and men, it provides an additional 10.5 million jobs (80% employment rate) potential until 2050. However, it has been revealed that women can be more adversely affected by poverty due to low employment opportunities and generally low wages compared to men in this existing process, and therefore the additional employment opportunities that arise are of even greater importance for women.

The COVID-19 pandemic, which started to show its effects as of December 2019 and started to show itself fully within the first quarter of 2020, had great negative effects on the workforce and employment processes, as well as affecting all elements of the country's economy. The economies and production processes of the countries, which are based on the healthy functioning of the demand and supply balance, have been adversely affected both in terms of demand and supply after the pandemic. With the negative impact of the pandemic on employment opportunities, layoffs started and as a result, dramatic decreases began to occur in the income levels of individuals. The low level of income also decreased the demand level, and the existing production supply could not find a response. In this case, it caused a decrease in the revenues of the companies as a chain. As a result, companies started to make additional layoffs due to the decrease in sales revenues, and the negative chain process summarized above started.

2- The Review of The Main Statistics for Labour Force Participation

The labour force (human capital) and employment levels, which are very important factors of production in terms of the development and development of countries, have been evaluated comparatively in terms of the existence of opportunities for women's employment, and the presence or absence of opportunities. In addition, the effects of the situation revealed in terms of the COVID-19 pandemic were also explained.

The importance of the labour force participation level in the country in terms of quality and quantity was emphasized in the previous section. While it is important to increase both the quality and quantity of the workforce, which we refer to as human capital, the balanced distribution of this workforce in terms of men and women is also extremely important.

Especially, as stated earlier, women have a high potential to be victimized due to lower wages and fewer employment opportunities. For this reason, even if it is very difficult to achieve a full rational distribution, realizing a nearly rational distribution of male and female workforce should be a basic goal for policymakers. This situation is also perceived as an indicator of the level of development based on the fact that countries do not discriminate between men or women on the basis of gender.

When the distribution of the female workforce aged 15 and over by years in the period between 2018 and 2022 is examined, it is seen that the country that prioritizes the employment of women aged 15 and over is the Netherlands, followed by Germany, Finland, and Portugal. The countries with the lowest labour force participation of women aged 15 and above at the employment level were Greece, Italy, and Turkey. It is seen that the employment rates on the basis of countries do not show great differences and they maintain a stable level. When the situation is evaluated in terms of the COVID-19 pandemic when 2019 and 2020 are compared, there is a decrease in countries other than Germany and the Netherlands, and there is an increase in the employment levels of some countries as of 2021 as a result of the measures taken by the country administrations, and there is no change in Germany. Also, it is observed that there is a slight decrease in Greece (ILO, 2022).

When the distribution of male workforce aged 15 and over by years is examined, it is seen that the countries that prioritize the employment of men aged 15 and over are the Netherlands and Turkey, followed by Germany, Finland, and Portugal. The countries with the lowest labour force participation of women aged 15 and above at the employment level were Greece, Italy, and Spain. When the current situation is examined, it is seen that the Netherlands and Germany provide high levels of employment rates for both men and women. In other words, it is seen that the employable level in terms of quantity has been successfully established in these countries. The point that draws attention here is that although Turkey is at the forefront of male employment, the rate of female employment has remained in the background. Therefore, it can be stated that the opportunities offered for the female workforce should be developed and women's employment should be trained at a level that can benefit from the opportunities to be presented. When the situation is evaluated in terms of the COVID-19 pandemic, when

2019 and 2020 are compared, there is a decrease on the basis of countries other than Germany and the Netherlands, there is a tendency to increase again in the employment levels of the countries as of 2021 as a result of the measures taken by the country administrations, and for the case of Greece. there appears to be no change (ILO, 2022).

The Netherlands ranks first in the 15-24 age range, as it is in the 15-year-old and above age group. Therefore, it can be stated that a much wider opportunity is offered for young women to access employment. The Netherlands is followed by Finland and Germany within the scope of related statistics. The lowest employment level for the young female workforce is seen in Greece, followed by Italy. This may be due to the lack of adequate opportunities for young women's employment, as well as the fact that young people extend their education processes and/or want to join employment late. When the situation is evaluated in terms of the COVID-19 pandemic, when 2019 and 2020 are compared, there is a decrease in countries other than Germany, as a result of the measures taken by the country administrations, there is an increasing trend in the employment levels of some countries, especially in the Netherlands, as of 2021, and in others (Greece and Portugal) seems to have experienced a decrease (ILO, 2022).

The Netherlands is the leading country, followed by Turkey. When the situation in Turkey is analyzed, it is seen that although the employment of young women between the ages of 15-24 is at relatively low levels, the employment of young men is at a high level, about twice of that. This situation may reveal the perception that there are some deficiencies/problems in terms of equality of opportunity for women's employment. When the situation is evaluated in terms of Italy and Greece, it is clearly seen that the employment of both young women and young men is at low levels. In line with the current situation, the perception that there is an inequality of opportunity between women and men in terms of employment, rather than the perception of young women and young men in terms of education, etc. It can be considered that they prefer to join employment later for reasons. When the situation is evaluated in terms of the COVID-19 pandemic when 2019 and 2020 are compared, there is a decrease on the basis of all countries, as a result of the measures taken by the country administrations, there is a tendency to increase again in the employment levels of some countries as of

2021, while in others (Greece and Finland) on the contrary, there appears to be a decrease (ILO, 2022).

The increase in the level of employment of women, who affect the formation of society with their roles as both mothers and individuals, will lead to faster development and development of the country's economies. In particular, the inequality that may occur between the employment of men and women may lead to the deterioration of the employment structure of the country.

When the findings evaluated within the scope of the study are considered in terms of the COVID-19 pandemic, the pandemic process, which had a significant negative impact on the growth and development processes of the national economies, naturally had a negative impact on employment levels and opportunities, especially on women's employment. However, it has been observed that countries that prioritize women's employment and prioritize their contribution to economic growth have started to correct the negative situation through the incentives and aid they have put forth during and after the pandemic quickly. As a result, as the importance given by the countries to women's employment increases, the country's economies will grow stronger and healthier. It will be possible to get out of negative processes more easily and with less damage.

B) WOMEN IN DOMESTIC WORK DURING THE COVID-19 PANDEMIC

The term "domestic work" refers to the work, which needs to be done inside of a household and can also be defined basically as housework. The housework includes chores and care of the individuals in the household. Domestic work can also be carried out for an employer for a daily wage or any type of monetary compensation.

Due to the gender roles that society imposes on women, they have not found chances to work for a long time since the emergence of the social division of labour, only taking on "feminine" duties such as housework and childcare. With the Industrial Revolution, the need for labour increased and women began to participate actively in business life. For a long time, they were only employed in areas that were coded as women's work, such as cleaning, caregiving, and nursing, due to the social roles assigned to women.

The traditional gender roles in the past for women inside the family like childbirth, home and childcare, have transformed for economic reasons and women had taken place in working life.

The domestic work sector is highly dependent on women. Globally, 80 percent of all domestic workers are women while the remaining 20 percent represents men and children labour.^[3] Women in the global labour market are over-represented in low-paid jobs in economic sectors or occupations. Domestic work is, for many experts in the area, “one of the sectors that is among the lowest-paying jobs in the labour market”^[4].

Between March 2020 and March 2021, rapid gender assessments were conducted in 52 countries on economic activities, domestic and care work, which is unpaid, access to goods and services, emotional and physical well-being, and relief measures.^[5]

The measures taken during the pandemic, have impacted family dynamics, such as family income, interpersonal relations, social activities, education of the kids, and many more which created consequences for women. Because of lockdown or the change of working conditions, like home office, many women had to continue their working lives with their families at home which can be sometimes considered a positive situation, but when the kids are small and continue their education online at home or elderly parents at home whom they should take care of, it can create a conflict between working life and the family life for women.^[6]

[3] ILO, “Who Are Domestic Workers?,” 5 April 2013, https://www.ilo.org/global/topics/domestic-workers/WCMS_209773/lang-en/index.htm

[4] Martin Oelz and Uma Rani, “Domestic work, wages, and gender equality: Lessons from developing countries,” *ILO Gender, Equality and Diversity Branch Working Paper No. 5* (2015).

[5] https://data.unwomen.org/rga?gclid=Cj0KCQjwyOuYBhCGARIsAIdGQRNvT6KtRiHGfv7aRSLB8wj-Yf9t8qJo_S6LAV9zPcKQdbl6jF9YdUQaAr7AEALw_wcB

[6] Serge Rozenberg, Jean Vandrommea and Charlotte Martin, “Are we equal in adversity? Does Covid-19 affect women and men differently?,” *Maturitas* 118, (2020): 62-68; G.M. Bwire, “Coronavirus: Why Men are More Vulnerable to Covid-19 Than Women?,” *SN Comprehensive Clinical Medicine* no. 2, (2020): 874–876.

During the COVID-19 crisis, many national and international institutions published their research on the impacts of this period on women. In the academic world, there are hundreds of articles and books about the challenges, which women faced during the pandemic. According to the report of UN Women, it is declared that men and women are experiencing the pandemic period in different ways according to the places they live and they work. UN Secretary-General António Guterres mentions in the policy brief, the impact of COVID-19 on women “Early data indicates that the mortality rates from COVID-19 may be higher for men. But the pandemic is having devastating social and economic consequences for women and girls.”^[7]

Because of the crisis in the economic world, many markets were fallen down and businesses were closed, so millions of women lost their jobs. At the same time, women’s unpaid work at home has increased. as a result of school closures and the needs of old people under their care. According to the United Nations’ “Policy Brief: The Impact of Pandemic on Women” dated 9th April 2020, the impacts of COVID-19 will result in a “prolonged dip in women’s incomes and labour force participation”; especially there are compounded impacts on women already living in poverty.^[8]

According to ILO, COVID-19 threatened “the livelihoods of more than 55 million people engaged in domestic work, including 37 million women”.^[9] Previous predictions and thoughts on worldwide GDP have been confirmed as the GDP decline is visibly apparent in 2022. Many firms faced financial distress while small and medium-sized enterprises (SMEs) went bankrupt. These negativities led to labour market issues which affected households and domestic workers around the world. Many developing and

[7] <https://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2020/04/policy-brief-the-impact-of-covid-19-on-women>

[8] <https://www.unwomen.org/sites/default/files/Headquarters/Attachments/Sections/Library/Publications/2020/Policy-brief-The-impact-of-COVID-19-on-women-en.pdf>

[9] ILO, *Making decent work a reality for domestic workers – Progress and prospects ten years after the adoption of the Domestic Workers Convention 2011 (No. 189)*, (ILO, 15 June 2021), https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—dgreports/—dcomm/—publ/documents/publication/wcms_802551.pdf

underdeveloped countries, reported that during the COVID-19 pandemic, domestic violence numbers increased.^[10]

C) VIOLENCE AGAINST WOMEN DURING THE COVID-19 CRISIS

Violence against women is one of the most common human rights violations in many parts of the world. Women are faced with various forms of violence in many areas, without any distinction. As it is known, violence can be physical, sexual, psychological, and economic not only in a specific area but also in many areas, for this reason, it is difficult to determine its boundaries.

Violence against women is a global, social, and legal issue that existed before the COVID-19 crisis, which can be caused by many reasons, such as social causes, rapid and social changes, economic inequalities, gender inequality policies, poverty, weak economic security, inadequate implementation of laws, cultural norms that reinforce violence, weak institutional policies, insufficient services for victims and etc. Since it has been a serious problem, at the end of the 20th century, new policies regarding the prevention of domestic violence began to be adopted and international agreements have been enforced to ensure the prevention of violence against women, taking protective measures, and deterring them with punishment mechanisms.

During COVID-19 pandemic, especially in the lockdown periods, reporting of domestic violence and sexual abuse towards women increased. This is mainly because, in *patriarchal societies*, “abusive men are ventilating their frustration about joblessness, wage reduction, and alcohol non-availability caused by the pandemic on women at their home”, as the research on Indian women show observations of psychological stress, confusion, and restlessness caused during the pandemic.^[11] In many other developing and underdeveloped countries, the result is the same. Not only their mental health was affected negatively, but this change in their psychological state

[10] Leda M Pérez and Andrea Gandolfi, “Vulnerable Women in a Pandemic: Paid Domestic Workers and COVID-19 in Peru,” *Bulletin of Latin American Research* 39, no. S1 (2020): 79-83.

[11] Lekha D. Bhat et al., “Fear, Discrimination, and Healthcare Access during the COVID-19 Pandemic: Exploring Women Domestic Workers’ Lives in India,” *Agenda* 35, no. 4 (February 2021): 140-150.

affected their physical health decisions as well. “The majority of women either discontinued or stopped their ongoing treatment both for reproductive health and chronic diseases during the pandemic” due to lack of income and lack of mental support.^[12] It is apparent that COVID-19 pandemic processes are important factors triggering the changes in the psychological and sociological structures of different societies.^[13]

Unfortunately, the research and official reports show that violence became a bigger issue than before during the pandemic that requires an urgent response. The reports show that there is an increase in the cases of violence against women around the world, which increased by more than 25%, that could be reported in some countries during the pandemic in some countries it was doubled. Without access to private spaces, many women struggled to make a call or to seek help online.^[14]

Sanchez et al^[15] analyzed 38 articles, which deal with the violence against women during the pandemic and found out that in that period, the home was an unsafe place for many women. The increase in the consumption of alcohol was also seen as a catalyst for violence in society. The articles that were analysed in this study, show that the pandemic has revealed several violations of rights in the life stories of women from different backgrounds such as veterans, migrants, pregnant women, or adolescents.

As it is indicated above, the COVID-19 pandemic affected humanity with unpredictable negativity and irreversible doom, groups that are considered minorities including women, people of colour, people living with low-income levels, and immigrants were disproportionately involved.^[16]

[12] Bhat et al., “Fear,” 140-150.

[13] Çiğdem Demir Çelebi, Neslihan Yaman, and Simel Parlak, “Being a Female Domestic Worker During the Pandemic Period from the Hope Perspective,” *International Journal of Psychology and Educational Studies* (2021).

[14] UN, “UN Policy Brief: The Impact of Covid-19 On Women,” 9th April 2020, 17.

[15] Sánchez, Odette R., Diama B. Vale, Larissa Rodrigues, Fernanda G. Surita, “Violence against women during the COVID-19 pandemic: An integrative review,” *International Journal of Gynecology & Obstetrics* (2020).

[16] <https://blog.petrieflom.law.harvard.edu/2020/12/03/domestic-workers-covid19-pandemic/>

For that reason, it is the main duty of the states to take effective measures against any kind of violence against women and children in society.

Available services and facilities should be given to women and public campaigns, leaflets, and handouts are needed to raise the awareness of the society on violence against women. Under these conditions, public policies and strategies should be implemented which focus on gender rights. In addition, training health professionals is one of the key factors. Health and safety systems should be prepared to track cases of violence, by collecting and systematizing data on the course and dynamics of violence during the pandemic where public sector, the health and social assistance sectors, including civil society can work together in collaboration.

D) WOMEN IN DECISION-MAKING PROCESSES DURING THE PANDEMIC

During the COVID-19 pandemic, many decisions have been made by the official institutions at diverse levels from local policies to nationwide elections. Not only the pandemic-related decisions, but all kinds of political decisions get special interest since they were under the impact of an exceptional pandemic environment. Women's participation in these political decisions is a matter of discussion with regard to the concepts of democracy, equality, and human rights. In general meaning, political participation can be explained as citizens' active involvement in the decisions made by central or local governing institutions, which is clearly a constructive element of participatory democracy.^[17] The aim of the citizens while participating must be to direct the political authority and the activity of the citizens must be able to exercise influence over the political actors both at the local and national level and in all institutions including the central government.^[18] Therefore, political participation, shaped by the theory of human rights, should be considered as a concept now open to new forms of participation

[17] Thomas Zittel, "Participatory Democracy," in *Participatory Democracy and Political Participation*, ed. T. Zittel and D. Fuchs (London and New York: Routledge, 2011), 8.

[18] Robert Dahl, *Democracy and Its Critics*, (Yale University Press, 1991), 141.

aimed at forcing the political authority at all levels from all perspectives and by diverse means.^[19]

In general, the rise of human rights under international law was not sufficient to provide equal protection for all components of society, and in this direction, first of all, the Convention on the Political Rights of Women (1954) was prepared under the guidance of the Commission on the Status of Women (1946), in order to implement the principle of equality of rights between men and women.^[20] Within the scope of the Convention, it was emphasized very clearly, briefly, and directly that everyone has the right to participate in the administration of their country and the inequality between women and men must be eliminated on this issue; in addition, the necessity of protecting the right to vote, to be elected and to access the public service, which is considered together when the right to participate is in question, has been repeated for the women specifically.^[21] In this direction, the Declaration on the Elimination of Discrimination Against Women, which speaks about the maximum participation of women in all political, economic, social, and cultural fields, was adopted^[22] and finally, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, which entered into force in 1981, not only guarantees the equal participation of women with men in all fields, but also underlines the establishment of the necessary social policies and services to overcome the obstacles that may arise from family and maternity situations in achieving this equal participation.^[23] In addition to its national importance, the issue

[19] Anıl Güven Yüksel, *Toplumsal Yaşama Katılma Hakkı*, (İstanbul: Oniki Levha, 2022), 22.

[20] Aysel Çelikel, “Kadınların Siyasal Yaşama Katılımı Konusunda Yeni Uluslararası Çalışmalar,” *Journal of Istanbul University Law Faculty* 54, (1994): 45.

[21] Convention on the Political Rights of Women (CPRW) (1954), https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVI-1&chapter=16

[22] Declaration on the Elimination of Violence against Women (1993) General Assembly Resolution 48/104, <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/eliminationvaw.pdf>

[23] Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW) (1981), <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.htm#article7>

of equal and effective participation of women, which has been repeatedly stated in the declarations and reports produced by the United Nations, has been stated as a key priority in terms of international peace and cooperation through the Declaration on the Participation of Women in Ensuring International Peace and Cooperation.^[24]

As it is evident, both the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and CEDAW protect the equal participation of women in politics and decision-making in a strong sense. In addition, United Nations Security Council Resolution (R.1325) highlights several times the significance of women's participation while solving societal conflicts and creating peace. However, some women's rights defenders and female political leaders recently emphasize "some emerging risks to women's political inclusion as the pandemic continues".^[25] This brings the issue to the context of vulnerability and health crises, which create together a fundamental theme to examine in line with the participation of women.

The COVID-19 pandemic, in this direction, is an important issue in which constitutional protections and national practices can be tested regarding women's participation, with its quickly-spread impacts that alarm all the states of the World. In the process of the management of the pandemic, which was announced in March 2020, some states declared a general state of emergency; some declared a public health-specific state of exception in line with their constitutional systems; and some tried to overcome this crisis within the limits of ordinary law. In terms of those declared a state of emergency, the suspension of fundamental rights and freedoms has come to the fore, and international obligations have been derogated.^[26] It should be noted that in the declared emergency periods, both the compliance with some international obligations such as notification and supervision, which are still binding, and the operation of guarantees such as judicial review

[24] Declaration on the Participation of Women in Promoting International Peace and Co-operation (1982) UNGA R. 37/63, <https://www.refworld.org/docid/528de9544.html>

[25] UN WOMEN, *Policy Brief N. 18 -Covid-19 and Women's Leadership: From an Effective Response To Building Back Better*, (UN, 2020).

[26] See the webpage of Council of Europe <https://www.coe.int/en/web/conventions/derogations-covid-19>.

regarding the legality of these periods at the national level have been the subject of discussions.^[27] Therefore, this global pandemic has become one of the most important issues that necessitate discussion of the new meanings of concepts such as the state of emergency and fundamental rights in the context of public health, and accordingly the adequacy of national constitutions in solving the crisis without interfering the core of the fundamental rights of the vulnerable parts of the society. These periods of major crises can revive the traditional inequalities or the tendencies of discrimination and can even lead to backslidings within the gender perspective in human rights.

The expanding obligations of states from political rights to economic and cultural conditions in order to eliminate barriers to women's participation in politics are addressed in the CEDAW Committee's General Recommendation on Temporary Special Measures. According to the Committee, states are under an obligation, including temporary special measures, if necessary, to ensure the equal participation of women in all areas of political and public life, including administrative activities.^[28] These temporary measures, which should be directed towards a specific purpose, may include some privileges in the public service, private sector, or political life with the cooperation of public and private institutions, political parties, or voluntary institutions in order to transform the understanding of equality into practice.^[29]

The COVID-19 pandemic has emerged as one of the processes – and recently the most important one – that require special measures to be taken in terms of women's participation, and which has the potential to hinder participation in many respects, and recently the most important one. During the COVID-19 period, many problems specific to women have been addressed in terms of participation, both in the traditional sense of elections and in the formation of policies in a more contemporary sense. As the UN High Commissioner for Human Rights clearly states, “with COVID-19, the situation for women human rights defenders and the prospects for

[27] Anıl Güven Yüksel, “İspanya’da Olağanüstü Hal Dönemlerinin İnsan Haklarının Kısıtlanması Bakımından Güncel Gelişmeler Doğrultusunda Değerlendirilmesi,” *Yıldırım Beyazıt Law Journal*, no. 2, (2022): 680–682.

[28] CEDAW Committee, “General Recommendation,” No. 25, art. 4 paragraph 1 of CEDAW—temporary special measures (2004)

[29] CEDAW Committee (2004) art. 21, 32.

women's full participation in building peace, has become vastly worse".^[30] This determination is valid both for the women's role in traditional politics and in civil society.

According to the analysis of International IDEA on "Global Overview of COVID-19: Impact on Elections" for a period between 21 February 2020 and 21 February 2022, nearly 80 countries in the World initially postponed the national and local elections due to the pandemic; while nearly 160 countries initially decided to hold the elections without changing the plan during this period.^[31] In the end, nearly 130 of those 160 and 65 of those who initially postponed the elections held the elections in their territories including the referendums.^[32] During these elections held, it is stated about the political campaigns tendency by another research specifically on women's exclusion that "candidates often have to pay a substantial fee to even be included on parties' electoral lists".^[33] In addition, it is observed from these election periods that emerging setbacks resulting from the pandemic measures may encourage and enhance the informal, and so the *traditional*, political practices, which might somehow exclude the women candidates. Finally, as a stunning part of the research, it should be quoted directly that "the switch to online campaigning and voter engagement creates new challenges for female voters and candidates". Since the women already suffer from the lack of opportunities to use online facilities, they are accordingly in a weaker position in using online tools and getting information about the political processes from the online platforms.^[34]

[30] UN News. "Bachelet: Women's participation forging peace worldwide, vastly worse post pandemic," accessed 20 May 2023, <https://news.un.org/en/story/2022/01/1109992>

[31] International Institute for Democracy and Electoral Assistance (International IDEA), *Global overview of COVID-19: Impact on elections*, <https://www.idea.int/news-media/multimedia-reports/global-overview-covid-19-impact-elections>

[32] International IDEA, *Global overview of COVID-19: Impact on elections*.

[33] Saskia Brechenmacher and Caroline Hubbard, "How the Coronavirus Risks Exacerbating Women's Political Exclusion," *Carnegie Endowment For International Peace* (2020), <https://carnegieendowment.org/2020/11/17/how-coronavirus-risks-exacerbating-women-s-political-exclusion-pub-83213>.

[34] Brechenmacher and Hubbard, "How the Coronavirus Risks," 3-4.

On the other hand, according to the UN Women's Report in 2020, in far too many areas of public life, women remain already under-represented in decision-making institutions before the pandemic impact. Women cover only a quarter of the whole seats in national parliaments in the World and a bit more than one-third of local bodies, who take office by elections.^[35] The policy brief continues to indicate the significant number of women's lack of representation among the health ministers of the World in which women occupy 70 percent of health sector workers. Moreover, the few numbered positions of women in the media sector increase this indivisibility on the frontline for emergency response, while the women, whose participation is essential in response groups, continue to be mostly excluded from the groups of experts in relation to the *health, education, social affairs or national gender equality mechanisms*.^[36]

In light of the current situation, in a survey of 30 countries, which is conducted by CARE, it is revealed that only a quarter of committees, which are formed in response to COVID-19 at the national level are women.^[37] Even though the percentage of women's participation in national and global COVID-19 decision-making bodies seems to be weak, it must be mentioned that women have taken the lead, especially in the frontline of health issues during the whole crisis at every level.^[38] In the analysis of CARE over 27 countries, it has been also claimed that a link can be determined between the women leaders and effective COVID-19 responses considering the other statistical analyses on the numbers of cases and daily deaths between

[35] UN Women, *Policy Brief N. 18, Covid-19 and Women's Leadership: from an Effective Response to Building Back Better*, 2020.

[36] UN Women (2020); Lutz Peschke, "Subject Women, Object Women. Image Building in Social Media," in *A Comparative Study of Women Issues*, eds. Seldağ Güneş Peschke and Lutz Peschke (Norderstedt: Books on Demand, 2020), 171.

[37] Lina Aghajanian and Ella Page, "Help Desk Report: COVID-19 and the participation of women and women's rights organisations in decision-making" (2020) <https://opendocs.ids.ac.uk/opendocs/handle/20.500.12413/15532>.

[38] Boniol M, McIsaac M, L. Xu, T. Wuliji, K. Diallo, J. Campbell, "Gender equity in the health workforce: analysis of 104 countries," *Working paper 1. Geneva: World Health Organization* (2019) (WHO/HIS/HWF/Gender/WP1/2019.1).Licence: CC BY-NC-SA 3.0 IGO.

the countries led by men and women.^[39] In line with these data, it is clear that the meaningful role of women in the fight against the COVID-19 pandemic and therefore their participation in the decisions taken in this struggle is necessary. Women should play an active role in making all decisions and policies regarding the management of the pandemic. In this sense, special measures should be taken in addition to the measures taken in ordinary periods, in the face of risks such as obstacles that may be created by extraordinary periods and the re-determination of traditional gender roles; participation of women should be ensured by the states. This protection should be strengthened with both special participation measures and financial and social supports in order to eliminate risks such as the *return to traditional gender roles, the unofficial implementation of male-dominated practices, the lack of equal access to online platforms, or the less visible women in political life.*^[40]

Apart from the traditional ways of participation, participation in decision-making processes at local or regional levels, including the assemblies and associations is essential for women to be heard during crisis management, as well as for the balancing of these inequalities.^[41] Although women have a leading role in the combat against the current health crises, not only working in the health and support services but also supporting the community they live in diverse manners, as the UN reports clearly state “women’s representation in policy development and decision making on COVID-19 is limited” all over the World. It is also revealed in the same direction that the lower levels of education and literacy make women more vulnerable and less equal in the face of access to information and communication technologies. In this

[39] Aghajanian and Page, 4. A statistical analyse is mentioned as: “Fioramonti et al. (2020) ran statistical analyses with data from 35 countries, finding: Countries with governments led by women suffered six times fewer confirmed deaths from COVID-19 than countries with governments led by men; female-led governments have been more effective and rapid at flattening the epidemic’s curve, with peaks in daily deaths about six times lower than in countries led by men; the average number of days with confirmed deaths was 34 in countries led by women and 48 in countries led by men”.

[40] Brechenmacher and Hubbard, “How the Coronavirus Risks,” 2-4

[41] OHCHR and African Union (2020), *Possible Actions*. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Events/COVID-19_and_Women_Rights_7_Possible_Actions.pdf

regard, some measures have been declared by international instruments and leading scholars. Primarily the inclusion of women groups, community-based and civil society organizations in “decision-making and budget resources” must be secured.^[42] And in the same direction, gender experts should *be included in management groups*; implementation of the specific measures must be guaranteed through some territorial links *in all parts* of the subject countries; specific information about the *different issues and challenges that women are facing* in these periods must be gathered from diverse sources; and finally, the impact of the taken measures must be monitored after the crisis concerning the “specific guarantees on the rights of women”.^[43]

II. PANDEVITA FOCUS GROUP STUDY ABOUT WOMEN IN COVID-19 CRISIS^[44]

PandeVITA Women’s Focus Group Study has a pivotal role in the PandeVITA Project, in order to gather opinion-based data from the participants in leading roles from different sectors. Within other research topics, the PandeVITA project focuses on how the pandemic period affected women since the first wave of the pandemic period, and in relation to that, a focus group event is organized in Ankara on 20th October 2022 to find out possible solutions for women from different perspectives, which can be a guide for the public and private institutions, based on the experiences of the participants of the focus group event.

A) THE DESCRIPTION OF THE FOCUS GROUP EVENT

A focus group study is a research method, which uses a group interviewing, approximately six to twelve people who share similar characteristics or common interests on a specific subject.^[45] Focus group study is a type of

[42] UN Women (2020).

[43] OHCHR, *COVID-19 and women’s human rights: guidance*, 2020, <https://www.ohchr.org/en/documents/tools-and-resources/covid-19-and-womens-human-rights-guidance>.

[44] This focus group event was evaluated and approved by the Ethical Committee of Tilburg School of Humanities and Digital Sciences (TSHD), Tilburg University, the Netherlands [Document No. REDC 2021.73].

[45] CDC, “Evaluation Briefs—Data Collection Methods for Program Evaluation: Focus Groups (2018),” accessed 24 April 2023, <https://www.cdc.gov/healthyyouth/>

qualitative research and is often used in marketing, library science, social science, and user research disciplines.^[46]

The study of the focus group event can be created by some basic steps, such as choosing an appropriate topic and then defining and creating a hypothesis. During the event, contributors' thoughts, feelings, beliefs, and experiences are discussed in terms of previously decided research topic which reflects the contributors' outputs as research material. That is why, the discussion topics or questions directed to the contributors are in the same context as the hypothesis of the study. While the focus group study is being conducted, notes and the comments of the contributors are taken and gathered as the output of the study.

B) AIM AND THE METHODOLOGY OF THIS STUDY

Women, as a generalized coterie, were considered to be one of the high-risk groups during the COVID-19 pandemic.^[47] Even though every age and gender group got negatively affected by the COVID-19 pandemic, its effects on women in the general context is an ongoing issue to be discussed. Considering the hardships women face on a daily basis in terms of social and economic backgrounds, their issues and problems caused by the COVID-19 pandemic also differ from what the other gender group, men experience, biologically and perceptually.

PandeVITA Women's Focus Group Study was organized to determine the economic and social effects of COVID-19 and aimed to find out answers to certain problems that women face the most during the pandemic period, including health, employment, family life and various social issues, which aims to produce new policies and find out solutions to support women's employment and strengthen their social status in the society, so that people,

[evaluation/pdf/brief13.pdf](#)

[46] Tegan George, "What Is a Focus Group | Step-by-Step Guide & Examples," (6 February 2023), accessed 24 April 2023, <https://www.scribbr.com/methodology/focus-group/>

[47] M. Keten and Elif Keten Edis, "Covid-19 Pandemisinin Kadın Sağlığı Üzerindeki Etkisi," *Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi* 30, no. 4, (2021).

but most likely women will be least affected and not encounter similar difficulties during other pandemic periods that may occur in the future.

Although many articles and books have been written about the effects of the pandemic on women, case studies have not been shared much. Therefore, in this research, the method of conducting a focus group event was chosen to learn about the positive and negative experiences of women during the pandemic in order to receive processable data for the COVID-19 experience through the lens of women in a direct way. The thoughts, feelings, beliefs, and experiences that were shared in this focus group event were later used in forming policy recommendations.

The focus group event organized in Ankara gathered women who are working in leading positions in public organizations, academia, private institutions and international organizations such as ILO and UN Women. The background of these women was in health, tourism, agriculture, industry, business and economy.

The event was moderated by the PandeVITA team members. Seven working women who have different backgrounds and positions in terms of their professions contributed to the focus group event with their answers as well as their additional opinions, both regards to their professions and their private lives, their womanhood. The questions of the meeting were focused on the effects of the COVID-19 pandemic on women in Türkiye and in the world. The participants' professional opinions were thoroughly discussed within the event and the results and recommendations were created accordingly. Their opinions and observations coming from their personal lives and experiences of being a woman in Türkiye also enhanced the discussion questions.

In the PandeVITA women's focus group study, the impact of the pandemic on the lives and employment of women from different status (refugees, workers, health workers, housewives, etc.) were discussed, and experiences were shared. It was revealed that many physical and mental distortions started to happen among women during the COVID-19 pandemic. The fear of getting infected with the virus and possibly spreading it to people, including one's loved ones, made socialization outside of confined spaces unachievable. Curfews implemented by the government during different COVID-19 waves continued to isolate people from one another and make

people stay in their own confined spaces. This isolation, naturally, applied to women as well. During this period, women remained inactive for a long time in their living spaces which caused an inevitable state of inactiveness. Knee, waist, and shoulder problems increased in accordance with their lack of motion, and due to the increase of those kinds of problems, knee and hip osteoarthritis (calcification) cases increased, as well as knee and hip replacement surgeries due to osteoarthritis and osteoporosis. One of the biggest causes of osteoporosis is short-distance movements at home between the kitchen and the room during the pandemic, which women were forced to go through during the pandemic. Some women devoted themselves to cleaning their houses, and some started cleaning not out of necessity, but as a hobby or in order not to be idle. Even if this is the case, it did not stop women from being less active and gaining fat. As a consequence of not being able to leave their confined spaces, women started to cook more and eat more. It was understood that as the COVID-19 virus infected people, the COVID-19 pandemic brought many other problems along with social, economic, and political consequences.

In accordance with the declining physical status of women, stress-induced illnesses became more observable in female patients, such as fibromyalgia. Stress-induced teeth clenching cases also increased. The pandemic had put immense pressure on the health systems and it resulted in people struggling to receive needed care and treatments outside of the COVID-19 virus context. This struggle not only negatively affected patients with physical symptoms, but also affected people in need of psychological help.

In the focus group study, the participants agreed that during the pandemic period, the social situation and work responsibilities of women have become even more severe and fragile. With the inability to leave the house because of the lockdowns, there has been an increase in cases of violence. The pandemic conditions, where the negatives were the majority, have improved with the end of the lockdowns, but neither the health of the people nor the job opportunities have been fully restored. While areas such as commerce and manufacturing provide flexibility to employees and bosses, most working or non-working women have had difficulty adapting to the new and more difficult responsibilities placed on them.

The common opinion of the participants was focused on the workload of the women which has increased at home and at work. It has been inevitable

that women have to face many negativities, especially in methods such as hybrid or working from home. Despite all kinds of negativities, this process also had positive contributions and effects. For some business areas, hybrid and work-from-home models have allowed people to spend time with their families. However, it should not be forgotten that this situation is valid in limited business areas and for a small number of families. The pandemic period and its aftermath have mostly not benefited women socially, economically, physically, or spiritually, making their situations and areas even more difficult.

CONCLUSION—RESULTS AND RECOMMENDATIONS

In this paper, women's health, employment, family life, and various social problems, which are the most difficult issues for women during the pandemic period were discussed within a focus group study and some policy recommendations were prepared accordingly. As a result of these, possible solutions and requests related to women and COVID-19 were determined, to produce new policies and find out solutions to support women's employment and strengthen their social status in society which can be a guide for future pandemics and emergency situations.

In order to prevent unregistered employment new policies and strategies should be developed which encourage women to work under social and security insurance, in accordance with the examples of countries that have achieved success in this regard.

The employment of young women should be increased, the governments should focus on policies to support young entrepreneurs, increase laboratory opportunities for young women researchers and scientists, and encourage R&D projects.

More women should be involved in decision-making processes and new strategies and policies should be developed to raise awareness of women's educational rights. For that reason, economic aid should be provided to families with low socio-economic levels, especially in order to encourage the education of women and girls.

Psychological support and care are needed in the post-pandemic times for households, which especially have lower incomes. With the contribution of the Ministry of Family and Social Services, psychologists, social workers,

and psychological counsellors working within the Ministry can be assigned to provide services to citizens who have difficulties in accessing psychological assistance support. Improving the conditions of psychiatric services in public hospitals is also necessary to increase access to this service.

UN prepared a report in April 2020 “Policy Summary: The Impact of COVID-19 on Women” Report results should be put into practice.^[48] The report consists of themes such as placing women’s organizations in the centre of the COVID-19 crisis, taking care of unpaid care work of women, and designing socio-economic plans for the futures of women and girls.

Another report that should be taken into consideration by policymakers is ILO’s July 2021 “Building Forward Fairer: Women’s Rights to Work and at Work at the Core of the COVID-19 Recovery” study results.^[49] The report consists of themes such as promoting gender-sensitive employment policies, “investing in the care economy, working towards universal access to comprehensive, adequate and sustainable social protection for all to reduce the current gender gap”^[50] in social protection coverage, removing pay-gap between genders, preventing violence against women, providing incentives to see women in the decision-making processes.

As a result, problems related to women’s participation also manifest themselves in the rights and freedoms related to working life, including political discussions on economic and social rights. Economic violence, which can develop based on established or cultural codes and make women economically dependent, prevents women from participating in working life. In this direction, first of all, employment, social service, social security and economic development policies should be produced with an approach based on women’s participation, equal treatment and equal opportunities in

[48] UN Women, 2020, accessed 24 April 2023, <https://www.unwomen.org/sites/default/files/Headquarters/Attachments/Sections/Library/Publications/2020/Policy-brief-The-impact-of-COVID-19-on-women-en.pdf>

[49] ILO, *Building Forward Fairer: Women’s rights to work and at work at the core of the COVID-19 recovery*, (ILO, July 2021) accessed 24 April 2022 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—dgreports/—gender/documents/publication/wcms_814499.pdf

[50] A. Cordova and R. Gabriela, “Addressing the Gender Gap,” *Comparative Political Studies* 50, no. 2 (2017): 260-270.

business life should be protected by binding collective agreements and legal guarantees, and objection and complaint authorities should be established regarding the operability of these requirements.^[51]

Last but not least, in this economic order, where access to technological innovations is in line with the level of prosperity, the technological literacy rate of women in each country should be taken into consideration. Effective communication channels should be established for women which give reliable news with the help of technological advancements.

ACKNOWLEDGEMENT

This paper is based on research that is executed within the scope of the project “PandeVITA – Pandemic Virus Trace Application for the Effective Knowledge Transfer Between Science and Society Inside the Quadruple Helix Collaboration”. The project has received funding from the European Union’s Horizon 2020 research and innovation program under grant agreement No 101006316.

[51] ILO (1975) Declaration on Equality of Opportunity and Treatment for Women Worker, Official Bulletin Vol. LVIII Serie A, art. 9 – 13.

BIBLIOGRAPHY

- Aghajanian, Lina and Ella Page. *Help Desk Report 850: COVID-19 and the participation of women and women's rights organisations in decision-making*. Brighton, UK: Institute of Development Studies, 2020, <https://opendocs.ids.ac.uk/opendocs/handle/20.500.12413/15532>.
- Bhat, Lekha D., Surabhi Kandaswamy, B.S. Sumalatha, Gayathree Mohan and Ourania Vamvaka Tatsi. "Fear, discrimination, and healthcare access during the COVID-19 pandemic: Exploring women domestic workers' lives in India." *Agenda* 35, no.4 (2021): 140-150. <https://doi.org/10.1080/10130950.2021.2046392>
- Boniol M, M. McIsaac, L. Xu, T. Wuliji, K. Diallo and J. Campbell. *Gender equity in the health workforce: analysis of 104 countries*. Working paper 1. Geneva: World Health Organization; 2019 (WHO/HIS/HWF/Gender/WP1/2019.1). Licence: CC BY-NC-SA 3.0 IGO.
- Brechenmacher, Saskia and Caroline Hubbard. "How the Coronavirus Risks Exacerbating Women's Political Exclusion." *Carnegie Endowment for International Peace*, (November 2020). <https://carnegieendowment.org/2020/11/17/how-coronavirus-risks-exacerbating-women-s-political-exclusion-pub-83213>
- Bwire, G.M. "Coronavirus: Why Men are More Vulnerable to Covid-19 Than Women?," *SN Comprehensive Clinical Medicine*, no. 2, (2020): 874–876.
- Cordova, A. and R. Gabriela. "Addressing the Gender Gap." *Comparative Political Studies* 50, no. 2 (2017): 260-270.
- Çelikel, Aysel. "Kadınların Siyasal Yaşama Katılımı Konusunda Yeni Uluslararası Çalışmalar." *Journal of Istanbul University Law Faculty* 54 (1994): 45-53.
- Dahl, Robert A. *Democracy and Its Critics*. Yale: Yale University Press, 1991.
- George Tegan. "What Is a Focus Group | Step-by-Step Guide & Examples." (6 February 2023), accessed 24 April 2023, <https://www.scribbr.com/methodology/focus-group/>

- Güneş Peschke, Seldağ. “Quota Applications for Women at Work.” in *A Comparative Study of Women Issues*, Eds. Seldağ Güneş Peschke and Lutz Peschke, Norderstedt: Books on Demand, 2018.
- Güneş Peschke, Seldağ and Lutz Peschke. “Women Issues in An Interdisciplinary Context.” in *A Comparative Study of Women Issues*, Eds. Seldağ Güneş Peschke and Lutz Peschke, Norderstedt: Books on Demand, 2018.
- Keten, M. and Elif Keten Edis. “Covid-19 Pandemisinin Kadın Sağlığı Üzerindeki Etkisi.” *STED Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi* 30, No. 4 (2021): 293–300.
- Peschke, Lutz. “Subject Women, Object Women. Image Building in Social Media.” in *A Comparative Study of Women Issues*, Eds. Seldağ Güneş Peschke and Lutz Peschke, Norderstedt: Books on Demand, 2018.
- Rozenberg, S., J. Vandrommea and C. Martin. “Are we equal in adversity? Does Covid-19 affect women and men differently?.” *Maturitas* 138 (2020): 62–68. <https://doi.org/10.1016/j.maturitas.2020.05.009>
- Sánchez, Odette R., Diama B. Vale, Larissa Rodrigues, Fernanda G. Surita. “Violence against women during the COVID-19 pandemic: An integrative review.” *International Journal of Gynecology & Obstetrics* (03 September 2020) <https://doi.org/10.1002/ijgo.13365>
- Yüksel, Anıl Güven. *Toplumsal Yaşama Katılma Hakkı*. İstanbul: Oniki Levha, 2022.
- Yüksel, Anıl Güven. “İspanya’da Olağanüstü Hal Dönemlerinin İnsan Haklarının Kısıtlanması Bakımından Güncel Gelişmeler Doğrultusunda Değerlendirilmesi.” *Yıldırım Beyazıt Law Journal*, no. 2022/2 (2022): 667 – 698, <https://doi.org/10.33432/ybuhukuk.1104477>
- Zittel, Thomas. “Participatory Democracy.” in *Participatory Democracy and Political Participation*, Eds. T. Zittel and D. Fuchs, London and New York: Routledge, 2007.

Internet Resources

- CDC. *Evaluation Briefs–Data Collection Methods for Program Evaluation: Focus Groups*, 2018, accessed 24 April 2023, <https://www.cdc.gov/healthyouth/evaluation/pdf/brief13.pdf>
- CEDAW Committee. *General Recommendation. art. 4 paragraph 1 of CEDAW–temporary special measures*, 2004.
- Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW). 1981, <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.htm#article7>
- Convention on the Political Rights of Women (CPRW). 1954, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVI-1&chapter=16
- Declaration on the Elimination of Violence against Women. General Assembly Resolution 48/104, 1993, <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/eliminationvaw.pdf>
- Declaration on the Participation of Women in Promoting International Peace and Co-operation (1982) UNGA R. 37/63, <https://www.refworld.org/docid/528de9544.html>
- DG EAC. *DG Education and Culture Management Plan–2016*, 2016 <https://eige.europa.eu>, Access Date: 09.09.2022.
- EIGE (European Institute of Gender Equality). *Economic Case for Gender Equality in EU*, 2022 <https://eige.europa.eu/gender-mainstreaming/policy-areas/economic-and-financial-affairs/economic-benefits-gender-equality>
- IDEA. “Global overview of COVID-19: Impact on elections”, accessed 21 May 2023, <https://www.idea.int/news-media/multimedia-reports/global-overview-covid-19-impact-elections>
- ILO. *International Labour Organization Declaration on Equality of Opportunity and Treatment for Women Worker*. Official Bulletin Vol. LVIII Serie A, 1975.
- ILO. “Who Are Domestic Workers?.” 5 April 2013, https://www.ilo.org/global/topics/domestic-workers/WCMS_209773/lang-en/index.htm

- ILO. *Making decent work a reality for domestic workers – Progress and prospects ten years after the adoption of the Domestic Workers Convention 2011 (No. 189)*. 15 June 2021, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—dgreports/—dcomm/—publ/documents/publication/wcms_802551.pdf
- ILO. *Building Forward Fairer: Women’s rights to work and at work at the core of the COVID-19 recovery*, (July 2021) accessed 24 April 2022 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—dgreports/—gender/documents/publication/wcms_814499.pdf
- OHCHR. *COVID-19 and women’s human rights: guidance*, 2020 <https://www.ohchr.org/en/documents/tools-and-resources/covid-19-and-womens-human-rights-guidance>
- UN. *General Assembly during its 18th Session–1274th Plenary Session*, 5 December 1963, accessed 22.02.2021, [https://undocp.org/en/A/RES/1920\(XVIII\)](https://undocp.org/en/A/RES/1920(XVIII))
- UN News. “Bachelet: Women’s participation forging peace worldwide, *vastly worse* post pandemic”, accessed 20 May 2023, <https://news.un.org/en/story/2022/01/1109992>
- UN WOMEN. *Policy brief: The impact of COVID-19 on women*, 9 April 2020, <<https://www.unwomen.org/sites/default/files/Headquarters/Attachments/Sections/Library/Publications/2020/Policy-brief-The-impact-of-COVID-19-on-women-en.pdf>> accessed April 24, 2023
- UN WOMEN. *Policy Brief: Covid-19 and Women’s Leadership: From an Effective Response to Building Back Better*, 2020. <https://www.unwomen.org/en/digital-library/publications/2020/06/policy-brief-covid-19-and-womens-leadership>

Psikiyatri Hastasının İstemsiz Yatış/Tedavisi

Kemal SARUHAN*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Uzman Hekim, Gebze Fatih Devlet Hastanesi/Sağlık Bakanlığı,
saruhan.k.a@gmail.com, **ORCID:** 0000-0002-1801-6268.

Makale geliş tarihi: 24 Haziran 2023 **Makale kabul tarihi:** 24 Ekim 2023

Atf önerisi: Saruhan, Kemal. “Psikiyatri Hastasının İstemsiz Yatış/Tedavisi.”
Ankara Barosu Dergisi 81, no. 4 (Cumhuriyet 100. Yıl Özel Sayısı, Ekim 2023): 497-529. **DOI:** 10.30915/abd.1319588

PSİKİYATRİ HASTASININ İSTEMSİZ YATIŞ/TEDAVİSİ

ÖZ

Kişilik hakları içerisinde yer alan yaşam hakkı, vücut bütünlüğünü koruma hakkı, sağlık hakkı, kendi geleceğini belirleme hakkı gibi haklar tıbbi müdahale açısından önem taşımaktadır. Hastanın bilgilendirilmesi ve tıbbi müdahaleye rıza göstermesinin sağlanması sağlık personeli açısından hem hukuki hem de etik bir yükümlülüktür. Ancak gerek uluslararası sözleşmelerde gerek de ulusal mevzuatımızda çeşitli durumlarda tıbbi müdahale için rıza aranmamaktadır. Anayasamızda tıbbi zorunluklar ve kanunda yazılı haller tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk unsurlarından olan rızanın aranmadığı durumlardır. Bunlardan bir tanesi de koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin olup; psikiyatrik bozuklukları bulunan kimselere uygulanan istemsiz yatış/tedavidir.

Bu çalışmanın amaçlarından biri istemsiz yatış/tedavinin kapsamının belirlenmesidir. Bir diğer amacı psikiyatrik bozukluğu bulunan kimselerin istemsiz yatış/tedavi süreçlerine ilişkin hukuki düzenlemeleri incelemek ve karşılaştırmaktır. Ülkemizde Ruh Sağlığı Yasası bulunmamakta ruh sağlığı hastalarına ilişkin düzenlemeler çeşitli kanunlarda yer almakta ve istemsiz yatış/tedavi başta olmak üzere sürecin nasıl işleneceğine dair netlik bulunmamaktadır. Çalışmamızda ayrıca Türkiye Psikiyatri Derneği tarafından hazırlanan Ruh Sağlığı Yasa Tasarısı incelenmiş olup mevzuatımızdaki boşluk vurgulanmıştır.

Anahtar kelimeler:

istemsiz yatış

istemsiz tedavi

psikiyatrik bozukluk

ruh sağlığı yasası

özgürlüğün kısıtlanması

INVOLUNTARY PLACEMENT/TREATMENT OF PSYCHIATRIC PATIENT

ABSTRACT

Rights such as the right to life, the right to integrity of the person, the right to health, the right to self-determination are important in terms of medical intervention. Informing the patient and ensuring that he consents to the medical intervention is both a legal and ethical obligation for the medical personnel. However, consent is not required for medical intervention in various situations, both in international conventions and in our national legislation. Consent, which is one of the elements of legality of medical intervention, is not required in cases written in the law and medical obligations in Turkish Constitution. One of them is the involuntary placement/treatment applied to people with psychiatric disorders.

The first aim of the study is to determine the scope of involuntary placement/treatment. Another aim is to view and compare the legal regulations regarding the involuntary placement/treatment processes of people with psychiatric disorders. There isn't Mental Health Act in Turkey, the regulations regarding mental health patients are included in various codes and there is no clarity on how the process will be handled, especially involuntary placement/treatment. In our study, the Draft Act on Mental Health prepared by Turkish Psychiatric Association was also examined and the gap in our legislation was emphasized.

Keywords:

involuntary placement

involuntary treatment

psychiatric disorder

mental health act

restriction of freedom

GİRİŞ

Makalede tıbbi müdahalenin hukuki boyutu ve hukuka uygunluk nedenlerinden olan rıza ve aydınlatılma kavramları değerlendirilecek ardından rızanın aranmadığı tıbbi müdahalelerden olan istemsiz yatış/tedaviye ilişkin hem uluslararası hem de ulusal hukuki düzenlemeler incelenecektir. Pek çok Avrupa ülkesinde var olan ruh sağlığı yasasının gerekliliği ve yasa teklifi olarak sunulan ruh sağlığı yasa tasarısının eksiklikleri vurgulanacaktır.

I. TIBBİ MÜDAHALE VE TEMEL KAVRAMLAR

Tıbbi müdahale, tıp mesleği ile uğraşan yetkili bir kişi tarafından hasta olan kişinin hastalığını tedavi etme ya da hastalıktan koruma ya da acılarını azaltma amacıyla gerçekleştirilen her türlü faaliyettir. Bu tıbbi faaliyetler içerisinde psikiyatrik tedaviler de bulunmaktadır. Kural olarak tıbbi müdahaleyi hekim gerçekleştirmekle birlikte, hekimin denetim ve gözetiminde diğer sağlık mesleği personeli de tıbbi müdahalede bulunabilir.^[1]

Hasta Hakları Yönetmeliği 4/g maddesinde tıbbi müdahale ‘*Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişimi,*’ şeklinde tanımlanmış olup Türkiye Psikiyatri Derneği (TPD) tarafından hazırlanan ruh sağlığı yasa tasarısında da tıbbi müdahale ‘*Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen bedensel ve psikolojik girişimdir.*’ şeklinde tanımlanmaktadır.^[2] Hem Hasta Hakları Yönetmeliği hem de ruh sağlığı yasası tasarısında psikolojik (ruhi) girişimler tıbbi müdahale kapsamında değerlendirilmiştir. Psikoterapiler bu anlamda tıbbi müdahale şeklidir.

[1] Hasan Tahsin Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, 4.baskı (Ankara: Seçkin, 2022), 53.

[2] Türkiye Psikiyatri Derneği, “Ruh Sağlığı Yasası Tasarısı.” erişim 23 Mayıs 2023 <https://psikiyatri.org.tr/TPDDData/Uploads/files/2015-RUH-SAGLIGI-YASASI.pdf>

A) TIBBİ MÜDAHALE VE KİŞİLİK HAKLARI

Hukuk düzeni doğumla birlikte insanları kişi olarak tanımlamakta ve kişiliğe bağlı hakları kabul etmektedir. Gerçek kişiler bakımından kişilik anne karnından sağ ve tam olarak doğduğu andan itibaren kazanılır.^[3] Hukukumuzda göre kişilik ölümle son bulur. TMK 8. madde de ‘Her insanın hak ehliyeti vardır. Buna göre bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler’ denilerek doğumdan ölüme kadar herkesin hukuk düzeni karşısında hak ve borç sahibi olmak açısından eşit olduğu belirtilmektedir. Akıl hastalığı gibi bir durum için de bu eşitlik geçerlidir ancak hakkın kullanılmasında kısıtlılık söz konusu olabilir.

İnsan hakları hukukunun en temel konularından biri yaşam hakkıdır. Yaşam hakkı tüm kişilik haklarının ilki ve temeli niteliğindedir. Yaşam hakkı hukuken kişinin fiziki ve ruhsal bütünlüğünü koruyabilmesi ve bu hakka karşı yönelen tehditlere karşı koyabilme hak ve yetkisini ifade eder.^[4] Yaşam hakkı hem Anayasamızda hem de AİHS’de korunmuştur. Vücut bütünlüğünü koruma hakkı da yaşam hakkı ile ilişkili bir haktır. Kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünün korunmasını ifade eder. Anayasanın 17/2. maddesinde ‘Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz’ denilmektedir. Bu madde ile vücut bütünlüğünü koruma hakkı korunmuş olup tıbbi müdahalelerin rıza ile gerçekleştirilebileceği belirtilmektedir. Kişilik hakları kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardır. İstisnai durumlar hariç olmak üzere tıbbi müdahale gibi kişilik hakları ile ilişkili eylemlerde kişinin kendisinin rızası alınmalıdır. TMK 23. maddesinde kişinin kişisel özgürlüklerden vazgeçemeyeceği hükmü bulunmaktadır. Ancak kişinin rızası olması tek başına tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmemektedir. Ötenazi yasağı bu çerçevede değerlendirilebilir.^[5] Kişinin rızasının alınamadığı istisnai acil durumlarda tıbbi müdahale hukuka uygun olmaktadır. Yine genel sağlığın

[3] Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, 76.

[4] Oktay Bahadır, *Yaşama Hakkı*, 1. baskı (Ankara: Adalet Yayınevi, 2009) 3.

[5] Burcu G. Özcan ve Çağlar Özel, “Kişilik Hakları-Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler,” *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi* 1, no.10 (Şubat, 2007): 51.

korunmasını gerektiren hallerde de anayasanın 17. maddesine istinaden kişinin rızası dışı tıbbi müdahale yapılabilmektedir.

Hastanın kendisine dair kararlar verebilme yeterliliğine sahip olması halinde hukuki değerleri üzerinde tasarrufta bulunabilme hakkından ötürü kendi geleceğini belirleme hakkı doğmaktadır. Anayasanın 17'nci maddesindeki '*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir*' hükmü hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına dayanak sağlamaktadır. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşme'nin 5'inci maddesinde '*Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir*' denmektedir. İlgili maddede bireyin bilgilendirilmesinin ve özerk karar verme hakkı üzerine durulmuş olup dolaylı olarak hastanın geleceğini belirleme hakkını ifade etmiştir.^[6]

Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı hastanın aydınlatılma hakkıyla beraber ele alınması gerekir. Hasta aydınlatılmış onam ile tıbbi müdahaleye rıza gösterirken yaşam ve vücut bütünlüğü hakkını özgür iradesiyle kullanmış olacaktır. Aydınlatılmış olan hastanın kendi vücuduyla ilgili kararları verebilmesi hem uluslararası sözleşmelerde hem de ulusal mevzuatta yer almakta olup neredeyse birlikte anılır. Hastanın özgür iradesiyle verdiği kararlar hem tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmiş olur hem de istisnai durumlar haricinde başta hekimler olmak üzere sağlık çalışanlarının hastaya uyguladıkları tıbbi müdahalenin sınırlarını belirler.^[7]

Tıbbi müdahalelerin kişinin rızası olmadan yapılması halinde tıbbi müdahale hukuka aykırı olur ve suç oluşur. Tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren dört unsur bulunmaktadır. Bunlar tıbbi müdahaleyi yapanın sağlık personeli olması, tıbbi müdahalenin endikasyonunun olması, aydınlatılmış olan hastanın rızası ve tıbbi müdahalenin tıp bilimine uygun icra edilmesidir. Bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için kişinin rıza vermiş olması

[6] Hamide Tacir, *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı*, 1. baskı, (İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2011), 56.

[7] Meral Gürbüz, "Bir Kişilik Hakkı Olarak Kişinin Genetik Bilgileri Üzerinde Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı," *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1-2, no. 10 (Haziran-Temmuz, 2011): 113.

veya rıza ehliyeti olmayan kişinin kanuni temsilcisinin rıza vermiş olması veya kanun hükmünün rıza olmaksızın kişinin hürriyetinin kısıtlanması ve tıbbi müdahale ile vücut bütünlüğüne müdahaleye cevaz vermesi gerekir.^[8]

B) MÜDAHALEDE AYDINLATMA

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk nedenleri arasında hastanın tıbbi müdahaleye rıza göstermesi yer almaktadır. Ancak hastanın tıbbi müdahaleye geçerli rıza göstermesi için hastanın aydınlatılmış olması gerekmektedir. Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını kullanabilmesi için de aydınlatılmış olarak ilgili tıbbi müdahaleye rıza göstermesi gerekmektedir. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunda da *'Tabibler, dış tabibleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın muvafakatini alırlar.'* hükmü bulunmaktadır. Bu hükümde tıbbi müdahaleye rızadan bahsedilmekte ancak aydınlatmadan bahsedilmemektedir. Biyotıp sözleşmesinde de hastanın rızasının *'önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler'* ile aydınlatılarak alınacağı hükmü bulunmaktadır. Hasta Hakları Yönetmeliği 4/1-ğ maddesinde bilgilendirme *'yapılması planlanan her türlü tıbbi müdahale öncesinde müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından kişiye gerekli bilginin verilmesi'* şeklinde tanımlanmış; 4/1-h maddesinde ise rıza *'kişinin tıbbi müdahaleyi serbest iradesiyle ve bilgilendirilmiş olarak kabul etmesi'* olarak tanımlanarak aydınlatma (bilgilendirme) rızanın bir parçası olarak görülmüştür. Aynı yönetmelikte bilgi vermenin usulü açıklanmıştır. Hastaya bilgi verme ve aydınlatmaya ilişkin hususlar Hekimlik Meslek Etiği Kurallarında da yer almaktadır. Hekimlik Meslek Etiği Kuralları 26.maddesinde aydınlatılmış onam şu şekilde tanımlanmaktadır:

Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim,

[8] Hakan Hakeri, *Tip Hukuku*, 25. baskı, (Ankara: Seçkin, 2022), 515.

kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir. Acil durumlar ile hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır. Hekim temsilcisinin izin vermemesinin kötü niyete dayandığını düşünüyor ve bu durum hastanın yaşamını tehdit ediyorsa, durum adli mercilere bildirilerek izin alınmalıdır. Bunun mümkün olmaması durumunda, hekim başka meslektaşına danışmaya çalışır ya da yalnızca yaşamı kurtarmaya yönelik girişimlerde bulunur. Acil durumlarda müdahale etmek hekimin takdirindedir. Tedavisi yasalarla zorunlu kılınan hastalıklar toplum sağlığını tehdit ettiği için hasta veya yasal temsilcisinin aydınlatılmış onamı alınmasa da gerekli tedavi yapılır.

Yargıtay kararlarında tıbbi müdahalede hekimin kusuru olmazsa dahi tıbbi müdahaleye bağlı ortaya çıkan komplikasyonların da hastanın aydınlatılmamış olması halinde tazminat sorumluluğu getireceği belirtilmiştir. İlgili kararda;

Mahkemece, davalı doktorun bir kusuru bulunmadığı, ancak tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından aydınlatma şartının yerine getirilmediği, bu eksikliğin hastane yönetiminin organizasyon kusurundan ya da tıbbi müdahaleyi yapan hekimin hastane yönetimince istenilen gereklilikleri yerine getirmemesinden kaynaklanabileceği, tıbbi bilirkişi raporlarında tıbbi müdahalede bir hata olmadığının işaret edilmesinin bu açıdan tazminat sorumluluğunu engellemekle birlikte aydınlatma eksikliği nedeniyle tazminat yükümlülüğünü engellemediği

denmekte ve aydınlatmayı tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından saymaktadır.^[9]

Anayasa Mahkemesinin enjeksiyon sonrası meydana gelen düşük ayak teşhisine ilişkin olarak verdiği kararda Anayasa'nın 17.maddesinin birinci fıkrası gereği herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu, bu hüküm ile kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğünü gerek kamusal yetkilerle donatılmış kişilerin gerekse özel kişilerin müdahalelerine karşı güvence altına aldığı belirtildikten sonra aydınlatılmış rıza;

[9] Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E. 2016/7094, K. 2019/3740, 21.03.2019.

Tıbbi müdahaleden önce kişinin gerektiği şekilde bilgilendirilerek rızasının alınmaması, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlaline sebep olabilir. İstisnai hâller dışında tıbbi müdahale, ancak ilgili kişi bilgilendirilip rızası alındıktan sonra yapılabilir. Hastaların durumun farkında olarak karar verebilmelerini sağlamak için uygulanması düşünülen tedavi ve bununla bağlantılı riskler hakkında kendilerine bilgi verilmiş olmalıdır. Bunun yanı sıra yapılan bilgilendirme ile tıbbi müdahale arasında hastanın sağlıklı bir kanaate varmasını sağlayacak kadar uygun bir zaman aralığı bırakılmış olmalıdır.

şeklinde tanımlanmakta ve kişilik hakkının bir gereği olarak ifade edilmektedir.^[10]

Hastasının tıbbi müdahale için aydınlatılması ve rızasının alınması süreci psikiyatrik bozukluğu olan kimse için de gereklidir. Psikiyatrik bozukluğu olan kimsenin hukuki işlem ehliyeti ve kusur ehliyetinin olmaması, rıza ehliyetinin de olmadığı anlamına gelmemektedir. Hastanın gerçekleştirilmesi planlanan tıbbi müdahalenin amaç ve anlamını, sonuçlarını belli bir düzeyde anlaması dahi rıza ehliyetinin var olduğunun kabulü için yeterli olup rıza ehliyetinin olup olmadığına karar verecek olan da hastayı değerlendiren hekimdir. Somut olayda hekim hastanın hastalığı ile sosyokültürel düzeyini de göz önünde bulundurarak rıza ehliyetinin varlığını araştırır.^[11]

C) PSİKİYATRİK BOZUKLUK

Türkiye Psikiyatri Derneği tarafından hazırlanan ve ardından 2018 yılında kanun teklifi olarak meclise sunulan Ruh Sağlığı Kanun teklifinde Ruhsal Hastalık (Psikiyatrik Bozukluk) şu şekilde tanımlanmaktadır:^[12]

Temel ruhsal işlevlerde, bedende, toplumsal ilişkilerde ya da işlevsellikte aksamaya yol açan, psikoterapi, ilaç ya da diğer biyolojik tedaviler gibi tıbbi müdahale gerektiren geçici ya da kalıcı ruhsal yetersizlik ya da bozukluklardır. Yasalarda kullanılan akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol, uyarıcı ve uyuşturucu madde kullanım

[10] AYM, *Onurhan Çakmak ve diğerleri*, B. No: 25.02.2020, § 56.

[11] Erhan Temel, "Alman Hukukunda Psikiyatri Hastası-Hekim İlişkisi," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 61, no. 2 (Haziran 2012) 773-806.

[12] Türkiye Büyük Millet Meclisi, "Ruh Sağlığı Kanun Teklifi." <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-0858.pdf>. Erişim tarihi 23 Mayıs 2023.

bozuklukları (zararlı kullanım ya da bağımlılık) ile Dünya Sağlık Örgütü'nün hastalık sınıflandırmasında tanımlanan ruhsal bozuklukları kapsar.

Psikiyatrik bozukluklar çok geniş bir tanı grubunu kapsamaktadır. Tanımdan da anlaşılacağı üzere yasalarda yer alan akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol, uyarıcı ve uyuşturucu madde kullanım bozukluklarının tamamı psikiyatrik bozukluk kategorisinde değerlendirilmektedir. Psikiyatrik bozuklukların tanımlanması ve tanı kriterlerinin belirlenmesinde referans niteliğinde olan Dünya Sağlık Örgütü ve Amerika Psikiyatri Birliği tarafından hazırlanan tanı kılavuzlarında yer alan bozuklukların, yasalarımızda yer alan psikiyatrik bozukluk olarak değerlendirilebilecek akıl hastalığı, akıl zayıflığı ve madde kullanımı gibi kavramları içermekle birlikte kullanılan terminolojinin farklı olduğu akılda tutulmalıdır. Kanunlarımızda akıl zayıflığı ve akıl hastalığı kavramlarının tanımı bulunmamaktadır.^[13] Kanunlarda ilgili kavramların tanımının olmaması hekimin değerlendirmelerini güncel tıbbi bilgilerle ve kavramlarla yapmasına imkan tanımaktadır.

TMK 13.maddede '*Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir*' hükmü yer almaktadır. Akıl hastalığı, akıl zayıflığı kavramları akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olma ile dolayısıyla ayırt etme gücünün yokluğuyla ilişkili olarak sayılmıştır. Hareketinin sosyal ve hukuki anlam ve sonucunu idrak edemeyecek kimsenin rıza ehliyetinden de bahsedilemeyecektir.^[14] Ancak ayırt etme gücü somut olayla birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Aynı psikiyatrik bozukluğa sahip bir kimse ayırt etme gücüne sahip olup bir diğeri ayırt etme gücünden yoksun olabilir. Yine aynı kimse için bir şartta ayırt etme gücünden bahsedilecekken bir başka şartta ayırt etme gücünden yoksun olduğu söylenebilir.^[15]

[13] Serdar Nart, "Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukuki Sorumluluğu," (Doktora tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2007), 24.

[14] Gökcan, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, 315.

[15] Vehbi Umut Erkan ve İpek Yücer, "Ayırt Etme Gücü," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 60, no.3 (Eylül, 2011): 494-95.

D) İSTEMSİZ YATIŞ/TEDAVİ

İstemsiz tıbbi müdahale kişinin geçerli rızası olmaksızın gerçekleşen tıbbi müdahaledir. İstemsiz tıbbi müdahale kişinin karar verme yeterliliği olup rıza vermediği durumlar için de kişinin karar verme yeterliliği olmayıp rıza alınmadığı durumlar için de geçerlidir. Karar verme yeterliliği olmayan kişinin verdiği rıza geçerli bir rıza kabul edilemeyeceğinden veya karar verme yeterliliği olmayan kişinin yasal temsilcisinin verdiği rızanın kişinin kendisi tarafından verilmemiş olması nedeniyle bu durumlarda da istemsiz tıbbi müdahaleden bahsedilebilir.^[16]

İstemsiz yatış da istemsiz tıbbi müdahale gibi kişinin geçerli rızası olmaksızın sağlık kurumlarına yatırılması olarak tanımlanmaktadır.^[17] Kişinin kendi veya bir başkasının yaşamı veya toplum sağlığı açısından tehlike arz etmesi halinde karar verme yeterliliğine sahip kişinin iradesinin hilafına tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesine zorla tedavi denmektedir. İstemsiz tedavinin bir alt başlığı olarak kabul edilen zorla tedavide esas olan kişinin karar verme yeterliliğine sahip olması ve tıbbi müdahaleye geçerli rızasının olmaması ile birlikte aksi bir iradenin söz konusu olmasıdır. Karar verme yeterliliği bulunmayanlar için zorla tedaviden bahsedilemez. Çünkü karar verme yeterliliği olmayan bir kimsenin tıbbi müdahaleye rıza göstermesinden bahsedilemeyeceği gibi rızasının hilafından da bahsedilemez.^[18]

Literatürde istemsiz, gönülsüz, onay almadan gerçekleştirilen, zorla ve zorunlu kavramları birbirinin yerine kullanılabilir. Türkiye Psikiyatri Derneği tarafından hazırlanan Ruh Sağlığı Yasa Tasarısı bazı değişikliklerle birlikte Ruh Sağlığı Kanun teklifi olarak TBMM'e sunulmuştur. İlgili kanun teklifinden onay almadan gerçekleştirilen tedavi (İstemsiz Tedavi) şu şekilde tanımlanmaktadır:

[16] Hale Gündüz, "Psikiyatri Hastasının İstemsiz Tedavi Edilmesi," (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2021), 17.

[17] N. Yasemin Oğuz ve Başaran Demir, "Etik ve Hukukî Yönüyle Zorla Hastaneye Yatırma," *Psikiyatri, Psikoloji ve Psikofarmakoloji Dergisi* 1, no. 3 (1993): 367-371.

[18] Gündüz, "Psikiyatri Hastasının İstemsiz Tedavi Edilmesi," 21.

Bir erişkin veya çocuk-ergen ruh sağlığı ve hastalıkları uzmanı hekimin muayene sonrası gerekli görmesiyle, ruhsal hastalığa bağlı kendine ya da başkalarına zarar verme ve/veya zarar görme durumunun olduğu ve başka tedavi olanaklarının olmadığı bir durumda hastaya istemi dışında tedavi uygulanmasıdır. Hasta çocuk veya ergen ise velisinden ya da yasal temsilcisinden, kısıtlı ise yasal temsilcisinden izin alınarak ya da mahkeme kararı üzerine tedavi uygulanabilir.

İstemsiz yatışın tanımı ise *‘Bir çocuk, ergen ya da erişkin ruh sağlığı ve hastalıkları uzmanının muayenesi sonrası gerekli görmesiyle, yakın zamanda ruhsal hastalığa bağlı risk potansiyelinin olduğu ve başka tedavi olanaklarının olmadığı bir durumda hastanın istemi dışında, çocuk ve ergenlerde kendisinin ve/veya yasal temsilcinin istemi dışında bir psikiyatri kliniğine yatırılmasıdır.’* Zorunlu yatış ve/veya tedavi ise *‘Ruh sağlığı yasası dışındaki yasalar gereği kendisinin ve yasal vasisinin rızasının olup olmamasına bakılmaksızın mahkeme kararıyla yatırılması ve/veya tedavi edilmesidir’* şeklinde tanımlanmıştır.^[19] Anlaşılacağı üzere TPD tarafından hazırlanan ve daha sonra kanun teklifi haline gelen taslakta istemsiz tedavi ile istemsiz yatış arasında dahi anlam farkı bulunmaktadır. Örneğin istemsiz tedavi, kişinin yasal temsilcisinin onayından bağımsız tanımlanırken; istemsiz yatış ise yasal temsilcinin istemi dışında yatışın gerçekleşmesi halinde söz konusu olmaktadır. TPD tarafından kişinin karar verme yeteneğinin olup olmaması istemsiz ve zorunlu yatış/tedavi ayrımı için kullanılmamakta ilgili yasa dışındaki yasalara bağlı yatış/tedavinin olması asıl ayrımı oluşturmaktadır.

Anayasamızın 19.maddesinde *“Herkesin, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahip olduğu”* belirtilmiş istisnai durumlar arasında *‘toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi’* hükmüne yer vermiştir. Anayasanın 13.maddesinde ise *‘Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir’* hükmü yer alır. Kişinin rızası dışında bir sağlık kurumuna yatırılması hürriyeti bağlayıcı bir eylem olması sebebiyle kişilik haklarının ihlali kapsamında değerlendirilebilir.^[20] Kişilik haklarının ihlali kapsamında

[19] Türkiye Büyük Millet Meclisi, “Ruh Sağlığı Kanun Teklifi.”

[20] Temel, “Alman Hukukunda,” 773-806.

değerlendirilebilecek bir eylem olan istemsiz yatışının hukuken geçerli olabilmesi için kanuni dayanağının bulunması gerekir. Özetle istemsiz yatış/ tedavi için temelde kişinin temel hakları, kamu güvenliği ve kişinin yatış/ tedaviden göreceği yarar olmak üzere üç ayrı unsur değerlendirilir.

1- İstemsiz Yatış/Tedavinin Etik Boyutu

Karar verme yeterliliği, hastanın tedavisi ile ilgili bilgileri alıp anlayabilmesi, kendi değerleri çerçevesinde doktorun tavsiyelerini değerlendirebilmesi ve tıbbi müdahaleyi kabul veya reddetme seçimini yapabilme kapasitesi olarak özetlenebilir.^[21] Karar verme yeterliliği hastanın kendi sağlığıyla ilgili sorumluluğuyla ilişkili bir kavramdır. Kişinin kendi sağlığıyla ilgili sorumluluğu üstlenebilmesi için aynı zamanda karar verme yeterliliğine de sahip olması gerekir. Karar verme yeterliliği azalmış veya ortadan kalkmış psikiyatri hastaları için karar verme yeterliliğinden söz edilemeyeceği için kendi sağlığıyla ilgili sorumluluktan da bahsetmek mümkün olmayacaktır. Karar verme yeterliliği bulunmayan psikiyatrik bozukluğu bulunan kişilerin tıbbi müdahaleye ilişkin kararlarını kimin vereceği ve hangi ilkelere göre vereceği soruları akla gelmektedir. Karar verme sürecine ilişkin temelde iki ayrı yaklaşım söz konusudur. Bunlardan biri ortak karar verme olarak adlandırılan hekimin karar verdiği, hastanın bilgilendirildiği ve karara katılımının sağlandığı yöntemdir. Bu yöntemdeki temel etik çatışma, hekimin hastanın yararını sağlama etik ilkesi ile hastanın otonomisi etik ilkesi arasında olmaktadır. Ortak karar verme yaklaşımı doğası gereği paternalistiktir. Bir ikinci yaklaşım vekil tayin edilmesidir. Vekil, hasta adına karar almaktadır. Bu yaklaşımda da benzer etik çatışmalar söz konusu olabilmektedir. Vekil, hastanın önceden açık bir şekilde ifade ettiği tercihleri göz önünde bulundurabileceği gibi hastanın tercihlerini bilmiyorsa hastanın yararını gözetebilir.^[22] Karar verme yeterliliği bulunmayan kimse adına karar veren ister sağlık personeli ister vekili olsun; karar verirken ister kişinin yararı isterse de tercihleri dikkate alınsın sürecin etik çatışmaları beraberinde getirdiği açıktır.

[21] Albert R. Jonsen, Mark Siegler ve William J. Winslade, *Clinical Ethics: A Practical Approach to Ethical Decisions in Clinical Medicine*, 8.baskı (McGraw-Hill Education / Medical, 2015), 160.

[22] Emel Bahadır Yılmaz, "Psikiyatride hastanın karar verme kapasitesi ve yaşanan etik sorunlar," *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi* 21, no.1 (Mart, 2013): 49-53.

2- Uygulamada İstemsiz Yatış/Tedavi

Bolu İzzet Baysal Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Hastanesinde yapılan çalışmada yataklı servise yatan hastaların %13,1'inin istemsiz yatışının gerçekleştiği, istemsiz yatışların istemli yatışlara göre daha sık erkeklerde ve çalışmayanlarda gözleendiği bulunmuştur. Aynı çalışmada istem dışı yatışı yapılanların %72,8'inin kronik psikotik bozukluklar (şizofreni, şizoafektif bozukluk ve sanrısız bozukluk) tanılarının olduğu, yatışı gerçekleştiren hekimlerin yatışı kendisine veya bir başkasına zarar verme tehlikesi ve/veya tedaviye uyumsuzluk nedeniyle yaptıkları bulunmuştur.^[23]

Brezilya'da yapılan bir çalışmada da benzer sonuçlar elde edilmiştir. İstemsiz yatışı yapılanların istemli yatışı yapılanlara oranla daha fazla intihar riski olduğu, agresyonunun daha sık olduğu ve daha az meslek sahibi olduğu gözlenmiştir. Çalışmada yer alan istemsiz yatışı yapılan hastaların psikiyatrik tanılarının heterojen olduğu gözlenirken madde kullanımı, duyu durum bozuklukları ve kişilik bozukluklarının sık izlendiği görülmektedir.^[24]

II. İSTEMSİZ YATIŞ/TEDAVİYE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

A) ULUSLARARASI DÜZENLEMELER

İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme (AİHS) 2.maddesinde '*Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur*' ve 3.maddesinde '*Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz*' hükümleri yer almaktadır. AİHS'in 5.maddesinde herkesin özgürlük ve güvenlik hakkı tanınmış olup '*....akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması*' hükmü ile özgürlükten yoksun bırakılmanın istisnai durumları arasında akıl hastaları ve madde bağımlılarına ilişkin uygulamalar sayılmıştır. Sözleşmenin 8.maddesi özel ve aile hayatına saygı hakkını içermekte olup; ilgili maddenin tıbbi müdahaleye ilişkin uygulama alanı ortaya çıkabilmektedir.

[23] Bülent Kadri Gültekin, Seda Çelik, Aysu Tihan, Ali Fuat Beşkardeş ve Umut Seze, "Bir Psikiyatri Hastanesinde İstemli ve İstem Dışı Yatışların Sosyodemografik ve Klinik Özellikleri," *Nöropsikiyatri Arşivi* 50, no. 3 (Eylül 2013): 216-221.

[24] Pedro Henrique C. Mosele, G.C. Figueira, A.A. Bertuol Filho, Jose A.R.F. Lima ve Vitor C. Calegari, "Involuntary psychiatric hospitalization and its relationship to psychopathology and aggression," *Psychiatry Research* 265, (Temmuz,2018):13-18.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Üye Devletlere, Ruh Sağlığı Bozuk Olan Kişilerin Hakları ve Haysiyetlerinin Korunması ile İlgili Tavsiye Kararında Üye devletlerin ruh sağlığı bozuk olan kimselerin insan hakları ihlallerine karşı koyamayacak durumda olmaları nedeniyle korunmasına ilişkin ek mekanizmalar geliştirmesi tavsiye edilmektedir. Ayrıca bu kimse- lere en az kısıtlayıcı ve zorlayıcı tıbbi müdahalelerin uygulanması gerektiği vurgulanmaktadır.^[25]

Dünya Psikiyatri Birliği tarafından Hawaii Bildirgesinde karar verme yeterliliği bulunmayan kimselerin kendilerine veya bir başkasına zarar verme riski taşımaması halinde istemsiz tedavinin ve yatışın yapılmaması gerektiği ifade edilmiştir.^[26]

Birleşmiş milletler Genel Kurulu tarafından 1991 yılında yayınlanan Akıl Hastalığı Olan Kişilerin Korunması ve Akıl Sağlığı Hizmetinin Geliştirilmesi İçin İlkelerde akıl hastalığı bulunan kimselere ayrımcılık yapılmasının yasak olduğu, akıl hastasının otonomisine saygı duyulması gerektiği belirtilmiş olup istemsiz yatışın kişinin kendisine veya bir başkasına zarar verme riskinin yüksek olması veya şiddetli ruhsal hastalık ve düşük muhakeme yeteneğine sahip kişinin yatırılmaması halinde durumunun ciddi düzeyde kötüleşeceği durumlar söz konusu olduğunda istemsiz yatışın yapılabileceği ifade edilmiştir. Kişinin durumunun ciddi kötüleşeceği gerekçesiyle yatışı yapılması halinde ikinci bir ruh sağlığı uzmanından görüş alınması gerektiği ve mahkemeler veya kanunlar kurulmuş denetim organlarının sürece en kısa sürede dahil olması öngörülmüştür.^[27]

1981 yılında Dünya Hekimler Birliği tarafından Hasta Haklarına ilişkin Lizbon Bildirgesi yayınlanmış 1995 yılında Bali, 2005 yılında Santiago'da

[25] Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Üye Devletlere, Ruh Sağlığı Bozuk Olan Kişilerin Hakları ve Haysiyetlerinin Korunması ile İlgili Tavsiye Kararı." <https://rm.coe.int/09000016809109e1> Erişim tarihi 23 Mayıs 2023.

[26] Dünya Psikiyatri Birliği, "Hawai deklarasyonu." Erişim tarihi 23 Haziran 2023, <https://www.wpanet.org/declaration-of-hawaii-ii#:~:text=No%20procedure%20shall%20be%20performed,to%20the%20patient%20or%20others.>

[27] Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, "Ruhsal Hastalığı Olan Kişilerin Korunması ve Ruh Sağlığı Hizmetlerinin Geliştirilmesi İçin İlkeler." <https://digitallibrary.un.org/record/162032>. Erişim tarihi 23 Mayıs 2023.

ve 2015 yılında Oslo’da revize edilmiştir. İlgili düzenlemede kendi kaderini belirleme hakkı tanınmıştır. Ayrıca ‘*Hastanın isteği hilafına tanınan girişimler ve tedavi ancak çok istisnai durumlarda, eğer hukuk özellikle izin veriyorsa ve tıp etiği ilkelerine uyumluysa yapılabilir*’ denilerek hastanın rızasıyla tıbbi müdahalede bulunmanın asli; rıza dışı tıbbi müdahalenin ise çok istisnai olduğuna vurgu yapılmaktadır.^[28]

1997 tarihli Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi 2003 yılında TBMM’de kabul edilmiştir. İlgili sözleşmenin 5/1.maddesinde ‘*Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafak etmesinden sonra yapılabilir.*’ hükmü yer almaktadır. Aynı sözleşmenin 6.maddesinde;

Muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir kimse üzerinde tıbbi müdahale, sadece onun doğrudan yararı için yapılabilir..... kanuna göre, akıl hastalığı, bir hastalık veya benzeri nedenlerden dolayı, müdahaleye muvafakat etme yeteneği bulunmayan bir yetişkine, ancak temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen kişi veya makamın izni ile müdahalede bulunulabilir. İlgili kişi mümkün olduğu ölçüde izin verme sürecine katılacaktır.

denilmektedir. Bu maddede muvafakat verme yeteneği olmayan kimsenin temsilcisi veya kanun tarafından belirlenen kişi veya makamın izni ile tıbbi müdahalede bulunacağı belirtilmiş ise de 7.maddede;

Gözetim, denetim ve başka bir makama başvurma süreçleri dahil, kanun tarafından öngörülen koruyucu şartlarla bağlı olmak üzere, ciddi nitelikli bir akıl hastalığı olan kişi, yalnızca böyle bir tedavi yapılmadığı takdirde sağlığına ciddi bir zarar gelmesinin muhtemel olduğu durumlarda, muvafakati olmaksızın, akıl hastalığının tedavisini amaçlayan bir müdahaleye tabi tutulabilir.

hükmü ile akıl hastalarının yasal temsilcisinin rızası veya yargı kararından önce de kişinin sağlığına ciddi bir zarar gelmesi muhtemel olduğunda müdahale edilebilecektir. Biyotıp sözleşmesinde istemsiz yatış/tedavi şartları arasında kişinin kendi sağlığına yönelik ciddi riskler göz önüne alınmışken;

[28] Dünya Tabipler Birliği, “Hasta Hakları Üzerine Lizbon Deklarasyonu.” Erişim 23 Haziran 2023, <https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-lisbon-on-the-rights-of-the-patient/>.

Avrupa Konseyi Biyoetik Komitesi'nin ek protokolünde üçüncü kişilerin iyiliği de gözetilmiştir.^[29]

B) ULUSAL DÜZENLEMELER

Anayasanın 17.maddesinde '*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz*' hükmü ile yaşam hakkı tanınmış. Vücut bütünlüğüne müdahalenin kişinin rızası dışında tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller istisnai durumları hariç mümkün olmayacağı belirtilmiştir. Anayasanın 19/1.maddesinde ise '*Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir*' hükmü ile kişi hürriyeti hakkı tanınmıştır. İlgili maddenin ikinci fıkrasında '*toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde ve alkol tutkunu..... bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için*' hürriyetin kısıtlanabileceği belirtilmiştir.

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması ruhsal veya ağır bedensel hastalıkları nedeniyle toplum için tehlike oluşturan kişilerin eğitimleri veya ıslahları için elverişli kurumlarına yerleştirilmesini öngörmekte olup 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Medeni kanun ile hukukumuzda girmiştir. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin maddeler İsviçre Medeni Kanunundan esinlenmiştir.

TMK 13.maddede ayırt etme gücünü kısıtlayan haller arasında sayılan akıl hastalığı ve akıl zayıflığı, TMK 405.maddede de kısıtlama sebepleri arasında sayılmıştır. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması koşullarının sayıldığı TMK 432.maddesinde ise akıl hastalığı ve akıl zayıflığına ek olarak bir başka psikiyatrik bozukluk olan madde bağımlılığı da koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması sebeplerinden sayılmıştır. İlgili maddeden de anlaşılacağı gibi koruma amacıyla kısıtlanacak kişi ergin kişidir. TMK 12 ve 13.maddelerde erginlik ve ergin kılınma hükümleri bulunmaktadır. TMK 432.maddede koruma amacıyla kısıtlamanın bir diğer koşulu ilgili sebeplerle kişinin toplum için tehlike arz etmesidir. Anayasanın 19/2.maddesinde de sayılan hürriyeti kısıtlamanın toplum için tehlikelilik hali ile

[29] Abdullah Yıldız, Ayşe Kurtoğlu ve Berna Arda, "Avrupa Konseyi Biyoetik Komitesi'nin Psikiyatriye İlişkin Ek Protokol Çalışması Neler Söylüyor," *Osmangazi Tıp Dergisi* 43, no. 2 (Mart, 2021): 187-196.

gerçekleştirilebileceği gerekçesi TMK'da da yer almaktadır. Ancak Anayasada yer alan ifadedeki amacın toplumu korumak olduğu, TMK 432.maddede yer alan hükmün ise esas olarak kişiyi koruma amacı olduğu kanaatine sahip yazarlar bulunmaktadır.^[30] TMK 432.maddesinde ayrıca kişisel korumasının başka şekilde sağlanamaması da koşullar arasında sayılmıştır. Koruma amacıyla olsa ve toplum için tehlikelilik dahi arz etse özgürlüğün kısıtlanması ağır bir müdahale olup korunmanın başka şekilde sağlanamaması hali de maddede yer almaktadır. TMK 432/1'de özgürlüğün kısıtlanmasının kişinin tedavisi, eğitimi veya ıslahı amacıyla gerçekleştirilebileceği hükmü bulunmaktadır. TMK 432/2'de ise kişinin çevresine getirdiği külfetin göz önünde bulundurulması gerektiği hükmü yer alır. Maddede yer alan çevre ile kasıt kişinin ailesi olabileceği gibi komşuları da olabilir. Kısıtlamanın olması için külfete dayanılmayacak düzeyde olması gerekir.

TMK 433'te koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına yetkili makam, vesayet makamı olarak ifade edilmiştir. TMK 397/2'de vesayet makamı olarak sulh hukuk mahkemesi ve denetim makamı olarak ise asliye hukuk mahkemesi tarif edilmiştir.

TMK 434.maddede '*Kısıtlı bir kişi bir kuruma yerleştirildiği veya alıkonulduğu ya da ergin bir kişi hakkında vesayete ilişkin diğer önlemlerin alınmasına gerek görüldüğü takdirde, kişinin bulunduğu yer vesayet makamı veya özel kanunlarda öngörülen ilgililer, durumu yerleşim yeri vesayet makamına bildirmekle yükümlüdür*' hükmü ile bildirim yükümlülüğü düzenlenmiştir. TMK 435.maddede ise '*Kuruma yerleştirilen kişi veya yakınları, verilen karar karşı kendilerine bildirilmesinden başlayarak on gün içinde denetim makamına itiraz edebilirler. Bu hak, kurumdan çıkarılma isteminin reddi halinde de kullanılabilir*' bu hükme göre, kuruma yerleştiren kişi veya yakınları çıkarılma isteminin reddi kararına karşı denetim makamına itiraz edebilirler. İtiraz edilecek makam asliye hukuk mahkemesi olup hangi asliye hukuk mahkemesinin yetkili olduğu detaylandırılmamıştır. Kocaağa koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kararı kişinin yerleşim yeri sulh hukuk mahkemesinde verilmişse bu vesayet makamına bağlı asliye hukuk mahkemesi; koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kararı kişinin bulunduğu yerde verilmiş ve TMK 434 uyarınca kişinin yerleşim yeri vesayet makamına bildirilmişse; yerleşim yeri asliye hukuk mahkemesi

[30] Köksal Kocaağa, "Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması," *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no.1 (Haziran, 2006): 33-54.

bildirilmemişse de kişinin bulunduğu yer vesayet makamının denetim makamı olduğu kanaatindedir.

TMK 436.maddede koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin usul düzenlenmiştir. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması anayasal bir hakkın kısıtlanmasına ilişkin olduğu için Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanuna tabi olmakla birlikte çeşitli kurallar hükme bağlanmıştır. TMK 436'da Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması, aşağıdaki kurallar saklı kalmak üzere Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanuna tabi olduğu hükmü yer alır. Kurallardan ilki karar verilirken ilgilinin bunun sebepleri hakkında bilgilendirilmesi ve karara karşı denetim makamına itiraz edebileceğine yazılı olarak dikkatinin çekilmesi zorunluluğudur. İlgili kişi asıl olarak kısıtlanacak kişi olmakla birlikte akıl hastalığı, akıl zayıflığı veya madde bağımlılığı gibi nedenlerle bilgilendirilmesinin mümkün olmadığı kimse için ilgili kimsenin yasal temsilcisi olarak kabul edilmesi gerektiği düşünülmektedir. İkinci kural olarak alıkonulma kararına veya kurumdan çıkarılma isteminin reddine karşı en geç on gün içinde denetim makamına itiraz edebileceği derhal yazılı olarak bildirilir hükmü yer alır. Üçüncü kuralda özgürlüğün kısıtlanmasının anayasal bir hakkın kısıtlanması olması nedeniyle mahkeme kararını gerektiren her istemin gecikmeksizin yetkili hakime ulaştırılması gerektiği hükmü bulunmaktadır. Dördüncü kuralda yerleştirme kararı veren vesayet makamı veya hakimin durumun özelliklerine göre bu istemin görüşülmesini erteleyebileceği belirtilmiştir. İlgili hükümde ertelenebilen vesayet veya denetim makamı tarafından verilen kararın icrasının mı yoksa karara ilişkin istemin görüşülmesinin mi olduğu net anlaşılmadığı belirtilmektedir.^[31]

Beşinci kuralda akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığının ancak resmi sağlık kurulu raporu alındıktan sonra karar verilebileceği belirtilmiştir. 4721 sayılı Medeni kanunun ilk halinde vesayet makamının daha önceden bilirkişiye başvurmuş olması halinde denetim makamı bundan vazgeçebilir hükmü yer almaktadır. Ancak 06.12.2019 tarihinde 7196 sayılı kanun ile ilgili cümle çıkarılmış ve altıncı ve yedinci maddeler eklenmiştir. Hakeza aynı kanun ile TMK 409/2.maddesine '*Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle kısıtlamaya ancak resmi sağlık kurulu raporu üzerine karar verilir.*' hükmü eklenmiştir. Yargıtay'ın vermiş olduğu kararda;

[31] Kocağa, "Koruma," 33-54.

akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk gibi salt biyolojik nedenlere değil, aynı zamanda bilinç, idrak, irade gibi psikolojik unsurlara da bağlı olduğundan, akıl hastalığı, akıl zayıflığı gibi biyolojik ve buna bağlı psikolojik nedenlerin belirlenmesi çok zaman hakimlik mesleğinin dışında özel ve teknik bilgi gerektirmektedir. Bu konuda ehliyetin varlığına delalet eden ve mahalli sağlık ocağından tek tabip tarafından düzenlenen rapor yeterli sayılmaz. Ayırt etme gücünün nispi bir kavram olması, eylem ve işleme göre değişmesi, bu yönde en yetkili sağlık kurulundan özellikle adli tıp kurumundan rapor alınmasını da gerekli kılmaktadır. Esasen, Türk Medeni Kanunu'nun 409. maddesinin 2. fıkrasında akıl hastalığı veya akıl zayıflığının bilirkişi raporuyla belirleneceği de öngörülmüştür.

denilerek akıl hastalığı ve akıl zayıflığının teknik bilgi gerektirdiği ve bilirkişi raporuyla gösterilmesi gerektiği raporun sağlık ocağından tek tabiple alınmasının yetersiz olduğu en yetkili sağlık kurullarından temin edilmesi gerektiğine vurgu yapmaktadır.^[32]

04.04.1928 tarihli Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunda tabiplerin her türlü tıbbi müdahale için rıza alması gerektiği hükmü yer almaktadır. Kısıtlı olması halinde ise vasisinin rızasının aranacağı vasisinin olmadığı veya bulunmadığı durumlarda ise rıza aranmayacağı hükmü yer alır.^[33] İlgili kanunda psikiyatrik hastalığı bulunan kişiler için özel bir düzenleme yer almamaktadır.

2559 sayılı polis vazife ve salahiyet kanunu 13/F maddesinde toplum için tehlike teşkil eden akıl hastası, uyuşturucu ve alkol bağımlılarının hürriyetinin kişinin tedavi, eğitim ve ıslahı için polis tarafından kısıtlanabileceği hükmü yer almaktadır. İlgili hükümde *'toplum için tehlike teşkil eden akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol bağımlısı serseri veya hastalık bulaştırabilecek kişileri,.....eylemin veya durumun niteliğine göre; koruma altına alır, uzaklaştırır ya da yakalar ve gerekli kanuni işlemleri yapar.'* denilmekte; toplum için tehlike ön koşul olarak ifade edilmektedir. İlgili maddede akıl hastası, uyuşturucu ve alkol bağımlısının ancak toplumu tehdit etmesi halinde hürriyetinin kısıtlanacağı anlaşılmaktadır. Aynı maddede yakalanan

[32] Yargıtay 14.Hukuk Dairesi, E. 2016/16856, K. 2020/7823, 26.11.2020.

[33] 14.04.1928 tarih ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, (RG.04.04.1928-863)

kişinin uyuşturucu madde kullanmış olması, sarhoş olması veya zor kullanılarak yakalanmış olması halinde sağlık raporuyla yakalanma anındaki sağlık durumu tespit edilir hükmü yer almaktadır.^[34]

5960 sayılı tüzükte de TMK’da olduğu gibi koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması düzenlenmiştir. İlgili tüzükte yer alan hükümler TMK’daki hükümlerle paralellik göstermektedir.

Hasta Hakları Yönetmeliğinde kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere tıbbi müdahalenin rızaya uygun yapılması gerektiği ve kısıtlı ise rızanın vasiden alınması gerektiği hükmü yer almaktadır. Vasisinin bulunmadığı hallerde rıza aranmamaktadır. İlgili yönetmelikte ‘*Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır.*’ denilerek kanuni temsilcisinin rızasının tıbbi müdahale için yeterli olması halinde dahi kısıtlının dinlenmesi ve bilgilendirilmesi gerektiği öngörülmüştür.

22 Haziran 2002 yılında Türkiye Psikiyatri Derneği tarafından kabul edilen etik ilkeler içerisinde istemsiz yatış/tedaviye ilişkin hüküm de bulunmaktadır.^[35] İstemsiz yatışa ilişkin;

Hastanın ya da temsilcisinin yatırılmaya karşı çıktığı durumlarda, hekim, tıbbi-psikiyatrik gerekçeleri değerlendirerek istem dışı yatış kararını hekimlik bilgisi ve vicdanına göre kendi vermelidir. Hasta, ruhsal bir bozukluk nedeniyle uygun karar verme yetisini yitirmişse, istem dışı hastaneye yatırma ve sağaltım uygulama kararında, ülkemizdeki yasalar uyarınca hareket etmek ruh hekiminin görevidir. Hastanın insanlık onurunu ve yasal haklarını güvenceye almak için hekimi aileyle görüşmeli ve gerekiyorsa yasal yollara başvurulmasında rehberlik etmelidir. Hastanın isteği dışında sağaltım uygulanması durumunda önce hastanın sağlığı düşünülmeli, ancak insan hakları ilkelerine de özen gösterilmelidir.

[34] 04.07.1934 tarih ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, (RG. 14.07.1934-2751)

[35] Türkiye Psikiyatri Derneği, “Ruh Hekimliği (Psikiyatri) Meslek Etiği Kuralları,” Erişim tarihi 23 Mayıs 2023, <https://psikiyatri.org.tr/tpd-kutuphanesi/belge/311>.

ilkelere değinerek hekimin istemsiz yatışı tıbbi-psikiyatrik gerekçelerle insanlık onurunu ve insan haklarını da gözeterek gerçekleştirmesi gerektiği öngörölmüş ancak öncelikli olarak hekimin hastanın sağlığını dikkate alarak karar alması gerektiği vurgulanmıştır.

Türkiye Psikiyatri Derneği öncülüğünde ve ilgili meslek gruplarının katkılarıyla Dünya Sağlık Örgütü, Dünya Psikiyatri Birliği ve Avrupa Psikiyatri Birliğinin önerileriyle hazırlanan ve 02.03.2018 tarihinde TBMM'ye Ruh Sağlığı Kanun Teklifi olarak sunulan taslak ruh sağlığına ilişkin mevzuattaki boşluğu doldurmayı amaçlamıştır.^[36] TBMM'ye sunulan kanun teklifinde istemsiz yatış/tedaviye ilişkin 15.maddesinin gerekçesi;

Ruhsal hastalığı olan kişilerin istemsiz tedavi ve hastane ya da bakım kurumlarına yatışlarının hangi koşullar altında yapılması gerektiği açıklanmaya çalışılmıştır. Ayrıca hastanın bilgilendirilmiş onayının alınması, destekli karar vermesi, varsa yasal temsilcisinin de onayı alınarak tedavi ve tedavi amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasının usullerinin belirlenmesi amaçlanmıştır

şeklinde ifade edilmiştir. Kanun teklifinde;

Ruhsal hastalığı ya da engeli olan kişilerin, ayırt etme gücünün olmadığı ya da hastalığının etkisiyle rızasını gösteremediği durumlarda, kendine ya da üçüncü kişilerin yaşamı veya beden bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike içeriyorsa, tedavi edilememesi sağlığı açısından yakın dönemde ciddi bir tehlike yaratıyorsa veya kişinin durumu gecikmesi halinde organ ya da işlev kaybının söz konusu olduğu acil tıbbi durumlarda gerekli tedavi uygulanması için hastanın onayının alınması zorunlu değildir.

hükmü yer almaktadır. İlgili hükümde *tehlikelilik* hem kişinin kendisi hem de üçüncü kişiler için tanımlanmış; ayrıca *tehlikelilik hali* tedavinin olmaması halinde sağlığa ilişkin oluşacak zararları da içerecek şekilde tanımlanmıştır. Hastanın onayının alınmasının zorunlu olmadığı hallerde de kişinin bakım vereni veya kanuni temsilcisinden yazılı onay alınması gerektiği; alınmadığı durumlarda ise tedaviye başlanıp Sulh Hukuk Mahkemesine bildirilmesi öngörölmüştür. Kanun teklifinde yazılı onay açısından bakım veren ile kanuni temsilci arasında ayırım gözetmemiştir. Kanun teklifinin 15/b maddesinde ise;

[36] Türkiye Büyük Millet Meclisi, "Ruh Sağlığı Kanun Teklifi."

Yukarıda tanımlanan risk durumu nedeniyle ruh sağlığı sorunu olan kişi istemsiz olarak kuruma yerleştirilecek olursa tedavi uygulayan hekim, ilgili kişiye ve gerektiğinde yasal temsilcisine öngörülen tıbbi tedavinin sebebi, amacı, türü, yöntemi, riskleri, yan etkileri, tedavinin yapılmamasının olası sonuçları ve alternatif tedavi imkanları hakkında bilgi verir ve onayına sunar. Eğer ayırt etme gücü bulunmayan bir kişi önceden talimatla tedavi düzenlemesinde bulunmamışsa, müdahaleyi gerçekleştirecek hekim, gerekli tedaviyi temsil yetkisi olan kişiyi bilgilendirerek planlar. Ayırt etme gücü bulunmayan kişi mümkün olduğu ölçüde karar verme sürecine katılır. İstemsiz tedavi ve istemsiz yatışın her aşamasında hizmet alan kişiye bakım veren veya hasta hakları temsilcisi sürece dahil olur. Tedaviyi uygulayan kurumca tedavi planında öngörülen tıbbi tedbirleri yazılı olarak düzenlenir ve bu düzenleme ilgili kişiye itiraz yolları ile birlikte bildirilir.

hükmü yer almaktadır. İlgili hükümde kanuni temsilcisinin aydınlatılması ve onamı detaylandırılmış ayrıca ayırt etme gücü bulunmayan hastanın da karar verme sürecine katılımı öngörülmüştür. Kanun teklifinde hastanın önceki talimatlarının da dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Ancak toplum için tehlikelilik arz eden kimsenin, istemsiz yatışa ilişkin hasta talimatının nasıl uygulama alanı bulacağı kanun teklifinden net anlaşılamamaktadır. Ayrıca aynı kanun teklifinde (3/d);

Yatış ya da tıbbi ve/veya psikolojik müdahale kararı için ayırt etme gücü önemli ölçüde azalmış ya da tamamen ortadan kalkmış hastanın ya da yasal temsilcisinin yatış ve tedavinin tüm aşamalarında karar vermesine, yasal hakları konusunda bilgilенmesine yardımcı olmak, desteklemek, hasta ya da yasal temsilcisinin resmi ya da özel kurumlarla iletişimini sağlamakla görevli sosyal çalışmacıdır...'

şeklinde tanımlanan hasta hakları temsilcisinin sürece dahil önerilmiştir. Mevcut mevzuatımızda bulunmayan ve bu boşluğun keyfiliğe yol açabileceği nedeniyle eleştirilen hekimin tıbbi tedbirleri yazılı olarak bildirmesi mevcut taslakta düzenlenmiştir.^[37] Kanun teklifinin 15/c maddesinde;

Acil durumlar dışında ruh sağlığı sorunu ya da engeli olan kişinin gerekli tedavisi ya da bakımı hali hazırda başvurulacak uygun bir tedbir bulunmuyorsa ve başka bir şekilde gerçekleştirilemediği takdirde ancak Sulh Hukuk Mahkemesinin

[37] Elvin Evrim Dalkılıç, 'Türkiye'de zihinsel veya ruhsal engellilerin zorla tedavisinin eleştirisi,' *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 27, no. 117 (Mart, 2015): 11-34.

kararı ile uygun bir kuruma yerleştirilir. İlgili kişiye, tedbirin niteliği, sebepleri, muhtemel süresi ve bu süre esnasında kendisine bakacak kişinin adı bildirilir. İvedi haller saklıdır. Tedbir, olanak bulunur bulunmaz kaldırılır; her durumda tedbirin haklılığı düzenli aralıklarla incelenir. İlgili kişi ve yakını her zaman çıkarılmayı talep edebilir. Bu talep gecikmeksizin mahkemeye bildirilir.

hükmü ile acil durumlar dışında istemsiz yatışın Sulh Hukuk Mahkemesi kararı ile gerçekleştirilebileceği ifade edilmiştir. Kanun teklifinin 16.maddesinde ise istemsiz yatışta karar ve denetleme mekanizmaları düzenlenmiştir. 16/a maddesinde '*Ruhsal hastalığı nedeniyle istemi dışında hastaneye yatırılan kişilerin yatış işlemlerinin onaylanması ya da reddine, kişi haklarının korunmasına, yapılan işlemlerin hukuka uygunluğunun denetlenmesine, yapılan işlemlere tarafların itirazlarını görülmeye ve karar bağlamaya bu konuyla görevlendirilmiş Sulh Hukuk Mahkemesi yetkilidir*' hükmü yer almaktadır. 16/b maddesinde ise;

Hastanede görevli bir ruh sağlığı ve hastalıkları uzmanı tarafından istemsiz yatışı yapılan kişilere ilişkin tıbbi rapor 72 saat içinde düzenlenir. Rapor hastane yönetimince 24 saat içinde Sulh Hukuk Mahkemesine gönderilir. Bildirim yapılmasından sonra 24 saat içinde ilk duruşma yapılır. Kişinin risk içeren durumu hali ortadan kalkmışsa isteğine bağlı olarak tedavisi istemli olarak sürdürülür ya da hastaneden çıkarılır. Risk içeren durum ortadan kalkmamışsa mahkeme kararına göre davranılır.

hükmü yer almaktadır. Bu hüküm ile mevcut mevzuatımızda bulunmayan istemsiz yatışa ilişkin sürecin detayları yer almaktadır. TMK 436/6'da hekim ön raporu üzerine resmi sağlık kurulu raporunun alınabilmesi için gerekli teşhis ve tıbbi müdahalenin yanından en fazla yirmi gün olmak üzere yatışın da yapılabileceği hükmü yer almaktadır. Ancak ilgili hekim ön raporu öncesi süreç detaylandırılmamıştır. Yine mevcut TMK'da yer almayan bir diğer husus olan yatış süresi Ruh Sağlığı Kanun Teklifi 16/g maddesinde 3 hafta ile sınırlandırılmıştır.^[38]

[38] Türkiye Büyük Millet Meclisi, "Ruh Sağlığı Kanun Teklifi."

C) KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

Çeşitli ülkelerin istemsiz tedaviye yönelik uygulamalarına bakıldığında temel şartın hastada istemsiz tedavi gerektiren hastalığa ilişkin tıbbi tanının bulunması olduğu görülmektedir. Buna ek olarak kimi ülkelerde hastanın tehlike arz etmesi, kimi ülkelerde ise hastanın tedavi gereksinimi şart koşulmaktadır. Örneğin Amerika, Avustralya, Belçika, Fransa ve Almanya tehlikelilik kriterine göre istemsiz yatış düzenlemektedir. Bu ülkelerde hastanın kendisine veya bir başkasına tehlike oluşturma riski nedeniyle mahkeme kararı ile hem istemsiz tedavisi hem de istemsiz yatışı mümkün olmaktadır. İngiltere, İsviçre, Japonya ve İspanya gibi ülkelerde ise tehlikelilik kriteri aranmamakta çoğunlukla hastanın tedavi gereksiniminde olması kriter olarak yer almaktadır. Danimarka, Finlandiya ve Yunanistan'da ise her iki kriter de (tehlikelilik kriteri ve tedaviye gereksinim) zorunlu tedavi veya yatış için kullanılmaktadır.^[39]

Avrupa komisyonu tarafından desteklenen araştırmada Avrupa Birliği Üye Devletlerin istemsiz yatış/tedaviye ilişkin hukuki düzenlemeler ve uygulamalar incelenmiştir.^[40] Bu araştırmada 15 Avrupa Birliği Üyesi Devlet incelenmiş sadece üçünde (Yunanistan, İspanya ve İtalya) psikiyatrik bozukluğu olanların istemsiz yatış/tedavisini düzenleyen özel bir yasanın olmadığı görülmüştür. İlgili yasal düzenlemeler karşılaştırıldığında ülkeler arasında çeşitli farklılıklar izlenmektedir. Örneğin Danimarka, Almanya, İrlanda ve Birleşik Krallıkta istemsiz yatış için psikoz, demans, psikopati gibi özel tanımlar yasalarda belirtilmişken diğer devletlerin yasalarında özel bir tanı ismi yer almamaktadır. Devletler arasında istemsiz yatışı düzenleyen hekimin sayısı (tek, iki, ikiden çok) ve uzmanlık derecesi (pratisyen/psikiyatrist) arasında da farklılıklar bulunmaktadır. İncelenen devletler içerisinde farklı süreler olmak üzere İspanya hariç her ülkede psikiyatrik değerlendirme ile istemsiz yatış arasında belirli sınırlı süreler düzenlenmiştir.

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kurumu, Türk Medeni Kanunu'na İsviçre Medeni Kanun'un 01.01.1981 tarihinde yürürlüğe giren düzenlemelerinden esinlenerek girmiştir. 2008 tarihinde İsviçre'de koruma

[39] Hakeri, *Tıp Hukuku*, 520-21.

[40] Hans J. Salize, Harald Dreßing ve Monika Peitz, *Compulsory admission and involuntary treatment of mentally ill patients-legislation and practice in EU-member states*, (European Commission, Mayıs 2002), 3-4.

amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yeni düzenlemeler getirilmiştir. Özdemir İsviçre'deki değişikliklerin Hukukumuzda alınması gerektiğini savunur. Bu yeni düzenlemelerden biri hastanın kuruma yerleştirilmesinden itibaren en geç altı ay içinde kişinin yerleştirilme şartlarını taşımaya devam edip etmediğinin araştırılması ve bu periyodik incelemelerin devam etmesi gerektiğini hükümdür.^[41]

Amerika Hukuku gerek Türk Hukuku gerekse de Kıta Avrupa Hukuku ile farklılıkları bulunmakla birlikte istemsiz yatış/tedavi açısından ayrıca değerlendirilmesi yerinde olacaktır.^[42] Amerika'da istemsiz yatış için esas olarak tehlikelilik kriteri kullanılmaktadır. ABD'de kişi hak ve özgürlüklerine vurgu Avrupa ülkelerine göre daha fazla yapılmaktadır. Amerika'da acil yatırma, gözlem amacıyla yatırma ve uzamış gözetim olmak üzere üç ayrı istemsiz yatış türü bulunmaktadır.^[43] Ak ve Arıkan Amerika'daki istemsiz yatış/tedaviye ilişkin hukuki uygulama ile Türkiye'deki mevzuat ve Türkiye Psikiyatri Derneği tarafından hazırlanan taslakla karşılaştırmasını yapmışlardır. Yaptıkları çalışmada düzenlemeler arasında bazı farklar ortaya konmuştur. Bunlardan ilki TMK'a 06.12.2019 tarihinde 7196 sayılı kanun ile eklenen maddelere ilişkindir. İlgili maddelerde alkol-madde bağımlılığına ilişkin istemsiz tedaviyi düzenleyen kısımların yetersiz olduğu ABD'de buna ilişkin düzenlemelerin detaylandırılmış olduğu öne sürülmektedir. TMK'da yer almayan Türkiye Psikiyatri Derneği'nin taslağında yer alan düzenlemelerden biri de yatış süresinin sınırlandırılması/belirlenmesidir. Yasa taslağında ilk yatış üç hafta ile sınırlandırılmıştır ABD'de (Massachusetts) ilk yatış 20 gün ile sınırlandırılmış olup gerektiğinde yatış bir 20 gün daha uzatılabilmektedir. Yazarlar tedavinin de söz konusu olduğu yatışlarda yatışın 3 haftadan sonra uzayıp uzamayacağına ilişkin kararın 3 hafta içerisinde verilemeyebileceğini, ABD örneğinde olduğu gibi kişinin mahkeme kararıyla çok daha uzun sürelerle yatışının da karara bağlanabilmesi gerektiğini belirtmektedirler. 3 hafta

[41] Elif Aydın Özdemir, "19.12. 2008 Tarihli İsviçre Medeni Kanunu Değişikliği ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanunu'nda Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Düzenlemesi," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no.2 (Aralık, 2013): 171-209.

[42] Mustafa Can, "ABD Hukukunda Yargı Sistemi ve Uyuşmazlıkların Çözümü," *Mevzuat Dergisi* 6, no. 69 (Eylül 2003).

[43] Dalkılıç, "Türkiye'de zihinsel."

ile kısıtlamanın heterojen hasta grubu için doktoru kısıtlayıcı olduğunu belirtmektedirler.^[44]

AİHM uygulamalarına bakıldığında; ;AİHM kararlarında kişilerin fiziksel ve ruhsal bütünlüklerinin korunmasını, kendilerine uygulanan tedaviye dahil olmalarını ve rıza göstermelerini ayrıca sözleşmenin 8.maddesi kapsamında değerlendirmiştir.^[45] AİHM kararlarında, sağlık hizmetlerinin kamu veya özel kuruluşlarda gerçekleştirilmesinden bağımsız olarak, devletlerin kişilerin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünün korunmasına ilişkin tedbirleri almakla sorumlu olduğu vurgulanmaktadır.^[46] AİHM ruhsal hastalığı olan kimselerin ruhsal durumlarını dikkate alarak işlem yapılması gerektiğini gözaltı sürecinde kişinin ruhsal hastalığının gözetilip gerekli şartların sağlanmamasını ve psikiyatrik muayeneye götürülmemesini sözleşmenin 3.maddesinin ihlalini doğurduğunu karara bağlamıştır.^[47] İstemsiz tedavi/yatışın hukuka aykırı olması halinde kişilik hakkı ihlali doğuracağı AİHM kararlarına da yansımıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Akopyan kararında; Zenfira Akopyan isimli Ukrayna vatandaşının isteği dışında hastaneye yatışı yapılmış olduğu, 2 yıl boyunca taburcu edilmek için başvurduğu ancak reddedildiği, bu süre zarfında nöroleptik ilaçlarla tedavi edildiği ve ilgili kişinin yatışı yapılan sağlık kurumundan kaçarak bir başka hastaneye başvurduğu ve kişinin bu hastanede yapılan değerlendirmesinde psikiyatrik hastalığı olmadığına ilişkin rapor düzenlendiği belirtilmektedir. Bunun üzerine Mahkeme Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 3., 5/1. ve 8.maddelerinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Kararda Mahkeme kişinin istem dışı yatışının ancak akıl hastalığının olduğuna dair güvenilir uzman raporunun olması ve akıl hastalığının istemsiz yatışı gerektirecek düzeyde olması halinde mümkün olacağını belirtmiştir.^[48]

[44] Sertaç Ak ve Rasim Arıkan, “Ruh Sağlığı Yasası Taslağının Yurt Dışı Bir Uygulama Örneği Işığında Adli Psikiyatrik Açından Gözden Geçirilmesi,” *Türk Psikiyatri Dergisi* 32, no.1 (Bahar,2021): 51-55.

[45] AİHM, Trocellier/Fransa, B.No: 75725/01, 05.10.2006.

[46] AİHM Vo/Fransa, B.No:53924, 8/7/2004, § 90.

[47] AİHM, Dybeku/Albania, 41153/06, 18.12.2007.

[48] AİHM, Akopyan/Ukraine, B.No: 12317/06, 05.09.2014.

SONUÇ

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartları tıbbi müdahalenin hekim (sağlık personeli) tarafından uygulanması, tıbbi endikasyon ile tıbbi müdahalenin yapılmış olması, tıbbi müdahalenin tıp bilimine uygun gerçekleştirilmesi ve kişinin aydınlatılmış rızasının alınmasıdır. Tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olması halinde vücut bütünlüğü hakkı, yaşam hakkı, kendi geleceğini belirleme hakkı, sağlık hakkı gibi temel kişilik haklarının ihlali söz konusu olabilmektedir. Hastanın aydınlatılarak rıza vermiş olması için rıza ehliyetinin olması gerekmektedir. Rıza ehliyeti, ayırt etme gücünden bağımsız somut durumda değerlendirilmesi gereken bir unsurdur. Ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kimse dahi tıbbi müdahalenin anlamını idrak ediyorsa rıza ehliyetinin olduğu ve tıbbi müdahaleye rıza gösterebileceği bilinmektedir. Ancak kişinin rıza ehliyetinin olmaması halinde tıbbi müdahaleye kimin rıza göstereceği ve neye dayanarak tıbbi müdahaleye rıza gösterip göstermeyeceği hem hukuki hem de etik bir sorundur.

Tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren kişinin geçerli rızasının olması şartı, zorunluluk hallerinde ve yasal gerekçelerle bazı tıbbi müdahalelerde aranmamaktadır. Bunlardan biri de psikiyatri hastalarının istemsiz yatış/tedavileridir. İstemsiz yatış/tedavi ilişkin hukuki düzenlemelere baktığımızda istemsiz yatış/tedavi gereken bir tanının yanında hastanın kendisine veya bir başkasına tehlike arz etmesi, hastanın sağlığının istemsiz yatış/tedavi olmaması halinde ciddi zarar göreceği gibi şartlar aranmaktadır. Ülkemizde de TMK'da koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması düzenlenmiştir. İsviçre Medeni Kanunundan esinlenen ilgili maddelerde akıl zayıflığı, akıl hastalığı ve madde bağımlılığı özgürlüğün kısıtlanma gerekçeleri arasında sayılmıştır. Ancak koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin düzenlemelerin yetersiz olduğu, istemsiz yatış/tedaviye ilişkin düzenlemelerin dağınık ve belirsiz olduğu gerekçesiyle pek çok ülkede var olan ruh sağlığı yasasının ülkemizde de uygulanması gerektiği eleştirileri bulunmaktadır.^[49] Örneğin hem Anayasada hem TMK'da hem de PVSK'da kişinin özgürlüğünün kısıtlanması şartı olarak toplum için tehlikelilik tanımlanmışken ancak Türkiye'nin de taraf olduğu Biyotıp sözleşmesinde kişinin sağlığının ciddi tehlikeye girmesi halinde istemsiz yatış/tedavi uygulanabileceği öngörülmüştür. Ayrıca

[49] Gamze Nesipoğlu, 'Zorunlu Yatış Özelinden Ulusal Ruh Sağlığı Yasası'nın Önemi ve Gerekliliği,' *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku- Tarihi Dergisi* 25, no.2 (Ekim, 2017):49-56.

Hakeri, PVSK'da düzenlenen hükmün yetersiz oluşunu ve bu nedenle yasal temsilcinin talebi ile birlikte kolluk kuvvetinin kişiyi tıbbi rapor almak üzere sağlık kurumuna götürme yetkisine sahip olması gerektiğini düşünmektedir. Mevcut yasalarla kolluk kuvveti ancak akıl hastalarına suç oluşturan bir hal olması veya suç ihtimali halinde müdahale edebilmektedir. PVSK 13/F'deki alınan tedbirler ifadesinin geniş yorumlanamayacağını bu sebeplerle yasal boşluğun doldurulması gerektiğini Hakeri belirtmektedir.^[50]

Yine hukukumuzda istemsiz yatış ve istemsiz tedavi ayrımı yapılmamış TMK'da kişinin tedavi, eğitim ve ıslahı için istemsiz yatış öngörülmüştür. Bir başka boşluk da istemsiz yatış/tedavinin sürelerle sınırlandırılmamış olmasıdır. Ayrıca TMK'a 06.12.2019 tarihinde 7196 sayılı kanun ile eklenen kişinin resmi sağlık kurulu raporu düzenlenmeden 20 güne kadar süre içerisinde istemsiz yatışının yapılabileceği ve ayrıca çeşitli tetkikler yapılabileceği hükmü eleştiri konusu olmuştur. İlgili hükmün Anayasa'ya, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi başta olmak üzere mevcut mevzuata da aykırı olduğu eleştirisi yapılmaktadır.^[51]

AİHM da istemsiz yatış/tedavinin yasal dayanağı olmaması halinde sözleşmenin ihlali kararları vermektedir. Ülkemizdeki mevzuat istemsiz yatış/tedaviyi düzenlemiş olmakla birlikte hukukumuzda belirsizlik ve boşluk bulunmaktadır. Bu boşluktan ötürü ülkemizde Türkiye Psikiyatri Derneği tarafından hazırlanan ve daha sonra TBMM'ye kanun teklifi olarak sunulan Ruh Sağlığı Kanun Teklifi hazırlanmıştır. İlgili düzenlemede istemsiz yatış/tedavi tanımlanmış ve sürelerle kısıtlanmıştır. Ayrıca hekimin hastayı değerlendirme ve mahkemeye bildirme süreçleri de belli sürelerle kısıtlanmıştır. Bu da kişi hürriyeti başta olmak üzere kişilik haklarının keyfi uygulamalarla ihlalinin önleyebilecek bir diğer düzenlemedir. Yine mevcut düzenlemede hem tehlikelilik hem de kişinin sağlığının ciddi tehlike altında olması istemsiz yatış/tedavi için şartlar arasında sayılmıştır. İlgili taslakta istemsiz tedavi ve istemsiz yatış ayrı ayrı tanımlanmış ve istemsiz tedavi ayrıca düzenlenmiştir. İlgili taslakla ilgili eleştiriler olmakla birlikte istemsiz tedavi/yatışa ilişkin

[50] Hakeri, *Tıp Hukuku*, 520-21.

[51] Türkiye Psikiyatri Derneği Adli Psikiyatri Birimi, "TMK 432. Maddesinde Değişiklik Teklifi," Erişim tarihi 24 Mayıs 2023, <https://psikiyatri.org.tr/2101/tmk-432-maddesinde-degisiklik-teklifi>.

mevcut düzenlemelerde bulunmayan düzenlemelerin bulunması olumlu bir adımdır.

Özetle istemsiz yatış/tedaviye ilişkin hukukumuzda boşluk olduğu kanaatindeyiz. Bu konuda Türkiye Psikiyatri Derneğinin ruh sağlığı yasası tasarısı olumlu adım olmakla birlikte mevcut tasarıda da eksikliklerin olduğu gözükmeştir. Bu konuda yasal bir düzenlemenin yapılması hem istemsiz tedavi/yatışı gerçekleştirilen kişinin temel hakları hem de uygulamadaki belirsizliklerden ötürü zorlanan sağlık personeli açısından gereklidir.

KAYNAKLAR

- Ak, Sertaç ve Rasim Arıkan. “Ruh Sağlığı Yasası Taslağının Yurt Dışı Bir Uygulama Örneği Işığında Adli Psikiyatrik Açından Gözden Geçirilmesi.” *Türk Psikiyatri Dergisi* 32, no.1 (Bahar,2021): 51-55.
- Bahadır, Oktay. *Yaşama Hakkı*. 1.baskı, Ankara: Adalet, 2009.
- Can, Mustafa. “ABD Hukukunda Yargı Sistemi ve Uyuşmazlıkların Çözümü.” *Mevzuat Dergisi* 6, no.69 (Eylül 2003).
- Dalkılıç, Elvin Evrim. “Türkiye’de zihinsel veya ruhsal engellilerin zorla tedavisinin eleştirisi.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 27, no. 117 (Mart, 2015): 11-34.
- Erkan, Vehbi Umut ve İpek Yücer. “Ayırt Etme Gücü.” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 60, no.3 (Eylül, 2011).
- Gökcan, Hasan Tahsin. *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*. 4.baskı. 2022.
- Gültekin, Bülent Kadri, Seda Çelik, Aysu Tihan, Ali Fuat Beşkardeş ve Umut Seze. “Bir Psikiyatri Hastanesinde İstemli ve İstem Dışı Yatışların Sosyodemografik ve Klinik Özellikleri.” *Nöropsikiyatri Arşivi* 50, no. 3 (Eylül,2013): 216-221.
- Gündüz, Hale. “Psikiyatri Hastasının İstemsiz Tedavi Edilmesi.” Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2021.
- Gürbüz, Meral. “Bir Kişilik Hakkı Olarak Kişinin Genetik Bilgileri Üzerinde Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı.” *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1-2, no. 10 (Haziran-Temmuz, 2011): 113.
- Hakeri, Hakan. *Tıp Hukuku*. 25.baskı. Ankara: seçkin, 2022.
- Hans J. Salize, Harald Drefling ve Monika Peitz. *Compulsory admission and involuntary treatment of mentally ill patients-legislation and practice in EU-member states*. European Commission Mayıs 2002.
- Jonsen, Albert R., Mark Siegler ve William J. Winslade. *Clinical Ethics: A Practical Approach to Ethical Decisions in Clinical Medicine*. 8.baskı. 2015.

- Kocağa, Köksal. “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması.” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no.1 (Haziran, 2006):33-54.
- Mosele, Pedro Henrique C., G.C. Figueira, A.A. Bertuol Filho, Jose A.R.F. Lima ve Vitor C. Calegari. “Involuntary psychiatric hospitalization and its relationship to psychopathology and aggression.” *Psychiatry research* 265, (Temmuz,2018):13-18.
- Nart, Serdar. “Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukuki Sorumluluğu.” Doktora tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2007.
- Nesipoğlu, Gamze. “Zorunlu Yatış Özelinden Ulusal Ruh Sağlığı Yasası'nın Önemi ve Gerekliliği.” *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi* 25, no. 2 (Ekim, 2017): 49-56.
- Oğuz, N. Yasemin ve Başaran Demir. “Etik ve Hukukî Yönüyle Zorla Hastaneye Yatırma.” *Psikiyatri, Psikoloji ve Psikofarmakoloji Dergisi* 1, no. 3 (1993): 367-371.
- Özdemir, Elif Aydın., “19.12. 2008 Tarihli İsviçre Medeni Kanunu Değişikliği ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanunu'nda Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Düzenlemesi.” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no. 2 (Aralık, 2013): 171-209.
- Tacir, Hamide. *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı*. 1. baskı. 2011.
- Temel, Erhan. “Alman Hukukunda Psikiyatri Hastası-Hekim İlişkisi”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 61, no. 2 (Haziran 2012): 773-806.
- Yıldız, Abdullah, Ayşe Kurtoğlu ve Berna Arda. “Avrupa Konseyi Biyoetik Komitesi'nin Psikiyatriye İlişkin Ek Protokol Çalışması Neler Söylüyor.” *Osmangazi Tıp Dergisi* 43, no. 2 (Mart, 2021): 187-196.
- Yılmaz, Emel Bahadır. “Psikiyatride hastanın karar verme kapasitesi ve yaşanan etik sorunlar.” *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi* 21, no.1 (Mart, 2013): 49-53.

Diğer Kaynaklar

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi. “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin Üye Devletlere, Ruh Sağlığı Bozuk Olan Kişilerin Hakları ve Haysiyetlerinin Korunması ile İlgili Tavsiye Kararı.” erişim 23 Mayıs 2023, <https://rm.coe.int/09000016809109e1>.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu. “Ruhsal Hastalığı Olan Kişilerin Korunması ve Ruh Sağlığı Hizmetlerinin Geliştirilmesi İçin İlkeler.” erişim 23 Mayıs 2023, <https://digitallibrary.un.org/record/162032>.

Dünya Psikiyatri Birliği. “Hawai deklarasyonu.” erişim 23 Haziran 2023, <https://www.wpanet.org/declaration-of-hawaii-ii#:~:text=No%20procedure%20shall%20be%20performed,to%20the%20patient%20or%20others>.

Dünya Tabibler Birliği. “Hasta Hakları Üzerine Lizbon Deklarasyonu.” erişim 23 Haziran 2023, <https://www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-lisbon-on-the-rights-of-the-patient/>

Türkiye Büyük Millet Meclisi. “Ruh Sağlığı Kanun Teklifi.” erişim 23 Mayıs 2023, <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-0858.pdf>.

Türkiye Psikiyatri Derneği. “Ruh Hekimliği (Psikiyatri) Meslek Etiği Kuralları.” erişim 23 Mayıs 2023, <https://psikiyatri.org.tr/tpd-kutuphanesi/belge/311>.

Türkiye Psikiyatri Derneği. “Ruh Sağlığı Yasası Tasarısı.” erişim 23 Mayıs 2023 <https://psikiyatri.org.tr/TPDDData/Uploads/files/2015-RUH-SAGLIGI-YASASI.pdf>

Makaleler

Articles

İstinaf Mahkemelerinin Yeniden Karar Vermekten Kaçınmasının Yarattığı Sorunlar Üzerine

Murat Fatih ÜLKÜ*

* Avukat, İzmir Barosu. mfulku@hotmail.com

GİRİŞ

Bilindiği gibi (yeni) Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)'nda, "istinaf", ilk derece mahkemesi kararlarının hukuksal denetimi konusunda yeni bir yasa yolu olarak öngörülmüştür.^[1] Her ne kadar HMK 01.11.2011 tarihinde yürürlüğe girmiş ise de, istinaf sisteminin fiziksel altyapısının hazırlanmasının gecikeceği anlaşıldığından, HMK'nın geçici 3.maddesi ile, istinaf mahkemeleri göreve başlayıncaya kadar, eski usul yasası Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (HUMK) temyize ilişkin hükümlerinin uygulanmaya devam edeceği hükme bağlanmıştır. İstinaf mahkemelerinin kurulması ve göreve başlaması 20.07.2016 tarihini bulmuş, bu tarihten itibaren de ülkemiz yargı ve hukuk sistemi, istinaf yasa yolunun pratiğini yaşamaya başlamıştır.

Yine bilindiği gibi, istinaf yasa yolunun, yurttaşların yargıya güvenlerinin azalmasında önemli etkenlerden olan yargının yavaş işlemesi sorununa çözüm getireceği yönündeki 1990'ların sonundan itibaren yoğunlaşan söylem önemli bir beklenti yaratmış; istinaf yasa yolu, ülkemizde kangren haline gelmiş davaların uzaması, adaletin gecikmesine önemli bir çözüm olduğu iddiası ile yargı sistemimize getirilmiştir. Ayrıca istinaf yasa yolunun, temyiz aşamasındaki iş yoğunluğunu azaltarak, Yargıtay'ı gerçek işlevi olan "içtihat mahkemesi" konumuna taşımak, gerçek bir temyiz mahkemesi olmasını sağlamak gibi iddialı bir gerekçesi daha vardır.

Ama deyim yerindeyse "evdeki hesap, çarşıya uymamış", aslında uygulamayı bilenlerin beklediği olmuş, istinaf yasa yolu, hukuk yargılamasını hızlandırmak şöyle dursun, daha da uzatan ve yavaşlatan bir sonuç yaratmaya başlamış, hukuk sistemimizde yeni bir sorun yaratmak dışında pek bir işlevi olmamıştır. Bu örnek bir daha gösterdi ki; hukuk ve yargı sistemimizdeki temel sorun fiziksel altyapıdan daha çok, zihinsel altyapının ve bakış açısının değiştirilmesinden ve geliştirilmesinden geçmektedir. Zihinsel altyapının ve bakış açısının değiştirilmesi ise, sadece hukuksal yöntemlerle sağlanamayacak, çok etkenli epeyce karmaşık bir konudur.

[1] Her ne kadar, 26.09.2004 tarihli 5236 sayılı kanunla yapılan değişiklikle eski Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na (HUMK) istinaf yasa yolu eklenmiş ise de, HUMK döneminde istinaf yasa yolunun uygulanması mümkün olmamıştır. 5236 sayılı yasa ile getirilen istinaf hakkındaki düzenlemelerin, yeni HMK'daki istinaf yasa yoluna ilişkin hükümlere büyük oranda temel oluşturduğu söylenebilir.

I. İSTİNAF YASA YOLUNUN TEMYİZ YASA YOLUNDAN TEMEL FARKI

İstinaf yasa yolunun, temyiz yasa yolundan temel farkı, hukuka aykırılıklar ve eksiklikler içeren ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasından sonra, hukuka aykırılıkların ve eksikliklerin giderilerek yeniden esas hakkında karar verilebilmesidir. Bu özelliği ile istinaf, “düzeltici yasa yolu” olarak nitelendirilmektedir.^[2] Oysa, bilindiği gibi temyiz yasa yolunda, hukuka aykırılıklar ve eksiklikleri içeren ilk derece mahkemesi kararı (yasada öngörülen ayrık durumlar ve düzelterek onama olasılığı dışında) sadece bozulmakta ve yeniden karar verilmek üzere dosya ilk derece mahkemesine (yerel mahkemeye) gönderilmektedir. Yani, istinaf yasa yolu bir çeşit küçük/minyatür bir temyiz yasa yolu değildir, istinaf mahkemeleri de bir çeşit küçük/minyatür temyiz mahkemeleri değildir.^[3]

HMK'nın istinafı düzenleyen hükümlerine bakıldığında, istinaf başvurusu ile ilgili temel kuralın, “ön inceleme aşamasında verilecek kararlar (usulden red, görevli daireye gönderme vb.” (HMK m. 352) ve “istinaf başvurusunun esastan reddi”, “ilk derece mahkemesine gönderme” (HMK m. 353) kararları dışında, istinaf mahkemelerinin, yeniden esas hakkında karar vermesi olduğu söylenebilir. (HMK m. 353-360) Çalışmamızdaki değerlendirmelerimize

[2] Tolga Akkaya, “İstinaf İncelemesi Sonunda İlk Derece Kararının Kaldırılması ve Dosyanın İlk Derece Mahkemesine Gönderilmesi,” *MİHBİR Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçular Birliği*, 15. Toplantı (6-7 Ekim 2017/Antalya), (Ankara 2018), 150; İbrahim Ermenek, “İstinaf Kanun Yolu ve Bölge Adliye Mahkemesinin İnceleme Sınırlarının Kapsamı,” 1, www.izmirbarosu.org.tr, Erişim tarihi Nisan 2023; Muhammet Özkes ve Nilüfer Boran Güneysu, *Deliller ve Hüküm Eksikliği Yönünden İstinaf İncelemesi ve Kararı (HMK m.353/1-a-6)*, (İstanbul: Oniki Levha, 2021), 10-11.

[3] İstinaf yasa yolunun, bu farklı niteliğinin işaret ettiği, “düzeltici yasa yolu” niteliği; “somut olay adaletinin sağlanması” amacı; “maddi vakia denetimi” ve “hukuka uygunluk denetimi” yapması gibi özellikleri ve bu kapsamda temyiz yasa yolundan farkları için konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ermenek, “İstinaf Kanun Yolu,” 1; Özkes ve Güneysu, *Deliller ve Hüküm Eksikliği*, 9 vd.; kısmen Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuk Ders Kitabı*, 6. Baskı, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018), 455-463. Ermenek, makalesinde istinaf yasa yolunun temel olarak “maddi vakia denetimi” yapması karşısında, bugün için temyiz yasa yolundaki Yargıtay denetiminin sadece hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olması gerektiğini, Yargıtay'ın “maddi vakia denetimi” yapma yetkisinin olmadığını savunmaktadır. Ermenek, “İstinaf Kanun Yolu,” 1-2.

temel oluşturması bakımından; istinaf mahkemelerinin yeniden esas hakkında karar vermeleri gerekliliğinin, istinaf mahkemeleri bakımından takdiren kullanılacak bir hak değil, yasadan ve istinaf yasa yolunun anlam ve amacından kaynaklanan bir görev olduğunun altı çizilmelidir.^[4]

HMK, belki teorik düzlemdeki istinaf yasa yolunun nitelikleri ve özellikleri hakkındaki tartışmaların ve diğer ülkelerdeki uygulamaların etkisiyle; bazı ayrıksal durumlarda istinaf mahkemelerince hukuka aykırılık nedeniyle ilk derece mahkemesi kararı kaldırıldıktan sonra, yeniden esas hakkında karar vermek yerine, yeniden yargılama yapılmak için ilk derece mahkemesine gönderme kararı verilebileceğini düzenlemiştir.^[5] (HMK m. 353/1-a'da 6 bent halinde sayılan durumlar)

Bu çalışmamızda, uygulamada istinaf mahkemelerinin esasen bir ayrık durum olarak öngörülen HMK m. 353/1-a/6'daki hükmün arkasına gizlenerek, yeniden esas hakkında karar vermekten kaçınmalarının, küçük/minyatür bir temyiz mahkemesi refleksi ile hareket etmelerinin yarattığı sorunlara dikkat çekmeye çalışacağız.^[6]

III. HMK M. 353/1-A/6'NİN İLK HALİ VE UYGULAMADAKİ YANLIŞ YORUMU

İstinaf mahkemesinin yeniden karar verilmek üzere dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verebildiği durumlardan HMK m. 353/1-a maddesinin ilk beş bendinde sayılan;

- bendinde düzenlenen “davaya bakmaya yasaklı yargıcın karar vermesi”
- bendinde düzenlenen “haklı red talebine rağmen reddedilen yargıcın davaya bakması

[4] Benzer yönde: Akkaya, “İstinaf İncelemesi,” 176-7.

[5] Öğretilen bu ayrık durumların, ilk derece mahkemesi kararındaki ağır sayılabilecek usul hatalarına ilişkin olduğunun vurgulandığı görülmektedir. Ermenek, “İstinaf Kanun Yolu.”

[6] Uygulamada, istinaf mahkemeleri ile ilk derece mahkemeleri arasında (esasen tamamen aynı statüde olmalarına karşın) çekişmeler yaşanmaya başlamış, istinaf mahkemelerinin kendileri ile aynı binada ilk derece mahkemelerini istememesine kadar varan anlamsız sorunlar yaşanmıştır. Özekes ve Güneysu, *Deliller ve Hüküm Eksikliği*, 1-2'de “istinaflarla ilk derece arasında örtülü gerilim” denerek bu soruna kısmen işaret edilmiştir.

- bendinde düzenlenen “ilk derece mahkemesinin görev ve yetkisi ile ilgili konular”
- bendinde düzenlenen “dava şartlarına aykırılık”
- bendinde düzenlenen “usule aykırı açılmamış sayılma, birleştirme, ayrılma, merci tayini kararları”

durumları, somut biçimde öngörülmeleri anlamında uygulamada fazla soruna yol açmadıkları gibi,^[7] ilk derece mahkemesi kararının ağır usul hataları nedeniyle sağlıklı biçimde yargılama yapmadığının varsayımı nedeniyle yasaya kondukları anlaşılmaktadır.^[8]

Ancak, HMK m. 353/1-a/6'nın ilk 5 bentten epeyce farklı olduğunu, uygulamada en çok soruna yol açan bent olduğunu söylememiz gerek. HMK m. 353/1-a/6'nın ilk hali şöyledir:

“6- Mahkemece, tarafların davanın esasıyla ilgili olarak gösterdikleri delillerin hiçbiri toplanmadan veya gösterilen deliller hiç değerlendirilmeden karar verilmiş olması”

Bu hükümde yer alan “delillerin hiçbirinin toplanmaması”na veya “gösterilen delillerin hiç değerlendirilmemesi”ne, tahmin edileceği gibi uygulamada

[7] Taraf oluşumu (teşkili) konusunun HMK m. 353/1-a m.si kapsamında ağır usul hatası sayılması olanaklı olmakla, taraf oluşumunun (teşkilinin) ilk derece mahkemesince sağlanmaması durumunda, istinaf mahkemesinin HMK m. 353/1-a gereğince “kaldırma” ve “gönderme” kararı verip veremeyeceği konusunda ayrıntılı tartışmalar için;Yargıtay 5 HD E.2018/7443, K.2019/10654, 27.05.2019 tarihli kararı, bu bozma kararı sonrası Bursa Bölge Adliye Mahkemesi E.2019/2311, K.2019/1611 sayılı direnme kararı, bu kararları incelenmesine ilişkin Emine Gökçe Karabel, “Kesin Olarak Verilen İstinaf Kararı Temyiz Edilebilir mi?,” *İlamat Torbası İstinaf Mahkemesi Karar İncelemeleri*, ed. Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, 57-72, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020), 57 vd.

[8] Ermenek, “İstinaf Kanun Yolu.” Kanımızca Ermenek'in görüşü HMK m. 353/1-âdaki ilk 5 bent için doğru kabul edilebilir.

İlk 5 bentte sayılan bu kararların ilk derece mahkemesince tahkikata başlanmadan verilmesi durumunda, istinaf mahkemesinin “gönderme” kararı bir ölçüye kadar kabul edilebilir nitelikte olmakla birlikte, kanımızca ilk derece mahkemesinin tahkikatı kısmen veya tamamen tamamlamasından sonra bu nitelikte bir karar vermesi durumunda, istinaf mahkemesinin farklı bir hukuksal görüşü varsa, kural olarak yeniden esas hakkında karar vermesi gerekir, usul ekonomisi ilkesi bunu gerektirir.

çok seyrek rastlanabilir. Bu hükmün amacının da “delil toplanması” ve “delil değerlendirmesi” aşamasındaki eksiklerin de kural olarak istinaf mahkemesi tarafından tamamlanması olduğu, ancak “hiç delil toplamama” veya “delilleri hiç değerlendirmeme” gibi keyfi bir yargılama durumunda, dosyanın yeniden yargılama yapılmak üzere ilk derece mahkemesine gönderilmesi olduğu söylenebilir.

Ancak, yargı uygulamamızda delil toplanması, değerlendirilmesi, hukuksal nitelendirme aşamalarının iç içe yaşanması, birçok olayda birbirinden ayrılmalarının oldukça zor olması karşısında, hangi olayda “hiç delil toplamama” ve “delilleri hiç değerlendirmeme” olgularının gerçekleştiği oldukça tartışmalı bir hal almıştır.

Bu dönemde, tam da beklendiği gibi, istinaf mahkemeleri kendilerini küçük/minyatür bir temyiz mahkemesi gibi görerek, HMK m. 353/1-a/6’yı içerik ve amacı dışında yorumlayan/yeniden karar vermemek amacıyla kullanan ve “kaldırma” kararını “bozma” kararı gibi kullanan bir yaklaşım sergilemişlerdir.^{[9] [10]} Uygulamada istinaf mahkemesince kolayca tamamlanabilecek/düzeltililebilecek “yeniden keşif yapılması”, “yeniden bilirkişi raporu (hatta) ek rapor alınması”, “delillerden birinin toplanmamış olması” gibi eksiklerde dahi, “kaldırma ve esas hakkında yeniden karar verme” yerine

[9] Benzer yönde değerlendirme Özkes ve Güneysu, *Deliller ve Hüküm Eksikliği*, 81.

[10] İstinaf aşamasında rahatlıkla giderilebilecek bir eksiklik olan “davalı tarafın ticari defterlerinin incelenmemesi”nin HMK m. 353/1-a/6 kapsamında değerlendirilerek, “ilk derece mahkemesine gönderme” kararına konu edildiği örnek için bkz. Taner Emre Yardımcı, “İstinaf Mahkemesi Hukuk Dairelerinin İspat Faaliyetine Dair Bazı Güncel Kararlarının Değerlendirilmesi,” *İlamat Torbası İstinaf Mahkemesi Karar İncelemeleri*, ed. Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, 83-91, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020), 83-91’de incelenen Gaziantep BAM 11 HD E.2017/446 , K.2017/514.

sadece “kaldırma ve HMK m. 353/1-a/6 hükmü gerekçe gösterilerek ilk derece mahkemesine gönderme” kararı ile yetinilmiştir.^{[11] [12]}

Yargıtay, bu nitelikteki “kaldırma ve HMK m. 353/1-a/6 hükmü gerekçe gösterilerek ilk derece mahkemesine gönderme” kararlarını, karar içeriğinde “kesin” olarak belirtilse de, “temyizi olanaklı” kabul ederek ve “istinaf mahkemesince yeniden esas hakkında karar verilmesi gerektiği” gerekçe-siyle bozma kararlarına konu etmiştir.^[13] Yargıtay’ın ilgili dairelerinin bu

-
- [11] Bazı örnekler için, Akkaya, “İstinaf İncelemesi,” 146-148; bazı örnekler için Cenk Akil, “Bir İstinaf Sebebi Olarak HMK m. 353/1-a-6 Üzerine Değerlendirme,” *TAAD* 11, no. 38 (Nisan 2019): 1-6. Yine Akkaya, “İstinaf İncelemesi,” 156-162 arasında değinilen örneklerdeki, “sözlü yargılama için tarafların davet edilmemesi”, “bilirkişi raporunun tarafa tebliğ edilmemesi”, “tazminat davasında ölenin ortak kusuru nedeniyle indirim yapılmamış olması”, “maddi tazminat hakkında hüküm verildiği halde, manevi tazminat talebi hakkında olumlu-olumsuz bir karar verilmemiş olması”, “bilirkişi raporunun dosya üzerinden hazırlanmış olması”, “keşif yapılmamış olması”, “yetersiz inceleme sonucu karar verilmesi”, bizim görüşümüze göre, istinaf mahkemelerinin “kaldırma-gönderme” kararını “bozma” kararı gibi kullandıklarını ve usul ekonomisi ilkesine zarar verildiğini gösteren tipik örneklerdir.
- [12] Uygulamada 6.bendin bölge adliye mahkemesi kararlarında geniş uygulandığı yönünde Dilek Aydemir, “HMK m.353/1-a (6) Gerekeşi ile Dosyanın İlk Derece Mahkemesine İadesi Halinde Daha Önce İstinaf Sebebi Yapılmayan Karar Kısımlarının Hukuki Durumu,” *İlamat Torbası İstinaf Mahkemesi Karar İncelemeleri II*, ed. Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, 43-88, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), 53.
- [13] Kamulaştırma bedelinin tespiti ve tescil davalarında, taşınmazın değerinin belirlenmesi ile ilgili ek rapor alınması, kamulaştırmadan arta kalan kısımdaki değer kaybı ile ilgili davalı yurttaşın değer kaybı ile yetinip yetinmeyeceğinin sorulması, yetinmemesi durumunda davacı idareye kamulaştırmadan arta kalan kısmın bedelini ödeyerek bu kısmın da mülkiyetine hak kazanması prosedürünün işletilmesi vb. konulardaki eksiklerin Bölge Adliye Mahkemesi’nce tamamlanması, ilk derece mahkemesine gönderme kararı verilemeyeceği hakkında Yargıtay 5 HD 23.05.2019 tarih, E.2017/35797, K.2019/10593; Farklı konularda, ilk derece mahkemesince delillerin eksik toplanmasının Bölge Adliye Mahkemelerince HMK m. 33/1-a/6 kapsamında ilk derece mahkemesine gönderme kararına konu edilemeyeceği yönünde Yargıtay 8 HD E.2017/15483, K.2018/17247, 15.10.2018; Yargıtay 2 HD E.2017/5594, K.2017/13799, 04.12.2017 sayılı kararından: “...*Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 353. maddesinde, bölge adliye mahkemesinin dosyayı ilk derece mahkemesine geri gönderme sebepleri tahdidi (sınırlayıcı) olarak sayılmıştır...*” HMK m. 353/1-a’daki sayılan durumların sınırlayıcı olmadığı yönündeki görüş Akkaya, “İstinaf İncelemesi,” 140

içtihatlarının istinaf yasa yolunun tanım ve amacına ve HMK'daki istinaf ile ilgili düzenlemelerin amaç ve ruhuna uygun olduğunu belirtmeliyiz.

IV. HMK M. 353/1-A/6'DA YAPILAN DEĞİŞİKLİK

Ortaya çıkan bu farklı uygulamalar, yargı sisteminde sorunlara, öğretilerde tartışmalara yol açmış, sonunda yasa koyucu 22.07.2020 tarihinde yürürlüğe giren 7251 sayılı kanunla HMK m. 353/1-a/6'yı değiştirmiştir. Bu değişikliğe göre HMK m. 353/1-a/6 aşağıdaki biçimi almıştır:

“Mahkemece, uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli delillerin toplanmamış veya değerlendirilmemiş olması ya da talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması”

Bölge adliye mahkemelerinin istinaf yasa yolunun anlam ve amacı ile bağdaşmayan ve HMK m. 353/1-a/6'nın ilk haline tamamen aykırı yorumlarını cesaretlendirecek nitelikteki bu değişiklik, öğretilerde eleştirilmiştir.^[14]

Gerçekten, yasanın ilk halinde, istinafin “düzeltici yasa yolu” niteliğinden hareketle, istinaf aşamasında, ilk derece mahkemesi kararı kaldırıldıktan sonra ilkesel olarak esas hakkında yeniden karar verilmesi yaklaşımına uygun bir hüküm dahi, uygulamada bölge adliye mahkemelerince yeniden karar vermektan kaçınmak amaçlı kullanılır iken; bu yasa değişikliğinden sonra, “uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde” gibi yoruma açık bir ifadenin, bölge adliye mahkemelerinin istinaf yasa yolunun amacı ile bağdaşmayan yaklaşımlarını daha da artıracakı açıktır.

Bir örnekle somutlaştırmak gerekirse, bir dosyada bilirkişi incelemesi yapılmaması ve hatta kök bilirkişi raporunda eksikler bulunması durumunda ek rapor alınmaması, taraflarından birinin bir tanığının dinlenmemesi, eksik bir delilin toplanmaması, toplanan bir delilin hükme etkisinin kararda değerlendirilmemiş olması; bölge adliye mahkemelerince rahatlıkla “uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek ölçüde önemli delillerin toplanmamış veya değerlendirilmemiş olması” olarak değerlendirilebilir ve yeniden esas hakkında karar verilmeyip, dosya ilk derece mahkemesine gönderilebilir. Bu nitelikteki uygulamaların, istinaf yasa yolunun amacıyla bağdaşmadığı

[14] Özkes ve Güneysu, *Deliller ve Hüküm Eksikliği*, 117 vd.

açık olduğu gibi, usul ekonomisi ilkesi bakımından da sakıncalı sonuçlar yaratacağı açıktır.^[15]

Uygulamada gerek yukarıda belirttiğimiz delillerin toplanması aşamasındaki kısmi eksikler bakımından bu durumla karşılaşıldığı gibi; aynı biçimde birden fazla talep barındıran dosyalarda bir talep hakkında karar verilmemesi/ inceleme yapılmaması/yanlış karar verilmesi durumlarında, takas/mahsup gibi davalı savunmalarının incelenmemesi/yetersiz incelenmesi, asıl ve birleşen dosyaların birlikte incelendiği dosyalarda bir dosyada kısmi bir eksiklik durumlarında vb. dahi, yargılama ve incelemeye konu diğer talepler bakımından bir eksiklik olmamasına rağmen, Bölge Adliye Mahkemelerince yeniden esas hakkında karar vermek yerine ne yazık ki gönderme kararı verilmesi tercih edilmektedir.

Bir örnekle somutlaştırmak gerekirse; kamulaştırmaz el atma ve ecrimisil talebi barındıran dosyalarda dosyadaki ana talep olan kamulaştırmaz el atma bedeli ile ilgili bir sorun bulunmamasına karşın, salt ecrimisil hesabında hata yapılması ve kamulaştırmaz el atma bedelinden diğer davalı idarenin sorumlu olması gerektiği gerekçeleri ile, Bölge Adliye Mahkemelerince gönderme kararı verilebilmektedir.^[16]

Yine “ecrimisil talepli dosyada, davalının takas/mahsup savunmasının incelenmemesi” Bölge Adliye Mahkemelerince gönderme kararına konu edilmektedir.^[17]

Yargıtay, bu yasa değişikliğinden sonra verdiği kararlarda da, “kaldırma ve HMK m. 353/1-a/6 hükmü gerekçe gösterilerek ilk derece mahkemesine gönderme” kararlarını, karar içeriğinde “kesin” olarak belirtilse de, “temyizi olanaklı” kabul ederek ve “istinaf mahkemesince yeniden esas hakkında karar verilmesi gerektiği” gerekçesiyle bozma kararlarına konu etmeye devam etmiştir.^[18]

[15] Özkes ve Güneysu, *Deliller ve Hüküm Eksikliği*, 117 vd.

[16] İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 5. Hukuk Dairesi, E.2020/1719, K.2022/2876, K.T. 12.10.2022.

[17] İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi, E.2019/2023, K.2021/1011, 26.05.2021

[18] Kamulaştırmaz el atma nedeniyle tazminat ve ecrimisil davalarında; ecrimisile ait yıllara göre ilçe tarım müdürlüğünden verilerin istenmemesi, dosyadaki mevcut veriler

Yalnız, son olarak HGK oyçokluğu ile verdiği yeni tarihli bir kararında ise,^[19] “kaldırma ve HMK m. 353/1-a/6 hükmü gerekçe gösterilerek ilk derece mahkemesine gönderme” yönündeki Bölge Adliye Mahkemesi kararlarının kesin olduğuna karar verilerek, bugüne kadar Yargıtay dairelerinin geliştirdikleri içtihatlar ile istinaf mahkemelerini gerçek işlevine doğru yönlendirme çabalarına ket vurulduğunu, bu karardan cesaret alacak istinaf mahkemelerinin HMK m. 353/1-a/6 hükmünü “kaldırma-gönderme” adı altında “bozma” kararı gerekçesi olarak kullanmak konusunda önlerinin açıldığını söylememiz gerekiyor.^[20]

ile bilirkişi raporundaki uyumsuzluğun giderilmemesi, dava konusu taşınmazların el atma tarihindeki özelliklerinin tespiti bakımından belediye başkanlığındaki bilgilerin istenmemesi vb. konulardaki eksiklerin Bölge Adliye Mahkemesi’nce tamamlanması, ilk derece mahkemesine gönderme kararı verilemeyeceği hakkında Yargıtay 5 HD, E.2020/1053, K. 2020/10345, 25.11.2020

[19] Yargıtay HGK, E.2020/238, K.2020/1161, 27.09.2022 kararına konu somut olayda, Bölge Adliye Mahkemesi’nin ilk derece mahkemesince giderilmesini istediği eksikliğin, “yeterli ihtisasa sahip bilirkişilerin de yer alacağı bilirkişi heyetinden yapılan açıklamalar doğrultusunda rapor alınması gerektiği” gibi, Bölge Adliye Mahkemesi’nce rahatlıkla tamamlanabilecek bir eksiklik olduğu düşünülürse, ülkemizde istinaf sürecinin bir küçük/minyatür temyiz niteliğine doğru evrilmekte olduğu rahatlıkla söylenebilir.

[20] HMK m. 353/1-a m.si kapsamında istinaf mahkemesi tarafından verilen “gönderme” kararların kesin olması, bu kararın ilk derece mahkemesini bağlaması, ilk derece mahkemesinin bu “gönderme” kararına karşı direnmek hakkı olmaması ve son HGK kararı kapsamında tek başına temyiz edilememesi anlamına gelmekte olup, bu karardaki değerlendirmelerin uyumsuzluk açısından “kesinlik/kesinleşme” anlamına geldiğini göstermez, yukarıda da belirttiğimiz gibi, istinaf mahkemesinin “gönderme” kararı ilk derece ve istinaf aşamalarını yeniden geçtikten sonra temyiz aşamasında Yargıtay’ın uyumsuzluk hakkında yapacağı değerlendirme bakımından bağlayıcılık taşımaz. Benzer görüşte Akkaya, “İstinaf İncelemesi,” 171-172. Zaten aksi bir görüş, HMK m. 353/1-a kapsamında verilen kararları temyiz yasa yolunun kapsamı dışına çıkarır ki, böyle bir yorumun üç aşamalı sistemi benimsemiş yargı sistemimizde gerçek bir derece kaybına yol açacağı ve istinaf mahkemelerini en üst aşamaya taşıyarak dereceli sistemi tamamen alt üst edeceği açıktır. Farklı görüş için Karabel, “Kesin Olarak Verilen İstinaf Kararı,” 70-71.

V. İSTİNAF MAHKEMELERİNİN GÖNDERME KARARI VERMESİ LEHİNDE ORTAYA ATILAN GEREKÇELERİN ELEŞTİRİSİ

Öğretide genel olarak üzere hukukumuzda “dar anlamda istinaf” yolunun benimsendiği kabul edilmektedir.^[21] Bu konuda en önemli yasal dayanak olarak HMK m. 357’deki istinaf aşamasında bazı usul işlemlerinin yapılamaması, kural olarak yeni delillere dayanılamaması; HMK 355’deki istinaf incelemesinin istinaf başvurusundaki belirtilen nedenlerle sınırlı olarak yapılması gösterilmektedir.^[22]

Teorik olarak, istinaf aşamasının ikinci derece bir yargılama olduğu, ilk derece yargılamasında yapılması gereken işlemlerin tamamının istinaf mahkemesince yeniden yapılmasını ilk derece yargılamasının önemini yitirmesine neden olacağı, ilk derecedeki yargılamalarda özensizliğe yol açacağı, istinaf aşamasındaki iş yükünü arttırarak usul ekonomisine aykırılık yaratacağı ve özellikle de tarafları ilk derece yargılamasından yoksun bırakarak derece kaybına (tarafların dereceli yargılanma hakkına zarar vereceği) yol açacağı savlarıyla,^[23] istinaf aşamasında esas hakkında yeniden karar vermek yerine gönderme kararı verilebilmesi savunulmakta,^[24] karşılaştırmalı hukuk kapsamında yapılan incelemeler ile de konu tartışılmaktadır.^[25]

[21] Ermenek, “İstinaf Kanun Yolu,” 4-5; Özekes ve Güneysu, *Deliller ve Hüküm Eksikliği*, 14 vd.; Nevhis Deren Yıldırım, “İstinafa Başvuru Şartları,” *MİHBİR Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçular Birliği, 15. Toplantı (6-7 Ekim 2017/Antalya)*, (Ankara 2018), 18-19.

[22] Ermenek, “İstinaf Kanun Yolu,” 4-5; Özekes ve Güneysu, *Deliller ve Hüküm Eksikliği*, 14 vd.

[23] Bu konuda gönderme kararının “doğrudanlık”, “hukuki dinlenilme hakkı”, “kanuni hakim-tabii hakim” ilkeleriyle olan ilişkisi ve bu konudaki ayrıntılı görüşler için bkz. Özekes ve Güneysu, *Deliller ve Hüküm Eksikliği*, 46-65

[24] Akkaya, “İstinaf İncelemesi,” 153; kısmen Özekes ve Güneysu, *Deliller ve Hüküm Eksikliği*, 35-45 arası, Ancak Özekes ve Güneysu, bu bölümde haklı olarak istinaf mahkemesinin yeniden esas hakkında karar vermesi gereken bir konuda gönderme kararı vermesinin, tarafları “gerçek bir istinaf aşaması” hakkında yoksun bırakarak, başka bir derece kaybı yaratacağını vurgulamaktadırlar. Yine dereceli yargılama hakkının mutlak bir hak olmadığı yönündeki ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. Özekes ve Güneysu, *Deliller ve Hüküm Eksikliği*, 35-45.

[25] Akkaya, “İstinaf İncelemesi,” 116-140.

Akkaya'nın incelemesinde yer verilen karşılaştırmalı hukuk sistemleri olan Alman hukuku, Avusturya hukuku ve İsviçre hukukunda ise kural olarak istinaf aşamasında yeniden esas hakkında karar verilmesinin istendiği, gönderme kararının ayrıksal durumlara özgü kılındığı anlaşılmaktadır.^[26] Avusturya hukukunda dahi istinaf mahkemelerinin özellikle delillerin toplanması aşamasından kaçınmak için gönderme kararı vermelerinin yargılamayı zorlaştırıp geciktirmesinin eleştiri konusu yapılması önemli bir örnek olarak göze çarpmaktadır.^[27]

Bölge Adliye Mahkemelerince esas hakkında yeniden karar verilmemesinin, uygulamada yarattığı sorunların ön planda gelenlerini açıklarken anlaşılacağı gibi, yukarıda ortaya atılan, teorik kalan ve ülkemizdeki yargı işleyişi ve pratikleri özelinde de teorik kalmaya mahkum gerekçeler ile, yurttaşların ve uygulayıcıların hukuk sisteminden ve adalet kavramından temel beklentileri olan “hızlı, sonuç alan, etkin yargı ve adalet” beklentisi karşılaştırıldığında, teorik gerekçelerin kolaylıkla ihmal edilebileceğini söylemek gerekir. Bugün için, yargı sistemimizin geldiği noktada, yurttaşın “derece kaybı”na uğramasının (eğer yaratırsa) yaratacağı ufak tefek sakıncalar, –bizim uygulamamızı düşündüğümüzde bir sakıncasının olmadığını da kolaylıkla söyleyebiliriz– yargının hızlı ve etkin çalışması karşısında fazla önem taşımamaktadır.

Ayrıca, kimi olaylarda istinaf aşamasında yeniden karar verilmesinin usul ekonomisine aykırı olabileceği yönündeki yorumun, uygulamada ortaya çıkan sonuçlar ile örtüşmediği görülmektedir.

Gerçekten, kısaca açıklamak gerekirse, istinaf aşamasında bugün yaklaşık 2 yıl bekleyebilen dosya, esas hakkında yeniden karar verilmeyerek ilk derece mahkemesinde gönderildiğinde, ilk derece mahkemesinde yeni esas almakta, yeni duruşma günü belirlenmekte, her şey yolunda giderse ilk derece mahkemesi yeniden esas hakkında karar vermekte,^[28] dosya

[26] Akkaya, “İstinaf İncelemesi,” 121, 123, 130-1; Özkes ve Güneysu, *Deliller ve Hüküm Eksikliği*, 83-89, özellikle 88-89.

[27] Akkaya, “İstinaf İncelemesi,” 124, dipnot 72.

[28] Yargıcın izinli olması, yargıcın raporlu olması, bilirkişi (ek) raporunun gelmemesi, tarafların/vekillerinin özür (mazeret) vermeleri, talimat yanıtının gelmemesi, kurumlardan yanıt gelmemesi, kurumların istenen iş/işlemleri yapmaması, Adli Tıp aşamasındaki eksikler vb. Tabii, buradan hukuk yargılamamızda, aşamaların duruşmaya

yeniden istinaf incelemesi için Bölge Adliye Mahkemesi'ne gitmekte, bu kez istinaf aşaması esas hakkında bir hüküm ile geçilebilirse (ne yazık ki şu anki uygulamamızda istinaf mahkemesinin ikinci kez “gönderme” kararı vermesi de mümkündür, örnekleri de yaşanmaktadır.), –temyizi olanaklı kararlar için– temyiz aşaması söz konusu olmaktadır. Böylece tarafları “derece kaybı”na uğratmayalım derken, hukuk yargılamasında en üst derece olan temyiz aşaması, gereksiz yere uzamakta, yargılamaları hızlandırma amacı ile getirildiği söylenen istinaf aşaması, yargılamanın uzamasına neden olan bir işleve bürünmektedir.

Bu çerçevede bakıldığında, istinaf mahkemesinin vereceği “gönderme” kararının kolay kolay usul ekonomisi ilkesine uygun olamayacağı görülmektedir.

Bu sakıncaların önemli bir kısmı, istinaf mahkemelerindeki iş yükü, dosya yoğunluğu, hukuk uygulamamızdaki hüküm vericilerin bakış açısı, duruşma aralarının uzunluğu gibi ülkemizdeki uygulamaya özgü nedenlerden kaynaklandığı, hukuk teorisindeki istinaf kavramından kaynaklanan sakıncalar olmadığı ileri sürülebilir, –ki bu görüş önemli ölçüde haklılık barındırmaktadır– ancak ülkemizde “hukuk”, “yargı”, “adalet” kavramlarında ortaya çıkan aşınma/erime, günümüzde usul hukukunda ülkemiz gerçeklerine uygun çözümler geliştirmemiz gerektiğini göstermektedir.

VI. İSTİNAF MAHKEMELERİNİN YENİDEN ESAS HAKKINDA KARAR VERMEK YERİNE GÖNDERME KARARI VERMELERİNİN UYGULAMADA YARATTIĞI SAKINCALAR

A) USUL EKONOMİSİNE VERDİĞİ ZARARLAR VE YARGILAMAYI UZATAN YÖNÜ

Yukarıda da değindiğimiz gibi, istinaf mahkemelerinin yeniden esas hakkında karar vermektan kaçınmaları, dosyayı ilk derece mahkemesine göndermekle yetinmeleri; yargılamayı uzatan, taraflar arasındaki uyuşmazlığın hükme bağlanmasını geciktiren, istinaf aşamasının yeniden geçilmesini zorunlu kılması anlamında yargı yolunu masraflı ve zahmetli hale getiren yönleriyle usul ekonomisine zarar vermektedir.

Altını çizmek bakımından yeniden zamansal/sayısal bir örnek vermek gerekirse, (en iyimser olasılıkla) 1–2 yılda tamamlanabilen ilk derece mahkemesi

bağlı olarak ilerlemesi kaynaklı başka bir soruna değinmiş oluyoruz. Kanımızca hukuk yargılamasında duruşmaya bağlı yargılamada vazgeçilmeli, duruşmayı zorunlu kılan işlemler dışında, duruşma yapılmadan sonuca gidilmelidir. Bu konuyu “Hukuk Yargılamasında Duruşma Şart mı?” başlıklı diğer bir çalışmamızda inceledik.

aşamasından sonra, istinaf süreci sonunda “gönderme” kararı verilen bir olayda, yaklaşık 2–4 yıl sonra, üç dereceli/aşamalı yargı sistemimizde başa dönülmüş ve her şey yolunda giderse en az 3–5 yıl daha sürebilecek bir yargılama süreci kalmış olmaktadır.

Ayrıca, “gönderme” kararı verilen dosyalarda Yargıtay öncesi 2 kez ilk derece mahkemesi kararı, 2 kez de istinaf kararı verildiği, her kararda harca ve yargılama giderine (ayrıca ilk derece mahkemesi kararlarında, duruşma yapılan istinaf kararlarında avukatlık ücretine) hükmedildiği, düşünülürse, –özellikle nispi harca ve avukatlık ücretine bağlı davalarda– harçların, avukatlık ücretlerin ödenmesi, “kaldırma” kararı sonrası geri alınması sorunları gibi, usul ekonomisi ile taban tabana zıt sonuçlar doğmaktadır.

Ayrıca, istinaf mahkemesince verilen “kaldırma” kararı sonrası, dosyanın geldiği ilk derece mahkemesi, yeni esasa kayıt yaptıktan sonra hiçbir işlem yapmadan sadece istinaf kararını taraflara tebliğ ederek yeni duruşma günü vermektedir. Bu süre kimi zaman 4–5 ayı bulabilmekte ve yargılamada bu süre, –ilk duruşmanın da esasa ilişkin olmayan bir nedenle ertelenmesi olasılık dahilindedir– tamamen boşa harcanmaktadır. Uygulamada yaşanan bu tip sorunların, istinafın “gönderme” kararı lehine ileri sürülebilecek “derece kaybı” gibi teorik kalan görüşlere kıyasla daha ağır sonuçlar yarattığını söylememiz gerekiyor.

Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki, istinaf mahkemesinin HMK m. 353/1-a/6 kapsamında verdiği kararlarda ortaya koyduğu hukuksal görüş, (temyiz yeteneği bulunan kararlar bakımından) esasen Yargıtay denetimine bağlı olduğu halde, –özellikle yukarıda belirttiğimiz son HGK kararı sonrasında– HMK m. 353/1-a’da öngörülen kararların kesin olarak kabul edilmesi karşısında, Yargıtay denetimine bağlı tutulmadan, önce ilk derece mahkemesine gitmekte, ilk derece mahkemesindeki ve sonrasındaki istinaf mahkemesindeki ikinci döneminde ancak bir hükme bağlanmakta ve ondan sonra –uyuşmazlık hakkında iç hukuktaki son sözü söyleyecek– Yargıtay denetimine bağlı tutulabilmektedir.^[29] Dolayısıyla taraflar arasındaki hukuksal uyuşmazlık hakkında iç hukuktaki son sözü söyleyecek Yargıtay aşaması gereksiz yere geciktirilmekte ve özellikle istinaf mahkemesinin ilk

[29] Belirttiğimiz gibi, ikinci istinaf aşamasında dahi istinaf mahkemesinin HMK m. 353/1-a m.si kapsamında “kaldırma-gönderme kararı vermesine bir engel yoktur. İkinci kaldırma-gönderme kararının verilmesi demek, dosyanın Yargıtay-temyiz aşaması öncesi en az 6 aşama (derece) görmesi demek anlamına gelecektir.

verdiği kaldırma–gönderme kararına konu ettiği hukuksal görüş Yargıtay tarafından uygun bulunmazsa, Yargıtay’ın bu görüşünü söyleyebilmesi ve uyuşmazlığın çözümüne yön verebilmesi için en az iki aşama (ilk derece ve istinaf olmak üzere) daha geçmesi gerekmektedir.^[30] Hukuk pratiğimizde bu aşamaların alacağı zamanın en az yıllar olacağını söylemek için işin uzmanı olmaya gerek yoktur.

Önemle değinilmesi gereken bir diğer konu da uygulamada istinaf mahkemelerinde duruşmalı incelemenin hemen hemen sadece Yargıtay bozması sonrası yapılmakta olmasıdır. Yani uygulamada, HMK’daki istinaf aşamasında “ön inceleme” sonrası “duruşmalı istinaf incelemesi” yapılmamakta, istinaf mahkemelerince verilen tüm kararlar HMK m. 353 içine sıkıştırılmaktadır. Bu bağlamda, esasen mevcut HMK sistematığına göre, “ön inceleme” aşaması geçildikten sonra kolaylıkla “duruşmalı istinaf incelemesi” aşamasında giderilebilecek eksiklikler, HMK m. 353/1-a/6 kapsamına sokularak “gönderme–kaldırma kararı”na konu edilmektedir. Böylece bugün itibariyle, istinaf mahkemelerinin yasa koyucunun amacına aykırı olarak birer küçük/minyatür temyiz mahkemesi haline geldiği rahatlıkla söylenebilir.

Burada yeri gelmişken, 7251 sayılı kanunla, HMK m. 356’ya eklenen ikinci fıkra hükmüne de değinmek yerinde olacaktır.^[31] Ön inceleme aşamasından sonra, duruşmalı istinaf incelemesi sırasında da, “istinaf başvurusunun esastan reddi” veya “ilk derece mahkemesinin kaldırılarak yeniden hüküm kurmak” da dahil gerekli kararın verilebileceğine ilişkin bu hüküm de, kanımızca yasa koyucunun esas amacının istinaf aşamasında ilk derece mahkemesi kararı kaldırıldıktan sonra yeniden esas hakkında karar verilmesi olduğunu göstermektedir. Zira, bu yeni fıkrada duruşmalı istinaf incelemesi

[30] Benzer yönde Özkes ve Güneysu, *Deliller ve Hüküm Eksikliği*, 67. Aşağıda anlatmaya çalışacağımız gibi, Yargıtay aşaması olana kadar, istinaf mahkemelerinin “kaldırma–gönderme” kararlarının, “usuli kazanılmış hak”, aleyhe kaldırma yasağı”, “ilk istinaf başvurusuna konu edilmemiş itirazların ikinci istinaf başvurusuna konu edilip edilemeyeceği”, “istinaf mahkemesinin ikinci istinaf kararını verirken, ilk istinaf kararı ile bağlı olup olmadığı” gibi son derece tartışmalı konularda da taraflar arasındaki uyuşmazlığa önemli etkileri olabilecek ve duruma göre temyiz aşamasının önemini azaltabilecektir.

[31] HMK m. 366’ya eklenen ikinci fıkra hükmü: “*Duruşma sonunda bölge adliye mahkemesi istinaf başvurusunu esastan reddetmek veya ilk derece mahkemesi hükmünü kaldırarak yeniden hüküm kurmak dâhil gerekli kararları verir.*”

sırasında “kaldırma–gönderme” kararı verilebileceği belirtilmemiş olmakla, kanımızca duruşmalı istinaf incelemesi sırasında HMK m. 353/1-a kapsamında kaldırma–gönderme kararı verilemez. Aksi bir yorum HMK m. 353/1-a hükmünü anlamsızlaştıracağı gibi, yasa koyucunun amacına da istinaf yasa yolunun mantığına da ters düşer.^[32]

B) UYUŞMAZLIKTA YARATTIĞI HÜKÜM YOKLUĞU

Öncelikle vurgulayalım ki, istinaf mahkemelerinin yeniden karar vermekten kaçınmaları, taraflar arasındaki uyuşmazlık sürecinde bir hüküm yokluğu dönemine girilmesine neden olmaktadır. Usul hukukumuzda ayrık durumlar dışında temel kuralın, hükümlerin uygulanması/icra edilmesi için kesinleşme zorunluluğu bulunmaması ilkesi (HMK m. 350) çerçevesinde konuyu biraz daha derinlemesine açıklamak gerekirse, taraflar arasındaki uyuşmazlık istinaf mahkemesinin önüne gittiğinde, ilk derece mahkemesince verilmiş, uygulanması kesinleşmesine bağlı hükümler dışında icra edilebilir, taraflar arasındaki uyuşmazlığın sonlanmasını sağlamaya yönelik bir hüküm bulunmaktadır.

İstinaf mahkemesinin ilk derece mahkemesinin bu hükmünü kaldırdıktan sonra kendisinin geliştirdiği hukuksal yoruma göre bir karar vermek yerine, hukuka aykırı bulduğu ilk derece mahkemesi hükmünü kaldırma ve dosyayı ilk derece mahkemesine gönderme kararı vermesi ile, doğal olarak taraflar arasındaki uyuşmazlığı sonlandırma iddiasındaki ve uyuşmazlığın çözümüne yönelik icra edilebilir nitelikteki ilk derece mahkemesi hükmü ortadan kalkmakta, bununla birlikte istinaf mahkemesinin geliştirdiği hukuksal yorum ise bir hükme bağlanmadığı ve hükme bağlanması konusu ilk derece

[32] “İstinaf mahkemesinin, HMK’nın 356. maddesi uyarınca esasa ilişkin incelemenin duruşmalı yapılmasına karar verdikten sonra geriye dönüp HMK’nın 353/1-a maddesi uyarınca kaldırma kararı veremeyeceği” yönünde İstanbul BAM 14 HD, E.2020/530, K. 2020/1105, 14.10.2020. Bu karar süre nedeniyle istinaf başvurusunun reddi kararının Yargıtay’ca bozulması sonrası duruşma açılarak yürütülen istinaf mahkemesi incelemesi sonucunda verilmiş olup, somut olay bakımından HMK m. 353/1-a/6 gereğince “kaldırma–gönderme” kararı verilebileceği sonucuna varmıştır. Karardaki bu sonuç ve HMK m. 353/1-a/6 uygulaması ise, ilk derece mahkemesi kararındaki eksiklik olan “gider avansının yatırılması konusundaki kesin sürede eksiklik ve sonrasında gerektiğinde bilirkişi incelemesi” yapılmasının istinaf mahkemesinde rahatlıkla giderilebilecek olması karşısında, kanımızca yerinde değildir.

mahkemesine bırakıldığı için, taraflar arasındaki uyuşmazlığı sonlandırmaya yönelik bir hüküm –istinaf aşamasında– oluşmamaktadır.

Bu durum; uyuşmazlığın en basit, en ucuz ve en hızlı biçimde çözülmesini öngören usul hukukumuzun temel ilkelerinden usul ekonomisine aykırı olduğu gibi; –uygulanması kesinleşmesine bağlı hükümler dışında– ortada –hem de istinaf mahkemesinin kendisinin oluşturduğu hukuksal görüşe göre dahi– icra edilebilir bir hüküm bırakmadığı için, tarafların haklarına kavuşmalarını geciktirirken, arada geçen zamanda oluşacak mahkeme hükmünün uygulanmasını engellemeye yönelik kötüniyetli taraf işlemlerine zemin hazırlayabilmektedir.

Uygulamamızda, istinaf mahkemesi, ilk derece mahkemesi kararının sadece bir bölümünü hukuka aykırı bulsa bile, kararın tamamını kaldırarak hükmün ortadan kalkmasına neden olmakta ve sonrasında da kendisi yeniden esas hakkında karar vermez ise, dosyanın yeniden esas hakkında karar verilmek üzere, ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar vermektedir. Böylece taraflar arasında istinaf aşamasında açık veya istinaf kaldırma kararı kapsamı dışında bırakılarak örtülü biçimde ilk derece mahkemesi kararı ile uyumlu biçimde çözüme kavuşturulan uyuşmazlık kısımları hakkında dahi icra edilebilir nitelikte bir hüküm kalmamaktadır.

Somut bir örnek için yukarıda verdiğimiz örneğin aynısından gidersek, aynı davada hem kamulaştırmamız el atma ve ecrimisil talep edilen bir dosyada; ilk derece mahkemesinin kabul kararı vermesi varsayımında, istinaf mahkemesinin açıkça veya örtülü biçimde kamulaştırmamız el atma tazminatı bölümüne yönelik istinaf taleplerini reddetmesi (veya bu kısımların kaldırma kararının kapsamı dışında kalması), sadece ecrimisil yönünden istinaf talebinin kabul edilmesi durumunda; kararın tamamı kaldırıldığı için, kamulaştırmamız el atma tazminatı yönünden de ilk derece mahkemesi hükmünün esasen istinaf aşamasında da hukuka uygun bulunmuş olan kamulaştırmamız el atma tazminatı bölümü de icra edilebilir olmaktan çıkmaktadır.

Açıklamamızın kapsamını biraz daha genişletirsek, bu örnekte, kamulaştırmamız el atma tazminatı yönünden zaten istinaf incelemesi aşaması tamamlandığı için, –teyiz yeteneği var ise– teyiz aşamasına geçmesi gereken kamulaştırmamız el atma tazminatı bölümü, gereksiz yere yıllarca sürecek, kimi zaman istinaf mahkemesi ile ilk derece mahkemesi arasında

bir pinpon topu haline gelebilecek bir sürece girmekte,^[33] dosyanın içinde gereksiz yere bekleyip ilgili tarafın hakkına kavuşmasını geciktirmektedir.

Öğretide belirtilen istinaf aşamasındaki kısmi kesinleşme/kısmi kaldırma kararlarına uygulamada rastlanmadığını,^[34] istinaf mahkemelerinin kararın en basit bölümü yönünden bile kararın tamamını kaldırdıklarını görmekteyiz.

C)“KALDIRMA–GÖNDERME” KARARININ USUL HUKUKU BAKIMINDAN UYUŞMAZLIK ÜZERİNDE YARATTIĞI TARTIŞMALI ETKİLER

İstinaf aşamasında, kararın hukuka uygun bulunan yönleri ile ilgili bir esastan red (veya kaldırma kararı kapsamı dışında kalması nedeniyle örtülü red kararı) verilmesi durumunda, kararın hukuka aykırı yönleri bakımından ilk derece mahkemesine gitmesi; hukuka uygun bulunup istinaf talebi reddedilen yönleri açısından ise (kararın temyiz yeteneği varsa) temyiz aşamasına geçmesi gerekmekte olup, böyle bir çözümün uygulamada yaşama geçebilmesi bakımından, dosya üzerinden bir ayırma (tefrik) kararı verilmesi zorunlu görünmektedir. Ayrıca özellikle kaldırma kararı kapsamı dışında kalması nedeniyle örtülü red kararı durumunda, dosyanın hangi kısmının ayrılacağına belirlenmesi de önemli zorluklar içermektedir.

Öğretide ve yargı kararlarında; usuli kazanılmış hak kavramı temel alınarak;

- Gönderme kararı sonrası, ilk derecedeki yeniden yargılama sırasında, ilk kararı istinaf etmeyen taraf aleyhine usuli kazanılmış hak doğup doğmayacağı,^[35] “aleyhe hüküm verme yasağı”nın uygulanıp uygulanmayacağı, (Kamu düzenine ilişkin davalarda, istinafin gönderme

[33] Akkaya yapılan tartışmalarda “pinpon efekt” nitelendirmesini kullanmaktadır Akkaya, “İstinaf İncelemesi,” 191.

[34] Özkes ve Güneysu, *Deliller ve Hüküm Eksikliği*, 15.

[35] Yargıtay, ilk kararı istinaf etmeyen taraf açısından, ilk kararda lehine hükmedilen konuların/hükümlerin bağlayıcılık taşıdığı görüşündedir. Boşanma davasında ilk verilen hükümde lehine tazminat hükmedilen veya tazminat talebi reddedilen ve ilk kararı istinaf etmeyen taraf açısından, daha sonra “istinaf-gönderme” veya “Yargıtay-bozma” kararları sonrası ilk hükümde tazminat ile verilen hükümlerin bağlayıcılık taşıyacağı yönünde bkz. Yargıtay 2 HD, E.2021/7587, K.2021/6855, 05.10.2021; benzer içerikte Yargıtay 2 HD, E.2021/6343, K.2021/7779.

kararı sonrası usuli kazanılmış hak ve aleyhe hüküm verme yasağının uygulanmayacağı belirtilmektedir.^[36] 7251 sayılı kanunla HMK'nin 177 maddesine eklenen ikinci fıkrasında yer alan hükme, dipnot 39'da belirtilen karardaki karşıoy yazısında karara konu kamulaştırma bedel tespit–tescil dosyaları özelinde değinilirken, kararın değerlendirilmesine ilişkin Karabel'in makalesinde ise daha geniş bir yorum yapılmaktadır. Bu yoruma göre; “bozma veya kaldırma–gönderme kararı sonrası ilk derece mahkemesince tahkikat işlemi yapıldığında ıslahın mümkün olması kuralının ayırık durumu olarak sadece ‘bozma kararına uymakla ortaya çıkan hukuki durumun ortadan kaldırılamayacağı’nın sayılmış olması (istinaf mahkemesinin ‘kaldırma/gönderme’ kararının sayılmamış olması)” karşısında; istinaf mahkemelerinin ‘kaldırma/gönderme kararı’ sonrası aleyhe hüküm verme yasağının uygulanmayacağı yönündeki görüşe de işaret etmek gerekir.

- İstinaf kararı kapsamı dışında kalan konular bakımından usuli kazanılmış hak doğup doğmayacağı;
- İlk istinaf başvurusunda dayanılmayan nedenlere ikinci istinaf başvurusunda dayanıp dayanılamayacağı,^[37]
- İstinaf mahkemesinin ikinci istinaf aşamasında ilk verdiği kararla bağlı olup olmayacağı
- İstinaf nedeni yapılmayan konu ve vakıaların temyiz nedeni olarak ileri sürülüp sürüleemeyeceği;

[36] Kamulaştırma bedel tespit-tescil davalarında bir örneği için değerlendirmeler için Bursa BAM 8 HD, E.2019/1461, K.2020/1748, 17.12.2020 tarihli kararına yazılan karşıoy yazısı, bu kararın değerlendirilmesi hakkında Elif Gökçe Karabel, “İki Tarafın Da Hükümü İstinaf Etmesi Halinde Aleyhe Hüküm Kurma Yasağı Uygulanır mı?”, *İlamat Torbası İstinaf Mahkemesi Karar İncelemeleri II*, ed. Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), 115-136

[37] Bu konuda ayrıntılı değerlendirmeler ve karar inceleme için Aydemir, “HMK m.353/1-a (6) Gerekçesi,” 43-87.

- İstinaf kararında hukuka aykırı bulunan kısım dışında kalan ve istinaf kararında değinilmeyen konularda ilk derece mahkemesinde yeniden inceleme yapılıp yapılamayacağı,^[38]

konularında yoğun biçimde tartışmalar yürütüldüğü düşünülürken^[39] de bu başlıkta açıkladığımız, “istinaf başvurusunun kısmen reddi/kısmi kaldırma ve gönderme kararı” vermesinin de, kendi içinde önemli hukuksal sorunlara yol açacağı da kuşkusuzdur.

Görüldüğü gibi istinaf aşamasındaki kaldırma–gönderme kararının uygulamadaki sonuçları, bu tartışmaları sonuçlandırabilecek ve çözüme kavuşturabilecek nitelikte değildir.

Oysa, istinaf mahkemelerinin gerek hukuka uygun buldukları gerekse hukuka aykırı konular bakımından yeniden esas hakkında hüküm tesis etmeleri hem usul ekonomisi açısından kazanımlar yaratacak, hem de kısaca özetlemeye çalıştığımız gibi ortaya çıkabilecek hukuksal tartışmalara zemin hazırlanmaması bakımından son derece yararlı olacaktır.

[38] İstinafin gönderme kararı sonrası, iddia ve savunmanın genişletilmesi olanakları çerçevesinde yargılamanın genişleyebileceği ve hatta ilk derece mahkemesinin inceleme konusu yapmaması gereken hususları gereksiz yere incelemek gibi yargılamayı uzatan bir yol izleyebileceği yönünde Özekes ve Güneysu, *Deliller ve Hüküm Eksikliği*, 22-23

[39] Aydemir, “HMK m.353/1-a (6) Gereğesi,” 67-84.

SONUÇ

Çalışmamızda açıklamaya çalıştığımız üzere; gelinen noktada istinaf yasa yolu ve istinaf mahkemeleri uygulaması, getirilme amaçlarının tam aksine yargılamaların uzamasına neden olmuş durumdadır.

Bu somut gerçeğin nedenlerinden biri de, istinaf mahkemelerinin, istinaf yasa yolunun anlam ve özelliklerine ters biçimde ilk derece mahkemesi kararı kaldırıldıktan sonra kural olarak yeniden esas hakkında karar vermek yerine, HMK m.353/1-a/6'yı kullanarak ilk derece mahkemesine gönderme kararı vermeleridir.

Kanımızca olması gerekeni net biçimde ve altını çizerek söylemek zorunludur. İstinaf mahkemeleri önlerine gelen dosyada ilk derece mahkemesi kararını kaldırdıktan sonra –çok ayrışal durumlar dışında– kural olarak yeniden esas hakkında karar vermelidirler. Aksi bir yorum ve özellikle yeniden esas hakkında karar vermek konusunu istinaf mahkemesinin takdirine bırakan bir yorum, bugün uygulamada yaşadığımız sıkıntıları yoğunlaştırmaktan başka bir işe yaramamaktadır, yaramayacaktır.^[40]

İlk derece mahkemesinin ‘tahkikat’ yapmadan yargılamanın hemen başında usul ile ilgili verdiği ‘görevsizlik/yetkisizlik’, ‘dava şartı/yokluğu/husumet’, ‘hak düşürücü süre/zamanaşımı’ vb. kararları ile ilgili,^[41] istinaf aşamasında kaldırma kararından sonra tahkikatın yapılması için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi bir dereceye kadar anlaşılabilir ise de; bunun dışında tahkikatın kısmen veya tamamen yapıldığı durumlarda eksiklerin tamamlanması veya istinaf mahkemesince benimsenen hukuksal görüşün uyuşmazlığı çözen karara yansması için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi yargılamayı uzatmak ve çalışmamızda açıkladığımız üzere yeni hukuksal sorunlar yaratmaktan başka bir işe yaramamaktadır.

[40] Farklı görüş Akil, Bir İstinaf Sebebi,” 14; Akkaya, “İstinaf İncelemesi,” 151.

[41] Dosyanın bir işlem yapmadan beklemesini gerektiren ‘başka bir dosyanın/aşamanın bekletici sorun yapılması’ ya da ‘taraf teşkili aşamasına ilişkin yurtdışı tebligat’ gibi bir işlemin sonucunun uzun zaman alması gibi durumlarda, dosyanın istinaf aşamasında beklemesi anlamlı olmayacağından, dosya yine ilk derece mahkemesine gönderilebilir.

İstinaf Mahkemelerinin Yeniden Karar Vermekten Kaçınmasının
Yarattığı Sorunlar Üzerine

Bu bağlamda özellikle son dönemde verilen ve HMK m.353/1- a/6 kapsamındaki 'kaldırma/gönderme' kararlarını kesin kabul eden HGK sonrasında, en doğru yaklaşım HMK HMK m.353/1-a nın ilk 5 bendinde tahkikat yapılmadan verilen kararlar ile ilgili istinaf mahkemelerine kaldırma/gönderme kararı vermek konusunda takdir hakkı tanıyan, bunun dışında şu andaki HMK 35/1-a/6 da dahil olmak üzere diğer tüm durumlarda istinaf mahkemelerinin kaldırma kararından sonra yeniden esas hakkında karar vermelerini zorunlu kılan bir yasa değişikliği yapmak olacaktır.^[42]

[42] İronik bir yaklaşım olarak ifade edilmiş olsa da istinaf mahkemeleri birer küçük temyiz mahkemesine dönüşecekse, Yargıtay'da daire sayısının artırılmasının daha anlamlı olacağı yönündeki bizim de katıldığımız görüş için Özekes ve Güneysu, *Deliller ve Hüküm Eksikliği*, 125.

KAYNAKLAR

- Akil, Cenk. “Bir İstinaf Sebebi Olarak HMK m. 353/1-a-6 Üzerine Değerlendirme.” *TAAD* 11, no. 38 (Nisan 2019): 1-17.
- Akkaya, Tolga. “İstinaf İncelemesi Sonunda İlk Derece Kararının Kaldırılması ve Dosyanın İlk Derece Mahkemesine Gönderilmesi.” *MİHBİR Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçular Birliği, 15. Toplantı (6-7 Ekim 2017/Antalya)*, (Ankara 2018), 115-181.
- Aydemir, Dilek. “HMK m.353/1-a(6) Gereçesi İle Dosyanın İlk Derece Mahkemesine İadesi Halinde Daha Önce İstinaf Sebebi Yapılmayan Karar Kısımlarının Hukuki Durumu.” *İlamat Torbası İstinaf Mahkemesi Karar İncelemeleri II*, ed. Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, 43-88. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Deren Yıldırım, Nevhis. “İstinafa Başvuru Şartları.” *MİHBİR Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçular Birliği, 15. Toplantı (6-7 Ekim 2017/Antalya)*, (Ankara 2018).
- Ermenek, İbrahim. “İstinaf Kanun Yolu ve Bölge Adliye Mahkemesinin İnceleme Sınırlarının Kapsamı.” www.izmirbarosu.org.tr, Erişim tarihi Nisan 2023
- Karabel, Emine Gökçe. “Kesin Olarak Verilen İstinaf Kararı Temyiz Edilebilir mi?.” *İlamat Torbası İstinaf Mahkemesi Karar İncelemeleri*, ed. Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, 57-72. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- Karabel, Elif Gökçe. “İki Tarafın Da Hükmü İstinaf Etmesi Halinde Aleyhe Hüküm Kurma Yasağı Uygulanır mı?.” *İlamat Torbası İstinaf Mahkemesi Karar İncelemeleri II*, ed. Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, 115-136. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Özekes, Muhammet ve Nilüfer Boran Güneysu. *Deliller ve Hüküm Eksikliği Yönünden İstinaf İncelemesi ve Kararı (HMK m.353/1-a-6)*. İstanbul: Oniki Levha, 2021.
- Pekcanıtez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes. *Medeni Usul Hukuk Ders Kitabı*. 6. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.

İstinaf Mahkemelerinin Yeniden Karar Vermekten Kaçınmasının
Yarattığı Sorunlar Üzerine

Yardımcı, Taner Emre. “İstinaf Mahkemesi Hukuk Dairelerinin İspat Faaliyetine Dair Bazı Güncel Kararlarının Değerlendirilmesi.” *İlamat Torbası İstinaf Mahkemesi Karar İncelemeleri*, ed. Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan. 83-91. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.

Konkordatoda “Teklifin Kaynaklarla Orantılı Olması” Şartı ve Bu Şart Bağlamında Varlık-Kaynak İlişkisinin İrdelenmesi

Türkan KASAPÖĞLU*

Ahmet KARAKAYA**

* Hakim, Asliye Ticaret Mahkemesi Başkanı.

** İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk yüksek lisans öğrencisi.

ÖZ

Konkordatonun tasdik edilmesi, borçlunun teklifinin, Kanun’da aranan alacaklı çoğunluğu tarafından kabul edilmesine bağlıdır. Diğer tasdik şartlarının da sağlanması durumunda, çoğunluğun görüşü azınlıkta kalan alacaklı grubu bakımından da sonuç doğuracağından, kanun koyucu azınlığın haklarını koruyucu tasdik şartları da öngörmüştür. Bu kapsamda öngörülen tasdik şartlarından biri de “teklifin kaynaklarla orantılı olması” şartıdır. Teklifin kaynaklarla orantılı olması şartıyla borçludan, tüm mali imkanlarını borçlarını ödemeye seferber etmesi beklenmektedir. Bu hususta değerlendirme yapılırken de borçlunun mevcut ve potansiyel borç ödeme kaynaklarına odaklanması gerekmektedir. Ne var ki gerek öğretide gerekse uygulamada “varlık” ve “kaynak” kavramlarının birbirine karıştırılması nedeniyle “teklifin kaynaklarla orantılı olması” şartıyla ilgili hatalı değerlendirmeler yapıldığı görülmektedir. İşte bu çalışmamızda teklifin kaynaklarla orantılı olması şartı ve bu şart bağlamında konkordatoda varlık-kaynak ilişkisi irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler:

konkordato

konkordatonun tasdiki şartları

kaynaklarla orantılılık

borca batıklık

tenzilat konkordatosu

GİRİŞ

Konkordato projesinin tasdik edilebilmesi için İcra ve İflas Kanununun 305. maddesinde beş ayrı Şart öngörölmüş olup bu Őartlardan öncelikli olanı, konkordato teklifinin 302. maddede aranan çoğunluk tarafından kabul edilmiş olmasıdır. Konkordato projesi 302. maddede öngörölen çoğunluk tarafından kabul edilmemiş ise, diğer tasdik Şartlarının incelenmesine gerek kalmayacaktır. Konkordato projesi 302. maddede öngörölen alacaklı ve alacak çoğunluğu tarafından kabul edilmişse bu sefer de diğer tasdik Şartlarının incelenmesine geçilecektir.

Yukarıda belirtildiği gibi, konkordatonun kabulü İİK'nın 302. maddesinde öngörölen çoğunluğuğun olumlu görüşüne bağlıdır. Söz konusu maddeye göre konkordato projesi, kaydedilmiş olan alacaklıların ve alacakların yarısını veya kaydedilmiş olan alacaklıların dörtte birini ve alacakların üçte ikisini aşan bir çoğunluk tarafından imza edilmiş ise kabul edilmiş sayılacaktır. Kanun'da öngörölen bu çoğunluğuğun kararıyla azınlığu da bağlayıcı bir durum ortaya çıkacağından, kanun koyucu 305. maddede azınlığuğun haklarını koruyucu bazı tasdik Şartları öngörmüştür.

Kanun'da azınlıkta kalan alacaklıların haklarını koruyucu olarak öngörölen tasdik Şartlarından ilki 305. maddenin ikinci fıkrasının (a) bendinde öngörölen "konkordatonun iflasa nazaran alacaklıların lehine olması" Şartıdır. Bu tasdik Şartına göre, konkordato teklifinin, olası bir iflas tasfiyesindeki duruma nazaran alacaklıların lehine olması gerekmektedir. Dolayısıyla, alacaklılar borçlunun iflasına karar verilmesi halinde borçlunun konkordato teklifine nazaran alacaklarının daha fazlasına kavuŐabileceklerse konkordato tasdik edilmeyecektir.

Kanun'da azınlıkta kalan alacaklıların haklarını koruyucu olarak öngörölen diğer tasdik Şartı ise, aynı zamanda çalışmamızın konusunu da oluşturan 305. maddenin ikinci fıkrasının (b) bendinde düzenlenen "teklifin kaynaklarla orantılı olması" Şartıdır. Bu tasdik Şartına göre sunulan teklif, borçlunun kaynaklarıyla orantılı olmalıdır. Peki Kanun'da sözü edilen "kaynak" kavramından anlaşılması gereken nedir? AŞağıda bu kavram, "varlık" kavramıyla karşılaştırılarak açıklanacaktır.

I. GENEL OLARAK TEKLİFİN KAYNAKLARLA ORANTILI OLMASI ŞARTI

Konkordatonun tasdiki şartlarından teklifin kaynaklarla orantılı olması şartı 305. maddenin ikinci fıkrasının (b) bendinde “*Teklif edilen tutarın borçlunun kaynakları ile orantılı olması (bu kapsamda mahkeme, borçlunun beklenen haklarının dikkate alınıp alınmayacağını ve alınacaksa ne oranda dikkate alınacağını da takdir eder)*” şeklinde düzenlenmiştir. Madde hükmü gereğince, borçlunun alacaklılara sunduğu teklif kaynaklarıyla orantılı olmalıdır.

Kanun’da öngörülen orantılılık şartıyla, borçluya borçlarını, alacaklıların en lehine olacak şekilde ödettirilmesi amaçlanmaktadır. Nitekim kanun koyucu borçludan, mali imkanları ile borçları arasında denge kuran adil ve dengeli bir borç ödeme teklifi sunmasını beklemektedir^[1].

Teklifin borçlunun kaynaklarıyla orantılı olması şartıyla aslında, çoğunluğun oyu ile kabul edilen konkordatoya olumlu oy vermeyen alacaklıların hakları korunmak istenmektedir^[2].

Geçici ve kesin mühlet süresi ve bu süreler içerisinde öngörülen tedbirler nedeniyle alacaklıların katlanmak zorunda kaldığı fedakarlığın dengelenmesi için de konkordato teklifinin kaynaklarla orantılı olmasının sağlanması çok büyük önem arz etmektedir. Zira konkordato, borçlunun, alacaklılara daha iyi bir ödeme teklifi sunabilmesi mümkünken, alacaklılarından daha fazla fedakarlığa katlanmalarını bekleyerek onların üzerinden zenginleşmesini temin etmek için öngörülmemiştir. Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin güncel kararlarında da bu husus vurgulanmış ve konkordato kurumunun bir nevi ucuz kredi temini yolu olmadığı belirtilmiştir^[3].

[1] Selçuk Öztek vd., *Yeni Konkordato Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 601; Mehmet Kamil Yıldırım ve Nevhis Deren Yıldırım, *İcra ve İflas Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2015), 520.

[2] Serdar Kale, “7101 Sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Çerçevesinde İflas Dışı Adi Konkordato,” *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no.1, (2018): 251.

[3] Yargıtay 6. HD., T. 10/04/2023, E. 2023/1319, K. 2023/1351; Yargıtay 6. HD., T. 06/03/2023, E. 2023/740, K. 2023/874, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 01/10/2023.

Borçlunun mevcut kaynakları ve borç ödemelerini gerçekleştireceği dönemde oluşturabileceği kaynakları ile alacaklılara konkordato projesinde öngöröleden daha iyi bir teklif sunmasının mümkün olduğunun anlaşılması halinde, orantılılık şartının gerçekleşmediği söylenecektir. Örneğin, mevcut kaynaklar ve ödemelerin gerçekleştirilmesinin planladığı dönemde oluşturulabilecek diğer kaynaklarla borçların %100'ünün 24 aylık dönemde ödenmesi mümkün iken, alacaklılara borçların %100'ünün 36 ayda ödenmesi teklif edilmişse; borçların yıllık %10 faizle ödenmesi mümkün iken alacaklılara alacaklarının faizsiz olarak ödenmesi teklif edilmişse; ödemesiz döneme ihtiyaç olmamasına rağmen projede ödemesiz dönem öngörölmüşse, borçlunun teklifinin kaynaklarla orantılı olmadığı kabul edilecektir.

II. KONKORDATODA "KAYNAK" VE "VARLIK" KAVRAMLARININ KARŞILAŞTIRILMASI

Konkordatoda kaynak kavramı, borçların ödenmesinde kullanılabilen her türlü unsur ifade eder. Kaynak kavramının içerisine, gelecekte oluşturulabilecek ve borç ödenmesinde kullanılabilen unsurlar da girer. Varlık ise, mevcutta olan ve para ile ifade edilebilen değerlerdir. Mevcutta olan ve para ile ifade edilebilen değerlerden bir kısmı borç ödenmesinde kullanılabilen değerlerdir, bazı varlıklar aynı zamanda bir kaynaktır. Ancak bazı varlıklar nitelikleri gereği borç ödeme kaynağı olamayacaklarından, hangi varlığın kaynak teşkil edebileceğinin tespiti önemlidir. Örneğin, bir işletmenin faaliyetlerinde kullandığı işletme tesisatı varlıktır. Konkordatoda işletmenin devamlılığı ve borçların bu surette ifası amaçlandığından, her varlık aynı zamanda bir konkordato kaynağı teşkil etmez. Fakat söz konusu varlığın kullanımının faaliyetlerin devamı için gerekli olmaması halinde, bu tesisatın hem varlık hem de kaynak olduğunun söylenmesi mümkündür.

Faaliyetlerin devamında kullanılan bir varlık kural olarak konkordato borç ödeme kaynağı olarak değerlendirilemezse de somut olayın özelliklerine göre faaliyetlerde kullanılan varlıklardan da kaynak oluşturulması mümkün olabilir. Örneğin, mülkiyeti konkordato talep eden şirkete ait iki ayrı taşınmazın dükkan olarak birlikte kullanılarak faaliyet gösterildiği bir halde, taşınmazlardan birinde faaliyetin sekteye uğramadan devam edebileceğinin tespit edilmesi durumunda diğer taşınmazın borç ödeme kaynağı olarak değerlendirilmesi mümkün olacaktır.

Konkordatoda kaynak kavramı içerisine ileride oluşturulabilecek ve borç ödenmesinde kullanılabilen unsurlar da girmektedir. Varlık ise halihazırda

mevcut olanı ifade eder. Örneğin, konkordato talep eden borçlunun borçlarını ödemeyi planladığı süreçte faaliyetlerine bağlı olarak elde edebileceği kâr bir konkordato kaynağıdır. Ancak söz konusu kâr ileride elde edilebilecek bir unsur ifade ettiğinden, elde edilebilecek bu kâr halihazırda “varlık” olarak değerlendirilemez. Yine örnek vermek gerekirse, borçlu tarafından başlatılan ve kesinleşen bir takipten paraya çevrilen taşınmazın satışından tahsil edilecek tutar halihazırda varlık olarak nitelendirilemezse de bir borç ödeme kaynağıdır. Anlaşılacağı üzere, konkordatoda “kaynak” ve “varlık” kavramları bazı unsurlar yönünden kesişiyorsa da bu kavramlar birbirinden farklıdır.

Bir firmanın elindeki stoklarının tamamı varlıktır. Ancak firmanın faaliyetlerine devam edebilmesi için elinde asgari düzeyde bir stok bulundurması gerekebileceğinden, her durumda stokların tamamı borç ödeme kaynağı gibi değerlendirilemez. Örneğin, market işleten bir borçludan depolarındaki bütün mallarını satarak borçlarını ödemesi beklenmeyecektir. Böyle bir borçludan, depolarında asgari düzeyde bulundurmamak zorunda olduğu malların dışında kalanlarını satarak borç ödeme kaynağı sağlaması beklenebilir. Bununla birlikte, müteahhitlik yapan bir borçlunun stoklarındaki tüm konutların kaynak olarak değerlendirilmesi mümkündür. Zira müteahhitlik yapan bir firmanın faaliyetlerine devam edebilmesi için stoklarında mutlaka konut bulundurması gerekmektedir.

Konkordato talep eden bir şirketin elektrik dağıtım şirketine yatırdığı nakit teminat kural olarak varlık olarak değerlendirilecektir. Ancak örnek olarak bu şirket elektrik enerjisine ihtiyaç duyduğu fabrikasının çatısına güneş enerjisi panelleri taktırmışsa ve bu panellerden elde edilecek enerji ihtiyacını karşılayacak düzeyde ise, dağıtım şirketine yatırılan ve halihazırda “varlık” olarak nitelendirilen nakit teminat “kaynak” olarak değerlendirilebilir.

Örneklerden de anlaşılacağı üzere, neyin varlık neyin kaynak olduğu konusunda net bir tanım yapılması mümkün değildir. Başta borçlunun faaliyet gösterdiği alan olmak üzere somut olayın tüm koşulları, neyin varlık neyin kaynak olarak değerlendirileceği konusunda farklılık yaratabilmektedir. Böyle bir ayrımın yapılabilmesi için çok yönlü bir bakış açısı geliştirilmesi gerektiği açıktır. Borçlunun halihazırdaki mali tabloları ile borç ödemelerinin gerçekleştirileceği dönemde oluşması muhtemel mali tablolarına bakılarak borçlunun alacaklılara konkordato projesinde öngördüğünden daha iyi bir teklif sunup sunamayacağı değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme yapılırken

bizatihi borçlu tarafından sunulan konkordato projesi ile bağlı kalınmamalıdır. Zira borçlu konkordato projesinde borç ödeme kaynaklarının tamamını göstermemiş olabilir. Zaten Kanun'da borçlunun teklifinin sunduğu projede yer verdiği kaynaklarıyla orantılı olması değil, teklifin kaynaklarla orantılı olması aranmıştır. Dolayısıyla, orantılık değerlendirmesinde nazara alınacak “kaynak”ların projede gösterilen “kaynak”lara indirgenmesi hatalı olacaktır.

Şüphesiz ki, “varlık” ve “kaynak” tanımının her bir somut olay özelinde, gerçek ya da tüzel kişinin finansal durumu, faaliyet gösterdiği sektör gibi hususların titizlikle incelenmek suretiyle değerlendirilmesi ve alacaklıların en menfaatine olan yolun tercih edilmesi gerekmektedir. Aksi durumun kabulü, faaliyetin devamını engelleyecek ya da oldukça güçleştirecek ve nihayetinde alacaklıların zararına bir netice ortaya çıkabilecektir.

III. “KAYNAK” VE “VARLIK” KAVRAMLARI ÇERÇEVESİNDE BORCA BATIKLIĞIN KAYNAKLARLA ORANTILILIK ŞARTIYLA OLAN İLİŞKİSİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Öğretide ve uygulamada teklifin kaynaklarla orantılı olması şartı değerlendirilirken borçlunun borca batık olup olmadığına bakılarak değerlendirmeler yapıldığı görölmektedir. Bu bağlamda özellikle, borca batık olmayan yani aktifi pasifinden fazla olan borçlunun tenzilat konkordatosu talep edip edemeyeceği tartışılmaktadır. İşaret edelim ki, faiz içermeyen bir teklif tenzilat konkordatosu içermektedir. Uygulamada bu nedenle özellikle, borca batık olmayan borçlunun faizsiz ödeme içeren teklif sunup sunamayacağı tartışılmaktadır^[4].

Borca batıklık, borçlunun varlıklarının değerinin borçları karşısındaki durumuyla ilgili bir husustur. Buna göre, şayet varlıkların değeri borçlardan az ise borca batıklıktan söz edilecektir. Ancak bir önceki başlık altında kapsamlı bir şekilde açıklandığı üzere, konkordatonun tasdiki şartlarından biri olarak öngörölen “teklifin kaynaklarla orantılı olması” şartında önem arz eden husus “varlık” değil “kaynak”tır. Dolayısıyla, borçlunun borca batık olup olmaması durumunun kaynaklarla orantılılık şartına doğrudan etkisi bulunmamaktadır. Burada önemli olan, sunulan teklifin kaynaklarla orantılı olup olmadığıdır. Dolayısıyla, bir borçlu borca batık olmasa dahi

[4] Borca batık olmayan borçlunun tenzilat konkordatosu talep edemeyeceğine dair görüşlere örnek olarak: Öztekin vd., *Yeni Konkordato Hukuku*, 182; M. Serhat Sarısözen, *Konkordato*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 128.

tenzilat konkordatosu talep edebilir; yeter ki teklifi kaynaklarıyla orantılı olsun^[5]. Aksinin kabulü, borca batık durumdaki borçlunun da alacaklılarına tenzilat konkordatosu teklif edebileceğini gösterir ki bu durumun da somut olay özelinde inceleme yapılmaksızın kabul edilmesi doğru olmayacaktır. Zira halihazırda borca batık olan bir borçlunun elinde ve borç ödemelerinin gerçekleştirileceği dönemde oluşturabileceği kaynaklarla borçlarını faiziyle dahi ödeyebilecek kapasiteye sahip olması mümkün olabilir. Örneğin, halihazırda stoğu bulunmaması nedeniyle borca batık durumda gözükten bir şirket, üretim yapmak suretiyle stoklarını artırıp borca batıklıktan çıkabileceği gibi stoklarını satarak elde edeceği net kârla borçlarını faiziyle dahi ödemesi mümkün olabilir.

Borca batıklık kavramının, teklifin kaynaklarla orantılı olması şartıyla doğrudan ilişkilendirilmesine bağlı olarak yapılan hatalı değerlendirme, 7101 sayılı Kanunla değiştirilen 285. maddenin gerekçesine de yansımıştır. Aşağıdaki metin, ilgili maddenin gerekçesinden alınmıştır.

“Borca batık olmamakla birlikte borç ödemedi aciz halinde bulunan bir borçlunun vade konkordato istemesi mümkündür. Diğer bir deyişle, mevcudu borçlarının tamamını ödeyebilecek durumda olan bir borçlunun mallarını o anda satarak vadesi gelmiş bütün borçlarını ödemesi mümkün değilse, o zaman borçlu borçlarını yüzde yüz, yani tamamen ödeme taahhüdünde bulunarak alacaklılarından kendisine bir mühlet verilmesini isteyebilir (vade konkordatosu). Bu durumdaki bir borçlunun normal olarak tenzilat konkordatosu isteyebilmesi mümkün olmamak gerekir. Zira böyle bir teklif, ödenmesi “teklif edilen meblağın borçlunun kaynakları ile orantılı olması” şartına uygun düşmez. Fakat hazırlık çalışmaları sırasında, mahkemelerin somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapabilmeleri yolunu açık tutmak gerektiği ileri sürüldüğünden, madde metnine bu yönde bir sınırlama getirilmesinden kaçınılmıştır.”

[5] Öztekin vd., *Yeni Konkordato Hukuku*, 606; Cemal Fazıl Karakaş, “Borca Batık Olmayan Borçlunun Tenzilat Konkordatosu İstemi ve Seçenekli Konkordato Projesi,” *Medeni Usul ve İcra ve İflas Hukuku Dergisi* 16, no. 47 (2020): 789; Oğuz Atalay, “Konkordato Reformu Hakkında Değerlendirmeler,” *7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2018): 121.

İİK'nın 285. maddesinin gerekçesinde özetle, mevcudu borçlarının tamamını karşılayabilecek durumda olan yani borca batık durumda olmayan borçlunun kural olarak tenzilat konkordatosu isteyebilmesinin mümkün olmaması gerektiği, zira böyle bir teklifin teklif edilen meblağın borçlunun kaynakları ile orantılı olması şartına uygun düşmeyeceği, bununla birlikte, mahkemelerin somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapabilmeleri yolunun açık tutulması adına madde metnine bu yönde bir sınırlama getirilmesinden kaçınıldığı belirtilmiştir.

Gerekçede önce “mevcut”ların borçlardan fazla olması haline yani borca batıklığın bulunmadığı duruma işaret edilmiş, sonrasında ise, mevcutlar borçlardan fazla olup da tenzilat konkordatosu talep edilirse, bu durumun teklifin kaynaklarla orantılı olması şartına uygun düşmeyeceği ifade edilmiştir. Ancak madde gerekçesinde “mevcut” ile “kaynak” kavramı aynı kavramlarmış gibi değerlendirmede bulunulduğundan hatalı bir sonuca varılmıştır. İcra ve İflas Kanununda 2003 yılında 4949 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önce “konkordatoda teklif edilen meblağın borçlunun mevcudu ile orantılı olması” şartı aranmaktaydı. Fakat 4949 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle “mevcut” ifadesi “kaynak” olarak değiştirilmiş, 7101 sayılı Kanunla değişikliğe uğrayan 305. maddede de “kaynak” ifadesi korunmuştur^[6]. Bu nedenle, 285. maddenin gerekçesinde yer verilen değerlendirme ancak 2003 yılı öncesine ait konkordato uygulamaları için geçerli olabilir. Ancak neticede kanun koyucu madde metninde sınırlama öngören bir düzenlemeye yer vermediğinden, borca batık olmayan bir borçlunun tenzilat konkordatosu isteyemeyeceği sonucuna ulaşmak mümkün olmayacak, somut olay özelinde değerlendirme yapılması gerekecektir.

[6] Mevcut ile orantılı olma yerine kaynaklar ile orantılı olma kuralı benimsendiğine göre, artık borçlunun sadece aktif malvarlığı ile ödeme teklifi arasındaki bir karşılaştırma ile yetinilmemeli, daha çok finansal kaynakları ile oranlı olup olmadığı araştırılmalıdır. Kaynak kavramı, ödeme araçları ve temin edilebilecek her türlü finansal kaynağı ifade etmektedir. Kaynak kavramı, mevcutlardan daha geniş bir anlam ifade etmektedir. Dolayısıyla, borçlunun kaynakları belirlenirken, borçlunun alacaklarının, muhtemel gelirlerinin ve nakit akışının dikkate alınması gerekir. Borçluya intikal edebilecek mallar da mahkeme tarafından kaynaklar arasında değerlendirilecektir. Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özekes, *İcra ve İflas Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2013), 804.

IV. YARGITAY 6. HUKUK DAİRESİNİN KAYNAKLARLA ORANTILILIK ŞARTINA İLİŞKİN TESİS ETTİĞİ KARARLARIN “VARLIK” VE “KAYNAK” KAVRAMLARI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu başlık altında, konkordatonun tasdikine ilişkin verilen kararların temyiz taleplerini inceleyen Yargıtay 6. Hukuk Dairesince kaynaklarla orantılılık şartının sağlanamadığı gerekçesiyle verilmiş iki ayrı karar inceleme konusu yapılacaktır.

Yargıtay 6. Hukuk Dairesi tarafından 10/04/2023 tarihinde tesis edilen 2023/1319 E., 2023/1351 K. sayılı kararda şu gerekçelerle “teklifin kaynaklarla orantılı olması” şartının sağlanamadığı içtihat edilmiştir^[7]:

“Somut olayda; hakkında projenin tasdiki kararı verilen davacı şirketin varlıklarının borçlarını karşılama oranı %142 olup borca batık durumda değildir. Tasdik edilen proje ile davacı şirketin ek faiz vermeksizin anapara borçlarını faizsiz konkordato tasdik tarihinden 3 ay sonra başlamak üzere 48 aylık vade içerisinde ödemesine karar verilmiştir. Mahkemece tasdikine karar verilen proje, ibraz edilen komiser heyeti raporları dikkate alındığında, şirket borçları, aktifinin değerine göre düşük seviyede kalmış ve ödemeler uzun vadeye yayılmıştır. Bu durumda teklif edilen tutarın borçlunun kaynakları ile orantılı olması şartının gerçekleştiğinin kabulü mümkün değildir.

...Açıklanan nedenlerle davacı şirketin konkordato talebinin reddi gerekirken, yazılı gerekçelerle projenin tasdiki doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.”

Görüldüğü gibi Yargıtay 6. Hukuk Dairesi ilgili karar metninde, önce varlıkların borçları karşılama oranına yer vermiş, sonra şirketin konkordato teklifinden bahsetmiş, sonrasında ise şirket borçlarının faizsiz olarak uzun vadeye yayıldığı gerekçesiyle kaynaklarla orantılılık şartının gerçekleşmediğini içtihat etmiştir.

Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 13/06/2023 tarihinde tesis ettiği 2023/1890 E., 2023/2343 K. sayılı kararda da şu gerekçelerle “teklifin kaynaklarla orantılı olması” şartının sağlanamadığı içtihat edilmiştir^[8]:

[7] Karar için bkz. www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 02/10/2023.

[8] Yayınlanmamış karar.

“Somut olayda, tasdik edilen konkordato projesinde davacı şirketlerin proje kapsamında yapacakları ödemelerin tasdik kararından itibaren 6 ay ödemesiz, 2022 yılı Eylül ayında başlamak üzere faizsiz, 4 er aylık dönemler halinde 4 yıl içinde ödenecek şekilde kararlaştırılmıştır. Davacı şirketlerin borca batık olmadıkları ve varlıklarının borçlarını karşılama oranı yüksek olduğuna göre, teklif edilen tutarın borçlunun kaynakları ile orantılı olması şartının gerçekleştiğinin kabulü mümkün değildir. Davacıların konkordato tedbirlerinden yararlandıkları tarihler de nazara alındığında tasdiki istenen projede ödemesiz dönem tayininin ve öngörülen uzun vade olması da İİK'nın 305/1-b maddesi uyarınca borçlunun kaynakları ile orantılı değildir.

... Açıklanan nedenlerle mahkemece, ekonomik vaziyeti itibariyle konkordatoya ihtiyacı bulunmadığı anlaşılan davacı şirket talebinin reddi gerekirken, yazılı gerekçelerle projenin tasdiki doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.”

Yargıtay 6. Hukuk Dairesi bu kararında da varlıkların borçları karşılama oranına bakarak teklifin kaynaklarla orantılı olmadığına kanaat getirmiştir. Karara göre, varlıklarının borçlarını karşılama oranı yüksek olan borçlunun borçlarını 6 ay ödemesiz dönemden sonra 4 yıllık süreçte 4'er aylık dönemler halinde faizsiz olarak ödemeyi teklif etmesi, teklifin kaynaklarla orantılı olmadığını göstermektedir.

Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin örnek olarak incelenen iki kararında da borçlunun “varlık”larına bakılıp sonrasında teklifin kaynaklarla orantılı olmadığına kanaat getirilmiştir. Çalışmamızın önceki bölümlerinde kapsamlı bir şekilde açıklandığı üzere, varlıklara bakılarak “teklifin kaynaklarla orantılı olması” şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinin değerlendirilmesi doğru sonuca ulaşmayı sağlamayacaktır. Borçlunun elindeki kaynakları ile borç ödemelerini gerçekleştirmeyi planladığı dönemde oluşturabileceği kaynaklarına bakılarak borçlunun alacaklılarına daha iyi bir ödeme teklifi sunup sunamayacağı incelenerek bir karar verilmelidir.

Yargıtay 6. Hukuk Dairesi tarafından bozma kararı verilen ve yukarıda inceleme konusu yapılan dosyalarda Daire'nin, teklifin kaynaklarla orantılı olmadığına ve bu nedenle konkordatonun reddine dair karar verilmesi gerektiğine işaret ederek içtihat oluşturduğu görülmektedir. Teklifin kaynaklarla orantılı olmaması halinin tespiti, elbette ki konkordato projesinin tasdikine engel teşkil edecektir. Bununla birlikte dosya kapsamında bu husustaki

araştırmanın yeterli olarak yapılmadığı, dolayısıyla teklifin kaynaklarla orantılı olup olmadığı hususunun tereddüte mahal vermeyecek derecede ortaya konulmadığı hallerde bu hususta bilirkişi incelemesi yapılması ve çalışmamızın yukarıdaki bölümlerinde ortaya konulduğu gibi farklı bakış açılarıyla orantılılık şartının irdelenmesi ve bu şartın gerçekleşmediğine kanaat getirilmesi halinde tasdik talebinin reddine karar verilmesi gerektiğine işaret olunarak bozulması konkordato kurumunun düzenlenme amacına uygun olacaktır. Ayrıca 305. maddenin son fıkrasında mahkemenin, birinci fıkranın (b) bendinde öngörülen konkordatonun kaynaklarla uyumlu olması şartının gerçekleşmediği kanaatine varılması halinde borçludan, teklifin alacaklıların lehine olacak şekilde düzeltilmesini isteyebileceği düzenlenmiştir. Teklifin kaynaklarla orantılı olması şartının sağlanamadığına kanaat getirildiği durumlarda konkordatonun reddine dair karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle değil de İİK'nın 305. maddesinin ikinci fıkrasına göre teklifin kaynaklarla orantılı olacak şekilde düzeltilmesinin sağlanarak yeniden karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle bozma kararları verilmesi konkordato kurumunun amacına uygun olacaktır. Zira aksi durumda konkordatoya olumlu oy vermeyen azınlıktaki alacaklıların hakları korunmak istenirken, tüm alacaklıların haklarını zedeleyen bir durumla karşılaşılabilmesi de muhtemeldir.

SONUÇ

Konkordatonun kabulü İİK'nın 302. maddesinde öngörülen çoğunluğun olumlu görüşüne bağlıdır. Söz konusu maddeye göre konkordato projesi, kaydedilmiş olan alacaklıların ve alacakların yarısını veya kaydedilmiş olan alacaklıların dörtte birini ve alacakların üçte ikisini aşan bir çoğunluk tarafından imza edilmiş ise kabul edilmiş sayılır. Kanun'da öngörülen bu çoğunluğun kararıyla azınlığı da bağlayıcı bir durum ortaya çıkacağından, kanun koyucu 305. maddede azınlığın haklarını koruyucu bazı tasdik şartları öngörmüştür.

Kanunda azınlıkta kalan alacaklıların haklarını koruyucu olarak öngörülen tasdik şartlarından biri de 305. maddenin ikinci fıkrasının (b) bendinde düzenlenen "teklifin kaynaklarla orantılı olması" şartıdır. Bu tasdik şartına göre, sunulan teklif borçlunun kaynaklarıyla orantılı olmalıdır. Kanun'da sözü edilen "kaynak" kavramından anlaşılması gerekenin ne olduğu, teklifin kaynaklarla orantılı olması şartı bağlamında yapılacak değerlendirmelerde kilit rol oynamaktadır. Maalesef bu kavram birebir aynı kavrammış gibi ilişkilendirilen "varlık" kavramıyla karıştırıldığından hatalı değerlendirmeler de yapılabilmektedir.

Konkordatoda kaynak kavramı, borçların ödenmesinde kullanılacak her türlü unsuru ifade eder. Kaynak kavramının içerisinde, gelecekte oluşturulabilecek ve borç ödenmesinde kullanılacak olan unsurlar da girer. Varlık ise, mevcutta olan ve para ile ifade edilebilen değerlerdir. Mevcutta olan ve para ile ifade edilebilen değerlerden bir kısmı borç ödenmesinde kullanılabilir olduğundan, bazı varlıklar aynı zamanda bir kaynaktır. Ancak bazı varlıklar nitelikleri gereği borç ödeme kaynağı olamayacaklarından, hangi varlığın kaynak teşkil edebileceğinin tespiti önemlidir. Böyle bir tespit yapılabilmesi için çok yönlü bir bakış açısı geliştirilmesi gerekmektedir. Zira borçlunun faaliyet gösterdiği sektör de dahil olmak üzere somut olayın tüm koşulları neyin varlık neyin kaynak olarak değerlendirileceği konusunda farklılık yaratabilmektedir. Bu kapsamda borçlunun elindeki ve borç ödemelerini gerçekleştireceği dönemde oluşturabileceği kaynakları tespit edildikten sonra, teklifin kaynaklarla orantılı olup olmadığı yani borçlunun alacaklılara konkordato projesinde öngördüğünden daha iyi bir teklif sunup sunamayacağı değerlendirilmelidir.

KAYNAKÇA

- Atalay, Oğuz. “Konkordato Reformu Hakkında Değerlendirmeler.” içinde *7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2018.
- Kale, Serdar. “7101 Sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Çerçevesinde İflas Dışı Adi Konkordato.” *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no.1, (2018): 213-270.
- Karakaş, Cemal Fazıl. “Borca Batık Olmayan Borçlunun Tenzilat Konkordatosu İstemi ve Seçenekli Konkordato Projesi.” *Medeni Usul ve İcra ve İflas Hukuku Dergisi* 16, no. 47 (2020): 767-802.
- Öztek, Selçuk, Ali Cem Budak, Müjgan Tunç Yücel, Serdar Kale ve Bilgehan Yeşilova. *Yeni Konkordato Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2023.
- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özekes. *İcra ve İflas Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2013.
- Sarısözen, M. Serhat. *Konkordato*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Yıldırım, Mehmet Kamil ve Nevhis Deren Yıldırım, *İcra ve İflas Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2015.

www.lexpera.com.tr

Cumhuriyetin Yüzüncü Yılında Kalkınma Planlarının “Köy”e Yaklaşımı

Hasan Hüseyin DOĞAN*

* Dr. Hitit Üniversitesi E. Öğretim Üyesi.

GİRİŞ

Türkiye’de köy yerleşimlerinin incelenmesine geçmeden, köyün, tarihsel süreç içinde gelişimine yer vermek yararlı olacaktır. İnsanlık tarihinde paleolitik dönemden neolitik döneme geçişi, insan toplumları için önemli bir noktası olmuştur. En küçük insan toplumunun yerleşim birimi olan köyün kuruluşu tarihsel süreç içinde çok gerilere gitmektedir. Arkeolojik araştırmalara göre, insanın neolitik döneme geçişi M.Ö. 10.000 yıllara dayanmaktadır.

İnsanın ilk yerleşimi köy birimleri olarak bilinirken insan toplumunun ilk biçimi ise klan ve kabiledir (*tribu*). Kabile, küçük boyutlu kırsal nitelikte bir topluluktur.^[1] Köy yönetimlerinden önceleri, insanlar barınma gereksinimlerini karşılamak için, mağaraları ve ağaç kovuklarını kullanmışlardır. Neolitik dönem, insanın ekinsel evriminde farklı tarihlerde yaşanmış çok önemli bir evredir. Çünkü insanın neolitik döneme geçişi onun ekinsel birikimini artırmıştır. İnsanın yerleşik düzene geçmesi, kimi hayvanları evcilleştirmesi ile bunların çekim gücünden yararlanması, bitkileri tanıması, bunları ekip-biçmeye başlaması ile, beslenmesini sağlamış ve böylece tarım devrimini gerçekleştirmiş. Bu devrim insanın başardığı ilk en önemli devrimdir. Toplumsal ve ekonomik nitelik taşıyan ve insan toplumunda çok önemli değişikliklere neden olan bu devrim, insanı doğadan yiyecek toplama düzeninden tarımsal üretim yapma düzenine geçişi sağlamıştır. İlk aşamada tarım devrimi, herhangi bir bilimsel araştırmanın yardımı ya da katkısı olmadan başlamış, tekno-ekonomik bir süreçtir.^[2] Tarım devrimi, insanın yaşamını ve dolaylı olarak da yerleşim düzenini etkilemiştir. İnsanın toprağa sabit olarak yerleşmesi küçük topluluklar biçiminde oluşan köy yerleşimleridir. İlk köyler, tarıma elverişli tarlaların açılması ve evcil hayvan denemelerinin başlaması ile boy göstermiştir.^[3] İnsanlar tarafından toprağın işlenmesi, başlangıçta oldukça yavaş bir seyir izlemiştir. Gordon Childe; göçebe, toplayıcı ve avcılıktan yerleşik tarım ile hayvancılığa geçişin, insanlık tarihindeki en büyük kopuş olduğunu derin toplumsal alt-üst oluşları

[1] Maurice Duverger, *Siyaset Sosyolojisi*, (İstanbul: Varlık Yayınları, 2012), 36.

[2] James E. Mc Clellan III ve Harold Dorn, *Dünya Tarihinde Bilim ve Teknoloji*, (İstanbul: Arkadaş Yayınları, 2000), 26.

[3] Henri Laborit, *İnsan ve Kent*, (İstanbul: Payel Yayınevi, 1990), 63.

beraberinde getirdiğini belirtmektedir.^[4] Ancak, avcılık ve toplayıcılığın yerini nasıl, ne zaman, nerede çiftçiliğin ve çobanlığa bıraktığı belli değilse de çiftçiliğin ve çobanlığa geçişin en erken M.Ö. 8500–7000 dolaylarında Ortadoğu’da gerçekleşmiştir. Tarım devrimi ile birlikte insan, avcılık ve toplayıcılık yaparak sürdürdü geldiği göçebe yaşamından yavaş yavaş ayrılmış, yeryüzünün belli yerleşim yerlerine yerleşmeye başlamıştır. Tarım işleriyle uğraşan insanlar, genellikle su kaynaklarının bulunduğu yerlere yerleşmişlerdir.

Dünyanın en eski uygarlığı, Nil, Dicle–Fırat nehirlerinin Basra Körfezine kadar uzanan verimli alüvyon ovaları üzerinde Sümer ülkesinde doğmuştur. Bilim insanlarına göre, ilk yerleşimler Mezopotamya Dicle–Fırat nehirleri ve Mısır Nil nehri vadilerinde ortaya çıkmıştır. Dicle–Fırat nehirlerinin doğuş kaynakları Anadolu Yarımadasında olduklarına göre, köy yerleşmelerinin bulunduğu önemli coğrafyalardan bir de Anadolu’dur.

I. ANAYASANIN YÖNETİME İLİŞKİN İLKELER VE YEREL YÖNETİMLER

Kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi, siyasal en üst siyasal örgüt olan devlet örgütünün varlığını gerektirmektedir. Federal devlet yapısı (genelde bu tür devletlerde üçlü bir örgüt yapısı vardır) bir tarafa bırakılırsa, genellikle devletler kamu yönetimi düzenlemesi açısından iki dizgeye göre örgütlenmişlerdir. Bir devletin ülkesi içinde tüm kamu hizmetlerinin bir elde, devlet tüzel kişiliğinde toplanması durumunda “merkezden yönetim” ilkesi, kamu hizmetlerinin belli bölümlerinin devletin dışında başka kamu kuruluşları eliyle yürütülmesine de “yerinden yönetim” ilkesi denir.^[5]

Yönetim temel ilkeleri bakımından, kuruluş ve görevleri ile bir bütündür. Bu iki yönetim dizgesi birbirine karşı rakip değil, birbirini tamamlayan yönetimlerdir. Merkezden yönetim ilkesinin yumuşatılmış biçimi de “yetki genişliği” ilkesidir. Bu ilkeyle, özekten yönetim, taşradaki örgütlerine belli konularda, kendiliğinden karar alma yetkisi vermektedir. Bu üç ilke, yönetim yapısını çok yakından ilgilendirmektedir. Köy yerleşimi bir yerel yönetim birimidir.

[4] Bernhard Brosius, *Tarihin Yapıları*, (Ankara: Kavram Yayınları, 2015), 82.

[5] A. Şeref Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, (Turhan Kitapevi, Ankara, 1983), 29.

II. KÖYÜN TANIMI

Geleneksel bir yerel yönetim kuruluşu olan köy, çok değişik biçimlerde tanımlanmaktadır. Yasal tanımların yanı sıra bilim insanlarının, uzmanların yapmış oldukları değişik tanımlar da vardır. Köyün örgütlü bir biçimde komün yönetimi olarak ortaya çıkması, 18 Mart 1924 tarih ve 442 sayılı yasa ile gerçekleşmiştir. 1961 Anayasası ile köy bir anayasa kuruluşu haline gelmiştir. Köy ve kent ayrımı 18 Mart 1924 sayılı Köy Kanunu ile getirilmiştir.

Köy yasası, köyü üç değişik açıdan tanımlamıştır. Köy yasasının 1., 2., ve 7. maddelerinde ayrı ayrı tanımlanmıştır. 1- Köyler temel ekonomik faaliyetleri tarım olan kırsal kesimdeki komşu ailelerin ortak gereksinmelerini karşılamak için oluşturdukları en küçük kamu ekonomisi birimidir. Köy Yasasının 1. maddesinde şu yer almaktadır: “Nüfusu 2.000’den aşağı olan yurtlara köy, nüfusu 2.000 ile 20,000 arasında olanlara Kasaba ve 20.000’den çok nüfuslu olanlara şehir denir. Nüfusu 2000’den aşağı olsa dahi belediye teşkilatı mevcut olan nahiyeye (bucak), kaza (ilçe) ve vilayet (il) merkezleri Kasaba itibar olunur ve Belediye Yasasına tabidir”. 2- Yasanın 2. maddesinin yaptığı tanım: “Cami, okul, otlak, yaylak, baltalık gibi orta malları bulunan ve toplu ya da dağınık evlerde oturan insanlar, bağ, bahçe ve tarlalarıyla birlikte bir köy teşkil ederler.” 3- Yasanın 7. maddesi köyü tüzel kişilik açısından tanımlamıştır. Başka bir anlatımla, 7. madde köy varlığının niteliğini belirtmiştir. Bu tanıma göre: “Köy, bir yerden bir yere götürülebilen ya da götürülemeyen mallara sahip olan ve işbu yasa ile kendisine verilen işleri yapan başlı başına bir varlıktır.”

İkinci Beş Yıllık Kalkınma Planı (1968–1972) köyü şöyle tanımlamış: “Köy, yasal, demografik, nitelikle ilgili ölçütlerin ışığında; ekonomik yapısı büyük bir ağırlıkla tarıma dayalı, kendine özgü toplumsal ilişkileri olan, belirli bir yerleşim sınırına sahip, en küçük yönetsel birimi oluşturan ve nüfusu iki bine kadar olan topluluktur” diye tanımlamıştır. Geleneksel bir yerel yönetim kuruluşu olan köy, insanların topluca ve bir arada yaşama gereksinim ve alışkanlıklarının sonucu olarak meydana çıkmış en küçük yerleşim birimidir.^[6] Lefebvre köyü şöyle tanımlamıştır: “Köy topluluğu, tarihsel olarak belirlenmiş, özel koşullara göre toprağa sahiplenilmiş bir aileler bütünü örgütleyen bir toplumsal küme biçimidir. Köy tüzel kişiliğinin

[6] Halil Nadaroğlu, *Mahalli İdareler*, 5.baskı, (İstanbul: Beta, 1984), 238.

organları: Köy Derneği, İhtiyar Meclisi ve Muhtardır. Bunlardan muhtar yürütme organı, ihtiyar meclisi ile köy derneği danışma ve karar organlarıdır.

III. ANADOLU'DA KÖYLERİN KURULUŞ YERLERİ

Yeryüzü biçimlerinden iklime, bitki örtüsünden canlı türlerine kadar çok zengin olan Anadolu coğrafyasında, insan topluluklarının görülmesi ilk kez paleolitik döneme rastlar. Neolitik dönem ise ilk insan yapımı evlerin, bir başka anlatımla ilk mimarlık okuması yazması olmayan yöresel yapı ustaları eşliğinde, çok yalın araç gereçlerle, çevreyle uyum içinde yapıları kurdukları ve giderek köy olarak tanımlanabilecek ilk yerleşim yerlerinin ortaya çıktığı dönemdir. Bu ortaya çıkan yerleşim yerlerinden biri de Anadolu'dur. İlk yerleşimler su kaynaklarına yakın, yerleşime uygun alçak tepelere kurulmuştur. Yerleşmelerin ilk örneklerinden biri olan Çayönü, Anadolu'da halk mimarisinin ilk öncülerinden sayılır.^[7]

İnsan-doğa etkileşiminin en seçkin ürünleri, tarihsel sürekliliğin en yakın öğretici örnekleri olan yerler köy yerleşimleridir. Bu yerleşim yerleri birçok güçlüklerine karşın ülke planlaması ilkeleri çerçevesinde hazırlanan kent ve bölge planlamaları kapsamında özelsel ve yerel yönetimler iş birliğinde uygulanması ile buralarda yaşayan insanların yaşam düzeyleri yükseltilerek korunmalıdır. Kırsal alan, doğal çevre kadar insanların doğayla ilişkileri sürecinde onunla ilgili algılarını, ona yolladıkları anlamı ve değeri de içerir. Kırsal alanlar ve birada yaşayan yerel halk özellikleri de küreselleşme sonucunda gerçekleşen dönüşümden ciddi anlamda etkilenmiştir.^[8]

Türkiye'de köylerin kuruluş yerleri yerleşim biçimlerini de değiştirmektedir. Bunların başlıcaları, ova, vadi, dağ eteği, yamaç, tepe, sırt, mahalle, divan, istasyon, oba, ağıl, yayla, kom, mezra ve çiftliktir. Bununla birlikte köy şekillerinde başta kuruluş yerinin topoğrafyası olmak üzere, doğal çevre koşullarından başka gelenek, görenek, güvenlik, tarımsal teknik zorunluluklar, yol durumu gibi tarihsel, ekonomik ve psikolojik faktörlerin rolü

[7] Çekül Vakfı, *Anadolu'da Kırsal Yaşam ve Mimarlık*, (İstanbul: Çekül Vakfı Yayını, 2015), 17.

[8] Çekül Vakfı, *Anadolu'da Kırsal Yaşam*, 42.

de vardır.^[9] Köylerin kuruluş biçim çeşitliliği ile en çok ovalarda karşılanmaktadır. Türkiye'nin 814.578 km² olan toplam karasal yüzölçümü içinde kırsal alan büyüklüğü, TÜİK (DİE) tarafından yapılan 2001 yılı Köy Genel Anketine göre 668.782 km² olarak verilmektedir (mevzuat.dpt.gov.tr, 2006). Bu istatistiksel verilere dayanarak, 2001 yılından bu yana kentsel alanlardaki olası gelişmeleri de gözönünde bulundurarak bir değerlendirme yapılırsa, ülkemiz toprak varlığının yaklaşık %80'inin kırsal alanlar olduğu söylenebilir. Dünya Bankası verilerine göre, BM Gıda ve Tarım Örgütü sınıflandırmasıyla Türkiye 213.188 km² tarım alanı ile dünya 14. sırada yer almaktadır. Topraklarının %27,7'si tarım alanı olan Türkiye'de, kişi başına düşen tarım alanı 3 dekadır. Buna göre 205 ülke içinde 40. Sırada yer almaktadır. Türkiye yüzölçümü durumuna göre en çok tarımsal alana sahip 15 ülke arasında (Ukrayna, Hindistan ve Nijerya) 4.sırada yer almaktadır. Türkiye'de, köylerin kuruluş yerleri kentlerin kuruluş yerlerinden farklıdır. Köyler, içme suyu, tarla ve yaylaların su kaynaklarına yakınlığı ve tarımsal yaşamın teknik koşullarına göre yerleşmektedir. Çünkü her yerleşim yerinin temel ögesinden biri insanların yerleşim yeri özelliği taşıması, ötekisi ise ekonomik alan olmasıdır. Yerleşme ve ekonomik faaliyet alanları her zaman birbirine bağlıdır.

Türkiye'de köylerin kuruluş yerlerine göre dağılım Çizelge 1'de verilmiştir. Çizelge 1'in incelenmesinden de görüleceği gibi, köylerin %3,5'i nehir kenarında, %19,5'i ovada, %35,9'u sırta, %13,2'si vadide, %27,9'u etekte, %18,3'ü dağ köyü, %18,5'i orman bitişiğinde, %15,1'i orman içinde, %5,4'ü ormana 10 km uzaklıkta, %2,3'ü sahil köyüdür. Türkiye'de örnekleme kapsamına giren 35074 köyün %3'ü yol boyu, %63,7'si toplu, %27,)’u dağınık, %5,4'ü seyrek. Envanter kapsamına giren köyler, konumları bakımından incelendiğinde 92'si yol boyu, 749'u toplu, 286'sı dağınık, 115'i seyrek olmak üzere toplam 1242 köy nehir kenarında; 422'si yol boyu, 5173'ü toplu, 1021'i dağınık, 236'sı seyrek toplam 6852 köy ovada; 309'u yol boyu, 7217'si toplu, 4440'ı dağınık, 634'ü seyrek, toplam 12600 köy sırta; 145'i yol boyu, 3230'u toplu, 1058'i dağınık, 143'ü seyrek toplam 9804 köy etekte; 107'si yol boyu, 4255'i toplu, 1673'ü dağınık, 367'si seyrek toplam 6402 köy dağda; 231'i yol boyu, 4044'ü toplu, 1950'si dağınık, 284'ü seyrek olmak üzere toplam 6509 köy orman bitişiğinde; 123'ü yol boyu,

[9] Ali Tanoğlu, *Beşeri Coğrafya Nüfus ve Yerleşme I*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1966), 261.

2752'si toplu, 2201'i dağınık, 236'sı seyrek olmak üzere toplam 5312 köy ormanı içinde; 107'si yol boyu, 1168'i toplu, 542'si dağınık, 80'i seyrek, toplam 1897 köy ormana 10 km uzaklıkta; 88'i yol boyu, 417'si toplu, 233'ü dağınık, 89'u seyrek toplam 827 köy sahilde yerleşmiştir.

Çizelge 1. Türkiye'de köylerin kuruluş yerlerine göre dağılımı

Topoğrafya Tipi	A	B	C	D	Toplam
Nehir Kenarı	92	749	286	115	1242
Ova	422	5173	1021	236	6852
Sırt	309	7217	4440	634	12600
Vadi	145	3230	1058	142	4575
Etek	296	6690	2233	586	9885
Dağ	107	4255	1673	367	6408
Orman Bitişiği	231	4040	1950	284	6505
Orman İçi	123	2752	2201	236	5312
Ormana 10 km uzaklıkta	107	1168	542	80	1897
Sahil	88	417	233	89	828

Kaynak: Tarım, Orman ve Köy İşleri Bakanlığı, 35074 Köyümüz Envanter Etütleri, (Ankara, 1981). **A:** yol boyu köyü, **B:** Toplu köy, **C:** Dağınık Köy, **D:** Seyrek köy

Envanter kapsamına giren köylerin imar planına göre dağılımı: Köylerin, 37'si yol boyu, 686'sı toplu, 144'ü dağınık, 22'si seyrek olmak üzere toplam 889 köyün imar planı yapılmıştır. Köy envanter etütlerinin yapıldığı 1981 yılında yaklaşık tüzel kişiliğe sahip 36100 köy ve bu köylere bağlı köy-altı yerleşimler ile birlikte 88553 küçük ve dağınık yerleşim birimi vardır. Köy envanter etütleri, kapsamına, tüm illerden 35074 köy alınmıştır. Araştırma kapsamına giren toplam durumlarına göre dağılımı (dekar olarak): %18'idüz (%2 eğimli, 120.450.441 dekar), %18'i hafif eğimli (%2-6 eğimli, 165.678 dekar), %24'ü orta eğimli (%6-12 eğimli, 154.671.553), %22'si dik (%12-20 eğimli, 143.721.832 dekar), %12'siçok dik (%20-30 eğimli, 73.870471 dekar), %6'sı sarp (%30'u eğimli, 41.206.654) arazilerden oluşmaktadır.

IV. TÜRKİYE’DE KÖY KALKINMASI

Türkiye yönetim dizgesi temelde 19. yüzyıl sonrasına doğru biçimlenmeye başlamış, Cumhuriyet döneminde günümüzdeki örgüt yapısını almıştır. Türkiye’de yerel yönetim birimi olarak köy yönetimini iki bölümde ele alarak incelemek gerekir. Çünkü Türkiye 20. Yüzyılda iki yönetim biçimiyle yönetilmiştir. Cumhuriyet öncesi monarşi (monarşi; tek erklik) bir hükümdarın devlet başkanı olduğu yönetim biçimidir) yönetimi, 1923’ten itibaren Cumhuriyet yönetim düzeni vardır.

Cumhuriyet dönemindeki tüm anayasalar köyü bir tüzel kişilik olarak kabul etmişlerdir. Köyler 1961 (m.116) ve 1982 (m.127) anayasalarında tıpkı il, belediye gibi halkın yerel ortak gereksinimlerini karşılayan bir kamu ekonomisi birimidir. Türkiye’de köy kalkınmasını iki kümede ele alarak incelemek konuya daha iyi açıklama getirebilir. Çünkü Türkiye 20. yüzyılda iki yönetim biçimiyle yönetilmiş bir ülkedir. Cumhuriyetin ilanından önce Osmanlı İmparatorluğu yönetimi ile yönetilmiştir. 1923’ten itibaren Cumhuriyet rejimi ile yönetilmektedir. Belirtilen bu her iki yönetimin kırsal yönetime yaklaşımları birbirinden oldukça farklıdır.

A) CUMHURİYET ÖNCESİ KÖY YÖNETİMİNE YAKLAŞIM

Osmanlı İmparatorluğu döneminde köyler için 1864 yılına kadar herhangi bir sosyo-ekonomik düzenlemelere ilişkin bir işlem yapıldığından söz edilemez, ancak 1864 yılından sonra çıkan nizamname ile köylerin düzenlenmesine girilmiştir. Anadolu’da yerleşim yeri olarak köy yerleşimlerinin çok gerilere giden bir tarih vardır. Köylerin kuruluşlarında birçok faktör varsa da ağırlıklı olarak ekonomik nedenler ve ulaşım kolaylıklarının olduğu yerlerde kurulmuşlardır. Ancak, Anadolu’da çıkan çatışmalar, isyanlar, eşkıyalar ve başka birtakım olaylardan dolayı köy yerleşimleri dağ ve orman içlerinde, açıkçası gizlenebilecekleri yerlerde kurulmuşlardır. Başka bir anlatımla, köylüler kendilerini güvende hissedecekleri düşüncesiyle, nehir kenarı, ova, sırt, vadi, etek, dağ, orman bitişiği, orman içi, orman kenarı ve deniz kıyılarına dağılmışlardır. Kimi köylüler, ulaşılması zor olan dağlık yörelere çekilmişler ve oralarda köy ve köy-altı yerleşimler kurmuşlardır. Öte yandan, yönetsel ekonomik, toplumsal ve doğa koşulları gibi nedenlerle Anadolu’nun her tarafına dağılmışlardır. Osmanlı döneminde köy yerleşimleri için yapılan yerel hizmetler çok sınırlı olmuştur. Kırsalda yaşayan insanlar vergi ve askerlik gibi, Osmanlı için çok önemli olan bu iki

konuda aranmıştır. Toplum yaşamı için önemli olan; sağlık, eğitim değişik altyapı yatırımları gibi kolaylıklar söz konusu Vülatat İzam ve Mutasarrıfını Kiram ile Kaymakamların ve Müdürlüklerin Vezaifini Şamil Talimatında yer almıştır.^[10] Bu dönemde köy yönetimleri varlıklarını birtakım geleneklerle korumuş ve sürdürmüşlerdir. Osmanlı kentlerinin, büyük bir bölümünde dahi olmayan su, elektrik, havagazı ve tramvay gibi toplumsal kolaylıklar, köy yerleşimlerine hemen hiç girmemiştir. Başka bir anlatımla, Osmanlı kentlerinin hemen büyük çoğunluğu Batı ülkelerindeki kentsel fonksiyonlarından yoksundu. Bu yönetim döneminde, su, elektrik, havagazı ve tramvay birkaç kente (İstanbul, İzmir, Selanik, Beyrut, Şam) 1881 ile 1910 yılları arasında girmiştir. Devletin elindeki kaynaklar gittikçe kıtlaştığı için yol, su, okul, sağlık ocağı gibi kamu tesislerinin köye kadar uzanması hiçbir zaman olmamıştır.^[11] Anadolu köylüsü, neredeyse kendi içinde bağlı olduğu devlete ve yönetimine yabancı düşmüş, küçük topluluklar halinde yaşamlarını sürdürmüştür. Eziklik ve yoksulluk içinde yaşamlarını sürdüren köy yönetiminde bile 1830'lu yıllara kadar herhangi bir değişiklik yapılmadığı görülmektedir. Osmanlı köy yönetimine muhtarlık kurumunun getirilmesi 1830'lu yıllarda ortaya çıkmıştır.^[12] Cumhuriyet dönemine kadar kırsalda yaşayan büyük yığınlar çok kötü koşullar içinde ve uygarlık araçlarından yoksun olarak yaşamışlardır. Osmanlı köylüye hiçbir şey vermemiş ve köylüden asker ve vergi almıştır.

Osmanlı İmparatorluğunda toprak rejimi, İmparatorluğun askeri gereksinimlerine göre belirlenmiştir. İlke olarak tüm toprakların sahibi devlettir. Belli bir kişiye belli bir toprağın işletme hakkı, istendiğinde belli sayıda asker sağlama koşuluyla verilmekteydi. Sipahi-Tımar olarak adlandırılan bu sistem Selçuklulardan alınmıştır.^[13] Sipahi-Tımar Sistemi toprakların dağılımında oldukça büyük dengesizlikler yaratmış ve verimli bir tarımsal yapının oluşmasını engellemiştir. Çizelge 2'de Osmanlı döneminde çiftçi ailelerine toprağın oransal dağılımı verilmiştir.

[10] Zerrin Toprak, *Yerel Yönetimler*, (Ankara: Siyasal Kitabevi, 2014), 138.

[11] DİE, *Türkiye'de Toplumsal ve Ekonomik Gelişiminin 50. Yılı*, (Ankara, 1973), 25.

[12] Musa Çadircı, "Türkiye'de Muhtarlık Kurumunun Gelişimi." *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi* 2, no. 3 (Mayıs 1993): 3-11.

[13] İlber Ortaylı, *Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi*, (Ankara: Cedit Neşriyat Yayınevi, 2008), 124.

Çizelge 2. Tarım topraklarının çiftçi ailelerine oransal dağılımı

Sınıflar	Aile Sayısı	Çiftçi Ailesinin Oranı (%)	Toprak Dağılımı (%)
Derebeyi	10.000	1	39
Toprak Ağası	40.000	4	26
Orta ve Az Topraklı	870.000	87	35
Topraksız Köylü	80.000	8	—
Toplam	1000000	100	100

Kaynak: DİE, Türkiye’de Toplumsal ve Ekonomik Gelişmenin 50.Yılı, 24.

Çizelge 2’nin incelenmesinden de görüleceği gibi, 1910’larda Anadolu köylüsünün yoksulluğu tüm boyutları ile görülmektedir. Birinci Dünya Savaşından önce Anadolu köylüsünün sosyo-ekonomik durumu kısaca şöyle özetlenebilir:

- Köyler küçük topluluklar halinde, dışa kapalı, dış dünya ile ilişkileri kesilmiş bir biçimde yaşamlarını sürdürmektedirler.
- Köy ekonomisi kapalı bir ekonomi olup, para ve piyasa işlemleri toplam ekonomik faaliyetlerin %20’sini bile kapsamamaktadır.
- Üretiminde herhangi bir yenilik söz konusu değildir. Çünkü köylü yalnız kendi gereksinimini karşılayacak kadar üretimde bulunduğu için dolaylı olarak, bir yenilik düşünmemektedir.
- Devlet ile köylüler arasındaki ilişkiler daha çok vergi ve askerlik konularında olmaktadır.

B) CUMHURİYET DÖNEMİNDE KÖY/KÖYLERE YAKLAŞIM

Anadolu köylüsü, devletine uzak, kendi içinde ve yöneticilerine yabancı düşmüş dağınık küçük toplumlar halinde yaşamını sürdürmektedir. Ordu Sağlık Bürosu tarafından yayınlanmış olan bir yazanak açık bir biçimde köylünün yoksunluğunu ortaya koymaktadır. Bu yazanağa göre, Türk köylülerinin %80’i sağlığa uygun olmayan uzamlarda (mekanlarda) kurulmuştur. Halkın %14’ü sıtmal, %9’u frengili, köylünün %72’si bitli olup her an tifüse yakalanacak durumdadır. Sağlığa uygun tuvalet benzeri kolaylıklar evlerin %97’sinde yoktu. Halkın, okuryazar düzeyi yaklaşık %7 dolaylarında

bulunuyordu (DİE, 1973, 25). Cumhuriyet yönetimi, önceki yönetimden böyle bir köy toplum devralmıştır. Anadolu köylerinin ilk kurulduğu yerler değişmediğine göre, bugün de köylerimiz %80'inin sağlığa uygun olmayan mekanlarda oldukları söylenebilir. Cumhuriyetin, Osmanlı İmparatorluğundan devraldığı ekonomi ilkel bir teknoloji ile üretim yapan tarıma dayalı bir ekonomidir. 1927 genel nüfus sayımının sonuçlarına göre Türkiye'de 39.901 köy bulunmaktadır. Bu köylerin yeni kurulmadığı düşünüldüğünde Osmanlıdaki köy sayısının da bu sayıya eşit olduğu düşünülebilir.

C) PLANLI DÖNEM ÖNCESİ KÖY KALKINMASI: (1923–1960)

Ekonomik ve toplumsal kalkınma, tarihsel olayların gelişmesi ile uluslararası çevrenin koşulları içinde görülmesi gereken bir oluşumdur. Bunun için planlı dönem öncesi, toplumsal ve ekonomik değerlendirmeler bu koşullar göz önünde alınarak yapılmalıdır. Cumhuriyetin kuruluşunun ilk yıllarında, halkın büyük bir kısmı (%76'sı) köylerde yaşamaktadır. Halkın büyük bir kısmı çok kötü koşullar içinde, uygarlık araçlarından yoksun olarak yaşamlarını sürdürmektedir. Cumhuriyet döneminde köylünün yaşam düzeyinin ve koşullarının iyileştirilmesi için kimi girişimler yapılmıştır. Ancak, Cumhuriyet döneminin ilk yıllarından itibaren toprak reformu girişimlerinde bulunmuş olunmasına karşın kısmen toprak reformu yapılabilmektedir. Devletin sahip olduğu arazilerin özellikle 1925 yılında, köylüye satılması kararı sınırlı da olsa uygulanmıştır. Cumhuriyetin kuruluşu olan 1923 tarihinden 1950 tarihine kadar, dünya ekonomik bunalımının Türkiye ekonomisi üzerinde yarattığı olumsuzlukların ağır etkisini de köy insanının yaşamını güçleştirmiştir. Bu dönemin en temek özelliği 18 Mart 1924 tarihinde 442 sayılı Köy Yasasının çıkarılmış olması ve köyün tüzel kişilik kazanması önemli bir gelişmedir. Köy kalkınması için arka arkaya bir takım özekselle ve taşra birimleri kurulmuştur. Tarım satış kooperatiflerinin kurulması, Ziraat Bankasının güçlendirilmesi, tarım kombinalarının oluşturulması, Toprak Mahsulleri Ofisinin kurulması, Tarım Üretim çiftliklerinin üretime geçirilmesi, Köylüyü eğitmek için 3 yıllık öğretmen okullarının köylerde açılması, halkevleri ve daha sonra köy enstitülerinin açılması ve 1925 yılında aşarın kaldırılması ile birlikte eş zamanlı olarak gerçekleştirilmeye çalışılmıştır. Köy yasası, köyün kalkınması ve geliştirilmesi için kimi ilkeler getirmiş ise de bu yasayla alınması gereken önlemler yeterli olmamıştır.

V. İLK DÖRT PLAN DÖNEMİNDE KIRSAL KALKINMA: 1963–1983

Türkiye planlı kalkınmaya dünyada erken başlamış bir ülkedir. İlk beş yıllık kalkınma planı (1934–1938) yürürlüğe konmuş ve uygulanmıştır. Devlet, bu dönemde işletmeler kurmuş ve bunları işletmiştir. Devletçi uygulama ve ilk plan kimi yetersizliklerine karşın, birçok bakımdan önemli bir başarıdır. Devletçilik, dış yardım ve krediler olmaksızın kalkınmanın mümkün olabileceğini kanıtlamıştır.^[14]

Türkiye, 1960’lı yıllardan itibaren, toplumsal, ekinsel ve ekonomik yönden kalkınmasını plana bağlamıştır. 1961 anayasasında açık ifadesini bulan herkes için insanlık onuruna yaraşır bir yaşam düzeyi sağlamak sosyal devletin görevi olduğunu anayasa maddesinde Cumhuriyetin niteliklerinde belirtmiştir. Anayasaya göre kalkınma planı devlet kesimi için emredici, özel kesim için yol göstericidir. 1960 yılında 91 sayılı yasa ile devlet planlama örgütünün kurulmasına ve 1961 anayasasının 41. ve 129. maddelerinde yer vermiş, resmen kalkınmasını plana bağlamıştır. Kalkınma, bir ülkede yaşayan bireylerin geçim düzeylerinin ve üretim güçlerinin yükselmesi demektir.^[15] Kalkınma yöneltisi, bir plan yapmak ve bunu yürütmektir. Türkiye bugüne kadar 60 yıllık süre içinde (1963–2023 11 kalkınma planı uygulamıştır. Yarım yüzyılı aşkın bir süreden beri uygulanmış olan kalkınma planlarında, kırsal kalkınma yöneltileri için ilk dört planın (1963–1983) geliştirdiği ve üzerinde durduğu modeller bulunmaktadır. Daha sonra uygulanan yedi kalkınma planında (1985–2023) küçük farklılıklarla birbirine yakın ve benzer işlerin kırsal alana götürüleceğine yer verilmiştir. Bu çalışmada ilk dört kalkınma planları, öteki kalkınma planlarından farklı olarak kendilerine özgü köy kalkınma modelleri geliştirdikleri için bu planlar ele alınmıştır.

A) BİRİNCİ BEŞ YILLIK KALKINMA PLAN (BBYKP): (1963–1967)

Planın temel ekonomik ereği ekonominin %7 büyümesini sağlamaktır. Plan, toplum kalkınması, köy kalkınması başlığı ile kırsal kalkınmaya ayrı bir yer vermiştir. Toplum kalkınmasını şöyle tanımlamıştır: “toplum kalkınması, ekonomik, toplumsal ve ekinsel koşullarını geliştirmek, toplulukları ulusun bütünüyle kaynaştırmak ve milli kalkınmaya tam olarak katılmalarını

[14] Doğan Avcıoğlu, *Türkiye’nin Düzeni, Dünyü Bugünü Yarını*, (İstanbul: Kırmızı Kedi Yayınevi, 2013), 313.

[15] Sadun Aren, *100 Soruda Ekonomi Elkitabı*, (Ankara: İmge Kitabevi, 2013), 205.

sağlamak için halkın çabalarını, devletin çabalarıyla birleştirme sürecidir”. Toplum kalkınması, çeşitli hizmet ve çalışmaların yapılması, dernek, kooperatif gibi örgütlerin kurulması, yönetim ile toplulukların iş birliğinin sağlanmasını içeren bir çalışmadır.^[16] Toplum kalkınması ülkemizde BBYKP ile uygulamaya koymuştur. Toplum kalkınması çeşitli anlamlarda ele alınıp, belirli yönlerine ağırlık verilmektedir. Toplum kalkınması ile ilgili olarak BBYKP'nin benimsediği tanım şöyledir: Toplum kalkınması kırsal alandaki yerel toplulukların, toplumsal, ekinsel ve ekonomik sorunlarını çözmek için giriştikleri, gönüllü çabaların devletçe desteklenmesine dayalı olan eğitsel ve örgütsel çabaların tümünü kapsamaktadır. Bu girişimler, yerel toplumun gereksinimlerinin tümüne yönelik bir girişimdir. Toplum kalkınması, ülke çapındaki kalınmayı değil, kırsal ya da kentsel yerel toplulukların sorunlarını çözmek üzere girişkenliği ele alarak çözüm yolları arayıp birlikte karar almaya yönelik bir eğitsel ve örgütsel kalkınma çabalarıdır.^[17] Buradan da anlaşılmaktadır ki toplum kalkınmasının temelinde bir güç birliği anlayışı vardır. Bu güç birliği, değişik toplum kesimlerinin iş birliği ve eşgüdümüyle yapılmaktadır. Bu amaçla, girişilen demokratik katılım yöntemlerine dayalı ve yerel topluluğun kaynaklarını harekete geçirmesi gönüllü bir dayanışma ve yardımlaşma çerçevesinde güç birliği yapmasıdır. Örgütlenmesi, projeler geliştirmesi, bu projeleri geliştirmek için yerel kaynakların yetersiz kaldığı aşamalarda özeysel yönetimden ve yerel yönetimlerden destek istemesi yolundaki çabalarının özendirilmesi, geliştirilmesi istenmektedir. Toplumun, yerel kalkınmasını savurganlığa izin vermeden, kaynaklarını iyi kullanabilmesini, güç birliği yapabilmesini öğrenmesi bir zorunluluktur. Bu güç birliği eğitim ile sağlanabilir. Eğitim, toplumu oluşturan tüm ögelere, köyün ve köylünün kalkınmasında dayanışmacı düşünce ruhu yaratacak bir eğitim olmalıdır. Halk eğitimi ve toplum kalkınmasını tamamlayıcı nitelikte bir eğitim olmalıdır. Bireye eğitim hizmetlerini verilmesi kadar önemli olan bir özellikte eğitimin bireye kazandırdıkları bilgilerin, sonradan birey tarafından üretimin arttırılmasında yararlı bir biçimde kullanılabilmesidir.^[18] Toplum

[16] DPT, *Birinci Beş Yıllık Kalkınma Planı (1963–1967)*, (Ankara DPT Yayını, 1963), 101.

[17] Cevat Geray, *Dünden Bugüne Kırsal Gelişme Politikaları*, (Ankara: Phoenix Yayınevi, 2011), 172.

[18] Hasan Hüseyin Doğan, “Türk Kamu Yönetimi ve Yeni İlçelerin Kurulması,” *Kamu Yönetimi Disiplini Sempozyumu*, (Ankara: TODAİE Yayını, 1997), 669.

kalkınmasının en önemli araçlarından biri kooperatifçiliktir, kooperatifçilik en etkili bir araçtır. Toplum kalkınması yönteminin örgütsel boyutunda, kooperatiflerin çok önemli yeri vardır. Çünkü kooperatif hareketinin, toplumsal, ekinsel ve ekonomik temelleri vardır. Kooperatiflerin en ayırt edici özelliği kendi kendine yardım ilkesi üzerine kurulmuş olmasıdır. Yerel girişkenliğe ve önderliğe ayrı bir önem veren toplum kalkınması yönteminin bu ilkesi köy enstitüsü hareketiyle yıllar önce uygulanmıştır.^[19] BBYKP’de Toplum Kalkınması Enstitüsü kurulmasına planda yer verilmiştir ancak bu girişim gerçekleştirilememiştir.

B) İKİNCİ BEŞ YILLIK KALKINMA PLANI (İBYKP): (1968–1972)

İBYKP, “Köy ve Köylü Sorunları” başlığı ilk kez resmi bir belgede köy ve köylülük gerçeklerinin doğrudan ortaya getirilmesine yer vermiş olması oldukça önemlidir. İBYKP köyü şöyle tanımlamıştır: köy, kanuni, demografik ve nitelikle ilgili kriterlerin ışığında; ekonomik yapısı büyük bir ağırlıkla tarıma dayalı, kendine özgü toplumsal ilişkileri olan, belirli bir yerleşme sınırına sahip, en küçük idari üniteyi teşkil eden ve nüfusu 2000’e kadar olan topluluktur. 5393 sayılı Belediye Yasası, nüfusu 5000 ve daha çok olan yerlerde belediye kurulabilir ilkesini getirmiştir. İkinci Beş Yıllık Kalkınma Planı (İBYKP), BBYKP’de olduğu gibi temel erek olarak ulusal kalkınmanın yılda ortalama yüzde 7 büyümesini kabul etmiştir. Bu plan sanayileşme, tarım da modernleşme ve kentleşme gibi, gelişme olayının birbirinden ayıramaz üç temel öge olduğunu belirtmiştir. Plan, bu üç ögenin yönelti kararlarında birlikte ele alınmasını öngörmüştür. Bu plan, tarım ve sanayi sektörlerinin dengeli büyüme ilkesini terk etmekte, sanayi sektörünün ekonominin” sürükleyici sektörü” olmasını öngörmüştür.^[20]

Plan, köylülerin gelir düzeyinin yükseltilmesi için tarım kesiminde birtakım kolaylıklar sağlanacağı üzerinde durmuştur. Tarım kesiminde, verimli-liği, toplam üretim miktarını artıracak bir ortam yaratılacaktır. Bu amaçla toprak insan ilişkileri düzenlenecek, düzenli fiyat yöneltisi güdülecek, ucuz girdi sağlanacak, etkili bir kredi yöneltisi uygulanarak köylülerin ekonomik durumu düzeltilecektir. Bu yöneltelerin tümünün etkili olabilmeleri

[19] Geray, *Dünden Bugüne Kırsal Gelişme Politikaları*, 177.

[20] DPT, *İkinci Beş Yıllık Kalkınma Planı (1968–1972)*, (Ankara: DPT Yayını, 1968), 67.

için kalkınma planı ve yıllık uygulama izlenceleri içinde değerlendirileceği planda vurgulanmıştır.

İBYKP, köylülerin insanlık haysiyetine yaraşır asgari bir yaşama düzeyine kavuşturulmasını sağlamak için kimi girişimlerde bulunulacağı plan kapsamına alınmıştır. Bu amaçla, köye götürülmesi gereken başta yol, su, okul, haberleşme, elektrik, sulama suyu sağlama gibi hizmetlerinin yanı sıra altyapı yatırımlarının, toplumsal nitelikli yatırımların yurt yüzeyinde dengeli dağılımına öncelik verileceğini belirtmiştir. Toplum kalkınması yönteminin uygulanması için gerekli eğitimin esasları merkezde “Toplum Kalkınması Enstitüsü” kurulmasına planda yer verilmiştir. Bu enstitünün kuruluş amacı, toplum kalkınması projelerinde yetiştirilen yönetici kadrosunun ve üst düzey personelin eğitimini sağlamaktır. Ancak, pilot proje alanlarında yetiştirilen yönetici kadrosunun sürekliliği sağlanamamış, eğitime sürekli bir nitelik verilememiş, bu konuda üst düzey elemanları yetiştirmekle sorumlu olacak araştırma ve değerlendirme yapacak “Toplum Kalkınması Enstitüsü” kurulamamıştır. Bu kalkınma plan ile de kimi yol, içme suyu, elektrik gibi klasik sayılabilecek hizmetler dışında köylü sorunlarına köklü çözüm getirilememiştir. İBYKP, her ne kadar “Toplum Kalkınması” başlığını taşıyan bir bölüme yer vermemiş olsa da toplum kalkınmasında belirtilen ilkeleri benimsediği söylenebilir. Bu dönemde 1969 tarihinde 1163 sayılı kooperatif yasası parlamentoda kabul edilmiş ve 10 Mayıs 1969’da yürürlüğe girmiştir. Köy kalkınma kooperatifleri, dış ülkelerde bulunan işçilerin tasarruflarının kırsal alanlarda tarıma dayalı yatırımlara yönltilmesi olanakları kısmen yaratılmıştır. Bu plan döneminde yol, su, okul, haberleşme, elektrik, sulama suyu yanı sıra sınırlı da olsa altyapı yatırımları yapılmıştır.

C) ÜÇÜNCÜ BEŞ YILLIK KALKINMA PLANI (ÜBYKP): (1973–1977)

Üçüncü Beş Yıllık Kalkınma Planı (ÜBYKP) “merkez köy model” düşüncesine yer veren bir planlamadır. ÜBYKP’de, BBYKP ve İBYKP’de yer almış olan köy/köylülerin girişim gücünün geliştirilmesi izlencelerine ve “Toplum Kalkınması”na yer verilmemiştir. ÜBYKP, önceki iki plandan nüfus açısından farklı bir büyüklük seçmiştir. Köylerin; ekonomik, toplumsal ve ekinel gereksinimlerini karşılamaya yönelmiş tüm hizmetlerde, köyün ekonomik yapısı çok büyük bir ağırlıkla tarıma dayalıdır. Bu yerleşimler, kendine özgü toplumsal ilişkileri olan, belli bir yerleşme sınırına sahip, nüfusu 10.000 dolaylarında olan yerleşme birimleri olarak tanımlanmaktadır. Daha önce

belirtildiği gibi, Türkiye’de kırsal yerleşim düzeninin sayısal çokluğu, dağınıklığı köy muhtarlıklarına bağlı köyaltı yerleşim yerlerinin büyük sayılara ulaştığı bir yerleşim düzeninde götürülen kamu hizmetlerinin kapsamı ve sınırlarının genişlemesi maliyetleri artırma gibi olumsuz etkileri vardır. Kırsal yerleşim düzenini geliştirmek için “özek köyler” oluşturmak ÜBYKP’nin kırsal yerleşime yaklaşımıdır. Plan, köyü şöyle tanımlamıştır: Köy, ekonomik yapısı büyük bir ağırlıkla tarıma dayalı, kendine özgü toplumsal ilişkileri olan, belli bir yerleşme sınırına sahip ve nüfusu on bine kadar olan yerleşme birimleridir.^[21] Bu planda “Köy ve Köylü Sorunları” başlığı altında bir bölümde yer verilmiştir.

ÜBYKP’de altyapı ve toplumsal iş görülerin bir bütün içinde köye götürülmesi öngörülmektedir. Bu toplum kalkınmasıyla tutarlı bir yaklaşımdır.^[22] Planda köy kalkınmasında zaman, eşgüdüm ve akçal olanaklardan ileri gelecek güçlükler üzerinde durulmuştur. Bu belirtilen sorunları en az düzeye indirmek, amaçlanan kalkınmayı kısa sürede sağlamak için yerel düzeyde eşgüdümün sağlanması gerekliliği belirtilmiştir. Planda bu amaçla İl Mahalli İdareler Planlaması (İLMİP) çalışmalarından yararlanılacağı vurgulanmıştır.

Özeksels köyler, kentle öteki yerleşme birimleri arasında kamu hizmetlerinin buralarda yoğunlaştırılması ile yaratılan bir yönetim kademesidir.^[23] Sayısı çok ve oldukça dağınık bir özellik gösteren kırsal yerleşim düzeninin, ülke kalkınması açısından yarattığı sorunlara çözüm yöntemi olarak önerilen bir modeldir. Böylece, modele göre kır ve kent ölçeğinde yerleşim dokusunun ülke kalkınmasına uyumu sağlanmış olacaktır. Özeksels köy modelinin amacı, kamu hizmetlerinden daha geniş bir nüfus yığınının yararlanması ve kamu yatırımlarının etkinliğinin artırılmasıdır. Bu konuda Bakanlar Kurulunun 83/7493 sayılı kararı ile ülke genelinde 4319 köy “Özeksels Köy” olarak saptamıştır.

[21] DPT, *Üçüncü Beş Yıl Yeni Strateji ve Kalkınma Planı (1973–1977)*, (Ankara: DPT Yayını, 1973), 864.

[22] Geray, *Dünden Bugüne Kırsal Gelişme Politikaları*, 63.

[23] DPT, *Üçüncü Beş Yıl Yeni Strateji ve Kalkınma Planı (1973–1977)*, (Ankara: DPT Yayını, 1973), 1004.

Yerleşim yerlerine ilişkin bu araştırma sonradan Devlet Planlama Örgütü tarafından (DPT) 1982 yılında yayınlanmıştır. Araştırmanın amaçları şöyle belirtilmiştir:^[24]

- Kamu hizmetlerinin en az maliyetle sunulabilecekleri ya da bunların hizmetlerinden daha çok nüfusun yararlanabilmesine olanak veren yerleşim yerlerinin saptanması
- Kamu kuruluşlarının taşra örgütlenmelerinde bunların eşgüdüm sorunlarını minimize edecek ve etkinliklerini artıracak uzamsal desenin ortaya konulması
- Yerel tüketime dönük ya da bölgesel girdi kullanan endüstrilerin optimum yer seçimlerinin yapılabilmesine olanak sağlayan bilgilerin üretilmesi
- Çeşitli ölçekteki hizmetler ve endüstrilerin yer seçiminde bunların uzamda aynı yerde olmalarından doğan dışsal ekonomileri maksimize edecek ve böylelikle, kalkınmaya hız kazandıracak odak yer seçimlerinin yapılması
- Özellikle, kırsal kesime dönük olarak geliştirilecek ulaştırma ağının yönlendirilmesi
- Özel kesim yatırımlarının, bölgesel ve bölge içi gelir dağılımındaki dengesizlikleri azaltacak doğrultuda yönlendirilmesine esas olacak yerleşme sisteminin saptanması
- Ekonomik ve toplumsal yararı maksimize edecek mekân deseninin oluşturulmasında kullanılacak ölçü ve standartların saptanması, ülkedeki çeşitli gelişmişlik düzeylerindeki bölgelerin karşılaştırılmalarının yapılması
- Yerleşmelerin özelliklerine göre, imar planları yapılmasını sağlayacak ilkelerin saptanması
- Özekler arası kademeli ilişki sisteminin ortaya çıkarılması ve bu ilişkiler sisteminin sosyoekonomik ve teknolojik gelişmenin ülke mekânının da hızla yayılmasını hızlandıracak bir araç olarak kullanılacak bir planlama için bilgi üretilmesi

[24] DPT, *Türkiye’de Yerleşim Merkezlerinin Kademelenmesi Araştırması*, (Ankara: DPT Yayını, 1982), VII.

- Özellikle, kırsal yerleşmeler konusunda yapılacak düzenleme çalışmalarında ve bu yerleşmelere yapılan yatırımların dağıtılması ile ilgili izlencelerde kullanılacak sağlam ölçülerin belirlenmesi
- Karşılıklı mal, hizmet, insan ve haber akımlarından kaynaklanan işlevsel bölgelerin saptanması

“Özeksels Köy” olarak seçilen köylerin nüfus büyüklüklerine göre dağılımı Çizelge 5’de verilmiştir. Dağılıma bakıldığında, köy özeklerinin %33’ü nüfusu 500’den az, % 33’ü 500 ile 1000, arasında nüfusa sahiptir.

ÜBYKP, yerleşme sisteminin, kır-kent farklılığının bir süreç içinde en aza indirebilecek biçimde değiştirilebilmesini, kır-kent yerleşimlerinin bir bütün olarak kalkınma gereksinimine uygun mal, hizmet ve iletişim akımını sağlayacak biçimde yönlendirilmesini benimsemiştir. ÜBYKP, “köykentleri” andıran ya da benzer bir özeksels köyler kurulmasına yer vermiştir.

ÜBYKP, merkez köyleri kimi altyapı yatırımlarını ve kamu hizmetlerini köylülere daha ucuz bir maliyet ile ulaştırabilmenin aracı olarak görmüştür. Bu plan döneminde (22 Mayıs–5 Ocak 1978) yedi koalisyon hükümetleri görev yapmıştır. Bu plan döneminde köylere klasik kamu hizmetlerinin dışında bir şey yapılmadığı ve özeksels köy modelinin uygulanamadığı görülmektedir.

D) DÖRDÜNCÜ BEŞ YILLIK KALKINMA PLANI (DBYKP): (1979–1983)

Türkiye Dördüncü Beş Yıllık Kalkınma Planı (DBYKP): dönemine, Cumhuriyetin kuruluş yıllarından beri yürütölen gelişme atılımlarının başarıya ulaştırılması ve sürdürölmesi gibi temel bir çabanın yanı sıra, iç-dış sorunların baskısı altında girilmiştir. Bu plan, köylünün kalkınma olanaklarını, üretim gücünü, gelirini artırmak, kırsal alanda gelişmeyi hızlandırmak ve yaşam düzeyini yükseltmek için, kimi önlemler almayı öngörmüştür. Plan, araç olarak kullanacağı öğeleri dört kümede toplamıştır: Bunlar:

- Etkili bir toprak reformu
- Demokratik kooperatifleşme
- Köylere dönük devlet düzenlemesi ve desteği
- Köykentlerin kurulması ile yeni bir üretim düzeninin kurulması

Köykent, kırsal alanda köylüyü kalkındırma projesidir. Gelişmiş ve gelişmekte olan tüm ülkelerde köy ile kent arasındaki var olan dengesizlikler küreselleşen dünya ekonomisi ile giderek daha da dengesizleşmiştir.

Şehirköy'de (Pırot) Osmanlı döneminde, özellikle bağcılık ve halıcılık gelişmiştir. Böylece Mithat Paşa, "Köykent" kavramının ilk ışığını yakmış, hatta bir bakıma ad babalığını yapmıştır.^[25] Türkiye'de köykent konusu ilk kez olarak Cumhuriyet Halk Partisi'ni, 1969 seçim bildirgesinde "Bu Düzen Değişmelidir" programında yer verilmiştir. Bu seçim bildirgesini izleyen 1970 ve daha sonra 1972 yılı İcra planı ve 1972 yılı izlencesinin 1003 sayılı Tebliğinde Köykent olgusundan söz edilmiştir. Bu izlencede köykentlerin, kuruluş ve yapısı ile ilgili olarak şu bilgiye yer verilmiştir: "Tarımda verimin yükselmesi, köylünün uygarlıktan ve sosyal hizmetlerden daha yeterli ölçüde yararlanabilmesi, köylü gücüne dayalı bir sanayileşme hareketinin gelişebilmesi için gerekli altyapılar, tesisler, hizmetler, köy kümeleri arasında en elverişli merkezlerde yoğunlaştırılacaktır. Köykentlerin yerlerinin seçiminde demokratik yöntemler izlenecektir. Bu yerler, bütün ilgili köylerin halkıyla tartışılarak, yöresel özellikler göz önünde bulundurularak, topluluğun istekleri, bilimsel araştırmalar çerçevesinde en geniş katılımı ve görüş birliği sağlanarak saptanacaktır. Bu merkezler, dağınık köylerin zamanla kendiliklerinden toplulaşmasını ve kentleşme hareketlerinin düzenli olarak yürümesini de sağlayacaktır. Köykentler ile köylünün kalkınması için her türlü sosyoekonomik girişimler ve tesislerin oluşturulmasına çalışılacaktır. Bunun için her türlü önlemler alınacaktır. Böylece köylüler, kendi kentlerini kendi yaratacaklardır.^[26] Köylüler, kendi bölgelerinde kurulan köykentlerdeki küçük sanayi ya da hizmet kesiminde çalışma olanakları bulabileceklerdir. Köy kent kırsal modeline daha sonra Cumhuriyet Halk Partisinin "Akgünler" seçim bildirgesinde ve 1976 tarihli parti programında geniş yer verilmiştir. Köykentler, birbirine yakın, aralarında ulaşım kolaylığı, ekonomik ve yönetsel iş birliği bulunan köyler arasında, köylülerin benimseyeceği uygun yerlerde kamu hizmetlerinin, gelişme ve üretim için gerekli altyapının, örgütlenmelerin yoğunlaşacağı yerleşim yerleridir.

[25] Bülent Ecevit, *Mithat Paşa ve Türk Ekonomisinin Tarihsel Süreci*, (İstanbul: İş Bankası Yayınları, 2009), 9.

[26] CHP, "Ak Günler," (Seçim bildirgesi, Ankara, 1973), 40.

Köykent, kentleşmeden, sanayileşmeden uzaklaştırıcı bir yöntem değil, bunları hızlandıracak, Türkiye’nin koşullarına daha uygun kılacak, hem de yaşanmış deneyimlerden dersler çıkararak bu süreci daha kolaylaştıracak bir yöntemdir.^[27] Köykent, bir yerleşme merkezi değil hizmet, altyapı, sanayi gibi üçlü yapı oluşturan bir merkezidir. Köykentler kurulurken, köylüyü bir zorlama ile yerinden etmek, bir yerden kaldırıp bir başka yere gitmek zorunda bırakmak değildir. Köykent düşüncesinin, toplumsal, ekinsel, ekonomik ve siyasal yönleri vardır. Köykent, halktan yana temelde tarıma dayalı bir yönetim düzeni olarak düşünülmektedir. Köykent modeli, kırsal alanın ve köylünün kalkınma modelidir. Köykent bugün var olan bir köy de olabilir, var olan köylerin dışında özekselsel bir yerde olabilir. İlk aşamada bir yerleşim merkezi değil, hizmet ve altyapı merkezi olarak düşünülmektedir. Tek tek her köye götürülmesi olanağı bulunmayan tesisler, köykentlerde kurulabilecektir. Köy kentte, sağlık ocağı, değişik meslek okulları, tesisler, onarım için işlikler bulunacaktır. Köykentlerin, ekonomik ve toplumsal yaşamına, çevredeki köy kooperatifleri ya da kooperatif birlikleri geniş ölçüde etkin olabilecektir. Tarım makinalarının bakımı, onarım işlikleri, küçük sanatlar, bugünkü köy düzeninin oldukça üstünde, yeterli sağlık ocağı, mesleki liseleri, birçok alanda mesleki kurslar, her türlü ekinsel etkinlikleri, spor, eğlence tesisleri köykentlerde yoğunlaştırılacaktır. Köykent oluşumunun amacı, köykenti oluşturan köylerin olanaklarını bir araya getirmek, bunların güçlerini birleştirmektir ve ortak hizmetler vermektir. Burası bir bağlantı yeri olacaktır. Poliklinik niteliğinde tam örgütlü sağlık merkezi, bütün yöre köylerin birlikte yararlanabilecekleri (traktör, biçerdöver, mibzer gibi) makine parkı bulunacaktır. Makineler için bir ortak onarım işliği (atölye) olacaktır. Köylü kullandığı araç gereci onarımını bu işlikte yaptırabilecektir. Yine burada halk eğitim merkezi olacaktır. Kooperatifçilerin yetişebileceği, herkes için türlü meslek alanlarında farklı kurslar alabileceği, bayanların biçki-dikiş kursu görebileceği işlikler olacaktır. Köykent çevresinde bulunan tüm köylerde var olan her şey korunacaktır. İlköğretim, çalışan anaların gündüz çocuklarını emanet edebilecekleri çocuk yuvaları, sağlık evleri gibi kuruluşlar bulunacaktır. Bu belirtilen etkinlikler bütün köylerde olacaktır. Ancak, bütün yöre köylerin ortaklaşa yararlanabilecekleri daha üst düzey ve çok yönlü kuruluşlar köykentlerde toplanacaktır. Köykent modelinde köye götürülecek kamu hizmetleri topluca götürülecektir. Köykentler kurulurken,

[27] Ecevit, *Mithat Paşa*, 38.

köylüyü bir zorlama ile bir yerinden kalkıp bir başka yere gitmek zorunda bırakmak değildir. Köy-kent ile köylüler kendi ekonomilerini geliştirme fırsatı bulacaklardır. Köy-kent uygulamalarına ülkemizde ilk 1978'de Bolu'nun Mesudiye ilçesinde merkezi nitelikli ve tek geçim kaynağı orman ürünleri olan Taşkesti köyünde bir kereste bütünleşik tesisini merkez ve çevresindeki 16 köy tarafından kurulan kalkınma kooperatifi ile birlikte kurması ilk köy-kent uygulamasıdır. Van Özalp ilçesi, Dorutay köyü ve çevresindeki 13 köyde Özalp köy-kentler demeti projesi uygulanmıştır. Ayrıca, Diyarbakır, Bismil-Çeltikli, Hatay Hassa-Gülpınar, Şanlıurfa-Suruç-Ölçektepe Köyü, Konya-Hadim, Hakkari-Çukurca-Üzümlü, Ordu Mesudiye-Çavda, Şırnak-Başagaç Köyü, Siirt-Eruh-Bayraklı, Nevşehir-Gülşehir-Tuzköy, Iğdır-Kervansaray, Erzurum-Çat-Has Köy, Trabzon-Maçka-Hamsi Köy-Güzelyayla-Çıralı yerleşim yerlerinde de bu proje uygulanmıştır. Ülkemiz kırsalının sayısal çokluğu ve dağınıklığı, yerleşim tiplerinin farklılığı (ova, sırt, yamaç gibi) nedeniyle çok sorunlu bir yerleşim düzeni vardır. Köy-kent projeleri uygulandığında:

- Tarımsal üretimin verimliliği artacak,
- Tarımsal birikimlerin sanayiye aktarılmasını sağlayacak,
- Köy-kent ve çevresinde yaşayanların biriktirme olanakların artacak,
- Tarıma dayalı sanayi işletmeleri kurulacak,
- Kentleşme ve sanayileşme kırsal alana yayılacağı için köyünde yaşamak isteyen herkese yerinde iş bulabilecek,
- Yöredeki doğal ve tüm öteki kaynaklar yöre halkı için kullanılabilir duruma dönüştürülecek,
- Tüm hizmetler, gerekli altyapılar, öteki yapılar köy-kent yönetimince belirlenecek standartlarda hızla yapılacak,
- Kırsal alanda yerel yönetim, köy-kentler düzeni içinde kooperatiflerle bütünleşecek, etkinliği artacak ve yönetime halkın yabancılaşması ortadan kalkacaktır,
- Köylü, tüm tarımsal girdilerini kooperatifler aracılığı ile zamanında ve ucuza sağlayabilecek, pazarlama olanağı bulacak,
- DBYKP, köy-kentlerin kuruluşuyla birlikte ülkenin bütününde ortaboy kentlerin de önemini artacağını belirtmiştir.

SONUÇ

Türkiye, uzun sayılabilecek planlı kalkınma döneminin ilk yirmi yılında toplumsal, ekinsel, ekonomik ve öteki birçok alanlarda oldukça zengin planlama deneyimine aynı zamanda birikimine sahip olmuştur. Bu dört kalkınma planı ile kırsal yerleşim düzenini çağın koşullarına uygun, adil bir gelir dağılımı insanca bir yaşam düzeni kurması tasarlamıştır. Planlı dönemin bu ilk yirmi yılında (1963–1983), çok sık siyasi istikrarsızlık yaşanmıştır. Ülkede yirmi yıllık bu dönemde 19 hükümet görev yapmıştır. Görevde bulunan hükümetlerden yalnız bir hükümet kesintisiz 6 yıl (27 Ekim 1965–12 Mart 1971) görevini sürdürebilmiştir. Bu yirmi yıllık dönemde yaklaşık 3,5 yıl (12 Eylül 1980–7 Kasım 1983) süreyle görevde bulunan sıkı yönetimli askeri hükümet bir tarafa bırakılırsa, 17 hükümet kalkınma planlarını uygulamaya çalışmıştır. Uygulanan ilk dört kalkınma planının getirmiş oldukları kırsal kalkınma modelleri ya hiç uygulanmamış ya da kısmen uygulanmıştır. Planlarda yer verilen kırsal kalkınma modellerinin uygulanamamasının birçok nedeni olmasına karşın, belki en önemlilerinden birisi siyasal istikrarsızlık olduğu söylenebilir. Planları uygulamak için her hükümete bir yıldan daha az bir süre düşmektedir. Kısaca, bu kalkınma planları ile getirilmek ve uygulanmak istenilen modellerin hiçbiri yurt genelinde yaygınlaştırılamamıştır. Köylere bu kalkınma planları döneminde özekselle ve yerel yönetimler klasik kamu hizmetlerini götürmeyi sürdürmüşlerdir.

KAYNAKÇA

- Aren, Sadun. *100 Soruda Ekonomi Elkitabı*. Ankara: İmge Kitabevi, 2013.
- Avcıoğlu, Doğan. *Türkiye'nin Düzeni, Dünyü Bugünü Yarını*. İstanbul: Kırmızı Kedi Yayınevi, 2013.
- Brosius, Bernhard. *Tarihin Yapıları*, Ankara: Kavram Yayınları, 2015.
- Çadırcı, Musa. "Türkiye'de Muhtarlık Kurumunun Gelişimi." *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi* 2, no. 3 (Mayıs 1993)
- Çekül Vakfı. *Anadolu'da Kırsal Yaşam ve Mimarlık*. İstanbul: Çekül Vakfı Yayını, 2015.
- DİE. *Türkiye'de Toplumsal ve Ekonomik Gelişmenin 50. Yılı*. Ankara, 1973.
- Doğan, Hasan Hüseyin. "Türk Kamu Yönetimi ve Yeni İlçelerin Kurulması." *Kamu Yönetimi Disiplini Sempozyumu*. Ankara: TODAİE Yayını, 1997.
- DPT. *Birinci Beş Yıllık Kalkınma Planı (1963–1967)*. Ankara: DPT Yayını, 1963.
- DPT. *İkinci Beş Yıllık Kalkınma Planı (1968–1972)*. Ankara: DPT Yayını, 1968.
- DPT. *Üçüncü Beş Yıl Yeni Strateji ve Kalkınma Planı (1973–1977)*. Ankara: DPT Yayını, 1973.
- DPT. *Dördüncü Beş Yıllık Kalkınma Planı (1979–1983)*. Ankara DPT Yayını, 1979.
- DPT. *Türkiye'de Yerleşim Merkezlerinin Kademelendirmesi Araştırması*. Ankara: DPT Yayını, 1982.
- Duverger, Maurice. *Siyaset Sosyolojisi*. İstanbul Varlık Yayınları, 2012.
- Ecevit, Bülent. *Mithat Paşa ve Türk Ekonomisinin Tarihsel Süreci*. İstanbul: İş Bankası Yayınları, 2009.
- Geray, Cevat. *Dünden Bugüne Kırsal Gelişme Politikaları*. Ankara: Phoenix Yayınevi, 2011.
- Gözübüyük, Şeref. *Yönetim Hukuku*, Turan Kitapevi, Ankara, 1983.
- Laborit, Henri. *İnsan ve Kent*. İstanbul: Payel Yayınevi, 1990.

McClellan III, James E. ve Harold Dorn. *Dünya Tarihinde Bilim ve Teknoloji*. İstanbul: Arkadaş Yayınları, 2000.

Nadaroğlu, Halil. *Mahalli İdareler*. 5.baskı. İstanbul: Beta, 1984.

Ortaylı, İlber. *Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi*. Ankara: Cedit Neşriyat Yayınevi, 2008.

Tanoğlu, Ali. *Beşerî Coğrafya Nüfus ve Yerleşme I*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1966.

Toprak, Zerrin. *Yerel Yönetimler*. Ankara: Siyasal Kitabevi, 2014.

Karma Eğitim Sisteminin Terki ve Kız Çocuklarına Özel Okul Tartışmaları Çerçevesinde Alman Anayasa Hukukunun Paralel Toplumlarla Yüzleşme Pratiği

Mustafa Yaşar DEMİRCİOğLU*

* Dr., Hukukçu, HrD eV- (Human Rights Defenders eingetragene Verein-Berlin). demircioglu@humanrights-ev.com.

GİRİŞ

Toplumsal yapıda meydana gelen değişimler hukuk alanında yeni sorunları ve tartışmaları beraberinde getirmekte ve hukuk devleti, bu değişimlere yine evrensel hukuk ilkeleri çerçevesinde çözümler üretmek zorunda kalmaktadır. Sanayileşme ile birlikte nasıl ki modern toplumlar kentleşme, çocuk işçilik, çalışma süreleri gibi yeni problemlerle yüzleşme ve hukuki çözümler üretme zorunluluğu ile karşı karşıya kaldıysa aynı şekilde çeyrek asırdır devam eden toplumsal kutuplaşma, dindarlaşma ve radikalleşme gibi Türk toplum yapısında meydana gelen sorunlarla da Türk hukuk düzeni yüzleşmek ve evrensel hukuki çözümler üretme zorunluluğu ile karşı karşıya kalmıştır.

Siyasal iktidarın, yeni bir toplum inşa etme ideolojisi çerçevesinde Türk toplum yapısında yaklaşık çeyrek asırdır yaşanan değişim ve dönüşüm, son günlerde cumhuriyet değerlerine karşı yürütülen rövanşist yöntemlerle Türkiye'nin milli eğitim politikalarını hedef almış görünmektedir. Çeşitli cemaat ve tarikatların yönlendirmeleri sonucu zorunlu ilköğretime yönelik verilen tavizler, son günlerde karma eğitime alternatif olarak kız çocuklarının ayrı okullarda eğitim hizmetlerinden yararlanmalarına yönelik devlet söylemi ile bir kez daha tartışmaya açılmıştır. Bu çalışma, benzer sorunlarla karşı karşıya kalmış Alman hukuk sisteminin, bu sorunlara ne şekilde çözümler ürettiğine yönelik emsal kararları Türk Hukuk sistemine kazandırmayı amaçlamaktadır.

“Anayasal ilke ve değerler” den verilen tavizler sonucu bu değerlerin “dini değerler” ile rekabete açılması Türkiye'nin çeyrek yüzyılda karşı karşıya kaldığı sorunların başında gelmektedir. Son zamanlarda Milli Eğitim politikalarında yoğunlaşan bu “değerler çatışması” hukuk dünyasının ilk kez karşı karşıya kaldığı bir sorun değildir. Almanya gerek ülkesinde göçmen olarak bulunan Müslüman nüfustan kaynaklanan toplumsal sorunlar ve gerekse radikal Hristiyan cemaatlerin laik eğitim sistemi ile yaşadığı sorunlar nedeni ile benzer tartışmalarla hukuk çerçevesinde yüzleşmek zorunda kalmıştır. Bu çerçevede Türkiye'de yaşanan tartışmalara modern hukuk düzenlerinin ne şekilde çözümler ürettiği konusunda Almanya Anayasa Mahkemesinin^[1] kararları yol gösterici olabilir. Bu çalışmada, Almanya'da

[1] Almanya Anayasa Mahkemesinin Paralel Toplumlara yönelik kararları şunlardır:

BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 15. Oktober 2014 -2 BvR 920/14-, Rn. 1-33, http://www.bverfg.de/e/rk20141015_2bvr092014.html

bulunan Hristiyan mezheplerine müntesip radikal bazı ailelerin, dini ve ahlaki kaygılarla çocuklarını okula göndermemeleri, zorunlu eğitim hakkından mahrum bırakmaları, evde eğitim talebinde ısrar etmeleri ya da yine dini kaygılarla felsefe/etik dersinden muaf tutulma taleplerine yönelik Almanya Anayasa Mahkemesi kararlarına yer verilmektedir. Almanya Anayasa Mahkemesinin bu kararlarının, Türkiye`de benzer taleplerle zorunlu eğitim yükümlülüğünden tavizler koparmaya çalışan basta cemaat ve tarikat yapıları gibi paralel toplum örgütlenmelerinin talep ve isteklerine hukuki bir cevap niteliği taşıyacağı umut edilmektedir.

I. PARALEL TOPLUM KAVRAMI

Paralel toplum, esasen sosyolojik bir kavram olarak; bir ülkede bulunan toplum çoğunluğu ile entegre olamamış, dar homojen bir yapıda organize olan kendilerine ait değer yargılarının üstünlüğüne inanan, kendi mekânsal yaşam alanlarında toplanan, çoğunlukla devlete alternatif kurumlar ve örgütler üreten, çoğunluk toplumu ile rekabet halindeki toplumsal yapıları ifade etmek için kullanılmaktadır. Çoğunlukla göçmen kökenli azınlıkları içinde barındıran Avrupa toplumlarında sıkça rastlanan bir kavram olmakla birlikte aynı zamanda dini, etnik, kültürel ayrışma yaşayan azınlıkları tanımlamak için de paralel toplum kavramı sıklıkla kullanılmaktadır.

Paralel toplumlar, çoğunlukla din, milliyet veya kültürel temelde ayrışma ile ortaya çıkmakla birlikte zamanla ideolojik boyut kazanmakta ve devlet düzenine alternatif ve devlet düzeni ile rekabet eden yapılara da dönüşebilmektedir. Zira çoğunluk toplumuna yönelik devlet tarafından üretilen çözümler, pratikler ve yöntemler reddedilerek kendilerine ait kurumsal yapılar oluşturulmak sureti ile devlet düzenine alternatif sistemler oluşturulmaktadır. Mekânsal ayrışmalarla ya da kreşler, okullar, hastaneler, mescitler, camiler vb masum gibi görünen örgütlenmelerle başlayan bu süreç en uç ve zirve noktasında, devletin mutlak tekelinde bulunan kuvvet

BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 15. März 2007 -1 BvR 2780/06-, Rn. 1-49, http://www.bverfg.de/e/rk20070315_1bvr278006.html

BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 31. Mai 2006 -2 BvR 1693/04-, Rn. 1-33, http://www.bverfg.de/e/rk20060531_2bvr169304.html

BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 29. April 2003 -1 BvR 436/03-, Rn. 1-14, http://www.bverfg.de/e/rk20030429_1bvr043603.html

kullanma (*Gewaltsmonopol*), cezalandırma (*Strafmonopol*) ve yargılama (*Justizmonopol*) yetkilerine kadar örgütlenme düzeyine ulaşabilmektedir. Kendi uyumsuzluklarını kendi sistemleri arasında çözen, kendileri arasında kuvvet kullanabilen, cezalandırma sistemleri olan, kendi içlerinde vergi toplayan, kendi ibadethaneleri, okulları, kreşleri olan bu yapılar giderek çoğulcu toplumdan kopmakta ve anayasal devlet düzeninin öngördüğü sistem ile yarışan ve rekabet eden alternatif/paralel bir yönetim sistemi oluşturmaktadırlar. Türkiye’de cemaat ve tarikatların şu andaki ulaştıkları seviye ve siyasi iktidarlardan elde ettikleri tavizler ülke içerisinde anayasal vatandaşlık değerlerinden kopmuş, ülkenin genel sorunları, idealleri, değerleri ve kaygılarını paylaşmayan, kendi paralel evrenlerinde kendi değerleri ile yaşayan pek çok paralel toplumun ortaya çıkmasına yol açmıştır.

Dini veya ideolojik “Paralel Toplamlar”ın kendilerine ait bir lider/yönetici kadrosu bulunmaktadır. Bu lider kadro, yönettikleri azınlık toplumu ülkenin genelinden ve çoğunluktan ayıştırdıkları ölçüde güçlenirler ve iktidarlarını sağlamlaştırırlar. Silikleşen, kimliksizleşen, piyon haline getirilen bireyler artık büyümüş yığınlardan oluşmaktadır ve yönlendirilmeye açık hale gelmişlerdir. Lider kadro paralel toplumu izole edebildiği, duvarlarını sağlam ve yüksek inşa edebildiği, paralel toplumun bireylerini ideolojik olarak radikalleştirdiği ölçüde siyasi iktidarlara pazarlık şansını arttırabilmektedir. Lider kadro, bu yığınları çoğulcu toplum ile entegre olmaktan uzak tutmakta, din, tarih, ideoloji, gibi araçlar kullanılarak ayıştırma tahrik edilmektedir. Paralel toplumun artık kurumsallaşmaya başlaması ile birlikte kendi kurumları, kendi kreşleri, okulları, hastaneleri gibi örgütlenmelerle kendi ihtiyaçlarını giderebilen azınlık toplum kendi evrenlerinde yaşamaya alışmakta ve genel toplumsal değerlerin/toplumsal sözleşme değerlerinin süzölmüş hali olan Anayasaya bağlılıktan kopmaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere paralel toplumlar, ulusal ve uluslararası düzeyde göçten kaynaklanan sebeplerle ortaya çıkabileceği gibi, çoğunluk toplumundan kopan sosyal, kültürel, dinsel azınlıklardan da kaynaklanabilmektedir.

Paralel toplumlar zamanla devleti de esir almakta ve kendi dar çıkarları doğrultusunda tavizler koparabilmektedir. Devlet, anayasal devlet düzenini ve anayasal vatandaşlık ilkelerinin gerektirdiği temel ilke ve değerleri koruyup savunmadığında çoğulcu topluma karşı olan ideolojik tarafsızlığını kaybetmekte, belli bir ideolojiye angaje veya o ideolojiden taraf olmaktadır. Devleti yönetenlerin, toplumun genel çoğunluğu yerine çeşitli paralel toplumlarla

giriştiği bu menfaat ilişkisi bireyleri paralel toplumların kucağına itmekte ve genel çoğulcu toplumdaki koparmaktadır.

II. PARALEL TOPLUMLARIN AYIRT EDİCİ ÖZELLİKLERİ

Siyasi iktidarların dini veya ideolojik motivasyonlarla ve dayatmacı yöntemler kullanarak “toplumu yeniden inşa etme” misyonu çerçevesinde kız çocuklarının ayrı okullarda eğitim hizmetinden yararlanmalarının önünün açılmasına yönelik düşünceler, toplumsal yapı ile entegre olamamış dini yapıların taleplerine devletin yenik düşmesinin açık bir göstergesidir. Devlet, baskın çoğunluğun talepleri yerine toplumdaki paralel yapıların/toplumların taleplerini öncelemektedir. Bu önceleme veya tercih, azınlıkların temel hak ve özgürlüklerini pozitif yönde genişletme amacı ile değil tam tersine; uygulanması halinde uzun vadede toplum açısından tehdit oluşturacak ve toplumda dezavantajlı konumda bulunan kız çocuklarının aleyhine sonuçlar doğuracak şekilde tamamen dini ve siyasi motivasyonlarla yerine getirilmek istemektedir.

Aslında paralel toplum kavramı 1990’lı yılların başında, Doğu Avrupa’daki muhalif toplumsal grupların girişimlerini tanımlamak ve Doğu Bloku ülkelerinde sosyal karşı yapılar inşa etmek anlamında, pozitif anlam yüklenmek suretiyle medyada ve siyasi söylemlerde yerini almıştır.^[2]

Wilhelm Heitmeyer daha sonra göç tartışmaları için bu terimi bugünkü anlamıyla kullanmıştır. “Almanya’daki Türk gençleri için İslam önemli bir rol oynuyor” başlıklı makalesinde, “dini-siyasi grupların ‘paralel bir toplum’ yaratma tehlikesi” olduğunu belirtmiştir.^[3]

Hollandalı bir gazeteci olan Theo van Gogh’un İslamiyet’in kadına bakış açısı ile ilgili çekmiş olduğu bir belgesel nedeni ile Fas kökenli radikal İslamcı bir göçmen tarafından öldürülmesi ve aynı dönemde 2004 yılında Madrid, 2005 yılında Londra’da yaşanan saldırıların ardından “Paralel

[2] Thomas Meyer, *Die Bürgergesellschaft. Perspektiven für Bürgerbeteiligung und Bürgerkommunikation*, (Bonn: Dietz, 2002), 193.

[3] Wilhelm Heitmeyer, “Für türkische Jugendliche in Deutschland spielt der Islam eine wichtige Rolle.,” *Die Zeit*, 23.08.1996.

Toplum” kavramı giderek güncel tartışmaların konusu olmaya başlamıştır.^[4] Nitekim Alman Dil Kurumu, 2004 yılında yılın en çok gündemde olan ikinci sıradaki kavramının “Paralel Toplum” olduğunu açıklamıştır. Paralel toplum terimi böylelikle “sözde bir toplum varsayımı” ile ilişkilendirilmiştir. Paralel Toplum; çok kültürlü bir arada yaşamanın başarısızlığının ve egemen toplumun değer ve normlarının tanınmamasından kaynaklanmaktadır.^[5]

Thomas Meyer’e göre paralel toplumun özellikleri; ‘Etnik–kültürel veya kültürel–dinsel homojenlik, toplumsal yaşamın her alanında neredeyse eksiksiz olarak hükmeden sivil toplum yapıları, kapsamlı ekonomik ayrışma, çoğunluk toplumunun kurumsal örgütlenme yapısının neredeyse tamamen kopyalanması, gönüllü ayrıştırma biçimi ve yerleşim temelli veya sosyal etkileşimli ayrışma/ayrıştırma’ olarak sıralanabilir.^[6]

Klaus Bade paralel bir toplumun dört özelliğini; ‘Tek kültürlü bir kimlik, yerleşim yerinde ve günlük yaşamda da gönüllü ve bilinçli bir sosyal geri çekilme, büyük ölçüde ekonomik bir ayrışma ve devlet kurumlarının kopyalanması, çoğaltılması ve bu kurumlarla rekabet eden alternatif kurumların oluşturulması şeklinde sıralamaktadır.^[7]

Johannes Kandel’e göre paralel toplumlar şu temel unsurların bir araya gelmesi ile var olurlar; ‘Çoğunluk toplumu ile iletişimin sürekli olarak kopması dilsel, dinsel–kültürel ve gündelik ayrışma, sosyo-ekonomik ayrışma (alternatif ekonomilerin ve işgücü piyasalarının geliştirilmesi), paralel kurumların kurulması yoluyla ayrıştırma (örneğin eğitim alanlarında), psikolojik ve fiziksel zorlama noktasına kadar sosyal çevrenin üyeler üzerinde sosyal kontrolünü yoğunlaştırması (adeta kolektif bir hapisane şeklinde. Bu mahalle baskısı kavramı ile de açıklanabilir), demokratik hukuk sistemi

[4] Dirk Halm und Martina Sauer, “Parallelgesellschaft und ethnische Schichtung.” *APuZ Aus Politik und Zeitgeschichte* 1-2 (2006): 18- 24.

[5] Jessica Heesen, “Theoretische Überlegungen und Begriffsbestimmungen – “Parallelgesellschaft.” in *Begriffe und Interpretationen Grundlegungen für das interdisziplinäre Arbeiten im Projekt*, Herausgeber Bernhard Frevel. (Münster, 2019): 39.

[6] Meyer, *Perspektiven für Bürgerbeteiligung*, 193.

[7] Klaus J Bade, “Integration und Politik–aus der Geschichte lernen?,” *APuZ Aus Politik und Zeitgeschichte* 40-41 (2006): 4-5.

tarafından tanınan bireysel insan haklarının ve temel hakların kullanılmasının fiilen engellenmesi ve herkes için geçerli olan hukuk sistemiyle yan yana veya alternatif olarak birlikte uygulanacağı, kendi kendini yöneten bir hukuk bölgesinin oluşturulması’^[8]

Bu ortak özelliklerden yola çıkarak paralel toplumların, Türkiye’nin toplumsal yapısı üzerinde ciddi değişikliklere ve toplumun üzerinde müşterek bir uzlaşmaya vardığı anayasal değerler üzerinde ciddi kopuşlara yol açtığı görülmektedir.

III. PARALEL TOPLUM SİVİL TOPLUM FARKI

Sivil toplum örgütleri; benzer fiziksel veya duygusal özellikler taşıyan bireysel sermayelerin bir araya gelmesi ile oluşan bir sosyal sermayenin oluşturduğu sinerji, eylem ve hareket birliktelikleridir. Bu sinerji; amaç ve fikir birliğine dayalı olarak gönüllülük esasına dayalı çok çeşitli alanlarda ortaya çıkabilir. Bireylerin ilgi ve yeteneklerine göre bir araya gelerek oluşturdukları bu oluşumlarda kati ideolojik veya siyasi motivasyonlar çoğunlukla yer almaz. Daha heterojen, şeffaf, kamuya açık yapılardır.

Sivil toplum, siyasi kültürün oluşumu ve kendi kendini sürdürebilirliği için yaşamsal öneme sahiptir. Sosyal sermayenin yaratılması ve sürdürülmesine ilişkin araştırmaların gösterdiği gibi, ilgililerin kendi çıkarları ile topluluğun kamu çıkarlarının örtüştüğü, girişimlerde, ağlarda ve sivil toplum dost çevrelerinde birlikte çalışma fırsatı dayanışmanın yanı sıra güven, anlayış ve iş birliği ile karakterize edilen ortak bir siyasi kültürün eyleme dayalı yönelimlerinin oluşturulmasından yanadır. Herkesi birleştiren bir siyasi kültürün çekirdeğini oluşturan temel ortak eylem yönelimleri, ancak güvenilir ve kapsamlı bir şekilde ortak bir sosyal, sivil toplum ve siyasi eylem pratiğinden ortaya çıkabilir ve onun içinde sürekli olarak yenilenebilir. Toplumun tüm kesimleri tarafından paylaşılan sivil toplum eylem alanlarının yaratılması, demokratik siyasal bütünleşmenin zorlu ama vazgeçilmez bir koşuludur. Demokratik siyasi kültürün temelinde yatan karşılıklı güven ve dayanışma düzeyini inşa etmek için sivil toplum vazgeçilmez bir fırsat yapısıdır. Sosyal sermaye, demokratik siyasi kültürünün temelidir. Sivil toplum hareketleri

[8] Johannes Kandel, “Organisierter Islam in Deutschland und gesellschaftliche Integration.” *Politische Akademie der Friedrich-Ebert-Stiftung Referat Interkultureller Dialog* (September 2004): 10.

hem birleştirici bir siyasi kültürün gelişmesine hem de toplumsal ve siyasi bütünleşme sürecine çok önemli katkılar sağlar.

En başta gönüllülük esasına dayanan sivil toplumun yerini, ayrılmanın ve terk etmenin imkânsız hale geldiği, terk edilmesi durumunda katı bir dışlanma ile yüz yüze kalınabilecek yapılar devralmıştır. Seçimle oluşturulan sivil toplum organlarının aksine kast sistemine ve katı hiyerarşilere dayanan yapılar oluşmuştur. Sivil toplum örgütlerindeki üye giriş çıkışlarının serbestliği ilkesinin yerini çok daha katı kurallara dayalı mensubiyetler almıştır. Birey üzerinde sürekli bir mahalle baskısının varlığı özgür bir birey olma özelliğini yok etmiştir. Sivil toplumun tüm imkânları kullanılarak ancak sivil toplum suiistimal edilerek ve içi boşaltılarak oldukça motive iktidar adacıkları oluşturulmuştur. Paralel toplumlar homojen sivil toplum örgütlenmeleri etrafında yoğunlaşarak sivil toplum imkânları suiistimal edilmekte, kötüye kullanılmakta ya da araçsallaştırılmaktadır. Anayasal değerler, evrensel ahlak ya da toplumsal fayda gibi kavramların yerini daha dar çerçevede grup çıkarları ve dar grup menfaatleri almıştır.

Avrupa'da Almanya, Fransa, Hollanda gibi sürekli göç alan ülkelerde, meydana getirdiği sosyolojik değişiklikler ve bunlara paralel olarak artan kriminal olaylara dayalı olarak 2000'li yıllarda yoğun bir şekilde tartışılmaya başlanan paralel toplum gerçeği Türkiye'de önümüzdeki yıllara damga vuracak kavramların başında gelmektedir. Avrupa ülkeleri paralel toplumlarla yüzleşmek ve ortaya çıkan sorunlarla başa çıkmak için kapsamlı politikalar üretmek zorunda kalmıştır. Entegrasyon, dil ve kültür kursları, hoşgörü ve diyalog projeleri, radikalleşme ve kutuplaşmalara karşı politikalar Avrupa toplumlarının, paralel toplumlara karşı politika üretmek zorunda kaldıkları alanların başında gelmektedir. Paralel toplum, içinde yaşadığı toplumun anayasal düzenini çoğunlukla reddettiğinden anayasal devlet düzeni ile rekabet eden paralel hukuk sistemlerine, anayasal değerlerle rekabet eden paralel değerlere yol açabilmektedir. Evlilik, boşanma gibi ailevi sorunlar, miras ya da topluluk üyelerinin kendi aralarındaki ticari sorunların paralel bir evrende çözülmeye çalışıldığı alternatif yargı sistemleri ortaya çıkmaktadır. Çoğu zaman topluluğun dış itibarını sarsacak türden olaylar ve uyuşmazlıklar; "kol kırılır yen içinde kalır" mottosu ile açıklanacak şekilde grup içinde kapatılmakta veya üzeri örtülebilmektedir (kadın veya çocuklara şiddet, çocuk tacizi vb.).

Paralel toplumların bu dar ve bencil grup çıkar/menfaatine yönelik motivasyonu, grup bencilliğine yol açmakta ve içinde yaşanılan toplum değerlerinden/anayasal değerlerden kopmaya, ortak kader bilincinin terkine ve toplumda gerilimlere, artan radikalleşme ve kutuplaşmalara sebebiyet vermektedir. Son yıllarda Almanya, Fransa, İtalya gibi ülkelerde düzensiz göç ve entegrasyon eksikliği nedeniyle paralel toplumların meydana getirdiği en büyük tehdit, karşı reaksiyoner bir hareket olarak içinde var olduğu toplumlardaki aşırı milliyetçiliğin ve radikal karşı oluşumların taraftar kazanmasına yol açmalarıdır.

Türk sosyolojisi ve hukuk dünyası bu nedenlerle paralel toplumlardan kaynaklanacak problemlere hazırlıklı olmak zorundadır. Türkiye, gerek Cumhuriyet devrimlerine karşı reaksiyoner olarak örgütlenen ve güçlenen tarikat ve cemaat yapıları ve gerekse yoğun bir şekilde almış olduğu düzensiz göçün meydana getirdiği sosyolojik değişiklikler nedeniyle önümüzdeki yıllarda paralel toplum kavramı ile sıklıkla karşı karşıya gelebilecek potansiyel taşımaktadır. Paralel toplumlar çoğunlukla sivil toplum maskesi altında örgütlenmekte ve bu tür yasal oluşumlar etrafında faaliyetlerini sürdürmektedir. Ancak görünüşte ve resmîyette sivil toplum imkânlarından yararlanılsa da esasen sivil toplumdan ayrıldıkları pek çok özellikleri barındırmaktadırlar.

İçinde yaşanılan topluma karşı *kalıcı yabancılaşma*, toplumsal izolasyon, radikalleşme ve kutuplaşma; paralel toplumların klasik özellikleri arasındadır. Paralel toplumlar ne kadar izole, kapalı ve katı kurullarla oluşturulursa; demokratik bütünleşme için son derece sorunlu olan ve etno-kültürel veya kültürel–dini grupları birbirinden yabancılaştıran bir “dışlayıcı grup dayanışması” biçimini de o kadar fazla üretirler. Bu teorik perspektiften paralel toplumlar, kültürel olarak “farklı toplumsal grupların kalıcı yabancılaşmasını üreten” yapıları temsil ederler.

IV. ALMANYA ANAYASA MAHKEMESİNİN PARALEL TOPLUM İLE İLGİLİ KARARLARI

A) ALMANYA ANAYASA MAHKEMESİNİN 29 NİSAN 2003 TARİHLİ KARARI

Almanya Anayasa Mahkemesinin paralel toplumlarla ilgili makalede inceleceğimiz ilk kararı 2003 tarihli dir. Başvuru, reşit olmayan 2 okul öğrencisi ve yetkili temsilcileri olarak anne babaları tarafından yapılmıştır. Anayasa şikâyeti, ilkökul çağındaki çocukların ebeveynleri tarafından devlet okulları veya özel okullar dışında, evde eğitim verme izin taleplerinin reddedilmesi

işlemine yöneliktir. Şikayetçi ebeveynler ve okul çağındaki çocukları, İncil'e inanan bir Hıristiyan cemaatine mensuptur ve dini nedenlerle devlet okullarına gitmeyi reddetmektedir. Devlet ilkokuluna devam etme zorunluluğundan muaf tutulma taleplerinin reddedilmesiyle, Anayasa'nın 4 (1) ve 4 (2) maddeleri, 6 (2) maddesinin 1. cümlesi, 1.1 maddesiyle (insanlık onuru) bağlantılı olarak 2.1 maddesi (Kişiliğin Korunması ve Kişi Özgürlüğü) ve 3.1 maddeleri (Yasa Önünde Eşitlik, Ayrımcılık Yasağı) kapsamındaki temel haklarının ihlal edildiğini düşünmektedirler.^[9]

Bir yandan ebeveynlerin dini inançlarını çocuklarına aktarma ve onları yanlış veya zararlı olduğu düşünülen dini inançlardan uzak tutma hakkı,^[10] diğer yandan çocukların buna uygun olarak eğitime hakkı ile devletin Anayasa'nın 7 (1) maddesinden^[11] kaynaklanan ve ebeveynlerin eğitim hakkına eşdeğer olan eğitim yetkisi arasındaki çatışmanın çözümü pratik

[9] **Alman Anayasasının 4. maddesi:** *Din, Vicdan ve İnanç özgürlüğü; Askerlik Hizmetinin Reddi*

- 1- Din ve vicdan özgürlüğü ile din ve dünyevi inanç özgürlüğüne dokunulamaz.
- 2- Dinin rahatsız edilmeden uygulanması güvence altındadır.
- 3- Hiç kimse, vicdanına aykırı olarak, silahlı savaş hizmetine zorlanamaz. Konunun ayrıntıları federal yasayla düzenlenir.

Alman Anayasasının 6. maddesi: *Evlilik, Aile ve Evlilik Dışı Çocuklar*

- 1- Evlilik ve aile, devlet düzeninin özel koruması altındadır.
- 2- Çocukların bakım ve eğitimi, ana ve babanın doğal hakkı ve en önde gelen yükümlülüğüdür. Devlet toplumu, onların bu görevi yerine getirmelerini gözetir.
- 3- Velilerin iradesine aykırı olarak çocukları ailelerinden ayırmak, ancak bir yasaya dayanarak ve velilerin yükümlülüklerini yerine getirmemeleri veya başka nedenlerle çocukların bakımsız kalmaları durumunda olanaklıdır.
- 4- Her anne, toplumun koruma ve himayesini isteme hakkına sahiptir.
- 5- Evlilik dışı çocuklara, yasa yoluyla bedeni ve manevi gelişmeleri ve toplum içindeki konumları bakımından, evlilik içi çocuklarla eşit koşullar sağlanır.

[10] Bundesverfassungsgerichtsentscheidung, 93.

[11] **Alman Anayasasının 7. maddesi:** *Okul Rejimi*

- 1- Tüm okul sistemi Devletin denetimi altında olacaktır.
- 2- Yasal vasiler, çocuğun din eğitimine katılımı konusunda karar verme hakkına sahiptir.

uyum ilkesi uyarınca^[12] şikayetçilere, başvuru yaptıkları evde eğitim izninin verilmesini gerektirmemektedir.

Devlet ilkokuluna devam etme zorunluluğu, devletin eğitim görevini yerine getirme meşru amacına hizmet eder ve bu amaca ulaşmak için uygun ve gerekli bir yöntem olarak kabul edilmektedir. Bu görev sadece bilgi aktarımına değil, aynı zamanda çoğulcu bir toplumda demokratik süreçlere eşitlik temelinde ve bütüne karşı sorumlu bir şekilde katılabilecek sorumlu vatandaşların oluşturulmasına yöneliktir. Devletin eğitim yetkisinin, bilgi aktarma hedefine ulaşmak için evde eğitimin uygulanmasının ve başarısının düzenli olarak izlenmesiyle sınırlandırılmasının daha hafif ve bu açıdan eşit derecede uygun bir araç olduğu doğru olabilir. Ancak, evde eğitimin sadece devlet tarafından kontrol edilmesi, eğitimin sosyal ve yurttaşlık yetkinliği kazandırma hedefi açısından aynı derecede etkili bir yöntem olarak değerlendirilmemesi yanlış olacaktır. Muhaliflere karşı da sosyal yetkinlik, hoşgörü, atılganlık ve çoğunluktan farklı bir kanaatin kendini savunması, toplumla ve toplumda temsil edilen çok çeşitli görüşlerle temasların ancak düzenli okula devamla ilişkili günlük bir deneyimin parçasıysa daha etkili bir şekilde uygulanabilir.

Devlet ilkokuluna devam etme zorunluluğuyla bağlantılı olarak şikayetçilerin, evde eğitim izni verilmesine yönelik taleplerinin reddi; ebeveynlerin

3- Mezhepsel olmayan okullar hariç olmak üzere, din eğitimi devlet okullarında olağan bir derstir. Devletin denetim hakkı saklı kalmak kaydıyla, din eğitimi dini cemaatlerin ilkelerine uygun olarak verilir. Hiçbir öğretmen kendi isteği dışında din eğitimi vermeye zorlanamaz.

4- Devlet okulları kurma hakkı güvence altına alınacaktır. Devlet okullarının yerine geçecek devlet okulları, devletin onayını gerektirir ve Ülke yasalarına tabi olur. Devlet okulları, öğretim amaçları ve olanakları ve öğretmenlerinin akademik eğitimi bakımından devlet okullarından daha aşağı değilse ve öğrencilerin ebeveynlerinin mülkiyet durumuna göre ayrılması teşvik edilmiyorsa onay verilir. Öğretmenlerin ekonomik ve yasal durumlarının yeterince güvence altına alınmaması halinde onay verilmez.

5- Özel bir ilköğretim okuluna ancak eğitim idaresinin özel bir eğitim ilgisi görmesi halinde ya da velilerin veya vasilerin talebi üzerine bir cemaat okulu ya da mezhepsel veya ideolojik bir okul olarak kurulacaksa ve belediyede bu türden bir devlet ilköğretim okulu yoksa onay verilir.

[12] Bundesverfassungsgerichtsentscheidung, 93, 1

bakım ve gözetim yükümlülüğün yerine getirilmesinin, devletin eğitim görevine ve bunun arkasındaki kamu yararı çıkarlarına sağlayacağı yararlar da orantılıdır. Genel kamunun “dini veya ideolojik motivasyonlu paralel toplumlar”ın ortaya çıkmasını engellemek ve bu alandaki azınlıkları entegre etmek konusunda meşru bir çıkarı vardır. Entegrasyon sadece nüfusun çoğunluğunun dini veya ideolojik azınlıkları dışlamamasını gerektirmez, aynı zamanda kendilerini ayırttırmamalarını ve farklı düşünen ve inananlarla diyaloga kendilerini kapatmamalarını da gerektirir. Açık çoğulcu bir toplum için bu tür azınlıklarla diyalog bir zenginliktir. Bunu hoşgörüyü yaşamak anlamında uygulamak ilkokulda bile önemli bir görevdir. Bir sınıf topluluğunda geniş bir inanç yelpazesinin varlığı, demokratik karar alma süreçleri için temel bir ön koşul olarak tüm öğrencilerin hoşgörü ve diyalog becerilerini sürdürülebilir bir şekilde geliştirebilir.

Okula devam zorunluluğunun bir sonucu olarak temel hak ve özgürlüklerde meydana gelen bozulmalar, bu durumdan etkilenen kişiler için makuldür. Çünkü bu bozulmaların şiddeti, farklı dini inançları dikkate alma yükümlülüğü ve ebeveynlerin çocuklarının okul içinde ve özellikle de okul dışında yetiştirilmelerini etkileme imkanlarının devam etmesi ile ebeveynler ve öğrenciler için makul olmama eşiğinin aşılmamasını sağlayacak şekilde hafifletilmektedir. Bu bağlamda, devlet okullarının tarafsızlık ve hoşgörü yükümlülüğü, münferit durumlarda Anayasa'nın 7(4) maddesi temelinde ilgili kişilerin dini inanç ve bağlarını dikkate alan bir devlet okuluna geçme imkânı dışında, ilk bahsedilen açıdan özellikle önemlidir. Bu yükümlülük, sıkı bir şekilde yerine getirildiği takdirde, sadece makul olmayan inanç ve vicdan çatışmalarının ortaya çıkmamasını^[13] ve öğrencilerin cinsel eğitim alanında da endoktrine edilmemesini^[14] sağlamakla kalmaz. Aksine, devleti, okuldaki öğretmenleri aracılığıyla, şikayetçiler gibi ideolojik azınlık konumlarını temsil eden kişilere karşı hoşgörü gösterilmesi için aktif olarak çalışma yükümlülüğü altına sokmaktadır. Giderek sekülerleşen çoğulcu bir toplumun görüş ve değerleriyle yüzleşmek, kendi dini inançlarıyla çelişmesine rağmen, okula devam etmekle bağlantılıdır ve şikayetçilerden beklenmelidir.

[13] Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 41, 29.

[14] Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 47, 46.

Anayasa'nın 3 (3) maddesinin^[15] 1. cümlesi, ilkokula gitme zorunluluğuyla ilgili olarak, şikayetçilerin, okul eğitimi yoluyla dini inançlarıyla çatışmaya girmeyen nüfusun çoğunluğunun üyeleriyle aynı şekilde muamele görmesi nedeniyle ihlal edilmemektedir. Genel olarak okula devam zorunluluğu ve bu zorunluluktan muafiyetin reddedilmesi, devletin eğitim görevini yerine getirmeye hizmet etmektedir ve Anayasa'nın 3 (3) maddesinin 1. cümlesinin gerektirdiği gibi dini inançlarla bağlantılı değildir.

B) ALMANYA ANAYASA MAHKEMESİNİN 2006 YILINDA VERDİĞİ KARAR

Almanya Anayasa Mahkemesinin Paralel Topluluklarla ilgili ikinci kararı 2006 tarihlidir. İnançları gereği çocuklarını büyütürken İncil'in ölçü ve ilkelerine birebir riayet etmek ve çocuklarını Allah'ın emirlerine ters düşen etkilerden uzak tutmak zorunda hisseden müştekiler, üç kız çocuğunu da evlerinden alıkoymuşlardır. 2001/2002 öğretim yılının başından beri çocuklara anneleri tarafından evde eğitim verilmektedir. Çocuklar aynı zamanda Siegen'deki Philadelphia okuluna kayıtlıdır; bu okul, velilere mektupla eğitim veren bir okul gibi eğitim materyalleri ve diğer destekler sağlamaktadır.

Şikâyetçilere Alman Ceza Kanununun 171. maddesine göre ceza davası açılmış, ancak yapılan yargılama sonucu ebeveynler bu ceza davasından beraat etmişlerdir. Bölge mahkemesi şikâyetçileri beraat ettirdikten sonra, savcılığın açtığı HessSchulG 182 (1) maddesi uyarınca; başkalarını zorunlu eğitimden kalıcı olarak mahrum bırakmaktan dolayı suçlu bulmuş ve günlük 10 avro olmak üzere 80 defa cezalandırılmalarına karar vermiş; Bölge Yüksek Mahkemesi, Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca şikâyetçilerin yaptığı itirazı da reddetmiştir.

[15] **Madde 3:** *Yasa Önünde Eşitlik; Ayırıcılık Yasası*

1- Bütün insanlar yasa önünde eşittirler.

2- Erkek ve kadınlar eşit haklara sahiptirler. Devlet, kadın ve erkeklerin eşitliğinin gerçekten sağlanmasını özendirir ve varılan dezavantajların giderilmesi için çaba gösterir.

3- Cinsiyeti, soyu, ırkı, dili, yurdu ve kökeni, inancı, dini veya siyasi görüşleri dolayısıyla hiç kimse mağdur edilemez ve hiç kimseye imtiyaz tanınmaz. Hiç kimse özürlü ve sakatlığından dolayı mağdur edilemez.

Şikayetçiler, daha sonra Anayasa Mahkemesine başvurarak; Anayasa'nın 4 (1) maddesi, Anayasa'nın 6 (1) ve 6 (2) maddeleri ve Anayasa'nın 103 (1) maddesi kapsamındaki temel haklarının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

Ebeveynler; bağlı oldukları din kuralları ile devletin yasal kuralları arasında vicdani bir çatışma içinde olduklarını ve yalnızca dini inançlarına göre hareket ettiklerini; bu nedenle Anayasanın din özgürlüğü, ebeveyn hakları ve ailenin özel olarak korunması hükümlerinin ceza hukuku kapsamında mahkum edilmelerine izin vermediğini savunmaktadırlar.

Hem bireysel öğretim konularının ele alınışı, yani cinsel hoşgörü imajına yönelik okullardaki cinsel eğitim, evrim teorisinin öğretilmesi ve "hipnotik, Budist ve ezoterik (New Age) uygulamaların" gerçekleştirilmesinin hem okulun değer ve görüşlerin çoğulculuğuna yönelmesinin, temel inançlara ve zorunlu ilahi normlara uyma eğitim hedefleriyle bağdaşmadığını iddia etmekte ve bu nedenle çocuklarını zorunlu eğitim imkânlarından haklı olarak mahrum bıraktıklarını ileri sürmektedirler.

Aileye göre evde verilen eğitim imkânı ile dini özgürlükler ve eğitim haklarının gerektirdiği uygulamalar, özellikle de çocuklara sosyal davranışlar evde eğitim yoluyla aynı şekilde öğretilebileceğinden, devletin eğitim görevinin gerisinde kalınmamıştır.

Anayasa'nın 4 (1) maddesinde güvence altına alınan inanç özgürlüğü aynı zamanda inançlarına uygun bir şekilde yaşama hakkını ve hareket etme özgürlüğü^[16] de kapsamaktadır. Anayasa'nın 6. maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesi ile bağlantılı olarak Ebeveynlerin çocuklarına bakma ve onları yetiştirme hakkını güvence altına alan Anayasa'nın 4. maddesinin 4. Paragrafı ve Anayasa'nın 4 (1) maddesi, çocukların dini ve ideolojik bir ortamda yetiştirilmesi hakkını da tanımaktadır. Bu hükme göre, ebeveynler, çocuklarına kendi felsefi inanç ve dünya görüşlerine göre eğitimlerini vermek ve mensup olmadıkları/paylaşmadıkları görüşlerden onları uzak tutma hakkına da sahiptirler.^[17]

Bu temel hak, kanunla herhangi bir çekinceye/istisnaya tabi tutulmamış olsa bile, anayasanın kendisinden kaynaklanan kısıtlamalara tabidir. Buna

[16] Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 32, 98; 93.

[17] Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 41, 29.

göre; Anayasa'nın 7 (1) maddesinde devlete verilen eğitim yetkisi^[18] ve bu devlet yetkisini somutlaştırmak için yürürlüğe konan “genel zorunlu eğitim” ebeveynlerin çocuklara bakma ve yetiştirme haklarının birinci derecede istisnasını oluşturmaktadır. Ebeveynlerin çocuk yetiştirme hakkı ile devletin eğitime görevi arasında bir denge oluşturulması gerekmektedir.^[19]

Devlet, ebeveynlerden bağımsız olarak kendi eğitim hedeflerini takip edebilirse de^[20] bunu yaparken ebeveynlerin eğitim fikirlerine karşı tarafsızlık ve hoşgörü göstermelidir. Devlet, belirli bir siyasi, ideolojik veya ideolojik yönelimin hizmetinde hedefe yönelik bir etki uygulayamaz; ayrıca, kendisinden kaynaklanan veya kendisine atfedilebilecek önlemler yoluyla, açıkça veya zımnen belirli bir inanç veya ideoloji ile özdeşleşemez ve böylece bir toplumdaki dini barışı kendi isteğiyle tehlikeye atamaz.^[21] Buna göre, devlet okullarının organizasyonunda Hristiyan referanslar doğrudan doğruya yasak olmamakla birlikte okulların; diğer ideolojik ve dini içerik ve değerlere de açık olması gerekir.^[22]

“İnanç özgürlüğü”, Anayasanın değerler sisteminin bir parçası olarak, hoşgörü gerekliliğine bağlıdır ve özellikle Anayasa'nın 1 (1) maddesinde güvence altına alınan ve en yüce değer olarak Anayasanın tüm değerler sistemine hakim olan “insan onuru”yla ilgilidir.^[23] Bu nedenle, belirli bir inanç tutumundan kaynaklanan faaliyetler ve davranışlarla, dini bir motivasyonun yokluğunda devletin bu tür davranışlar için öngördüğü yaptırımlar eşit şekilde değerlendirilmemelidir. Her somut olayda, olayın özel koşulları altında, bir cezanın devlet cezası anlamını yerine getirip getirmediği araştırılmalıdır. Fail, adalet duygusundan yoksun olduğu için devletin yasal düzenine isyan etmiyorsa, ancak kendisini genel yasal düzenin kişisel inanç buyruğuyla çatıştığı sınırdaki bir durumda görüyorsa ve burada inancın daha yüksek buyruğuna uyma yükümlülüğü hissediyorsa bunun ayrı değerlendirilmesi gerekir. Tüm

[18] Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 34, 165; 93.

[19] Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 93, 1.

[20] Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 34, 165; 47, 46.

[21] Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 93, 1; 108.

[22] Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 108, 282.

[23] Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 6, 32; 27; 30.

kamu otoritelerinin ciddi inançlara saygı gösterme görevi, var olan yasal bir görev ile inancın bir emri arasındaki somut çatışma, suçluyu, kendisini bir kanun kaçağı olarak damgalayacak olan cezanın, insanlık onurunu ihlal eden aşırı bir sosyal tepki olarak ortaya çıkacağı bir ruhsal sıkıntıya sokarsa burada daha özel ve hassas bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.^[24]

Ancak Anayasa'nın 4 (1) maddesi ışığında, ceza normlarının kasıtlı olarak ihlal edilmesi bir tercih aracı olarak değil, ancak devlet ve dini davranış gereklilikleri arasında başka türlü çözülemeyecek bir vicdani çatışmada “son çare” olarak kabul edilmelidir. “Vicdani çatışma”, cezai sorumluluktan kaçınan diğer bariz eylem alternatifleri ile makul bir şekilde çözülebiliyorsa, yukarıda belirtilen anlamda “insanlık onuru” ilkesinin garanti içeriğini etkileyen bir zihinsel sıkıntıdan bahsedilemez. Dini inancını hukuk düzenine uygun bir şekilde yerine getirmek için bu tüm olanaklardan bilinçli olarak yararlanmayan bir kişi, yalnızca öznel olarak daha yüksek dereceli ve kaçınılmaz bir inanç emri nedeniyle zihinsel bir çıkmazdan dolayı hukuk düzenine karşı isyan etmesine izin verilmesi gerektiğini iddia edemez.

Şikayetçilerin çocuklarının Hessen Eğitim Yasası kapsamında tanınan bir okulda derslere katılma zorunluluğu, ebeveynlerin bakım ve eğitim haklarının izin verilebilir bir kısıtlamasını oluşturmaktadır. “Uygun ve gerekli bir araç olarak zorunlu eğitim”, devletin eğitim görevini yerine getirme meşru amacına hizmet eder. Bu görev sadece bilginin aktarılması ve kendi sorumluluğunu taşıyan bir kişiliğin yetiştirilmesine yönelik değildir. Aynı zamanda çoğulcu bir toplumun demokratik süreçlerine eşit ve sorumlu bir şekilde katılan sorumlu vatandaşların yetiştirilmesine yöneliktir. Muhaliflere karşı da sosyal yetkinlik, hoşgörü ve çoğunluktan farklı bir kanaatin kendini savunması, toplumla ve toplumda temsil edilen farklı görüşlerle temasların sadece ara sıra gerçekleşmesi değil, okula düzenli devamla bağlantılı günlük bir deneyimin parçası olması halinde daha etkili bir şekilde uygulanabilir.^[25]

Dahası, “okula devam zorunluluğu şeklinde uygulanan meşru yöntem”, devletin eğitim görevi ve bunun arkasındaki kamu yararı çıkarları için sağlayacağı fayda ile orantılı ve gerekli bir yöntemdir. Kamunun, dini veya ideolojik motivasyonlu “paralel toplumların” ortaya çıkmasını engellemek ve azınlıkları entegre etmek konusunda meşru bir çıkarı vardır. Entegrasyon

[24] Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 32, 98.

[25] Bundesverfassungsgerichtsentscheidung Kammer 1, 141.

sadece nüfusun çoğunluğunun dini veya ideolojik azınlıkları dışlamamasını gerektirmez; aynı zamanda kendilerini ayrıştırmamalarını ve farklı düşünen ve inananlarla diyaloga kendilerini kapatmamalarını da gerektirir. Açık ve çoğulcu bir toplum için bu tür azınlıklarla diyalog bir zenginliktir. Bunu hoşgörü anlamında uygulamak devlet okulunun önemli bir görevidir. Bir sınıf topluluğunda geniş bir inanç yelpazesinin varlığı, demokratik kimlik oluşturma süreçlerinin temel bir önkoşulu olarak tüm öğrencilerin hoşgörü ve diyalog kurma becerilerini sürdürülebilir bir şekilde teşvik edebilir.^[26]

Şikayetçilerin iddia ettiklerinin aksine, zorunlu okul eğitiminin fikir ve değerler açısından çoğulcu olmasında anayasal bir sakınca yoktur. İdeolojik–dinsel tarafsızlık görevi, belirli inançlara ayrıcalık tanınmasını ve diğer inançlara sahip kişilerin dışlanmasını yasaklar.^[27] Geniş bir fikir ve görüş yelpazesine açıklık, özgür demokratik bir yönetimde devlet okulunun kurucu ön koşuludur. Ne devletin ideolojik ve dini tarafsızlık gerekliliğini diğer görüşlerin aleyhine olacak şekilde ihlal etme riskiyle karşı karşıya kalacağı, şikayetçilerin inançlarına yönelik tek taraflı bir okul eğitimi ne de okul çocuklarının toplumda temsil edilen geniş bilimsel ve ahlaki–etik görüş yelpazesinden tamamen izole edilmesi bununla tutarlıdır. Bunun ötesinde, böyle bir görüş, şikayetçilerin Anayasa'nın 6 (2) maddesi ile bağlantılı olarak 4 (1) maddesi kapsamındaki hakları ile devletin Anayasa'nın 7 (1) maddesi kapsamındaki eğitim görevi arasında pratik uyum yoluyla dikkatli bir denge kurma gerekliliği ile uyumlu olmayacaktır.^[28] Bu nedenle, şikayetçilerden, kendi dini inançlarıyla çelişmesine rağmen, çocuklarının okula devam etmeleriyle bağlantılı olarak, ağırlıklı olarak laik, çoğulcu bir toplumun görüş ve değerleriyle yüzleşmelerini ilke olarak kabul etmeleri beklenebilir.^[29]

Şikâyetçilerin beyanı, eğitim meselelerinde “devletin tarafsızlığı ve hoşgürüsü” gerekliliğinin göz ardı edildiğini göstermemektedir. Okul, cinsel eğitimin bir parçası olarak cinsel yolla bulaşan hastalıklar ve doğum kontrol yöntemleri hakkında bilgi vererek tarafsızlık yükümlülüğünü ihlal etmemiştir. Okulun, belirli bir cinsel davranışı savunmak ya da reddetmek amacıyla

[26] Bundesverfassungsgerichtsentscheidung Kammer 1, 141.

[27] Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 108, 282.

[28] Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 93, 1.

[29] Bundesverfassungsgerichtsentscheidung Kammer 1, 141.

öğrencilere telkinde bulunmaya çalıştığı da açık değildir. Ebeveynler, veli akşamlarında öğretmenlerle iş birliği içinde bu konunun işlenişini etkilemeye ve evde eğitimde bu konunun işlenişine eşlik etmeye davet edildikleri için bu durum daha da geçerlidir. Müfredata göre, evrim teorisinin biyoloji dersleri çerçevesinde öğretilmesi ve yaratılış hikayesinin işlenmesinin din dersleriyle sınırlı olması da sakıncalı değildir.

Şikâyetçilere uygulanan cezai yaptırım, Anayasa'nın 6 (2) maddesi ile bağlantılı olarak 4 (1) maddesi ışığında orantısız değildir. Şikâyetçiler, ciddi bir dini inanç ile devlet tarafından dayatılan zorunlu eğitim arasında –ruhsal sıkıntı seviyesine ulaşan– çözülemez bir vicdani çatışma içinde olduklarını iddia edemezler. Çocuklarının tanınmış bir okulun derslerine katılması gibi kanunla dayatılan bir yükümlülük ile kendi dini inançları arasındaki çelişki, burada yasaklayıcı kanuna aykırı hareket etmekte haklı olacakları kadar bir çıkmaz ve umutsuzluk içine sokmamaktadır.

Ayrıca müfredatın belirli içeriklerinin işlenmesine tahammül etmek zorunda kaldıkları ölçüde, çocuklarını inanç konularında kendi fikirlerine göre eğitmeleri nesnel olarak makul olmayan bir şekilde engellenmemiştir. Okul, dini ve ideolojik konularda kendi inançlarını çocuklarına aktarmalarını engellememiştir.

Şikâyetçiler, çocuklarının yabancı inanç ve görüşlerden tamamen uzak tutulması gerekliliğini iddia edemezler; farklı inançlara yer veren bir toplumda, Anayasa'nın 4 (1) maddesi böyle bir hak tanımamaktadır.^[30]

Bölge Mahkemesi'nin bu konuda belirleyici olan bulgularına göre, şikâyetçiler, derslerin ve özel okul etkinliklerinin düzenlenmesinde daha fazla etkiye sahip olmak için veli toplantılarına katılmamış veya çocuklarının okuldaki eğitimiyle ilgili endişelerini dile getirmemişlerdir. Genel olarak, davranışları, ciddi bir vicdani çatışma durumunda beklenecek şekilde okula karşı kendi bakış açılarını tutarlı bir şekilde savunmaya çalışacaklarını göstermemektedir.

Buna ek olarak, en büyük üç kızın okuldan tamamen dışlanması orantısız bir önlemdir. Şikâyetçiler, kızları S.'nin eğitimiyle ilgili olarak okulla herhangi bir ihtilafa düşmediklerini, ancak yine de okula devam etmesini engellediklerini belirtmişlerdir. Bunun dışında, şikâyetçilerin şikâyetleri sadece bireysel sorunlarla ilgilidir. Münferit, geçici olaylar olup, şikâyetçiler

[30] Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 93, 1.

bu münferit olaylardan vardıkları sonuç neticesinde çocuklarının okula devam etmesini beklemenin artık makul olmadığına karar vermişlerdir. Şikâyetçiler, çocuklarını Matematik ve yabancı diller gibi ideolojik bir içerik taşımayan derslerden neden mahrum bıraktıklarını da açıklayamamaktadırlar.

Ayrıca, şikâyetçiler yaşamış oldukları münferit sorunları asmak için çocuklarını başka bir devlet okulunda eğitim görmesi gibi öncelikli bir alternatifi ciddi bir şekilde araştırdıklarını da ayrıntılı olarak göstermemişlerdir.

C) ALMANYA ANAYASA MAHKEMESİNİN 15 MART 2007 TARİHLİ KARARI^[31]

Almanya Anayasa Mahkemesinin paralel toplumlarla ilgili 3.kararı 2007 tarihlidir. Aralık 1993 doğumlu olan şikâyetçilerden birisi, Berlin Eyaletindeki bir devlet okulunun yedinci sınıfına devam etmekte olan bir öğrencidir. Diğer şikâyetçiler ise öğrencinin ebeveynleridir. Davacılar Protestan mezhebine mensup Hıristiyanlardır. Anayasa şikâyeti, Berlin Eyaletinde “seçme imkânı olmaksızın” etik derslerine katılım zorunluluğunun temel hak ve özgürlükleri ihlal ettiği iddiasına dayanmaktadır.

Berlin Eyaleti Okul Kanunu uyarınca etik dersi, devlet okullarının 7 ila 10. sınıflarındaki tüm öğrenciler için zorunlu bir ders haline gelmiştir. Etik dersi, Okul Kanunu m. 13 de düzenlenen, ideolojik ve dini cemaatler tarafından desteklenen ve katılımın gönüllü olduğu ideolojik ve dini derslerin yanı sıra, seçme imkânı olmayan zorunlu bir ders niteliğindedir. Okul Yasası, din eğitimine katılan öğrenciler için etik derslerine katılma zorunluluğundan muafiyet öngörmemektedir.

Yasal olarak öngörülen etik eğitimi, Berlin Eğitim, Gençlik ve Spor Senatörlüğü tarafından yayınlanan “Ortaöğretim I. Kademe Çerçeve Müfredatı” tarafından içerik açısından daha da geliştirilmiştir.

Temmuz 2006’da ebeveynler Berlin’deki okul idaresine başvurarak çocuklarının etik derslerine katılmaktan muaf tutulmasını talep etmişlerdir. Başvurularına gerekçe olarak dini hassasiyetlerini ve vicdani retlerini göstermişlerdir. Şikâyetçi anne ve baba hem Okul Kanunu § 46.5 cümle 1 uyarınca hem de doğrudan Anayasa’nın 4. ve 6. maddeleri gereği etik derslerinden

[31] BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 15. März 2007–1 BvR 2780/06 -, Rn. 1-49, http://www.bverfg.de/e/rk20070315_1bvr278006.html

muaf tutulma hakkına sahip olduklarını iddia etmişlerdir. Buna ek olarak, şikâyetçiler İdare Mahkemesi'ne başvurarak Berlin Eyaleti'nin, davanın esası hakkında bir karara varılana kadar çocuklarının etik derslerine katılmaktan muaf tutulması için tedbir kararı almasını talep etmişlerdir.

İdare mahkemesi bu başvuruyu reddetmiş ayrıca çocuklarının devam ettiği okulun müdürü de etik derslerinden muafiyet başvurusunu reddetmiştir. Yüksek İdare Mahkemesi de İdare Mahkemesinin kararına karşı yapılan şikâyeti temelsiz bulmuştur.

Başvurucular, Yüksek İdare Mahkemesi'nin kararına karşı yaptıkları anayasa şikâyetiyle Anayasa'nın 2 (1), 4 (1), 4 (2) ve 6 (2) maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmektedirler. Dolaylı olarak, etik dersinin, Okul Kanunu uyarınca, bu dersten muaf tutulma imkânı olmaksızın düzenli bir ders olarak verilmesine de itiraz etmektedirler. Anayasa Şikâyetinde başvuru, esasen şu hususları belirtmektedirler:

a) Etik dersinin kayıt sildirme imkânı olmaksızın zorunlu ders olarak sunulması, çocuklarının din eğitimine erişimini daha da zorlaştırmaktadır. Kendisine etik ve din eğitimi arasında seçim yapma imkânı tanınmaması, etik dersine katılma zorunluluğu ile ek bir külfete maruz kalmasına ve dolayısıyla kendisini bir çıkmazın içinde bulmasına neden olmuştur. Başvuruculara göre zorunlu etik dersinin getirilmesinden bu yana, din eğitimine katılanların sayısı dörtte bir ile üçte bir oranında azalmıştır. Din eğitimine katılanların sayısındaki düşüş, ilgili öğrencilerin bu dersi ek iş yükü olarak görmelerinin bir sonucudur.

b) Etik dersine katılma zorunluluğu, konunun içeriği Hıristiyan inancıyla çeliştiği için din özgürlüğü temel hakkını da ihlal etmektedir. Zira etik dersinin temellerinden biri felsefedir. Felsefi düşüncede insan her şeyin ölçüsüdür. Her felsefe Tanrı'nın var olmadığını varsayar ve bu anlamda ateist ya da tanrısızdır. Sonuç olarak, etik konusu seküler ya da laik bir dünya görüşüne dayanmaktadır. (Etik derslerinin inanç özgürlüğünü ihlal edip etmediği sorusu, kesin olarak ilk şikâyetçinin en kişisel inancına bağlıydı. Din özgürlüğü temelinde, tüm davranışlarını inancının öğretilerine göre yönlendirme ve dini inançları doğrultusunda hareket etme hakkına sahipti).

Yüksek İdare Mahkemesi, ihtilafı konunun inanç ve itikat açısından tarafsız olacak şekilde tasarlandığı kanaatine vardığı ölçüde, konunun tasarımının

Hristiyan inancıyla çelişen ateist bir dünya görüşüne dayandığını dikkate almamıştır.

Şikâyetçiler din eğitiminin “seçenek veya alternatif” anlamında ahlak eğitimi yerine ikame bir ders olarak düzenlenmesini talep etmektedirler. Şikâyetçilere göre çocuklarının etik dersinden muaf tutulması taleplerinin reddi, şikâyetçilerin Anayasa'nın 4 (1) ve 4 (2) maddeleriyle güvence altına alınan din özgürlüğünü ve Anayasa'nın 6 (2) maddesiyle güvence altına alınan ebeveyn eğitim hakkını ihlal etmektedir.

Mevcut uygulama çocuğun din dersine katılımını Anayasa'nın 4 (1) ve 4 (2) maddeleri ile 6 (2) maddesine aykırı bir şekilde engellemektedir. Anayasa'nın 4 (1) ve 4 (2) maddelerinde güvence altına alınan inanç özgürlüğü, kişinin kendi dini inançlarına göre yaşama ve hareket etme hakkını içerir.^[32] Ebeveynlerin çocuklarına bakma ve yetiştirme hakkını garanti altına alan Anayasa'nın 6 (2) maddesinin 1. cümlesi ile bağlantılı olarak, Anayasa'nın 4 (1) ve 4 (2) maddeleri çocukların dini ve ideolojik bir şekilde yetiştirilmesi hakkını vermektedir. Buna göre, inanç ve ideoloji konularında çocuklarına inançlarını aktarmak^[33] ve paylaşmadıkları görüşleri onlardan uzak tutmak^[34] ebeveynlerin görevidir. Ancak yukarıda belirtilen temel

[32] Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 32, 98.

[33] Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 41, 29.

[34] Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 93, 1.: Anayasa, inanç özgürlüğünü garanti eder. Buna göre bir inancın lehinde ya da aleyhinde karar vermek devletin değil bireyin meselesidir. Devlet, herhangi bir inancı veya dini ne emredebilir ne de yasaklayabilir. Ancak inanç özgürlüğü, yalnızca bir inanca sahip olma özgürlüğünü değil, aynı zamanda kişinin kendi inançlarına göre yaşama ve hareket etme özgürlüğünü de içerir. Özellikle inanç özgürlüğü, bir inancın buyurduğu veya ifade bulduğu kült eylemlere katılımı garanti eder. Tersine bu, paylaşılmayan bir inancın kült eylemlerinden uzak durma özgürlüğüne tekabül etmektedir. Bu özgürlük, bir inancın veya bir dinin temsil edildiği sembollerle de ilgilidir. Anayasa'nın 4. maddesinin 1. paragrafı, hangi dini sembollerini tanıdığı ve onurlandırdığı ve hangilerini reddettiği konusunda karar vermeyi bireye bırakır. Farklı inançlara yer veren bir toplumda, yabancı inanç beyanlarından, kült ayinlerden ve dini sembollerden muaf tutulmaya hakkı yoktur. Ancak bu, bireyin belirli bir inancın, tezahür ettiği eylemlerin ve temsil edildiği sembollerin etkisine hiçbir kaçınma olasılığı olmadan maruz kaldığı, devlet tarafından yaratılan bir durumdan ayırt edilmelidir. Bu bağlamda, Anayasanın 4 (1). Maddesi, özgürlüğü koruyan etkisini tam olarak toplumsal öz-örgütlenmeye bırakılmayan, ancak devlet tarafından halledilen yaşam alanlarında ortaya koymaktadır. Ancak Anayasa'nın 4

haklar, öğrencilere ve ebeveynlerine din dersinin diğer okul dersleriyle eşit muamele görmesi hakkını vermez.

Berlin Eyaleti'nde din dersi, Okul Kanunu uyarınca dini cemaatlerin himayesi altında verilmektedir. Etik dersine katılma zorunluluğu, öğrenciler ve velileri üzerinde, din eğitime katılmamalarının öznel ya da nesnel olarak kendilerine önerilmesi anlamında anayasal olarak kabul edilemez bir etkiye sahip değildir. Din eğitime gönüllü olarak katılan bir öğrencinin, katılmayan bir öğrenciye göre daha fazla ders yükü altında olduğu doğrudur. Ancak, ek din dersine gönüllü katılım durumunda, okul uygulamasında yaygın ve olağan olan, gönüllülük esasına dayalı olarak sunulan başka bir derse katılım durumunda olduğu gibi, yalnızca karşılaştırılabilir ve dolayısıyla ihmal edilebilir bir ölçüde ek bir zaman yükü ortaya çıkmaktadır. Dahası, kendilerini zorunlu derslere devam etmekle sınırlayan öğrencilere kıyasla hafif bir ek talep, etik dersinin zorunlu derslerden biri olup olmadığına bakılmaksızın mevcuttur.

(1) maddesi, devletin bireylerin veya dini toplulukların inanç, eylem ve temsillerine müdahale etmesini engellemekle sınırlı değildir. Aksine, onlara ideolojik ve dini alanda kişiliklerini geliştirebilecekleri bir alan sağlama ve onları taraftarların saldırılarından veya engellemelerinden koruma görevini yüklemektedir. Toplumdaki diğer inançların veya rakip dini grupların korunması ve kendilerine fırsat eşitliği sağlanması da devletin görevidir. Anayasa'nın 4 (1) maddesi, bireylere ve dini topluluklara devlet desteği ile inançlarını açıklama hakkı vermez. Aksine, devletin farklı dinlere ve mezheplere karşı tarafsızlığı ilkesi Anayasa'nın bu maddesindeki inanç özgürlüğünden kaynaklanmaktadır. Farklı ve hatta karşıt din ve ideolojik inançların taraftarlarının bir arada yaşadığı devlet, ancak kendisi inanç meselelerinde tarafsızlığını koruduğu takdirde barış içinde bir arada yaşamayı garanti edebilir. Bu nedenle, bir toplumdaki dini barışı tehlikeye atmamalıdır. Devlet kilisesinin yasal biçimlerinin getirilmesini engeller ve belirli mezheplere ayrıcalık tanınmasının yanı sıra diğer inançlara inananların dışlanmasını yasaklarlar. İnanç özgürlüğü, söz konusu inancın sayısal gücüne veya sosyal alaka düzeyine bağlı değildir. Bunun yerine, devlet, çeşitli dini ve ideolojik topluluklara yönelik muamelelerin eşitlik ilkesine dayalı olmasını sağlamalıdır. Onlarla çalıştığı veya onları teşvik ettiği durumlarda bile, bu, belirli dini topluluklarla özdeşleşmeye yol açmamalıdır. Ana-babaya çocuklarının bakımını ve yetiştirilmesini doğal bir hak olarak güvence altına alan Anayasa'nın 6 (2) maddesinin 1. cümlesinin yanı sıra, Anayasa'nın 4 (1) maddesi de dini ve ideolojik açıdan çocuk yetiştirme hakkını içermektedir. İnanç ve dünya görüşü konularında doğru buldukları inançları çocuklarına aktarmak ana babaların görevidir. Buna karşılık gelen, ebeveynlerin; çocuklarını yanlış veya zararlı buldukları inançlardan uzak tutma hakkıdır.

Anne ve babalarının görüşünün aksine, çocukları anayasaya aykırı bir şekilde içeriği inancıyla çelişen derslere katılmaya zorlanmamıştır. Din ve inanç açısından tarafsız olarak tanımlanan Berlin Eyaleti'ndeki etik eğitiminin, bu bağlamda, şikayetçiler tarafından başvuru Anayasa'nın 4 (1) ve 4 (2) maddeleri ile 6 (2) maddesindeki temel hakların koruma kapsamını ayrıntılı olarak etkileyip etkilemediği ve ne ölçüde etkilediği tartışılabilir. Anayasa'nın 4 (1) ve 4 (2) maddeleri ile 6 (2) maddesi kapsamındaki temel haklar kanunla herhangi bir çekinceye tabi değildir. Dolayısıyla sadece anayasanın kendisinden kaynaklanan kısıtlamalara tabidirler. Buna Anayasa'nın 7 (1) maddesinde devlete verilen eğitim yetkisi de dahildir. Din özgürlüğü ve ebeveynlerin eğitim hakkı, bu devlet yetkisini somutlaştırmak için çıkarılan "zorunlu eğitim" tarafından temelde izin verilebilir bir şekilde kısıtlanmaktadır.

Devlet, ebeveynlerden bağımsız olarak kendi eğitim hedeflerini de takip edebilir,^[35] ancak bunu yaparken ebeveynlerin eğitim fikirlerine karşı taraf-

[35] Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 34; 47, 46.; Okuldaki ideolojik eğitimle ilgili olarak Anayasa'nın 7.maddesinin 2 ve 5.bentlerinden, Anayasa'nın bu maddesinin, bir "lex specialis" olarak, okul sistemindeki ebeveyn haklarının kapsamını tek başına ve kesin olarak düzenlediği sonucuna varılamaz. Anayasa'nın 7. maddesi anlam bakımından Anayasa'nın diğer hükümleriyle bağlantılı olup bir iç bütünlük oluşturmaktadır. Bu nedenle Anayasa'nın 6 (2) maddesinin 1.cümlesi ile birlikte ele alınmalıdır. Weimar Reichs Anayasasına hâkim olan, okullar üzerinde temelde sınırsız bir devlet egemenliği fikrinin aksine, Anayasa, "eğitim" genel alanı içinde bireysel haklar yönünü güçlendirmiş ve ebeveynlere, eğitim okulda gerçekleştiği sürece de daha fazla etki hakkı tanımıştır. Anayasa'nın 6. maddesinin 2. fıkrasının ilk cümlesi çocukların bakımı ve yetiştirilmesini "ebeveynlerin doğal hakkı ve asli görevi" olarak kabul etmektedir. Öte yandan, bu hüküm ebeveynlerin münhasır bir eğitim talebini içermemektedir. Okullarda devlet, Anayasa'nın 6. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesinde kendisine verilen vesayetle sınırlı değildir. Anayasa'nın 7 (1) maddesinin çıkış noktası olan devletin okuldaki eğitim görevi, ebeveynlerin kendi alanlarındaki eğitim hakkına tabi olmayıp eşit öneme sahiptir. Ebeveynlerin ve okulun, çocuğun kişiliğinin oluşumunu amaçlayan bu ortak eğitim görevi, bireysel yeterliliklere bölünemez. Bu görev, mantıklı bir şekilde birbirine ilişkili bir iş birliği içinde yerine getirilmelidir. Bu nedenle devlet, ebeveynlerin çocuklarının eğitimine ilişkin genel plan konusundaki sorumluluğuna saygı göstermeli ve düzenli bir devlet okul sistemi ile uyumlu olduğu ölçüde eğitim konularında görüş çeşitliliğine açık olmalıdır. Bu nedenle devlet hiçbir zaman çocuğun tüm gelişimini okulun örgütsel önlemleriyle düzenlemeye çalışmamalıdır. Anayasa, başlangıçta çocuğun daha sonraki eğitim sürecine ilişkin kararı, çocuğun yetiştirilmesinin doğal vasileri olarak ebeveynlere

sızlık ve hoşgörü göstermelidir. Devletin tüm vatandaşlarının evi olarak,^[36] belirli bir siyasi, ideolojik veya ideolojik yönelimin hizmetinde hedefli bir etki yaratamaz ve kendisinden kaynaklanan veya kendisine atfedilebilecek önlemlerle, kendisini açıkça veya ima yoluyla belirli bir inanç veya ideoloji ile özdeşleştiremez ve böylece toplumdaki dini barışı kendi isteğiyle tehlikeye atamaz.^[37] Münferit durumlarda, bir yandan çocuğun din özgürlüğü ve ebeveynlerin eğitim hakkı ile diğer yandan devletin eğitim yetkisi arasındaki çatışmalar, pratik uyum ilkelerine göre bir dengeleme yoluyla çözümlenmelidir.

Eyalet yasama organı, zorunlu devlet okulunda kaçınılmaz olan ve farklı dünya görüşlerine ve inançlara sahip çocukların ortak eğitiminde ortaya çıkabilecek gerilimleri, hoşgörü gerekliliğini dikkate alarak dengelemelidir.^[38] Kamusal karar alma sürecinde ilgili kişilerin negatif ve pozitif din özgürlüğüne ilişkin makul bir uzlaşma arayışına girme görevi kendisine aittir.^[39] Ancak, bu bağlamda gerekli olan dini-ideolojik tarafsızlık, devlet ve kilisenin katı bir şekilde ayrılması anlamında bir mesafe olarak değil, tüm mezhepler için inanç özgürlüğünü eşit derecede destekleyen açık ve kapsayıcı bir tutum olarak anlaşılmalıdır.^[40] Son olarak, devletin eğitim görevinin, çoğulcu bir toplumda demokratik süreçlere eşitlik temelinde ve bütüne karşı sorumlu bir şekilde katılabilecek ve aynı zamanda farklı düşünenlere karşı sosyal yeterliliğe sahip olacak sorumlu vatandaşlar oluşturma hedefini de öngördüğü açıktır.^[41]

bırakmıştır. Bu, en azından prensipte, çocuğun hayatının sadece eğitim yeteneği ve performans potansiyeli ile şekillenmediğini, ki bunlar her durumda büyük ölçüde çevresel faktörler tarafından belirlenir, aynı zamanda ailenin çıkarları ve sosyal fikirlerinin de bunun için büyük önem taşıdığını dikkate alır. Ebeveynlerin bu birincil karar verme sorumluluğu, çocuğun çıkarlarının en iyi ebeveynler tarafından korunabileceği düşüncesine dayanmaktadır.

[36] Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 108, 282.

[37] Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 93, 108.

[38] Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 93, 108.

[39] Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 93, 1.

[40] Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 108, 282.

[41] Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 47, 46.

Tek taraflı olarak belirli bir dinin inançlarına yönelik zorunlu eğitim, öğrencilerin toplumda temsil edilen ahlaki-etik ve aynı zamanda dini görüşlerden izole edilmesi gibi yukarı belirtilen standartlarla bağdaşmaz. Fikir ve görüş çeşitliliğine açıklık, özgür ve demokratik bir toplumda devlet okulunun kurucu ön koşuludur. Eyalet yasama organı, Anayasa'nın 4 (1) ve 6 (2) maddeleri uyarınca öğrencilerin ve ebeveynlerin hakları ile Anayasa'nın 7 (1) maddesi uyarınca devletin eğitim görevi arasında dikkatli bir denge kurmaya çalışırsa aynı zamanda *dini veya ideolojik motivasyonlu "paralel toplumların" ortaya çıkmasına karşı koyabilir ve azınlıkları entegre etmeye çalışabilir. Entegrasyon sadece dini veya ideolojik çoğunluğun diğer azınlıkları dışlamamasını gerektirmez; aynı zamanda çoğunluğun kendini ayırmamasını ve farklı düşünen ve farklı inananlarla diyaloga kendini kapatmamasını da gerektirir. Bunu hoşgörü anlamında uygulamak, devlet yasa koyucusu için devlet okullarının önemli bir görevi olabilir. Tüm öğrencilerin hoşgörülü olabilmeleri ve diyalog kurabilmeleri, ileride sadece demokratik karar alma sürecine katılım için değil, aynı zamanda dini inançlar ve dünya görüşleri için de karşılıklı saygı içinde refah içinde bir arada yaşamanın temel ön koşuludur.*^[42] Eyaletler, okulların organizasyonu, eğitim ilkeleri ve öğretilen derslerin belirlenmesinde geniş bir özerkliğe sahiptir ve bu nedenle, eyaletlerin okul yasası düzenlemelerinin anayasal değerlendirmesinde itidal gereklidir.

Buna göre, öğrenciler ve ebeveynleri, çocukların kendilerine yabancı olan inanç veya görüşlerle uğraşmaktan tamamen uzak tutulduğu bir eğitim şekli talep edemezler. Farklı dini inançlara yer veren bir toplumda, Anayasa'nın 4 (1) maddesi böyle bir hak tanımamaktadır.^[43] Bu nedenle, örneğin, okulun biyoloji dersleri çerçevesinde evrim teorisini öğretmesine ve yaratılış tarihini din dersleriyle sınırlandırmasına ya da cinsel eğitim dersleri çerçevesinde cinsel yolla bulaşan hastalıklar ve doğum kontrol yöntemleri hakkında bilgi vermesine, her ne kadar bu sonuncusu bireysel dini toplulukların ilkelerine göre oldukça istenmeyen ya da sakıncalı görünse de karşı çıkılamaz. Buna göre, din veya ideoloji tarafından şekillendirilmeyen devlet okullarında verilen etik dersleri herhangi bir anayasal kaygı ile karşılaşmamaktadır. Etik kavramının farklı yorumlarının olabileceğinin farkına varılması bile, etik öğretiminin anayasa tarafından zorunlu bir ders olarak yasal olarak

[42] Bundesverfassungsgerichtsentscheidung Kammer 1, 141.

[43] Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 93, 1.

getirilmesiyle çelişmez. Tek belirleyici faktör, ideolojik ve dini kısıtlamaların mümkün olduğunca ortadan kaldırılması, olgusal tartışmaya yer verilmesi ve hoşgörü şartının gözetilmesidir.

Dinine bağlı öğrenciler için “seçme hakkı” olmayan (zorunlu) bir etik dersi, Anayasanın 4 (1) ve (2) maddesi ile 6 (2) maddesi bakımından ölçülülük şartını ihlal etmez, çünkü mevcut dine bağlı öğrenciler için din eğitimi, öğretim hedeflerine ulaşmak için eşit derecede uygun “daha hafif bir araç” olacaktır.

Devlet yasama organının, okul sisteminin düzenlenmesi, yönetimi ve planlanması için Anayasanın 7. maddesi kapsamındaki yetkisi çerçevesinde, farklı dini topluluklara mensup olanlar ve ortak bir değerler dizisine sahip dinsel bağlılığı olmayan öğrenciler de dahil olmak üzere müşterek ortak bir derste ve bir arada diğer dinlerin ve felsefelerin öğretilerini sunma sorumluluğu vardır. Okul Kanununa göre, dini topluluklar da din eğitiminin genel eğitim için geçerli hükümlere uygun olarak yürütülmesini sağlama sorumluluğunu üstlenirler. Okul sisteminden sorumlu senato idaresine, din eğitiminin genel eğitim için belirlenen pedagojik ve profesyonel standartları karşıladığını göstermesi gereken çerçeve müfredatı sunarlar. Ancak bu, eyalet yasama organının, eyaletin eğitim yetkisinin bir parçası olarak, özellikle belirli olgusal koşullar ve ilgili durumla ilgili olarak, seçimlik imkân olmaksızın tüm öğrenciler için ortak etik derslerinin başlatılmasını sağlayabileceği gerçeğini değiştirmez. Devlet, toplumsal bütünleşme ve hoşgörü hedeflerine ulaşma amacını taşımaktadır. Bu, negatif din özgürlüğünü ve ebeveynlerin çocuk yetiştirme hakkına müdahale olarak algılanamaz. Yasama organının öğretim hedeflerine –koşullara bağlı olarak– bu şekilde toplumsal hoşgörü ve bütünleşme amacına daha kolay ulaşılabilirliğine inanması, tasarım yetkisinin bir parçasıdır ve anayasal olarak kabul edilebilir ölçülerdedir.

Özel biçimiyle etik dersi, fikir birliğinin arandığı ve muhalefetin kabul edildiği ve tahammül edildiği bir diyalog kültürü geliştirmeyi amaçlar. Bakış açılarının değişikliğine, farklı deneyim dünyalarına ve empatiye özel önem verilir. Bu nedenle amaç, farklı dini bağlılıklara ve dünya görüşlerine sahip öğrencilerin değer konularında görüş alışverişinde bulunmalarıdır. Bu nedenlerle Berlin Eyaleti’ndeki zorunlu etik dersi uygulamasının, başvuruçuların Anayasanın 4 (1) ve (2) ile 6 (2) maddeleri kapsamındaki temel haklarını ihlal ettiği iddia edilemez.

Yasa ve müfredattan kaynaklanan konseptte göre, Berlin eyaletindeki ahlak dersleri, dinsel ve ideolojik olarak tarafsız olmadıklarına dair bir tespit bulunmamaktadır. Okul yasası, etik konusunun ideolojik ve dini açıdan tarafsız bir şekilde öğretilmesini açıkça şart koşmaktadır. Etik için çerçeve müfredat bu iddiayı ispat etmektedir. Bu durumda, bireysel bir konunun tanımlayıcı veya fikir aşılama sunumundan kaçınılmalıdır. Öğretmenin ortaya atılan sorular ve değer çatışmaları hakkında kendi bakış açısını benimsemesi ve bunu inandırıcı bir şekilde temsil etmesi beklenir. Derslerde temel ahlaki normlara bağlılık vurgulanmaktadır. Öğrenciler, Anayasada, eyalet anayasasında ve Okul Kanununda belirtilen temel hakların “*sivil bir arada yaşama*” için gerekli bir temel oluşturduğunu kabul etmeyi öğrenmelidir. Fikir tarihi perspektifinden bilgi aktarmanın başlangıç noktası, Batı kültürünü, özellikle de Aydınlanma ve hümanizmi şekillendiren fikir ve değerlerdir. Felsefe, kültürde, dinlerde ve dünya görüşlerinde ifade edilen fikirlerin konu ve problem odaklı bir karşılaşması ve tartışılması olmalıdır. Dolayısıyla, etik derslerinin normatif tasarımı, devletin tarafsızlığı gerekliliğini korur ve farklı dini ve ideolojik görüşlere gereken açıklığa karşılık gelir. Bireysel başvuruda bulunan öğrencinin devam ettiği okuldaki çerçeve müfredatın özel olarak uygulanmasının yasa hükümlerine veya çerçeve müfredata uymadığı yönündeki iddiaları şikayetçilerin yeterince ve ayrıntılı olarak açıklayamadıkları da ortadadır.

D) ALMANYA ANAYASA MAHKEMESİNİN 15 EKİM 2014 TARİHLİ KARARI

Almanya Anayasa Mahkemesinin paralel toplumlarla ilgili son kararı 2014 tarihlidir. Anayasa şikâyeti, Hessen Eyaleti yasalarına göre okula gitme zorunluluğu olan çocuklarının okuldaki derslere ve öğretim etkinliklerine katılmalarını sağlamayan ebeveynlerin cezai kovuşturmayla tabi tutulmasıyla ilgilidir. Bu bağlamda, şikâyetçiler sadece bir ceza mahkemesi tarafından başkalarını zorunlu eğitimden sürekli olarak mahrum bıraktıkları için mahkûm edilmelerine değil, aynı zamanda dolaylı olarak Hessen Eğitim Yasası'nın 182. maddesinin cezai hükmüne de itiraz etmektedirler.

Hessen Okul Yasası (Hessenschulgesetz) 14 Haziran 2005 tarihli versiyonu 182. maddede aşağıdaki içeriğe sahip bir cezai hüküm içermektedir:

(1) Bir başkasını sürekli olarak ya da ısrarla zorunlu eğitimden yoksun bırakan kişi altı ayı aşmayan bir hapis cezasına ya da yüz seksen günlük ceza birimini aşmayan bir para cezasına çarptırılır.

(2) Kovuşturma ancak başvuru üzerine yapılır. Alt okul denetim makamı başvuruda bulunma hakkına sahiptir. Başvuru geri çekilebilir.

Alman Ceza Kanununun “Bakım veya Yetiştirme Yükümlülüğünün İhlali” başlığını taşıyan 171. maddesi ise şu şekildedir:

On altı yaşından küçük bir kişinin bakım ve terbiye görevini ağır bir şekilde ihlal eden ve böylece kişiyi fiziksel veya psikolojik gelişmesinden önemli ölçüde zarar görme, suça dayalı bir yaşam sürme veya fuhuş yapma riskine maruz bırakan kişi, 3 yıl hapis veya para cezası ile cezalandırılır.

Hessen Okul Yasası dışında, ilgili cezai hükümler sadece Bremen, Hamburg Mecklenburg–Vorpommern, Saarland okul yasalarında yer almaktadır. Diğer eyaletlerde zorunlu eğitime uyulmaması sadece idari bir suç olarak yaptırıma bağlanmıştır.

Başvurucuların dokuz çocuğu vardır. Kendi evlerindeki en büyük beş çocuğa zaten kendileri eğitim vermektedirler. Bunlardan sonra gelen en büyük üç çocuğun okula gitmesine de izin vermedikleri için, “başkalarını zorunlu eğitimden sürekli olarak mahrum bıraktıkları” gerekçesiyle defalarca para cezasına çarptırılmışlardır. Buna rağmen, bu üç çocuğun okula gitmesini engellemeye devam etmişlerdir. Bunu yaparken de “kesin ve geri dönülmez inanç ve vicdan gerekçelerini” öne sürmüşlerdir.

Şu anda davaya konu olan ilk yargılamada, Fritzlars Yerel Mahkemesi 22 Mayıs 2013 tarihinde iki şikayetçiyi, üç davada, başkalarını zorunlu eğitimden kalıcı olarak mahrum bıraktıkları gerekçesiyle her biri beş Euro olmak üzere toplam 140 günlük para cezasına mahkum etmiştir. İki şikayetçinin temyiz başvuruları ve savcılığın cezayla sınırlı temyiz başvurusu, Kassel Bölge Mahkemesi’nin 16 Ekim 2013 tarihli kararıyla reddedilmiştir. Şikayetçilerin özellikle Hessen Okul Kanununun 182.maddesinin, anayasaya aykırılığına dayanarak yaptıkları itiraz, Frankfurt am Main Yüksek Bölge Mahkemesi’nin 18 Mart 2014 tarihli kararıyla reddedilmiştir.

Başvurucular;

1- Hessen Eyaleti ile birlikte Almanya da sadece 4 eyalette bu eylemlerin eyalet okul kanunlarında hem idari suç hem de adli bir suç olarak düzenlendiği, Almanya'nın diğer eyaletlerinde ise sadece idari bir suç olarak düzenlendiği ve dolayısıyla genel eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini,

2- Hem Federal Ceza Kanununun 171. maddesinin hem de Hessen Okul Kanununun 182. maddesindeki ceza hükümlerinin bir arada uygulanması nedeniyle cifte cezalandırma yasağının (tek ve aynı vicdani kanaate dayanan eylem nedeniyle ortada yasal olarak tek bir eylem vardır) ihlal edildiğini,

3- Almanya Anayasa Mahkemesinin, askerlik yükümlülüğünün vicdani nedenlerle reddine yönelik ilke kararında olduğu gibi içinde buldukları vicdani ve dini gerekçelerle çocuklarını zorunlu ilköğretimden mahrum bıraktıklarının kabul edilmesini,

talep ve iddia etmektedirler.

Oybirliğiyle kabul edilen görüşe göre 16 yaşın altındaki çocukların sağlıklı fiziksel ve psikolojik gelişimlerinin korunması sözkonusu olduğunda korunan hukuki menfaat, koruma altındaki kişinin hem fiziksel refahı hem de ahlaki ve zihinsel gelişimidir, özellikle de onu gelecekteki yasal davranışları için eğitmek ve ona geçerli normlar sistemini dikkate alarak hayatın görevleriyle başa çıkma yeteneği kazandırmaktır. Literatürün bir kısmının Ceza Kanununun 171. maddesinin aynı zamanda (dolaylı olarak) “devlet garantili asgari düzeyde pedagojik etki” şeklinde genel bir çıkara hizmet ettiğini varsaydığı doğrudur. Ancak bu anlamda devlet sadece refleksif olarak bireysel hukuki menfaatlere katkı sağlar. Bireysel olarak yönlendirilen hukuki menfaat böylece genel kamunun hukuki menfaati haline gelmez.

Buna karşılık, Hessen Okul Kanununun 182. maddesindeki düzenleme zorunlu okula devamın özellikle ciddi ihlallerini uygun ve etkili bir şekilde cezalandırabilmek için getirilmiştir. Dolayısıyla cezai hüküm, yalnızca Eyalet yasası tarafından düzenlenen genel zorunlu okula devamın uygulanmasını amaçlamaktadır. Kanun, Anayasa'nın 7 (1) maddesinde standartlaştırılan devletin eğitim görevinin yerine getirilmesine yardımcı olmak gibi birincil bir amaca sahiptir ve bu da sadece Anayasa'nın 1 (1) maddesi ile bağlantılı olarak Anayasa'nın 2 (1) maddesi tarafından korunan çocuğun yararını değil, aynı zamanda “genel çıkarları” amaç edinir. Dolayısıyla, ilgili cezai hükümler büyük ölçüde farklı hukuki menfaatlerin korunmasına hizmet

etmektedir. Bu nedenle Ceza Kanununun 171. maddesi Eyalet yasama organı için engelleyici bir etkiye sahip değildir.

Ceza Kanununun 171. maddesinin kesin düzenleyici karakterine karşı bir diğer argüman, bakım veya eğitim yükümlülüğünün ihlalinin tek başına suçun nesnel unsurlarını gerçekleştirmek için yeterli olmadığıdır. Suçun aynı zamanda kanunda belirtilen risklerden birini, yani fiziksel ya da zihinsel gelişimde ciddi hasar, suç teşkil eden bir yaşam tarzı ya da fuhuşa sürüklenme riskini de tetiklemesi gerekmektedir. Ceza Kanunu'nun 171. maddesindeki suç bu nedenle "somut bir tehlikeye atma suçu" olarak tasarlanmıştır. Öte yandan, Hessen Okul Kanununun 182.maddesindeki ceza hükmü, yalnızca başkalarının zorunlu eğitimden sürekli veya sürekli olarak tekrarlanan bir şekilde mahrum bırakılmasını, yani suçun objektif olarak gerçekleştirilmesi için bir "eylem veya ihmali" gerektirir (Ceza Kanununun 171. maddesindeki çocuğun refahının somut bir şekilde tehlikeye atılmasıyla ilgili olmaksızın).

Yasama organının Ceza Kanunu'nun 171. maddesini oluştururken öncelikli amacının, çocukların suç veya fuhuş ortamına kaymalarını önleyerek fiziksel ve psikolojik bütünlüklerini korumak olduğu varsayılabilir. Öte yandan, yasama materyallerinden federal yasama organının Ceza Kanunu'nun 171. maddesiyle eyalet yasama organının aksine genel zorunlu eğitimi ceza hukuku ile kuşatmayı amaçlamıştır.

Hessen Okul Kanununun 182 (1) maddesinde başkalarını zorunlu eğitimden mahrum bırakmayı cezalandırılabilir bir suç haline getiren eyalet yasama organı, gerçekten de ebeveynlerin Anayasa'nın 6 (2) maddesinin 1. cümlesindeki eğitim hakkına ve –Ceza Kanunu'nun 171. maddesinde olduğu gibi– Anayasa'nın 6 (2) maddesinin 1. cümlesindeki eğitim hakkına müdahale etmektedir. Hessen Okul Yasası uyarınca devlet veya devlet tarafından eşdeğer tanınan bir okulda derslere katılma zorunluluğunun, yetiştirme haklarının izin verilebilir bir kısıtlamasını oluşturmaktadır. Özellikle, Anayasa'nın 7 (1) maddesinde yer alan devletin eğitime görevinin, ebeveynlerin çocuklarını eğitime hakkıyla eşit öneme sahip olduğu göz önüne alındığında, başvurucuların çocuklarını eğitime hakkı kısıtlanmamıştır. Anayasanın kendisinden kaynaklanan kısıtlamalara açık olan Anayasa'nın 4 (1) maddesi ışığında, velilerin okula devam zorunluluğuna uymalarının (Eyalet) yasama organı tarafından ilgili cezai hükümlerin oluşturulması ve ceza mahkemeleri tarafından ihlal edilmesi halinde para cezası veya hapis cezası verilmesi yoluyla talep edilmesinde anayasal bir sakınca bulunmamaktadır.

Hessen de dahil olmak üzere sadece beş eyalette okula devam zorunluluğunun ihlalinin kanunla cezalandırılıyor olması ve diğer eyaletlerde sadece para cezasıyla cezalandırılıyor olması, Anayasa'nın 3 (1) maddesi kapsamındaki genel eşitlik ilkesi açısından Anayasa'ya aykırılığını tespit etmek için uygun değildir. Çünkü anayasaya uygun bir eşitlik ilkesine aykırı muamele ancak kendi yetki alanındaki tek ve aynı egemen makamdan kaynaklanıyorsa mevcuttur. Dolayısıyla bir eyalet yasama organı, diğer eyaletlerin mevzuatından farklı düzenlemeler kabul etmekten alıkonulamaz.

İhtisas mahkemelerinin bulgularına göre, çocukların refahının tehlikeye atılmamış olması ve hatta en büyük beş çocuğun iyi veya çok iyi okul bitirme yeterlilikleri elde etmiş ve iş piyasasına girişte ustalaşmış olmaları, çocukların Hessen Okul Yasası kapsamında esdeger tanınan bir okulda derslere katılmalarına izin verme yükümlülüğünü değiştirmez. *Çünkü kamunun, dini veya ideolojik motivasyonlu "paralel toplumların" ortaya çıkmasını engellemek ve azınlıkları entegre etmek konusunda meşru bir çıkarı vardır. Başarılı sonuçlar veren evde eğitim bile çocukların kendilerini farklı düşünen ve inananlarla diyaloga kapatmalarını engelleyemez ve bu nedenle özellikle bir sınıf topluluğunda yaşanan geniş bir görüş yelpazesine yönelik hoşgörüyü sürdürülebilir bir şekilde teşvik etmek için uygun değildir.*^[44]

Şikayetçilerin (aynı) çocukları zorunlu eğitimden mahrum bırakmaktan (tekrar) mahkûm edilmiş olmaları, Anayasa'nın 103 (3) maddesi uyarınca çifte cezalandırma yasağının ihlalinin teşkil etmez. Anayasa'nın 103 (3) maddesi anlamında "fiil", iddianamenin ve açılış kararının atıfta bulunduğu ve sanığın fail veya iştirakçi olarak bir suçu gerçekleştirdiği söylenen tarihsel –ve dolayısıyla zamansal ve olgusal olarak sınırlı– olaydır. Bu çerçevede, ihtisas mahkemelerinin, mahkûm edilen eylemler ile şikayetçilerin zaman içinde onlardan önce gelen davranışlarının farklı eylemler olduğu yönündeki hukuki değerlendirmesi haklıdır. Farklı mahkûmiyet kararlarına temel teşkil eden tarihsel olaylar zaman bakımından aynı değildir, zira farklı mahkûmiyet kararları suçların farklı dönemleriyle ilgilidir, dolayısıyla bu durum tek bir olgusal durumun keyfi olarak bölünmesi anlamına gelmez– ve dolayısıyla Anayasa'nın 3.1 maddesini ihlal eden bir bölünme de teşkil etmez.

Başvuruculara göre suç teşkil eden davranış, bir kez verilmiş olan "kesin ve geri alınamaz" bir inanç ve vicdan kararına atfedilebilir. Bu bağlamda

[44] Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 8, 151.

şikayetçiler tarafından atıfta bulunulan Federal Anayasa Mahkemesi'nin askerlik hizmetine alternatif sivil hizmetin reddine ilişkin içtihadına göre, sivil hizmete çağrılmaya tekrar tekrar uyulmaması, birleşik ve devam eden bir iç karar açısından Anayasa'nın 103 (3) maddesi anlamında “aynı eylemi teşkil etmektedir”. Hizmetin reddi, “iyi” ve “kötü” kategorilerine yönelik sürekli ve ciddi bir vicdani karara dayanıyorsa, Anayasa'nın 3. maddesi mevcut olaylara uygulanamaz. Bir yandan vicdani retçilere, diğer yandan okul çağındaki çocukların ebeveynlerine yüklenen ve her iki durumda da yerine getirilmeyen gereklilikler farklıdır.^[45] Bu kararlar, alternatif hizmete yönelik vicdani retçilerin, devletin alternatif hizmet yükümlülüğünü bir kereliğine yerine getirme talebine uymadıkları ve bu yükümlülüğün her zaman aynı kaldığı ve sonuç olarak suçun gerçekleşmesinin bir kerelik bir ihmalde tükendiği özelliğine dayanıyordu. Oysa bu durum çocuklarını okula göndermeyen ebeveynler için geçerli değildir.

Hessen Okul Kanunu uyarınca veliler, okul çağındaki çocuklarının okuldaki derslere ve sınıflara düzenli olarak katılmalarını, ilgili okula kaydolmalarını ve kayıtlarını sildirmelerini, okul kaydı için hazır bulunmalarını ve okula devam için uygun donanıma sahip olmalarını sağlamakla yükümlüdür. Buna göre, yasal vasilerin gerekli denetim önlemlerini almayarak okul çağındaki çocuklarının okula devam zorunluluğuna düzenli olarak uymalarını sağlamamaları halinde 182. madde anlamında bir “mahkûmiyet” zaten mevcuttur. Ancak suçun bu unsuru, ebeveynlerin –örneğin kültürel veya dini nedenlerle– okul çağındaki çocuklarını aktif olarak derslere katılmaktan kasten uzak tutmaları nedeniyle de ortaya çıkabilir. Mevcut yargılamada şikayetçilere yönelik suçlamanın odak noktası ikinci varyant ve dolayısıyla aktif bir eylem olduğu için, sadece bu nedenle suçun gerçekleşmesi bir vicdani retçinin “tamamen ihmali” ile karşılaştırılamaz.

Buna rağmen, ebeveynler çocuklarını okula gitmeye teşvik etmeseler bile, bu konudaki vicdani kararları –vicdani retçinininkinden farklı olarak– karmaşık faktörlere bağlıdır ve bu nedenle çeşitli açılardan “bölünebilir” niteliktedir. Hessen Okul Kanununun 56. maddesine göre, zorunlu eğitim Hessen eyaletinde ikamet eden veya normal olarak ikamet eden tüm çocuklar, gençler ve ergenler için zorunludur. Bu nedenle zorunlu eğitim son derece kişisel bir görev olarak ortaya çıkmaktadır; ebeveynler çocuklarının her birinin okula

[45] Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 28, 264. (Askerlik hizmetine karşı vicdani ret hakkında)

gitmesini sağlamakla yükümlüdür. Böylece tek tip olarak alınan bir vicdani karar, birden fazla çocuğun zorunlu eğitiminin ihlal edilmesiyle bağlantılı olarak bir parantez etkisi yaratamaz.

Özel olarak uygulanan cezai yaptırımlar da Anayasa'nın 6 (2) maddesi ile bağlantılı olarak 4 (1) maddesi ışığında orantısız görünmemektedir. Şikayetçiler, ciddi bir dini inanç ile devlet tarafından dayatılan zorunlu eğitim arasında –ruhsal sıkıntı seviyesine ulaşan– çözülemez bir çatışma içinde olduklarını iddia edemezler. Devlet tarafından dayatılan eylem yükümlülüğü –çocuklarının eşdeğer tanınmış bir okulun derslerine katılması– ile kendi dini inançları arasındaki çelişki, yasalara aykırı davranmakta haklı olacakları kadar umutsuz ve çaresiz olduklarını kanıtlamamaktadır. Başvurucular ne çocuklarının başka bir –tanınmış– devlet okulunda ya da özel (mezhepsel) okulda eğitim görmesi gibi öncelikli bir alternatifi ciddi olarak araştırdıklarını gösterememişlerdir. Ayrıca inanç nedenlerinin, okul çağındaki çocuklarını matematik ve yabancı dil gibi ideolojik olarak tarafsız derslerden uzak tutmayı gerektirdiğini iddia etmeleri de anlaşılabilir değildir.

SONUÇ

Almanya Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgu yapıldığı üzere; dini motivasyonlarla ilkokul çağındaki kız çocuklarının izole bir şekilde zorunlu eğitime tabi tutulması toplumsal entegrasyon ve hoşgörü kültürü için büyük problemler barındırmaktadır. Entegrasyon sadece dini veya ideolojik çoğunluğun diğer azınlıkları dışlamamasını gerektirmez; aynı zamanda toplumsal grupların kendini ayırmamasını ve farklı düşünen ve farklı inançlarla diyaloga kendini kapatmamasını da gerektirir. Bunu hoşgörü anlamında uygulamak, devlet yasa koyucusu için devlet okullarının önemli bir görevi olabilir. Tüm öğrencilerin hoşgörülü olabilmeleri ve diyalog kurabilmeleri, ileride sadece demokratik karar alma sürecine katılım için değil, aynı zamanda dini inançlar ve dünya görüşleri için de karşılıklı saygı içinde refah içinde bir arada yaşamının temel ön koşuludur. Zorunlu okul eğitiminin fikir ve değerler açısından çoğulcu olmasında anayasal açıdan pek çok olumlu sonuç doğmaktadır. İdeolojik–dinsel tarafsızlık görevi, belirli inançlara ayrıcalık tanınmasını ve diğer inançlara sahip kişilerin dışlanmasını yasaklar. Geniş bir fikir ve görüş yelpazesine açıklık, özgür demokratik bir yönetimde devlet okulunun kurucu ön koşuludur.

Türk toplumu, gerek cemaat/tarikat yapılarının oluşturduğu paralel toplumsal kümelenmeler ve gerekse düzensiz göçten kaynaklanan toplumsal gruplaşmalar nedeniyle anayasal değerler etrafında bütünleşmiş toplumsal bütünlüğünü hızlı bir şekilde kaybetmektedir. Gelecek yıllarda; paralel toplumların su anda oluşturmaya başladığı sosyolojik değişikliklerin Türk Hukuk sisteminde pek çok sorunun ortaya çıkmasına yol açacağı görülmektedir. Çeşitli cemaat ve tarikatların yönlendirmeleri ile (zaten zorunlu eğitim uygulamasına yönelik verilen tavizlere ek olarak) kız çocuklarına ayrı okul uygulamasına geçileceğine yönelik Milli Eğitim Bakanı tarafından başlatılan tartışma paralel toplumların, Türk toplumunun genel bütünlüğü içerisinde ulaştığı gücü göstermesi bakımından manidardır. Anayasal değerler etrafında toplumsal bütünleşme yerine toplumsal kutuplaşma, ayrışma ve izolasyonu daha da teşvik edecek bu tür uygulamalar; ebeveynlerinin alacağı kararlar yüzünden çocukların kendilerinden farklı düşünen kişi ve gruplarla diyalog imkânlarının kapatılmasına, dışarıya/dış dünyaya/farklı görüş ve düşüncelere kapalı ve tamamen izole edilmiş olarak oluşturulan paralel toplumlar içinde çocukların yetişmesine yol açacaktır.

KAYNAKÇA

- Bade, Klaus J. "Integration und Politik – aus der Geschichte lernen?" *APuZ Aus Politik und Zeitgeschichte*. No. 40-41 (2006): 3-6.
- Halm, Dirk und Sauer, Martina. "Parallelgesellschaft und ethnische Schichtung." *APuZ Aus Politik und Zeitgeschichte*. No. 1-2 (2006): 18-24.
- Heesen, Jessica. "Theoretische Überlegungen und Begriffsbestimmungen – "Parallelgesellschaft." in *Begriffe und Interpretationen Grundlegungen für das interdisziplinäre Arbeiten im Projekt*. Herausgeber Bernhard Frevel. 39-47. Münster, 2019.
- Heitmeyer, Wilhelm. "Für türkische Jugendliche in Deutschland spielt der Islam eine wichtige Rolle." *Die Zeit*. 23.08.1996.
- Kandel, Johannes. "Organisierter Islam in Deutschland und gesellschaftliche Integration." *Politische Akademie der Friedrich-Ebert-Stiftung Referat Interkultureller Dialog*. (September 2004). <https://library.fes.de/pdf-files/akademie/online/50372.pdf>
- Meyer, Thomas. *Die Bürgergesellschaft. Perspektiven für Bürgerbeteiligung und Bürgerkommunikation*. Bonn: Dietz, 2002.

ALMANYA ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI (Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen)

- BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 15. Oktober 2014 -2 BvR 920/14-, Rn. 1-33, https://www.bverfg.de/e/rk20141015_2bvr092014.html
- BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 15. März 2007 -1 BvR 2780/06-, Rn. 1-49, https://www.bverfg.de/e/rk20070315_1bvr278006.html
- BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 31. Mai 2006 -2 BvR 1693/04-, Rn. 1-33, https://www.bverfg.de/e/rk20060531_2bvr169304.html
- BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 29. April 2003 -1 BvR 436/03-, Rn. 1-14, https://www.bverfg.de/e/rk20030429_1bvr043603.html

BVerfG, Beschluss, Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 93,1 des Ersten Senats vom 16 Mai 1995, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv093001.html> KRUZIFIX

BVerfG, Beschluss, Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 41, 29. des Ersten Senats vom 17. Dezember 1975, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv041029.html>

RELIGIÖSE ODER WELTANSCHAULICHE ERZIEHUNG

BVerfG, Beschluss, Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 47, 46. des Ersten Senates vom 21. Dezember 1977, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv047046.html> SEXUALKUNDEUNTERRICHT

BVerfG, Beschluss, Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 32, 98; 93. des Ersten Senats vom 19. Oktober 1971, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv032098.html> GESUNDBETER

BVerfG, Beschluss, Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 34, 165; 93. des Ersten Senats vom 6. Dezember 1972 auf die mündliche Verhandlung vom 26. September 1972, <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv034165.html> ELTERNRECHT

BVerfG, Beschluss, Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 108, 282. des Zweiten Senats vom 24. September 2003 auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 3. Juni 2003 <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv108282.html> KOPFTUCH

BVerfG, Beschluss, Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 6, 32; 27;30. des Ersten Senats vom 16. Januar 1957; <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv006032.html> WÜRDE DES MENSCHEN

BVerfG, Beschluss, Bundesverfassungsgerichtsentscheidung 28, 264. des Ersten Senats vom 26. Mai 1970; <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv028243.html> DIENSTPFLICHTVERWEIGERUNG

Yitirdiklerimiz

In loving memory of our late colleagues

Yitirdiklerimiz



Av. Ali Tunçay ŞENLEN (38881)
1946–2023



Av. Muslim YILMAZ (25193)
1944–2023



Av. Vedat ACAR (3277)
1933–2023



Av. Hatice SEÇKİN (7235)
1952–2023

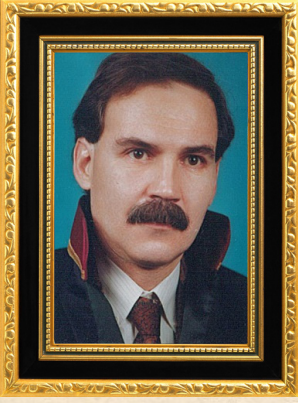


Av. Aykut Tolga ÖZBEK (14870)
1974–2023



Av. Süleyman Sırrı ORHANER (7721)
1931–2023

Yitirdiklerimiz



Av. Memduh Gündüz PEHLİVANLI (4644)
1948–2023



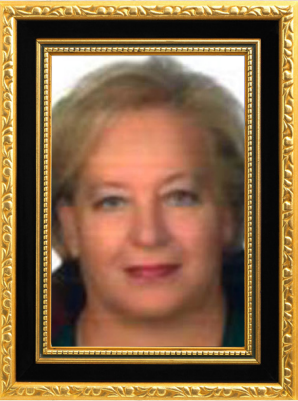
Av. Yusuf KILIK (7246)
1955–2023



Av. Ziya Volkan ATABEY (7189)
1957–2023



Av. Abdülkadir ALTUNÇEKİÇ (6499)
1933–2023



Av. Nesrin CENGİZ (7432)
1947–2023



Av. İsmail KARA (13069)
1972–2023

Yitirdiklerimiz



Av. Fatma Ayten İNCE (2383)
1929–2023



Av. Ercüment ÖZER (25097)
1948–2023



Av. Prof. Dr. Seza REİSOĞLU (2022)
1931–2023



Av. Yılmaz KARAMAN (10105)
1948–2023

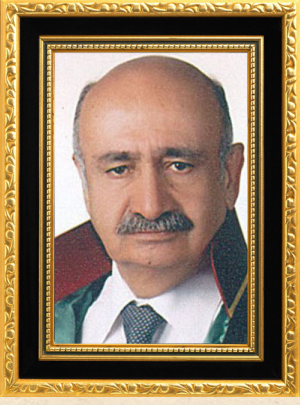


Av. Elif ALTINDİŞ (35090)
1993–2023



Av. Zihni TOPDAĞI (7672)
1955–2023

Yitirdiklerimiz



Av. Mehmet Adal OKAY (25689)
1943–2023



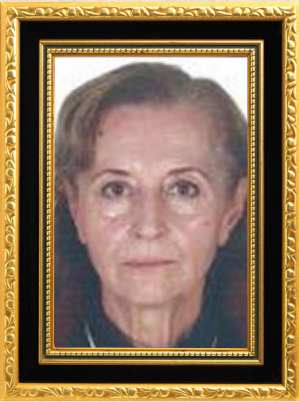
Av. Ömer Şansal ERKAM (21794)
1944–2023



Av. Serap KOCARIK (14484)
1975–2023



Av. Engin KUZUOĞLU (11193)
1947–2023



Av. Naciye BEŞE HIZIROĞLU (4581)
1947–2023



Av. İlter YURTSAL (11278)
1953–2023



Atatürk Bulvarı No: 40 Adliye Sarayı
Kat:5 Sıhhiye-ANKARA/TÜRKİYE



T 0312 416 72 00
F 0312 416 72 80



www.ankarabarusu.org.tr
ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr