

İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt / Volume: 11

Sayı / Issue: 2

Güz / Autumn 2024

Genel Sayı / Number: 22



MEDİPOL
UNV-İSTANBUL
İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ

Künye

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Journal of Istanbul Medipol University School of Law

ISSN: 2148-6883 e - ISSN: 2687-6663 DOI: 10.46547/imuhfd
Cilt / Volume: 11 Sayı / Number: 2 Güz / Autumn 2024 Genel Sayı: 22

Sahibi / Owner

İstanbul Medipol Üniversitesi adına / On behalf of Istanbul Medipol University
Prof. Dr. Ömer Ceran

Editör / Editors in Chief

Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU
Türkiye

ayse.nuhoglu@medipol.edu.tr
ORCID: 0000-0002-0536-6517

Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Editör Yardımcıları / Deputy Editors

Arş. Gör. Beyza YİĞİTBAŞI AKTAŞ
Türkiye

byigitbasi@medipol.edu.tr
ORCID: 0000-0002-1112-3474

Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Rüveyda ÇELİK
Türkiye

ruveyda.gunduz@medipol.edu.tr
ORCID: 0000-0003-0802-3349

Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Merve İLDAN
Türkiye

mildan@medipol.edu.tr
ORCID: 0000-0002-7087-4323

Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Erkam YILMAZ
Türkiye

erkamyilmaz@medipol.edu.tr
ORCID: 0000-0003-1245-4985

Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Beyza Ceren SEVİNDİK
Türkiye

beyza.sevindik@medipol.edu.tr
ORCID: 0000-0002-4247-6037

Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Öğr. Gör. Aytuğ Ataç
Türkiye

aytugatac@medipol.edu.tr
ORCID: 0000-0002-4046-988

KURUM: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İletişim / Correspondance

İstanbul Medipol Üniversitesi Kavacık Güney Yerleşkesi
Göztepe Mah. Atatürk Cad. No: 40/16 34815 Beykoz / İstanbul
Tel: +90 216 681 51 00

hukukfakultesidergisi@medipol.edu.tr
dergipark.org.tr/pub/imuhfd / medipol.edu.tr/universite/yayinlar

Yayına Hazırlayan / Prepared for Publication by
Gökçe Erkan

Kapak / Cover
Levent Karabağlı - Medicom Ajans

Grafik-Tasarım / Graphic-Design
Medicom Ajans

Danışma Kurulu / Advisory Board

- Prof. Dr. / Prof. Dr. Mehmet Akman, Marmara Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. M. Akif Aydın, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Yavuz Atar, İbn Haldun Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Cem Baygın, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Erzincan, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Nihat Bulut, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Talat Canbolat, Milli Savunma Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Ayhan Döner, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Erzincan Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Nuray Ekşi, Özyeğin Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Fethi Gedikli, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Hüseyin Hatemi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Mehmet Helvacı, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Macit Kenanoğlu, Türk Alman Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Mahmut Koca, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Şafak Narbay, Sakarya Üniversitesi, Sakarya, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. H. Eyüp Özdemir, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. İzzet Özgeçen, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Ankara, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Sibel Özel, Marmara Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Ahmet Hamdi Topal, Kastamonu Üniversitesi, Kastamonu, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Cevdet Yavuz, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Ahmet Ulvi Türkbağ, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Harun Demirbaş, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Salih Önder Yeşiltepe, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Prof. Dr. / Prof. Dr. Seçkin Nazlı, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Doç. Dr. / Assoc. Prof. Harun Eryiğit, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Doç. Dr. / Assoc. Prof. A. Ersin Bayra, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Dr. Öğr. Üye. / Asst. Prof. Levent Korkut, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye
Dr. Öğr. Üye. / Asst. Prof. Sinan Seçkin, İstanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi senede iki sayı yayımlanan, çift kör hakemli ve açık erişimli bir dergidir. Dergiye Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinde makaleler kabul edilmektedir.

The Journal of Istanbul Medipol University School of Law is a biannual double-blind peer-reviewed open access journal. The Journal accepts articles in Turkish, English, German and French.

Tarandığı Dizinler / Indexing Services



Tarandığı Veri Tabanları / Abstracting Services



İÇİNDEKİLER / TABLE OF CONTENTS

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

- Araştırma Makalesi / Research Article - Ahmet AYATA**
Bölünmüş Bir Mahkeme: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri Örneği ve Anayasa Mahkemesi'nin Geleceği
A Court Divided: Presidential Decrees and the Future of the Constitutional Court..... 1
- Araştırma Makalesi / Research Article - Onur KAPLAN**
İmar Hukukunda Umumi Hizmetlere Ayrılan Yerlerde Muvakkat Yapılar
Temporary Constructions in Places Reserved for Public Services in Zoning Law..... 31
- Araştırma Makalesi / Research Article - Kürşat AKÇA**
Birleşik Krallık Anayasası'nın Kaynakları
Sources of the United Kingdom Constitution..... 61
- Araştırma Makalesi / Research Article - Enver KAŞLI**
Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m.278)
The Crime of Failure to Report Crime (TPC art.278)..... 89
- Araştırma Makalesi / Research Article - Çetin ARSLAN & Asena Kamer USLUADAM**
Önleyici Kolluk Tedbirlerinin Uygulanmasında Karakter (Delili) Değerlendirmeleri Üzerine
On Character (Evidence) Assessments in the Implementation of Preventive Law Enforcement Measures..... 115
- Araştırma Makalesi / Research Article - Alaaddin EGEMENOĞLU**
Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirim Yükümlülüğü
Obligation of Healthcare Professionals to Report the Crime..... 141
- ## ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW
- Araştırma Makalesi / Research Article - Ahmet Buğra AYDIN**
Rekabet Hukukunda Yıkıcı Fiyatlandırma
Predatory Pricing in Competition Law..... 179
- Araştırma Makalesi / Research Article - Ecehan YEŞİLOVA ARAS**
Karayolları Trafik Kanunu Kapsamında Zarar Gören 3. Kişi ve 3 Sorun
Third Person Damaged Under The Highway Traffic Code and 3 Problems..... 209
- Araştırma Makalesi / Research Article - Zeki DELİKAYA**
Marka Hukukunda Kötüniyet ve Marka Sahibinin Kötüniyetli Lisans Sahibine Karşı Korunması
Bad Faith in Trademark Law and Protection of the Trademark Owner Against the Bad Faith Licensee..... 239

Araştırma Makalesi / Research Article - Serdar ŞİRAZİ & Sait ŞİRAZİ
Trafik Kazaları Nedeniyle Oluşan Deri Skarı Arazlarının Tazminat Hukuku ve
Mevcut Mevzuat Açısından Değerlendirilmesi
*Evaluation of Skin Scar Sequelae Caused by Traffic Accidents in Terms of
Compensation Law and Current Legislation.....279*

KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

Bölünmüş Bir Mahkeme: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri Örneği ve Anayasa Mahkemesi'nin Geleceği^{*1}

A Court Divided: Presidential Decrees and the Future of the Constitutional Court

Ahmet AYATA**

ÖZ

Mahkeme kararlarının sıklıkla kendilerini ortaya koyan süreçlerden bağımsız olduğu düşünülür. Aynı zamanda, heyetlerin homojen olmadığı hususu göz ardı edilir. Hâlbuki yasal materyal, nadiren karar alma sürecinden bağımsız olarak kararı belirleyen tek faktördür. Türk Anayasa Mahkemesi'nin gerek kurumsal gerekse üyeler düzeyinde nasıl bir davranış geliştirdiğini anlamak, Türkiye'de anayasacılığın geldiği ve geleceği noktayı anlamak ve Mahkemenin müstakbel kararlarına ilişkin tahminler yürütmek açısından fayda sağlayabilir. Bu amaçla çalışmada, öncelikle dayanan varsayımlar ve yöntem açıklanmıştır. Ardından cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin norm denetimi kararlarında kullanılan oylar ve karşı oylar sayısallaştırılarak ölçülebilir hale getirilmiştir. Son olarak nicel analizin tamamlayıcısı olarak kararların ve karşı oy gerekçelerinin hukuki analizi yapılmıştır. Bu iki tür analizin sonuçları birbirleriyle büyük ölçüde tutarlıdır. Yapılan değerlendirmeye göre üyelerin yürütmenin yetkisini dar ve geniş yorumlama eğilimine göre homojen olmayan iki gruba ayrıldığı görülmektedir. Üyeler grup içinde de daha esnek ve katı gruplara ayrılmaktadırlar ve gruplar arası geçişlere az da olsa rastlanmaktadır. Yeni üyelere seleflerine göre daha uçta konumlanmaktadır. Bunun sonucunda bölünmenin yakın zamanda azalmayacağı öngörülebilir. Son olarak oy birliğiyle alınan kararların varlığı, karar verme sürecinde yasal materyalin etkisinin de yadsınamayacağını göstermektedir.

Anahtar Kelimeler: Türk Anayasa Mahkemesi, bölünmüş mahkeme, karşı oy, üyelerin tutumları, nicel analiz, hukuki analiz.

* Makale gönderim tarihi: 23.04.2024. Makale kabul tarihi: 06.06.2024. Ahmet Ayata, "Bölünmüş Bir Mahkeme: Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri Örneği ve Anayasa Mahkemesi'nin Geleceği", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 2, 2024, s. 1-30 DOI: <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2024.11.2.1>.

1 Çalışmanın başlığı Mark Tushnet'in *A Court Divided: The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law* W.W. Norton, New York, 2005 isimli eserinden mülhemdir.

** Araştırma Görevlisi Doktor, Adana Alparslan Türkeş Bilim ve Teknoloji Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, aayata@atu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-3334-7778>.

Çatışma Beyanı: Yazar/lar herhangi bir çatışma beyanı bildirmemiştir.

ABSTRACT

Court decisions are commonly perceived as independent outcomes, detached from the underlying processes that shape them. Likewise, the heterogeneous nature of court delegation is often overlooked. Legal material, while significant, is merely one facet of the decision-making process. Understanding the Turkish Constitutional Court's institutional behavior, alongside individual member dynamics, is pivotal for grasping present and future constitutional trends in Türkiye and forecasting the Court's rulings. To this end, this study firstly delineates the underlying assumptions and methodology employed. Subsequently, digitization of votes and dissents in judicial review concerning presidential decrees was conducted, rendering them quantifiable. Complementing this quantitative analysis, a legal examination of decisions and dissenting rationales was undertaken. The findings from both analyses largely converge. Evaluation reveals a non-homogeneous division of members based on their inclination towards narrow or broad interpretations of executive authority. Within these groups, members further stratify into flexible and rigid subgroups, with minimal transitions between them. Notably, new members tend to occupy more extreme positions compared to their predecessors, suggesting a persistent division. Lastly, the presence of unanimous decisions underscores the undeniable influence of legal material in the decision-making process.

Keywords: Turkish Constitutional Court, divided court, dissenting opinion, judges' attitudes, quantitative analysis, legal analysis.

Giriş

Doktrinel hukuk çalışmaları, ihdas edilen düzenlemelerin hukuki rejimlerinin tespiti açısından vazgeçilmezdir. Bununla birlikte doktrin ağırlıklı çalışmalar bu hukuki rejimlerin çerçevesinin çizilmesine katkı sunan süreçlere ilişkin çok fazla analiz içermemektedir. Bu süreç ve süreçleri şekillendiren sosyal faktörlerin ilgili düzenlemelere etkisi olduğunu kabul etmek için çok sayıda teorik neden ve ampirik kanıt mevcuttur. Bu varsayımdan hareket ederek süreçlere odaklanan ve doktrinel olmayan hukuki araştırmalara “sosyo-legal” hukuk çalışmaları ismi verilmektedir.¹

Sosyo-legal hukuk çalışmalarının önerdiği şekliyle vaz edilme, icra ve yargılama aşamalarındaki hukuki süreçlerin açıklayıcı veya anlamaya dönük sosyal bilimsel yöntemlerle değerlendirilmeleri mümkündür. Doktrinel çalışmaların da inceledikleri normlar ve kurumlar açısından yorumsamacı analizlere başvurdukları ve süreçlere ilişkin betimleyici sonuçlar ortaya koydukları söylenebilmek.² Ancak sosyo-legal çalışmaların esas sorusu süreçlere ya da gözlem-

1 Ian Dobinson, Johns Francis, “Qualitative Legal Research”, Ed. Mike McConville, Wing Hong Chui, *Research Methods of Law*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2007, s. 20.

2 Reza Banakar, Max Travers, “Law, Sociology and Method”, Ed. Reza Banakar, Max Travers, *Theory and Method in Socio-Legal Research*, Hart Publishing, Oxford, 2005, s. 4.

lenebilir olana ilişkin doktrinel çalışmaların esas sorusu hukuki rejimlere ilişkindir. Bununla birlikte her iki tür çalışma da birbirlerinden beslenmek durumundadır.

Yargısal kararlar özelinde yapılan sosyo-legal hukuk çalışmaları, yargılamanın mekanik bir davranış olmadığını ileri süren realist hukuk ekolünün gelişmesiyle kararların ortaya çıktıkları sosyal bağlamın da incelenmesi gerektiği fikrine dayanmaktadır.³ Bu sayede yasal materyalin değişmediği durumlarda içtihatlardaki değişimi açıklamayı mümkün olmayan ve salt hukuki materyalin (legal material)⁴ analizine dayanan çalışmalardan farklı olarak, pozitif hukukun dışında yer alan faktörlerin (extra-legal) etkisi, mümkün olan tüm yöntem ve veriler dikkate alınarak araştırılabilmektedir.

Bu çalışmanın temel sorusu Anayasa Mahkemesi'nin nasıl bir yargısal davranış geliştirdiğidir. Bu sorunun cevaplanması için bir heyet olarak mahkemenin kararlarının ve bireysel olarak mahkeme üyelerinin karşı oylarının nasıl geliştiği sorusuna yanıt aranmıştır. Bu amaçla ele alınan tarihsel kesite baskın özelliklerini veren ve bu çalışmada hukuk metodolojisi açısından da ayrıca önemli olduğu ileri sürülen cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin norm denetimi kararlarındaki karşı oylar ölçülebilir hale getirilmiştir. Üyelerin bu norm türüne ilişkin tutumlarının nesnel tasnifini sağlayan bu analiz, kararların hukuki analiziyle desteklenmiş böylece hukukun nicel verilerle değerlendirilmesi esnasında gözden kaçırılması muhtemel unsurların da dikkate alınması sağlanmıştır. Böylelikle mümkün olduğunca nesnel sonuçlar elde ederek mahkemeye ilişkin mevcut tablonun ortaya konması ve güncel siyasal gelişmeler doğrultusunda Türkiye anayasacılığının geleceğine ilişkin çıkarımlarda bulunulması hedeflenmiştir.

I. Kuramsal ve Kavramsal Çerçeve

Mahkemelerin giriş kısmında belirtilen varsayımlar temelinde ele alınması, birer kurum olarak mahkemelerin ve birer insan olarak mahkeme üyelerinin davranışlarının incelemesinin önünü açmış ve bu doğrultuda ihtilafların kökeni, taraflar ve çıkarları, kamuoyu, diğer mahkeme ve devlet organlarının pozisyonları gibi çok sayıda etken incelenmeye başlanmıştır.⁵

3 C. Herman Pritchett, "Public Law and Judicial Behavior", *The Journal of Politics*, Cilt 30, Sayı 2, 1968, s. 487, (Behavior).

4 İngilizce literatürde "legal material" olarak kullanılan kavram yalnızca yasaları kapsayacak biçimde kullanılmamaktadır. Hukukun yardımcı kaynakları olarak tasnif edilen yasa koyucunun amacı gibi kaynakları da içine alacak şekilde hukukun tüm yazılı kaynakları bu kavram kapsamında değerlendirilmektedir.

5 Pritchett, *Behavior*, s. 490-492.

Hukuki realizmin ve sosyo-legal çalışmaların merkezi olarak görülebilecek Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) ilgili literatürün, Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi (Yüksek Mahkeme) özelinde kaleme alınmış çok çeşitli örnekleri bulunmaktadır. Bu çalışmaların öncülerinden C. Herman Pritchett'in Mahkeme üyelerinin 1939 ve 1940 yıllarında verilen kararlarda kullandıkları karşı oyları dikkate alarak görüş ayrılıklarını nicel hale getirdiği "Divisions of Opinion Among Justices of the U. S. Supreme Court, 1939-1941" isimli çalışması yargısal davranışa ilişkin argümanları bakımından oldukça önemlidir. Yazara göre Mahkeme hukuki belirsizliğin az olduğu durumlarda oybirliğiyle karar almaktaysa da aksi durumda "üyelerin çoğunluğunun özel tutumları kamu hukuku haline gelmektedir".⁶ Pritchett üyelerin karşı oy oranlarını ve birlikte karşı oy kullanma kalıplarını sayısal biçimde betimlemektedir. Bu sonuçlara istinaden üyelerin çoğunluktan sapma miktarları doğru üzerinde gösterilmiş ve Mahkemenin iki kanada ayrıldığı tespit edilmiştir.⁷

Yüksek Mahkeme'nin kabaca iki gruba ayrıldığı ancak bölünmenin bununla sınırlı olmadığının tespit edildiği daha yakın tarihli Mark Tushnet'in *A Court Divided: The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law* isimli çalışması, William Rehnquist'in Mahkeme başkanı olduğu kesiti (1986-2005) detaylı biçimde betimlemektedir. Yukarıda verilen örnekten de anlaşılacağı üzere Yüksek Mahkeme'nin politik bir aktör olarak değerlendirilmesi ve üyelerin politik angajmanları olması ilgili literatür için yeni değildir. Bununla birlikte Tushnet, Mahkemenin klasik biçimde muhafazakâr ve liberal yargıçlar arasında bölünmesinin yanı sıra Cumhuriyetçi Parti'nin atadığı yargıçların da kendi aralarında iki gruba ayrıldığını tespit etmektedir. Yazara göre ekonomik ve kültürel ajandalar ekseninde ayrışan Cumhuriyetçi üyeler, "liberal/aktivist" üyeler kadar diğer Cumhuriyetçi kanat tarafından da engellenmektedirler. Buna göre sayılan üç grubun yekpare bir anayasal yaklaşımı yoktur. Yargıçlar arasındaki muhafazakâr ya da liberal olmalarına göre şekillenmesi beklenen yorum yaklaşımları ve yargısal davranış farklılığı (aktivist-sınırlamacı) bir "masaldır" ve tüm üyeler aktivisttir. Yargısal davranışı bu şekilde etiketlemek, "alkışlamak ya da yermek" çoğu zaman faydasız olup Mahkemenin gerçek durumuna ilişkin tespitler yapılmasını zorlaştırmaktadır.⁸

Tushnet, yargıçların siyasi yaklaşımlarından, yasal görüşlerinden ve hukuki argümantasyonlarından yararlanarak bu bölünmeye ilişkin tezini desteklemek-

6 C. Herman Pritchett, "Divisions of Opinion Among Justices of the U. S. Supreme Court, 1939-1941", *American Political Science Review*, Cilt 35, Sayı 5, 1941, s. 890, (Divisions).

7 Pritchett, *Divisions*, s. 892-895.

8 Mark Tushnet, *A Court Divided: The Rehnquist Court and The Future of Constitutional Law*, New York, W.W. Norton, 2005, s. 9-13.

tedir. İlgili veriler çoğunluk görüşünün yanı sıra karşı oylar ve farklı gerekçeler değerlendirilerek elde edilmiştir. Bu kapsamda yargıçların tüm kararlarına bakılmamış ancak seçilen konular ışığında anayasa teorisine ilişkin temel farklılıkları ortaya konmuştur.⁹ Söz konusu farklılıklar ve konulara göre değişen dengeler aynı zamanda ülke siyasetinin bir yansıması olarak değerlendirilmiştir. Bununla birlikte Mahkeme yalnızca ayna işlevi görmez, tamamıyla edilgen değildir, aksine ele alınan konularla ilgili farklı işlevler üstlenerek kendine ait bir ajanda izleyebilmektedir. Böylece zaman zaman beklenmedik kararlar da alabilmektedir.¹⁰ Dolayısıyla Mahkeme ile sosyal ve politik alan arasında bir etkileşim bulunmaktadır.

Yazar, sayılan hususlara ilişkin gözlemlerinden yola çıkarak Mahkeme'nin geleceğine ve dolayısıyla Amerikan anayasacılığına dair çıkarımlarda bulunmaktadır. Daha evvel ifade edildiği gibi ekonomi politikaları söz konusu olduğunda birlikte hareket edebilen Cumhuriyetçi yargıçlardan oluşan kanat sosyal konularda ikiye bölünmektedir. Tushnet'e göre sosyal konularda liberal kanatla işbirliği geliştiren üyelerin aksine yeni muhafazakâr yargıçlardan oluşan kanadın genişlemesi halinde bu kanadın karşı oylarında belirginleşen anayasal yaklaşım çoğunluk görüşü haline gelebilecektir. Bu aynı zamanda Amerikan anayasacılığının bileşenleri olarak değerlendirilebilecek pek çok hususta dönüşüm gerçekleşmesi anlamına da gelecektir.¹¹

Hülasa Tushnet'in çalışması, belirtilen zaman diliminde Mahkeme'nin kompozisyonuna ve varsayımları itibarıyla ABD'nin siyasi konjonktürüne paralel biçimde Amerikan anayasacılığında meydana gelen değişimi belirli kararlar çerçevesinde incelemektedir. Yazar, bu amaçla yargıçların hukuki yorumlarını değerlendirmekte ve sıkça yapılan "aktivist-sınırlamacı" ayrımının açıklayıcı olmadığını savunmaktadır.

Tushnet'e benzer şekilde Pritchett de yargıçların tutumları, kararlar ve kamu hukukunun şekillenmesi arasında bağlantı kurmuştur. Nicel analizin ön planda olduğu çalışmasında yazar, yasal materyalin etkisini göz ardı etmemektedir. Bu etkiyi değerlendirebilmek amacıyla çalışmada nicel analizin ardından 1939 yılıyla sınırlı olmak üzere kararların detayları hukuki bir analizle ele alınmıştır. Zira Pritchett'e göre kararların detaylı bir incelemesine başvurulmadan, karşı oyların ortaya çıktığı vakalarda, iki kanadın farklı görüşlere sahip olduğu kamu politikasına ilişkin meselelerin mi yoksa "salt hukuki" sorunların mı ele alındığını bilmek mümkün değildir.¹²

9 Richard A. Brisbin, "A Court Divided: The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law (Review)", *Rhetoric and Public Affairs*, Cilt 9, Sayı 2, 2006, s. 366.

10 Tushnet, s. 9-10.

11 Tushnet, s. 13.

12 Pritchett, *Division*, s. 895.

Bu çerçevede heyet olarak görev yapan yargı organlarının incelenmesinde ölçülebilirlik açısından fayda sağlayan sayısal verilerden elde edilen sonuçların, kararların hukuki incelemesi yoluyla teyit edilmesinin de faydalı olacağı şüphesizdir.

Türkçe literatürde yer alan Anayasa Mahkemesi'ne (AYM) ve kararlarına ilişkin çalışmalar genellikle doktrinel hukuk çalışmaları biçimindedir. Bunlar dışında görebileğimiz çalışmalar özellikle 2000'li yılların başında sayıca artmış¹³ ve AYM'yi stratejik davranan siyasi bir aktör olarak değerlendirmiş olan hegemonik koruma tezi ve yargısal aktivizm kavramı çerçevesindeki çalışmalardır. Bu çalışmaların varsayımları stratejik yargısal davranış modelleriyle benzeşse de müellifler çalışmalarını yargısal davranış modelleriyle ilişkilendirmişlerdir.¹⁴ Buna mukabil aynı tarihlerde başlamak üzere ve özellikle son yıllarda yargısal davranış modelleri etrafında değerlendirebileğimiz sosyolegal çalışmaların sayısı artmıştır.¹⁵

13 2000'li yıllardan önce bu çerçevede değerlendirilebilecek tespit edilebilen tek eser için bkz. Artun Ünsal, *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi: Siyasal Sistem Teorisi Açısından Türk Anayasa Mahkemesi*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1980.

14 Zühtü Arslan, "Conflicting Paradigms: Political Rights in the Turkish Constitutional Court", *Critique: Critical Middle Eastern Studies*, Cilt 11, Sayı 1, 2002, s. 9-25; Yavuz Atar, "Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi", Ed. Merih Öden, Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan, Cilt 2, Ankara Üniversitesi Yayınevi, Ankara, 2013; Aslı Ü. Bali, "The Perils of Judicial Independence: Constitutional Transition and the Turkish Example", *Virginia Journal of International Law*, Cilt 52, Sayı 2, 2012, s. 235-319; Osman Can, "The Turkish Constitutional Court as a Defender of the Raison d'Etat?", Ed. Grote Rainer, Tilmann J. Röder, *Constitutionalism in Islamic Countries: Between Upheaval and Continuity*, Oxford University Press, Oxford, 2012; Yusuf Şevki Hakyemez, *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı: Türk Anayasa Mahkemesinin İşlevi, İnsan Hakları Anlayışı ve Oluşumu Üzerine Bir İnceleme*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009; Ergun Özbudun, "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt 62, Sayı 3, 2007, s. 257-268.

15 Engin Yıldırım, Aziz Kutlar, Serdar Güleler, "1962-1982 Dönemi Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Yargısal İdeal Noktalarının Belirlenmesi", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 50, Sayı 4, 2017, s. 1-31; Ozan O. Varol, Lucia Dalla Pellegrina, Nuno Garoupa, "An Empirical Analysis of Judicial Transformation in Turkey", *The American Journal of Comparative Law*, Cilt 65, Sayı 1, 2017, s. 187-216; Ceren Belge, "Friends of the Court: The Republican Alliance and Selective Activism of the Constitutional Court of Turkey", *Law & Social Review*, Cilt 40, Sayı 3, 2006, s. 653-692; Gülşen Seven, Lars Vinx, "The Hegemonic Preservation Thesis Revisited: The Example of Turkey", *Hague Journal on the Rule of Law*, Cilt 9, Sayı 1, 2017, s. 45-82; Ozan Ergül, *Yeni kurumsalcı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007; Erdem Demirtaş, *Constitutional Courts During Political Upheavals: The Case of the Turkish Constitutional Court*, Doktora Tezi, Boğaziçi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi ABD, 2022; Nihan Yancı Özalp, *Türkiye'de Aktivizm ve Kendi Kendini Sınırlandırma Çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Yorumu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018 (Yargısal Yorumu); Mustafa Mert Albaz, "Kemalist Otoriterlik, Anayasa Yargısı ve Askeri Mahkemeler", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt 74, Sayı 3, 2019, s. 1-35; Aylin Aydın Çakır, "The Impact of Judicial Preferences and Political Context on Constitutional Court Decisions: Evidence from Turkey", *International Journal of Constitutional Law*, Cilt 16, Sayı 4, 2018, s. 1101-1120; Yasushi Hazama, "From Activism to Resilience: The Turkish Constitutional Court in Comparative Pers-

Tushnet'in çalışmasıyla AYM'yi siyasi bir aktör olarak görmek bakımından benzerlik taşıyan yargısal aktivizm temelli literatür, başta yargısal aktivizmin muğlak bir kavram oluşu ve anayasal yargı organlarının anayasacılığın temel işlevleri gereği bu tip kararlar vermeye mecbur oldukları argümanlarıyla teorik olarak eleştirilmiştir. Bunların yanı sıra olgusal olarak da hegemonik koruma tezi ve yargısal aktivizm tezlerinin Türkiye örneğini açıklayamadığı ileri sürülmüştür.¹⁶ Söz konusu dönemde belirli ölçüde açıklayıcı bulunsa dahi Türkiye'nin geçirdiği toplumsal ve siyasal dönüşümün ve AYM'nin değişen yapısının hegemonik koruma tezi ve yargısal aktivizm tezlerinin güncel koşullarda geçerliliğini yitirmesine sebep olduğu da ileri sürülebilir.¹⁷ Bu çerçevede incelendiğinde AYM'ye ilişkin tartışmalarda merkezi rolü süren yargısal aktivizm kavramının tıpkı Tushnet'in ileri sürdüğü gibi yargıçlar arasında gözlemlenebilir bir farklılığa işaret etmediği düşünülebilir. Gerçekten de yargısal aktivizm tanımlaması çoğu zaman beğenilmeyen kararları yermek dışında pek fazla anlam taşımamaktadır.

Yasal model dışındaki yargısal davranış literatürünün temel argümanı uyarınca yargıçlar sosyal, siyasal ve psikolojik etkenlerden izole birer otomat değillerdir. Otomat olmadıklarına göre yargıçların özellikle anayasa yargısı gibi politik yönü ağır basan konularda fikir ayrılıklarına düşmeleri olağandır. Detayları bu çalışmanın sınırlarını aşmakla birlikte şayet anayasal yargı organlarının diğer erklerin gücünü anayasal düzenlemeler ve ilkeler çerçevesinde sınırlandırması anayasacılığın bir gereğiye mahkeme kararlarının "aktivist" olmasının kaçınılmaz olduğu bile düşünülebilir. Aktivizmin görece objektif kullanımını mümkün kılacak belirli ölçütler önerilse de her koşulda kavramın dikkatli kullanılması gerektiğini kabul etmek gerekir.

pective", *Turkish Studies*, 2023, s. 1-23; Yasushi Hazama, "Hegemonic Preservation or Horizontal Accountability: Constitutional Review in Turkey", *International Political Science Review*, Cilt 33, Sayı 4, 2012, s. 421-440, (Hegemonic); Hootan Shambayati, Güliz Sütçü, "The Turkish Constitutional Court and the Justice and Development Party (2002-09)", *Middle Eastern Studies*, Cilt 48, 2012, s. 107-123; Bertil Oder, "Populism and the Turkish Constitutional Court: The Game Broker, the Populist and the Popular", *Verfassungsblog: On Matters Constitutional*, 2017; İpek Ece Şener, *The Impact of the Compositional Change on the Decisions of the Constitutional Court of Turkey*, Yüksek Lisans Tezi, Sabancı Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi Ana Bilim Dalı, 2018; Felix Petersen, "Judicial Review and Social Construction: The Case of the Turkish Constitutional Court", *Research and Policy on Turkey*, Cilt 3, Sayı 1, 2018, s. 18-39.

16 Seven, Vinx, s. 45-82; Alpbaz, s. 1-35; Belge, s. 653-692; Hazama, Hegemonic, s. 421-440.

17 Ahmet Ayata, *Anayasa Mahkemesi'nin Yargısal Davranışı: Hibrit Bir Analiz (2016-2023)*, Doktora Tezi Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2023; Yancı Özalp, *Yargısal Yorumu*; Muhammet Erdal Okutan, *Yargısal Aktivizm: Türk Anayasa Mahkemesi Örneği*, Doktora Tezi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ABD, Doktora Tezi, 2019; Hilal Yazıcı, *Anayasa Mahkemesi'nin Değişen Rolü: Hegemonyacı Koruma Tezinden Hak ve Özgürlüklerin Korunması Tezine*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, 2010.

Yargısal aktivizme, dile getirilen perspektiften yaklaşıldığında akla yargı organlarının gücünün nasıl dizginleneceği sorusu gelecektir. Bu sorunun cevabı ise hukuk metodolojisinde aranmalıdır. Zira yargı kararlarının ele alınmasında nesnellik ancak hukuk metodolojisinin irdelenmesiyle mümkün olabilir. Metodolojik başarı ve dürüstlüğün varlığı halinde farklı hukuki görüşlerin savunulması doğaldır.¹⁸ Hukuk metodolojisinin karar incelemesi bakımından öneminin yanında sosyo-legal çalışmaların kararların bir parçasını oluşturduğunu varsayımları sosyal bileşenlerin deşifre edilmesi açısından da işlevsel olduğunu söylemek mümkündür. Metodoloji, kararların doktrinel ve/veya sosyo-legal çerçevede incelenmesi amacıyla değişkenlerin izole edildiği bir laboratuvar ortamı sağlayamasa da kararın ardındaki varsayımların ve ilişkilerin ortaya konması için uygun bir strateji sunabilecektir.¹⁹

Türkiye'nin değişen sosyal ve siyasal dinamikleri ile anayasal düzeydeki kurumsal değişiklikler göz önünde bulundurularak AYM'nin yukarıda değinilen çerçevede incelenmesi iki nedenle faydalı olacaktır. Yargısal aktivizme ve hegemonik koruma tezine dayanak teşkil ettiği ileri sürülen maddi koşulların en azından ilgili çalışmalarda kullanıldıkları bağlam bakımından değişmiş olduğu görülmektedir. İlk olarak bu tip çalışmalar açıklayıcılığı yitiren yargısal aktivizm ve hegemonik koruma tezlerine alternatif açıklamalar bulunması kolaylaştıracaktır. Bunun için AYM'nin yine bir siyasal aktör olarak, ancak bu kez davranışı rijit biçimde kategorize edilmeden incelenmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra yargıçların karar verme otomatları olarak görülmelerini kolaylaştıran gerçeğdışı "siyasi angajmansızlık" tahayyülü de açık biçimde geçersizdir.²⁰ Bu şartlarda Mahkemenin üyeler seviyesinde incelenmesi de anlamlı olacaktır. Üyeler seviyesinde yapılacak bir analiz ise AYM örneğinde ancak karşı oyların ve farklı gerekçelerin dikkate alınmasıyla mümkündür. Zira kimi ülke uygulamalarından farklı olarak AYM kararlarında çoğunluk görüşünü paylaşan üyelerin gerekçeleri ayrıca kaleme alınmamaktadır.

Çoğunluk görüşünün yanı sıra karşı oyların da incelenmesi, üyelerin yöntemsel tercihlerinin ve bu tercihleri de şekillendiren varsayımlarının ortaya konması bakımından elverişlidir. Böylece birer sosyal inşa aracı olarak değerlendirilebilecek karar ve karşı oy gerekçelerinin işaret ettikleri hususlar çerçevesinde

18 B.E. Oder, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri: Hukuksal Yöntembilime Dayalı Karşılaştırılmalı Bir Araştırma*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 1-2.

19 E.T. Feteris (Terc. Ertuğrul Uzun), *Hukuki Argümantasyonun Temelleri: Yargı Kararlarını Gerekçelendirme Teorileri Üzerine Bir Araştırma*, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 213-214.

20 Ozan Ergül, *Anayasa Yargısı ve Demokrasi: Yeni Kurumsalca Bir Bakış*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2003, s. 46-47.

AYM'nin mevcut durumu ve üyelerinin benimsediği metodolojik yaklaşımların bir tablosu çizilebilecek, ayrıca bu durum ve yaklaşımların geleceğine ilişkin olası senaryolar tartışılabilecektir. Zira bu çalışmanın ileri sürdüğü bölünmüşlüğü varlığı bizatihi güncel hukuki yorum yaklaşımlarını ve yargısal davranışı oluşturan süreçlere ilişkin argümanları destekler niteliktedir. Diğer bir deyişle karara ilişkin görüş ayrılığının olması ilgili yargı kararının salt mekanik bir hukuk yorumuyla ortaya konmadığına işaret etmektedir. Her kararın arkasında hukukun yorumuna ve yargısal davranışı oluşturan hukuk dışı etkenlere ilişkin bileşenler diğer bir deyişle kompleks bir karar alma süreci vardır.

Dolayısıyla Pritchett ve Tushnet'in çalışmalarının kabullerini ve yöntemlerini benimseyen bir çalışma, geçmiş AYM literatürünün eksiklerini tamamlayarak, mevcut tabloyu ortaya koymak ve güncel siyasal gelişmeler doğrultusunda Türkiye anayasacılığının geleceğine ilişkin fikir edinmek açısından fayda sağlayabilir.

Belirtilen amaçla bu çalışmada Tushnet'in yaklaşımından farklı olarak yazarca önemli bulunan çeşitli kararlar yerine, ele alınan tarihsel kesite baskın özelliklerini veren, cumhurbaşkanlığı hükümet sistemiyle ihdas edilen cumhurbaşkanlığı kararnamelerine (CBK) ilişkin kararların tümünün incelenmesi yoluna gidilmiştir. Zira bu kararlar kuvvetler ayrılığı ilkesine ilişkin anayasal mülahazaları zorunlu kılmaktadır. Anayasacılığın temel unsurlarından kuvvetler ayrılığı ilkesi aynı zamanda hukuk metodolojisinin meşru kabul edilen sınırlarının da belirleyici unsurlarındandır. Bir normun anayasal yorumunun, normun denetiminde kullanılacak ölçütleri sağlayan anayasanın belirlediği kuvvetler arası dengeyi bozmaması beklenir.²¹ Dolayısıyla CBK kararlarının incelenmesi, üyelerin çeşitli öncelikler doğrultusunda benimsediği paradigmaların ve bu paradigmalara bağlı meşruiyet anlayışlarının deşifre edilmesi açısından oldukça verimlidir. Bu gözlem aynı zamanda AYM'nin pozisyonuna, kompozisyonuna ve cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine ilişkin sıkça gündeme gelen anayasal tartışmalara da ışık tutacak niteliktedir.

Böylece tek bir norm türünün yukarıdaki gerekçeyle çalışmanın konusu yapılmasının seçme kararların getireceği keyfilik riskini asgari düzeye indirmesi amaçlanmıştır. Norm türünün seçiminden sonra ikinci sorun bu normların nasıl inceleneceği olmuştur. Bu soruya da yöntemsel çoğulculuk anlayışına dayanılarak yanıt verilmiştir. İncelenen kesit mümkün olan bütün verilerin değerlendirilmesiyle sunulmuştur. Bu veriler aşağıda görüleceği gibi karşı oyların sayısal hale getirilmesi ve gerekçelerin hukuki analiziyle elde edilmiştir.

21 Friedrich Müller (terc. B.E. Oder, Korkut Kanadoğlu, Osman Can), *Anayasa Hukukunun Çalışma Yöntemleri*, Ed. Fazıl Sağlam, Maltepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009, s. 40.

II. Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde Genel Çerçeve

6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile 2017 yılında yapılan ve 9 Temmuz 2018'de yürürlüğe giren anayasa değişikliğiyle cumhurbaşkanına kanun hükmünde kararnamelerden farklı olarak CBK şeklindeki normlarla ilk elden düzenleyici işlem yetkisi tanınmıştır. Anayasa'nın 104/17. maddesi başta olmak üzere 104/9., 106/11., 108/4., 118/6. ve 123/3. maddeleri CBK'ların tâbi olduğu hukuki rejimini düzenlemektedir. CBK kararlarının incelenmesi aşamasında zorunlu biçimde analizin bir parçası olmakla birlikte düzenlemelerin hukuki rejimine ilişkin yavaş yavaş şekillenen doktrinel çerçeve ve tartışmalar bu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır. Yukarıda sözü edildiği gibi bu çalışma AYM'nin ilgili kararlarda ortaya koyduğu olgusal tablo (bölünmüşlük) ve bu tablo ile doğrudan ilişkili olan ve hukuki yorum üzerinde etkili olduğunu kabul ettiğimiz sosyal içerikli varsayımlara odaklanmaktadır.

Türkiye'nin anayasal gündeminin en önemli konularından olan yürütmenin güçlen(diril)mesi yönündeki eğilim nihayet 2017 yılındaki değişiklikle yeni bir hükümet sistemini doğurmuştur. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi olarak adlandırılan bu sistemle birlikte ilk elden düzenleme yetkisine dayanan CBK'ların ihdasına imkân tanınması, yasama ve yürütmenin alanlarının belirlenmesine yönelik yeni hukuki sorunlara yol açmıştır. Bu sebeple AYM kararlarında en sık karşılaşılan ve iptal taleplerine dayanak teşkil eden hükmün CBK'ların konu bakımından yetki sınırlarını çizen Anayasa'nın 104. maddesinin onyedinci fıkrası olması şaşırtıcı değildir. Bahse konu sınırlarsa Anayasa'nın benimsediği sistematik içerisinde yasamanın görev, yetki ve sorumlulukları çerçevesinde yapılacak bir somutlaştırılmayı zorunlu kılmaktadır. Dolayısıyla AYM'nin CBK'lara ilişkin kararları ve üyelerin karşı oyları, hukuk metodolojisinin sınırlarını belirleyen kuvvetler ayrılığı ilkesinin nasıl somutlaştırıldığını ve üyelerin bu konuda nasıl pozisyon aldıklarını ortaya koyar niteliktedir.

AYM, CBK'lara ilişkin ilk üç kararını 22 ve 23 Ocak 2020 tarihlerinde vermiştir.²² Bu kararlar CBK'lara ilişkin yargısal denetimin şablonunun oluşturulduğu kararlar olmaları bakımından önemlidir. Belirlenen şablona göre iptali talep edilen normlar öncelikle Anayasa'nın 104/17. maddesi çerçevesinde konu bakımından yetki yönünden incelenmekte ve ardından düzenlemelerin içerik yönünden anayasa uygunluğu denetlenmektedir.

²² AYM, E. 2018/125, K. 2020/4; AYM, E. 2019/31, K. 2020/5; AYM, E. 2019/78, K. 2020/6.

III. Kararların İncelenmesi

Daha evvel belirtildiği gibi bu çalışmada ele alınacak kararların, iki biçimde incelenmesi yoluna gidilecektir. Bunlardan ilki görece ölçülebilir olan betimsel istatistik mahiyetindeki sayısal verilerin değerlendirilmesi (yıllara göre iptal oranları ve karşı oyların üyeler seviyesinde dağılımı) yoluyla yapılacak incelemedir. İkincisi ise kararların hukuki incelemesidir. İlk inceleme ölçülebilirlik bakımından avantajlı olmakla birlikte tek başına değerlendirildiğinde yanıltıcı ve indirgemeci sonuçlar üretmeye elverişli olup hukuki analizle desteklenmesi gerekmektedir. Böylelikle sonuçların daha güvenilir hale getirilmesi mümkün olacaktır.

A. Kararların Sayısal Analizi²³

İlk kararın verildiği 22/01/2020 tarihinden bu çalışmanın sınırlandırıldığı 15/02/2024 tarihine kadar toplam 72 karar verilmiş ve yayımlanmış olup bu kararların sonuncusu 11/10/2023 tarihinde vermiştir. Kararlardan 69'u iptal davalarına ilişkindir. K. 2023/133 sayılı kararın birleştirilmesi sonucunda itiraz yoluyla gelen bir dosya iptal davasına dönüşmüş ve bundan ayrı üç adet itiraz da sonuca bağlanmıştır.²⁴

Literatürde bir kararın iptal kararı olarak nitelendirilmesi için Anayasa'ya uygunluğu değerlendirilen düzenlemelerin yalnızca bir hükmünün iptal edilmesi yeterli kabul edilmektedir. Bununla birlikte kararlarda iptali talep edilen hüküm sayısı neredeyse her zaman birden fazladır. Dolayısıyla hükümlerin tamamını göz ardı edecek şekilde elde edilen oranların yeterince güvenilir olmayacakları ortadadır. Bu kusuru asgari düzeye indirmek amacıyla her bir kural için iptal ve ret şeklindeki hükümlerin sayısı ile elde edilecek oranlar dikkate alınabilir. Buna göre incelenen 72 karar toplam 473 hüküm içermekte olup bunlardan 212 adedi (%45) iptal edilmiştir. 2020 yılında toplam 33 hükümden 6 adedi (%18); 2021'de toplam 62 hükümden 5 adedi (%8); 2022 yılında toplam 189 hükümden 114 adedi (%60); 2023 yılındaysa toplam 189 hükümden 87 adedinin (%46) iptal edildiği görülmektedir. Kararlarda tüm hükümlerin iptal edilmesi istisnai bir durum olduğu için hükümler düzeyinde bir inceleme yapıldığında beklenildiği üzere iptal oranları düşmektedir.²⁵

23 Bu başlık altında kullanılan sayısal verilerin tamamı AYM'nin karar bilgi bankası aracılığıyla elde edilmiştir. Bkz. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/> (erişim tarihi: 15/10/2023).

24 AYM, E. 2018/162, K. 2020/66 sayılı karar doğrudan bir CBK hükmünün iptaline ilişkin değildir. Bununla birlikte karar, CBK'ların konu bakımından yetki sınırlarına ilişkin sonuçlar içerdiği gerekçesiyle çalışma kapsamına alınmıştır.

25 Tablo 1'de 2023 yılına ait olan oranlar, ilgili yılda karara bağlanmış ve 15/02/2024 tarihi itibarıyla yayımlanmış kararlar dikkate alınarak hesaplanmıştır.

Yıl	Dosya Seviyesinde İptal Oranları (%)	Hüküm Seviyesinde İptal Oranları (%)
2020	30%	18%
2021	45%	8%
2022	89%	60%
2023	56%	46%
Toplam	58%	45%

Tablo 1: CBK'lara İlişkin Norm Denetimi Kararlarında İptal Oranları

Tablo 1'de gösterildiği üzere 2021 yılında iptal oranları bir önceki yıla göre %50 artmıştır. Ancak iptal edilen hükümlerin tüm hükümlere oranı %50'den fazla düşüş göstermiştir. Bu bulgu hüküm düzeyinde iptal oranlarının daha güvenilir olduğu argümanını desteklemektedir.

İptal oranlarında üye değişimine bağlı gelişen dikkat çekici bir değişim yaşanıp yaşanmadığı önemlidir. Üye değişimiyle iptal oranları arasında bu seviyede bir değerlendirmeye ortaya konabilecek açık bir ilişki göze çarpmamaktadır. Değerlendirilen aralığın dört yıla sınırlı olmasının iptal oranlarının açıklayıcılığını kısıtladığı düşünülebilir. Ayrıca iptal oranları değerlendirilirken ihdas edilen normların benzer hususlarda düzenleme getirmiş olma ve benzer konularda yerleşen içtihatların küçük örneklemede oranları ciddi biçimde etkilemesi riski göz ardı edilmemelidir.²⁶

Görüldüğu üzere iptal oranları bölünmeye ilişkin doğrudan fikir verecek mahiyette değildir. Çalışma bakımından iptal oranlarından daha önemli olan sayısal veriler ise üyelerin karşı oylarının dağılımıdır. Zira karşı oylar ve karşı oyların hangi vakalarda hangi yönde kullanıldıkları ile hangi argümanlar kullanılarak kalemeler alındıkları bölünmenin hem nedenini hem de sonucunu oluşturmaktadır.

Bu çalışmada üyeler arasında mevcut olduğu ileri sürülen ve gerek sayısal verilerle gerekse hukuki analizle doğrulan bölünme AYM'nin kabaca A ve B grupları olarak adlandırabileceğimiz iki gruba ayrılmasıyla ortaya çıkmıştır. İlk grup (A) çoğunlukla azınlıkta kalan ve CBK'ları konu bakımından yetki yönünden sınırlama eğilimi yüksek gruptur. İkinci gruptaki üyelerse ekseriyetle çoğunluğu oluşturmaktadırlar ve diğer grubun aksine yürütmenin söz konusu yetkisini geniş yorumlama eğilimleri yüksektir.

²⁶ 2022 yılında iptal oranlarının benzer konuda iptal yönünde kararlar verilmesiyle yükseldiği anlaşılmaktadır. Bkz. Ayata, s. 288-290.

Bölünme olgusunun sayısal göstergesi olarak kabul edilebilecek karşı oyların dağılımı, üyelerin genellikle paralel yönde oy verdikleri grubun davranışları ölçüt alınarak hesaplanmıştır. Böylelikle üyelerin ne kadar karşı oy kullandıklarını ortaya koyan kaba bir sonuçtan ziyade mevcut bölünmede nasıl konumlandıkları ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu amaçla her bir üyenin 15/02/2024 tarihine kadar yayımlanan 72 karardan oybirliğiyle alınmayan 55 kararın (%76) her birinde verdiği karşı oylar incelenmiştir.²⁷ Bu karşı oylar, üyelerin içinde buldukları grup üyelerinin hepsinin karşı oy yazması halinde “1” puan; grubun tüm üyelerinin karşı oy yazmaması ancak birden fazla üyenin karşı oy yazması halinde “2” puan; üyenin tek başına karşı oy yazması halinde “3” puan olarak üyelerin hanelerine yazılmıştır. Katmanlı ya da ağırlıklı puanlamanın amacı üyelerin sınıflandırılan eğilimlerinin kendi içlerinde derecelendirilmesidir.

Üye İsmi	-3	-2	-1	0	1	2	3	Karar Sayısı	Skor
Zühtü Arslan		3	42					54	-0,8889
Hasan Tahsin Gökcan		1	36					48	-0,7917
Engin Yıldırım		1	43					54	-0,8333
Muammer Topal					4	3		46	0,21739
M. Emin Kuz	3	3	37					48	-1,0833
Kadir Özkaya			3		2	1		53	0,01887
Rıdvan Güleç					3	5		47	0,2766
Recai Akvel					3	2		51	0,13725
Yusuf Sevki Hakvemez		1	43					54	-0,8333
Yıldız Seferinoğlu					3			48	0,0625
Selahattin Mentuş			3		3	3		52	0,11538
Basri Bağcı					3	3		45	0,2
İrfan Fidan					3	3		43	0,2093
Kenan Yaşar			30					35	-0,8571
Muhterem İnce						4	3	31	0,54839
Recep Kömürçü			1					8	-0,125
Serdar Özgüldür					1			8	0,125
Burhan Üstün					1			10	0,1
Celal Mümtaz Akıncı			5					16	-0,3125
Hicabi Dursun			1					20	-0,05

Tablo 2: Karşı Oyların Sayılaşdırılmasına İlişkin Tablo

Tablo 2’de detayları gösterilen ve yukarıda tarif edildiği şekliyle hesaplanan karşı oy puanları üyelerin imzası bulunan ve karşı oy içeren toplam karar sayısına bölünerek üyelerin karşı oy skorları ağırlıklı aritmetik ortalamaları alınarak hesaplanmış ve üyelerin eğilimleri aşağıda Şekil 1’de görüldüğü gibi tek boyutlu biçimde, doğru üzerinde gösterilmiştir. Üyelerin, normların iptali yönünde kullandıkları karşı oylar negatif, normların iptali yönündeki talep-

²⁷ Anayasa Mahkemesi’nin karar bilgi bankasında karşı oy için filtre kullanılarak yapılan aramada AYM, E.2018/125, K.2020/4; AYM, E. 2019/31, K. 2020/5 ve AYM, E. 2019/78, K. 2020/6 sayılı kararlar karşı oy içermelerine rağmen karşı oy içermeyen kararlar arasında görüntülenmektedirler. Dolayısıyla zikredilen kaynağın benzer araştırmalar yapılırken dikkatli kullanılmasında yarar vardır.

lerin reddi lehine yazdıkları karşı oylar pozitif olarak puanlanmıştır. Böylece üyeler, CBK'ların konu bakımından yetki yönünden sınırlandırılmasına yönelik eğilim arttıkça doğrunun soluna, tersi yönde CBK'ların alanını genişletme eğilimi arttıkça doğrunun sağına yerleşmişlerdir. Pozitif tarafta kalan üyelerin skorlarının mutlak değerlerinin negatif tarafta kalanlara göre düşük olmasının sebebi ekseriyetle kararı belirleyen çoğunlukta kalmalarıdır. Diğer bir deyişle genellikle çoğunlukta kaldıkları için daha az karşı oy kullanmaktadırlar. Dolayısıyla sıralama ölçeğine uygun biçimde skorların mutlak değerlerinin mukayesesinden daha çok buldukları grup içinde nereye yerleştikleri önemlidir. Ayrıca görevinden ayrılan üyeler ile bu üyelerin yerine gelen üyeler aynı rengin farklı tonlarıyla gösterilmişlerdir.²⁸ Bu renklendirmede güdülen amaç, ayrılan üyeler ile bu üyelerin yerine göreve başlayan üyelerin tutumlarının mukayese edilebilmesidir.²⁹

Ortaya çıkan dağılımdan rahatlıkla anlaşılacağı üzere skorları birbirlerine yakın olan üyeler yukarıda A grubu ve B grubu olarak adlandırdığımız iki ana grubu oluşturmaktadır. Doğrunun negatif tarafında toplanan ve CBK'ları sınırlandırma eğilimi yüksek olan üyeler A grubunu, doğrunun pozitif tarafında toplanan ve yürütmenin yetkisini geniş yorumlama eğilimi yüksek olan üyelerse B grubunu oluşturmaktadırlar.



Şekil 1: Üyelerin Karşı Oy Sapmaları

Şekil 1'de gösterildiği üzere CBK'ları sınırlama eğilimi en yüksek üye M. Emin Kuz'dur. Kuz, A grubunda yer alan diğer üyelerin çoğunluğa katıldığı birden çok kararda dahi karşı oy kaleme almıştır. Tablo 2'den anlaşılacağı üze-

²⁸ Örneğin görev süresi dolan ve ismi açık kahverengi ile yazılan Celal Mümtaz Akıncı yerine göreve başlayan Kenan Yaşar'ın ismi koyu kahverengi ile yazılmıştır.

²⁹ Görev süresi 30/01/2024 tarihinde dolan Muammer Topal'ın yerine göreve başlayan Yılmaz Akçıl'in incelenen kararlarda henüz imzası bulunmamaktadır. Dolayısıyla Akçıl'in 15/02/2024 tarihiyle sınırlandırılan bu çalışmada incelemeye dâhil edilmesi mümkün olmamıştır.

re Kuz'un karşı oyunun iptal taleplerinin reddedildiği kararlarda tek karşı oy olduğu üç karar bulunmaktadır. Bununla birlikte A grubunun tamamının karşı oy yazmadığı üç kararda daha Kuz'un karşı oyu bulunmaktadır. A grubundaki diğer üyeler çok az sayıda kararda içinde buldukları gruptan ayrılarak B grubu ile aynı sonuca ulaşmaktadırlar. Ayrıca Yusuf Şevki Hakyemez ve Celal Mümtaz Akıncı'nın bazı karşı oyları istisna olmak üzere A grubu üyelerinin karşı oy yazdıkları kararların tamamında şerhlerini münferit olarak kaleme aldıkları görülmektedir. Bununla birlikte kimi kararlarda müstakil olarak karşı oy yazan üyelerin aynı gruptaki diğer üyelerin karşı oylarına atıfla yetindikleri görülmektedir.

CBK'ları sınırlandırma eğilimi en düşük olan, diğer bir deyişle yürütmenin yetkisini en geniş yorumlayan üye ise Muhterem İnce'dir. Kuz için söylendiği gibi İnce de B grubu üyelerinin çoğunluğa katıldığı üç kararda tek başına karşı oy kaleme almıştır. İnce, B grubunun tamamının karşı oy kullanmadığı toplam dört kararda karşı oy yazmıştır. A grubunun aksine B grubuna dâhil üyelerin çoğu zaman karşı oyları birlikte kaleme aldıkları görülmektedir.

Bahsi geçen sınırlandırma eğiliminin en ucunda yer alan Kuz'un dışında A grubunu oluşturan başkan Zühtü Arslan, Hasan Tahsin Gökcan, Engin Yıldırım, Yusuf Şevki Hakyemez ve Kenan Yaşar genellikle azınlıkta kalmakta; çoğu zaman kararın belirleyicisi olamamaktadırlar. Bununla birlikte Yaşar'ın ve Hakyemez'in nadiren ve münferit olarak çoğunluk grubuna geçtiği kararlar bulunmaktadır.³⁰

Üyelerden doğrunun sıfır noktasına görece yakın olanlar için iki ihtimal bulunmaktadır. Bunlardan ilki bu üyelerin A ve B grupları arasında geçiş yapıyor olmasıdır. İkinci ihtimalse görece daha az karşı oy yazıyor olmalarıdır. Sıfır noktası dağılımda kararın yönünden bağımsız olarak çoğunluğu (her koşulda çoğunlukla paralel oy kullanma durumu) temsil etmektedir. B grubunu oluşturan üyelerin genellikle çoğunluğu oluşturmaları sebebiyle sıfır noktasına yakın olmaları diğer bir deyişle A grubuna nazaran daha az sayıda karşı oy yazmaları kaçınılmazdır. Bununla birlikte karşı oy sayıları yerine skorlar dikkate alınarak B grubu içerisinde yapılacak bir değerlendirmede, sıfır noktasına yakınlığın grup üyelerinin tutumuna ilişkin fikir verdiği açıktır.

Şekil 1'in Tablo 2 ile birlikte değerlendirilmesi halinde yürütmenin yetkisini geniş yorumlama eğilimi yüksek olan, diğer bir deyişle sıfır noktasının sağında kaldığı halde A grubu üyeleriyle birlikte karşı oy yazan iki üye bulunmaktadır. Bu üyeler Selahattin Menteş ve Kadir Özkaya'dır. Menteş ve Özkaya üçer

30 Hakyemez'in ve Yaşar'ın aynı kural bakımından A grubu dışına çıktıkları bir karar için bkz. AYM, E. 2020/7, K. 2022/146.

kararda B grubunun çoğunluğu oluşturduğu ve iptal taleplerinin reddedildiği hükümler için karşı oy yazmışlardır.³¹ Bu sonuç aynı zamanda yalnızca aritmetik ortalamayı temel alan skora bakılarak yapılacak yorumların sağlıklı olmayacağına işaret etmektedir zira Yıldız Seferinoğlu'nun diğer grupla paralel yönde oy kullandığı bir karar olmadığı halde skoru sıfır noktasına Menteş'ten daha yakındır.

Son olarak Şekil 1'de kullanılan farklı renklendirmelerden anlaşıldığı üzere görev süresi dolan üyelerin yerine göreve gelen üyelerin skorlarının mutlak değerleri seleflerinden daha yüksektir. Bu durum haleflerin daha fazla sayıdaki kararda imzalarının olmasından (örneklemin büyümesi eğilimleri daha güvenilir şekilde ortaya koyacağı için) kaynaklanıyor olabileceği gibi yeni gelen üyelerin bölünmeyi pekiştirme eğilimlerinin eskilere göre yüksek olduğunun göstergesi de olabilir.

Yukarıda üyelerin skorlarına bakılarak yapılan değerlendirmelerde yer bulan alternatif açıklamaların mümkün olduğunca elenmesi gerektiği açıktır. Olası açıklamalar arasından en makulünün seçilmesi ise kararların ayrıca incelenmesini gerektirmektedir. Zira mümkün olduğunca ölçülebilir hale getirmek için sayısallaştırılan karşı oyların hukuki analizinin yapılması, bölünmenin hukuki mahiyetinin ortaya konmasının yanı sıra nicel verilerin nüfuz edemeyeceği ve hatta perdeleyeceği detayların anlaşılması açısından da zorunludur.

B. Kararların Hukuki Analizi

Nicel olarak ortaya konan söz konusu bölünme sonuç mahiyetinde olup bu sonucun nedeni ve maddi ölçütü CBK'ların yargısal denetiminde benimsenen hukuki yaklaşımlarda aranabilir. Daha sarıh bir ifadeyle bu sonuçların ortaya çıkış nedenlerinin anlaşılması için giriş kısmında değinilen sosyal ve hukuki bileşenlerden müteşekkil hukuk metodolojisinin kararlara nasıl yansıdığı araştırılmalıdır. Zira üyelerin benimsedikleri paradigmalardan ve karşı oylarının sadece kullandığımız sayısal verilerle anlaşılması mümkün olmayan özellikleri ancak bu yolla ortaya konabilir. İçeriğe ilişkin bu analiz Pritchett'in değindiği kamu politikasına ilişkin değişkenlere dayalı bölünmeyle, her ne kadar bir görüşün politik yansızlığı çoğu halde kurgudan ibaret olsa da, "salt hukuki" bölünme arasındaki ayrıma ilişkin sorunun yanıtlanmasını da kolaylaştıracaktır.³²

31 Menteş'in çoğunluktan ayrıldığı kararlar için bkz. AYM, E. 2019/38, K. 2022/148; AYM, E. 2018/149, K. 2022/163; AYM, E. 2021/86, K. 2023/34. Özkaya'nın çoğunluktan ayrıldığı kararlar için bkz. AYM, E. 2020/8, K. 2021/25; E. 2021/50, K. 2021/89.

32 Pritchett, Divisions, s. 895.

1. İlk Kararlarla Ortaya Çıkan Bölünme

AYM'nin 22/01/2020 tarihinde verdiği K. 2020/4 sayılı ilk karar Yüksek Askeri Şûra'nın sekreteryaya hizmetlerini yürütecek mercii belirlenmesine ilişkindir. 16 üyenin imzası bulunan bu ilk kararla birlikte takip eden çok sayıda kararda Mahkeme'yi bölecek bir görüş ayrılığı ortaya çıkmıştır. Tartışmanın merkezinde Anayasa'nın 123. maddesinde düzenlenen idarenin kanuniliği ilkesi ve 104/17. maddesinin üçüncü cümlesinde düzenlenen münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılmayacağı kuralı bulunmaktadır. İptal talebini reddeden çoğunluğun aksine Arslan, Gökcan, Yıldırım ve Hakyemez düzenlemenin konu bakımından yetki yönünden Anayasa'ya aykırılığını savunmuşlardır. Karşı oylar münferiden yazılmış olup argümantasyon açısından paralel oldukları görülmektedir. Üyelerin temel argümanı CBK'larla düzenlenmesi öngörülen alanın istisnai mahiyette olduğu ve ölçü normu oluşturan Anayasa'nın ilgili maddelerinin norm alanlarının, ihdas edilen düzenlemeyi kapsamadığı şeklindedir. Çoğunluk gerekçesiyle karşı oylar arasındaki temel fark konu bakımından yetkiyi düzenleyen kuralların ve ihdas edilen kuralların norm alanlarına ilişkindir. Tüm CBK kararlarına rengini veren bu görüş ayrılığı, B grubunun ölçü normların norm alanını ya da CBK'ların yetki sınırlarını geniş yorumlaması ve kimi CBK'ların norm alanını dar yorumlaması buna karşın A grubunun bu yaklaşımın tersini izlemesine dayanmaktadır. Yıldırım dışındaki karşı oy sahipleri oylarını bu çerçevede gerekçelendirirken Yıldırım'ın aynı argümanı, ardında yatan kuvvetler ayrılığı ve yasama yetkisinin devredilemezliği ilkeleriyle birlikte dile getirdiği görülmektedir. Yıldırım, ayrıca CBK'ların normlar hiyerarşisinde kanunlardan sonra geldiği görüşünü dile getirmektedir.³³

Takip eden K. 2020/5 sayılı kararda, A grubu çoğunluk oluşturmadığı halde sonucu belirlemiştir. 16 üyenin imzası ve 8 üyenin karşı oyu bulunan kararda sonucu belirleyen 6216 sayılı Kanun'un 65. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca Mahkeme başkanının oyu olmuştur. Kararda A grubunu oluşturan üyelerin 104/17. maddenin dördüncü cümlesinde yer alan "kanunda açıkça düzenlenen konularda" CBK çıkarılmayacağı şeklindeki düzenlemeyi ilgili yasal düzenlemeler lehine yorumladıkları diğer bir deyişle yürütmenin yetkisini dar yorumladıkları görülmektedir. B grubunda yer alan üyelerse ilgili ifadenin bu denli geniş yorumunun anayasa koyucunun amacına uymadığı yönünde yorum yapmışlardır. Benzer hususta 12/11/2020 tarihinde verilen K. 2020/66

33 AYM, E. 2018/125, K. 2020/4. Ayrıca CBK'lar ile kanunların normlar hiyerarşisindeki konularının ilk AYM kararlarında ele alınışına dair bkz. Osman Can, "Cumhurbaşkanlığı Kararnemelerinin Hukuki Rejimi Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı", *Anayasa Yargısı*, Cilt 37, Sayı 1, 2020, s. 172.

sayılı kararda ise sonuç, B grubunun argümanlarına paralel olarak iptal talebinin reddi yönünde olmuştur. K. 2020/5 sayılı karara benzer biçimde 14 üyenin imzasını taşıyan K. 2022/108 sayılı kararda da üyelerin yarısı iptal yönünde görüş bildirmiş ve kararı belirleyen yine Arslan'ın oyu olmuştur. K. 2022/17 sayılı kararda ise iptal edilen hüküm bakımından 6 üyenin (Özkaya, Topal, Akyel, Bağcı, Seferinoğlu ve Fidan) karşı oy kullandığı görölmektedir. Yine K. 2023/25 sayılı kararda da iptal edilen hüküm bakımından Bağcı hariç 5 üye karşı oy kullanmıştır. Bu iki örnekte görüldüğü üzere, B grubunun azınlıkta kaldığı iptal kararlarında Mahkeme heyetinde ortaya çıkan bölünme zayıflamaktadır. Diğer bir deyişle Yolcu'nun tasnif ettiği şekilde 5 ve daha fazla üyenin karşı oy kullandığı “derin bölünme”³⁴ gözlemlenen kararlar genellikle A grubunun azınlıkta kaldığı hallerde ortaya çıkmaktadır. B grubu azınlıkta kaldığında ortaya çıkan bölünme genellikle zayıftır, başka bir deyişle bu kararlar B grubundan 5'ten daha az sayıda üyenin karşı oyunu içermektedir. Dolayısıyla iptal yönündeki kararlarda ortaya çıkan fikir birlikteliği genellikle ret kararlarına nazaran daha büyük bir çoğunluğa dayanmaktadır.

2. Grup İçi Farklılıklar

Karşı oy kullanan üyelerin sayılarının değişiklik arz etmesi grupların kendi içlerinde de homojen olmadığının bir göstergesidir. Bu farklılık üyelerin hukuki yorumlarında da gözlemlenmektedir. Bu açıdan en rahat gözlemlenebilecek üyeler, grupların sıfır noktasına en uzakta konumlanan üyeleri Kuz ve İnce'dir. Bunun dışında sıfır noktasına yakın ve her ne kadar diğer grup üyeleriyle birlikte karşı oy yazmasalar da diğer grupla paralel oy kullanmış üyelerin de tutumları dikkat çekicidir.

K. 2020/4 sayılı kararın ardından idarenin kanuniliği ve bütünlüğü, kamu tüzel kişiliklerinin kurulması ile görev ve yetkilerinin düzenlenmesi hususları çok sayıda kararda bölünmenin tekrarlanmasına neden olmuştur. Başta K. 2020/30 sayılı kararda ve takip eden ilişkili kararlarda görüldüğü üzere Kuz, A grubunu oluşturan diğer üyelerden farklı olarak bakanlıkların merkez ve taşra teşkilatlarının CBK ile kurulmasını öngören Anayasa'nın 106. maddesinin onbirinci fıkrasını dar yorumlayarak “kurulma” ifadesinin 123. maddenin sistematik bir yorumuyla “düzenlemeyi” kapsayacak şekilde yorumlanamayacağını savunmaktadır. Kuz ilgili husus ve bazı kamu personelinin atanmasına ilişkin

34 Kararlarda karşı oyu bulunan üyelerin sayısının dikkate alınmasıyla ortaya çıkan bölünmenin sınıflandırıldığı bir çalışma için bkz. Serkan Yolcu, “Bölünmüş Bir Mahkemenin Analizi: Anayasa Mahkemesinin Norm Denetiminde Azınlık-Çoğunluk Dengesinden Bir Kesit”, *Anayasa Hukukundaki Gelişmelerin Işığında Kamu Hukuku Sempozyumu*, Maltepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2022, s. 179.

kararlarda³⁵ olduğu gibi benzer hususlarda CBK'larla düzenleme yapılmasını öngören Anayasa hükümlerini istisna oldukları gerekçesiyle A grubunun diğer üyelerinden dar yorumlamaktadır.³⁶

Kurulma ve düzenleme bahsindeki fikir ayrılığı A grubu üyelerinden Kenan Yaşar'ın da pozisyonuna dair fikir vermektedir. Bölünme yaşanan durumlarda nadiren B grubuyla paralel oy kullanan Yaşar'ın bu tutumunun hukuki yansımasına K. 2022/147 sayılı karar örnek verilebilir. Yaşar, kararda karşı oy sahibidir. Bununla birlikte düzenlemenin kurulma kapsamında değerlendirilebileceğini ancak bu yorumun çoğunluk kararındaki kadar genişletilemeyeceğini savunmaktadır.

CBK'lara ilişkin kararlarda en sık karşılaşılan konulardan bir diğeri kamuda istihdam edilen personelin kadrolarının iptali, ihdası ile atanmaları ve tâbi olacakları kurallar olmuştur. Bloklar arası ve grup içi bölünme bu hususta da tekrarlanmaktadır. Tartışma öncelikle mezkûr hususların 104/17. maddenin üçüncü cümlesi uyarınca münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konulardan olup olmadığı üzerine yürütülmektedir. İkinci ölçüt ise 104/17. maddenin ikinci cümlesi uyarınca ortaya konulmaktadır. Buna göre ihdas edilen normların “kamu hizmetine girme hakkı”, “bütçe hakkı” ve “mülkiyet hakkı” çerçevesinde düzenleme ve sınırlama getirip getirmediği değerlendirilmektedir.³⁷

Tahmin edileceği üzere bu hususta da gruplar arasındaki farklılığın temelinde üyelerin yorumlarının esasını teşkil eden öncelikler yatmaktadır. A grubunu oluşturan üyelerin kanunların mahfuz alanı lehine ve kamu hizmetine girme hakkını merkeze alan bir yaklaşımla başta 123. ve 128. maddelerin sistematik yorumuna dayanan çeşitli hukuki argümanlara başvurdukları görülmektedir.³⁸ K. 2020/56 sayılı kararda görüldüğü üzere Kuz, bu yaklaşımın en “radikal” savunucusudur.

35 Bkz. AYM, E.2018/124, K.2020/56; AYM, E.2020/7, K.2022/146.

36 Bkz. AYM, E.2019/105, K.2020/30; AYM, E.2019/71, K.2020/82; AYM, E.2018/134, K.2021/13; AYM, E.2020/4, K.2022/147; AYM, E.2019/38, K.2022/148; AYM, E.2019/87, K.2022/158; AYM, E.2020/34, K.2023/25. Bahse konu farklılıkların Arslan'ın karşı oyuyla mukayese edilebileceği bir karar için bkz. AYM, E.2018/123, K.2022/138. Ayrıca K. 2022/138, K. 2022/148, K. 2023/25 sayılı kararlar ve benzerleri, sayısallaştırılan karşı oyların hüküm düzeyinde ele alınmış olmaları halinde üyelerin karşı oy skorlarının daha yüksek çıkacağını göstermektedir. Bu açıdan nicel analiz bu kısma desteklenmesinin isabetli olduğu anlaşılmaktadır.

37 Düzenleme ve sınırlama kavramlarının mahiyeti ve bütçe hakkına ilişkin bkz. AYM, E.2018/119, K.2020/25 sayılı karar içinde Zühtü Arslan'ın karşı oy yazısı.

38 Bkz. AYM, E.2020/7, K.2022/146.

Çoğunluksa bu argümanlar yerine yürütme yetkisini merkeze alan ve Anayasa'nın 104., 106., 123. ve 128. maddelerinin dikkate alındığı sistematik bir yorumunu tercih etmektedir. Böylelikle B grubu sayılan kararlarda önce “teşkilat” kavramını ardından “teşkilatların kurulmasını”, görev ve yetki gibi hususların düzenlenmesini de kapsayacak şekilde geniş yorumlamıştır. Nihayet B grubu, ilgili teşkilatların personellerinin istihdamını da CBK'larla düzenlenebilecek alan içinde değerlendirmiştir.

Bu tutum, K. 2020/25 sayılı kararda düzenlemeye konu personelin yargı mensuplarını da içerdiği tartışmasıyla B grubundan bir oyun kopmasına sebep olmuştur. Çoğunlukla B grubuna paralel oy kullanan Özkaya, somut düzenlemenin kapsamı konusunda A grubu ile aynı sonuca ulaşmaktadır. Çoğunluğun benimsediği, kadroların kurumların kuruluşlarının bir parçası olarak görülmesi gerektiği argümanından yola çıkan Özkaya, yargı kurumlarının kadrolarının da diğerlerinde olduğu gibi kurumların kurulmalarının birer parçası olarak görülmesi gerektiğini ve tam da bu nedenle yargı kurumlarının ancak kanunla kurulabileceklerini savunmaktadır. Bu kararda ayrıca Özgüldür de ek gerekçe kaleme almış ve Özkaya'dan farklı olarak CBK ile sadece yargı kurumlarındaki idari personel yönünden düzenleme getirildiğini savunmuştur. Dolayısıyla Özgüldür'ün gerekçesinin, farklı bir gerekçe ortaya koymaktan ziyade bir çeşit “anayasaya uygun yorumla” çoğunluğun kararını gerekçelendirerek tahkim etme amacı taşıdığı söylenebilir. Özkaya'nın sapması ise daha evvel ifade edildiği gibi somut düzenlemenin özelliklerine ilişkin bir ayrılıktır. Benzer hususta düzenleme getiren başka bir CBK normu için K. 2021/25 sayılı kararda üyenin çoğunluğu oluşturan B grubunda yer alması bu görüşü doğrulamaktadır.

Rektör atamalarında “en az üç yıl” görev yapmış olma şartının kaldırılmasına ilişkin K. 2022/163 sayılı karar, B grubundan kopma yaşanan bir diğer karardır. Kararda çoğunluk, Anayasa'nın üniversitelerin özerkliğinin de içeren düzenlemeler getiren 130. ve kamu hizmetine girme hakkını düzenleyen 70. maddelerinin ve üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esasların CBK ile belirlenmesini öngören 104/9. maddesinin sistematik yorumuna başvurmuştur. Çoğunluk, öncelikle rektörleri üst düzey kamu yöneticisi kabul etmiş ardından da “usul ve esaslar” kavramını, bu atamalarda aranacak “nitelikleri” de kapsar biçimde geniş yorumlamıştır. İçerik yönündense tek başına “profesör” olmanın kamu yararının kriteri olan liyakat şartını sağladığı kabul edilmiştir. Karşı oylarda ise düzenlemenin konu bakımından yetki yönünden iptalinin gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre 104/9. madde 130. maddenin değil 128. maddenin istisnası olup 130. madde bu hüküm bakımından 104/9. maddenin istisnasıdır. Bununla birlikte çoğunluğun mevcut yasal düzenlemeyi norm alanını dar yorumlayarak CBK ile düzenlenen alanda görme-

mesine karşı Arslan'ın karşı oyunda kanunla aynı alanda düzenleme yapıldığı da ileri sürülmektedir. Sonuç olarak karşı oylarda benimsenen görüşte çoğunluğun aksine önceliğin üniversitelerin özerkliğine tanındığı anlaşılmaktadır.

B grubunda yaşanan bahse konu kopmada karşı oy sahibi, konu bakımından yetki yönünden aykırılık olduğunu iddia eden Menteş'tir. Menteş, karşı oy yazısında tarihsel yorum unsuruna ve mahkemenin önceki içtihatlarına atıfla daha çok içerik yönünden argümanlar getirmiş ve ihdas edilen düzenlemeden ziyade 104/9. maddenin anayasaya aykırılığına ilişkin bir gerekçe ortaya koymuş görülmektedir. Ancak hukuki argümantasyona ilişkin bu tespit, üyenin söz konusu kararda düzenleme yapılan alana bağlı sebeplerle genellikle paralel oy kullandığı B grubundan ayrıldığı sonucunu değiştirmemektedir.

Belirtilen karar dışında Menteş, K. 2022/148 sayılı kararda Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'ne yurtdışı teşkilatı kurma imkânı tanıyan CBK normunun, Anayasa'nın 106/11. maddesiyle cumhurbaşkanına verilen bir yetkinin yeterli çerçeve çizilmeksizin idareye devredilmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle iptal edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.³⁹ Bu hususta çoğunluk (B grubu) ile Menteş arasındaki görüş ayrılığı yetki devrinin imkân dâhilinde olup olmadığı değil devredilen yetkinin sınırlarının gereken ölçüde çizilip çizilmediğine dolayısıyla konu bakımından yetkiye değil içerik yönünden aykırılığa ilişkindir. Böylelikle Menteş, sıklıkla yer aldığı B grubundan ve hatta A grubundan ayrı-şarak nadiren karşılaşılan içerik yönünden aykırılık gerekçesine dayanmıştır. İlgili hükümde konu bakımından yetki yönündense yalnızca Kuz'un karşı oyu bulunmaktadır. Bunun dışında A grubunun da B grubuyla paralel oy kullandığı anlaşılmaktadır. Bu çerçevede Menteş'in her iki analizin gösterdiği üzere CBK'ların alanını A grubuna nazaran geniş, B grubuyla mukayese edildiğindeyse dar biçimde yorumlama eğiliminde olduğu görülmektedir. Ayrıca bu kararda da görüldüğü üzere düzenlemenin özelliklerine göre Menteş'in A grubu üyelerinden daha dar yorum getirdiği tekil örnekler de mevcuttur. Bu açıdan Menteş'in pozisyonunun Özkaya'dan farklı olduğunu belirtmek gerekir.

B grubuna ilişkin yukarıdaki çıkarımı yapmamıza neden olan K. 2022/148 sayılı karar aynı zamanda A grubuna ilişkin bazı çıkarımlara da imkân tanımaktadır. A grubu üyelerinin B grubuna nazaran daha çok sayıda karşı oyu münferiden kaleme aldıkları daha önce ifade edilmişti. Fakat K. 2022/148 sayılı karar, A grubunun hukuki argümantasyon açısından da B grubuna göre daha parçalı olduğuna delalet etmektedir. Üyeler münferit olarak karşı oy yazsalar da çoğu kararda görüşleri paralel olabilmektedir. Ancak bu kararda örne-

39 Menteş'in çoğunluktan ayrıldığı ve aynı doğrultuda karşı oyu bulunan bir diğer karar için bkz. AYM, E. 2018/123, K. 2022/138.

đin Arslan, Gökcan, Hakyemez ve Yaşar Anayasa'nın 128. maddesini dikkate alarak (görev ve yetki) sistematik yorum unsuruna başvururken Yıldırım 128. maddenin yanı sıra 106/11. maddenin lafzi unsuruna da dar bir yorum getirmiştir. Kuz ise yukarıda değinildiği üzere CBK'ların alanı bakımından benimsediği dar yorum anlayışını bu kararda da sürdürmektedir.

104/17. maddenin ikinci cümlesinin ölçü norm kabul edildiği kararlarda da fikir ayrılığı ortaya çıkmaktadır. Bu cümle bakımından ortaya çıkan fikir ayrılığını, konu bakımından yetkiyi düzenleyen diğer cümlelerden ayıran husus, söz konusu fikir ayrılığının takip eden kararlarda azalmasıdır. Özellikle mülkiyet hakkı bakımından gözlemlenen bu değışimin arkasında, ikinci cümlede CBK ile düzenlenmesi yasaklanan hakların, bireysel başvurulara konu olma ihtimali yatıyor olabilir. Öyle ki Arslan, K. 2020/6 sayılı kararda kaleme aldığı karşı oyunda bu hususa dikkat çekmiş ve ardından K. 2022/166 sayılı karar itibariyle içtihat Arslan'ın görüşlerine paralel hale gelmiştir. Bu durum önceki kararlarda aksi yöndeki sonucu destekleyecek argümanlar getiren B grubunun, Arslan'ın karşı oylarında ileri sürdüğü argümanları benimsediği anlamına gelebilir. Böylelikle 2022 yılı itibariyle AYM'nin bu hususta içtihadını değıştirdiğini; derin bölünmenin ortadan kalktığını ve yerini zayıf bölünmeye bıraktığını ileri sürmek mümkündür.

104/17. maddenin ikinci cümlesi bakımından bölünmenin zayıfladığı açık olmakla birlikte ortadan kalktığını söylemekse yanlış olacaktır. Üyelerden B grubunun sayısal olarak en uç temsilcisi olan İnce'nin, özellikle 104/17. maddenin ikinci cümlesinin ölçü norm olduğu bu kararlarda benimsediği yorum yaklaşımı gözetildiğinde, hukuki argümantasyon bakımından da bu pozisyonda yer aldığı anlaşılmaktadır. İnce K. 2023/65 sayılı kararda, çoğunluğun kamu hizmetine girme hakkı kapsamında düzenleme getirdiği kanaatine vardığı kaymakam adaylarında aranacak koşullara ilişkin kural bakımından Anayasa'nın 104/17. maddesinin ikinci cümlesinin genel, 106/11. maddesinin özel hüküm olduğunu ileri sürmektedir. Buna göre İnce diğer 14 üyenin aksine, çoğunluğun teşkilat yapısı ile bakanlıkların kurulması arasında sistematik ve hukuk içi olmayan argümanlarla kurduğu bağlantıyı 104/17. maddenin lafzını aşacak biçimde yorumlanmıştır. Üye, bu yorumu getirirken Arslan'ın karşı oy yazdığını belirttiğimiz K. 2020/6 sayılı karara hukuki argümantasyonunun bir parçası olarak atıf yapmıştır. Ancak bu atıftan sonra AYM'nin 104/17. maddenin ikinci cümlesi kapsamındaki incelemelerinde değıştirdiği bir önceki paragrafta zikredilen tutumunu dikkate almamıştır. Böylece bu ve benzeri kararlar⁴⁰ dikkate alınarak sayısal analizin ardından hukuki analiz açısından da CBK'ların konu bakımından yetki sınırlarını en geniş yorumlayan AYM üyesinin İnce olduğu söylenebilir.

40 Bkz. AYM, E. 2018/149, K. 2022/163.

Bölünmenin şiddetinin azaldığı örnekler yalnızca 104/17. maddenin ikinci cümlesi çerçevesindeki kararlarla sınırlı değildir. Özellikle hukuki belirsizliğin görece azaldığı; normun sözel unsurunun normun alanını büyük oranda başka argümanlara gerek duyulmaksızın sınırlandırdığı hâllerde oy birliğine varan çoğunluklarla karar verilebilmektedir.

Benzer bir durum iptal talebi 104/17. maddenin dördüncü cümlesine aykırılığa dayandırılan hükümlerde de görülmektedir. Zira kanunda açıkça düzenlenen konularda CBK çıkarılmaması şeklindeki kuralın somutlaştırılması bilhassa norm alanının hukuki etkenlerle belirlendiği hallerde istisnaları olmakla birlikte daha az tartışmaya imkân tanımaktadır.⁴¹ Bununla birlikte belirtilen maddenin dördüncü cümlesi çerçevesinde yapılan denetimlerde de norm alanına ilişkin farklı görüşler ortaya çıkabilmektedir.⁴² İptal talebinin kabulü yönünde yazılan bu karşı oylar tahmin edileceği üzere B grubundan gelmektedir. Örneğin K. 2023/25 sayılı kararda 15 üyenin imzası bulunmakla birlikte B grubundan 5 üyenin (Özkaya, Topal, Akyel, Fidan ve İnce) iptal edilen kural için karşı oy kaleme aldıkları görülmektedir.

CBK'lar yoluyla kullanılması öngörülmuş bir yetkinin başkaca bir idari makama devredilmesinin mümkün olup olmadığının ve şayet mümkünse idarenin takdirine bırakılan durumlarda genel çerçevenin CBK'larla çizilmesi gerektiğinin tartışıldığı kararlarda da bölünmenin silikleştiği söylenebilir. Menteş'in içerik bakımından tek başına ve konu yönündense Kuz ile karşı oy yazdığı, yukarıda bahsi geçen K. 2022/148 sayılı karar buna örnek olarak gösterilebilir.⁴³ Daha evvel ifade edildiği gibi bu kararda Menteş ve Kuz dışında tüm üyeler iptal talebinin reddi yönünde oy kullanmışlardır.

Bu çalışmada karşı oy kullanılan kararlara odaklanılmış olmakla birlikte incelenen kararların %24'ünün oy birliğiyle alındığı da unutulmamalıdır. Oy birliğine kadar varan çoğunluklarla karar alınabiliyor olması yasal materyalin yargısal davranışa etkisinin göz ardı edilemeyeceğini ortaya koymaktadır. Gerçekten de sayılan örneklerde yasal materyalin karar çoğunluğunun dağılımını değiştirebildiği görülmektedir. Ancak çalışmanın başlangıcında belirtildiği üzere her vakada oy birliğinin tekrarlanmıyor oluşu bu etkinin mutlak olmadığını ortaya koymaktadır. Bununla birlikte oy birliği sağlanamayan ancak bölünmenin zayıf kaldığı hallerde çoğunluktan kopan üyelerin, Menteş, Özkaya, Hakyemez ve Yaşar'ın⁴⁴ istisnai karşı oyları haricinde, beklenen üyeler olduk-

41 Bkz. AYM, E.2020/89, K.2023/85.

42 Bkz. AYM, E.2019/31, K.2020/5; E.2020/34, K.2023/25.

43 Ayrıca bkz. AYM, E.2019/105, K.2020/30; E.2018/124, K.2020/56; E.2018/123, K.2022/138.

44 Hakyemez ve Yaşar'ın B grubu ile hükümlerden yalnızca bir tanesi için paralel oy kullanarak

ları görölmektedir. Başka bir deyişle kararın iptal talebinin kabulü şeklinde ortaya çıktığı hallerde, karşı oy yazan üyeler sayılan istisnalar dışında istikrarlı olarak B grubunda yer alan üyelerdir. Kararın iptal talebinin reddi yönünde olması halindeyse tersi geçerlidir.

3. Grupların Genel Tutumu

Üyelerin münferit tutumlarının yanı sıra grupların tutumlarına ilişkin genellemeler yapmak da mümkün görünmektedir. Öncelikle grupların geleneksel yorum araçları (tarihsel, lafzi, amaçsal, sistematik) açısından genellemelere imkân tanıyan kalıplar izlemedikleri anlaşılmaktadır. Üyelerin belirli yöntem-bilimsel unsurları tercih etmek, kullanmamak yahut öne çıkartmak konusunda belirgin eğilimleri bulunmamaktadır. Buna karşın yorumların amaç odaklı bir nitelik taşıdıkları görölmektedir. Bölünmenin temelinde de grupların farklı amaçlara odaklanmalarından kaynaklanan yorum farklılığı yatmaktadır. Kararların esas belirleyicisi, üyelerin benimsedikleri hukuki yaklaşımlardan daha çok benimsedikleri amaçlar ve bu amaçlara bağlı olarak ortaya koydukları hukuki argümanlardır. Diğer bir anlatımla bir üyenin daha evvelki tercihlerine istinaden hangi yorum unsuruna başvuracağını tahmin etmek mümkün değilken, nasıl bir sonuca varacağını öngörmek mümkün olabilir. Buna göre sıkça A grubunda yer alan üyelerin herhangi bir yorum unsuruna müracaat ederek herhangi bir normun alanını dar ya da geniş yorumlayarak CBK'ların bilhassa konu bakımından yetki yönünden incelenmesi yoluyla yürütmenin düzenleyebileceği alanı yasama lehine daraltmaya odaklandığını söylemek mümkündür. B grubunusa daha az sayıda karşı oylarında⁴⁵ ve çoğunluk gerekçelerindeki araçların kullanımı bakımından aynı şekilde davranarak yürütmenin bu yetkisini geniş yorumlama eğiliminde olduğu anlaşılmaktadır.

Geniş anlamda hukuk metodunun geleneksel yorum unsurlarının dışında kalan çok sayıda bileşeni bulunmaktadır. En önemli bileşenlerden birisi de incelenen kural için seçilen ölçü normlardır. Bu konuda da gruplar arasında amaç odaklı bir farklılık olduğu görölmektedir. Yukarıda K. 2022/163 sayılı kararda özel ve genel hükümlerin belirlenmesinde örneği görölen bu farklılık; aslında B grubunun yetkiyi önceleyen, buna karşın A grubunun yetkisizliği önceleyen yaklaşımını teyit etmektedir. Üyeler denetime esas alacakları normları amaçladıkları sonuca ulaşmak için, belirli ölçüler içinde, birer araç olarak kullanabilmektedir. Örneğin K. 2020/5 sayılı karara konu bakımından

iptali talebini reddettikleri karar için bkz. AYM, E.2020/7, K. 2022/146. Ayrıca Hakyemez'in iptal talebinin reddine farklı gerekçeyle katıldığı bir hüküm için bkz. AYM, E.2018/134, K. 2021/13.

45 Bkz. AYM, E. 2021/85, K.2022/60 sayılı kararda Topal, Güleç, Mentş ve Bağcı'nın karşı oyu.

benzeyen K. 2020/66 sayılı kararda çoğunluk kanunlar ve CBK'lar arasındaki sistematik yerine CBK ihdas etme yetkisinden yola çıkan, bu yetkiyi önceleyen, bir sistematığe başvurmuş böylece önceki karardan farklı olarak iptal talebi reddedilmiştir.

Bahse konu tercihler gruplar arasındaki önceliklendirme farkına işaret etmektedir. Örneğin CBK'ların konu bakımından yetkisini dar yorumlama eğilimindeki A grubu; 104/17. maddenin ikinci cümlesinde sayılan haklar ya da 130. maddede öngörülen üniversitelerin özerkliği lehine sınırlı bir yürütme organını öncelerken B grubunun yürütmenin ilk elden düzenleme yapma yetkisini ve böylece yürütmeye ilişkin hızlı kararlar almasını öncelediğini söylemek mümkündür. Önceliklendirilen hususların neden farklılaştığı ise ayrıca tartışılması gereken bir husustur.

Yargısal kararları etkileyen hukuk içi veya dışı pek çok faktör bu öncelikler üzerinde etkili olmuş olabilir. Güncel sosyopolitik koşullar, siyasal konjonktür yahut yeni hükümet sisteminin öngördüğü kuvvetler ayrılığı anlayışı bunlar arasında sayılabilir. Bununla birlikte literatürde yargısal kararlara etki ettiği ileri sürülen yargıçların kim tarafından atandığı faktörü incelenen örnekte etkili olmuş olabilir. A grubunu oluşturan 6 üyenin 4'ünün önceki cumhurbaşkanı Abdullah Gül döneminde göreve getirildiği görülmektedir. İncelenen periyotta Gül döneminde göreve gelen Topal dışındaki bütün üyeler (%80'e karşılık gelmektedir) A grubunda bulunmaktadır. Böylelikle üyeleri atayan isim, kurumun ya da makamın yargısal davranış açısından önem taşıdığı söylenebilir de Hakyemez'in Recep Tayyip Erdoğan tarafından ve Yaşar'ın Adalet ve Kalkınma Partisi ve Milliyetçi Hareket Partisi gruplarının çoğunluğu oluşturduğu TBMM Genel Kurulu tarafından seçildiği de unutulmamalıdır.

Sonuç Yerine

Türkiye gibi dinamik bir ülkede AYM'ye ilişkin çalışmalar yapmak Tushnet'in Yüksek Mahkeme için zikrettiği gibi "hareketli bir hedefe atış etmeye benzemektedir".⁴⁶ Zira Mahkemenin kompozisyonu ve siyasal konjonktür gibi yargısal davranışı etkileme ihtimali bulunan faktörler hızla değişikliğe uğramaktadır. AYM için her kapıyı açacak anahtar kavramlardan ve teorilerden bahsetmek bu çalışmanın epistemolojik yaklaşımıyla uyuşmamaktadır. Buna rağmen bu olgusal tespit ve yöntemsel yaklaşım, AYM için belirli süreklilikler ve kırılmalardan bahsetmemize mani değildir.

Çalışmanın ortaya koyduğu ilk sonuç AYM'nin incelenen norm türüne ilişkin kararlarda iki gruba ayrıldığıdır. Oy birliğiyle alınmayan kararlarda (%76)

46 Tushnet, s. 347.

büyük ölçüde 9'a karşı 6 oy şeklindeki derin bölünmenin tekrarlandığı bulgulanmıştır. A grubu ismini verdiğimiz Arslan, Gökcan, Yıldırım, Hakyemez, Kuz ve Yaşar'dan oluşan 6 kişilik grubun, CBK'ları konu bakımından yetki yönünden sınırlandırma eğiliminin yüksek olduğu görölmektedir. Buna karşın diğer 9 üyeden oluşan B grubunun eğiliminin çoğunlukla tersi yönde olduğu anlaşılmaktadır.

Gruplar da kendi içlerinde homojen olmayıp üyelerin mevzuata ve somut olayın özelliklerine göre karşı gruba paralel oy kullandıkları örnekler mevcuttur. Bu neviden oyların daha ziyade B grubundan A grubuna geçiş şeklinde gerçekleştiği görölmektedir. Bu tespit aynı zamanda yasal materyalin karar verme sürecinde göz ardı edilemeyeceğinin de bir göstergesidir. Çalışma oy çokluğu üzerine kurulmuş olsa da kararların %24'ünün oy birliğiyle alındığı gözden kaçırmamalıdır.

Grupların homojen olmamalarının bir diğer göstergesi münferit yazılan karşı oylar olup A grubu üyelerinin karşı oyları ekseriyetle bu şekilde kaleme alınmıştır. Karşı oyların ölçülmesi için kullanılan yöntem ve kararların hukuk yöntemleri çerçevesindeki analizi de grup üyelerinin gruba hâkim olan eğilimleri farklı düzeylerde benimsedikleri argümanını destekler mahiyettedir.

Kararlardaki bölünme farklı hususlarda da tekrarlamaktadır. Örneğin Mahkeme başkanının seçiminde çoğunlukla B grubunda yer alan ancak B grubunun da merkeze yakın üyelerinden olan ve gruplar arasında az da olsa geçiş yapmış bulunan Kadir Özkaya'nın 9 oy aldığı seçimde A grubu üyelerinden Yusuf Şevki Hakyemez'in 6 oy aldığı görölmektedir. Yine Yargıtay ile AYM arasında yaşanan krizde de ihlal kararına muhalif kalan üyeler B grubu üyelerinden Seferinoğlu, Topal, Fidan, Bağcı ve İnce olmuştur. Dolayısıyla çalışmada ele alınan kesitin temsil kabiliyeti yüksek görünmektedir.

Üyeleri seçen makamda bulunan ya da TBMM Genel Kurulu üzerinde etkisi olduğu tahmin edilebilecek aktörün de üyelerin tutumunda belirleyici olduğu zira bu atama ya da seçimlerin politik angajmanlara işaret ettiği tezini destekler biçimde; A grubunda yer alan üyelerin 4'ünün Abdullah Gül'ün cumhurbaşkanlığı döneminde göreve geldikleri görölmektedir. Bu çalışmanın ele aldığı dönemde Gül döneminde göreve gelen 5 üye görevde bulunmaktadır. Buna göre Gül dönemde göreve gelen üyelerin %80'i A grubunda yer almaktadır; diğer bir açıdan A grubunu oluşturan üyelerin %66'sı Gül döneminde göreve gelmiştir. Dolayısıyla üyelerin kim tarafından göreve getirildikleri, özellikle CBK'lar gibi doğrudan yürütmenin yetkisiyle ilişkili bir alanda, üyelerin tutumlarına etki ediyor olabilir.

Yeni üyelerin seleflerine göre merkezden daha uzak oldukları görülmektedir. Bu durum 2022’de göreve başlamasına rağmen A grubunda yer alan Kenan Yaşar için de geçerlidir. Böylece AYM’nin Tayyip Erdoğan’ın cumhurbaşkanlığı döneminde göreve başlayan tüm üyelerinin mutlak biçimde CBK’ların konu bakımından yetkisini geniş yorumlama eğiliminde olduklarını düşünmek hatalı olacaktır. Ancak yeni üyelerin seleflerine nazaran merkezden daha uzakta olmaları kararlardaki derin bölünmenin yakın gelecekte süreceğinin bir işareti olarak okunabilir. Bununla birlikte A grubunda yer alan Arslan’ın görev süresi dolmuştur ve Kuz’un da 2024 içinde dolacaktır. Yerlerine gelecek üyelerin B grubuyla paralel tutum takınması ve B grubundan A grubuna kayma olmaması halinde A grubu küçülebilir ve böylece bölünmenin şiddeti azalabilir. Kompozisyondaki değişim iptal oranlarına da yansiyabilir. Ancak bu çalışmada sunulan kesit için iptal oranlarında yıllara göre anlamlı bir değişiklikten bahsetmek mümkün görünmemektedir.

Sonuç olarak tıpkı diğer yargı kurumlarında olduğu gibi AYM de homojen bir heyetten oluşmamaktadır. Üyelerin tutumlarının açıkça gözlemlenebilen bölünme üzerinden münferit biçimde ölçülebilir hale getirilerek değerlendirilmesi mümkündür. Bu analizin örneğin gruplar arasında geçiş yapmayan ancak merkeze yakın üyeler özelinde mutlak biçimde doğru sonuç vermeyeceği dikkate alınmalıdır. Bu sebeple kararların hukuki bir analiz olmadan değerlendirilmesinin hatalı sonuçlara varılmasına neden olabileceğinin akılda tutulması gerekir. Bu çalışmada izlenen yöntemle tek bir norm türünün derinlemesine incelenmesi yoluna gidilmiştir. Ancak benzer çalışmalarla desteklenirse AYM’ye ilişkin daha geniş ölçekli ve daha güvenilir çıkarımlarda bulunmak mümkün olabilecektir.

KAYNAKLAR

- Alpbaz, Mustafa Mert, “Kemalist Otoriterlik, Anayasa Yargısı ve Askeri Mahkemeler”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt 74 , Sayı 3, 2019, s. 1-35.
- Arslan, Zühtü, “Conflicting Paradigms: Political Rights in the Turkish Constitutional Court”, *Critique: Critical Middle Eastern Studies*, Cilt 11, Sayı: 1, 2002, s. 9-25.
- Atar, Yavuz, “Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi”, Ed. Merih Öden, *Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan*, Ankara Üniversitesi, Ankara, 2013, s. 857-896.
- Ayata, Ahmet, *Anayasa Mahkemesi'nin Yargısal Davranışı: Hibrit Bir Analiz (2016-2023)*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2023.
- Aydın Çakır, Aylin, “The Impact of Judicial Preferences and Political Context on Constitutional Court Decisions: Evidence from Turkey”, *International Journal of Constitutional Law*, Cilt 16, Sayı 4, 2018, s. 1101-1120.
- Bali, Aslı Ü., “The Perils of Judicial Independence: Constitutional Transition and the Turkish Example”, *Virginia Journal of International Law*, Cilt 52, Sayı 2, 2012, s. 235-319.
- Banakar, Reza; Max Travers, “Law, Sociology and Method”, Ed. Reza Banakar, Max Travers, *Theory and Method in Socio-Legal Research*, Hart Publishing, Oxford, 2005, s. 1-26.
- Belge, Ceren, “Friends of the Court: The Republican Alliance and Selective Activism of the Constitutional Court of Turkey”, *Law & Social Review*, Cilt 40, Sayı 3, 2006, s. 653-692.
- Brisbin, Richard A., “A Court Divided: The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law (Review)”, *Rhetoric and Public Affairs*, Cilt 9, Sayı 2, 2006, s. 365-367.
- Can, Osman, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi Anayasa Mahkemesi Yaklaşımı”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 37, Sayı 1, 2020, s. 133-192.
- ———, “The Turkish Constitutional Court as a Defender of the Raison d'Etat?”, *Constitutionalism in Islamic Countries: Between Upheaval and Continuity*, Ed. Grote Rainer, Tilmann J. Röder, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 259-278.
- Demirtaş, Erdem, *Constitutional Courts During Political Upheavals: The Case of the Turkish Constitutional Court*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Boğaziçi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi Ana Bilim Dalı, 2022.
- Dobinson, Ian, Johns Francis, “Qualitative Legal Research”, Ed. Mike McConville, Wing Hong Chui, *Research Methods of Law*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2007, s. 16-45.
- Ergül, Ozan, *Anayasa Yargısı ve Demokrasi: Yeni Kurumsal Bir Bakış*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2003.
- ———, *Yeni Kurumsal Yaklaşım ile Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.
- Feteris, E.T (terc. Ertuğrul Uzun), *Hukuki Argümantasyonun Temelleri: Yargı Kararnalarını Gerekçeleştirme Teorileri Üzerine Bir Araştırma*, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Hakyemez, Yusuf Şevki, *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı: Türk Anayasa Mahkemesinin İşlevi, İnsan Hakları Anlayışı ve Oluşumu Üzerine Bir İnceleme*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

- Hazama, Yasushi: “From Activism to Resilience: The Turkish Constitutional Court in Comparative Perspective”, *Turkish Studies*, 2023, 1-23.
- ———, “Hegemonic Preservation or Horizontal Accountability: Constitutional Review in Turkey”, *International Political Science Review*, Cilt 33, Sayı 4, 2012, s. 421-440.
- Müller, Friedrich, (terc. B.E. Oder, Korkut Kanadoğlu, Osman Can) *Anayasa Hukukunun Çalışma Yöntemleri*, ed. Fazıl Sağlam, Maltepe Üniversitesi, İstanbul, 2009.
- Oder, Bertil E., *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri: Hukuksal Yöntembilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Araştırma*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- Oder, Bertil E., “Populism and the Turkish Constitutional Court: The Game Broker, the Populist and the Popular”, *Verfassungsblog: On Matters Constitutional*, 2017.
- Okutan, Muhammet Erdal, “Yargısal Aktivizm: Türk Anayasa Mahkemesi Örneği”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.
- Özbudun, Ergun: “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt 62, Sayı 3, 2007, s. 257-268.
- Petersen, Felix, “Judicial Review and Social Construction: The Case of the Turkish Constitutional Court”, *Research and Policy on Turkey*, Cilt 3, Sayı 1, 2018, s. 18-39.
- Pritchett, C. Herman, “Divisions of Opinion Among Justices of the U. S. Supreme Court, 1939–1941”, *American Political Science Review*, Cilt 35, Sayı 5, 1941, s. 890-898.
- ———, “Public Law and Judicial Behavior”, *The Journal of Politics*, Cilt 30, Sayı 2, 1968, s. 480-509.
- Seven, Gülşen; Lars Vinx, “The Hegemonic Preservation Thesis Revisited: The Example of Turkey”, *Hague Journal on the Rule of Law*, Cilt 9, Sayı 1, 2017, s. 45-82.
- Shambayati, Hootan; Güliz Sütçü, “The Turkish Constitutional Court and the Justice and Development Party (2002–09)”, *Middle Eastern Studies*, Cilt 48, Sayı 1, 2012, s. 107-123.
- Şener, İpek Ece, “The Impact of the Compositional Change on the Decisions of the Constitutional Court of Turkey”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sabancı Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.
- Tushnet, Mark, *A Court Divided: The Rehnquist Court and The Future of Constitutional Law*, New York, W.W. Norton, 2005.
- Ünsal, Artun, *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi: Siyasal Sistem Teorisi Açısından Türk Anayasa Mahkemesi*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1980.
- Varol, Ozan O.; Lucia Dalla Pellegrina; Nuno Garoupa, “An Empirical Analysis of Judicial Transformation in Turkey”, *The American Journal of Comparative Law*, Cilt 65, Sayı 1, 2017, s. 187-216.
- Yancı Özalp, Nihan, *Türkiye’de Aktivizm ve Kendi Kendini Sınırlandırma Çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Yorumu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Yazıcı, Hilal, “Anayasa Mahkemesi’nin Değişen Rolü: Hegemonyacı Koruma Tezinden Hak ve Özgürlüklerin Korunması Tezine”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.

- Yıldırım, Engin, Aziz Kutlar, Serdar Güleler, “1962-1982 Dönemi Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Yargısal İdeal Noktalarının Belirlenmesi”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 50, Sayı 4, 2017, s. 1-31.
- Yolcu, Serkan, “Bölünmüş Bir Mahkemenin Analizi: Anayasa Mahkemesinin Norm Denetiminde Azınlık-Çoğunluk Dengesinden Bir Kesit”, *Anayasa Hukukundaki Gelişmelerin Işığında Kamu Hukuku Sempozyumu Bildiriler Kitabı*, Maltepe Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2022.

Mahkeme Kararları

- Anayasa Mahkemesi, E. 2018/125, K. 2020/4.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2019/31, K. 2020/5.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2019/78, K. 2020/6.
- Anayasa Mahkemesi, E.2018/124, K.2020/56.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2018/162, K. 2020/66.
- Anayasa Mahkemesi, E.2018/134, K.2021/13.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2020/8, K. 2021/25.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2021/50, K. 2021/89.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2021/85, K.2022/60.
- Anayasa Mahkemesi, E.2019/87, K.2022/158.
- Anayasa Mahkemesi, E.2018/123, K.2022/138.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2020/7, K. 2022/146.
- Anayasa Mahkemesi, E.2020/4, K.2022/147.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2019/38, K. 2022/148.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2018/149, K. 2022/163.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2021/86, K. 2023/34.
- Anayasa Mahkemesi, E.2018/124, K.2020/56.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2019/105, K.2020/30.
- Anayasa Mahkemesi, E.2019/71, K.2020/82.
- Anayasa Mahkemesi, E.2020/34, K.2023/25.
- Anayasa Mahkemesi, E.2020/89, K.2023/85.

KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

İmar Hukukunda Umumi Hizmetlere Ayrılan Yerlerde Muvakkat Yapılar*

Temporary Constructions in Places Reserved for Public Services in Zoning Law

Onur KAPLAN**

ÖZ

Kent ölçeğinde, bütüncül yaklaşımla sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşam hakkının sağlanması bakımından kişilerin belirli kurallara uyma zorunluluğu, mülkiyet hakkı ve yerleşme özgürlüğü açısından sonuçlar doğurmakta ve bu bağlamda yapılacak yapıların belirli usullere uygun biçimde yapılması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Kişilerin yapacağı yapılar bakımından gündeme gelen belki de en önemli unsur, yapı izni almak ve yapıyı ruhsat ve eklerine uygun biçimde yapmaktır. Belirli istisnaları bulunmakla birlikte, imar hukuku açısından genel kuralın, yapılacak yapılar bakımından ilgili idari makamdan yapı ruhsatı almak olduğu ifade edilebilir. 3194 sayılı İmar Kanunu'nda kalıcı nitelikteki yapı izni yanında muvakkat (geçici) yapı izni kavramına yer verilerek, kişilerin geçici yapı ruhsatı almak suretiyle yapı yapabilmelerine imkan tanınmıştır. Özellikle imar planlarının uygulanması aşamasında, belirli kent mekanlarının çıkmaz sokak olarak öngörülmesi ve buna bağlı olarak yeni yapılaşma yasağı ortaya çıkabilmektedir. Ancak, söz konusu planların uygulanmasının belirli hallerde uzun sürmesi, kişilerin mülkiyet hakkına önemli derecede müdahale oluşturduğundan, kanun koyucunun geçici nitelikte yapı ruhsatı alınmak suretiyle yapı yapma olanağı getirdiği ifade edilebilir. Benzer durum, umumi hizmetlere ayrılan bölgelerde bulunan parsellerde yapı yapılabilmesinin mümkün olduğu hallerde planların uygulanmasına kadar geçen sürede yapılacak yapılar açısından da geçerlidir. Bununla birlikte, geçici yapı ruhsatının etkisinin ne zaman sona ereceği yahut kalıcı niteliğe dönüşüp dönüşmeyeceği sorularının yanıtlanması gerekir.

Anahtar Kelimeler: Geçici yapı, yapı ruhsatı, kentsel alan, idare, umumi hizmet.

* Makale gönderim tarihi: 14.03.2024. Makale kabul tarihi: 28.05.2024. Onur Kaplan, "İmar Hukukunda Umumi Hizmetlere Ayrılan Yerlerde Muvakkat Yapılar", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 2, 2024, s. 31-60, DOI: <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2024.11.2.3>.

** Dr. Öğr. Üyesi, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı,

© Orcid ID: 0000-0003-1252-6352, onur.kaplan@yasar.edu.tr.

Çatışma Beyanı: Yazar/lar herhangi bir çatışma beyanı bildirmemiştir.

ABSTRACT

At the urban scale, the obligation of individuals to comply with certain rules in order to ensure the right to live in a healthy and balanced environment with a holistic approach has consequences in terms of the right to property and freedom of settlement, and in this context, the necessity to construct buildings by certain procedures arises. Perhaps the most important element that comes to the fore in terms of the buildings to be constructed by individuals is to obtain a building permit and to construct the building in accordance with the license and its annexes. Although there are certain exceptions to the obligation to obtain a building permit, it can be stated that the general rule in terms of zoning law is to obtain a building permit from the relevant administrative authority. Zoning Law No. 3194 includes the concept of temporary building permits and allows people to construct buildings by obtaining temporary building permits. Especially during the implementation of zoning plans, some urban areas may be envisaged as dead-end streets and new construction bans may arise accordingly. However, in some cases, since the implementation of such plans for a long period constitutes a significant interference with the property rights of individuals, it can be said that the legislator has introduced the possibility of construction by obtaining temporary building permits. A similar situation applies to the buildings to be constructed during the period until the implementation of the plans in cases where it is possible to build on parcels located in areas reserved for public services. Nevertheless, it is necessary to answer the question of when the effect of the temporary building permit will expire or whether it will become permanent.

Keywords: Temporary construction, construction license, urban area, administration, public service.

Giriş

Kişilerin kent mekanlarında mülkiyet hakkını ve yerleşme hürriyetini kullanmasına¹ dair yönelimi, nihayet barınma sağlayabilecek, mülkiyetin konusunu oluşturan bir yapı yapılmasını ve o yapının kullanılmasını ortaya çıkarmaktadır. Kişilerin kent ölçeğinde söz konusu temel hak ve hürriyetlerini kullanması, kamu yararı ve bireysel yarar arasındaki denge gözetilerek aynı zamanda bu konuda yapılacak düzenlemelere ve düzen oluşturulmasına bağlıdır². Bu düzenin oluşturulması ihtiyacı, hangi yerde ve hangi kurallara tabi

1 AY md.35: “Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz”. AY md.23: “Herkes, yerleşme ve seyahat hürriyetine sahiptir. Yerleşme hürriyeti, suç işlenmesini önlemek, sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak, sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak; Seyahat hürriyeti, suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek; Amaçlarıyla kanunla sınırlanabilir...”.

2 Ayşegül Mengi, Ruşen Keleş, *İmar Hukukuna Giriş*, İmge Kitabevi, Ankara, 2003, s. 17.

olarak yapı yapılacağıın belirlenmesiyle mümkün olacaktır³. Bu nedenle idari makamlar tarafından yapının hangi koşullarda ve hangi yerlere yapılabileceğinin denetlenmesi gerekmektedir⁴. Bu denetim, “*imar kolluğu*” kapsamında idari makamların kamu gücü kullanmak suretiyle yaptığı, temel hak ve hürriyetlere müdahale niteliğinde bir faaliyet olarak karşımıza çıkmaktadır⁵. Bu faaliyet kapsamında tesis edilen başlıca idari işlemlerden biri de yapı ruhsatının verilmesidir. Yapı ruhsatının ilgili kişilere verilmesi neticesinde, yapıya başlama imkanı somutlaşmakta ve bunun yanında yapıya belirli süre içinde başlamak gibi yükümlülükler de doğmaktadır⁶.

Yapı izni, kural olarak belirli süre için verilmemektedir. Yani, ileride ortaya çıkabilecek tabii ve/veya beşeri olguların dışında yapı ruhsatı, “*süreye bağlanan ve sürenin dolmasıyla etkisiz hale gelen*” bir nitelik arz etmemektedir. Ancak, 3194 sayılı İmar Kanunu’nda (3194 sayılı Kanun) “*muvakkat (geçici)*” yapı yapılması imkanı getirilerek, söz konusu yapıların bu nitelikte ruhsatlara tabi kılındığı ifade edilmektedir. Anayasa Mahkemesi de konuya dair bir kararında, “*plan hazırlanırken, kamu hizmetine en uygun olan yer bulunduğu için, bu yerdeki (umumi hizmete ayrılan) yapılanmış biçiminin değiştirilmesinde veya kişinin ve toplumun servet kaybına uğramayacağı biçimde yapı yapılabilmesinde de kamu yararı vardır. Kamu yararının var sayılması, kamu işlerinin görülebilmesi zorunlu bulunan taşınmazların sınırlandırılmasını*

- 3 Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (DİDDK.), Esas (E.) 2009/2994, Karar (K.) 2013/1536, Tarih (T.) 24.04.2013, (<https://www.lexpera.com.tr>, LİBB), Erişim Tarihi (ET.) 01.04.2024; Danıştay 1. Daire (D1D.), E. 2008/1301, K. 2009/96, T. 19.01.2009, LİBB, ET. 01.04.2024.
- 4 DİDDK. E. 2010/2347, K. 2014/331, T. 13.02.2014, LİBB, ET. 01.04.2024; Konya Bölge İdare Mahkemesi (BİM.), 2. İdari Dava Dairesi (İDD.) E. 2020/670, K. 2020/1945, T. 16.09.2020, LİBB, ET. 01.04.2024; D6D. E. 2018/3376, K. 2021/11098, T. 11.10.2021, LİBB, ET. 01.04.2024.
- 5 Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 147; Ömer Köroğlu, *İmar Hukukunda Yapı Kavramı ve Temel Yapı Belgeleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 169 vd. Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi (AYM.), E. 2001/377, K. 2002/59, T. 26.06.2002, RG. 09.11.2002-24931; D8D. E. 2012/2446, K. 2014/1580, T. 04.03.2014, LİBB, ET. 01.04.2024; D14D. E. 2013/6067, K. 2015/2728, T. 08.04.2015, LİBB, ET. 01.04.2024.
- 6 3194 sayılı İmar Kanunu md.29: “*Yapıya başlama müddeti ruhsat tarihinden itibaren iki yıldır. Bu müddet zarfında yapıya başlanmadığı veya yapıya başlanıp da her ne sebeple olursa olsun, başlama müddetiyle birlikte beş yıl içinde bitirilmediği takdirde verilen ruhsat hükümsüz sayılır. Bu durumda yeniden ruhsat alınması mecburidir. Başlanmış inşaatlarda müktesep haklar saklıdır. Ruhsat yenilenmesi ve plan tadili sırasında ayrıca harç alınmaz. Ancak inşaat sahasında artış, bağımsız bölümlerin brüt alanında veya niteliğinde değişme olması halinde yeniden hesaplanacak harçtan evvelce ödenen harç tutarı, tenzil edilir. Yeni durumda hesaplanan harç tutarında azalma olması halinde iade yapılmaz. Diğer kanunlardaki muafiyet hükümleri saklıdır. Ruhsat ve eklerinin yapı yerinde bulundurulması mecburidir*”. Bu konuda ayrıca bkz. Selman Özdemir, “Mukayeseli Bir İnceleme: Yapı Denetiminde “İnşaata” Başlama ve Yapı Ruhsatında “Yapıya” Başlama”, *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 13, Sayı 25, 2023, s. 76 vd.

gerekli kılar” ifadesine yer vermiştir⁷. Bu yönüyle mülkiyet hakkına planlama faaliyetine bağlı yapılacak müdahale halleri karşısında umumi hizmetlere ayrılan⁸ (örneğin; yol, meydan, otopark, park, çocuk bahçesi, pazar yeri ve itfaiye binası gibi kamu hizmet ve tesislerine ayrılmış⁹) yerlerde muvakkat yapı yapılmasında “*kamu yararının*” mevcut olduğu da varsayılmaktadır¹⁰. 3194 sayılı Kanun md.33 çerçevesinde bu haller şu şekilde sıralanmaktadır: (i). parselin ilgili imar planına göre kapanması gereken yol ve çıkmaz sokak üzerinde bulunması¹¹, (ii). parselde 3194 sayılı Kanun md.18 hükmü çerçevesinde parselasyon planı uygulanmadan yapı izni verilmeyecek olması¹², (iii). parselin 3194 sayılı Kanun md.13 hükmüne tabi olması¹³.

7 AYM. E. 1988/34, K. 1989/26, T. 21.06.1989, RG. 05.12.1989-20363.

8 Doktrinde Çabri'nin ifade ettiği üzere, “*umumi hizmetlere ayrılan yerler kavramı İmar Kanunu'nda yer alan kendine özgü bir terimdir. Bu terim ile amaçlanan, kamu hizmeti niteliğindeki görevler için gerekli hizmet ve orta mallarının imar planında öngörülen amaca özgülmesi için temin edilmesidir*”. Sezer Çabri, *İmar Kanunu Uyarınca Kamulaştırma*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 83.

9 Yıldızhan Yayla, *Şehir Planlamasının Başka Hukukî Meseleleri ve İstanbul Örneği*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1975, s. 95. İmar planlarında umumi hizmetlere ayrılan yerlerin uzunca bir süre kamulaştırılmaması halinde ise, maliklerin idareye başvurma haklarının saklı olduğu ve idarenin burada olumsuz cevap verilmesi halinde söz konusu ret işleminin iptal edileceği hakkında bkz. Turan Yıldırım, Gül Fiş Üstün, *Açıklamalı-Notlu İdari Yargılama Usulü Kanunu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 63.

10 Ersin Şekerci, “İmar Hukukunda Yapı İzni”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 1981, s. 182. Levent Yazar, *Şehir Planlarıyla Kamusal Alan Tahsisi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1995, s. 46. Şu halde umumi hizmetlere ayrılan bir yer niteliğinde olmayan alanda yapılacak yapı için geçici yapı izni verilmesi mümkün değildir. D6D. E. 1963/3855, K. 1965/1982, T. 27.10.1965, Danıştay Altıncı Daire Kararları Cilt-I (1965-1977), Danıştay Yayınları, Ankara, 1979, s. 179. Mülkiyeti belediyeye ait olup yolda kaldığı için kamu hizmetlerine ayrılan ve imar programına alınmamış olan yerlerde üçüncü şahıslara muvakkat yapı izni verilemeyeceği ancak bu gibi yerler için kanuna göre işgalie izni verilebileceği hakkında bkz. D6D. E. 1971/2007, K. 1973/3206, T. 13.09.1973, Danıştay Altıncı Daire Kararları Cilt-I (1965-1977), Danıştay Yayınları, Ankara, 1979, s. 182.

11 Kapanan yolların ihdası ve kamusal alana özgülenerak kullanılması hakkında bkz. Hüseyin Koçak, Metin Beyaz, *3194 Sayılı Kanunun 18'inci Maddesi Gereğince İmar Uygulamaları*, 6. Baskı, Ankara, 2018, s. 516-517.

12 3194 sayılı Kanun md.18/9: “*Parselasyon planı yapılmadan ifraz ve tevhit edilerek tescil edilen parsellerden, imar planında umumi hizmet alanlarına rastladığı için terk edilen veya başlılanan alanların toplam parsel alanına oranı, yeni yapılacak parselasyon planındaki düzenleme ortaklık payı oranına tamamlayan farkı kadar düzenleme ortaklık payı alınabilir*”. 3194 sayılı Kanun md.18/10: “*Belediye veya valiliğin; parselasyon planlarını, imar planlarının kesinleşme tarihinden itibaren beş yıl içinde yapması ve onaylaması esastır. Parselasyon planı yapmaması sebebiyle doğacak her türlü kamulaştırma iş ve işlemlerinden belediyeler veya valilikler sorumludur*”. Arsa ve arazi düzenlemesi kavramı çerçevesinde parselasyon planı uygulaması hakkında bkz. Taner Ayanoğlu, “Türk İmar Hukukunda Arsa ve Arazi Düzenlemesi ve Düzenleme Ortaklık Payına İlişkin Esaslar”, *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt 7, Sayı 81, 2009, s. 2817; N. İlker Çolak, *İmar Hukuku*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 415 vd.

13 Şüphesiz bu halde ilgili yerin “*yapı yapılabilecek alan niteliğinde olup olmadığı*” da değerlendirilmelidir. 3194 sayılı Kanun md.13/3: “*İlgili mevzuat uyarınca hiçbir şekilde yapı yapılamayacak*

Bu halleri dışlayan en önemli hallerden biri ise, yapının bulunduğu alanın imar programı kapsamına alınmış olmasıdır. Gerçekten herhangi bir yapının imar programı çerçevesinde olan bir alan içerisinde bulunması, o bölgenin azami beş yıllık süre içerisinde idari faaliyetlere özgülenecek bir şekilde uygulamaya tabi tutulması sonucunu doğuracaktır¹⁴. Dolayısıyla yapılacak imar uygulamalarıyla ileride idareyle organik bağı kurulacak¹⁵ geçici yapı ruhsatı alınacak (onaylı imar planı içerisindeki¹⁶) yerin, ruhsat için yapılacak başvuru gününde imar programı kapsamına alınmamış yerde bulunması önem arz etmektedir¹⁷. Bu doğrultuda, muvakkat yapı ruhsatı ve muvakkat yapıların hukuki özelliklerini irdelerken imar programlarının doğurduğu hukuki etkilere ve parselin bulunduğu bölgenin özelliklerine de değinmek gerekecektir¹⁸. Şüp-

- alanlarda muvakkat da olsa yapı yapılmasına izin verilmez. Mevcut yapılar kamulaştırılınca kadar korunabilir. Bu alanlarda beş yıllık imar programı süresi içinde, birinci fıkranın (a) ve (b) bentlerine göre işlem tesis edilerek parsel, kamu mülkiyetine geçirilmek zorundadır. Bu süre en fazla bir yıl uzatılabilir". Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği md.61/15: "İmar planlarıyla veya afet nedeniyle yapı yapılması yasaklanan alanlarda muvakkat yapı yapılmasına izin verilmez". Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği md.61/17: "Kamulaştırılması gerektiği halde kamulaştırma kararı alınmayan, uygulamaya imar planına göre üzerinde yapı yapılması mümkün olan taşınmazlarda, malikinin talebi üzerine ilgili yatırımcı kamu kuruluşunun izni ve projeler hakkında uygunluk görüşü alınarak özel tesis olarak işletilmek üzere yürürlükteki imar planının yapılaşma ve kullanım kararlarına uygun yapı inşa edilebilir...".
- 14 D6D. E. 2017/1377, K. 2017/4878, T. 19.06.2017, LİBB, ET. 01.04.2024; D6D. E. 2016/11416, K. 2020/12925, T. 16.12.2020, LİBB, ET. 01.04.2024; D6D. E. 2016/1500, K. 2017/1142, T. 21.02.2017, LİBB, ET. 01.04.2024; D6D. E. 2015/3609, K. 2017/1127, T. 21.02.2017, LİBB, ET. 01.04.2024; D6D. E. 2015/7008, K. 2017/1128, T. 21.02.2017, LİBB, ET. 01.04.2024; D6D. E. 2016/13136, K. 2017/1138, T. 21.02.2017, LİBB, ET. 01.04.2024; D6D. E. 2016/889, K. 2017/1147, T. 21.02.2017, LİBB, ET. 01.04.2024.
- 15 Nur Kaman, "Kamu Malları", Ed. Turan Yıldırım, *İdare Hukuku*, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 366-367.
- 16 Mustafa Genç, *İmar Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 214.
- 17 "(...) muvakkat inşaat ruhsatına konu taşınmazın imar planında yolda kaldığı, yolun henüz açılmamış olduğu, bu yerde henüz parselasyon işleminin tesis edilmediği ve taşınmazın beş yıllık imar programına da dahil edilmediği hususu dikkate alındığında dava konusu muvakkat inşaat ruhsatına ilişkin encümen kararının yukarıda anılan Kanunun ilgili maddesine uygun olarak tesis edildiği anlaşıldığından...". D6D. E. 2010/5756, K. 2013/481, T. 05.02.2013, LİBB, ET. 01.04.2024. İmar programına alınmamış bölgede yapılan muvakkat yapının geçerliliği araştırılmadan yıkıma tabi tutulamayacağı yönünde bkz. D6D. E. 1973/875, K. 1973/3199, T. 12.09.1973, aktaran; Artukmaç, s. 69; D6D. E. 1973/5211, K. 1975/266, T. 20.11.1975, aktaran; Fevzi Karagözoğlu, Mehmet İ. Mumbuç, *Açıklamalı-İçtihatlı İmar Kanunu Uygulaması*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1978, s. 242.
- 18 Örneğin, Daniştay'a göre imar planında konut alanında kalan bir yerde muvakkat yapılara ilişkin hükümler uygulama alanı bulmayacaktır. D6D. E. 2009/10606, K. 2009/12462, T. 21.12.2009, aktaran; Hüseyin Bilgin, Yasin Sezer, *Açıklamalı-İçtihatlı İmar Kanunu*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 585. Keza, kişinin maliki olduğu parselin turistik tesis alanında kalmasından ötürü plan notu kapsamında yapılaşmaya gidilmesi mümkün olup, 3194 sayılı Kanun md.33 hükmünün uygulama alanı bulmayacağı ifade edilmiştir. D6D. E. 2009/8681, K. 2013/433, T. 04.02.2013, aktaran; Bilgin, Sezer, s. 587. Dolayısıyla muvakkat yapı yapılabilmesi açısından imar planında alanın kullanım açısından niteliği de önem arz etmektedir. Ayrıca bkz. D6D. E. 1968/57, K. 1968/3257, T. 26.11.1968, aktaran; Karagözoğlu, Mumbuç, s.

hesiz yapı yapmak için gerekli olan diğer bazı koşulların da geçici yapı ruhsatı alınırken aranması gündeme gelmektedir. Bu bağlamda çalışmada, muvakkat yapı kavramı ve ruhsatının hukuki niteliği, bu ruhsatı vermekle yetkilendirilen makamın kim olduğu, muvakkat yapı ruhsatıyla yapılan muvakkat yapıların taşınması gereken özellikler ile süre dolması neticesinde oluşacak yıkım durumunun ne şekilde gerçekleşeceği incelenecektir.

I. Muvakkat (Geçici) Yapı Kavramı ve Diğer Yapılardan Farklılıkları

3194 sayılı Kanun md.5 uyarınca geçici nitelikteki yapılar da (=muvakkat yapılar) bu kanunda öngörülen kurallara tabi olup tamamen ayırık bırakılmamıştır¹⁹. Zira yapı kavramı açısından “*inşaatın arzla daimilik boyutunun bulunması*”, zorunluluk teşkil eden bir unsur değildir²⁰. Nitekim bu hususa vurgu yapan bazı yazarlar, “*sürekli kalma amacı olmayan baraka, kulübe, şantiye binası gibi yapıları*” muvakkat yapı kategorisine dahil etmiştir²¹. Bu bağlamda imar hukukunda geçici de olsa, yapıların kural olarak yapı ruhsatına tabi olması ve alınan izin çerçevesinde ruhsat ve eklerine uygun yapılması esastır²². Yapı

240; D6D. E. 1974/2912, K. 1976/3252, T. 17.05.1976, Danıştay Altıncı Daire Kararları Cilt-I (1965-1977), Danıştay Yayınları, Ankara, 1979, s. 185; D6D. E. 1973/3231, K. 1974/4169, T. 08.10.1974, Danıştay Altıncı Daire Kararları Cilt-I (1965-1977), Danıştay Yayınları, Ankara, 1979, s. 184; D6D. E. 1974/170, K. 1975/892, T. 12.02.1975, Danıştay Altıncı Daire Kararları Cilt-I (1965-1977), Danıştay Yayınları, Ankara, 1979, s. 185.

19 3194 sayılı Kanun md.5: “*Bu Kanunda geçen terimlerden bazıları aşağıda tanımlanmıştır (...)* Yapı; *karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesislerdir. Bina; kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılardır...*”.

20 Taner Ayanoglu, *Yapı Hukukunun Genel Esasları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 19.

21 Sadık Artukmaç, *Türk İmar Hukuku*, 4. Baskı, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1976, s. 20; Şekerci, s. 176. Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği md.4: “*Bu Yönetmelikte geçen; (...)* aaaa) *Şantiye binası: Şantiyede çalışanların ve ziyaretçilerin; barınma, çalışma, yeme içme ve benzeri günlük ihtiyaçlarını karşılamak ve şantiye ve proje hakkında bilgi vermek amacıyla yapılan ve yapı kullanma izni müracaatında yıkılarak tasfiye edilen muvakkat yapıları (...)* ifade eder”. Mülga 6785 sayılı İmar Kanunu md.11/son uyarınca ise; şantiye binaları ve benzeri yapılar, bitirilince hemen yıkılması gereken yapılar olarak değerlendirilerek, farklı biçimde muvakkat yapı hakkındaki düzenlemeye tabi tutulmamıştır. Bkz. Karagözoğlu, Mumbuç, s. 236. Temelli arzla bağlantısı olmayan menkul yapıların muvakkat yapılarla karıştırılmaması gerektiği yönünde bkz. Safa Erkün, *Türk İmar Hukuku'nun Ana Çizgileri*, YEM Yayın, Ankara, 1999, s. 38. Sadece şantiye binaları hakkında Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği md.63 uyarınca ruhsat aranmayacağı yönünde bkz. Suat Şimşek, İlhami Hazar, *Açıklama-lı-İçtihatlı ve Örnek Dilekçelerle İmar Davaları Rehberi*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 784-785. Ayrıca bkz. D6D. E. 1996/1411, K. 1997/1423, T. 18.03.1997, LİBB, ET. 01.04.2024.

22 Aynı yönde bkz. E. Sabâ Özmen, Müge Ürem, “İmar Planındaki Değişikliğin veya İptalin Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine Etkisi”, *Boğaziçi Law Review*, Vol.1, No.2, 2023, s. 181. Kanun koyucunun yapı tanımı bakımından bir inşaatın daimiliğine veya muvakkatlığına farklı sonuçlar bağlamadığı yönünde bkz. Ayanoglu, s. 7. Bununla birlikte özel kanunda

ruhsatı alınması kuralına tabi olmasına rağmen, muvakkat yapılardaki ruhsat “*daimi*” değil “*geçici*” özellik göstermektedir²³. Buradaki “*geçicilik*” vurgusu, esasen ruhsatın kendisine değil ve fakat yapının istisnai niteliğine ve belirli süre sonunda kaldırılacağına dair özellik arz etmektedir²⁴. Yani, ruhsatın geçici olmasına bağlı olarak tekrar ruhsat almak veya ruhsatı kanunda öngörülen süre sonunda yenilemek gibi bir usulden ziyade yapının belirli bir süre sonunda yıkılacağından bahisle “*kullanımının geçiciliği*” özelliğine vurgu yapılmaktadır²⁵. Şu halde “*geçici olan*” asıl unsur kullanıma tabi yapının kendisidir²⁶. Bu yönüyle muvakkat yapı, diğer yapılardan farklılaşmaktadır.

Muvakkat yapılar ile diğer yapılar arasındaki bir başka fark ise, yapının kullanımına bağlı biçimde ortaya çıkmaktadır. İmar hukukunda, yapı ruhsatı alınarak süresinde başlanan yapıların kanunda öngörülen üst süre içerisinde

-
- geçici yapılarla ilgili ruhsat ve kullanıma izin bakımından istisna öngörülmemektedir. Örneğin Danıştay tarafından verilen bir kararda da ifade edildiği üzere, “*Maden Kanunu'nun 7. maddesinin 12. fıkrasında yer alan düzenlemeye göre (...) imarsız alanlarda yürütülen madencilik faaliyetleri için gerekli olan geçici tesisler ve bunların müştemilatının, inşaat ve yapı kullanma iznine tabi olmadığı ve işletme ruhsatı alındıktan sonra imar planı sınırları içine alınan alanlarda bulunan bu tür geçici tesisler ve müştemilatı ile ilgili olarak ilgili yerel mercüden imar yönünden izin alınmasına gerek olmadığı anlaşılmaktadır*”. D8D. E. 2011/6748, K. 2016/3251, T. 01.04.2016, LİBB, ET. 01.04.2024. Aksi halde, muvakkat yapının ruhsat ve eklerine aykırı ya da ruhsatsız olarak yapılmasına bağlı olarak imar yaptırımlarının uygulanması söz konusu olacaktır. D14D. E. 2013/9470, K. 2015/3555, T. 05.05.2015, LİBB, ET. 01.04.2024.
- 23 D6D. E. 1968/9, K. 1968/1719, T. 29.05.1968, aktaran; Artukmaç, s. 28. Buna bağlı olarak yapı ruhsatı ve muvakkat yapı ruhsatı kavramları da niteliği yönünden değil ve fakat “*konu*” bakımından farklılaşmaktadır. Öğretide Eraslan da muvakkat yapıları 3194 sayılı Kanun md.27 hükmüne tabi olmamasına rağmen, (dar anlamda) olağan yapı ruhsatı aranmayan yapılar arasında göstererek “*yapı ruhsatı*” ile “*muvakkat yapı ruhsatı*” kavramlarını konusu itibarıyla dolaylı olarak ayırmış olmaktadır. Bkz. Yunus Eraslan, “İmar Hukukunda Ruhsat Aranmayan Yapılar Yönünden Öngörülen İdari Yaptırımlar”, *Adalet Dergisi*, Sayı 69, 2022, s. 125. Şüphesiz bu durum, muvakkat yapıların geniş anlamda herhangi bir ruhsata tabi olmadığını yahut bu yapılarda hiçbir ruhsat aranmayacağını göstermemektedir.
- 24 Esasen muvakkat yapıların yerleşme düzeni açısından istisna (ayrık) nitelikte olmasına (Aydın Zevkliler, *Taşınmaz Malikinin Yetkileri Açısından İmar Kurallarına Aykırı ve Zarar Verici İnşaat*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982, s. 234) bağlı olarak geçiciliğinin varlığından söz edilmektedir. Nitekim tarihsel açıdan benzeri bir örneğe, 1944 tarihli *Zelzele Mıntukaları Muvakkat Yapı Talimatnamesi*'nde rastlamak mümkündür. Buna göre deprem olgusu meydana gelen yerlerde yapı yapılması kural olarak yasaklanmışken; belirli oranda zemini kayadan oluşan yerlere muvakkat yapı yapılmasına müsaade edilmiştir. Bkz. H. Hüseyin Çatal, Yusuf Yeşilce, “Türkiye’deki Deprem Şartnamelerinin Tarihsel Süreci”, *İMO İzmir Şubesi Bülteni*, Sayı 134, 2007, s. 12.
- 25 Nitekim Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği md.4 uyarınca, “*Bu Yönetmelikte geçen; (...) ggg) Muvakkat yapı: Kanun ve bu Yönetmelikle nicelik ve niteliği belirlenen, belirli süreliğine kullanılmak üzere öngörülen yapıları (...) ifade eder*”.
- 26 Bu nedenle yapının geçici ve diğer yapılara nazaran kısa süreli geçerli olması nedeniyle ABD hukuk düzeninde bu gibi yapılar “*kısa ömürlü yapı (short life housing)*” şeklinde nitelendirilmektedir. Jack Rostron vd., *Dictionary of Property and Construction Law*, Spon Press, London, 2002, s. 173.

bitirilmesi ve bu bağlamda yapı kullanma izni alması gerekmektedir²⁷. Yapı kullanma iznine aykırı biçimde yapının kullanıma açılması yahut çeşitli alt-yapı hizmetlerinin sürekli biçimde yapıya tanınması düşünülemeyecektir²⁸. Esasen, muvakkat yapılar açısından da yapı kullanma izninin alınması şartı bulunmaktadır. Bununla birlikte bu izin, yukarıda belirtilen yapının “geçici” özelliğine bağlı olarak, “geçici” nitelik arz etmektedir. Dolayısıyla muvakkat yapıdan faydalanmak isteyen kişilerin “geçici yapı kullanma izin belgesi” alma yükümlülüğü bulunmaktadır²⁹.

Nihayet muvakkat yapıların maddi olarak diğer yapılardan farklılığına değinmek gerekmektedir. Bunun sebebi söz konusu yapıların belirli süre sonunda yıkılacak olmasıdır. Bakıldığında, bir yapının yıkılacağı bilinmesine rağmen yapılması işlevsel gözükmese de ani ihtiyaçların karşılanması ve bu yapının süresi içinde kullanılmasından dolayı herhangi bir yaptırımla karşılaşmayacak olması³⁰, bu yapıların yapılabilmesi olanağını ortaya çıkarmaktadır. Belirli hallerde ise, söz konusu yapılan geçici niteliği, alınacak muvakkat yapı izni ve ruhsatı sayesinde uygulama imar planı tatbik edilmeden önce fonksiyona aykırı yapılaşmaya imkan tanıyabilmektedir³¹.

Bu noktada yapı ruhsatı alınmaksızın başlanan bir yapının sonradan alınacak yapı ruhsatı çerçevesinde hukuka uygun biçimde kullanılması mümkünken; muvakkat yapıların da bu gibi imkanlardan faydalanıp faydalanamayacağı sorusu akla gelebilir. “Ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı olarak

27 Bu konuda bkz. Çolak, s. 539 vd.

28 3194 sayılı Kanun md.31: “İnşaatın bitme günü, kullanma izninin verildiği tarihtir. Kullanma izni verilmeyen ve alınmayan yapılarda izin alınmaya kadar elektrik, su ve kanalizasyon hizmetlerinden ve tesislerinden faydalandırılmazlar. Ancak, kullanma izni alan bağımsız bölümler bu hizmetlerden istifade ettirilir”. 3194 sayılı Kanun Geçici md.10: “Kullanma izni verilmeyen ve alınmayan yapılara belediyelerce yol, su, kanalizasyon, doğalgaz gibi alt yapı hizmetlerinin birinin veya birkaçının götürüldüğünün belgelenmesi halinde ilgili yönetmelikler doğrultusunda fenni gereklerin yerine getirilmiş olması ve bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren altı ay içerisinde baş vurulması üzerine kullanma izni alınmaya kadar geçici olarak elektrik, su ve/veya telefon bağlanabilir. Bu madde kapsamında elektrik, su ve/veya telefon bağlanması herhangi bir kazanılmış hak teşkil etmez”.

29 Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği md.61/5: “Yapı tamamlandığında geçici yapı kullanma izin belgesi alınarak kullanılır”.

30 Bkz. D6D. E. 2020/9867, K. 2022/5157, T. 26.04.2022, (<https://karararama.danistay.gov.tr>), ET. 01.04.2024. Belirtmek gerekirse, muvakkat yapıların tapu kütüğüne şerh verilme tarihinden itibaren hesaplanacak geçerlilik süresi içinde yıkılmaması halinde geçerliliği sona ermiş bir ruhsata bağlı olarak yapının devamı mümkün olmadığından; imar ve şehircilik kurallarına aykırı bu yapıya dair ilgisine yönelik idari yaptırım kararı tesis edilmesi (örneğin, 3194 sayılı Kanun uyarınca idari para cezası) ve uygulanması söz konusu olacaktır. Mustafa Yılmaz, İmar Yaptırımları ve Yargısal Korunma, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 115; Taner Savaş, M. Barış Mandev, *Yapı Denetim Hukuku*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 84.

31 Zevkililer, s. 234. Ayrıca bkz. Yunus Eraslan, “İmar Hukuku Yönünden Seralı Şehirleşme”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 14, Sayı 55, 2023, s. 7.

başlanan yapılar” kenar başlıklı 3194 sayılı Kanun md.32 hükmü, muvakkat yapıları kapsam dışında bırakmamıştır³²; bu nedenle söz konusu imkan muvakkat yapılar için de geçerlidir. Belirtmek gerekirse, 3194 sayılı Kanun md.33/2 hükmü gereği “*muvakkat yapılar için öngörülen on yıllık geçerlilik süresi*” çerçevesinde muvakkat yapılarda “*geçicilik*” özelliği ön planda olduğundan bu yapılara sürekli etki üretecek nitelikte yapı ruhsatı veya kullanma izni verilmesi düşünülemeyecektir³³. Bu yönüyle, muvakkat yapı ruhsatı veya kullanma izni verilmesi işlemleri, kural olarak belirli süre geçerli olan, sonrasında etki üretmesi otomatik olarak son bulan işlemler³⁴ olarak nitelendirilebilir.

Bu bağlamda muvakkat yapıların imar hukuku düzenine³⁵ uygunluğu meselesi “*geçici*” nitelikteki yapı ruhsatı veya kullanma izin belgesi alıp almadığına göre değerlendirilmesi gerekir. İmar planında öngörülen koşullar değişmediği sürece bir muvakkat yapının kalıcı nitelikte bir yapı statüsüne dönüşmesi söz konusu değildir³⁶. Keza, yapı kayıt belgesi alınarak imar barışı uygulamasından yararlanılması gibi ihtimaller de söz konusu yapının geçicilik özelliğini değiştirmeyecek ve onu kalıcı hale getirmeyecektir³⁷.

32 3194 sayılı Kanun md.32/4: “*Ruhsata aykırılık olan yapıda, bu aykırılığın giderilmiş olduğu veya ruhsat alındığı ve yapının bu ruhsata uygunluğu, inceleme sonunda anlaşılırsa, mühür, belediye veya valilikçe kaldırılır ve inşaatın devamına izin verilir*”.

33 Zevkliler, s. 234-235. Belirtmek gerekirse, bunun tersi durum da mümkün değildir. Nitekim bir Danıştay kararında da belirtildiği üzere, “*okul binasına ilave yapılacak yerin, imar planına göre umumî hizmetlere ayrılan yerlere rastlamadığı anlaşıldığından daimi ruhsatın geçici ruhsata çevrilmesi mümkün değildir*”. D6D. E. 1961/2979, K. 1968/125, T. 22.01.1968, aktaran; Artukmaç, s. 32.

34 Emin Memiş, *Genel İdare Hukuku*, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 297. Ayrıca bkz. Bahtiyar Akylmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 476-477.

35 Doktrinle Zevkliler’in deyişimiyle “*imar düzeni*” kavramı “*bir taşınmaz üzerine yapılacak resmi ve özel nitelikli değişik çeşitte ve değişik amaçlara özgülenecek yapıların, çeşidine ve amacına göre hangi özellikleri taşıması gerektiğini düzenleyen kuralların tümünün oluşturduğu bütünü*” ifade etmektedir. Zevkliler, s. 165.

36 Aksi düşünce 3194 sayılı Kanun md.3 hükmüyle de bağdaşmayacaktır. Nitekim 3194 sayılı Kanun md.3’e göre, “*herhangi bir saha, her ölçekteki plan esaslarına, bulunduğu bölgenin şartlarına ve yönetmelik hükümlerine aykırı maksatlar için kullanılamaz*”. Dolayısıyla alanda, muvakkat yapı için verilen izin o alanın vasfını etkisizleştirecek ve belediye encümenince öngörülecek fonksiyon dışına çıkacak biçimde kalıcı hale dönüştürülemez. H. Nuri Yaşar, *İmar Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008, s. 260. Aynı yönde bkz. D6D. E. 1971/1639, K. 1973/710, T. 20.02.1973, aktaran; Artukmaç, s. 69.

37 Muvakkat yapılar da ruhsata tabi yapılar arasında yer aldığından yapı kayıt belgesinin bu yapılar bakımından da alınabileceği düşünülebilir. Bu konuda bkz. H. Melih Çakır, “*Yapı Kayıt Belgesi*”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 2, 2018, s. 22. Belirtmek gerekirse, muvakkat yapılara başlanması için 3194 sayılı Kanun md.33 hükmünde belirtildiği şekliyle, belediye encümeni ya da il idare kurulu kararının tesisi ve tapu kütüğüne şerh edilmesi gerektiğinden; bu aşamalar tamamlanmaksızın yapılan yapıyı muvakkat yapı olarak değil ve fakat ruhsatsız yapı olarak nitelemek gerekir. Bu anlamda muvakkat yapılar bakımından imar barışı uygulaması, ancak muvakkat yapı ruhsatına aykırılık hallerinde gündeme gelebilecektir. Şüphesiz 3194 sayılı Kanun Geçici md.16 gereği bu durumda dahi kazanılmış haktan yahut muvakkatlik süresinin kaldırılmasından bahsedilemeyecektir.

II. Muvakkat Yapılar Bakımından Yapı İzninin ve Ruhsatın Hukuki Niteliği ile Etkileri

İdari makamlar tarafından yapı ruhsatı verilmesi, aynı zamanda yapı izni olarak nitelendirilmekte ve kişiler buna bağlı olarak yapının inşasına başlayabilmektedir. Bu nedenle literatürde yapı ruhsatı ve izni kavramları birbirlerinin yerine geçecek şekilde kullanılabilir³⁸. Esasen idari faaliyetler kapsamında idari kolluk faaliyeti içerisinde “*izin*” usulü “*ruhsat*” kavramıyla açıklanmaktadır³⁹. Ne var ki burada, muvakkat yapıların yapılması için ayrıca izin alınması gerekmekte olup, bu husus 3194 sayılı Kanun md.33/1 hükmünde ifade edilmiştir: “İmar planlarında bulunup da müracaat gününde beş yıllık imar programına dahil olmayan yerlerde; plana göre kapanması gereken yol ve çıkmaz sokak üzerinde bulunan veya 18 inci madde hükümleri tatbik olunmadan normal şartlarla yapı izni verilmeyen veya 13 üncü maddede belirtilen hizmetlere ayrılmış olan ve haklarında bu madde hükmünün tatbiki istenen parsellerde üzerinde yönetmelik esaslarına uygun yapı yapılması mümkün olanlarında sahiplerinin istekleri üzerine belediye encümeni veya il idare kurulu kararıyla imar planı tatbikatına kadar muvakkat inşaat veya tesisata müsaade edilir ve buna dayanılarak usulüne göre yapı izni verilir”.

3194 sayılı Kanun md.33/1 hükmünden hareketle “*parselde muvakkat yapı yapılabileceğine dair müsaade*” ile “*muvakkat yapı izninin (ruhsatının)*” karıştırılmaması gerekmektedir⁴⁰. Nitekim bu husus mülga 6785 sayılı İmar Kanunu⁴¹ md.11/2’de “*sahiplerinin yazılı istekleri üzerine belediye encümeni*

38 Köroğlu, s. 295; Halil Yılmaz, *Yapı Denetimi ve Yapı Denetim Kuruluşları*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 86; Mehmet Şengül, *Türk Medeni Hukukunda Toplu Yapılar ve Toplu Yapı Yönetimi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 122. Benzer bir kullanım bazı düzenleyici idari işlemlerde de yer almaktadır. Örneğin, Ankara İmar Yönetmeliği’nin 81. maddesinde “*Yapı İzni (Ruhsatı) ile İlgili Genel Esaslar ve Yapı İzni (Ruhsatı) Müracaatı ve Ekleneyecek Belgeler*” ifadesine yer verilmiştir. Bkz. D14D. E. 2011/16064, K. 2012/3038, T. 25.04.2012, LİBB, ET. 01.04.2024; D6D. E. 2011/8419, K. 2015/2665, T. 29.04.2015, LİBB, ET. 01.04.2024. Öğretide Eraslan, muvakkat yapılar açısından verilen izin ve ruhsatı da birbirinin yerine geçecek şekilde kullanılmaktadır. Eraslan, *İmar Hukukunda Ruhsat Aranmayan Yapılar Yönünden Öngörülen İdari Yaptırımlar*, s. 126. “İzin” kavramının terminolojik olarak bu şekilde eşdeğer kullanım biçimi, muvakkat yapı yapılmasına müsaade edilmesi ile muvakkat yapı ruhsatı verilmesi aşamalarının karışmasına sebebiyet vereğinden; muvakkat yapılar açısından bu çalışmada “*izin*” ve “*ruhsat*” kavramları ayrıca zikredilmiştir.

39 İl Han Özay, “İdari Kolluk-Adli Kolluk”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 71, Sayı 1, 2013, s. 949; Onur Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukusal Regim)*, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 324; Ali D. Ulusoy, *Türk İdare Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 571; Köroğlu, s. 172. Söz konusu kullanımın kamu hizmetlerinin özel hukuk kişilerine gördürülmesi açısından da gündeme geldiği görülmektedir. A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt-I*, 14. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 585.

40 T. Erdinç Bülbül, Ömer Türk, *Belediyelerde Uygulanmalı İmar Hukuku*, Kiptaş, İstanbul, 2001, s. 88.

41 RG. 16.07.1956-9359.

kararıyla imar plânı tatbikatına kadar muvakkat inşaat veya tesisata müsaade edilir ve buna dayanılarak usulüne göre yapı izni (ruhsatiyesi) verilir” şeklinde ifade edilmiştir⁴². Şu halde, muvakkat yapılar bakımından inşaata izin verilmesi (=muvakkat yapı izni) ile ruhsat verilmesi (=muvakkat yapı ruhsatı verilmesi) işlemleri konu bakımından birbirinden ayrılmaktadır; bu nedenle bu çalışmada ismen ayrı ayrı zikredilmektedir.

Belirtmek gerekirse, muvakkat yapı ruhsatı alma şartlarının 3194 sayılı Kanun md.33/1 hükmü bağlamında farklılaştığı da görülmektedir. Nitekim “3194 sayılı İmar Kanunu’nun 22. maddesine göre yapı ruhsatı alınabilmesi için yapılan başvurularda dilekçeye eklenmesi gereken belgeler arasında yapıya ait ‘statik proje’ ile elektrik ve tesisat projeleri” ve “muvakkat yapının betonarme olan inşa edilmesine imkan verecek şekilde tanzim edilmemesi şartı⁴³” bulunmaktayken; muvakkat yapılar açısından parsel bazında farklı şartların varlığı (imar programına alınmamış olmak gibi) aranmaktadır.

İdari makamlarca tesis edilen ve muvakkat yapının ilgili alana yapılabileceğini gösteren muvakkat yapı izni (3194 sayılı Kanun md.33/1 hükmündeki ifadeyle “müsaadesi”) verilmesi işlemiyse, aynı zamanda ona bağlı olarak verilecek muvakkat yapı ruhsatını ve yapının kendisini 3194 sayılı Kanun md.33/2 hükmünde belirtilen on yıllık muvakkatlik süresine tabi kılmaktadır. Dikkat edilirse burada, yapı ruhsatının hukuk düzenindeki geçerliliği doğrudan süre bir şartına bağlanmış değildir. Ancak, muvakkat yapı izninin belirli bir süre çerçevesinde verilmiş olması, muvakkat yapı ruhsatının geçerlilik süresini etkilemektedir⁴⁴. Dolayısıyla muvakkat yapı ruhsatı verilmesi işleminin, belirli bir nesnel süre (=3194 sayılı Kanun md.33/2 hükmüne göre tapu kütüğüne şerh tarihinden itibaren on yıl) tamamlandıktan sonra geçerliliği (=muvakkatlik süresi) sona ermektedir.

Yapı ruhsatı verilmekle, ortaya çıkan belirli sürede yapının inşasına başlamak zorunluluğu, muvakkat yapı yapacak kişiler bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Ancak muvakkat yapı ruhsatının yapı malikine kazanılmış hak sağlayıp sağlamayacağını da değerlendirilmesi gerekmektedir. Danıştay kararına konu olayda akaryakıt istasyonu niteliğindeki yapı hakkında alınan muvakkat yapı ruhsatına karşın, sonrasında alanın hukuki durumunun değişmesi

42 Bu bağlamda bazı Danıştay kararlarında açıkça, muvakkat inşaat veya tesisata “müsaade edilmesi”, sonrasında buna istinaden “yapı ruhsatiyesi verilmesi” şeklinde iki ayrı idari işlemden bahsedildiği görülmektedir. D6D. E. 1972/196, K. 1976/5512, T. 29.09.1976, aktaran; Karagözoğlu, Mumbuç, s. 245.

43 D6D. E. 1974/3231, K. 1976/3387, T. 24.05.1976, aktaran; Karagözoğlu/Mumbuç, s. 246.

44 Uygulamada on yıllık sürenin üst sınır olarak kabul edildiği ve ilgili encümen kararıyla iznin on yıldan daha az süreyle verildiği sonrasında buna göre verilen ruhsatın yenilemeye tabi olduğu yönünde bkz. Oğuz Sancakdar, *İmar Hukuku Genel Esaslar*, Sorubankasi.net Yayınları, İzmir, 2020, s. 376.

ve imar planında yapılan tadilat neticesinde söz konusu ruhsatın “kazanılmış hak teşkil etmediği” ifade edilmiştir⁴⁵.

Esasen, diğer yapı ruhsatlarından farklı olarak gerek muvakkat yapı izninin gerekse ruhsatının geçerliliği imar planı uygulanmasına tabi kılındığına göre, değişen durumlara karşı kazanılmış hak iddiasında bulunulması mümkün görülmemektedir. Nitekim Bülbül ve Türk’ün ifade ettiği üzere, “burada malike tanınan hak, geçici ruhsat verilen inşaat veya tesisatın yıktırılması veya kamulaştırılması halinde bedelinin ödenmesinin yasa ile taahhüt edilmiş olmasıdır⁴⁶”.

Muvakkat yapının fiilen mevcut olacağı üst süre, 3194 sayılı Kanun md.33/2 hükmü bağlamında belirtilmektedir. Bu doğrultuda muvakkat yapılar, on yıl süreyle verilen muvakkat yapı izni süresince geçerli olmakta, sonrasında farklı bir statüye geçmiş olmaktadır⁴⁷. Başka bir ifadeyle muvakkat yapılar, imar planının her halde on yıl içerisinde uygulanmasıyla yıkılacak ve/veya kaldırılacak yapılardır. Bu süre tamamlandıktan sonra halen imar planının uygulanmaması durumunda “uygulanma süresine kadar” geçerliliği devam edecektir⁴⁸. Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği⁴⁹ md.61/6 hükmüne göre, “uygulama imar planının tatbik olunmaması durumunda bu süre, plan tatbik oluncaya kadar kendiliğinden uzar”. Yönetmelik’te tatbik olunacak imar planı olarak “uygulama imar planına” açıkça vurgu yapılmıştır. Bu yönüyle söz konusu işlem, üreteceği hukuکی etkileri itibarıyla “imar planının tatbik edilmesine bağlı olarak iradi”, “idari makamın iradesi dışında süre dolmasına bağlı biçimde otomatik olarak” geçerliliği son bulan (=hukuk aleminden kalkan) bir idari işlem niteliğindedir⁵⁰.

III. Muvakkat Yapı İzni ile Ruhsatı Verilmesinde Yetki ve Usul

İmar hukuku açısından kent planlamasının uygulanmasına dair önemli ve etkili kararlar olduğu vurgulanan⁵¹ muvakkat yapı izni ve ruhsatı verilmesine dair işlemlerde hangi idari makamın yetkili olduğunu saptamak için 3194 sayı-

45 D2D. E. 2021/10614, K. 2023/2302, T. 27.04.2023, LİBB, ET. 01.04.2024.

46 Bülbül ve Türk’ün ifade ettiği üzere, “burada malike tanınan hak, geçici ruhsat verilen inşaat veya tesisatın yıktırılması veya kamulaştırılması halinde bedelinin ödenmesinin yasa ile taahhüt edilmiş olmasıdır”. Bülbül, Türk, s. 88.

47 E. Merve Güleç, *İmar Hukukunda Ruhsatsız Yapılar ve Ruhsatsız Yapılara Uygulanacak Olan İşlemler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 21.

48 Ayrıca bkz. D6D. E. 2016/2540, K. 2021/2061, T. 17.02.2021, LİBB, ET. 01.04.2024.

49 RG. 03.07.2017-30113.

50 Memiş, s. 297. Ayrıca bkz. Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt-I*, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 1209.

51 Ali Öztürk, “Kent Planlaması ve İmar Kararlarının Yargısal Denetimi”, *Şehircilik, Hukuk ve Yönetim İlişkileri 12. Dünya Şehircilik Günü Kolokiyumu*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi ve Basın Yayın Yüksekokulu Basımevi, Ankara, 1990, s. 68.

lı Kanun'a bakılacaktır. 3194 sayılı Kanun md.33/1 hükmü uyarınca muvakkat yapı izni ve ruhsatı için kişinin idari makama başvurması ve bu konuda yararlandırıcı nitelikte işlemlerin tesis edilmesi gerekir⁵². Yani, muvakkat yapı yapmak için de “*talebe bağlı biçimde*” muvakkat yapı izni ve ruhsatı verilmesine dair idari işlemlerin tesis edilmesi gerekmektedir⁵³.

3194 sayılı Kanun md.33/1 hükmüne göre imar planı uygulanıncaya kadar muvakkat yapı yapılmasına dair izin, yapının yapılacağı yer belediye sınırları içerisinde belediye encümeni, değilse il idare kurulu (il encümeni⁵⁴) tarafından verilmektedir. Dolayısıyla 3194 sayılı Kanun md.33/1 hükmünün uygulanmasında, encümen kararıyla parselde muvakkat yapı yapılabileceği değerlendirilmesi yapılarak izin verilmekte, sonrasında karar şerh edilerek, belediye imar müdürlüğü tarafından muvakkat yapı ruhsatı verilmektedir⁵⁵. Belediye veya il encümeni tarafından muvakkat yapının yapılabileceğine dair karar verilmeden muvakkat yapı ruhsatının belediye başkanlığı tarafından verilmesi mümkün değildir⁵⁶.

- 52 Geçerli somut bir neden bulunmaksızın muvakkat yapı için müsaade edilmemesi ve talebin reddedilmesi hukuka aykırı olduğundan yargı mercii tarafından iptal edilmesi söz konusu olmaktadır. D6D. E. 1963/2897, K. 1968/179, T. 29.01.1968, aktaran; Karagözoğlu, Mumbuç, s. 253.
- 53 Zevkliler, s. 237. Şüphesiz bu durumda talebin olumlu yanıtlanması neticesinde kişiyi yapı yapmaya zorlama şeklinde kamu gücü kullanımı söz konusu olmayacaktır. Rağıp Sarıca, *İdare Hukuku Ders Notları (Teksir)*, İstanbul, 1972, s. 107; Pertev Bilgen, *İdare Hukuku Dersleri: İdare Hukukuna Giriş*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999, s. 10.
- 54 3194 sayılı Kanun md.33/1 hükmünde açıkça “*il idare kurulu*” ifadesi kullanılmıştır. Ancak buradaki ifadenin, 3194 sayılı Kanun ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu bir arada değerlendirildiğinde il özel idarelerinde “*il encümeni*” olarak anlaşılması gerekmektedir. Tahir Muratoğlu, *Teşkilat, Planlama ve Uygulama Boyutuyla İmar Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 231. Bu nedenle çalışmanın devamında il idare kurulu ifadesi yerine il encümeni ifadesi kullanılmıştır. Yalnızca 3194 sayılı Kanun md.33/1 hükmünde açıkça “*il idare kurulu*” ifadesi bulunduğu için; bu ifade burada zikredilmiş ancak anlaşılması gereken ifade olarak yanında “*il encümeni*” ibaresine yer verilmiştir.
- 55 Bülbül/Türk, s. 88. Aynı yönde; D6D. E. 1974/2859, K. 1975/2053, T. 09.04.1975, Danıştay Altıncı Daire Kararları Cilt-I (1965-1977), Danıştay Yayınları, Ankara, 1979, s. 185. Bu yönüyle iki idari işlem birbirinden ayrıdır. Nitekim bu husus bazı Danıştay kararlarında işlemin tarih ve sayısının farklı olmasıyla da ifade edilmektedir. Bkz. D1D. E. 2019/1374, K. 2019/1301, T. 02.10.2019, LİBB, ET. 01.04.2024; D6D. E. 2012/7511, K. 2016/3031, T. 20.05.2016, LİBB, ET. 01.04.2024; D14D. E. 2011/1350, K. 2011/5363, T. 28.12.2011, LİBB, ET. 01.04.2024; D14D. E. 2011/3203, K. 2012/217, T. 25.01.2012, LİBB, ET. 01.04.2024.
- 56 “İmar Kanununun yukarıda sözü geçen maddesine (11 inci madde) göre muvakkat inşaat müsaadesi vermek veya bu mahiyetteki talepleri red etmek hususunda belediye encümenleri yetkili kılınmışlardır”. D6D. E. 1970/288, K. 1972/288, T. 25.01.1972, aktaran; Karagözoğlu, Mumbuç, s. 247-248. Bu bağlamda bazı Danıştay kararlarında muvakkat yapı ruhsatı alınması için yapılan talebin “*muvakkat yapı iznini içermesi gerektiğinden*” encümene yöneltilmesi ve bu çerçevede işlem yapılması hukuka aykırı görülmemiştir. Zira muvakkat yapı ruhsatı verilmesi muvakkat yapı yapılmasına müsaade edilmesine bağlıdır. Örneğin, muvakkat yapı ruhsatı talebinin belediye encümenine yöneltilmesine dair bkz. D6D. E. 1979/1245, K. 1982/533, T. 12.03.1982, Azlık oyu gerekçesinden, Danıştay Dergisi, Sayı 48-49, s. 220. Bu durum, belli hallerde muvakkat yapı ruhsatının doğrudan encümen tarafından veriliyor izlenimini ortaya çıkarmıştır. D6D. E. 1974/814, K. 1975/4648, T. 21.10.1975, Danıştay Altıncı Daire Kararları Cilt-I (1965-1977), Danıştay Yayınları,

Nitekim umumi hizmete ayrılan yere rastlayan alanda yapılan bungalow niteliğindeki geçici yapıların yıkımı için yapılan idari işlemin dava konusu edildiği olayda Danıştay, “*bu yapıların, hangi maksat için yapılıp kullanılabileceğinin ilgili idare encümenince tayin olunacağını, muvakkat ruhsat süresinin 10 yıl olduğunu, yapı izni verilmezden önce ilgili idare encümeni kararının gün ve sayısının 10 yıllık müddet için muvakkat inşaat olduğunu, şartların tapu kaydına şerh edilmesi gerektiğini, bu yapıların geçici yapı ruhsatı alınarak inşa edileceğini*”⁵⁷ vurgulamıştır. Muvakkat yapı ruhsatı verilmesi içinse; maddi yönden 3194 sayılı Kanun md.22 hükmü gereği belediye başkanlığı veya valilik yetkilidir⁵⁸. Bu doğrultuda örneğin, yetki ve usulde paralellik ilkesi gereği geçici yapı ruhsatının idari yönden iptaline ilişkin İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığının işlemi, ruhsatı veren idari makamın kendisi olması nedeniyle hukuka aykırı bulunmamıştır⁵⁹. Keza, bazı belediyeler tarafından çıkarılan “İmar ve Şehircilik Müdürlüğü Görev ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında

Ankara, 1979, s. 187. Aynı yönde; Ayrıca bkz. Cafer Ergen, *Danıştay İçtihatlarıyla İmar Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 162, dn. 92; Cafer Ergen, *Kaçak Yapı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 416-417. Uygulamada muvakkat yapı ruhsatı verilmesini öngören kararın encümen tarafından verildiğinden bahisle, istemin ilgili encümene yöneltilebileceği kabul edilmektedir. Belediye başkanlığı bünyesindeki imar ve şehircilik müdürlüğü bu aşamadan sonra harekete geçecektir. D6D. E. 1975/780, K. 1977/1667, T. 04.04.1977, aktaran; Karagözoğlu, Mumbuç, s. 236. Aynı yönde Samsun BİM. 2. İDD. E. 2018/1167, K. 2019/327, T. 13.03.2019, LİBB, ET. 01.04.2024.

57 D6D. E. 2019/5492, K. 2019/11074, T. 14.11.2019, LİBB, ET. 01.04.2024.

58 3194 sayılı Kanun md.22: “*Yapı ruhsatiyesi almak için belediye, valilik bürolarına yapı sahipleri veya kanuni vekillerince dilekçe ile müracaat edilir. Dilekçeye sadece tapu (istisnai hallerde tapu senedi yerine geçecek belge), mimari proje, statik proje, elektrik ve tesisat projeleri, resim ve hesapları, röperli veya yoksa, ebatlı kroki eklenmesi gereklidir. Belediyeler veya valiliklerce ruhsat ve ekleri incelenerek eksik ve yanlış bulunmuyorsa müracaat tarihinden itibaren en geç otuz gün içinde yapı ruhsatiyesi verilir. Eksik veya yanlış olduğu takdirde; müracaat tarihinden itibaren onbeş gün içinde müracaatçıya ilgili bütün eksik ve yanlışları yazı ile bildirilir. Eksik ve yanlışlar giderildikten sonra yapılacak müracaattan itibaren en geç onbeş gün içinde yapı ruhsatiyesi verilir*”.

59 D6D. E. 2011/7973, K. 2016/387, T. 03.02.2016, LİBB, ET. 01.04.2024. Konuya dair şu örnekler verilebilir: “İmar planında pazar yerine rastlayan taşınmaz mala geçici ruhsat verilmesi yolundaki talebin reddine ilişkin belediye başkanlığı işleminin iptali istemiyle açılan davanın (...) yasaya aykırılık görülmediği gerekçesiyle reddine...”. D6D. E. 1973/763, K. 1975/182, T. 15.01.1975, Danıştay Altıncı Daire Kararları Cilt-I (1965-1977), Danıştay Yayınları, Ankara, 1979, s. 184; “*Belediyece verilen geçici inşaat ruhsatının iptaline ilişkin işlemin iptali talebiyle açılan davanın (...) hatalı verilen ruhsat iptalinin yerinde olduğu gerekçesiyle reddine...*”. D6D. E. 1974/3994, K. 1976/5429, T. 21.09.1976, Danıştay Altıncı Daire Kararları Cilt-I (1965-1977), Danıştay Yayınları, Ankara, 1979, s. 186; “*Davacıya ait binanın bulunduğu parselde bitişik taşınmaz mal için verilen geçici inşaat izninin geri alınmasına ilişkin isteğin reddine dair belediye imar müdürlüğü kararının iptali istemiyle açılan davanın (...) imar yönetmeliği hükümlerine bir aykırılık görülmediği...*”; D6D. E. 1974/2573, K. 1975/4640, T. 20.10.1975, Danıştay Altıncı Daire Kararları Cilt-I (1965-1977), Danıştay Yayınları, Ankara, 1979, s. 185; “*Kadastro parselinde muvakkaten açık hava sineması yapılmasına ilişkin ruhsat isteminin reddine dair İmar Müdürlüğü işleminin (...) prensip kararında açıklanan şartların yerine getirilip getirilmediğinin araştırılmadığı gerekçesiyle karar düzeltme safhasında iptaline karar verilmiştir*”. D6D. E. 1971/1427, K. 1973/303, T. 29.01.1973, Danıştay Altıncı Daire Kararları Cilt-I (1965-1977), Danıştay Yayınları, Ankara, 1979, s. 181.

Yönetmelik” düzenlemelerinde belediye başkanlığına bağlı İmar ve Şehircilik Müdürlüklerinin “*muvakkat yapı ruhsatı tanzim etmek*” yetkisine sahip olduğu ifade edilmektedir⁶⁰.

Muvakkat yapı izni verilmesi ile muvakkat yapı ruhsatı verilmesi ayrı işlemler olup, 3194 sayılı Kanun md.22 hükmü ve md.33 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, muvakkat yapı izni “*belediye veya il encümeni*” tarafından; muvakkat yapı ruhsatı ise “*belediye başkanlığı veya valilik*” tarafından tesis edilecektir. Nitekim İzmir Bölge İdare Mahkemesinin bir kararında açıkça ve isabetle belirtildiği üzere, “*yasa hükümlerine göre, taşınmazlara muvakkat yapı izni verilmesi konusunda Belediye Encümeninin, yapı ruhsatı verilmesi konusunda ise Belediye Başkanlığının yetkili olduğu anlaşılmakta olup, anılan taşınmaza Marmaris Belediye Başkanlığı tarafından verilen 21/01/2014 tarih ve (...) sayılı geçici yapı ruhsatının, Marmaris Belediye Başkanlığının (Başkanlık Ohuruyla) 06/10/2015 tarih ve 33 sayılı işlemiyle iptal edilmesinde yetki ve usulde paralellik ilkesine aykırılık bulunmadığına*” hükmedilmiştir⁶¹. Uygulamada ise, belediye başkanlığı tarafından verilen yapı ruhsatının belediye encümeni tarafından, geçici yapı izni verilmesi işleminin hukuka aykırılığına bağlı olarak -yanlış biçimde adeta bir potada eritilerek- iptal edilebildiği görülmektedir⁶².

60 İznik Belediyesi İmar ve Şehircilik Müdürlüğü Görev ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik md.12: “*Yapı Denetim ve Ruhsat Şefliği Teknik Personeli Görev ve Sorumluluğu: (...) y) Tamamı umumi hizmetlere ayrılan arsalarla ilgililerin talepleri doğrultusunda yürürlükte olan yasa ve yönetmelikler çerçevesinde değerlendirme yaparak ‘Muvakkat’ yapı ruhsatı düzenlemek...*”, (<https://iznik.bel.tr/sayfa/%C4%Bomar-ve-Sehircilik-Mudurlugu.html>), ET. 01.04.2024. Akçaabat Belediye Başkanlığı İmar ve Şehircilik Müdürlüğü Görev Yetki Sorumluluk ve Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik md.10: “*Ruhsat-İskan Birimi (...) B) Birimin görev ve sorumlulukları: (...) 28) Tamamı umumi hizmetlere ayrılan arsalarla ilgililerin talepleri doğrultusunda yürürlükte olan yasa ve yönetmelikler çerçevesinde değerlendirme yaparak ‘Muvakkat’ yapı ruhsatı düzenlemek...*”, (<https://www.akcaabat.bel.tr/mudurluk-detay.aspx?id=5>), ET. 01.04.2024. Aynı yönde bkz. Erzincan Belediyesi İmar ve Şehircilik Müdürlüğü Görev ve Çalışma Yönetmeliği, (<https://www.erzincan.bel.tr/mudurlukyazi/20>), ET. 01.04.2024; Bingöl Belediyesi İmar ve Şehircilik Müdürlüğü Görev ve Çalışma Yönetmeliği, (<https://www.bingol.bel.tr/tr/idare/mudurlukler/mustafa-guler>), ET. 01.04.2024. Çınarcık Belediye Başkanlığı ve Müdürlükleri Görev, Yetki ve Sorumlulukları ile Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik md.101: “*İmar ve Şehircilik Müdürlüğünün Sorumlulukları (...) Tamamı umumi hizmetlere ayrılan yerlerde kalan arsalarla Başkanlıkça uygun görülmesi halinde yönetmelik hükümlerine göre Encümen Kararı olarak Muvakkat Yapı İzni vermek...*”, (<https://www.cinarcik.bel.tr/yonetmelikler/gorev-yetki-ve-sorumluluklari-ile-calisma-usul-ve-esaslarina-dair-yonetmelik.pdf>), ET. 01.04.2024. Mezitli Belediyesi İmar ve Şehircilik Müdürlüğü Görev, Yetki ve Sorumluluklarına İlişkin Yönetmelik md.8: “*İmar ve Şehircilik Müdürlüğünün Görev, Yetki ve Sorumlulukları (...) tamamı umumi hizmetlere ayrılan yerlerde kalan arsalarla Başkanlıkça uygun görülmesi halinde yönetmelik hükümlerine göre Encümen Kararı olarak Muvakkat Yapı İzni vermek...*”, (<https://mezitli.bel.tr/wp-content/uploads/2020/07/Imar-ve-Sehircilik-Mudurlugu.pdf>), ET. 01.04.2024.

61 İzmir BİM. 3. İDD. E. 2017/1218, K. 2018/224, T. 16.02.2018, LİBB, ET. 01.04.2024. Aynı yönde bkz. İstanbul BİM. 4. İDD. E. 2020/536, K. 2020/976, T. 11.09.2020, LİBB, ET. 01.04.2024.

62 D1D. E. 2014/1362, K. 2014/1351, T. 16.10.2014, LİBB, ET. 01.04.2024; D6D. E. 2012/2892, K.

İfade etmek gerekir ki, muvakkat yapılar açısından usulen önce muvakkat yapı izni verilmesi, sonra muvakkat yapı ruhsatı verilmesi söz konusu olacaktır⁶³. Şüphesiz yapılacak yapının “*muvakkat*” niteliği gözetilmeden yapı izni verilmesi, sonrasında yapılacak muvakkat yapı ruhsatı verilmesi işlemini 3194 sayılı Kanun md.33 uyarınca hukuka aykırı kılacaktır. Ayrıca, 3194 sayılı Kanun md.33/3 çerçevesinde; usulen yapılacak inceleme neticesinde muvakkat yapının yapılacağı parselde kullanıma elverişli bir “*bina*” bulunması halinde, geçici nitelikte ilave yapılması söz konusu olamayacaktır⁶⁴. Benzer şekilde, muvakkat yapının yapılacağı parselde birden fazla muvakkat yapı varsa; nihai idari işlem tesis edilmeden önce usulen bu yapıların toplam yüzölçümü miktarı hesaplanmalı ve ilgili yönetmeliğe uygunluğu değerlendirilmelidir⁶⁵. Söz konusu uygulamalar bakımından “*kadastral parseller*” de “*imar parsellerine*” eşdeğer tutulmaktadır⁶⁶.

2015/1968, T. 02.04.2015, aktaran; Bilgin, Sezer, s. 591. Belirtmek gerekirse, söz konusu izin niteliği taşıyan işlemin iptali haline bağlı olarak, bu karar fiili ve hukuki sonuçlarını kendiliğinden gösterecektir. Bkz. H. Eyüp Özdemir, “İdari İşlemin Geriye Yürümezliği İlkesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan, Özel Sayı*, 2006, s. 1006.

63 “Manisa ili, (...) 46 pafta, 802 ada, 118 sayılı parselde verilen 369 sayılı geçici yapı ruhsatı ile anılan ruhsatın dayanağı 704 sayılı Manisa Belediye Encümeni kararı(nın)...”. D6D. E. 2016/8483, K. 2019/10891, T. 13.11.2019, LİBB, ET. 01.04.2024.

64 “Kanun koyucu şehir planlarıyla yapılan tahsiste, tahsise konu olan taşınmazları niteliğinin değişmemesi ve kamu hizmeti maliyetinin artmaması için taşınmaz üzerinde bina var ise bu bina için esaslı tamirat ve eklenti yapma yasağı getirmiştir”. Yarar, s. 48. Bu bağlamda örneğin Danıştay, “bağ evini” parselde kullanıma elverişli bina niteliğinde yorumlayarak garaj yeri niteliğinde muvakkat yapı yapma talebini bu nedenle reddetmiştir. D6D. E. 2008/1950, K. 2010/1864, T. 01.03.2010, LİBB, ET. 01.04.2024. Hakkı Kasarcı, *Hukuki El Atma (3194 Sayılı Kanun’un 10. Maddesi Kapsamında İdarenin Mülkiyet Hakkına Hukuki Müdahalesi)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 86.

65 Ayrıca, imar planında umumi hizmetlere ayrılmış yerde bulunan davacıya ait arsada evvelce geçici ruhsata yapılmış bir yapı bulunduğu için ikinci bir yapı için geçici ruhsat verilemeyeceği hakkında bkz. D6D. E. 1972/4190, K. 1973/2191, T. 23.05.1973, Danıştay Altıncı Daire Kararları Cilt-I (1965-1977), Danıştay Yayınları, Ankara, 1979, s. 182. Bu durumun doğrudan mülkiyet hakkına ölçsüz bir sınırlama teşkil etmediği yönünde bkz. AYM. Faruk Aksekili Başvurusu, Başvuru No: 2013/1261, T. 04.02.2016, RG. 18.03.2016-29657. Ayrıca bkz. Gökhan Bilgin, *İmar Kanunu Şerhi ve İmar Barışından Kaynaklanan Sorunların Değerlendirilmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 293.

66 “Bu durumda, uyumsuzluk konusu alanda 3194 sayılı Yasanın 33. maddesinin uygulanma koşullarının bulunup bulunmadığı, bu koşulların bulunması halinde davacıya ait parselin bu maddenin uygulanmasında imar parseli mi yoksa kadastral parsel mi olarak kabul edileceği, imar ya da kadastral parsel olarak kabul edilmesi halinde imar planında yer alan yapılaşma şartlarının mı, yoksa Yönetmeliğin yapılaşma şartlarına ilişkin kuralların mı, uygulanacağı hususlarının yerinde yaptırılacak keşif ve bilirkişi incelemesi sonucunda alınacak rapor değerlendirilmek suretiyle karar verilmesi gerekmektedir”. D6D. E. 2007/2863, K. 2009/2980, T. 23.03.2009, LİBB, ET. 01.04.2024.

IV. Muvakkat Yapının Tapu Kaydına Şerhi

Muvakkat yapı yapılmasına dair izin verilmesi neticesinde yapının malikleri yönünden yapı ruhsatı alabilme imkanı ortaya çıkmakla beraber idari makamlar tarafından tapu kaydına şerh verilmesi yükümlülüğü doğmaktadır⁶⁷. Muvakkat yapının yapılabilmesi için izni veren belediye encümeni veya il encümeni tarafından tapu kaydına bu konuda “*diğer lüzumlu ölçü ve şartlarla beraber*” şerh verilerek, yapının geçerlilik süresinin başlaması da sağlanmış olur⁶⁸. Dolayısıyla 3194 sayılı Kanun md.33/2 hükmü uyarınca şerh verilmesi halinde ruhsatın geçerlilik süresinin başladığından söz edilemez. Doktrinde Zevkliler’in aktardığı şekilde, yasal düzenlemede “*tapu kütüğüne şerh konulması*” tarihi esas alınmış ve bu durum yargı kararlarıyla da kabul edilmiştir⁶⁹. Öyle ki, her nasılsa şerhin geç tarihte tapu kütüğüne konulması söz konusu olursa, bu durumda dahi muvakkat yapı geçerliliği ruhsat tarihinden itibaren değil bu şerh tarihinden itibaren hesaplanmaktadır⁷⁰. Bahsi geçen şerh koyma süreci sonucunda 3194 sayılı Kanun md.33/2 hükmü uyarınca muvakkat yapının on yıllık geçerlilik süresi başladığından; şerhin konulmasıyla kamu hukuku bağlamında mülkiyet hakkının kullanımına dair kısıtlama getirildiğinden bahsedilebilir⁷¹.

Doktrinde Akıntürk’ün aktardığı üzere şerhleri, üç kategori altında toplamak mümkündür: (i). şahsi hakların şerhi, (ii). malikin tasarruf yetkisini sınırlayan işlemler ile resmi kararların şerhi, (iii). geçici tescil şerhi⁷². Tapu Sicili Tüzüğü’nün⁷³ 46. maddesine göre, “*kütüğün şerhler sütununa kişisel haklar, tasarruf yetkisini kısıtlayan veya yasaklayan şerhler, geçici tescil şerhleri ile kanunlarda öngörülen diğer hususlar yazılır*”. Belirtmek gerekirse, söz konusu şerh, muvakkat yapı iznini veren belediye encümeni ya da il encümeni tarafından konulduğundan; burada “*resmi kararın şerhi*” hususundan söz edilebilir. Ne var ki doktrinde Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir’e göre, 3194 sayılı Kanun md.33’te “şerh” ifadesi yer alsa da idari makam tarafından konulması gereken ve kamu hukuku anlamında kısıtlama doğuran bu kaydın “*beyan*”

67 Belediyelerin, uygulamada imar planlarına uymayan taşınmaz hakkında da muvakkat inşaat şerhi düşüğü yönünde bkz. Ali Rıza İlgezdi, Gökhan Batak, *Yapı Kullanma İzin Belgesi (İskân Ruhsatı)*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 136.

68 D6D. E. 2018/5656, K. 2022/3406, T. 22.03.2022, LİBB, ET. 01.04.2024.

69 Zevkliler, s. 238-239.

70 D6D. E. 1974/2512, K. 1976/2859, T. 27.04.1976, aktaran; Karagözoğlu, Mumbuç, s. 238.

71 Esin Örücü, *Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı: Mülkiyet Hakkının Sınırlanması*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1976, s. 154.

72 Turgut Akıntürk, *Eşya Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 313-314.

73 RG. 17.08.2013-28738.

olarak nitelendirilmesi gerekmektedir⁷⁴. Hatta yazarlar, 3194 sayılı Kanun'da yer alan "şerh" ifadesinin "özel kanunda yanlış olarak öngörüldüğü hallerden biri" olduğunu belirtmektedir⁷⁵.

3194 sayılı Kanun'un lafzından hareketle "şerhin" konulması, idari makamın resen hareket geçmesiyle mümkün olmaktadır. Şu halde söz konusu üçüncü kişilere karşı aleniyetin sağlanması maksadıyla şerhin konulması için⁷⁶, muvakkat yapı malikinin idari makamdaki bu konuda talepte bulunması gerekmektedir. Bununla birlikte idari makamın muvakkat yapı ruhsatı verebilmesi için sürenin ve diğer koşulların şerhte belirtilmesi gerektiğinden; şerh olmaksızın sürecin ilerleyememesi hali ortaya çıkabilir⁷⁷. Bu noktada gerekçesi bulunmaksızın şerhin idari makam tarafından konulmaması, muvakkat yapı yapacak kişiler bakımından olumsuz bir durum yaratabilecektir. Bu nedenle ilgililerin 3194 sayılı Kanun md.33/2'ye göre muvakkat yapı ruhsatı almak aşamasına geçmek için şerhin konulmasına dair idari makamdaki talepte bulunabilmesi mümkündür. Bu talebin idari makam tarafından reddedilmesi halinde kişiler "talebin reddi işleminin iptali" için idari yargı merciine başvurabilecektir⁷⁸.

V. İmar Programları ile Muvakkat Yapılar Arasındaki Hukuki İlişki

İmar planlarının etaplar halinde ve planların kademeli birlikteliği prensibine⁷⁹ uygun biçimde kent mekanlarında uygulanması, mahalli idarelerin bu konuda yapmakla yükümlü oldukları imar programlarının oluşturulmasıyla mümkün olmaktadır. Bu bağlamda 3194 sayılı Kanun çerçevesinde belediyelere beş yıllık imar programı oluşturmak üzere planların uygulanması ve tamamlanmasına dair hukuki yükümlülük⁸⁰ getirildiği görülmektedir. Belirtmek

74 M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 25. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023, s. 253.

75 Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s. 252.

76 Genç, s. 215.

77 Özellikle söz konusu şerhin konulması sürecinde Zevkiler'in işaret ettiği üzere, belediye encümeni geçici yapı izni verilmesine dair kararını daha önce vermiştir ve fakat durum tapu kütüğüne işleninceye dek ilgisine bildirilmesi geri bırakılmaktadır. Zevkililer, s. 239. Bu nedenle tapu kütüğüne şerhin konulmaması halinde ilgisi açısından sürecin tıkanması durumu ortaya çıkabilmektedir.

78 D6D. E. 2007/6572, K. 2009/6522, T. 01.06.2009, aktaran, Ömer Köroğlu, *İmar Hukukunda Yapı Kavramı ve Temel Yapı Belgeleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 288.

79 Bu prensibin uygulanmasına dair ayrıca bkz. D6D. E. 2019/17027, K. 2022/7581, T. 29.06.2022, LİBB, ET. 01.04.2024; D6D. E. 2020/2936, K. 2021/4740, T. 30.03.2021, LİBB, ET. 01.04.2024; D6D. E. 2018/4569, K. 2022/4334, T. 06.04.2022, LİBB, ET. 01.04.2024; Konya BİM. 2. İDD. E. 2017/2753, K. 2018/904, T. 18.05.2018, LİBB, ET. 01.04.2024; İzmir BİM. 3. İDD. E. 2017/224, K. 2017/581, T. 07.11.2017, LİBB, ET. 01.04.2024; Samsun BİM. 2. İDD. E. 2019/1211, K. 2020/120, T. 06.02.2020, LİBB, ET. 01.04.2024; Samsun BİM. 2. İDD. E. 2019/1173, K. 2020/116, T. 06.02.2020, LİBB, ET. 01.04.2024.

80 Yayla, s. 87; Gürsel Öngören, *Yargı Kararları Işığında İmar Hukuku*, Öngören Hukuk, 2020, s. 35, (https://ongoren.av.tr/wp-content/uploads/2020/08/imar_hukuku_kitabi-15.04.2020).

gerekir ki; imar programları, yetkili mahalli idareler tarafından tesis edilen birer genel karar niteliğindedir⁸¹. Bu idari işlemlerin dış dünyada etki üretecek şekilde icra edilmesi ise, imar planlarının uygulama araçlarıyla mümkün olmaktadır⁸².

İmar programına alınacak yerde umumi hizmete ayrılmasına rağmen, uygulamanın yapılmayarak hukuki el atma suretiyle kişinin mülkiyet hakkına müdahale edilmesi ise, hakkın ihlaline bağlı olarak bazı zararların ortaya çıkmasına neden olabilmektedir⁸³. Belirtmek gerekirse, 3194 sayılı Kanun md.33 hükmüne koştur biçimde, idari makam tarafından ilgili bölgeye muvakkat yapı yapılabilmesi imkanı tanınmasının “*kamulaştırma yapılmıncaya kadar, taşınmaz üzerinde kısıtlılık oluşmasını engelleyen bir fonksiyonunun bulunmadığı*” ifade edilmektedir⁸⁴. Bununla birlikte doktrinde bazı yazarlar tarafından belirtildiği üzere, mahalli idarenin o anki mali imkanları, imar programının uygulanmasına ve kamulaştırma yapmaya yetmediğinden; kişilere bir nebze olsun mülkiyet hakkından yararlanabilmeleri maksadıyla muvakkat yapı yapılmasına izin verilebilmektedir⁸⁵. Dolayısıyla kaide olarak imar planının mali imkanlar çerçevesinde uygulanma imkanı varsa; beş yıllık imar programlarında öngörülen hususların gerçekleşmesini sekteye uğratabilecek biçimde muvakkat yapı yapılmasına izin verilmeyeceğinden söz edilebilir⁸⁶. Bunun yanında belirtmek gerekirse, bir alanın imar programına alınması neticesinde “*umumi hizmete ayrılan ve kamulaştırılacak yerlerde*” uygulama yapılarak tamamlanıncaya kadar, mevcut hak sahiplerinin hak kullanımları devam etmektedir.

Ancak, bir yerin daha önce imar programı ve/veya umumi hizmete ayrılan yer kapsamında değilken; sonrasında imar programı ve/veya umumi hizmete ayrılan yer kapsamına alınması söz konusu olabilir⁸⁷. Yahut bu durumun ak-

pdf), ET. 01.04.2024.

81 Öngören, s. 111.

82 D6D. E. 2020/3079, K. 2020/10941, T. 17.11.2020, LİBB, ET. 01.04.2024; D6D. E. 2015/1175, K. 2019/10243, T. 04.11.2019, LİBB, ET. 01.04.2024; D6D. E. 2015/5440, K. 2019/7847, T. 24.09.2019, LİBB, ET. 01.04.2024; D6D. E. 2017/4802, K. 2020/4934, T. 09.06.2020, LİBB, ET. 01.04.2024; D6D. E. 2013/7190, K. 2018/3019, T. 04.04.2018, LİBB, ET. 01.04.2024.

83 Muratoğlu, s. 232.

84 DİDDK. E. 2021/2907, K. 2022/1884, T. 26.05.2022, Danıştay Kararlar Dergisi, Sayı 11, s. 174.

85 Şekerci, s. 181-182; Sancakdar, s. 376. Erkün'e göre, bu durumda kişiler “*taşınmaza yatırdığı ve imar planı yüzünden kısıtlı kalan kapitalini kullanarak rant getirici duruma dönüştürebilecektir*”. Erkün, s. 37. Ayrıca bkz. Yayla, s. 91.

86 Şekerci, s. 181.

87 2942 sayılı Kanun ek md.1 çerçevesinde umumi hizmet alanlarında yapılan kamulaştırma işlemleri için belirli bir süre öngörüldüğünden, imar programına alınıp alınmadığına bakılmaksızın; bahsi geçen alanlarda 3194 sayılı Kanun md.33 hükmü kapsamında muvakkat yapı izni verilemeyeceği yönünde bkz. Muratoğlu, s. 231.

sine bir alanın imar programı kapsamına alınmasına rağmen, imar programı işleminin idari yargı mercii tarafından iptali söz konusu olabilir. Esasen bu durum, 3194 sayılı Kanun md.33'te öngörülerek, muvakkat yapı izni verilmesi açısından “başvuru tarihi” esas alınmıştır. Bu bağlamda muvakkat yapı yapılacak yerin başvuru tarihinden sonra imar programı kapsamına alınmasının muvakkat yapının geçerliliği açısından doğrudan etkisi bulunmamaktadır⁸⁸. Bir an için muvakkat yapı yapılan yerde sonradan imar programının yapılmasıyla imar planlarının uygulama safhasına geçtiğinden söz edilebilir. Zira imar programlarının asli işlevi imar planlarını “süresinde tatbik edebilmek”tir.

Ne var ki, 3194 sayılı Kanun md.33 hükmüne bakıldığında somut uygulama çerçevesinde tahliye ve yıkım sonuçlarının ortaya çıktığı görülmektedir. Bu noktada, 3194 sayılı Kanun bağlamında idari makamların imar planının uygulanmasına bağlı olarak muvakkat yapı maliklerinin tahliye edilmesi ve yapının yıkılması/kaldırılması hususunda takdir yetkisi de bulunmamaktadır⁸⁹. Bu nedenle muvakkat yapının varlığı, alanın sonradan imar programına alınan yer statüsünde olmasıyla değil; program çerçevesinde öngörülen esasların fiilen tatbik edilmesiyle söz konusu olacaktır⁹⁰. Şayet muvakkat yapı izni talebi, o alanda imar programının varlığı nedeniyle reddedilmiş; fakat sonrasında imar programı iptal edilmişse, ortada muvakkat yapı izni verilmesini gerektirecek başkaca olgunun bulunmaması halinde iznin verilmesi gerekecektir.

VI. Muvakkat Yapıların Taşınması Gereken Fiziki Özellikler ve Aykırılık Halleri

Yapıların imar planlarında açıkça öngörülen genişliği, yüksekliği gibi özelliklerinin yanında dış cephe boya ve kaplamaları ile çatının malzemesine dair fiziki özellikleri, bulunduğu bölgenin fiziki koşulları gözetilerek yetkili mahalli idareler tarafından belirlenmektedir⁹¹. Kural olarak bu belirlemedeki amaç,

88 Bu halde muvakkat yapının on yıllık süre dolmadan yıkımının hukuka aykırı olduğu yönünde bkz. D6D. E. 1981/1130, K. 1984/2698, T. 25.09.1984, aktaran; Bilgin, İmar Kanunu Şerhi ve İmar Barışından Kaynaklanan Sorunların Değerlendirilmesi, s. 295.

89 Bu halde idari makamın yıkım işleminin sebep unsuru açısından bağlı yetki içerisinde olduğunu vurgulamak gerekmektedir. Bkz. A. Kürşat Ersöz, “Bir İdari İşlem Olarak Yıkım Kararı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, Sayı 3, 2015, s. 131.

90 D6D. E. 1963/1859, K. 1968/1935, T. 22.06.1968, aktaran; Karagözoğlu, Mumbuç, s. 249-250; D6D. E. 1962/712, K. 1968/1216, T. 24.04.1968, aktaran; Karagözoğlu, Mumbuç, s. 253; D6D. E. 1961/1235, K. 1967/2363, T. 09.09.1967, aktaran; Karagözoğlu, Mumbuç, s. 363; D6D. E. 1964/833, K. 1968/2379, T. 22.11.1963, aktaran; Karagözoğlu, Mumbuç, s. 246-247.

91 3194 sayılı Kanun md.21/5: “Belediyeler veya valilikler mahallin ve çevrenin özelliklerine göre yapılar arasında uyum sağlamak, güzel bir görünüm elde etmek amacıyla dış cephe boya ve kaplamaları ile çatının malzemesini ve rengini tayin etme yetkilidir. Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce yapılmış olan yapılar da bu hükme tabidir”.

“yapılar arasında uyum sağlanarak güzel görünüm elde etmek”tir⁹². Muvakkat yapılar bakımından bu gibi fiziki özelliklerin önemi, genel olarak yapının hukuki statüsüne bağlı biçimde ve bulunduğu alana göre ortaya çıkmaktadır. Gerçekten, muvakkat yapıların “geçici” nitelikte olması nedeniyle, kalıcı nitelikte kullanım amacıyla yapılmakta olan yapılarla aynı fiziki özellikte olması düşünülemeyecektir⁹³. Esasen 3194 sayılı Kanun md.33/3’e göre, muvakkat yapının yapılacağı yerde kullanılacak “bina”nın bulunması halinde, parsele yeniden ilave ve inşaat niteliğinde muvakkat yapı izni verilmeyeceği dikkat alındığında; “muvakkat yapıların fiziken sökülebilir malzemelerden yapılmayan, arzla ilişkisi sağlam ve kalıcı” bina niteliğinde⁹⁴ olmaması ve izin verildiği amaca aykırı kullanılmaması⁹⁵ gerektiği sonucu çıkarılabilir.

Bu durum, mülga Planlı Alanlar Tip İmar Yönetmeliği’nin⁹⁶ 21. maddesinde “mümkün mertebe sökülerek başka bir yere nakli kabil malzemeden ve buna müsait bir sistemde inşa edilmek şartı”, meri Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği md.61/12’de ise “mümkün mertebe sökülebilir malzemeden ve buna uygun bir sistemle inşa edilmesi esası” olarak ifade edilmiştir. Bu bağlamda muvakkat yapıların, geçerlilik süresi sonunda kaldırılacağından hareketle, “sökülüp takılabilir malzemeden” ve belirli ölçüleri aşmayacak şekilde yapılması söz konusu olmaktadır⁹⁷.

92 Bu konuda bkz. D14D. E. 2015/8499, K. 2018/5049, T. 04.07.2018, LİBB, ET. 01.04.2024; D6D. E. 2012/6998, K. 2013/3708, T. 28.05.2013, LİBB, ET. 01.04.2024; D6D. E. 2016/7809, K. 2020/2106, T. 18.02.2020, LİBB, ET. 01.04.2024; D6D. E. 2016/1010, K. 2019/4639, T. 21.05.2019, LİBB, ET. 01.04.2024; D14D. E. 2016/2883, K. 2018/5635, T. 24.09.2018, LİBB, ET. 01.04.2024; D14D. E. 2015/9242, K. 2018/1644, T. 19.03.2018, LİBB, ET. 01.04.2024; İstanbul BİM. 4. İDD. E. 2017/282, K. 2017/215, T. 06.04.2017, LİBB, ET. 01.04.2024.

93 Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği md.61/12: “Muvakkat yapıların mümkün mertebe sökülebilir malzemeden ve buna uygun bir sistemle inşa edilmesi esastır”.

94 Belirtmek gerekirse, imar hukuku açısından “yapı” ve burada kullanılan “bina” kavramları birbirinden farklıdır. Nitekim 3194 sayılı Kanun’da “yapı” kavramının tanımı dışında “bina” kavramı da tanımlanmıştır. 3194 sayılı Kanun md.5’e göre bina, “kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılardır”. Bu bağlamda her bina yapı olmakla beraber her yapı bina niteliğinde değildir. Ayanoğlu, s. 4; Melikşah Yasin, İmar Hukukunda İdarenin Yıkma Yetkisinin Kullanımının Usul ve Esasları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 77. Dikkat edilirse, 3194 sayılı Kanun md.33’te “muvakkat bina” değil ve fakat “muvakkat yapı” kavramından söz edilmektedir. Şüphesiz bu durum muvakkat yapıların bina olamayacağını göstermese de muvakkat yapıdan bahsedilebilmesi için, şayet olacaksa bu binanın belirli sistem ve ölçülerde yapılması gerekmektedir (Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği md.61/12-15).

95 Muhittin Abacıoğlu, Ali Abacıoğlu, Açıklamalı-İçtihatlı İmar Kanunu Mevzuatı ve Uygulaması, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 535; Yasin, s. 100.

96 RG. 02.11.1985-18916.

97 D6D. E. 2014/1469, K. 2016/692, T. 18.02.2016, LİBB, ET. 01.04.2024. Bu durum Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği md.61/16’da “muvakkat yapıların toplam yapı inşaat alanı 250 m²’den, kat adedi 2’den ve bina yüksekliği 7.50 metreden fazla olamaz” şeklinde ayrıca ifade edilmiştir.

Aksi halde, muvakkat yapının sökülüp takılabilen nitelikte olması gerekirken, betonarme nitelikte olması yahut naklinin mümkün olmaması halinde muvakkat yapı ruhsatı işleminin hukuka aykırı hale gelmesinden hareketle iptal edilmesi söz konusu olacaktır⁹⁸. Nitekim Danıştay'ın vermiş olduğu bir kararda kamunun ortak kullanımına bırakılan ve umumi hizmet alanı olarak nitelendirilen kıyı şeridindeki alanda yapılacak akaryakıt istasyonunun “*muvakkat yapı olarak nitelendirilerek ruhsat düzenlenmiş ise de sadece yer üstünde bulunan yapılardan oluşmadığı, yer altında depolarının bulunduğu göz önünde bulundurulduğunda imar mevzuatının öngördüğü şekilde sökülerek başka bir yere nakli kabil malzemedен inşa edilme şartını sağlamadığı*”⁹⁹ ifade edilmiş ve ruhsat verilmesi işlemi iptal edilmiştir. Başka bir kararında Danıştay, umumi hizmet alanlarına rastlayan yerde “*bodrum, zemin kat ve 1 normal kattan oluşan kagir tarzda inşa edilecek 327 m²'lik yapı için muvakkat inşaat ruhsatı verilmesi işleminin*” bu şekilde yapılacak yapının muvakkat yapı özelliklerini taşımayacağı gerekçesiyle hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir¹⁰⁰.

Belirtmek gerekirse, her ne kadar talebe bağlı bir idari işlem tesisi söz konusu olsa da ilgili kent mekanında “*geçici inşaat ruhsatı ile meydana gelen yapı yoğunluğu artışının mevcut durumda da yetersiz olan ulaşım sistemini daha da yetersiz hale getirmesi, altyapı alanlarını olumsuz etkilemesi, yapılacak yapıya cepheli tüm yapıların güneşlenme-havalanma olanaklarında kısıtlamaların oluşması*”¹⁰¹ gündeme gelecekse, muvakkat yapı ruhsatı verilmesi işlemi sebep unsuru bakımından hukuka aykırı olabilir. Keza, umumi hizmet alanına rastlayan yerde bulunan ve fakat “*yola cephesi olmayan bir parselde yapı yapma imkanı oluşturmak için muvakkat yapı izni verilmesi*” işlemi sebep yönünden hukuka aykırı olacaktır¹⁰². Bu noktada söz konusu talebe bağlı işlemin hukuka aykırılığının yargı kararında gerekçeli biçimde ortaya konulması gerekmektedir¹⁰³. Ayrıca, geçici nitelik taşımasına rağmen, kalıcı özellik gösterecek şekilde yapı ruhsatı verilmesi yahut hukuka aykırı bir yapıyı ayakta tutmak için geçici yapı ruhsatı verilmesi gibi haller bakımından da sebep unsuru

98 D6D. E. 2010/1790, K. 2014/1188, T. 19.02.2014, LİBB, ET. 01.04.2024; D6D. E. 2001/5754, K. 2002/5792, T. 10.12.2002, aktaran; Ergen, Kaçak Yapı, s. 415.

99 D6D. E. 2019/17165, K. 2020/1492, T. 12.02.2020, LİBB, ET. 01.04.2024.

100 D6D. E. 2007/5160, K. 2009/4955, T. 04.05.2009, LİBB, ET. 01.04.2024.

101 Samsun BİM. 2. İDD. E. 2019/1143, K. 2020/371, T. 05.06.2020, LİBB, ET. 01.04.2024.

102 D6D. E. 1967/489, K. 1970/1414, T. 28.05.1970, Danıştay Dergisi, Sayı 2, s. 230.

103 D6D. E. 2010/4856, K. 2014/2395, T. 27.03.2014, LİBB, ET. 01.04.2024. Ayrıca bkz. Zehreddin Aslan, “İdari Dava Türleri ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırı”, Ed. Zehreddin Aslan, *Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu (Vergi Yargılaması Dahil)*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 139.

yanında amaç unsuru bakımından hukuka aykırılık hali gündeme gelecektir.

3194 sayılı Kanun çerçevesinde yapılan uygulamaların yanında, istisnai biçimde 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu¹⁰⁴ (2863 sayılı Kanun) çerçevesinde de yetkili makamlardan izin alınmak suretiyle korunan alanlarda muvakkat yapı yapılması gündeme gelebilir. Örneğin, Danıştay kararına konu bir olayda, Amasya İli, Merzifon İlçesi'nde kentsel sit alanı içerisinde yer alan bir bölgede yapılması istenen muvakkat yapı hakkında, “*belediyece verilen inşaat izni şartlarının cephesi korunması gereken yapı ile uyuşup uyuşmadığının kurulca değerlendirilmesinin talep edildiği, Koruma Bölge Kurulu'nca da bu açıdan bir değerlendirme yapılarak anılan yerde muvakkat yapı yapılmasının uygun bulunmadığı*” sonucuna varılmıştır¹⁰⁵. 2863 sayılı Kanun bağlamında kentsel sit alanlarına yapılması istenen muvakkat yapıların, bu bağlamda taşıdığı fiziksel özellikleri açısından yöresel dokuya uygun özellikte olması ve bu konuda Koruma Kurulu tarafından değerlendirme yapılması icap etmektedir¹⁰⁶.

VII. Muvakkat Yapının Geçerlilik Süresinin Sona Erme Halleri ve Hukuki Sonuçları

Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği md.61/9 uyarınca yapı maliki, “*muvakkat yapıyı, süresi sonunda veya imar planı tatbik olunduğunda ilgili idaresince tebliğ edildiği tarihten bir ay içerisinde yıkacağı ve maksadının dışında kullanmayacağı, hiçbir hak talebinde bulunmayacağı hususlarını*” taahhüt ettiğinden¹⁰⁷; kural olarak usulüne uygun biçimde yapılacak tebliğ sonrasında “*süre sonu veya imar planı uygulamasına*” bağlı olarak yapının yıkılması/kaldırılması gerekmektedir. Söz konusu yıkım neticesinde idari makam tarafından yapı malikine herhangi bir tazminat bedeli ödenmeyecektir¹⁰⁸. Bu yıkım, yukarıda belirtilen Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği md.61/9'da belirtilen süre içinde yapı maliki tarafından gerçekleşmezse bu durumda ilgili Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği md.61/10 hükmüne göre¹⁰⁹ idari makam tarafından “*resen*

104 RG. 23.07.1983-18113.

105 D6D. E. 2011/7258, K. 2015/1963, T. 02.04.2015, LİBB, ET. 01.04.2024.

106 Bkz. D6D. E. 2019/16929, K. 2022/2174, T. 24.02.2022, LİBB, ET. 01.04.2024; D2D. E. 2000/584, K. 2001/1460, T. 30.05.2001, LİBB, ET. 01.04.2024.

107 Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği md.61/9: “*Yapı sahibince, muvakkat yapıyı, süresi sonunda veya imar planı tatbik olunduğunda ilgili idaresince tebliğ edildiği tarihten bir ay içerisinde yıkacağı ve maksadının dışında kullanmayacağı, hiçbir hak talebinde bulunmayacağı hususlarını içeren noter onaylı taahhütnamenin ilgili idaresine verilmeden muvakkat yapı izni düzenlenmez*”.

108 Artukmaç, s. 67.

109 Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği md.61/10: “*Yasal süresi içinde yapı sahibince yıkılıp kaldırılmayan muvakkat yapılar ilgili idaresince yıkılarak kaldırılır. Yıkım masrafı % 20 fazlasıyla yapı sahibinden tahsil edilir*”.

*icra usulüne bağli olarak*¹¹⁰ yıktırılacaktır. Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'ne göre, bu durumda süresinde yıkımı gerçekleştirmeyerek imar düzenine aykırı hareket eden yapı malikinden yıkım masrafları %20 fazlasıyla tahsil edilir¹¹¹.

Yerel ölçekte imar planlarının uygulanmasını sağlamak için hukuki birer araç olarak çeşitli yöntemler geliştirilerek, pozitif hukukta bu yöntemlere yer verilmiştir¹¹². Doktrinde ifade edildiği üzere, 3194 sayılı Kanun bağlamında yapılacak imar planı uygulamaları üç başlık altında toplanabilir¹¹³: (i). parse-lasyon, (ii). ifraz/tevhit, (iii). kamulaştırma. Bu uygulama biçimlerinden herhangisi birinin gerçekleştirilmesi, muvakkat yapının idari makamın iradesine bağli olarak¹¹⁴ geçerliliğinin sona ermesi nedeni olarak karşımıza çıkacaktır. Kamulaştırma uygulaması bakımından ise, taşınmazın gerçek karşılığı peşin olarak ödenecek miktarın belirlenmesi mevzuu önem arz etmektedir. Nitekim muvakkat yapının bulunduğu bir yerin kamulaştırmasında her halde on yıl geçtikten sonra yapıya tanınan geçerlilik süresi biteceğinden; on yılın sonunda kamulaştırma bedeli ödenmeyecektir¹¹⁵. Bununla birlikte, 3194 sayılı Kanun md.33/2 hükmüne göre tapu kaydına yapılan şerhten itibaren on yıllık süre içerisinde yapılacak kamulaştırmalarda (ve yıkımlarda), taşınmaz malikine gerçek karşılığının bedel olarak ödenmesi icap eder¹¹⁶.

Şüphesiz, bu durumda yapının kullanılabilceği üst sürenin de dikkate alınması gündeme gelebilir. Başka bir deyişle yapının on yıllık süre içerisinde takdir edilecek bedeli ödenmek suretiyle yıkılması ilgili idari makam açısından "*kamu hizmeti maliyetinin artırılmasına*" yol açılması şeklinde de değerlendirilebilir¹¹⁷. Başka bir ifadeyle, tapu kaydına yapılacak şerh tarihinden itiba-

110 Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 273. Ayrıca bkz. İl Han Özay, *İdari Yapıtlar*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1985, s. 122.

111 Mülga 6785 sayılı İmar Kanunu değişik 11. Maddesi çerçevesinde yıkma masraflarının %10 fazlasıyla tahsil edileceği ibaresi yer almasına karşın (Bkz. Artukmaç, s. 67), Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nde bu oran %20'ye çıkarılmıştır (Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği md.61/10). Bu yönüyle bahsi geçen uygulama kapsamında "*idari yapıtların*" varlığından söz edilecektir. Bkz. Özay, s. 111-112.

112 Halil Kalabalık, *İmar Hukuku Dersleri*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 261.

113 Kalabalık, s. 261.

114 Memiş, s. 297.

115 D6D. E. 2019/12094, K. 2021/5826, T. 20.04.2021, LİBB, ET. 01.04.2024.

116 "*Bu hükümlerden anlaşılacağına göre 10 yıl müddetle yapılan muvakkat yapının 10 yılın hitamında yıkılması halinde mal sahibine bir tazminat verilmeyecek, ancak 10 yılın hitamından evvel yıktırılması halinde mal sahibinin uğradığı zararın ödenmesi gerekecektir*". D6D. E. 1970/288, K. 1971/3444, T. 25.11.1971, *Danıştay Dergisi*, Sayı 6-7, s. 271. Ayrıca bkz. Yasin, s. 100.

117 Yarar, s. 48. Maliklerin spekülâtif artışları önlemek yanında Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'ne koşut olarak, bazı imar yönetmeliklerinde ikinci anlayışın benimsendiği açıkça görülmektedir. İstanbul İmar Yönetmeliği md.64/6: "*Muvakkat yapı izinleri en fazla 10 yıllık süre için verilir. Uygulama imar planının tatbik olunmaması durumunda bu süre, plan tatbik oluncaya ka-*

ren on yıl geçtikten sonra alanın bir proje/uygulamada kullanılması süreci aksatmayacaksa, bu sürenin tamamlanması gerektiği düşünülebilir. Şayet, bu alanın ve taşınmazın öngörülen azami on yıllık süre içerisinde kamulaştırılması (düzenleme ortaklık payı alınmaması ve benzeri nedenlerle) gereklilik arz ediyorsa, “*ihitiyaç durumu*” gerekçe gösterilmek suretiyle kamulaştırma yapılabilmesi mümkün olacaktır.

Nihayet muvakkat yapıların on yıllık süre dolduktan sonra halen kullanımının devam edip etmeyeceği bakımından değerlendirme yapılmalıdır. Muvakkat yapıların özelliği gereği belirli bir süreye kadar geçerli biçimde kalması söz konusuysa¹¹⁸ da imar planlarının uygulanmaması halinde on yıllık sürenin ne şekilde uygulama alanı bulacağı açıktır. Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nin “*Muvakkat Yapı*” başlıklı 61. maddesinde “*Uygulama imar planlarına göre tamamı veya bir kısmı umumi hizmetlere rastlayan yerler ile Kanunun 18 inci madde hükümleri tatbik olunmadan normal şartlarla yapı izni verilmeyen umumi hizmetlere ayrılan ve müracaat gününde 5 yıllık imar programına dâhil olmayan taşınmazlara, taşınmazın kamu eline geçişi sağlanıncaya kadar muvakkat yapı izni verilebilir (...) Muvakkat yapı izinleri en fazla 10 yıllık süre için verilir. Uygulama imar planının tatbik olunmaması durumunda bu süre, plan tatbik oluncaya kadar kendiliğinden uzar*” ifadesine yer verilmiştir. Dolayısıyla mevcut uygulama pratiği açısından imar planının on yıllık sürede uygulanmamasına bağlı olarak muvakkat yapının geçerlilik süresi uzayacaktır¹¹⁹.

Belirtmek gerekirse, Danıştay'ın da kararında yer verdiği üzere kural, “*yapılaşmaların geçici ruhsatla sürdürülmesinin İmar Kanununa aykırı olduğu, belediyelerin imar planlarının kabul edilmesinden sonra beş yıllık imar programlarını hazırlayarak imar programlarını hayata geçirmeleri gerektiği*”dir¹²⁰. Ancak, muvakkat yapıların geçerliliği bakımından idari makamların imar planlarını uygulamak için harekete geçmesi gerektiğinden; zamanında hareket edilmemesinin sonuçları, mülkiyet hakkını olumsuz etki-

dar kendiliğinden uzar” (Bkz. RG. 20.05.2018-30426). Gaziantep İmar Yönetmeliği md.63/6: “*Muvakkat yapı izinleri en fazla 10 yıllık süre için verilir. Uygulama imar planının tatbik olunmaması durumunda bu süre, plan tatbik oluncaya kadar kendiliğinden uzar*” (Bkz. RG. 01.11.2018-30582).

118 Muvakkatlık süresi sonrasında muvakkat yapı, kural olarak ruhsatsız konuma düşeceğinden; durumun yapı tatil tutanağıyla tespiti neticesinde imar yaptırımı uygulanması gündeme gelebilecektir. D14D. E. 2013/10684, K. 2015/2654, T. 07.04.2015, LİBB, ET. 01.04.2024. Şüphesiz bu ihtimalde ilgili alanın imar programı altına alınıp alınmadığı, uygulamanın ne şekilde yapıldığı, imara aykırı durumların neler olduğu gibi hususlar dikkate alınacaktır.

119 Ayrıca bkz. Erzurum BİM. 3. İDD. E. 2018/672, K. 2020/486, T. 28.10.2020, LİBB, ET. 01.04.2024; D6D. E. 2019/6206, K. 2019/9756, T. 22.10.2019, LİBB, ET. 01.04.2024.

120 D6D. E. 2015/5818, K. 2019/369, T. 04.02.2019, LİBB, ET. 01.04.2024.

leyecek şekilde muvakkat yapı maliklerinin üzerine bırakılamayacaktır¹²¹. Konyula ilgili olarak verilen bir başka kararda da bu hususa dikkat çekildikten sonra, “3194 sayılı İmar Kanunu’nun muvakkat inşaat ruhsatını düzenleyen 33. maddesinde geçici inşaat izninin bir defaya mahsus verileceğine, ayrıca mevcut ve gelecekteki yol güzergahları üzerinde olan yerlere muvakkat yapı ruhsatı verilmeyeceğine ilişkin kısıtlayıcı bir düzenlemeye yer verilmediği” ifade edilerek, muvakkat yapı için ruhsat yenileme başvurusunda bulunmanın mümkün olduğu belirtilmiştir¹²².

Sonuç

Arazi planlaması ve birel olarak yapıların imar düzenine uygunluğu açısından yapılan denetim, kişilerin yerleşim hürriyetleri ile mülkiyet hakları üzerinde sınırlayıcı etki üretmektedir. Bu kapsamda imar planlarının uygulanması neticesinde belirli alanlarda yapılaşma yasağı ortaya çıkabileceği gibi, ileride yapılacak uygulamalara bağlı olarak o yerde yapı yapılması işlevsiz kalabilir. Bu noktada ortaya çıkan yeni durumu kişiler lehine dengelemek maksadıyla muvakkat yapı kavramına yer verilerek, yerleşimin bu yapılar etrafında yapılabilmesi de mümkün hale getirilmiştir. Bu yapılar, yerleşim maksadıyla, ana yapıya eklenti ve ilave olarak yahut bir işletme açmak gibi maksatlarla yapılabilmektedir. Bunun yanında diğer yapılar bakımından 3194 sayılı Kanun çerçevesinde aranan yapı ruhsatı ve eklerine uygun biçimde yapıma ve kullanma yükümlülüğü muvakkat yapılar için de karşımıza çıkmaktadır. Ancak diğer yapılardan farklı olarak, imar programlarına ayrılan umumi hizmet alanlarına rastlayan yerlerde kişiler muvakkat yapı yapılması için yetkili idari makama talepte bulunabilmektedir. Geçicilik niteliği daha ön planda olan bu yapılar, kural olarak tapu kütüğüne yapılan şerh tarihinden itibaren on yıl içerisinde imar planlarının fiilen uygulanmasıyla ruhsatsız yapı konumuna geçmektedir.

Muvakkat yapıların geçicilik özelliğinden hareketle yapıldığı malzemenin ve bulunduğu bölgedeki koşulların önemi de artmaktadır. Öyle ki, kişiler o yerde belirli yüzölçümünü aşacak şekilde muvakkat yapı inşa etme yoluna gidemeyecektir. Bunun yanında belirli süre sonunda yıkılması öngörülen bu yapıların sökülüp takılabilen malzemelerden yapılması ve kaldırılmaya elverişli olması icap etmektedir. Dolayısıyla betonarme ve kagir nitelikte olmayan yapıların muvakkat yapı olarak imar programına alınmayan yerlerde kullanmaya elverişli bina olmaması halinde yapılabilmesi mümkündür. Muvakkat yapı yapılacak yerin, başvuru tarihinden sonra imar programına alınmasının ise, yapının muvakkatlık süresi üzerinde doğrudan etkisi bulunmamaktadır.

121 D6D. E. 2014/5252, K. 2019/1011, T. 27.02.2019, LİBB, ET. 01.04.2024.

122 D6D. E. 2015/4131, K. 2019/370, T. 04.02.2019, LİBB, ET. 01.04.2024.

Nihayet muvakkat yapıların geçerlilik süresi için öngörülen on yıllık süre tamamlanmasına rağmen, idari makamların zamanında harekete geçmemesine bağlı olarak imar planlarının tatbik edilmemesi ve sürenin uzaması gündeme gelebilir. Özellikle yargı kararlarında bu konu mülkiyet hakkıyla ilişkilendirilerek muvakkat yapı geçerlilik süresinin herhangi bir uygulama olmaksızın uzatılmaması hukuka aykırı biçimde nitelendirilmiştir. Gerek imar planlarının süresinde uygulanmaması gerekse yapılaşma yasağı bulunan yerlerde muvakkat yapıların yapılmasına izin verilmesi, imar düzeni bakımından öngörülen kuralların istisnasını teşkil edecektir. Bu durum, her ne kadar mülkiyet hakkıyla ilişkilendirilebilirse de imar planından umulan faydanın azalmasına yahut ileride uygulamanın yapılmasının zorlaşmasına sebebiyet verebilir. Kaldı ki, kişilerin bu yapıları yaparken geçicilik niteliğini bildiği ve sürenin tapu kütüğüne şerh tarihinden itibaren başladığı göz önüne alındığında; imar planının uygulanmasına bağlı biçimde yapılacak yıkımlar hukuka uygun olacaktır. Bu nedenle muvakkat yapıların yapılması imkanını geçicilik niteliğini göz önünde bulundurmak suretiyle değerlendirmek ve bu yapıların kalıcı nitelikte olacak şekilde uygulamalar yapılmasının engellenmesi gerektiği vurgulanmalıdır.

KAYNAKLAR

- Akıntürk, Turgut, *Eşya Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- Abacıoğlu, Muhittin; Abacıoğlu, Ali, *Açıklamalı-İçtihatlı İmar Kanunu Mevzuatı ve Uygulaması*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Akyılmaz, Bahtiyar; Sezginer, Murat; Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Artukmaç, Sadık, *Türk İmar Hukuku*, 4. Baskı, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1976.
- Aslan, Zehreddin, “İdari Dava Türleri ve İdari Yargı Yetkisinin Sınırı”, (Ed. Aslan, Zehreddin), *Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu (Vergi Yargılaması Dahil)*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, (ss. 55-141).
- Ayanoğlu, Taner, “Türk İmar Hukukunda Arsa ve Arazi Düzenlemesi ve Düzenleme Ortaklık Payına İlişkin Esaslar”, *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt 7, Sayı 81, 2009, s. 2813-2848.
- Ayanoğlu, Taner, *Yapı Hukukunun Genel Esasları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- Bilgen, Pertev, *İdare Hukuku Dersleri: İdare Hukukuna Giriş*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999.
- Bilgin, Gökhan, *İmar Kanunu Şerhi ve İmar Barışından Kaynaklanan Sorunların Değerlendirilmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Bilgin, Hüseyin; Sezer, Yasin, *Açıklamalı-İçtihatlı İmar Kanunu*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Bülbül, T. Erdinç; Türk, Ömer, *Belediyelerde Uygulanmalı İmar Hukuku*, Kiptaş, İstanbul, 2001.
- Çabri, Sezer, *İmar Kanunu Uyarınca Kamulaştırma*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005.
- Çakır, H. Melih, “Yapı Kayıt Belgesi”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 2, 2018, s. 15-92.
- Çatal, H. Hüseyin; Yeşilce, Yusuf, “Türkiye’deki Deprem Şartnamelerinin Tarihsel Süreci”, *İMO İzmir Şubesi Bülteni*, Sayı 134, 2007, s. 12-18.
- Çolak, N. İlker, *İmar Hukuku*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Duran, Lütfi, *İdare Hukuku Ders Notları*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.
- Eraslan, Yunus, “İmar Hukukunda Ruhsat Aranmayan Yapılar Yönünden Öngörülen İdari Yaptırımlar”, *Adalet Dergisi*, Sayı 69, 2022, s. 99-132.
- Eraslan, Yunus, “İmar Hukuku Yönünden Serahî Şehirleşme”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 14, Sayı 55, 2023, s. 1-22.
- Ergen, Cafer, *Danıştay İçtihatlarıyla İmar Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- Ergen, Cafer, *Kaçak Yapı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.
- Erkün, Safa, *Türk İmar Hukuku’nun Ana Çizgileri*, YEM Yayın, Ankara, 1999.
- Ersöz, A. Kürşat, “Bir İdari İşlem Olarak Yıkım Kararı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, Sayı 3, 2015, s. 103-149.
- Genç, Mustafa, *İmar Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- Gözler, Kemal, *İdare Hukuku Cilt-I*, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.
- Gözübüyük, A. Şeref; Tan, Turgut, *İdare Hukuku Cilt-I*, 14. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021.
- Güleç, E. Merve, *İmar Hukukunda Ruhsatsız Yapılar ve Ruhsatsız Yapılara Uygulanacak Olan İşlemler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

- İlgezdi, Ali Rıza; Batak, Gökhan, *Yapı Kullanma İzin Belgesi (İşkân Ruhsatı)*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Kalabalık, Halil, *İmar Hukuku Dersleri*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Kaman, Nur, “Kamu Malları”, (Ed. Yıldırım, Turan), *İdare Hukuku*, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 365-406.
- Karahanoğulları, Onur, *Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim)*, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- Karagözoğlu, Fevzi; Mumbuç, Mehmet İ., *Açıklamalı-İçtihatlı İmar Kanunu Uygulaması*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1978.
- Kasarcı, Hakkı, *Hukuki El Atma (3194 Sayılı Kanun’un 10. Maddesi Kapsamında İdarenin Mülkiyet Hakkına Hukuki Müdahalesi)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Koçak, Hüseyin; Beyaz, Metin, *3194 Sayılı Kanunun 18’inci Maddesi Gereğince İmar Uygulamaları*, 6. Baskı, Ankara, 2018.
- Köroğlu, Ömer, *İmar Hukukunda Yapı Kavramı ve Temel Yapı Belgeleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Memiş, Emin, *Genel İdare Hukuku*, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- Mengi, Ayşegül; Keleş, Ruşen, *İmar Hukukuna Giriş*, İmge Kitabevi, Ankara, 2003.
- Muratoğlu Tahir, *Teşkilat, Planlama ve Uygulama Boyutuyla İmar Hukuku*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Oğuzman, M. Kemal; Seliçi, Özer; Oktay-Özdemir, Saibe, *Eşya Hukuku*, 25. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023.
- Okay Tekinsoy, Özge, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- Öngören, Gürsel, *Yargı Kararları Işığında İmar Hukuku*, Öngören Hukuk, 2020, (https://ongoren.av.tr/wp-content/uploads/2020/08/imar_hukuku_kitabi-15.04.2020.pdf - et. 01.04.2024)
- Örücü, Esin, *Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı: Mülkiyet Hakkının Sınırlanması*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1976.
- Özay, İl Han, *İdari Yaptırımlar*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1985.
- Özay, İl Han, “İdari Kolluk-Adli Kolluk”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 71, Sayı 1, 2013, s. 947-962.
- Özdemir, H. Eyüp, “İdari İşlemin Geriye Yürümezliği İlkesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan, Özel Sayı, 2006, s. 1001-1010.
- Özdemir, Selman, “Mukayeseli Bir İnceleme: Yapı Denetiminde “İnşaata” Başlama ve Yapı Ruhsatında “Yapıya” Başlama”, *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 13, Sayı 25, 2023, s. 63-106.
- Özmen, E. Sabâ; Ürem, Müge, “İmar Planındaki Değişikliğin veya İptalin Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine Etkisi”, *Boğaziçi Law Review*, Vol 1, No 2, 2023, s. 177-205.
- Öztürk, Ali, “Kent Planlaması ve İmar Kararlarının Yargısal Denetimi”, *Şehircilik, Hukuk ve Yönetim İlişkileri 12. Dünya Şehircilik Günü Kolokyumu*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi ve Basın Yayın Yüksekokulu Basımevi, Ankara, 1990, s. 60-69.

- Rostron, Jack; Hardy-Pickering, Robert; Tatham, Laura; Wright, Linda, *Dictionary of Property and Construction Law*, Spon Press, London, 2002.
- Sancakdar, Oğuz, *İmar Hukuku Genel Esaslar*, Sorubankasi.net Yayınları, İzmir, 2020.
- Sarıca, Ragıp, *İdare Hukuku Ders Notları (Teksir)*, İstanbul, 1972.
- Savaş, Taner; Mandev, M. Barış, *Yapı Denetim Hukuku*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Şekerci, Ersin, "İmar Hukukunda Yapı İzni", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 1981, s. 173-203.
- Şengül, Mehmet, *Türk Medeni Hukukunda Toplu Yapılar ve Toplu Yapı Yönetimi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- Şimşek, Suat; Hazar, İlhami, *Açıklamalı-İçtihatlı ve Örnek Dilekçelerle İmar Davaları Rehberi*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Ulusoy, Ali D., *Türk İdare Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Yazar, Levent, *Şehir Planlarıyla Kamusal Alan Tahsisi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1995.
- Yasin, Melikşah, *İmar Hukukunda İdarenin Yıkma Yetkisinin Kullanımının Usul ve Esasları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- Yaşar, H. Nuri, *İmar Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008.
- Yayla, Yıldızhan, *Şehir Planlamasının Başlıca Hukukî Meseleleri ve İstanbul Örneği*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1975.
- Yıldırım, Turan; Fiş Üstün, Gül, *Açıklamalı-Nothü İdari Yargulama Usulü Kanunu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Yılmaz, Halil, *Yapı Denetimi ve Yapı Denetim Kuruluşları*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- Yılmaz, Mustafa, *İmar Yaptırımları ve Yargısal Korunma*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.
- Zevkililer, Aydın, *Taşınmaz Malikinin Yetkileri Açısından İmar Kurallarına Aykırı ve Zarar Verici İnşaat*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982.

Online Kaynaklar

- <https://www.lexpera.com.tr>
- <https://karararama.danistay.gov.tr>
- <https://iznik.bel.tr/sayfa/%C4%Bomar-ve-Sehircilik-Mudurlugu.html>
- <https://www.akcaabat.bel.tr/mudurluk-detay.aspx?id=5>
- <https://www.erzincan.bel.tr/mudurlukyazi/20>
- <https://www.bingol.bel.tr/tr/idare/mudurlukler/mustafa-guler>
- <https://www.cinarcik.bel.tr/yonetmelikler/gorev-yetki-ve-sorumluluklari-ile-calisma-usul-ve-esaslarina-dair-yonetmelik.pdf>
- <https://mezitli.bel.tr/wp-content/uploads/2020/07/İmar-ve-Sehircilik-Mudurlugu.pdf>

KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

Birleşik Krallık Anayasası'nın Kaynakları*

Sources of the United Kingdom Constitution

Kürşat AKÇA**

ÖZ


Yazılı anayasaların ortaya çıkışı anayasacılık hareketinin dönüm noktalarından birisidir. Yazılı anayasalarla devlet örgütlenmesi, temel hak ve hürriyetler ile devlet-birey ilişkisini düzenleyen kurallar yazılı bir metinde kodifiye edilmektedir. Anayasal kuralları belirli hale getiren ve bu kurallara erişebilirlikte kolaylık sağlayan yazılı anayasalar günümüzde oldukça yaygındır. Öyle ki birkaç ülke dışında yazılı anayasası olmayan ülke bulunmamaktadır. Avantajlarına ve yaygınlığına rağmen yazılı anayasası olmayan yani anayasal kuralların tek bir metinde kodifiye edilmediği ülkeler de bulunmaktadır. Bunun tipik örneklerinden biri ise Birleşik Krallık Anayasası'dır. Birleşik Krallık'ta anayasal kurallar tek bir yazılı metinde kodifiye edilmemiştir. Bunun yerine yazılı ve yazısız farklı anayasal kaynaklar bulunmaktadır. Yazılı kaynakların başında anayasal nitelikteki kanunlar gelirken, yazısız kaynaklar arasında mahkeme içtihatları, kraliyet ayrıcalıkları ve anayasal konvansiyonlar bulunmaktadır. Bu kaynakların tümü Birleşik Krallık Anayasası'nı oluşturmaktadır. Söz konusu kaynakların içeriği ve sınırları kesin değildir. Mahkeme kararları ve doktrin bu aşamada belirleyici olmaktadır. Bu özellikleriyle Birleşik Krallık Anayasası, kendine özgü bir nitelik arz etmektedir. Çalışmada Birleşik Krallık Anayasası'nı anayasa olarak kabul edilmesine sebep olan kaynaklar inceleme konusu yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Birleşik Krallık, yazısız anayasa, common law, kraliyet ayrıcalıkları, konvansiyonlar.

ABSTRACT

The emergence of written constitutions is one of the turning points of the constitutionalism movement. Written constitutions codify the rules governing state organisation, fundamental rights and freedoms and state-individual relations in a written text. Written constitutions, which codify constitutional rules and facilitate accessibility to these rules, are quite common today. So much so that, except for a few countries, there is no country without a written constitution. Despite its advantages and prevalence, there are also countries without a written constitution,

* Makale gönderim tarihi: 8 Temmuz 2024 Makale kabul tarihi: 8 Ağustos 2024. Kürşat Akça, "Birleşik Krallık Anayasası'nın Kaynakları", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 2, 2024, s. 61-87, DOI: <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2024.11.2.5>.

** Dr. Öğr. Üyesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, kursat.akca@inonu.edu.tr,  0000-0001-7439-9438

Çatışma Beyanı: Yazar/lar herhangi bir çatışma beyanı bildirmemiştir.

i.e. countries where constitutional rules are not codified in a single text. A typical example of this is the Constitution of the United Kingdom. In the United Kingdom, constitutional rules are not codified in a single written text. Instead, there are different written and unwritten constitutional sources. While the most important written sources are laws of a constitutional nature, unwritten sources include court common law, royal prerogatives and constitutional conventions. All of these sources constitute the Constitution of the United Kingdom. The content and boundaries of these sources are not definite. Court decisions and doctrine are decisive at this stage. With these features, the Constitution of the United Kingdom has a unique characteristic. In this study, the sources that cause the Constitution of the United Kingdom to be accepted as a constitution are analysed.

Keywords: United Kingdom, unwritten constitution, common law, royal prerogative, conventions.

Giriş

Tarihi süreç içerisinde sürekli değişim ve gelişim geçiren anayasacılık hareketleri yazılı anayasalarla birlikte önemli bir merhaleye ulaşmıştır. Öyle ki yazılı anayasalar günümüzde modern devlet anlayışıyla birlikte ayrılmaz bir birliktelik oluşturmuştur. Gerçekten de günümüzde üç ülke (İsrail, Yeni Zelanda ve Birleşik Krallık) dışında yazılı anayasası olmayan ülke bulunmamaktadır¹. Yazılı anayasalar, anayasal nitelikteki kuralları yani bireyin temel hak ve hürriyetleri ile devlet teşkilatlanması ve işleyişine ilişkin kuralları yazılı bir metinde düzenleyen anayasalardır. Yazılı anayasalar tek bir metinde toplandığından yani kodifiye edildiğinden bunlara kodifiye edilmiş anayasalar da denilebilir. Anayasacılık hareketinin dönüm noktası olan yazılı anayasaların şüphesiz en büyük özelliği hem devlet hem de birey açısından anayasal kurallara kolay erişebilirlik ve bu kurallar açısından hukuki belirlilik sağlamasıdır. Yazılı anayasanın olduğu bir ülkede devleti oluşturan tüm sujeler hak, yetki, görev ve sınırlarını net bir şekilde bilirler.

Yazılı anayasaların mezkur yaygınlığına ve avantajlarına rağmen yazılı anayasalara sahip olmayan ülkeler de bulunmaktadır. Bu ülkelerden biri de çalışmamızın konusunu teşkil eden Birleşik Krallık'tır. Gerçekten de Birleşik Krallık'ta örneğin Federal Almanya, Amerika Birleşik Devletleri veya Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları'nda olduğu gibi yazılı bir anayasa, kodifiye edilmiş bütün bir metin bulunmamaktadır². Her ne kadar tarihi süreç içerisinde bir-

1 John McGarry, *Constitutional and Administrative Laws*, Routledge, 2014, s. 12.

2 Anthony Bradley, Keith Ewing, Christopher Knight, *Constitutional and Administrative Law*, Sixteenth Edition, Pearson, 2015, s. 3; Edward Wawel Ridges (Terc. Mukbil Özyörük), "İngiliz Anayasa Hukuku", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 3-4, 1951, s. 185.

takım hukuki ve siyasi belgeler ısdar edilmiş olsa da bunlar Birleşik Krallık'ta tek bir metinden müteşekkil anayasa formuna dönüşmemiştir. Daha çok kanunlar, teamüli bir takım kurallar ve mahkeme içtihatları gibi yazılı ve yazısız kaynaklar devlet ve temel haklara ilişkin hususları belirlemiştir. Bu sebeple dünya genelinde oldukça yaygın olan ve anayasacılık hareketinin dönüm noktalarından biri olarak kabul edilen yazılı (kodifiye edilmiş) anayasaya Birleşik Krallık'ta rastlamak mümkün değildir.

Çalışmada kodifiye edilmemiş anayasacılığın tipik örneği olan Birleşik Krallık Anayasası ve bu anayasanın dağıntık olarak bulunan yazılı ve yazısız kaynakları inceleme konusu yapılmıştır. Ancak onun öncesinde Birleşik Krallık Anayasası'nın temel özelliklerine yer verilmiştir.

I. Birleşik Krallık Anayasası'nın Temel Özellikleri

Günümüzde Birleşik Krallık, uluslararası hukukta çok da alışılmadık bir şekilde İngiltere, İskoçya, Galler ve Kuzey İrlanda'dan müteşekkil üniter bir devlettir. Söz konusu bu dört ülke Birleşik Krallığın yasal ve politik merkezi Westminster Parlamentosu tarafından yönetilmektedir. Ancak 1998 yılında çıkarılan Scotland Act yasasıyla İskoçya'ya, Wales Act yasasıyla Galler'e ve Northern Ireland Act yasasıyla Kuzey İrlanda'ya ulusal yönetime ilişkin önemli görev ve yetkiler tevdi edilmiştir. Ancak tevdi edilen bu yetki ve görevlere rağmen merkezi parlamentonun üstünlüğü devam etmektedir. Bu üstünlük anayasal kurallar açısından da geçerlidir. Ülkede krallığı oluşturan ülkelerin münferit anayasaları bulunmamaktadır. Dolayısıyla anayasal kurallar dört ülkede de geçerlidir. Bu sebeple çalışmada kullanılan Birleşik Krallık Anayasası terimi ile İngiltere, İskoçya, Galler ve Kuzey İrlanda'da geçerli olan anayasal kurallar ifade edilmektedir³.

Birleşik Krallık'ta da devletin teşkilatlanmasını, devlet organlarını ve bunların birbiriyle ilişkilerini düzenleyen; temel hak ve hürriyetleri güvence altına alan anayasal kurallar mevcuttur. Ancak Birleşik Krallık'ta anayasal kurallar tek bir anayasa metninde yazılı olarak kodifiye edilmemiştir. Bu sebeple doktrinde Birleşik Krallık'ta bir anayasanın olup olmadığı tartışması yapılmış hatta bazı yazarlar Birleşik Krallık'ta bir anayasanın olmadığını savunmuşlardır⁴. Belirtmek

3 Mark Ryan, Steve Foster, *Unlocking Constitutional and Administrative Laws*, 5th Edition, Routledge, 2023, s. 23-24; Ayrıca bkz., Alex Carroll, *Constitutional and Administrative Law*, Tenth Edition, Pearson, 2021, s. 13-14.

4 Bu konuda önde gelen yazarlardan birisi ünlü İngiliz siyaset bilimci Ridley'dir. Yazar konuya ilişkin çalışmasında Birleşik Krallık'ta bir hükümet sistemi kuran, kurduğu düzenin üzerinde olan, diğer kanunlar üstün nitelikte ve yerleşik olan bir anayasa olmadığını savunmuştur. Çalışma için bkz., Frederick Fernand Ridley, "There is No British Constitution: A Dangerous Case Of The Emperor's Clothes", *Parliamentary Affairs*, Volume 41, Issue 3, July 1988, ss. 340-361; Türk Anayasa Hukuku doktrininde de Birleşik Krallık'ta bir anayasa olmadığını sa-

gerekir ki Birleşik Krallık'ta anayasal nitelikte muhtelif kanunlar, mahkeme içti-hatları ve teamüller bulunmakta olup tüm bunlar kümülatif olarak kodifiye edilmiş bir anayasanın misyonunu üstlenmektedir⁵. Dolayısıyla Birleşik Krallık'ta Anayasa ismiyle kodifiye edilmiş, herkesin erişebileceği bir metin bulunmasa da bu durum Birleşik Krallık'ın anayasası olmadığını anlamına gelmemektedir. Anayasa metni yerine geçecek tüm dağınık kurallar birlikte düşünüldüğünde Birleşik Krallık'ta bir anayasa olduğunu kabul etmek gerekir⁶. Gerçekten de kuvvetler ayrılığının ve Parlatentonun doğduğu; krallığın, kabinenin ve parlatentounun yüzyıllarca uyum içinde çalıştığı ve temel hakların güvence altında olduğu bir ülkede anayasanın olmadığını savunmak kabul edilebilir bir yaklaşım değildir⁷. Sonuç olarak Birleşik Krallık'ta belki kodifiye edilmiş bir anayasa yok ancak fonksiyonel (geniş, maddi)⁸ anlamda bir anayasa yer almaktadır⁹.

vanan yazarlar vardır. Bu yönde bkz., Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt I*, Ekin Yayınevi, 2. Baskı, Mart 2020, s. 124.

- 5 Chris Taylor, *Constitutional and Administrative Law*, 5th Edition, Pearson, 2021, s. 7; Ridges, s. 186.
- 6 Birleşik Krallık'ta bir anayasanın olduğunu açıklamak üzere doktrinde dar anlamda anayasa ve geniş anlamda anayasa sınıflandırması da yapılmaktadır. Dar anlamda anayasa; anayasal kuralların tek bir metinde düzenlendiği anayasa biçimini ifade ederken; geniş anlamda anayasa ise anayasal kuralların tek bir metinde toplanmadığı anayasa biçimini ifade etmektedir. Buna göre Birleşik Krallık Anayasası geniş anlamda anayasayı ifade etmektedir. Bu yönde bkz., Bradley, Ewing, Knight, s. 3-4; Benzer yönde bkz., Joanne Sellick, *Key Facts - Constitutional and Administrative Law*, 4th Edition, Hodder Education, 2010, s. 2; McGarry, s. 10 vd.
- 7 Birleşik Krallık doktrinde Krallığın bir anayasası olduğunu ispatlamaya yönelik birtakım emareler (indikatörler) sıralanmaktadır:
 - Birleşik Krallığın Anayasası olmasa hükümet, başbakan, parlamento gibi devlet aygıtlarının varlığı söz konusu olmazdı. Dolayısıyla bunların varlığını düzenleyen kurallar anayasal kurallar söz konusudur.
 - Birleşik Krallık'ta davalarda ve çıkarılan kanunlarda sıklıkla anayasaya atıfta bulunulmaktadır. Örneğin; 2005 yılında Anayasal Reform Yasası (Constitutional Reform Act 2005) çıkarılmıştır.
 - Hukuk Fakültelerinde Birleşik Krallığın Anayasası'na ilişkin dersler okutulmakta ve Anayasa Hukuku kitapları neşredilmektedir.
 - Brexit kararı gibi tarihi süreç içerisinde birçok siyasi mesele hukukçu ve siyasiler tarafından anayasal kriz olarak adlandırılmaktadır.
 - Devlet bünyesinde anayasal konularda faaliyet gösteren bir takım komite ve kurumlar oluşturulmaktadır. Örneğin; 2007 yılına kadar devlet bünyesinde Anayasal İşler Departmanı (Department for Constitutional Affairs) faaliyet göstermiştir.
 Birleşik Krallık'ta bir anayasanın olduğuna dair bu ve benzeri emareler (indikatörler) için bkz., Ryan, Foster, s. 24-25.
- 8 Türk Anayasa Hukuku doktrinde bu tür anayasalar için geniş (maddi) anayasa tabiri de kullanılabilir. ANAYURT geniş (maddi) anlamda anayasayı "kamu otoritelerinin kuruluşu, işleyişi, organları ve aralarındaki ilişkilerle bireylerin hak ve özgürlüklerini düzenleyen, diğer kurallardan hukuken değilse de sosyolojik olarak az-çok üstünlüğü bulunan, yazılı ve yazılı olmayan kurallar kümesi" olarak tanımlamaktadır. Bkz., Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 120-121.
- 9 Sellick, s. 2; Carroll, s. 4.

Birleşik Krallık Anayasası'nın yazılı tek bir metinden oluşmaması onun doktrinde yazısız anayasa olarak nitelendirilmesine yol açmıştır¹⁰. Kanaatimizce bu tanımlama çok isabetli değildir. Zira yukarıda ifade edildiği ve aşağıda detaylı olarak incelendiği üzere Birleşik Krallık Anayasası sadece teamül ve uygulamalardan değil aynı zamanda her geçen gün sayısı artan kanunlardan ve yazılı kurallardan da oluşmaktadır¹¹. Bu sebeple Birleşik Krallık Anayasası'nın yazısız değil kodifiye edilmemiş bir anayasa olarak nitelendirilmesinin daha isabetli olduğunu tekrardan vurgulamak gerekir¹². Birleşik Krallık'ta neden kodifiye edilmiş bir anayasanın olmadığı sorusuna net bir cevap verebilmek mümkün değildir. Ancak belirtmek gerekir ki tarihi süreç içerisinde tek bir metinde toplanmış yazılı anayasalar ciddi bir takım siyasi kırılmalar, olaylar, savaşlar, istilalar veya bağımsızlık mücadeleleri sonucu ortaya çıkmış metinlerdir¹³. Birleşik Krallık'ta tarihi süreç içerisinde mezkûr kırılma ve mücadelelerin yaşanmadığı veya ortaya çıkan siyasi olayların kodifiye edilmiş bir anayasayı gerektirmediği kabul edilmektedir¹⁴. Gerçekten de Birleşik Krallık'ta geçmişte ortaya çıkan ve önemli olarak addedilebilecek siyasi olaylar daha çok kanunlarla düzenleme altına alınmış veya bir sonuca bağlanmıştır¹⁵.

Birleşik Krallık Anayasası kodifiye edilmiş bir metinden müteşekkil olmadığından diğer kanun ve hukuk normlarından daha ağır prosedürlere sahip bir katı anayasa da söz konusu değildir. Zira Birleşik Krallık Anayasası'nı oluşturan başta kanunlar olmak üzere, içtihatlar ve teamüller sonradan herhangi bir farklı usul ve şekle tabi olmadan değiştirilebilmektedir¹⁶. Aşağıda aktarıldığı üzere Birleşik Krallık uygulaması ve doktrininde kanunlara anayasal kanun ismi verilse de bu sadece niteleme amaçlı olup bu kanunların diğer kanun-

10 Ryan, Foster, s. 29; Carroll, s. 16-17.

11 Aynı yönde bkz., Taylor, s. 17; Colin Turpin, Adam Tomkins, *British Government and the Constitution*, Sixth Edition, Cambridge University Press, 2007, s. 139.

12 Benzer bir yaklaşım için bkz., Ryan, Foster, s. 16.

13 Ryan, Foster, s. 14, 28; McGarry, s. 11; Jamie Grace, *Key Facts Key Cases: Constitutional & Administrative Law*, Routledge, 2016, s. 3; Örneğin; Fransa Anayasası Fransız devriminin, Federal Almanya Anayasası ise II. Dünya Savaşı sonrasında ihdas edilen anayasalardır. Yine sömürgelelikten kurtulup bağımsızlığına kavuşan Hindistan ile birlik içerisinde ayrı birer bağımsız devlete dönüşen Yugoslavya üyesi devletler de yeni anayasalar ihdas etmişlerdir. Sellick, s. 3.

14 Ryan, Foster, s. 28; McGarry, s. 12; Grace, s. 3.

15 Bu siyasi olaylara örnek olarak 1688 Devrimi, 1910 Lordlar Kamarası krizi, 1936 yılında kralın tahttan çekilmesi hadisesi ve 1973 yılında Birleşik Krallık'ın Avrupa Ekonomik Topluluğu'na girişi örnek gösterilebilir. Tüm bu siyasi meseleler Birleşik Krallık'ta yeni bir anayasa ihtiyacını doğurmamıştır. Tüm bu olaylar sırasıyla Bill of Rights 1688/9; Parliament Act 1911; Abdication Act 1936 ve European Communities Act 1972 adlı yasalarla düzenleme altına alınmıştır. Bu yönde bkz., Sellick, s. 4.

16 Ryan, Foster, s. 16.

lardan ihdas ediliş, değiştiriliş veya kaldırılış yönünden herhangi bir farkı bulunmamaktadır. Anayasal olarak nitelendirilen kanunlarla ile diğer kanunlar arasında ihdas ediliş noktasında herhangi bir farklılık olmamasına rağmen *Thoburn v Sunderland City Council* davasında hakim Laws, anayasal kanunlarla olağan kanunların ilga edilebilmeleri noktasında birbirinden ayrıldığını savunmuştur. Hakim Laws, olağan kanunların zımni olarak sonradan çıkarılacak bir kanunla ilga edilebileceğini kabul ederken; anayasal kanunların ancak tereddüte mahal bırakmayacak açık ifadelerle ilga edilebileceğini savunmuştur¹⁷. Doktrinde kimi yazarlar Hakim Laws'un bu yaklaşımıyla anayasal kanunların yarı katı¹⁸ veya az derecede katı¹⁹ bir niteliğe dönüştüğünü savunmuştur. Kanaatimizce bu ileri ve abartı bir yaklaşımdır. Anayasal kanunların ilgalarında mülga eden kanunun açık bir ifadeyle ilga etmek zorunda olması anayasal kanunlara herhangi bir üstünlük vermez. Zira açıkça (sarih) ilganın ne demek olduğu yani sınırları net değildir. Diğer taraftan parlamento özen göstererek olağan kanunları da açık kanunlarla ilga edebilir. Bu sebeple hakim Laws'un yaklaşımı belki anayasal kanunlara verilen önemi gösterir ancak onları katı bir anayasal kural haline getirmez. Tüm bu açıklamalar ışığında Birleşik Krallık Anayasası'nın esnek bir anayasa olduğunu kabul etmek gerekir²⁰.

II. Birleşik Krallık Anayasası'nın Kaynakları

Birleşik Krallık Anayasası kodifiye edilmediğinden bu düzende anayasanın kaynağını teşkil eden anayasal kurallar yazılı ve yazısız olarak dağınık şekildedir. Anayasanın bu dağınık kaynakları, doktrinde muhtelif sınıflandırmalarla ele alınmaktadır²¹. Ancak çalışmada bu sınıflandırmalara girmeden Birleşik Krallık'ın anayasasının kaynakları şu şekilde sıralanmıştır:

- Anayasal Kanunlar (Constitutional Statutes)
- Mahkeme İçtihatları

17 Hakim Laws'un yaklaşımı için bkz., *Thoburn v Sunderland City Council* England and Wales High Court (Administrative Court) Feb 18, 2002, p. 63, <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff76f60d03e7f57eac6d5>, Erişim Tarihi: 10.11.2023.

18 Sellick, s. 13; Grace, s. 12.

19 McGarry, s. 16.

20 Bradley, Ewing, Knight, s. 7; Ryan, Foster, s. 16, 31; Sellick, s. 2, 4; McGarry, s. 14; Grace, s. 4; Ridges, s. 187.

21 Anayasanın kaynaklarını genel (ordinary) ve özel (special) kaynaklar olarak ayıran yazarlar bulunmaktadır. Bu sınıflandırmada genel kaynaklar diğer hukuk dallarının yanı sıra anayasa hukukunun da kaynağı olan kaynakları ifade etmektedir. Özel kaynaklar ise sadece anayasaya özgü kaynakları ifade etmektedir. Genel kaynaklara örnek olarak yasalar zikredilecekken; özel kaynaklara örnek olarak anayasal konvansiyonlar zikredilebilir. Bu yöndeki sınıflandırma için bkz., Taylor, s. 31 vd.; Anayasanın kaynaklarını legal ve legal olmayan kaynaklar olarak sınıflandırarak inceleyen yazarlarda bulunmaktadır. için bkz., Sellick, s. 11 vd; Grace, s. 10-23.

- Kraliyet Ayrıcalıkları (The Royal Prerogative)
- Anayasal Konvansiyonlar
- Diğer Kaynaklar

Çalışmanın bundan sonraki kısmında bu kaynaklar tek tek inceleme konusu yapılmıştır.

A. Anayasal Kanunlar (Constitutional Statutes)

Kanunlar (statute, act), şüphesiz bir devletin en temel hukuk normlarıdır. Bu kanunlarla devlet ve bireye dair birçok ilişki düzenleme altına alınır. Birleşik Krallık'ta da her ülkede olduğu gibi hukukun her alanına dair çıkarılmış birçok kanun bulunmaktadır²². Bu kanunlar arasında devletin temel teşkilatını ve temel hak ve hürriyetleri yani doğrudan anayasal konuları düzenleyen kanunlara da rastlanmaktadır. Birleşik Krallık doktrininde ve yargı kararlarında devlet teşkilatını, devlet-birey ilişkilerini düzenleyen ya da temel hak ve hürriyetleri ihtiva eden bu tür kanunlar anayasal kanun (constitutional statutes) olarak ele alınmakta ve diğer olağan kanunlardan (ordinary statutes) ayrılmaktadır²³. Anayasal kanun – olağan kanun ayrımı ilk defa *Thoburn v Sunderland City Council* davasında ortaya konulmuştur. Davanın hakimi John Laws, anayasal kanunlarla olağan kanunların ayrımı noktasında şu görüşü ileri sürmüştür: “Kanaatime göre anayasal kanunlar a) vatandaş ile devlet arasındaki ilişkiyi genel ve kapsamlı bir şekilde düzenleyen ya da (b) bugün temel anayasal haklar olarak kabul edilen hakları genişleten ya da daraltan anayasalardır.”²⁴. Bu yaklaşım daha sonra doktrin tarafından da benimsenmiştir. Söz konusu kararda anayasal ve diğer kanunları ayırma noktasında ileri sürülen ölçüt subjektif değerlendirmelere açık olup kesin bir sonuç ortaya koymamaktadır. Diğer taraftan günümüzde Birleşik Krallık'ta yürürlükte olan yüzlerce kanunun içeriği bir bütün olarak değerlendirip ele almak ve bunların anayasal olup olmadığını tespit etmek oldukça güç bir iştir. Nitekim bu güçlük sebebiyle Birleşik Krallık'ta anayasal kanunların sıralı tam listesi ortaya konulamamaktadır. Buna karşın hem doktrinde hem de yargı kararlarında ittifakla kabul edilen bir takım anayasal kanunlar bulunmaktadır. Bunlar şu şekilde sıralanabilir²⁵:

22 Birleşik Krallık'ta mahkemeler 1689 Bill of Rights'tan günümüze kanunları hukukun en önemli kaynaklarından biri olarak kabul etmektedir. Bkz., Peter Leyland, *The Constitution of The United Kingdom: A Contextual Analysis*, Fourth Edition, Hart Publishing, Great Britain, 2021, s. 29.

23 Sellick, s. 13; Taylor, s. 18; Leyland, s. 29.

24 Karar için bkz., *Thoburn v Sunderland City Council* England and Wales High Court (Administrative Court) Feb 18, 2002, p. 62, <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff76f60d03e7f57eac6d5>, Erişim Tarihi: 10.11.2023.

25 Bradley, Ewing, Knight, s. 12 vd.; Ryan, Foster, s. 47-50; Taylor, s. 18-19; Sellick, s. 12-13; Carroll, s. 107-108; Grace, s. 10-11.

- *1215 Magna Charta*²⁶: Krallıkla yapılan anlaşma ile birey hakları, kilise özgürlüğü, adil vergilendirme, keyfi cezalandırma yasağı ve jüri önünde yargılama gibi ilkeler teminat altına alınmıştır. Bu belge krallığın mutlak yetkilerinin sınırlandırılmasında önemli bir kilometre taşı olmuştur.

- *1707 İskoçya ile Birlik Yasası (Act of Union with Scotland 1707)*: Bu yasayla birlikte İngiltere ve İskoçya Parlamentoları tek bir parlamento çatısı altında birleşmiştir. Her iki ülkenin yasama fonksiyonu Londra merkezli Westminster Parlamentosu'nda icra edilmeye başlanmıştır.

- *1689 Haklar Bildirgesi (Bill of Rights 1689)*: Bu bildirme Birleşik Krallığın anayasal tarihinde önemli bir yer tutmaktadır. Bu haklar bildirgesiyle birlikte artık Birleşik Krallık'ta yasama organı krallıktan parlamentoya devredilmiştir. Yine krallığın birçok önemli yetkisi sınırlandırılmış ve bir dizi temel hak teminat altına alınmıştır. Günümüzde dahi birçok hükmü yürürlükte olan bu bildirme Birleşik Krallık Anayasası'nın özellikle temel haklar kısmı açısından oldukça önemlidir. Söz konusu bildirmede teminat altına alınan bazı hak ve ilkeler şunlardır²⁷:

- Krallığın parlamentonun onayı olmadan yasaları askıya alamayacağı,
- Krallığa dilekçe vermenin tebaanın temel hakkı olduğu ve bu dilekçeler için soruşturma başlatılamayacağı,
- Parlamento seçimlerinin serbest olacağı,
- Parlamentodaki konuşma ve ifadeler için soruşturma başlatılamayacağı,
- Adil para ve hapis cezaları verileceği.

- *1911 ve 1949 Parlamento Yasaları (Parliament Acts 1911 and 1949)*²⁸: Bu yasalarla birlikte Lordlar Kamarası'nın Avam Kamarası tarafından kabul edilen yasaları veto etme yetkisi kaldırılmış Lordlar Kamarası'na sadece yasaları belli bir süre geciktirme yetkisi verilmiştir.

- *1936 Majestelerinin Feragat Beyanı Yasası (His Majesty's Declaration of Abdication Act 1936)*: Bu yasayla birlikte Kral 8. Edward'ın ABD'li Wallis Simpson'la evlenebilmek için tahttan feragat etmesine onay verilmiştir.

- *1998 İnsan Hakları Yasası (Human Rights Act 1998)*: Bu yasayla ülkenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne entegrasyonu öngörülmüş ve devlete sözleşmede öngörülen yükümlülükleri yerine getirme ödevi verilmiştir.

- *1999 Lordlar Kamarası Yasası (House of Lords Act 1999)*: Bu yasayla

26 Magna Charta'nın önemli hükümleri için bkz., Ridges, s. 189-191.

27 1689 Haklar Bildirgesi (Bill of Rights 1689) İngilizce metni erişim için bkz., <https://www.legislation.gov.uk/aep/WillandMarSess2/1/2/introduction>, Erişim Tarihi: 04.07.2024.

28 Bu kanunlar hakkında detaylı bilgi için bkz., Yahya Berkol Gülgeç, *Normlar Hiyerarşisi*, XII Levha Yayınları, 3. Baskı, 2022, s. 433-439.

Lordlar Kamarası'nda irsi olarak bulunma hakkına sahip olan soyluların birçoğunun oy kullanma hakkı ellerinden alınmıştır.

- *2005 Anayasal Reform Yasası (Constitutional Reform Act 2005)*: Bu yasayla kabinenin bir üyesi olan adalet bakanının rolünde önemli değişiklikler yapılmıştır. Diğer taraftan ülkede en üstün yargılama merci olan Lordlar Kamarası'nın bu yetkisi kaldırılmış ve bir yüksek mahkeme kurulmuştur. Dolayısıyla bu yasa ülkede anayasa hareketleri açısından önemli bir düzenlemedir.

- *2011 Belirli Tarihli Parlamentolar Yasası (Fixed-term Parliaments Act 2011)*: Bu yasayla birlikte Başbakanın takdirinde olan parlamento seçim takvimini belirleme yetkisi kaldırılarak seçimler için belirli bir tarih öngörülmüştür.

- *2016 Soruşturma Yetkileri Yasası (The Investigatory Powers Act 2016)*: İletişim verilerinin elde edilmesini ve saklanması da içerecek şekilde bireyler üzerindeki devlet gözetimini arttıran yetkiler kabul edilmiştir.

Örnek olarak aktarılan bu kanunlar, Birleşik Krallık'ta anayasanın temel kaynakları arasında gösterilmekte diğer bir ifadeyle anayasanın bir parçası olarak kabul edilmektedir. Ancak Birleşik Krallık'ta anayasanın kaynağını teşkil edecek kanunlar bunlarla sınırlı değildir. Yukarıda da ifade edildiği üzere her bir kanunun anayasal içeriğinin incelenip bir anayasal kanun listesi oluşturabilmesi oldukça güç olduğundan kesin ve resmi bir anayasal kanunlar listesi bulunmamaktadır. Somut olaya göre yargı içtihatları ve doktrinin kanunlar üzerindeki değerlendirmeleri kanunların anayasal olup olmadığı noktasında belirleyici olmaktadır. Dolayısıyla anayasal kanunların Birleşik Krallık Anayasası'nın bir kaynağı olarak bir sınırı olmadığını ve belirsizliği bünyesinde taşıdığını ifade etmek gerekir.

Son olarak yukarıda Birleşik Krallık Anayasası'nın özellikleri aktarılrken vurgulandığı üzere Anayasal kanunlar diğer kanunlardan farklı şekil ve usul kurallarına tabii değildir. Her ne kadar *Thoburn v Sunderland City Council* davasında hakim Laws, anayasal kanunlarla olağan kanunların ilga edilebilmeleri noktasında birbirinden ayrıldığını, olağan kanunların zimni olarak sonradan çıkarılacak bir kanunla ilga edilebileceğini kabul ederken; anayasal kanunların ancak açık bir kanunla ilga edilebileceğini ifade etmiş olsa da bu yaklaşımın kanaatimizce isabetli olmadığı yukarıda ifade edilmişti. Tekrara girmeden belirtmek gerekir ki günümüzde Birleşik Krallık Anayasası'nın bir kaynağı olarak anayasal kanunlar ihdas, değiştiriliş ve ilgaları yönünden diğer kanunlardan ayrılmamaktadır.

B. Mahkeme İçtihatları

Birleşik Krallık Anayasasının bir diğer kaynağı, yargı içtihatlarıdır. Yazılı bir anayasası olmayan Birleşik Krallık'ta mahkeme içtihatları hukuk düzeni içerisinde önemli bir yer tutmaktadır²⁹. Bu yargı içtihatları arasında devletin temel teşkilatını ve temel hak ve hürriyetlerini ilgilendiren yani anayasal nitelikte içtihatlarla da rastlanmaktadır. Bu içtihatlar iki gruba ayrılabilir³⁰; common law ve yasama yorumları.

İçtihat hukuku ya da yargıç yapımı hukuk olarak da bilinen common law, yasal düzenlemenin olmadığı bir konuda mahkemelerin örf ve adeti dikkate alarak oluşturduğu ve Krallık genelinde uygulanan içtihatlar müktesebatını ifade etmektedir. Örf ve adet hukuku ya da ortak hukuk olarak adlandırılacak bu müktesebat zamanla ve kademeli olarak gelişmiştir. Somut bir yargılamada yüksek mahkemelerin verdikleri içtihatlar sonraki süreçte stare decisis ilkesi³¹ gereği diğer hâkimler tarafından da uygulanmaya başlanmış ve böylece Krallık genelinde emsal kararlarla örülü bir bütünlük oluşmuştur³². Common law ile her davada uygulanabilecek esnek kuralların geliştirilmesi hedeflenmiştir.

Örf ve adete dayalı yargı içtihatları anlamına gelen common law içerisinde anayasal nitelikteki içtihatlarla da rastlamak mümkündür. Diğer bir ifadeyle devlet teşkilatını, devletin işleyiş ve görevlerini ve bireylerin temel haklarını ilgilendiren içtihatlar common law dairesi içerisinde yer alabilmektedir. Mezkur içtihatlar sebebiyle doktrinde common law, diğer hukuk alanlarında olduğu gibi anayasanın da bir kaynağı yani onun bir parçası olarak kabul görmektedir³³.

Doktrinde anayasanın bir kaynağı olarak common law'dan şu örnek kararlar zikredilmektedir³⁴:

- **Prohibitions del Roy (1607) Kararı**³⁵: Dönemin kralının bir yargılamada hakim olarak karar vermek istemesi üzerine hakim Edward Coke yargılama faaliyetinin mahkeme ve yargıçlara ait olduğunu ve Kral'ın böyle bir

29 Ryan, Foster, s. 56.

30 Bradley, Ewing, Knight, s. 15.

31 Stare decisis ilkesi, bir mahkemenin daha önce başka bir mahkeme tarafından verilmiş bir kararın bağlayıcı olarak kabul etmesidir. Mahkemeler bu ilke gereği, daha önce verilmiş emsal kararlara sıkı sıkıya bağlıdır. Bu ilke için bkz., Gülgeç, s. 461-465; Söz konusu ilke kapsamında mahkemeler içtihatlarla sıkı sıkıya bağlı olsa da, içtihadı veren mahkemenin eski içtihatla artık bağlı olmadığını açıklamasıyla veya daha üst derece mahkemelerinin tartışmalı içtihadı kaldırmasıyla içtihadın bağlayıcılığı ortadan kalkacaktır. Bkz., Arzu Oğuz, *Karşılaştırmalı Hukuk*, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 268.

32 Bradley, Ewing, Knight, s. 15.

33 Bradley, Ewing, Knight, s. 15; Leyland, s. 10.

34 Sellick, s. 13-14; Ryan, Foster, s. 57-58; Grace, s. 13.

35 Karar için bkz., <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/KB/1607/J23.html>.

yetkiye sahip olmadığını ileri sürmüştür³⁶.

- **Entick v Carrington (1765) Kararı**³⁷: Bu davada dışişleri bakanının emriyle vatana ihanet ile suçlanan Entick'in hem evine girilmiş hem de evraklarına el koyulmuştur. Bakanlık arama ve el koyma yetkisinin hükümetin yetki alanı içerisinde olduğunu ileri sürmüştür. Ancak açılan davada mahkeme ne common law'da ne yazılı bir hukuk metninde hükümetin söz konusu yetkilerini içeren bir kuralın olmadığına işaret ederek yapılan eylemin hukuk dışı olduğuna hükmetmiştir. Böylece devletin hukukun üstünde olmadığı ve devletin yasal zeminde hareket etmesi gerektiği bu kararla birlikte vurgulanmıştır. Diğer bir ifadeyle bu karar devlet otoritesini sınırlandıran bir karar olmuştur.

- **Pickin v British Rail Board (1974) Kararı**: Mahkeme, bu davada usulüne uygun bir şekilde yürürlüğe girmiş kanunun geçerliliğinin sorgulanamayacağına hükmetmiştir.

- **Congreve v Home Office (1976) Kararı**: Karara konu olayda hükümet tv lisans ücretlerini arttırma yoluna gitmiştir. Henüz bu artış yürürlüğe girmeden önce kimi vatandaşlar eski fiyat üzerinden lisans satın almışlardır. Hükümet ortaya çıkan maddi zararı telafi edebilmek için halktan yeni ücretle beraber ortaya çıkan farkı ödemeleri gerektiğine aksi takdirde lisanslarının iptal edileceğine karar vermiştir. Bu karar mahkemeye intikal ettikten sonra mahkeme hükümetin, kendisine tanınmamış bir yetkiyi kullandığına ve hükümetin açıkça kendisine yetki tanınan durumlarda halktan vergi alabileceğine hükmederek işlemin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.

Birleşik Krallık'ta anayasa ve diğer hukuk dallarına kaynaklık teşkil eden bu ve benzeri kararlarının yanı sıra, mahkemelerin yürürlükteki yasa hükümlerini yorumladığı kararlara da (statutory interpretation) rastlanmaktadır³⁸. Mahkemeler özellikle üzerinde uyuşmazlık veya belirsizlik bulunan kanunlara ilişkin yaptıkları yorumlarla anayasal düzene katkıda bulunabilmektedir³⁹. Ancak burada bu yorumlama kararlarının bir anayasal kaynak olarak zikredilebilmesi için yorumlanan kanunların da anayasal nitelikte bir kanun olması gerekmektedir. Mahkemeler, yasama yorumlarını yaparken parlamentonun bir takım karinelere uyduğu yönünde ön kabullerde bulunmakta ve bu karinelere göre yorum yapmaktadır. Bu karinelere örnek olarak parlamentonun kraliye-

36 Bu karar Birleşik Krallık'ta yargı ile yürütmenin ayrılması yani kuvvetler ayrılığı açısından önemli bir karar olmuştur.

37 Karar hakkında bkz., https://en.wikipedia.org/wiki/Entick_v_Carrington?oldformat=true, Erişim Tarihi: 05.07.2024.

38 Sellick, s. 14; Leyland, s. 31; Carroll, s. 109; Genel bir değerlendirme için bkz. Bradley, Ewing, Knight, s. 16-17.

39 Mahkemelerin verdiği yorumlayıcı kararlara örnek için bkz., Carroll, s. 109; Ryan, Foster, s. 59.

te ilişkin hak ve ayrıcalıkları değiştiremeyeceği, hukukun üstünlüğüne aykırı yasa çıkaramayacağı ve cezalara geriye dönük etki kazandıramayacağı zikredilebilir⁴⁰. Mahkemenin yasaları yorumlamasının en etkili sonuç doğurduğu alan yasaların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile uyumlu hale getirmek için yaptığı yorumlardır. Aşağıda bu konu ayrıca ele alındığından burada sadece değinmekle iktifa edilecektir.

Mahkeme içtihatları ister common law niteliğinde olsun isterse yasama yorumu, hiyerarşik olarak kanunların altındadır. Yani kanunlarla mahkeme içtihatları ortadan kaldırılabilir⁴¹. Birleşik Krallık'ta benimsenen parlamentonun üstünlüğü ilkesi bunu gerektirmekte olup tüm mahkemeler de buna riayet etmek durumundadır⁴².

Günümüzde hukukun her alanında olduğu gibi⁴³ Anayasa hukuku açısından da common law yavaş yavaş etkisini kaybetmekte yazılı hukuk kurallarına daha sık başvurulmaktadır. Ancak bu azalan etkisine rağmen Birleşik Krallık'ta mahkeme içtihatları hukukun ve anayasanın kaynağı olmaya devam etmektedir.

C. Kraliyet Ayrıcalıkları (The Royal Prerogative)

Anayasa hukukunun kaynağı olarak bir diğer kaynak kraliyet ayrıcalıklarıdır. Birleşik Krallık'ta krallık (monarch), parlamentonun olmadığı ve kuvvetler ayrılığının tam anlamıyla zuhur etmediği dönemlerde monist yapı olarak yasama, yürütme ve yargı yetkilerini bünyesinde taşımıştır. Ancak parlamentonun ortaya çıkışı ve parlamentonun üstünlüğü ilkesinin benimsenmesi, kabinenin yürütmede daha etkin konuma gelmesi, bağımsız mahkemelerin yaygınlaşması kısacası meşruti monarşiye geçişle birlikte krallığın sahip olduğu mezkur yetkiler her geçen gün zayıflamış ve bu yetkiler diğer kurumlara tevdi edilmiştir. Yasama yetkileri parlamentoya, yargı yetkisi ise mahkemelere geçmiştir. Kraliyet ayrıcalıkları ise krallığın sahip olduğu yürütme yetkilerinden günümüze kalan yetkileri ifade etmektedir. Ancak bu yetkilerin önemli bir kısmı da yürütmenin etkin kanadı olan başbakan ve bakanlar kuruluna yani kabinenin eline geçmiştir. Kabine bu yetkileri günümüzde krallık adına kullanmaktadır.

40 Bu karineler için bkz., Carroll, s. 109; Ryan, Foster, s. 59.

41 Sellick, s. 13; Hatta parlamentonun geçmişe dönük olarak common law prensiplerini ilga edebileceği yönünde bkz., Bradley, Ewing, Knight, s. 16.

42 Leyland, s. 31; Sellick, s. 13.

43 "... Çağın değişen koşulları ve modern toplum yaşamında ortaya çıkan yeni sorunlar ve en önemlisi hızla gelişen yaşam temposu karşısında, Ortak Hukukun Hakimler tarafından sağlanan sürekli fakat çok yavaş gelişmesi yetersiz kalmış ve bu nedenle İngiliz Hukukunun geleneklere bağımlı temeli bugün artık Parlamentonun kanun koyucunun iradesine ve düzenlemesine bırakılmıştır." Bkz., Namık Kemal Yalçınkaya, *İngiliz Hukuku*, Eroğlu Matbaası, Ankara 1981, s. 22.

Kral veya kraliçenin bizzat kullanılmasına hasredilen ayrıcalıklı yetkileri ise oldukça sınırlıdır. İşte yazılı metinlerde ve mahkeme içtihatlarında yer almamasına rağmen monist dönemlerden günümüze kadar ulaşan; bizzat krallık veya krallık adına kabine tarafından kullanılan yürütmeye dair bu yetkilere kraliyet ayrıcalıkları denmektedir⁴⁴. Bu ayrıcalıklı yetkiler daha çok anayasal konulara ilişkin olduğundan anayasanın önemli kaynaklarından biri olarak kabul edilmektedir.

Kraliyet Ayrıcalıkları, Birleşik Krallık anayasal düzeninde yürütmenin elini güçlendiren yetkililerdir. Zira parlamentonun üstünlüğü ilkesine rağmen hükümet ve krallık söz konusu yetkileri herhangi yasa veya parlamento iznine gerek duymaksızın kullanabilmektedir⁴⁵.

Kraliyet ayrıcalıkları kapsamındaki yetkiler, hem ulusal hem de uluslararası konulara ilişkin olabilmektedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere bu yetkiler krallık ya da krallık adına kabine tarafından kullanılabilir. Krallığın bizzat kullandığı ayrıcalıklı yetkilere örnek olarak⁴⁶;

- Başbakanı atamak,
 - Parlamento toplamak veya feshetmek,
 - Bir kanunun yürürlüğe girmesi için onaylamak,
 - Vergileri arttırmak, onur madalyası (ödülü) vermek zikredilebilir⁴⁷.
- Hükümetin yani kabinenin kullandığı kraliyet yetkilerine ise;
- Savaş veya barış ilan etmek,
 - Uluslararası antlaşmaları akdetmek ve onaylamak,
 - Ülkeleri tanımak,
 - Yabancıların memuriyetleriyle ilgili düzenlemeler yapmak,
 - Kamu teşkilatı içinde muhtelif organlar oluşturmak,
 - Pasaport tanzim etmek,
 - Suçluları affetmek veya cezalarını düşürmek örnek olarak sayılabilir⁴⁸.

Bazı kraliyet ayrıcalıkları ise hükümet ve krallık tarafından ortak kullanılmaktadır. Örneğin; başbakanın önerisi üzerine krallığın bakanları ataması gibi⁴⁹.

44 Ryan, Foster, s. 315.

45 Taylor, s. 21.

46 Ryan, Foster, s. 315-316.

47 Sellick, s. 82.

48 Sellick, s. 83-86; Ryan, Foster, s. 317 vd.

49 Öneri kelimesiyle krallığın başbakanın önerisini reddetme imkânı tanıyor gibi gözüke de uygulamada Krallık başbakanın önerisine riayet etmektedir.

Kraliyet ayrıcalıkları geçmişten günümüze ulaşan miras yetkiler olduklarından bu yetkilere yenisinin eklenemeyeceği kabul edilmektedir⁵⁰.

Kraliyet ayrıcalıkları yasalardan üstün kabul edilmemektedir. Tıpkı yargı içtihatlarında olduğu gibi parlamentonun üstünlüğü ilkesi gereği bir konuya ilişkin yasa hükmü çıkarılmışsa kraliyet ayrıcalıkları yerine yasalar uygulama alanı bulacaktır⁵¹. Nitekim bu husus 1920 yılında Attorney General v De Keyser's Royal Hotel Ltd kararında⁵² açıkça ortaya koyulmuştur. Karara konu olayda I. Dünya Savaşı'nda İngiliz birlikleri tarafından kullanılan bir otel tahribata uğramış bunun üzerine otel sahipleri hükümetten Defence of the Realm Act 1914 yasası uyarınca tazminat talebinde bulunmuştur. Ancak hükümet otelin kullanılmasının hükümete geçmiş olan savunmaya yönelik bir kraliyet ayrıcalığı kapsamında olduğunu savunarak tazminat ödemekten kaçınmıştır. Bunun üzerine söz konusu uyuşmazlık mahkemeye intikal etmiş ve mahkeme parlamentonun üstünlüğü ilkesi gereği yasaların kraliyet ayrıcalıklarından üstün olduğunu kabul ederek tazminat ödenmesine hükmetmiştir. Bu kararla birlikte aynı konuya ilişkin yasa ve kraliyet ayrıcalığı var ise bu durumda yasalara öncelik tanınacağı kabul edilmiştir⁵³.

Mahkemeler kraliyet ayrıcalıklarını tanımakta ve içtihatlarında esas almaktadır⁵⁴. Özellikle somut bir olayın kraliyete ait ayrıcalıklı yetkinin kapsamında olup olmadığı mahkemelerce dikkate alınabilmektedir. Ancak bu yetkiler tıpkı anayasal konvansiyonlarda olduğu gibi mahkemelerde ileri sürülebilecek, hukuki bağlayıcılık kazandırılabilir ve mahkemelerce denetlenebilecek anayasal kaynaklar değillerdir⁵⁵. Ancak son yıllarda mahkemelerin verdikleri kimi kararlarda bazı kraliyete ait yetkilerin denetlenebileceğini kabul edilmeye başlanmıştır⁵⁶. Bu denetim bir yetkinin kraliyet ayrıcalığı kapsamında olup olma-

50 Sellick, s. 82; Taylor, yeni kraliyet ayrıcalıkları söz konusu olamasa da mevcut ayrıcalıkların yorumlanabildiğini ve yorumlamayla yeni kraliyet ayrıcalıkları oluşturma arasında ince bir çizgi olduğunu ileri sürmektedir. Bkz., Taylor, s. 23.

51 Sellick, s. 89; Taylor, s. 24; Carroll, s. 357.

52 Karar için bkz., Attorney General v De Keyser's Royal Hotel Ltd [1920] AC 508 (HL), <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a938b3e60d03e5f6b82ba2f>, Erişim Tarihi: 30.11.2023.

53 Doktrinde kraliyet ayrıcalıklarının yasaların varlığı karşısında ilga olmadığı askıda kaldığı, söz konusu yasa yürürlükten kalkınca kraliyet ayrıcalığının tekrar işlerlik kazanacağını kabul edilmektedir. Bu yönde bkz., Taylor, s. 25; Benzer yönde bkz., Sellick, s. 89.

54 Leyland, s. 34.

55 Taylor, s. 24.

56 Kraliyet ayrıcalıklarının denetlenebileceği yönünde ilk karar için bkz., Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service (the GCHQ case) [1985] AC 374 (HL). Bu kararda hükümet istihbarat kurumu olan Government Communications Headquarters (GCHQ) çalışanlarının grev riskine karşı bir sendikaya üye olmalarını kraliyet yetkisiyle sınırlandırmış sendika ise bu yetkiye ilişkin yargı yoluna gitmiştir. Kararda mahkeme söz konusu adının hükümetin kraliyet yetkileri kapsamında olduğunu kabul edip başvuruyu reddetmiştir. Böylece yapılan işlemin kraliyet yetkileri kapsamında olsa da bunların da itiraza kabil oldukları kabul edilmiştir; Sonraki süreçte

dığı ve kullanılan yetkinin yasalarla uyumlu olup olmadığı ile sınırlı olmuştur.

D. Anayasal Konvansiyonlar

Bir diğer özel kaynak konvansiyonlardır. Anayasal konvansiyonlar devletin temel teşkilatı ile bu teşkilatta yer alan tüm aktörlerin görev, yetki ve sorumluluklara ilişkin geçmişten bugüne istikrarlı bir şekilde gerçekleştirilen uygulamaları ifade etmektedir⁵⁷. Bunlar, ne kanunlarda ne yargı içtihatlarında (common law) yer alırlar⁵⁸. Bu uygulamalar anayasaların en önemli unsuru olan devleti ilgilendirdiğinden Birleşik Krallık Anayasa düzeninde önemli bir yer tutmaktadır. Bugün Birleşik Krallık'ın hükümet ve devlet şekli, hükümetin işleyişi, yasama ve yürütmenin görev ve yetkileri, bunların birbirleriyle etkileşimi gibi birçok mesele anayasal konvansiyonlarla düzenlenmektedir. Birleşik Krallık'ta anayasal konvansiyonlara şu şekilde örnekler verilebilir:

Krallığa (Crown) ilişkin Anayasal Konvansiyonlar: Krallığa dair konvansiyonlar daha çok kraliyet ayrıcalıklarının nasıl kullanıldığına ilişkindir⁵⁹. Dolayısıyla Anayasal konvansiyonlar ile kraliyet ayrıcalıkları arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır. Örneğin; yukarıda ifade edildiği üzere bir kanunun yürürlüğe gimesi için onaylanıp-reddedilmesi kraliyete ait bir ayrıcalıklı yetkidir. Ancak bu yetki en son 1708 yılında İskoç Milis Yasası'nın Kraliçe Anne tarafından veto yani yasa tasarısının reddi şeklinde kullanılmıştır⁶⁰. O tarihten günümüze yani yaklaşık üçyüz yılı aşan bir süredir oluşan konvansiyon gereği kanunlar krallık tarafından her zaman onaylanmaktadır⁶¹. Dolayısıyla

özellikle temel hak ve hürriyetleri ilgilendiren kraliyet ayrıcalıklarının denetime tabi tutulduğu görülmektedir. Örneğin mahkeme bir kararında İspanya'da yaşayan ve hakkında Birleşik Krallık'ta tutuklama kararı bulunan İngiliz vatandaşı hakkında Dışişleri bakanlığının kraliyet ayrıcalıkları kapsamında pasaport vermemesi işlemini bu yetkinin temel hak ve hürriyetlerle alakalı olması sebebiyle denetlenebileceği yönünde karar vermiştir. Karar için bkz., R v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Everett [1989] QB 811 (CA); Kraliyet ayrıcalıklarının denetlenebileceği ve yürürlükteki yasalarla çatışma çatışmadığının değerlendirilebileceği öngörülen diğer kararlar için bkz., R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Bentley [1993] 4 All ER 442 (QB); R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Northumbria Police Authority [1989] QB 26 (CA); R v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Rees-Mogg [1994] 1 All ER 457 (QB).

- 57 Leyland, s. 36; Anayasal konvansiyonlara ilişkin; “anayasanın pozitif ahlakı”, “anayasanın yazılı olmayan ilkeleri”, “anayasa ve siyasi uygulamanın genel kabul görmüş açıklayıcı ifadeleri” gibi tanımlar yapılmaktadır. Tanımlar için bkz., Sellick, s. 14.
- 58 Bradley, Ewing, Knight, s. 18; Sellick, s. 14; Bu sebeple Anayasa Konvansiyonlar doktrinde Birleşik Krallık Anayasası'nın yasal olmayan kaynaklarından biri olarak zikredilmektedir. Bkz., Leyland, s. 35.
- 59 Carroll, s. 348.
- 60 Bradley, Ewing, Knight, s. 19.
- 61 Ryan, Foster, s. 66; 1912-1914 yıllarında Birleşik Krallık'ın bölünmemesini ve İrlanda'ya özerklik verilmesini savunan ittifakçılar (Unionists) İrlanda'ya özerklik veren yasa tasarısını reddetmesi yönünde Kral V. George'a baskı yapmışlardır. Ancak Kral, konvansiyona uygun olarak

krallığın kanunları veto etmesi konvansiyona aykırılık teşkil edecektir.

Başka bir örnekte krallığın başbakanı ataması bir ayrıcalıklı yetki iken avam kamarasında en yüksek sandalyeye sahip parti liderini ataması ise bir anayasal konvansiyondur⁶².

Benzer şekilde krallığın bakanları ataması ayrıcalıklı bir yetki iken, başbakanın tavsiyesi ve krallığın bu tavsiyeye mutlak suretle riayet ederek atama yapması anayasal bir konvansiyondur. Sonuç olarak konvansiyonlar daha çok yürütmeye kalan yetkilerin usulüne ve uygulanmasına ilişkin teamülleri ifade etmektedir.

Kabine ve Bakanlara İlişkin Konvansiyonlar: Hükümetin Avam kamarasının çoğunluğunun güvenine dayanması; Başbakanın mutlak surette Avam Kamarası üyesi olması⁶³; Bakanların hem münferit hem de kolektif olarak Parlamente'ye karşı sorumlu olması⁶⁴; Bakanların kabine kararlarına muhalefet etmemesi ve kabine tartışmalarını kamuoyuyla paylaşmaması⁶⁵.

Parlamente'ye İlişkin Konvansiyonlar: Parlamente'nin yılda en az 1 (bir) kez toplanması⁶⁶; Avam Kamarası içerisinde seçilen meclis başkanının mutlak bir tarafsızlıkla hareket etmesi⁶⁷; Avam Kamarası tarafından kabul edilen iktidarın seçim beyannamesindeki bir tedbire Lordlar Kamarası'nın karşı çıkması⁶⁸

Yargıya İlişkin Konvansiyonlar: Hakimlerin siyasi partilere üye olmaması⁶⁹; davayla kişisel bir ilgisi olan hakimin davadan çekilmesi yargıya ilişkin konvansiyonlara örnek gösterilebilir⁷⁰.

yasayı onaylamıştır. Doktrinde Krallığın, başbakan ve bakanların talebi üzerine yasaları reddedebileceği ancak bunun öncesi ve sonrasıyla oldukça zor bir süreç olacağı savunulmaktadır. Bkz., Bradley, Ewing, Knight, s. 19.

62 Ryan, Foster, s. 66, 316.

63 McGarry, s. 33; Carroll, s. 112; Lordlar Kamarası'ndan Başbakan en son 1902 yılında olmuştur. Konvansiyon gereği o tarihten bu yana Lordlar Kamarası'ndan başbakan çıkmamaktadır. Bkz., Bradley, Ewing, Knight, s. 21.

64 Carroll, s. 112; Ridges, s. 205.

65 McGarry, s. 34.

66 Carroll, s. 112; Ridges, s. 204.

67 Leyland, s. 46.

68 Bu Salisbury Konvansiyonu olarak bilinmektedir. Bkz., John Alder, *Constitutional and Administrative Laws*, Tenth Edition, Palgrave, 2015, . 62.

69 Bu konvansiyon günümüzde yargıçların davranışlarını düzenleyen "Guide to Judicial Conduct"⁷⁰'ta da yer almaktadır. Dolayısıyla bu konvansiyon yazılı bir kural haline gelmiştir. Bkz., Bradley, Ewing, Knight, s. 20-21.

70 Ryan, Foster, s. 66.

Bu ve benzeri konvansiyonlar devlet organlarının başlangıç noktası bilinmeyen⁷¹ ve yıllarca istikrarlı bir şekilde uyguladığı aksi yönde adım atmadığı uygulamalardır. Günümüzde Birleşik Krallık'ta doktrin, Sir Ivor Jennings'in konvansiyonları üç unsurun varlığıyla açıkladığı yaklaşımı⁷² benimsemiştir⁷³. Söz konusu üç unsur şunlardır: İstirkarlı bir şekilde uygulanan bir teamülün varlığı, bu teamülün varlığının bir nedene dayanması ve devlet organlarının bu teamüle uyma noktasında kendilerini bir yükümlülük altında hissetmeleridir.

Devlet organlarının bu konvansiyon kurallarının aksi yönde hareket ettiğinde onlara uygulanacak maddi bir tedbir bulunmamaktadır. Bir yasa kuralı olmadıkları için mahkemelerde de ileri sürülemez, dava konusu olamazlar. Diğer bir ifadeyle mahkemeler bu konvansiyonlara göre karar veremezler⁷⁴. Ancak bu kurallara uyma noktasında devlet organları üzerinde manevi ve siyasi bir baskı bulunmaktadır. Bu baskı Birleşik Krallık'ın siyasi, toplumsal ve hukuki geleneklerine bağlılığının bir tezahürüdür. Dolayısıyla bu konvansiyonların ihlali durumunda ortaya çıkacak sonuç da hukuki değil daha çok manevi ve siyasi olacaktır⁷⁵. Örneğin; herhangi bir konvansiyon ihlal edilirse sert eleştiriler yapılabilecek hatta ihlali gerçekleştiren devlet organının siyaseten sorumluluğu doğabilecektir⁷⁶.

Konvansiyonların ihlal edilmesi her ne kadar zor olsa da ihlali durumunda artık konvansiyonun uygulanmaya devam edilmesi çok tercih edilir bir sonuç değildir. Bu durumda ortaya çıkan belirsizlik yasal düzenlemelerle ortadan kaldırılmaktadır⁷⁷. Diğer taraftan Birleşik Krallık'ta en temel ilkelerden biri olan Parlamento'nun Üstünlüğü ilkesi gereği çıkarılacak bir yasal düzenlemeyle mevcut bir konvansiyonunun uygulanmasına son verilebilir⁷⁸. Aynı şekilde

71 Sellick, s. 15.

72 Söz konusu yaklaşım için bkz., Sir Ivor Jennings, *The Law and the Constitution*, 5th edition, London, University of London Press, 1959, s. 131.

73 Sellick, s. 15; Leyland, s. 36; McGarry, s. 41.

74 Bradley, Ewing, Knight, s. 53; Taylor, s. 29; McGarry, s. 37-44; Mahkemeler kararlarında her ne kadar bu konvansiyonları esas alıp hüküm tesis edemeseler de bunların varlığını tanımaktadır. Sellick, s. 16; Ryan, Foster, s. 69-71; Örneğin; Attorney-General v Jonathan Cape Ltd (1976) davasında mahkeme kabine kararlarının açıklanmaması ve gizliliğine ilişkin bir anayasal konvansiyonun varlığını kabul etmiştir. Bu ve benzeri davalar için bkz., McGarry, s. 43-44.

75 Sellick, s. 17; Taylor, s. 29; Bradley, Ewing, Knight, s. 25; McGarry, s. 34.

76 Örneğin bir bakan bir konvansiyon kuralını ihlal ederse bu durumda istifaya zorlanabilir. Bkz., Bradley, Ewing, Knight, s. 25; Benzer yönde bkz., Ridges, s. 188.

77 Örneğin; 1909 yılında Bütçe görüşmeleri sırasında mali konularda Avam Kamarasının Lordlar Kamarasından üstün olduğuna dair var olan konvansiyon Lordlar Kamarası tarafından aşılmak istenmiştir. Bunun üzerine benzeri durumların ortaya çıkmasını engellemek adına 1911 yılında bir yasa kabul edilmiştir. Bkz., Bradley/Ewing, s. 25; Leyland, s. 43.

78 Nitekim *Manuel v Attorney-General* (1983) davasında mahkeme; konvansiyonların parlamentonun üstünlüğü ilkesini sınırlandıramayacağını ve konvansiyonun düzenleme konusuna

bir konvansiyona hukuki bağlayıcılık kazandırılması ve mahkemelerde ileri sürülmesi sağlanmak isteniyorsa bu durumda tek yol bu konvansiyonun bir yasaya dönüştürülmesidir⁷⁹. Bir anayasal konvansiyonun başka bir anayasal konvansiyonla değiştirilmesi ise gerçekleşmesi oldukça zor bir ihtimaldir. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz üzere bir konvansiyondan bahsedebilmek için bir uygulanış sürecinin varlığı şarttır.

Bu açıklamalardan konvansiyonların özellikleri şu şekilde sıralanabilir:

- Yasa ve mahkeme kararlarının aksine konvansiyonlar yazısızdırlar. Buna bağlı olarak konvansiyonlar diğer hukuk kurallarına göre daha belirsizdirler.

- Uzunca bir süre uygulanagelen bir teamülün sonunda ortaya çıkmıştır. Diğer bir ifadeyle yasalar gibi belirli bir zaman diliminde belirli bir iradenin sonucunda ortaya çıkmamıştır.

- Yasa ve mahkeme kararları gibi belirli bir iradenin ürünü olmadıklarından bağlayıcılıkları daha çok manevi ve siyasidir. İhlal edildiklerinde herhangi bir maddi yaptırım uygulanamaz. Mahkemelerde de ileri sürülmeleri teknik olarak mümkün değildir.

- Yasalarla değiştirilebilir ya da kaldırılabilirler.

Sonuç olarak anayasal konvansiyonlar Birleşik Krallık'ta özellikle devlet organlarının işleyişine yönelik önemli teamüli ilkelerdir. Bunların belirsizlikleri, yazılı olmamaları ve herhangi bir tedbirle donatılmamaları eleştiri konusu olmaktadır⁸⁰. Ancak Birleşik Krallık, devlet organlarının işleyişine ilişkin düzenlemelerde daha çok gelenekselliği tercih etmiş ve konvansiyon konusu kuralların belirli bir dönem yasama ve yürütmenin iradesiyle ortaya çıkan kurallara dönüşmesinden imtina etmiştir. Esasında bu durum devletin işleyişi açısından bir avantaj olarak da değerlendirilebilir. Zira Birleşik Krallık'ta teamüllerin ihlal edilmesi veya değiştirilmesi çok zor olduğundan devlet organları tarafından bu konvansiyonlara uyma noktasında müşterek bir irade ortaya konulmaktadır. Ancak yazılı yasal bir düzenleme söz konusu olsaydı yasal düzenlemeye itiraz edilmesi ya da bunun değiştirilmesi yönünde adımlar atılması nispeten daha kolay olacaktı. Tüm tartışmalara rağmen günümüzde Anayasal Konvansiyonlar Birleşik Krallık Anayasası'nın önemli kaynakları arasında yer almaktadır.

ilişkin bir yasa çıkarıldığında yasaya üstünlük tanınacağını açıkça belirtilmiştir. Sellick, s. 17.

79 Nitekim bunun örnekleri de vardır. Statute of Westminster 1931 ve the Parliament Act 1911 geçmiş konvansiyonların bir arada toplandığı yani yasaya dönüştürüldüğü örneklerdendir. Bkz., Sellick, s. 17; Ryan, Foster, s. 71-72.

80 Eleştiriler için bkz., Sellick, s. 17-18.

E. Diğer Kaynaklar

Birleşik Krallık Anayasası'nın bu kaynaklar dışında da bir takım kaynakları bulunmaktadır. Bunlar; Avrupa Birliği Hukuku, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, parlamento uygulamaları ve doktrindir.

1. Avrupa Birliği Hukuku

Birleşik Krallık 1973 yılında 2020 yılına kadar Avrupa Birliği üyesi ülkelerden birisi olmuştur. Ülkenin AB'ye üyeliği ile birlikte AB bünyesinde imzalanan tüm antlaşmalar, alınan kararlar ve direktifler de ulusal mevzuatın ve içtihat hukukunun bir parçası haline gelmiştir⁸¹. Özellikle temel hak ve hürriyetlere ilişkin antlaşma ve diğer normlar Birleşik Krallık Anayasası'nın bir parçası haline gelmiştir⁸². Ancak Birleşik Krallık'ta 2016 yılında AB üyeliğinin devam edip etmemesine yönelik yapılan referandum sonucunda ülkenin AB'den ayrılmasına yönelik karar çıkmıştır. Bu referandum sonrası yapılan hazırlıklar neticesinde 2020 yılında ülke resmi olarak AB ile yollarını ayırmıştır.

Kamuoyunda Brexit olarak bilinen bu süreçle beraber AB bünyesinde imzalanan tüm antlaşmalar ile diğer hukuki normların yürürlükten kalkması ve böylece AB hukukunun Birleşik Krallık Anayasası'nın ve diğer hukuk dallarının bir kaynağı olmaktan çıkması öngörülmüştür. Ancak bu köklü değişim bir anda olamayacağından bir geçiş dönemi belirlenmiştir. Bu geçiş dönemiyle AB hukuku müktesabatinin önemli bir kısmı Birleşik Krallık'ın bir parçası olmaya devam etmiştir. Retained EU Law adı verilen bu süreç AB hukuku kaynaklarının tamamının iptal edilip yerlerine yenilerinin ikame edilmesine kadar olan süreci ifade etmiştir⁸³. 2024 yılı itibariyle bu süreç devam etmektedir. Dolayısıyla AB hukuku kaynakları tamamen yürürlükten kaldırılıp yasalarla ikame edilmesinin ardından AB hukuku Birleşik Krallık Anayasası'nın bir parçası olmaktan çıkacaktır.

2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Birleşik Krallık'ta uluslararası sözleşmelerin iç hukukta icra edilebilir olabilmesi için sözleşmeye ilişkin bir yasanın kabul edilmesi gerekir. Bu durum Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi için de geçerli olmuştur. Sözleşme, 1998 yılında ihdas edilen ancak 2000 yılında yürürlüğe giren *Human Rights Act* ile birlikte iç hukukun bir parçası haline gelmiştir. Buna göre Birleşik Krallık'ta mahkemeler dahil her kamu kurumu işlem ve eylemlerinde AİHS'te yer hak ve hürriyetleri ihlal etmemeye, burada yer alan yükümlülükleri yerine getirmeye

81 Leyland, s. 31; Sellick, s. 18.

82 Sellick, s. 18-19.

83 Birleşik Krallık'ta Brexit süreci ve bu sürecin Birleşik Krallık hukuk düzeninde doğurduğu sonuçlar için bkz., Ryan, Foster, s. 455 vd.

ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarına uymaya özen gösterecektir⁸⁴. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İnsan Hakları kataloğu barındırması ve bu hakların güvence altına alınması sebebiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Birleşik Krallık Anayasası'nın unsurlarından biri olduğu kabul edilmektedir.

Birleşik Krallık'ta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin iç hukukun bir parçası haline gelmesiyle birlikte yürürlükte olan kanuni bir düzenlemenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı olması durumunda ne olacağı önemli bir meseledir. Bu konuya ilişkin olarak 1998 tarihli Human Rights Act isimli yasada mahkemelere bir takım yetkiler öngörülmüştür⁸⁵. Bu yetkilerden ilkinе göre, mahkeme şayet bir kanuni düzenlemeyi mevcut haliyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı görürse bu durumda bu yasayı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uygun bir şekilde yorumlayarak uygulama yetkisine sahiptir. Ancak bunun için yasanın yorum yapmaya elverişli olması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle yasanın yorum kapısını tamamen kapatmamış olması gerekir. Örnek olarak 2001 yılında *R v Offen* davası gösterilebilir⁸⁶. O dönem Ceza Kanunu'nda iki ciddi suç işleyen sanığın istisnai durumlar hariç müebbet hapsi cezasıyla cezalandırılabilеceği düzenlenmiştir. Dava konusu olayda da hakim suçların alt sınırdaki olduğunu ve oyuncak tabanca kullanılarak işlendiğini kabul etmesine rağmen sanığı müebbet hapis cezasına mahkum etmiştir. Temyiz mahkemesi olayda yerel mahkemenin mevcut olayı istisnai kavramının kapsamında değerlendirilbilеceğini, gelecekte kamu için tehdit etmeyecek kişiler için hükmün uygulanmasının keyfiliğe yol açacağını ve bu durumun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 5. maddesinin ihlali anlamına geleceği sonucuna ulaşarak kararı bozmuştur.

Şayet yasa Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'yle uyumu sağlayacak bir yorum yapmaya müsait değilse bu durumda mahkemeler Parlamento'ya uyumsuzluk bildiriminde (declarations of incompatibility) bulunabilecektir⁸⁷. Bu bildirimde dava konusu yasanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile uyumsuz olduğu deklare edilir. Uygulamada örneğin; medeni birlikteliklerin kapsamına heteroseksüel çiftleri dahil etmeyen, kürtaj hakkını sınırlı tanıyan, aşırı veya adil olmayan cezalar öngören yasalar için bu yetkisini kullandığı görül-

84 Leyland, s. 32.

85 Söz konusu yetkiler yasanın 3. ve 4. maddelerinde düzenlenmiştir. Yasanın İngilizce metnine erişmek için bkz., <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents>, Erişim Tarihi: 08.08.2024.

86 Davanın özeti için bkz., Ryan, Foster, s. 524.

87 Carroll, s. 604.

mektedir⁸⁸. Ancak belirtmek gerekir ki uyumsuzluk bildirimleri Parlamento'ya bağlamaz. Aynı şekilde bildiri mevcut yasanın yürürlüğüne hiçbir şekilde etki etmez⁸⁹. Parlamento, uyumsuzluk bildirisine istinaden yasada herhangi bir değişiklik yapmazsa mahkemeler o yasayla bağlı olmaya devam etmektedir⁹⁰.

Human Rights Act'da mahkemelere bir takım yetkilerle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uyumun sağlanması amaçlanmıştır. Bu uyum sağlama sürecinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Human Rights Act'ın normlar hiyerarşisinde kanunlardan üstünde yer aldığı ve mahkemelerin kullandığı yetkilerin bir anayasallık denetimi olduğu anlamına gelmez. Zira kullanılan tüm yetkiler mevcut yasayı ilga etme veya onu değiştirme yetkileri vermemektedir. Mevcut yasa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ne kadar aykırı olursa olsun bu yasa yürürlükte kalmaya devam etmekte sadece imkan verdiği ölçüde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uygun yorumlanmakta yoksa parlamento'ya durum bildirilmektedir.

Her ne kadar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Birleşik Krallık anayasal düzeninde anayasallık denetimi doğuran üstün bir hukuk normu olmasa da Human Rights Act ile birlikte Birleşik Krallık Anayasası'nın önemli bir kaynağı haline gelmiştir.

3. Parlamento Kural ve Teamülleri

Devletin üç temel kuvvetinden biri olan ve günümüzde yazılı anayasalarda işleyişi ve görevleri açısından kendisine oldukça önemli bir yer ayrılan parlamentolar şüphesiz Birleşik Krallık için ayrı bir önem arz etmektedir. Günümüz modern parlamenter rejimin temellerini atan Birleşik Krallık, parlamentonun üstünlüğü ilkesini de benimseyerek yasamanın ülkedeki önemini ortaya koymaktadır. Parlamentonun, yetkilerini düzenleyen anayasal kaynaklarda parlamentonun bu yetkileri hangi şekil ve usullerle kullanacağı yer almamaktadır. Parlamento iç işleyişini, usul ve esaslarını kendi belirlediği bir takım kurullarla sağlamaktadır. Diğer ülke düzenlerindeki meclis iç tüzükleri hüviyetindeki bu hükümler parlamento tarafından yazılı olarak belirlenmiş veya teamüli olarak benimsenmiş kurallardır. Bu kuralların başında bir kanunun kabul edil-

88 Uyumsuzluk bildirisinin ilk örneği 2001 yılında Tüketici Kredisi Yasası olan Consumer Credit Act 1974'ü konu alan bir davada verilmiştir. Söz konusu yasada somut olayın şartlarına bakılmaksızın tefecilerin neredeyse tüm dava haklarını ellerinden alan düzenlemeler mevcuttu. Mahkeme bu düzenlemelerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesiyle uyumsuz olduğunu bildirmiştir. Kararın özeti için bkz., Carroll, s. 605; Farklı örnekler için bkz., Ryan, Foster, s. 527-528; Taylor, s. 98-100.

89 Carroll, s. 604.

90 Keskin, Erdoğan, "İngiliz Anayasa Hukukunda Parlamentonun Üstünlüğü İlkesi, Sınırları ve Brexit", *Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 25, Sayı 1, Haziran 2021, s. 79-80.

me sürecine ilişkin Lordlar ve Avam Kamarası'nın her birinin kendi içerisinde benimsediği yazılı kurallar gelmektedir. Diğer taraftan parlamentonun her bir kanadının Code of Conduct olarak ifade edilen ve üyelerinin davranışlarını düzenleyen kurallara da sahiptir. Bu yazılı kuralların yanısıra Parlamento'da partilerin oturma düzenleri gibi bir takım teamüllerde söz konusu olabilmektedir⁹¹. Söz konusu tüm parlamento kural ve teamüllere diğer organlarca da saygı gösterilmektedir⁹².

Parlamento'nun kendi belirlediği kurallar dışında bir takım kanun ve mahkeme kararlarında da parlamentonun işleyişine ilişkin hususlara değinilmektedir⁹³. Örneğin; Bill of Rights 9. maddede parlamentoda ifade hürriyeti güvence altına alınmıştır. Mahkemeler de parlamentonun kendi içinde bir takım kurallar belirleyebileceğini kabul etmektedir. Örneğin; British railways Board v Pickin [1974] kararında kanun tekliflerinin parlamentolarda görüşülme sürecine ilişkin olarak mahkemelerin herhangi bir denetim yapamayacağı ve bu hususun parlamentoların iç işleyişine ilişkin kurallarla belirleneceği açıkça vurgulanmıştır⁹⁴.

4. Doktrin

Birleşik Krallık'ta kimi anayasa hukukçusu ve bu hukuçuların eserleri Birleşik Krallık Anayasası'nın kaynakları arasında zikredilmektedir. Özellikle yazılı kuralların ya da mahkeme içtihatlarının olmadığı durumlarda otorite olarak kabul edilen hukukçuların eserleri önem arz edebilmektedir⁹⁵. Nitekim mahkemeler anayasal nitelikteki içtihatlarında sıklıkla Birleşik Krallık'ın anayasa hukukçularına ve eserlerine atıf yapmaktadır. Mezkur Hukukçuların en meşhurlarından birisi *DICEY*'dir. Yazarın 1885 yılında kaleme aldığı *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (Anayasa Hukuku Çalışmasına Giriş) adlı eseri günümüzde dahi başvurulan kaynaklardan birisidir. Çalışma özellikle parlamentonun üstünlüğü ve hukuk devleti ilkesi gibi konularda önemli açıklamalar içermektedir⁹⁶. Yine 19. yüzyıl anayasa teorisyenlerinden ERKSİNE MAY ve onun *Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage*

91 Bradley, Ewing, Knight, s. 18; Parlamento kural ve teamüller, bir devlet organının temel yetkilerini düzenleyen konvansiyonlarla karıştırılmamalıdır. Parlamento kural ve teamüllerle sadece parlamentonun iç işleyişine ilişkin bir takım teknik usul ve esaslar belirlenmektedir. Başka bir ifadeyle parlamento kural ve teamüller; anayasal konvansiyonlarda ve diğer kaynaklarda belirlenen yetkilerin nasıl kullanılacağını düzenler.

92 Bradley, Ewing, Knight, s. 18.

93 Ryan, Foster, s. 63.

94 Karar için bkz., https://en.wikipedia.org/wiki/Pickin_v_British_Railways_Board, Erişim Tarihi: 05.07.2024.

95 Bradley, Ewing, Knight, s. 28.

96 Leyland, s. 33; Bradley, Ewing, Knight, s. 28.

of Parliament (Parlamentonun Hukuku, İmtiyazları, Usulü ve Uygulaması Üzerine Bir İnceleme) adlı çalışması günümüzde önemli kaynaklardan birisi olarak kabul edilmektedir. Parlamentonun iç işleyişini anlatan ve parlamentonun işleyişinin İncili⁹⁷ olarak adlandırılan bu eser günümüzde dahi yeni bas-kılar yapmaya devam etmektedir⁹⁸. Sadece bu eserler değil modern dönemde de Birleşik Krallık Anayasası ile ilgili eserler neşredilmeye devam etmektedir.

Anayasa Hukuku doktrini şüphesiz yol gösterici niteliktedir. Ancak kimi meselelerde doktrinin farklı görüşleri olabilmektedir. Dolayısıyla Birleşik kral-lık anayasasında doktrin eserlerinin yeri geldiğinde başvurulacak ikincil kay-naklar olduğu kabul edilmektedir⁹⁹.

III. Parlamentonun Üstünlüğü İlkesi ve Anayasal Denetim

Birleşik Krallık'ın anayasal düzeninde en temel ilkelerden biri parlamento-nun üstünlüğü ilkesidir¹⁰⁰. Yazılı anayasaların var olduğu ülkelerde anayasanın üstünlüğü ilkesi benimsenmekte ve bu ilke anayasa yargısıyla teminat altına alınmaktadır. Ancak Birleşik Krallık'ta kodifiye edilmiş üstün bir anayasa met-ni olmadığından anayasanın üstünlüğü ilkesi benimsenmemiş, ülkede tarihi süreç içerisinde güçlü bir konuma gelen parlamentoların en üstün kurum ol-duğu benimsenmiştir¹⁰¹.

Birleşik Krallık'ta Parlamento Avam Kamarası, Lordlar Kamarası ve Kral-lığın birleşiminden oluşmaktadır. Günümüzde Krallık; yasama faaliyetlerin-de artık aktif rol oynamamakta onun adına kabine hareket etmektedir. Buna rağmen krallık, parlamento kavramının bir unsuru olarak anılmaya devam etmektedir.

Parlamentonun üstünlüğü ilkesinin pozitif ve negatif iki sonucu bulunmak-tadır¹⁰². Pozitif sonucu parlamentonun, dilediği konuda dilediği şekilde yasa çı-karabilmesini ifade etmektedir. Bu noktada parlamento olabildiğince özgürdür. Öyle ki temel hak ve hürriyetleri sınırlandırıcı baskıcı kanunlar bile parlamento tarafından ihdas edilebilir. Parlamento daha önce çıkardığı yasalarla da bağlı değildir. Bunları dilediği zamanda ve şekilde değiştirebilir. Parlamentonun üs-

97 İfade için bkz., <https://erskinemay.parliament.uk/>, Erişim Tarihi: 07.06.2024.

98 Bradley, Ewing, Knight, s. 28.

99 Leyland, s. 33.

100 Ryan, Foster, s. 165; Taylor, s. 45; Birleşik Krallık'ta parlamentonun üstünlüğüne ilişkin Türk-çe bir çalışma için bkz., Ergun Özbudun, "İngiltere'de Parlamento Egemenliği Teorisi", *Anka-ra Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 25, Sayı 1, 1968, s. 59-79; Güncel bir çalışma için bkz., Keskin, s. 47-99.

101 Keskin, s. 55-56.

102 Ryan, Foster, s. 171.

tünlüğü ilkesinin negatif sonucu ise, parlamentonun çıkardığı yasaların hiçbir şekilde denetime tabi tutulamamasıdır. Buna göre kanunlar anayasa mahkemesi gibi bir özel mahkeme veya genel mahkemeler tarafından bir anayasallık denetimine tabi tutulamaz. Zira kanunların denetiminde ölçü alınacak üstün bir anayasa metni bulunmamaktadır. Anayasanın kaynakları arasında yukarıda aktarılan anayasal kanunlar, diğer kanunlardan farklı değildir. Dolayısıyla yürürlüğe giren bir kanun, anayasal kanuna aykırı olduğu gerekçesiyle uygulanmaktan imtina edilemez. Anayasanın diğer kaynakları olan mahkeme içtihatları, kraliyet ayrıcalıkları ve konvansiyonlar ise hiyerarşik olarak kanunların altındadır¹⁰³. Dolayısıyla bunların anayasal denetimde ölçü olması ise zaten düşünülemez.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve diğer uluslararası sözleşmelerin de hiyerarşik olarak kanunların üstünde olmadığını tekrardan ifade etmek gerekir. Yukarıda açıklandığı üzere mahkemelerin mevcut yasaları Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uygun bir şekilde yorumlama veya Parlamento'ya uyumsuzluk bildirisini sunma yetkileri bir anayasallık denetimi anlamına gelmemektedir. Bu yetkiler mümkün olduğu ölçüde mevcut yasaların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile uyumluluğunu sağlamayı hedeflemektedir. Şayet Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı bir yasa; Sözleşme'ye uygun bir şekilde yorumlanamıyorsa ve Parlamento bu noktada uyumlu bir yasa çıkarmıyorsa Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile uyumlu olmayan yasalar yürürlükte kalmaya devam etmektedir. Bu durum Parlamentonun üstünlüğü ilkesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile uyum sürecinde dahi ön plana çıkarıldığını ve Parlamento üzerinde herhangi bir iradenin kabul edilmediğini açıkça göstermektedir.

Sonuç

Birleşik Krallık Anayasası tek bir metinde kodifiye edilmemiş bir anayasa olup, bu anayasanın yazılı ve yazısız bir takım dağınık kaynakları bulunmaktadır. Tüm bu kaynaklar bir bütün olarak Birleşik Krallık Anayasası'nı oluşturmaktadır. Bu yönüyle Birleşik Krallık Anayasası, anayasal kuralları tek bir metinde toplayan yazılı anayasalardan ayrılmakta ve kendine özgü bir nitelik arz etmektedir. Her ne kadar doktrinde farklı görüşler olsa da Birleşik Krallık'ta tüm bu yazılı ve yazısız kaynaklarla birlikte bir anayasanın olduğunu kabul etmek gerekir. Gerçekten de anayasal kanunlarla, mahkeme içtihatları, kraliyet ayrıcalıkları ve konvansiyonlar bir bütün olarak devlet teşkilatını düzenleyen temel hak ve hürriyetleri güvence altında almaktadır. Kısaca, Birleşik Krallık'ta dağınık mezkur kurallar, anayasa işlevini yerine getirmektedir.

103 Ryan, Foster, s. 172.

Birleşik Krallık'ın temel ilkelerinden biri olan parlamentonun üstünlüğü ilkesi Birleşik Krallık Anayasası'nın kaynaklarına da yansımaktadır. Geçmişten günümüze çıkarılan birçok kanun hem mahkeme içtihatlarını hem de diğer yazılı olmayan diğer kaynakların yerine geçmektedir. Bu durum Birleşik Krallık'ın gelenekselciliğini yansıtan, sınırlarının ve kapsamının tespitinin güç olduğu konvansiyon ve kraliyet ayrıcalıklarının etkisinin zayıfladığını ve daha da zayıflayacağını göstermektedir. Ancak kanunların diğer kanunlardan ihdas, değiştirilme ve ilga açısından bir farklılığı bulunmamaktadır. Dolayısıyla Birleşik Krallık Anayasası'nın en önemli yazılı kaynaklarından biri olan kanunların katı anayasa formunda olmadığını ifade etmek gerekir.

Birleşik Krallık Anayasası'nı etkileyen en önemli normlardan biri şüphesiz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve bu sözleşme çerçevesinde çıkarılan Human Rights Act olmuştur. Bu yasa kapsamında yürürlükte olan yasaların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle uyumlu hale getirilmesi için mahkemelere yasaları yorumlama veya uyumsuzluk bildirisinde bulunma yetkisi verilmiştir. Ancak bu yetkiler parlamento harekete geçmediği sürece mevcut yasalar üzerinde sonuç doğurmakta yani bir anayasalık denetimine sebep olmamaktadır. Burada da parlamentonun üstünlüğünü esas alınmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi her ne kadar kanunların üzerinde bir hukuk normu olmasa da Human Rights Act yasası ile birlikte Birleşik Krallık Anayasası'nın önemli bir anayasal kaynağı haline gelmiştir.

Birleşik Krallık Anayasası, kendine özgü ve dağınık yazılı-yazısız kaynaklardan oluşan bir anayasa olsa da son yıllarda yazılı anayasa tartışmaları yapılmakta hatta bu konuda bir takım girişimlerde bulunmaktadır. Bunlardan ilki 1991 yılında Kamu Politikaları Araştırma Enstitüsü'nün hazırlamış olduğu "Birleşik Krallık Anayasası" taslağıdır. Doktrinde söz konusu taslağın Birleşik Krallık'ta yazılı ve katı bir anayasa geçiş kararı alındığında önemli bir kaynak olacağı kabul edilmektedir. Diğer bir girişim ise Avam Kamarası'nın 2014 yılında yazılı anayasaya ilişkin olarak hazırlamış olduğu rapor gösterilebilir¹⁰⁴. Söz konusu rapor kapsamında yazılı anayasayı tartışmak adına bir cep anayasası hazırlanmış, mevcut anayasal kurallar bir takım alternatiflerle birlikte yazılı hale getirilmiştir. Diğer taraftan siyasi partiler¹⁰⁵ ve sivil toplum kuru-

104 Ryan, Foster, s. 37.

105 Örneğin; Muhafazakar Parti (the Conservative Party), 2019 genel seçimlerinde yeni anayasayı seçim taahhüdü olarak ileri sürmüştür. Bu kapsamda halkın kurumlara ve demokrasiye olan güvenini yeniden tesis etmek için parlamento bünyesinde Anayasa, Demokrasi ve Haklar Komisyonu kurulacağı taahhüt etmiştir. Bu kapsamda yazılı anayasanın da gündeme geleceği beklentisi oluşmuştur. Ancak seçimlerden sonra söz konusu komisyon oluşturulamamıştır. Bkz., Ryan, Foster, s. 38; Ayrıca bkz., Tom Fleming, Petra Schleiter, "What happened to the Constitution, Democracy and Rights Commission?", <https://constitution-unit.com/2022/04/12/what-happened-to-the-constitution-democracy-and-rights-commission/>, (Erişim Tarihi: 27.06.2024).

luşları¹⁰⁶ da son yıllarda Birleşik Krallık Anayasası için bir takım girişimlerde bulunmuştur.

Tüm bu girişimler Birleşik Krallık'ta kodifiye edilmiş bir anayasaya geçişin gelecek dönemde de sıklıkla gündeme geleceğini göstermektedir. Ancak şu an için Birleşik Krallık Anayasası kanunlar, mahkeme içtihatları, kraliyet ayrıcalıkları, konvansiyonlar ve diğer kaynaklarıyla birlikte kodifiye edilmemiş, yazısız ve esnek bir anayasadır. Bu özellikleriyle anayasa teorisi ve uygulamasında ayrı bir yere sahiptir.

106 Institute for Government ve Bennett Institute for Public Policy adlı iki sivil toplum kuruluşu 2022 yılında Birleşik Krallık Anayasası'nı gözden geçiren ve bir takım öneriler sunan "A framework for reviewing the UK constitution" adlı bir rapor yayınladı. Söz konusu raporda anayasal kuralların yazılı olmamasının zorlukları ve doğurduğu sakıncalar ortaya konmuş ve Birleşik Krallık'ta da anayasal kuralların yazılı olarak benimsenmesi ve tespit edilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Rapor için bkz., <https://www.instituteforgovernment.org.uk/sites/default/files/publications/framework-reviewing-uk-constitution.pdf>, Erişim Tarihi: 27.06.2024.

KAYNAKLAR

- Alder, John, *Constitutional and Administrative Laws*, Tenth Edition, Palgrave, 2015.
- Anayurt, Ömer, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023.
- Bradley, Anthony; Ewing, Keith; Knight, Christopher, *Constitutional and Administrative Law*, Sixteenth Edition, Pearson, 2015.
- Carroll, Alex, *Constitutional and Administrative Law*, Tenth Edition, Pearson, 2021.
- Colin Turpin, Adam Tomkins, *British Government and the Constitution*, Sixth Edition, Cambridge University Press, 2007.
- Fleming, Tom; Schleiter, Petra; “What happened to the Constitution, Democracy and Rights Commission?”, <https://constitution-unit.com/2022/04/12/what-happened-to-the-constitution-democracy-and-rights-commission/>, (Erişim Tarihi: 27.06.2024).
- Frederick, Fernand Ridley, “There is No British Constitution: A Dangerous Case of The Emperor’s Clothes”, *Parliamentary Affairs*, Volume 41, Issue 3, July 1988, ss. 340–361.
- Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt I*, Ekin Yayınevi, 2. Baskı, Mart 2020.
- Grace, Jamie, *Key Facts Key Cases: Constitutional & Administrative Law*, Routledge, 2016.
- Gülgeç, Yahya Berkol, *Normlar Hiyeraşisi*, XII Levha Yayınları, 3. Baskı, 2022.
- Jennings, Sir Ivor, *The Law and the Constitution*, 5th Edition, London, University of London Press, 1959.
- Keskin, Erdoğan, “İngiliz Anayasa Hukukunda Parlamentonun Üstünlüğü İlkesi, Sınırları ve Brexit”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 25, Sayı 1, Haziran 2021.
- Leyland, Peter, *The Constitution of The United Kingdom: A Contextual Analysis*, 4th Edition, Hart Publishing, Great Britain, 2021.
- McGarry, John, *Constitutional and Administrative Laws*, Routledge, 2014.
- Oğuz, Arzu, *Karşılaştırmalı Hukuk*, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.
- Özbudun, Ergun, “İngiltere’de Parlâmento Egemenliği Teorisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 25, Sayı 1, 1968.
- Ridges, Edward Wawel (Terc. Mukbil Özyörük), “İngiliz Anayasa Hukuku”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 951, Cilt 8, Sayı 3-4.
- Ryan, Mark; Foster, Steve, *Unlocking Constitutional and Administrative Laws*, 5th Edition, Routledge, 2023.
- Sellick, Joanne, *Key Facts - Constitutional and Administrative Law*, 4th Edition, Hodder Education, 2010.
- Taylor, Chris, *Constitutional and Administrative Law*, 5th Edition, Pearson, 2021.
- Yalçınkaya, Namık Kemal, *İngiliz Hukuku*, Eroğlu Matbaası, Ankara 1981.

KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m.278)*

The Crime of Failure to Report Crime (TPC art.278)

Enver KAŞLI**

ÖZ

Suçu bildirmeme suçu, işlenmekte olan veya işlendikten sonra neticelerini sınırlandırma olanağı bulunan suçtan haberdar olan kişilerin yetkili makamlara ihbarda bulunma yükümlülüğüne aykırılığı cezalandırmaktadır. Suçu bildirmeme suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m.278'de "adliyeye karşı suçlar" arasında düzenlenmektedir. Suçu bildirmeme suçuyla korunan hukuki yarar açıklayan görüşler arasında toplumsal dayanışmanın sağlanması görüşü öne çıkmaktadır. Bu suç, gerçek ihmali suçtur ve soyut tehlike suçudur. Suç, özgü bir suç olmadığı için herkes fail olabilir. Ancak suç ortaklarının ve suç mağdurunun fail olmasıyla ilgili farklı görüşler bulunmaktadır. Suçu bildirmeme suçu, kasten işlenmektedir. Suçla ilgili düzenleme yürürlüğe girdikten sonra önce 2012 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş, daha sonra kanuna eklenen fıkrayla tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından şahsi cezasızlık hali düzenlenmiştir. Suçla ilgili muhakeme hukukunda 2016 yılında yapılan kanun değişikliğiyle bu suç önödeme kapsamına alınmış, 2019 yılında yapılan kanun değişikliğiyle ise basit yargılama usulünün uygulanması mümkün hale gelmiştir.

Anahtar Kelimeler: Suçu bildirmeme suçu, suç ihbarı, ihbar yükümlülüğü, suç ihbarı, şüpheli işlem.

ABSTRACT

The crime of failure to report crime punishes the violation of the obligation of those who are aware of a crime that is being committed or who have the opportunity to limit its consequences after it is committed, to notify the competent authorities. The crime of not reporting the crime is regulated among the "crimes against the justice" in article 278 of the Turkish Penal Code(TPC). Among the views explaining the legal benefit protected by the crime of failure to report crime, the view of ensuring social solidarity stands out. This crime is a crime of real negligence and abstract danger. Since the crime is not a specific crime, anyone can be the perpetrator. However, there are different opinions about the accomplices and the crime victim being the perpetrators. The crime of failure to report crime is committed intentionally. After the crime-related regulation came into force, it was annulled

* Makale gönderim tarihi: 19.04.2024. Makale kabul tarihi: 15.10.2024. Enver Kaşlı, "Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m.278)", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 2, 2024, s. 89-114, DOI: <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2024.11.2.6>.

** Dr., Ankara Emniyet Müdürlüğü, kaslienver@gmail.com, [0000-0001-7738-1233](https://orcid.org/0000-0001-7738-1233).

Çatışma Beyanı: Yazar/lar herhangi bir çatışma beyanı bildirmemiştir.

by the Constitutional Court in 2012, and with the paragraph added to the law after the annulment decision, a state of personal impunity was regulated for those who may refrain from testifying. With the change in the criminal procedure law made in 2016, this crime was included in the scope of prepayment, and with the change in the law made in 2019, it became possible to apply the simple trial procedure.

Keywords: Failure to report crime, reporting crime, obligation to report, crime reporting, suspicious transaction.

Giriş

Devletin temel görevlerinden birisi suç işlenmesini önlemek ve işlenmiş suçların faillerini yakalayıp cezalandırarak kamu düzenini korumaktır. Devletten kamu düzenini korumasını istemek bir hak olduğu gibi işlenen suçları devlete bildirmek de bir yükümlülüktür.¹ Suçu bildirme yükümlülüğü, istisnai bir yükümlülük gibi görünse de kamu görevlileri ve sağlık mensupları da dâhil olmak üzere birçok mevzuatta suçla ilgili ihbarın mecburi olduğu görülmektedir. Toplumun genelini ilgilendiren bildirim yükümlülüğü suçu bildirmeme suçu başlığında yer almaktadır. Suçu bildirmeme suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu(TCK) İkinci Kitap Dördüncü Kısım m.278’de², “adliye karşı suçlar” arasında düzenlenmektedir. Suçu bildirmeme suçunun temelinde, suçun tarafı olmayan ancak suçtan haberdar olan kişilerin yetkili makamlara ihbarda bulunma yükümlülüğüne aykırılığı bulunmaktadır. Bu açıdan bakıldığında suçu bildirme, suç ihbarını da kapsamaktadır, hatta bildirim yükümlülüğü yerine ihbar yükümlülüğü de kullanılmaktadır.³ Nitekim sözlükte ihbar kelimesi tanımlanırken bildirme, bildirim, haber verme, suçlu kabul edilen bir kişiyi veya suç zannedilen bir olayı gizlice yetkili makama bildirme, ele verme olarak tarif edilmektedir.⁴

1 Mahmut Koca, “Çocuk İstismarında İhbar Yükümlülüğü”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 1, 2012, s. 114; İsa Döner, “Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m.278)”, *AÜEHFD*, Cilt 9, Sayı 3-4, 2005, s. 64

2 “(1) İşlenmekte olan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) İşlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

(3) Mağdurun on beş yaşını bitirmemiş bir çocuk, bedensel veya ruhsal bakımdan engelli olan ya da hamileliği nedeniyle kendisini savunamayacak durumda bulunan kimse olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılır.

(4) Tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından cezaya hükümlenmez. Ancak, suçu önleme yükümlülüğünün varlığı dolayısıyla ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır”.

3 Selahattin Kolcu, *TCK’da Suçu Bildirmeme Suçu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, s. 52.

4 Türk Dil Kurumu, “İhbar”, *Güncel Türkçe Sözlük*, (Erişim 2 Ocak 2024).

Ceza hukuku, işlenmekte olan veya işlenmiş olsa bile sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suçta yetkili makamlara bildirmeyi bir yükümlülük olarak düzenlemektedir. Bu yükümlülüğe uygun davranılmaması halinde ise kanunda düzenlenen cezanın uygulanması öngörülmektedir. Dolayısıyla suçta bildirmeme suçunda yer alan düzenleme ihbar hakkı yerine ihbar yükümlülüğünü düzenlemektedir.⁵ İhbar yükümlülüğüyle ilgili olarak ülkelerin hukuk düzeninde veya zaman içinde değişimler yaşanabilmektedir.⁶ Mesela Almanya’da ağır bir suçun planlandığını bilmesine rağmen durumu yetkili mercilere bildirmemek, Fransa’da terör olayları gibi belirli ağır suçları bildirmemek, Polonya’da, Finlandiya’da ve İtalya’da bazı katalog suçları bildirmemek suçta bildirmeme suçta kapsamında düzenlenmiştir.⁷ Mülga 765 sayılı TCK’da bildirim yükümlülüğüyle ilgili olarak bazı düzenlemelerde (m.151, 235, 530 vb.) bildirim yükümlülüğüne yer verilirken, 5237 sayılı TCK m.278’dekine benzer bir suçta yer almamaktaydı.⁸

I. Suçta Korunan Hukuki Değer

İşlenen bir suçta yetkili makamlara bildirilmesi, kamu düzeninin devamı ve adliyenin işleyişi açısından büyük önem taşımaktadır. İşlenen bir suçta haberi olan kişinin, bu durumu soruşturma yapmaya yetkili makamlara bildirmesi suçta ilgili soruşturma işlemlerinin başlamasını sağlamaktadır. Olaya el koyan yetkili makamlar, suçta failini yakalayarak, mağdurlarını belirleyerek ve delillerini toplayarak adaletin gerçekleşmesini sağlamaktadır. İşlenmiş bir suçta yetkili makamlara bildirilmemesi ise tam aksine olayın karanlık sayılar arasında kalmasına neden olmakta, başta mağdurlar olmak üzere toplumda adalete olan güven duygusunun zedelenmesine neden olmaktadır.

Suçta bildirmeme suçta korunan hukuki yararı açıklarken doktrinde farklı görüşlerden bahsedilmektedir.⁹ İlk görüşe göre suçta bildirmeme suçta, dolaylı olarak bildirim konusu olan asıl işlenen suçta koruduğu hukuki değerini korumasını sağlamaktadır.¹⁰ İkinci fikre göre bu suçta amacı suçta işlenmesini

5 Yener Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma Suçları*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 288.

6 İhbar yükümlülüğüne dair tarihi gelişim için bkz. Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku’nda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 42-43.

7 Ünver, s. 294-296; Göksu Işık, “Hukuki Güvenlik İlkesi Bağlamında Suçta Bildirmeme Suçta”, *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 6, 2017, s. 173.

8 Hasan Gerçekler, *Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 2489; Işık, s. 164.

9 Mustafa Ruhan Erdem, “Suçta Bildirmeme Suçta (TCK m. 278)”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 80, 2009, s. 106; Ünver, s. 283.

10 Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 1401; Erdem, s. 107.

önlemektir.¹¹ İşlenen bir suçla ilgili olarak suçtan haberi olan kişilerin yetkili makamlara ihbarda bulunmaya mecbur olması, suç işleyen kişilerin yakalanmasını sağlayabileceği için suç işleme düşüncesi olan faillerin bu düşüncüyü gerçekleştirmekten vazgeçirebileceğinden suçun önlenmesi bu suçla korunan hukuki değerler arasında sayılmaktadır.¹² İşlenen suçun yetkili makamlara ihbar edilmesi henüz işlenen bir suçun daha ağır zararlara neden olmasını engelleyerek de önleme sağlayabilmektedir. Üçüncü görüşe göre ise bu suç, kişiler arasındaki dayanışmayı sağlamaktadır.¹³ Zira kişinin, başka birinin mağduriyetiyle ilgili olarak yetkili makamlara bildirimde bulunması toplumsal dayanışmanın bir gereği olarak kabul edilirse adliyenin de işlenen suça el koyması kolaylaşmaktadır. Son olarak dördüncü görüşe göre ise bu suç, adil yargılanma hakkını korumaktadır.¹⁴

Suçu bildirmeme suçuyla korunan hukuki değeri açıklayan görüşler birlikte değerlendirildiğinde suçtu bildirmeme suçuyla birden fazla hukuki değerin korunduğu söylemek mümkün olmakla birlikte bu görüşler arasında toplumsal dayanışmanın sağlanması daha öne çıktığı kanaatindeyim. Zira bu suçun, dolaylı olarak bildirim konusu olan asıl işlenen suçun koruduğu hukuki değerin korunmasına öncelik verilmiş olsaydı ihbara konu olayın niteliğine göre suçtu bildirmeme suçuna verilecek cezanın da ciddi anlamda değişmesi gerekirdi. Kanundaki düzenlemede ise ihbarda bulunulmayan suçun niteliğine göre ceza artırılması nitelikli bir hal olarak sayılmamakta mağdurun yaşına, engellilik ve hamilelik durumuna göre suçun nitelikli hali düzenlenmektedir. Ayrıca zaman içinde yeni suçlar ortaya çıkabileceği için suçtu korunan hukuki değerin sınırlandırılması mümkün olmadığı için eleştiriye açıktır.¹⁵ Suçu bildirmeme suçuyla, suçun önlenmesine öncelik verilseydi olaydan haberdar olan kişiyi sadece bildirim yükümlülüğüyle sınırlı tutmak yerine faili yakalama, olaya müdahale eden kolluğa yardım etme, meşru savunmada bulunma gibi başka yükümlülükler de getirilebilirdi. Ancak üçüncü kişi lehine olarak Ceza Muhakemesi Kanunu m.90'da yer alan yakalama tedbiri ve TCK m. 25'de düzenlenen meşru savunma hakkı bir zorunluluk olarak düzenlenmemiştir. Bununla birlikte suçtu önleme ve suçluyu cezalandırma açısından bakıldığında ise suçtu önleme daha ön plandadır. Zira bu suç ile suç işleyenlerin cezalandırılması is-

11 Çetin Arslan, Bahattin Azizağaoğlu, *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Asil Yayınları, Ankara, 2004, s. 1117.

12 Ümit Kocasakal, *Türk Ceza Kanunu'nda Suçu Bildirmeme Suçları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 33-34.

13 Döner, s. 64.

14 Ünver, s. 283.

15 Ünver, s. 284.

tenmiş olsaydı işlenmiş-tamamlanmış suçların da ihbar bildirim yükümlülüğü içinde olması gerekirdi. Cezalandırma fonksiyonu bakımından işlenmekte olan veya tamamlanmış suçlar açısından herhangi bir ayırım yapılmasına gerek yoktu. Kanunda ise sadece işlenmekte olan veya neticelerin sınırlandırılabilir suçların bildirilmesi istenmektedir. Ayrıca asıl suçun mağdurlarının kendilerini savunmayacak durumda olması nedeniyle cezanın artırılmasının öngörülmesi de önleme amacının önde olduğunu göstermektedir. Katıldığım görüşe göre suçu bildirmeme suçuyla, işlenen veya işlenmiş olsa bile sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suçu yetkili makamlara bildirme, bir yükümlülük olarak düzenlenerek diğer kişilerin suça karşı tepkisiz kalmasının engellenmesi toplumsal dayanışmayı korumaya çalışmaktır. Bu açıdan bakıldığında da bu suçun, adliyeye karşı suçlar yerine tıpkı suç işlemeye tahrik, suçu ve suçluyu övme gibi topluma karşı suçlar içinde yer alması daha uygun olurdu.

II. Suçun Maddi Unsurları

Devletin suçla etkin mücadele edebilmesi için suç oluşturan olayların yetkili makamlara bildirilmesi büyük önem taşımaktadır. Suçu bildirmeme suçu, bireylerin devletin suçla mücadelesine bildirim yükümlülüğü getirerek aktif katılımını beklemektedir.¹⁶ Türk Ceza Kanununda suçu bildirmeme hareketiyle işlenebilecek üç farklı suç(m.278, m.279 ve m.280) bulunmaktadır. TCK m.278'de tanımlanan suçu bildirmeme suçu genel nitelikli suçu bildirmeme suçudur.¹⁷ Bu suçta, suç türü ve faili açısından herhangi bir sınırlama olmadığı için diğer iki suçla kıyasla genel niteliktedir.

Suçtu bildirmeme suçu, serbest hareketli¹⁸ ve gerçek ihmali suçtur.¹⁹ İhmali suçlarda ihmal, hukuk düzeni tarafından yapılması emredilen fiillerin yapılmamasıdır. Başka bir ifadeyle ihmalde kişi yapmak zorunda olduğu bir hareketi yapmamaktadır. İhmali suçlarda fail, kendi yükümlülüğüne uygun hareket etmeyerek pasif davranışla ceza kanunlarını ihlal etmektedir.

Suçtu bildirmeme suçunun kesintisiz suç niteliği vardır. Bildirim yükümlülüğü, suç işlendiğinden haberdar olunması anından başlayıp yetkili makamların haberdar olmasına kadar devam etmektedir.²⁰ Bir görüşe göre suçu

16 Ünver, s. 288.

17 Zeki Hafizoğulları, Bülent Hayri Acar, "Suçu Bildirmeme Suçları", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 1, 2016, s. 180; Kolcu, s. 56.

18 Ünver, s. 291.

19 Erdem, s. 108; Tezcan vd., s. 1402.

20 İzzet Özgenç, "İcrai Suça İhmali Davranışla İştirak: Anayasa Mahkemesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirmeler", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, Cilt 2, Sayı 1-2, 2014, s. 4-5, (İcrai).

bildirmeme suçu, somut tehlike suçudur.²¹ Ancak katıldığım başka bir görüşe ise suçu bildirmeme suçu, soyut tehlike suçudur. Suçun tipik fiil unsurunun gerçekleşmesi için bildirmeme eylemi yeterli olduğundan bu suç, soyut tehlike suçudur.²²

Suçu bildirmeme suçuyla alakalı olarak bir olayı değerlendirirken failin, işlenen suçu önlemeye garantör olmaması gerekmektedir. Fail, işlenen suçu önlemekle görevliyse cezai sorumluluğu suçu bildirmeme suçu yerine asıl işlenen suçu ihmali hareketle işlemek fiiline göre belirlenecektir.²³

A. Fail

Suçu bildirmeme suçu, özgü bir suç olmadığı için herkes bu suçun faili olabilir.²⁴ Bu noktada özellikle TCK m.279'da düzenlenen kamu görevlisinin suçu bildirmemesi ve TCK m.280'de düzenlenen sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçları, suçu bildirmeme suçu bakımından kamu görevlilerinin ve sağlık mesleği mensuplarının fail olmasını engellemediğini belirtmek gerekir.²⁵ Suçu bildirmeme suçu, işlenmekte olan veya işlenmiş olsa bile sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suçu yetkili makamlara bildirmemeyi cezalandırmaktadır. TCK m.279 ve TCK m.280'de ise hem işlenmiş bir suçun bildiriminden hem de bu suçun görevle bağlantılı olarak öğrenilmesi gerektiğinden bu suçların düzenleme konuları birbirinden farklıdır.²⁶

İşlenen suçun failinin, suçu bildirmeme suçunun faili olması mümkün değildir.²⁷ Suç failinin suçla alakalı olarak yetkili makamlara bildirimde bulunması bazı suçlar açısından cezayı ortadan kaldıran veya hafifleten bir sebep olarak etkin pişmanlık başlığıyla düzenlenmiş olsa da ceza hukukundaki temel kural, hiç kimsenin kendini veya yakınlarını suçlamaya zorlanamaması(*nemo tenetur*) ilkesidir. Bu ilke, Anayasa m.38/5'te "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz" olarak düzenlenmektedir.

Kanun metninde suçun mağduru, suçtan zarar göreni, tanığı ve/veya suça iştirak edenlerin bu suçun faili olamayacağına (veya bu kişilerin cezalandırılmayacağına) dair açık bir düzenleme bulunmadığı için bu kişilerin de suçu bil-

21 Erdem, s. 108; Tezcan vd., s. 1402.

22 Ünver, s. 310; Gerçekler, s. 2490; İbrahim Şahbaz, *Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 3176.

23 Erdem, "Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m. 278)", 108.

24 Ünver, s. 291; Tezcan s. 1402; Gerçekler, s. 2490; Hafızoğulları, Acar, s. 185; Özgenç, İcrai, s. 4.

25 Tezcan vd., s. 1403, Aksi görüş için bkz. Döner, s. 71.

26 Erdem, s. 291.

27 Erdem, s. 10; Ünver, s. 285.

dirmeme suçunun faili olabileceği öne sürülmektedir.²⁸ Yargıtay uygulamasında benimsenen başka bir görüşe göre ise asıl suçun faili veya suç ortakları, bu suçun faili olamaz.²⁹ Anayasa m.38/5'te yer alan hüküm bu suç açısından doğrudan uygulanabilir niteliktedir, özel bir cezasızlık nedeni düzenlenmesi zorunlu değildir.³⁰ Yine asıl suçun mağduru; suç başka kişilerin, toplumun veya devletin hukuki yararına değilse bu suçun faili olamaz.³¹ Bu görüşü destekleyen başka bir hukuki gerekçe ise bazı suçlarda soruşturma başlamadan önce yetkili makamlara yapılan bildirimlerin etkin pişmanlık kapsamında değerlendirilmesidir. Eğer suçu bildirme bu kişiler açısından bir yükümlülük olsaydı etkin pişmanlık kapsamında cezalarının hafifletilmesi veya kaldırılmasına gerek olmazdı. Bununla birlikte kanun metni lafzi ve tarihi yorum metoduyla incelendiğinde; Anayasa Mahkemesinin TCK m.278 ile ilgili iptal kararında kanun ilk halinde Anayasa m.38/5'in ceza sorumluluğunu kaldırmak için doğrudan uygulanabilir bir hüküm olarak görülmediği için son fıkrayla şahsi cezasızlık sebebinin eklendiği dikkate alındığında suçun mağduru, suçtan zarar göreni, tanığı ve/veya suça iştirak edenlerin bu suçun faili olamayacağına dair açık bir düzenleme bulunmadığı sürece ceza sorumluluğunun devam ettiği değerlendirilmektedir.

İhmalî bir davranışla işlenen suçu bildirmeme suçunda bahsedilen kişilerin fail olabilmesi, basit bir suç için bile suçun mağduruna, suçtan zarar görenine, tanığına ihbar yükümlülüğü yüklenerek adeta sonu belirsiz bir insan zincirini ceza tehdidi ile karşı karşıya bırakmaktadır. Hatta örneğin takibi şikayete bağlı asıl suç şikayet olmaksızın muhakeme edilememesine rağmen, bu suçtan haberdar olup yetkili makamlara bildirmeyenler ikinci suçun faili olması gerekir.³²

28 Ünver, s. 286-288.

29 Yargıtay 14. Ceza Dairesi. 2013/988 E. 2014/11586 K., 23.10.2014'de "Sanık ... hakkında kamu görevlisinin suçu bildirmeme suçundan kurulan hükmün incelenmesinde ise; Köy muhtarı olan ve... ile ... tarafından zorla kaçırıldığı bildirildiği mağdureyi evine almak suretiyle işlenen kişi hürriyetinden yoksun kılma suçuna yardım eden olarak katılan sanığın bu durumu ayrıca yetkili makamlara bildirmemesinin beklenemeyeceği, bu nedenle atılı suçun unsurları itibarıyla oluşmadığı gözetilmeden beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi, kanuna aykırı,...) denilmektedir. Yargıtay 16. Ceza Dairesi 2015/6672 E. 2016/372 K., 21.01.2016'da "Sanığın,... ile birlikte gerçekleştirdiği uyuşturucu ticareti suçundan haklarında soruşturma yapıldığı sırada ...'nun kendisini ... olarak tanıtır kimlik bilgilerini verdiğini bildiği halde bunu soruşturma ve kovuşturma yapan makamlara bildirmemesi nedeniyle bu şekilde kamu davasının açıldığı olayda, suçu birlikte işlediği kişinin gerçek kimliğini bildirmemesinin savunma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve suçu bildirmeme suçunun yasal unsurları itibarıyla oluşmadığı gözetilmeden sanığın yüklenen suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi, ... kanuna aykırı..." denilmektedir.

30 Hafizoğulları, Acar, s. 194

31 Tezcan vd., s. 1403.

32 Ünver, s. 293; Bildirim yükümlülüğünün takibi şikayete bağlı suçları kapsamadığı da öne sürülmektedir. Bkz. Döner, s. 78-79.

Suçun failiyle ilgili belirtilmesi gereken diğer bir nokta failin suçu önleme yükümlülüğü altında olmaması gerektiğidir. Fail, suçu önleme konusunda garantör konumundaysa ceza sorumluluğu suçu bildirmeme suçu yerine işlenmesine engel olmadığı suçu ihmali hareketle işlemek fiiline göre belirlenecektir.³³ Başka bir görüşe göre ise icrai davranışla işlenen suça ihmali davranışla müşterek fail sıfatıyla iştirak etmek mümkün olmadığı³⁴ için bu suçun ihmali bir davranışla işlenebilmesi ayrı bir suç değilse yardım eden sıfatıyla sorumlu olacaktır.³⁵ Bu durum kanunda “suçu önleme yükümlülüğünün varlığı dolayısıyla ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır” denilerek düzenlenmektedir.

B. Fiil

1. İşlenmekte Olan Bir Suçun Olması veya İşlenmiş Olmakla Birlikte Neticelerini Sınırlandırma Olanağının Bulunması

Suçü bildirmeme suçunun oluşması için öncelikle işlenmekte olan veya işlenmiş olsa bile neticelerini sınırlandırma olanağı bulunan bir suçun varlığı gerekmektedir. Her ne kadar kanun gerekçesinde “izlenen suç siyaseti gereğince sadece belli suçların bildirilmemesi veya sadece belli kişilerin bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi, suç olarak tanımlanmıştır”³⁶ denilmektedir ve suç türleri açısından herhangi bir ayırım yapılmamaktadır. Dolayısıyla bildirim yükümlülüğü bakımından suçun kasten veya taksirle işlenen bir suç olması, suçun cezasının ağırlığı, suç işleyen fail sayısı, suçun TCK’da veya özel bir kanunda düzenleniyor olması önem taşımamaktadır.³⁷ Kanun gerekçesindeki ifadelere bakılarak kanunun uygulamasının değiştirilmesi de mümkün değildir. Kanun gerekçesinden, kanun düzenlemesinin amacını ortaya koymak veya anlaşılmayan bir ifadeyi yorumlamak amacıyla faydalanabilirse de kanun gerekçesindeki açıklamalara bağlı olarak madde metnini genişletmek veya daraltmak mümkün değildir. Dolayısıyla gerekçe yorum için elverişli iken genişletici yorum veya kıyas da kullanılamaz.³⁸ Kanun metnine göre işlenmekte olan veya işlenmiş olsa bile neticelerini sınırlandırma olanağı bulunan herhangi bir suçla ilgili olarak bildirim yükümlülüğünün ihlal edilmesi durumunda suçü bildirmeme suçu oluşacaktır. Suçu düzenleyen kanun maddesi yürürlüğe

33 Tezcan vd., s. 1402.

34 İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 623 (Türk); Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021, s. 459, 460.

35 Özgenç, *İcrai*, s. 6-7.

36 Gerçekler, s. 2488.

37 Tezcan vd., s. 1404-1405.

38 Ünver, s. 297.

girmeden önce yapılan tartışmalarda bildirim yükümlülüğünün kapsamının geniş olduğu, belirli suçlarla ilgili bu yükümlülüğün sınırlandırılması öne sürülmesine rağmen kanun maddesi, takibi şikayete bağlı suçları bile istisna tutmamaktadır.³⁹

Bir suçun “işlenmekte” olması suçun teşebbüs aşaması ile sona ermesi arasındaki zaman dilimini kapsamaktadır.⁴⁰ Dolayısıyla bildirim yükümlülüğü, asıl suça hazırlık hareketlerini kapsamamaktadır.⁴¹ Suça hazırlık hareketleri, ayrıca bir suç oluşturmadığı sürece, asıl suç bakımından bile cezalandırılmazken bu filleri bildirmemenin cezalandırılmış olsaydı mantığa aykırı olurdu. Asıl işlenen suçta gönüllü vazgeçme veya elverişsiz teşebbüs durumlarında da bildirim yükümlülüğü bulunmamaktadır.⁴² Bu noktada ayrıca belirtmek gerekir ki suçu bildirmeme suçunda her ne kadar işlenmekte olan suçun niteliğine dair herhangi bir ayırım gözetilmemiş de bu suçun uygulanmasında asıl suçun neticeli suçlar olduğu kabul edilmelidir, zira sırf hareket suçlarında bildirim yükümlülüğün olduğunu kabul etmek birçok kişiyi cezai sorumluk altına sokmaktadır. Örneğin sosyal medyada işlenen bir hakaret suçunu gören kişiler bu suçu ihbar etmediğinde suçu bildirme yükümlülüğüne aykırı hareket ettiklerinin tartışılması gerekir. Mütemadi suçları da “işlenmekte” olan suçlar içinde değerlendirmek gerekir.⁴³ Mütemadi suçlarda suç bitmeden önce yapılacak bildirimlerin, henüz “işlenmekte” olan suçla ilgili olduğu belirtilmektedir.⁴⁴

Suçu bildirmeme suçunun oluşması için herhangi bir suçla ilgili olarak bildirim yükümlülüğünün ihlal edilmesi gerekmektedir. Bu noktada suç ile disiplin suçu ve kabahat ayırımının önemli olduğunu belirtmek gerekir. Suçu bildirmeme suçu; disiplin suçları, haksız fiilleri veya kabahatlerle ilgili bildirim yükümlülüğü getirmemektedir.⁴⁵ Suçu bildirmeme suçu, bir tehlike suçu olduğundan dolayı asıl suçu işleyen kişinin kusurluluk durumu bildirim yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır.⁴⁶

39 Ünver, s. 290-291; Gerçeker, s. 2490; Şahbaz, s. 3174.

40 Tezcan vd., s. 1405; Kocasakal, s. 60-61.

41 Gerçeker, s. 2490.

42 Tezcan vd., s. 1405.

43 Yargıtay 14. Ceza Dairesi 2011/4048 E. K. 2012/8182., 11.9.2012’de “Sanıklar ... ve ...’in suç tarihinde 15 yaşından küçük olan kızları mağdure ...’in sanıklar ..., ... ve ... tarafından hürriyetinden yoksun bırakıldığını bildikleri halde, işlenmekte olan suçu yetkili makamlara bildirmediğilerinden suçu bildirmeme suçundan mahkûmiyetlerine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı gerekçelerle beraatlerine karar verilmesi,... Kanuna aykırı...” denilmektedir.

44 Koca, s. 120; Kocasakal, s. 68-69.

45 Tezcan vd., s.1405; Gerçeker, s. 2490.

46 Tezcan vd., s. 1405.

Bildirim yükümlülüğüne konu fiilde hukuka aykırılık olması koşulu bulunması gerektiği, eğer işlenen fiil hukuka uygunsa bildirim yükümlülüğü de olmadığı belirtilmektedir.⁴⁷ Dolayısıyla bildirim yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle şüpheli veya sanık olan kişi, asıl dosyada bulunan hukuka uygunluk sebeplerinden faydalanması gerekmektedir.

Kanunda geçen “işlenmekte olan bir suç” ifadesi, ceza muhakemesi hukukundaki suçüstü kavramına benzemektedir.⁴⁸ Suçüstü halinin kapsadığı zaman dilimi, suçu bildirmeme suçundaki bildirim yükümlülüğünün geçerli olduğu zaman dilimini de kapsıyor olsa da bu iki kavramın birbiriyle herhangi bir bağlantısı bulunmamaktadır. Kanuna göre bildirilmesi gereken suç, sadece işlenmekte olan suç ile sınırlıdır ceza muhakemesi hukukunda benimsenen suçüstü hali ise üç farklı hali kapsamaktadır. İşlenmekte olan suçu bu üç durumdan sadece bir tanesini oluşturduğundan dolayı suçüstü hali olarak kabul edilebilecek tüm durumlar işlenmekte olan suçu ile aynı değildir. Başka bir ifadeyle her işlenmekte olan bir suç, suçüstüdür ancak her suçüstü, işlenmekte olan bir suç demek değildir.⁴⁹ İşlenmekte olan suçu kavramını da suçüstü hali ile eşdeğer görmek ceza hukukunda geçerli kanunilik ilkesine, kıyas yasağına ve genişletici yorum yasağına aykırı olacaktır. Dolayısıyla işlenmekte olan suç kavramı yerine ceza muhakemesindeki suçüstü kavramını kullanmak hatalı olacaktır.⁵⁰

Bildirim yükümlülüğü, kanunun ikinci fıkrasında düzenlenen “işlenmiş olmakla birlikte neticelerini sınırlandırma olanağı” bulunan hallerde de geçerlidir. İkinci fıkrada yer alan bu düzenlemenin uygulanabilmesi asıl suçun netice suçu olması gerektiği değerlendirilmektedir.⁵¹ Fail tarafından suç oluşturan hareketler yapılmış olmasına rağmen bildirim yükümlülüğü sayesinde neticenin ağırlaşmasını önlemek ve failin suçtan elde ettiği faydayı önlemek mümkündür.⁵² Bir suç işlendikten sonra neticenin önlenilebileceği zaman dilimi, bir suçun işlenme anını belirlemeye göre daha belirsizdir ve olayın koşullarına göre bu zaman dilimi değişebilmektedir. Neticelerin halen sınırlandırılabilir olması koşulu, neticelerin kısmen veya tamamen sınırlandırılabilir olması ayrımı için açık bir hüküm taşımadığından dolayı kısmen olsa bile neticelerin halen sınırlandırılabilir olduğu hallerde yapılan bildirimlerin suçu oluşturmayacağı değerlendirilmektedir.⁵³

47 Erdem, s. 111-112; Tezcan vd., s. 1405.

48 Döner, s. 73.

49 Şahbaz, s. 3174.

50 Ünver, s. 292.

51 Tezcan vd., s. 1406.

52 Döner, s. 75.

53 Ünver, s. 299.

Kanunun ikinci fıkrasında geçen “netice” kavramından ne anlaşılması gerektiğini de incelemek gerekir. Kanun gerekçesinde verilen örneğe göre “ıcrası tamamlanmış olan bir hırsızlık sonucunda elde edilmiş olan malların bir depoda saklandığının bilinmesine rağmen, durumdan yetkili makamların haberdar edilmemesi, bu suç oluşturacaktır”.⁵⁴ Dolayısıyla maddenin bu fıkrasındaki netice kavramını, ceza hukukunda benimsenen suç tipinde ortaya çıkan teorik(tipik) netice yerine olayın koşullarına göre zararın önüne geçilebilecek durumları kapsayacak şekilde daha geniş anlamda kullanıldığını kabul etmek gerekir.⁵⁵ Başka bir görüşe ise kanun gerekçesinde verilen bu örnek, suç işlenip neticelerin sınırlandırma imkanı kalmadığı için madde metnine uygun değildir, kanun metninde geçen netice ifadesi sadece tipik neticeyle sınırlıdır.⁵⁶

2. Failin Suçla İlgili Bilgi Sahibi Olması

Bildirim yükümlülüğünün özünde failin suçla ilgili bilgi sahibi olması bulunmaktadır. Failin kendisinin bilgi sahibi olmadığı bir konuda yetkili makamlara bildirimde bulunmasını beklemek olayın maddi gerçekleriyle ilgisiz olacaktır. Bildirim yükümlülüğü için failin suç olayıyla ilgili bilgi sahibi olması yeterlidir. Suç faili veya ortaklarının bilinmesi esas olarak zorunlu değildir.⁵⁷

Öğretide yer alan görüşlere göre bildirimde bulunacak kişi, kimliğini açıklamak zorunda değildir. Suçla ilgili yapılan anonim bildirim de yükümlülüğün yerine getirilmesi için yeterlidir.⁵⁸ Oysaki Türk hukukunda ihbar ve şikayet hakkını da kapsayan bildirimde dilekçe hakkı bulunmaktadır. Dilekçe hakkı kullanılırken anonim olarak bu hakkın kullanılması mümkün değildir. Kişinin kimliğini açıklamadan suç bildiriminde bulunabilmesine ilişkin bazı yasal düzenlemeler (örneğin 4483 sayılı kanun m.4) bulunmasına rağmen ceza muhakemesinin genel hükümlerinde anonim ihbar yapılabileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte anonim ihbarı yapan kişinin suçun şüphelisi olduğu tespit edilirse fail, sorumluktan kurtulacaktır.

54 Gerçekler, s. 2488.

55 Ünver, s. 299.

56 Tezcan vd., s. 1406; Yargıtay 1. Ceza Dairesi 2017/3654 E. 2019/4942 K., 13.11.2019’da “Sanık ...’ın maktulün öldürülmüş ve arabanın içerisinde sanık... tarafından konulmuş bir vaziyetteyken olay yerine gelmesi ve durumu öğrenmesine rağmen yetkili makamlara olayı bildirmediği şeklinde sübut bulan eyleminde; TCK’nin 278. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında belirtildiği şekilde işlenmekte olan bir suçun ya da işlenmiş olmakla birlikte neticelerinin sınırlandırılması mümkün olan bir durumun olmadığı, somut durumda işlenmiş bir suçun ve ölüm neticesinin gerçekleşmesi hasebiyle neticenin sınırlandırılmış olduğu anlaşılmalıdır...” denilmektedir.

57 Tezcan vd., s. 1407.

58 Erdem, s. 114; Tezcan vd., s. 1407.

3. Bildirimde Bulunmama

Devletin suçla mücadele edebilmesinin en temel şartı işlenen veya işlenmiş bir suçtan haberdar olmasıdır. İşlenen bir suç hakkında yetkili makamlara bildirimde bulunmamaya karşılık olarak ceza öngörülmesi, bildirimde bulunma fiilinin kamusal bir yükümlülük olduğunu ortaya koymaktadır. İşlenen suçların gizli kalması toplumda adalete ve hukuka olan güveni sarsacaktır. Suça gösterilecek kayıtsızlık ve tepkisizlik suç işleyenleri cesaretlendirecek ve sosyal hayata suçluların hâkimiyetini artıracığından dolayı işlenen suçun yetkili makamlar bildirilmesi hukuk tarafından emredilmektedir. Suçu bildirmeme suçunda fiil unsurunu, bildirmeme biçimindeki ihmali davranış oluşturmaktadır.⁵⁹

Bildirmeme fiili, TCK m.278'in yanı sıra m.98, m.166, m.279, m.280 ve m.284'te yer alan suçlarda yer almaktadır. Bildirme kavramı, TCK'da benimsenen bir kavram olmasına rağmen CMK'da geçmemektedir. Suçu bildirmeme suçunu oluşturan bildirmeme fiilinin, ceza muhakemesinde geçerli olan ihbar ile aynı anlama gelip gelmediği konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre bildirimde bulunmak, ihbar anlamına gelmeyip yetkililerin uyarılmasıdır.⁶⁰ Kanaatimce ihbar ve bildirim arasındaki fark, bildirim "yetkililerin uyarılması" anlamından kaynaklanmamaktadır. Kanun metninde ihbar kelimesi kullanılmış olsaydı, kanunun yorumunda ihbar ve şikayet kavramlarının terim anlamından kaynaklanan farklı yorumlar yapılabileceğinden dolayı ihbar kavramını da kapsayan bildirim ifadesi tercih edilmiştir. Dolayısıyla her ihbar, bildirimdir; ancak her bildirim, teknik anlamda ihbar değildir.

Bildirim yapma şekliyle ilgili olarak herhangi bir kural bulunmamaktadır. Bildirim sözlü, yazılı veya başka bir şekilde yapılması mümkündür.⁶¹ Yetkili makamlara yapılan bildirimde suçun tüm detaylarını ihtiva etmesi gerekmemektedir,⁶² bildirimde önemli olan bir suç işlendiği bilgisi, suçla ilgili yer, zaman ve eşkal bilgisi gibi temel ayırt edici bilgilerin bulunmasıdır.⁶³

Bildirimle ilgili olarak değinilmesi gereken önemli bir husus bildirim yapılma zamanıdır. Bildirim yapılacağı zamanı, işlenmekte olan suç olması veya işlenmiş olsa bile neticelerini sınırlandırma olanağının bulunması durumları için ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Bir görüşe göre işlenmekte olan

59 Gerçekler, s. 2491.

60 Erdem, s. 114; Tezcan vd., s. 1407.

61 Erdem, s. 114.

62 Arslan, Azızağaoğlu, s. 1117.

63 Ünver, s. 301.

bir suçun bilgisine sahip olan kişinin derhal yetkili makamlara durumu bildirmesi gerekir.⁶⁴ Başka bir görüşe göre ise işlenmekte olan suçu yetkili makamlara bildirim yapılacak süre kanunda belirlenmiş kesin bir süre olmayıp olayın koşullarına göre değerlendirilmesi gereken fiili bir süredir. Bu süre içinde yapılan bildirim suçu oluşturup oluşturmayacağı da hakim tarafından takdir edilmelidir.⁶⁵ İşlenmiş olmakla birlikte neticelerini sınırlandırma olanağının bulunduğu durumlarda ise yetkili makamlara bildirim suç sona erdikten sonra duruma göre neticelerin daha kötülemeden önce yapılması gerekir.⁶⁶ Ayrıca belirtmek gerekir ki yapılan bildirimle ilgili olarak yetkili makamların konuya vakıf olması şart değildir. Bildirim yükümlülüğünün kapsamı yetkili makamlara olayın bildiriyle sınırlıdır.⁶⁷

Bildirimde bulunma yükümlülüğünün, aynı olayla ilgili diğer kişilerin daha önce bildirim yapmış olması veya kolluğun müdahalesi halinde ortadan kalktığını kabul etmek gerekir.⁶⁸ Aksi halde bir olayla ilgili olarak çok sayıda kişinin suç şüphesi altında kalması mümkün olacaktır. Bununla birlikte öğretide suçun oluşması bakımından yetkili makamların bildirim üzerine harekete geçmesi veya olaya el koymasının bildirim yükümlülüğünü ortadan kaldırmadığı için suçun oluşumunu etkilemediği de öne sürülmektedir. Bildirim yükümlülüğü altında bulunan kişi, kanunda diğer kişiler tarafından yapılan bildirimler veya kolluğun olaya el koyması durumunda suç oluşmayacağı açıkça düzenlenmediği için ancak yetkili makamlara durumu zamanında iletmesi halinde ceza sorumluluğu olmayacaktır.⁶⁹ Başka bir görüşe göre ise soruşturma makamları, suçun işlendiğine veya işlenmekte olduğundan haberdarsa bildirim yükümlülüğünden söz edilemez.⁷⁰ Polonya ceza hukukunda yetkili makamların suçu öğrenmesini, bildirim yükümlülüğünü kaldırdığını açıkça düzenlemektedir.⁷¹

Suç bildiriminin yapılacağı yetkili makamlar kanun maddesinde açıklanmadığı için bildirim yükümlülüğü kapsamında bildirim nereye ve kime yapılacağına da belirlenmesi gerekir. Kanunda geçen “yetkili makamlar” ifadesini belirlemek için yoruma ihtiyaç bulunmaktadır. Bu suçla korunan hukuki yarar toplumsal dayanışmayı sağlamak olduğu için “yetkili makamları” geniş bir yoruma tabi tutmak gerekir. Dolayısıyla bir suçla alakalı bildirim yapılacak

64 Erdem, s. 115; Tezcan vd., s. 1407.

65 Ünver, s. 300-301.

66 Ünver, s. 299.

67 Döner, s. 77.

68 Erdem, s. 115; Tezcan vd., s. 1408.

69 Ünver, s. 301, 305.

70 Özgenç, *İcrai*, s. 4.

71 Işık, s. 176.

yerler arasında ilk etapta akla kolluk gelse de CMK m.158'de sayılan savcılıklar, valilik ve diğer yetkili makamların da bu kapsamda olduğu değerlendirilmektedir.⁷² Mali suçlarla ilgili olarak adli kolluk görevi bulunan⁷³ Mali Suçları Araştırma Kurulu (MASAK)'a yapılan bildirimlerin de yetkili makama yapıldığını kabul etmek gerekir.⁷⁴ Ancak başka bir kuruma yapılan bildirimler suçun oluşmasına engellememektedir.⁷⁵

Bildirimde bulunmama suçundan sorumlu tutulacak kişinin, asıl suça iştiraki olmaması gerekir. Eğer kişi, asıl suçun işlenişine herhangi bir şekilde iştirak etmişse bu kişinin sorumluluğu, suçu bildirmeme yerine asıl suça katılımına göre belirlenmesi gerekir.⁷⁶

C. Suçun Nitelikli Hali

Bu suçun nitelikli halinde asıl işlenen suçun mağdurunun durumu önem arz etmektedir. Eğer mağdur on beş yaşını bitirmemiş bir çocuksa, bedensel veya ruhsal bakımdan engelliye ya da hamileliği nedeniyle kendisini savunamayacak durumdaysa suçun nitelikli hali oluşmaktadır. Bu düzenlemenin temelinde kanunda sayılan kişilerin kendini savunamayacak veya savunmakta zorluk çekebileceklerinden dolayı bildirim yükümlülüğüne daha hassas olunması beklentisi bulunmaktadır.⁷⁷ Mağdurların daha sonradan savunmasızlık durumlarının değişmesi failin sorumluluğunu etkilememektedir.

Maddede sözü edilen mağdur asıl işlenen suçun mağdurudur.⁷⁸ Asıl işlenen suçun mağduru on beş yaşını bitirmemiş bir çocuk ise suçun nitelikli hali oluşmaktadır. Mağdurun yaşı ile alakalı bir tereddüt oluştuğunda öncelikle bu durumun çözümlenmesi gerekir. Ceza mahkemesi bu durumu bekletici sorun yapabileceği gibi CMK m.218'de tanımlanan yetkisini kullanarak kendisi de sorunu çözebilecektir. Mağdurun bedensel veya ruhsal bakımdan engelli olması

72 Gerçekler, s. 2491.

73 İzzet Özgenç, "Şüpheli İşlem Bildiriminin Hukuki Mahiyeti, MASAK'ın Rolü, Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu Üzerine Hukuki Değerlendirmeler", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 25, Sayı 3, s. 277 (Şüpheli).

74 Orçun Kiremitçi, "Karşılaştırmalı Hukukta Şüpheli İşlem Bildirimi ve Mali İstihbarat Birimleri", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Sayı 1, 2023, s. 138-139.

75 Ünver, s. 298, 304.

76 Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 2017/9012 E. 2018/9481 K. 19.9.2018'da "Oluş, tüm dosya kapsamı ve suça sürüklenen çocuğun ikrarına göre temyize gelmeyen diğer suça sürüklenen çocuklarla fikir ve eylem birliği içerisinde bizzat olay yerinde bulunup temyize gelmeyen diğer suça sürüklenen çocuk ...'nun müştekiye ait işyerinin kapısını ve yazar kasayı kırarak para çalar-ken gözcülük yapmak şeklindeki eyleminin iştiraken hırsızlık ve mala zarar verme suçlarını oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde suçu bildirmeme suçundan hüküm kurulması, Yasaya aykırı..." denilmektedir.

77 Gerçekler, s. 2492.

78 Ünver, s. 309.

halinde cezanın artırılması için mağdurun yaşı önem taşımamaktadır. Mağdur sadece bedensel veya sadece ruhsal veya hem bedensel hem ruhsal engelli olması yeterlidir. Hamilelik açısından bakıldığında ise sadece hamile olmak bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanması için yeterli değildir, asıl işlenen suçta mağdur hamileliği nedeniyle kendini savunamayacak durumda olması gerekmektedir. Fıkra yazılı nitelikli haller seçimlik olup birinin, birkaçının veya hepsinin birlikte bulunması halinde cezada bir defa artırım yapılabilecektir. Suçun cezasında yapılacak artırım oranı kanunda kesin bir şekilde belirlenmiş olduğu için hâkimin artırım oranı ve takdir yetkisi ile değiştirmesi mümkün değildir.⁷⁹ Nitelikli hal kapsamında sayılan savunmasızlık durumunun suçun işlendiği anda mağdurda bulunması bu hükmün uygulanması için yeterlidir, savunmasızlık durumunun sonradan değişmesi önem taşımamaktadır.⁸⁰

III. Manevi Unsur

Suçu bildirmeme suçu, kasten işlenmektedir. Suçun oluşumunda genel kast yeterlidir.⁸¹ Başka bir görüşe ise kanundaki “bilinmesine rağmen”, “haberdar olunmasına rağmen” ifadeleri suçun doğrudan kastla işlenebileceğini ifade etmektedir.⁸² Suçun failinin kast; bildirim zamanı, bildirim yapılacağı yetkili makamları ve bildirimde bulunmamayı kapsamaması gerekir.⁸³ Dolayısıyla fail; suçu bildirmesi gerektiği, suçu nereye bildireceğini bilmesine rağmen kasten bildirimde bulunmayarak bu suçu işlemektedir. Failde bu bilinç ve irade yoksa suç oluşmamaktadır.⁸⁴ Ayrıca bu suçun olası kast ile işlenebileceği de ifade edilmektedir.⁸⁵

IV. Hukuka Aykırılık Unsuru

Kanun gerekçesinde belirtildiği üzere suç işlendiğinden haberi olan kişinin bu durumu resmi yetkili makamlara bildirmesi bir yükümlülüktür. Bu yükümlülüğe aykırı olarak suçun yetkili makamlara bildirilmemesi ise bir haksızlıktır.⁸⁶ Bir görüşe göre suç münhasıran mağdurun yararına karşı işleniyorsa ve mağdur bildirimde bulunmaktan vazgeçmişse mağdurun rızası hukuka aykırılığı kaldıracabileceği öne sürülmektedir.⁸⁷ Kanaatimce, adliye karşı işlenen

79 Ünver, s. 309-310.

80 Tezcan vd., s. 1408.

81 Ünver, s. 306.

82 Özgenc, *İcrai*, s. 5.

83 Erdem, s. 116-117.

84 Gerçekler, s. 2494.

85 Ünver, s. 307.

86 Gerçekler, s. 2488.

87 Tezcan vd., s. 1409; Kocasakal, s. 41-42.

suçlar içinde sayılan bu suçun mağduru toplum olarak kabul edildiği için asıl işlenen suçun mağdurun rızası hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmemelidir.⁸⁸

İhbarda bulunmak, bazı durumlarda ihbarda bulunan kişileri suç faillerinin veya suç örgütlerinin hedefi haline getirebilmektedir. Özellikle örgütlü suçlarda ihbarcılar, korktukları için örgüt üyeleri hakkında ihbardan kaçınabilmektedir. Suçla alakalı bildirimde bulunmak, kişi açısından önemli bir tehlike oluşturuyorsa, bildirimde bulunmama fiili için zorunluluk hali gündeme gelecektir.

Suçu bildirmeme suçunda hukuka aykırılık unsurunu incelerken asıl suçla ilgili hukuka uygunluk sebeplerini dikkate almak gerekir. Asıl suç olayıyla ilgili bir hukuka uygunluk nedeninin bulunduğu durumlarda bu koşulların, bildirim yükümlülüğüne aykırılığı da ortadan kaldırması gerekir.⁸⁹

Öğretide sır saklama yükümlülüğü altında olan kişilerin, bu suç kapsamında hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninden faydalanıp faydalanamayacağı hususu tartışmalıdır.⁹⁰ Fransa ve Almanya’da sır saklama yükümlülüğü, açıkça bildirimde bulunma mecburiyetine istisna olarak düzenlenmişken Türk hukukunda bu konuda açık bir düzenleme yoktur.⁹¹ Bir görüşe sır saklama yükümlülüğü altında kişiler, bu hakkın kapsamına uygun olarak suçu bildirme yükümlülüğü altında değildir.⁹² Başka bir görüşe göre ise suçu bildirmeme suçunda herhangi bir istisna görülmediği ve tıpkı sır saklama gibi ayrı bir yükümlülük getirildiği için sır saklama yükümlülüğü bu suç açısından hukuka uygunluk olarak kabul edilmemesi gerekir.⁹³ Kanuna eklenen son fıkrayla sır saklama yükümlülüğü altında olanlar dahil meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinebilecek kişilerin şahsi cezasızlık halinden faydalanması mümkün olduğu kanaatindeyim. 6352 sayılı kanun gerekçesinde “Alt Komisyonca, 5271 sayılı Kanunun tanıklıktan çekinmenin düzenlendiği 45’inci madde içeriğiyle paralellik kurulmasını sağlamak amacıyla, söz konusu şahsi cezasızlık sebebinden yararlanabilecek olan kişilerin fıkra metninde sayılması yerine, söz konusu 45’inci mad-

88 Yargıtay 12. Ceza Dairesi 2015/3313 E. 2016/1645 K., 9.2.2016’da “...Saniğe atılı suçu bildirmeme suçu, adliye karşı işlenen suçlardan olup, korunan hukuki yararın niteliği itibarıyla suçtan doğrudan doğruya zarar görmeyen ve bu nedenle de davaya katılma hakkı bulunmayan ölenin eşinin davaya katılmasına ilişkin olarak verilen kararın bu suç yönünden hukuki değerden yoksun olduğu...” Asıl suç mağdurunun davaya katılabileceği de ifade edilmektedir.; Kocasakal, s. 42-43.

89 Erdem, s. 112.

90 Döner, s. 88-89.

91 Işık, s. 172.

92 Tezcan vd., s. 1409.

93 Ünver, s. 305-306.

de hükmüne içerik olarak yollama yapılması ile yetinilmiştir” denilerek⁹⁴ sadece CMK 45’inci maddeden bahsedilmekteyse de kanun maddesinde “Tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler” ifadesi genel bir ifade olup CMK m.45 ve 46’yı birlikte kapsadığını düşünüyorum.⁹⁵ Zira yakın dönemde Anayasa Mahkemesi tarafından 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun’un avukatlarla ilgili verdiği iptal kararında; avukat müvekkil mahremiyeti özel hayata saygı hakkının kapsamında kaldığı, hukuk devletinin olmazsa olmaz unsurunun *bağımsız yargı olduğu*, yargının olmazsa olmaz unsuru olan *savunma* ile birlikte anlam kazandığı, savunma *sav-savunma-karar* üçgeninden oluşan yargının vazgeçilmez ögesi olduğu, adaletli bir yargılamanın varlığı, ancak avukatın etkin katılımıyla sağlanabildiği vurgulanmaktadır. 5549 sayılı kanunla serbest avukatlara, yükümlü tanımına dahil edilmeleri yoluyla başta şüpheli işlem bildirimi olmak üzere avukatlık mesleğinin icrası sırasında elde edilen mesleki sırların ve bilgilerin idareyle paylaşılması yönünde bir yükümlülük getirildiği ancak kuralda paylaşılacak bilgilerin mesleki sır kapsamında kalıp kalmadığını belirlemeye yönelik herhangi bir ek güvence veya mekanizma öngörülmediği için mesleklerinin icrası noktasında serbest avukatlara katlanamayacakları bir külfet yüklediği belirtilerek anayasaya aykırı olduğu ifade edilmiştir.⁹⁶

V. Şahsi Cezasızlık Halleri

TCK m. 278 ilk yürürlüğe girdiği dönemde Anayasa m.38/5’e aykırı olarak suç failiyle ilgili olarak tanıklıktan çekinebilecek kişiler için herhangi bir şahsi cezasızlık hali düzenlenmemiştir. Anayasa Mahkemesine itiraz yoluyla gelen bir uyuşmazlıkta sanık anne hakkında öz kızı mağdura yönelik olarak öz oğulları tarafından işlenen fiilleri yetkili makamlara bildirmediklerinden dolayı suçu bildirmeme suçundan dolayı hakkında kamu davası açılmıştır. Anayasa Mahkemesi bu dosyada “İtiraz konusu kuralda, ... gerek maddede, gerekse bu maddeye atıf yapacak biçimde başka bir yerde, bu suçun fail veya failleriyle anılan suçu bildirmeyen kişi arasındaki yakın akrabalık durumu cezasızlık açısından ayrı tutulmamıştır” gerekçesiyle maddenin Anayasaya aykırı olduğuna hükmetmiştir.⁹⁷ Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bu iptal kararı, “yasama

94 TBMM, Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelemesi Hakkında Kanun Tasarısı Adalet Komisyonu Raporu, Yasama Dönemi: 24 Yasama Yılı: 2 Sıra Sayısı: 278, s. 128 <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d24/c026/tbmm24026128ss0278.pdf> (erişim 2 Şubat 2024).

95 Benzer görüş için bkz. Kolcu, s. 77.

96 Anayasa Mahkemesi 2021/28 E. 2024/11 K., 18/1/2024.

97 Anayasa Mahkemesi 2010/52 E. 2011/113 K. 30.6.2011. Ancak Anayasa Mahkemesine itiraz yoluyla gelen bu uyuşmazlıkta annenin suçu yanlış nitelendirilmiş, bu husus Anayasa Mahkemesi tarafından da gözetilmeden kanun maddesi iptal edilmiştir. Annenin cezai sorumluluğu suçu bildirmeme suçundan değil, kanunen suçu önlemek yükümlü olmasına rağmen bu

ihmali (yasama eksikliği)⁹⁸ olarak kabul edilebilecek bir durumda verilmiştir. Yasama ihmali durumunda yürürlükte olmayan bir düzenleme söz konusu olduğu için Anayasa Mahkemesi tarafından olmayan bir düzenlemenin denetlenmesi mümkün değildir. Zira suç bildirmeme suçu açısından da Anayasa Mahkemesi anayasaya uygun olan ilk üç fıkrayı iptal etmiş, kanun yeniden düzenlendikten sonra bu fıkralar aynen kanunda yer almıştır. Yasama ihmalinin olduğu durumlarda Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı verip veremeyeceği tartışmalı olsa bile⁹⁹ 2 Temmuz 2012 tarihinde 6352 sayılı kanun m.91 ile suç bildirmeme suçu yeniden düzenlenerek tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından şahsi cezasızlık hali yürürlüğe girmiştir.¹⁰⁰ Ancak kanuna eklenen şahsi cezasızlık düzenlemesi yerine suç oluşmaması yönünde bir düzenleme yapılmasının daha uygun olacağı ifade edilmektedir.¹⁰¹

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararından sonra kanuna eklenen fıkrayla tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından şahsi cezasızlık hali düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden faydalanan kişiler, şüphelinin belirli akrabaları (CMK m.45) ve meslekleri nedeniyle tanıklıktan çekinebilecek kişilerdir (CMK m.46). Şahsi cezasızlık durumu, asıl suçta şüpheli veya sanık durumundaki yakınlar açısından geçerlidir. Dolayısıyla bildirim yapılması gereken suçun mağduru, akraba olsa bile bu suçları yetkili makamlara bildirmek şahsi cezasızlık kapsamında değildir.¹⁰²

Suç bildirmeme suçuyla ilgili olarak kanuna eklenen şahsi cezasızlık düzenlemesine, Anayasa m.38/5'e rağmen ihtiyaç duyulup duyulmadığına da

yükümlülüğe aykırı hareket ederek asıl suça iştirak olması gerekirdi. Bkz. Koca, s. 121.

98 Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 812.

99 Esra Bulut, "Nemo Tenetur İlkesinin Şahsi Cezasızlık Sebebi ve Tanıklıktan Çekinme Yetkisi ile Bağlantısı: Suçu Bildirmeme Suçuna İlişkin Kanun Hükmünün İptali", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 28, Sayı 1, 2024, s. 478.

100 Yargıtay 17. Ceza Dairesi 2019/1907 E. 2019/3170 K., 5.3.2019'da "5237 sayılı TCK'nun 278/1. maddesinde suç bildirmeme suçunun düzenlendiği ve aynı Kanun'un 278/4. maddesinde tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından cezaya hükmolünmayacağı düzenlendiğinin anlaşılması karşısında; suça sürüklenen çocuklar ... ve ...'in kardeş olmaları nedeni ile 5271 sayılı CMK'nun 45/1-d ve 223/4-(a) maddeleri uyarınca suça sürüklenen çocuk hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi, Bozmayı gerektirmiş,..." denilmektedir.

101 Ünver, s. 290.

102 Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 2020/19360 E. 2021/15257 K. 2.6.2021'de "Olay tarihinde 7 yaşında olan mağdurun üvey babası Süleyman Taşkan'ın ve mahallede döşemecilik işiyle uğraşan Hüseyin Akkoynlu'nun kendisine cinsel istismarda bulunduğunu annesi olan sanığa anlattığı halde, sanığın kızına yönelik gerçekleştirilen cinsel istismar olaylarını soruşturma yapmakla görevli makamlara bildirmeyerek, TCK'nın 278/1-3 madde ve fıkralarında düzenlenen suç bildirmeme suçunu işlediği sabit olduğu halde, mahkumiyeti yerine yerinde olmayan gerekçeyle yazılı şekilde beraatine karar verilmesi, Yasaya aykırı,..." denilmektedir.

ayrıca değinmek gerekir. Ceza hukukundaki temel kural haksızlık teşkil eden fiili kusurlu bir şekilde işleyen failerin cezalandırılmasıdır. Dolayısıyla failin cezalandırılmasını önleyen veya cezasını azaltan nedenlerin kanunda açıkça gösterilmesi gerekir. Adliye karşı işlenen suçlar incelendiğinde şahsi cezasızlık sebepleri her suç için ayrı olarak sayıldığı görülmektedir. Bir görüşe göre Anayasa m.38/5'te yer alan nemo tenetur ilkesi, susma hakkı olarak hukuka uygunluk sebebi olduğu için kanunda ayrıca düzenlenmesine gerek yoktur.¹⁰³ Başka bir görüşe göre ise Anayasa hükmündeki “yakın” ifadesinin kimleri kapsadığı tam olarak anlaşılmadığından bu ifadenin yorumu, uygulamada farklılıklara sebebiyet verebileceği için bu hükmün doğrudan uygulanamayacağı kanuni bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır.¹⁰⁴ Dolayısıyla TCK m.278 kapsamında gerçekleşen nemo tenetur ilkesiyle ilgili tartışmalar, suçu bildirme yükümlülüğü getiren TCK m.279 ve TCK m.280 için de geçerliliğini korumaktadır. Kanun gerekçesinde “her ne kadar Türk Ceza Kanununun 279 ve 280 inci maddelerinde benzer içerikte bir hükme yer verilmemiş ise de, Ceza Muhakemesi Kanununun 46'ncı maddesi hükmü karşısında, meslek ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından da belirli ilişkilerle sınırlı olarak suçu bildirme yükümlülüğü söz konusu değildir ve bildirimde bulunmamak sebebiyle Türk Ceza Kanununun 279 ve 280'inci maddelerinde tanımlanan suçlar oluşmayacaktır” denilerek¹⁰⁵ daha önce yürürlüğe girmiş bir kanun maddesi hakkında başka bir kanun maddesinin gerekçesinde açıklama yapılmakta, CMK m.46'nın TCK m.279 ve m.280 hükümleriyle ilişkisi bakımından değerlendirmeye yer verilmektedir.¹⁰⁶ Suçu bildirmeme suçu dahil adliye karşı işlenen suçlarda düzenlenen şahsi cezasızlık sebepleri veya cezada indirim yapılmasını sağlayan şahsi sebeplerin temelinde nemo tenetur ilkesi bulunmaktadır. Bu bölümde yer alan şahsi cezasızlık sebepleri arasında bir bütünlük olmadığını da belirtmek gerekir:

- Suç üstlenme (TCK m.270): üstsoy, altsoy, eş veya kardeş,
- Yalan tanıklık (TCK m.272): Kendisinin, üstsoy, altsoy, eş veya kardeş,
- Suçu bildirmeme (TCK m.278): Tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler,
- Suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme (TCK m.281): Kendi işlediği veya işlenişine iştirak ettiği kişiler,

103 Rezzan İtişgen, *Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi)*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s. 92.

104 Bulut, s. 482.

105 TBMM, s. 128.

106 Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2008/178 E., 2009/159 K. 24.06.2008'de “...Kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçundan, Anayasanın 38/5. maddesinin hükmü karşısında, kamu görevlisinin kendisinin işlediği suçu ihbar sorumluluğunun olmadığı...” denilmektedir.

- Suçluyu kayırma (TCK m.283): üstsoy, altsoy, eş, kardeş veya diğer suç ortağı,
- Tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme (TCK m.284): üstsoy, altsoy, eş veya kardeş,
- Kaçmaya imkan sağlama (TCK m.294): üstsoy, altsoy, eş veya kardeş hakkında şahsi cezasızlık sebepleri veya cezada indirim yapılmasını sağlayan şahsi sebepler düzenlenmektedir. Her suç için bu sebeplerin, aynı hukuki değeri korumasına rağmen ayrı ayrı olarak belirlenmesinin bir eşitsizliğe neden olduğu da ifade edilmektedir.¹⁰⁷

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişiler, soruşturma başlatılmadan önce resmi makamlara veya sağlık kuruluşlarına başvurarak tedavi olmak isterlerse kamu görevlileri ile sağlık mesleği mensuplarının TCK m. 279 ve m.280 hükümlerinde düzenlenen suçu bildirme yükümlülüğü kalkmaktadır (TCK m.192/4). Bu hükmün konulurken uyuşturucu madde kullananların sağlıklarının korunması, suçun önlenmesi, bu kişilerin topluma yeniden kazandırılması, kamu görevlileri ve sağlık mensuplarıyla ilişkilerde güvenin korunmasını hedeflenmektedir.¹⁰⁸ Kamu görevlileri ile sağlık mesleği mensuplarının ihbar yükümlülüğüne getirilen bu istisnanın suçu bildirmeme suçunu kapsamaması bir eksiklik olduğunu düşünmekteyim. Zira uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişilerin sağlık kuruluşlarına başvurmasında çevresindeki insanların da olumlu katkı sağlaması mümkündür.

VI. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

A. Teşebbüs

Suçu bildirmeme suçu, gerçek ihmali hareketle işlenen soyut tehlike suçu olduğu için bu suçun teşebbüse elverişli olmadığı değerlendirilmektedir.¹⁰⁹ İşlenmekte olan suç tamamlanıncaya kadar veya işlenmiş olsa bile neticelerini sınırlandırma olanağı bulunan suçlarda bu olanak ortadan kalkıncaya kadar failin yetkili makamlara bildirimde bulunması gerekir.¹¹⁰ Dolayısıyla belirtilen zaman dilimleri içinde bildirimde bulunulması halinde suç oluşmazken, bildirimde bulunulmaması durumunda suç tamamlandığından dolayı teşebbüs mümkün değildir. Nitekim ihmali suçlarla ilgili olarak teşebbüs hükümlerinin uygulanmayacağı da ifade edilmektedir.¹¹¹

¹⁰⁷ Bulut, s. 496-497.

¹⁰⁸ Hüseyin Turan, Osman Kodal, "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanma Suçları Yönünden Kamu Görevlisi İle Sağlık Meslek Mensuplarının Suçu Bildirmemesine Yönelik Düzenlemenin Etkin Pişmanlık Kurumuna Etkisi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı 13, 2019, s. 502.

¹⁰⁹ Ünver, s. 310.

¹¹⁰ Tezcan vd., s. 1410.

¹¹¹ Özgenç, *Türk*, s. 580.

B. İçtima

Türk ceza hukukunda suçü bildirmeme hareketiyle işlenebilecek üç farklı suç(TCK m.278, TCK m.279 ve TCK m.280) bulunmaktadır. Bu suçlar arasındaki ayırmda bildirim konu suçun niteliğı ve bildirimde bulunması gereken kişinin sıfatı önem taşımaktadır. Suçu bildirmeme suçunda içtima hükümleri açısından ilk incelenmesi gereken nokta bu suçun, TCK m.279 ve TCK m.280'de yer alan suçlarla ilişkisidir. TCK m.278/1 ile TCK m.279 ve m.280 hükümleri birbirinden farklı suçları düzenlemektedir. TCK m.278/2'de düzenlenen neticelerin hala sınırlandırılması mümkün olduğu durumlarda suçü bildirmeme suçuyla TCK m.279 ve m.280'de yer alan suçlar arasında özel genel norm ilişkisi bulunması mümkündür. TCK m.278/2'de düzenlenen tipik eylem aynı zamanda TCK m.279 veya m.280'deki suç tipine de uyuyorsa ayrıca belirtilen maddelerdeki özgü suçlar için aranan şartlar mevcutsa öncelikle ve yalnızca bu maddelerin uygulanması gerekir.¹¹²

İçtima hükümleri açısından suçü bildirmeme suçuyla, yardım veya bildirim yükümlülüğünün (TCK m.98) keşimesi de mümkündür. Örneğın üçüncü bir kişi tarafından yararlanan mağduru gördüğü halde yardım etmeyen veya durumu yetkili makamlara bildirmeyen kişi hem suçü bildirme hem de yardım veya bildirim yükümlülüğünü ihlal etmektedir. Böyle bir durumda farklı neviden fikri içtima kuralları gereğı en ağır ceza uygulanacaktır.¹¹³

Örgüt faaliyeti kapsamında örgüt üyeleri tarafından işlenen suçlarla ilgili olarak örgüt üyelerinin suçü bildirme yükümlülüğüne de değinmek gerekir. Örgüt üyeliğı suçunun oluşması için örgüt oluşumuna dahil olma, örgütle organik bağ kurma, örgüt içinde yer edinme ve örgüt faaliyetlerine katılma yeterli olup örgüt adına suç işleme zorunlu değildir. Dolayısıyla örgüt üyelerinin, örgüt adına işlenen suçlardan haberdar olmaları halinde bu suçları yetkili makamlara bildirmemesi, örgüt üyeliğı suçü kapsamında olup ayrıca cezalandırılmaması gerekir.¹¹⁴

Son olarak değinilmesi gereken bir husus da 5549 sayılı Kanun m.4'de düzenlenen şüpheli işlemleri bildirme yükümlülüğü ile suçü bildirmeme suçü arasındaki ilişkidir. 5549 sayılı Kanun m.4'e göre "Yükümlüler nezdinde veya bunlar aracılığıyla yapılan veya yapılmaya teşebbüs edilen işlemlere konu malvarlığının yasa dışı yollardan elde edildiğine veya yasa dışı amaçlarla kullanıl-

¹¹² Ünver, s. 311.

¹¹³ Mehmet Emin Artuk, Mehmet Emin Alşahin, "Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi Suçu (TCK m. 98)", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 18, Sayı 1, s. 32.

¹¹⁴ Burak Boz, "Türk Ceza Hukukunda Terör Örgütü ve Terör Örgütüne Üye Olma Suçu." *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 1, 2020, s. 169.

dığına dair herhangi bir bilgi, şüphe veya şüpheliyi gerektirecek bir hususun bulunması halinde bu işlemlerin yükümlüler tarafından Başkanlığa bildirilmesi zorunludur”. Şüpheli işlem bildirim yükümlülüğünün ihlal edilmesi durumunda ise Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığı tarafından idari para cezası verilmesi öngörülmektedir (5549 sayılı Kanun m.13). Esas olarak “kabahat” olarak cezalandırılması öngörülen şüpheli işlem bildirim yükümlülüğünün ihlali, bazı durumlarda suçu bildirmeme kapsamında kalabilmektedir.¹¹⁵ Yükümlüler, yapılan veya yapılmaya teşebbüs edilen işlemlere konu malvarlığının “suçtan” elde edildiğine dair “bilgileri” mevcut olduğu halde “yetkili makamlara” bildirimde bulunmamışsa TCK m. 278’e göre suçu bildirmeme suçu oluşabilecektir.¹¹⁶ Dolayısıyla suç veya kabahat hükümlerine göre yapılacak işlemde yükümlülerin bilgi sahibi olduğu işlemin “yasa dışı yollar” ile “suçtan” olup olmadığı hususu önem taşımaktadır. Suçtan elde edildiği bilinen malvarlığı işlemleriyle ilgili olarak şüpheli işlem bildiriminin, suçu bildirme yükümlülüğü ortadan kaldırmamaktadır.¹¹⁷ Ayrıca uygulamada sıkça karşılaşılsa bile zincirleme suç, bileşik suç, fikri içtima kurallarının bu suç açısından da uygulanması mümkündür.¹¹⁸

C. İştirak

Bildirim yükümlülüğünün birden fazla kişi üzerinde olduğu durumlarda bu kişiler birbirlerinin suçuna iştirak etmiş kabul edilmemektedir. Her fail, kendi ihmalden sorumlu olduğu için yan faillik söz konusudur.¹¹⁹ Suç ortaklığına ilişkin özel bir hüküm bulunmadığından genel hükümler bu suç açısından uygulanabilecektir.¹²⁰ Suç bildiriminde bulunmak isteyen kişinin engellenmesi durumunda ise asıl işlenen suça iştiraktan dolayı cezalandırılması gerekir.¹²¹

VII. Muhakeme ve Yaptırım

Suçtu bildirmeme suçunun soruşturması şikâyete tabi değildir, bu suç savcılık tarafından resen soruşturulmaktadır. Suçla ilgili muhakeme hukukunda

115 Kabahatler Kanunu m.15/3’e göre “Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir”.

116 Fatma Umay-Genç, “Şüpheli İşlem Bildirimi Yükümlülüğünün İhmali Halinde Yükümlünün Ceza Hukuku Sorumluluğu”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 25, Sayı 4, s. 642.

117 Özgenç, *Şüpheli*, s. 276; Uğur Yazıcı, “Şüpheli İşlem Bildirimi Yükümlülüğü ve İhlali Halinde İlgililerin Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerine Değerlendirme”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 1, 2023, s. 755.

118 Ünver, s. 312.

119 Tezcan vd., s. 1410.

120 Ünver, s. 311.

121 Tezcan vd., s. 1411.

2016 yılında yapılan kanun değişikliğiyle suç önödemeye tabi suçlar arasına alınmıştır.¹²² Görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir.¹²³ Suçu bildirmeme suçunun cezası bir yıla kadar hapis cezasıdır. Kanunda üst sınır öngörülmuş, ancak alt sınır belirtilmediği için TCK m.49/1 gereği cezanın alt sınırı bir aydır. Suç oluşturan fiile karşılık ceza, hâkim tarafından TCK m.61'e uygun olarak belirlenmektedir.¹²⁴ Suçla ilgili dava zamanaşımı, TCK m.66/1-e'ye göre suçun işlendiği günden itibaren sekiz yıldır. Eğer dava zamanaşımını kesen sebepler varsa zamanaşımı süresi TCK m.67/4'e göre on iki yıla uzayabilmektedir. Yine CMK'da 2019 yılında yapılan kanun değişikliğiyle basit yargılama usulünün uygulanması mümkün hale gelmiştir.

Sonuç

Suçu bildirmeme suçuyla ilgili olarak hem kanun metnine hem kanun kapsamına yönelik olarak bazı eleştirileri yapmak gerekir. Suçu bildirmeme suçuyla korunan hukuki yarar konusunda farklı görüşler olsa da toplumsal dayanışmanın korunması görüşü öne çıkmaktadır. Suçla getirilen ihbar yükümlülüğünün tüm suçları kapsayacak şekilde düzenlenmesi, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin aksine belirsizliklere neden olabilmektedir. Özellikle takibi şikayete bağlı olan suçların da bildirim yükümlülüğü kapsamında olmasının gözden geçirilmesi gerekmektedir. TCK m.278'de de suçun muhakeme usulü bakımından m.279'dakine benzer şekilde bir ayırım yapılması gerekir. Hatta bu suçun neticeli ve mütemadi suçları kapsayacak şekilde ve belirli ağırlıktaki suçları (terör suçları, örgüt suçları, kasten öldürme, yağma vb.) işlenmiş olsa bile ihbar yükümlülüğü kapsamına alacak şekilde yeniden düzenlenmesinde fayda olduğu değerlendirilmektedir.

Suçun uygulamasında suç ortaklarının bu suçun faili olamayacağına dair kararlar mevcutsa da hem suç ortakları hem mağdur hem suçtan zarar gören hem tanık açısından yeni bir cezasızlık düzenlemesine ihtiyaç duyulduğu ortadadır. Ayrıca kolluk tarafından öğrenilen olaylarda da bildirim yükümlülüğünün kalkması gerekir. Suçu bildirmeme suçları(TCK m.278, 279 ve 280) arasında hem suçların kapsamı hem suçun oluşması için gereken koşullar hem de şahsi cezasızlık halleri arasında birbiriyle uyumsuz düzenlemelerin olması bahse konu suçların bir bütün halinde yeniden düzenlenmelidir. Öğretide birçok yönden tartışmalı olan bu suçla ilgili Yargıtay kararlarının(dosya sayısının)

122 Yargıtay 8. Ceza Dairesi 2017/14537 E. 2020/9108 K. 5.2.2020'da "...Hükümden sonra ... sanığa yüklenen suçu bildirmeme suçunun temas ettiği, TCK'nın 278. maddesinde düzenlenen suçun ön ödeme kapsamına alındığı nazara alınarak, sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması..." denilmektedir.

123 Gerçekler, s. 2494.

124 Ünver, s. 312.

az olması, bu suçun uygulamadaki etkinliğini de tartışmaya açmaktadır. Sonuç olarak genel bir yükümlülük getiren ancak uygulamada ne kadar caydırıcı ve etkili olduğu tartışmalı bir kanuni düzenleme yerine ihbar yükümlülüğüne ilişkin daha net ve sınırlı bir düzenleme yapılarak caydırıcılık ve etkinlik artırılmaya çalışılmalıdır.

KAYNAKLAR

- Anayurt, Ömer, *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Arslan, Çetin; Azizağaoğlu, Bahattin, *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Asil Yayınları, Ankara, 2004.
- Artuk, Mehmet Emin; Alşahin, Mehmet Emin, “Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi Suçu (TCK M. 98)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 18, Sayı 1, 2012, ss. 3-38.
- Boz, Burak, “Türk Ceza Hukukunda Terör Örgütü ve Terör Örgütüne Üye Olma Suçu.” *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 1, 2020, ss. 131-186.
- Bulut, Esra, “Nemo Tenetur İlkesinin Şahsi Cezasızlık Sebebi ve Tanıklıktan Çekinme Yetkisi ile Bağlantısı: Suçu Bildirmeme Suçuna İlişkin Kanun Hükmünün İptali”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 28, Sayı 1, 2024, ss. 471-507.
- Döner, İsa, “Suçu Bildirmeme Suçu (TCK M.278)”, *AÜEHFD*, Cilt 9, Sayı 3-4, 2005, ss. 63-94.
- Erdem, Mustafa Ruhan, “Suçu Bildirmeme Suçu (TCK M. 278)”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 80, 2009, ss. 105-120.
- Gerçeker, Hasan, *Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Hafizoğulları, Zeki; Acar, Bülent Hayri, “Suçu Bildirmeme Suçları”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 2, Sayı 1, ss. 179-198.
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku’nda İhmal Kavramı ve İhmal Suçların Çeşitleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- Işık, Gökse, “Hukuki Güvenlik İlkesi Bağlamında Suçu Bildirmeme Suçu”, *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 6, 2017, ss. 163-187.
- İtişgen, Rezzan, *Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi)*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.
- Kiremitçi, Orçun, “Karşılaştırmalı Hukukta Şüpheli İşlem Bildirimi ve Mali İstihbarat Birimleri”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Sayı 1, 2023, ss. 107-163.
- Koca, Mahmut; Üzülmüş, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Koca, Mahmut, “Çocuk İstismarında İhbar Yükümlülüğü”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 1, 2012, ss. 113-128.
- Kocasakal, Ümit, *Türk Ceza Kanunu’nda Suçu Bildirmeme Suçları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- Özgenç, İzzet, “Şüpheli İşlem Bildiriminin Hukuki Mahiyeti, MASAK’ın Rolü, Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu Üzerine Hukuki Değerlendirmeler”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 25, Sayı 3, 2021, ss. 273-328.
- Özgenç, İzzet, “İcrai Suça İhmal Davranışla İştirak: Anayasa Mahkemesi’nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirmeler”, *Ceza Hukuku Ve Kriminoloji Dergisi*, Cilt 2, Sayı 1-2, 2014, ss. 1-10.

- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Selahattin Kolcu, *TCK'da Suçu Bildirmeme Suçu*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.
- Şahbaz, İbrahim, *Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- TBMM, Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava Ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun Tasarısı Adalet Komisyonu Raporu, Yasama Dönemi: 24 Yasama Yılı: 2 Sıra Sayısı: 278, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/tutanak/tbmm/d24/co26/tbmm24026128sso278.pdf> (Erişim 2 Şubat 2024).
- Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan; Önok, R. Murat, *Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Turan, Hüseyin ve Kodal, Osman, “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanma Suçları Yönünden Kamu Görevlisi İle Sağlık Meslek Mensuplarının Suçu Bildirmemesine Yönelik Düzenlemenin Etkin Pişmanlık Kurumuna Etkisi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı 13, 2019, ss. 501-522.
- Türk Dil Kurumu, “İhbar”, *Güncel Türkçe Sözlük*, [Http://sozluk.gov.tr](http://sozluk.gov.tr) (Erişim 2 Ocak 2024).
- Umay-Genç, Fatma, “Şüpheli İşlem Bildirimi Yükümlülüğünün İhmali Halinde Yükümlünün Ceza Hukuku Sorumluluğu”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 25, Sayı 4, 2021, ss. 613-653.
- Ünver, Yener, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık Ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma Suçları*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Yazıcı, Uğur, “Şüpheli İşlem Bildirimi Yükümlülüğü ve İhlali Halinde İlgililerin Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerine Değerlendirme”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 1, 2023, ss. 721-767.

KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

Önleyici Kolluk Tedbirlerinin Uygulanmasında Karakter (Delili) Değerlendirmeleri Üzerine*

On Character (Evidence) Assessments in the Implementation of Preventive Law Enforcement Measures

Çetin ARSLAN**

Asena Kamer USLUADAM***

ÖZ

Karakter delili ceza muhakemesinde vakia olarak karakteri ortaya koyan ispat araçlarıdır. Karakter delili kapsamında kalan özellikle daha önce işlenmiş olan suçlara dair kayıtlara hem suç öncesi hem de suç sonrası faaliyetlerde sıklıkla başvurulmaktadır. Anglo-Amerikan hukuku kaynakları geleneksel olarak ceza muhakemesinde karakter delilini yasaklamaktadır. Buna karşılık Kıta Avrupası hukukunda karakter deliline yönelik bir yasaklamaya genel olarak rastlanmamaktadır. Herhangi bir yasaklama bulunmasa dahi karakter delili doğası gereği önyargılara neden olması dolayısıyla ceza muhakemesinde adil yargılanma hakkı ve kusur, fiil ceza hukuku ve şüpheden sanık yararlanır ilkeleri bağlamında sakıncalıdır. Ceza yargılamalarında karakter deliline başvurulması ile önleyici kolluk tedbirleri kapsamında karakterin göz önünde bulundurulmasında aynı sakıncaları ifade etmek mümkün değildir. Öte yandan önleyici kolluk tedbirleri kapsamında karakterin değerlendirilmesinde özel hayatın gizliliği, kişisel verilerin korunması ve kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı kapsamında özellikli hususlar bulunmaktadır. Çalışmada önleyici kolluk tedbirlerinden karaktere dair değerlendirmelerin önem kazandığı Genel Bilgi Toplama sistemi kaydı tutmaya ilişkin mevzuat ve yargı kararları, sözü edilen haklar perspektifinde eleştirel bir şekilde ele alınmakta; tedbire ilişkin öneriler ortaya konulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Karakter, karakter delili, önleyici kolluk tedbirleri, genel bilgi toplama sistemi, kişisel veri.

* Makale gönderim tarihi: 23.03.2024. Makale kabul tarihi: 10.10.2024. Çetin Arslan, Asena Kamer Usluadam, "Önleyici Kolluk Tedbirlerinin Uygulanmasında Karakter (Delili) Değerlendirmeleri Üzerine", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 2, 2024, s. 115-140 DOI: <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2024.11.2.7>.

Bu çalışma; Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde tamamlanan "Ceza Muhakemesi Hukukunda Karakter Delili" isimli doktora tezinden türetilmiş, 06.10.2022-07.10.2022 tarihlerinde gerçekleştirilen 1. Uluslararası Polis ve Ceza Hukuku Sempozyumu'nda aynı isimle sunulan bildirinin genişletilmiş ve güncellenmiş hâlidir.

** Prof. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Hâkimler ve Savcılar Kurulu Üyesi, ctinarслан@hacettepe.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-7930-3781>.

*** Arş. Gör. Dr., Ordu Üniversitesi Ünye İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Öğretim Elemanı, asenakamer@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-1680-1043>.

Çatışma Beyanı: Yazar/lar herhangi bir çatışma beyanı bildirmemiştir.

ABSTRACT

Character evidence is a means of proving character in criminal proceedings. Records of previous crimes that fall within the scope of character evidence are frequently used in both pre-crime and post-crime activities. Anglo-American law sources traditionally prohibit character evidence in criminal proceedings. In contrast, Continental European law generally does not contain any prohibition on character evidence. Even in the absence of any prohibition, character evidence is inherently prejudicial and therefore problematic in the context of the right to a fair trial, the principles of fault, the criminal law of the act and the benefit of the doubt. It is not possible to express the same drawbacks in the use of character evidence in criminal proceedings and in the consideration of character within the scope of preventive law enforcement measures. On the other hand, in the evaluation of character within the scope of preventive law enforcement measures, there are special considerations within the scope of the right to privacy, protection of personal data and the right to develop one's material and spiritual existence. In this study, the legislation and judicial decisions regarding the General Information Collection System record keeping, which is one of the preventive law enforcement measures in which character evaluations gain importance, are critically examined from the perspective of the rights mentioned, and recommendations regarding the measure are put forward.

Keywords: Character, character evidence, preventive policing measures, general information collection system, personal data.

Giriş

Önleyici kolluk faaliyetlerinin¹ büyük bir kısmında esas olarak tahmin faaliyeti yürütülmektedir. Karakterin bir kişiyi diğerinden ayırt etmeye yaraması ve karakterin tutarlı davranışlardan oluşması onun bu tahmin faaliyetinde önemli fonksiyonları olabileceğini göstermektedir. Nitekim hem suç öncesinde hem de suç sonrasındaki faaliyetlerde, geçmişten günümüze çeşitli şekillerde karşımıza çıkan suç kayıtları, işlenmiş olan ve gelecekte işlenecek olan suçların belirlenmesi bakımından önemli bir bilgi kaynağı olarak değerlendirilmektedir. Söz konusu suç kayıtlarının tutulması, suça eğilimi ortaya koyması itibariyle karak-

1 Önleyici kolluk, idari kolluk veya suç öncesi kolluk aynı anlamlara gelecek şekilde kullanılabilir. Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Kaman, Eyüp Özdemir, Gül Üstün, Özge Tekinsoy-Okay, *İdare Hukuku*, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 549. Suç öncesi bugün ön alan olarak da ifade edilebilmektedir. Ön alan araştırmaları, henüz başlangıç şüphesinin bulunmadığı, somut bir tehlikenin de olmadığı bir evreyi ifade etmektedir. Bu aşamada verilerin elde edilmesi ve analizine odaklanılmaktadır. Veli Özer Özbek, *Polis Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Temel Haklara Müdahaleler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 33. Önalın araştırmaları (soruşturmaları) önleyici kolluk faaliyetlerinden ayrı olarak değerlendirilmekte, şu şekilde tanımlanmaktadır: "...önalın araştırmaları, beyaz alanı oluşturan polis hukuku ile siyah alanı oluşturan, suç işlendikten sonra başlayan soruşturma ve kovuşturma evreleri arasında yer alan, gri alandan oluşan bir hukuk alanıdır.". Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku İkinci Kitap*, 17. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 5.

ter olgusuna en sık başvuru alan önleyici kolluk tedbiri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun yanında teknolojik gelişmeler, suçla mücadelede yeni yöntemler ortaya çıkarmakta; bu yöntemler risklerin öngörülmesi/ortadan kaldırılması noktasında çok çeşitli müdahale imkanları yaratmaktadır. Risk analizleriyle henüz suç işlenmeden tüm kişilik özellikleri, yaşam tarzı ve uyumluluk değerlendirmeleri yapılarak suçun tahmin edilebilmesi arzusu ön plana çıkmaktadır. Bu bağlamda önleyici kolluk tedbirlerinde karaktere dair bilgilerin toplanması ve değerlendirilmesi pratikleri gün geçtikçe artış göstermektedir.

Çalışmada öncelikle karakter ve karakter delili hakkında kısaca bilgi verilmektedir. Delil kavramı esasen ceza muhakemesine ilişkin bir kavramdır. Karakter delili kavramı da ceza muhakemesinde kısaca muhakemenin konusu vakıalar dışında kalan davranışlar ve eğilime ilişkin delilleri ifade etmektedir. Bu kavramın çalışmamızda suç öncesi alana ilişkin önleyici faaliyetler bağlamında ifade edilmesinin nedeni, suç öncesi alanda yürütülen faaliyetlerdeki karakter değerlendirmeleriyle karakter delili kapsamında kalan hususlara işaret etmek istenmesidir. Her ne kadar delil, suç sonrasında ilişkin bir kavram olsa da çalışmada karakter kavramının kapsamını belirlemek adına muhakeme hukukuna ait olan karakter delili terimine yer verilmektedir.

Çalışmanın devamında karakterin önleyici kolluk tedbirleri açısından önemi ve bu tedbirlerin uygulanmasında karakter değerlendirmelerinin geleceğinin anlaşılabilirliği açısından sosyolog *Ulrich Beck* tarafından ortaya atılan risk toplumu kuramına değinilerek özellikle öngörüye dayalı kolluk faaliyetleri kapsamında bilgi verilmektedir. Karakter ve önleyici kolluk tedbirlerinin bağımlı ortaya koyduktan sonra çalışmada esas olarak karaktere en çok başvuru alan önleyici kolluk tedbiri olarak Genel Bilgi Toplama (GBT) sistemi kaydı tutulması ele alınmaktadır. GBT sistemine ilişkin mevzuat ve yargı kararları sözü edilen haklar perspektifinde eleştirel bir şekilde değerlendirilmekte, tedbire ilişkin öneriler ortaya konulmaktadır. Son olarak GBT sorgusuna eşlik eden önleme araması tedbirine bu bağlamda değinilerek çalışma tamamlanmaktadır.

I. Karakter Delili Kavramı ve Önleyici Kolluk Faaliyetleriyle Bağlantısı

A. Karakter ve Karakter Delili Kavramı

Karakter kavramı farklı disiplinlerce tanımlanmaya çalışılmakta; karakterin yapısı konusunda çok sayıda kuram ortaya atılmaktadır. Buna karşılık karakter kavramının üzerinde uzlaşılan bir tanımı mevcut değildir. Yine de çeşitli disiplinlerce yapılan tanımlarda karakterin kimi özelliklerinin tekrar edildiği görülmektedir. Bunlar: karakterin bir kişiyi diğerinden ayırt etmeye yaraması, karakterin tutarlı davranışlardan oluşuyor olması ve karakterin kişinin ahlaki

doğasını ifade ediyor olmasıdır.² Bu üç özellik karakterin hem suç öncesi hem de suç sonrası hukuk alanındaki fonksiyonunu ortaya koyması bakımından önemlidir.

Karakter, sözü edilen özellikleriyle doğası gereği bilme/tahmin etme faaliyeti yürütülen önleyici kolluk faaliyetlerinde ve ceza muhakemesinde iyi bir bilgi kaynağı olarak değerlendirilmeye müsait gibi görünmektedir. Öncelikle karaktere dair bilgi sahibi olunması, kimliğe dair bilgi sahibi olunması anlamına gelmektedir. Bu anlamda karakterin bilinmesi hem suç öncesi hem de suç sonrası alanda kimliğin belirlenmesi fonksiyonunu üstlenebilir. Karakterin tutarlı davranışlardan oluşmasıysa, karakteri bilinen bir kişinin gelecekte ne şekilde davranacağına önceden kestirilebilmesi demektir. Önleyici kolluk faaliyetleri de doğası gereği böylesi tahminler üzerine yürütülmektedir. Karakterin kişinin ahlaki doğasını ifade etmesiysa karakteri değerlendirme faaliyetinin ahlaki yargılara dayanması anlamına gelmektedir.

Karakterin kişinin ahlaki doğasını ifade etmesi, onun temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden kolluk faaliyetinde ve ceza muhakemesinde kullanılması konusundaki temel çekinceyi oluşturmaktadır. Önleyici kolluk faaliyetlerinde suçun önlenmesinden ziyade kişiye dair ahlaki yargılar nedeniyle kimi tedbirlere başvurulması, söz konusu tedbirlerin müdahale teşkil ettiği temel hak ve özgürlükleri ihlal eder. Suç sonrası alan olarak ceza kovuşturmalarında sanığın karakterine dair bilgi sahibi olan hâkimin, sanığın işlediği fiilden ziyade onun karakterine ilişkin ahlaki yargılarla bir hükme varmasıysa en başta kusur ilkesine aykırıdır. Karakterin ayırt edici olması ve tutarlı olması beklentisi, onun bilinmek istenmesindeki temel motivasyon olsa da onun ahlaki yargılara neden olan yapısı gereğince karakterin bilinmesi ve araştırılması temel hak ve özgürlüklerin ihlaline neden olabilmektedir.

Karakter delili kapsamında karakterin ne olduğu konusunda kavramın menşei olan Anglo-Amerikan hukukunda doğrudan bir tanıma rastlanmamaktadır. Amerika Birleşik Devletleri federal mahkemelerinde yürürlükte olan Federal Delil Kuralları,³ karakter delili düzenlemeleri içinde karakterden ne anlaşılması gerektiği konusunda herhangi bir düzenlemeye yer vermemekte, danışma komitesi notlarında (örneğin kural [k.] 405 için) sadece karaktere

2 Muhtelif tanımlar için bkz. Orhan Hançerlioğlu, *Felsefe Sözlüğü*, 21. Baskı, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 220; Güncel Masaroğulları, Muhammet Koçakgöl, *Psikoloji Sözlüğü*, Nobel Yayınevi, Ankara, 2011, s. 102; Bkz. Ray Corsini, *The Dictionary of Psychology*, Brunner-Routledge, New York, 2002, s. 155.

3 02.01.1975 tarihinde kabul edilen Federal Delil Kuralları (Federal Rules of Evidence [FRE]), 11 bölümde delil kurallarını düzenlemekte, 4. bölümündeysa karakter delili kurallarına yer vermektedir. Bkz. <https://www.uscourts.gov> (12.03.2024).

ilişkin barışçıl, dürüst gibi kimi özellikler örneklenmektedir.

Karakter delilinin ne olduğu konusunda İngiltere ve Galler Ceza Yargılaması Kanunu⁴ paragraf (p.) 98'de kötü karakter delili, kişinin kötü davranışı veya bu davranışlara eğilim gösterdiği yönünde deliller olarak tanımlanmaktadır. Kötü davranıştan ne anlaşılması gerektiğiyse Kanun'un 112. paragrafında düzenlenmekte, suçlar veya kınanabilir diğer davranışlar kötü davranış olarak nitelendirilmektedir.

Karakter delili⁵ genel bir tanımla muhakeme konusu vakıalar dışındaki vakıalara dayalı olarak bir kişinin belirli bir durumda belirli şekilde hareket ettiğini ortaya koymaya yarayan deliller olarak tanımlanabilir. Bu anlamda kişilerin ahlaki doğasını veya eğilimini ortaya koyan, vakıa olarak kişinin karakterini temsil eden deliller, karakter delilidir.⁶ Bu delilin konusunu mağdur, fail veya tanığın karakteri oluşturabilir.⁷ Ancak özellikle fail özelinde ifade edildiğin-

4 20.11.2003 tarihinde kabul edilen Ceza Yargılaması Kanun'u (Criminal Justice Act [CJA]), İngiltere ve Galler'de yürürlüktedir. Kanun'un 11. bölümde kötü karakter delili düzenlemeleri yer almaktadır. Bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/contents> (12.03.2024).

5 Anglo Amerikan Hukuku'nda genel olarak karakter delili *character evidence* kavramıyla ifade edilmekteyse de öğretilerde eğilim delili anlamında *propensity evidence* kavramına da rastlanmaktadır. Aslında karakter delili kavramı içinde alt başlıklar olarak ele alınabilecek, ancak genel olarak tartışma yarattığı için ön plana çıkan benzeri vakıalar delili anlamında *similar fact evidence*, önceki kötü davranışların delili anlamında *evidence of previous misconduct* kavramlarına da yer verilmektedir. Bkz. Hock Lai Ho, *Philosophy of Evidence Law Justice in the Search for Truth*, Oxford University Press, Oxford, 2008, s. 285; <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/part/11> (16.04.2024); <https://www.uscourts.gov> (16.04.2024); Mirjan R. Damaska, "Propensity Evidence in Continental Legal Systems", *Chicago-Kent Law Review*, Cilt 55, Sayı 70, 1994, s. 55 vd.; Edward J. Imwinkelried, "The Use of Evidence of an Accused's Uncharged Misconduct to Prove Mens Rea: The Doctrines That Threaten to Engulf the Character Evidence Prohibition", *Military Law Review*, Cilt 130, 1990, s. 41 vd.; Mike Redmayne, *Character in the Criminal Trial*, Oxford University Press, Oxford 2015, s. 7.

6 Söz konusu delil kategorisinin menşei olan Anglo-Amerikan Hukuku'nda ayrıca tasnif edilip, farklı dışlama kurallarına yer verilen ve son derece tartışmalı olan bu deliller, hangi süjenin karakterini temsil ettiğine, karakterin ortaya konuluş biçimine ve karakteri ortaya konulan kişi hakkındaki çıkarımların niteliğine göre ayrımlara tabi tutulmaktadır. Bu ayrımlara göre karakter deliline izin verilmekte veya ilgili delil dışlanmaktadır. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Asena Usluadam, *Ceza Muhakemesinde Karakter Delili*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 107-108.

7 Karakter delili düzenlemelerinde mağdur, fail ve tanığın karakterine ilişkin delillerde ayrıma gidilmiştir. Örneğin FRE k. 404/a-2 sanık ve mağdur bakımından istisnaları düzenlerken, k. 404/a-3 tanığın karakter delillerinin kabul edilebilir olduğu hâllere ilişkin olarak k. 607, k. 608 ve k. 609'a gönderme yapmıştır. Genel kurallardan ayrılan özellikli suçlar yönünden istisnai düzenlemelere de yer veren FRE, cinsel suçlara ilişkin istisnaları k. 412 vd. düzenlemiştir. FRE k. 412'de mağdur bakımından, k. 413 ve k. 414'de ise sanık bakımından genel kuraldan ayrılan düzenlemeler yapılmıştır. CJA ise; sanık ve sanık dışındakilerin karakterine ilişkin bir ayırım yapmış, sanık dışındakilerin karakter delili hakkında p. 100 düzenlemesine yer verirken, düzenlemenin kapsamını geniş tutmuş, mağdur, tanık ve diğer süjeleri bu kapsamda değerlendirmiştir. Sanık bakımından CJA p. 101'de karakter delilinin kabul edilebileceği yedi istisnaya yer verilmiştir. Karakteri ortaya konulan süjeye göre yapılan ayırım temelde muhakemeye dahil olan bu süjelerin farklı menfaatlerinin korunmasından kaynaklanmaktadır. Diğer yandan farklı süjelere ait karakter delilinin suçluluğun belirlenmesi amacıyla yönelik işlevleri de farklıdır. İşlevsel olarak sanığın karakterini ortaya koyan deliller hem

de fiilin işlenmesine yönelik çıkarımlara neden olabilecek türde, fiilden önce veya sonra failde bulunan özellikleri ortaya koyan deliller kastedilmektedir. Bu özellikleri ima eden vakıaları temsil eden deliller kabaca karakter delili olarak nitelendirilebilir. Başta daha önce işlenen suçlar olmak üzere; ruhsal durum, aile ilişkileri, eğitim düzeyi gibi hususlar delilin temsil ettiği vakıalar olabilir. Bunlar içinde bilhassa işlendiği sabit olan suçlar veya işlendiği iddia edilen suçlar hem ceza muhakemesinde hem de önleyici kolluk faaliyetlerinde sıklıkla başvurulabilen karakter delili/verisi olarak karşımıza çıkmaktadır.

B. Ceza Muhakemesinde Karakter Delili Yaklaşımları

Kıta Avrupası hukuk sistemi ile Anglo-Amerikan hukuk sistemi ceza muhakemesinde karakter delili konusunda farklı yaklaşımlara sahiptir. Anglo-Amerikan hukukunda, jürinin, karakteri ispat değerinden daha fazla dikkate alabileceği ve sanığı fiili dolayısıyla değil kötü karakteri dolayısıyla cezalandırmak isteyebileceği çekinceleriyle karakter delili kural olarak yasaklanmıştır. Kıta Avrupası hukukundaysa karakter delili konusunda genel olarak bir yasaklama söz konusu değildir.⁸

Öğretide iki hukuk sisteminin farklı yaklaşımları konusunda çeşitli nedenler ileri sürülmektedir. İlk olarak iki hukuk sisteminin muhakemelerine ilişkin yapısal farklılıklara işaret edilmektedir. Kıta Avrupası hukukunda Anglo Amerikan hukuku aksine cezanın belirlenmesi ile suçluluğun belirlenmesi, iki farklı aşama değildir; cezanın belirlenmesinde önem arz eden hususlar henüz suçluluğa karar verilmeden muhakemeye dahil edilir. Diğer yandan Kıta Avrupası'nda muhakeme bir bütün olarak hukuk profesyonelleri tarafından yürütülürken; Anglo-Amerikan hukukunda meslekten olmayan jüri üyeleriyle suçluluk tespit edilmektedir. Bu bağlamda karakter delilinin yaratabileceği önyargının profesyonel hâkimler tarafından bertaraf edilebileceği varsayılırken; meslekten olmayan jüri üyelerine bu konuda güven duyulmamaktadır. Farklılık konusunda ileri sürülen nedenlerden bir diğeri karakter delilinin maddi gerçeği temsil kabiliyeti olduğu kabulüne dayanmaktadır. Buna göre maddi gerçeğin araştırılması hususunda Anglo-Amerikan hukuku, Kıta Avrupası hukuku kadar hassas değildir.⁹ Kıta Avrupası hukukunda maddi gerçeğin araştırılması amacıyla deliller adli makamlarca top-

beyanın doğruluğuna ilişkin hem de suç işleme eğilimi üzerinden çıkarımlara hizmet edebilirken, tanığın veya mağdurun karakterine ilişkin deliller özet olarak güvenilirliğinin kısaca beyanın doğruluğunun ortaya konulması amacıyla hizmet eder. İşlevler konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Usluadam, s. 143, 152, 161, 169.

8 Barrett J. Anderson, "Recognizing Character: A New Perspective on Character Evidence", *Yale Law Journal*, Cilt 120, Sayı 7, 2012, s. 1917.

9 Stewart Field, "State, Citizen, and Character in French Criminal Process", *Journal of Law and Society*, Cilt 33, Sayı 4, 2006, s. 533.

lanmaktayken; Anglo-Amerikan hukukunda delilleri taraflar getirmekte, adli makamların maddi gerçeği araştırma görevi bulunmamaktadır. Jüri, delilleri tarafların ortaya koyduğu şekliyle değerlendirmekte, delillerle objektif koşullarda temas etmemektedir.¹⁰

Kanaatimizce iki hukuk sisteminde karakter delili konusundaki yaklaşımlar bakımından ileri sürülen nedenler, Kıta Avrupası hukukunda karakter deliline müsaade edilmesini makul göstermemektedir. Öncelikle maddi gerçeğin araştırılmasında karakterin tutarlı bir olgu olarak yol gösterici olabileceği varsayımsaldır. Bu varsayım doğru kabul edilse dahi Kıta Avrupası hukukunda ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğin araştırılması amacından söz edilemez. Adil yargılanma hakkı bakımından son derece sorunlu olabilecek karakter delilinin muhakemeyi fiil muhakemesinden fail muhakemesine dönüştürmesi tehlikesiyse Kıta Avrupası hukuk sisteminde de caridir. Diğer yandan hukuk eğitiminden önyargıyı bertaraf etmek konusundaki beklentiler yerinde değildir.¹¹ Bu gerekçelerle Anglo-Amerikan hukukunda öngörülen karakter delili yasağı nedenlerinin yapısal farklılıklarına rağmen Kıta Avrupası hukuku bakımından da geçerli olduğu kabul edilmelidir.

Karakterin bir olgu olarak ceza muhakemesinde delillerle ortaya konulmasına yönelik bu itirazlar şüphesiz ceza muhakemesinin kendisine has dinamikleriyle yakından ilgilidir. Bu gerekçeyle belirtilen itirazlar önleyici kolluk faaliyetleri bakımından geçerli değildir. Nitekim bu alanda karakter olgusunun değerlendirilmesinde aşağı yukarı her hukuk sistemi benzer bir yaklaşım benimsemekte, olasılıkların hesaplanmasında bilhassa geçmiş suç kayıtlarına sıklıkla başvurulmakta, geçmiş suç kayıtları son yıllarda geliştirilen yazılımlarla potansiyel suç faillerinin tespit edilmesi konusunda önemli bir bilgi kaynağı olarak değerlendirilmektedir. Bu bağlamda “...işlenen suçlar, ileride işlenecek suçlar açısından bilgi kaynağı oluşturur.” görüşü genel olarak kabul görmektedir.¹²

C. Karakter Olgusunun Önleyici Kolluk Faaliyetleriyle İlgisi

1. Risk Toplumu Kavramı

Sosyolog *Ulrich Beck* Batı toplumunun mevcut durumu ve sorunlarını açıklamak adına *risk toplumu* kuramını ortaya atmıştır. Kurama göre Batı toplumlarının ulaştığı son aşama olan risk toplumunda öteden beri var olan riskler, önceki çağlarda yaşanan yoksulluk ve sağlık risklerinden farklı olarak tüm

10 Gülşah Bostancı Bozbayındır, “Karşılaştırmalı Hukukta Delil Değerlendirme Yasakları”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 14, Sayı 157, 2019, s. 1758.

11 Nedenler ve konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Usluadam, s. 295 vd.

12 Feridun Yenisey, *Kolluk Hukuku*, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 125.

dünyayı tehdit edebilecek boyutlara ulaşmıştır. Sanayi toplumunun¹³ denetim ve güvenlik mekanizmalarının yetersizliğiyle riskler yayılmış ve sanayi toplumu *risk toplumu* hâline gelmiştir. Bu riskler belirsizlik ve denetlenemezlik sorununu ortaya çıkarmıştır. Her ne kadar *Beck* kuramını daha ziyade ekolojik ve teknolojik riskler üzerinden açıklamaktaysa da,¹⁴ toplumsal yaşamın her alanında risklerin daha görünür hâle gelmesiyle bu risklerin ifade edilmesi ve onların yol açabileceği olası tehlikelerin önlenmeye çalışılması yönündeki temayülü ortaya koyması bakımından *risk toplumu* önemli bir kuramdır. Toplumsal yaşam söz konusu risklerin öngörülme ve önlenmeye çalışılmasına yönelik bir örgütlenmeye doğru evrilmektedir.

Suç önleme ve suçla mücadele konusundaki gelişmeleri ve değişiklikleri de bu temayül çerçevesinde değerlendirmek mümkündür. Teknolojik gelişmeler sayesinde/yüzünden suçla mücadelede yeni yöntemler ortaya çıkmakta; bu yöntemler risklerin öngörülmesi/ortadan kaldırılması noktasında çok çeşitli müdahale imkanları yaratmaktadır. Kamu düzenin korunması konusunda kamu düzeninin ihlalden, kamu düzeninin tehlikeye sokulmasına oradan da soyut risklere¹⁵ odaklanmaya başlanması bunu açıkça ortaya koymaktadır.¹⁶ Bu eğilimin ceza hukukundaki yansımaları konusundaki endişelerden biri risklerle mücadelede karakter, milliyet, din veya arkadaşlık ilişkileri gibi özelliklerin kişilerin riskli olarak kabul edilmesine neden olabileceği ve bunun da zamanla fail ile fiil arasındaki ayrımı kaldıracağı üzerindedir.¹⁷ Risk analizleriyle henüz suç işlenmeden tüm kişilik özellikleri, yaşam tarzı ve uyumluluk değerlendirmeleri yapılarak suçun tahmin edilebilmesi arzusu, teknolojik gelişmelerin de desteğiyle fiil ceza hukuku anlayışından fail ceza hukuku anlayışına geçişi işaret etmektedir. Bunun yanında henüz suç işlenmeden suçun bu bilgilerle tahminiyle temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden tedbirlerin uygulanması, cezalandırmanın yargılama ve hatta fiil öncesi bir alana taşınması tehlikesini de içinde barındırmaktadır.

13 Ulrich Beck'in toplumsal değişimleri dönemleştirmesinde *basit modernlik* sanayi toplumunun gelişimini, *yeni düşünümsel modernlik (reflexive modernization)* ise *risk toplumunun* ortaya çıkışını temsil etmektedir. Kavram hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Gordon Marshall (Terc. Osman Akınhay, Derya Kömürçü), *Sosyoloji Sözlüğü*, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara, 1999, s. 169.

14 Bkz. Aysun Çuhacı, "Ulrich Beck'in Risk Toplumu Kuramı", *Sosyoloji Dergisi*, Sayı 14, 2007, s. 140 vd.

15 Tehlike, zarara sebep olabilme bakımından nedensel bir çıkarımken; risk zarara potansiyel olarak sebep olma bakımından olasılığa işaret eder. Maria Laura Böhm, "Endanger Law: War on Risks in German Criminal Law", Ed. Gunnar Duttge, Sang Won Lee, *The Law in the Information and Risk Society*, Universitätsverlag Göttingen, 2011, s. 148.

16 İrmak Erdoğan, *Yapay Zeka ve Profilleme Teknolojilerinin Ceza Muhakemesinde Kişisel Veri İşlenmesine Etkileri*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 15.

17 Böhm, s. 150, 151.

2. Öngörüye Dayalı Kolluk Faaliyetleri

Suçun önlenmesi konusunda ortaya çıkan yeni teknolojilerle herkesin potansiyel suçlu olarak değerlendirildiği; MOBESE görüntüleri, neredeyse herkese ait parmak izinin kayıt altına alınması gibi tedbirler ülkemizde de uygulanmaktadır. Bu tedbirlerde toplumdaki her birey tedbirin muhatabı olmakta, belirli bir suçun işlendiği yolunda şüpheye de ihtiyaç duyulmamaktadır.¹⁸

Öğretide önleyici kolluk faaliyetlerinden ayrı olarak tahmine/öngörüye dayalı kolluk faaliyetlerinden söz edilmektedir. Öngörüye dayalı kolluk kavramının temel varsayımı suçun öngörülebilir bir olgu olmasıdır. Suçun işlendiği yer veya suçu işleyen kişi bu varsayıma göre çoğunlukla rastlantısal değildir. Stratejik olarak gerçekleştirilen bu tahmin faaliyetleri geçmiş suçlar ve mağdurların araştırılmasını da gerektirmektedir. Kolluk müdahalesi gerektirecek olası hedefler belirlemek ve geçmişte işlenen suçları istatistiki yöntemlerden yararlanarak çözmek amacıyla çeşitli teknikler uygulayan kolluk öngörüye dayalı kolluk olarak ifade edilmektedir.¹⁹ Suçun önlenmesinde öngörüye dayalı hareket edilmesinin kamusal kaynakların daha verimli kullanılmasını da sağlayabileceği belirtilmektedir.²⁰

Öngörü çeşitli şekillerde edinilen verilere dayalıdır. Öngörüye dayalı kolluk faaliyetlerinde yapay zeka teknolojileri de kullanılmakta, suçun nerede ve ne zaman işleneceğini öngörmek adına geçmişte işlenen suç sayısı, bölgenin aydınlığı gibi kimi verilerden faydalanılarak bu şekilde belirlenen bölgelerde daha fazla önleyici kolluk tedbirlerinin uygulanması sağlanmaktadır.²¹ Daha da ileri gidilen kimi profillemeye teknolojileriyle belirli kişi veya grupların suça daha eğilimli olduğu varsayımlarına dayalı olarak yaş, cinsiyet gibi verilerle birlikte istihbarat veri tabanlarında bulunan veriler işlenerek tehlikeli kişiler listesi oluşturulabilmekte, bu kişiler çeşitli tedbirler ve yaptırımlarla karşılaşabilmektedir.²²

18 Hakan Karakehya, "Gözetim ve Suçla Mücadele Gözetimin Tarihsel Gelişimi ile Yakın Dönemde Gerçekleştirilen Hukuki Düzenleme ve Uygulamalar Bağlamında Bir Değerlendirme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 58, Sayı 2, 2009, s. 341.

19 Nurettin Alkan, Yunus Emre Karamanoğlu, "Öngörüye Dayalı Kolluk Temelinde Önleyici Kolluk: Rusya Federasyonu'ndan Örnekler", *Güvenlik Bilimleri Dergisi*, Cilt 9, Sayı 2, 2020, s. 388 vd.

20 Alkan, Karamanoğlu, s. 411 vd.

21 Erdoğan, s. 46.

22 İtalya'da *KeyCrime*, Amerika'da *Predpol*, bazı Avrupa ülkelerinde *Precobs* gibi potansiyel suç mahalli ve suç faili tespit eden yazılımlar için bkz. Erdoğan, s. 46 vd. Cambridge Üniversitesi katılımlarıyla geliştirilen *HART (Harm Assessment Risk Tool)* yazılımı kişilerin suç işleme riskini değerlendirerek orta riskli olarak sınıflandırılan potansiyel suçluların rehabilitasyon programına katılmalarını sağlamayı amaçlamaktadır. Şikago Polis Departmanı tarafından tutuklanan kişilere ait veriler analiz edilerek büyük suçlara karışma olasılığı yüksek kişilerin listesi oluşturulmakta ve bu kişilere suça karıştıkları takdirde karşılaşacakları yaptırımlar konusunda uyarı

İnsan onuruna aykırı pratiklere neden olabilecek söz konusu tedbirler önleyici kolluk faaliyetleri bağlamında önemli sorunlara gebedir. Kamu düzeninin korunması amacı, uygulanacak tedbirin müdahale teşkil ettiği temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin rejimin dışında değerlendirilmez. İstatistiksel verilere dayalı olarak uygulanabilecek önleyici kolluk tedbirleri, “riskli kişiler” listesine bir kez giren kişilerin düzenli olarak temel hak ve özgürlüklerine müdahale teşkil eden tedbirlerin uygulanmasına neden olarak, bireyleri suç öncesi alanda riske dayalı düzenli bir “cezalandırma” pratiğine maruz kalma tehlikesiyle karşı karşıya bırakmaktadır. Böylesi pratikler kişilere ait özel nitelikte çok sayıda verinin işlenerek risklerin belirlenmesi bağlamında kişisel verilerin korunması hakkı yönünden sakıncalıdır. Belirtilen verilerle tespit edilen risklere dayalı gerçekleştirilebilecek önleyici kolluk tedbirleriyle de kişi özgürlüğü, özel hayatın gizliliğinin korunması, kişisel verilerin korunması konusunda doğrudan müdahale söz konusu olmakta, insan onurunun korunması ve kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi hakkı evleviyetle ihlal edilmektedir.²³ Bunun yanında suçun önlenmesi amacıyla suçlu kişileri tahmine dayalı herhangi bir yazılımın önleyici kolluk faaliyetlerinde kullanılması, beyaz yaka suçları gibi suçta siyah sayılara (gizli kalmış suçluluğun) neden olma riski barındırmaktadır. Bu tahminlerin önceden işlenen suçlara dayalı olarak yapılması ve adli makamların tüm dikkatini bu kişilere yöneltmesi, adli makamlar tarafından henüz tespiti yapılmayan suçluların belirlenmesine engel olabilir. Sözü edilen nedenlerle karaktere ilişkin verileri işleyerek uygulanabilecek önleyici kolluk faaliyetlerinde ve bu alanda yapılacak düzenlemelerde belirtilen hususların titizlikle dikkate alınması gerekmektedir.

Mevzuat hükümleri çerçevesinde önleyici kolluk tedbiri olarak geçmişte işlenen suçların kaydının tutulması karakter olgusu kapsamında kalmaktadır. Bu çerçevede aşağıda önleyici kolluk faaliyetlerinde karaktere dair değerlendirmelerin önem kazandığı GBT sistemi kaydı²⁴ ve genellikle GBT kaydı sor-

mektubu gönderilmektedir. Orla Lynskey, “Criminal Justice Profiling and EU Data Protection Law: Precarious Protection from Predictive Policing”, *International Journal of Law in Context*, Cilt 15, Sayı 2, 2019, s. 167, 168.

23 Beck de risklerle ortaya çıkan belirsizliğin aşılmasında bilginin önemine dikkat çekmekte; ancak aşırı bilgi veya bilginin tek elde toplanmasının da en az bilgisizlik kadar tehlikeli olduğunu savunmaktadır. Aysun Çuhacı, *Ulrich Beck’in Risk Toplumu Kuramı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyoloji Anabilim Dalı, 2004, s. 94.

24 Şüphesiz karaktere dair herhangi bir husus kolluk tedbirlerine, tedbirin amaçlarından bağımsız olarak neden olabilir. Kıyafet, diksiyon gibi en başta karaktere dair değerlendirmelere neden olabilecek ve kaçınılmaz olarak gözlenen hususlar da tedbirin uygulanmasına etki edebilir. Bu değerlendirmeler mesleki tecrübelerle dayalı olarak yerinde değerlendirmeler de olabilir. Esasen endişe verici olan söz konusu değerlendirmelerle, tedbirin amacından bağımsız olarak kişinin yalnızca karakterine dair ahlaki yargılar nedeniyle tedbirin uygulanması ihtimalidir. Yaşamın olağan akı-

gusuna eşlik eden önleyici kolluk tedbirlerinden önleme aramasına yer verilmektedir.

II. Önleyici Kolluk Faaliyetlerinde Karakter

A. Genel Bilgi Toplama (GBT) Sistemi Kaydı

Güvenlik kuvvetleri, haklarında yakalama emri, tutuklama kararı veya yurtdışına çıkış yasağı bulunan kişilerin kayıtlarını yakalanmalarını sağlamak amacıyla; yakalanmış olsalar da belirli suçlardan haklarında kovuşturma yürütülen kişilere ilişkin kayıtları istihbari bilgi toplama amacıyla işlemektedir. Bu kayıtlar Genel Bilgi Toplama (GBT) sistemi adı verilen bir veri tabanında tutulmaktadır.²⁵

1. Mevzuat

GBT kayıtlarına ilişkin düzenlemeler İçişleri Bakanlığı Kaçakçılık İstihbarat, Harekat ve Bilgi Toplama Dairesi Başkanlığı'nın 29.03.2005 tarih ve B05KDH-73-23-71 sayılı Bilgi Toplama Yönergesi'nde²⁶ yer almaktadır. İlgili Yönerge, "hizmete özel" gizlilik taşıdığından Resmi Gazete'de yayınlanmamıştır.²⁷

şı içinde kaçınılmaz şekilde yapılan karakter değerlendirmelerini önlemek/engellemekse olanak dahilinde değildir. Çalışmada bu psikolojik nedenlere yer verilmemiştir. Örneğin Cemal Duğan bireysel başvuru kararında Anayasa Mahkemesi; cinsel tercihi itibariyle travesti olan başvuruçunun, herhangi bir hukuka aykırı eylemi bulunmaksızın yolda yürümekteyken polis tarafından polis merkezine götürülmesi ve burada üç saate yakın tutulmasının ardından başvuruçunun hakkında trafik güvenliğini tehlikeye düşürmesi bağlamında idari para cezası tutanağı düzenlenmesi olayında, uygulamanın esas amacının cinsel kimliğin baskı altına alınması olduğu ve bu nedenle eşitlik ilkesi, özel hayata saygı hakkı ve kişi hürriyeti ve güvenliği haklarının ihlal edildiği iddialarını değerlendirmiş, ilgili hakların ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Ancak Engin Yıldırım'ın da karşıoy gerekçesinde isabetle belirttiği üzere trafiği tehlikeye düşürme bağlamındaki bir kabahate yönelik polis merkezine götürme uygulaması, kabahatin niteliğiyle orantısızdır. Böylesi bir kabahat karşılığında idari para cezası, kişiyi özgürlüğünden mahrum bırakmaksızın fiilin işlendiği yerde uygulanabilmektedir. Nitekim böylesi kabahatleri işleyen herkes hakkında polis tarafından alıkonulma ve polis merkezine götürülme gibi uygulamaların yapıldığını söylemek de mümkün değildir. Bkz. Anayasa Mahkemesi (AYM), T. 15.02.2017, B.N. 2014/19308, Cemal Duğan Bireysel Başvuru Kararı.

25 Kaydın tutulması gerekçesiyle ilgili İçişleri Bakanlığı Kaçakçılık İstihbarat, Harekat ve Bilgi Toplama Dairesi Başkanlığı'nın Anayasa Mahkemesi'ne gönderdiği 11/6/2015 tarihli ve 1962 sayılı yazı için bkz. AYM, T. 11.05.2016, B.N. 2013/2941, Bülent Kaya Bireysel Başvuru Kararı, p. 19. Farklı ülkelerde de benzeri veri tabanları, benzeri amaçlarla kullanılmaktadır. (Birleşik Krallık'ta PNC [*The Police National Computer*] ve PND [*The Police National Database*] veya Fransa'da STIC [*Le Système De Traitement Des Infractions Constatées*] gibi). Bkz. Bilal Osmanoğlu, "Genel Bilgi Toplama (GBT) Sisteminde Kişilere İlişkin Tutulan Kayıtlar Üzerine Bir İnceleme", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 26, Sayı 2, 2020, s. 948, dn. 4.

26 Çalışmada Yönerge olarak anılmaktadır.

27 Yönerge'nin 3. maddesine göre Yönerge'nin dayanağını, 3152 sayılı İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 13/c bendi (mülga) ve 33. maddesi (mülga), 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nun Ek 7. maddesi ve 17.12.1983 tarihli Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Yönetmeliği'nin (mülga) m. 42/ e-f bentleri oluşturmaktadır. Bkz. AYM, T. 11.05.2016, B.N. 2013/2941, Bülent Kaya Bireysel Başvuru Kararı, p. 15; İbrahim Çiçek, "GBT (Genel Bilgi Toplama) Kayıtlarının Silinmesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 8, Sayı 88, 2013, s. 45.

Uygulamada GBT sorgusu genel olarak; toplu taşıma araçları, havalimanları, şehir meydanları gibi belirli kontrol noktalarında veya rastgele yoldan geçen kişilerin kimliklerinin tespitiyle standart bir uygulama olarak gerçekleştirilmektedir.²⁸ Durdurma ve kimlik sorma (2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu [PVSK] m 4/A), adli (5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu [CMK] m. 116 vd.) ve önleme araması (PVSK m. 13) ve yakalama (CMK m. 90 vd.) tedbirleriyle çoğu zaman birlikte gerçekleştirilen GBT sorgusu kimi zaman da kamu görevliliğine yapılan başvurular²⁹ ve bazı ruhsat başvurularında kullanılmaktadır. Ayrıca bazı suçlar nedeniyle uygulanan yakalama, gözaltı, tutuklama tedbirleri yanında kovuşturmayaya yer olmadığı kararı veya beraat kararlarının dahi sisteme işlendiği ve soruşturma fezlekelerinde bu kayıtlara dair bilgi verildiği belirtilmektedir. Bu durum öğretide kişilerin soruşturma nesnesine dönüştürülmesi kavramı üzerinden eleştirilmektedir.³⁰

Bilgi Toplama Yönergesi kapsamında hakkında kayıt tutulan kişiler; suç işleme sebebiyle aranan, kamu haklarından yararlanmaları konusunda sınırlama getirilen ve yakalansalar dahi bazı suçları işlemiş olan kişilerdir.³¹

Hakkında kayıt tutulan kişilerden konumuzla yakından ilgili olan ve en çok eleştirilenler, yakalansalar dahi bazı suçları işlemiş bulunan kişilerdir. Bu suçların neler olduğu Yönerge m. 9/b’de düzenlenmiştir.³² Esasen aranan kişilerin bulunması amacına hizmet eden bu sistemde, yakalanmış olsalar dahi kimi kayıtların tutulmaya devam etmesi eleştirilmektedir. Bu kayıtların iptali konusu belirtilen tartışmaların temelini oluşturmaktadır.

Yönerge’nin 4. maddesinde düzenlenen form iptalinde, Yönerge’nin 9/b maddesinde düzenlenen suçlardan olup olmamasına göre ayırım yapılmaktadır. Düzenlemeye göre m. 9/b kapsamındaki suçlardan olmayan formlar ilgili kişilerin yakalanması üzerine tasniften çıkarılıp imha edilerek iptal edilmekteyken; 9/b kapsamındaki suçlara ilişkin formlar iptal koşulları oluştuğunda tasniften çıkarılmaktadır.

28 Necmettin Aydın, “Genel Bilgi Toplama Yönergesi ve GBT Uygulaması”, <http://www.muhammedrembalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikimlerIII/126.pdf> (14.3.2024), s. 181; Özbeke, s. 215.

29 “...davacının GBT kayıtlarında bulunduğu belirtilen Terör Amaçlı Suçlar(PKK) kaydının, ... Ağır Ceza Mahkemesi’nin E:... sayılı dava dosyasına ilişkin olduğu, anılan davada, ... tarih ve K:... sayılı karar ile davacının beraatine karar verildiği, bunun dışında davacı hakkında herhangi bir olumsuz bilgi de bulunmadığı gibi davacı hakkında yapılan sosyal çevre araştırmasının da olumlu olduğu görüldüğünden, güvenlik soruşturması olumsuz neticelendiğinden bahisle tesis edilen sözleşmenin feshedilmesine ilişkin dava konusu işlemlerde hukuka ayarlılık bulunmadığı;...” Danıştay 12. D., T. 23.11.2021, E. 2020/1217, K. 2021/6044 sayılı kararı

30 Özbeke, s. 215.

31 Aydın, s. 173.

32 Bilgi Toplama Yönergesi m. 9/b kapsamında sayılan suçlar için bkz. Aydın, s. 174, dn. 5.

rılmakta ve arşive alınmaktadır. İptal koşullarına ilişkin düzenlemeye göre Yönerge m. 9/b kapsamına giren suçlara ait bilgi formları³³ “...beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın düşmesi veya dava zaman aşımı nedeniyle davanın ortadan kaldırılmasına karar verilmiş ve kararın kesinleşmiş olması hâlinde ...” iptal edilmektedir.³⁴ Buna karşılık söz konusu suçlardan hüküm giyenlere ait bilgi formlarının iptali ancak bu kişilerin ölümü veya haklarında gaiplik kararı verilmesi hâlinde mümkün olmakta; belirtilen suçlardan hüküm giyen kişiler vatandaşlıktan çıkarılırsalar dahi bilgi formları iptal edilememektedir.³⁵

2. Genel Bilgi Toplama Yönergesi'nin Hukuka Aykırılığına İlişkin Mahkeme Kararları ve Değerlendirmeler

a. Danıştay'ın Yaklaşımı

Danıştay, Yönerge m. 9/b ve bu hükümde sayılan suçlar hakkında formun iptalini düzenleyen m. 16/b-1 hükmünün iptali talebini; 3152 sayılı Kanun'un işlemin tesis edildiği dönemde yürürlükte bulunan ancak 02.07.2018 tarih ve 703 sayılı KHK ile ilga edilen İçişleri Bakanlığı'nın düzenleme görev ve yetkisini düzenleyen 33. maddesi ve Kaçakçılık, İstihbarat, Harekat ve Bilgi Toplama Dairesi Başkanlığı'nın görev ve yetkilerini düzenleyen 13. maddesi ve Yönerge'nin dayanak olarak gösterdiği kanun hükümlerine aykırılık yönünden değerlendirmiş ve söz konusu Yönerge'nin ilgili mevzuata aykırı olmadığını belirterek reddetmiştir.³⁶

b. Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesi'nin Bülent Kaya bireysel başvuru kararında hâlihazırda devam eden ceza yargılamasına ilişkin tutulan GBT sistemi kaydının silinmesi talebiyle idareye yapılan başvurunun reddedilmesi ve bu nedenle özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiği iddiasını değerlendiren Mahkeme, GBT sisteminde tutulan kayıtların özel nitelikte kişisel veri olduğunu ve bu nedenle kayıt tutulmasının ve çeşitli yerlerde kullanılmasının özel hayatın gizliliği hakkına müdahale oluşturduğunu belirtmiş; ancak müdahalenin temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimini düzenleyen Anayasa m. 13 kapsamında kanunilik, meşru amaç, demokratik toplum düzeninde gerekli olma ve ölçülülük koşullarına uygun olduğuna ve dolayısıyla müdahaleyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.³⁷

33 Yönerge'nin 4. maddesinde tanımlanan form açma, suç işleyen kişilerin Yönerge'ye göre kayıt altına alınmasını ifade etmektedir. Düzenleme için bkz. Aydın, s. 175.

34 Yönerge'ye göre hazırlık soruşturması neticesinde kovuşturmayla yer olmadığı kararı verildiyse karar kesinleştikten sonra da suç kaydı varsa iptal edilir. Bkz. Çiçek, s. 45.

35 Yönerge'nin 16. maddesindeki düzenlemeler için bkz. Çiçek, s. 45.

36 Danıştay 10. D., T. 28.12.2020, E. 2015/1649, K. 2020/7026; Danıştay İDDK, T. 14.03.2022, E. 2022/17, K. 2022/835.

37 AYM, T. 11.05.2016, B.N. 2013/2941, Bülent Kaya Bireysel Başvuru Kararı.

Kanaatimizce Bilgi Toplama Yönergesi kanunilik unsuru yönünden sorunludur. Esasen temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği düzenlemesi karşısında Yönerge'nin dayanak olarak gösterdiği kanuni düzenlemeler doğrudan herhangi bir kısıtlama öngörmeyen soyut hükümlerdir. Oysa kanunilik koşulunun gerçekleştiğinin söylenebilmesi için kanunun bir sınırlama öngörmesi, idareninse düzenleyici işlemiyle bu sınırlamanın ayrıntıları ve teknik noktalarına yer vermesi gerekmektedir.³⁸ Yönerge'nin dayanak olarak gösterdiği kanun hükümlerinden ilki 3152 sayılı İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un³⁹ 13/c ve 33'ncü maddeleri 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı KHK'nin 18 inci maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. 2559 Sayılı Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu Ek madde 7 ile polise genel anlamda istihbarat faaliyetlerinde bulunmak üzere bilgi toplama, değerlendirme yetkisi verilmektedir. Temel hak ve hürriyetlere müdahale teşkil eden böylesi tedbirlere ilişkin ayrıntılar idarenin düzenleyici işlemlerinin konusu olabilirse de tedbirlere kim tarafından ne kadar süreyle başvurulabileceği gibi hususların kanunda düzenlenmesi gerekmektedir. Bu nedenle tedbirin müdahale ettiği temel haklar bakımından müdahalenin kanunla düzenlenmiş olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir.⁴⁰

Anayasa Mahkemesi'nin E.Ç.A. bireysel başvuru kararında da adli sicil kayıtlarından silinen hırsızlık suçuna ilişkin kayıtların GBT sistemi ve adli sicil arşiv kaydında tutulmasının özel hayatın gizliliğini ihlal ettiği iddiasını değerlendiren Mahkeme; GBT sisteminde tutulan bilgilerin özel hayata saygı hakkına müdahale oluşturduğunu kabul etmiş, ancak bilgilerin “*verilerin polis ve idari merciler tarafından kullanılmasının gizlilik kurallarına tabi olduğu... ilgili bilgilerin toplanma, paylaşım, kullanım ve silinmesine ilişkin hususların ayrıntılı olarak düzenlendiği...söz konusu verilerin ... tespit edilen amaç*

38 Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukukuna Giriş*, 17. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2021, s. 98; İl Han Özey, “İdari Kolluk Adli Kolluk”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 72, Sayı 1, 2013, s. 961.

39 Kanun'un adı 02.07.2018 tarihli ve 703 sayılı KHK'nin 18 inci maddesiyle “İçişleri Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulu ile İl Yatırım ve Hizmetlerine İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun” olarak değiştirilmiştir.

40 Özbek, s. 218. Aynı yönde bkz. AYM, T. 11.05.2016, B.N. 2013/2941, Bülent Kaya Bireysel Başvuru Kararı, Engin Yıldırım karşıoy yazısı, p. 14. “*Genel bilgi toplama sisteminde tutulacak kayıtlarla ilgili süre, stoklama, kullanım, üçüncü kişilerin erişimi ve verilerin gizliliğinin korunmasına yönelik izlenecek usule ilişkin hususların yasal güvenceye bağlanması konusunda mevzuat çalışması yapılması*” yönünde tavsiye kararı için bkz. Kamu Denetçiliği Kurumu, T. 13.08.2018, B.N. 2018/3408 kısmen tavsiye kısmen ret kararı, <https://kararlar.ombudsman.gov.tr> (21.03.2024). Genel olarak istihbari izleme ve veri toplamaya olanak sağlayan mevzuat hükümlerinin yasayla öngörülmesi, genel bir kolluk mevzuatı altında toplanması ve erişilebilir olması gerektiği hakkında bkz Tuğçe Duygu Köksal, “Bilgi Toplamaya Yönelik İstihbari Kolluk Faaliyetine İnsan Hakları Perspektifinden Bakış”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 2, 2021, s. 1789.

dışında yararlanıldığına yahut özel yaşamı ve çalışma hayatı bakımından olumsuz sonuçlar doğurduğuna ilişkin somut olgulara dayalı herhangi bir delilin ortaya konulmadığı” belirtilerek müdahalenin bir ihlal oluşturmadığına karar vermiştir.⁴¹

Kanaatimizce geçmişte işlenen bir suçta yönelik kayıtların merkezi bir kayıt sisteminde azami bir süre olmadan tutulması demokratik toplum düzeninde ölçülü bir sınırlama değildir. Suç işleyen bir kişi hakkındaki kayıtların yeniden suç işleme potansiyeli olduğu varsayımıyla azami bir süre veya usul öngörülmeksizin ölene kadar tutulması ve bu kayıtlara dayalı olarak kişinin çeşitli tedbirlere muhatap olması, kayıtların tutulmasıyla ulaşılmaya hedeflenen kamusal yararın yanında özel hayata saygı ve kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı konusunda ölçüsüz bir müdahale teşkil etmektedir.⁴²

Anayasa Mahkemesi tarafından 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu’nun 9. maddesindeki arşive alınan kayıtların ilgilinin ölümü üzerine veya her hâlde kaydın girildiği tarihten itibaren seksen yıl geçtikten sonra silineceği hükmünün iptali değerlendirilirken öne sürülen gerekçeler, GBT sisteminde ömür boyunca tutulan kayıtlar bakımından da göz önünde bulundurulabilir. Söz konusu düzenlemenin, geçmişte işlenmiş bir suçun üzerinden uzunca süreler geçmiş olmasına karşılık gerek sosyal yaşamı gerekse de meslek yaşamını için engel olarak karşısına çıkarılması suretiyle “...sosyal hukuk devleti, eşitlik, adalet, herkesin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi ilkelerine, cezalandırmanın suçluları yeniden topluma kazandırması amacına, kişinin kendisiyle ilgili ve-
rilerin silinmesini talep etme hakkına, Anayasa’yla tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkesin yetkili makama geciktirilmeden başvuru imkanının sağlanmasını isteme hakkına aykırı olduğu...” belirtilerek iptali talep edilmiştir. Mahkeme de düzenlemenin kişilerin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı ve cezanın ıslah etme amacına aykırılığı tespitiyle hükmü iptal etmiştir.⁴³ Bu bağlamda yakalanmış olsalar dahi GBT kayıtlarının silinmesi usulünü öngörmeyen Yönerge düzenlemelerinin de aynı şekilde kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkıyla ve cezaların ıslah edici olma amacıyla bağdaşmadığı açıktır.⁴⁴

41 AYM, T. 07.06.2018, B.N. 2014/5671, E.Ç.A. Bireysel Başvuru Kararı.

42 Hukuk devleti ilkesi ve masumiyet karesi bakımından sorunlu olduğu yönünde bkz. AYM, T. 07.06.2018, B.N. 2014/5671, E.Ç.A. Bireysel Başvuru Kararı, Hasan Tahsin Gökcan ve Yusuf Şevki Hakyemez karşıoy yazısı, p. 12.

43 AYM, T. 20.01.2011, E. 2008/44, K. 2011/21.

44 Adli sicilden silinen kayıtların GBT sisteminde kayıtlı olarak kalmaya devam etmesi hususunda Yönerge’nin dayanak olarak gösterdiği mevzuatta 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu aleyhine bir düzenleme bulunmaması ve yine bu mevzuatta doğrudan adli sicil kayıtlarından aktarılan kayıtların silinmesine ilişkin düzenlemelerin de bulunmaması karşısında adli sicil kayıtlarının bu

c. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) Yaklaşımı

AİHM kararlarında, adli kayıtların tutulmasına ilişkin olarak çeşitli kriterler birlikte değerlendirilmekte, çatışan menfaatler arasında adil bir denge bulunup bulunmadığı gözetilmektedir. Örneğin Gardel/Fransa kararında AİHM, başvuranın cinsel istismar suçundan on beş yıl hapis cezasına çarptırıldıktan sonra cinsel dokunulmazlığa karşı suç işleyen kişilerin kaydedildiği bir sicilde kaydının bulunmasını değerlendirirken öncelikle sicilin amacının suçu önlemek ve özellikle mükerrer suçlarla mücadele etmek ve bu gibi durumlarda suçluların tespitini kolaylaştırmak olduğunu vurgulamış; çatışan menfaatler arasında adil bir denge olduğunu, verilerin silinmesi için etkili prosedürlerin bulunduğunu, verilerin tutulduğu sürenin (20-30 yıl), bilgilerin saklanması da izlenen amaçla orantısız olmadığını belirterek özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁴⁵

Benzer bir kayda ilişkin Fransa aleyhine görülen bir davada AİHM, ceza gerektiren suçların kayıt altına alındığı STIC adı verilen⁴⁶ ve amacı, bu suçların kanıtlarının toplanmasını ve faillerinin aranmasını kolaylaştırmak olan sicilden, kendisine ait kayıt dolayısıyla özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden başvuranın iddiasını kabul etmiş, ihlal kararı vermiştir. Mahkeme; kayıtların 20 yıl gibi azami süre öngörülerek tutulmasında sürenin orantısız olabileceğini, başvuranın hakkında mahkûmiyet kararı olmamasını, başvuranın alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri uygulanarak adli sürecinin sonlandırılmış olmasını birlikte değerlendirmiş ve kayda ilişkin gerçek bir silinme imkânı tanınmadığı gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir.⁴⁷ Benzer bir davada AİHM, kovuşturma yapmaya gerek görülmeyen ancak çocuk kaçırma dolayısıyla uyarı cezası alan başvuranın, bu cezasına ilişkin kaydının süre sınırı olmaksızın saklanması ve ifşasına yönelik tedbirlerin olmamasını özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir.⁴⁸

sistemde kaydının tutulması ve silinmesi hususlarında 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun esas alınması gerektiği görüşü için bkz. Özay, s. 960.

45 AİHM, T. 17.12.2009, B.N. 16428/05, Gardel/Fransa Kararı, p. 63 vd.

46 İçeriğinde polis, jandarma veya gümrük memurları tarafından oluşturulan prosedürler temelinde hazırlanan soruşturma raporlarından elde edilen bilgilerin listelendiği bir kayıt sistemidir. Dosyada her kişi için kimlik bilgileri, doğum tarihi ve yeri, aile durumu, soy, uyruk, adresler, mesleklere yer verilmiştir. Kişinin tasviri ve fotoğrafı ile soruşturma altındaki olaylar, suçun yerleri, tarihleri ve işleyiş şekli ile ilgili bilgiler ve nesnelere ilgili bilgiler ve görüntüler ve suçun mağdurları da listelenmektedir. AİHM, T. 14.09.2011, B.N. 21010/10, Brunet/Fransa Kararı, p. 12.

47 Brunet/Fransa Kararı, p. 38 vd.

48 AİHM, T. 13.11.2012, B.N. 24029/07, M.M./Birleşik Krallık Kararı, p. 100, 199 vd.

Sözü edilen mahkeme kararları göz önünde bulundurulduğunda suçla mücadele eden makamlar tarafından işleniyor olsa da geçmiş suçlara ilişkin verilerin süre sınırı olmaksızın veya işlenen fiille orantılı olamayacak sürelerle tutulmasının özel hayatın gizliliğini ihlal edeceği açıktır. Bu bağlamda iç hukukumuz açısından GBT kayıtlarına ilişkin doğrudan kanuni bir düzenleme bulunmaması, Yönerge m. 9/b'de öngörülen suçları işleyen kişilere ilişkin kayıtların süre sınırı olmaksızın tutuluyor olması, AİHM kararlarında dikkat çekilen hususlara, özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı kapsamında aykırı görünmektedir.

İnsanın onurlu bir yaşam sürdürebilmesi için özel hayatın gizliliğinin korunması bir öncül olarak değerlendirilir ve bu korumayla insanın özerkliğinin temin edilmesi mümkün olur. "Karakter" olgusu içinde yer alan birçok bilgi kişinin özel hayat alanına dahil hususlardan oluşur. Anayasal olarak kişisel verilerin korunması da özel hayatın gizliliği kapsamında m. 20/3 hükmünde düzenlenmektedir.⁴⁹ 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanunu'nun (KVKK) 6. maddesi gereğince "*Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir.*"⁵⁰ Söz konusu düzenlemeye göre karakter bağlamında ele alabileceğimiz tüm veriler kişisel veri ve hatta özel nitelikte kişisel veridir. Özel niteliğine rağmen genel olarak kişisel verilerin korunmasına yönelik düzenlemeler; bu verilerin suçun önlenmesi, soruşturulması veya kovuşturulması süreçlerinde işlenmesini kapsam dışında tutmakta, bunlara yönelik koruyucu hükümlere yer vermemektedir. Nitekim KVKK'nın 28. maddesiyle de suçun

49 Anayasa m. 20/3: "*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 hâllerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.*". Söz konusu hüküm Anayasa'ya 12.09.2010 tarihinde yapılan halk oylaması sonrası, 5982 sayılı Kanun ile yürürlüğe girmiştir. Bu tarihten önce kişisel veriler Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığı ve 20. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği çerçevesinde değerlendirilmiştir. İbrahim Korkmaz, *Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017. s. 76.

50 Özel verilerin daha nitelikli şekilde korunması gereksininin kişisel verilere göre daha ağır şekilde müdahaleye açık olmasından kaynaklandığı ancak diğer verilerinden farklı şekilde korunması gereken özel veri şeklinde bir kategori yaratılmasının uygun olmadığı yönünde görüşler de bulunduğu hakkında bkz. Elif Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 233. AİHM verilerin niteliğine göre müdahalenin ölçüsünü tespit etmektedir. Hücrel örneklerle ilişkin değerlendirmeleri için bkz. AİHM, T. 4.12.2008, B.N. 30562/04 ve 30566/04, S. ve Marper/Birleşik Krallık Kararı, s. 118.

önlenmesi, soruşturulması veya kovuşturulması süreçlerinde işlenen veriler kanun kapsamı dışında tutulmaktadır.

Anayasa m. 20/3 gereğince karakteri de kapsayan kişisel verilerin korunması hakkına ancak kanunla sınırlama getirilebilir. Yönerge ile düzenlenen GBT sisteminde işlenen verilerin bu bağlamda kişisel verilerin korunması hakkını ihlal ettiği açıktır. Bunun yanında genel bir eleştiri ve eksiklik olarak gördüğümüz husus ülkemizde ceza yargılamalarında ve kolluk tarafından işlenen kişisel verilere ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmemesidir.⁵¹ Kişisel verilerin korunmasına ilişkin gerekliliği, adli makamlar tarafından yürütülen faaliyetlerin kamusal niteliği nedeniyle bu makamlar tarafından işlenen verileri dışarda bırakarak bertaraf etmek mümkün değildir. Suç işlenmesinin önlenmesi veya işlenmiş olan suçların soruşturulması ve kovuşturulmasındaki kamusal haklar ve menfaatler sınırsız değildir. Suç işlenmesi öncesi kolluk faaliyetlerinde, Cumhuriyet savcılığı ve emrindeki adli kolluk görevlileriyle yürütülen soruşturma faaliyetlerinde, kovuşturma aşamasında ve hatta infazda şüpheli, sanık, mağdur, suçtan zarar gören, katılan, tanık, hükümlü, adli kayıtları bulunan veya örneğin önleyici kolluk faaliyetleri çerçevesinde GBT kaydına ulaşılan herhangi bir kişinin kişisel verileri yoğun şekilde işlenmektedir. Bu faaliyetlerde işlenen kişisel verilere ilişkin ayrıntılı yasal düzenlemelere ihtiyaç vardır.⁵²

GBT kayıtları, Yönerge m. 9/b hükmünde sayılan suçlara ilişkin olduğunda kovuşturmanın başlamasıyla tutulmaya başlanmaktadır.⁵³ Yönerge m. 10/b gereğince polis ve jandarma kendi sorumluluk alanında el koydukları olaylarda, suç işleyen kişinin sorgulamasını yaparak, geçmişte işlenen suçlara ilişkin kayıtları soruşturma evrakına yazmaktadır.⁵⁴ Adli makamların henüz bir mahkûmiyetle sonuçlanmamış olsa dahi bu kayıtlardan haberdar olması, şüpheli veya sanık hakkında olumsuz kanaatin oluşmasını kaçınılmaz kılmaktadır. GBT kayıtları, ceza muhakemesine dahil olduktan sonra tıpkı diğer karakter delilleri gibi adil yargılanma hakkı bağlamında kimi sorunlara neden olmaktadır. Bunun yanında söz konusu kayıtlar kimi kamu görevine kabul bağlamında yapılan güvenlik soruşturmalarına da konu edilmektedir. Kişiler yargılama neticesinde beraat hükmü olsa dahi GBT kayıtları nedeniyle olumsuz sonuçlanan

51 Murat Volkan Dülger, Onur Özkan, "Kolluk Teşkilatında ve Ceza Yargılamalarında Kişisel Verilerin Korunması: "Unutulan" Direktifin Kapsamlı ve Karşılaştırmalı Analizi", *Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı 42, 2020, s. 139.

52 Genel olarak önleyici kolluk faaliyetlerinde kişisel verilerin korunması bağlamında ayrı bir mevzuat düzenlemesi yapılması gerektiği yönünde bkz. Köksal, s. 1789.

53 Öncesinde jandarma veya polis tarafından yürütülen bir soruşturma söz konusuysa soruşturmanın başlamasıyla sanık karar takip formu düzenlenmekte veya şüphelinin sisteme kaydı, hakkında işlem yapılacaklar ibaresiyle gerçekleştirilmektedir.

54 Aydın, s. 187.

güvenlik soruşturması neticesinde kamu görevine kabul edilmeyebilmektedir. Bu nedenle söz konusu kayıtlar yalnızca suç öncesi uygulanan tedbirlere yönelik etkiler yaratmamakta, kaydı tutulan kişinin yaşamını pek çok açıdan olumsuz şekilde etkileyebilmektedir. Neticede masumiyet karinesi, ceza yargılaması mahkûmiyet dışında bir hükümlerle sonuçlandırıldığında “*daha sonraki yargılamalarda ceza gerektiren suçla ilgili olarak kişinin masumiyetinden şüphe duyulmamasını, kamu makamlarının toplum nezdinde kişinin suçlu olduğu izlenimini uyandıracak işlem ve uygulamalardan kaçınmasını gerektirir.*”⁵⁵ Bu nedenle yakalansalar dahi kayıtları nerdeyse soruşturmanın başlamasıyla birlikte tutulmaya başlanan suçlara dair GBT kayıtlarının ceza yargılamasına dahil edilmesi masumiyet karinesine aykırı sonuçlar doğurmaktadır.

B. Önleme Araması

Amaçları açısından hukuk sistemizde iki tür aramadan söz edilebilir. Bunlardan biri adli aramadır. Adli arama delil elde etmek veyahut şüpheliyi yakalamak için başvurulmuş CMK hükümlerine tabi bir koruma tedbiridir.⁵⁶ Önleyici kolluk faaliyetleri kapsamında yapılan arama türü ise önleme aramasıdır. Önleme araması⁵⁷ hukukumuzda ilk olarak 2002 yılında PVSK m. 9 hükmüyle açık bir biçimde düzenlenmiştir.⁵⁸ Ancak hem adli arama hem de önleme aramasına dair ayrıntılı düzenlemelere 2005 yılında yürürlüğe giren Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nde yer verilmiştir. İlgili yönetmeliğin m. 18 vd. hükümlerinde önleme araması ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.⁵⁹

55 AYM, T. 31/3/2022, B.N. 2018/19673, Enez Ersöz Bireysel Başvuru Kararı, p. 34.

56 Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği (AÖAY) ikinci bölümde adli aramalar düzenlenmiştir. AÖAY m. 5 kapsamında “*Adli arama, bir suç işlemek veya buna iştirak veyahut yataklık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin, saklanamın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlanarak konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kâğıtlarında, eşyasında, aracında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile diğer kanunlara göre yapılan araştırma işlemidir.*”

57 AÖAY üçüncü bölümünde önleme aramaları düzenlenmiştir. AÖAY m. 19 kapsamında “*Önleme araması; a) Millî güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, b) Suç işlenmesinin önlenmesi, c) Taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silâh, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti, amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülki âmirin yazılı emriyle ikinci fıkrada belirtilen yerlerde, kişilerin üstlerinde, aracında, özel kâğıtlarında ve eşyasında yapılan arama işlemidir.*” olarak tanımlanmıştır. Önleme aramasını ifade etmek üzere arama-tarama kavramı da kullanılmaktadır. Bkz. Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 422.

58 Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 307.

59 Temel düzenlemeler haricinde önleme aramasına dair çeşitli özel düzenlemeler de bulunmaktadır. 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu m. 15/A, 5253 sayılı Dernekler Kanunu m. 20, 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Kanunu m. 12 önleme araması düzenlemelerinden bazılarıdır.

PVSK m. 9'a göre tehlikenin ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla başvuru bulunan önleme araması tedbirini sulh ceza hâkimi kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülki amirin yazılı emriyle uygulanabilmektedir.⁶⁰ Yine PVSK m. 9/2 ve AÖAY m. 20/1'de tedbire başvurulabilmesi için makul sebeplerin oluştuğunun gerekçeleriyle arama talep yazısında belirtilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Mevzuatta makul sebeplerin neler olduğuna yönelik herhangi bir belirleme yapılmamış olmakla birlikte öğretide tehlikeye veya suç işlenmesi ihtimaline yönelik akla yakın, mantıklı nedenlerin makul sebepler olarak gösterilebileceği;⁶¹ mevcut olgu ve olayların konunun uzmanı olan kişide somut bir tehlike olduğu izlenimi uyandırdığı hâllerde makul sebebin bulunduğu belirtilmiştir.⁶² Yargıtay ise somut ve öngörülebilir tehlikeleri makul sebep olarak ifade etmiştir.⁶³

Uygulaması itibarıyla arama, durdurma ve kimlik sorma tedbirinin devamında icra edilebilmektedir. Durdurmayla birlikte icra edilebilen arama doğrudan önleme araması şeklinde olabildiği gibi yoklama suretiyle de gerçekleştirilmektedir. Durdurma tedbirini takip eden önleme aramasının PVSK m. 9 hükmünden farklı olarak mülki amirin görevlendireceği kolluk amirinin yazılı, acele hâllerdeyse sözlü emriyle icra edileceği 6638 sayılı Kanun ile PVSK m. 4/A hükmünde düzenlenmişken; ilgili hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından “*Anayasa'nın 20. maddesinin anılan hüküm açık olup gecikmesinde sakınca bulunan bir hâl olmaksızın usulüne uygun verilmiş hâkim kararı dışında başka bir merciin kararıyla arama yapılması mümkün değildir.*” denilerek iptal edilmiştir.⁶⁴ Bu bağlamda durdurmayı takip eden aramalarda önleme aramalarına ilişkin genel düzenlemelere göre hareket edilmesi gerekmektedir. Durdurma işlemini takip eden bir başka arama benzeri tedbir ise yoklamadır. Aynı zamanda AÖAY m. 27'de “*yoklama suretiyle kontrol*” kavramıyla düzenlenen tedbirin hukuki niteliği konusunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmektedir. Kimi yazarlara göre arama ifadesine yer verilirse de yoklama bir tür aramadır

60 AÖAY m. 25'de arama emri veya kararı gerekmeyen istisnai hâller düzenlenmiştir. Malumdur ki Anayasa m. 20/2'de arama kararının usulüne göre verilmiş hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emrine dayanması gerektiği düzenlenmiştir. Yine PVSK m. 9'da önleme araması tedbirinin sulh ceza hâkimi kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülki amirin yazılı emriyle uygulanabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu bağlamda AÖAY m. 25, Anayasa ve Kanun'a aykırıdır. Aynı yönde bkz. Özbek, s. 77; Eşref Barış Börekçi, “Yeni Düzenlemeler Işığında Önleme Aramaları”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 17, Sayı Özel, 2020, s. 97.

61 Özbek, s. 75.

62 Yenisey, Nuhoğlu, s. 336.

63 Yargıtay CGK, T. 17.10.2019, E. 2017/1045, K. 2019/609 sayılı kararı.

64 AYM, T. 04. 05. 2017, E. 2015/41, K. 2017/98 sayılı kararı.

ve Anayasa’da öngörülen usule göre gerçekleştirilmesi gerekmektedir.⁶⁵ Öğretilen kimi yazarlara göre ise yoklama bir arama değildir, bu nedenle arama hakkında öngörülen anayasal rejimin dışındadır.⁶⁶ Kanaatimizce de suçun önlenmesi ve suçla mücadelede pratik gereklilikler öne sürülebilirse de Anayasa’nın açık hükmü karşısında herhangi bir aramanın hâkim kararı olmaksızın icra edilebilmesi mümkün değildir. Bu nedenle söz konusu Yönetmelik hükmü Anayasa aykırıdır. Ancak yoklama suretiyle kontrolün aramadan farklı bir rejime imkan verecek şekilde anayasal olarak düzenlenmesi pratik gerekliliklere paralel bir çözüm olabilecektir. Diğer yandan yoklama ve önleme araması arasında böylesi bir ayırım, uygulama itibarıyla de çeşitli sorunlara beraberinde getirmektedir. Örneğin yoklama suretiyle kontrolün ötesine geçen aramalarda elde edilen delillerin hukuka aykırılığı gündeme gelebilmektedir.⁶⁷

İnceleme konumuz özelindeyse söz konusu tedbir GBT sorgusunu takip edebilmekte, kimi yargı kararlarında da rastladığımız üzere kişinin yalnızca GBT sorgusunda çıkan suç kayıtlarına dayanılarak adli arama veya önleme araması kararı/emri olmaksızın arama yapılabilir.

Sözü edilen duruma örnek teşkil eden uygulama bir Yargıtay kararında da “gündüz vakti cadde üzerinde yürürken kolluk güçlerince durdurulan sanığın elinde bulunan poşetin aranması için ortada “makul şüphe”yi gerektiren olgular ve buna bağlı olarak da arama kararı veya emri verilebilmesinin koşulları bulunmadığı hâlde, sanık hakkında yalnızca “çeşitli suçlardan kaydı bulunduğu” gerekçesiyle, hukuka aykırı bir şekilde yapılan arama sonucu delil elde edilmiştir.” ifadeleriyle yer almıştır.⁶⁸

65 Bkz. Özbek, s. 60; Ersan Şen, *Polisin Durdurma ve Arama Yetkisi*, <https://sen.av.tr/tr/makale/polisin-durdurma-ve-arama-yetkisi> (01.07.2024)

66 Bkz. Zeliha Alpsoy, “PVSK m. 4/A Kapsamında Durdurma ve Kimlik Sorma”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Cilt 9, Sayı 1, s. 18.

67 “Sanığın pantolonunun arka cebinde bulunan ve suç konusu uyuşturucu ve uyarıcı maddelerin ele geçirildiği cüzdan içerisinde yapılan arama işleminin, kaba üst yoklamasını aşması...” Yargıtay CGK, T. 17.10.2019, E. 2017/1045, K. 2019/609 sayılı kararı.

68 Yargıtay 2. C.D., T. 20.11.2013, E. 2012/29290, K. 2013/27219 sayılı kararı. Benzer bir karar da şöyledir: “Olay günü görevli olan müşteki polis memurlarının sanığın hâl ve hareketlerinden şüphelenerek GBT sorgusu yaptıkları, aranmasının olmadığı ancak uyuşturucudan kaydının olması sebebiyle üzerinde uyuşturucu madde olabileceğinden şüphelenilerek üst araması yapmak istediklerinde olayın başladığı ancak dosya içerisinde yönetime uygun alınan bir arama kararının bulunmadığının anlaşılması karşısında...”. Yargıtay 18. C.D., T. 05.12.2018, E. 2016/15241, K. 2018/16450 sayılı kararı; “Ring görevini ifa eden kolluk ekibi, cadde üzerinde durumundan şüphelenilerek durdurulan ticari oto içinde müşteri olarak bulunan sanık araçtan indirilerek üst araması yapılmış, herhangi bir suç unsuruna rastlanmadığı hâlde, GBT sorgulamasına göre çeşitli suçlardan kaydı olduğu gerekçesiyle bu sefer da araç içindeki eşyası aranmış ve suçla ilgili bandrolsüz eserler bulunup el konulmuştur.”. Yargıtay 19. C.D., T. 08.02.2016, E. 2015/10768, K. 2016/1305 sayılı kararı muhalefet şerhi.

Belirtelim ki kimi yargı kararlarında geçmişte suç işlenmiş olmasına dayalı olarak suç işlendiği yönünde ortaya çıkan şüphede arama yapılabilmesi için adli arama kararı olması gerektiği kabul edilebilmektedir. Böylesi durumlarda önleme araması kararına dayalı olarak yapılan aramada elde edilen deliller de bu gerekçeyle hukuka aykırı yollardan elde edilen delil olarak değerlendirilmektedir. Öğretide makul şüphe bakımından yalnızca adli sicil kaydının bulunmasının yeterli olmadığı, bu kaydı destekleyecek emarelerle birlikte makul şüphenin oluşabileceği belirtilmektedir. Örneğin hırsızlıktan sabıkalı bir kişinin تنها bir yerde, geç bir zamanda elinde tornavida ile otoparkta araçlar arasında dolaşıyor olmasının makul şüphe yaratabileceği belirtilmiştir.⁶⁹ Buna karşılık Yargıtay çeşitli kararlarında, yalnızca GBT kaydına dayalı olarak yapılan aramanın adli arama kararına dayanması gerektiği tespitinde bulunmuştur.⁷⁰ Kanaatimizce arama kararı verilebilmesi için aranan şüphe derecesi, arama neticesinde ele geçirilen delillere bakılarak tespit edilemez. Bunun yanında bir kişinin yalnızca GBT sorgusunda suç kaydına rastlanmış olması tek başına o kişi hakkında adli arama kararı verilebilecek bir şüphe nedeni ortaya koymamaktadır.⁷¹

Esasen GBT sorgusunda çeşitli suçlardan kaydı olan kimseler arama tedbirinin uygulanması konusunda kolluk kuvvetlerine önemli bir motivasyon sağlamaktadır. Önceden işlenmiş olan suçların, sonradan işlenecek suçlar bakımından iyi bir öngörü sağladığı kabul edilebilirse de suç işlenmesinin önlenmesindeki kamusal menfaatlerle; hayatının bir döneminde suç işlemiş bir kişinin, suç kayıtlarının ölümüne kadar GBT sisteminden silinmemesi ve ölümüne kadar sürekli böylesi tedbirlere herkesten daha fazla muhatap olması nedeniyle sürekli temel hak ve özgürlüklerine müdahale edilmesi arasında adil bir denge bulunmadığı kabul edilmelidir.

Öğretide, mevzuatta ve uygulamada iç içe olan durdurma, kimlik sorma,

69 Mesut Bedri Eryılmaz, *Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s. 149; İlyas Şahin, "Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Koruma Tedbirleri Bakımından Esas Alınan Şüphe Kavramının İncelenmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 20, Sayı 3, 2014, s. 116.

70 "...önleme araması kararına istinaden...aracın saat 14.30 sıralarında durdurulduğu, araçta yapılan aramada herhangi bir suç unsuru rastlanılmamasına karşın, sanıklardan ...'nin yapılan GBT sorgusunda uyuşturucu madde suçundan kaydının bulunduğu tespit edilmesi üzerine ...aracın ve sanıklar üzerinde yapılan detaylı aramada;... amfetamin içeren hap ile...esrarın ele geçirildiği somut olayda;... Adli arama kararı gerektiren bir olayda önleme araması kararına dayanılarak ya da koşullarına uygun olmayan arama kararı üzerine yapılan arama hukuka aykırıdır." Yargıtay 20. C.D., T. 19.03.2018, E. 2018/643, K. 2018/1456 sayılı kararı.

71 Yargıtay 19. C.D., T. 08.02.2016, E. 2015/10768, K. 2016/1305 sayılı kararı, muhalefet şerhinde ifade edilen "mevzuatımızda, sabıkalı veya GBT kaydı olanları olağan şüpheli sayan bir düzenleme mevcut değildir." ifadesine katıldığımızı belirtmek isteriz.

arama gibi tedbirlerin hem uygulamacı kolluk tarafından doğru biçimde uygulanması için yeknesak şekilde öğrenilmesinin hem de halkın söz konusu tedbirlere ilişkin bilgilendirilmesinin önemine işaret edilmiştir.⁷² Kanaatimizce de söz konusu tedbirlerin yanlış uygulanmasına yönelik olumsuz sonuçlardan kaçınmanın en başta çözümü yeknesak ve mevzuata uygun bir uygulama geliştirmektedir. Diğer yandan yukarıda işaret ettiğimiz “yoklama suretiyle kontrol” hususundaki AÖAY düzenlemelerinin Anayasa ile uyumlu hâle getirilmesi önem arz etmektedir.

Sonuç/Değerlendirme

Önleyici kolluk tedbirlerinin uygulanmasında karakterin göz önünde bulundurulduğu en yaygın uygulama Genel Bilgi Toplama sistemine kayıttır. Böylesi bir kayıt sistemi önleyici kolluk faaliyetlerinde oldukça önemli işlevleri haizdir. Haklarında yakalama emri, tutuklama kararı veya yurtdışına çıkış yasağı bulunan kişilerin kayıtları yakalanmalarını sağlamak amacıyla; yakalanmış olsalar da belirli suçlardan haklarında kovuşturma yürütülen kişilere ilişkin kayıtlarsa istihbari bilgi toplama amacıyla tutulmaktadır. Böylesi kayıtların gerekliliği önleyici kolluk faaliyetlerindeki önemine istinaden tartışmasızdır. Buna karşılık mevzu hukukumuzda GBT kayıtlarının tutulmasına ilişkin Bilgi Toplama Yönergesi, Anayasa tarafından öngörülen temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejimine aykırıdır.

En başta Bilgi Toplama Yönergesi kanunilik unsuru yönünden sorunludur. Esasen temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği düzenlemesine karşılık Yönerge'nin dayanak olarak gösterdiği kanuni düzenlemeler doğrudan herhangi bir kısıtlama öngörmeyen soyut hükümlerden oluşmaktadır. Oysa kanunilik koşulunun gerçekleştiğinin söylenebilmesi için kanunun bir sınırlama öngörmesi, idareninse düzenleyici işlemiyle bu sınırlamanın ayrıntıları ve teknik noktalarına yer vermesi gerekmektedir. Bunun yanında hizmete özel olan Yönerge'ye herhangi bir kişinin ulaşması ve tedbire hangi durumlarda başvurulabildiğini öngörmesi de mümkün olmadığından kanuniliğin gereklilikleri olarak öngörülebilirlik ve belirlilik de söz konusu olmamaktadır.

Yönerge'nin 9/b maddesi kapsamına giren suçlardan hüküm giyenlere ait bilgi formları ölümleri veya haklarında mahkemelerce verilen gaiplik kararına istinaden iptal edilmektedir. Yakalanmış olsalar dahi GBT kayıtlarının silinmesi usulünü öngörmeyen söz konusu düzenlemenin kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkıyla ve cezaların ıslah edici olma amacıyla bağdaşmadığı açıktır. GBT kayıtları silinmeyen, diğer bir ifadeyle yeniden başlama şansı

⁷² Yenisey, Nuhoglu, s. 323.

verilmeyen bir kişinin ıslahı, yeniden sosyalleşmesi ve topluma kazandırılması mümkün değildir. Geçmişte işlenen suç veya gerçekleştirilen diğer kötü davranışların herhangi bir zaman ve çoğunlukla bağlam sınırlaması olmadan düzenli bir şekilde kişinin karşısına çıkarılmasının ve suçun önlenmesi amacıyla hizmet ettiği ölçünün dışında kişinin tekraren “yargılanmasına” sebebiyet vermesinin ıslah edici olmayacağına kuşku yoktur. Böylesi bir durum özel önleme bakımından da fonksiyonel değildir. *“Bir kez hata yapan kişinin, yenisinden başlama şansı olmayacağı bilgisi, hataların tekrar edilmesinin önündeki önemli engellerden birini ortadan kaldırmaktadır.”*. Kendisine sosyal bir alan yaratamayan bir kişinin yeniden sosyalleşmesini beklemek gerçekçi de olmayacaktır.⁷³

Sözü edilen itiraz ve nedenlerle önerilerimiz şu şekildedir:

- Öncelikle GBT sistemi hakkında yasal düzenleme yapılmalı; tedbirin süresi, kapsamı, tedbiri uygulamaya yetkili kişiler kanunda belirlenmelidir.
- Yakalansalar dahi belirli suçları işlemiş kişiler yönünden tutulan kayıtlar bakımından azami bir süre öngörülmalıdır.
- Bu yönde yapılabilecek herhangi bir düzenlemede suç işlenmesinin önlenmesiyle kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı, genel olarak özel hayatın gizliliği, özel olarak kişisel verilerin korunması hakkıyla korunan menfaatler arasında adil bir denge gözetilmelidir. Bu bağlamda özellikle belirlenecek azami süre söz konusu menfaatleri etkisiz kılmayacak şekilde tayin edilmelidir.
- Uygulamada genel olarak durdurma ve GBT sorgusuna eşlik eden önleme araması tedbirleri konusundaysa söz konusu iç içe geçen önleyici tedbirlerin yanlış uygulanmasına yönelik olumsuz sonuçlardan kaçınmak için yeknesak ve mevzuata uygun bir uygulama geliştirilmeli, mevzuatta dağınık ve farklı kavramlarla ortaya konulan bu tedbirlerin uygulamacıya sistematik biçimde aktarılması sağlanmalıdır.
- Bir tür önleme araması olmasına karşılık yoklama suretiyle kontrol kavramıyla ifade edilen kurumun düzenlendiği AÖAY ile Anayasa uyumlu hâle getirilmelidir.

73 Usluadam, s. 332.

KAYNAKLAR

- Alkan, Nurettin; Karamanoğlu Yunus Emre, “Öngörüye Dayalı Kolluk Temelinde Önleyici Kolluk: Rusya Federasyonu’ndan Örnekler”, *Güvenlik Bilimleri Dergisi*, Cilt 9, Sayı 2, 2020, ss. 387-418.
- Alpsoy, Zeliha, “PVSK m. 4/A Kapsamında Durdurma ve Kimlik Sorma”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Cilt 9, Sayı 1, 2024, ss. 1-49.
- Anderson, Barrett J. “Recognizing Character: A New Perspective on Character Evidence”. *Yale Law Journal*, Cilt 120, Sayı 7, 2012, ss. 1912-1968.
- Aydın, Necmettin, “Genel Bilgi Toplama Yönergesi ve GBT Uygulaması”, ss. 169-193, <http://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikimlerIII/126.pdf> (14.03.2024).
- Bostancı Bozbayındır, Gülşah, “Karşılaştırmalı Hukukta Delil Değerlendirme Yasakları”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 14, Sayı 157, 2019, ss. 1746-1765.
- Böhm, Maria Laura, “Endanger Law: War on Risks in German Criminal Law”, Ed. Gunnar Duttge; Sang Won Lee, *The Law in the Information and Risk Society*, Universitätsverlag Göttingen, 2011, ss. 145-164.
- Börekçi, Eşref Barış, “Yeni Düzenlemeler Işığında Önleme Aramaları”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 17, Sayı Özel, 2020, ss. 89-113.
- Çiçek, İbrahim, “GBT (Genel Bilgi Toplama) Kayıtlarının Silinmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 8, Sayı 88, 2013, ss. 44-48.
- Corsini, Ray, *The Dictionary of Psychology*, Brunner-Routledge, New York, 2002.
- Çuhacı, Aysun, “Ulrich Beck’in Risk Toplumu Kuramı”, *Sosyoloji Dergisi*, Sayı 14, 2007, ss. 129-157.
- Çuhacı, Aysun, *Ulrich Beck’in Risk Toplumu Kuramı*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyoloji Anabilim Dalı, 2004.
- Damaska, Mirjan R. “Propensity Evidence in Continental Legal Systems”, *Chicago-Kent Law Review*, Cilt 55, Sayı 70, 1994, ss. 55-67.
- Dülger, Murat Volkan; Özkan, Onur, “Kolluk Teşkilatında ve Ceza Yargılamalarında Kişisel Verilerin Korunması: “Unutulan” Direktifin Kapsamlı ve Karşılaştırmalı Analizi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı 42, 2020, ss. 85-149.
- Erdoğan, İrmak, *Yapay Zeka ve Profilleme Teknolojilerinin Ceza Muhakemesinde Kişisel Veri İşlenmesine Etkileri*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.
- Eryılmaz, Mesut Bedri, *Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.
- Field, Stewart, “State, Citizen, and Character in French Criminal Process”, *Journal of Law and Society*, Cilt 33, Sayı 4, 2006, ss. 522-546.
- Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukukuna Giriş*, 17. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2021.
- Hançerlioğlu, Orhan, *Felsefe Sözlüğü*, 21. Baskı, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2013.
- Ho, Hock Lai, *Philosophy of Evidence Law Justice in the Search for Truth*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- Imwinkelried, Edward J. “The Use of Evidence of an Accused’s Uncharged Misconduct to Prove Mens Rea: The Doctrines That Threaten to Engulf the Character Evidence Prohibition”, *Military Law Review*, Cilt 130, 1990, ss. 41-76.

- Karakehya, Hakan, “Gözetim ve Suçla Mücadele Gözetimin Tarihsel Gelişimi ile Yakın Dönemde Gerçekleştirilen Hukuki Düzenleme ve Uygulamalar Bağlamında Bir Değerlendirme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 58, Sayı 2, 2009, ss. 319-357.
- Koçak, Hüseyin; Memiş, Kamile, “Bilgi Toplumunda Korku: Bilgi Güvenliği ve Risk Toplumuna”, *Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt 20, Sayı 3, 2018, ss. 1-10.
- Korkmaz, İbrahim, *Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.
- Köksal, Tuğçe Duygu, “Bilgi Toplamaya Yönelik İstihbari Kolluk Faaliyetine İnsan Hakları Perspektifinden Bakış”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 2, 2021, ss. 1745-1798.
- Kunter, Nurullah; Yenisey, Feridun; Nuhoglu, Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dah Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku İkinci Kitap*, 17. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010.
- Küzeci, Elif, *Kişisel Verilerin Korunması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.
- Lynskey, Orla, “Criminal Justice Profiling and EU Data Protection Law: Precarious Protection from Predictive Policing”, *International Journal of Law in Context*, Cilt 15, Sayı 2, 2019, ss. 162-176.
- Marshall, Gordon (Terc. Osman Akınhay, Derya Kömürçü), *Sosyoloji Sözlüğü*, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara, 1999.
- Masaroğulları, Güncel; Koçakgöl, Muhammet, *Psikoloji Sözlüğü*, Nobel Yayınevi, Ankara, 2011.
- Redmayne, Mike, *Character in the Criminal Trial*, Oxford University Press, Oxford 2015.
- Osmanoğlu, Bilal, “Genel Bilgi Toplama (GBT) Sisteminde Kişilere İlişkin Tutulan Kayıtlar Üzerine Bir İnceleme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 26, Sayı 2, 2020, ss. 946-979.
- Özay, İl Han, “İdari Kolluk Adli Kolluk”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 72, Sayı 1, 2013, ss. 947-962.
- Özbek, Veli Özer, *Polis Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Temel Haklara Müdahaleler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.
- Şahin, İlyas, “Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Koruma Tedbirleri Bakımından Esas Alınan Şüphe Kavramının İncelenmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 20, Sayı 3, 2014, ss. 94-144.
- Şen, Ersan, “Polisin Durdurma ve Arama Yetkisi”, <https://sen.av.tr/tr/makale/polisin-durdurma-ve-arama-yetkisi> (14.03.2024).
- Usluadam, Asena, *Ceza Muhakemesinde Karakter Delili*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.
- Yenisey, Feridun, *Kolluk Hukuku*, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015.
- Yenisey, Feridun; Nuhoglu, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.
- Yıldırım, Turan; Yasin, Melikşah; Kaman, Nur; Özdemir, Eyüp; Üstün, Gül; Tekinsoy-Okay, Özge, *İdare Hukuku*, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirim Yükümlülüğü*

Obligation of Healthcare Professionals to Report the Crime

Alaaddin EGEMENOĞLU**

ÖZ

Suç haberi alınmadan ceza muhakemesi başlayamayacağından her şeyden önce yetkili makamlara bir suç duyurusunda bulunulmuş olması gerekmektedir. Suç duyurusu doğrudan suçtan zarar gören tarafından şikâyet suretiyle yapılabileceği gibi tanık tarafından ihbarda bulunmak suretiyle de yapılabilir. Bunun yanında kanun koyucu adeta bir yükümlülük olarak bazı meslek gruplarına suç bildirim mecburiyeti getirmiştir. Özellikle sır saklama yükümlülüğü bulunan hekimlerin meslekleri gereğince suça ilişkin bir belirti ile karşılaştıklarında bildirim yükümlülüğü söz konusu olmaktadır.

Sağlık mesleği mensubunun suç işlendiğine ilişkin belirti ile karşılaşılmasına rağmen yetkili mercilere bildirmeme veya geç bildirmeye yönelik ihmali hareketin gerçekleşmesi durumunda cezai sorumluluk doğmaktadır. Bildirim yükümlülüğünün getirilmesi sağlık mesleği mensubunu adeta kolluk gibi çalışmaya sevk ettiğinden sağlık hizmetinin gereği gibi vermesini zorlaştırmaktadır. Çalışmamızda 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 280'inci maddesinde düzenlenen sağlık mesleği mensubunun suç bildirmeme suçu unsurlarına ayrılarak Yargıtay kararları da dikkate alınmak suretiyle incelenmiştir. Doktrindeki tartışmalara değinilerek kanaatimiz ifade edilmiştir. Özellikle Türk hukukundaki düzenleme ile İtalyan, Alman ve Fransız ceza kanunlarındaki düzenleniş biçimleri mukayese edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Suçu bildirmeme suçları, sağlık mesleği mensubu, özgü suç, belirti, kamu görevlisi.

ABSTRACT

Since criminal proceedings cannot start before the crime is reported, first of all, a criminal complaint must be made to the competent authorities. The criminal complaint can be made directly by the person who has been harmed by the crime through a complaint or by a witness through a denunciation. In addition, the legis-

* Makale gönderim tarihi: 15.08.2023. Makale kabul tarihi: 23.10.2023. Alaaddin Egemenoglu, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü (TCK m. 280)", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 2, 2024, s. 141-177
DOI: <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2024.11.2.8>.

** Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı. İletişim: aegemenoglu@medipol.edu.tr, [0000-0002-9654-8796](tel:+905000000296548796).

Çatışma Beyanı: Yazar/lar herhangi bir çatışma beyanı bildirmemiştir.

lator has imposed an obligation on some professional groups to report the crime as an obligation. In particular, physicians, who are obliged to keep secrets, are obliged to report when they encounter an indication of a crime in accordance with their profession.

Criminal liability arises in the event that the healthcare professional performs a negligent act of failing to notify the competent authorities or reporting late despite encountering an indication that a crime has been committed. The introduction of the obligation to report makes it difficult for the healthcare professional to provide healthcare services properly, as it encourages the healthcare professional to work almost like a law enforcement officer. In our study, the crime of failure to report the crime of the healthcare professional regulated in Article 280 of the Turkish Penal Code no. 5237 is examined by dividing it into its elements and taking into account the decisions of the Court of Cassation. Our opinion is expressed by referring to the discussions in the doctrine. In particular, the regulation in Turkish law is compared with the regulation in Italian, German and French penal codes.

Keywords: Crimes of not reporting a crime, health professional, specific crime, circumstantial evidence, public official.

Giriş

Suçların işlenip işlenmediğini araştırmak ve toplum düzenini bozan davranışları yaptırımıyla karşılamak suretiyle suç işleme düşüncesi içerisinde olan kişileri caydırmak devlete ait bir görevdir. Toplum içerisinde yaşayan kişiler, ihbar veya şikâyetle bulunmak suretiyle devletin bu asli görevini yerine getirmesini isteme hakkına sahiptirler. Dolayısıyla devletin suç işleyen kişileri cezalandırabilmesi için öncelikle suç haberini alması gerekmektedir.

Cezalandırma yetkisi devletin tekelindedir. Kanun koyucu, bireylere işlenmiş veya işlenmekte olan suçu yetkili makamlara bildirimde bulunmayı bir hak (ihbar veya şikâyet) ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) kapsamında (TCK m. 278, 279 ve 280) bir yükümlülük olarak kabul etmektedir. Dolayısıyla bildirimde bulunulması halinde hak yerine getirilirken, bildirimde bulunulmaması durumunda kişi aslında bir suç işlemiş olmaktadır. Bu durum bireyleri suçların aydınlatılması için devlete yardımcı olmaya teşvik etmektedir. Böylece suçlar gizli kalmamakta, suç işleyen kişiler cezalandırılarak hukuka duyulan inanç artmaktadır. Sağlık mesleği mensupları bireylerin sağlıklı yaşayabilmeleri için önem arz eden sağlık hizmetinden yararlanmasını sağlayan meslek grubudur. Bunlar görevleri sırasında suç oluşturan belirti ile karşılaşması halinde yetkili makamlara bildirimde bulunma yükümlülüğü bulunmaktadır.

I. Genel Bilgiler

Suç haberinin alınması ile başlayan ceza muhakemesi evreleri¹ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) kapsamında deliller ile ilerlemektedir². Yargılama neticesinde sanığın suçu işleyip işlemediğine ilişkin hâkimin bir kanaate varması halinde verilecek bir karar ile hüküm verilmekte, kanun yolları tüketildikten sonra hükmün kesinleşmesi ile muhakeme evreleri sona ermektedir³. Muhakeme evrelerini başlatma niteliğini taşıyan ve suçun yetkili makamlara bildirilmesi araçlarından birisi olan ihbara sıklıkla başvurulmaktadır.

İhbar, bir suç işlendiğinin şikâyet niteliğindeki bildirimler hariç olmak üzere yetkili makamlara bildirilmesidir⁴. Bildirim, suçtan zarar gören veya suçun süjesi olmamakla birlikte bir suçun işlendiğini gören kişiler ya da kamu makamları vasıtasıyla yapılmaktadır⁵. İhbarda bulunmak suretiyle yetkili makamlara suçun işlendiği haberinin verilmesi hakkın kullanılması bağlamında bir hukuka uygunluk sebebidir⁶. Madde gerekçesinde de suç siyaseti gereğince suçu bildirmenin bir anayasal hak olduğu kadar aynı zamanda da bir yükümlülük olduğu ifade edilmektedir⁷.

Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmeme suçu TCK'nın "Millete ve Devlete Karşı Suçlar" başlıklı Dördüncü Kısmının "Adliyyeye Karşı Suçlar"ı düzenleyen İkinci Bölümünde, 280'inci maddesinde yer almaktadır. Bu bölümde bu suçla benzer olarak herkese ihbar yükümlülüğü getiren suçu bildirmeme⁸ (TCK m. 278) ve yalnızca kamu görevlileri bakımından ihbar

1 Ceza muhakemesinde suç haberinin alınması ihbar veya şikâyet yoluyla olmaktadır. Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 11. Baskı, Ankara 2023, s. 619.

2 CMK m. 160/1 gereğince; "Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar."

3 Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin Saygılar Kırt, Esra Alan, Özdem Özyayın, Efsar Erden Tütüncü, Mehmet Can Tok, *Ceza Muhakemesi Hukuku (Nazari ve Uygulamalı)*, Seçkin Yayıncılık, 17. Baskı, Ankara 2023, s. 42-43.

4 Yenisey, Nuhoglu, s. 620.

5 Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 9. Baskı, Ankara 2023, s. 1185; Mahmut Koca, "Çocuk İstismarında İhbar Yükümlülüğü", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 1, 2012, s. 117.

6 Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin, Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 17. Baskı, Ankara 2023, s. 543.

7 Gereğe göre: "Suçuların cezalandırılmasını devletten istemek, kişi açısından bir hak olduğu gibi; herhangi bir suç olgusunun gerçekleştiğini öğrenen kişinin durumu suçu takibe yetkili makamlara bildirmesi, aynı zamanda bir yükümlülüktür. Bu itibarla, herhangi bir suç olgusunun gerçekleştiğini öğrenmesine rağmen durumun suçu takibe yetkili makamlara bildirilmemesi, genel olarak haksız bir davranıştır. Ancak, izlenen suç siyaseti gereğince sadece belli suçların bildirilmemesi veya sadece belli kişilerin bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi, suç olarak tanımlanmıştır."

8 Maddeye göre: "(1) İşlenmekte olan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla ka-

yükümlülüğü getiren kamu görevlisinin suçu bildirmeme⁹ (TCK m. 279) suçları birlikte düzenlenmiştir. Bu suçlarda korunan hukuki değer adaletin sağlandığına dair topluma tesis edilen güvendir. Bu güvenin içeriğini muhakemenin gereği gibi yapıldığı ve infazın tam anlamıyla tatbik edildiği inancı oluşturmaktadır¹⁰.

Sağlık mesleği mensubunun görevi dolayısıyla karşılaştığı belirtileri yetkili makamlara bildirme yükümlülüğünü düzenleyen madde metni şu şekildedir (TCK m. 280);

“(1) Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır.”

A. Mülga Ceza Kanunu (ETCK) ile TCK'nın Karşılaştırması

Mülga 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (ETCK) 530'uncu maddesi sadece şahıs aleyhine işlenen cürümler¹¹ bakımından suçu bildirme yükümlülüğü getirmektedir¹². TCK ise, bildirim yükümlülüğü bakımından bildirilecek suçların koruduğu hukuki değerlere göre bir ayırım yapmış ve ETCK'dan farklı olarak bazı suçları bu yükümlülüğün dışına atılması yoluna gitmemiştir¹³. Ayrıca

dar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) İşlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.”

9 Maddeye göre: “(1) Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

10 Özlem Yenerer-Çakmut, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Doç. Dr. Mehmet Somer'e Armağan, Özel Sayı, 2006, s. 1051; Koca, Üzülmmez, s. 1123.

11 Maddeye göre: “Hekim, cerrah, ebe yahut sair sıhhiye memurları şahıslar aleyhinde işlenmiş bir cürüm asarını gösteren ahvalde sanatlarının icabettiği yardımı ifa ettikten sonra keyfiyeti adli yeye veya zabıtaya bildirmezler yahut ihbar hususunda teahhur gösterirlerse bu ihbar kendisine yardım ettikleri kimseyi takibata maruz kılabacak ahval müstesna olmak üzere otuz liraya kadar haff cezaı nakdiye mahküm olurlar.” <https://www.lexpera.com.tr>, (Erişim Tarihi: 20.07.2024).

12 Nejat Öztürk, *Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı*, Cilt 3, Filiz Kitabevi, 2. Baskı, İstanbul 1970, s. 720.

13 Çakmut, s. 1060; Hamide Zafer, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Prof. Dr. Füsün Sokullu Akıncı'ya Armağan, Cilt 71, Sayı 1, 2013, s. 1342; Koca, Üzülmmez, s. 1190; Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2010, s. 4323; Rahime Erbaş, *Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 133; Burak Karahan, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 25,

ETCK'dan farklı olarak suçun yaptırımı kabahat değil, hapis cezasıdır¹⁴. Bu kapsamda örneğin bildirme yükümlülüğü bulunan suç cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan cinsel istismar olabileceği gibi, işkence de olabilir. Ayrıca TCK'da bildirim yükümlülüğünün doğması için hekime başvuran kişinin fail veya mağdur olmasına bakılmaz. Hastanın üzerinde suç oluşturan bir belirti bulunması bildirim yükümlülüğünün doğması için yeterlidir. ETCK'da ise, yalnızca mağdura tıbbi müdahalede bulunan sağlık mesleği mensubuna ihbar yükümlülüğü getirmiştir. Dolayısıyla fail bakımından ihbar yükümlülüğünün bulunmadığı görülmektedir¹⁵. ETCK'da suç şikâyete ve önödemeye tabi tutulurken TCK'da önödemeye ve şikâyete tabi tutulmadan re'sen kavuşturulabilmektedir¹⁶.

B. Sağlık Mesleği Mensubunun Suçu Bildirme Yükümlülüğünün Lehinde ve Aleyhinde Görüşler

Kanun koyucu tarafından sağlık mesleği mensubuna suç bildirme yükümlülüğünün getirilmesi daha kanunlaşmadan Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde görüşülmesi aşamasında meslek mensuplarını muhbir haline getireceği, onlara duyulan güvenin ortadan kalkacağı ve kişilerin ihbar edilmek suretiyle adli soruşturmaya maruz kalacağı korkusu altında tedavi olmaktan kaçınabileceği için eleştirilmiştir¹⁷. Doktrinde de ilgili hükmün lehine ve aleyhine görüşler ortaya koyulmuştur.

Lehine görüş:

Bir görüş, suç işlediği düşünülen hastanın topluma arz ettiği tehlikeliliğine ve kamu güvenliğini zedelediğine dayanarak TCK m. 280'in düzenlenmesinde kamu yararının bulunduğunu ileri sürmektedir. Düzenlemenin lehinde görüşte bulunan müellif özellikle çocuğun cinsel istismarı vakalarından kaynaklanan mağduriyetlerin sağlık mesleği mensubuna getirilen bu yükümlülük aracılığıyla ortadan kaldırılacağını ifade etmektedir¹⁸.

Başka bir görüş ise, amacı insan hayatını kurtarmak olan sağlık mesleği mensubunun cinsel istismar suçu hariç olmak üzere suçları ihbar etmek mükellefiyetinin yüklenmemesi gerektiğini savunmaktadır. Müellif, ileride suç iş-

Sayı 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, s. 958; Özkan Gültekin, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 11, Sayı 19, Temmuz 2016, s. 104.

14 Öztürk, s. 719; Gültekin, s. 104; Levent Emre Özgüç, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 77, Sayı 2, 2019, s. 1002; Uğur Aşkın, "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü ile Suçu Bildirmeme Suçu Arasındaki İlişki", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 2, 2021, s. 1381.

15 Zafer, s. 1332.

16 Gültekin, s. 105.

17 <https://mevzuat.tbmm.gov.tr>, (TCK m. 280, Genel Kurul Tutanağı - Erişim Tarihi: 18.10.2024).

18 Gültekin, s. 112.

lenmesinde delil olarak kullanılabilir belirti istisna tutmuş bunların adli rapor niteliğinde istendiğinde sunulması gerektiğini ifade ederek kısmen de olsa düzenlemenin lehine görüşte bulunmuştur¹⁹.

Aleyhe görüşler:

Doktrinde ETCK'nın 530'uncu maddesi dikkate alarak değerlendiren bir görüş, suçu bildirim yükümlülüğü hekim ile hasta arasında kurulan karşılıklı güven ilişkisini zedeleyeceğinden suç belirtisini değerlendirme işinin hekime yüklenmemesi gerektiğini ileri sürmektedir. Hekim açısından böyle bir mecburiyet getirilmesi onu içgüdüsel olarak suç belirtisini değerlendirme çabası içerisine sokacağından ve hasta bakımından ise, ihbara maruz kalacağı korkusu ile ihtiyacı olan tıbbi yardımı alma isteğinin ortadan kalkmasına yol açacağından eleştirilmektedir²⁰.

Başka bir görüş, sağlık personelinin bir anlamda adli kolluk gibi görülmesinin ve suçüstü veya işlediği bilinen suçlarla sınırlı kalmayıp işlediği yönünde belirti olan suçları dahi bildirme yükümlülüğünün kapsamına alınmasının hatalı ve aşırı olduğunu belirtmektedir²¹.

Diğer bir görüşe göre, sağlık mesleği mensubunun bildirim yükümlülüğü hastanın tedavisi dolayısıyla sağlığı bakımından da sakıncalara sebep olmaktadır. Tam anlamıyla tedavi edilebilmesi için hastanın sır sayılacak hususları emniyetli bir şekilde hekime aktarması gerekmektedir. Aksi durum tedavinin olumsuz sonuçlanmasına sebep olmaktadır²².

Doktrinde ağırlıklı görüş, tanıklıktan çekinme hakkı (CMK m. 46) ile sağlık mesleği mensubunun kişisel verilerin hukuka aykırı olarak vermeme (TCK m. 136) ve sağlık mesleği mensubunun suçu bildirme yükümlülüğü dikkate alındığında yükümlülükler arasında bir çelişkinin ortaya çıktığını ifade etmektedir. Ayrıca suç işlendiği yönünde belirti taşıyan hastaların adli tatbikata uğrayacağı korkusuyla tedavi olmak üzere hastaneye başvurmakta çekineceğini ve bu yüzden sağlığa erişim hakkının ihlal edileceğini ileri sürmektedir²³.

19 Sevinç Arslan-Hızal, "Sağlık Mesleği Mensuplarına Yönelik Şiddetin Ceza Kanunundaki Yaptırımlar Bağlamında İrdelenmesi", *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt 7, Sayı 19, Ağustos 2012, s. 130.

20 Çakmut, s. 1060.

21 Yener Ünver, "TCK'da Sağlık Personelinin Ceza Hukuku Sorumluluğuna Yol Açabilecek Hükümler", *Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 105, (Sağlık Personelinin Ceza Hukuku Sorumluluğuna Yol Açabilecek Hükümler).

22 Abdülbaki Giyik, "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü ile Suçu Bildirmeme Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğünün Çatışması", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 2, 2014, s. 176.

23 İsmail Malkoç, Mahmut Güler, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler*, Cilt 4, Adil Yayınevi, Ankara 1999, s. 4903; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 15. Baskı, Ankara 2015, s. 1232, (Özel Hükümler); Parlar, Hatipoğlu

Görüşümüz

Sağlık mesleği mensubunun hastanın tedavisi ile uğraşmak yerine hastanın üzerinde yer alan bulguların suç oluşturup oluşturmadığını değerlendirme mecburiyeti getirilmesi mesleğini gereği gibi yapamamasına yol açabilir. Ayrıca hastanın tedaviden çekinmesine de neden olabilir. Bunlar dikkate alındığında cinsel istismar ve terör suçları hariç olmak üzere aşağıda bahsedeceğim üzere Alman Ceza Kanunu'nda (ACK) düzenlendiği gibi işlenmiş olan suçların değil, yalnızca işlenmekte olan suçlar bakımından bildirim yükümlülüğü getirilmelidir.

II. Suçun Unsurları

A. Tipikliğin Objektif Unsurları (Maddi Unsurlar)

1. Fail

a. Sağlık Mesleği Mensubu

Sağlık mesleği mensuplarının suç u bildirmemesi suçu, yalnızca sağlık mesleği mensubu tarafından işlenebileceğinden²⁴ özgü suçtur²⁵. TCK'nın 280'inci maddesinin 2'nci fıkrası gereğince; “sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır.” Maddede sayılan sağlık meslekleri örnek teşkil etmesi için verilmiştir. “Sağlık hizmeti veren diğer kişiler” ibaresi kullanıldığından maddede sınırlı bir şekilde sayılan sağlık mesleği mensupları ile yetinilmemelidir²⁶. TCK m. 280'de kanun koyucu sağlık hizmeti veren bazı meslek gruplarını saymıştır. Cümlelerin devamında ise, tek tek saymayı bırakmış ve kapsamını genişleterek sağlık hizmeti veren diğer kişiler ibaresini kullanmıştır. Bu ibare sağlık hizmeti alanında görev alanları göstermektedir²⁷. Ancak yine de belirsizliğin ortadan kalkması adına kanun koyucu tarafından TCK'da olmasa da diğer kanunlarda (3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu gibi) sağlık hizmeti veren diğer kişilerin kimler olduğu gösterilmelidir.

lu, s. 4325; Hakan Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara 2024, s. 419, (Tıp Ceza Hukuku); Karahan, s. 976.

24 Failin belirli meslek veya niteliğe sahip olması aranan suçlar özgü suçlardır; Koca, Üzülmez, s. 1187.

25 Çakmut, s. 1052; Zafer, s. 1335; Koca, Üzülmez, s. 1187; Gökcan, Artuç, s. 9170; Yener Ünver, *TCK'nda Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, 7. Baskı, Ankara 2023, s. 459, (Adliye Karşı Suçlar); Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku*, s. 423; Aslı Ekin Yılmaz, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu”, *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 2020, s. 249; Özgüç, s. 1006.

26 Zafer, s. 1335; Selahattin Koluç, *TCK'nda Suçu Bildirmeme Suçu*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2014, s. 190; Gültekin, s. 105.

27 Sağlık hizmeti veren diğer kişiler ibaresi suçun faili olabilecek kişilerin kapsamını genişlettiğinden belirlilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmektedir. Arslan-Hızal, s. 263; Karahan, s. 959.

Sağlık hizmeti, 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun'un 2'nci maddesinde tanımlanmıştır²⁸. Buna göre, sağlık hizmetini belirleyen ölçüt tıbbi faaliyette bulunulmasıdır. Tıbbi faaliyetin kapsamına girmeyen hastanenin idaresine ilişkin görev icra eden sağlık çalışanlarının faaliyeti sağlık hizmeti olarak değerlendirilmemektedir²⁹. Zira bu kişilerin gerçek mesleği sağlık hizmeti sunulması ile ilgili değildir. Ancak geçimini bu alandaki faaliyetten sağlamaktadırlar. Bu durumda örneğin hekim, hemşire, laborant, fizyoterapist sağlık mesleği mensubu iken, sağlık hizmetinde çalışan hekim asistanı, ambülans şoförü, güvenlik görevlisi ve tıbbi sekreter TCK m. 280 uyarınca sağlık mesleği mensubu değildir. Bu kişilerin suça ilişkin bir belirti ile karşılaşması halinde bildirim yükümlülüklerinin kaynağı herkes bakımından bildirim yükümlülüğü getiren TCK m. 278 olacaktır³⁰. Dolayısıyla sağlık hizmeti veren diğer kişilerden anlaşılması gereken failin sağlık konusunda hizmet vermeye yetkin bir uzmanlığının bulunmasıdır. Nitekim Yargıtay bir kararında tıbbi sekreterin³¹ başka bir kararında acil servis görevlisinin³² TCK m. 280 anlamında bildirim yükümlülüğünün bulunmadığını kabul etmiştir. İnsan sağlığı ile ilgisi olmayan veterinerler bu maddenin kapsamında değildir³³. Klinik psikolog, röntgen uzmanı, biyolog ve sünnetçi de madde kapsamına girenlere örnek olarak verilebilir³⁴. Zira bunlar koruyucu ve/veya tedavi edici ya da reha-

28 Maddeye göre: “Sağlık hizmetleri: İnsan sağlığına zarar veren çeşitli faktörlerin yok edilmesi ve toplumun bu faktörlerin tesirinden korunması, hastaların tedavi edilmesi, bedeni ve ruhi kabiliyet ve melekeleri azalmış olanların işe alıştırılması (Rehabilitasyon) için yapılan tıbbi faaliyetler sağlık hizmetidir.”

29 Ekin Yılmaz, s. 250.

30 Erbaş, s. 148; Ekin Yılmaz, s. 250.

31 “Aynı poliklinikte tıbbi sekreter olarak çalışan ve sadece hasta kaydı yapan sanık A.. H..’nin kamu görevlisi ve TCK’nın 280/2. maddesinde tarif edilen sağlık mesleği mensubu olmaması karşısında, atılı suçun yasal unsurlarının ne şekilde oluştuğu açıklanmadan mahkumiyetine karar verilmesi, müdafinin temyiz nedenleri yerinde görüldüğünden, hükmün bozulmasına” Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 2014/8297 esas numaralı, 2015/1500 karar numaralı ve 19.01.2015 tarihli kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 20.07.2024).

32 “Acil servis görevlisi olan ve trafik kazasında yaralanarak gelen ... ile ilgili kaydı, hasta tetkik defterine adli vakia olarak oluşturup hastayı da tedavisi için cerrahi yoğun bakım servisine gönderen sanıkların, yoğun bakım ünitesinde yatmakta iken ölen ...’nin ölümünü adli mercilere bildirme görevleri bulunmadığından tebliğnamedeki düşünceye itibar olunmamıştır” Yargıtay 16. Ceza Dairesi, 2015/2673 esas numaralı, 2015/3025 karar numaralı, 06.10.2015 tarihli kararı, <https://www.lexpera.com.tr>, (Erişim Tarihi: 20.07.2024).

33 Çakmut, s. 1052; Gültekin, s. 105-106; Aksi görüş, suçla korunan hukuki değer adliye olduğundan ve gerek hayvan sağlığı gerekse çevreyle ilişki yönünden insan sağlığını da ilgilendirdiğinden veteriner hekimlerin TCK m. 280 kapsamında suçu bildirim yükümlülüğünün bulunduğu ileri sürmektedirler. Ünver, *Adliye Karşı Suçlar*, s. 459; Erbaş, s. 149; Giyik, s. 193.

34 Ayşe Nuhoglu, “Sağlık Mesleği Mensubunun Suçu Bildirme Yükümlülüğü (TCK m. 280)”, *Sağlık Hukukunda Dünyadaki Son Gelişmeler*, 2009, s. 19; Gültekin, s. 105.

bilite edici sağlık hizmeti yürütmektedirler³⁵.

b. Failin Aynı Zamanda Kamu Görevlisi Olması

Failinin statüsü suçun niteliğine de etki etmektedir. Gerçekten sağlık mesleği mensubunun (TCK m. 280) aynı zamanda kamu görevlisi (TCK m. 279) olması durumunda suç tipinin belirlenmesi bakımından doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmaktadır.

Genel norm – özel norm

Meseleye genel norm-özel norm üzerinden yaklaşan bir görüşe göre, TCK m. 279 ile m. 280 arasında özel-genel norm ilişkisi bulunmaktadır. Özel normun TCK m. 280 olduğunu ileri sürmektedir. Müellif, kamu görevlilerinden ayrı sağlık mesleği mensubuna suçu bildirme yükümlülüğünün verilmesindeki amacın bu meslek mensuplarına özgü bir düzenleme yapmak olduğunu, bu yüzden kamu görevlisi ayırımı yapılarak onu sağlık mesleği mensubuna nazaran öncelemek maddelerin düzenleniş amacına, lafzına ve sistematığına aykırı olduğunu savunmaktadır³⁶.

Farklı neviden fikri içtima

Başka bir görüş farklı neviden fikri içtima üzerinden meseleye yaklaşmaktadır. Buna göre, TCK m. 279 ve m. 280 arasında genellik-özellik ilişkisinin bulunmadığını, her iki suçta özel olma niteliğini failin sıfatının verdiğini bu yüzden aynı zamanda sağlık mesleği mensubu olan bir kamu görevlisi suç işlendiğine ilişkin bir belirti ile karşılaşırsa hem TCK m. 279 ve hem de TCK m. 280'den sorumlu olması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu durumda fail hakkında farklı neviden fikri içtima hükmünün uygulanması gerektiğini ifade etmektedir³⁷.

Asli norm – Tali norm

Diğer bir görüş, meselenin suçun özel görünüş şekillerinden içtima bahsinde asli norm-tali norm ilişkisi bağlamında görünüşte içtima kuralları ile çözülmesi gerektiğini ve bu durumda TCK m. 279'un asli norm olduğundan öncelikli uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Dolayısıyla müelliflere göre, TCK m. 279, TCK m. 280'e göre asli norm olduğundan öncelikli uygulanmalıdır³⁸.

35 Gültekin, s. 105.

36 Ünver, *Sağlık Personelinin Ceza Hukuku Sorumluluğuna Yol Açabilecek Hükiimler*, s. 105.

37 Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 21. Baskı, Ankara 2023, s. 1296.

38 Erbaş, s. 184; Karahan, s. 973-974.

Yargıtay'ın görüşü

Yargıtay kararlarında sağlık mesleği mensubunun aynı zamanda kamu görevlisi olması halinde bu sıfatına öncelik verildiğini ve failin TCK m. 279'dan cezalandırılması gerektiği ifade edilmektedir³⁹.

Baskın görüş

Doktrinde madde gerekçesinde de ifade edilen⁴⁰ baskın görüşe göre, TCK m. 280 anlamında sağlık mesleği mensubunun özel statüde olduğunu, devlet hastanelerinde görevli olan sağlık mesleği mensuplarının kamu görevlisi statüsünde olduğunu ve bu kişilerin suçu bildirmemesi halinde ise, kamu görevlisinin suçu bildirmeme suçundan sorumlu tutulmaları gerektiğini ileri sürmektedir⁴¹.

Kanaatimce sağlık mesleği mensubu aynı zamanda kamu görevlisi statüsünde ise, sağlık mesleği statüsüne nazaran kamu görevlisi statüsü öncelikli geleceğinden TCK m. 279'dan sorumluluk söz konusu olmalıdır.

2. Mağdur

Mağdur, suçu bildirmeme veya geç bildirme eylemi ile bozulan kamu düzeni olacağı için toplumu oluşturan herkeştir⁴². Mağdur bakımından bu suç bir özellik arz etmemektedir.

39 "Sağlık ocağında hekim olan sanığın kamu görevi kapsamındaki tedavi görevi nedeniyle öğrendiği suçu bildirme yükümlülüğününün TCK'nın 279. maddesi kapsamında bulunduğu gözetilmeden, anılan Yasanın 280. maddesi ile hüküm kurulması... yerel mahkeme sağlık ocağında görevli doktor olan sanığı sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi nedeniyle cezalandırmış, Dairemiz ise sanığın eyleminin sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi yerine kamu görevlisinin suçu bildirmemesi olduğu görüşüyle hükmün bozulmasına karar vermiştir. Gerçekten sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi ancak serbest olarak mesleğini icra eden veya özel kurumlarda çalışan sağlık mesleği mensupları tarafından işlenebilen bir suç olup, somut olayımızda sanık bir kamu kurumunda görevli doktordur. O nedenle sanığın eylemi ancak koşulları oluştuğu takdirde kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçunu oluşturabilir." Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 2012/13441 esas numaralı, 2012/30482 karar numaralı ve 17.12.2012 tarihli kararı <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 20.07.2024); "Suç tarihinde bıçakla yaralanıp Esenler Özel Y. Polikliniğine miracaat eden iki kişiyi tedavi eden ve acil serviste nöbetçi doktor sıfatıyla görev yapan sanık T.. G..'nın, görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmemekten ibaret eyleminin, TCK'nın 280/1. maddesinde düzenlenen sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suçun vasfında hataya düşülerek, aynı Kanunun 279/1. maddesinin uygulanması" Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 2014/8297 esas numaralı, 2015/1500 karar numaralı ve 19.01.2015 tarihli kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 20.07.2024).

40 Gereğe göre: "Devlet eliyle işletilen sağlık kuruluşlarında görev yapan sağlık mesleği mensupları, kamu görevlisi sıfatını taşımaktadırlar. Bu kişilerin suçu bildirme yükümlülüğüne aykırı davranmaları hâlinde, yukarıdaki madde hükmü uygulanacaktır."

41 Parlar, Hatipoğlu, s. 4323; Çakmut, s. 1053; Zafer, s. 1336; Artuk, Gökcan, Yenidünya, *Özel Hükümler*, s. 1232; Koca, Üzülmmez, s. 1187; Gökcan, Artuç, s. 9172; Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku*, s. 420; Gültekin, s. 107; Aşkın, s. 1378.

42 Erbaş, s. 154; Koca, Üzülmmez, s. 1187; Ekin Yılmaz, s. 251.

3. Suçun Konusu

Doktrinde suçun maddi konusu, bildirme yükümlülüğü kapsamında olan ve suç oluşturan fiil veya buna ilişkin belirtilerdir⁴³. Suçun bildirilmemesi ile suçun ortaya çıkarılıp aydınlanmasının önüne geçilmekte ve geç bildirimde bulunulması durumunda ise, gerçeğin ortaya çıkarılması geciktirilmektedir⁴⁴.

Konunun etkileniş derecesine göre suçlar; tehlike ve zarar suçları olmak üzere iki şekilde tetkik edilmektedir⁴⁵. Sağlık mesleği mensubunun belirti ile karşılaşmasına rağmen yetkili makamlara suçu bildirmemesi kanun koyucu tarafından yasaklanan eylemdir ve bildirmeme dolayısıyla doğacak zarar ihtimali cezalandırıldığından soyut tehlike suçudur⁴⁶.

4. Fiil

a. Suçun Gerçekleşmesi İçin Gereken İhmali Hareket

Sağlık mesleği mensubunun görevini icra ettiği sırada, göreviyle bağlantılı olarak suçun işlendiği izlenimini veren bir belirti ile karşılaşmasına rağmen bunu yetkili makamlara bildirmeme veya geç bildirmeye yönelik ihmali hareketleri bu suçu oluşturmaktadır⁴⁷. Suçu bildirme yükümlülüğü, görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği izlenimini veren halin belirti delili vasıtasıyla öğrenilmesinden itibaren başlar⁴⁸. Bu suçta ihmal, bildirimi yapmama veya yapmakta gecikme gösterme şeklinde seçimlik hareketlerden kaynaklanmaktadır⁴⁹. Burada bildirim yükümlülüğünü yerine getiren hareket suçun işlendiğinin yetkili makamlara haber verilmiş olmasıdır. Bildirilecek suçun yetkili makamlar tarafından öğrenilmesi halinde hekim bildirimde bulunmamış olsa bile eylem suç teşkil etmeyecektir.

Geç bildirme de hiç bildirmeme gibi ihmali hareketin içeriğini oluşturmaktadır. Zira bazı hallerde geç bildirme, yetkili makamlara bildirmeyi anlamsız kılmaktadır⁵⁰. Örneğin, esrar belli bir süre içerisinde vücuttan atıldığı için⁵¹ buna ilişkin belirti tespit eden hekimin zamanında test yapılabilmesi adına

43 Tezcan, Erdem, Önok, s. 1291; Erbaş, s. 127; Özgüç, s. 1005.

44 Koca, Üzülmmez, s. 1187.

45 Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, s. 389.

46 Tezcan, Erdem, Önok, s. 1289; Gökcan, Artuç, s. 9169; Ekin Yılmaz, s. 248.

47 Koca, Üzülmmez, s. 1188; Parlar, Hatipoğlu, s. 4324; Ünver, *Adliye Karşı Suçlar*, s. 469.

48 Koca, Üzülmmez, s. 1188.

49 İlhan Üzülmmez, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)", *V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu-Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, 2008, s. 836; Erbaş, s. 143; Koca, Üzülmmez, s. 1193; Ünver, *Adliye Karşı Suçlar*, s. 469; Arslan-Hızal, s. 135; Karahan, s. 952.

50 Koca, Üzülmmez, s. 1192.

51 <https://tahlil.com/blog/esrar-idrarda-kac-gune-kadar-cikar-6007> (Erişim Tarihi: 15.07.2024).

yetkili makamlara vaktinde bildirimde bulunması gerekir. Aksi halde uyuşturucunun izleri vücuttan atılacağı için buradaki ihmal geç bildirmeden kaynaklanacaktır. Bildirme anı, sağlık mesleği mensubunun hastaya gerekli tedaviyi yaptıktan sonra ilk bildirme imkanına sahip olduğu andır⁵². Bu durum için bir ölçüt koyulamayacağından somut olayın özellikleri dikkate alınarak bildirim zamanı yorumlanmalıdır⁵³. Somut olayın özelliklerinin değerlendirilmesi neticesinde bildirimde makul sürenin aşıldığı tespit edilirse bildirim gecikmiştir⁵⁴. Geç bildirme ile hiç bildirmeme arasında cezanın verilmesi bakımından bir farklılık bulunmaktadır. Zira geç bildirme hiç bildirmeme gibi değildir. En azından diğerine göre geç de olsa bir bildirimde bulunulmuştur. Bu yüzden hiç bildirmeme durumunda ceza üst sınıra yaklaşarak verilmelidir⁵⁵.

Madde metni incelendiğinde icrai harekette bulunma yükümlülüğünü oluşturan şartların ortaya çıkmasına rağmen emredilen hareketin yapılmayarak ihmali hareketin yapılması suçun gerçekleşmesi için aranmaktadır. Suç, ihmali harekette bulunulması ile tamamlandığından gerçek ihmali suçtur⁵⁶. Bu suçlarda emredici norm kanunda tanımlanır⁵⁷. Kendisinden uyması beklenen emredici norma uymamak suretiyle yapılması beklenen icrai hareketi kasten gerçekleştirilmeyen kişi TCK m. 280'den sorumlu olmaktadır⁵⁸. Seçimlik hareketlerden birisinin yapılması ile suç tamamlandığından sırf hareket suçudur⁵⁹.

b. Bildirme Yükümlülüğünün Doğması İçin Gereken Belirti

Belirli bir olayın veya durumun anlaşılmasına yardımcı olan belirti⁶⁰, ceza muhakemesinde beyan ve belge gibi bir delil türüdür⁶¹. Sözlükte belirti; “*bir olayın veya durumun anlaşılmasına yardım eden şey, alamet, nişan, nişane*” şeklinde ifade edilmektedir⁶². Ceza muhakemesinde belirti bir olayın dolaylı ispatına yardımcı olan vakıalar ve izler anlamına gelmektedir⁶³. Belirti, niteliği

52 Üzülmmez, s. 829; Karahan, s. 956.

53 Çakmut, s. 1056; Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku*, s. 421.

54 Koca, Üzülmmez, s. 1192.

55 Karahan, s. 952.

56 Üzülmmez, s. 827; Zafer, s. 1343; Tezcan, Erdem, Önok, s. 1289; Koca, Üzülmmez, s. 1188; Gökcan, Artuç, s. 9170; Karahan, s. 952.

57 Hakan Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmal Suçların Çeşitleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 99, (İhmal Suç); Artuk, Gökcan, Alşahin, Çakır, s. 337-338.

58 Koca, Üzülmmez, s. 1193.

59 Üzülmmez, s. 834; Tezcan, Erdem, Önok, s. 1289; Koca, Üzülmmez, s. 1193; Gökcan, Artuç, s. 9170; Erbaş, s. 123; Karahan, s. 952; Aşkın, s. 1379.

60 Karahan, s. 954.

61 Çakmut, s. 1054.

62 <https://sozluk.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 15.07.2024).

63 Yenisey, Nuhoglu, s. 576.

gereğince maddi olaylardan meydana gelmektedir⁶⁴. Sağlık mesleği mensubunun beş duyu organı vasıtasıyla karşılaştığı suç oluşturan belirtiler bildirme yükümlülüğü kapsamındadır⁶⁵. Özetle, sağlık mesleği mensubu görevini icra ederken suç işlendiğine dair maddi bir emareye rastlaması halinde suçu bildirim yükümlülüğü doğmaktadır⁶⁶. Örneğin bir hemşire çocuğa iğne yaptığı sırada hastanın vücudunda suç işlendiğini gösteren sigara izi ve morluklar görmesi (belirti) halinde suçu bildirme yükümlülüğü ortaya çıkar. Sağlık mesleği mensubu karşılaştığı belirtinin suç oluşturup oluşturmadığını genel hayat ve mesleki tecrübelerine dayanarak değerlendirecektir⁶⁷. Burada beklenen bir hukukçu olarak değil, sağlık mesleği mensubu olarak eser/iz/emareyi dikkate almasıdır⁶⁸.

Madde metninde açıkça “belirti” ibaresi tercih edildiği için kanunilik ilkesi gereğince sağlık mesleği mensubunun görevini yerine getirdiği sırada belge veya beyan ile karşılaşılması halinde bildirim yükümlülüğü söz konusu olmaz. Dolayısıyla sağlık mesleği mensubunun belge veya beyan ile bir hastanın suçun mağduru olduğunu öğrenmesi halinde suçu bildirim yükümlülüğü bulunmamaktadır⁶⁹. Doğrudan suçun işlendiğine dair maddi iz, eser veya emare ile karşılaşılınca bildirim yükümlülüğü doğmaktadır. Örneğin hekime tedaviye gelen bir hasta cinsel tacize uğradığını beyan ederse bir suçun işlendiği belirtiyeye değil de beyana bağlı ortaya çıktığından TCK m. 280 anlamında bildirim yükümlülüğü söz konusu olmamaktadır. Kanaatimce beyan ve belgenin de bu suçu oluşturacağını kabul edilmesi suçun kapsamını genişleteceğinden suçların ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırı olacaktır.

Türkiye Psikiyatri Derneği Meslek Etiği Kuralları’nın 7’nci maddesine istinaden “*Ruh hekimi, hastasından edindiği bilgileri hastasına zarar verecek şekilde kullanmaz; bu bilgileri hastasının rızasını almadan başkasıyla paylaşmaz.*” ve Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’nin 4’üncü maddesinin 1’inci fıkrasında “*tabip ve dış tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça, ifşa edemez*” düzenlemeleri karşısında psikiyatrinin sır saklama yükümlülüğü altında olduğunu ve kanuni mecburiyet

64 Çakmut, s. 1054.

65 Karahan, s. 955.

66 Koca, Üzülmaz, s. 1191.

67 Karahan, s. 955.

68 Hamit Hancı, “Hekimin İhbar Yükümlülüğü”, *Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2001, s. 108; Karahan, s. 955.

69 Koca, Üzülmaz, s. 1190; Tezcan, Erdem, Önok, s. 1292; Zafer, s. 1339; Üzülmaz, s. 832, Öğretide aksi görüş: suçun oluşumu bakımından maddede geçen “belirti” ibaresi belirtinin dahi yeterli olduğunu gösterdiğinden belge ve beyan delillerini de bildirme yükümlülüğünün doğması bakımından yeterli görmektedir. Giyik, s. 200; Karahan, s. 955; Ekin Yılmaz, s. 256.

olmadıkça bilgileri ifşa edemeyeceği kabul edilmiştir. TCK'nın 280'inci maddesi dikkate alındığında görevin ifası sırasında hasta tarafından bir suç işlediği beyan edilmişse (işlenmiş olan suç) delilin niteliği belirti olmadığından sağlık mesleği mensubunun (ister hekim ister psikiyatr olsun) bildirme yükümlülüğünün kapsamında olmayacaktır. Örneğin işlenmiş olan bir suçu hastasının beyanı üzerine öğrenen psikiyatrin bildirimde bulunması bir hak olduğundan bildirimde bulunmaması halinde TCK m. 280'de düzenlenen suç oluşmaz. Ancak halihazırda işlenmekte olan bir suçun örneğin kendi çocuğunu kaybetmenin üzüntüsüyle başka birinin çocuğunu kaçırdığını ve evinin bodrumunda sakladığını psikiyatra beyan etmesi halinde psikiyatrin bildirim yükümlülüğü TCK m. 278'den kaynaklanacaktır. Burada deontoloji nizamnamesine uygun olarak kanuni bir mecburiyet bulunmaktadır. Suçun işlenmiş olup olmadığı delilin beyan mı belirti mi olduğu farklı ihtimalleri de beraberinde getirmektedir. Zira işlenmiş olan bir suça ilişkin belirti elde eden psikiyatrin bildirme yükümlülüğü sır saklama yükümlülüğüne ağır basacağından ve kanuni bir mecburiyet bulunduğundan yetkili makamlara bildirmekle yükümlüdür⁷⁰. Örneğin psikiyatr hastasındaki ruhsal bozukluğun kaynağının cinsel istismara maruz kalması⁷¹ olduğunu tespit ederse bu durumda delilin niteliği belirti olacağından bildirme yükümlülüğüne uymaması durumunda TCK m. 280'den sorumlu olacaktır⁷².

c. Bildirme Yükümlülüğünün Başlangıç Anı

Sağlık mesleği mensubunun tıbbi müdahalede bulunma (muayene, teşhis, tedavi veya sağlıkla ilgili diğer görevler) ile suç bildirme yükümlülüklerinden öncelikli olan mesleğinden kaynaklı görevinin yerine getirilmesi kapsamında müdahalede bulunma yükümlülüğüdür. Gerekli müdahalede bulunduktan sonra uygun olan ilk anda bildirim yükümlülüğünü yerine getirmelidir⁷³. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun görevleri belirlenmiştir. Örneğin, tıbbi müdahalede bulunma görevi olan hekimin (1219 sayılı kanun m. 1) ameliyat sırasında hastanın vücudunda daha önceki ameliyatlardan kalma bir neşter bulması durumunda öncelikli olarak ameliyatı tamamlayacak daha sonra suçu bildirme yükümlülüğü kapsamında yetkili mercilere bildirimde bulunacaktır.

70 Ünver, *Adliyeye Karşı Suçlar*, s. 334; Koca, s. 125; Koca, Üzülmmez, s. 1191; Karahan, s. 961.

71 8 yaşında öz babası tarafından cinsel istismara maruz kalan çocuğun davranışlarında bir bozukluk olduğu görülünce çocuk psikiyatrine sevk edilmiştir. Psikiyatrin ruhsal durum değerlendirmesi sonucunda daha önce gizli olan cinsel istismar vakasını açığa çıkarılmıştır. Figen Paşlı, "Çocuğa Yönelik Cinsel İstismar Deneyiminin Mikro ve Mezzo Sistemler Açısından İncelenmesi", *Toplum ve Sosyal Hizmet*, Cilt 30, Sayı 2, Mayıs 2019, s. 470.

72 Koca, s. 125.

73 Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 7905, (Ceza Kanunu Şerhi); Koca, Üzülmmez, s. 1189; Gültekin, s. 109; Aşkın, s. 1383.

Bildirimde bulunma yükümlülüğü suç oluşturan haksızlıklar bakımından söz konusudur. Haksızlık suç oluşturmuyorsa buna yönelik bir bildirim yükümlülüğü bulunmamaktadır⁷⁴. Örneğin eşler bakımından sadakat yükümlülüğüne aykırılık teşkil eden zina eylemi suç oluşturmeyen bir haksızlıktır. Ancak TCK'da suç olarak düzenlenmemiştir. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu m. 161 anlamında özel bir boşanma sebebidir⁷⁵. Dolayısıyla evli olan birinin eşi dışında biriyle cinsel ilişki yaşaması ve bunun sağlık mesleği mensubu tarafından tespit edilmesi halinde TCK m. 280 anlamında bildirim yükümlülüğü söz konusu olmaz.

Suç bildirim yükümlülüğünün başlaması için bildirilecek suçun doğrudan doğruya icra hareketlerine başlanmış olmalı, yani suç en azından teşebbüs aşamasına ulaşmış olmalıdır⁷⁶. Yargıtay da icrası tamamlanmamış bir suçun bildirme yükümlülüğü kapsamında olamayacağından sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmeme suçunun oluşmadığını ve beraat kararı verilmesi gerektiğini ifade ederek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur⁷⁷.

Sağlık mesleği mensubunun birden fazla olması ve hepsinin belirtiyile karşı karşıya kalması halinde suçu bildirme yükümlülüğünün kimde olduğu üzerinde doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

Doktrinde bir görüş, birden fazla sağlık mesleği mensubundan birisinin bildirim yükümlülüğünü yerine getirmesi diğerlerinin yükümlülüklerini ortadan kaldıracaktır⁷⁸.

Başka bir görüş ise, işlemde sorumlu olan hekimin öncelikli bildirim yükümlülüğünün olduğunu yardımcı sağlık mesleği mensubunun bildirim yükümlülüğünün olmayacağını ifade etmektedir⁷⁹.

74 Erbaş, s. 128; Karahan, s. 954.

75 Maddeye göre: "Eşlerden biri zina ederse, diğer eş boşanma davası açabilir."

76 Üzülmüş, s. 830; Erbaş, s. 123; Aşkın, s. 1382; Aksi görüş için bkz. Karahan, s. 958; Hazırlık hareketlerine ilişkin bir belirti ile karşılaşan sağlık mesleği mensubunun bildirim yükümlülüğü bulunmamaktadır.

77 "Sanık ...'in soy bağının değiştirilmesi suçundan kasıt yokluğu sebebiyle beraatine karar verildiği, kararın katılanlar vekili tarafından istinaf edilmesi üzerine İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 18. Ceza Dairesinin 11.09.2020 tarihli ve 2020/4312 Esas, 2020/3528 sayılı Kararı ile istinaf başvurusunun esasan reddine karar verilerek kesinleştiği göz önüne alındığında, suçu bildirmeme suçunun oluşabilmesi ortada icrası tamamlanmış bir suçun olması gerektiği, bu haliyle atılı sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmeme suçunun yasal unsurlarının oluşmadığından bahisle beraat kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına yapılan itirazın kabulü yerine, yazılı şekilde reddine karar verilmesi" Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 2021/15182 esas numaralı, 2022/4887 karar numaralı, 23.03.2022 tarihli kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 14.10.2024).

78 Çakmut, s. 1052-1053.

79 Müellifler somut olayın özelliğini kriter olarak yalnızca yardımcı sağlık mesleği mensubunun vakıf olabileceği bir suçun belirtisi ile karşılaşmasına rağmen yetkili makamlara bildirmemesi halinde cezai sorumluluğu TCK m. 280 bakımından kabul etmektedir. Gökcan, Artuç, s. 9179.

Benim de katıldığım görüş, birden fazla sağlık mesleği mensubunun belirti ile karşılaşması halinde her birinin bildirim yükümlülüğü birbirinden bağımsız olduğunu ifade etmektedir. Dolayısıyla TCK m. 280 sağlık mesleği mensuplarına yönelik emredici bir düzenleme niteliğinde olduğundan yalnızca bu yükümlülüğü yerine getiren cezai sorumluluktan kurtulabilir⁸⁰.

d. Görevini Yaptığı Sırada Belirti ile Karşılaşma

Suçtu bildirim yükümlülüğü, sağlık mesleği mensubunun görevini icra ettiği sırada bulunan belirti niteliğindeki delillerden işlenmiş olduğu değerlendirilen suçlar açısından mümkündür. Suçun görevin icrası ile bağlantılı olarak öğrenilmesi her somut olayda aranmaktadır⁸¹. Bu yüzden görevin icrası kapsamında olmayan bir suç öğrenilmiş ve fakat yetkili makamlara bildirilmemişse sağlık mesleği mensubunun sorumluluğu suçtu bildirmeme suçtu kapsamında olacaktır⁸². Örneğin mesai saati biten bir hekimin sokakta hırsızlık yapıldığını görmesi. Ancak farklı bir örnekte mesai saati dışında olsa bile yerde bıçaklanmış birini görmesi halinde bildirim yükümlülüğü TCK m. 280'den kaynaklanacaktır. Nitekim Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 3'üncü maddesi ile hekime mücbir sebep bulunmadıkça kendi uzmanlık alanına girmese de acil vakalara müdahale etme yükümlülüğü yüklenmektedir⁸³. Hekim mesai içerisinde olmasa bile dışarda ilk yardım kapsamında yapmış olduğu acil müdahaleler esnasında suçun işlendiğine dair bir belirti ile karşılaşması halinde bildirim yükümlülüğü TCK m. 280'den kaynaklanmaktadır⁸⁴.

2219 Sayılı Hususi Hastaneler Kanunu'nun 32'nci maddesinde, ani bir arıza veya kaza sonucunda acil tedaviye ihtiyaç duyan kişinin özel hastanelere başvurusu veya nakledilmesi halinde özel hastanelere tedavi yapma mecburiyeti getirilmiştir. Bu mecburiyet ile sağlık mesleği mensubuna müdahalede bulunurken suç işlendiği emaresini teşkil edecek bir vakıya rastlaması durumunda suçtu bildirim yükümlülüğü de yüklenmektedir⁸⁵.

Suçun meydana gelmesi için sağlık mesleği mensubunun bir suçun işlendiğine ilişkin belirti ile görevinin icrası sırasında karşılaşmış olması gerekmektedir. Görevini icra ettiği sırada belirti teşkil edecek bir emare/iz/eser niteliğinde

80 Ünver, *Adliyyeye Karşı Suçlar*, s. 346; Karahan, s. 961-962; Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku*, s. 435.

81 Çakmut, s. 1053; Koca, Üzülmöz, s. 1190.

82 Koca, Üzülmöz, s. 1189; Ünver, *Adliyyeye Karşı Suçlar*, s. 470; Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku*, s. 431.

83 Maddeye göre: "*Tabip, vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanmadığı acil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça ilk yardımda bulunur. Dış tabibi de, kendi sahasında aynı mükellefiyete tabidir.*"

84 Koca, Üzülmöz, s. 1189.

85 Koca, Üzülmöz, s. 1189.

delilin varlığı halinde bildirme yükümlülüğü doğmaktadır⁸⁶.

Madde metninde suçun gerçekleşmesi için sağlık mesleği mensubunun “görevi yaptığı sırada” bir belirti ile karşılaşması aranmaktadır. İşyerinde işinin icrası, görevin ifası kapsamındadır. Madde metninde yer alan “görevini yaptığı sırada” ibaresi sağlık mesleği mensubunun ister kendi muayenehanesinde veya kliniğinde ya da ister hastane ile arasındaki iş sözleşmesi bağlamında işyerinde olsun görevi ile bağlantılı olarak bildirim yükümlülüğüne uyulmamasını ifade etmektedir⁸⁷. Görevin ne zaman icra edildiği hususunda doktrinde tartışma bulunmaktadır.

Doktrinde bir görüş, görev sırasında olmayı dar yorumlamıştır. Bu görüşü savunan müellifler maddede geçen görev ibaresini mevzuata uygun olarak sağlık hizmeti vermekle görevli olma şeklinde anlamışlardır. Dolayısıyla tıbbi hizmet verdiği esnada karşılaştığı suç oluşturan belirtileri bildirmekle yükümlüdür. Ancak görevde olmadığı esnada bir kimseye tıbbi müdahale uygularken belirti ile karşılaşması halinde müellifler bildirim yükümlülüğünün bulunmayacağını ileri sürmektedirler⁸⁸.

Başka bir görüş, görevi yapmanın meslek ve sanatın icrası şeklinde dar yorumlanamayacağını, izinde olduğu sırada hastaya tıbbi müdahalede bulunarak suç işlendiğini gösteren bir belirti ile karşılaştığı anda bile TCK m. 280'den kaynaklı bildirim yükümlülüğünün doğacağını kabul etmektedir⁸⁹. Dolayısıyla bildirme yükümlülüğü tıbbi hizmet verdiği iş yerinde karşılaştığı belirtilerle sınırlı tutulamaz⁹⁰.

Diğer bir görüş ise, hastanın kendiliğinden sağlık mesleği mensubuna başvurmaması halinde bildirim yükümlülüğünün söz konusu olmayacağını ifade etmektedir⁹¹.

Bir başka görüş, maddede yer alan “görev” ibaresinin sağlık hizmeti verme yönündeki bir hak ve yetki olarak anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir. Buradaki hizmet mesleğin mekana dayalı olmadan yerine getirilmesi ile ilgili olduğunu savunmaktadır. Dolayısıyla nerede verdiğinin bir önemi olmaksızın sağlık hizmetini kapsayan meslek ve sanatı yerine getirirken belirti ile karşılaşsa bildirme yükümlülüğü söz konusu olacaktır⁹².

86 Arslan-Hızal, s. 133.

87 Koca, Üzülmöz, s. 1189.

88 Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Kanunu Şerhi*, s. 7904; Çakmut, s. 1053; Erbaş, s. 131.

89 Nuhoglu, s. 22.

90 Koca, Üzülmöz, s. 1188-1189.

91 Tezcan, Erdem, Önok, s. 1292; Karahan, s. 956.

92 Zafer, s. 1338; Üzülmöz, s. 828, Kolcu, s. 211; Gültekin, s. 107.

Kanaatimce “görevini yaptığı sırada ibaresi” geniş yorumlanmalıdır. Buna göre örneğin hekim veya hemşire gibi sağlık mesleği mensubu kanlar içinde birini görürse öncelikle tıbbi müdahalede bulunma yükümlülüğü söz konusu olmaktadır. Müdahalede bulunurken kan gelen yerde bıçak izine rastlaması halinde hastaya gerekli müdahaleyi yaptıktan sonra işyerinde olmasa bile karşılaştığı bu belirtiyi TCK m. 280’den kaynaklanan bildirme yükümlülüğü doğacaktır. Dolayısıyla bildirme yükümlülüğünün doğması bakımından sağlık hizmetini yerine getirdiği zaman veya mekân önemli değildir. Önemli olan sağlık mesleği mensubunun mesleğinin icrası kapsamında sağlık hizmetinin yerine getirilmesi anında bir belirti ile karşılaşmış olmasıdır. Burada meslek ile hizmet arasında bir illiyet bağı olmalıdır. Bu yüzden bir diş tabibine silahla yaralanan kimseyi tedavi etmesi için getirilmesi halinde mesleği ile yerine getireceği hizmet arasında illiyet bağı olmadığından bildirim yükümlülüğü TCK m. 278 anlamında olacaktır. Ayrıca bir belirtiyi sağlık hizmeti sunduğu hasta üzerinde karşılaşması gerekmektedir. Burada yerine getirilen görev ile bildirme yükümlülüğü kapsamında olan suç (TCK m. 280) arasında nedensellik bağı aranmaktadır⁹³. Örneğin, evde sağlık hizmeti sunan bir hemşire serum bağladığı hastada değil, hastanın bulunduğu evde uyuşturucu veya uyarıcı madde görürse buradaki yükümlülüğü TCK m. 278’den kaynaklanmaktadır.

e. Bildirilecek Suçların Niteliği

Bildirim yükümlülüğünün söz konusu olabilmesi için her şeyden önce suç oluşturan bir belirtinin söz konusu olması gerekmektedir. Örneğin hastaneye başvuran kişinin merdivenden düşme gibi kendi kendine zarar vermesinin mümkün olduğu yaralamalarda vücuttaki yaralar bu beyanı destekliyorsa suç oluşturan bir belirti olmadığından sağlık mesleği mensubunun bildirim yükümlülüğü yoktur. Nitekim Yargıtay bir kararında, vücutundaki yaralamanın kişinin kendi eseri olduğunu beyan etmesi ve yaralamanın niteliğinin de bu boyutta olması üzerine suçu bildirmeyen sağlık mesleği mensubuna TCK m. 280’den mahkûmiyet veren ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur⁹⁴.

93 Gökcan, Artuç, s. 9181; Karahan, s. 957.

94 “Katılandaki yaralanmanın mahiyetinin dosya içinde bulunan epikriz formuyla uyumlu olması katılanın hastaneye müracaat ettiğinde kendi kendisini yaraladığına dair anlatımı karşısında başkaları tarafından taksirle yaralanmış olabileceğinden şüphelenmediğine ilişkin sanığın savunmasının aksine görevi sırasında bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaştığı ve buna rağmen durumu yetkili makamlara bildirmedeği yönünde yüklenen suçtan mahkûmiyetine yeterli her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği gözlemlenmeden, beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi” Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 2013/16509 esas numaralı, 2014/6524 karar numaralı ve 29.05.2014 tarihli kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 15.07.2024).

Kanun koyucu bildirme yükümlülüğü kapsamında olan suçların kasten veya taksirle işlenip işlenmediğinin veya takibinin şikâyete bağlı olup olmadığının ayrımını yapmamıştır⁹⁵. Sağlık mesleği mensubunun yükümlülüğü suç işlenmişse bunu yetkili makamlara bildirmektir. Ayrıca suçun takibinin şikâyete bağlı olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir⁹⁶. Ancak şikâyete bağlı suçların bildirme yükümlülüğünün kapsamında olması bu suçların ceza kovuşturmasının muhtemel sakıncalarına karşı korunması amacına⁹⁷ ters düşmektedir⁹⁸.

Doktrinde bir görüş, şikâyete bağlı olan suçlarda belirti ile karşılaşmasına rağmen bildirim yükümlülüğüne uymayan sağlık mesleği mensubuna TCK m. 280'in uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir⁹⁹.

Başka bir görüş ise, sağlık mesleği mensubundan suçun niteliği bakımından bir değerlendirme yapması beklenmediğinden (şikâyete bağlı mı, kasten mi taksirle mi işlenmiş olduğu) kanun koyucunun tüm suçları bildirme yükümlülüğünün kapsamına sokmasını doğru bulmaktadır¹⁰⁰.

Kanaatimce mevcut düzenleme itibariyle sağlık mesleği mensubunun karşılaştığı belirtilerin bildirme yükümlülüğü kapsamında olması için suç oluşturması yeterlidir. Bunun yanında sağlık mesleği mensubu suçun şikâyete bağlı olup olmadığını araştırma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak bu durum bazı suçların şikâyete tabi kılınmasındaki amaca uygun değildir. Özellikle mağdur suçun bildirilmesini istememişse sağlık mesleği mensubu yine de bildirmekle yükümlü kılındığından bu durum mağdura zarar verecektir. Bu yüzden TCK m. 280'de düzenleme yapılarak şikâyete bağlı suçlar bildirme yükümlülüğünün kapsamı dışına alınmalıdır¹⁰¹.

Kanun koyucunun şikâyete bağlı suçlar bakımından sağlık mesleği mensubuna suçu bildirme yükümlülüğüne dair bir kıstas getirmemesinin sebebi suçun şikâyete bağlı olup olmadığını araştırması yönünde ek bir yükümlülük getirmek istememesidir¹⁰². Ancak bu durum bir suçun şikâyete bağlanmasın-

95 Çakmut, s. 1053.

96 Çakmut, s. 1065; Gültekin, s. 108.

97 Mustafa Albayrak, "Şikâyete Tabi Suçların Özellikleri Ve Bu Suçlara Bağlanan Hukuki Sonuçlar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 77, 2008, s. 281.

98 Koca, Üzülmez, s. 1192; Gökcan, Artuç, s. 9174.

99 Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku*, s. 425.

100 Tezcan, Erdem, Önok, s. 1291; Erbaş, s. 128; Karahan, s. 958.

101 Aynı yönde Gökcan, Artuç, s. 9169; Arslan-Hızal, s. 135; Karahan, s. 958.

102 Artuk, Gökcan, *Yenidünya, Ceza Kanunu Şerhi*, s. 7904; Zafer, s. 1341; Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku*, s. 426.

daki amaç ile örtüşmemektedir¹⁰³. Zira kanunda belli suçların şikâyete bağlanmasındaki asıl amaç suçtan zarar görenlerin ceza muhakemesinin muhtemel sakıncalarına karşı korunmalarıdır. Gerçekten hakaret veya cinsel suçlar gibi bazı suçlarda faili cezalandırma amacıyla kamu davası açılmakta ancak dava açılması ile herkesin bu suçlara maruz kalını öğrenmesi suretiyle suçtan zarar gören daha fazla zarara uğramaktadır¹⁰⁴. Mağdurun özellikle maruz kaldığı suçun adliyeğe yansımaları istemediği bir durumda suç bildirme yükümlülüğünün yerine getirilmesi ile olay adliyeğe intikal etmektedir¹⁰⁵.

f. Tanıklıktan Çekinme Hakkı Bulunan Sağlık Mesleği Mensubunun Bildirim Yükümlülüğü

Sağlık mesleği mensubunun karşılaştığı belirti tanıklıktan çekinme hakkının bulunduğu birine ait olması halinde bildirim yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı veya bildirimde bulunması halinde meselenin çözümüne ilişkin doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

Bir görüş, yakının işlediği suçları bildirmemenin tanıklıktan çekinme hakkı kapsamında kusurluluğu kaldıran hal olduğunu ifade etmektedir¹⁰⁶.

Başka bir görüş tanıklıktan çekinmenin hukuka uygunluk sebeplerinden hakkın kullanılması kapsamında olduğunu ileri sürmektedir¹⁰⁷.

Diğer bir görüş ise, CMK m. 45'in TCK m. 280'ne nazaran genel norm olduğunu özel normun öncelikli olarak uygulanması gerektiğini savunmaktadır¹⁰⁸.

Kanaatimce bildirme yükümlülüğünün kapsamında olan suç hekimin yakını tarafından işlenmişse ve görevi yaptığı sırada bununla karşılaşmışsa yetkili mercilere haber vermemesi halinde eylem haksızlık içermektedir. Ancak CMK m. 45'te düzenlenen tanıklıktan çekinme hakkı ve AY m. 38/5 çerçevesinde¹⁰⁹ bir şahsi cezasızlık teşkil eder. Dolayısıyla hekimin suçu bildirmemesi cezalandırılmaz. Burada bulunan çelişkinin giderilebilmesi için CMK m. 46/1-b'de "*Hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve di-*

103 Koca, Üzülmüş, s. 1190.

104 Yenisey, Nuhoğlu, s. 629.

105 Zafer, s. 1341.

106 Üzülmüş, s. 839; Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Kanunu Şerhi*, s. 7905; Tezcan, Erdem, Önok, s. 1295; Koca, s. 126; Çakmut, s. 1056.

107 İzzet Özgenç, *Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğünün Kapsamı ve Sınırları*, Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Platformu, <https://sdplatform.com/saglik-mesleği-mensuplarının-sucu-bildirme-yukumlulugunun-kapsam-ve-sinirlari>, (Erişim Tarihi: 15.07.2024).

108 Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku*, s. 435.

109 Maddeye göre: "*Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.*"

ğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler” kısmının “... öğrendikleri suç oluşturmamayan bilgiler” şeklinde değişmesi gerekmektedir¹¹⁰.

g. Suçun Bağlantı Noktası

Sağlık mesleği mensubu tıbbi müdahalede bulunulması için gelen hastadan suçun işlendiğine yönelik belirti elde etmesi durumunda bildirim yükümlülüğü doğmaktadır. Dolayısıyla bu suçun bağlantı noktasını tıbbi müdahaleye konu olan fail veya mağdur olması önemli olmaksızın hasta oluşturmaktadır¹¹¹. Bu yüzden sağlık mesleği mensubu hastanın hukuki statüsüne bakmadan (fail/mağdur) tıbbi müdahale kapsamında suça ilişkin elde ettiği belirti niteliğindeki delilleri yetkili makamlara bildirmekle yükümlüdür. ETCK'dan farklı olarak hastanın bir adli tatbikat ile karşı karşıya kalmaması dikkate alınmadığından bildirim yükümlülüğünün kapsamı genişletilmiştir¹¹². Örneğin, bir kimsenin silahla yaralanması veya on üç yaşındaki kız çocuğunun gebe olduğunun tespit edilmesi halinde bir belirti ile karşılaşacak olan hekimin suçu bildirme yükümlülüğü doğmaktadır¹¹³.

h. Bildirimin Yapılacağı Mercii ve İzlenecek Usul

Sağlık mesleği mensubu görevini icra ettiği sırada belirti ile karşılaştığında bunu yetkili makamlara gecikmeksizin bildirimde bulunması gerekmektedir¹¹⁴. Bildirimin yapılabileceği yetkili merciler Cumhuriyet Başsavcılığı veya kolluktur (CMK m. 158/1). Bunun dışında yetkili merciye gönderilmek üzere suç haberinin bildirilmesi (ihbar veya şikâyet) valilik, kaymakamlık ve hatta mahkemelere yapılabilir (CMK m. 158/2)¹¹⁵.

CMK m. 158/4, kamu görevinin yerine getirilmesi sırasında işlendiği ileri sürülen suçların, ilgili kurum veya kuruluşlara bildirilebileceğini düzenlemektedir. Bu bağlamda, sağlık mesleği mensubunun aynı zamanda kamu görevlisi olması halinde, çalıştığı devlet hastanesinin idaresine suç bildiriminde bulunulabilir¹¹⁶. Bu merciler en kısa sürede suç işlendiği bildirimini ilgili Cumhuriyet Başsavcılığı'na gönderir. Ancak bildirim yükümlülüğü altında olan sağlık mesleği mensubu aynı zamanda kamu görevlisi statüsünde değilse, bildirim

110 Karahan, s. 972.

111 Koca, Üzülmüş, s. 1191.

112 Koca, Üzülmüş, s. 1192.

113 Karahan, s. 951.

114 Çakmut, s. 1054.

115 Çakmut, s. 1055; Tezcan, Erdem, Önok, s. 1293; Gültekin, s. 108; Arslan-Hızal, s. 136; Karahan, s. 953.

116 Zafer, s. 1344.

CMK m. 158/1'de gösterilen mercilere yapabilir¹¹⁷.

Özel hastanelerde idarecilere suç işlendiği bildiriminde bulunulması halinde yetkili makama bildirimde bulunma şartı gerçekleşmez¹¹⁸. Sağlık hizmeti de kamusal bir hizmet olduğundan benzer bir düzenlemenin özel hastanelerde görev yapan sağlık mesleği mensupları bakımından da getirilmesi hizmetin aksamaması bakımından gerekmektedir¹¹⁹.

Bildirim yazılı şekilde gerçekleştirilebileceği gibi tutanağa geçirilmesi kaydıyla sözlü olarak da yapılabilir (CMK m. 158/5). Yetkili merciyeye ve istenen usul ile yapılan bildirimler ile yükümlülük yerine getirilmiş olur. Mevzuata uygun bir şekilde bildirimde bulunmasına rağmen yetkili mercilerin soruşturmaya bir türlü başlamaması halinde yükümlülük bildirimde bulunmak suretiyle yerine getirildiğinden TCK m. 280'den sorumluluk söz konusu olmaz¹²⁰.

B. Tipikliğin Sübjektif Unsurları (Manevi Unsurlar)

Sağlık mesleği mensubu emredici norm niteliğinde olan bildirme yükümlülüğünü maddede yer alan ve seçimlik olan ihmalî hareketlerden birini gerçekleştirdiğinde (bildirmeme veya geç bildirme) ihlal etmektedir. Bu yüzden suçun doğrudan kastla işlenmesi mümkündür¹²¹. Özel kast aranmadığından failin bildirme yükümlülüğü olmasına rağmen bilerek bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi suçun tamamlanması bakımından yeterli olmaktadır¹²². TCK m. 280'in gerekçesinde sağlık mesleği mensubunun suçu öğrenmesini (suç oluşturan belirti ile karşılaşma) yükümlülüğün doğması bakımından aramaktadır¹²³. Dolayısıyla suç olası kastla işlenemez¹²⁴. Bölge adliye mahkemesi ceza dairesinin bir kararında, trafik kazası sonucunda hastanede hayatını kaybeden kişinin ölümünü hekimin iş yoğunluğu nedeniyle yetkili mercilere zamanında bildirmediği, ancak bu sırada maktul morgdayken adli olayı Jandarma'nın tespit ettiği olayda, hekimin suç kastının olmadığı ve gecikmenin iş yoğunluğundan kaynaklandığı gerekçesiyle, sanık hakkında TCK m. 280'nin oluşmadığına hükmederek beraat kararı vermiştir.¹²⁵ Yine benzer bir kararda kastın oluştu-

117 Zafer, s. 1344; Karahan, s. 953; Öğretide aksi görüş, özel sağlık kurumunda çalışan sağlık mesleği mensubunun bildirim sorumluluğuna müdüre yaptığında yükümlülüğünün yerine getirdiğinin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Arslan-Hızal, s. 128; Gültekin, s. 108.

118 Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku*, s. 434.

119 Aynı yönde, Çakmut, s. 1055.

120 Üzülmüş, s. 835; Koca, Üzülmüş, s. 1193.

121 Koca, s. 127; Gültekin, s. 110; Koca, Üzülmüş, s. 1194; Ünver, *Adliyeye Karşı Suçlar*, s. 496.

122 Çakmut, s. 1056; Ünver, *Adliyeye Karşı Suçlar*, s. 496.

123 Gerekçeye göre: "...öğrendikleri suçları ihbar yükümlülüklerini getirmiş bulunmaktadır."

124 Koca, s. 127; Gökcan, Artuç, s. 9182; Erbaş, s. 154; Aksi görüş, Tezcan, Erdem, Önok, s. 1294; Ünver, *Adliyeye Karşı Suçlar*, s. 494; Zafer, s. 1343.

125 "Jandarma görevlilerince trafik kazasına ilişkin soruşturma nedeniyle şahsın durumu takip edil-

ğuna dair her türlü şüpheden uzak kesin ve inandırıcı delil elde edilmediğinden beraat kararı vermiştir. Başka bir kararında manevi unsur oluşmadığından beraat kararı vermiştir¹²⁶. Yargıtay trafik kazası yaşandıktan sonra iki gün tedavi olup ölmesine ve üstelik hakkında ölüm belgesi dahi düzenlenmesine rağmen bildirmeyen hekimin TCK m. 280'den cezalandırılması gereğinden bahisle beraat kararını bozmuştur¹²⁷. Dolayısıyla burada suçun oluşumu için aranan manevi unsurun gerçekleşmesi için aranan husus sağlık mesleği mensubunun suç oluşturan belirti ile karşılaştıktan sonra iş yoğunluğu ve o sırada yapması gereken işler dikkate alınarak fırsat bulduğu ilk anda bildirimde bulunmasıdır.

Sağlık mesleği mensubu hastaya tıbbi müdahale uygularken bulguları yanlış yorumlayıp belirtinin suç eseri olmadığını düşünerek kanunda yer alan ihmali hareketlerden birisini gerçekleştirirse hata ile hareket etmiş olur. Suçun maddi unsurlarında yapılan bu hata kastı kaldırır. Suçun taksirli hali kanunda düzenlenmediğinden fail cezalandırılmaz (TCK m. 30/1)¹²⁸. Örneğin bir saldırı

diğinden vefat ettiğinin haberi alınması üzerine durumun farkına varıp onların uyarısı üzerine ölü muayene ve otopsi işleminin yapıldığı, yeniden adli olay şeklinde ölüm belgesi düzenlendiği, bu anlamda sanığın suç işleme kastıyla hareket ettiği konusunda delil elde edilemediği, iş yoğunluğundan kaynaklı bir durum olduğu anlaşılma, sanık T D hakkında her ne kadar sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçundan cezalandırılması istemi ile hakkında kamu davası açılmış ise de; sanığın suç işleme kastıyla hareket ettiği konusunda mahkumiyetine yeter, inandırıcı, kanaat oluşturu delil elde edilemediğinden beraatine” İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 5. CD, 2022/1554 esas numaralı, 2022/1633 karar numaralı; “Suç tarihinde mağdurun ... Devlet Hastanesinden, ... Tıp Fakültesi Hastanesi Çocuk Yoğun Bakım Ünitesine sevk edilerek adli vaka olarak hastane polis kayıt defterine kaydedilerek girişi yapıp daha sonra yoğun bakım bölümünde yatış yapıldığı, mağdurun yatış yapıldığı günden vefat ettiği güne kadar adli vaka raporu düzenlenerek sisteme aktarılmadığı ve sanığın nöbetçi hekim olarak görev yaptığı gün ölen ...'ın ise ölüm nedeninin adli vaka olduğunu bilebilecek durumda olmayıp sınırlı bilgi ile ölüm belgesini düzenlediğinin tüm dosya kapsamından anlaşılması karşısında sanığın görevi sırasında bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaştığı ve buna rağmen durumu yetkili makamlara bildirmedeği yönünde atılı suçu kasten işlediğine dair mahkumiyetine yeterli her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediğinden beraatine karar vermek gerekmiştir.” İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 3. CD, 2016/65 esas numaralı, 2016/151 karar numaralı, <https://uyap.gov.tr>, (ET: 12.10.2024).

126 “Sanık T Y hakkında görevi kötüye kullanma suçundan görülen kamu davasında; sanığın üzerine atılı eylemin T.C.K. m.280'de düzenlenen sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçunu oluşturacağı, ancak suçun manevî unsuru itibarıyla oluşmadığı kanaatine varıldığından, C.M.K. m.223/2.c gereği yüklenen suç açısından sanığın kastının bulunmaması nedeni ile sanığın beraatine” Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi 6. CD, 2021/2240 esas numaralı, 2022/754 karar numaralı, <https://uyap.gov.tr>, (ET: 12.10.2024).

127 “Oluşa ve tüm dosya kapsamına göre; trafik kazası sonucu hastaneye kaldırılan ve iki gün süresince hastanede tedavi görmesine rağmen hayatını kaybeden ... ile ilgili olarak suçu yetkili makamlara bildirmeden ölüm belgesi ve defin ruhsatı düzenlemek suretiyle sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi suçunu işlediği anlaşılan sanığın mahkumiyeti yerine, yasal ve yeterli olmayan gerekçeyle yazılı biçimde beraat kararı verilmesi” Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 2017/8520 esas numaralı, 2017/10257 karar numaralı, 25.09.2017 tarihli kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 20.07.2024).

128 Tezcan, Erdem, Önok, s. 1294; Koca, Üzülmez, s. 1194; Gültekin, s. 110.

sonucu darbedilen kişinin sigortadan para almak maksadıyla kapıya çarptığını söylemesi gibi. Hekim bunu yorumlarken gerçekten belirtiler kapıya vurduğunu da bir şekilde gösteriyorsa bulguları yanlış yorumlayıp hataya düşmüş olabilir. Böyle bir durumda hataya düşen hekim TCK m. 280'de düzenlenen suç taksirle işlenemediğinden cezalandırılmaz. Yargıtay kararında da sınırlı bilgiye sahip olan hekimin belirtilerin suç oluşturabileceğini bilecek durumda olmadığından bozma kararı vermiştir¹²⁹.

C. Hukuka Aykırılık

Sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmeme suçundan failin sorumlu olması için fiilin suçun kanuni tanımında yer alan unsurlara uygunluğu yeterli olmaz. Bunun yanında hukuk düzeninin meşru saymadığı hukuka aykırı bir konumda da olmalıdır. Hukuka uygunluk sebebinin bulunduğu somut olayda fiil, hukukun izin verdiği bir alanda olduğundan suç oluşturmaz. Bu suçta hukuka uygunluk sebeplerinden hakkın kullanılması söz konusu olabilir¹³⁰. Örneğin sağlık mesleği mensubunun bir suç işlendiği ihbarında bulunması durumunda ihbarda bulunduğu kişi bakımından somut bir olgu isnadı söz konusu olduğundan eylem hakaret suçunun tipine uygun olacaktır. Somut olgu isnat edilmiş olsa da kişiler açısından ihbar hakkı bir hukuka uygunluk sebebi olan hakkın kullanılması kapsamındadır ve suç teşkil etmez. Ancak bir kimse hakkında soruşturma veya kovuşturma başlatılmasını sağlamak amacıyla işlemediğini bildiği bir suçu işlediğinden bahisle yetkili makamlara ihbarda bulunan sağlık mesleği mensubu iftira suçundan sorumlu tutulur.

III. Kusurluluk

Eylem tipe uygun ve haksız olsa da failin cezalandırılabilmesi için kusurunun bulunması gerekmektedir. Somut olayda kusurluluğu ortadan kaldıran bir hal olması durumunda eylem suç tipine uygun ve haksız olsa da kusur bulunmadığından ceza verilmez. Sağlık mesleği mensubu ihmali hareketi tehdide maruz kalarak gerçekleştirirse kusuru ortadan kalkar¹³¹ (TCK m. 28). Örneğin acil

129 "Yenice ilçesinde evinin balkonundan düşmesi sonucu yaralanması nedeniyle Edremit Devlet Hastanesi acil servisine adli vaka olarak girişi yapıp daha sonra Nöroloji bölümüne Dr. N.. F..’in hastası olarak yatırılan ve sanığın nöbetçi hekim olarak görev yaptığı gün ölen R.. İ..’in ölüm nedeninin adli vaka olduğunu bilebilecek durumda olmayıp sınırlı bilgi ile ölüm belgesini düzenlediğinin tüm dosya kapsamından anlaşılması karşısında sanığın görevi sırasında bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaştığı ve buna rağmen durumu yetkili makamlara bildirmediği yönünde mahkumiyetine yeterli her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği gözetilmeden, beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi" Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 2013/11235 esas numaralı, 2014/745 karar numaralı, 20.1.2014 tarihli kararı, <https://www.lexpera.com.tr>, (Erişim Tarihi: 20.07.2024).

130 Erbaş, s. 164; Karahan, s. 964.

131 Koca, Üzülmez, s. 1195.

doktoru bıçaklama vakasını tedavi ettikten sonra bu durumu bildirmesi halinde bıçaklanacağı söylenmişse tehdit altında bildirimde bulunmadığı takdirde iradi davranma hürriyeti tehditle ortadan kaldırıldığı için ceza verilmeyecektir. Belirti ile karşılaşan sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi için tehdit edilmesi halinde, suçu bildirmemeye tehditle mecbur bırakıldığından hem tehdit suçundan (TCK m. 106) hem de özgü suçun aradığı vasa sahip olmadığı için azmettiren olarak TCK m. 280'den cezalandırılmalıdır (TCK m. 38/1)¹³².

Sağlık mesleği mensubunun kusurunun varlığı için iki koşulun gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlar; bildirim imkânının varlığı ve bildirimde bulunmaya dair yükümlülüğünü gerçekleştirmesinin ondan beklenmesidir. Somut olayda fail bildirimde bulunamayacak bir durumdaysa kusurundan bahsedilemez¹³³. İmkân ve beklenebilirlik meselesi ihmali suçlara özgüdür ve kusurluluk bahsinde incelenmesi gerekir¹³⁴. Bir başka deyişle somut olayın koşulları dikkate alınarak (ex ante) bir kimse, belirli bir yönde harekete geçme zorunluluğuna objektif olarak sahip olsa dahi, bu zorunluluğun gereklerini yerine getirmesinin ondan beklenemeyeceği durumlarda (sübjektif şart) ihmali suç oluşturan haksızlık meydana gelse de kusurlu addedilmez ve cezai sorumluluğu söz konusu olmaz¹³⁵. Dolayısıyla umulmayan bir hal veya mücbir sebep altında sağlık mesleği mensubu belirti ile karşılaşmasına rağmen bunu bildirememiş veya geç bildirmişse kusurlu olmadığından ceza verilmemelidir¹³⁶. Örneğin suça ilişkin belirti ile karşılaşmasına rağmen depremde yaralanarak uzun süre hastanede kaldığı için yükümlülüğü yerine getirmemişse bu durumda kusuru olmadığından cezai sorumluluğu bulunmamaktadır.

İhmali suçlarda cezai sorumluluğun doğması için kişinin suçu bildirme yükümlülüğünü yerine getirme imkânının bulunması şarttır. Sağlık mesleği mensubunun icrai harekete geçmesi kendisinden beklenebilmesi gereklidir. Buna rağmen suçu bildirmek konusunda hareketsiz kalarak ihmalde bulun-

132 Karahan, s. 971; Alaaddin Egemenoglu, *Türk Ceza Hukukunda Tehdit Suçu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 169.

133 Koca, Üzülmmez, s. 1192; Karahan, s. 967-968.

134 Detaylı bilgi için bkz. Hakan Hakeri, "İhmali Suçlar", *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt 2, Sayı 4, Ağustos 2007, s. 168.

135 Aynı yönde Hakeri, İhmali Suç, s. 248; İzzet Özgenç, "İhmali Suç Teorisi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 25, Sayı 4, 2021, s. 320; Fatih Yurtlu, "Suç Teorisi Bakımından İhmali Suçların Yapısı", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 25, Sayı 3, 2021, s. 593. İmkân ve beklenebilirliği suçun bir unsuru olarak kabul eden aksi yönde görüş için bkz. Ahmet Gökçen, Murat Balcı, "Kasten Öldürme ve Yaralama Suçlarının İhmali Davranışla İşlenmesi (TCK m. 83, 88)", *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt 7, Sayı 18, 2012, s. 15.

136 Karahan, s. 968.

yorsa kusuru vardır ve cezalandırılabilir¹³⁷.

Sağlık mesleği mensubu suç bildirmemesi zorunluluk hali kapsamında hareket etmesinden kaynaklanıyorsa mazur görülerek kusuru ortadan kalkar ve ceza verilmez. Örneğin erken yaşta evlendirilerek gebe kalan on beş yaşının altındaki çocuk bakımından cinsel istismar belirtisi ile karşılaşan hekim, töre saikiyle mağdurun öldürülebileceğini tetkik etmiş ve bildirimde bulunmamışsa zorunluluk halinden faydalanır¹³⁸.

Hekimin suç bildirim yükümlülüğü (TCK m. 280) ile sır saklama yükümlülüğü (TCK m. 136/1 sırrı açıklama, CMK m. 46/1-b tanıklıktan çekinme) suç ilişkisi ile karşılaşması halinde çatışmaktadır¹³⁹. Zira hekimin sağlık hizmetini yerine getirdiği sırada öğrendiği bilgiler suç içerse de (TCK m. 136) sır saklama yükümlülüğünün kapsamında değildir. Ancak aynı zamanda hekim görevini icra ettiği sırada suça ilişkin bir bilgi ile karşılaşması halinde bildirim yükümlülüğü bulunmaktadır. Bildirimde bulunması halinde TCK m. 136'da düzenlenen kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme suçunun kanuni unsurlarına uygun bir eylem gerçekleştirmiş olacaktır. Bir başka deyişle, hekimlerin, mesleki etik ilkeler¹⁴⁰ kapsamında hastalarının sırlarını saklama yükümlülüğü bulunmaktadır¹⁴¹. Aynı zamanda bilgi ile karşılaşması halinde ihbar yükümlülüğü bulunmaktadır. Yükümlülüklerin çatışması kusurluluğu ortadan kaldıran bir haldir. İhbar yükümlülüğünün yerine getirilmesi sır saklama yükümlülüğünün ihlalden suçların aydınlatılması bakımından daha önceliklidir¹⁴². Dolayısıyla böyle bir çatışmada ihbar yükümlülüğü sır saklama yükümlülüğüne ağır bastığından mazur görülür ve ceza verilmez¹⁴³. Kanun koyucu sır saklama yükümlülüğünden ziyade hekimin suç bildirme yükümlülüğüne üstünlük vermektedir¹⁴⁴. Kanunda istisnai olarak tedavi almalarını sağlamak adına kanun koyucu uyuşturucu veya uyarıcı madde kullananlara yönelik olarak hekimin bildirimde bulunmamasını cezalandırmamaktadır. Zira uyuşturucu

137 Koca, Üzülmüş, s. 1188.

138 Tezcan, Erdem, Önok, s. 1295; Zafer, s. 1347; Erbaş, s. 172; Karahan, s. 968.

139 Aşkın, s. 1370.

140 2012 tarihli Türk Tabipler Birliği Merkez Konseyi, Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları madde 6 uyarınca meslek etikleri: "Görevlerini yerine getirirken, hekimin uyması gereken evrensel tıbbi etik ilkeleri yararlılık, zarar vermeme, adalet ve özerklik ilkeleridir."

141 Gürkan Sert, *Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Açısından Hasta Hakları*, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 249-250.

142 Üzülmüş, s. 844; Zafer, s. 1328; Aşkın, s. 1385.

143 Hakeri, *İhmali Suç*, s. 261; Öğretide aksi görüş hukuka uygunluk sebebi olarak kabul etmektedir. Ziya Koç, "Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışmasının Hukuki Niteliği ve Görünüş Şekilleri", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 25, Sayı 4, 2021, s. 607.

144 Zafer, s. 1334; Aşkın, s. 1387.

madde kullanan kişi TCK m. 191 dolayısıyla hakkında soruşturma başlatılmadan önce resmi makamlara ya da sağlık kurum veya kuruluşuna giderek tedavi ettirilmesini istemesi etkin pişmanlık hükmü olarak kanunda yer almaktadır. Hekim bildirimde bulunmazsa suç oluşturmaz (TCK m. 191/4).

Hastanın suç işlediğine ilişkin beyanda bulunması durumunda sır saklama yükümlülüğü ağır basacaktır. Zira hekimin sağlık hizmeti verirken elde ettiği bilgiler meslek sırrı kapsamındadır¹⁴⁵. Hekim bu bilgileri ancak TCK m. 280 kapsamında olması halinde açıklayabilir. Örneğin on beş yaşının altındaki çocukların cinsel ilişkiye rızasını kanun koyucu kabul etmemekte (TCK m. 103) ve 15-18 yaş aralığındaki çocukların ilişkisini ise, şikâyete bağlamaktadır (TCK m. 104). Bu yaş aralıklarında gebelikle karşılaşan hekimin TCK m. 280 kapsamında bildirim yükümlülüğü bulunmaktadır¹⁴⁶.

IV. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

A. Teşebbüs

Sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmeme suçu, maddede yer alan seçimlik hareketlerin (bildirmeme veya geç bildirme) gerçekleştirilmesi ile tamamlandığından gerçek ihmali suçtur. Gerçek ihmali suçlara teşebbüs mümkün değildir¹⁴⁷.

B. İştirak

Suç işlendiğine yönelik bir belirti ile karşılaşmasına rağmen bildirmeyen kişinin TCK m. 280'den cezalandırılabilmesi için sağlık mesleği mensubu olması arandığından gerçek özgü suçtur¹⁴⁸. Bu meslek grubunda yer almayan kişiler suça fail olarak katılamazlar¹⁴⁹. Bunların suça katılımları azmettiren veya yardım edenle sınırlıdır (TCK m. 40/2)¹⁵⁰. Örneğin hekim, yakını olan hastanın üzerinde eşinin silahla yaraladığına ilişkin belirtileri bulduğunda yakınının bunu bildirmemesi üzerine hekimi ikna etmesi halinde azmettirmeden sorum-

145 Gürkan Sert, *Tıp Hukuku ve Etiği Derslerine Giriş*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 126.

146 Rahime Erbaş, Büşra Hazel Ateş-Sarıdağ, Coşkun Yorulmaz, "15-18 Yaş Arası Gebeliklerde Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 41, Ocak 2020, s. 99.

147 Tezcan, Erdem, Önok, s. 1295; Koca, Üzülmez, s. 1196; Çakmut, s. 1057; Erbaş, s. 178; Zafer, s. 1348; Gültekin, s. 110; Öğretide aksi görüş, emredici hareket icra edilmesi bakımından uygun bir zaman aralığının bulunması halinde teşebbüsün mümkün olacağını ileri sürmektedir. Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III*, Beta Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul 1992, s. 429; Hakeri, *İhmali Suç*, s. 264; Karahan, s. 969.

148 Erbaş, s. 147; Karahan, s. 959.

149 Karahan, s. 959.

150 Üzülmez, s. 841; Parlar, Hatipoğlu, s. 4326; Tezcan, Erdem, Önok, s. 1296; Çakmut, s. 1058; Erbaş, s. 179; Gültekin, s. 111.

lu tutulmalıdır. Ancak yukarıda ifade edildiği üzere suçu bildirmeme eylemine azmettiren olarak iştirak eden hekimin yakını CMK m. 45 uyarınca tanıklıktan çekinme hakkının varlığı sebebiyle eylemi haksızlık oluşturmayacağından suç teşkil etmez¹⁵¹.

Birden fazla sağlık mesleği mensubu bu suçu birlikte gerçekleştirirse fiil üzerinde ortak hakimiyet kurduklarından müşterek fail olarak sorumlu olurlar¹⁵². Müşterek faillerin birlikte bildirme yükümlülüğü yoktur. Bunlardan biri bildirme yükümlülüğünü yerine getirirse suç oluşmaz¹⁵³.

C. İçtima

Sağlık mesleği mensubu aynı hastanın üzerinde aynı mağdur veya farklı mağdurlar olduğu önemli olmaksızın birden fazla suça ilişkin belirti ile karşılaşarsa bir bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülüğe uyulmaması halinde yükümlülükler uymama tek fiil sayılır ve bir TCK m. 280'den sorumluluk söz konusu olur¹⁵⁴. Aynı hasta üzerinde suç işlendiğini gösteren belirtilere farklı zamanlarda ulaşılmışsa bildirim yükümlülüğüne uyulmaması durumunda oluşacak aynı suç (TCK m. 280) bakımından şartlarına göre zincirleme suç veya gerçek içtima hükümleri uygulanır¹⁵⁵.

Sağlık mesleği mensubu bir bildirme yükümlülüğüne uymama kararı kapsamında harekette bulunarak farklı zamanlarda belirtisine ulaşmış olduğu birden fazla farklı suçu bildirmese zincirleme suç hükümleri söz konusu olur¹⁵⁶. Müdahale ettiği birbiri ile ilgisi olmayan iki ayrı suç işlendiğini gösteren belirti ile karşılaşılmasına rağmen bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen sağlık mesleği mensubu gerçek içtima gereğince ihmal ettiği yükümlülük sayısınca suçtan sorumlu olur¹⁵⁷. Sağlık mesleği mensubu olmayan bir kimse sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmeme suçuna bu meslek mensubu ile müşterek olarak katılırsa özgü suç olduğundan eyleminin derecesine göre azmettiren veya yardım eden olarak cezalandırılır. Ancak aynı zamanda suç işlendiği haberini almasına rağmen yetkili makamlara bildirmedeği için kamu görevlisi

151 Gökcan, Artuç, s. 9186.

152 Koca, Üzülmüş, s. 1196; Çakmut, s. 1058.

153 "Doktor olan sanığın ateşli silah ve bıçak yararı olan şahıslara ilk müdahalede bulduktan sonra, hastane müdürü ile görüşmesinde adli vaka olduğunu söylediği ve adli vakanın hastane müdürü ile birlikte emniyete bildirdiğinin, polis memurlarının beyanlarından anlaşılma ile sanık hakkında beraat kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi" Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 2018/4133 esas numaralı, 2020/11496 karar numaralı ve 12.03.2020 tarihli kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 15.07.2024).

154 Zafer, s. 1348.

155 Gültekin, s. 111.

156 Tezcan, Erdem, Önok, s. 1296; Karahan, s. 971.

157 Gültekin, s. 111.

de değilse (kamu görevlisi olması halinde TCK m. 279 gündeme gelecektir) suçu bildirmeme suçundan sorumlu olacaktır (TCK m. 278). Aynı zamanda bir suçta fail diğer suçta şerik olan kişinin “failliğin şerikliğe asliliği prensibi” uyarınca yalnızca suçu bildirmeme suçundan (TCK m. 278) sorumluluğu söz konusu olur¹⁵⁸.

V. Yaptırım ve Suçun Muhakemesi

Suç karşılığında öngörülecek yaptırım, bir yıla kadar hapis cezasıdır. Cezanın üst sınır bir yıl olduğundan kısa sürelidir (TCK m. 49/2). Dolayısıyla üst sınır bir yıl olduğu için hapis cezası seçenek yaptırımlara çevrilebilir (TCK m. 50). Suç, iki yıldan az hapis cezası gerektirdiği için sanık daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olmamışsa, mahkeme tarafından sanık değerlendirildiğinde kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları itibariyle yeniden suç işleme-yeceğine dair kanaat oluşturuyorsa, suçun işlenmesiyle ortaya çıkan mağdurun veya kamunun karşılaştığı zararın; aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmişse hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir (CMK m. 231). Yine şartları sağlaması halinde cezanın infazı ertelenebilir (TCK m. 51). Erteleme kararı verilebilmesi, “*daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması*” ve “*suç işlendikten sonra yargılama süreci boyunca yeniden suç işleme-yeceğine dair mahkemede bir kanaat oluşması*” koşullarına bağlıdır.

Suçun mağduru toplumu oluşturan herkes olduğu için şikâyete bağlı değildir. Re’sen kovuşturma yapılabilir. Cezanın üst sınırı bir yıl olduğu için basit yargılama uygulanabilir (CMK m. 251/1). On yıldan az ceza gerektirdiği ve kanunda sınırlı sayıda sayılan suçlardan birisi olmadığı için davaya bakmakla görevli olan mahkeme, asliye ceza mahkemesidir (5235 sayılı Kanun m. 11).

VI. Mukayeseli Hukukta Suçun Düzenleniş Şekilleri

A. Alman Ceza Kanunu (ACK)

Sağlık mesleği mensubu dahil herkes bakımından planlı suçları bildirim yükümlülüğü (işlenecek suçları) ACK m. 138’de¹⁵⁹ gerçek ihmali suç olarak dü-

158 Karahan, s. 971.

159 Maddeye göre: “(Maddede sayılan katalog suçlar) Bu suçların planlanması veya işlenmesi hakkında güvenilir bilgiye sahip olan herkes, suçun işlenmesinin veya sonucunun hala önlenilebileceği bir zamanda ve zamanında kamu makamlarına bildirmezse beş yılı aşmayan bir süre için hapis veya para cezası” <https://legislationline.org/sites/default/files/2023-10/Criminal%20Code%20of%20the%20Federal%20Republic%20of%20Germany.pdf>, (1971 Alman Ceza Kanunu’nun 2021’de değişikliğe uğramış resmi olmayan ingilizce metin halidir. Erişim Tarihi: 28.07.2024).

zenlenmiştir (*Nichtanzeige geplanter Straftaten*)¹⁶⁰. Bunun yanında yalnızca 138'inci maddede sınırlı sayıda sayılan suçlar bakımından (katalog suçlar)¹⁶¹ böyle bir yükümlülük doğmaktadır¹⁶². Bildirim yükümlülüğünün doğabilmesi için, kanunda belirtilen suçların işlenmesine dair sadece bir plan yapma ya da hazırlık aşamasında bulunma (düşünme aşaması) yeterli olmaz¹⁶³. Fail, objektif olarak suç işlemeyi ciddi bir şekilde planlanmışsa ve sübjektif olarak en azından suçun işlenme olasılığını bekliyorsa, bir suçun işleneceğini inandırıcı bir şekilde öğrenmiştir. Bu yüzden bildirimle yükümlüdür¹⁶⁴. Bildirim anının tespitinde suçun işlenmesinin önlenmesi mümkün olup olmadığı kıstas alınmaktadır¹⁶⁵. Fail hatalı bir şekilde suçu önlemek için çok geç olduğunu varsayarak hareket etmiş ve bildirimde bulunmamışsa hatalı davranmış olur. ACK m. 17 gereğince¹⁶⁶ haksızlık yanılığısı hükümleri söz konusu olur¹⁶⁷. ACK m. 138'den cezai sorumluluğun doğabilmesi için suçun fiilen planlanmış olması ya da işlenme sürecine girmiş olması gerekir. Bu nedenle, bir suçun önlenmesi mümkün değilse, bildirim yükümlülüğünün kapsamına girmez¹⁶⁸. Dolayısıyla işlenmesi planlanan bir suç artık işlenme imkânı bulunmuyorsa veya işlenmekten vazgeçilmişse bildirim yükümlülüğü doğmaz. İşlenmiş olan bir suç da bu madde kapsamında değildir¹⁶⁹.

160 Dennis Bock, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer, 1. Auflage, Berlin 2018, s. 36, (Strafrecht Besonderer Teil).

161 Georg Freund, Frauke Rostalski, *Strafrecht Allgemeiner Teil Personale Straftatlehre*, Springer, 3. Auflage, Berlin 2019, s. 223.

162 Dennis Bock, *Strafrecht Besonderer Teil 1 Nichtvermögensdelikte*, Springer, 1. Auflage, Berlin 2018, s. 426.

163 Maddede sayılan suçlara örnek olarak; vatana ihanet, para veya menkul kıymet sahteciliği, kasten öldürme, soykırım, kişi özgürlüğüne karşı suçlar gibi <https://legislationline.org/sites/default/files/2023-10/Criminal%20Code%20of%20the%20Federal%20Republic%20of%20Germany.pdf>, (1971 Alman Ceza Kanunu'nun 2021'de değişikliğe uğramış resmi olmayan İngilizce metin halidir. Erişim Tarihi: 28.07.2024).

164 Karl Lackner, Kristian Kühn, *Strafgesetzbuch Kommentar*, C.H.Beck Verlag, 28. Auflage, München 2014, § 138, Kenar numarası 3; Bock, *Strafrecht Besonderer Teil*, s. 426.

165 Georg Küpper, René Börner, *Strafrecht Besonderer Teil I*, Springer, 4. Auflage, Berlin 2017, s. 246.

166 "Suçun işlendiği sırada failin hukuka aykırı hareket ettiğinin bilincinde olmaması halinde, hatanın kaçınılmaz olması durumunda failin suçsuz olduğu kabul edilir. Hatanın kaçınılmaz olması halinde, ceza aşağıdaki bölüm uyarınca hafifletilebilir." <https://legislationline.org/sites/default/files/2023-10/Criminal%20Code%20of%20the%20Federal%20Republic%20of%20Germany.pdf>, (1971 Alman Ceza Kanunu'nun 2021'de değişikliğe uğramış resmi olmayan İngilizce metin halidir. Erişim Tarihi: 28.07.2024).

167 Küpper, Börner, s. 246.

168 Freund, Rostalski, s. 213.

169 Jörg Eisele, *Strafrecht - Besonderer Teil I*, SR-Studienreihe Rechtswissenschaften, 4. Auflage, 2017, Kenar numarası 1505; Bock, *Strafrecht Besonderer Teil*, s. 426.

ACK'nun 139'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasında sağlık mesleği mensubuna suç işlendiğine dair belirti ile karşılaştığında icrası devam eden suçlarda suçun işlenmesine engel olma imkanının varlığı halinde bildirimde bulunmama yetkisi verilmiştir¹⁷⁰. Bu şartlar gerçekleşse dahi bildirimde bulunma mecburiyeti verilmemiş hekimin vicdani kanaatine bırakılmıştır¹⁷¹. Aynı zamanda ilgili madde bildirim yükümlülüğünün cezalandırılmayan hallerini düzenlemektedir. Buna göre, suçun işlenmesini veya başarıya ulaşmasını ihbarda bulunmak dışında önleyen her kişi cezadan muafır. Suçun işlenmesi veya başarıya ulaşması, suçu bildirmekle yükümlü olan kişinin herhangi bir eylemi olmaksızın önlenirse, başarıyı önlemek için gösterdiği ciddi çabalar cezadan muaf tutulması için yeterli olacaktır (ACK m. 139/4)¹⁷². Kanun koyucu yukarıda da ifade ettiğim üzere özel olarak sayılmış suçlar hariç olmak üzere neticeyi önlemek adına özel bir gayret gösterilmesini aramıştır.

B. Fransız Ceza Kanunu (FCK)

FCK'nda meslek sırrının ifşası suç olarak düzenlenmiştir (FCK m. 226/13)¹⁷³. Hekimin görevini yerine getirdiği sırada fiziksel, cinsel veya psikolojik şiddet uygulandığını gösteren bir belirti ile karşılaştığında bunu Cumhuriyet savcısına bildirmesi hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmiştir (FCK m. 226/14-2)¹⁷⁴. Dolayısıyla FCK, sağlık mesleği mensubuna bildirimde bulunma zorun-

170 "Her kim, aile mensuplarının birini bir suç işlemekten alkoymak veya fül neticesinde meydana gelmesini önlemek için ciddi bir şekilde gayret göstermiş olduğu takdirde, ihbar etme mecburiyeti bulunmasına rağmen ihbarda bulunmazsa cezadan muafır." <https://legislationline.org/sites/default/files/2023-10/Criminal%20Code%20of%20the%20Federal%20Republic%20of%20Germany.pdf>, (1971 Alman Ceza Kanunu'nun 2021'de değişikliğe uğramış resmi olmayan İngilizce metin halidir. Erişim Tarihi: 28.07.2024).

171 Aşkın, s. 1389; Maddeye göre: "Doktor, doktor yardımcısı veya onlar için çalışan kişiler kendilerine sır olarak verilen şeyleri rapor etmek zorunda değildir." <https://legislationline.org/sites/default/files/202310/Criminal%20Code%20of%20the%20Federal%20Republic%20of%20Germany.pdf>, (1971 Alman Ceza Kanunu'nun 2021'de değişikliğe uğramış resmi olmayan İngilizce metin halidir. Erişim Tarihi: 28.06.2024).

172 <https://dejure.org/gesetze/StGB/139.html>, (Erişim Tarihi: 08.08.2024).

173 Maddeye göre: "Görevi veya mesleği ya da geçici bir işlevi veya görevi nedeniyle kendisine böyle bir sır verilen kişinin bu sırrı ifşa etmesi halinde bir yıl hapis ve 15.000 Euro para cezasıyla cezalandırılır." https://legislationline.org/legislation?q=lang%3Aen%2Csort%3Amost_read_first%2Clegislation_category%3A48%2Ccountry%3A103%2Cpage%3A1%2Ctype_main%3A43, (1994 Fransız Ceza Kanunu'nun 2005'te değişikliğe uğramış resmi olmayan İngilizce metin halidir. Erişim Tarihi: 28.06.2024).

174 Maddeye göre: "Kanunun sırrın ifşa edilmesini zorunlu kıldığı veya buna izin verdiği durumlarda uygulanmaz. Ayrıca, mağdurun rızasıyla, mesleğini icra ederken gözlemlediği ve herhangi bir türde fiziksel, cinsel veya psikolojik şiddet uygulandığına inanmasına neden olan fiziksel veya psikolojik zulüm veya mahrumiyet belirtilerini Cumhuriyet savcısının bilgisine sunan bir doktor için geçerli değildir. Mağdurun reşit olmadığı durumlarda rızasına gerek yoktur." https://legislationline.org/legislation?q=lang%3Aen%2Csort%3Amost_read_first%2Clegislation_category%3A48%2Ccountry%3A103%2Cpage%3A1%2Ctype_main%3A43, (1994 Fransız Ceza Kanunu'nun 2005'te değişikliğe uğramış resmi olmayan İngilizce metin halidir. Erişim Tarihi: 28.06.2024).

luluğu getirmemiş, bildirimde bulunma hususunda takdir hakkı tanımıştır. Bu hükümler değerlendirildiğinde kanun koyucu sağlık mesleği mensubuna suçu bildirme yükümlülüğü getirmediği için yükümlüğe uyulmamasının bir yaptırımını da bulunmamaktadır. Bu durumda hekim suçu bildirmese cezalandırılmayacak, bildirmesi halinde ise, hukuka uygunluk sebebinden yararlanacaktır¹⁷⁵.

C. İtalyan Ceza Kanunu (İCK)

İtalyan Ceza Kanunu'nun 365'inci maddesi¹⁷⁶ sorumluluğun belirlenmesinde 361'inci maddeye¹⁷⁷ atıf yapmıştır. Bildirimin konusu yalnızca re'sen soruşturulan suçlarla sınırlıdır¹⁷⁸. Suçun şikâyete bağlı olması halinde bildirim yükümlülüğü doğmamaktadır.

Maddede failin statüsü bakımından belirli bir sınırlamaya gidilmemiştir. Bu anlamda TCK'ndan farklı olarak veterinerlerin de hekim, diş hekimi ve eczacı da olduğu gibi suçu bildirim yükümlülüğü bulunmaktadır¹⁷⁹.

Sonuç

Sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmeme suçu yalnızca tıbbi bir faaliyette bulunma kapsamında sağlık hizmetini icra eden sağlık mesleği mensubu olan kişiler tarafından işlenebileceğinden gerçek özgü suçtur. Bu yüzden hekim dışında suça iştirak edenler fiile katkısına göre yalnızca azmettirme veya yardım etme kapsamında sorumluluğu söz konusu olabilir. Failin statüsü suçun belirlenmesine etki etmektedir. Zira fail, sağlık mesleği mensubu olmanın yanında kamu görevlisi de olması durumunda, kamu görevi sağlık mesleğinden öncelikli olduğundan bildirim yükümlülüğü kamu görevlisinin suçu bildirmeme suçundan kaynaklanmaktadır.

Suçtu bildirim yükümlülüğü belirti ile karşılaşması halinde söz konusu olmakta ve hastanın tedavisini yaptığı andan itibaren başlamaktadır. Bildir-

175 Aşkın, s. 1389.

176 Maddeye göre: "Bir sağlık mesleğinin icrasında yardım veya çalışma sağlayan herkes mesleğin icrası sırasında, 361'inci maddede belirtilen makama bildirimde bulunmayı ihmal eder veya geciktirirse, bir milyon liraya kadar para cezası ile cezalandırılır." <https://legislationline.org/sites/default/files/2023-10/Italian-Code-of-Criminal-Procedure-canestriniLex.pdf>, (1930 İtalyan Ceza Kanunu'nun 1996'da değişikliğe uğramış resmi olmayan İngilizce metin halidir. Erişim Tarihi: 28.06.2024).

177 Maddeye göre: "Görevlerini yerine getirirken veya görevleri nedeniyle haberdar olduğu re'sen kavuşturulabilen bir suçu yetkili makama bildirimde bulunmayı ihmal eden veya geciktiren kamu görevlisi altmış bin liradan bir milyon liraya kadar para cezası ile cezalandırılır. Suç şikâyet üzerine cezalandırılıyorsa, yukarıdaki hükümler uygulanmayacaktır." <https://legislationline.org/sites/default/files/2023-10/Italian-Code-of-Criminal-Procedure-canestriniLex.pdf>, (1930 İtalyan Ceza Kanunu'nun 1996'da değişikliğe uğramış resmi olmayan İngilizce metin halidir. Erişim Tarihi: 28.06.2024).

178 Ünver, *Adliye Karşı Suçlar*, s. 486.

179 Ünver, *Adliye Karşı Suçlar*, s. 459.

meme veya geç bildirme hareketlerinin yapıldığı anda suç tamamlanmaktadır. Ayrıca bildirilecek suçların niteliğinin bir önemi bulunmamaktadır. İster şikâyete bağlı olsun ve ister re'sen kovuşturulsun belirti ile karşılaşılması halinde bildirimde bulunan sağlık mesleği mensubu TCK m. 280'den sorumlu olmaz. Kamu görevlileri bağlı bulunduğu kamu kurum veya kuruluşuna bildirimde bulunması halinde suç oluşmazken özel hastanede görev yapan sağlık mesleği mensubu bildirimini kolluğa veya savcılığa yapması gerekmektedir.

Sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmeme suçunda sır saklama yükümlülüğü ile suçu bildirim yükümlülüğü çatışmaktadır. Suç teorisi bağlamında incelendiğinde hekimin bildirim yükümlülüğüne uyması halinde eylem her ne kadar hastaya ilişkin verileri hukuka aykırı olarak verme suçunun kanuni tipine uygun olsa da, yükümlülüğe uyulması hukukun meşru saydığı bir davranış olduğundan eylem suç teşkil etmeyecektir (TCK m. 26/1). Burada kanun koyucunun suçu bildirim yükümlülüğünü sır saklama yükümlülüğüne nazaran üstün tuttuğu görülmektedir.

İCK'da şikâyete bağlı suçlar bakımından bildirim yükümlülüğünün getirilmemesi ACK ve FCK bildirimde bulunabilecek suçlar bakımından sınırlamaya gidilmesi ve bildirim zorunluluğunun bulunmaması dikkate alındığında TCK'nın benimsediği sistemin hekimi mesleğini yapmaktan ziyade adeta bir savcı veya bir kolluk gibi çalışmaya sevk ettiği ve hastaların ise, üzerinde suç oluşturan bir belirti taşıma ihtimalini düşünerek tedaviden kaçmasına yol açtığı görülmektedir. TCK, suçun şikâyete bağlı olup olmadığına bakmadan ve korunan hukuki değer üzerinden bir değerlendirme yapmadan her suçu bildirim yükümlülüğü kapsamında saymaktadır. Mevcut durumun çözümü ve sağlık mesleği mensuplarının bir nebze olsun rahatlatılması adına ve özellikle toplumun düzenini sağlamak ve suçların işlenmesini engellemek için, belirli bir cezayı aşan suçlar söz konusu olduğunda, bu suçların yetkililere bildirilmesi zorunlu tutulabilir veya terör suçları ile cinsel istismar suçunun bildirilmesi zorunluluğuna ilişkin bir düzenleme yapılabilir. Ayrıca şikâyete bağlı suçlar bildirim kapsamı dışına alınmalıdır. Böyle bir reform yapılması halinde karşılaşılacak en büyük problem bildirim yükümlülüğünün kapsamını belirlemek olacaktır. Zira suçun bildirim yükümlülüğünün kapsamında olup olmadığının belirlenmesi sağlık mesleği mensuplarının tedaviden önce suç unsuru araştırmasına yol açacaktır. Bunun ortadan kaldırılması adına hekimin hasta ile ilgili bulgularının ve şüphelerinin girileceği internet tabanlı UYAP benzeri bir sistem oluşturulması şarttır. Sağlık Bakanlığı'nın kuracağı hukuk birimine bu sistem üzerinden anlık bilgiler gitmelidir. Birime belirti olarak düşünülen bulgunun gönderilmesi ile sağlık mesleği mensubu yükümlülüğünü tamamlar.

mış olmalıdır. Birim ise, belirtileri değerlendirerek bildirim yükümlülüğünün kapsamına giren bir suçun olup olmadığını belirlemelidir. Suç oluşturuyorsa Cumhuriyet savcısı haberdar edilmeli ve harekete geçirilmelidir. Suç oluşturmayan bir belirti söz konusu ise, bu durumda bilgiler derhal yok edilmelidir.

Hasta açısından bakıldığında sırf suç işlemiş olmaları sağlık kuruluşuna başvurduğunda hakkında soruşturma açılacağı endişesi içerisine girip tedavi hakkının kaybına neden olmamalıdır. Bu kapsamda kanun koyucu özellikle cinsel istismar ve terör suçları hariç olmak üzere işlenmiş olan suçların değil, yalnızca işlenmekte olan suçlar bakımından bildirim yükümlülüğü getirilmelidir. Sağlık mesleği mensuplarını ceza ile tehdit ederek bu şekilde bir yükümlülüğe tabi kılmak menfaaer dengesini de zedelemektedir. Hekim mesleği gereği layıkıyla sağlık hizmeti verememekte hasta ise sağlık hakkını tam anlamıyla kullanamamaktadır. Madde metni şu şekilde yeniden düzenlenmelidir. (279'uncu maddedeki işlendiği ibaresi de işlenmekte olduğu şeklinde değiştirilmelidir).

“(1) Görevini yaptığı sırada bir suçun işlenmekte olduğu yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır.

(3) Terörle mücadele kapsamındaki suçlar ve cinsel istismar suçları bakımından suçun işlenmiş olması halinde de birinci fıkra hükmü uygulanır.

(4) Şikâyete bağlı suçlar bu madde kapsamı dışındadır.”

KAYNAKLAR

- Albayrak, Mustafa, “Şikâyete Tabi Suçların Özellikleri ve Bu Suçlara Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 77, 2008, s. 281-306.
- Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet; Yenidünya, Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 15. Baskı, Ankara 2015.
- Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet; Yenidünya, Caner, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2014.
- Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet; Alşahin, Mehmet Emin; Çakır, Kerim, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.
- Aşkın, Uğur, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü ile Suçu Bildirmeme Suçu Arasındaki İlişki”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 2, 2021, s. 1368-1394.
- Bock, Dennis, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer, 1. Auflage, Berlin 2018.
- Bock, Dennis, *Strafrecht Besonderer Teil I Nichtvermögensdelikte*, Springer, 1. Auflage, Berlin 2018.
- Çakmut, Özlem Yenerer, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Doç. Dr. Mehmet Somer’e Armağan, Özel Sayı, 2006, s. 1051-1060.
- Egemenoglu, Alaaddin, *Türk Ceza Hukukunda Tehdit Suçu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- Eisele, Jörg, *Strafrecht - Besonderer Teil I*, SR-Studienreihe Rechtswissenschaften, 4. Auflage, 2017.
- Ekin-Yılmaz, Ashi, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu”, *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, 2020, s. 235-282.
- Erbaş, Rahime, *Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.
- Erbaş, Rahime; Ateş-Sarıdağ, Büşra Hazel; Coşkun, Yorulmaz, “15-18 Yaş Arası Gebeliklerde Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 41, Ocak 2020, s. 95-112.
- Freund, Georg; Rostalski, Frauke, *Strafrecht Allgemeiner Teil Personale Straftatlehre*, Springer, 3. Auflage, Berlin 2019.
- Giyik, Abdülbaki, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü ile Suçu Bildirmeme Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğünün Çatışması”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 9, Sayı 2, 2014, s. 175-214.
- Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Gökçen, Ahmet; Balcı, Murat, “Kasten Öldürme ve Yaralama Suçlarının İhmal Davranışla İşlenmesi (TCK m. 83, 88)”, Cilt 7, Sayı 18, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2012, s. 7-30.
- Gültekin, Özkan, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 11, Sayı 19, Temmuz 2016, s. 103-113.
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmal Suçların Çeşitleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.
- Hakeri, Hakan, “İhmal Suçlar”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt 2, Sayı 4, Ağustos 2007,

- s. 137-169.
- Hakeri, Hakan, *Tıp Ceza Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara 2024.
 - Hancı, Hamit, “Hekimin İhbar Yükümlülüğü”, *Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2001, s. 107-108.
 - Arslan-Hızal, Sevinç, “Sağlık Mesleği Mensuplarına Yönelik Şiddetin Ceza Kanunundaki Yaptırımlar Bağlamında İrdelenmesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt 7, Sayı 19, Ağustos 2012, s. 258-278.
 - Karahan, Burak, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 25, Sayı 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, s. 948-978.
 - Koca, Mahmut, “Çocuk İstismarında İhbar Yükümlülüğü”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 1, 2012, s. 113-128.
 - Koca, Mahmut; Üzülmüş, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 9. Baskı, Ankara 2023.
 - Koç, Ziya, “Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışmasının Hukuki Niteliği ve Görünüş Şekilleri”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 25, Sayı 4, 2021, s. 573-612.
 - Kolcu, Selahattin, *TCK’nda Suçu Bildirmeme Suçu*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2014.
 - Küpper, Georg; Börner, René, *Strafrecht Besonderer Teil I*, Springer, 4. Auflage, Berlin 2017.
 - Lackner, Karl; Kühl, Kristian, *Strafgesetzbuch Kommentar*, C.H.Beck Verlag, 28. Auflage, München 2014.
 - Malkoç, İsmail; Güler, Mahmut, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler*, Cilt 4, Adil Yayınevi, Ankara 1999.
 - Nuhoglu, Ayşe, “Sağlık Mesleği Mensubunun Suçu Bildirme Yükümlülüğü (TCK m. 280)”, *Sağlık Hukukunda Dünyadaki Son Gelişmeler*, 2009, s.17-32.
 - Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler II-III*, Beta Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul 1992.
 - Özgenc, İzzet, “İhmalî Suç Teorisi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 25, Sayı 4, 2021, s. 303-378.
 - Özgüç, Levent Emre, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 77, Sayı 2, 2019, s. 999-1040.
 - Öztürk, Bahri; Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan; Gezer, Özge Sırma; Saygılar Kırıt, Yasemin; Alan, Esra; Özyayın, Özdem; Tütüncü, Efser Erden; Tok, Mehmet Can, *Ceza Muhakemesi Hukuku (Nazari ve Uygulamalı)*, Seçkin Yayıncılık, 17. Baskı, Ankara 2023.
 - Öztürk, Nejat, *Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı*, Cilt 3, Filiz Kitabevi, 2. Baskı, İstanbul 1970.
 - Parlar, Ali; Hatipoğlu, Muzaffer, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara 2010.
 - Pash, Figen, “Çocuğa Yönelik Cinsel İstismar Deneyiminin Mikro ve Mezzo Sistemler

Açısından İncelenmesi”, *Toplum ve Sosyal Hizmet*, Cilt 30, Sayı 2, Mayıs 2019, s. 463-492.

- Sert, Gürkan, *Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Açısından Hasta Hakları*, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2019.
- Sert, Gürkan, *Tıp Hukuku ve Etiği Derslerine Giriş*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan; Önok, Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 21. Baskı, Ankara 2023.
- Ünver, Yener, *TCK’nda Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, 7. Baskı, Ankara 2023.
- Ünver, Yener, “TCK’da Sağlık Personelinin Ceza Hukuku Sorumluluğuna Yol Açabilecek Hükümler”, *Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 85-128.
- Üzülmüş, İlhan, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)”, *V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu-Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, 2008, s. 823-844.
- Yenisey, Feridun; Nuhoğlu, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 11. Baskı, Ankara 2023.
- Yurtlu, Fatih, “Suç Teorisi Bakımından İhmali Suçların Yapısı”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 25, Sayı 3, 2021, s. 579-636.
- Zafer, Hamide, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 71, Sayı 1, 2013, s. 1327-1352.
- <https://dejure.org/gesetze/StGB/139.html>
- <https://legislationline.org>
- <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877bd-aa54-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=5237#step-12>
- <https://www.lexpera.com.tr>
- <https://sozluk.gov.tr>
- <https://tahlil.com/blog/esrar-idrarda-kac-gune-kadar-cikar-6007>
- <https://uyap.gov.tr>
- <https://sdplatform.com/saglik-meslegi-mensuplarinin-sucu-bildirme-yukumlulugunun-kapsam-ve-sinirlari/>

ÖZEL HUKUK/PRIVATE LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

Rekabet Hukukunda Yıkıcı Fiyatlama*

Predatory Pricing in Competition Law

Ahmet Buğra AYDIN**

ÖZ

Bu makalede, rekabet hukukunda yıkıcı fiyatlama kavramı ve bu kavramın hukuki niteliği ele alınmaktadır. Yıkıcı fiyatlama, kısa vadede tüketicilere düşük fiyat avantajı sağlasa da, uzun vadede rekabetin azalması ve fiyatların yükselmesi nedeniyle tüketicilere zarar verebilecek bir strateji olarak değerlendirilmektedir. Makalede, yıkıcı fiyatlamamanın tanımı, unsurları ve tespit yöntemleri incelenmektedir. Ayrıca, ABD, Avrupa Birliği ve Türk Rekabet Hukuku uygulamaları karşılaştırmalı olarak ele alınmakta ve yıkıcı fiyatlamamanın tespiti için hangi kriterlerinin kullanılabilceği tartışılmaktadır. Sonuç bölümünde ise, yıkıcı fiyatlamamanın tespitinin ve önlenmesinin rekabetin korunması ve tüketici refahının artırılması açısından önemi vurgulanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Rekabet hukuku, hâkim durumun kötüye kullanılması, yıkıcı fiyatlandırma, yıkıcı fiyatlandırma testi, rekabetçi davranış.

ABSTRACT

This article examines the concept of predatory pricing in competition law and its legal nature. Predatory pricing, while providing short-term benefits to consumers through lower prices, is considered a strategy that can harm consumers in the long term by reducing competition and leading to higher prices. The article provides a detailed analysis of the definition, elements, and detection methods of predatory pricing. Additionally, it compares the practices of European Union and Turkish competition law and discusses which cost criteria can be used for the detection of predatory pricing. The conclusion emphasizes the importance of detecting and preventing predatory pricing for preserving competition and enhancing consumer welfare.

Keywords: Competition law, abuse of dominance, predatory pricing, predatory pricing test, competitive behavior.

* Makale gönderim tarihi: 30.05.2024. Makale kabul tarihi: 11.06.2024. Ahmet Buğra Aydın, "Rekabet Hukukunda Yıkıcı Fiyatlama", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 2, 2024, s. 179-207, DOI: <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2024.11.2.2>.

** İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, [ORCID](https://orcid.org/0009-0001-2275-3930) 0009-0001-2275-3930, e-mail: a.bugraaydin@gmail.com
Bu makale yazarın doktora tezinin bir bölümünden türetilmiştir.

Çatışma Beyanı: Yazar/lar herhangi bir çatışma beyanı bildirmemiştir.

Giriş

Hâkim durumun kötüye kullanılması hallerinden birisi olan yıkıcı fiyatlama, rekabet hukuku teorisinin en tartışmalı alanlarından birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Rekabet hukukunun temel hedeflerinden birisi tüketici refahını arttırmaktır. Tüketici refahı, genel bir tanımla toplumsal refahın tüketicilere ait kısmı olan tüketici fazlası (*surplus*) olarak tanımlanabilir.¹ Günümüzde çoğunlukla anlaşıldığı şekliyle tüketici refahı ilkesinden kastedilen, pazarların sürdürülebilir rekabet ile uyumlu olabilecek en yüksek çıktı seviyesini ve buna bağlı olarak en düşük fiyatları hedeflemesi anlamına gelmektedir.² Yıkıcı fiyatlama kavramı ilk bakışta bu tüketici refahı kavramı ile çelişen bir yapı sergilemektedir. Hâkim durumdaki teşebbüs olağanüstü düşük fiyatlarla tüketicilerin daha ucuza ürün ve hizmetlere ulaşmasını sağlıyorsa, bu eylemde hukukten korunması gereken menfaat nerededir?

Yıkıcı fiyatlama davranışları karşısında hukukten korunması gereken menfaatin ne olduğunun anlaşılması kadar yıkıcı fiyatlamamın tam olarak nasıl tespit edildiği de önem taşımaktadır. Her düşük fiyat yıkıcı bir nitelik mi barındırmaktadır? Pazarda yer edinmeye çalışan bir teşebbüs, tanıtımı için indirim yaptığı zaman yıkıcı bir fiyatlamaya mı girişmiş olacaktır? Yahut yeni bir üretim teknolojisi geliştirmek sayesinde rakiplerine nazaran maliyet avantajı sağlayan bir teşebbüs bu maliyet avantajını fiyatlarına yansıtamayacak mıdır? Bu çalışmada rekabet hukukunda yıkıcı fiyat kavramının hukuki niteliği ele alınmaktadır. Bu kapsamda öncelikle yıkıcı fiyatlamaya ilişkin bir tanım yapılacaktır ve bir eylemin yıkıcı fiyatlama kabul edilmesi için gerekli unsurlar açıklanacaktır.

I. Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Olarak Yıkıcı Fiyatlama Kavramı

Genel bir tanımlama yapmak gerekirse, yıkıcı fiyatlama davranışında ürün ve hizmetlere ilişkin fiyatlar o kadar düşük bir seviyededir ki, bu durum rekabetçi süreci olumsuz yönde etkilemektedir. Eğer düşük fiyatlar doğal bir rekabetçi sürecin sonucuysa ve bu düşük fiyatlarla rekabet edemeyen “daha verimsiz” bazı teşebbüsler pazarı terk edecekse, bu durum rekabet hukuku bakımından üzerinde düşünülmesi gereken bir husus değildir. Ancak, bu düşük fiyatlar ve akabinde yaşanan bazı teşebbüslerin bu duruma dayanamayarak pazarı terk etmeleri, doğal rekabetçi süreçlerin yerine hâkim durumdaki teşebbüslerin sırf bu amaçla kurguladıkları bir eylemin sonucu ise, burada piyasa

1 Joseph F. Brodley, “The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress,” *New York University Law Review* 62, no. 5, 1987, s. 1033.

2 Herbert Hovenkamp, “Is Antitrust’s Consumer Welfare Principle Imperiled?,” *Journal of Corporation Law* 45, s. 101-3.

rekabeti zarar göreceğinden, rekabet otoritelerini ilgilendiren bir durum söz konusu olabilecektir.³

Yıkıcı fiyatlama suretiyle hâkim durumun kötüye kullanılması, Rekabet Kurumu tarafından Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz'da aşağıdaki gibi tanımlanmıştır:

“...hâkim durumdaki bir teşebbüsün pazar gücünü korumak veya artırmak üzere mevcut veya potansiyel rakiplerinden birini veya daha fazlasını piyasa dışına çıkarmak, disipline etmek ya da diğer biçimlerle rakibin rekabetçi davranışını engellemek için kısa vadede maliyetinin altında satış fiyatı belirleyerek zarar etmeyi göze aldığı (feragatte bulunduğu) rekabet karşıtı bir fiyatlama stratejisidir.”⁴

Bu bağlamda yıkıcı fiyatın bir ihlal oluşturması için; hâkim durumdaki bir teşebbüs tarafından gerçekleştirilmesi, teşebbüsün kısa vadede maliyet altı satış fiyatları ile zarar etmeyi göze alması (feragatte bulunması), eşit etkinlikteki bir rakibe piyasanın kapanmasının muhtemel olması gerekmektedir.⁵ Bu tanım uyarınca, hâkim durumdaki teşebbüs, belli bir dönem (feragat dönemi) maliyet altı bir fiyatlama stratejisi kullanarak, düşük fiyatlar karşısında rakiplerin kar marjının daraltmakta, ve bu daralma ile daha fazla mücadele edemeyen rakibini pazar dışına itmekte veya rakibin pazardaki davranışlarını disipline etmektedir. Hâkim durumdaki teşebbüs bu feragat dönemi sonrasında rakiplerini pazardan çıkardıktan veya disipline ettikten sonra tekrar fiyatlarını arttırarak (tekelci fiyatlar uygulayarak) yüksek düzeyde kar elde etmektedir. Tekelci karların elde edildiği bu ikinci döneme teoride “hasat dönemi” adı verilmektedir. Ancak, hasat dönemi unsuru da gerçekleşmeksizin, rakiplerini pazar dışına çıkarmak veya rekabet düzenini bozmak niyetinin delillerle saptanmasını durumunda ihlalin varlığı kabul edilecektir.⁶ Söz konusu tanımdan da yola çıkarak, uygulamada yıkıcı fiyat ile şu üç sonucun en az birisinin amaçlandığı görülmektedir; (i) rakibin pazardan dışlanması, (ii) rakibin disipline edilmesi, (iii) piyasaya yeni girişlerin caydırılması.⁷

3 Roger van den Bergh and Peter D. Camesasca, *European competition law and economics: A comparative perspective* / Roger Van den Bergh and Peter Camesasca, 2nd ed. (London: Sweet & Maxwell, 2006), s. 280.

4 Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz, Rekabet Kurumu, s.11, para 50.

5 Rekabet Kurulu'nun 5.01.2023 tarihli ve 23-01/2-2 sayılı Kararı.

6 Halil Çeçen, *Avrupa Birliği ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Fiyat Uygulamaları ile Kötüye Kullanılması*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2018, s.117.

7 Alper F. Kara, *Hâkim durumun kötüye kullanılması aracı olarak yıkıcı fiyat uygulaması: ABD ve AT uygulamalarından dersler*, Yayın No 100, Uzmanlık Tezleri Serisi ; No. 18, Ankara, Rekabet Kurumu, 2003, s. 51.

Düşük fiyat politikasından tüketicilerin kısa vadede fayda sağlayacakları düşünülse bile, orta ve uzun vadede hâkim durumda olan teşebbüsün rakiplerinin piyasada tutunamaması veya disipline olarak artık etkin rekabet edememeleri, dolayısıyla rekabetin ortadan kalkması, nedeniyle tüketiciler bu durumdan uzun vadede zarar göreceklerdir.⁸ Hâkim durumdaki teşebbüs tarafından uygulanan stratejinin başarıya ulaşmasıyla sadece orta ve uzun vadede fiyatlar yükselmeyecek, ürün veya hizmetlerin çeşitliliği ve kalitesi de rekabet ortamının bozulmasıyla tüketiciler nezdinde olumsuz durumlara yol açabilecektir.⁹ Bir başka ifadeyle, başarılı bir yıkıcı fiyat uygulamasının rakipler ve tüketiciler üzerinde farklı etkilere sahip davranışları içeren iki zaman dilimini kapsadığı söylenebilecektir. İlk aşamasını oluşturan fiyat indirimi (feragat dönemi) rakiplere zarar verirken, tüketiciler bu aşamada düşük fiyatlardan fayda sağlayacaktır. Hâkim durumdaki teşebbüs, monopol geliri elde edebilmek için mevcut rakiplerini pazardan dışlayarak ya da disiplin altına alarak veyahut da potansiyel rakibin pazara girişini engelleyerek sonraki aşamada fiyatlarını yükseltecek (hasat dönemi) bu da tüketicilere yüksek fiyatlar olarak geri dönecektir.¹⁰ Buna ilaveten, yıkıcı fiyat stratejileri genellikle mevcut veya potansiyel rakipleri hedef aldığından, hâkim durumdaki teşebbüs, gereğinden fazla bir feragatte bulunmamakta ve hedeflenen hasadı gerçekleştirilebilmek için yıkıcı fiyat uygulamasını belirli bir bölge veya müşteri grubu ile sınırlanmakta¹¹, bu da beraberinde çoğu zaman fiyat ayrımcılığı ihlallerini getirmektedir.¹²

II. Yıkıcı Fiyatlamamanın Unsurları

Yıkıcı fiyatlama suretiyle hâkim durumun kötüye kullanılmasından bahsedebilmek için dört unsurun bir arada bulunması gerektiği kabul edilmektedir:

1. Hâkim durumdaki bir teşebbüsün varlığı,
2. Düşük fiyat (genellikle belirli bir maliyet ölçütünün altında yapılan fiyatlama),
3. Yıkıcı fiyat suretiyle hâkim durumun kötüye kullanılması niyeti,

8 Sülün Güçer, *Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Çerçevesinde Sınai Mülkiyet Hakları*, Rekabet Kurumu Yayın no 0185, Lisansüstü tez serisi ; XIII, Ankara, Rekabet Kurumu, 2005, s. 43.

9 Aydın Öztunalı, *Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması*, Ankara, Seçkin, 2014, s.102.; Seda U. Kısa, *Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Rekabet Karşıtı Eylem ve İşlemlerle Kötüye Kullanılması*, Yayın No. 408, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2004, s.35.

10 Sevilay Uzunallı, "Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Işığında Yıkıcı Fiyat Uygulamaları ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması," *Rekabet Dergisi* 11, no. 4, 2010, s.63.

11 Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz, Rekabet Kurumu, s.13, para 59.

12 Jonathan Faull; Ali Nikpay, *Faull & Nikpay the EC Law of Competition*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2007, s. 373-74.

4. Yıkıcı fiyatlama dönemi sonrasında yapılacak hasat.

Bu dört unsurun tamamının bir arada bulunması tüm yargı sistemlerinde gerekli görülmemektedir. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri uygulamasında yıkıcı fiyatlamadan bahsedebilmek için teşebbüse ilişkin hâkim durum değerlendirmesi yapılmazken Avrupa Birliği'nde hasat unsuru resmi olarak yıkıcı fiyatlamasının unsurlarından birisi olarak sayılmamakta bunu yerine pazar kapama niyetinin incelenmesini ön plana almaktadır. Türk Rekabet Kurumu da AB uygulamasına benzer bir şekilde incelenen davranış sonucunda eşit etkinlikteki bir rakibe piyasanın kapanmasının muhtemel olup olmadığı araştırılmasının esas tutmakta ve düşük fiyat uygulamasını otomatik ihlal olarak değerlendirmemekte, rekabet karşıtı piyasa kapamanın muhtemel olup olmadığına da incelenmesi gerektiği kabul edilmektedir.¹³

A. Hâkim Durum

Yıkıcı fiyat uygulamasının başarıya ulaşması için yıkıcı faaliyette bulunan teşebbüsün rakiplerinden daha güçlü bir konumda olması bu stratejinin birincil gereğidir.¹⁴ Gerçekten de yıkıcı fiyatlama faaliyetinde bulunmak için, pazara giriş engellerinin yüksek olması ve teşebbüsün pazarda güçlü bir konumda olması (hâkim durumda olması) başarılı bir strateji için gereklidir.¹⁵ Bu durum ABD hukukunda “tekel gücü”, AB hukukunda ise “hâkim durum” veya daha genel olarak “pazar gücü” kavramlarıyla ifade edilmektedir.¹⁶

Yıkıcı fiyat uygulamasına girişecek olan teşebbüs, rakibini pazardan çıkarana, disipline edene ya da pazara girmekten caydırana kadar maliyetinin altında satış yaparak zarar edecektir. Doğal olarak, firmanın bu zararlara katlanabilmesi için, finansal güce ihtiyacı vardır.¹⁷ Örneğin, bir teşebbüs ölçek ekonomisine ulaşmışsa veya birden fazla pazarda faaliyet gösteriyorsa, faaliyet gösterdiği diğer pazarlardan aktardığı kaynaklarla zararını finanse edebilir. Öte yandan düşen fiyatlar beraberinde talep artışını da getirebileceğinden, artacak talebi karşılayacak kapasite fazlasının bulunması da uygulamanın başarısı için gerekli olabilir¹⁸ Bu da

13 Rekabet Kurulu'nun 19-20/286-122 sayılı ve 30.05.2019 tarihli kararı

14 Areeda, Phillip; Turner, Donald F., “Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act,” *Harvard Law Review* 88, no. 4, 1975, s. 698, <https://doi.org/10.2307/1340237>(e.t. 12.05.2024).

15 Çeçen, *Avrupa Birliği ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Fiyat Uygulamaları ile Kötüye Kullanılması*, s.87.

16 Kara, *Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Aracı Olarak Yıkıcı Fiyat Uygulaması*, s.9.

17 Barış Ekdi, *Gümrük Birliği Çerçevesinde Damping ve Yıkıcı Fiyat Uygulamaları*, Uzmanlık Tezleri Serisi No. 7, Ankara, Rekabet Kurumu, 2003, s.20.

18 Kara, *Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Aracı Olarak Yıkıcı Fiyat Uygulaması*, s.9; Ekdi, *Gümrük Birliği Çerçevesinde Damping Ve Yıkıcı Fiyat Uygulamaları*, s.20.

bu eyleme girişecek teşebbüsün halihazırda hâkim durumda olmasının gerekli olduğu anlamına gelebilecektir.

Burada dikkat edilmesi gereken bir başka husus daha vardır. Hâkim durumdaki teşebbüsün pazarda rakiplerinden daha güçlü bir konumda olması kimi zaman stratejinin başarıya ulaşması için yeterli olmayabilir. Hâkim durumdaki teşebbüs yıkıcı fiyatlama sonrasında mevcut rakiplerini pazar dışına ittikten veya mevcut rakipleri disipline ettikten sonra pazara yeni girişlerin de olabileceğini ve bu yeni girişlerin hâkim durumunu sarsabileceğini dikkate almalıdır. Yıkıcı fiyatlama sonrasında pazarı terk eden teşebbüslerin varlıklarının bir kısmı pazarda kalmaya devam edebilecek ve bu varlıklar pazardaki başka bir oyuncunun eline geçebilecektir. Benzer şekilde, hâkim durumundaki teşebbüsün hasat döneminde elde edeceği monopol kârlar, potansiyel rakiplerinin pazara girmesi için iştah kabartıcı olabilecek ve yeni, belki de daha güçlü, teşebbüsler pazara giriş yapabilecektir. Bu nedenle, feragat dönemindeki yaşanan kayıpların monopol kârlılıkla hasadı ancak yüksek giriş engeli olan pazarlarda söz konusu olabileceği ifade edilmiştir.¹⁹

Yukarıda da belirtildiği üzere, yıkıcı fiyatlamadan bahsedebilmek için gereken unsurlar coğrafyadan coğrafyaya farklılık göstermektedir. ABD gibi “hasat” şartının arandığı hukuk sistemlerinde, yıkıcı fiyatlama davranışında bulunan teşebbüsün hâkim durumda olması aranmamaktadır. Bunun yerine, Sherman Yasası’nda olduğu gibi, yıkıcı fiyatlama eyleminin bir hâkim durum yaratması veya yaratma tehlikesi getirmesi gereklidir. Bu gibi hâkim durum şartının aranmadığı hukuk sistemlerinde, yıkıcı fiyatlama sonrasında hasat döneminin varlığının aranması, esasında hâkim durumun kötüye kullanılmasının söz konusu olamayacağı durumları elemek için bir filtre görevi görmektedir. Buna karşılık, AB ve Türk rekabet hukukunda olduğu gibi, hâkim durumun bir ön şart olarak kabul edildiği ve hasat döneminin varlığının aranmadığı hukuk sistemlerinde, *a priori* bir hâkim durum değerlendirmesi, pazar yapısının da değerlendirilmesini beraberinde gerektirmektedir. Bu yönüyle aslında her ne kadar formal bir hasat dönemi aranmasa da, pazar yapısının hâkim durum değerlendirmesi esnasında analiz edilmesiyle pazar payı, kapasite ve giriş engelleri gibi ABD hukukunda hasat ihtimali analizinde yapılan değerlendirmelerin bir benzeri yapılabilmektedir. Bu nedenle, hâkim durum değerlendirmesi özünde pazar yapısının incelenerek rakiplerin pazar dışına itilip itilemeyeceğini ve akabinde bir hasadın yapıp yapılamayacağını anlamak için stratejik bir değerlendirme vasfını taşımaktadır.²⁰

19 Areeda, Phillip; Turner, Donald F., “Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act,” s. 698-99.

20 Robert O’Donoghue; A. J. Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Oxford: Hart Publishing, 2013, s. 317.

Dışlayıcı stratejilerin başarılı olabilmesi için çoğu zaman hâkim durumdaki teşebbüsü tek bir pazarda faaliyette bulunuyor olması yeterli olmayabilir. Hâkim durumdaki teşebbüsün sadece tek bir pazarda faaliyette olduğu durumlarda, yıkıcı fiyatlamaya yerine, rakibini devralması veya rakibin girişine izin vermesi daha kârlı olabilecektir. Zira, yıkıcı fiyat uygulayan teşebbüsün zararları bugüne ait ve kesinken, monopol kârları yıkıcı fiyatlamamanın başarısına bağlı olarak yarına ait ve meçhul olacaktır. Buna karşın birden fazla pazarda faaliyet gösteren bir teşebbüs, bir pazarda yaşadığı zararları diğer pazarlarda elde ettiği kârlarla destekleyebilecektir. Dahası, birden çok pazarda faaliyet gösteren bir teşebbüs, bir pazarda sergilediği yırtıcı tavırlarla, hâkim durumunu sadece yırtıcı tavır gösterdiği pazarda değil, edineceği şöhret ile, yırtıcı fiyat sergilemediği diğer pazarlarda da koruma imkanına kavuşacaktır.²¹ Avrupa Komisyonu, *Tetra Pak* kararında²² steril karton kaplar pazarında hâkim durumda bulunan Tetra Pak'ın, bu hâkim durumunu steril olmayan karton kaplarında hâkim duruma gelmek için yıkıcı fiyatlamaya yaparak kötüye kullandığı sonucuna varmıştır.²³ Hâkim duruma gelmek için yıkıcı fiyatlamaya olgusu, aşağıda daha detaylı olarak ele alınacaktır.

Bu nedenlerle yıkıcı fiyatlamaya dair yapılacak bir analizin AB ve Türkiye rekabet hukuku bakımından bir hâkim durum değerlendirmesi ile başlaması gerekmektedir. AB rekabet hukuku uygulamasında ilgili firmanın piyasada hâkim bir konumda bulunması yıkıcı fiyatlandırmaya ilişkin ilk analiz olarak yerini almaktadır. Avrupa Komisyonu *Akzo*²⁴, *Tetra Pak*²⁵, *France Télécom*²⁶ ve *Post Danmark*²⁷ gibi kararlarında yıkıcı fiyatlamaya iddialarının olduğu kararlarda öncelikle ilgili iddia ile yüzleşen teşebbüslerin piyasa gücünü ölçerek bir hâkim durum değerlendirmesi yapmıştır.

21 Alison Jones; B. E. Sufirin, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials / Alison Jones, Solicitor, Professor of Law, King's College London and Brenda Sufirin, Solicitor, Emeritus Professor of Law, University of Bristol*, Oxford, United Kingdom, New York, NY: Oxford University Press, 2016, s. 386.

22 24.07.1991 tarihli ve 92/163/EEC sayılı Avrupa Komisyonu Kararı.

23 Kareffe göre bu karar, AB rekabet hukukunun, ABD uygulamasına kıyasla, küçük rakipleri monopol konumundaki teşebbüslerin komşu pazarlardaki kaldıraç gücüne karşı daha iyi koruduğunu ve dolayısıyla daha adil sonuçlar verdiğinin bir göstergesi olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Scott M. Kareff, "Tetra Pak International Sa V. Commission (Tetra Pak II): the European Approach to Monopoly Leveraging Recent Development," *Law and Policy in International Business*, no. 2, 1997, s.574, <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/geojintl28&i=559>(e.t. 16.05.2024).

24 AKZO Chemie BV v Commission of the European Communities. - Case C-62/86

25 24.07.1991 tarihli ve 92/163/EEC sayılı Avrupa Komisyonu Kararı.

26 France Télécom SA v. Commission (Case T-340/03).

27 Post Danmark A/S v. Konkurrencerådet, [2012] Case C-209/10.

Rekabet Kurulu uygulaması da benzer şekildedir. Kurul'un yıkıcı fiyat analizinin ilk aşamasını hâkim durumdaki teşebbüsün fiyatlama davranışı ile kısa dönemde feragatte bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi oluşturmaktadır.²⁸ Öyle ki, Rekabet Kurulu'nun bu değerlendirmeyi yapmaması idare hukuku bakımından bir iptal sebebidir. Ankara 17. İdare Mahkemesi, Rekabet Kurulu'nun yıkıcı fiyatlamaya ilişkin verdiğini bir kararı²⁹ aşağıdaki gerekçe ile iptal etmiştir:

“... Kanunun 6. maddesi kapsamında incelenen bir davranışın ihlal teşkil edebilmesi için davranışı gerçekleştiren teşebbüsün ilgili pazarda hâkim durumda olması ve davranışın bir kötüye kullanma niteliği taşıması gerektiği, dolayısıyla hâkim durumun kötüye kullanılıp kullanılmadığının ortaya konulmasının bu iki şartın birlikte gerçekleşmesine bağlı olduğu, buna göre Kurul tarafından hâkim durum analizi yapılmaksızın doğrudan kötüye kullanma niteliği taşıyan bir davranış bulunup bulunmadığı...”³⁰

Şikayet konusu teşebbüsün hâkim durumunda olmaması, *Arkem/Ak-Taş*³¹, *Kuzeybatı Marmara Konteyner*³², *Levent Börek*³³, *Nuh Çimento*³⁴ gibi Rekabet Kurulu kararında da yıkıcı fiyatlama şikayetlerinin reddine gerekçe olarak verilmiştir.

Hâkim durum 4054 Sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinde “*Belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü*” olarak tanımlanmıştır. Bu tanım ABD ve Avrupa Birliği tarafından kabul edilen hâkim durum tanımları ile de paralellik göstermektedir.³⁵ Peki hâkim durum nasıl tespit edilmektedir? Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz'a göre “*Hâkim durum değerlendirmesinde göz önünde bulundurulacak temel unsurlar; incelenen teşebbüsün ve rakiplerinin ilgili pazardaki konumu, pazara giriş ve pazarda*

28 Rekabet Kurumu, *Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz*, s. 11.

29 Rekabet Kurulu'nun 14.11.2019 tarih ve 19-40/664-285 sayılı kararı.

30 Ankara 17. İdare Mahkemesinin 26.04.2021 tarih ve 2020/1242E. 2021/748K. sayılı kararı. Buna çok benzer bir gerekçe ile Rekabet Kurulu'nun 30.12.2011 tarihli ve 11-65/1692-599 sayılı THY kararı da Ankara 11. İdare Mahkemesinin 11.07.2013 tarihli ve 2013/1083 K. ve 2012/1727 E. sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

31 Rekabet Kurulu'nun 25.02.2021 tarihli ve 21-10/140-58 sayılı kararı.

32 Rekabet Kurulu'nun 24.09.2020 tarihli ve 20-43/591-264 sayılı kararı.

33 Rekabet Kurulu'nun 14.11.2019 tarihli ve 19-40/646-273 sayılı kararı.

34 Rekabet Kurulu'nun 18.02.2016 tarihli ve 16-05/118-53 sayılı kararı.

35 Bkz. *Hoofman-La Roche v. Commission* (Case 85/76, 1976, ECR 461), *United Brands v Commission* (Case 27/76, 1978, ECR 207), *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.* (Cellophane), 351 U.S. 377, 391, 1956.

büyüme engelleri, alıcıların pazarlık gücü” olarak sınıflandırılmalıdır.³⁶ Bir başka ifadeyle, hâkim durum değerlendirmesi yapılırken incelenen konular pazar payı, giriş engelleri ve alıcı gücüdür.³⁷

Hangi pazar payı eşliğinin hâkim durum teşkil edeceği üzerinde bir konsensus bulunmamaktadır. Avrupa Komisyonu’nun AKZO kararında³⁸ önemli giriş engellerinin bulunduğu bir pazarda %40’lık bir pazar payının ilgili teşebbüsün hâkim durumda olduğunun ileri sürülebileceğini, %50’lik bir pazar payının ise aksi ispatlanana kadar ilgili teşebbüsün hâkim durumda olduğuna ilişkin bir karine teşkil edeceğini ifade etmiştir. Bu pazar payı eşikleri ABD’de hâkim duruma gelme eşikleriyle kıyaslandığında oldukça düşüktür.³⁹ Pazar payı eşiklerini en açık şekilde ortaya koyan ABD kararı *Alcoa*⁴⁰ kararıdır. Bu karara göre, bir teşebbüsün hâkim durumda olduğuna ilişkin karine tesis edilebilmesi için pazar payının %90’ın üzerinde olması gerekmekte, %66 ve üzerinde bir pazar payına sahip teşebbüsün hâkim durumda olduğu iddia edilebilecektir. %33 ve daha az bir pazar payına sahip bir teşebbüsün ise hâkim durumda olduğu iddia edilemeyecektir. Görüldüğü üzere daha hâkim durum değerlendirmesinin başında ABD ve AB birbirinden oldukça ayrılmaktadır.⁴¹ Türkiye’de de Rekabet Kurumu, Avrupa örneğine benzer bir pozisyonadadır. Hâkim Durum Klavuzu’na göre “*Bir teşebbüsün hâkim durumda bulunduğu dair delil teşkil eden belirli bir pazar payı eşiği yoktur. Bununla birlikte, aksini gösterecek bir durum söz konusu değilse, Kurul’un yerleşik uygulamasında %40’ın altında pazar payına sahip olan teşebbüslerin hâkim durumda olması ihtimalinin düşük olduğu kabul edilmekte, bu düzeyin üzerindeki pazar payına sahip olan teşebbüsler bakımından ise daha detaylı bir incelemeye gidilmektedir.*”⁴²

Hâkim durum analizinin ikinci temel ayağı bir pazarda söz konusu olan giriş engelleridir. Birçok sektörde hâkim durumda bulunan teşebbüslerin elde ettiği kar ve ilgili ürün pazarındaki yenilikler yeni teşebbüslerin pazara giriş yapma istahlarını kabartacaktır. Pazara giriş engelleri de esasında hâkim durumdaki bir teşebbüsün fiyatlarını arttırması sonucunda pazardaki mevcut rakipleri-

36 Rekabet Kurumu, *Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Klavuz: Hâkim Durum Klavuzu* (2014), s.3.

37 Giorgio Monti, “The Concept of Dominance in Article 82,” *European Competition Journal* 2, sup1, 2006, s.34, <https://doi.org/10.5235/ecj.v2n1s.31>.

38 *AKZO Chemie BV v. Commission, case C-62/86, 1991 ECR I-3359.*

39 Eleanor M. Fox, “US and EU Competition Law: A Comparison,” (1999), s. 343-44.

40 *US v Aluminium Company of America* 148 F 2d 416 (1945)

41 Spencer Weber Waller, “The Omega Man or the Isolation of U.S. Antitrust Law,” *Connecticut Law Review* 52, no. 1, 2020, s. 132.

42 Rekabet Kurumu, *Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Klavuz*, s. 3.

nin kapasite arttırarak, pazar dışındaki rakiplerin ise yeni girişler yaparak bu hâkim durumdaki teşebbüsün pazar payını ne ölçüde erozyona uğratabileceğini ölçmeye yaramaktadır. Bir başka ifadeyle pazara giriş engelleri rakip teşebbüslerin pazara girip büyümeleri için önlerine gelebilecek çeşitli zorlukları özetlemek anlamında kullanılmaktadır.⁴³

Her bir pazar bakımından farklı giriş engelleri söz konusu olabilecektir. Örneğin Komisyon *Intel* kararında⁴⁴ mikroçip pazarında verimli olabilmek için gereken minimum ölçek ekonomisinin yüksek olduğu gerekçesiyle ölçek ekonomilerini bir pazara giriş engeli olarak tanımlamıştır. *Tetra Pak II*⁴⁵ ve *Hoffmann-La Roche*⁴⁶ kararlarında hâkim durumdaki teşebbüsün sahip olduğu teknolojik üstünlüğün bir pazara giriş engeli olduğu değerlendirilmiştir. Avrupa rekabet hukuku içtihadı, fikri mülkiyet haklarının,⁴⁷ patentlerin,⁴⁸ dikey entegrasyonun,⁴⁹ gayrimenkul mülkiyetinin⁵⁰ ve yüksek reklam harcamalarının⁵¹ birer pazara giriş engeli oluşturabileceği değerlendirmesi yapmıştır.

Hâkim durumun tespitinde dikkat edilecek bir başka olgu da alıcı gücüdür. Alıcı gücü, teşebbüsler üzerinde alıcıların pazarlık gücüne sahip olması anlamına gelir. Bir alıcı, tedarik edeceği ürün veya hizmeti diğer alıcılara sunulan fiyattan düşük veya normal rekabet koşulları altında beklenenden daha avantajlı şartlarla elde ediyorsa bu alıcının, tedarikçi üzerinde bir alıcı gücü baskısı kurabildiği anlamına gelmektedir.⁵² Alıcı gücü, piyasa yapısının önemli bir unsuru olup, hâkim durumun tespitinde dikkate alınması gereken kritik bir faktördür. Bir teşebbüs kendi ürün pazarında hâkim durumda olduğu ileri sürülecek bir pazar payına sahip olabilir. Yine yatırım maliyetlerinin yüksekliği bakımından pazara ciddi giriş engelleri söz konusu olabilir. Ancak bu teşebbüsün müşterisi konumunda bulunan teşebbüsler söz konusu üretici teşebbüsün pazarlık gücünü kırabilecek bir alıcı gücüne sahip olması, söz konusu teşebbüsün hâkim durumda olup olmadığının değerlendirilmesinde göz önünde bulu-

43 David Bailey; Laura E. John, *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*, New York NY, Oxford University Press, 2018, s.879.

44 *Intel v. Commission* (COMP/37990).

45 *Tetra Pak v. Commission* (Case – T-83/81).

46 *Hoffmann-La Roche v. Commission* (Case 85/76).

47 *RTE and ITP v. Commission* (“Magill”) (Case C-241 & C-242/91P).

48 *Motorola – Enforcement of GPRS standard essential patents* (COMP/39985).

49 *France Telekom v. Commission* (Case T-340/03).

50 *Aeroports de Paris v. Commission* (Case C-82/01P).

51 *Intel v. Commission* (COMP/37990).

52 Paul Dobson, Michael Waterson, Alex Chu, “The Welfare Consequences of the Exercise of Buyer Power: Office of Fair Trading Research Paper 16,” Office of Fair Trading, 1998, last modified 1998.

nacak kriterlerden birisi olacaktır.⁵³ Zira, alıcı gücü yüksek olan bir müşteriye karşılık bir yıkıcı fiyatlamaya yol açmayacağı ifade etmek gereklidir.

B. Olağandışı Düşük Fiyat

Hâkim duruma ilaveten, yıkıcı bir fiyattan bahsedebilmek için hâkim durumdaki teşebbüsün ölçülebilir herhangi bir ölçüte göre mevcut ya da potansiyel rakiplerine kıyasla düşük bir fiyat uygulamasından söz etmek gerekmektedir. Ancak, piyasadaki her düşük fiyatın, ya da gerçekleşecek her fiyat indiriminin yıkıcı fiyatlamaya yol açmayacağını ifade etmek gereklidir. Düşük fiyat politikası meşru ticari bir amaca hizmet ediyorsa ve pazar kapamaya yol açmıyorsa⁵⁴, bu durum bir rekabet hukuku ihlali oluşturmayacaktır.⁵⁵ Hangi fiyatın 'fazlasıyla' düşük olduğunun tespiti yıkıcı fiyat uygulamasının tespitindeki temel problemdir. Yıkıcı fiyat denetimi çok ince bir çizgide yürüyerek bir yandan fazlasıyla düşük fiyatların rakipleri pazar dışına itmesini engellemeye çalışırken aynı zamanda da fiyatların tüketicilerin lehine olacak şekilde düşük tutulması için gereken rekabetçi baskıyı piyasada tesis etmeye çalışacaktır.⁵⁶

Rekabet hukukunda genellikle maliyetin altında olan fiyatlar için yıkıcı fiyat tanımlaması yapılmaktadır. Dolayısıyla fiyatın yıkıcı olup olmadığına karar verirken uygulanacak maliyet ölçütünün hangi kalemleri kapsadığı önem kazanmaktadır.⁵⁷ Maliyet olgusu bu anlamda yol göstericidir. Maliyetlere bakılarak bir fiyatlamaya ve hâkim durum değerlendirmesi yapılması, söz konusu hâkim durumun kötüye kullanılıp kullanılmadığı, kötüye kullanma varsa bunun etkileri ve ortaya çıkan zararın miktarının ölçülmesi için kullanılabilir.⁵⁸ Fiyat indirimlerinin ürün maliyetlerinin altında kalıp kalmadığına bakılmaksızın yapılacak bir değerlendirme, fiyat indiriminin sadece tüketici lehine bir durum

53 Bkz. Rekabet Kurulu'nun 21-53/747-360 sayılı ve 28.10.2021 tarihli Perakende kararı. Bu kararda Rekabet Kurulu zincir marketlerin gıda üreticisi teşebbüsler üzerindeki alım gücünü tespit ederek ilgili teşebbüslerin bu zincir marketler ile girdikleri müzakerelerde avantajsız konumda olduğunu kabul etmiştir.

54 Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz, Rekabet Kurumu, s. 11, para 51.

55 Wolfgang Wurmnest, ed., *Structure and Effects in EU Competition Law: Studies on Exclusionary Conduct and State Aid / edited by Jürgen Basedow, Wolfgang Wurmnest*, trans. Jürgen Basedow, International Competition Law Series v. 47 (Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer; Biggleswade: Turpin Distribution Services, 2011), s.121.

56 William J. Baumol, "Principles Relevant to Predatory Pricing," in *The Pros and Cons of Low Prices*, s. 17.

57 Gamze A. Öz, *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması*, Yayın No: 51, Ankara, Rekabet Kurumu, 2000, s. 181.

58 David Howarth, "Unfair and Predatory Pricing under Article 82 EC: From Cost-Price Comparisons to the Search for Strategic Standards," in *EC competition law: A critical assessment / general editors, Giuliano Amato and Claus-Dieter Ehlermann ; associate editor, Assimakis Komninos*, ed. Giuliano Amato and Claus-Dieter Ehlermann (Oxford: Hart, 2007), s. 258-59.

olarak algılanmasına veya iyiniyetli yapılan indirimlerin hukuka aykırı olarak nitelendirilmesine yol açabilecektir.

Bir ürün veya hizmetin fiyatını etkileyen birçok faktör vardır ve bu faktörler teşebbüsten teşebbüse, pazardan pazara ve yıldan yıla farklılık gösterebilecektir. Kâr amacı güden bir teşebbüsün uyguladığı fiyatların en azından maliyetlerini karşılması gerektiğinden, olağanüstü düşük fiyatın ve bu çerçevede dışlayıcı davranış niyetinin tespitinde teşebbüsün maliyetlerinin ne olduğu önem arz etmektedir. Her bir teşebbüse uygulanabilecek objektif bir maliyet eşliğinin belirlenebilmesi, rekabet hukuku denetiminin de daha yüksek bir hukuki güven içinde yürütülebilmesine olanak verecektir. Tüm bu nedenlerden ötürü yıkıcı fiyatlama literatüründe farklı maliyet ölçütlerinin bu amaçla kullanılması tartışılmıştır.

1. Marjinal Maliyet (MM)

Marjinal maliyet, üretici tarafından üretilen son ürünün veya sağlanan son hizmetin üretilmesi veya sağlanması için katlanılmak zorunda olunan maliyettir. Bir teşebbüsün marjinal gelirleri marjinal maliyetinden fazla olduğu zaman, bu teşebbüs üretim miktarını arttırarak kârını arttırabilecektir. Bunun tersi de geçerlidir. Yani, bir teşebbüsün marjinal gelirleri marjinal maliyetlerini karşılayamıyor ise, bu teşebbüs üretim miktarını azaltarak karını arttırabilecektir.⁵⁹ Dolayısıyla ilgili teşebbüs, üretimini 1 birim azaltarak kârını arttırabilecektir zira yapacağı maliyetinden edeceği kâr, vazgeçtiği cirosundan daha fazla olacaktır. Bu nedenle, marjinal maliyetin altında yapılan bir fiyatlama, kârdan feragat edildiği anlamına gelecektir. Ancak, gerekli verinin teşebbüsün mali kayıtlarından çıkartılamayacağı için, marjinal maliyet analizi yoluyla bir yıkıcı fiyatlama tespiti yapmak oldukça güçtür. Sağlıklı bir marjinal maliyet analizi yapmak için tüm varsayımsal senaryolarda teşebbüsün katlanmak zorunda olduğu maliyetlerin hesaplanması gerekmektedir. Teşebbüslerin mali verileri ise bunu yapamayacak kadar detaysız tutulmaktadır. Bu kısıtlamadan dolayı marjinal maliyet analizi yıkıcı fiyatlama tespitinde kullanılmamaktadır.⁶⁰

2. Ortalama Değişken Maliyet (ODM)

Ortalama değişken maliyet, toplam değişken maliyetlerin toplam üretilen ürün sayısına bölünmesi ile ortaya çıkan maliyettir. Değişken maliyetlere örnek olarak hammadde, yakıt, enerji ve operasyonel maliyetler verilebilecektir.⁶¹ ODM testi, kendisi kadar etkin (*as efficient*) rakiplerin yıkıcı davranışla-

59 Robbert Snelders; Andrew Leyden; Andrea Lofaro, "Predatory Conduct," in *EU Competition Law: Abuse of Dominance Under Article 102 TFEU*, ed. Francisco E. Gonzalez-Diaz and Robbert Snelders, 5 (Clayes & Casteels Publishing, 2013), s. 169-75.

60 Ibid., s. 176.

61 Ibid., s. 169-75.

rını ölçmekte kullanılmaktadır. Bu bakımdan bu testin iki tane temel sakıncası olduğu ifade edilmektedir. Birincisi, ODM tüm üretimi ilgilendiren maliyeti ölçerken, yıkıcı fiyatlama için asıl merak edilen husus yıkıcı olan kısmın üretimi için katlanması gereken maliyettir. İkicisi, bazı durumlarda “değişken maliyet” olgusunun kendisi belirsizliğe gebecektir. Bir teşebbüsün kapasite arttırmak ve yıkıcı fiyat uygulamak için tek seferlik katlanması gereken bir “sabit” maliyetin değişken maliyet kalemi olarak teşebbüsün ODM’sine eklenip eklenmemesi tartışılabilecektir.⁶²

3. Ortalama Kaçınılabılır Maliyet (OKM)

OKM, bir teşebbüsün belirli miktardaki bir çıktıyı üretmemesi halinde katlanmayacağı veya tasarruf edeceği maliyetler olarak tanımlanabilir. OKM hesaplanırken üretimle doğrudan ilişkilendirilebilir sabit ve değişken maliyetlerin toplamı dikkate alınarak işletmenin inceleme konusu üretim için katlandığı tüm maliyetler hesaplanabilmektedir. Genellikle kısa dönemde yalnızca değişken maliyetlerden kaçınmak mümkün olduğu için çoğu durumlarda OKM ve ortalama değişken maliyet (ODM) aynı maliyetleri ifade etmektedir. Ancak, hâkim durumdaki teşebbüsün incelenen eylemi gerçekleştirebilmek için ilave kapasite yatırımı yapmasının gerekmesi gibi hallerde, söz konusu sabit maliyetler de maliyet hesabında dikkate alınmaktadır. Bu gibi durumlarda OKM, ODM’den daha uygun bir ölçüttür.⁶³

4. Uzun Dönem Ortalama Artan Maliyet (UDOAM)

Uzun Dönem Ortalama Artan Maliyet, bir firmanın belirli bir ürünü üretmek için katlandığı tüm (değişken ve sabit) maliyetlerin ortalamasıdır. Ortalama toplam maliyet (OTM) ve UDOAM birbirlerine yakın maliyet ölçütleridir. Hatta bu iki maliyet türü tek ürün üreten firmalar için aynıdır. Buna karşın, birden fazla ürün üreten firmalar açısından kapsam ekonomilerinin söz konusu olduğu durumlarda UDOAM her bir ürün için OTM’den düşük olabilmektedir. Çoklu ürün üretimi durumunda, bir ürünü üretmeyerek kaçınılabılır herhangi bir maliyet genel maliyet olarak değerlendirilemez. Bununla birlikte, genel maliyetlerin yüksek olması halinde bu tür maliyetler de eşit etkinlikteki bir firmanın dışlanmasına yönelik değerlendirmede dikkate alınabilir. UDOAM’nin değişken maliyetlerin çok düşük, sabit maliyetlerin çok yüksek olduğu ağ endüstrileri, teknoloji piyasaları ve yüksek ar-ge yatırımları içeren piyasalarda daha uygun bir ölçüt olduğu söylenebilecektir.⁶⁴

62 Ibid., s. 177.

63 Rekabet Kurumu, *Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz*, s. 12.

64 Ibid.

5. Ortalama Toplam Maliyet (OTM)

Ortalama toplam maliyet, tüm değişken ve sabit maliyetlerin ortalamasıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere, bir teşebbüsün sadece bir ürün üretmesi halinde OTM ve UDOAM birbiriyle aynı olacaktır. Birden çok ürünün üretildiği teşebbüslerde OTM tüm ürünler için ortak olan tüm maliyetleri içereceken, UDOAM ilgili ürünle doğrudan ilgili olmayan maliyetleri dışarda tuttuğu için OTM UDOAM'dan daha yüksek olacaktır.⁶⁵ Ortak giderlerin ürünler arasında nasıl dağıtılacağına ilişkin bir ekonomik prensibin yokluğunda bu giderlerin nasıl dağıtılacağına ilişkin kurallar izafi olacaktır. Bu nedenle, yıkıcı davranışta bulunan teşebbüsün birden fazla ürün ürettiği durumlarda (hemen hemen her zaman) OTM makul bir maliyet ölçütü olamayacaktır.⁶⁶

6. Maliyet Kriterlerine İlişkin Genel Değerlendirme

Yukarıda da değinildiği üzere, fiyatlar yıkıcı olmayan birçok amaçla aşağı doğru hareket edebilecektir. Areeda ve Turner'a göre bu analize başlamadan önce hangi maliyet kaleminin kritik eşik olduğunu tespiti gereklidir. Bu eşik de bir teşebbüsün marjinal faydaya bakarak ilgili ürün veya hizmetin arzını artırıp azaltmaya karar vereceği marjinal maliyettir.⁶⁷ Areeda ve Turner'a göre her ne kadar marjinal maliyeti ile aynı seviyede bir fiyatlama davranışında bulunan hâkim durumdaki teşebbüsün kendisi kadar etkin olmayan rakibini pazar dışına itme ihtimali bulursa da, marjinal maliyet veya üstünde yapılan fiyatlamaların rekabet hukuku bakımından sakıncalı olmayacağına kanaat getirilmelidir.⁶⁸ Buna karşın marjinal maliyetinin altında satış yapan bir firma zararına satış yapmaktadır ve bu zararını üretimini azaltarak azaltabilir. Bu nedenle marjinal maliyetin altında yapılan fiyatlamaların yıkıcı olduğu kabul edilmelidir.⁶⁹ Zira, kar maksimizasyonu güdüleyen bir teşebbüsün, ürettiği ürünün veya sağladığı hizmetin fiyatının kısa dönem marjinal maliyetin altına düşürmesi rasyonel bir davranış olmayacaktır.⁷⁰ Bu marjinal maliyet altı fiyatlamasının bir rakibin fiyatlama hareketine tepki olarak yapılması hali de bu sonucu değiştirmez.⁷¹ Areeda ve Turner'a göre limit fiyatlaması (*limit pricing*)

65 Faull; Nikpay, *Faull & Nikpay the EC Law of Competition*, s. 374.

66 Snelders;Leyden; Lofaro, "Predatory Conduct," s. 169-75.

67 Areeda, Phillip; Turner, Donald F., "Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act", s. 701-2.

68 Ibid., s. 710-11.

69 Ibid., s. 712-13.

70 Hovenkamp, H., *Federal Antitrust Policy*, Second Ed., West Group, ABD, 1999, s.337; nakleden Ekdî, *Gümrük Birliği Çerçevesinde Damping Ve Yıkıcı Fiyat Uygulamaları*, s. 21.

71 Areeda, Phillip; Turner, Donald F., "Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act", s. 715.

⁷² ve fiyatların ortalama maliyet noktasına geçici süre çekilmesi⁷³, kısa sürmesi kaydıyla maliyet altı promosyonel fiyatlama yapılması⁷⁴, ortalama değişken maliyet altında fiyatlama yapılması⁷⁵, yıkıcı yatırım (*predatory investment*) yapılması⁷⁶ halleri de yıkıcı fiyatlama olmayacaktır.⁷⁷

Buna karşılık ortalama kaçınılabılır maliyet testi, sadece yıkıcı fiyatlama kampanyası yapılmayarak kaçınılabilecek değişken maliyetleri değil, ürüne özgü kaçınılabilen sabit maliyetleri de hesaba katmakta, bu sayede bir teşebbüsün ilgili ürüne ait üretimi yapmamanın daha kârlı olabileceğini tespit edebilmektedir.⁷⁸ Bir başka ifadeyle, rasyonel davranış sergileyen bir teşebbüs ortalama kaçınılabılır maliyetin altına ürün veya hizmet satmak yerine pazardan çıkmayı tercih edecek, bu nedenle OKM'nin altında satış yapılması mantıksız olacak ve yıkıcı fiyatlama olarak varsayılabilir.⁷⁹

Rekabet Kurumu da, hâkim durumdaki teşebbüslerin ortalama kaçınılabılır maliyetin altında bir fiyat uygulaması halinde kaçınılabileceği bir zarara katlandığını ifade etmekte, dolayısıyla “...OKM’yi karşılayamamak, hâkim durumdaki teşebbüsün kısa vadede feragatte bulunduğu ve eşit etkinlikteki bir rakibin zarar etmeden hedeflenen müşterilere hizmet edemeyeceği...” çıkarımında bulunmaktadır.⁸⁰

Uzun dönem ortalama artan maliyet testi de kısa vadeli maliyetlere odaklanan ortalama değişken maliyet ve ortalama kaçınılabılır maliyet testlerinin aksine bir pazara girmek ve orada kalmak için gereken uzun vadeli maliyetlerin de dikkate alınmasını sağladığı için birçok rekabet otoritesi tarafından kullanılmaktadır.⁸¹ Rekabet Kurumu da, uzun dönem ortalama artan maliyetlerin “*değişken maliyetlerin çok düşük, sabit maliyetlerin çok yüksek olduğu ağ endüstrileri, teknoloji piyasaları ve yüksek ar-ge yatırımları içeren piyasalarda daha uygun bir ölçüt*”⁸² olduğunu ifade etmiştir.

⁷² Ibid., s. 705-6.

⁷³ Ibid., s. 706-7.

⁷⁴ Ibid., s. 713-14.

⁷⁵ Ibid., s. 717-18.

⁷⁶ Ibid., s. 719-20.

⁷⁷ Faull; Nikpay, *Faull & Nikpay the EC Law of Competition*, s. 378.

⁷⁸ O’Donoghue; Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, s.298.

⁷⁹ Ibid., s. 297.

⁸⁰ *Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz, Rekabet Kurumu*, s. 12, para 53.

⁸¹ O’Donoghue; Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, s. 299.

⁸² *Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz, Rekabet Kurumu*, s. 12, dn.12.

ABD'ye baktığımızda yıkıcı fiyatlama iddiasıyla karar verilen ilk hadise ABD'deki *Standard Oil*⁸³ kararıdır. *Standard Oil* birden fazla pazarda faaliyet gösteren hâkim durumda bir teşebbüs olarak faaliyet göstermekteydi. Rekabet baskısını hissetmediği pazarlarda bir monopolist gibi hareket ederek yüksek fiyatlama yaparken, rekabetin yaşandığı pazarlarda rakiplerine kıyasla oldukça düşük fiyatlar uygulamakta ve bu yolla rakiplerini pazar dışına itmeye çalışmıştır.⁸⁴ Söz konusu kararda hangi maliyet ölçütünün kullanıldığı açık değildir. Sonraki yıllarda yapılan analizlerde *Standard Oil*'in en azından bazı kritik pazarlarda kendi ortama değişken maliyetinin altında fiyatlama yaptığı değerlendirilmiştir.⁸⁵ Bunu takip eden *Utah Pie*⁸⁶ ve *Matsushita*⁸⁷ kararlarında da hangi maliyet ölçütünün kabul edildiğine ilişkin bir değerlendirme bulunmamaktadır.

*Brooke Group*⁸⁸ kararı ile ABD Yüksek Mahkemesi uzun bir aradan sonra yıkıcı fiyatlamaya ilişkin detaylı değerlendirmelerde bulunmuştur. Brooke Group ABD sigara piyasasında faaliyet gösteren bir teşebbüs olarak 1980'lerde markalı sigaralardan oldukça ucuz isimsiz (jenerik) sigaralar üretmektedir. Rakibi Brown & Williamson da Brooke Group'u takip ederek bu pazara giriş yapmış ve iki teşebbüs arasındaki fiyat savaşları sonrasında Brooke Group, rakibinin maliyet altı fiyatlarla satış yaptığını iddia ederek durumu yargı önüne taşımıştır. Bu karar ilgili teşebbüsün ortalama değişken maliyetin altında bir rakama satış yaptığı konusunda değerlendirmelerde bulunmuştur.⁸⁹ Bu karar ile mahkeme, doğru veriler olması durumunda artan maliyetlerin (incremental cost) ortalama değişken maliyet yerine fiyat-maliyet analizinde kullanılabilirliğine kanaat getirmiştir.⁹⁰

AB hukukunda ise yıkıcı fiyatlama olgusunun ilk tartışıldığı karar *Akzo*⁹¹ kararıdır. Akzo Chemie BV, Hollanda merkezli bir kimyasal üreticisi olarak İngiltere bazlı rakibi ECS'nin pazarda kendisiyle rekabeti arttırarak en büyük

83 Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911).

84 Christopher Leslie, "Revisiting the Revisionist History of Standard Oil," *Southern California Law Review* 85, 2013, s. 574.

85 J. Dalton; L. Esposito, "Predatory Price Cutting and Standard Oil: A Re-examination of the Trial Record," in *Research in Law and Economics - A Journal of Policy, Research in Law and Economics* (Elsevier, 2007), s. 168-187, [https://doi.org/10.1016/S0193-5895\(06\)22005-0](https://doi.org/10.1016/S0193-5895(06)22005-0).

86 Utah Pie Co. v. Continental Baking Co., 386 U.S. 685 (1967).

87 Matsushita Electric Industrial Co., Ltd. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574 (1986).

88 Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993).

89 Kenneth L. Glazer, "Predatory Pricing And Beyond: Life After Brooke Group," *Antitrust Law Journal* 62, no. 3 (1994), s. 615, <http://www.jstor.org/stable/40843253>.

90 C. Scott Hemphill; Philip J. Weiser, "Beyond Brooke Group: Bringing Reality to the Law of Predatory Pricing," *Yale Law Journal* 127, no. 7, 2018, s. 2077.

91 AKZO Chemie BV v Commission of the European Communities. - Case C-62/86.

müşterilerinden birisine satış yapması üzerine, ECS'nin İngiltere'deki un üreticisi müşterilerine oldukça düşük fiyatlı benzoil peroksit ürünü satması sonucu yıkıcı fiyatlama iddialarına maruz kalmıştır. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, iki aşamalı bir inceleme yaparak, ortalama değişken maliyetlerin altında bulunan fiyatların rakiplerin pazardan dışlanması amacıyla yapıldığına hükmetmiştir. İncelemenin ikinci aşamasında, ortalama değişken maliyetlerin üzerinde, fakat ortalama toplam maliyetlerin altındaki fiyatların diğer destekleyici unsurlarla rakibi dışlama amacı taşıyan bir planın parçası olarak değerlendirilmesi durumunda bunun da yıkıcı fiyatlama olarak kabul edilmesine karar vermiştir. Zira, ortalama değişken maliyetlerin üzerinde, fakat ortalama toplam maliyetlerin altındaki fiyatlar pazarda hâkim durumda bulunan teşebbüs kadar etkin olmakla birlikte yeterli finans gücüne sahip olmayan işletmeleri pazar dışına atabilir.⁹² Avrupa Birliği rekabet hukuku gündemine yıkıcı fiyatlama konusu tekrar *Tetra Pak II*⁹³ dosyası ile gelmiştir. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı AKZO kararında ifade ettiği değerlendirmeyi yineleyerek, ortalama değişken maliyetlerin altında bulunan fiyatların daima kötüye kullanma olarak görülmesi gerektiğini, ortalama değişken maliyetlerin üzerinde olan, fakat ortalama toplam maliyetlerin altında olan fiyatlarda ise hâkim durumdaki teşebbüsün dışlayıcı niyetinin ispatlanması gerekmektedir.⁹⁴

Avrupa Komisyonu *Deutsche Post*⁹⁵ kararında Alman mektup dağıtım pazarında devlet tekelden kaynaklı hâkim durumunu bir diğer pazar olan ticari paket gönderimi pazarında yıkıcı fiyatlama yaparak kötüye kullandığı yönündeki iddiaları değerlendirmiştir. Avrupa Komisyonu yıkıcı fiyatlamaya ilişkin maliyet konseptlerinin ihlal döneminde yeteri kadar olgunlaşmadığını gerekçe göstererek bu yönde bir ceza vermemiştir. Ancak Komisyon, ticari gönderi pazarındaki maliyet analizini yaparken uzun dönem ortalama artan maliyet testini ürün özelindeki hizmetlerin verilmesi için dikkate almıştır.

Avrupa Komisyonu yıkıcı fiyatlama konusunu bir daha *Wanadoo*⁹⁶ kararında ele almıştır. Bir Fransız internet servis sağlayıcısı olan Wanadoo, 2001 ve 2002 yıllarında uyguladığı düşük fiyatlarla ADSL hizmetleri pazarındaki pazar payını %50'den %72'ye çıkarmıştır. Bu süre zarfında en yakın rakibinin pazar payı %8 civarında seyretmiş ve rakiplerinin birisi pazarı terk etmiştir.

92 Uzunallı, "Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Işığında Yıkıcı Fiyat Uygulamaları ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması," s.72.

93 Tetra Pak International SA v Commission (1997) - 3 Case C-333/94P.

94 Uzunallı, "Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Işığında Yıkıcı Fiyat Uygulamaları ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması," s.74-75.

95 Deutsche Post AG v Commission (2001) - COMP/35.141.

96 Wanadoo Interactive v Commission (2003) - COMP/38.233.

Komisyon yaptığı incelemede, yıkıcı fiyatlama eyleminin geniş bant internet pazarındaki rekabeti engellemek için önleyici olarak (*preemptive*) kullanıldığı kanaatine varmıştır. Komisyon bu kararında uzun dönem ortalama artan maliyet testine benzer bir uygulamaya gitmiş ve genç ve yenilikçi pazarların mevcut özelliklerini dikkate alarak teşebbüsün bazı maliyetlerinin statik değil dinamik olarak değerlendirmiştir.⁹⁷ Avrupa Komisyonu daha sonra *Hilti*⁹⁸ ve *Compagnie Maritime Belge*⁹⁹ kararlarında, maliyet üstü fiyatlamamın da bazı durumlarda yıkıcı sonuçlar doğurabileceğine karar vermiştir.

Rekabet Kurumu yıkıcı fiyatlama olgusunu incelediği kararlarına bakıldığında hem maliyet testleri hem de genel olarak yıkıcı fiyatlama olgusunu ele alış biçimi bakımından Avrupa Birliği uygulamasını örnek aldığı söylenebilecektir. Yıkıcı fiyatlama konusunu detaylı olarak ele aldığı ilk kararlardan birisi olan *Frito-Lay*¹⁰⁰ kararında fiyatın ortalama değişken maliyetten küçük olmasının yıkıcı fiyatın varlığı şüphesini doğurduğu ifade edilmiştir. *Coca Cola*¹⁰¹ kararında Rekabet Kurulu, Akzo testini yineleyerek fiyatların değişken maliyet ile toplam maliyet arasında devinmesi halinde de, şayet yıkıcı niyetin varlığı ortaya konulabiliyor ise, yıkıcı fiyat değerlendirmesi yapılabileceğini ifade etmiştir. Coca Cola'nın kısa bir süre zarfında fiyatlarını ortalama değişken maliyetin altına konumlandığı, bunun haricinde fiyatlarının ortalama değişken maliyet ile ortalama toplam maliyet arasında seyrettiği ancak yıkıcı bir niyetin tespit edilemediğinden teşebbüse ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir. *İSBAK*¹⁰² kararında bu kadar derinlemesine bir analiz yapılmadan “*İSBAK A.Ş.’nin ihaledeki toplam maliyetleri üzerine belirli bir kar marjı ekleyerek*” nihai teklifini belirlemesi ihlal olmadığına ilişkin kanaat için yeterli görülmüştür. *BOTAŞ*¹⁰³ kararında ortalama değişken maliyetin üzerinde durulmakla birlikte kısa süreli maliyet altı satışların yıkıcı fiyatlamaya yol açmayacağı ifade edilmiştir.

*TTNET Yaz Fırtınası*¹⁰⁴ kararında ise Kurul açık bir maliyet kriteri tanımlı yapmaktan kaçınırken yaptığı analizlerin büyük bir kısmını benzer dinamikleri

97 Uzunallı, “Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Işığında Yıkıcı Fiyat Uygulamaları ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması,” s. 75-76.

98 Eurofix-Bauco v. Hilti, Commission Decision 88/138/EEC, 1988 O.J. (L 065) 19.

99 Compagnie Maritime Belge Transports and Others v Commission C-395/96 P ve C-396/96 P [2000] ECR I-1365.

100 Rekabet Kurulu'nun 29.02.2000 tarihli ve 00-9/89-44 sayılı kararı.

101 Rekabet Kurulu'nun 23.01.2004 tarihli ve 04-07/75-18 sayılı kararı.

102 Rekabet Kurulu'nun 22.5.2006 tarihli ve 06-35/444-116 sayılı kararı.

103 Rekabet Kurulu'nun 14.8.2008 tarihli ve 08-50/750-305 sayılı kararı.

104 Rekabet Kurulu'nun 19.11.2008 tarihli ve 08-65/1055-411 sayılı kararı.

olan Wanadoo kararına dayandırmıştır. *Turkcell BizBize Kamu*¹⁰⁵ kararında ise Akzo testini kabul etmekle birlikte, Deutsche Post kararındaki uzun dönem ortalama artan maliyet testine atıf yapılarak “... yıkıcı fiyatlamanın tespiti için UDAM testinin, özellikle farklı ürünlerden oluşan bir arz yelpazesine sahip ve bu ürünlerle ilgili olarak ortak maliyetleri çok olan teşebbüsler bakımından kullanılabileceği kabul edilmektedir. Buna göre bu özellikleri taşıyan bir firmanın UDAM üstünde yaptığı bir fiyatlama eğer bu ortak maliyetleri karşılama özelliğinden yoksunsa yıkıcı olarak değerlendirilebilir” şeklinde bir değerlendirmede bulunmuştur. Rekabet Kurulu, *İzocam*¹⁰⁶ kararında ortalama toplam maliyet olgusunu incelemiş ve “..fiyatlamanın OTM'nin üzerinde olduğunun saptanması halindeyse en riskli durum açısından yapılacak bir değerlendirmede dahi maliyet altı olarak nitelendirilebilecek bir fiyatlama politikasına ilişkin bir bulgu tespit edilememesinden hareketle şikayet konusu fiillerin yıkıcı fiyat teşkil ettiğinin öne sürülemeyeceği sonucuna varılacaktır” şeklinde bir değerlendirme metodu benimsemiştir.

Kurul *Kale Kilit*¹⁰⁷ kararında ortalama kaçınılabilir maliyet ve uzun dönem ortalama artan maliyet testlerinin uygunluğundan bahsetmiş ve “eşit etkinlikteki rakip testini” de uygulayarak bir karar vermiştir. Öztunalı'ya göre burada her ne kadar ortalama kaçınılabilir maliyet ve uzun dönem ortalama artan maliyet testlerinin uygunluğundan bahsedilmiş olsa da, “*Kale Kilit'in maliyet sisteminin bu analize el vermemesi ve daha ihtiyatlı bir tutum sergilenmesi adına, dolaylı ilişkilendirilebilir maliyet olarak kabul edilebilecek ortak ve genel maliyetler de maliyet hesaplaması kapsamına alınmıştır.*”¹⁰⁸

Rekabet Kurulu, *Türkiye Şeker Fabrikaları*¹⁰⁹ kararında yine AKZO testi-ne benzer şekilde soruşturmaya konu teşebbüsün satış fiyatını hem ortalama toplam maliyeti ile hem de ortalama değişken maliyet ile karşılaştırmış ve fiyatların bu iki maliyet cinsinden de yüksek olduğuna kanaat getirmiştir. Kurul *Çiçek Sepeti*¹¹⁰ kararında ise teşebbüsün sabit maliyetlerinin çok yüksek olduğu bir pazarda faaliyet göstermediği dikkate alındığında ortalama kaçınılabilir maliyet ölçütünün kullanılabileceği kanaatine varmıştır. *Toypa*¹¹¹, *Habaş 2*¹¹²,

105 Rekabet Kurulu'nun 04.03.2010 tarihli ve 10-21/271-100 sayılı kararı.

106 Rekabet Kurulu'nun 8.2.2010 tarihli ve 10-14/175-66 sayılı kararı.

107 Rekabet Kurulu'nun 06.12.2012 tarihli ve 12-62/1633-598 sayılı kararı.

108 Öztunalı, *Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması*, s. 109-108.

109 Rekabet Kurulu'nun 18.07.2013 tarihli ve 13-46/589-259 sayılı kararı.

110 Rekabet Kurulu'nun 08.03.2018 tarihli ve 18-07/111-58 sayılı kararı.

111 Rekabet Kurulu'nun 14.11.2019 tarih ve 19-40/664-285 sayılı kararı.

112 Rekabet Kurulu'nun 07.03.2019 tarihli ve 19-11/125-53 sayılı kararı.

*Hef-Durferrit*¹¹³ ve *THY/PGS I*¹¹⁴ gibi kararlarında AKZO'daki mantıkla yıkıcı fiyatlamının üst sınırı OTM olarak belirlenmiş ve fiyatların OTM'yi geçmesi halinde bunun yıkıcı fiyat iddiasının yerinde olmadığı değerlendirilmesi için yeterli olduğunu ifade etmiştir.

C. Niyet

Hangi fiyatların yıkıcı olduğunun tespitinde ve cezalandırılmasında belirli durumlarda dikkate alınması gerektiği düşünülen ve hukuki açıdan önem taşıyan bir diğer unsur da teşebbüslerin niyetidir.¹¹⁵ Fiyat/maliyet kriterlerinde olduğu gibi, teşebbüslerin ilgili düşük fiyatlama stratejileri ile neyi hedeflediği, yıkıcı fiyatın tespitinde önem arz etmektedir. Nitekim, teşebbüsler pek çok nedenle düşük (indirimli) fiyatla, hatta bazı durumlarda zararına satış yapabilir. Bu tür fiyat ayarlamaları daralan piyasada talebin canlandırılması, elde kalan stokların eritilmesi, herhangi bir rakibin fiyat indirimine cevap verilmesi, yeni bir ürün tanıtımı gibi nedenlerle olabilir. Fiyat indirimlerinin çoğunu teşkil eden bu gibi durumlarda, rakibin piyasa dışlanması amacının net bir şekilde bulunması söz konusu değildir.¹¹⁶ Dahası, bir teşebbüsün rakiplerini piyasa dışına itmek istemesi de esasında rekabetçi pazarların doğasında vardır ve ilgili fiyatlamının yegâne amacının rakibini dışarı itme amacı taşımadığı hareketlerin cezalandırılması bir niyet okuması olarak hatalı olabilecektir.¹¹⁷ Dolayısıyla rekabet karşıtı yıkıcı fiyatlama analizlerindeki niyet unsurunun tespitinin çok özenli şekilde yapılması gerekir. Aksi takdirde, tüketicinin ve toplumun yararına olan bir uygulamanın sırf şekilsel bakış açısı nedeniyle cezalandırılması söz konusu olabilecektir.¹¹⁸

Teşebbüslerin niyetlerinin belirlenmesinde hukuk güvenliği için bir suçüstü hali yapmak burada ideal olacaktır. Yani bir toplantı notu veya konu ile ilgili yapılan bir iç yazışmanın rekabet otoriteleri tarafından tespit edilmesi ideal senaryo olacaktır. Ancak, asgari düzeyde rekabet hukuku danışmanlığı alan bir teşebbüs bu gibi delilleri üretmemesi gerektiğini veya üretse bile yok etmesi gerektiğini bileceğinden, yıkıcı niyeti ortaya koyacak bu gibi delillere ulaşmak neredeyse imkansızdır. Böyle bir delilin olmadığı bir dünyada ekonomik verilerin analizi yapılarak bir sonuca varmaya çalışılmaktadır. Yani kısa dönemli kâr maksimizasyonu hedefinden uzaklaşan fiyat indirimlerinin tek gayesinin

113 Rekabet Kurulu'nun 07.02.2019 tarihli ve 19-06/47-16 sayılı kararı.

114 Rekabet Kurulu'nun 30.12.2011 tarihli ve 11-65/1692-599 sayılı kararı.

115 Çeçen, *Avrupa Birliği Ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Fiyat Uygulamaları İle Kötüye Kullanılması*, s. 87.

116 Öztunalı, *Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması*, s. 103.

117 Faull;Nikpay, *Faull & Nikpay the EC Law of Competition*, s. 376.

118 Öztunalı, *Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması*, s. 103.

diğer bir rakibi pazar dışına itme olabileceği varsayımı yapılmaktadır.¹¹⁹

Rekabet otoriteleri davranışsal veya evraka dayalı birtakım deliller kullanarak bu sonuca ulaşabilecektir. *Akzo* kararında Adalet divanı ortalama değişken maliyetlerin altında bulunan fiyatların rakiplerin pazardan dışlanması amacıyla yapıldığına hükmetmiştir. Buradan salt fiyatlama hareketlerinden bir niyet tahlili yapılabildiği sonucuna ulaşılabilir. *Wanadoo* kararında Avrupa Komisyonu *Wanadoo*'da yapılan yerinde incelemeler sırasında elde edilen evraklara da dayanarak *Wanadoo*'nun fiyatlama hareketlerinin altında yatan nedeni anlamaya çalışmıştır. Davranışsal delillerin de bir takım objektif kriterlere dayanması gerekmektedir. Bu kriterlere, katılan zararın ölçüğü ve devamlılığı, gerçekleşen ihlalin süresi veya bu davranışın ne kadar süreyle devam edeceğine ilişkin öngörü¹²⁰, yapılan fiyatlama hareketlerinin bir veya birkaç rakibi¹²¹ hedefleyerek yapılması, başka pazarlardaki çapraz sübvansiyonla desteklenmesi¹²², hasat ihtimali¹²³, rakibin pazara giriş yapmasının hemen öncesinde yapılan kapasite artırımı yatırımları¹²⁴ örnek olarak verilebilir. *Tetra Pak*¹²⁵ kararında Avrupa Komisyonu, fiyat indirimlerinin süresi, düşük fiyatlı ürünlerin dışlama amacıyla ithal edilmesi, zararların artmasına rağmen fiyat indirimlerinin devam etmesi ve dışlayıcı eylem sonrasında satış adetlerinin düşmesini yıkıcı niyete kanıt olarak kabul etmiştir.¹²⁶

Niyetin ölçümündeki bu sübjektif yapıdan ötürü ABD'de niyet yıkıcı fiyatlamının bir şartı olmaktan çıkmış ve hasat kavramına eklenmiştir. Nitekim ABD uygulamasında hâkim durumdaki teşebbüs hasat yapmamışsa veya hasat için gerekli piyasa koşullarının bulunması ispatlanamamışsa, söz konusu yıkıcı fiyatlama uygulamasından rakipler zarar görse bile bu uygulama meşru kabul edilmektedir.¹²⁷ Bizce, niyet olgusunun yıkıcı fiyat testinden çıkartılması veya ABD uygulaması gibi hasat olgusunun içerisine yedirilerek ikinci plana itilmesinin doğru değildir. Kara'nın görüşüne katılarak "*maliyet temeline dayanan testlerin uygulanmasının yanı sıra, rakibi yok etme, silme niyetinin varlığını*

119 Richard Whish, *Competition law*, 6th ed., Oxford: Oxford University Press, 2009, s. 731.

120 Faull; Nikpay, *Faull & Nikpay the EC Law of Competition*, s. 377.

121 European Commission, *Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings*, 2009, s. 17, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=EN.\(e.t.17.05.2024\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=EN.(e.t.17.05.2024)).

122 Kara, *Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Aracı Olarak Yıkıcı Fiyat Uygulaması*, s. 47.

123 Snelders; Leyden; Lofaro, "Predatory Conduct," s. 189.

124 Organization for Economic Cooperation and Development, "Predatory Pricing," 1989, s. 7.

125 24.07.1991 tarihli ve 92/163/EEC sayılı Avrupa Komisyonu Kararı.

126 Snelders; Leyden; Lofaro, "Predatory Conduct," s. 189.

127 Kara, *Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Aracı Olarak Yıkıcı Fiyat Uygulaması*, s. 39.

da araştırmak, kötüye kullanmanın var olup olmadığını belirlemede daha fazla kolaylık sağlayacağı”¹²⁸ kanaatindeyiz.

Rekabet Kurulu da yıkıcı fiyat niyetinin ortaya koyan başlıca unsurları *Knauf*¹²⁹ kararında şu şekilde saymıştır: (i) amacı açıkça ortaya koyan yazılı deliller, (ii) fiyatlandırmanın ancak yıkıcı bir plan çerçevesinde ticari olarak mantıklı olduğunun gösterilmesi, rakibin pazar dışına çıkmış olması veya bu olasılığın bulunması, (iii) fiyatlandırmanın belirli müşteri gruplarını hedef alması, (iv) hâkim durumdaki teşebbüsün kapasite artırımı için özel olarak bir maliyete katlanmış olması, (v) düşük fiyatlandırmanın kapsamı, süresi ve devamlılığı, (vi) fiyatlandırmanın diğer dışlayıcı eylemlerle birlikte uygulanması, (vii) hâkim durumdaki teşebbüsün zararlarını diğer satışlarından karşılama olasılığı ve (viii) gelecekte yüksek fiyatlar uygulayarak zararlarını telafi etme olanağı olarak sıralamıştır.

Rekabet Kurulu maliyet altı fiyatlandırmayı gördüğü bazı kararlarda yukarıdaki unsurları dikkate alarak yıkıcı fiyatlandırma niyetinin olmadığına karar vermiştir. *Çiçek Sepeti*¹³⁰ ve *Trendyol Yemek*¹³¹ kararında ilgili teşebbüslerin belirli ürünler ve dönemler bakımından maliyet altı fiyatlama yaptığına dair veriler edinilse de, gerek ilgili teşebbüslerin rakiplerinin pazar payı kaybı yaşamaması, gerekse de yerinde incelemede bulunan delillerden yıkıcı fiyatlamaya dair bir niyetin anlaşılmadığı ifade edilmiştir. Burada salt rakiplerinin pazarda tutunabiliyor oluşu veya pazar payı artırıyor oluşunun niyetin ortaya konulması için hatalı bir kriter olarak değerlendirmekteyim. Bu bakımdan Trendyol Yemek kararına karşı oy kullanan Rekabet Kurulu üyesi Hasan Hüseyin Ünlü'nün aşağıdaki gerekçesine katılıyorum:

“Kanaatimce bir rakibin pazarda faaliyetine devam edebiliyor olması tek başına “piyasanın rakiplere kapanmasının muhtemel olması” şartını bertaraf etmemektedir. Zira burada pazarın kapanmasının muhtemel olması, sadece pazarda var olan teşebbüsler bakımından değil, pazara girmek isteyen potansiyel rakipleri de etkileyebilecek, onları caydırabilecek bir uygulamadır. Zira pazarın kapanmasının muhtemel olması da buna işaret etmektedir. Diğer yandan GETİR'in pazarda faaliyetine devam edebiliyor olması, tek başına yıkıcı fiyatlama/çapraz fiyatlama uygulamasının pazarda dışlama anlamında etki doğurmadığını göstermesi bakımından yeterli olmadığı kanaatindeyim”

128 Kısa, *Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Rekabet Karşıtı Eylem ve İşlemlerle Kötüye Kullanılması*, s. 42.

129 Rekabet Kurulu'nun 16.12.2009 tarihli ve 09-59/1441-376 sayılı kararı.

130 Rekabet Kurulu'nun 08.03.2018 tarihli ve 18-07/111-58 sayılı kararı.

131 Rekabet Kurulu'nun 05.01.2023 tarihli ve 23-01/2-2 sayılı kararı.

*THY/PGS I*³² kararında da THY'nin belirli dönemlerde fiyatlarını maliyet altı bir görünüm sergilediği ancak bunun mevsimsel olduğu ve fiyatların genele bakıldığında maliyetin üstünde seyrettiği hükmüne varılmıştır. *Çaykur*³³ kararında da Çaykur'un maliyet altı satış yaptığı tespit edilirken, pazar payının düşme eğiliminde rakiplerinkinin ise yükselme eğiliminde olduğundan bahsedilerek yıkıcı fiyatlama iddiası reddedilmiştir. *Hatay Ro Ro*³⁴ kararında da ilgili teşebbüsün pazarda faaliyet göstermekte olan rakibinin uyguladığı fiyat düzeyi ile piyasaya giriş yaptığı, bu rakibinin piyasadan çıkmasından sonra yaklaşık beş ay boyunca bu fiyat düzeyini muhafaza ettiği ve fiyatlarında ancak Türkiye ile Ortadoğu ülkeleri arasındaki Ro Ro hattının zorunlu olarak değişmesi nedeniyle ve artan sefer maliyetlerini fiyatlara yansıtma amacıyla artırdığı gerekçeleriyle yıkıcı fiyatlamaya dair bir niyetin ortaya konulmadığını ifade etmiştir.

D. Hasat

Hasat kavramı ise, özellikle ABD rekabet hukuku bağlamında yıkıcı fiyatlandırma stratejilerinin belirlenmesinde merkezi bir öneme sahiptir. Hasat analizi, hâkim durumdaki teşebbüsün rakiplerini piyasadan çıkardıktan sonra fiyatları yükselterek kayıplarını telafi edip edemeyeceğini değerlendirmektedir. *Brooke Group*³⁵ kararında da vurgulandığı üzere, hasat olgusunun mümkün olmadığı durumlarda yıkıcı fiyatlandırmanın tüketici refahına zararlı olma olasılığı düşük olarak değerlendirilmektedir. ABD'de hasat yapıp yapılmadığının analizi, yıkıcı fiyatlandırma iddialarının doğruluğunu ve ciddiyetini belirlemek için gereklidir. ABD rekabet hukukunda yıkıcı fiyatlama analizinde hâkim durum şartının bulunmamasından ötürü hasat olgusu yanlış pozitif vakaların önüne geçmek için kullanılmaktadır. Bu sayede gerçekten rekabet hukukuna aykırı stratejileri tespit etmeyi ve piyasada yenilikçi ve tüketici refahını arttıracak davranışları gereksiz yere yasaklamamayı hedeflemektedir.

Yıkıcı fiyatlama uygulaması için ortodoks/geleneksel eylem sırasının şu şekilde olması gerekir: Hâkim durumdaki teşebbüs rakibini pazardan dışlamak için yıkıcı fiyatlama yapacak, dışlama başarılı olacak, rekabetçi baskıdan kurtulan teşebbüs fiyatlarını monopol seviyesine çıkartarak hasat yapacak ve yıkıcı eylem sırasında üstlenmek durumunda kaldığını zararı karşılayacaktır.³⁶Hasat olgusuna bu kadar dar bir pencereden bakmak hatalı olabilecektir. Rakibini ta-

132 Rekabet Kurulu'nun 25.12.2014 tarihli ve 14-54/932-420 sayılı kararı.

133 Rekabet Kurulu'nun 14.11.2019 tarihli ve 19-40/645-272 sayılı kararı.

134 Rekabet Kurulu'nun 06.01.2016 tarihli ve 16-01/12-5 sayılı kararı.

135 Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993).

136 Herbert J. Hovenkamp, "Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique," *Columbia Business Law Review*, no. 2, 2001, s. 316-17.

mamen saf dışı ederek pazarda monopol olmak belki de yıkıcı fiyatlama yapan her teşebbüsün rüyalarını süslemektedir. Ancak gerçek dünyadaki pazar dinamikleri bunun gerçekleşmesini oldukça zorlaştırmaktadır. Bu nedenle hasat olgusunun daha geniş anlaşılması gerekmekte veya AB uygulamasında olduğu gibi yıkıcı fiyatlamının mutlak bir şartı olmadığı kabul edilmelidir.

Hasat hâkim durumdaki teşebbüse yıkıcı bir itibar (*reputation*) kazandırması şeklide de kendisini gösterebilecektir. Hâkim durumdaki teşebbüs, fiyatlarını rekabetçi seviyesinin çok az bir miktar üzerinde tutarak pazara yeni giriş yapmaya çalışan teşebbüsleri bu itibarıyla kaçırabilecektir.¹³⁷ Bu modele göre birden fazla pazarda faaliyet gösteren bir teşebbüs, bu pazarlardan birisine yapılan yeni giriş denemesine karşılık sert bir yıkıcı fiyatlama yaparak cevap verecek, bu da diğer pazarlara girmeye çalışan rakiplerine bu yönde bir mesaj vererek diğer pazarlardaki girişleri engelleyecektir.¹³⁸ Yıkıcı fiyatlama yaptığı pazarda belki kayıplarını hiçbir zaman karşılayamayacak ancak diğer pazarlarda yaşanabilecek girişleri de büyük ölçüde engelleyerek bir bütün olarak bu süreçten karlı (veya en azından rekabet üstü karlılığa devam ederek) çıkacaktır. Özellikle birden çok pazarda yeni giriş endişesi yaşayan hâkim durumdaki teşebbüs için bu cazip bir strateji olabilecektir. Dikkat edilirse burada hasatın yıkıcı teşebbüsler için “mantıklı olması” değil onlara cazip gelecek bir alternatif sunması aranmaktadır.¹³⁹

Yıkıcı fiyatlamının tespitinde hasat şartının aranmasının, yapılan değerlendirmeye olumlu ya da olumsuz etkileri olabilecektir. Öncelikle hasat ihtimalinin varlığına ilişkin bir delile ulaşılmaya çalışılması, davranışın yıkıcı olup olmadığı noktasında yapılacak değerlendirmenin taşıdığı riskleri azaltabilecektir. Salt fiyat-maliyet bazlı bir testle ihlalin varlığını anlamaya çalışmak, özellikle de birden fazla ürünün söz konusu olduğu pazarlarda, hem oldukça zor olacak hem de değerlendirmenin hata payını oldukça yükseltecektir. Yapısal veya davranışsal bir hasat testi bu noktada fiyat-maliyet testlerinin bir sağlamasının yapılabilmesi anlamına gelecektir.¹⁴⁰ Hasat testi aynı zamanda yıkıcı eylemle kimlerin zarar göreceği (tüketici mi yoksa rakipler mi?) noktasına da ışık tutabilecektir.¹⁴¹

Hasat testine çok fazla anlam yüklenmesi veya yukarıda belirttiğimiz gibi testin dar olarak yorumlanması durumu da sakıncalıdır. Hasat dönemi he-

137 Snelders; Leyden; Lofaro, “Predatory Conduct,” s. 192.

138 Hovenkamp, “Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique,” s. 317.

139 Baumol, “Principles relevant to predatory pricing,” s. 29-30.

140 Snelders; Leyden; Lofaro, “Predatory Conduct,” s. 191.

141 O’Donoghue; Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, s. 312-13.

nüz başlamamış olabilecektir. Yıkıcı fiyatlandırma ile elde edilecek itibar gibi doğrudan finansal olarak hesaplanamayan sonuçlar da ortaya çıkabilecektir.¹⁴² Pazardaki oyuncuların rasyonel davrandığı varsayımında, hasat uygulamanın rasyonel bir strateji olup olmadığının tespitinde kullanılan önemli bir kriterdir.¹⁴³ Firmaları sürekli olarak rasyonel davranmadığı bir dünyada, yıkıcı fiyatlama sonrasındaki monopol fiyatlar oluşmamışsa buna yönelik bir değerlendirme oldukça yüksek tahmin içerecektir. Bu da hasadın ölçümünü güçleştirmektedir. Dahası, hasat döneminde rekabete aykırı bir eylem söz konusu olmasa veya rakipler dışlanmasa bile bunun piyasadaki rekabeti bozucu etkileri olabilecektir. Hasat firmanın beklediği gibi çıkmamış da olabilir. Yani dışlayıcı bir saikle yola çıkmış bir teşebbüs, yıkıcı fiyatlama eylemlerinde başarısız olduğu için rekabet otoriteleri bu eylemlere göz mü yumacaktır?¹⁴⁴ Nitekim *British Airways*¹⁴⁵ kararında mahkeme, “*hâkim durumdaki teşebbüsün rakiplerini dışlamak amacıyla başlattığı operasyonun istenilen sonuca varmaması, hâkim durumun kötüye kullanılması tespitinin önünde bir engel değildir*” şeklinde bir yorum yapmıştır.

Yukarıda fiyat-maliyet testlerinden bahsettiğimiz bölümde bir firmanın zararına satış yaptığını tespit etmenin getirdiği zorluklardan bahsetmiştik. Firmanın zararlarının tespitinin bu kadar zor olduğunu bir dünyada, muhtemel kârının hesaplanması bundan daha zor olacaktır. Niyet kısmında da bahsettiğimiz üzere, firmanın niyetini ortaya döken dokümanlara ulaşmak mümkün olamayabilecektir. Rekabet otoritelerinin muhtemel kârı hesaplamada yaşayacağı zorluklar, firmaların hasat yapamadan erken yakalanması ve firmanın birden farklı pazarda etkin olması gibi unsurlar bu tespiti oldukça zorlaştırmaktadır.¹⁴⁶

Yıkıcı fiyatlamanın tespiti için hasat şartı tüm hukuk sistemleri için gerekli bir şart değildir. ABD uygulamasında yıkıcı fiyatlamanın tespit edilmesi için hasat ihtimalinin bulunması şartken Avrupa Birliği uygulamasında bir faaliyetin yıkıcı sayılabilmesi için bu anlamda başarılı olması değil bir girişim (niyet) olması yeterlidir.¹⁴⁷ ABD’de var olduğu kabul edilen gereğinden fazla denetim riskinin AB için düşük olduğu bu nedenle bir hasat testine ihtiyaç duyulmadığı

142 Kara, *Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Aracı Olarak Yıkıcı Fiyat Uygulaması*, s. 42.

143 *Ibid.*, s. 11.

144 O’Donoghue; Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, s. 313–15.

145 *British Airways plc v Commission Case, T-219/99*, 17.12.2003, para. 295.

146 C. S. Hemphill, “The Role of Recoupment in Predatory Pricing Analyses,” *Stanford Law Review* 53, no. 6, 2001, s.1597–98, <https://doi.org/10.2307/1229551>.

147 Kara, *Hâkim durumun kötüye kullanılması aracı olarak yıkıcı fiyat uygulaması*, s. 41-42.

söylenilecektir.¹⁴⁸ Tetra Pak kararında Komisyon, yıkıcı fiyatlamamanın hâkim durumdaki teşebbüsün rakiplerini pazar dışına itme ihtimalini yeterli görmüştür. Bunun sebebi yıkıcı fiyatlama davranışlarının çoğu zaman hasat zamanı gelmeden¹⁴⁹ rekabet otoritelerinin önüne düşmesi olarak değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmeye göre, olayda hâkim durum analizinin yapılmış olması zaten pazara giriş engellerinin varlığını ortaya koymakta ve ihlal sonucunda bir hasat ihtimalinin aranması gereksiz kalmaktadır.¹⁵⁰

Türk rekabet hukuku da AB rekabet hukukuna paralel bir şekilde hasat olgusunu yıkıcı fiyatlamamanın şartlarından birisi olarak saymamaktadır. Bununla birlikte Rekabet Kurulu'nun bazı eski kararlarında hasat olgusunun da değerlendirmeye alındığı gözlemlenmektedir. Güncel kararlardan sadece *Kamil Koç*¹⁵¹ kararında hasat olgusuna değinilmektedir. Bunun sebebi de şikayetçi Pamukkale'nin ilgili hatlardaki faaliyetlerine son verdiği tarihten sonra Kamil Koç'un bilet fiyatlarına %40 oranında zam yaptığı iddiasıdır. Kurul bu iddiayı araştırmış ve rakibin pazardan çıkması sonrasında Kamil Koç'un ilgili hatlarda fiyatları arttırdığına ilişkin bir veri bulamamıştır. Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz'un 2014 yılında yayınlanmasında önceki *Coca-Cola*¹⁵², *Türkiye Şeker Fabrikaları*¹⁵³, *Knauf*¹⁵⁴, *Toprak Mahsulleri Ofisi*¹⁵⁵, *Metro Turizm*¹⁵⁶ ve *Avea*¹⁵⁷ gibi bazı kararlarında hasat olgusunun muhtemel yıkıcı fiyat iddialarının gerçekçiliğinin tespiti için dikkate alındığı ve bu konuda kimi zaman yüzeysel de olsa bir değerlendirme yapıldığı görülmektedir. Kılavuzun yayınlanmasından sonraki kararlara bakıldığında ise hasat olgusunun, yukarıdaki Kamil Koç örneği hariç olmak üzere, yıkıcı fiyatlandırmaya ilişkin değerlendirmelerde kullanılmadığı söylenebilecektir.

Sonuç

Yıkıcı fiyatlama, kısa vadede tüketicilere düşük fiyat avantajı sağlasa da, uzun vadede rekabetin azalması ve fiyatların tekrar yükselmesi nedeniyle tüketicilere zarar verebilecek bir stratejidir. Hâkim durumdaki teşebbüsler, düşük

148 Wurmnest, *Structure and effects in EU competition law*, s. 138-39.

149 Christopher Leslie, "Predatory Pricing and Recoupment," *Columbia Law Review*, Cilt 113, 2013, s. 1718-20.

150 Faull and Nikpay, *Faull & Nikpay the EC law of competition*, s. 378-79.

151 Rekabet Kurulu'nun 14.11.2019 tarihli ve 19-40/658-283 sayılı kararı.

152 Rekabet Kurulu'nun 23.1.2004 tarihli ve 04-07/75-18 sayılı kararı.

153 Rekabet Kurulu'nun 18.07.2013 tarihli ve 13-46/589-259 sayılı kararı.

154 Rekabet Kurulu'nun 16.12.2009 tarihli ve 09-59/1441-376 sayılı kararı.

155 Rekabet Kurulu'nun 10.10.2012 tarihli ve 12-49/1435-486 sayılı kararı.

156 Rekabet Kurulu'nun 14.07.2011 tarihli ve 11-43/915-284 sayılı kararı.

157 Rekabet Kurulu'nun 04.11.2009 tarihli ve 09-52/1253-318 sayılı kararı.

fiyatlarla rakiplerini piyasadan çıkardıktan sonra tekeli fiyatlarla yüksek kâr elde etme amacı güttüklerinde, tüketici refahını olumsuz etkileyerek piyasanın rekabetçi yapısını bozabilmektedirler. Rekabet otoritelerinin yıkıcı fiyatlama stratejilerine karşı etkili bir şekilde müdahale edebilmesi için, ilgili teşebbüslerin fiyatlandırma davranışlarının yanı sıra pazar yapısının da dikkate alınması önemlidir. Hem Avrupa Birliği hem de Türk rekabet hukukunda, yıkıcı fiyatlandırmanın belirlenmesi ve cezalandırılmasında benzer yaklaşımlar benimsenmektedir. Hangi fiyatlandırmanın yıkıcı sayılacağına ilişkin birçok kriter göz önünde bulundurulmalı ve bunu yaparken de her hukuk sisteminin kendine özgü şartları ve uygulamaları olduğu için, yıkıcı fiyatlama analizlerinde dikkatli ve kapsamlı bir şekilde yapılması şarttır.

Sonuç olarak, yıkıcı fiyatlama stratejilerinin tespiti ve önlenmesi, rekabet hukukunun temel amaçlarından biri olan tüketici refahının korunması açısından kritik öneme sahiptir. Yıkıcı fiyatlama, kısa vadede tüketicilere düşük fiyatlar sunsa da, uzun vadede rekabetin azalması ve tekeli fiyatların yükselmesi nedeniyle olumsuz sonuçlar doğurabilir. Bu nedenle, rekabet otoritelerinin bu tür stratejilere karşı etkin ve kapsamlı bir denetim mekanizması geliştirmesi gerekmektedir. Ayrıca, işletmelerin yıkıcı fiyatlama stratejilerine başvurmalarının önüne geçmek için, rekabet hukuku düzenlemelerinin ve uygulamalarının sürekli olarak güncellenmesi ve geliştirilmesi önemlidir. Bu şekilde, sürdürülebilir rekabet ortamı korunarak tüketici refahı artırılacaktır ve piyasa dinamiklerinin sağlıklı bir şekilde işlemesi sağlanabilecektir.

KAYNAKLAR

- Areeda, Phillip; Turner, Donald F., “Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act,” *Harvard Law Review* 88, no. 4, 1975.
- Baumol, William J. “Principles Relevant to Predatory Pricing.” İç. *The Pros and Cons of Low Prices*.
- Brodley, Joseph F., “The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, And Technological Progress,” *New York University Law Review* 62, No. 5, 1987.
- Çeçen, Halil, *Avrupa Birliği ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Fiyat Uygulamaları ile Kötüye Kullanılması*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2018.
- Christopher Leslie, “Revisiting the Revisionist History of Standard Oil,” *Southern California Law Review* 85, 2013, s. 573-604.
- Dalton J; Esposito L., “Predatory Price Cutting and Standard Oil: A Re-examination of the Trial Record,” in *Research in Law and Economics - A Journal of Policy, Research in Law and Economics* (Elsevier, 2007), s. 168-187.
- David Bailey; Laura E. John, *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*, New York Ny, Oxford University Press, 2018.
- Dobson, Paul; Waterson, Michael; Chu, Alex, “The Welfare Consequences of the Exercise of Buyer Power: Office of Fair Trading Research Paper 16.” Office of Fair Trading, 1998. Last modified 1998.
- Ekdi, Barışi *Gümrük Birliği Çerçevesinde Damping ve Yıkıcı Fiyat Uygulamaları*, Uzmanlık Tezleri Serisi No 7. Ankara, Rekabet Kurumu, 2003.
- European Commission. *Guidance on the Commission’s Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings*, 2009. [https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=C ELEX:52009XC0224\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=C ELEX:52009XC0224(01)&from=EN).
- Faull, Jonathan; Nikpay Ali, *Faull & Nikpay the EC law of competition*. 2nd ed. Oxford, Oxford University Press, 2007.
- Fox, Eleanor M., “US and EU Competition Law: A Comparison.”, 1999.
- Glazer, Kenneth L. “Predatory Pricing And Beyond: Life After Brooke Group”, *Antitrust Law Journal* 62, no. 3, 1994, s.605–33. <http://www.jstor.org/stable/40843253>.
- Güçer, Sülün, *Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Çerçevesinde Sınai Mülkiyet Hakları*. 1st ed. Rekabet Kurumu yayın no. 0185. Lisansüstü tez serisi; no. XIII., Ankara, Rekabet Kurumu, 2005.
- Hemphill, C. S. “The Role of Recoupment in Predatory Pricing Analyses.” *Stanford Law Review* 53, no. 6, 2001, <https://doi.org/10.2307/1229551>.
- Hemphill, C. Scott; Philip J. Weiser; “Beyond Brooke Group: Bringing Reality to the Law of Predatory Pricing.” *Yale Law Journal* 127, no. 7, 2018, s. 2048-77.
- Hovenkamp, Herbert J, “Is Antitrust’s Consumer Welfare Principle Imperiled?” *Journal of Corporation Law* 45, s. 101-30.
- Hovenkamp, Herbert J, “Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique.” *Columbia Business Law Review*, no. 2, 2001, s. 257-338.
- Howarth, David. “Unfair and Predatory Pricing under Article 82 EC: From Cost-Price Comparisons to the Search for Strategic Standards.” İç. *EC competition law: A Critical Assessment / general editors, Giuliano Amato and Claus-Dieter Ehlermann ;*

associate editor, *Assimakis Komninos*. Edited by Giuliano Amato and Claus-Dieter Ehlermann,. Oxford: Hart, 2007, s. 249-95.

- Jones, Alison; B. E. Sufrin, *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials / Alison Jones, Solicitor, Professor of Law, King's College London and Brenda Sufrin, Solicitor, Emeritus Professor of Law, University of Bristol*. Oxford, United Kingdom, New York, Oxford University Press, 2016.
- Kara, Alper F. *Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Aracı Olarak Yıkıcı Fiyat Uygulaması: ABD ve AT Uygulamalarından Dersler*, Yayın No 100, Uzmanlık Tezleri Serisi, No. 18. Ankara: Rekabet Kurumu, 2003.
- Kareff, Scott M. "Tetra Pak International Sa V. Commission (Tetra Pak II): the European Approach to Monopoly Leveraging Recent Development." *Law and Policy in International Business*, no. 2, 1997, s. 549-74.
- Kısa, Seda U., *Avrupa Topluluğu Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Rekabet Karşılı Eylem ve İşlemlerle Kötüye Kullanılması*, Yayın No 408. Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2004.
- Leslie, Christopher, "Predatory Pricing and Recoupment", *Columbia Law Review* 113, 2013, s. 1695-1771.
- Monti, Giorgio, "The Concept of Dominance in Article 82." *European Competition Journal* 2, sup, 2006, s. 31-52.
- O'Donoghue, Robert; Padilla, A. J., *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Oxford: Hart Publishing, 2013.
- Organization for Economic Cooperation and Development. "Predatory Pricing." 1989.
- Öz, Gamze A. *Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması*. Yayın No: 51. Ankara: Rekabet Kurumu, 2000.
- Öztunalı, Aydın, *Rekabet Hukukunda Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması*. Ankara: Seçkin, 2014.
- Rekabet Kurumu, *Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz: Hâkim Durum Kılavuzu*, 2014.
- Snelders, Robbert; Andrew Leyden; Lofaro, Andrea, "Predatory Conduct." iç. *EU Competition Law: Abuse of Dominance Under Article 102 TFEU*. Edited by Francisco E. Gonzalez-Diaz and Robbert Snelders. 5, S. 159-227. Claeys & Casteels Publishing, 2013.
- Uzunallı, Sevilay, "Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Işığında Yıkıcı Fiyat Uygulamaları ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması", *Rekabet Dergisi* 11, no. 4, 2010, s. 59-110.
- van den Bergh, Roger; Camesasca, Peter D., *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective / Roger Van den Bergh and Peter Camesasca*. 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 2006.
- Weber Waller, Spencer, "The Omega Man or the Isolation of U.S. Antitrust Law." *Connecticut Law Review* 52, no. 1, 2020, s.123-212.
- Whish, Richard, *Competition Law*. 6th ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Wurmnest, Wolfgang, ed. *Structure and effects in EU competition law: Studies on exclusionary conduct and state aid / edited by Jürgen Basedow, Wolfgang Wurmnest*. Translated by Jürgen Basedow. International competition law series v. 47. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer; Biggleswade: Turpin Distribution Services, 2011.

ÖZEL HUKUK/PRIVATE LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

Karayolları Trafik Kanunu Kapsamında Zarar Gören 3. Kişi ve 3 Sorun*

Third Person Damaged Under The Highway Traffic Code and 3 Problems

Ecehan YEŞİLOVA ARAS****ÖZ**

Trafik kazasında zarar görenin karşısında farklı kanuni temellere dayalı olarak birden fazla borçlu bulunmaktadır: Sürücü, aracı işleten, onun zorunlu sorumluluk sigortacısı, ihtiyari sorumluluk sigortacıları, zorunlu ve ihtiyari kaza sigortacısı ile belki de varsa kasko sigortacısı. Zarar görenin, bu borçluların hepsine veya bir kısmına karşı başlatacağı yargılamada uygulamada ve öğretide farklı görüşleri içeren üç temel sorun bu çalışmada ele alınmıştır. Bunlar; 1- Borçluların zarar görene karşı olan ödeme yükümlülüğünde, zarar görenin uymakla yükümlü olduğu bir başvuru sırası olup olmadığı; 2- Zamanaşımı ve 3- Değer kaybı taleplerinde sigortacıların ısrarla sürdürdüğü savunmanın, doğrudan dava sürecinde hukuki alt yapıya sahip olup olmadığıdır.

Anahtar Kelimeler: Zorunlu sorumluluk sigortacısı, doğrudan dava, zarar gören 3. kişi, Karayolları Trafik Kanunu, değer kaybı talepleri.

ABSTRACT

The person injured or damaged in a traffic accident which is in the scope of Highway Traffic Code has more than one debtor based on different legal bases: The driver, the operator of the vehicle, his compulsory liability insurer, optional liability insurers, compulsory and optional accident insurers, and perhaps the automobile hull insurer, if any. Three basic problems involving different views in practice and doctrine in the proceedings that the injured third person will initiate against all or some of these debtors are discussed. Whether there is an application order that the injured party is obliged to comply with in the liability of the debtors towards the injured third person; whether or not the defense that insurers insist on regarding statute of limitations and loss of value claims has a legal basis in the direct action process.

* Makale gönderim tarihi: 15.04.2024. Makale kabul tarihi:16.05.2024. Ecehan Yeşilova Aras, "Karayolları Trafik Kanunu Kapsamında Zarar Gören 3. Kişi ve 3 Sorun", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 2 (Erken Gösterim), 2024, s. 209-237 DOI: <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2024.11.2.4>.

** Doç. Dr. Ecehan Yeşilova Aras, İzmir Demokrasi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Ticaret Hukuku Anabilimdalı Öğretim Üyesi, ecehan.aras@idu.edu.tr, orcid.org/0000-0001-8009-2723.

Çatışma Beyanı: Yazar/lar herhangi bir çatışma beyanı bildirmemiştir.

Keywords: Compulsory liability insurer, direct action, injured third person, Highway Traffic Code, loss of value claims.

Giriş-Meselenin Genel Olarak Takdimi

Karayolları Trafik Kanunu (KTK) kapsamında kaza olarak nitelendirilebilecek bir olay sebebiyle zarar gören kişi, bu zarardan kanunen sorumlu olanların sorumluluk sigortacısına karşı doğrudan dava hakkını¹ kullanmak istediğinde, sigortacılar arasında uyulması gereken bir başvuru sırası olup olmadığı, incelenecek ana sorun olarak tespit edilmiştir.

Zarar görenin yolcu sıfatını da taşıması halinde, akdedilmesi zorunlu olan ve koltuk sigortası olarak anılan, yolcunun lehdar olarak belirlendiği kaza sigortasının da eklenmesi ile zarar görenin karşısında; başvurabileceği pek çok sigortacı ve birden fazla sigorta poliçesi bulunacaktır. Bunlar; zarar veren motorlu araç işletenin zorunlu sorumluluk sigortası, ihtiyari sorumluluk sigortası; taşıyıcının (aynı aracı bilet keserek işletenin) ihtiyari sorumluluk sigortası; taşıyıcının akdettiği zorunlu kaza sigortası ve varsa yolcunun kendisinin akdettiği ferdi kaza sigortası.

Zarar ve can sigortalarından oluşan bu sigorta poliçeleri yelpazesinde, hangi poliçenin teminatına öncelikle başvuru yapılması gerektiği konusunda Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) bir hüküm bulunmamaktadır. İlgili sigorta sözleşmelerine ilişkin genel şartların ve müteselsil sorumluluğa ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun emredici hükümleri incelenerek soruya bir cevap bulmaya çalışılacaktır.

Zarar görenin, kendisine karşı haksız fiilden sorumlu olan; Karayolları Trafik Kanunu gereği kusursuz sorumluluk esasına göre sorumlu olan kişiler ile onların sorumluluk sigortacıları arasında seçim yaparken etkin unsurlardan biri olan zamanaşımı konusunda, Türk Ticaret Kanunu'nda ve Karayolları Trafik Kanunu'nda yer alan düzenlemeler ile doğrudan dava müessesesi birleşince uygulamada tereddütler oluşmaktadır. Trafik kazasında zarar gören 3. kişinin sorumluluk sigortacılarına karşı doğrudan davasında zamanaşımını tekrar² gözden geçirmek, çalışmanın ele alacağı ikinci sorun olarak tespit edilmiştir.

1 Doğrudan dava hakkının anlamı ve amacı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ecehan Yeşilova-Aras, *Sorumluluk Sigortalarında Zarar Görenin Doğrudan Dava Hakkı (TTK m. 1478)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 28 vd.

2 Türk Ticaret Kanunu'nun 1478 inci maddesi kapsamında doğrudan davada zamanaşımı konusu daha önce özel olarak incelenmiş olsa da (Yeşilova-Aras, s. 127; Samim Ünan, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi 6. Kitap Sigorta Hukuku*, Cilt II, Oniki Levha, İstanbul, 2016, s. 357 vd.) bu çalışmada Karayolları Trafik Kanunu'nun zamanaşımına ilişkin 109 uncu maddesi üzerinde durulacaktır.

Son olarak, trafik kazası nedeniyle zarar gören 3. kişinin ileri sürdüğü madde zarar türünün, kendi kullandığı aracın tamir edilmesinden sonra uğradığı değer kaybı olması durumunda, sigorta sözleşmesinde yer alan ve değer kaybının nasıl hesaplanacağına ilişkin hükmün, doğrudan dava müessesesi içerisinde zarar görene karşı sigortacı tarafından ileri sürülüp sürülemeyeceği; sigorta genel şartlarında yer alan hesaplama yönteminin muhatabının kim olduğunun tespiti, üçüncü sorun olarak seçilmiştir.

I. Sigorta Sözleşmelerinin ve Sigorta Genel Şartlarının Tespiti

A. Zorunlu Sorumluluk Sigortaları

Haksız fiilin gerçekleşmesine sebep olan kişi yani sürücünün, araç maliki olmaması ihtimalinde sorumluluğun malike (işletene) de sirayet etmesi yani tehlike esasına dayalı kusursuz sorumluluk ihdası, Karayolları Trafik Kanunu'nun m. 85/I hükmü uyarınca gerçekleşmiştir. Aynı hüküm, sorumluluğun türünü de müteselsil sorumluluk olarak açıkça tayin ederek, birden fazla kimsenin borçtan kural olarak kısmi (paylaşmalı) sorumlu olacağı esasını, bu kanun hükmü ile değiştirmiştir³. Böylelikle, Karayolları Trafik Kanunu'nun 85'inci maddesi hükmü, karayolu aracını işleteni ve işletenin bağlı olduğu teşebbüsü yani örneğin yolcu otobüsünün malikini ve bilet kesip yolcu taşıyan kiracısını, sürücü ile birlikte müteselsil sorumlu tutmuştur. Aynı Kanun, bu kez 91'inci maddesi hükmünde, kusursuz sorumluluk esasını müteselsil borçlu sıfatını verdiği işletenlerin, sorumluluklarını teminat altına alacak sigorta sözleşmesini akdetmelerini de zorunlu kılmıştır. Böylelikle, sigorta sektöründe kısaca "trafik sigortası" olarak anılan zorunlu sorumluluk sigortasının (Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasının) sigortalısı, Karayolları Trafik Kanunu m. 85/I uyarınca haksız fiili ika eden sürücü ile birlikte kusursuz sorumluluk esasına dayalı olarak müteselsil sorumluluğu belirlenen motorlu araç işletenleridir.

Karayolları Trafik Kanunu kapsamındaki bir kaza nedeniyle zarar görenin, ayrıca "yolcu" sıfatının olması yani karayolu ile yolcu taşıma sözleşmesinin tarafı olarak aracın işleten ile arasında taşıma sözleşmesi ilişkisinin bulunması durumunda, Karayolları Taşıma Kanunu ile düzenlenmiş⁴ zorunlu ta-

3 Faruk Acar, "Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortasında Hâkim Kendiliğinden Sadece Sigorta Şirketini Tazminata Mahkum Edebilir mi?", *Legal Hukuk Dergisi*, Haziran 2003, Sayı 6, s. 1401-1403.

4 Karayolu Taşıma Kanunu'nun trafik sigortasından başka bir de taşıyıcının zorunlu taşıma sorumluluk sigortası akdetmesi zorunluluğu ve bu sigortaya ilişkin hükümleri (m. 17-25), 14.4.2016 tarihli 6704 sayılı Kanunun 17. maddesi ile mülga olmuş; taşıyıcının akdedeceği trafik sigortasının teminat limitinin yükseltilmesi ile taşıyıcı sıfatını haiz motorlu araç işletenin tek bir zorunlu sorumluluk sigortasının bulunması uygun görülmüştür.

şıma sorumluluk sigortası de kaza sonrası zarar görenin önünde başvurabileceği poliçelerden biri olabilir. Karayolları Trafik Kanunu'nun haricinde bir de Karayolları Taşıma Kanunu ile zorunlu sorumluluk sigortasının getirilmiş olması yönündeki kanun koyucunun tercihi, 6704 sayılı Kanun'un⁵ 17. maddesi ile değişmiş ve Karayolu Taşıma Kanunu kapsamında anılan sorumluluk sigortasının, trafik sigortası olduğu şeklinde yeni bir düzenleme getirilmiştir. Taşımacılık yapan araçlar için düzenlenecek trafik sigortasının teminat limitinin, Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Tarife Uygulama Esasları Hakkında Yönetmelik⁶ ekinde belirlenen teminat limitlerinin 2 katı olacağı şeklinde, anılan yönetmeliğe 28/A maddesi eklenmiştir⁷. Böylelikle 14.4.2016 tarihinden itibaren taşıyıcının, trafik sigortası haricinde başka bir zorunlu sorumluluk sigortası akdetmesi yönünde bir düzenleme hukukumuzda kalmadı ise de halen yargı aşamasında dosya kapsamında bulunup da zamanaşımı kesildiği için teminatı geçerli olan veya temyiz incelemesi aşamasına gelmiş taşıma zorunlu sorumluluk sigortası poliçeleri mevcuttur. Bu nedenle, Karayolları Trafik Kanunu ve Karayolu Taşıma Kanunu kapsamında akdedilmiş zorunlu sorumluluk sigortaları poliçeleri arasında zarar görenin uymakla yükümlü olduğu bir başvurusu sırasının olup olmadığı değerlendirme dışında bırakılmamıştır.

Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları ile Motorlu Kara Taşıtları İhtiyari Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları ve Zorunlu Karayolları Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları, zarar görenin doğrudan davasında ona başvuru sırası getiren bir hükmü ihtiva edip etmediği; getiriyorsa da bunun geçerli olup olmadığı yönünden inceleme konusu yapılacak sigorta genel şartlarıdır.

B. İhtiyari Sorumluluk Sigortaları

Trafik kazasının doğurduğu maddi zarardan tehlike sorumluluğu esasına dayalı olarak sorumlu tutulan araç işletenin, kanunen yaptırması zorunlu olan sorumluluk sigortasının yanı sıra bu sigorta ile teminat altında bulunmayan zarar ve zarara sebebiyet veren haller ile zorunlu teminat bedelinin üzerinde kalacak zarar tutarı bakımından ayrıca ihtiyari sorumluluk sigortası akdetmesi muhtemeldir. Ayrıca, aracı işletenin taşıyıcı olması, zarar görenin de yolcu olması durumunda, taşıyıcı sıfatından kaynaklanan akdî sorumluluk

5 6704 Sayılı 14.4.2016 Tarihli, 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG 26/4/2016-29695).

6 RG 14/7/2007-26582.

7 RG 22/5/2016-29719.

için de ihtiyari sorumluluk sigortası yapılmış olması da mümkündür.

Böyle bir durumda, Motorlu Kara Taşıtları İhtiyari Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları, zarar gören üçüncü kişinin doğrudan davasında ona bir başvuru sırası getiren bir hüküm içerip içermediği açısından incelenecektir.

C. Zorunlu ve İhtiyari Kaza Sigortası

Karayolu Taşıma Yönetmeliği⁸, yolcu taşımalarında taşıyıcının zorunlu ferdi kaza sigortası (koltuk sigortası) akdetmesinin zorunlu olduğunu düzenlemiştir. Yolcunun, zarar gören sıfatıyla taşıyıcının akdettiği zorunlu ve ihtiyari sorumluluk sigortasına doğrudan başvurması ve bu poliçe teminatları kapsamında da olan zararını sigorta tazminatı vasıtasıyla tazmin etmesi mümkün iken; öte yandan da meblağ sigortası türündeki kaza sigortası teminatlarını (ölüm, sakatlık veya iş göremezlik teminatını) “lehdar” sıfatıyla *-bir zarar karşılığı olmaksızın-* talep etme yetkisi bulunmaktadır.

Ne var ki, taşıyıcının zorunlu olarak akdettiği koltuk sigortası veya yolcunun bizzat kendisinin kazadan önce akdetmiş olduğu ferdi kaza sigortaları poliçelerinde zarar görenin (yolcunun) gerçek zararının da karşılanmasına yönelik, “tedavi giderleri” teminatı bulunmakta ise bu poliçeler de zarar görenin önünde bir seçim ihtimali olarak duracak ve acaba zorunlu/ihtiyari sorumluluk sigortaları poliçelerine nazaran başvuru önceliğine (sırasına) tabi olup olmadığı açısından bir soru doğuracaktır.

II. Birinci Sorun: Zarar Gören 3. Kişi ve Başvuru Sırası

A. Genel Olarak

Zarar görenin karşısında, trafik kazası sebebiyle uğradığı zarardan dolayı çeşitli hukuki sebeplerle sorumlu olan birden fazla kişinin, gerek kendi içindeki paylaşım ile ilgili farklı kanunların hükümleri gerekse zarar görenin öncelikle tüketmesi gereken sigorta teminatının hangisi olduğu ile ilgili sigorta genel şart hükümleri karşısında; bu hükümlerin çatışması ve öncelikli olan hükmün hangisinin olduğunun belirlenmesi gerekliliği esas sorundur.

Birden fazla sorumluluk sigortacısının, zarar görenin aynı türdeki zararı için teminat vermiş olması halinde, Türk Ticaret Kanunu m. 1485 hükmünün m. 1466(1)'de yer alan orantısız sorumluluk düzenlemesine yaptığı atıf nedeniyle, zarar görene karşı kısmi sorumluluk şeklinde mi sorumlu olacağı, açıklanmaya muhtaç ilk mesele olarak ele alınabilir.

8 RG 8/1/2018-30295. Anılan zorunluluk, Yönetmeliğin 48. maddesinde düzenlenmiştir.

Öte yandan, Karayolları Trafik Kanunu'nun 97'inci ve 99'uncu maddeleri ile genel hüküm niteliğindeki Türk Ticaret Kanunu'nun 1473 ve 1478'inci maddeleri dikkate alındığında zarar görenin, sigorta sözleşmesinden doğan edimi talep hakkı sahibi yapılmasına ve hatta sigortacının edim borcu olmasa (ortadan kalkmış olsa) bile zarar görenin yine de talep hakkı sahibi olarak düzenlenmiş olması⁹ karşısında (KTK m. 95; TTK m. 1484(1)) sorumluluk sigortacısının, sigortalısı ile birlikte zarar görene karşı müteselsil sorumlu olup olmadığı hassasiyetle incelenmelidir.

Müteselsil sorumlulukta alacaklıya verilen tahsil inisiyatifi¹⁰ yani kimden tahsil edeceğini seçme özgürlüğü (TBK m. 163), kısmi sorumlulukta olmayacak, payından fazlası için kendisine başvurulmuş borçlu, kısmi ifa def'ini ileri sürebilecektir. Bu nedenle, zarar görenin karşısında Karayolları Trafik Kanunu uyarınca tehlike esası temelinde araç işletenin, haksız fiili ika eden sürücü ile birlikte müteselsil sorumlu olduğuna ilişkin açık kanun hükmü olması nedeniyle (KTK m. 85/I) bir tereddüt olmasa da zorunlu sorumluluk sigortası ile ilgili hükümde sigortacının da zarardan sorumlu tutulan işleten ile birlikte müteselsil sorumlu olup olmadığı konusunda açıklık bulunmamaktadır¹¹.

Bu noktada, Türk Borçlar Kanunu'nun 61'inci maddesi, birden çok kişinin *aynı zarardan* çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanacağını düzenlemiş olmasıyla, sorumluluk sigortacısı ile araç işletenin "*aynı zarardan*" sorumlu olup olmadığı hususu öğretide¹² tartışmaya açılmış fakat görüş birliğine varılamamıştır.

Zarar görenin sürücüyü, maliki, işleteni ve zorunlu sorumluluk sigortacısını bir kenara bırakıp, doğrudan sadece işletenin ihtiyari mali sorumluluk sigortacısına başvurması halinde veya zarar görenin yolcu olmayıp da kazaya karışan aracın maliki olması durumunda, kasko sigortacısının da zarar veren aracı işletenin sorumluluk sigortacıları ile aynı hizada müteselsil sorumluluk hükümlerine tabi olarak sorumlu olup olmayacağı teorik olarak çözümlenmeye muhtaç bir konudur.

9 Doğrudan dava hakkı, zorunlu sigortalarda ancak KTK m. 95 hükmü sayesinde etkili bir mekanizma haline gelir (M. Kemal Omağ, "Türk Hukukunda Mecburi Sigortalara ve Sorunlarına Genel Bir Bakış", *Zorunlu Sigortalılar Paneli Tebliğler-Tartışmalar*, Sigorta Hukuku Türk Derneği Yayını, İstanbul 1993).

10 Acar, s. 1403; Vedat Buz, "Müteselsil Sorumlulukta Rücü İlişkinde Sigortacının Hukuki Konumu", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Eylül 2012, Cilt XXVIII-3, s. 8.

11 Bir değerlendirme yapılmaksızın sorumluluk sigortacısı ile sigortalının müteselsil sorumlu olarak nitelendirilmesi için bkz. Zehra Şeker-Öğüz, "Sorumluluk Sigortalılarında Zamanaşımı", Ed: Prof. Dr. Samim Ünan, Prof. Dr. Emine Yazıcıoğlu, *Sigorta Hukuku Sempozyumları*, Oniki Levha, İstanbul, 2018, s. 149; Hamdi Yılmaz, *Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuksal Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 305.

12 Kemal Şenocak, "Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Mağdurun Doğrudan Doğruya Sigortacı Karşısındaki Alacak Hakkı", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Aralık 2009, Cilt XXV-4, s. 285; Ünan, s. 364; Yeşilova-Aras, s. 91.

Bu soruları ayrı ayrı cevaplarırken, Türk Borçlar Kanunu m. 61; sorumluluk sigortalarına da uygulanabilen Türk Ticaret Kanunu m. 1466(1) hükmü; Karayolları Trafik Kanunu m. 95-99; Karayolu Taşıma Kanunu m. 19(3) ve Karayolları Motorlu Taşıt Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları ile Motorlu Kara Taşıtları İhtiyari Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları hep birlikte değerlendirilecektir.

B. Sorumluluk Sigortacısının ve Sigortalının Zarar Görene Karşı Sorumluluklarının Değerlendirilmesi

Kanun koyucunun bir düzenlemede açıkça sorumluluğun müteselsil olduğunu zikretmediği durumlarda, şayet alacaklının karşısında borçlu konumunda bulunan kişilerin sorumluluğu, müteselsil sorumluluğun karakteristik özelliklerini taşıyorsa kanun koyucunun örtülü irade beyanını açıklığa kavuşturmak ve sorumluluğun “müteselsil” olduğunu tespit etmek mümkündür¹³. Öyle ki, müteselsil sorumluluğun kanun hükmünde ancak açıkça zikredilmiş olması halinde müteselsil sorumluluğun doğacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.

Müteselsil borçluluk, her bir borçlunun, edimin tamamını ifa ile yükümlü bulunup alacaklının ise edimin tamamını ancak bir defa ve borçlulardan diletiğinden talep etmeğe yetkili olduğu; borçlulardan birisinin ifası ile diğerlerinin bu oranda alacaklıya karşı borçtan kurtulduğu bir borçluluk halidir¹⁴.

Alacaklının, karşısında borçlu sıfatıyla yer alan kişilerden talep ettiği edimin kendisi açısından “aynı” olması koşuluyla kimi borçluların bu edimden farklı muhteva ile sorumlu olabilmelerinin mümkün olduğu öğretilde kabul görmüştür¹⁵. Borçların birbiri ile yarışması ve alacaklının mamelekinde tek bir kalem teşkil etmesi nedeniyle, borçlulardan biri tarafından yapılan ifa, diğerlerinin borcunu o oranda azaltacaktır¹⁶.

13 Turgut Akıntürk, *Müteselsil Borçluluk*, Ankara, 1971, s. 109.

14 Türk Borçlar Kanunu'nun 162 nci ve 163 üncü maddeleri, müteselsil borçluluğu tamamiyle tarif eden hükümler değildir; alacaklının edimi ancak bir defa talep edebileceği ve borçlulardan birisi tarafından alacaklının tatmin edilmesi ile diğerlerinin borçtan o oranda kurtulacağı, anılan düzenlemelerde yer almamıştır. Müteselsil borçluluk hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akıntürk, s. 32-34; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 1344; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2014, s.750; Buz, s. 8-9; M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, No. 850; Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku*, İstanbul, 1993, s. 285.

15 Akıntürk, s. 70.

16 Başka bir deyişle, borçlulardan her biri ile alacaklı arasında birbirinden bağımsız ayrı borç ilişkileri olabilir ve her birinin ifa amacı farklı olabilirse de bu borçlar, alacaklının malvarlığında tek bir kalem halinde bulunur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Metin Gürkanlar, *Bir Zarara Birlikte Neden Olan Birden Çok Kişinin Sorumluluğu*, Gazi Üniversitesi Yayınları No:1, Ankara, 1982, s. 5.

Sorumluluk sigortasında zarar gören 3. kişinin konumunu incelediğimizde, sorumluluk sigortasını kanunen (TTK m. 1473) zarar gören yararına akdedilmiş (TBK m. 129) ve zarar görene sigorta tazminatını kendi adına talep yetkisi verilmiş olduğunu önceki çalışmamızda¹⁷ tespit ettiğimizden, zarar görene sigorta sözleşmesinde “hak sahibi” derken; sigorta tazminatının “alacaklısı” değil; bu edimi talep etme hakkına sahip kişi olarak anlamak gerekir. Zira, Türk Borçlar Kanunu m. 129 hükmü anlamında 3. kişi yararına sözleşmede 3. kişi, alacaklı sıfatını kazanmaz sadece sigortalıya ifa edilmesi gereken edimi talep hakkına kavuşturulur¹⁸. Böylelikle, sorumluluk sigortasında sigortalı, “alacaklı” sıfatını muhafaza etmekte ise de Türk Ticaret Kanunu’nun 1473’üncü maddesi hükmü, sigorta tazminatı üzerindeki tasarruf hakkını alacaklının elinden almıştır.

Sigortalı (motorlu araç işleten) ile zarar gören arasında Karayolları Trafik Kanunu m. 85 hükmü ile kurulmuş hukuki ilişkiye sorumluluk sigortacısı yabancısıdır. Aynı kanun, zorunlu sorumluluk sigortasını düzenlerken, sigortacıyı 85’inci madde ile kurduğu sorumluluğun içine “müteselsil” sorumlu sıfatı ile açıkça dâhil etmemiştir.

Sorumluluk sigortacısının ifası, kendisi açısından başka; zarar gören açısından ise başka bir görünümde dir. Sigortacı, kendisinin taraf olduğu sözleşmeden doğan edimini, bu sözleşmeye yabancı olan birine (zarar gören) kanunun emri gereği (KTK m. 99; TTK m. 1473) ifa etmekte; zarar gören tarafından bu ödemeye bakıldığında ise zarar görenin kendisinin içinde bulunduğu hukuki ilişki (haksız fiil) gereği alacaklı olduğu ve sorumluluk hukukundan doğan maddi tazminatı tahsil etmek uğruna kanunen kendisine verilen yetkiyi kullanmakta ve sigorta tazminatını (sigorta bedeline kadarki kısmını) bir “araç”¹⁹ olarak talep etmektedir. Başka bir deyişle, zarar görenin tahsil ettiği para, kendisi açısından sorumluluk tazminatı; sigortacı açısından ise sigorta tazminatıdır²⁰.

Bu açıdan müteselsil sorumluluğun yapı taşlarının sorumluluk sigortacısı ve zarar gören arasında var olup olmadığı değerlendirildiğinde, zarar görenin a) haksız fiili ika eden sürücüden; b) motorlu araç işletenden; c) sorumluluk sigortacısından talep ettiği, *kendisi açısından aynı alacaktır*. Zarar gören, sorumluluk tazminatının alacaklısıdır ve önünde sıralanmış bu 3 kişiden de

17 Yeşilova-Aras, s. 71-78.

18 Karayolları Trafik Kanunu, tazminatın ödenmesini konu alan 99 uncu maddesinde “hak sahibi” ifadesini kullanmış ve onu sigortacının kendisine tazminat ödeyeceği kişi olarak belirlemiştir. Bu konuda genel hüküm niteliğindeki Türk Ticaret Kanunu’nun 1473 üncü maddesi ise açıkça “zarar gören”e tazminatın ödenmesini emretmiştir.

19 Şenocak, s. 285.

20 Ayrıntı için bkz. Yeşilova-Aras, s. 71 vd.

sorumluluk tazminatının tahsili için talepte bulunmaktadır. Muhtevası (tutarı) değişebilse de çeşitli kanunların öne çıkardığı bu kişiler, zarar görenin mamelekinde aynı alacak kalemini söndürmektedirler. Anılan borçluların tâbi oldukları düzenlemelerde, borcun ne kadarından sorumlu olacağı şeklinde bir paylaşım yani kısmî borçluluk da tasarlanmadığından, müteselsil sorumluluğun dış ilişki olarak ifade edilen karakteristik özelliğinin yukarıda sıralanan borçlular arasında bulunduğunu söylemek mümkündür. Bu nedenle, sürücü, motorlu araç işleten ve sorumluluk sigortacısı arasında müteselsil sorumluluğun tespiti için öğretide tartışıldığı gibi Türk Borçlar Kanunu'nun 61'inci maddesine sığınmaya gerek yoktur²¹. Farklı hukuki nedenlerle "aynı zarardan" sorumlu olan kişilerin *müteselsil sorumluluk hükümlerine tabi olduğunu* düzenleyen bu hüküm, aslında sorumluluk sigortacısının edimine uygun da değildir. Sorumluluk sigortacısı, zarar görene ödeme yapmakla, karşı âkidinin yani sigortalının mamelekinin pasifinde oluşan zararı sona erdirmektedir. Sorumluluk sigortacısının sigortalısına değil de kazadan bilfiil zarar görmüş olan kişiye doğrudan (ilk elden) ödeme yapması ve böylelikle zarar görenin zararının bir an önce tazmin edilmesi, Türk Ticaret Kanunu'nun 1473'üncü maddesi hükmünün (ve KTK m. 99 hükmünün) emri gereğidir.

Bu durumda, gerçekte tahsilat yapan, sigorta sözleşmesine yabancı zarar gören 3. kişi ise de sorumluluk sigortacısının edim yükümlülüğü, sigortalının mamelekinde oluşan zarara karşı himaye vermektir. Dolayısı ile sorumluluk sigortacısının sorumlu olduğu "zarar" ile haksız fiili ika eden veya motorlu araç işletenin sorumlu olduğu "zarar" aynı değildir²². Ancak, zarar gören açısından bakıldığında, onun her 3 borçluya da yönelttiği talebin dayanağı olan zarar aynıdır; o da, trafik kazasının kendi malvarlığının aktifinde oluşturduğu zarardır.

21 Yeşilova-Aras, s. 91. Karayolları Trafik Kanunu'nun doğrudan dava hakkını düzenleyen 97 nci maddesi hükmünü, sorumluluk sigortacısının sigortalı ile birlikte müteselsil sorumlu olduğuna yönelik en önemli pozitif hukuk dayanağı olarak gören, *katılmadığımız görüş* için bkz. Acar, s. 1404. Sorumluluk sigortacısının, sigortalıya değil de ilk elden zarar görene ödeme yükümlülüğü KTK m. 99 hükmünden doğmaktadır. Oysa, doğrudan dava müessesesi, zarar görene, önce motorlu araç işletenin sorumluluğunu hüküm altına aldırma zorunluluğu olmaksızın, doğrudan sigortacıya karşı açılacak davada, zarardan sorumlu araç işletenin sorumluluğunu, onun gıyabında yargılabilmek anlamına gelir. Bu sebeple, KTK m.97 hükmü ile zarar görenin konumu daha kuvvetlendirilmiştir. Başka bir deyişle, m. 99 hükmü ile zarar görene bahşedilen imkân (sigorta tazminatını talep edebilme yetkisi), m.97 hükmündeki doğrudan dava ile taçlandırılmıştır.

22 Şenocak, s. 285. Yazar, sorumluluk sigortacısının sorumluluğunun müteselsil olmadığını; TBK m. 61 hükmünün buna uygun olmadığını tespit etmiş ve fakat müteselsil sorumluluğun genel karakteristik özelliklerinin sorumluluk sigortacısı ile zarar gören arasında olup olmadığını (zarar görenin, karşısında borçlu olarak var olan kişilerden, kendi mameleki açısından aynı edimi –sorumluluk tazminatını- talep edip etmediğini) incelememiş dolayısı ile de sorumluluk sigortacısının sorumluluğuna, *müteselsil sorumluluğa benzer bir sorumluluk* olarak kanaat getirmiştir.

Salt bu husus, Karayolları Trafik Kanunu'nda açıkça ifade edilmemişse de, müteselsil borçluluğun en önemli varlık sebebidir.

Bu noktada bir de Karayolları Trafik Kanunu m. 95 ve aynı konuda genel hüküm niteliğindeki Türk Ticaret Kanunu'nun m. 1484(1) hükmünü de incelemek gerekecektir. Sigortacının, sigortalıya karşı sigorta sözleşmesi veya buna ilişkin kanun hükümleri gereği ifa yükümlülüğü altında olmasa bile anılan hükümler gereği, sigorta bedeline kadar zarar görene ödeme yapma mecburiyeti altında olması, zarar gören için çok daha ileri boyutta bir koruma getirmektedir. Öyle ki, sigortalının sigortacıdan alacak hakkı bulunmasa dahi, kanun koyucu sanki böyle bir alacak varmışçasına zarar görene bunu talep hakkı bahsetmiştir.

Sigorta tazminatını azaltan veya bu yükümlülüğü kaldıran hallerin zarar görene ileri sürülememesine ilişkin hüküm gereği Karayolları Trafik Kanunu kapsamında hem zorunlu hem de ihtiyari sorumluluk sigortaları açısından (KTK m. 100) onun dışındaki sorumluluk sigortaları bakımından ise sadece zorunlu olanlar bakımından (TTK m. 1484(1)) öğretilen sigortacının, sigortalının değil zarar görenin zararından sorumlu olduğu; bu hususun da TBK m. 61 hükmünün şartını karşıladığı; birden fazla kişinin farklı hukuki sebeplerle "aynı zarardan" sorumlu olduğu ve bu durumun da müteselsil sorumluluk hükümlerine tabi olunmasını gerekli kıldığı ileri sürülmüştür²³. Bu görüşe katılmıyoruz, zira sigortalıya edim yükümlülüğü olmasa bile zarar görene ödemede bulunan sorumluluk sigortacısına daha sonra sigortalısına rücu etmesi imkânının açıkça Karayolları Trafik Kanunu m. 95/II hükmünde²⁴ getirilmiş olmasından da anlaşılacağı üzere, kanun koyucu sigortacıyı "sorumlu" adanmamış sadece zarar gören, bir an önce zararını kapatabilmesi için sigorta bedeline kadar olan tutarda sorumluluk tazminatını, sigortacıdan talep etme hakkına kavuşturulmuştur. Kanun koyucu trafik sigortasında ve sair zorunlu sorumluluk sigortalarında sigortacıyı zarar gören karşısında adeta bir yardım butonu olarak görmüştür. Başka bir deyişle, akdî yükümlülüğünün dışında kalan tüm ödemeyi aynen sigortalısına rücu imkânının sorumluluk sigortacısına verilmiş olması, onun kanunen (KTK m. 95) motorlu araç işletenin borcuna Türk Borçlar Kanunu m. 201 anlamında katıldığını göstermektedir. Öyle ki, sorumluluk sigortacısı KTK m. 95 hükmü eliyle, motorlu araç işletenin bor-

23 Ünan, s. 364 vd.

24 Rücu imkânını aynı şekilde sorumluluk sigortacısına açıkça veren bir düzenlemenin TTK m. 1484(1) hükmünde yer almamasını eksiklik olarak gören ve bu eksikliği hükmün gerekçesinde KTK m. 95/II hükmünün zikredilmesiyle doldurulabileceği yönündeki görüş için bkz. Birgül Sopacı-Öztuna, "Zarar Görene Karşı İfa Yükümlülüğü", Ed: Prof. Dr. Samim Ünan, Prof. Dr. Emine Yazıcıoğlu, *Sigorta Hukuku Sempozyumları*, Oniki Levha, İstanbul, 2018 s. 76, 93.

cuna sigorta bedeline kadar tutarda katılmış²⁵ ve onunla birlikte Türk Borçlar Kanunu m. 201/II gereği müteselsil sorumlu kabul edilmiştir²⁶. Sigorta sözleşmesinden doğan edimini aşan tutarda yaptığı ödemeyi aynen sigortalısına rücu²⁷ edebilecek olması, müteselsil sorumlular arasındaki iç paylaşım ile ilgili Türk Borçlar Kanunu m. 167/I hükmüne (müteselsil sorumlular arasındaki eşit paylaşım esası) nazaran özel hüküm niteliği taşımaktadır.

C. Sorumluluk Sigortacıları Arasındaki Sıraya İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi

Trafik kazasının doğurduğu zarardan sorumlu olanların sigortalı olduğu sorumluluk sigortaları birden fazla ise zarar görenin doğrudan davası bakımından öncelikle tüketmesi gereken bir sıra olup olmadığı konusunda açık bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Birden çok sorumluluk sigortasının bulunması ile ilgili tek hüküm, Türk Ticaret Kanunu'nun 1485(1) hükmünün atfı ile sorumluluk sigortalarına da uygulanacağı düzenlenen madde 1466(1)'deki sigortacılar arasında "orantılı sorumluluğun" bulunduğu ile ilişkin düzenlemedir. Birden fazla sorumluluk sigortacısından her birinin, sigorta bedellerinin toplamına göre, kendilerinin sigorta ettiği bedel oranında sorumlu olacağına ilişkin bu düzenleme, yapılan atfın içeriğine ve 1485 hükmünün kenar başlığı dikkate alındığında, zorunlu veya ihtiyari sorumluluk sigortacıları arasında bir ayırım yapılmaksızın, birden fazla sorumluluk sigortasının aynı anda yapılıp yapılmadığına da dikkat etmeksizin tek bir paylaşım esası içermektedir ki o da orantılı sorumluluktur.

25 Borca katılan için, asıl borçlu ile alacaklı arasındaki borç ilişkisinden bağımsız bir borç doğmaktadır. Borca katılan için ilk borçtan bağımsız olarak zamanaşımı ve muacceliyet tarihi belirlenecektir. Borca katılan açısından borç, katılanın kendi borcu olarak nitelendirilir. İlk borçlu aynı şekilde borçtan sorumlu olmaya devam eder. Alacaklının, ilk borçluyu kaybetmeksizin, teminat amacıyla onun yanında ikinci bir borçlunun da yer almasında menfaatinin olduğu durumlarda borca, üçüncü bir kişi katılır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Seda Yıldız-Portakal, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borca Katılma*, Oniki Levha, İstanbul, 2016, s. 33 vd.

26 Karayolları Trafik Kanunu kapsamı dışında kalan sorumluluk sigortaları bakımından, şayet söz konusu sorumluluk sigortacısı zorunlu bir sorumluluk sigortası da akdetmiş değilse, başla bir deyişle TTK m. 1484(1) hükmünün uygulama alanının olmadığı durumlarda, sorumluluk sigortacısının zarar gören karşısındaki sorumluluğunun hukuki niteliği "borca katılma" değildir. Bir ihtiyari sorumluluk sigortacısının, (trafik kazası mağduru olmayan) zarar görene karşı yaptığı ödeme aşında sigorta sözleşmesinden doğan kendi edimidir. Bu edimi talep etme hakkına TTK m. 1473 hükmü ile kavuşturulan zarar gören içinse talep ettiği ödeme, kendi zararının tazminine yöneliktir. Sigorta tazminatı, bu anlamıyla sorumluluk tazminatının bir an önce zarar görenin eline geçmesinde bir imkândır. Zarar görenin, sigorta tazminatının alacaklısı olmayıp da sadece onu talep etme hakkına sahip olması, sorumluluk sigortası sözleşmesinin TBK m. 129 anlamında 3. kişi yararına sözleşme niteliği ile açıklanabilir (Ayrıntılı bilgi için bkz. Yeşilova-Aras, s. 71-78).

27 KTK m. 95/II hükmündeki rücu imkânını, müteselsil sorumluluktan bağımsız gören görüş için bkz. Şenocak, s. 286.

Bu noktada, somut olay için geçerli olan ve söz konusu zarar için teminat sunan sorumluluk sigortalarının zorunlu olup olmadığı; zorunlu ise de zorunluluğu düzenleyen ilgili kanunun kendi içeriğinde zarar görenin başvurusu ile ilgili Türk Ticaret Kanunu'na nazaran özel bir düzenleme yer alıp almadığına ve şüphesiz söz konusu sorumluluk sigortasının genel şartlarında sigorta konusunun ve teminat altındaki zararın nasıl ifade edildiğine dikkat ederek bir sonuca varmak gerekir. Bu nedenle çeşitli ihtimaller aşağıda ayrı ayrı değerlendirilmiştir.

Ç. İki Farklı Zorunlu Sorumluluk Sigortasının Bulunması

Sorumluluk sigortalarına da uygulanan Türk Ticaret Kanunu'nun 1466/I hükmünün (orantılı sorumluluk) emredici olduğu unutulmadan bu sefer Karayolu Taşıma Kanunu'nun 19(3) hükmündeki öncelik sırasına ilişkin düzenlemeyi de değerlendirmek gerekecektir. Şayet yargı aşamasında hala bir zorunlu taşımacılık sorumluluk sigortası poliçesi yer almakta ve zarar gören bu poliçenin teminatına diğer bir zorunlu sorumluluk sigortası (trafik sigortası) poliçesinin teminatı ile birlikte başvurmuş (zarar, her iki sigorta bedelinin toplamından az) ise her iki poliçenin de teminatı kapsamında olan bir zarar türü için öncelikle tüketilme ve yetmiyorsa diğer poliçenin teminatına başvurma konusunda mevzuatta var olan bir hüküm şüphesiz ki dikkate alınmayı gerektirir.

Karayolu Taşıma Kanunu'ndaki m. 19(3) hükmü, *“Meydana gelen zarar öncelikle taşımacının sorumluluk sigortasından karşılanır. Bu sorumluluk sigortası ile karşılanmayan zararlar için, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa göre yapılması zorunlu olan mali sorumluluk sigortacısına müracaat edilir.”* şeklindedir. Zarar görene hitap eden bu başvuru sırasına ilişkin hükmü, şüphesiz ki Türk Ticaret Kanunu'ndaki “birlikte ve fakat orantılı sorumluluk” ile ilgili hükümle birlikte değerlendirmek gerekir. Fakat öncelikle, Türk Ticaret Kanunu'nun sorumluluk sigortacıları arasındaki orantılı sorumluluk getiren 1466(1) hükmü ile Karayolu Taşıma Kanunu'nun m. 19(3) düzenlemesi çatışan iki hüküm müdür aslında bu noktadan incelemeye başlamak gerekir.

Türk Ticaret Kanunu m. 1466(1) hükmündeki sorumluluk sigortacılarının orantılı sorumlu olacağına ilişkin düzenleme, sorumluluk tazminatının alacaklısı konumundaki zarar gören karşısında zarar görenin tahsil inisiyatifini yani müteselsil sorumlular arasından kime başvuracağını seçim özgürlüğüne başka bir deyişle, müteselsil sorumlulukta dış ilişki olarak anılan Türk Borçlar Kanunu'nun emredici nitelikteki 163. maddesi hükmüne aykırı değil midir? Yoksa orantılı sorumluluk hükmü, müteselsil sorumlular arasında “eşit paylaşım” esasına dayalı *iç ilişkiyi* düzenleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 167. maddesi hükmünün mü aksini düzenlemektedir?

Zarardan sorumlu olan sigortalı, zorunlu sorumluluk sigortacısı (trafik sigortacısı) ve varsa diğer zorunlu sorumluluk sigortacısı (zamanında akdedilmiş zorunlu taşıma sorumluluk sigortası) arasında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler yani Türk Borçlar Kanunu'nun 163'üncü maddesi hükmü uygulanma kabiliyeti bulduğundan, zarar gören dilediği borçludan veya hepsinden borcun tamamını (sigortalılardan ancak zorunlu sigorta bedeli ile sınırlı olarak) veya bir kısmını isteyebilir. Müteselsil borçlulukta dış ilişki olarak anılan bu tahsilde seçim yetkisine ilişkin kural, Türk Borçlar Kanunu'na nazaran özel Kanun olarak kabul edilecek Karayolu Taşıma Kanunu m. 19(3) hükmü gereği değiştirilmiş ve iki zorunlu sorumluluk sigortacısı arasında zarar görenin seçim yetkisinin bulunmadığı, önce taşıma sorumluluk sigortası teminatının tüketilmesi gereği ve o yetmediği takdirde trafik sigortacısına başvurulabileceği düzenlenmiştir.

Buradan çıkartılacak genel kural; haksız fiil hükümleri gereği sürücü, Karayolları Trafik Kanunu gereği işleten ve işletenin zorunlu sorumluluk sigortacıları müteselsil borçlu konumunda iseler de, birden fazla ve farklı kanuni dayanaklarla zorunlu olarak sorumluluk sigortası akdeden sigortacılar açısından zarar görenin seçim yetkisini kaldıran özel bir hüküm bulunabilir. Karayolu Taşıma Kanunu m. 19(3) hükmü, bu tür özel bir düzenlemeye güzel bir örnektir.

Ne var ki, örneğin tehlikeli maddeler zorunlu sorumluluk sigortası ile tüpgaz zorunlu sorumluluk sigortası arasında zarar görenin, müteselsil sorumluluktan doğan seçim yetkisini değiştiren özel bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Tüpgaz Zorunlu Sorumluluk Sigortası Genel Şartarı'nın "Sigortanın Kapsamı" konulu 1 inci maddesinde, zarar görene yapılacak ödemenin öncelikle tüpgaz zorunlu sorumluluk sigortası teminatından, bu sigorta bedeli tükettikten sonra bakiye zararın tehlikeli maddeler zorunlu sorumluluk sigortası poliçesinin teminatından karşılanacağı şeklinde bir ödeme sırası getirilmiştir. "Ödeme sırası/başvuru sırası" şeklinde çok da doğru ifade edilemeyen bu husus aslında, müteselsil sorumluluktaki dış ilişkinin ana hükmü olan alacaklının tahsildeki inisiyatifine müdahale değil; tüpgaz zorunlu sorumluluk sigortası poliçesi ile teminat altına alınmış bir zararın, o zarar için tespit edilmiş zorunlu sigorta bedeli kadar kısmının, tehlikeli maddeler zorunlu sorumluluk sigortası poliçesi ile *teminat altına alınmamış* olduğudur.

Başka bir deyişle, bir zararın –belli bir tutara kadar- o poliçenin kapsamında yani teminatı altında olmadığını ifade etmek gerekirken, bunun sanki zarar görenin tahsil bakımından seçeceği borçlular arasında bir ödeme sırasının varlığı şeklinde genel şartlarda ifade edilmesi kanımızda isabetli değildir. Zararın

belli bir tutara kadarki kısmı veya o zararı oluşturan olayın oluşum şekli bir sorumluluk sigortasının kapsamı içinde değilse, başka bir deyişle sigortacının o konuda sigorta himayesi sunmadığı genel şartlarda ifade edilebilmişse, bunu zarar görenin seçimini etkileyen bir hüküm şeklinde yorumlamak ve dolayısı ile müteselsil sorumluluktaki alacaklının seçim inisiyatifini değiştiren bir düzenleme olarak düşünmek mümkün değildir.

Teminat verilmemesi ile verilen teminatın karşılığı olarak ödenecek sigorta tazminatında zarar görenin tabi olacağı talep sırasına yönelik özel düzenleme, birbirinden farklı meselelerdir. Kaldı ki, Türk Borçlar Kanunu'nun 163'üncü maddesinin emredici hükmünü değiştirebilecek hüküm, ancak özel bir kanundaki düzenleme olabilir. Sigortacılık Kanunu'nun madde 11(1) hükmü uyarınca sözleşmenin ana muhtevası yani esasen bir sözleşme hükmü olarak nitelendirilebilecek Tüpgaz Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının 1. maddesi, "alacaklının seçimini etkileyen bir tahsil hükmü" olarak yorumlansa bile müteselsil borçluluktaki dış ilişkinin temel ilkesini değiştirebilecek normatif kuvvette değildir. Zira hiçbir sözleşme hükmü, kanunun emredici hükmüne aykırı olamaz. Ne var ki, yukarıda anılan genel şartların 1. maddesi lafzını, kenar başlığını da dikkate alarak, sigortacının himaye vermediği bir zarar ve oluşum türü olarak yorumlamak mümkündür. Böylece, iki farklı (zorunlu) sorumluluk sigortası arasında LPG patlamasından doğan zarar açısından "sıra" olduğu değil; bu tür zararlar bakımından birinin teminat verdiği diğerinin ise ancak belli bir zarar tutarının üstünde ise sigorta himayesi verdiği şeklinde düşünmek kanaatimizce daha isabetli olacaktır.

D. Bir Zorunlu Bir de İhtiyari Sorumluluk Sigortasının Bulunması

Zarar görenin önünde hem trafik sigortası poliçesi hem de araç işletenin ihtiyari sorumluluk sigortası poliçesi bulunması halinde her iki sigortanın da teminat kapsamında olan bir zarar için başvuru önceliğinden bahsetmek mümkün müdür? Bu konuda ne Karayolları Trafik Kanunu'nda ne de Türk Ticaret Kanunu'nda yol gösterici bir hüküm bulunmaktadır.

Zarar gören 3. kişinin, trafik kazası neticesinde malvarlığında veya şahıs varlığında doğan zarar için teminat veren zorunlu sorumluluk sigortacısı ile ihtiyari sorumluluk sigortacısı arasında tahsil inisiyatifine sahip olup olmadığı, TBK m. 163 hükmünden elde ettiği seçim özgürlüğünü, müteselsil borçlulardan birisinin zorunlu sorumluluk sigortacısı olması halinde kaybedip kaybetmeyeceğini incelemek gerekecektir. Sadece Türk Borçlar Kanunu'ndaki müteselsil sorumluluk hükümleri dikkate alınrsa, zarar görenin zorunlu sorumluluk sigortası poliçesinin teminatını tüketmeden, ilk elden ihtiyari so-

rumluluk sigortacısına başvurabileceğini, müteselsil borçlular arasından kime başvurabileceğini seçme konusunda zarar görenin tahsil inisiyatifine sahip olduğunu söylemek mümkündür.

Ancak, Motorlu Kara Taşıtları İhtiyari Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın "Teminatın Kapsamı" başlıklı 1'inci maddesi, bu sigortanın ancak zorunlu sorumluluk sigortasının teminat sınırının üzerinde kalan kısmı için sigorta himayesi vereceğini belirtmiştir. Böylelikle, zarar görenin ihtiyari sorumluluk sigortası poliçesinin teminatını kullanabilmesi için zorunlu sorumluluk sigortası teminatının tüketilmesi ve hala karşılanmayan zararının bulunması gerekir. Sigorta genel şartlarındaki bu hüküm, zarar görenin müteselsil borçlular arasındaki seçim inisiyatifine ve kanunun emredici maddesine (TBK m. 163) bir müdahale veya aykırılık değildir. Başka bir deyişle, zorunlu sorumluluk sigortacısını "öncelikle seçilecek müteselsil borçlu" olarak zikretmek doğru olmayacaktır. Zorunlu sorumluluk sigortasının karşıladığı zorunlu teminat bedeli kadar olan zarar için ihtiyari sorumluluk sigortası sözleşmesinin sigorta himayesi vermediğini, bu sigortanın kapsamı içinde bulunmadığını söylemek, tahsil talebinde bulunanın "seçim" hakkı ile ilgili bir mesele değildir.

E. Sorumluluk Sigortalarının Yanı Sıra Zorunlu Kaza Sigortasının Bulunması

Taşıyıcı sıfatına sahip olan ve Karayolu Taşıma Kanunu uyarınca taşımacılık konusunda yetki belgesi sahibi olan motorlu araç işleten kişinin zorunlu olarak her bir koltukta oturan yolcu lehine (grup) kaza sigortası yaptırması, Bakanlar Kurulu kararı²⁸ ile zorunluluktur. Karayolu Taşımacılığı Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası Genel Şartları gereğince tedavi giderleri de teminat altına almaktadır ve bu teminat, zarar sigortaları hükümlerine tabidir (TTK m. 1510(3)).

Böylelikle, sakatlık teminatı altında örneğin 1 gözünü kaybetmesinin karşılığı olarak kaza sigortacısından tahsil ettiği meblağ (sigorta bedeli), zarar görenin göz kaybı sebebiyle uğradığı zararının karşılığı olmadığı için, sorumluluk sigortacılarından doğrudan talep ettiği maddi ve manevi zararının karşılığı tazminattan mahsup edilemeyecektir.

Buna karşılık, kaza sigortası poliçesinin tedavi giderleri için öngördüğü sigorta bedeli, zarar görenin trafik kazası neticesinde tek gözünü kaybetmesinin sonucu olarak geçirdiği tedavilerin onun malvarlığında yarattığı zararın karşılığı olarak talep edildiği için, bu sefer zarar görenin önünde bu zararının tazminini talep edebileceği 3 sigortacı bulunacaktır: 1- Motorlu karayolu aracını işletenin ve aynı zamanda taşıyıcının zorunlu sorumluluk sigortacısı, 2- İşlete-

28 2004/6789 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (RG 25/2/2004- 25384).

nin ve taşıyıcının ihtiyari sorumluluk sigortacısı, 3-Taşıyıcının zorunlu olarak kazadan önce zarar gören yolcu lehine akdettiği kaza sigortası.

Tedavi giderleri bakımından, zorunlu sorumluluk sigortasının teminatını ve ona ilişkin sigorta bedelini tükettikten sonra hala karşılanmayan zararın bulunması halinde, karayolu motorlu kara taşıtları ihtiyari mali sorumluluk sigortası poliçesinin tedavi giderleri teminatı ve bu teminata özümlenen sigorta bedeli, zarar gören yolcunu kendi zararının tazmini açısından doğrudan başvurulabilecek bir imkândır.

Bu noktada dikkati çeken husus, zarar görenin “tedavi giderleri” açısından oluşan zararı için tercihini bu kez “lehtar” sıfatıyla ilk önce zorunlu kaza sigortasını akdeden sigortacıdan yana kullanıp kullanamayacağıdır. Tedavi giderleri teminatı bakımından değerlendirecek olursak, zarar görenin karşısında zarar sigortası hükümlerine tabi 2 zorunlu sigorta ve 1 ihtiyari sorumluluk sigortası bulunduğu, zarar görenin tercihini dilediği sigortacıya karşı kullanıp kullanamayacağını incelemek gerekir.

Zarar görenin karşısında 3 sigortacının müteselsil sorumluluk hükümlerine tabi olarak mı sorumlu olduğunu tespit etmekle başlamak gerekirse, trafik sigortasının teminatı bitmeden Karayolu Trafik Kanunu’ndan doğan sorumluluğu teminat altına alan ihtiyari sorumluluk sigortacısına başvurulamayacağı, trafik sigortası teminatına ilişkin zorunlu sigorta bedeline kadar olan zararların ihtiyari sorumluluk sigortası poliçesinin teminatı kapsamında olmadığı, sigorta genel şartlarında yazılması ile zarar görenin ancak Karayolları Trafik kanunu kapsamında zorunlu sigorta bedelini aşan zararı için ihtiyari sorumluluk sigortacısına başvurabileceğini yukarıda incelemiştik.

Zarar görenin tedavi giderleri zararı için iki farklı zorunlu sigorta sözleşmesinin teminat vermesi halinde, yani her iki sigortanın genel şartlarında da “sigortanın konusu” maddesinde bir sınırlama yoksa, yolcunun talep konusu yapacağı tedavi giderleri zararı, her iki poliçenin de teminatı kapsamında ise her iki sigortacıya da yolcunun, kendi mamelekindeki “aynı zarar kalemini”nin tazmini için başvuracağı düşünüldüğünde, gerek zorunlu sorumluluk sigortacısının gerekse zorunlu koltuk sigortacısının (tedavi giderleri teminatı için) müteselsil borçlu sıfatına sahip olduğunu tespit etmek kolay olacaktır. Zira Türk Ticaret Kanunu’nda, Karayolları Trafik Kanunu’nda veya Karayolu Taşıma Kanunu’nda, ilgili zorunlu sigortacıların kısmî sorumlu olacağına ilişkin bir hüküm de bulunmamaktadır.

Bu halde, sorumluluk tazminatı alacaklısı yolcunun, tahsil bakımından seçeceği borçlu, trafik sigortacısı olabileceği gibi kaza sigortacısı da olabilir. Türk Borçlar Kanunu’nun emredici olarak alacaklıya tanıdığı bu seçim hakkının bir

sözleşme hükmü ile kaldırılmasının mümkün olup olmadığı hususunu değerlendirmek gerekecektir. Öyle ki, Zorunlu Ferdi Koltuk Kaza Sigortası Genel Şartları m. A.3.3 hükmü, yani “*tedavi giderlerinin başka sigorta sözleşmeleri ile teminat altına alınmış olması halinde söz konusu giderler öncelikle bu sigortadan karşılanır*” ifadesi, hükmün kenar başlığına dikkat edilirse tedavi giderleri teminatının kapsamını belirleyen bir hükmün içindedir. Şüphesiz, sigorta genel şartlarının sigorta sözleşmesinin ana muhtevası olarak, bir sözleşme hükmü olması niteliği ve kanunun emredici hükümlerine aykırı olamayacağı gerçeği karşısında, yolcunun seçim hakkını sınırladığı ve öncelikle kaza sigortacısına başvurması gerektiği düşünülemez. Koltuk kaza sigortasının kanundan değil; Bakanlar Kurulu kararı ile doğması Türk Borçlar Kanunu m. 163 hükmüne “özel” (*lex specialis*) nitelikte bir kanun hükmünün bulunmaması nedeniyle yolcunun başvurusu özgürlüğünü değiştiren bir normatif kuvvetinin olmadığı ilk tahlilde düşünülebilecektir. Başka bir deyişle, Zorunlu Ferdi Koltuk Kaza Sigortası Genel Şartları m. A.3.3 hükmündeki “*Tedavi giderlerinin başka sigorta sözleşmeleri ile teminat altına alınmış olması durumunda, söz konusu giderler öncelikle bu sigortadan karşılanır*” hükmü, Türk Borçlar Kanunu’nun 163. maddesi hükmüne aykırıdır ve yolcuya karşı ileri sürülmesi mümkün değildir. Anılan hükmü, müteselsil borçlular arasındaki iç ilişkiye yönelik bir özel paylaşım esasının getirilmesi olarak yorumlamak mümkündür.

Ancak, farklı türde olsalar da her ikisinin de zorunlu sigorta sözleşmesi olduğu düşünüldüğünde, hele ki meblağ sigortaları içine zarar sigortası hükümlerine tabi olacak şekilde, yolcunun gerçek zararının da karşılanmasına yönelik “tedavi giderlerinin” teminat kapsamına dâhil edilmiş olmasından hareketle devlet, yolcunun tedavi giderleri için daha fazla güvence altında olmasını arzularak mümkünse zarar verenin malvarlığına hukuken başvurmakla mücadele edip bir kez de o hukuki süreçte mağdur olmasını istememiştir. Başka bir deyişle, söz konusu olan tedavi giderleri şeklindeki maddi tazminat olduğunda, kaza sigortası himayesinin tamamlayıcısı olarak zorunlu sorumluluk sigortası (trafik sigortası) poliçesinin himaye vermesinin istendiği görülebilir. Ne var ki, kaza sigortasının zorunlu olmasının hukuki dayanağı bir kanun olmadığı için, devletin bu iradesini de bir kanun hükmü olarak görmek, Karayolu Taşıma Kanunu m. 19(3) hükmünde olduğu gibi, mümkün olmamıştır.

Koltuk sigortası genel şartlarının A.3.3 maddesindeki “*. giderler öncelikle bu sigortadan karşılanır*” ifadesi tamamen yolcunun öncelikle bu poliçenin teminatına başvurmak zorunda olduğunu yani onun seçimini yönlendiren bir mecburiyet barındırmaktadır ve bu yazım tekniği ile Türk Borçlar Kanunu’nun m. 163 hükmüne aykırıdır. Halbuki söz konusu ifade, tıpkı İhtiyari Motorlu

Araçlar Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarınının 1. maddesindeki gibi “...aracın işletenine terettüp eden sorumluluğu,...Zorunlu Mali sorumluluk Sigortası hadlerinin üzerinde kalan kısmını temin eder” şeklinde belli bir haddin altındaki zarara teminat verilmediği yönünde yazılıydı, yolcunun önünde zaten birbiriyle yarışan iki poliçenin olmadığı; birinin teminatının bittiği yerde diğerrinin teminatının başlayacağı daha doğru ifade edilmiş olurdu.

Yolcunun kazadan önce kendisinin akdettiği bir ferdi kaza sigortasının bulunması ve bu poliçede tedavi giderleri teminatının da yer alması halinde, yolcu hem koltuk sigortasını hem de trafik sigortasını atlayıp kendisinin akdettiği ve lehtar olduğu ferdi kaza sigortası poliçesinin teminatını kullanmak üzere kendi sigortacısına başvurabilir mi? Bir sigortanın zorunlu olması, zarar görenin de ona zorunlu olarak başvurması gerektiği anlamına mı gelir? Akdin zorunlu olarak yapılması, motorlu aracın işletilmesinin ortaya çıkardığı büyüklük karşısında, sosyal devlet anlayışı altında, zarar görebilecek kişilerin zararlarının hızla tazmin edilebilmesi ve zarardan sorumlu olanların ödeme güçsüzlüğü içinde bulunabilmeleri ihtimaline karşı korunması içindir. Ancak, zarar görenin, kendisi için yaratılmış bu imkâna başvurmak zorunda olduğunu söylemek mümkün değildir. Zarar vereni ve zarardan sorumlu olanı dahi hukuken takip etme zorunluluğu yolcu açısından bulunmazken, trafik mağduruna mutlaka kendisi düşünülerek yaratılmış zorunlu sigortaların himayesinden öncelikle faydalanması gerektiğini ileri sürmek, bu konuda hiçbir kanunda düzenleme olmadığı için, mümkün değildir.

Yolcunun kendisinin akdettiği ferdi kaza sigortasının poliçesinde, tedavi giderleri teminatının konusu bakımından bir özel şart ile sınırlama getirilmediği müddetçe (“zarardan sorumlu olanların kanunen akdetmesi zorunlu sigortaların himayesi dışında kalan tedavi giderleri teminatın konusunu oluşturur” gibi) yolcunun ilk elden ihtiyari kaza sigortacısını seçmesi mümkündür.

III. İkinci Sorun: Zarar Gören 3. Kişi ve Doğrudan Davada Zamanaşımı

Zarar görenin haksız fiil ilişkisi içinde bulunduğu sürücüye; onunla birlikte Karayolları Trafik Kanunu uyarınca müteselsil sorumlu olan araç işletene veya onun sorumluluk sigortacısına karşı yönelteceği tazminat taleplerine ilişkin zamanaşımı, bu sorumlulukların kaynağı olan ilgili kanunlarda ayrı ayrı düzenlenmiştir. Bir yandan Türk Ticaret Kanunu m. 1420 ve 1482 hükmü birlikte, sorumluluk sigortacısına karşı yöneltilecek talepler bakımından zamanaşımını düzenlerken; diğer yandan Türk Borçlar Kanunu m. 72 hükmü haksız fiil bakımından zarar verene karşı ileri sürülecek tazminat taleplerinde zamanaşımını düzenlemiştir.

Bu aşamada iki husus, değerlendirmeyi detaylandırma ihtiyacı doğurmaktadır. Bunlardan birincisi; Türk Ticaret Kanunu'nun zamanaşımı konusundaki genel hüküm niteliğindeki m. 1420(2) hükmündeki “*Diğer Kanunlardaki hükümler saklıdır*” düzenlemesi ve madde 1420(1)'de yer alan zamanaşımı hükmü ile çatışması halinde Karayolları Trafik Kanunu'nun zamanaşımına ilişkin hükmünün esas alınması gerektiği yönündeki kanun koyucunun iradesidir. İkinci önemli husus da zarar görenin, önce zarar verenin sorumluluğuna ilişkin bir yargılama başlatmadan, “doğrudan dava” yolu ile zarar verenin sorumluluk sigortacısına başvurabileceği düşünüldüğünde Türk Ticaret Kanunu'nun 1478'inci maddesinin zamanaşımına ilişkin “*sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı içinde kalmak şartıyla*” düzenlemesinin Karayolları Trafik Kanunu ile birlikte nasıl değerlendirilmesi gerekeceğidir.

Karayolları Trafik Kanunu'nun 109'uncu maddesi ile başlayan 5. Bölümü, “Ortak Hükümler” başlığını taşımaktadır. Burada Kanun koyucunun anlatmak istediği, hem kusursuz sorumluluk esasıyla, sürücü ile birlikte müteselsil sorumluluğunu düzenlediği motorlu araç işletenine karşı, zarar görenin yöneltceği talepler bakımından hem de motorlu araç işletenin zorunlu sorumluluk sigortacısına karşı yöneltilecek doğrudan başvuru bakımından geçerli olan “ortak” hükümlerdir. “Zamanaşımı” (m. 109), “yetkili ve görevli mahkeme” (m. 110) ile “sorumluluğa ilişkin anlaşmalar” (m. 111) kenar başlığı ile düzenlenen 3 hüküm, zarar görenin hem motorlu taşıt işleteni ile arasındaki hukuki ilişki hem de işletenin sorumluluk sigortacısı ile kendisi arasında kanunen ve “doğrudan” tesis edilen (m. 97) hukuki ilişki açısından geçerli olan ortak düzenlemelerdir.

O halde sorumluluk sigortası, Karayolları Trafik Kanunu'ndan doğan sorumluluğu teminat altına alıyorsa, gerek Türk Ticaret Kanunu'ndaki sigorta sözleşmesine ilişkin zamanaşımı hükmü gerekse Türk Borçlar Kanunu'ndaki haksız fiile ilişkin zamanaşımını konu alan düzenleme devre dışı kalmaktadır. Zarar görenin, bir taraftan kusursuz sorumluluğu yaratılan araç işletenle diğer taraftan da onun sorumluluk sigortacıları ile arasındaki hukuki ilişki, tek bir zamanaşımı hükmüne tabi olacak, bu açıdan Türk Ticaret Kanunu'nun 1478'inci maddesindeki “*sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı içinde kalmak şartıyla*” ifadesinin değerlendirilmeye muhtaç bir yönü kalmayacaktır. Çünkü, sorumluluk sigortasını akdeden ve zarardan aslen sorumlu olan kişinin tabi olduğu zamanaşımı ile onun sorumluluk sigortacısının (doğrudan dava için) tabi olduğu zamanaşımı, Karayolları Trafik Kanunu'nun “ortak” şekilde uygulanan 109'uncu maddesi sayesinde çakışmakta; biri diğerinden daha kısa olmadığı için de Türk Ticaret Kanunu'nun 1478'inci maddesindeki “*...içinde*

*kalmak şartıyla*²⁹ ifadesi Karayolları Trafik Kanunu özelinde anlamını yitirmektedir.

Karayolları Trafik Kanunu m. 109(1) hükmü, zarar gören ister motorlu araç işletenine isterse onun sorumluluk sigortacısına doğrudan başvursun, tek bir zamanaşımını düzenlemiştir: Zararı ve tazminat yükümlüsünün zarar gören tarafından öğrenilmesinden itibaren 2 yıl; trafik kazasından itibaren de 10 yıl. Kazanın oluşumu itibari ile cezayı gerektiren bir fiil söz konusu ise, aynı hükmün ikinci fıkrası uyarınca, Türk Ceza Kanunu bu fiil için daha uzun bir zamanaşımı görmüşse, söz konusu süre Karayolları Trafik Kanunu'ndaki kısa kalan sürenin yerine uygulanacaktır. Bu noktada, uygulamada “uzatılmış zamanaşımı” şeklinde anılması nedeniyledir ki, sürelerin üst üste eklendiği, ekleme yoluyla uzadığı³⁰ şeklinde bir yanlışlık söz konusudur.

Örnek üzerinden anlatılacak olursa; trafik kazası 1 Ocak 2011 yılında gerçekleşmiş ve yaralı yayanın, olay yerinde aldığı darbenin neticesinde yıllarca süren ameliyatlar neticesinde 1 Ocak 2018 yılında dosyaya giren nihai Adli Tıp raporuna göre yüzde 65 maluliyeti kesinleşmiş, daha fazla iyileşemeyeceği, yapılacak başka bir tedavinin kalmadığı düşüncesiyle tedavi süreci sonlanmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 20.12.2017 tarihinde verdiği kararda³¹, “zararın öğrenilmesi” ile anlaşılması gerekenin, trafik kazasının vücut bütünlüğünde olay anında başlattığı zararın, ilerleyen süreçteki seyri ile birlikte, kapsamının genişlemesi halinde, nihai zararın öğrenilmesini sağlayan son Adli Tıp raporundaki tespitin dosyaya girdiği an olduğudur. Örneğimiz bakımından zararın öğrenildiği tarih, (kazadan 7 yıl sonra) 1 Ocak 2018 olarak kabul edilecektir. O halde, [1 Ocak 2018 + 2 yıl] ve [1 Ocak 2011 + 10 yıl] olarak Karayolları Trafik

29 Türk Ticaret Kanunu'nun 1478 inci maddesi hükmünde yer alan “...içinde kalmak şartıyla” ifadesinin anlamı ve örneğin zarar gören ile zarardan sorumlu olan kişi (sigortalı) arasındaki hukuki ilişkinin türüne göre zamanaşımının alacağın muacceliyetinden itibaren 1 yıl veya 5 yıl olması durumunda, sigorta sözleşmesinin tabi olduğu zamanaşımı da dikkate alındığında TTK m. 1478 inci maddesinin nasıl tatbik edileceğine ilişkin ayrıntılı açıklamalar ve öğretilerdeki farklı yorumlar için bkz. Yeşilova-Aras, s. 96, özellikle dn.268 ve 269.

30 Öğretilerde de yer alan “ceza zamanaşımı kadar uzayacaktır” görüşü için bkz. Şeker-Öğüz, s. 151.

31 Hukuk Genel Kurulu, 20.12.2017 tarihli 2017/3-2786 Esas; 2017/2026 sayılı kararında, “...Zararın öğrenilmesinden amaç, zarar verici olayı değil, zararın varlık ve niteliğini, unsurlarını, kapsamını öğrenmektir. Zararın varlığı ve bütün unsurları öğrenilmeden zarar görenin dava yoluyla talep edeceği tazminat hakkında yeterli bir değerlendirme yapamayacağı açıktır. Hukuka aykırı bir eylem işlenmesine karşın, onun doğuracağı zarar, henüz ortaya çıkmamış, zararın ortaya çıkması için zarar tarihinden itibaren bir takım etkenlerin gerçekleşmesi veya belli bir zamanın geçmesi gerekiyor ise zararın bütün unsurlarıyla birlikte öğrenilmesi mümkün değildir. Oysa ki zarar görenin mahkeme önünde ciddi bir dava açarak tazminat isteminde bulunabilmesi ve bu isteminin objektif bir şekilde destekleyen etkili gerekçelerini ortaya koyabilmesi için oluşan zararın niteliğini, kapsamını ve bütün unsurlarını öğrenmesi gerekir. Aksi halde, doğal olarak zamanaşımı süresi de işlemeye başlamayacaktır.” Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr (18.03.2024).

Kanunu'nu 109 uncu maddesinin birinci fıkrasını uygulamak mümkündür. Zarar görenin sorumluluk sigortacısına veya motorlu araç işletenine karşı yönelteceği talep, [1 Ocak 2020 ve 1 Ocak 2021] şeklindeki zamanaşımının her iki ayağının da içinde kalmalıdır. Ne var ki, fiil aynı zamanda Türk Ceza Kanunu'nun m. 89/4 ve 66/1-e taksirle yaralama suçunun unsurlarını da içerdiğinden, bu kanunun söz konusu suç için 8 yıl olarak öngördüğü zamanaşımı, Karayolları Trafik Kanunu'nun m. 109(1) hükmü ile tespit ettiğimiz ikili zamanaşımının kısa kalan ayağının (hangi ayakta zarar gören açısından zamanaşımı dolmuş ise) yerine uygulanacak ve son tahlilde, [1 Ocak 2018 + 8 yıl] ve [1 Ocak 2011 + 10 yıl] olarak maddi tazminat davası için geçerli zamanaşımı bulunacaktır.

Sürücü, araç işleten, zorunlu sorumluluk sigortacısı, ihtiyari sorumluluk sigortacısı müteselsil sorumlu ve müteselsil borçlular arasındaki zamanaşımı hükmüne (TBK m. 155/I) tabi olsalar da Karayolları Trafik Kanunu m.109(3) hükmü, bu çıkarımın yapılmasına ihtiyaç bırakmaksızın, tazminat yükümlüsüne karşı kesilen zamanaşımının, sigortacıya karşı da kesilmiş olacağını açıkça düzenlemiştir.

Bu açıdan düşünüldüğünde, örneğin motorlu araç işletenin ihtiyari sorumluluk sigortası poliçesine, işletene ve zorunlu sorumluluk sigortacısına birlikte açılmış davadan çok ileri bir safhasında ulaşılmış ise müteselsil borçluların bir kısmına karşı başlatılan yargılama ile kesilmiş zamanaşımı nedeniyle ihtiyari sorumluluk sigortacısına karşı da yeni bir dava açılması konusunda zamanaşımı tereddütü yaşanmayacaktır. Hatta zorunlu sorumluluk sigortacısı, zararın varlığını, kapsamının büyüklüğünü ve sigortalısının da bu zarardan açıkça sorumlu olduğu kanaatinde ise hiç yargılamaya gerek olmaksızın, zorunlu sigorta bedeline kadar zarar görenin zararını kazadan kısa bir süre sonra hemen karşılamışsa, zarar görenin bu tahsilatı da “kısmi ödeme” olarak kabul edilecek ve diğer müteselsil sorumlular bakımından da zamanaşımını kesecektir (TBK m. 154). Müteselsil sorumluluğu yukarıda tespit edilen sigortalılardan birinden, Türk Ticaret Kanunu'nun 1427(3) hükmü uyarınca yargılama dışı tahsil edilecek “avans ödemesi” de³² kısmi ödeme niteliğinde kabul edileceğinden (TBK m. 154), yine tüm müteselsil sorumlulara karşı zamanaşımını kesecektir.

IV. Üçüncü Sorun: Zarar Gören 3. Kişi ve Değer Kaybı Zararı

Bir maddi zarar türü olarak değer kaybı, trafik sigortası teminatı kapsamındadır. Trafik sigortası genel şartlarının ekinde yer alan hesap yönteminin, subjektif kriterler içermesi ve kullanılan verilerin ortaya çıkardığı sonucun da aracın ikinci el piyasasına göre hesap edilecek zarar tutarına nazaran zarar gören

32 Şeker-Öğüz, s. 149.

için hayli dezavantajlı olması, uygulamanın en yakındığı konulardan birisidir.

Türkiye Sigorta, Reasürans ve Emeklilik Şirketleri Birliği (TSB), bu konuda yargıda yığılan talepleri dikkate alarak, değer kaybı ile ilgili tazminat talepleri bakımından sigortacılara, Sigorta Genel Şartlarındaki hesap yöntemine göre daha adil olduğunu düşündüğü bir çözüm önermiş ve genel şartların ekinde sunulan hesap yönteminin yerine, özel şart ile sözleşmeye dâhil edilebilecek yeni bir hesap yöntemi yaratmıştır. Gerçekten, yeni hesap kriterleri ile varılan sonuç, sigorta genel şartlarındaki mevcut hesap yöntemine göre bulunan değer kaybını, zarar gören lehine tutar olarak yükseltmiştir.

Sorun, hangi hesap yönteminin zarar görenin doğrudan davasında uygulanacağından ziyade, sigorta sözleşmesinin ister genel şart ile isterse özel şart ile bir parçası halinde gelmiş ve değer kaybını hesaplayan matematiksel bir yöntemin nasıl olur da zarar görene doğrudan dava sürecinde ileri sürülebildiğidir.

Trafik sigortacısı, sözleşme hükmü olarak zarar görene ileri sürdüğü hesap yöntemi sayesinde, değer kaybı şeklindeki maddi zararın, ikinci el piyasalarından alınan somut teklifler ile ispatlanamayacağını, zarar görene en fazla sözleşmede yer alan hesap yöntemine göre bulunan tutarda ödeme yapılabileceğini def'i olarak ileri sürmektedir. Halbuki, Karayolları Trafik Kanunu m. 95 hükmünde, sigorta sözleşmesinden doğup da sigorta tazminatının azaltılması sonucunu doğuran hallerin zarar görene karşı ileri sürülemeyeceği; bu nedenle de zarar görene sözleşmesel edim yükümlülüğünden fazlasını ödemiş sigortacının o oranda sigortalısına rücu edebileceği düzenlenmiştir.

Doğrudan dava yolu ile tarafı olmadığı bir sözleşmeden doğan edimi (sigorta tazminatını), kendi zararının tazmini için talep hakkına kavuşturulmuş zarar görene, genel hüküm niteliğindeki Türk Ticaret Kanunu'nun 1478'inci maddesinde "*zarar gören, uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmını...*" denilerek, (kendi) zararını nasıl ispatlayacağı konusunda bir sınır getirilmemiştir. Bu hükümde sınır, sadece tutar ve zamanaşımı konusunda ön-görölmüştür.

Sorumluluk sigortacısı, kendi edimini yani sigorta tazminatı ödeme borcunu yerine getirirken Türk Ticaret Kanunu'nun 1473'üncü maddesi uyarınca doğrudan zarar görene ödeme yapması emredilmiştir. Başka bir deyişle, zarar gören 3. kişinin haksız fiilden doğan zararı, vasıta olarak sigorta tazminatı ile tazmin edilmektedir. Rizikoyu ihbar alan sigortacının, araştırmalarını tamamlayıp muaccel hale gelen sigorta tazminatını kendiliğinden zarar görene ödemesi halinde, zarar gören de bu ödemeyi tahsil edebilmek için doğrudan, yani zarar verene karşı dava açıp onun sorumluluğunu hüküm altına aldırmadan, hatta onun yokluğunda bu davayı sigortacıya karşı yürütebilmesi konu-

sundaki “doğrudan dava” isimli hukuki çareyi kullanarak “kendi zararının” sigorta bedeline kadar olan kısmının sigortacı tarafından karşılanmasını talep etmektedir. Bu hukuki çareyi düzenleyen ne genel hükümde (TTK m. 1478) de ne de özel olarak Karayolları Trafik Kanunu’nun 97’nci maddesinde, zarar görenin haksız fiilden doğan zararının ispatı hususunda, sigorta sözleşmesindeki “sigorta zararının hesaplanması”na ilişkin hükümlerle bağlı olduğu düzenlenmiştir.

Genel şartlarda yer alan hesap yöntemleri, “sigorta zararı”nın tespitine ilişkin, sigortacı ve sigortalı arasında geçerli olan hükümlerdir. Zira, sigortalının bu haksız fiil nedeniyle malvarlığının pasifinde ne kadar bir zararın oluşacağı, sigorta zararı olarak o yöntemle tespit edilecek ve sadece o kadarı için sigortalıya himaye taahhüt edilecektir. Zarar gören 3. kişinin, haksız fiil nedeniyle malvarlığının aktifinde oluşan zarar ise “kendi” zararıdır. Bu zararını zarar gören, teminatı yettiği kadar trafik sigortası poliçesinin sigorta bedelinden; üstünü de zarar verenin malvarlığından talep edecektir. Bu noktada, dikkat edilmesi gereken husus, genel şartlarda veya özel şartta yer alan ve zararın hesabına yönelik birtakım hükümler, “sigortalının zararı”nın nasıl hesaplanacağına ilişkindir. Başka bir deyişle, sözleşmedeki hesaplama ilgili düzenlemeler, trafik sigortasının sorumluluk sigortası olmasından hareketle, trafik kazası neticesinde motorlu araç işletenin (sigortalının) malvarlığının pasifinde oluşan zararın ne şekilde ve hangi sınırlar altında sigorta edildiği ile ilgilidir³³. Sigorta himayesi altındaki sigortalının malvarlığında ortaya çıkan zararın hesabı, pek tabiidir ki sigorta genel şartlarında veya onu değiştiren özel şarttaki yöntemle hesaplanacak ve sigortacının edim borcunu bu tutar tayin edecektir. Uygulamada, sigorta şirketleri de ısrarla bu gerekçeyi zarar görenin doğrudan davasında ileri sürmektedir³⁴. Ancak Yargıtay, haklı olarak bunu geçerli bir temyiz sebebi olarak kabul etmemekte ve zarar görenin “kendi” zararını serbest piyasa koşullarından elde ettiği veriler ışığında ispat etmesine –itirazları bertaraf edecek hukuken yeterli bir gerekçe göstermeden- imkân vermektedir³⁵.

33 Sigortalının malvarlığındaki zarar ile zarar görenin zararı ayırımı için ayrıca bkz. Rayegan Kender, “Mesuliyet Sigortasının Mahiyeti ve Türleri, *Teori ve Uygulama Açısından Mesuliyet Sigortalıları III. Sigorta Semineri İstanbul 4-7 Nisan 1977*, Sigorta Hukuku Türk Derneği Yayını, Ankara, 1977, s. 26, 31.

34 Ayrıca, Karayolları Trafik Kanunu ve Trafik Sigortası kapsamında talepte bulunan zarar görenin doğrudan davasında sigorta genel şartları ekinde yer alan hesap yöntemlerinin zarar göreni de bağladığı çünkü zarar görenin sigorta sözleşmesinden doğan edimi talep ettiği yönünde katılmadığımız görüş için bkz. Şaban Kayıhan, A. Adem Selanik, “Trafik Sigortası Genel Şartlarının Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme Kapsamında Bağlayıcılığı”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022 Özel Sayısı, s. 104, 106.

35 Yargıtay 4. HD. 21.2.2023, 2021/23079 E., 2023/2144 K; 4. HD. 22.3.2023, 2021/22878 E., 2023/4242 K., Kazancı İçtihat Bankası, www.kazanci.com.tr (18.03.2024).

Karayolları Trafik Kanunu'nun zararın hesaplanmasına yönelik 90'ncı maddesi, dikkat edilirse 8. Kısım içinde "İşletenin Hukuki Sorumluluğu" başlıklı 1. Bölüm içerisinde. 2. Bölüm, "Sigorta" Başlığı ile 91'inci maddeden 101'inci maddeye kadar uzanmaktadır. O halde, 90'ncü madde içerisinde yer alan gerek değer kaybına gerekse destekten yoksun kalma veya sürekli sakatlık tazminatına yönelik hesap kriterleri, sigortalının malvarlığının pasifinde oluşacak zararın hesabına yöneliktir. Bu hükümde, Trafik kazası neticesinde sorumlu motorlu araç işletenin malvarlığında, zarar gören karşı aracın değer kaybına yönelik oluşacak borcun hesabında, aracın piyasa değeri, kullanılmışlık düzeyi, hasarlanan parça ile hasar tutarının dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir (m. 90/I-a). 1.6.2015 tarihinde yürürlüğe giren Trafik Sigortası Genel Şartlarının A5/I-a hükmünde ise değer kaybının, sigorta eksper tarafından bu sigorta genel şartlarının 1 no'lu Ek'inde yer alan esaslara göre tespit edileceği ifade edilirken; EK 1'in giriş cümlesinde, Karayolları Trafik Kanunu'nun 90'ncü maddesi uyarınca değer kaybına ilişkin usul ve esasların belirlenmesi iradesi yer almaktadır. O halde, toplu olarak kanunun 90'ncü maddesini, sigorta genel şartlarının A5/1-a düzenlemesini ve Ek 1'deki hesap yöntemini birlikte ele aldığımızda bu ifadelerin hepsi, sigortalıya yöneltilecek değer kaybı taleplerinde, sigortalının malvarlığında bu sebeple oluşacak zararın ne kadarının teminat altında olduğunu ortaya çıkarmaya yöneliktir. Başka bir deyişle, sigortacı kendi edim yükümlülüğünü sigortalıya karşı bu hesap tarzı ile sınırlamaktadır. Zorunlu sorumluluk sigortası olmasaydı, zarar gören de sigortacının edimini talep hakkına sahip kişi olarak bu sözleşme hükmü ile bağlı olacak ve daha farklı bir hesap yöntemi ile sigortacının ediminin tespit edilmesini isteyemeyecekti. Ancak, sigorta sözleşmesinden doğup da sigorta tazminatının azalması sonucunu doğuran hallerin zarar görene ileri sürülemeyeceği yönündeki emredici hüküm gereği (KTK m. 95; TTK m. 1484(1)) zarar gören, kendi zararını ve dolayısı ile de sigortalının malvarlığının pasifinde oluşacak zararı haksız fiil hükümleri doğrultusunda ispat yükü altındadır (TBK m. 50/I). Bu konuda özel hüküm niteliğinde Karayolları Trafik Kanunu m. 90/I-a hükmü dikkate alındığında, aracın piyasa değeri, kullanılmışlık düzeyi, hasarlanan parçası ve hasar tutarı öncelikle dikkate alınacak sonra da genel hüküm olarak Türk Borçlar Kanunu'nun m. 50-52 hükümleri hâkime yol gösterici olacaktır. Zararın mutlaka sigorta eksper tarafından hesaplanması, hesabın da sigorta genel şartlarındaki yöntemle göre yapılması yönünde sigortacıların ısrarlı itirazlarının –doğrudan dava müessesesi içinde- hukuki altyapısı bulunmamaktadır.

Sigortacı, kendi edim yükümlülüğünü aşan oranda zarar görene ödeme yaptığı takdirde, sigortalısına rücu imkânı da Karayolları Trafik Kanunu m. 95/II hükmünde düzenlendiği için, sigortacı ve sigortalı arasındaki sözleşme hükmü

(değer kaybı zararının hesaplanması yöntemi) aslında kendi aralarında yine de geçerli olacaktır. Sigorta himayesi altında olmayan yani sigortacı nazarında “aşkın” olan 3. kişinin zararına, sigortalı son tahlilde kendi katlanacak fakat zarar görenin hızla zararını karşılayabilmek için, sigortacı, zarardan sorumlu kişinin (işletenin) borcuna *kanunen katılacak* ve zarar görene “kanunen” üstlendiği borcu ödemek durumunda kalacaktır. Sigortacının, zarar gören 3. kişinin “tüm” değer kaybı zararını (2. el piyasadan alınan ve aracın kazadan önceki ile sonraki durumu bakımından kıymet verileri doğrultusunda ortaya çıkan değer farkını) karşılaması, Karayolları Trafik Kanunu m. 95/I hükmü eliyle sigortalısının borcuna katıldığı (TBK m. 201) içindir. Burada sigortacının, akitten doğan edim yükümlülüğünü aşan tutarda ödeme yapmak zorunda kalabilmesi, zarar görenin korunması ihtiyacına matuftur.

Bir örnekle bitirmek gerekirse, araç işletenin trafik sigortası poliçesinde değer kaybı teminatının 20 bin TL; zarar görenin değer kaybı talebinin de 10 bin TL olması durumunda, sigorta genel şartlarının ekinde yer alan hesap yöntemine göre değer kaybının 3500 TL tutarında olduğu eksper raporuyla ortaya çıkarsa, zarar görenin doğrudan dava yoluyla sigortacıdan ancak 3500 TL olarak isteyebileceği savunması, sigortacı açısından Karayolları Trafik Kanunu m. 95 hükmü karşısında hukuken geçerli değildir. Sigortacının, sigortalısının 3. kişiye vereceği değer kaybı zararı için malvarlığında oluşacak borcun 3500 TL’sini sigorta himayesine aldığı da doğrudur. Ancak, sözleşmeden yer alan ve sigortalının zararına yönelik hesap yöntemi sigorta tazminatını azaltan kriterler içermekte ise, bu sözleşme hükmü zarar görene doğrudan davada bir savunma olarak ileri sürülemez. Sigortacı, zarar görenin sigorta bedeli içinde kalan tüm zararını (10 bin TL) tazmin ettikten sonra, sözleşme hükmüne göre fazladan ödediği 6500 TL’yi sigortalısına rücu edecektir. Çünkü sigortacı, sigortalısının malvarlığında oluşan 6500 TL tutarındaki değer kaybı talebinin oluşturduğu zarar için sigorta himayesi vermemiştir.

Sonuç

Trafik kazası neticesinde zarar gören 3. kişinin, malvarlığının aktifinde doğan zarar için sürücüden veya sürücü ile birlikte müteselsil sorumlu olduğu Karayolları Trafik Kanunu m. 85 hükmünde açıkça belirtilen motorlu aracı işletenden tazminat istemek yerine işletenin sorumluluk sigortacısından da talepte bulunma yetkisi bulunmaktadır (KTK m. 99). Talepte bulunduğu, görünürde sigorta tazminatı olsa da, aslında zarar gören 3. kişi, sigorta tazminatının alacaklısı değildir. O, kendi malvarlığında oluşan zarar için ödenecek sorumluluk tazminatının alacaklısıdır. Ancak, Karayolları Trafik Kanunu, düzenlediği tehlike sorumluluğu için akdedilecek zorunlu ve ihtiyari sorumluluk sigortası

bakımından, *-kanunen 3.kişi yararına sözleşme (TBK m. 129)-* temelinde zarar göreni, bu sözleşmeden doğan edimi talep etme yetkisi ile donatmış (KTK m. 99) ve bu ödemenin tahsili yolunda bir de *doğrudan* sorumluluk sigortacısına başvuru imkânı (KTK m.97) ile onu çok daha korunaklı hale getirmiştir. Zarardan sorumlu olan kişinin sorumluluğunu ve ödemesi gereken tazminat tutarını hüküm altına aldırması gerekmektedir, zarar gören tek seferde yani sadece bir dava içinde sorumluluk sigortacısına karşı yönelteceği yargılama içinde hem işletenin (sigortalının) sorumluluğunu ve tazminat tutarını hem de bunun sigortacı tarafından ödenmesini talep edebilecektir.

Karayolları Trafik Kanunu'nda, sorumluluk sigortacısı ile araç işletenin müteselsil sorumlu olduğu açıkça zikredilmemiştir. Sorumluluk sigortacısının ödemekle yükümlü olduğu edimin konusu sigorta tazminatı olsa da, zarar gören açısından bakıldığında bu ödeme kendisi için sorumluluk tazminatının ödenmesinde bir vasıttır. Zarar gören önündeki borçlulardan -kendisi için aynı olan borcun ifasını talep etmektedir. Ne Karayolları Trafik Kanunu'nda ne de Türk Ticaret Kanunu'nda, bu iki borçlunun kısmî sorumlu olacağı (borcu paylaşacağı) da düzenlenmediği için, müteselsil sorumluluğun varlık esasları, sorumluluk sigortacısı ve sigortalı işleten arasında bulunmaktadır. Öğretide ve yargı kararlarında, sorumluluk sigortacısı ile işleteni hakkında, Türk Borçlar Kanunu'nun 61'inci maddesi üzerinden "müteselsil sorumluluk hükümlerine tabi olan borçlular" nitelendirmesi yapılması isabetli değildir. Çünkü, hükmün temeli olan "farklı hukuki sebeplerle aynı zarardan sorumlu olma" şartı, sorumluluk sigortacısı açısından isabetli değildir. Sorumluluk sigortacısının, sorumluluk hukukundan doğan bir borcu bulunmamaktadır. Onun edim yükümlülüğü, sigortalısının malvarlığının pasifinde oluşan zarara karşı himaye vermektir.

Sorumluluk sigortacısının, sigortalısına karşı edim yükümlülüğü bulunmasa bile Karayolları Trafik Kanunu m. 95 hükmü, yine de zarar görene, zararının hızlıca tazmin edilmesi için sigorta bedelini talep etme yetkisi vermiştir. Bu durum, sorumluluk sigortacısının, kanunen işletenin tazminat borcuna katıldığını (TBK m.201) göstermektedir. Borca katılan, asıl borçlu ile birlikte müteselsil sorumlu olacaktır. Doğrudan dava içerisinde, değer kaybı zararının zarar gören tarafından serbest piyasa şartları altında ispat edilmesi neticesinde, sigortacının o zarar tutarında sorumlu olmadığını; ediminin kapsamını belirleyecek hesap yönteminin sözleşmede yer aldığını ve ancak o hesabın çıkardığı sonuçtan dolayı edim yükümlülüğünün olduğunu; zarar görene, sigortalısına ödemesi gerekenden daha fazla ödeme yükümlülüğü altında olmadığını ileri sürmek, KTK m. 95 hükmü kapsamında mümkün değildir. Sigorta tazmina-

tının azalmasına yol açacak bir hesap yöntemi, zarar görene karşı savunma olarak ileri sürülemez.

KTK m. 109 hükmü, zarar görenin talepleri bakımından zamanaşımını “ortak hüküm” kenar başlığı altında düzenlemiştir. Bu kanun kapsamında kendisine dava açılacak iki kişi vardır: motorlu araç işleten ve onun sorumluluk sigortacısı. Dolayısıyla, zamanaşımı hükmünde düzenlenen süreler her iki müteselsil borçlu için de ortaktır, aynıdır. Dolayısıyla Türk Ticaret Kanunu’nun 1478’inci maddesinde yer alan “...sigorta sözleşmesi için geçerli olan zamanaşımı içinde kalmak şartıyla...” ifadesinin yorumlanmasına gerek kalmamıştır. Çünkü, sorumlu olan ile onun sorumluluk sigortacısı zarar görenin kendilerine açabileceği davalar bakımından farklı zamanaşımı sürelerine tabi değildir.

KAYNAKLAR

- Acar, Faruk, “Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortasında Hakim Kendiliğinden Sadece Sigorta Şirketini Tazminata Mahkum Edebilir mi?”, *Legal Hukuk Dergisi*, Haziran, 2003-6 (s. 1401-1409).
- Akıntürk, Turgut, *Müteselsil Borçluluk*, Ankara, 1971.
- Buz, Vedat, “Müteselsil Sorumluluktaki Rücu İlişkisinde Sigortacının Hukuki Konumu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Eylül 2012, Cilt XXVIII-3 (s. 5-42).
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Gürkanlar, Metin, *Bir Zarara Birlikte Neden Olan Birden Çok Kişinin Sorumluluğu*, Gazi Üniversitesi Yayınları No:1, Ankara, 1982.
- Kayıhan, Şaban; Selanik, A. Adem, “Trafik Sigortası Genel Şartlarının Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme Kapsamında Bağlayıcılığı”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022 Özel Sayısı (s. 77-111).
- Kender, Rayegan, “Mesuliyet Sigortasının Mahiyeti ve Türleri”, *Teori ve Uygulama Açısından Mesuliyet Sigortaları III. Sigorta Semineri İstanbul 4-7 Nisan 1977*, Sigorta Hukuku Türk Derneği Yayını, Ankara, 1977.
- Kılıçoğlu, Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara, 2014.
- Oğuzman, M. Kemal; Öz, M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- Omağ, M. Kemal, “Türk Hukukunda Mecburi Sigortalara ve Sorunlarına Genel Bir Bakış”, *Zorunlu Sigortalar Paneli Tebliğler-Tartışmalar*, Sigorta Hukuku Türk Derneği Yayını, İstanbul, 1993.
- Sopaçı-Öztuna, Birgül, “Zarar Görene Karşı İfa Yükümlülüğü”, Ed: Prof. Dr. Samim Ünan; Prof. Dr. Emine Yazıcıoğlu, *Sigorta Hukuku Sempozyumları*, Oniki Levha, İstanbul, 2018.
- Şeker-Öğüz, Zehra, “Sorumluluk Sigortalarında Zamanaşımı”, Ed: Prof. Dr. Samim Ünan; Prof. Dr. Emine Yazıcıoğlu, *Sigorta Hukuku Sempozyumları*, Oniki Levha, İstanbul, 2018.
- Şenocak, Kemal, “Karayolları Trafik Kanunu’na Göre Mağdurun Doğrudan Doğruya Sigortacı Karşısındaki Alacak Hakkı”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Aralık 2009, Cilt XXV-4 (s. 277-294).
- Tekinay, Sulhi; Akman, Sermet; Burcuoğlu, Haluk; Altop, Atilla, *Tekinay Borçlar Hukuku*, İstanbul, 1993.
- Ünan, Samim, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi 6. Kitap Sigorta Hukuku*, Cilt II, Oniki Levha, İstanbul, 2016.
- Vural, Güven, *Trafik Sigortası*, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayın No: 144, Ankara, 1981.
- Yeşilova-Aras, Ecehan, *Sorumluluk Sigortalarında Zarar Görenin Doğrudan Dava Hakkı (TTK m. 1478)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Yıldız-Portakal, Seda, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borca Katılma*, Oniki Levha, İstanbul, 2016.
- Yılmaz, Hamdi, *Karayolları Trafik Kanunu’na Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuksal Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

Mahkeme Kararları

- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 20.12.2017, 2017/3-2786 E.; 2017//2026 K., Kazancı İtihat Bankası, www.kazancı.com.tr (18.03.2024).
- Yargıtay 4. HD. 21.2.2023, 2021/23079 E., 2023/2144 K; Kazancı İtihat Bankası, www.kazancı.com.tr (18.03.2024).
- 4. HD. 22.3.2023, 2021/22878 E., 2023/4242 K., Kazancı İtihat Bankası, www.kazancı.com.tr (18.03.2024).

ÖZEL HUKUK/PRIVATE LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

Marka Hukukunda Kötüniyet ve Marka Sahibinin Kötüniyetli Lisans Sahibine Karşı Korunması*

Bad Faith in Trademark Law and Protection of the Trademark Owner Against the Bad Faith Licensee

Zeki DELİKAYA**

ÖZ

Hem milli hem de milletlerarası hukuki düzenlemelerde kötüniyete hukuki sonuç bağlanamayacağı açıkça düzenlenmiştir. Marka hukukunda kötüniyet hem bir tescil engeli hem de tescilden sonra markanın hükümsüzlüğünü veya asıl hak sahibine devrini talep etmeye imkân sağlayan bir hukuka aykırılık durumudur. Markayı kötüniyetle kendi adına tescil ettiren kişiler marka üzerinde bir hak elde edemeyeceklerdir. Tescilli markanın kötüniyetli kullanımı ise genellikle marka hakkına tecavüz eylemleri şeklinde karşımıza çıkar. Özellikle marka lisans sözleşmesine dayanarak marka üzerinde bir kullanma hakkı elde eden lisans sahiplerinin bu hakkı kötüniyetli tescil veya kötüniyetli kullanımlarla suiistimal etmeleri, lisans verenin kendisine karşı başvurabileceği idari ve yasal prosedürlerin temelini oluşturacaktır. Akde aykırılığı aşan ve marka hakkına tecavüz olarak nitelendirilen lisans sözleşmesinin ihlali durumlarında lisans veren, lisans alana karşı marka hakkını da kullanabilecek ve bu kapsamda marka hakkına tecavüz davalarını açabilecektir.

Anahtar Kelimeler: marka hukukunda kötüniyet, marka lisans sözleşmesi, lisans alanın kötüniyetli fiilleri, markanın kötüniyetli tescili, markanın kötüniyetli kullanımı.

ABSTRACT

In both national and international legal regulations, it is clearly regulated that bad faith cannot be concluded. In trademark law, bad faith is both an obstacle to registration and a situation of illegality that allows to demand the invalidation of the trademark or its transfer to the original right owner after registration. Malicious use of a registered trademark is generally seen as trademark infringement. Persons who register the trademark in their own name in bad faith will not be able to

* Makale gönderim tarihi: 06.06.2024. Makale kabul tarihi:09.08.2024. Zeki Delikaya, "Marka Hukukunda Kötüniyet ve Marka Sahibinin Kötüniyetli Lisans Sahibine Karşı Korunması", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 2, 2024, s. 239-278 DOI: <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2024.11.2.9>.

** İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Öğrencisi. İletişim: zdelikaya@yahoo.fr, [0009-0006-8028-0306](https://orcid.org/0009-0006-8028-0306)

Çatışma Beyanı: Yazar/lar herhangi bir çatışma beyanı bildirmemiştir.

obtain a right to the trademark. In particular, the abuse of this right by licensees who have obtained a right to use the trademark based on the trademark license agreement with malicious registration or malicious uses will form the basis of the administrative and legal procedures that the licensor can apply against it. In cases of violation of the license agreement, which exceeds the violation of the contract and is described as infringement of the trademark right, the licensor will be able to use the trademark right against the licensee and in this context, it will be able to file trademark infringement lawsuits against him.

Keywords: Bad faith in trademark law, trademark license agreement, licensee's malicious acts, bad faith registration of trademark, malicious use of the trademark.

Giriş

Günümüzde küresel ticaret piyasasının büyük oranda markalar temelinde paylaşıldığı herkesin malumdur. Bu sebeple tüketiciler, bir ürünü tercih ederken markayı ihtiyaç olgusunu da aşan esaslı bir unsur olarak kabul etmektedirler. Markalar eskisi gibi sadece güven duyulan işletmenin ürünlerini başka işletmelerin ürünlerinden ayırmaya yarayan bir ticari değer olmanın ötesine geçmiş, insanların toplum içindeki saygınlıklarını, statülerini ve duygu ve düşünce dünyalarını dahi şekillendiren birer sosyal değer haline dönüşmüştür. Bu da elbette üzerinde kullanıldığı mal veya hizmetin değerinden çok daha büyük birer ekonomik değere dönüşen küresel markaların küresel çapta birer ekonomik, sosyal hatta siyasal güce dönüşmesine imkân sağlamıştır.

Markasını bizzat kullanma imkânı bulunmayan veya bunu tercih etmeyen marka sahibi, belli bir ücret mukabilinde başka kişilere lisans vererek kullanıdirmayı daha kolay ve daha az riskli bulabileceği gibi bazen bu tercih kendisi için daha ekonomik de olabilir. İşte bu sebeple markaların lisans sözleşmelerine ya da lisans hükmü de içeren franchising, tek satıcılık, distribütörlük, acentelik vb. başka sözleşmelere dayalı kullanımı gelişen küresel ticarete bağlı olarak hızla yaygınlaşmıştır.

Marka sahibinin hakkın özünü kendisinde tutarak lisans alana sadece marka üzerinde belli şartlarda bir kullanım hakkı tanıdığı lisans sözleşmesi, aynı zamanda devamlılık unsuru da barındıran bir sözleşme türüdür. Taraflar arasında karşılıklı bazı haklar ve borçlar doğuran bu sözleşme ilişkisinde, lisans alanın marka sahibinden devraldığı kullanım iznini iyiniyet çerçevesinde kullanması ve marka sahibinin haklarının korunmasına azami dikkat ve özen göstermesi gerekir.

Ancak her hukuksal ilişki gibi lisans sözleşmesinde de tarafların akdi edimlerini gereği gibi ifa etmemeleri, daha da önemlisi kendilerinden beklenen iyiniyeti göstermemeleri, karşı tarafın menfaatlerini ciddi biçimde zedeleyebile-

cektir. Bu sebeple de gerek sözleşme imzalanırken gerekse kullanım esnasında tarafların hak ve menfaatlerini koruyacak tedbirlerin alınması ihtiyacı bulunmaktadır. Bu amaçla milletlerarası hukuk metinlerinde ve milli mevzuatımızda lisans sözleşmesinde tarafların karşılıklı hak ve borçlarını düzenleyen, söz konusu akdi veya yasal borçlara aykırılık halinde uygulanacak müeyyideleri düzenleyen bazı hükümler getirilmiştir.

Özellikle lisans alanın markayı kendi adına kötüniyetle tescil ettirmesi veya markayı kötüniyetli kullanımı durumlarında, marka sahibini korumaya imkân sağlayacak tedbirlere sözleşme içeriğinde yer verilmesi son derece önemlidir. Bunun dışında marka sahibinin lisans ilişkisinde ortaya çıkması muhtemel riskleri öngörerek ve ülkesellik prensibini de göz önünde bulundurarak lisans verdiği ülkede markayı önceden adına tescil ettirmesi, yine lisans sözleşmesini de tescil ettirerek üçüncü kişilerin uğraması muhtemel zararların ve bu iddiayla kendisine başvurmasının önünü kesmesi önemlidir. Sözleşme devam ederken de lisans verenin basiretli bir tacir gibi davranarak lisans alanın muhtemel kötüniyetli eylemlerine karşı hızla müdahalede bulunması ve olası zararları doğmadan önlemesi gerekir.

Ancak tüm bunlara rağmen lisans alanın kötüniyetli eylemleri sonucunda menfaatleri zedelenen lisans verenin veya marka üzerinde hak sahibi olan diğer kişilerin, kötüniyete hukuki bir sonuç bağlanamayacağı gerçeğine dayalı olarak yasal haklarını kullanmaları ve lisans alana karşı yasal yollara başvurmaları mümkündür. Ancak kötüniyetli lisans alana karşı yapılacak başvuruların da sınırı dürüstlük kuralıdır ve hakkın kötüye kullanılmasının da hukuken korunması mümkün değildir.

Öte yandan lisans sözleşmesinde marka sahibinin sahip olduğu marka hakkını lisans alana karşı kötüniyetli kullanması ihtimali de uygulamada çokça karşılaşılan hukuki uyuşmazlıklara konu olsa da bu çalışmanın kapsamı dışında kaldığından marka sahibinin kötüniyetli fiillerine bu çalışmamızda sadece yeri geldikçe ve gerekli olduğunda kısaca değinilmekle yetinilecektir. Bu sebeple çalışmamızda, marka lisans sahibinin marka sahibine karşı kötüniyetli fiillerinin yol açacağı hukuki sorunların analizi ve çözümüne odaklanılacaktır.

I. Marka Hukukunda Kötüniyet Teşkil Eden Fiiller ve Kötüniyete Bağlanan Sonuçlar

Marka tescilinin veya kullanımının kötüniyetli olup olmadığı değerlendirilirken somut olayın kendi şartları içinde bir sonuca varılması gerekecektir. Bu kapsamda mesela taraflar arasında önceden bir ticari ilişki bulunması, tescil ettirenin daha önce de benzer marka başvuruları yapmış olması, bu markanın dışında başka tanınmış markaları da kendi adına tescil ettirip bir marka port-

föyü oluşturması, kötüniyet iddiasında bulunan markanın ayırt edicilik düzeyi vb. değişkenlere göre bir değerlendirme yapılacaktır¹.

A. Kötüniyet Kavramı ve Marka Hukukuna Yansıması

Kötüniyet Türk hukukunda TMK md. 3'te düzenlenmiştir. Buna göre “*Kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır. Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz.*” Görüleceği üzere kötüniyet kavramı olarak tanımlanmamış, bir hukuk kavramı olarak iyiniyetin çerçevesi ve sınırı belirlenmiştir. İyiniyet ise temelde iki farklı unsur üzerinden tanımlanmaktadır. Bunlar hukuki eksikliğin bulunmadığına yönelik inanç ya da bu konudaki bilgisizliktir². Kişinin iyiniyetli olmadığı kabul edildiğinde ise kötüniyetin varlığı söz konusudur. Bu anlamda kötüniyet hukuka aykırılığı bilme veya bilebilecek durumda olma anlamına gelir³. Aslında sadece hukuki değil aynı zamanda ahlaki bir kural olan bu iyiniyet, günümüzde tüm normların üzerinde yer alan bir kurala dönüşmüştür⁴.

Ancak her ne kadar iyiniyet karinesi olarak isimlendirilen bu yaklaşım esas kabul edilse ve aksini yani karşı tarafın kötüniyetli olduğunu iddia edenin bunu ispat etme yükümlülüğü bulunsada; insanların olduğu bir yerde her zaman hakkın suiistimali de söz konusu olabilecektir. İşte bu sebeple iyiniyetin varlığının da bir somut ve nesnel temele oturtulması ihtiyacı doğmuş, iyiniyetli olduğunu iddia eden tarafın gerekli özeni göstermiş olması şeklinde somut bir ölçüt belirlenmiştir⁵. Bu kapsamda bir kişinin kötüniyetli sayılması için hakkın kazanılması veya bir hukuki sonucun doğmasına engel bir hususu bilmesi veya bilebilecek durumda olması aranacaktır⁶. İyiniyetle getirilen korumanın amacı kişinin iç dünyasının değil hukuki işlem güvenliğinin veya hukuki görünüşe güvenin korunmasıdır⁷.

1 Bu konuda ayrıntılı değerlendirmeler ve emsal Yargıtay kararları hakkında bkz. Uğur Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 4. Bası, On İki Levha Yay., İstanbul 2018, s. 942 vd.

2 Pakize Ezgi Akbulut, “İyiniyet ve Hukuki Hata Arasındaki İlişki”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, S.187, Mart 2020, s. 221-256, s. 226.

3 Akbulut, s. 226.

4 Esat Şener, *İçtihatlı-Açıklamalı Türk Medeni Kanunu*, Yetkin Yay., 3. Bası, Ankara 1998, s. 79.

5 İsviçre öğretisinde iyiniyetli olmayan kişinin mutlaka kötüniyetli olmasının gerekmediği görüşünden yola çıkan *yeteri kadar özen göstermeyen kişi* (die ungenügend aufmerksame Person) şeklinde bir alternatif durumun kabul görmeye başladığı ve bu durumdaki kişilerin kötüniyetli sayılmamakla birlikte iyiniyetin korumasından da faydalanamayacakları hakkında bkz. Akbulut, s. 231.

6 Elif Yaşayan, “Marka Hukukunda Kötüniyet Kavramı ve Kötüniyet Kavramının Yargı Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *Yayımlanmamış Uzmanlık Tezi*, Türk Patent Enstitüsü Markalar Dairesi Başkanlığı, Ankara 2015, s. 41.

7 Akbulut, s. 234.

Yargıtay da 14.2.1951 tarih ve 17/1 sayılı İçtihadı Birleştirme kararında “... Vakıa ve karinelerden olayda halin icapları veçhile kendisinden beklenen ihtimamı sarfetmemiş olması itibariyle Kanunen iyiniyet iddiasında bulunamayacağı belirmiş olan ... kimsenin kötünüyetinin diğer tarafa ispat ettirilmesine artık sebep ve vecih kalmayacağına...” karar vererek iyiniyet karinesinin de özen yükümlülüğüyle kayıtlı olduğunu, hakimim iyiniyetin bulunmadığını tespit etmesi halinde kötünüyeti artık ispat ettirmesine de gerek kalmayacağını kabul etmiştir⁸.

Marka hukukunda ise kötünüyetli tescil başvurusu üzerinden tanımlanan kötünüyet kavramı zaman içerisinde yasal düzenleme konusu haline gelmiş olmakla birlikte kavramın tanımı veya tüm unsurlarını barındıran marka hukukuyla ilgili bir hüküm ne milli ne de milletlerarası mevzuatta yer almamıştır. Bunun sebebi bir hukuk kavramı olarak kötünüyetin tanımı ve unsurlarını tespit etmenin genel hukuki düzenlemeler çerçevesinde öğretiyeye ve yargı içtihatlarına bırakılmış olmasıdır⁹. Öğretide tescil başvurusunda kötünüyet, marka başvurusunun dürüstlük kuralına aykırı olması şeklinde tanımlanmıştır¹⁰.

Marka hukukunda kötünüyetle ilgili temel düzenleme Paris Sözleşmesinin Tanınmış Ticari Markalar başlıklı 2. Mükerrer 6. Maddesinin 3. Fıkrasında yer almaktadır. Buna göre, “*Kötünüyetle tescil ettirilen veya kullanılan markaların iptali veya kullanımının yasaklanması talebinde bulunmak için süre kısıtlaması getirilmeyecektir.*” Söz konusu düzenlemede markanın tescilinde ve kullanımında olmak üzere iki farklı kötünüyet ihtimali öngörülmüştür. Tanınmış markalarla ilgili haksız tescilin iptali için birlik ülkelerinin 5 yıldan az olmamak üzere hak düşürücü süre tanınması gerektiğine ve kullanım yasağı için de süre kısıtlaması koyabileceğine ilişkin aynı maddenin 1. ve 2. Fıkra hükümlerine getirilen bir istisna niteliğindeki söz konusu 3. Fıkra, tescil veya kullanımın kötünüyetli olması ihtimalinde belirlenen sürelerin bağlayıcı olmayacağı ve süreye tabi olmadan iptal veya kullanımın yasaklanması talebinde bulunulabileceği düzenlenmiştir.

2015/2436 sayılı AB Marka Direktifinde ve 2017/1001 sayılı AB Marka Tüzüğünde mutlak red nedenleri arasında yer verilen kötünüyetli tescil, Türk marka hukukunda ise SMK md. 6/9’da nisbi red nedeni olarak düzenlenmiş-

8 Karar özeti için bkz. Şener, s. 82.

9 Kemal Şenocak; Ali Yarayan, “Kötünüyetli Marka Tescili”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 10, s. 111, Kasım 2015, ss. 99-107, s.100. Yazar bu değerlendirmeyi Topluluk Marka Tüzüğü yönünden Martin Gramsch’a dayandırmaktadır. Kanaatimizce Türk marka hukuku açısından da bu yaklaşımın esas alındığı kabul edilebilir.

10 Sevilay Uzunallı, *Marka Hukuku*, 3. Bası, Adalet Yay., Ankara 2024, s. 117.

tir¹¹. Aynı doğrultudaki bir diğer düzenleme ise yine aynı *Kanunun 25/1*. Maddesinde yer alan ve 6. Maddedeki hallerden birinin varlığını hükümsüzlük sebebi olarak kabul eden düzenlemedir. Esasen her iki durumda da varılmak istenen sonuç kötüniyetli marka tescilinin engellenmesi ve sonuçlarının –yasal istisnalar haricinde- baştan itibaren geçersiz sayılmasıdır¹².

SMK md. 19/2 hükmünde ise tescile itiraz hakkının kötüye kullanılmasının önlenmesi amacıyla bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre yayıma itiraz hakkının kötüniyetli kullanımının önlenmesi amacıyla, başvuru sahibinin talebi üzerine, itiraz edene itiraz gerekçesi markayı son beş yıl içinde itiraza dayanak gösterdiği mal veya hizmetler bakımından Türkiye’de ciddi biçimde kullandığını veya kullanmamanın haklı sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü yüklenmiştir¹³.

Marka hakkının kötüniyetli kullanımıyla ilgili bir diğer düzenleme de sessiz kalma yoluyla hak kaybına sonuç bağlanabilmesi için sonraki tarihli tescilin kötüniyetli olmaması gerektiğine ilişkin SMK md. 25/6’da yer alan düzenlemedir.

B. Marka Hukukunda Kötüniyete Bağlanan Sonuçlar

1. Kötüniyetli Marka Tescil Başvurusunun İtiraz Üzerine Reddi

AB Marka Direktifinin 4/2 ve AB Marka Tüzüğü’nün 59/1-b maddelerinde mutlak tescil engelleri arasında¹⁴ yer almış olan kötüniyetli tescil talebi, Türk hukukunda ise gerek mülga 556 sayılı KHK döneminde¹⁵ gerekse SMK md. 6/9 düzenlemesinde bir nisbi tescil engeli olarak düzenlenmiştir. Bunun doğal

11 Mülga 556 sayılı KHK’da md. 8’deki nisbi red nedenleri arasında değil de itiraz ile ilgili md. 35’te itiraz sebebi olarak yer almış olan kötüniyetli tescille ilgili düzenleme, Kanun sistematigi açısından eleştirilmiş ve nihayet Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun verdiği HGK, 16.07.2008 T., 2008/11-501 E., 2008/507 K. Sayılı kararı (Bkz. www.kazanci.com. Son Erişim: 24.03.2024) ile TMK md. 2’deki dürüstlük kuralına da atıfla kötüniyetli tescil başvurusu aynı zamanda bir hükümsüzlük sebebi olarak da kabul edilmiş ve uygulama bu yönde devam etmiştir. Nihayet SMK md. 6/9 hükmü ile söz konusu yargısal uygulama açık yasal dayanağa kavuşmuştur. Bahsi geçen karar hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. Tekin Memiş, “Türk hukukunda Kötüniyetli Olarak Marka Tesciline Bağlanan Sonuçlar”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2009, Editör: Tekin Memiş, Oniki Levha Yay., İstanbul 2009, ss.407-421.

12 Nitekim red ve hükümsüzlük sebepleri, 2015/2436 sayılı AB marka direktifinin 4. Ve 5. Maddelerinde “mutlak red ve hükümsüzlük gerekçeleri” ve “nisbi red ve hükümsüzlük gerekçeleri” şeklinde ayrılarak bir arada düzenlenmiştir.

13 SMK md. 19/2’nin madde gerekçesinde yapılan bu düzenlemenin *tescilli markaların piyasada etkin şekilde kullanılmasının sağlanması ve yayıma itiraz müessesesinin afaki veya kötüniyetli bir şekilde kullanılmasının önüne geçilmesi* amacıyla yapıldığı ifade edilmiştir.

14 2015/2436 sayılı AB marka direktifinin 4. maddesinde kötüniyetli tescil, mutlak red ve hükümsüzlük sebepleri başlığı altında düzenlenmiştir.

15 Mülga 556 sayılı KHK’da itiraz sebebi olarak düzenlenen kötüniyetli tescil başvurusunun nisbi tescil engelleri arasında yer almamasının yol açtığı tartışmalar hakkında bkz. Yukarıda dn.11.

sonucu ise Kurumun kötünietli tescil talebini re'sen göz önünde bulunduramaması ve reddedememesidir. Marka tescil başvurusunun kötünietli olduğu, ancak marka sahibi başta olmak üzere tescile itiraz hakkına sahip ilgili kişiler tarafından SMK md. 18 kapsamında yapılacak bir itiraz başvurusu ile Kurum tarafından inceleme konusu yapılabilecektir¹⁶.

Marka öğretisinde kötüniet kavramı genellikle kötünietli tescil olgusu üzerinden tanımlanmaktadır. Kötünietli tescil ise kısaca marka hakkının kazanılması aşamasında ortaya çıkan ve marka hakkının sağladığı yetkileri kullanmanın dışında hukuka aykırı herhangi bir amaçla yapılan tescil olarak tanımlanmaktadır¹⁷. Ticari dürüstlük kurallarına aykırı biçimde, tanınmış olsun veya olmasın, başkasının markasını ele geçirmeye veya tanınmışlığından haksız yararlanmaya yönelik tesciller *kötünietli tescil* olarak kabul edilecektir¹⁸. Yargıtay ise kötünietli tescili, "*hak sahibi olmadığımı bilmesine rağmen dürüstlük kuralına aykırı şekilde tescil için başvuruda bulunulması veya başvurunun tescil ettirilmesi*" şeklinde tanımlamaktadır. Bu kapsamda başvuru sahibi, markanın aynısının veya benzerinin bir başkası tarafından kullanıldığını bilmeli veya bilmesi gerekmektedir¹⁹.

Burada bahsi geçen kötüniet, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2. Maddesinde yer alan hakkın kötüye kullanılmasının bir özel görünümü olmayıp²⁰, 3. Maddesinde düzenlenen iyiniyetin yokluğudur²¹. Yani tescilli markanın sağlayacağı yetkileri kullanma isteğinin dışında, başvuruycuyu tescil başvurusu

16 Alman Marka Kanununda kötünietli marka başvurusunun mutlak red sebebi olarak düzenlendiği ve hiçbir şekilde korunamayacağı gerekçesiyle SMK'da da mutlak red sebebi olarak yer almasının uygun olacağı, ancak bu durumda da Kurumun kötüniet inceleme sürecinin uzayacağı hakkında bkz. Uzunalli, *Marka Hukuku*, s. 117.

17 İfakat Balık, "6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Bağlamında Markanın Kötünietli Tescili", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 34, s. 2, Haziran 2018, ss.443-475, s.452.

18 Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s.486; Çolak, s.938.

19 Yargıtay HGK, 22.3.2023 T., 2021/11-76 E., 2023/244 K. (www.kazanci.com Son Erişim: 28.03.2024).

20 Ancak Yargıtay aksi görüştedir: "...KHK'nin 35/1. ve 42/1- (a) maddelerindeki düzenlemeler de, esasen, MK.nun 2. maddesinin özel bir uygulamasından ibarettir. Bu bakımdan her somut olayın özellikleri göz önüne alınarak açıkça kötü niyetle gerçekleştirildiği belirlenen marka tescilinin hükümsüzlüğüne karar verilebilmelidir..." Yargıtay HGK, 16.07.2008 T., 2008/11-501 E., 2008/507 K. (www.kazanci.com Son Erişim: 24.03.2024).

21 Balık, s.452; Mahmut Arif Koçak, *Marka Hukukunda Sessiz Kalma Suretiyle Hak Kaybı İlkesi*, Oniki Levha Yay., 2021, s. 137. Aksi görüşte: Sabih Arkan, *Marka Hukuku*, 2 Cilt, AÜHF Yayınları, Ankara 1997, Cilt 2, s.158; Şenocak/Yarayan, s.105. Yazar kötünietli tescile itiraz ve hükümsüzlük hakkındaki hükümlerin *TMK md. 2'nin özel bir uygulamasından ibaret olduğunu* kabul etmektedir. Tekinalp ise kötünietli tescilin bir taraftan *TMK md.2* kapsamında hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğini, diğer taraftan da haksız menfaat amacına yönelik olduğundan ahlaka aykırı olduğunu ifade etmektedir: Tekinalp, s. 428.

yapmaya yönlendiren farklı bir motivasyonun (kullanmayacağı markayı yedekte *tutma*, şantaj veya *marka ticareti* ya da yurtdışında tescilli markanın Türkiye piyasasına girişini *engelleme* gibi²²) bulunması²³ ve tescil başvurusuna konu ettiği işaretin başkasına ait bir marka olduğunu bilmesi veya bilebilecek durumda olması gerekir²⁴. ABAD da benzer biçimde tescilin kötüniyetli sayılması için aynı veya karışıklığa yol açacak derecede benzer bir markanın var olduğunu bilip bilmediği veya bilmesinin gerekip gerekmediği, tescilde engelleme amacının bulunup bulunmadığı, her iki markanın sahip olduğu hukuki korumanın derecesi gibi somut olayın tüm unsurlarının göz önünde bulundurulması gerektiğini kabul etmiştir²⁵.

Bu kapsamda mesela yurtdışında tescilli bir işaretin aynısını Türkiye’de tescil ettirmek kural olarak tek başına kötüniyetin varlığını göstermez. Ancak yurtdışındaki marka sahibinin Türkiye piyasasına girme hazırlığında olduğunu öğrenen kişinin markayı engelleme amaçlı olarak kendi adına tescil ettirmesi tescilin kötüniyetli olduğunu kabul etmeyi gerektirecektir²⁶. Yine ortak ve garanti markalarında kötüniyetin bulunup bulunmadığı, tescil talebiyle birlikte kuruma sunulan teknik şartnamenin incelenmesinden de anlaşılacaktır²⁷. Bir marka başvurusunun engelleme niyetiyle yapıldığının kabulü ise üzerinde başkasının hak sahibi olduğu bir markanın, bunu bilen veya bilmesi gereken başvuru tarafından hak sahibinin hakkını engelleme amacıyla ve haklı bir sebebe dayanmadan tescil talebine konu edilmesi gerekir²⁸.

Nitekim Yargıtay da verdiği kararlarda yurtdışında tescilli tanınmış markaların dahi Türkiye’de başka kişi adına tescil ettirilmesinin tek başına tescilin

22 Tekinalp, s. 393; Orhan Sekmen, Markanın Hükümsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları, Bilge Yay., Ankara 2013, s. 229. “Marka Hukukunda genel olarak kabul gören anlayışa göre, tescil yoluyla sağlanan marka korumasının amacına aykırı biçimde kötüye kullanılması yoluyla başkasının markasından haksız olarak yararlanmak veya gerçekte kullanılmayıp yedekleme, marka ticareti yapmak amacına ya da şantaja yönelik başvuru ve tesciller kötü niyetli olarak kabul edilmektedir. Kötü niyetin varlığı her somut olayın özellikleri göz önüne alınarak belirlenmelidir.” Yargıtay HGK, 16.07.2008 T., 2008/11-501 E., 2008/507 K.; Aynı doğrultuda: Yargıtay 11. HD, 21.9.2023 T., 2022/1231 E., 2023/5232 K. (www.kazanci.com Son Erişim: 28.03.2024).

23 Emre Köroğlu, “Genel Hatlarıyla Markadan Doğan Hakları Sınırlandıran Sebeplerden Zamaşaşımı, Sessiz Kalma Sebebiyle Hak Kaybı ve Üçüncü Kişilerin Şahsi Bilgilerini Dürüst Bir Şekilde Kullanmaları”, *Marmara Ün. Hukuk Fak. Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 22, Sayı 3, 2016, ss.1889-1913, s. 1899; Balık, s.451.

24 Tekinalp, s. 486.

25 CJUE, C-529/07 (<https://curia.europa.eu> Son Erişim: 28.03.2024). Aynı doğrultuda, tanınmış olmasa bile bir markanın başkasına ait olduğunu bilerek kendi adına tescil ettirmenin tek başına kötüniyetin varlığının kabulü için yeterli olmadığına ilişkin olarak bkz. Sekmen, s. 231.

26 Yaşıyan, s. 41.

27 Uzunallı, *Marka Hukuku*, s. 118.

28 Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Şenocak, Yarayan, s. 103.

kötüniyetli olduğunu kabul etmek için yeterli olmadığını, kötüniyet olgusunun somut verilerle ispat edilmesi gerektiğini ülkesellik prensibine de atıfla kabul etmektedir²⁹. ABAD da dürüst uygulamalarla veya üçüncü kişilerin çıkarlarıyla bağdaşmayan ve başka bir markayı zayıflatmak ya da markanın işlevleri dışında bir hak elde etmek amacıyla yapılan marka tescilinin kötüniyetli tescil sayılacağını, ancak kullanma amacı olmaksızın tescil edildiği iddiası ispat edilmedikçe bir ticari markanın kullanılmamasının tek başına tescilin kötüniyetli olduğuna karine teşkil etmeyeceğini, kullanmama nedeniyle hak kaybı için öngörülen 5 yıllık süre şartına da göndermede bulunarak vurgulamıştır³⁰.

Marka tescilinin kötüniyetli sayılması için kötüniyetin tescil aşamasında bulunması gerekir. Yani tescille hakkın geçerli bir şekilde kazanılmasından sonraki süreçte marka sahibinin markasını işlev ve amaçlarına aykırı biçimde ve kötüniyetli kullanımı halinde artık kötüniyetli tescilden değil hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilecektir³¹.

TMK md. 3 gereğince asıl olan iyiniyetin varlığı olduğundan (iyiniyet karnesi), kötüniyetli tescil iddiasında bulunan kişinin bunu ispat etmesi gerekecektir³². İlgili kişilerin itirazı üzerine, marka tescil başvurusunun kötüniyetli olduğu kanaatine varılması halinde başvurunun reddine karar verilecektir.

Öte yandan koruma markası veya tekrar marka olarak isimlendirilen marka başvurularının da kötüniyetli tescil sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır. Yargıtay kullanmama sonucu hak kaybına dayalı iptal davası devam ederken aynı marka için yeniden yapılan tescilin “yedekleme” amaçlı kötüniyetli tescil olduğunu kabul etmekte ve tekrar markanın hükümsüzlüğüne karar vermektedir³³. Yargıtay’ın bu içtihadı, tekrar tescilin tek başına kötüniyetli sayılmayacağı, “engelleme niyeti” gibi tescilin kötüniyetli olduğunu gösteren başka olguların da varlığının gerektiği gerekçesiyle eleştirilmiştir³⁴. Tekrar tescilin kötüniyetli olduğunu gösteren başka olguların da varlığı gerektiği muhakkak ise de; kötüniyetli tescilin kabulü için kullanma niyeti bulunmayan tescil sahibinin engelleme dışında yedekleme, şantaj, marka ticareti gibi başka motivasyon sebepleri de bulunabilir ve Yargıtay da bu sebeplerden *yedekleme* gerekçesine dayanarak bu kararları vermektedir.

29 Yargıtay HGK, 5.4.2023 T., 2021/945 E., 2023/295 K. Yargıtay 11. HD, 13.6.2023 T., 2022/261 E., 2023/3737 K. (Karar metinleri için bkz. www.kazanci.com Son Erişim: 28.03.2024).

30 CJUE, C-371/18 (curia.europa.eu Son Erişim: 28.03.2024).

31 Fatih Bilgili, *Marka Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması (Kötüye Kullanma)*, Seçkin Yay., Ankara, 2006, s.249; Yaşayan, s. 38.

32 Kemal Oğuzman, Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, On İki Levha Yay., İstanbul 2019, s. 165; Hamdi Yasaman ve Diğerleri, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 3 Cilt, Seçkin Yay., İstanbul 2021, s.2551.

33 Misal olarak bkz. Yargıtay 11. HD, 21.9.2023 T., 2022/1231 E., 2023/5232 K.; Yargıtay 11. HD, 9.1.2019 T., 2017/2818 E., 2019/151 K. (www.kazanci.com Son Erişim: 01.05.2024).

34 Uzunallı, *Marka Hukuku*, s. 261.

2. Kötüniyetle Tescil Ettirilen Markanın Hükümsüzlüğü

Marka tescil başvurusunun kötüniyetle yapıldığına ilişkin itiraz üzerine Kurum tarafından başvurunun reddine karar verilmesi halinde, yapılan tescil girişimi teşebbüs aşamasında kalacak ve SMK'nın tescilli markalara ilişkin sağladığı korumadan faydalanamayacaktır³⁵. Ancak kötüniyetin başvuru aşamasında tespit ve ispat edilmesi ve itiraz yoluyla tescilin engellenmesi çok zordur³⁶. Bu sebeple de kanun koyucu, kötüniyetli marka tescilini aynı zamanda bir hükümsüzlük sebebi olarak da düzenleyerek, asıl marka sahibine tescil edilmemesi gerekirken bir şekilde tescil edilen markanın yaratacağı risklere karşı ihtiyaç duyacağı hukuksal korumayı sağlamıştır. Bu sayede yayma itiraz edilmediğinden veya yapılan itiraz reddedildiğinden tescille sonuçlanan kötüniyetli marka başvurusu geçici bir hukuki korumaya kavuşsa da, açılacak hükümsüzlük davası ile baştan itibaren geçersiz kılınabilecektir.

Mülga 556 sayılı KHK'da açıkça düzenlenmemiş olsa da SMK 25/1 maddenin nisbi tescil engellerine ilişkin 6. Maddeye yaptığı atıfla kötüniyetli tescil açıkça bir hükümsüzlük sebebi olarak da kabul edilmiş; Yargıtay'ın son yıllarda istikrar kazanmış olan bu doğrultudaki uygulaması yasal dayanağa kavuşmuştur³⁷. Hükümsüzlük kararı geriye etkili olup SMK md. 27/3'teki iki istisna dışında marka başvuru tarihi itibarıyla geçersiz hale gelir ve SMK kapsamında markaya sağlanan koruma hiç doğmamış sayılır.

Her ne kadar kötüniyete dayalı bir hak elde edilmesi hukuken mümkün değil ise de; kötüniyetli tescilin hükümsüz kılınmasından önce bu markaya tecavüz gerekçesiyle verilmiş ve uygulanmış bir mahkeme kararının yeniden tartışmaya açılması da söz konusu düzenleme ile engellenmiştir. Burada amaç kötüniyetin korunması değil kamu düzenini ilgilendiren hukuki istikrar ve hukuk güvenliğinin sağlanmasıdır³⁸. Aynı şekilde başkasına ait markayı kötüniyetle kendi adına tescil ettiren kişinin üçüncü kişilerle bu kötüniyetli tescile dayanarak yaptığı devir, lisans, franchise, teminat vb. sözleşmeler uygulanmışsa, verilen hükümsüzlük kararı -sözleşmenin karşı tarafının da kötüniyetli olmaması

35 *Tescili hedefleyen bir bekleme hukuki durumu sağlayan* marka başvurusuna dayalı öncelik hakkının, başvuru sahibine işareti marka olarak kullanma ve korunma hakkı vermeyeceği ve marka başvurusunun haksız rekabet hükümlerine göre korunacağı hakkında bkz. Tekinalp, s. 386.

36 Fatih Bilgili, "Türk Marka Hukukunda Kötü Niyetli Marka Tescili Başvurusuna Karşı İtiraz", TBB Dergisi, s. 70, Mayıs/Haziran 2007, ss.27-40, s. 38.

37 Konuyla ilgili Yargıtay HGK içtihadının Esas ve Karar No.su için bkz. Yukarıda dn.11.

38 "...hukuki eylem, işlem ve kuralların sürekli dava tehdidi altında bulunması hukuk devletinin unsurları olan hukuki istikrar ve hukuki güvenlik ilkeleriyle bağdaşmaz. Bu nedenle hak arama özgürlüğü ile hukuki istikrar ve hukuki güvenlik gerekleri arasında makul bir denge gözetilmelidir." AYM, 01/11/2012 T., 2010/83 E., 2012/169 K. (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/02/20130222-10.htm> Son Erişim: 30.03.2024).

kaydıyla- bu uygulanmış sözleşmeleri etkilemeyecektir³⁹. Ancak sözleşmenin hiç veya kısmen uygulanamaması hâlinde, SMK'nın 27/4. Maddesi gereğince sözleşmeye dayanarak ödenmiş bedellerin hakkaniyet gereği kısmen ya da tamamen iadesi istenebilecektir⁴⁰.

Lisans alan tarafından kötünietle tescil ettirilen markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi halinde, belirtilen hükümler lisans alan hakkında da uygulanacaktır. Marka sahibi tescilin hükümsüzlüğünü sağlayarak lisans alana karşı söz konusu kötünietli tescil nedeniyle uğradığı tüm zararların tazminini talep edebilecektir. Mülga 556 sayılı KHK dönemindeki çokça eleştirilere konu olan kabul ve uygulamanın aksine, bir sınai hakkın tescile dayalı kullanımı SMK 155. Maddesine göre önceki hak sahibine karşı artık bir savunma gerekçesi olarak da kullanılamayacağından, kötünietli tescile dayalı hak sahipliği savunmasına da değer verilemeyecektir.

3. Sonraki Tescilin Kötünietli Olması Halinde Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı Savunmasının Dinlenmemesi

Sessiz kalma yoluyla hak kaybı, hukukumuzda SMK'dan önce yasal bir dayanağı olmasa da öğretide ve Yargıtay içtihatlarında kabul edilen ve nihayet SMK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte yasal dayanağa kavuşan bir marka hukuku kurumudur. 556 sayılı KHK döneminde TMK'nın 2. Maddesine dayandırılan⁴¹ sessiz kalma yoluyla hak kaybı ilkesi, SMK'nın konuyla ilgili 25/6. Maddesiyle yasal altyapıya kavuşmuştur.

Sessiz kalma yoluyla hak kaybı ilkesinin getirilmesinin sebebi, AB Marka Direktifinin 29. Resitaline göre "hukuki güvenliğin sağlanması"dır⁴². Markayı iyiniyetle kullanmaya başlayan sonraki marka sahibinin hukuki menfaatinin de asıl marka sahibine karşı korunması ihtiyacından doğmuş olan bu kurum⁴³, bir yönüyle hükümsüzlük davaları için getirilmiş bir Hak Düşürücü Süre niteliğindedir⁴⁴. Bu sebeple söz konusu düzenlemelerde yer alan 5 yıllık sürenin

39 Tekinalp, s.487.

40 Çağlar Özel, *Marka Lisansı Sözleşmesi*, Seçkin Yay., Ankara 2015, s. 144; Mücahit Ünal, *Marka Tescilinden Doğan Haklarla İlgili Hukuki İşlemler*, Seçkin Yay., Ankara 2007, s. 186; Uzunallı, *Marka Hukuku*, s. 257.

41 Köroğlu, s.1897; Sami Karahan, "Haksız Rekabet Davalarında Dava Zamanaşırımları ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybedilmesi İlkesi", *Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı*, Cilt 1, Beta Yay., İstanbul 2001, s. 302.

42 Çolak, Direktifte yer alan bu ifadeyi "hukuki güvenlik ilkesinin güçlendirilmesi" şeklinde tercüme etmektedir: Çolak, s. 869. Fransızca metinde bu husus "pour des raisons de sécurité juridique" şeklinde ifade edilmiştir.

43 Nihal Koşer, "Avrupa Birliği Adalet Divanı Genel Mahkemesi'nin 7 Şubat 2019 Tarihli "Swemac" Kararı ve Bu Kararın Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi -Marka Hukukunda Önceki Tarihli Hakların Etkisine İlişkin Bir İnceleme-", *ÇÜHFD*, Cilt 5, Sayı 1, Nisan 2020, s. 2151-2178, s. 2170.

44 Çolak, s. 870.

geçmesiyle birlikte artık marka sahibinin iyiniyetli üçüncü kişinin tescil ettirdiği markanın hükümsüzlüğünü talep etme hakkı kural olarak ortadan kalkmaktadır.

Ancak her kural gibi bu kuralın da bir istisnası vardır ve o da kötüniyetli tescilin bu ilkedен yararlanamamasıdır. Nitekim SMK'nın konuyla ilgili 26/5. Maddesinde yer verilen “*sonraki tarihli marka tescili kötüniyetli olmadıkça*” şeklindeki istisna gereğince, iyiniyetli tescil sahibi sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunmasını ileri sürebilecektir. Burada aranan iyiniyet 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 3. Maddesinde düzenlenen iyiniyettir⁴⁵. Yani markanın aynısını veya benzerini kendi adına tescil ettiren veya kullanan kişinin bu işaretin başkasına ait bir marka olduğunu bilmemesi veya bilebilecek durumda olmaması gerekir⁴⁶.

Mutlak bir tescil engelinin bulunduğu hallerde (mesela marka olarak tescil ettirilen işaretin bir ürün için cins adı olması) kötüniyetin varlığı per se kabul edilecektir. Bu durumda kamu yararı üstün tutulacağından, sessiz kalma yoluyla hak kaybı ilkesine dayanılmaz ve hükümsüzlük talep edilebilmesi için süre şartı da aranmaz. SMK'nın 25/2. Maddesi kapsamında Cumhuriyet Savcıları ve ilgili kamu kurum ve kuruluşları, kamu menfaati gereği sessiz kalma yoluyla hak kaybı engeline takılmadan her zaman dava açabilirler⁴⁷.

4. Tescil Edilmemiş Hukuki İşlemlerin Marka Üzerinde Kötüniyetli Hak Edinenlere Karşı İleri Sürülebilmesi

SMK'nın 148. Maddesinin 4. Fıkrasına göre tescilli bir marka üzerindeki sağlar arası işlemler yazılı şekle tabi olup, devir işlemi ise noter onaylı olması şartıyla geçerlilik kazanır. Aynı maddenin 5. Fıkrasına göre de sicile kaydedilmeyen hukuki işlemlerden doğan haklar iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Bu hüküm kapsamında marka üzerinde yapılan lisans, satış, intikal, rehin, haciz ve sair hukuki işlemlerin geçerli olabilmesi için tescil edilmesi zorunlu olmayıp maddede belirlenen şekil şartına uyularak gerçekleştirilmesi yeterlidir. Ancak tescil ettirilmemiş bir hukuki işlemin iyiniyetli üçüncü kişilere karşı hüküm doğurmayacağı gerçeği karşısında tescilin hukuki güvenlik açısından son derece elzem olduğu da açıktır⁴⁸. Benzer biçimde mehaz AB Marka Tüzüğü'nün 27. maddesinde de marka üzerinde devir, aynı hak tesisi, lisans

45 Koçak, s. 137.

46 Köroğlu, s.1899.

47 Çolak, s. 889.

48 Feyzan Hayal Şehirali Çelik, “Sinai Mülkiyet Hakkı Tescilinin Anlamı Üzerine -SMK m.155 Vesilesiyle Bir İnceleme-”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 34, Sayı 2, Haziran 2018, ss.33-90, s. 38; Yasaman, Cilt 3, s.2890.

verilmesi işlemlerinin üçüncü kişilere karşı tescille sonuç doğuracağı fakat tescilden önce yapılan işlemde haberdar olan sonraki hak sahiplerine karşı tescilden önce de hüküm doğuracağı düzenlenmiştir. Tüzüğü 20/11. Maddesinde devir işlemi için ek bir şart daha belirlenmiştir. Buna göre devir işleminin kötünietli sonraki hak sahibine karşı ileri sürülebilmesi, devir işleminin tescili ile mümkün olabilecektir.

Görüleceği üzere tescil, marka üzerinde gerçekleştirilen hukuki işleme dayanarak bir hak elde eden kişinin bu hakkı herkese karşı ileri sürebilmesine ve muhtemel iyiniyet iddialarını ortadan kaldırmaya imkân sağlayan bir işlemidir. Ancak tescil gerçekleştirilmiş olmasa dahi sonraki tarihli hak sahibinin iyiniyetli sayılacağına ilişkin iyiniyet karinesinin aksinin ispat edilmesi mümkündür. Bu durumda marka üzerinde gerçekleştirilen bir hukuki işleme dayanarak hak kazanan kişinin bu işlemi tescil ettirmesi sahibi lehine bir hak karinesi yaratacak ve üçüncü kişilerin iyiniyet iddiasını geçersiz kılacakken; işlemi tescil ettirmemiş hak sahibinin ise sonradan marka üzerinde bir hak elde eden kişinin TMK md. 3 kapsamında kötünietli olduğunu ispat etmesi gerekecektir⁴⁹. Bu kapsamda sonraki tarihli işleme dayanan kişinin tescil ettirilmeyen önceki hukuki işlemde haberdar olduğunu veya olması gerektiğini ispat etmek yeterlidir⁵⁰.

Bu durumda marka sahibiyle üçüncü kişi arasında şekil şartlarına uygun bir devir, rehin veya lisans işlemi gerçekleştirildikten sonra (fakat henüz tescil gerçekleştirilmeden önce), yetkisiz marka sahibinden marka üzerinde lisans alan kişinin kazanımının korunup korunmayacağı belirlenmesi gerekir.

SMK md. 148/5 hükmü gereğince tescil ettirilmemiş bir hukuki işleme dayanan kişi bu hakkını sonraki tarihli iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremez. Ancak sicile güven ilkesinin birden fazla devir işleminde hüküm ifade etmeyeceği ve sonraki tarihli devir alanın iyiniyetli kazanımının korunmayacağı öğretide genel olarak kabul edilmektedir⁵¹. Söz konusu madde kapsamında önceki marka sahibiyle lisans sözleşmesi imzalayan iyiniyetli inhisari lisans alanın da bu hakkını henüz tescili gerçekleştirilmeyen devralana karşı ileri süremeyeceği kuşkusuzdur. Bunun gerekçesi ise markaya ilişkin işlemler

49 Şehirli Çelik, s.60; Uzunallı, Marka Hukuku, s. 134. Aksi görüşte: Özlem Tüzüner, *Marka Rehni Sözleşmesi ve Uygulanacak Hukuk*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 61. Yazar, marka üzerinde eski tarihli rehin hakkına sahip olan kişinin hakkının, iyiniyetli (marka üzerinde rehin bulunduğunu bilmeyen ve bilmesi de gerekmeyen) sonraki hak sahibine karşı tescilli olmasa dahi korunması gerektiğini savunmaktadır.

50 Yasaman, Cilt 3, s. 2891.

51 Yasaman, Cilt 3, s. 2893; Arkan, Marka Hukuku, Cilt 2, s. 184; Şehirli Çelik, s. 60. Yazar, bu görüşünü ilk devirden sonra devreden adına görünen tescilin *yolsuz tescil* haline geleceği ve bu tescile dayalı kazanımların korunacağı yönünde TMK md. 1023'e paralel bir düzenlemenin SMK'da yer almamasına dayandırmaktadır.

bakımından tescilin –istisnalar haricinde- kurucu değil bildirici etkiye sahip olmasıdır. Yine temel bir hukuk kuralı olan “*Hiç kimse sahip olduğu haktan fazlasını başkasına devredemez (Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipso habet)*” ilkesi de hak sahibi olmayan tescil sahibinin yapacağı tasarrufları işlemlerin geçerli olamayacağını kabul etmeyi zorunlu kılmaktadır. Zira kurucu etkiye sahip geçerli bir devir sözleşmesi ile birlikte marka sahibi marka üzerindeki haklarını işlem tarihi itibarıyla kaybetmiştir. Bu durumda iyiniyetli lisans alanın da *yolsuz tescil* niteliğindeki marka siciline güvenerek marka üzerinde bir hak iktisap etmesi mümkün değildir ve iyiniyet iddiası gerçek hak sahibine karşı hüküm ifade etmeyecektir⁵². Benzer biçimde önceki tarihli tescilsiz inhisari lisans sahibinin hakkı da sonraki tarihli inhisari lisans sahibine karşı üstün tutulacaktır. Çünkü SMK md. 24/2’ye göre inhisari lisansta lisans veren başka kişilere lisans verme hakkına sahip olmadığı gibi hakkını saklı tutmamışsa kendisi de markayı kullanamayacaktır.

Bu durumda lisans alanın iyiniyetli olması, devralan iyiniyetli marka sahibine veya iyiniyetli tescilsiz inhisari lisans alana karşı hüküm ifade etmeyecek ve kendisine sadece yetkisiz tescil sahibine akde aykırılığa dayalı kişisel bir hak sağlayacaktır. Ancak bununla birlikte lisans alanın iyiniyeti, kendisine asıl hak sahiplerine karşı bir hukuki koruma sağlayacak ve iyiniyetli kullanım veya tescilli kendisine karşı markaya tecavüz iddiasıyla dava açılmasını önleyecektir. Tescil edilmemiş hak sahibi, iyiniyetli lisans alana karşı lisans bedelinin kendisine ödenmesini talep edemez. Sicilde marka sahibi olarak görünen kişiye yapılan ödeme iyiniyetli lisans alanı borcundan kurtarır⁵³. Buna mukabil yetkisiz tescile dayanan lisans alanın kötüniyetli olması ise hak sahipleri tarafından aleyhine açılacak tecavüze dayalı davalarda kendisi aleyhine hüküm kurulmasına yol açacaktır⁵⁴.

Yetkisiz tescil sahibinden lisans alan kötüniyetli kişinin uzun yıllar markayı kullanmasına ses çıkarmayarak karşı tarafta hakkın kullanılmayacağı yönünde bir güven uyandıran kötüniyetli asıl hak sahibinin de dava açması TMK md. 2 kapsamında tanımlanan hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğinden, artık geçersiz lisans sözleşmesine muvafakat ettiğinin ve yapılan kullanıma itiraz edemeyeceğinin kabulü gerekecektir⁵⁵.

52 Çolak, s.740.

53 Arkan, *Marka Hukuku*, Cilt 2, s. 184.

54 Rabia Eda Giray, “Markanın Devri ve Devir Hükümü Doğuran Diğer İşlemler”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2010, s. 80; Yasaman, Cilt 3, s. 2894;

55 Benzer bir yaklaşımı sessiz kalma yoluyla hak kaybı çerçevesinde yetkisiz devir işlemi için kabul eden görüş için bkz. Giray, s. 83.

Öten yandan lisans sözleşmesinde yazılı şekil geçerlilik koşulu olmasına rağmen şekle aykırılığa uzun süre ses çıkarmayan tarafın şekle aykırılık iddiasında bulunması da hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir. Yargıtay da BURGER KING kararında, yazılı olarak düzenlenmemiş bir franchise sözleşmesinde franchise verenin sözleşmeyi benimsemiş ve uzun süre uygulamış olmasına rağmen sözleşmenin feshinden sonra marka lisans hükmünün şekle aykırılığını ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olacağını, şekil şartına aykırılık ile hakkın kötüye kullanılması yasağının çatışması halinde hakkın kötüye kullanılması yasağına öncelik verilmesinin gerekeceğini kabul etmiştir⁵⁶. Sözleşmedeki şekle aykırılığı benimseyen lisans alanın daha sonra şekle aykırılık savunması da bu kapsamda reddedilecektir.

5. Önceki Hak Sahibinin Açtığı Tecavüz Davasında Tescilli Sınai Mülkiyet Hakkına Dayanamama

Marka hakkının kazanılması ve marka korumasının elde edilmesi kural olarak tescil yoluyla gerçekleşir⁵⁷. Bu husus SMK md. 7/1’de “*Bu Kanunla sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir.*” Şeklinde ifade edilmiştir. Ancak tescil gerçek hak sahipliğini ispat açısından bir karine teşkil etse de gerçek hak sahipliğinin tespitinde mutlak bir ölçü değildir. Mülga 556 sayılı KHK döneminde SMK md. 155’e benzer bir düzenleme yer almadığından, bir marka tescilli kötünietli olsa bile hükümsüz kılınmadığı sürece sahibine mutlak bir koruma sağlamaktaydı. Bu yaklaşım öğretide eleştirilse de⁵⁸, Yargıtay tescilli marka hakkına dayanan kişiyi tescil hükümsüz kılınmadıkça mutlak biçimde korumaktaydı⁵⁹. Bu yaklaşım haksız marka tescilini adeta bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul etmekteydi⁶⁰. Ancak 6769 sayılı SMK’nın 155. maddesinin yürürlüğe girmesiyle birlikte artık tescilin marka sahibine tescilsiz işaretlere karşı mutlak bir üstünlük sağlayacağına ve salt tescil yapılmış olması sebebiyle işaret üzerinde eskiye dayalı bir hakkı bulunan kişilere karşı dahi üstün tutulması gerektiğine ilişkin hatalı Yargıtay uygulaması dayanağını ve geçerliliğini

56 Yargıtay 11. HD. 14.07.2011 T., 2009/9953 E., 2011/8930 K. (www.kazanci.com Son Erişim: 04.04.2024).

57 Tekinalp, s. 381.

58 Çolak, s. 419.

59 “...davalının adına tescilli markanın hükümsüzlüğüne karar verilmediği sürece hukuken var olan hakkın fiilen kullanılmasının haksız rekabet teşkil etmeyeceği...” Yargıtay 11. HD, 24.4.2017 T., 2015/15052 E., 2017/2355 K. (www.kazanci.com Son Erişim: 31.03.2024).

60 Nitekim SMK md. 155’in hükümet gerekçesinde de *sonraki tarihli tescilin bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmediği* ifade edilmiştir. Bkz. İbrahim Gül, “Marka Hakkına Tecavüz Davasında Tescilli Marka Savunması”, *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 13, Ocak 2017, ss. 81-115, s. 108.

kaybetmiştir⁶¹. SMK md. 155 hükmü, marka tescilinin önceki tarihli hak sahiplerine karşı tescil sahibine bir hak kazandırmayacağını ve açılan tecavüz davasında savunma gerekçesi olarak ileri sürülemeyeceğini, dolayısıyla başkasına ait markanın kötüniyetle tesciline de hukuki bir sonuç bağlanamayacağını kabul etmeyi gerektirmektedir.

Açılacak bir marka hükümsüzlük davasının karara bağlanacağı tarihe kadar -ihtiyati tedbir kararı verilmemişse- kötüniyetli tescile dayalı kullanım yoluyla markaya telafisi imkânsız zararların verilmesi riski bulunmaktadır. Bu sebeple yapılan SMK md. 155 düzenlemesiyle, kötüniyetli kimselerin ihlale kılıf hazırlamak için marka tescili yaparak tescilin arkasına sığınmalarının ve tescile dayalı kullanım kisvesi altında marka hakkı sahiplerinin haklarına tecavüzü mazur göstermelerinin önüne geçilmiştir⁶². Her ne kadar kötüniyetli tescilden bahis veya iyiniyet hükümlerine doğrudan bir atf yok ise de; bu düzenlemenin temel amacının kötüniyetli tescile değer verilmesini önlemek olduğu açıktır.

Sonraki tarihli başvuru henüz sonuçlanmamış ise bu başvurunun tescille sonuçlanması ihtimalinde dahi sahibine bir hak kazandırmayacağı düşünüldüğünde, öncelik ilkesine göre hüküm kurulacağından, artık açılan bir tecavüz davasında tescil başvurusunun sonucunun beklenmesine de gerek kalmayacaktır⁶³.

C. Sonradan Kötüniyetin İyiniyete veya İyiniyetin Kötüniyete Dönüşmesi Meselesi

İyiniyetin başlangıçta var olmaması (yani kullanıcının markayı başkasına ait olduğunu bilerek kullanmaya başlaması) veya başlangıçta var olup da sonradan ortadan kalkması (kullanıcının başlangıçta markadan haberdar olmayıp sonradan öğrenmesi) halinde sessiz kalma yoluyla hak kaybının yine de gerçekleşip gerçekleşmeyeceği tartışmalıdır.

Öğretide savunulan bir görüşe göre başlangıçtaki kötüniyetin sonradan iyiniyete dönüşmesi mümkün değildir⁶⁴. Bir an için kötüniyetin iyiniyete dönüş-

61 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu verdiği 27.03.2013 T., 2013/11-209 E. ve 2013/399 K. sayılı kararında, 554 sayılı Tasarımların Korunması Hakkında KHK kapsamındaki tasarım tesciline dayalı kullanımın hukuka uygun olduğunu kabul eden Yargıtay 11. Hukuk Dairesi kararını kaldırarak yerel mahkemenin direnme kararını onamış ve dürüstlük kuralına ilişkin TMK md. 2 ve Basiretli Tacir sorumluluğuna ilişkin TTK md. 18 hükümlerine de atıfla kötüniyetli *harcâlem* tasarım tescilinin korunamayacağına hükmetmiştir. Söz konusu içtihat metni ile yerel mahkeme ve 11. Hukuk Dairesinin söz konusu dosyadaki kararları ve yargı süreci hakkında ayrıntılı hukuki değerlendirmeler için bkz. Muktedir Lale, "Yasal Hakkın Kullanılması Bağlamında Tasarım Tescillerinde Kötüniyet", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 9, Sayı 100, Aralık 2014, s. 707-717.

62 Çolak, s. 419.

63 Uzunallı, *Marka Hukuku*, s. 233.

64 Çolak, s. 882. *Sonradan oluşan iyiniyet* kavramını benimseyen bir Alman Federal Mahkemesi kararı ile ilgili bkz. Karahan, s. 305, dn. 26.

bileceği teorik olarak kabul edilse bile SMK'nın 25/6. Maddesinin açık hükmü karşısında artık bunun kabulü mümkün değildir⁶⁵. Ancak gerek Yargıtay kararlarındaki gerekse öğretilerdeki genel kabul, her olayın özelliklerine göre şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği yönündedir. Tescil veya kullanım başlangıçta kötüniyetli de olsa marka sahibi bu kullanıma uzun süre sessiz kalmışsa, artık bu kullanıma zımnen muvafakat verdiğinin ve uzun süre dava açmayarak karşı tarafa güven veren marka sahibinin yapacağı başvurunun hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğinin kabulü gerekir⁶⁶. Yargıtay da bu görüştedir⁶⁷. Aslında bu yaklaşım kötüniyetin sonradan iyiniyete dönüşmesi değil, Yargıtay kararlarında da açıkça ifade edildiği üzere hakkın kötüye kullanılmasının korunmayacağı ilkesine dayanmaktadır⁶⁸.

Başlangıçta iyiniyetli olan ikinci kullanıcının sonradan kullanımdan haberdar olması halinde ise artık başlangıçtaki iyiniyetin esas alınması gerekecektir. Zira temel bir hukuk kaidesi olan *mala fides superveniens non nocet* (sonradan gelen kötüniyet zarar vermez) ilkesi gereğince başlangıçtaki kurucu irade esas alınacak ve artık sonradan markanın başkasına ait olduğunu öğrenen kişinin kötüniyetli hale geldiği gerekçesiyle sessiz kalmadan faydalanamayacağı savunulamayacaktır⁶⁹.

Kaldı ki başkasına ait tescilli markayı kullanan kişi, aleniyet ilkesi gereğince önceki tescilden en geç tescilli markanın tescil başvurusunun yayımlandığı tarihte haberdar olmuş sayılacak ve bu anlamda yaptığı başvuru kötüniyetli kabul edilecektir. Yani tescilli bir markayı kendi adına tescil ettiren kişinin

65 Koçak, s. 141.

66 Tekinalp, başkasına ait olduğunu bilerek bir işareti tescil ettiren veya tescilsiz kullanan kişi ile bu kullanıma uzun süre sessiz kalan ve karşı tarafın yapacağı yatırımlar nedeniyle zararın artmasını bekleyen kötüniyetli marka sahibi arasında tercih yapmanın zorluğunu şu ifadeyle dile getirmektedir: "Hangi kötü niyet 'kötü'dür? Sorunun çözümü hiç de kolay değildir." Tekinalp, s. 456; Gül, s.92.

67 "...davalının 104864 kod nolu "Halley+Şekil" markasını 30.sınıfta yer alan çay emtiası için 04.08.1988 tarihinde tescil ettirdiği, daha sonra farklı tarihlerde ve değişik şekillerde yoğrulmuş esas unsuru "Halley Çay" ibareli toplam altı ayrı marka tescil ettirdiği, davacının ise hükümsüzlük davasını davalıya ait markanın tescil tarihinden 16 yıl sonra açtığı, 556 sayılı KHK'nin 42/1-a ve Yargıtay kararları karşısında dava açılmasının hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği..." Yargıtay 11. HD, 27.2.2007 T., 2005/12401 E., 2007/3634 K.; Aynı şekilde Tiger-Tayger markaları ile ilgili Yargıtay 11. HD 14.06.2012 T., 2010/8788 E., 2012/10516 K. sayılı bozma kararına yerel mahkemece direnilmiş, direnme kararı da Yargıtay HGK 15.4.2015 T., 2013/11-1831 E., 2015/1198 K. sayılı kararı ile özel daire bozma kararına uyulması gerektiği gerekçesiyle bozulmuştur. Yargıtay 11. HD, FOSSIL-FOSSIL markalarına ilişkin 9.12.2019 tarih ve 2019/1285 E., 2019/8003 K. sayılı kararında da aynı ilkeyi tekrarlamış ve üçüncü kişilerde oluşturulan güvene aykırı davranmanın çelişkili davranış yasağı kapsamına gireceğini de ayrıca vurgulamıştır (www.kazanci.com Son Erişim: 31.03.2024). Aynı doğrultuda Karahan, s. 304. Aksi görüşte Çolak, s. 871.

68 Çolak, s. 884.

69 Koçak, s. 139; Yasaman, Cilt 3, s.2552.

tescili bilmediği iddiası dinlenmez⁷⁰. Ancak yapılan ikinci tescile karşı marka sahibinin uzun süre sessiz kalarak dava açmayacağı yönünde güven vermiş olacağı gerekçesiyle bu kullanıma bağlanan bir hukuksal durum doğmaktadır. Yargıtay da hukukun her alanında verdiği kararlarda bir hakkın kullanılmasının TMK md. 2 kapsamında dürüstlük kuralına aykırı olması halinde, hakkın kötüye kullanılması yasağının öncelikle uygulanacağını istikrarla tekrarlamaktadır⁷¹.

Marka başvurusu anında kötüniyetin bulunup bulunmadığı sonradan ortaya çıkan emarelerden anlaşılabilir. Kötüniyetle yapılan marka başvurusunu devralan iyiniyetli kişinin de iyiniyetinin korunması mümkün değildir⁷².

II. Marka Lisans Sahibinin Kötüniyetli Sayılacağı Durumlar

A. Genel Olarak Marka Lisans Sözleşmesi

Markayı sahibinin izniyle kullanmanın en yaygın ve ilk akla gelen yolu olan marka lisans sözleşmesi, fikri mülkiyet haklarına ilişkin lisans sözleşmesinin bir alt kategorisini teşkil eder⁷³. Geniş anlamıyla fikri mülkiyet haklarına ilişkin bir sözleşme türü olarak lisans sözleşmeleri, bir gayri maddi hakkı veya tekel durumunu münhasıran kullanma hakkına sahip olan kişinin, hakkın özü kendisinde kalmak kaydıyla ticari kullanımını kural olarak bir bedel karşılığında kısmen veya tamamen başkasına devrettiği sözleşmelerdir⁷⁴. Bu tanımdan yola çıkarak marka lisans sözleşmesi de kısaca markanın sahibinin malvarlığı içinde kalıp, kullanma hak ve yetkisinin lisans alana devredildiği sözleşmeler şeklinde tanımlanabilir⁷⁵. Ancak lisans verenin mutlaka marka sahibi olması gerekmez. Marka üzerinde intifa hakkına sahip olan kişinin veya alt lisans verme hakkına sahip lisans alanın da lisans veren tarafta yer alması mümkündür⁷⁶.

70 Gül, s.96.

71 Konuyla ilgili örnek Yargıtay'ın BURGER KING içtihadına ait bilgiler için bkz. Yukarıda dn.56.

72 Uzunallı, *Marka Hukuku*, s. 117.

73 Yasaman, Cilt 3, s. 2475.

74 Burak Ongan, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Hukuki Durumu, Seçkin Yay., Ankara 2007, s.18; Saibe Oktay Özdemir, "Fikri Nitelikteki Sınai Değerler Üzerindeki Haklar ile Bunlara İlişkin Verilen Lisansın Hukuki Niteliği", *Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004, ss.571-598, s. 586; Çiğdem Ceylan, "Marka Lisansı Sözleşmesi", *FMR Dergisi* 26 Nisan Dünya Fikri Mülkiyet Günü Özel Sayısı, 2017, ss. 59-89, s. 60.

75 Özel, s.45; Arkan, *Marka Hukuku*, Cilt 2, s.191.

76 Yann Basire, *L'essentiel Du Droit De La Propriété Industrielle*, 3. Ed., Paris 2023, Ed: Gualino/Lextenso, s. 135.

Marka lisans sözleşmesi sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme⁷⁷ olup; karakteristik edimi, lisans verenin markayı kullandırma borcudur⁷⁸. Buna karşılık lisans alanın edimi ise lisans bedelini ödeme borcudur. Bunlar lisansın iki temel unsurunu teşkil eder⁷⁹. Ancak lisans bedelini ödeme borcu sözleşmenin zorunlu bir unsuru değildir ve lisans karşılıksız veya para dışında bir şeye karşılık da verilebilir⁸⁰. Sözleşmenin bedelsiz yapılması, sözleşmeyi tek taraflı bir işleme dönüştürmez⁸¹. Bu durumda lisans sözleşmesi, genellikle olduğu gibi iki tarafa borç yükleyen (sinallagmatik) sözleşme değil artık tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmeye dönüşür⁸². Ancak bunu marka sahibinin tek taraflı marka kullanımına muvafakat vermesi ile karıştırmamak gerekir. Çünkü lisans sözleşmesi tek tarafa borç yüklese dahi iradelerin karşılıklı uyuşması ile kurulan iki taraflı bir sözleşme iken, muvafakat tek taraflı irade beyanıyla verilir ve istendiği zaman geri alınabilir⁸³.

SMK'nın Hukuki İşlemler başlıklı 148/1. Maddesinde coğrafi işaret ve gelecekteki ürün adı hakkı dışındaki tüm sınai hakların kural olarak lisans sözleşmesine konu edilebileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme marka lisans sözleşmesinin hukukumuzdaki temel dayanağını oluşturmaktadır. Marka hakkının devir veya miras yoluyla intikalinden farklı olarak marka lisans sözleşmesi, markanın değil markayı kullanma hakkının devrine ilişkindir ve hakkın özü marka sahibinde kalmaya devam eder⁸⁴. Açıklanan bu niteliği sebebiyle marka lisans sözleşmesi, marka sahibinin marka üzerinde sahip olduğu tekel niteli-

77 Saibe Oktay Özdemir, *Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması (Lisans Sözleşmeleri)*, Beta Yay., İstanbul 2002, s. 66; Mehmet Emin Şan, "Marka Lisansı Sözleşmesinden Doğan Sorunlar", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2016, s. 31.

78 Nathalie Tissot, "Contrat de licence -- responsabilités et garanties", Publication Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence, P.473-486, p. 474.

79 Ongan, s. 65.

80 Ongan, s. 18; Ünal, s. 144; Yasaman, Cilt 2, s. 2477.

81 Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin *Lisans* başlıklı 20. Maddesinin marka lisansının sicile kaydı ve yayımlanması için istenen bilgi ve belgelere ilişkin 2. Fıkrasının (b) bendinde de lisans bedelinin sözleşmenin zorunlu unsuru olmadığı açıkça düzenlenmiştir.

82 Oktay Özdemir, *Lisans Sözleşmeleri*, s. 63; Şan, s. 30.

83 Çolak, s. 729; Ongan, s. 66. "Somut olayda, anılan KHK. nin 16. maddesine uygun biçimde karşılıklı olarak yazılıp, imzalanmış bir sözleşmeye dayalı marka devri bahis konusu değildir. Keza taraflar arasında KHK.nin 20. ve müteakip maddelerde yazılı şekilde marka kullanım hakkının devrini içeren bir lisans sözleşmesi de yapılmamıştır. Bu bakımdan ihtilafın aynı zamanda genel hükümler çerçevesinde değerlendirilip, çözülmesi gereklidir. Kural olarak, bir hak devredilmeyip, yalnızca kullanımı için başkasına koşullu veya koşulsuz izin verilmişse şartları oluştuğunda asıl hak sahibinin bu müsaadeyi geri almak hak ve yetkisi de vardır. Zira, hakkın özü kendisine aittir." (Yargıtay 11. HD., 03.04.2001 T., 2001/752 E. ve 2001/3930 K. sayılı kararı www.kazanci.com Son Erişim: 06.05.2023).

84 Tekinalp, s. 468; Ceylan, s.65; Ongan, s. 26.

ğindeki kullanım hakkını kısıtlayan veya belli bir süre için sona erdiren, lisans alanın markayı sahibiyile birlikte veya tek başına kullanmasına imkân sağlayan bir sözleşme türüdür⁸⁵.

Öğretide marka lisans sözleşmesinin atipik bir sözleşme türü olduğu neredeyse ittifakla kabul edilmektedir⁸⁶. Atipik sözleşme türlerinden hangisine dahil olduğu konusunda ise farklı fikirler vardır. Satım, adi ortaklık ve hasılat kirası sözleşmelerinden unsurlar içeren bir karma sözleşme olduğunu ve taraflar arasındaki ilişkinin niteliğine göre, somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak bu üç sözleşmeden birinin veya birkaçının hükümlerinin uygulanacağını savunan bir görüş vardır⁸⁷. Ancak bizim de katıldığımız ve öğretide genel kabul gören görüşe göre marka lisans sözleşmesi bir sınaî hakkın kullanımının devri sonucunu doğurduğu ve taşıdığı unsurlar Kanunda düzenlenen sözleşmelerden hiçbirinde bulunmadığı için sui generis (nevi şahsına münhasır) bir sözleşme türüdür⁸⁸.

Marka lisans sözleşmeleri farklı ihtimallere göre değişik ayrımlara tabi tutulmaktadır. Buna göre marka birden fazla mal veya hizmet sınıfında tescilli ise, tescil kapsamının tamamı için lisans verilebileceği gibi (tam lisans), bazı sınıflar veya sadece aynı sınıftaki bir kısım mal veya hizmetler için de lisans verilebilir (kısmi lisans). Lisans bir süre ile sınırlandırılabilir gibi, coğrafi bir sınırlamaya da tabi tutulabilir. Tüm bunların dışında lisans alanın markayı üçüncü kişilere lisans verebileceği de (alt lisans) sözleşmeyle kararlaştırılabilir.

85 Yasaman, Cilt 2, s. 2476.

86 Lisans sözleşmesinin Kanunda ayrıntılı olarak düzenlendiği için isimsiz bir sözleşme olarak tanımlamanın doğru olmadığı görüşünde: Arkan, *Marka Hukuku*, Cilt 2, s. 191.

87 Tekinalp, s. 468; Necati Meran, *Marka Hakları ve Korunması*, Seçkin Yay., Ankara 2014, s.181; Arkan, *Marka Hukuku*, Cilt 2, s.191; Sabih Arkan, "Lisans Vereninin Sorumluluğu", *Batider*, Eylül 2013, ss.5-8, s. 6; Arslan Kaya, *Marka Hukuku*, Arkan Yay., İstanbul 2006, s.225. Fransız Fikri Mülkiyet Kanunu'nun L.714-1 hükmünde düzenlenen marka lisans sözleşmelerinin bir kira sözleşmesi çeşidi olduğu ve bu sözleşmelere Medeni Kanunun (Code Civile) 1713 vd. maddelerinde yer alan Kira Sözleşmelerine ilişkin hükümlerin uygulanacağı hakkında bkz. Basire, s. 134.

88 Yasaman, Cilt 2, s. 2479; Ogan, s. 39; Fikret Eren, *6098 Sayılı Borçlar Hukuku Genel Hükümler: Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış*, Yetkin Yay. Ankara 2012, s. 211; Ceylan, s.65; Oktay Özdemir, *Lisans Sözleşmeleri*, s.54 (Ancak yazara göre, lisans sözleşmesinin karakteristik edimi olan kullanma hakkının devrine başka sözleşmelere ait unsurlar da Yasal içeriklerini kaybetmeden eklenmişse, karma sözleşmenin varlığı da kabul edilebilir); Çolak, s. 726-727 (Yazar, lisans sözleşmesinin satım, kira, intifa sözleşmeleri gibi benzer sözleşmelerden çeşitli yönlerden taşıdığı farklılıklar sebebiyle sui generis bir sözleşme niteliğinde olduğunu ifade etmektedir.); Marka Lisans Sözleşmesi ile satım, adi kira, hasılat kirası ve adi şirket sözleşmelerinin ayrıntılı karşılaştırması için bkz. Ünal, s. 158 vd. Öğretide, bir kısım isimsiz sözleşmelere uygulamada ender olarak rastlandığını, bazılarının ise sıklıkla karşılaşılan sözleşmeler olduğunu, marka lisans sözleşmesinin de bu kapsamda "tipikleşmiş isimsiz sözleşme" olduğunu savunan görüş için bkz. W.Steiger, sur Beendigung des Lizenzvertrages nach schweizerischem Recht, sic'1999, s.4'ten aktaran: Metin Kıratlı, "Marka Lisans Sözleşmeleri", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 23, Ekim 2015, ss.203-224, s. 209.

Yine lisans ile devredilen kullanım hakkının kapsamına göre lisans mal veya hizmetin üretimine veya satışına ilişkin olabileceği gibi bir hizmetin lisansa konu marka altında verilmesine ilişkin de olabilir. Tüm bunların ötesinde lisans kapsamında devrilen hakkın niteliğine göre inhisari (münhasır) lisans veya inhisari olmayan (basit) lisanstan bahsedilebilir.

B. Kötüniyetli Lisans Sahibinin Markayı Kendi Adına Tescil Ettirmesi

Lisans sahibinin markayı kendi adına tescil ettirmesi, genellikle marka sahibinin yurtdışında olduğu ve distribütörlük veya tek satıcılık gibi ülke geneline kapsayan bir sözleşmeye dayanarak markanın üretim, satış veya dağıtım haklarını lisans alana bıraktığı durumlarda, lisans sahibinin hakkını kötüye kullanarak marka sahibini engellemek amacıyla markayı kendi adına tescil ettirmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Buradaki amaç, marka sahibini kendisine bağımlı hale getirmek ve kendisinden bağımsız biçimde Türkiye piyasasına girişini engellemektir⁸⁹. Markayı sahibinin izni olmadan kendi adına tescil ettiren ticari temsilcinin yaptığı tescil bu yönüyle özünde kötüniyetli bir tescil olarak kabul edilecektir⁹⁰.

Özellikle marka lisans sözleşmesi, tek satıcılık sözleşmesi veya franchise sözleşmesi gibi uzun bir vadeye yayılan ve süreklilik arz eden hukuki ilişkilerde, taraflar arasında karşılıklı güven ve sadakat son derece önemlidir⁹¹. Bu tür sözleşmelerde lisans alanın sadakat borcuna aykırı davranması ihtimaline karşı marka sahibine, tescil ettirilen markanın kullanılmasını yasaklamak veya kendisine devrini sağlamak için mahkemeye başvuru imkânı tanınmıştır⁹². Bu

89 Balık, s.467. "...davalının davaya konu markanın davacıya ait olduğunu bildiği hatta davacının Türkiye’de ticari mümessilliğini yapmak amacıyla “Eonat” markasını taşıyan ürünleri dava dışı Kabba şirketi aracılığıyla davacıdan dolaylı olarak ithal edip sattığı kendi ikrarıyla sabittir... davalının başkasına ait olduğunu bildiği markayı gerçekte kullanma amacı olmaksızın kendi adına mal etmek, davacının bu markayla ülkemizde ticaret yapmasını engellemek ve yedekleme amacıyla adına marka olarak tescil ettirdiğinin ve tescilde kötü niyetli olduğunun kabulü gerekir... davalının marka tescilinde kötü niyetli olduğu, kötü niyetin varlığı halinde sessiz kalma yoluyla hak kaybının söz konusu olmayacağı ve kötü niyetin bölünemeyeceği, 556 Sayılı KHK’nın 8. maddesinin ikinci fıkrası ve aynı KHK’nın 42. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ile ticari vekil veya temsileisinin marka sahibinin izni olmaksızın markayı adına tescil ettirmesinin bir nispi ret ve hükümsüzlük sebebi olarak öngörüldüğü gözetilerek davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yanılığın değerlendirilmeye dayalı olarak yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.“ Yargıtay 11. HD, 2.5.2023 T.,2021/5165 E., 2023/2569 K. (www.kazanci.com Son Erişim: 26.03.2024).

90 Yargıtay 11. HD, 18.04.2011 T., 2009/12201 E., 2011/4540 K. Aktaran: Çolak, s. 938, dn.2379.

91 Hasan İşgüzar, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, Dayınlarlı Hukuk Yay., Ankara 1989, s. 79; Ayşe Tuğba Altıntaş, *Franchise Sözleşmesinde Tarafların Borçları*, Savaş Yay., Ankara 2019, s. 131.

92 Tekinalp, s. 425.

düzenlemenin amacı, genellikle Türkiye’de tescilli olmayan yurtdışındaki tescilsiz marka sahiplerinin korunmasıdır⁹³.

Bu konudaki düzenlemelerin temel dayanağı ise Paris Sözleşmesinin 6. Mükerrer 6. Maddesidir. Buna göre, “*Birlik ülkelerinden birinde marka sahibi olan kişinin acentesi veya mümessili*⁹⁴, sahibinin izni olmaksızın markanın birlik ülkelerinden bir veya daha fazlasında kendi adına tescilini talep ederse, söz konusu vekil veya temsilci talebini haklı bir gerekçeye dayandırmadığı sürece, marka sahibi tescil başvurusuna itiraz etme veya iptalini talep etme veya ülke kanunları izin veriyorsa söz konusu tescilin kendi adına devredilmesini talep etme hakkına sahip olacaktır.”⁹⁵

AB hukukunda da markanın ticari vekil veya temsilci adına tescil ettirilmesi gerek 2015/2436 sayılı AB Marka Direktifinin nisbi red ve hükümsüzlük sebeplerine ilişkin 5/3-b maddesinde gerekse ve 2017/1001 sayılı AB Marka Tüzüğü’nün nisbi red sebeplerine ilişkin 8/3 maddesinde bir nisbi red ve aynı zamanda da hükümsüzlük sebebi olarak düzenlenmiştir. Gerek Direktifin gerekse Tüzüğü’nün 13. Maddesinde de SMK’nın 10. Maddesine benzer biçimde marka sahibinin kendisinden izin almadan markayı adına tescil ettiren ticari vekil veya temsilcinin markayı kullanmasını engelleme (Direktifte ayrıca kendisine devrini talep etme) hakkından bahsedilmiştir.

Hukukumuzda ise SMK md. 6/2’de markanın ticari vekil veya temsilci adına tescilli her ne kadar açıkça ifade edilmiş olmasa da aynı tür mal veya hizmetler için bir nisbi red sebebi olarak düzenlenmiştir⁹⁶. Ancak tescil başvurusunda kötüniyet varsa artık aynı tür mal veya hizmetlerle ilgili olup olmadığına da bakılmaksızın tüm mal ve hizmet sınıfları için yapılan tescil başvurusunun reddine karar verilecektir⁹⁷.

Lisans alanın markayı kendi adına tescil ettirmesinin haklı bir gerekçesinin bulunması halinde ise kötüniyetin varlığından bahsedilemeyecektir. Mesela marka sahibinin Türkiye piyasasından çekilmeyi istemesi veya koruma süresi dolan markayı yenilememesi ya da marka hakkından vazgeçmesi gibi hallerde, büyük yatırımlar yaparak markayı tanıtmış ve ona itibar kazandırmış olan li-

93 Tamer Pekdiğer, “Ticari Vekil veya Temsilci Tarafından Sınai Hak İhlali”, *Fikri ve Sınai Haklar İhlaller & Davalar*, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2008, s. 30.

94 Fransızca metinde yer alan “agent” ve “représentant” ifadeleri Türkçe’ye “acente” ve “mümes-sil” olarak tercüme edilse de biz aynı anlamda kullanılan ve Türk mevzuatında tercih edilen “ticari vekil veya temsilci” kavramlarını tercih etmekteyiz. Aynı görüşte Pekdiğer, s. 31.

95 Paris Sözleşmesinin tam metni için bkz.

https://www.wipo.int/wipolex/fr/text/288516#P192_33926 (Son erişim: 26.03.2024).

96 Arkan, *Marka Hukuku*, Cilt 1, s. 111, dn.179.

97 Balık, s. 468.

sans alanın markayı kendi adına tescil ettirmekte haklı nedeninin bulunduğu kabul edilebilecektir⁹⁸. Yine lisans alanın çok büyük yatırımlar yaparak markayı tanıtmaya ve marka sahibine tescil talebini iletmesine rağmen marka sahibinin tescile yanaşmadığı durumlarda lisans alanın markayı ve pazar payını korumak için markayı kendi adına tescil ettirebileceği kabul edilmektedir⁹⁹.

Lisans verenin tescil başvurusu aşamasında itiraz ederek markanın kötüniyetli lisans alan adına tesciline engel olması mümkündür. Ancak itiraz edilmeden veya yapılan itiraz reddedilerek marka bir şekilde sahibinin izni olmadan lisans alan adına tescil ettirilmiş ise bu durumda marka sahibi üç ayrı kanuni düzenlemeye dayanabilecektir. Birincisi markayı kendi adına tescil ettirmiş olan lisans alana karşı SMK md. 10'da yer alan düzenlemeye dayanarak markanın kendisine devrini talep hakkıdır. İkinci imkân ise lisans hakkının kapsamını aşarak markayı kendi adına tescil ettiren lisans alana karşı SMK md. 24/5 ve 29/4 hükümleri kapsamında marka hakkını kullanmak ve tecavüze dayalı davaları açmaktır. Üçüncü başvuru hakkı ise SMK md. 25 kapsamında markanın hükümsüzlüğünü talep etmek ve yapılan tescili baştan itibaren tüm hukuki sonuçlarıyla birlikte geçersiz hale getirmektir.

SMK md. 10'da geçen *markanın kullanılmasının yasaklanmasını* talep hakkının niteliği belirgin değildir. Her ne kadar öğretilerde bu düzenleme ilk anlamıyla yani marka sahibinin mahkemedeki markanın lisans alan tarafından kullanılmamasını talep edebileceği şeklinde yorumlanmaktaysa da¹⁰⁰; kanaatimizce bu yaklaşım doğru değildir. Kanunun sözü kadar özülüyle de uygulanacağına ilişkin TMK md. 1 hükmü doğrultusunda buradaki kullanımın yasaklanması talebi ifadesinin hükümsüzlük talep hakkını ifade ettiğini kabul etmek daha makul bir yaklaşım olacaktır. Markanın hükümsüzlüğünü talep imkânına sahip iken tescilin mevcudiyetine ses çıkarmayarak sadece kullanımının yasaklanması şeklindeki bir talepte marka sahibinin hukuki yararı da bulunmamaktadır¹⁰¹. Sessiz kalma yoluyla hak kaybı meydana geldiğinden artık hükümsüzlük talep edilemeyecek ise bu durumda da lisans alana karşı açılacak bir markanın kullanımının yasaklanması davası, kanun tarafından meşru kabul edilen bir hakkın kullandırılmaması amacına matuf olacak ve hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğinden reddi gerekecektir.

98 Arkan, *Marka Hukuku*, Cilt 1, s.112; Balık, s. 467.

99 Harun Oruç, "Markanın Ticari Vekil veya Temsilci Tarafından Tescili", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 7, Sayı 66, Şubat 2012, ss.65-69, s. 68.

100 Tekinalp, s. 421.

101 Benzer bir yaklaşım için bkz. Pekdinçer, s. 32.

Öte yandan SMK md. 10'da marka sahibine nisbi red veya hükümsüzlük taleplerinin dışında farklı bir talep hakkı daha tanınmıştır. Buna göre ticari vekil veya temsilcinin marka sahibinin izni olmadan ve haklı bir sebebe dayanmadan markayı kendi adına tescil ettirmiş olması halinde, marka sahibi mahkemeden markasının kullanımının yasaklamasını isteyebileceği gibi söz konusu tescilin kendisine devrini de talep edebilecektir. Marka sahibinin SMK md. 10'da yer alan düzenlemeye dayanabilmesi için markayı kendi adına tescil ettirmiş bulunan kişi ile aralarında ticari vekâlet veya temsil ilişkisinin bulunması gerekir. Bu bağlamda taraflar arasında marka lisans, franchise, tek satıcılık, distribütörlük, acentelik, vekâlet vb. ticari temsil yetkisi içeren ancak markayı kendi adına tescil hakkı sağlamayan bir sözleşmenin mevcut olması aranacaktır¹⁰². Bu tür bir akdi temsil ilişkisine dayanmayan marka sahibi 10. Maddede yer alan markanın kendisine devrini talep edemeyecek, şartları mevcutsa ancak hükümsüzlük talebinde bulunabilecektir¹⁰³.

C. Lisans Sahibinin Markayı Kötüniyetli Kullanımı

Markayı kullanma, SMK md. 9'da marka sahibi için bir hak olmasının yanında aynı zamanda bir zorunluluk olarak da belirlenmiştir. Bu zorunluluğun yerine getirilmesi, herkesten ve her şeyden önce marka sahibinin markayı piyasaya sunacağı mal veya hizmetlere tatbik ederek bizzat kullanması suretiyle olur. Ancak marka sahibi markasını bizzat kullanmayıp, üçüncü bir kişiye vereceği geçerli bir lisans yoluyla bu kişi tarafından kullanılmasını sağlayarak da SMK'nın 9. maddesiyle kendisine yüklenen markayı kullanma zorunluluğunu yerine getirebilir.

Taraflar arasındaki lisans sözleşmesine konu marka kullanımının niteliği veya sözleşmenin içeriği markayı kullanmayı ve korumayı lisans sahibine bir hak olmanın ötesinde bir borç olarak da yüklemeyi gerektiriyorsa, lisans sahibinin kendi yetki bölgesi içinde markayı kullanmakla yetinmemesi, meydana gelen ihlalleri takip ederek özen borcu kapsamında marka sahibini bilgilendirmesi ve sahip olduğu hak ölçüsünde gerekli koruyucu tedbirleri alması gerekecektir¹⁰⁴. Bu yükümlülüğüne uymayarak markayı hakkı koruyucu nitelikte kullanmayan lisans sahibinin söz konusu eylemi, kullanmama sebebiyle hak kaybı sonucu marka hakkının yitirilmesine yol açabilecektir¹⁰⁵.

102 Arkan, Marka Hukuku, Cilt 1., s. 111; Özge Arslan, *Marka Hakkının Sona Ermesi*, Adalet Yay., Ankara 2019, s. 70; Pekdiğer, s. 31.

103 "...her ne kadar davacı taraf markanın kendilerine devrini talep etmiş ise de, davacı ile davalı şirket arasında temsilcilik ya da vekillik ilişkisinin ispatlanmadığı..." Yargıtay 11. HD, 17.1.2024 T., 2022/3920 E., 2024/402 K. (www.kazanci.com Son Erişim: 13.04.2024).

104 Özel, s. 177.

105 Özel, s. 159; Mücahit Ünal; Sevgican Aydın, "Marka Lisans Hakkının İzinsiz Genişletilmesi veya Üçüncü Kişilere Devri", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 31, Sayı 1, Mart 2015, s. 217.

Esasen marka lisans sözleşmelerinde lisans sahibi ile marka sahibi (lisans veren) arasındaki ilişki bir sözleşme ilişkisidir ve tarafların birbirlerine karşı hak ve borçlarının tespiti de sözleşme serbestisi kapsamında taraflarca serbestçe belirlenen hükümler ve SMK'da yer alan istisnai düzenlemeler dışında sözleşmelere ilişkin genel hükümlere tabidir. Her ne kadar SMK'da markaya (daha genelde sınai mülkiyet haklarına) ilişkin lisans sözleşmesi hakkında bazı özel hükümler yer almış ve SMK'nın 24/4 ve 29/1-ç hükümleri gereğince *lisansla verilen hakların kapsamını izinsiz genişletme ve izinsiz devir* fiillerinin marka hakkına tecavüz teşkil edeceği ve marka sahibine, markadan kaynaklanan haklarını lisans sahibine karşı da kullanabilme imkânı sağlayacağı kabul edilmiş olsa da; bu durum tecavüz olarak kabul edilen söz konusu fiillerin temelde akde aykırılık niteliğinde olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.

SMK'nın lisans sözleşmelerine ilişkin düzenlemelerinde kötüniyete herhangi bir sonuç bağlanmamış, sadece lisans sahibinin lisansın kapsamını izinsiz genişletme veya izinsiz devir fiillerinin marka hakkına tecavüz teşkil edeceği düzenlenmiştir. TMK md. 3/1 hükmünde *iyiniyet karinesi* Kanunun iyiniyete sonuç bağladığı durumlarla sınırlandırılmış olduğundan, markayı belli şartlar altında kullanma hakkı bulunan lisans sahibinin gerçekleştirdiği akde aykırılık fiillerine hukuki sonuç bağlanması için kötüniyetli olduğunu ispat etmeye gerek bulunmamaktadır. Aynı şekilde lisans sahibinin iyiniyetli olması da kendisini sorumluluktan kurtarmayacaktır. Ancak ifade etmek gerekir ki söz konusu TMK md. 3/1 hükmünün iyiniyete sonuç bağlanmayan bazı durumlara da kıyasen uygulanabileceği ve iyiniyet karinesinin korumasının genişletilebileceği öğretide bir kısım yazarlarca kabul edilmektedir¹⁰⁶.

Lisans sahibinin markayı kötüniyetli tescil filinde olduğu gibi kötüniyetli kullanımı iddiasının kabulü için de akde aykırılık ve fiilin tecavüz oluşturması tek başına yeterli değildir. *Amaca göre yorum* ilkesi uygulanarak¹⁰⁷ hukuka aykırı kullanımın kötüniyetli olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Lisans sahibinin marka kullanımındaki kötüniyeti iki yönlü olabilecektir. Birincisi markanın farklı kullanımı ile üçüncü kişilerin markalarına yaklaşma ve markanın ayırt edici karakterine zarar verme, diğer ise markanın kaynak gösterme fonksiyonuna zarar vererek marka sahibinin tek hakını aşındırma şeklinde olabilir. Lisans sahibinin kötüniyetli kullanımından bahsedilebilmesi için marka sahibinin lisans konusu marka üzerindeki haklarını kullanmasını engellemeye ve markayı işlevsiz kılmaya dönük subjektif bir iradenin ortaya konulmuş olması aranacaktır. Bu, marka sahibinin marka üzerindeki hâkimiyetini

106 Bu konuda öğretideki tartışmalar için bkz. Akbulut, s.224, dn.9.

107 Akbulut, s.228.

hukuka aykırı yollarla ortadan kaldırmaya ve kendisine bağımlı kılmaya ya da hakkın kaybına yol açacak davranışlarla marka hakkını yok etmeye yönelik bilinçli bir davranış şeklinde olmalıdır.

Kötüniyete hukuki sonuç bağlanamayacağına ilişkin temel hukuk kuralının sonucu olarak, markayı kullanma ve koruma yükümlülüğüne aykırı davranarak hak kaybına yol açmayı hedefleyen lisans alanın bu tür kötüniyetli bir eyleminin hukuki sonuç doğurup doğurmayacağı konusunda öğretide ve Yargı kararlarında net bir görüş yoktur. Ancak tükenme ilkesi konusunda, lisans alanın marka sahibinin izni olmadan gerçekleştireceği piyasaya sunma eylemlerinin marka sahibini bağlamayacağı ve bu suretle hakkın tükenmeyeceği¹⁰⁸, kötüniyete de hiçbir surette hukuki sonuç bağlanmayacağı yönündeki genel kabullerden yola çıkarak; lisans alan tarafından gerçekleştirilen ve marka hakkının yitirilmesine yol açacak kötüniyetli eylemlerin de iyiniyetli marka sahibi aleyhine hukuki sonuç doğurmayacağıın kabulü gerekir. Ancak elbette bunun için marka sahibinin de TTK md. 18/2 gereği basiretli tacirin sorumluluğu kapsamında kendisinden beklenen özeni gösterdiğini ispat etmesi gerekecektir.

III. Marka Sahibinin Kötüniyetli Lisans Alana Karşı Korunma Yolları

Lisans sahibinin markayı kötüniyetli olarak kendi adına tescil ettirmesi veya kullanması halinde bu hukuka aykırı fiillerden tüketicilerin ve marka üzerinde hak sahibi olan üçüncü kişilerin de zarar görmesi söz konusu ise de; bu tür ihlallerin ilk ve asıl zarar göreni marka sahibi olacaktır. Bu sebeple de lisans alanın haksız eylemlerine karşı alınabilecek tedbirler, temelde marka sahibinin mağduriyeti göz önüne alınarak belirlenmiştir. Bu çerçevede mevzuatta gerek ticari vekil veya temsilcinin (bu kapsamda lisans alanın) markayı kendi adına tescil ettirmesinde gerekse lisans sözleşmesine aykırılık hallerinde açılacak davalar, genellikle marka sahibinin hukuki durumu esas alınarak düzenlenmiştir.

Ancak lisans verilmiş marka üzerinde intifa veya rehin hakkı sahibi olan kişinin de SMK kapsamında marka hakkını koruyucu davaları açma hakkı bulunmaktadır¹⁰⁹. Lisans alanın rehinli veya intifa hakkı ile kayıtlı markaya teca-

108 Arkan, *Marka Hukuku*, Cilt 2, s.200; Esin Çamlıbel Taylan, *Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi*, s.120; Ülgen Aslan Düzgün, "Marka Lisans Sözleşmelerinde Hakkın Tükenmesi Prensibi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 16, Sayı 3, Temmuz 2012, ss.47-66. s.58; Arkan, "Marka Hakkının Tüketilmesi", s.204. Fransız hukukunda malların veya ambalajların üzerinde ciddi değişiklikler yapan kötüniyetli lisans alanın gerçekleştireceği akde aykırı piyasaya sunma eylemlerinin marka hakkına tecavüz teşkil edeceği ve bunun hakkın tükenmesinin sınırlarından biri olduğu hakkında bkz. Iony Randrianirina, "Le droit de Marque", *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, Université de Poitiers, 2013, p.46.

109 Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1997, s.645, 791; Tekinalp, s. 511; Doruk Utku, *Sinai Hakların Rehni*, Yetkin Yay., Ankara 2009, s.314; Tüzüner, s. 65.

vüz teşkil edebilecek ve ekonomik değerini düşürebilecek eylemlerinin marka üzerinde rehin veya intifa hakkı sahibi olan üçüncü kişinin hak veya alacağını tehlikeye düşüreceği tabiidir. Bu sebeple, markanın korunmasında menfaati bulunan intifa veya rehin hakkı sahibinin de lisans alanın kötüniyetli eylemlerine karşı dava açabileceğinde kuşku yoktur¹¹⁰. Elbette rehin hakkı sahibinin açacağı davada sadece marka hakkının ihlal edildiğini değil aynı zamanda bu ihlal eyleminin markanın değerini düşürerek hak ve alacağını tehlikeye düşürdüğünü de ispat etmesi gerekecektir¹¹¹.

Görüleceği üzere her ne kadar marka sahibi dışında marka üzerinde hak sahibi olan kişilerin de kötüniyetli lisans sahibine karşı hak ve menfaatleri ölçüsünde ve uğradıkları zarara istinaden dava açma hakları bulunmakta ise de; bu hakların kullanımı istisnai nitelikte olup lisans sahibinin lisans sözleşmesine aykırı fiillerinden doğrudan zarar gören kişi marka sahibi olacağından; aşağıda lisans verenin lisans sahibine karşı lisans hakkının kötüniyetli kullanımı sebebiyle müracaat edebileceği yasal başvuru imkânları incelenmekle yetinilecektir.

A. Kötüniyetli Tescil Başvurusuna İtiraz ve İtirazın Reddine İlişkin Kurum Kararının İptali Davası

Kötüniyetli marka tescil başvurusunun yayımlanmasından sonra başvurunun reddinde hukuki menfaati bulunan *ilgili kişiler* gerekçeli bir dilekçe ile tescil başvurusuna itiraz etme hakkına sahiptir. Konuyla ilgili SMK'nın 18. Maddesinde, ilgili kişilerin marka başvurusunun yayımından itibaren iki ay içinde, başvurunun 5. Maddedeki mutlak red nedenlerine veya 6. Maddedeki nisbi red nedenlerine dayanarak reddi gerektiğine ilişkin yazılı ve gerekçeli itirazlarını kuruma sunabilecekleri düzenlenmiştir. Mülga 556 sayılı KHK'nın 35. Maddesinde mutlak ve nisbi red sebeplerinden bağımsız farklı bir itiraz gerekçesi olarak düzenlenmiş olan başvurunun kötü niyetle yapılması hususu SMK'da 6. Maddenin 9. Fıkrasında bir nisbi red sebebi olarak düzenlenmiştir.

İtiraz üzerine Kurum SMK md. 19'daki prosedürü işleterek yapacağı inceleme sonucunda başvurunun kötüniyetli olduğu kanaatine varırsa tescil başvurusunun reddine, itiraz sebeplerini ve sunulan delilleri yeterli bulmazsa itirazın reddine karar verecektir. Yayına itiraz üzerine verilen karara karşı zarar gören taraflar bildirim tarihinden itibaren 2 ay içinde Kurum nezdinde itiraz edebilirler. Karara itiraz Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Dairesi (YİDD)

110 Arkan, Marka Hukuku, Cilt 2, s.253; Sevilay Uzunallı, Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s.478; Serdar Kale, *Marka Davalarında Yararlanma Usulü*, Adalet Yay., Ankara 2020, s. 72.

111 Kale, s. 72.

bünyesinde oluşturulan Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu (YİDK) tarafından incelenir. YİDK, itiraz hakkında Kurum adına nihai kararı verir. YİDK tarafından itirazın kabulü veya reddi yönünde verilen karar ile idari tescil süresi son bulacaktır. Bu karar Kurum'un nihai kararıdır ve idari prosedür açısından kesin ve bağlayıcıdır. Ancak bu karara karşı da aleyhine karar verilen taraf, SMK md. 156/2 gereğince Ankara Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi nezdinde iptal davası açabilecektir¹¹².

SMK md. 20/1'e göre YİDD nezdinde itiraz hakkı, verilen *karardan zarar gören taraflara*, YİDK kararına karşı dava açma hakkı da SMK md. 156/2 gereğince verilen *karardan zarar gören kişilere* (yani sonuç itibarıyla itiraz üzerine marka başvurusu reddedilen başvuru sahibine veya marka başvurusuna itirazı reddedilen muterize) aittir. Kurum kararının iptali için dava açma hakkı sadece kurum nezdinde marka tescil başvurusu reddedilen başvuru ile itirazı reddedilen kişilere ait olacağından, marka tescil başvurusuna itiraz etmeyen kişinin açacağı bir iptal davası hukuki yarar yokluğundan reddedilecektir. Fakat bu kişilerin tescil edilen markanın hükümsüzlüğü davasını açmaları her zaman mümkündür¹¹³.

Açılacak dava sonucunda kötüniyetin ispat edilememesi ve marka başvurusunun tescille sonuçlanması halinde, verilen karar bir nisbi red sebebine dayalı itiraza ilişkin olup kanaatimizce taraflar arasında maddi anlamda kesin hüküm teşkil edeceğinden, artık bu karara rağmen kötüniyetli tescil iddiasıyla markanın hükümsüzlüğü davası açılmayacaktır¹¹⁴.

Görüleceği üzere marka tescil başvurusunun kötüniyetli olduğu gerekçesiyle yapılan itiraz üzerine Kurum, tarafların sunacağı bilgi ve belgeler üzerinden bir inceleme ve değerlendirme yaparak nihai kararını vermektedir. Her ne kadar TMK md. 3 gereğince esas olan iyiniyetin varlığı olup aksini iddia eden tarafın kötüniyet iddiasını ispat etmesi gerekir ise de; lisans alanın markayı kendi adına tescil ettirmekte kötüniyetli olduğu kabul edilecektir. Bu kapsamda iyiniyetli olduğunu iddia eden lisans alanın, markayı kendi adına tescil ettirmekte haklı sebeplerinin bulunduğunu ispat etmesi gerekir¹¹⁵.

112 Kurum kararının nitelik olarak bir idari karar olduğu ve Kanunda açıkça Kurumun tüm işlemlerine karşı Ankara İhtisas Mahkemeleri görevli ve yetkili kılınmış olduğundan İdare Mahkemeleri yerine ihtisas mahkemesinde dava açıldığı konusunda bkz. Bilgili, *Kötüye Kullanma*, s. 260.

113 Kale, s. 74.

114 Aynı görüşte Arkan, *Marka Hukuku*, Cilt 1, s.118. Karşı Görüşte Kale, s.290. Ancak yazar, maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyecek olsa da ilk davada verilen kararın hükümsüzlük davasında güçlü bir takdiri delil teşkil edeceğini, bunun hukuki istikrar ve usul ekonomisi bakımından önemli olduğunu kabul etmektedir.

115 Bkz. Yukarıda dn.90.

B. Tescilli Markanın Hükümsüzlüğü Davası

Lisans alan tarafından yapılan kötüniyetli marka tescil başvurusunun itiraz edilmeyerek kesinleşmesi halinde, marka sahibinin lisans alana karşı SMK md. 10 kapsamında markanın kullanılmasının yasaklanması veya markanın devri talebiyle Mahkemeye başvuru hakkı doğacaktır. Marka sahibi bu durumda SMK md. 10'daki hakkını kullanabileceği gibi, tescilli markanın hükümsüzlüğünü de dava edebilecektir. Esasen SMK md. 10'da yer alan markanın kullanımının yasaklanması davasının da hükümsüzlük davası olarak anlaşılması gerektiği yukarıda izah edilmiştir¹¹⁶.

Marka sahibince tescil başvurusuna itiraz edilmiş ve yapılan itiraz reddedilerek markanın tesciline karar verilmiş ise bu durumda da marka sahibinin söz konusu Kurum kararının iptali için yetkili ihtisas mahkemesi olan Ankara Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinde dava açma hakkı doğacaktır. Bu davanın da marka sahibi aleyhine sonuçlanarak kesinleşmesi halinde, artık kötüniyet iddiasını ispat edemeyen asıl marka sahibinin lisans alan adına yapılan tescile katlanmaktan başka çaresi kalmayacaktır. Zira davanın tarafları, konusu ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davanın talep sonucu aynı olduğundan, kanaatimizce kesin hüküm etkisi sebebiyle marka hükümsüzlük davası açılmayacaktır¹¹⁷.

SMK'nın konuyla ilgili 25/1. maddesinde, 6 ncı maddede sayılan hâllerden birinin mevcut olması hükümsüzlük sebebi olarak kabul edilmiştir. Kanunun 6/9. Maddesine göre ise "*Kötüniyetle yapılan marka başvuruları itiraz üzerine reddedilir.*" Bu durumda kötüniyetle yapılan marka başvurularının tescille sonuçlanması halinde marka sahibince kötüniyet ispat edilerek markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesinin sağlanması mümkündür.

SMK md. 25/2 gereğince hükümsüzlük davasını menfaati olanlar, Cumhuriyet savcıları veya ilgili kamu kurum ve kuruluşları açabilmektedirler. Ancak lisans alanın kötüniyetli tescil işlemine karşı hükümsüzlük davasını, lisans veren marka sahibi ya da tescilsiz işaret üzerinde önceki hak sahibi ile marka üzerinde hak sahibi olup yapılan tescilden dolayı menfaati zedelenen intifa hakkı sahibi, rehinli alacaklı, hacizli alacaklı, lisans alan üçüncü kişiler vb. diğer ilgili kişiler açabileceklerdir.

Öğretide kötüniyetli tescili mutlak red sebebi olarak kabul eden AB Marka Tüzüğü'nün 59/1-b hükmünden yola çıkarak kötüniyetli tescilin kamu düzenini ilgilendirdiği, bu sebeple nisbi red sebepleri arasında düzenlenmiş ol-

¹¹⁶ Bkz. Yukarıda II/B.

¹¹⁷ Arkan, *Marka Hukuku*, Cilt 2, s. 162.

makla birlikte esasen sonuçlarının sadece önceki hak sahipleri hakkında değil herkes hakkında meydana geldiği, bu sebeple *menfaat sahipleri* kavramının geniş tanımlanması ve ilgili herkesin dava açabileceğinin kabulü gerektiği savunulmaktadır¹¹⁸. Ancak kanaatimizce SMK'da mehz AB Marka Tüzüğündeki düzenlemeden ayrılarak kötüniyetli tescil bir nisbi red sebebi olarak düzenlenmiştir ve Kurum tarafından re'sen dikkate alınamayacak, ancak itiraz olması halinde incelenecektir¹¹⁹. Bu sebeple de bunun bilinçli bir tercih olduğu ve kötüniyetli tescilden dolayı ancak menfaati zedelenen önceki hak sahiplerinin ve söz konusu önceki marka üzerinde hak sahibi olan ve menfaatleri zedelenen diğer kişilerin hükümsüzlük talep edebilecekleri kabul edilmelidir¹²⁰.

Lisans alanın kötüniyetli tescil ettirdiği markanın hükümsüzlüğüne ilişkin davada davalı lisans alan olacaktır. Çünkü hükümsüzlük davasının davalısı SMK md. 25/3'e göre sicilde marka sahibi olarak görünen kişi ve hukuki halefleridir. Kurumun ise hükümsüzlük davalarında taraf olarak gösterilmesi mümkün değildir. Dava devam ederken markanın devri halinde HMK kapsamında müddeabihin devri hükmünün uygulanması gerekecektir. Ancak kötüniyetli tescil sahibinden lisans alanın veya rehin alacaklısının pasif dava ehliyeti yoktur¹²¹.

Mülga 556 sayılı KHK döneminde Yargıtay tarafından hükümsüzlük davaları için 5 yıllık hak düşürücü süre uygulanmakta idiye de¹²²; SMK döneminde bu konuda herhangi bir zamaşımı veya hak düşürücü süre şartı öngörülmediğinden artık davanın niteliğine de uygun olarak bu davaların kural olarak her zaman açılabilceğinin kabulü gerekir¹²³. Elbette bu kuralın da kullanım sonucu ayırt edicilik kazanan markalar (SMK md. 25/4) ile sessiz kalma yoluyla hak kaybı müessesesi (SMK md. 25/6) gibi istisnaları mevcuttur. Ancak sessiz kalma yoluyla hak kaybının da kötüniyetli tescil hakkında uygulanması mümkün değildir. Zira sessiz kalma yoluyla hak kaybına ilişkin SMK md. 25/6'da açıkça *sonraki tarihli marka tescili kötüniyetli olmadıkça* şeklinde bir kayıt konulmuş ve kötüniyetli tescilin 5 yıllık sessiz kalma sonucunda da (asıl marka sahibince hakkın kötüye kullanılması ihtimali haricinde) geçerlilik kazanamayacağı kabul edilmiştir.

Hükümsüzlük kararının geriye yürümesi, uygulanmış sözleşmeler ve infaz

118 Yasaman, Cilt 3, s. 2517.

119 Çolak, s. 938.

120 Aynı görüşte Arkan, *Marka Hukuku*, Cilt 2, s. 166.

121 Yasaman, Cilt 3, s. 2525.

122 Emsal bazı Yargıtay kararları için bkz. Yasaman, Cilt 3, s. 2527 vd.

123 Arkan, *Marka Hukuku*, Cilt 2, s.167; Yasaman, Cilt 3, s. 2532.

edilmiş mahkeme kararlarını etkilemeyecektir. Ancak markayı adına tescil ettiren kötüniyetli lisans alanın, söz konusu tescil sebebiyle zarar görenlere karşı tazminat sorumluluğu bakidir.

C. Markanın Kullanımının Yasaklanması ve Markanın Devri Davası

SMK md. 10 kapsamında, marka sahibinin izni olmadan markanın aynısını veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kendi adına tescil ettiren kötüniyetli lisans alana karşı, tescilde haklı bir sebebi yoksa marka sahibi mahkemeye başvurarak markasının kullanımının yasaklanmasını veya söz konusu tescilin kendisine devrini talep edebilecektir.

Esasen markanın ticari vekil veya temsilci tarafından kendi adına tescil başvurusuna konu edilmesi aynı zamanda bir nisbi tescil engeli olarak da düzenlenmiş olup; marka tescil başvurusu yapan lisans alana karşı marka sahibince SMK md. 6/2 hükmüne dayanarak itiraz hakkının kullanılması ve tescilin engellenmesi mümkündür. Ancak bu durumda asıl marka sahibinin kötüniyetli marka başvurusunun kendisine devrini talep etmesi imkânı bulunmayacaktır¹²⁴.

SMK md. 10'da yer alan davaların açılabilmesinin temel koşulu, markanın aynısının veya benzerinin lisans alan (veya sair bir ticari vekil ya da temsilci) adına tescil ettirilmiş olmasıdır. Markayı kendi adına tescil ettiren kişinin bir ticari vekil veya temsilci sıfatı yoksa zaten SMK md. 10 kapsamında bir devir davası açılmayacaktır. Burada ticari vekil veya temsilci kavramı geniş yorumlanacak ve markayı sahibinin izniyle kullanan lisans alan, franchise alan, tek satıcı, acente vb. kişiler¹²⁵ ile bu kişilerin tacir yardımcıları ve ticari temsilcileri de bu düzenleme kapsamında ticari vekil veya temsilci olarak kabul edilecektir¹²⁶. ABAD da MINERAL MAGIC kararında vekil/temsilci kavramının geniş yorumlanması gerektiğini kabul ederek, ihtilafli markanın başvuru tarihinde marka sahibi ile tescil sahibi distribütör arasında genel bir güven ve sadakat yükümlülüğü yaratan gerçek, etkili ve kalıcı bir ticari ilişkinin mevcut olduğuna ve bu anlamda ticari vekil (*agent*) olarak kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹²⁷.

Lisans sözleşmesi için görüşmelere başlandıktan sonra fakat henüz sözleşmeye dönüşmeden önce lisans talep eden tarafça markanın kendi adına tesci-

124 Oruç, s.65.

125 Arkan, Marka Hukuku, Cilt 1, s.111; Oruç, s.66. “Marka sahibinin verdiği yetki ile markayı kullanma hakkına sahip olan kişi, ticari vekil veya temsilci olarak adlandırılır.” Giray, s.168.

126 Arkan, Marka Hukuku, Cilt 1, s.112; Oruç, s.66-67.

127 CJUE, C-809/18 (<https://curia.europa.eu> Son Erişim: 14.04.2024).

line de uygulamada sıkça rastlanmaktadır. Tipik bir kötüniyetli tescil hali olan bu tür bir durumda, ticari temsil ilişkisi başlamadan markayı kendi adına tescil ettiren kötüniyetli tescil sahibine karşı markanın devri talep edilemeyecek ise de genel hükümlere göre hükümsüzlük ve tecavüz davaları açılabilir¹²⁸.

Lisans alanın kötüniyetli tescil işlemine karşı marka sahibince tescilin hükümsüzlüğü de talep edilebilecekken bunu yapmak istemeyerek tescilin kendi adına devrini talep etmesine de imkân sağlanması, kötüniyetli lisans alana karşı marka sahibini en üst düzeyde korumanın amaçlandığını gösterir. Ancak her ne kadar ilk bakışta hükümsüzlük talebindense tescilin kendisine devrini talep etmesi marka sahibinin daha lehine gibi gözükse de markayı tescil ettirmek istemeyen marka sahibinin bunda bazı menfaatleri bulunabilir. SMK md. 9 kapsamında tescilli markayı kullanma zorunluluğuna uymama halinde marka hakkının yitirilmesi söz konusu olabilecek ve marka serbest işarete dönüşecektir. Yine 556 sayılı KHK md. 11'den farklı olarak SMK md. 10 hükmünde aynı markanın yanında ayırt edilemeyecek kadar benzer markaların da tescili madde kapsamına alındığından, bu tür bir marka tescilinin asıl markanın ayırt ediciliğine ve itibarına zarar verebileceği de gözden kaçırılmamalıdır¹²⁹. Böyle bir durumda marka sahibi, ayırt edilemeyecek kadar benzer marka tescilinin kendisine devrindense hükümsüzlüğünü tercih ve talep edebilecektir¹³⁰.

SMK md. 10'da yer alan davaları açmak için markaların kullanıldığı mal veya hizmetlerin de aynı tür mal veya hizmetler olmasına gerek yoktur¹³¹. Zira bu davaların ön koşulu taraflar arasında bir ticari temsil ilişkisinin mevcudiyeti olup, markayı kendi adına tescil ettiren lisans alanın markadan haberdar olmadığı savunmasına değer verilemeyecektir. Kötüniyetli tescile ise yukarıda da izah edildiği üzere hangi mal veya hizmet sınıfında olduğuna bakılmaksızın sonuç bağlanamayacak¹³² ve herhangi bir süre sınırlamasına tabi olmadan dava açılabilir¹³³. Bu sebeple tescilin kötüniyetli olmadığını, bu kapsamda marka sahibinin ününden faydalanma veya piyasaya girişini engelleme, haksız gelir elde etme niyeti bulunmadığını ispat etmedikçe lisans alanın kötüniyetli sayılması ve açılacak dava sonucunda tescilin kullanımının engellenmesi veya marka sahibine devrine karar verilmesi gerekecektir.

128 Oruç, s.66.

129 Amerikan *Dev-Con* markasını Türkiye'de Dev-Kon şeklinde tescil ettiren distribütörün bu marka tescilinin mülga 556 sayılı KHK döneminde ancak hükümsüzlüğünün istenebileceği hakkında bkz. Pekdinçer, s.33.

130 Aynı görüşte Oruç, s.69.

131 Aksi Görüşte Oruç, s.67.

132 Bkz. Yukarıda I/A.

133 Çolak, s.909.

Marka sahibinin markayı lisans alana kendi adına tescil konusunda izin vermiş olması halinde yapılan tescilin devrini veya hükümsüzlüğünü talep hakkı olmayacaktır. Ancak verilen iznin inkâr edilemez açıklıkta olması şarttır¹³⁴. Lisans sözleşmesinde veya tek satıcılık vb. tüm ülkeyi kapsayan bir sözleşmede lisans süresi boyunca markayı kendi adına tescil ettirme hakkı tanınan lisans sahibi, sözleşme herhangi bir sebeple sona ermesine rağmen markayı sahibine devretmeyi reddederse durum değişecektir. Bu tür bir tescil izni teminat niteliği ağır basan bir *inançlı işlem* niteliğinde olacağından inançlı işlemlere ilişkin hükümlere tabi olacaktır¹³⁵. Yargıtay'ın ifadesiyle “*İnançlı işlemde inanılan, hakkını kullanırken kararlaştırılan koşullara uymayı, amaç gerçekleşince veya süre dolunca hak veya nesneyi tekrar inanana veya onun gösterdiği üçüncü kişiye devretmeyi üstlenmektedir. İnançlı işlem, kazandırmayı yapan kişiye yani inanana belirli şartlar gerçekleşince, kazandırmanın iadesini isteme hakkı sağlayan bir sözleşmedir.*”¹³⁶ Bu tür bir ilişkide, inanılan/lisans alan, görüntüde marka sahibi gibi gözükse de aslında marka üzerinde lisans sözleşmesinde tanınan yetkilerin dışında bir hakka sahip olmayacaktır¹³⁷. İnanılan/lisans alanın inanana/marka sahibine karşı inançlı işlemden kaynaklanan edimlerini ifadan kaçınması halinde, yasal yollarla markanın korunması mümkündür. Tescil işlemi doğrudan marka sahibinin inançlı işlem niteliğinde verdiği izne dayalı olup, sessiz kalma yoluyla hak kaybına yol açmayacaktır. Bu durumda lisans verenin de SMK md. 10 veya inançlı işlem hukuksal sebeplerine dayanarak markanın kendisine devrini talep etmesi mümkündür¹³⁸.

SMK md. 10'da yer alan markanın kullanılmasının yasaklanması davası ise yukarıda da ifade edildiği üzere¹³⁹ lisans alanın kendi adına tescil ettirdiği markanın hükümsüzlüğü olarak anlaşılmalıdır¹⁴⁰. Esasen buradaki belirsizliğin sebebi mehaz AB Marka Tüzüğünde yer alan ve idari bir talep olarak Kuruma (EUIPO) iletilen markanın kullanılmasını yasaklama hakkının (ki bu hak esa-

134 Oruç, s.67.

135 İnançlı işlemlerin hukuki niteliği ve uygulanacak hukuk konusunda bkz. Enes Etlik, “Türk Hukukunda İnançlı İşlemler”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 95, Sayı 1, Ocak 2021, ss.147-169.

136 Yargıtay HGK, 29.11.2023 T., 2022/1-843 E., 2023/1162 K. (www.kazanci.com Son Erişim:08.05.2024).

137 Şafak Parlak Börü, “Mülkiyetin Teminat Amacıyla İnançlı İşleme Devri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt 29, Sayı 128, Ocak 2017, ss. 231-272, s. 254.

138 Kanaatimizce burada hakların yarışmasından bahsedilebilecek ve marka sahibi dilediği hükme dayanabilecektir.

139 Bkz. Yukarıda II/B.

140 Ancak öğretilerde SMK md. 10'da yer alan kullanımın yasaklanması (bu hak mülga 556 sayılı KHK md. 11'de *markasının kullanılmasına itiraz etmek hakkı* şeklinde ifade edilmiş idi) davasının hükümsüzlük talep hakkının dışında marka sahibine sağlanan bir başka seçimlik hak olduğu kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. Tekinalp, s. 421;

sen markanın sahibine sağladığı ‘markanın olumsuz etkisi’ne karşılık gelir¹⁴¹), mahkeme önünde dava konusu edileceğine ilişkin SMK’ya yapılan farklı aktarımdan yani uygulanacak prosedür farklılığından kaynaklanmıştır. Markanın sicil kaydına dokunmadan sadece kullanılmasının yasaklanması marka sahibinin yararına değildir ve kullanılmayan tescilin devamının da bir anlamı yoktur. Nitekim kesintisiz 5 yıllık kullanmama sonucunda da zaten kullanmama sebebiyle hak kaybı doğacak ve bu kez de markanın iptalini talep ihtiyacı doğacaktır. Oysa ikinci bir prosedüre ihtiyaç duymadan Mahkemeye başvuru sırasında hükümsüzlük talep edilmesi ile markanın terkinin ve bu suretle kullanımının da engellenmesi mümkündür. Buna rağmen lisans alan adına kötüniyetle tescil ettirilen marka için hükümsüzlük veya devir talebi içermeyen tek başına bir kullanımın yasaklanması davasının kanaatimizce hukuki yarar yokluğundan reddine karar verilmesi gerekecektir.

D. Lisans Kapsamını Aşan Kullanım Sebebiyle Tecavüze Dayalı Davalar

Marka hakkına tecavüz eylemlerini düzenleyen SMK’nın 29. Maddesinin 1. Fıkrasının (ç) bendinde (mülga 556 sayılı KHK’nın 61/1-d maddesi) “*Marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek*” marka hakkına tecavüz olarak kabul edilmiştir.

Esasen tecavüz kavramı bir haksız fiile işaret etmekte olup, lisans sözleşmesiyle devredilen hakların izinsiz genişletilmesi veya izinsiz devrini marka hakkına tecavüz olarak kabul eden yaklaşımın altında yatan sebep de lisans alanın markayı kullanırken iyiniyetli davranma yükümlülüğüne aykırı eylemlerine karşı marka sahibini korumaktır. Bu durumda kötüniyetli lisans alanın lisans sözleşmesindeki hakların kapsamını izinsiz genişletmesi veya üçüncü kişilere devretmesi halinde, tecavüz teşkil eden bu eylemleri sebebiyle menfaatleri zedelenen marka sahibi veya marka üzerinde hak sahibi olan diğer kişilerce kendisine karşı SMK md. 24/4 ve 29/1-ç maddelerine dayanarak tecavüze dayalı davalar açılacaktır. Ancak bu fiillere karşı tecavüz davası açılması doğrudan Kanuna dayanmakta olup kötüniyetin iddia ve ispat edilmesine gerek yoktur.

Lisans sözleşmesinin kapsamını izinsiz genişletme niteliğindeki eylemler SMK’da açıkça sayılmamış olmakla birlikte; 2015/2436 sayılı AB Marka Direktifinin 25/2. maddesinde beş bent halinde sayılan izinsiz genişletme hallerinin SMK md. 29/1-ç için de kabul edilmesi mümkündür¹⁴². Lisans alanın

141 Markanın sahibine sağladığı olumlu ve olumsuz etki konusunda bkz. Kaya, s. 37.

142 Arkan, Marka Hukuku, Cilt 2, s. 200 vd.; Özel, s. 183.

marka hakkına tecavüz olarak kabul edilen bir diğer eylemi de lisans yoluyla verilen hakları izinsiz olarak üçüncü kişilere devretmektir. Bu hükmün kapsamına SMK'nın 24/3. Maddesine göre aksi kararlaştırılmamışsa izinsiz devir ve alt lisans verme eylemleri girer¹⁴³. Bu hükmün ihlali 29/1-ç maddesiyle birlikte değerlendirilerek bu eylemlerin, hatta bir görüşe göre SMK'nın 7. (Mülga 556 sayılı KHK'nın 9) Maddesi kapsamındaki tüm izinsiz kullandırma eylemlerinin¹⁴⁴, bu madde kapsamında marka hakkına tecavüz olarak kabul edilmesi gerekir.

Lisans sahibinin gerçekleştireceği bu tür haksız kullanım eylemlerine karşı marka sahibi veya menfaatleri zedelenen üçüncü kişiler yasal dava haklarını kullanarak tecavüzün tespiti, durdurulması, önlenmesi ile şartları mevcutsa maddi ve manevi tazminat davası açabileceklerdir. Lisans yoluyla verilmiş hakların izinsiz genişletilmesi veya üçüncü kişilere izinsiz devri halinde marka sahibi tazminat talebi kapsamında sadece fiili zararını değil aynı zamanda yoksun kaldığı kazancı da talep edebilecektir¹⁴⁵.

E. Geçici Hukuki Himaye Tedbirlerine Başvurma

Bilindiği üzere geçici hukuki himaye tedbirlerinin varlık sebebi yargılama makamınca hakkın korunması talebi hakkında karar verinceye kadar geçecek sürede hak sahibinin menfaatlerinin telafisi imkânsız zararlara uğramasını önlemek olup, bu işlevleri sebebiyle *geçici* ve *ihtiyati* nitelikte bir hukuki koruma sağlarlar¹⁴⁶. HMK md. 389'da ihtiyati tedbire karar verilebilmesi için *"...Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi..."* gerekir.

Ancak HMK'ya göre verilecek ihtiyati tedbirler için geçerli olan, mahkemenin uyuşmazlığın esasını çözecek ve yargılama sonucunda ulaşılmak istenen amacı elde etme sonucu doğuracak tarzda karar veremeyeceğine ilişkin genel kural SMK'da marka yargılamaları için esnetilmiş ve dava konusu eylemin durdurulması, önlenmesi ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yönelik sonuç doğurabilmektedir¹⁴⁷.

143 Yasaman, Cilt 2, s. 2713.

144 Tekinalp, s. 496.

145 Kale, s. 86.

146 Müjgan Tunç Yücel, *HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyati Tedbir ve Delil Tespiti*, Seçkin Yay., Ankara 2013, s. 21.

147 İlhami Güneş, "Marka Hukuku Alanında İhtiyati Tedbirler", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 7, S. 75, Kasım 2012, ss. 53-56, s. 53.

Bu bağlamda marka sahibinin veya dava açma hakkı bulunan diğer hak sahiplerinin kötüniyetli lisans sahibine karşı da SMK md. 159 hükmü kapsamında dava hakkıyla birlikte veya henüz dava açmadan önce hukuki himaye tedbirlerine başvurabileceği kuşkusuzdur. Söz konusu maddenin 1. Fıkrasına göre *“Bu Kanun uyarınca dava açma hakkı olan kişiler, dava konusu kullanımın, ülke içinde kendi sınai mülkiyet haklarına tecavüz teşkil edecek şekilde gerçekleşmekte olduğunu veya gerçekleşmesi için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığını ispat etmek şartıyla, verilecek hükmün etkinliğini temin etmek üzere, ihtiyati tedbire karar verilmesini mahkemeden talep edebilir.”* Mahkemelerce karar verilebilecek başlıca ihtiyati tedbirler ise üç bent halinde aynı maddenin 2. Fıkrasında düzenlenmiştir. Bunlar (i) Tecavüzün önlenmesi ve durdurulması, (ii) ürünlere ve üretim vasıtalarına el koyma ve muhafaza ile (iii) teminat verilmesi tedbirlerinden oluşur. Burada sayılan tedbirler sınırlı sayıda olmayıp, maddede hakkı koruyucu başlıca tedbirlere yer verilmiştir.

Marka sahibi, kötüniyetli lisans sahibine karşı ihtiyati tedbirin yanı sıra hukuki yararının bulunduğunu ve yasal şartların mevcut olduğunu ispat ederek ihtiyati haciz, delil tespiti gibi sair geçici hukuki himaye tedbirlerine de başvurabilecektir. Tedbirin uygulanması, etkisi ve sonuçları konusunda da SMK md. 159/3 gereğince 6100 sayılı HMK hükümleri uygulanacaktır.

Başvuru Kurum’un doğrudan taraf olduğu uyuşmazlıklar dışında HMK’daki genel görev ve yetki kurallarına tabidir. Görevli mahkeme uyuşmazlığın esasını çözmekle görevli ihtisas mahkemeleri veya ihtisas mahkemesi bulunmayan yerlerde bu mahkemelerin görevine giren işlere bakmakla görevlendirilmiş Asliye Hukuk Mahkemeleri olacaktır. Kurumun taraf olduğu ihtiyati tedbir taleplerinde ise marka tescil süreciyle ilgili bir uyuşmazlık söz konusu olacağından, Ankara Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemeleri kesin görevli ve kesin yetkili mahkeme olacaktır.

Sonuç

Marka hakkının kötüniyetli tescili veya kullanılması hukuki sonuç bağlanmayacağı ve bu iddiaya dayalı işlemlerin süreye tabi olmadığı gerek milli gerekse milletlerarası mevzuatta düzenlenmiştir. Marka sahibinden lisans sözleşmesi veya lisans hükmü içeren bir sözleşmeye dayanarak kullanım hakkı elde eden kişinin bu hakkını suiistimal ederek markayı kötüniyetli olarak kendi adına tescil ettirmesi veya kötüniyetli biçimde kullanması halinde, kötüniyetin korunmayacağına ilişkin temel hukuk kuralı kapsamında marka sahibi veya diğer hak sahipleri yasal yollara başvurabileceklerdir.

Bu kapsamda tescilli markalarda SMK’da kendisine tanınan hakları kullanacak olan marka sahibi, tescilsiz markalarla ilgili olarak ise haksız rekabet hü-

kümlerine dayanarak marka üzerindeki hakkını kötüniyetli lisans alana karşı koruyacaktır. Ancak yasal hakların kullanım kapsamını da taraflar arasındaki lisans sözleşmesi belirleyeceğinden, taraflarca lisans sözleşmesinde mümkün olduğunca muhtemel sorunların çözümüne dönük kapsamlı düzenlemelere yer verilmesi sağlıklı bir hukuki ilişkinin temel şartıdır.

Lisans alanın kötüniyetli tescil eylemi sonucunda menfaatleri zedelenen lisans veren, lisans alana karşı tescil başvuru aşamasında itiraz hakkını kullanabilecektir. Tescil gerçekleştiikten sonra ise Kurum nezdinde markanın hükümsüzlüğünü veya kendisine devrini talep edebilecektir. Lisans alanın kötüniyeti haksız bir tescil suretiyle değil de markanın lisans sözleşmesine aykırı kullanımında kendini gösteriyorsa bu durumda da lisans alan, lisans sözleşmesinin izinsiz genişletilmesinin marka hakkına tecavüz teşkil edeceğine ilişkin SMK'nın 24/4 ve 29/1-ç hükümleri kapsamında lisans verenin açacağı tecavüz davaları ile karşılaşacaktır.

Unutulmamalıdır ki hukukta yasal başvurularda süre şartının aranmayacağı en önemli hal kötüniyettir ve kötüniyetli tescil veya kullanım durumlarında hak sahibinin yapacağı yasal başvurularda herhangi bir zamanaşımı veya hak düşürücü süre şartı söz konusu değildir.

KAYNAKLAR

- Akbulut, Pakize Ezgi, “İyiniyet ve Hukuki Hata Arasındaki İlişki”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, Sayı 187, Mart 2020.
- Altıntaş, Ayşe Tuğba, *Franchise Sözleşmesinde Tarafların Borçları*, Savaş Yay., Ankara, 2019.
- Arkan, Sabih, *Marka Hukuku*, 2 Cilt, AÜHF Yayınları, Ankara, 1997.
- Arkan, Sabih, “Lisans Veren Sorumluluğu”, *Batider*, Eylül 2013.
- Arslan, Özge, *Marka Hakkının Sona Ermesi*, Adalet Yay., Ankara, 2019.
- Balık, İfakat, “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Bağlamında Markanın Kötüniyetli Tescili”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 34, Sayı 2, Haziran 2018.
- Basire, Yann, *L'essentiel Du Droit De La Propriété Industrielle*, Ed: Gualino/Lextenso, 3. Ed., Paris, 2023.
- Bilgili, Fatih, *Marka Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, Seçkin Yay., Ankara, 2006.
- Bilgili, Fatih “Türk Marka Hukukunda Kötü Niyetli Marka Tescili Başvurusuna Karşı İtiraz”, *TBB Dergisi*, Sayı 70, Mayıs/Haziran 2007.
- Ceylan, Çiğdem, “Marka Lisansı Sözleşmesi”, *FMR Dergisi 26 Nisan Dünya Fikri Mülkiyet Günü Özel Sayısı*, 2017, ss.59-89.
- Çolak, Uğur, *Türk Marka Hukuku*, 4. Bası, On İki Levha Yay., İstanbul, 2018.
- Düzgün, Ülgen Aslan, “Marka Lisans Sözleşmelerinde Hakkın Tükenmesi Prensibi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 16, Sayı 3, Temmuz 2012.
- Eren, Fikret, *6098 Sayılı Borçlar Hukuku Genel Hükümler: Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış*, Yetkin Yay. Ankara, 2012.
- Etlık, Enes, “Türk Hukukunda İnançlı İşlemler”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 95, Sayı 1, Ocak 2021.
- Giray, Rabia Eda, “Markanın Devri ve Devir Hükümü Doğuran Diğer İşlemler”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2010.
- Gül, İbrahim, “Marka Hakkına Tecavüz Davasında Tescilli Marka Savunması”, *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 13, Ocak 2017.
- Güneş, İlhami, “Marka Hukuku Alanında İhtiyati Tedbirler”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 7, Sayı 75, Kasım 2012.
- İşgüzar, Hasan, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, Dayınlarlı Hukuk Yay., Ankara, 1989.
- Kale, Serdar, *Marka Davalarında Yargılama Usulü*, Adalet Yay., Ankara, 2020.
- Karahan, Sami, “Haksız Rekabet Davalarında Dava Zamanaşımaları ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybedilmesi İlkesi”, *Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı*, Cilt 1; Beta Yay., İstanbul, 2001.
- Kaya, Arslan, *Marka Hukuku*, Arıkan Yay., İstanbul 2006.
- Kırath, Metin, “Marka Lisans Sözleşmeleri”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 23, Ekim 2015.
- Koçak, Mahmut Arif, *Marka Hukukunda Sessiz Kalma Suretiyle Hak Kaybı İlkesi*, Oniki Levha Yay., İstanbul, 2021.

- Koşer, Nihal, “Avrupa Birliği Adalet Divanı Genel Mahkemesi’nin 7 Şubat 2019 Tarihli “Swemac” Kararı ve Bu Kararın Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi -Marka Hukukunda Önceki Tarihli Hakların Etkisine İlişkin Bir İnceleme-”, *ÇÜHFD*, Cilt 5, Sayı 1, Nisan 2020.
- Köroğlu, Emre, “Genel Hatlarıyla Markadan Doğan Hakları Sınırlandıran Sebeplerden Zamanaşımı, Sessiz Kalma Sebebiyle Hak Kaybı ve Üçüncü Kişilerin Şahsi Bilgilerini Dürüst Bir Şekilde Kullanmaları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 22, Sayı 3, 2016.
- Lale, Muktedir, “Yasal Hakkın Kullanılması Bağlamında Tasarım Tescillerinde Kötüniyet”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 9, Sayı 100, Aralık 2014.
- Memiş, Tekin, “Türk hukukunda Kötüniyetli Olarak Marka Tesciline Bağlanan Sonuçlar”, *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2009*, Ed.: Tekin Memiş, Oniki Levha Yay., İstanbul, 2009.
- Meran, Necati, *Marka Hakları ve Korunması*, Seçkin Yay., Ankara, 2014.
- Oğuzman, Kemal; Seliçi, Özer, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1997.
- Oğuzman, Kemal; Barlas, Nami, *Medeni Hukuk*, On İki Levha Yay., İstanbul, 2019.
- Oktay Özdemir, Saibe, “Fikri Nitelikteki Sınai Değerler Üzerindeki Haklar ile Bunlara İlişkin Verilen Lisansın Hukuki Niteliği”, *Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004.
- Oktay Özdemir, Saibe, *Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması*, Beta Yay., İstanbul, 2002.
- Ongan, Burak, *Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Hukuki Durumu*, Seçkin Yay., Ankara, 2007.
- Oruç, Harun, “Markanın Ticari Vekil veya Temsilci Tarafından Tescili”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 7, Sayı 66, Şubat 2012.
- Özel, Çağlar, *Marka Lisansı Sözleşmesi*, Seçkin Yay., Ankara, 2015.
- Parlak Börü, Şafak, “Mülkiyetin Teminat Amacıyla İnançlı İşleme Devri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt 29, Sayı 128, Ocak 2017.
- Pekdinçer, Tamer; “Ticari Vekil veya Temsilci Tarafından Sınai Hak İhlali”, *Fikri ve Sınai Haklar İhlaller & Davalar*, İstanbul Barosu Yay., İstanbul, 2008.
- Randrianirina, Iony, “*Le droit de Marque*”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Université de Poitiers, 2013.
- Sekmen, Orhan, *Markanın Hükümsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları*, Bilge Yay., Ankara, 2013.
- Şan, Mehmet Emin, “*Marka Lisansı Sözleşmesinden Doğan Sorunlar*”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2016.
- Şehirali Çelik, Feyzan Hayal; “Sınai Mülkiyet Hakkı Tescilinin Anlamı Üzerine -SMK m.155 Vesilesiyle Bir İnceleme-”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 34, Sayı 2, Haziran 2018.
- Şener, Esat, *İçtihatlı-Açıklamalı Türk Medeni Kanunu*, Yetkin Yay., 3. Bası, Ankara, 1998.
- Şenocak, Kemal; Yarayan, Ali; “Kötüniyetli Marka Tescili”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 10, Sayı 111, Kasım 2015.

- Tekinalp, Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- Tissot, Nathalie, “Contrat de licence -- responsabilités et garanties”, *Publication Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l’information et de la concurrence*, ss. 473-486.
- Tunç Yücel, Müjgan, *HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyati Tedbir ve Delil Tespiti*, Seçkin Yay., Ankara, 2013.
- Tüzüner, Özlem, *Marka Rehni Sözleşmesi ve Uygulanacak Hukuk*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.
- Utku, Doruk, *Sınai Hakların Rehni*, Yetkin Yay., Ankara, 2009.
- Uzunallı, Sevilay, *Marka Hukuku*, 3. Bası, Adalet Yay., Ankara, 2024.
- Uzunallı, Sevilay, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- Ünal, Mücahit, *Marka Tescilinden Doğan Haklarla İlgili Hukuki İşlemler*, Seçkin Yay., Ankara, 2007.
- Ünal, Mücahit; Aydın, Sevgican; “Marka Lisans Hakkının İzinsiz Genişletilmesi veya Üçüncü Kişilere Devri”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt 31, Sayı 1, Mart 2015.
- Yasaman, Hamdi ve Diğerleri, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, 3 Cilt, Seçkin Yay., İstanbul, 2021.
- Yaşıyan, Elif, “*Marka Hukukunda Kötüniyet Kavramı ve Kötüniyet Kavramının Yargı Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi*”, Yayımlanmamış Uzmanlık Tezi, Türk Patent Enstitüsü Markalar Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2015.

ÖZEL HUKUK/PRIVATE LAW

Araştırma Makalesi / Research Article

Trafik Kazaları Nedeniyle Oluşan Deri Skarı Arazlarının Tazminat Hukuku ve Mevcut Mevzuat Açısından Değerlendirilmesi*

Evaluation of Skin Scar Sequelae Caused by Traffic Accidents in Terms of Compensation Law and Current Legislation

Serdar ŞİRAZİ**

Sait ŞİRAZİ***

ÖZ

Deri vücudun en büyük ve en geniş orandır ve işte bu yüzden ki trafik kazalarına bağlı yaralanmalarda da sıklıkla hasarlanması söz konusu olmaktadır. Bu araştırma, trafik kazaları sonucu meydana gelen deri yaralanmaları ve bu yaralanmalar sonucu oluşan deri skarı arazlarının tazminat hukuku ve mevcut mevzuat açısından detaylı bir şekilde incelenmesini amaçlamaktadır. Trafik kazaları neticesinde ortaya çıkan deri skarı arazlarına ilişkin tazminat hukuku konusunda mevcut boşlukların tespit edilerek çözüm önerileri sunulması amaçlanmış, medikolegal pratikte sıklıkla karşılaşılan ve yanlış değerlendirilmelere konu olan deri skarı arazlarının ayrıntılı bir analizini sunarak konuya yeni bir bakış açısı getirmeyi hedeflemektedir.

Anahtar Kelimeler: Trafik kazası, skar, hipertrofik skar, keloid, engellilik.

ABSTRACT

The skin is the largest and most extensive organ of the body, and this is why it is frequently damaged in injuries resulting from traffic accidents. This study aims to examine in detail the skin injuries resulting from traffic accidents and the skin scar sequelae that occur as a result of these injuries, from the perspective of compensation law and current legislation. The study aims to identify the existing gaps in compensation law regarding skin scar sequelae arising from traffic accidents and to propose solutions. It also aims to provide a detailed analysis of skin scar sequelae, which are frequently encountered in medicolegal practice and are often subject to

* Makale gönderim tarihi: 25.07.2024. Makale kabul tarihi: 05.08.2024. Serdar Şirazi, Sait Şirazi, "Trafik Kazaları Nedeniyle Oluşan Deri Skarı Arazlarının Tazminat Hukuku ve Mevcut Mevzuat Açısından Değerlendirilmesi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 2, 2024, s. DOI: <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2024.11.2.10>.

** Doktor, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sağlık Hukuku Doktora Programı Öğrencisi, drserdarsirazi@yahoo.com, [0000-0002-2155-1894](https://orcid.org/0000-0002-2155-1894).

*** Doktor, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sağlık Hukuku Doktora Programı Öğrencisi, sirazisait@gmail.com, [0000-0002-9029-238X](https://orcid.org/0000-0002-9029-238X).

Çatışma Beyanı: Yazar/lar herhangi bir çatışma beyanı bildirmemiştir.

misassessment, there by bringing a new perspective to the issue.

Keywords: Traffic accident, scar, hypertrophic scar, keloid, disability.

I. Trafik Kazaları ve Deri Yaralanmaları

A. Trafik Kazalarının Yaygınlığı

Türkiye’de trafik kazası oranları, son yıllarda dikkat çekici bir artış göstermiştir. Özellikle büyük şehirlerde yoğunlaşan araç trafiği, sürücülerin dikkatsizliği ve trafik kurallarına uyumsuzluk gibi faktörler, kazaların başlıca sebepleri arasında yer almaktadır. Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) verilerine göre, 2023 yılında Türkiye’de meydana gelen trafik kazalarının sayısı 1000.000’i aşmıştır. Meydana gelen trafik kazalarında 7.000’in üzerinde insan hayatını kaybetmiş ve 300.000 kişi ise yaralanmıştır¹. Trafik kazalarının en yoğun yaşandığı bölgeler, İstanbul, Ankara ve İzmir gibi nüfus yoğunluğunun yüksek olduğu büyük şehirlerdir. Özellikle dini ve resmi bayramlar ile yaz aylarında artan seyahat sayıları kazaların artmasına neden olmaktadır.

B. Trafik Kazaları ve Deri Yaralanmaları

Deri vücudun ağırlık olarak en büyük ve yüzey olarak en geniş orandır. Vücudun dış yüzeyini kaplayarak travma nedeniyle en çok yaralanma tehlikesine ve yaralanmaya maruz kalan bölge niteliğini taşır. Hafif yaralanmalar sadece yüzeysel aşınma (abrazyon) veya yüzeysel kesi olarak görülmekle birlikte daha şiddetli travmalar niteliklerine göre cildi yaralanmakla birlikte daha derindeki doku ve organlara zarar vererek bedeni zararın oranını ve kalıcı sakatlık oranının artışına neden olabilmektedir.

II. Yara İyileşmesi, Skar, Hipertrofik Skar ve Keloid Kavramları

A. Yara İyileşmesi, Skar Kavramları

Yara dokunun iç veya dış etmenlerle bütünlüğünün bozulması, hasarlanmasını belirten genel bir kavramdır. Tanımından da anlaşılacağı üzere vücutta bulunan her dokuda görülebilmekle birlikte günlük kullanımda yara kavramı derinin bütünlüğünün bozulması anlamını taşımaktadır.

Yaranın iyileşmesi sonucu doku meydana gelen kalıcı değişikliğe nebde, sıklıkla kullanılan tıbbi terminolojide ise skar denir. Skar halk arasında yara izi olarak bilinir. Skar dokusunun ne olduğunu nasıl oluştuğunu ve çeşitlerini anlamak, ancak kısaca yara iyileşmesi süreçlerini anlamakla mümkündür.

1 Türkiye İstatistik Kurumu Haber Bülteni, 16 Mayıs 2024, <https://www.tuik.gov.tr/> (Erişim tarihi: 30.06.2024).

Yara iyileşmesi karmaşık ancak belirli bir sıra içinde iç içe geçmiş hücresel olayların sonucunda oluşmaktadır.² İyileşmenin temeli hasarlanmış dokunun olduğu bölgeyi dolduracak hücre çoğalmasıdır. Kollajen isimli protein grubunun sentezi, yara iyileşmesinin tüm aşamalarında önemli role sahiptir. Sentezlenen kollajen lifler, aralarında çapraz bağlar kurar, bu iç içe geçmiş oluşum yeni oluşturulan dokunun sağlamlığının ve bütünlüğünü temelini oluşturur.

Yara iyileşmesinin mekanizmasını anlamak için iyileşmenin evrelerini ana hatları ile gözden geçirmek yararlı olmaktadır. İyileşme süreci temelde 3 evreye ayrılarak incelenmektedir. Bunlar:

1. İnflamatuar (iltihabi) evre,
2. Proliferasyon (çoğalma) evresi,
3. Maturasyon (olgunlaşma) ve remodelizasyon (yeniden modellenme) evreleridir.

İnflamatuar (iltihabi) evre ortalama olarak hasarın oluşmasını izleyen 0-4 gün sürer. Bu evre iyileşmenin en erken evresi olmakla birlikte kendinden sonraki evreler için asıl olarak bir hazırlık aşaması olarak değerlendirilir.

Proliferasyon (Çoğalma) evresi ise inflammatuar evreden sonraki dönemdir ve ortalama 2-22 günlerde süregelmektedir. Bu dönemde hasarlı dokuda Epitelizasyon, angiogenesis, kollajen sentezi, fibroplazi olarak isimlendirilen bir dizi hücresel seviyede olay meydana gelmektedir. Epitelizasyon yara yüzeyinin epitel dokusu ile örtülmesi, angiogenesis damar oluşumları ile bölgenin kanlanmasının artması, kollajen sentezi dokunun içinde tıpkı bir inşaatın içindeki demirlerin görevini gören kollajen proteinlerinin sentezlenmesi, fibroplazi ise fibroblast hücrelerini çoğalmasını ifade etmektedir.

Maturasyon (olgunlaşma) ve remodelizasyon (yeniden modellenme) evresi ise yara iyileşmesinin son dönemine denk gelmekte ve 6-12 aylık uzun bir süreci kapsamaktadır. Dokunun kalıcı hal aldığı, olgunlaştığı dönemdir.

Deri yaralarının iyileştikten 9 hafta sonra normal derinin yırtılma gücünün %70'ine, 6 ay sonra %90'ına ulaşır.³

2 M. Zeki Güzel, *Plastik R.ve Estetik Cerrahi Ders Kitabı*, Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Yayınları, 2011, s 3.

3 Güzel, s. 10.

Yara iyileşmesi süreçleri yararının niteliğine göre süreç olarak değişebilmektedir. Yaralanma tipine göre normalde beklenen 3 ayı iyileşme tipi mevcuttur. Bunlar:

1. Primer (birincil) yara iyileşmesi
2. Gecikmiş primer iyileşme
3. Sekonder (ikincil) iyileşme

Bu iyileşme türleri normal şartlarda beklenen yara iyileşmeleridir ve yara iyileşmesi genellikle bu şekilde oluşur. Bu süreçler sonunda normal skar dokusu iyileşme bölgesinde belirir.

B. Aşırı İyileşme: Patolojik Skar Dokuları

Ancak belli durumlarda yara bölgesindeki iyileşme süreçlerindeki birtakım aşamalar, bozulmalar neticesinde “aşırı iyileşme” olarak da nitelendirilen farklı anormal iyileşme dokuları ortaya çıkar. Bu dönemdeki problemin nedeni Yara iyileşme sürecinin değişik fazlarındaki aşırı kontrol dışı büyümedir. Skar dokusunun patolojik şekilde büyümesi olarak bilinen hipertrofik skar ve keloid olarak ortaya çıkmaktadır.

Hipertrofik Skar, yara iyileşmesinde aşırı kollajen proteini içeren doku üretimi ile karakterize olup dokunun yara yüzeyinden kabarması görülmektedir. Keloid dokuda görülen yara sınırlarından taşma burada görülmez ve keloidden önemli bir ayırıcı özelliğini oluşturur. Hipertrofik skarlar genellikle 2.-3. Derece yanıklarda görülür. Yara bölgesinin fonksiyon kayıpları ve kısıtlamalarına, yol açma ihtimali bulunmaktadır⁴. İşte bu fonksiyon kısıtlama potansiyelinin bulunması engellilik oranının tespitine dâhil edilmesinin nedenidir. Dikkat edilmesi gereken yara sınırlarını geçmeyen yüzeyden kabaran bir forma sahip olmasıdır.

Keloid ise iyileşmede görülen ikinci patolojik skar türüdür. Keloidbenign tümör görünümündedir ve hipertrofik skardan farkı yara sınırlarından dışarıya taşması, yayılmasıdır. Oluşan doku mevcut yara alanı ile sınırlı olması gerekirken bu alanın dışına doğru taşar, sağlam dokuya doğru büyür. Koyu tenli insanlarda keloid gelişimi daha sık görülmektedir. Vücutta belden yukarı bölgelerinde, omuz, göğüs kısımlarında görülme sıklığı daha yüksektir. Keloidin en önemli özelliklerinden biri genetik yatkınlığın olmasıdır.

4 Güzel, s.7.

Buradaki ayrım önemlidir çünkü normal yaralanma sonrası oluşan normal yara iyileşme süreçleri sonucu oluşan skar dokuları kişide fiziksel engele neden olmazken aşırı yara iyileşmedi başlığı altında bulunan hipertrofik skar ve keloid durumlar belirli oranların üstünde olduklarında fiziksel engele ve fonksiyon kısıtlılığına neden olabilirler.

III. Skar Yaralanma Sonucu Oluşan Deri Skarının Borçlar Hukuku, Tazminat Hukuku Özelinde Hukuki Çerçeve Değerlendirilmesi

Tazminat hukuku temel ilkeleri, hukuki bir sorumluluğun varlığında mağdurun zararının telafi edilmesini öngörmektedir. Trafik kazalarında oluşan yaralanmalar, karayolları trafik kanununda meydana gelen bedensel zararların tazminini düzenleyen maddelere tabidir.⁵ 2918 sayılı karayolları trafik kanunu madde 90 da ilgili kanunda düzenlenmeyen hususlar hakkında Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiillere ilişkin hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.⁵ Anlaşılacağı üzere maddi zararları Trafik kazalarında oluşan yaralanmalar yasa koyucu tarafından haksız fiil olarak değerlendirilmektedir.

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda ise haksız fiil kapsamında zarar tazmini madde 51'de, bedensel zararların kapsamı ise madde 54'te açıklanmıştır.

Madde 54'te belirtilen bedensel zararlar ise çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar tedavi giderleri, kazanç kaybı, olarak sıralanmıştır. Madde 54 maddi zararlar ile ilgili olup madde 56 ayrıca manevi tazminatı düzenlemiştir.

Tazminatın hukuki dayanağı ve kaynakları, 6098 sayılı Kanun ve ilgili diğer mevzuat hükümlerinde yer almaktadır. Borçlar Kanunumuzda haksız fiille verilen zararın kapsamı bakımından beden bütünlüğünün ihlali (bedensel zarar) ve ölüme yol açma hali için özel düzenleme yer almaktadır.

Konu ile ilgili güncel Yargıtay kararı yüksek yargı organlarının konuyu değerlendirmede yol gösterici olması açısından paylaşılmıştır.

A. Maddi Tazminat

Yaralanmanın somut verilerle değerlendirilmesi engel oranının somut olarak ortaya koyulmasına bağlıdır. Engel Oranının belirlenmesi için günümüzde 3 yönetmelik bulunmaktadır. Birincisi İş kazalarında oluşan bedensel zararların tespitinde yararlanılan 28 Eylül 2021 tarihinde yürürlüğe giren Maluliyet ve Çalışma Gücü Kaybı Tespiti İşlemleri Yönetmeliğidir. Bu yönetmelik İş kazalarına yönelik hükümler içermekte olup iş kazası neticesinde oluşan beden-

5 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu, Md. 90, www.mevzuat.gov.tr (Erişim Tarihi, 30.06.2024).

sel zararların tespiti ve engel oranlarının belirlenmesinde kullanılmaktadır.

İkincisi 2013 yılında yürürlüğe giren Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik, Üçüncüsü ise trafik kazaları kapsamında geniş yer bulan 2019 yılında yürürlüğe giren Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmeliktir.

Bu üç yönetmelikten 2019 yılında en son yürürlüğe giren yönetmelik olan Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik trafik kazalarında kullanılan ana düzenleme belgesi olup 2013 yılında yürürlüğe giren Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik, ise günümüzde hala yürürlükte olup küçüklerin engel oranının belirlenmesinde kullanılmaktadır.

B. Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik'te Bulunan İlgili Hükümler:

Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmeliğin EK-2 Erişkinler İçin Engelli Sağlık Kurulu Raporları Engel Oranları Alan kılavuzunda Deri başlığı altında deri hastalıkları ve bunlara yönelik kişinin mevzu hastalığa bağlı engellilik oranları yüzde olarak belirtilmektedir. Bu hastalıkların büyük bir kısmı kaza dışı nedenleri içermekte ve konumuz dışında kalmaktadır. Trafik kazaları ile ilişkili olabilecek 2 patolojik durum Deri bölümünün "VI. Deri tümörleri, A. Benign neoplazm ve hiperplaziler" başlığı altında yer alan hipertrofik skar ve keloiddir.⁶

Yine aynı kılavuzda Yanıklar başlığı altında "I- Deri ile İlgili Yanık Arızaları, ameliyatla giderilemeyen keloid hipertrofi durumları betimlenmiş ve ayrıntılandırılmıştır. Burada da dikkat edilirse Trafik kazaları ile ilişkili olabilecek 2 patolojik durum Deri bölümünün VI. Deri tümörleri, A. Benign neoplazm ve hiperplaziler başlığı altında yer alan anormal yara iyileşmesi nedeniyle oluşan hipertrofik skar ve keloiddir.⁷

Dikkat edileceği üzere bu başlık altında her türlü skar dokusunun engel oranına eklenmesi öngörülmemiş sadece önceki bölümlerde değindiğimiz hipertrofik skar veya keloid karakterde olması gerektiği belirtilmiştir.

Ancak bununla da kalmamakta bu durumun hipertrofik skar veya keloid durumlarının kişide fonksiyonel araz oluşturacağı belirli oranlar belirlenmiş ve bu oranların hesaplanması ile engel oranının tayin edileceği açıkça düzen-

6 20.02.2019 tarihli 30692 sayılı Resmî Gazetede Yayınlanan Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik, EK-2, s 18, www.mevzuat.gov.tr, (Erişim Tarihi, 30.06.2024).

7 20.02.2019 tarihli 30692 sayılı Resmî Gazetede Yayınlanan Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik, EK-2, s 83, www.mevzuat.gov.tr, (Erişim Tarihi, 30.06.2024).

lenmiştir. Yönetmeliğin EK-2 Erişkinler İçin Engelli Sağlık Kurulu Raporları Engel Oranları Alan kılavuzunda Deri başlığı altında düzenlenmiş olan bu oranlar ise Hafif (vücut yüzeyinin %1-9'unu kaplayan) olgularda %5, Orta (vücut yüzeyinin %10-%19'unu kaplayan) %10, Şiddetli (vücut yüzeyinin %20-49'unu kaplayan) %20, Çok şiddetli: Vücudun %50-100'unu kaplayan %40, Ayrıca saçlı deri ve yüz bölümünün yarısında fazlasını kaplarsa %15 engel oranı olarak takdir edilmiştir.⁸

Benzer şekilde Yanıklar Başlığı Altında, "I- Deri ile İlgili Yanık Arızaları:

Vücut yüzeyinin %10'unu kaplayan ve ameliyatla giderilemeyen keloid hipertrofi %20, b) Vücut yüzeyinin %50'sini kaplayanlar %30, Vücut yüzeyinin %50'sinden fazlasını kaplayanlar %40, Saçlı derinin yarıdan çok alanını kaplayan yanıklar ve yaraların %25" oranında engelliliğe neden olacağı belirtilmiştir.⁹

Anlaşılabileceği üzere hipertrofik skar veya keloid durumunun sadece mevcudiyeti değil vücut yüzeyine oranı da engellilik oranı tespiti konusunda gereklidir.

Vücut yüzeyinin ölçülmesi için birden çok hesap formülü bulunmaktadır. Bu formüller: Mosteller Metodu, DuBois Formülü, Haycock Formülü, Boyd Formülü, Gehan ve George Formülü ve Yu Formülü dır.

Vücut Yüzey Alanı Formülleri arasında en sık kullanılanlar Mosteller, DuBois ve Haycock formülleridir. Mosteller Metodu: $VYA (m2) = \sqrt{(Boy [cm] * kilo[kg] / 3600)}$ ¹⁰, DuBois Formülü: $VYA (m2) = 0.007184 * Boy[cm]0.725 * Kilo[kg]0.425$ ¹¹, Haycock Formülü: $VYA (m2) = 0.024265 * Boy[cm]0.3964 * Kilo[kg]0.5378$ ¹² olarak sıralanabilir.

Nihayetinde kaza sonucu oluşmuş Hipertrofik skar veya keloid dokusunun alanı hesaplanarak tüm vücut alanına oranlanır ve tablodaki oranlarla karşılaştırılarak eğer var ise engel oranı tayin edilir.

Klinik pratik uygulamalarda kişinin avuç içi alanının tüm vücut yüzey alanının %1ine karşılık geldiği kabul edilir.

-
- 8 20.02.2019 tarihli 30692 sayılı Resmî Gazetede Yayınlanan Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik, EK-2, s 18, www.mevzuat.gov.tr, (Erişim Tarihi, 30.06.2024).
- 9 20.02.2019 tarihli 30692 sayılı Resmî Gazetede Yayınlanan Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik, EK-2, s 83, www.mevzuat.gov.tr, (Erişim Tarihi, 30.06.2024).
- 10 RD. Mosteller, "Simplified Calculation Of Body-Surface Area", *N Engl J Med*, Oct 22, 317, (17), 1987 s. 1098.
- 11 D. DuBois, EF. DuBois, "A Formula To Estimate The Approximate SurfaceArea If Height And Weight Be Known", *Arch Intern Med*, Cilt 17, 1916, s. 863.
- 12 GB Haycock, GJ Schwartz, DH Wisotsky, "Geometric Method For Measuring Body Surface Area: A Height Weight Formula Validated İn Infants, Children And Adults", *J Pediatr*, 1978, Cilt 93, Sayı 1, 62-6, s. 93, 62.

Burada dikkat edilecek husus mevcut oranlarda bu patolojilerin vücut toplam yüzeyinin en az %1ini kaplaması gerektiğidir.

Bu konuda fikir verebilmek için 180 cm boyunda 70 kg ağırlığında bir erkeğin vücut yüzeyi 1.87 m2 olarak hesaplanır. Ortalama erişkin bir bireyin toplam vücut yüzeyi ise tıbbi hesaplamalarda 1.73metrekare olarak alınmaktadır. Bunun pratik sonucu ise eğer böyle bir kişide yaralanma olmuş ve hipertrofik skar veya keloid gelişmişse 1,73 metrekare yani 17300 santimetrekare vücut yüzey alanı olan ortalama bir erkek için 173 santimetrekarelik toplam hipertrofik skar / keloid alanının olması gerekmektedir.

C. Manevi Tazminat

Manevi tazminat somut olmayan gözle görülmeyen zarardır. Borçlar Kanunu madde 54 maddi zararlar ile ilgili olup madde 56 ayrıca manevi tazminatı düzenlemiştir. Madde 56 ya göre Hâkim, olayın özelliklerini değerlendirerek, zarar gören kişiye bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir. Bu zarar görenin subjektif zararı olan elem acı ve ızdıraba karşılık ödenen tazminattır.

Yukarda belirtildiği üzere sadece belirli durumlarda anormal skar oluşumları belirli oranların üzerinde maddi tazminata konu olabilmektedir. Ancak fonksiyon kaybı, engellilik oluşturmeyen olağan şekilde iyileşmiş yaralanmalar sonucu oluşan skar dokularının da tazminata konu olması mümkündür. Ancak bu durumda objektif engellilik oluşmaması ilgili mevzuatta bulunan maddi tazminata konu olmayacak, manevi tazminat kapsamında uygulama alanı bulacaktır.

D. Güncel Yargıtay Kararı Işığında Değerlendirme

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 2022/3570 Esas, 2023-10307 Karar numaralı güncel kararı konunun üst yargı organı kaynaklı olması nedeniyle hukuki olarak yok gösterici olmaktadır. Kararın yeni tarihli olması güncel mevzuatı içermesi ayrıca değerlidir.

“...Somut olayda; yaralanma alt ekstremiteye ilişkin olup kazanın meydana geldiği tarih ile hükme esas alınan sağlık kurulu raporunun düzenlendiği tarih arasında bir yıllık süre geçmemiştir. Bu nedenle hastada iyileşmenin durduğu, son bir senedir herhangi bir düzelmenin olmadığı tespit edilmeden alınan rapora, itibar edilerek karar verilmesi doğru değildir. Ayrıca, hükme esas alınan Antalya Eğitim ve Araştırma Hastahesince düzenlenen 05.03.2021 tarihli sağlık kurulu raporunda, davacının trafik kazası sonrası vücudunda oluşan kalıcı yara izleri (skar) nedeniyle meydana gelen yaralanmasına bağlı sürekli iş göremezlik oranı %5 olarak hesaplanmış, İtiraz Hakem Heyetince bu rapor

hükme esas alınmıştır. Ancak davacının vücudunda oluşan yara izlerinin yeri ve niteliği ile belirlenen maluliyet oranı göz önüne alındığında yönetmelikte belirlenen kriterleri karşılama hususunda tereddüt hasıl olmuştur.

Bu durumda İtiraz Hakem Heyetince; davacıda oluşan yara nedbesinin (skar) “keloid veya hipertrofik skar niteliğinde olup olmadığı ve vücut yüzeyinin yüzde birinden fazla alanı kaplayıp kaplamadığı hususlarına dikkat edilerek davacının kazaya ilişkin tüm tedavi evrakı eklenip (eksik varsa temini ile) dosyada bulunan sağlık kurulu raporları da irdelenmek ve davacı yeniden bizzat muayene edilmek suretiyle kaza tarihinde yürürlükte bulunan Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik hükümlerine ve ekindeki Özür Oranları Cetveli” ne uygun olarak ve yukarıda açıklandığı şekilde içerisinde plastik cerrahi uzmanının da bulunduğu yetkili sağlık kurulundan rapor alınıp (kararın davacı tarafından temyiz edilmediği göz önüne alındığında davalının usuli kazanılmış hakları da gözetilerek) sonucuna göre kara verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir...”¹³

Sonuç

Trafik kazaları sosyal yaşamın kaçınılmaz ve istenmeyen bir sonucudur. Kaza neticesinde vücudun en büyük ve dış ortamla ilişkili olan organı olan deri yaralanmaları da sık görülmektedir. Trafik kazalarının sonucunda oluşan yaralanmalarda kişilerde kalıcı sakatlık kalabilmekte bu sakatlık oranlarında deri hastalıklarının da payı bulunabilmektedir. Ancak her deri yaralanmaları içerisinde sadece küçük bir grup olan hipertrofik skar ve keloid ancak belirli bir boyutun üzerinde oluşmuş ise değerlendirilmeye katılmaktadır. Konu ile ilgili farkındalığın oluşması medikolegal olarak uygun değerlendirilmelerin yapılabilmesine olanak sağlayacak, anlaşmazlıkların daha ivedi çözülmesinde yol göstererek usul ekonomisine de katkı sağlayacaktır.

13 Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 2022/3570 Esas, 2023/10307 Karar Numaralı Kararı, www.kazancanc.com, (Erişim Tarihi, 30.06.2024).

KAYNAKLAR

- 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu, www.mevzuat.gov.tr, (Erişim Tarihi, 30.06.2024).
- 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, www.mevzuat.gov.tr, (Erişim Tarihi, 30.06.2024).
- 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, www.mevzuat.gov.tr, (Erişim Tarihi, 30.06.2024).
- 30 Mart 2013 Tarihli 28603 Sayılı Resmî Gazetede Yayınlanan Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik.
- 20.02.2019 Tarihli 30692 Sayılı Resmî Gazetede Yayınlanan Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik.
- Dubois, D; Dubois Ef., “A Formula To Estimate The Approximate Surface Area İf Height And Weight Be Known”, *Arch Intern Med*, Sayı 17, 1916.
- Güzel, M. Zeki, *Plastik R.Ve Estetik Cerrahi Ders Kitabı*, Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Yayınları, 2011.
- Haycock, Gb; Schwartz, Gj; Wisotsky, Dh, “Geometric Method For Measuring Body Surface Area: A Height Weight Formula Validated İn Infants, Children And Adults”. *J Pediatr*, 1978, Sayı 93.
- Klasus, F. Helm, Çeviri Editörü: Aslı Tatlıparmak, *Dermatolojide Ayırıcı Tanı*, 2021.
- Mosteller, R. D, “Simplified Calculation Of Body-Surface Area”, *N Engl J Med*, Ekim Cilt 22, 317, (17), 1987.
- Safonov, Igor, *Atlas Of Scar Treatmentand Correction*, Springer Nature, 2012.
- Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 2022/3570 Esas, 2023/10307 Karar Numaralı Kararı, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi, 30.06.2024).
- Türkiye İstatistik Kurumu Haber Bülteni 16 Mayıs 2024, [https:// www.tuik.gov.tr/](https://www.tuik.gov.tr/), (Erişim Tarihi: 30.06.2024).

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayım İlkeleri

- A. İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İMÜHFD) hakemli dergi statüsünde yılda iki sayı olarak (Haziran, Aralık) olarak yayımlanmakta ve **TR Dizin (ULAKBİM)**, **SOBİAD** ve **Index Copernicus International dizinleri** ile **HeinOnline**, **ICI World of Journals** ve **EBSCO veri tabanları** tarafından taranmaktadır. Eserlerin değerlendirilmesi çift kör hakem sürecine uygun olarak yapılır.
- B. Dergiye Türkçe, İngilizce, Fransızca ve Almanca dillerinde makale, karar incelemesi ve mevzuat değerlendirmesi şeklindeki akademik çalışmalar kabul edilmektedir.
- C. Dergiye gönderilen eserler, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazar, eser göndererek bu hususu taahhüt etmiş sayılır. Eser, DergiPark (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/imuhfd>) üzerinden gönderilebilir.
- D. Dergiye değerlendirilmek üzere gönderilen bütün çalışmalarda eser sahiplerinin ORCID numarası (Bilimsel Araştırmacı Kimlik Numarası) alması ve çalışmalarında ORCID numaralarını belirtmeleri gerekir.
- E. Dergide yayımlanan yazıda ileri sürülen görüşler yazara aittir. Bu hususta, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Editör Kurulu herhangi bir sorumluluk kabul etmemektedir.
- F. Eserlerin dergiye gönderilmesinden sonra eser değerlendirme süreci, ön inceleme aşaması, hakem değerlendirme aşaması ve gerekli olduğu takdirde düzeltme aşaması şeklinde gerçekleşir.

Dergide yayımlanmak üzere gönderilecek tüm akademik çalışmalar aşağıda verilen şekil şartlarına göre hazırlanmalıdır.

1. Gönderilen makaleler Times New Roman karakterinde; ana metin 1,5 satır aralığı, 12 punto ve iki yana yaslı; dipnotlar 10 punto, tek satır aralığı ve iki yana yaslı olarak hazırlanmalıdır. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir.
2. Gönderilen makalelerin başlıkları Türkçe ve İngilizce olarak yazılmalıdır. Makale başka bir dilde yazılmış ise makalenin yazıldığı dildeki başlığı da eklenmelidir. Başlıklar, 12 punto, tek satır aralığı ve iki yana yaslı olarak hazırlanır.
3. Başlık numaralandırmaları **I. – A. – 1. – a.** sistemini takip etmelidir. Giriş

ve Sonuç/Değerlendirme bölümlerinde numaralandırma yapılmamalıdır. Ayrıca, makale içi başlıklandırmalar dahil olmak üzere paragraf başlarında herhangi bir girinti olmamalıdır.

4. Başlık kısmının altında iki yana yaslı olarak yazarın ismi ve büyük harflerle soy ismi yer almalıdır. Soy ismin sonuna “*” koyularak dipnotta yazarın unvanı, görevi, ORCID numarası ve iletişim bilgileri yazılmalıdır.
5. Yazarın bilgilerinin altında “Öz” (Türkçe özet) yazılmalıdır. “Abstract” (İngilizce özet) ise Öz kısmından sonra yer almalıdır. Makalenin dili Fransızca veya Almanca ise Abstract kısmından sonra “Résumé” (Fransızca özet) veya “Zusammenfassung” (Almanca özet) yazılmalıdır. Bu kısımlar, 150-200 kelime arasında ve makaleyi özetler mahiyette olmalıdır. Öz kısmının sonunda “Anahtar kelimeler” kısmı yer almalıdır. “Keywords” ise Abstract kısmının sonuna yazılmalıdır. Fransızca veya Almanca özet yazılması halinde sonuna “Mots-clés” veya “Schlüsselwörter” eklenmelidir. Makalelerde en az 5 farklı anahtar kelimeye yer verilmelidir.
6. Yazı içerisinde kullanılan kısaltmalar, ilk kullanımlarında açık şekilde yazılmalı ve sonunda kısaltma parantez içinde belirtilmelidir. Yazının sonunda ayrıca bir kısaltmalar cetveli eklenmemelidir.
7. Referans ve ek açıklamalar için dipnotlar tek satır aralığı ile 10 punto ile metin içinde ilgili yerde satır üstüne küçük rakamla (1,2,3...) sıra numarası konarak verilir. Dipnotları sayfa altında gösterilir.
8. Makale boyunca soy isimlerin yalnızca ilk harfi büyük yazılmalıdır. Yazarın birden fazla soy ismi bulunması halinde soy isimleri arasına “-” koyulmalıdır.
9. Dipnotlarda kitaplara atıf için [yazarın adı soyadı, *kitap adı*, (varsa) cilt no., eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevinin adı, (varsa) yayım yeri, yayım yılı, sayfa numarası.] usulü” izlenmelidir.

Ör.: Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 16. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 45.

10. Dipnotlarda kitap bölümlerine atıf için [yazarın adı soyadı, “bölüm adı”, Ed. editör adı, *kitap adı*, (varsa) cilt no., eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevinin adı, (varsa) yayım yeri, yayım yılı, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.

Ör.: Andrea Atteriano, Maria Beatrice Deli, “An Overview of International Sanctions’ Impact on Treaties and Contracts”, Ed. Natalino Ronzitti, *Coercive Diplomacy, Sanctions and International Law*, Brill | Nijhoff, Leiden, 2016, s. 210.

11. Dipnotlarda makalelere atıf için [yazarın adı soyadı, “makale adı”, *dergi*

adı, cilt no., sayı no., yayım yılı, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.

Ör.: Cevdet Yavuz, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yasal Önalm Hakkının Kullanılması Sorununa Dair Görüşler”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 2, 2017, s. 110.

12. Dipnotlarda online kaynaklara atf için [(varsa) yazarın adı soyadı, (varsa) sayfa başlığı, açık adres parantez içinde erişim tarihi.] usulü izlenmelidir.

Ör.: Chris McGreal, *70 Years and Half a Trillion Dollars Later: What Has the UN Achieved?*, <https://www.theguardian.com/world/2015/sep/07/what-has-the-un-achieved-united-nations> (01.12.2019).

13. Dipnotlarda ansiklopedi maddelerine atf için [yazarın adı soyadı, “madde başlığı”, *ansiklopedi adı*, (varsa) cilt no., (varsa) eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevinin adı, (varsa) yayım yeri, yayım yılı, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.

Ör.: F.V. Garcia-Amador, “Organization of American States”, *Encyclopedia of Public International Law*, Cilt 6, Elsevier Science Publishers B.V., Amsterdam, 1983, s. 277.

14. Dipnotlarda teze atf için [yazarın adı soyadı, *tezin adı*, tezin niteliği, üniversite enstitüsü ve anabilim dalı bilgileri, yılı, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.

Ör.: Halit Eyüp Özdemir, *Kamu İhale Kanununda Düzenlenen İhale İşlemleri*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2005, s. 73.

15. Tercüme eserlerde mütercimın adı yazarın adının hemen ardından parantez içinde (Terc. mütercim adı ve soy adı) şeklinde yazılır.

Ör.: Klaus Tiedemann (Terc. Ayşe Nuhoglu), *Ekonomi Ceza Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 89.

16. Aynı esere yapılacak atıflarda [yazarın soyadı, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.

Ör.: Aydın, s. 95.

17. Aynı yazarın birden fazla eseri kullanılacaksa bu eserlere yapılan ilk atıfların sonunda parantez içinde ilgili eserin kısaltması belirtilmeli ve tekrar eden atıflarda [yazarın soyadı, eserin kısaltması, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.

Ör.: Cevdet Yavuz, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yasal Önalm Hakkının Kullanılması Sorununa Dair Görüşler”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 2, 2017, s. 110, (Görüşler).

Ör.-2: Yavuz, Görüşler, s. 110.

18. Eserlerin ilk basılarına atıf yapılması halinde bası bilgisi belirtilmeyecektir.

Ör.: Ergun Özbudun, *1924 Anayasası*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 50.

19. Birden fazla yazarlı eserlerde yazar isimleri arasında “,” kullanılmalıdır.

20. Bir dipnot içerisinde birden fazla kaynağa atıf yapılması halinde kaynaklar arasında “;” kullanılmalıdır.

21. Kaynakça yazının sonunda yer almalıdır. Bu kısım; Türkçe makalelerde “Kaynaklar”, İngilizce makalelerde “Bibliography”, Fransızca makalelerde “Bibliographie”, Almanca makalelerde “Literatur” başlığını taşımaktadır. Faydalanılan kaynaklar soy isimlerine göre sıralanmalıdır.

22. Kaynakçada yer alan eserlerde önce yazar(lar)ın soy ismi sonrasında ise ismi yazılır. Soy isim ile isim arasına virgül koyulmalıdır. Birden fazla yazarlı eserlerde yazar isimleri arasında “;” kullanılmalıdır. Diğer hususlarda dipnotlar için belirtilen kurallar kaynakça için de geçerlidir.

