

IV. Uluslararası • International
Necmettin Erbakan Üniversitesi
Hukuk Kongresi
Necmettin Erbakan University Law Congress **2024**

TAM METİN BİLDİRİ KİTABI
FULL TEXT BOOK



EBERHARD KARLS
UNIVERSITÄT
TÜBINGEN





neupress.org



Necmettin Erbakan Üniversitesi Yayınları: 309
ULUSLARARASI NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ HUKUK
KONGRESİ TAM METİN BİLDİRİ KİTABI

Genel Yayın Yönetmeni/Editor in Chief

Dr. Öğr. Üyesi Fatih KALECİ

Editör/Editor

Prof. Dr. Nuran KOYUNCU

Tasarım/Design

Büşra UYAR

Muhammed Sami TEKİN

Enes Malik YALÇIN

E-ISBN

978-625-6703-84-1

Baskı/Printing

Necmettin Erbakan University Press (NEU PRESS)

Yaka Mah. Yeni Meram Cad. Kasım Halife Sok. B Blok

No: 11 Meram / KONYA / TÜRKİYE

0332 221 0 575 - www.neupress.org

Sertifika No: 48888

NEU PRESS 1. Baskı, Konya/TÜRKİYE

Temmuz 2024, vii + 568 sf., 16x24 cm

Kategori/Category

Hukuk Temel Alanı



Lisans Türü | OA License: CC BY 4.0

Erişim | Access: neupress.org

Copyright 2023

**This book is published under a CC BY license, which means that you can copy, redistribute, remix, transform, and build upon the content for any purpose, even commercially, as long as you give appropriate credit, provide a link to the license, indicate if changes were made, and do not impose additional terms or conditions on others that prohibit them from exercising the rights granted by that license, including any effective technological measures.*

İÇİNDEKİLER

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKU

- Aile Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Atfın (Renvoi) Uygulanması ile İlgili Bazı Meseleler2
Doç. Dr. Neşe BARAN ÇELİK
- Uluslararası Korumanın Olmazsa Olmaz Şartı: Etkin ve Sürekli Korumadan Yoksun Olma19
Dr. Öğr. Üyesi Zeynep ÖZGENÇ

CEZA VE CEZA MUHALEMESİ HUKUKU

- 7406 Sayılı Kanun Sonrası İndirim Nedenleri42
Dr. Öğr. Üyesi Emin HÜSEYİNOĞLU
- İfade Alma İşlemine İlişkin Negatif Usul Kuralları (Yasak İfade Alma Yöntemleri)...59
Dr. Mahmut GÖKPINAR
- Güncel Gelişmeler Işığında Alman Hukukunda Gizli Soruşturmacının ve Güvenilir Kişinin Kışkırtma Faaliyetinde Bulunmasının Hukuki Sonucu Üzerine Bir Değerlendirme84
Arş. Gör. Ali BOYRACI
- Çocukların Cinsel İstismarı Suçunda Mağdurun Yaşı Üzerindeki Hatanın Fiil Üzerinde Hata Olarak Ele Alınması Sorunu126
Dr. Öğr. Üyesi Selahattin Samet BİLGE

ŞİRKETLER HUKUKU

- Ticaret Hukuku İlkeleri Açısından Spor Anonim Şirketleri141
Dr. Öğr. Üyesi Himmet KOÇ
- Anonim Ortaklıklarda Şarta Bağlı Sermaye Artırımında Sınırlamalar162
Hande KOCADURMUŞOĞLU YÜKSEKBAŞ
- Banka Yönetim Kurulu Üyesinin Kredi Yasağı İstisnası "Nitelikli Pay Sahibi Olma" Koşulunun Banka ve Ticaret Hukuku Boyutuyla İncelenmesi175
Dr. Öğr. Üyesi Buket ÇATAKOĞLU AYDIN

SORUMLULUK HUKUKU

- Bir Yargıtay Kararından Hareketle Manevi Tazminata Bakış198
Öğr. Gör. Yasin ALTAY

GENEL KAMU HUKUKU

- Hukuk Güvenliği İlkesini AYM Bireysel Başvuru Pratiğinden Okumak: Ümmü Çakır Başvurusu Örneği218
Arş. Gör. Ahmet TÜRKMEN
- İbn-i Haldun'a Göre Döngüsel Ardıllık Teorisi Bağlamında Devletin Gelişimi ...229
Dr. Öğr. Üyesi Abdülazim İBRAHİM

İNSAN HAKLARI

- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin İtibarın Korunması Hakkı ve İfade Hürriyetinin Çatışmasında Uyguladığı "Adil Denge" Kriterleri250
Doç. Dr. Özlem ÇELİK

ULUSLARARASI HUKUK

- İsrail'in Gazze'yi İşgalinin "Haklı Savaş" Kavramı Çerçevesinde Kritiği267
Prof. Dr. Muzaffer Ercan YILMAZ

Uluslararası Çevre Hukukunda Bir Dönüm Noktası: Aarhus Sözleşmesi278
Dr. Öğr. Üyesi Ebru DEMİR

ANAYASA

10. Yılında Tam Gün Yasası: Tespit ve Öneriler294
Dr. Öğr. Üyesi Fatma Duygu BOZKURT

İDARE HUKUKU

Basit Hukuka Aykırılık İdarenin Sorumluluğu Kaldıran Hâllerden Biri Olarak Kabul Edilebilir mi?311
Dr. Öğr. Üyesi Selman Sacit BOZ - Arş. Gör. Ahmet Talha TETİK

VERGİ HUKUKU

Vergilendirme Yetkisinin Sınırlandırılmasında Ölçülük İlkesi339
Hilmi ŞAHİN

SİGORTA HUKUKU

Rotterdam Kuralları Uyarınca Donatan ve Taşıyanın Sorumluluğunun Kulüp Sigortası (P&I) Tarafından Üstlenilmesi358
Öğr. Gör. Dr. Utku TOPCAN

Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Kapsamında Sigortacının Rücu Hakkı378
Hüseyin AYAZ

TÜRK HUKUK TARİHİ

Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Kamu Hizmetine Girme Hakkının Tarihsel Gelişimi Üzerine Bir İnceleme419
Arş. Gör. Elif ÖZDEMİR

MEDENİ USUL HUKUKU

Hukuk Yargılamasında Uzman Görüşü Sunulan Uzman Kişinin Dinlenilmesi ..445
Doç. Dr. Evren KOÇ

Hukuk Yargılamasında Aleniyet ve Anayasa Mahkemesi'nin 26.10.2023 Tarihli E. 2020/73, K. 2023/181 Sayılı Kararı Üzerine Düşünceler459
Dr. Öğr. Üyesi Nurullah BAL

İCRA VE İFLAS HUKUKU

Konkordato Mühletinden Önce Bankaya Ciro Edilen Müşteri Çekleri473
Dr. Öğr. Üyesi Dilek AYDEMİR

Konkordato Mühleti Yönünden Müstakbel Alacakların Devri506
Av. Mehmet Ünsal CANDEMİR

MEDENİ HUKUK

Boşanma Davasının Reddinden Sonra Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanma525
Doç. Dr. Seda GAYRETLİ AYDIN

743 Sayılı Türk Kanunu Medeni'nde Düzenlenmeyen Hala Adil Çözülmeyen Sorun "Katkı Alacağı"541
Dr. Öğr. Üyesi A. Şakir DEMİRTAŞ

İkale Sözleşmesinin Şekli573
Arş. Gör. Dr. Abdurrahim ALTUN

İşletme Ruhsatının Devrinin Ürün Kirası Sözleşmesinin Esaslı Bir Unsuru Olup Olmadığı Problemi587
Arş. Gör. Furkan ÖZDEMİR

**MİLLETLERARASI
ÖZEL HUKUKU**

AİLE HUKUKUNA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA ATFIN (RENVOI) UYGULANMASI İLE İLGİLİ BAZI MESELELER

Doç. Dr. Neşe BARAN ÇELİK

Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORC-ID: 0000-0002-9519-3145

nesebarancelik@gmail.com

ÖZET

Yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkları çözüme kavuşturabilmek için kanunlar ihtilâfi kuralları aracılığıyla yetkili hukukun tespit edilmesi ve bu hukukun uygulanması gerekir. Kanunlar ihtilâfi kuralları aracılığıyla yetkisi tespit edilen hukuk yabancı bir devletin hukuku olduğunda, söz konusu hukuktan anlaşılması gerekenin bu devletin kanunlar ihtilâfi kuralları mı yoksa iç maddi hukuk kuralları mı olduğu meselesi ortaya çıkar. *İlgili yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının dikkate alınması milletlerarası özel hukukta atfın kabul edilmesi anlamına gelir*¹. Bu sebeple atf, kanun koyucunun bağlama kuralları aracılığıyla yetkili tespit ettiği yabancı devlet hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının dikkate alınıp alınmayacağı sorusunun cevabı üzerine kurulmuş olan bir teori olarak değerlendirilebilir².

Türk hukukunda atf esas olarak, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da³ (MÖHUK) madde 2'de düzenlenmiştir⁴. MÖHUK hâkime, Türk kanunlar ihtilâfi kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygulama yükümlülüğü getirmiştir (m.2/1). Dolayısıyla Kanun gereği atf uygulanması gereken hallerde atfın hâkim tarafından re'sen dikkate alınarak uygulanması zorunludur. Aksi durumda hukukun yanlış uygulanması söz konusu olacaktır; zira atf uygulandığında hâkimin kanunlar ihtilâfi kuralları uyarınca uyuşmazlığı çözmek üzere yetkili tayin edilen yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının aynı uyuşmazlığın çözümü bakımından başka bir

[1] Çelikel, Aysel. *Milletlerarası Özel Hukuk*, Beta Yayınları, İstanbul 2004, s.101; Tekinalp, Gülören/Uyanık-Çavuşoğlu, Ayfer, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, İstanbul 2011, s. 44; Şanlı, Cemal / Esen, Emre / Ataman Figanmeşe, İnci. *Milletlerarası Özel Hukuk*, Beta Yayınları, 10. Bası, 2022, s.60-61.

[2] Kramer, Larry. "Return of the Renvoi", *NYU. L.Rev.*, V.66, 1991, s.979.

[3] RG T. 12.12.2007, S.26728.

[4] Türk Ticaret Kanunu (RG T. 14.02.2022, S. 27846) m.766, m.778, m.818'de de kambiyo senetlerinde ehliyete uygulanacak hukuk bakımından atfa yer verilmiştir.

devletin hukukunu yetkili görmesi mümkündür. Bununla birlikte pek çok devlet hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da, genel olarak atfın kabulü, konu bakımından ya da derece bakımından sınırlandırılması hususlarının yanı sıra MÖHUK'ta atfın uygulanacağını hükme bağlandığı tüm meselelerde atfın uygulanmasının yerindeliliği ya da gerekliliği gibi hususlarda da farklı görüşler bulunmaktadır.

Kanunda hükme bağlandığı üzere atıf sadece şahsın hukuku ile aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanacaktır (m.2/3). Yine Kanuna göre eğer taraflara uygulanacak hukuku seçme yetkisi verilmişse taraflar aksini açıkça kararlaştırmadıkça seçilen hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanacaktır (m.2/4). Kanunda yer verilen aile hukukuna ilişkin kanunlar ihtilafî kuralları; nişanlanma (m.12) evlilik ve genel hükümleri (m.13), boşanma ve ayrılık (m.14), evlilik malları (m.15), soybağının kurulması ve hükümleri (m.16 ve m.17), evlat edinme (m.18) ile nafakadır(m.19). Kanuna göre aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda yetkili hukuk tespit edilirken atıf uygulanmalıdır. Bununla birlikte anılan maddelerden bazıları bakımından atfın dikkate alınması hususu özellik arz etmektedir. Bu maddelerden ilki evliliğin şekline uygulanacak hukuku gösteren m.13/2, ikincisi evlilik mallarına uygulanacak hukuku gösteren MÖHUK m.15 sonuncusu ise soybağının kurulmasına uygulanacak hukuku gösteren m.16/1'dir. Evliliğin şekline uygulanacak hukukun tespiti yapılırken atfın dikkate alınıp alınmayacağı meselesi evliliğin geçerliliğini sağlamak açısından, soybağının kurulmasına uygulanacak hukuk bağlamında atfın dikkate alınması ise soybağının kurulmasını sağlamak bakımından atfın rolü; evlilik mallarında ise hukuk seçiminin atfın uygulanmasında etkisi açısından değerlendirilmelidir. Çalışmamızda ilgili maddeler çerçevesinde aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda atfın uygulanması meselesi tahlil edilmeye çalışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Milletlerarası Özel Hukuk, Atıf, Evlilik Malları, Soybağının Kurulması, Yabancı Hukuk.

SOME ISSUES REGARDING THE APPLICATION OF RENOI IN DISPUTES RELATED TO FAMILY LAW

ABSTRACT

In order to resolve disputes that contain a foreign element, the authorized law must be determined through conflict of laws rules and then this law must be applied. When the applicable law is a foreign law, the issue arises as what should be understood from the law; the conflict of laws rules of this state or the domestic substantive law rules of the state? Taking into consideration the conflict of laws rules of the relevant foreign law means accepting renvoi in private international law. For this reason, renvoi can be considered as a theory based on the answer to the question of whether conflict of laws rules of foreign law, which the legislator has determined to be applicable law through conflict of law rules, will be taken into account.

The general regulation regarding renvoi in Turkish law is included in Article 2 of the Turkish Code On Private International Law and International Civil Procedure (MÖHUK). According to Code, the judge shall apply the rules of the Turkish conflict of laws and the governing foreign law which is applicable in accordance with the said rules *ex officio* (Art. 2/1). Therefore, in cases where renvoi must be applied in accordance with the Code, it is mandatory for the judge to apply renvoi by taking it into account *ex officio*. Otherwise, there will be incorrect application of the law, because when renvoi is applied, it is possible that the conflict of laws rules of the foreign law may deem the law of another state as competent for the resolution of the same dispute. However, in Turkish law, as in many state laws, there are different opinions on issues such as the acceptance of the renvoi in general, its limitation in terms of subject or degree, as well as the appropriateness or necessity of the application renvoi in all matters where it is stipulated in the MÖHUK that renvoi will be applied.

As stipulated in MÖHUK, renvoi will only be applied in disputes regarding personal law and family law (Art. 2/3). Again, according to the Code, if the parties are given the authority to choose the applicable law, the substantive law provisions of the chosen law will be applied unless the parties clearly agree otherwise (Art. 2/4). Conflict of laws rules regarding family law in MÖHUK are; engagement (Art. 12), marriage

and general provisions thereof (Art. 13), divorce and separation (Art. 14), matrimonial property (Art. 15), establishment of parentage and effects of parentage (Art. 16 and Art. 17), adoption (Art. 14). art.18) and alimony (art.19). According to the Code, in cases of family law disputes, renvoi will need to be taken into account in determining the applicable law. However, the application of renvoi is specific in terms of some of the relevant articles. The first of these articles is Article 13/2, which shows the law to be applied to the form of marriage, the second is MÖHUK Article 15, which shows the law to be applied to matrimonial property, and the last one is Article 16/1, which shows the law to be applied to the establishment of parentage. The issue of whether the renvoi will be taken into account should be evaluated in terms of ensuring the validity of the marriage, when determining the law to be applied to the form of marriage and in terms of its role in ensuring the establishment of parentage. And when it comes to marital property, an evaluation should be made in terms of the impact of the choice of law on the application of renvoi. In our study, we will try to analyze the issue of application of renvoi in family law disputes within the framework of the relevant articles.

Key words: Private International Law, Renvoi, Matrimonial Property, Establishment of Parentage, Foreign Law.

GİRİŞ

Milletlerarası özel hukukta atfın kabul edilmesi bakımından ileri sürülen temel gerekçe atfın milletlerarası karar ahenginin sağlanmasına hizmet etmesidir⁵. Atfı uygulandığında, uyuşmazlığın dava konusu yapıldığı mahkemenin hâkimi kendi hukuku uyarınca o uyuşmazlığı çözüme kavuşturabilmek için yetkili kılınan yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarını dikkate alacağı için, dava o ülkede açılmış gibi uyuşmazlığa söz konusu ülkenin kanunlar ihtilâfı kurallarının yetkili tayin ettiği hukuku uygular. Böylece atfı sayesinde o uyuşmazlığın çözümü hususunda yeknesaklık sağlanacağından, atfın milletlerarası karar ahenginin sağlanmasına hizmet etmiş olacağı kabul edilir. Atfın kabul edilen bir diğer yararı da iade atfı sayesinde hâkimin “kendi hukukunu” uygulamasına olanak tanınmasıdır⁶. Böylece hâkiminin hiç bilmediği yabancı bir hukuku uygulamak yerine, en iyi bildiği hukuku yani kendi hukukunu uygulaması sağlanabilecektir⁷. Atfın bu sayılanlar dışında; milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin sağlanmasına ve *lex causae* yerine başka bir hukuk uygulayabilme serbestisi tanıyarak olayın özelliklerine göre milletlerarası özel hukuka ilişkin çeşitli menfaatlerin gerçekleştirilmesine hizmet etmesi (taraf menfaati, işlem menfaati, düzen menfaati gibi) de olumlu tarafları arasında sayılmaktadır⁸. Bununla birlikte atfın kabul edilmemesi gerektiğini savunanlar, atfın uygulanmasının uyuşmazlıklarının çözüm sürecini zorlaştıracağını (hâkimin yabancı hukukun hem maddi hem de kanunlar ihtilâfı sistemini araştırarak olmasının güç ve zaman alan bir iş olduğunu) atfın öngörülebilirliği ve hukuki kesinliği ortadan kaldıracığını; hâkimin kendi kanunlar ihtilâfı kurallarından vazgeçip yabancı bir hukuk sisteminin emrine girmesi için haklı bir durumun olmadığını; atfın kabulünün uyuşmazlığın çözümünde atfın devam etmesi sebebiyle kısır döngüye sebep olabileceğine dikkat çekmektedir⁹. Hatta atfın farazi

[5] Çelikel, Aysel/Erdem, Bahadır. *Milletlerarası Özel Hukuk*, 15. Bası, Beta Yayınları, 2017, s.114-115; Milletlerarası karar ahenginin atfı teorisine başvurmak yerine devletlerin kanunlar ihtilâfı sistemlerinde alternatif bağlama kurallarına yer vermesiyle sağlanabileceği yönünde, Lorenzen, Ernest G. “The Renvoi Doctrine in The Conflict of Laws-Meaning of “The Law of a Country”, *Yale Law Journal* V.27, 1917-1918, s.531.

[6] Çelikel/Erdem, s.115.

[7] Balkar Bozkurt, Süheyla. “Uluslararası Özel Hukuk’ta Bitmeyen Tartışma: Atfı (Renvoi) Teorisi, Uygulaması ve Değerlendirilmesi”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Doç. Dr. Melike Batur Yamaner’in Anısına Armağan 2014/2, s.821.

[8] Ayrıntılı bilgi için bkz. Sauveplanne, G.J., “Renvoi”, *Int. Encyc. Comp. L. P.I.L.*, 1990, V.III, Ch.6, s.7-10; Kramer, Larry, “Return of the Renvoi”, *NYU. L.Rev.*, 1991, V.66, s.981-984; Çelikel/Erdem, s.114-115; Nomer, Ergin, *Devletler Hususi Hukuku*, Yenilenmiş 22. Bası, İstanbul 2017, s. 149-151; Balkar Bozkurt, s.819-822, Merve, Acun Mekengeç. “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Kapsamında Atfı (Renvoi) Prensibinin Uygulanması”, *EÜHF*, C. XVII, S. 3-4, 2013, s.274-277.

[9] Ayrıntılı bilgi için bkz. Mehren, Arthur Taylor Von. “Renvoi and Relation to Choice-of-Law Problem” *Legal Essays in Honour of Hessel E. Yntema*, 1961, s.385; Collier, J. G. *Conflict of Laws*, Third Edition, Cambridge University Press 2001,s.25-27; Çelikel/Erdem, s.114-119; Nomer, s. 147-148; Balkar Bozkurt, s.822-825.

olarak devam etmesi atfın uygulanmasının kimi yazarlarca milletlerarası tenise ya da atlıkarıncaya benzetilmesine sebep olmuştur¹⁰.

Atfı kabul etmek veya reddetmek her hukuk sisteminin kendi tercihidir. Kanunlar ihtilâfî kurallarında atfa yer verilip verilmeyeceği, verildiyse bunun uygulanmasına ilişkin bir sınırlandırmanın mevcut olup olmadığı, atfın hangi tür ve derecelerinin kabul edileceğini belirleyen, milletlerarası sözleşmeler saklı kalmak kaydıyla her ülkenin kanunlar ihtilâfî kurallarını içeren yasalarıdır. Türk hukukunda da atfa ilişkin temel düzenleme MÖHUK madde 2'de yer almaktadır¹¹. MÖHUK'ta hükme bağlandığı üzere atif şahıs ve aile hukukuna ilişkin uyumsuzluklarda uygulanır (m.2/3). Dolayısıyla atif sadece şahsın hukuku ile aile hukukuna ilişkin uyumsuzluklarda uygulanacak miras, sözleşmeler, haksız fiiller gibi diğer uyumsuzluklar bakımından atif uygulanmayacaktır(m.2/3)¹². Yine Kanuna göre eğer taraflara uygulanacak hukuku seçme yetkisi verilmişse taraflar aksini açıkça kararlaştırmadıkça seçilen hukukun mad-dî hukuk hükümleri uygulanacaktır (m.2/4). İlgili maddede atif hem iade hem devam eden atif şeklinde düzenlenmiştir¹³. Ancak atif sadece bir defa dikkate alınacak ve bu noktada artık kesilecektir.

MÖHUK hâkime, Türk kanunlar ihtilâfî kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygulama yükümlülüğü getirmiştir (m.2/1). Dolayısıyla Kanun gereği atif uygulanması gereken hallerde atfın hâkim tarafından re'sen dikkate alınarak uygulanması zorunludur¹⁴. Kanuna göre aile hukukuna ilişkin uyumsuzluklar söz konusu olduğunda yetkili hukuk tespit edilirken atif uygulanmalıdır. Bununla birlikte doktrinde aile hukuku alanına dâhil her konuda atfın mutlaka uygulanması zorunluluğundan bahsedilemeyeceği ifade edilerek aşağıda yer verileceği üzere aile hukuku kapsamındaki bazı meselelerde atfın uygulanmak zorunda olması haklı olarak eleştirilmektedir. Çalışmamızda, bu eleştirilere de yer verilerek evliliğin şekline uygulanacak hukuku gösteren

[10] Tekin, Esra. "Position of French in Private International Law Theory", *Language(S) and Law* Edited by:Ljubica Kordić, Osijek, 2023, s.63.

[11] 2675 sayılı mülga MÖHUK'ta da atif genel bir madde ile kabul edilmiş ancak 5718 sayılı MÖHUK'tan farklı olarak atfın uygulanması konu bakımından sınırlandırılmamıştı. Mülga Kanunun atfı düzenleyen 2. maddesinin 3. fıkrası şu şekildeydi: "*Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfî kurallarının bir başka hukuku yetkili kılması halinde bu hukukun maddi hükümleri uygulanır*".

[12] MÖHUK m.2/3'te yer alan konu bakımından sınırlamanın Türk hukukuna geri dönen atıflar bakımından geçerli olmayacağı yönünde bkz. Can, Hacı. "Milletlerarası Özel Hukukta Çok Tabiiyetlilik ve Atif Konularına İlişkin Yeni Yaklaşımlar", *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu- Eskişehir, 21-22 Nisan 2016-* (Editörler: Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu, Yrd. Doç. Dr. Mesut Aygün, Ar. Gör. Ali Önal, Ar. Gör. A. Kübra Altıparmak, Ar. Gör. Cansu Kaya), Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s.504-505.

[13] Türk hukukunda, hâkimin hukukunun kanunlar ihtilâfî kuralınca yetkili kılınan yabancı hukukun kanunlar ihtilâfî kuralının o uyumsuzlukla ilgili hâkimin hukukunu yetkili kılması haline 'iade atfı'; yabancı hukukun kanunlar ihtilâfî kuralının 3. bir devletin hukukunu yetkili kılması haline ise 'devam eden atfı' adı verilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelikel/Erdem, s.112-113.

[14] Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, s.53.

m.13/2, soybağının kurulmasına uygulanacak hukuku gösteren m.16/1 ile evlilik mallarına uygulanacak hukuku gösteren MÖHUK m.15 kapsamına giren uyuşmazlıklar bakımından atfın uygulanması meselesi tahlil edilecektir.

Evliliğin Şekline Uygulanacak Hukukun Tayini ve Atfı

MÖHUK'ta özel olarak düzenlenmemiş olan hukukî işlemlerin şekline uygulanacak hukuk belirlenirken, genel kural olan 7. maddeye göre alternatif bağlama kuralından hareket edilmektedir. İlgili maddeye göre işlemin şekli geçerliliği hususunda o işlemin esası hakkında yetkili olan hukuk (*lex causae*) veya işlemin yapıldığı yer hukuku (*locus regit actum-LRA*) yetkili olabilecek ve o işlemin şekli geçerlilik şartları bu iki hukuktan birine göre belirlenebilecektir. Dolayısıyla söz konusu işlem bu iki hukuktan birinin şekil şartlarına uygun ise geçerli kabul edilecektir. MÖHUK 7. maddede yetkili yabancı hukukun 'maddi hukuk hükümlerinin' uygulanacağı belirtilerek atfın uygulanmayacağı da açık bir şekilde düzenlenmiştir. MÖHUK m.7 genel kural olduğu için, kural olarak aile hukukunun konusunu oluşturan ve de Kanunda özel olarak düzenlenmemiş olan örneğin nişanlanma gibi hukuki işlemlerin şekli bakımından uygulanacak hukuk 7. maddeye göre belirlenecektir. Evliliğin şekline uygulanacak hukuk ise MÖHUK m.13/2'de özel olarak düzenlenmiştir. Bu kurala göre evliliğin şekline evliliğin yapıldığı yer hukuku uygulanacaktır. MÖHUK m. 13/2 hükmünde madde 7'de olduğu gibi alternatif bağlama kuralına yer verilmemiştir. Evlenmenin şeklinin gerçekleştiği yer hukukuna tâbi olması kuralının istisnası ise konsolosluklarda gerçekleştirilen evliliklerdir.

MÖHUK m. 13/2 sebebiyle Türkiye'de yapılan evliliklerin Türk maddi hukukundaki şekil şartlarına uygun yapılması, dolayısıyla resmî şekilde yapılması gerekmektedir. Evlilik yurt dışında gerçekleştiğinde ise evliliğin yapıldığı ülke hukuku dikkate alınacak ve o hukukun öngördüğü şekil şartlarına uygun gerçekleştirilen evlilikler geçerli kabul edilecektir. Evlenmenin şeklini düzenleyen MÖHUK m. 13/2 hükmünde madde 7'de olduğu gibi yetkili olan hukukun maddi hukuk hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde bir ifadeye de yer verilmemiştir. Bu durumun evliliğin şekline uygulanacak hukuk belirlenirken atfın uygulanması hususunda tereddüt yaratabileceği ifade edilmiştir¹⁵.

[15] Dardağan Kibar, Esra. "Güncel Gelişmeler Işığında Atfı Sorununa Bakış Denemesi", 10. Yılında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Editörler Feriha Bilge Tanrıbilir/ Gülce Gümüşlü Tunçağıl, Ankara 2018, s. 41.

Evliliğin şekli geçerliliğinin yapıldığı yer hukukuna tâbi tutulması, evliliğin gerçekleştiği yerin tespitindeki -bazı istisnai durumlar hariç¹⁶-kolaylık, evliliğin resmi bir makamın katılımıyla yapılmasını zorunlu olduğu durumlarda bu makamların kendi hukuklarını uygulama zorunluluğu bakımından çözüm sağlamasının yanı sıra, basit ve kesin niteliği ile hukukî öngörülebilirliği sağlaması sebebiyle taraf menfaatine de hizmet etmektedir¹⁷. Evliliğin şekline uygulanacak hukuk belirlenirken atfın uygulanmaması gerektiği yönündeki görüşler de aslında genel olarak işlem yeri hukukunun uygulanmasının ardındaki bu gerekçelere dayanır. Zira atfın uygulanması işlem yeri (LRA) kuralının uygulanmasıyla arzu edilen sonuçları geçersiz kılabilecek; kuralın uygulanmasıyla mahalli hukukça işlemin taraflarına sağlanan hukuki teminat tehlikeye atabilecektir. Evliliğin şekli hususunda hâkimin hukukunda LRA kuralının zorunlu uygulanmasının nedenleri arasında kamu düzeni müdahalesi (medeni-dini evlilik bakımından) ya da iç hukukun doğrudan uygulanan kurallarının da rol oynadığı, bu zorunluluğun evlenme akdinin bünyesinden doğan bir zorunluluk olduğu da ifade edilmektedir¹⁸. Dolayısıyla bu gerekçe esas alınırsa evliliğin şekli söz konusu olduğunda evliliğin yapıldığı yer hukukunun uygulanması zorunlu kabul edilecek ve bu hukukun uygulanmasını önlememesi için de atıf uygulanmayacaktır.

Evliliğin şekli geçerliliği bakımından atfın kabulü ise özellikle iki gerekçeye dayandırılmaktadır. Bunlardan ilki atıf uygulanarak milletlerarası karar ahengi sağlanırsa bu durumun ‘topal evliliklerin’¹⁹ önlenmesine, dolayısıyla evliliklerin milletlerarası alanda geçerliliğini koruma amacına hizmet edecek olmasıdır²⁰. Bu bağlamda evliliğin şekli konusunda atfın dikkate alınıp alınmaması konusuna ihtiyatlı yaklaşılması gerektiğini ileri süren yazarlar dahi sadece evliliğin milletlerarası alanda geçerliliğini sağlamak açısından, atfın uygulanmasının mümkün olması gerektiğini ifade etmektedir²¹. İkinci gerekçe atfın evliliğin şekli geçerliliğini sağlamak (*renvoi ad validitatem*) ya da bir başka ifadeyle şekil açısından geçerliliğini kurtarmak amacıyla (*in favorem*) kullanılabilir olmasıdır²². Nitekim doktrinde de hukuki işlemlerin şeklen geçerliliği

[16] Bazı ABD eyaletlerinde genellikle ülke dışına giden askerlerin tercih ettiği telefon ya da internet araçları üzerinden sanal katılımı gerçekleştiren evliliklerde evliliğin yapıldığı yeri tespit sorun doğurabilecek niteliktedir. Bkz. Güngör, Gülin. *Milletlerarası Özel Hukuk Kanunları İhtilâfi Hukuku Milletlerarası Usul Hukuku*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2021, s.114.

[17] Süzen, Begüm. *Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk*, (yayımlanmamış doktora tezi), Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, s.159; Özgür, Çiçek, *Milletlerarası Özel Hukukta Evlilik Birliğinin Kurulması ve Sona Ermesi*, Adalet Yayınevi, 2020, s.45-46.

[18] Bkz. Uluocak, Nihal. “Evlenmenin Şekli Geçerliliğinde ‘in favorem’ Atıf Uygulaması”. *MHB*, Cilt 4 Sayı 2 1984, s.112.

[19] Hukuk düzenlerinden birisine göre geçerli, bir diğerine göre geçerli olmayan evlilikler, ‘topal evlilik’ olarak adlandırılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz.Özgür, s.169-174.

[20] Nomer, s.249.

[21] Mekengeç, s.263.

[22] Uluocak, s.113; Balkar Bozkurt, s.834; Çelikel/Erdem, s.236.

şartını arttıran genel kural yanında evlilik gibi önemli bir kurum için bu imkânın olmaması eleştirilmiş ve bu nedenle evliliğin geçerliliği konusunda atfın olumlu yönlerinin değerlendirilmesi ve atfın evliliğin şekli geçerliliğini sağlayabilmesi durumunda dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir²³. Böylece yapıldığı yer hukukunun maddi hukukunda yer alan şekle ilişkin şartlarına uymadığı için geçersiz kabul edilen bir evlilik bu hukukun kanunlar ihtilâfi kuralları uygulandığında yetkili kılınan hukuka göre geçerli olabilecektir.

Hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK'un 7. maddesinde atfın açık bir biçimde dışlanmışken m.13/2'de buna yer verilmemiştir. 13/2'de yer alan düzenleme ile birlikte aile hukukunun konusuna giren uyuşmazlıklarda atfın uygulanacağını hükme bağlayan MÖHUK m. 2 birlikte ele alındığında Kanun koyucunun iradesinin evlenmenin şekline uygulanacak hukuk belirlenirken atfın dikkate alınması yönünde olduğu sonucuna varılabilir²⁴. Evliliğin şekli hususunda atfın dikkate alınmasının çeşitli faydaları olacağı açıktır. Bunların başında yukarıda da yer verildiği üzere 'topal evliliklerin' önlenmesi ile evliliğin geçerliliğinin sağlanması gelir. Ayrıca evliliğin yapıldığı yer hukukunun tarafların müşterek milli hukuku ya da yerleşim yeri/mutad mesken hukukuna atıfta bulunması halinde bu hukukun uygulanmasıyla en sıkı ilişkili hukuk uygulanarak milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti de sağlanmış olur. Atfın kabulü, bir hukukî işlemi geçerli hale getirilmesini sağlıyorsa, atfın uygulanmasının tarafların bu hukukî işlemde beklentileri ve amaçlarına daha uygun sonuçlar verebileceği, aynı doğrultuda şeklen geçersiz olduğu ileri sürülen bir evlenmenin geçerliliğini sağlamak amacıyla da atfa başvurulabileceği doktrinde de savunulmaktadır²⁵. Bununla beraber aksi yönde, atfın kurumunun işlevleri arasında, hukuki işlemlerin ayakta tutulması amacı yer almadığı ve bu durumun da, atfın evliliğin şekli konusunda geçerliliği sağlama amacıyla sınırlı olarak uygulanmasına engel teşkil edeceği; her ne kadar mevcut hukuki düzenlemeler çerçevesinde evliliğin şekli konusunda atfın uygulanacağı sonucuna ulaşılsa da atfın uygulanmasının bazı durumlarda, LRA kuralının düzenleme amacına aykırı sonuçlar doğurabileceğinden MÖHUK m13/2'de de 7. maddede olduğu gibi evliliğin şekline yapıldığı ülke hukukunun maddi hukuk hükümlerinin uygulanacağı şeklinde düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmüştür²⁶.

[23] Uluocak, s.112-113.

[24] Özgür, s.62.

[25] Aybay, Rona/ Dardağan, Esra, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilâfi)*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2001, s. 176.

[26] Süzen, s.160-161.

MÖHUK m. 2/3 aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda atfın uygulanıp uygulanmaması bakımından hâkime takdir hakkı tanımamıştır. Evliliğin şeklen geçerliliği konusunun aile hukuku kapsamında yer aldığı açıktır. MÖHUK m. 13/2 düzenlemesinde atfın uygulanmayacağına açıkça belirtilmemiş olması karşısında, MÖHUK gereği evliliğin şekline uygulanacak hukuk tespit edilirken, atfın uygulanması gerekecektir. Bununla birlikte evliliğin şekli geçerliliğini temin ettiği ölçüde atfın uygulanmasının yerinde bir öneri olduğu da ifade edilmelidir²⁷. Ayrıca atıfla, evliliğin şekli bakımından da asli şartlar açısından yetkili kılınan tarafların milli hukukları ya da mutad mesken hukuklarının uygulanması durumunda maddi şartlara ve şekli şartlara uygulanacak hukuk bakımından uyum sağlanabilecektir. Yine bazı durumlarda evliliğin yapıldığı yer ile taraflar arasında gerçek bir ilişki olmadığında ve tarafların milli hukuku ya da mutad mesken hukuklarına atıf yapıldığında bu hukuklar uygulanarak taraflarla en sıkı ilişkili hukukun uygulanması da sağlanabilecektir. Bununla birlikte anılan sonuçlara evliliğin şekline uygulanacak hukukun MÖHUK m.7'de olduğu gibi alternatif bağlama kuralı şeklinde düzenlenmesiyle de varılabilir. Ancak mevcut düzenlemede evliliğin yapıldığı yer hukuku zorunlu uygulandığından evliliğin şekli geçerliliği bağlamında atfın uygulanması, evlilik gibi kendisine bağlı pek çok hukuki ilişki (soybağı, miras, vatandaşlık, aile birleşimi vb.) ve dolayısıyla potansiyel uyuşmazlık bakımından temel teşkil edebilecek bu kurumun geçerlilik şansını arttırabilecektir.

Soybağının Kurulmasına Uygulanacak Hukukun Tayini ve Atıf

Kanunlar ihtilâfi metodolojisi bakımından milletlerarası özel hukuk adaleti ile maddi hukuk adaleti arasındaki tercih ikilemi önemli sorunlardan biri olmuştur. Klâsik kanunlar ihtilâfi doktrini, metodun varlık sebebinden de hareketle milletlerarası özel hukuk adaleti taraftarı olmuştur. Milletlerarası özel hukuk adaleti, bağlama kuralları oluşturulurken, genel bir ifadeyle, birden fazla devletle ilişkili olan uyuşmazlıklarda, uyuşmazlık ve uyuşmazlığın tarafları ile en sıkı ilişkiye sahip maddi hukukun bulunmasını ve uygulanmasını hedefler ve de maddi hukuk adaletinden önce gelir. Maddi hukukta adalet, hukukun içeriğinde, uygulandığı taktirde ortaya çıkan sonuçta; milletlerarası özel hukukta adalet uygulanacak hukukun tayininde aranır²⁸. Soybağının kurulması gibi çocuğun korunmasına ya da üstün menfaatine hizmet eden düzenlemeler bakımından milletlerarası özel hukuk adaleti anlayışının katı biçimde

[27] Evliliğin şekli geçerliliğini sağlamak amacıyla atfın kullanılmasına ilişkin farklı devlet mahkemelerince verilmiş olan kararlar da vardır. Minnesota Eyalet Mahkemesinin *Lando* Kararı ve değerlendirmesi için bkz. Lorenzen, s.510-511. Fransız Yargıtayının 1982 tarihli *Zagha* Kararı değerlendirmesi için bkz. Uluocak, s.107-110.

[28] Baran Çelik, Neşe. *Milletlerarası Özel Hukukta Soybağının Kurulması*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2021, s.58.

uygulanmasının problem yaratacağı dikkate alınarak klasik kanunlar ihtilâfi hukuku metodolojisinden sapmak doktrinde de kabul gördüğü gibi, özellikle 20. yüzyılın 2. yarısından itibaren kanun koyucular ve mahkemeler tarafından da çocuğun “mümkün olan en iyi kanun” çerçevesinde korunması anlayışı dikkate alınmaya başlanmıştır²⁹. Maddi hukukun içeriğini dikkate alarak formüle edilen alan bağlama kuralları, önceden belirlenmiş bir maddi hukuk sonucunu veya maddi hükümleri itibarıyla en lehe hukukun uygulanması amacını hedefleyebilir. Bu tür bağlama kurallarının karakteristik özelliği, hukuki işlemin şeklen geçerliliğini sağlamak (evlilik ya da ölüme bağlı tasarruflar gibi); belirli bir hukuki statünün kurulmasını sağlamak (hukuki soybağı, *yasal eş*) ya da zayıf kabul edilen tarafı (tüketici, işçi ya da haksız fiil mağduru gibi) korumak gibi özel olarak belirli bir maddi sonucu elde etme isteğiyle tasarlanmış olmalarıdır³⁰. Bu maddi sonuç, çocuğun soybağının yasal olarak kurulmasında da olduğu üzere sadece kuralı koyan devletin maddi hukuku bakımından değil, aynı işlem ya da ilişkiyi düzenleyen devletlerin çoğunluğu bakımından da hedeflenen bir sonuçtur³¹. Bu yüzden soybağının kurulmasında olduğu gibi belirli bir yasal statünün kurulmasını hedefleyen bağlama kuralları genellikle alternatif bağlama noktalarını içerecek şekilde oluşturulur. Nitekim Türk hukukunda da soybağına uygulanacak hukuk belirlenirken bu anlayış esas alınmış ve soybağının kurulmasına uygulanacak hukuku tayin eden MÖHUK m.16’da soybağını kurmak üzere 6 farklı bağlama noktası tespit edilmiştir³². Ancak Türk hukukunda alternatif değil, basamaklı bağlama kuralı tercih edilmiştir³³.

Yukarıda da açıklandığı üzere, MÖHUK m.2/3 uyarınca aile ve şahsın hukukuna ilişkin uyumsuzluklar bakımından yetkili hukuk tayin edilirken atfın uygulanması gerekmektedir. Niteliği itibarıyla aile hukuku kapsamında olan soybağının kurulması söz konusu olduğunda konuyu düzenleyen m.16/1 uygulanırken yetkili hukukun tayininde atfın dikkate alınması gerekmektedir. Ancak daha önce de ifade dildiği üzere soybağının kuruluşunu düzenleyen 16. maddenin birinci fıkrası soybağının kurulmasını sağlama amacıyla düzenlenmiştir. Bu sebeple doktrinde

[29] Dardağan Kibar, Esra. “ Uluslararası Özel Hukukta Soybağı ve Velayete İlişkin Sorunlar”, Ata Sakmar’a Armağan *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011/1, s.543; Şanlı/ Esen/ Ataman Fıganmeşe, s.147 dn.100.

[30] Symeonides C., Symeon. *Codifying Choice of Law Around the World An International Comparative Analysis*, Oxford University Press, 2014. s.251.

[31] Symeonides, s.251.

[32] MÖHUK’un soybağının kurulmasına uygulanacak hukuku gösteren 16. maddesi şu şekildedir: “(1) Soybağının kuruluşu, çocuğun doğum anındaki millî hukukuna, kurulamaması hâlinde çocuğun mutad meskeni hukukuna tâbidir. Soybağı bu hukuklara göre kurulamıyorsa, ananın veya babanın, çocuğun doğumu anındaki millî hukuklarına, bunlara göre kurulamaması hâlinde ana ve babanın, çocuğun doğumu anındaki müşterek mutad mesken hukukuna, buna göre de kurulamıyorsa çocuğun doğum yeri hukukuna tâbi olarak kurulur. (2) Soybağı hangi hukuka göre kurulmuşsa iptali de o hukuka tâbidir.

[33] Ayrıntılı bilgi için bkz. Baran Çelik, s.72-81.

ağırlıklı olarak kabul edilen görüş, soybağının kurulması bakımından yetkili hukuk tespit edilirken atfın kişiler hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarda dikkate alınacağını bildiren m.2/3 hükmü amaçsal yorumla tâbi tutularak atfın zımnen reddedilmesi gerektiği; zira bağlama kuralına göre tespit edilen hukukun maddî hukuk kurallarına göre soybağının kurulması temin ediliyorsa, atfın dikkate alınmamasının MÖHUK m.16/1'in gayesine uygun olacağı yönündedir³⁴. Bununla birlikte, maddi bir amaca ulaşmayı hedefleyen bağlama kuralları söz konusu olduğunda somut uyuşmazlıkta bu sonuca ulaşılamadığı taktirde atıftan yararlanılabilmesi mümkündür³⁵. MÖHUK m.16'ya göre yetkili tespit edilen hukukun maddî hukuk kurallarına göre soybağının kurulması sağlanıyorsa aynı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının dikkate alınmasının maddenin amacıyla örtüşmeyeceği ortadadır. Ancak bazı durumlarda atıf ile soybağının kuracak hukuka ulaşmanın mümkün olabileceği de gerçektir. Atfın tamamen reddedilmesi halinde, belki de atfın uygulanması sonucu çocuğun soybağı kurulacakken, soybağının kurulması engellenmiş olur. Şöyle ki örneğin 1. basamakta yer alan çocuğun milli hukukunun maddi hukuk kuralları uygulandığında yani atıf dikkate alınmadığında soybağı kurulamadığında bu hukukun kanunlar ihtilâfi kuralları ile yapılan atıf neticesinde yetkili kılınan hukukun maddi hukuk kurallarıyla soybağı geçerli olarak kurulabilir. Nitekim soybağına ilişkin maddede atfın dikkate alınması gerektiği ancak, soybağına ilişkin kanunlar ihtilâfi kurallarının tek amacının çocuğun soybağını kuran bir hukuk düzeni bulmak olması sebebiyle MÖHUK m.16/1 uygulanarak tespit edilen yabancı hukukta yer alan maddi hükümlere göre çocuk ile baba arasında soybağı kurulabiliyorsa, bu hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının başka hukuka yaptığı göndermenin dikkate alınmaması gerektiği doktrinde de ifade edilmiştir³⁶. Kanaatimizce de atıftan soybağını kurmak hatta çocuğun menfaatine daha iyi hizmet edecek hukuka ulaşabilme amacıyla yararlanılması ancak bu amaçtan uzaklaştırması durumunda, bir başka ifadeyle yetkili yabancı hukukun maddi hukuk kurallarıyla soybağının kurulması sağlanmışsa artık bu durumu ortadan kaldırabilme ihtimali nedeniyle atfın uygulanmaması yerinde olacaktır. Elbette konuyu açıklığa kavuşturma amacıyla MÖHUK'ta düzenleme yapılması uygun olacaktır.

Evlilik Mallarına Uygulanacak Hukukun Tayini ve Atıf.

MÖHUK'ta atfın sadece kişiler hukuku ve aile hukuku meselelerinde uygulanacağı belirtilmekte, “uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen

[34] Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer. “Yeni MÖHUK'a Göre Soybağı İlişkinde Uygulanacak Hukuk Sorunu”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1997/1998-2007/2008 Üniversitemizin ve Fakültemizin 10. Yıl Kuruluş Armağanı, 2008/2, s.319; Dardağan Kibar, 2011, s.550. Balkar Bozkurt, s.830; Güngör, s.88. Şanlı/ Esen/ Ataman Figanmeşe, s.65.

[35] Balkar Bozkurt, s.830.

[36] Uyanık Çavuşoğlu, s. 319. Aynı yönde Mekengeç, s.265.

haller” de taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça atfın uygulanmayacağı ifade edilmektedir (m.2/4). Aile hukukunun kapsamına girdiği halde taraflara hukuk seçimi imkânı tanıyan tek madde evlilik mallarına uygulanacak hukuku tayin eden MÖHUK m.15’ tir³⁷. Eşler arasındaki mal rejimi ile bundan kaynaklanabilecek uyuşmazlıkları düzenleyen 15. maddede taraflara tanınan hukuk seçimi sınırlıdır; hangi hukukların seçilebileceği kanun maddesinde tespit edilmiştir. Buna göre eşler evlilik malları hakkında evlenme anındaki mutad mesken ya da millî hukuklarından birini seçebilecektir (m.15/1). Aynı maddenin 3. fıkrasına göre ise eşlerin evlendikten sonra yeni bir müşterek hukuka sahip olmaları durumunda da evlilik malları bakımından bu yeni hukuka tâbi olmaları mümkündür. Yalnız bu durumda üçüncü kişilerin hakları saklı tutulacaktır.

Her ne kadar evlilik malları konusu aile hukuku kapsamında düzenlenen bir konu olsa da, hukuk seçiminin yapılması halinde, MÖHUK. m. 2/4 gereği, kural olarak atfın uygulanması söz konusu olmayacaktır. Tarafların aksini kararlaştırmaları halinde ise, seçilen hukukun kanunlar ihtilâfi kuralları uygulanabilecektir. Bu durumda taraflara uygulanacak hukuku seçme imkânı tanınan birinci ve üçüncü fıkra hükümleri uyarınca tarafların evlilik mallarına uygulanacak hukuku seçmeleri durumunda aksini açıkça kararlaştırmadıkları sürece atfın uygulanmayacağı ifade edilebilir. Taraflara uygulanacak hukuku seçme yetkisi verilen durumlarda atfın uygulanması bu yetkinin anlamını yitirmesine sebep olacağından bu durumlarda atfın uygulanmaması yerinde ve gereklidir.

MÖHUK m.15 uyarınca eşlerin hukuk seçimi yapmaması durumunda eşlerin evlenme anındaki müşterek millî hukuku, bulunmaması hâlinde evlenme anındaki müşterek mutad mesken hukuku bunun da bulunmaması hâlinde Türk hukuku uygulanacaktır. Bu durumda MÖHUK m.2/3’ de yer alan genel hüküm gereği atıf dikkate alınmalıdır³⁸.

[37] “(1) Evlilik malları hakkında eşler evlenme anındaki mutad mesken veya millî hukuklarından birini açık olarak seçebilirler; böyle bir seçimin yapılmamış olması hâlinde evlilik malları hakkında eşlerin evlenme anındaki müşterek millî hukuku, bulunmaması hâlinde evlenme anındaki müşterek mutad mesken hukuku, bunun da bulunmaması hâlinde Türk hukuku uygulanır. (2) Malların tasfiyesinde, taşınmazlar için bulundukları ülke hukuku uygulanır. (3) Evlenmeden sonra yeni bir müşterek hukuka sahip olan eşler, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak üzere, bu yeni hukuka tâbi olabilirler.”

[38] Tarafların hukuk seçimi yapmayarak objektif bağlama kurallarınca bulunacak hukukun maddi hükümlerinin uygulanmasını tercih ettiği, tarafların, haklarında uygulanması muhtemel objektif bağlama kurallarınca belirlenecek yetkili hukuka rıza gösterdikleri bir anlamda seçim yapmayarak da seçim yaptıkları sonucuna varılabileceğinin mümkün olduğu sonucuna varılabileceği hususunda bkz. Balkar Bozkurt, s.853.

SONUÇ

MÖHUK gereği hâkim, kişi ve aile hukuku kapsamında düzenlenen konularda atfı uygulamak zorundadır. Bu konuda hâkime bir takdir yetkisi verilmemiştir. Ancak atfı aile hukukuna dâhil her hukuki işlem ve ilişki için baştan kabul etmek her durumda uygun değildir. Bu sebeple MÖHUK'ta değişikliğe gidilmesinde fayda vardır. Bununla ilgili doktrinde de çeşitli önerilerde bulunulmuştur. Konuyla ilgili önerilerden biri atfa ilişkin mevcut düzenleme yerine, hukuk seçimi yapılan halleri istisna tutarak “hâkim, hukukî ilişkinin özelliklerine göre tarafların menfaatleri ve hakkaniyetin gerektirdiği hâllerde uygulanacak hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarını dikkate alabilir” şeklinde bir atf³⁹düzenlemesi yapılması yönündedir. Benzer bir öneri de atfın uygulanması konusunda hâkime takdir hakkı tanınıp takdir hakkı veren hükmün MÖHUK. m. 2/3 hükmüne dahil edilerek genel hüküm niteliğine getirilmesi ya da atfın talebe bağlı şekilde uygulanması olması esasının benimsenmesi yönünde olmuştur⁴⁰. Konuyla ilgili bir diğer öneri ise MÖHUK'un atfı düzenleyen 2. maddesinin 3. ve 4. fıkralarının tamamıyla Kanundan çıkarılması veya hangi hâllerde bağlama kuralıyla gösterilen yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarına başvurulacağına açıkça belirtilmesinin yerinde olacağı çünkü ancak bu şekilde yoruma mahal bırakmayacak bir değişiklik sayesinde, uygulama açısından da yeknesaklık sağlanabileceği yönünde olmuştur⁴¹.

Atfın kabulü ya da reddinin sebep olabileceği olumlu/olumsuz sonuçlar somut olaya göre değişebilir. Bu sebeple atfın mahkemelerce her olayın özelliğine göre, belirli menfaatleri korumak için, hâkimin takdirine göre uygulanması, teoride, atfın uygulanması meselesi ile ilgili sorunların büyük ölçüde aşılmasını sağlayabilir. Somut uyuşmazlıkla ilgili olarak korunmaya değer menfaatlerin dikkate alınarak atfı uygulayıp uygulamama hususunda buna göre bir sonuca ulaşabilmesi için MÖHUK'ta değişiklik yapılması ve hâkime atfın uygulanması hususunda takdir yetkisi verilmesi uygun bir öneri olarak değerlendirilebilir. Ancak belirtmemiz gerekir ki olması gereken açısından bu öneriye katılmakla birlikte Türk hukukundaki yıllardan beri var olan uygulama düşünüldüğünde maalesef bu tür bir düzenlemenin daha ziyade mahkemelerce atfın hiç uygulanmaması sonucuna götürebileceği tehlikesi de bulunmaktadır. Ayrıca

[39] Ekşi, Nuray. *Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 84.

[40] Mekengeç, s.280.

[41] Feriha Bilge, Tanrıbilir. “Yabancıların Türk Yetkili Makamları Önünde Evlenmesi ve Kamu Düzenine Aykırılık Meselesi”, *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu-Eskişehir*, 21-22 Nisan 2016, (Editörler: Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu, Yrd. Doç. Dr. Mesut Aygün, Ar. Gör. Ali Önal, Ar. Gör. A. Kübra Altıparmak, Ar. Gör. Cansu Kaya), Yetkin Yayınları, Ankara 2016, ss. 457-479, s. 474; Özgür, s.62-63.

genel bir takdir hakkı tanınması durumunda uyuşmazlığa uygulanacak hukuk belirsizleşeceğinden hukuki güvenilirlik ve öngörülebilirliğin ortadan kalkması sorununa sebep olunabilecektir. Ancak elbette bu sorun, hâkimlerin atfı uyguladıkları durumlarda hukuki belirsizliğe ve keyfilığe sebep olmaması için atfı uygulama gerekçesini kararlarında açıklamaları ve kendilerine verilen takdir yetkisini, hukuka uygun bir biçimde ve öngörülen menfaatler çerçevesinde kullandıklarını ortaya koymaları halinde ortadan kaldırılabilir⁴².

MÖHUK'ta atıfla ilgili mevcut genel hüküm korunacaksa, yani atfın uygulanması sadece şahsın ve aile hukuku ile sınırlanacaksa bile kanaatimizce doktrindeki tespit ve öneriler dikkate alınmalı; anılan konulara girmekle birlikte genel kuralın istisnasını oluşturacak ilişki ya da işlemler bakımından ilgili maddelerde düzenleme yapılmalıdır. Bu bağlamda örneğin soybağına uygulanacak hukuku gösteren 16. maddede soybağını uygulanacak hukukun tayininde yetkili kılınan yabancı hukukun maddi hükümlerine göre soybağının kurulamadığı durumlarda o hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının dikkate alınabileceği ifadesine yer verilebilir.

[42] Balkar Bozkurt, s.858.

KAYNAKÇA

- Aybay, Rona/ Dardağan, Esra. *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2001.
- Balkar Bozkurt, Süheyla. "Uluslararası Özel Hukuk'ta Bitmeyen Tartışma: Atıf (Renvoi) Teorisi, Uygulaması ve Değerlendirilmesi", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan 2014/2, s. 795-863.
- Baran Çelik, Neşe. *Milletlerarası Özel Hukukta Soybağının Kurulması*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2021, s.58.
- Can, Hacı. "Milletlerarası Özel Hukukta Çok Tabiiyetlilik ve Atıf Konularına İlişkin Yeni Yaklaşımlar", *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu- Eskişehir*, 21-22 Nisan 2016- (Editörler: Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu, Yrd. Doç. Dr. Mesut Aygün, Ar. Gör. Ali Önal, Ar. Gör. A. Kübra Altıparmak, Ar. Gör. Cansu Kaya), Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s.479-509.
- Collier, J. G.. *Conflict of Laws*, Third Edition, Cambridge University Press 2001.
- Çelikel, Aysel: "Türk Milletlerarası Özel Hukuku'nda "Atıf" Prensibi'nin Uygulanması", *MHB* Sayı: 2, Yıl: 3, 1983 s.1-4.
- Çelikel, Aysel/Erdem, Bahadır. *Milletlerarası Özel Hukuk*, Yenilenmiş 15. Bası, İstanbul 2017.
- Dardağan Kibar, Esra. "Güncel Gelişmeler Işığında Atıf Sorununa Bakış Denemesi", *10. Yılında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun*, Editörler Feriha Bilge Tanrıbilir/ Gülce Gümürlü Tunçağıl, Ankara 2018, s.26-46.
- Dardağan Kibar, Esra. " Uluslararası Özel Hukukta Soybağı ve Velayete İlişkin Sorunlar", *Ata Sakmar'a Armağan Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011/1, s.541-561 (2011).
- Ekşi, Nuray. *Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013.
- Feriha Bilge, Tanrıbilir. "Yabancıların Türk Yetkili Makamları Önünde Evlenmesi ve Kamu Düzenine Aykırılık Meselesi", *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu- Eskişehir*, 21-22 Nisan 2016, Editörler: Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu, Yrd. Doç. Dr. Mesut Aygün, Ar. Gör. Ali Önal, Ar. Gör. A. Kübra Altıparmak, Ar. Gör. Cansu Kaya), Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 457-476.
- Güngör, Gülin. *Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlar İhtilâfi Hukuku Milletlerarası Usul Hukuku*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2021, s.88.
- Kramer, Larry. "Return of the Renvoi", *NYU. L.Rev.*, V.66, 1991, s.979-1044.
- Lorenzen, Ernest G. "The Renvoi Doctrine in The Conflict of Laws-Meaning of "The Law of a Country", *Yale Law Journal*, V.27, 1917-1918, s. 509-535.
- Mehren, Arthur Taylor Von. "Renvoi and Relation to Choice-of-Law Problem" *Legal Essays in Honour of Hessel E. Yntema*, 1961, s.380-394.
- Merve, Acun Mekengeç. "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Kapsamında Atıf (Renvoi) Prensibinin Uygulanması", *EÜHFĐ*, C. XVII, S. 3-4, 2013, s.237-284.
- Nomer, Ergin. *Devletler Hususi Hukuku*, Yenilenmiş 22. Bası, İstanbul 2017.
- Özgür, Çiçek. *Milletlerarası Özel Hukukta Evlilik Birliğinin Kurulması ve Sona Ermesi*, Adalet Yayınevi, 2020.
- Sauveplanne, G.J.. "Renvoi", *Int. Encyc. Comp. L. PIL.*, 1990, V.III, Ch.6, s.3-36.
- Süzen, Begüm. *Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk*, (yayımlanmamış doktora tezi), Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.
- Şanlı, Cemal / Esen, Emre / Ataman Fıganmeşe. İnci. *Milletlerarası Özel Hukuk*, Beta Yayınları, 10. Bası, 2022.
- Tekinalp, Gülören/Uyanık-Çavuşoğlu, Ayfer. *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, İstanbul 2011.
- Tekin, Esra. "Position of French in Private International Law Theory" , *Language(S) and Law* Edited by: Ljubica Kordić, Osijek, 2023, s.62-69.
- Uluocak, Nihal. "Evlenmenin Şekli Geçerliliğinde 'in favorem' Atıf Uygulaması". *MHB*, Cilt 4 Sayı 2 (Temmuz 2011), s.107-119.

Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer. “Yeni MÖHUK’a Göre Soybağı İlişkine Uygulanacak Hukuk Sorunu”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1997/1998-2007/2008 Üniversitemizin ve Fakültemizin 10. Yıl Kuruluş Armağanı, 2008/2, s.315-322.

ULUSLARARASI KORUMANIN OLMAZSA OLMAZ ŞARTI: ETKİN VE SÜREKLİ KORUMADAN YOKSUN OLMA

Dr. Öğr. Üyesi Zeynep ÖZGENÇ

Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORC-ID: 0000-0001-6402-769X

zeynepm@uludag.edu.tr

ÖZET

Son dönemlerde ciddi insan hakları ihlalleri karşısında devletlerin koruma zafiyetinin ortaya çıkması, göçün başlıca nedenini ve sığınma kavramının temel dayanağını oluşturmaktadır. Buna rağmen sığınma, temel bir insan hakkı olarak görülmemektedir. Zira devletlerin kendisine sığınan kişileri kabul yükümlülüğü yoktur. Diğer yandan belirli sebeplere dayanarak sürekli ve etkin koruma bulmak amacıyla ülkesinden ayrılan ve sığınma arayan yabancılara veya vatansızlara, temel asgarî koruma standartlarının temin edildiği uluslararası koruma statüsü verilebilmektedir.

Türk hukukunda da Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda (YUKK) uluslararası koruma türlerinden kabul edilen mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statülerinin tespitinde, başvuran yabancıya veya vatansızın haklı nedenle zulüm korkusu veya ciddi zarar görme riski nedeniyle menşe veya ikâmet ettiği devletin korumasından yararlan(a)mayıp terk etmesi ortak şart olarak aranmaktadır. Bu husus, 1951 tarihli Mültecilerin Hukukî Durumuna İlişkin Sözleşme madde 1(A)'daki mülteci tanımında da yer almaktadır.

Önemle vurgulamak gerekmektedir ki; mülteci ve şartlı mülteci statüsünün tespitinde tabiiyetinde olduğu veya ikâmet ettiği devlet korumasından yararlan(a)mama şartı, haklı nedenle zulüm korkusuna dayanmalıdır. İkincil koruma statüsünün kabulünde ise bu şart, geri gönderildiği takdirde, YUKK madde 63'te belirtilen sebeplerden dolayı ciddi zarar görme riski ile karşı karşıya kalma ihtimalinden kaynaklanmalıdır. Daha net bir ifadeyle, gerek mülteci ve şartlı mülteci gerekse de ikincil koruma statüsünün tespitinde ilgili devletin korumasından faydalan(a) mama koşulunun varlığı için diğer statü belirleme şartları arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir. Dolayısıyla söz konusu şart tespit edilirken bütünsel yaklaşımın benimsenmesi zarurettir.

Statülerin tespitine dair değerlendirme yapılırken üzerinde durulan esas nokta korumanın niteliğine ilişkindir. Temel tartışmalardan biri kişinin, yoksun kalarak ülkeyi terk etmek zorunda kaldığı korumanın diplomatik koruma mı; yoksa dâhili koruma mı olduğudur. Bu tartışma, devlet-dışı aktörlerin zulmün veya ciddi zarar görme riskinin kaynağı olduğu durumlarda önem kazanmaktadır. Zira koruma zafiyeti nedeniyle ortaya çıkan insan hakları ihlalleri, devletin gerekli ve yeterli tedbirleri almamasından kaynaklanıyor olabilir. Burada ilgili bireyin güvenli bir şekilde ülke içinde yer değiştirmesinin mümkün olup olmadığı; diğer bir ifadeyle dâhili kaçış alternatifinin (*Internal Flight or Relocation Alternative*) var olup olmadığı dikkate alınmaktadır. Bu kapsamda başvuran bireysel olarak değerlendirilirken geldiği ülkede farklı bir bölgeye yerleşerek aşırı zorluklarla (*undue hardship*) karşılaşmadan nispeten normal bir yaşam sürdürebilir mi, sorusuna cevap aranmaktadır. Ancak genel kanı, menşe veya ikâmet ettiği devlet ülkesini terk eden bireyin korumadan faydalanabilmek için bütün imkânları tüketmiş olmasının gerekmediği yönündedir. Yani uluslararası koruma *son çare* olarak görülmemektedir.

Tebliğimizin temel amacı da hangi durumlarda bireyin haklı nedenle zulüm korkusu veya ciddi zarar görme riski nedeniyle korumadan yararlan(a)mayacağını tespitine ilişkin temel olguların ortaya konulmasıdır. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile Avrupa Birliği hukukuna da değinerek yol gösterici temel ilkelerin tespit edilmesi de gaye edinilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Koruma, Koruma Zafiyeti, Dâhili Koruma, Haklı Nedenle Zulüm Tehdidi, Ciddi Zarar Görme Riski, Ülke-Dışında Bulunma

THE INDISPENSABLE CONDITION FOR INTERNATIONAL PROTECTION: BEING OUTSIDE OF THE COUNTRY DUE TO THE ABSENCE OF EFFECTIVE AND PERMANENT PROTECTION

ABSTRACT

In recent times, the emergence of vulnerability in the states' protection against serious human rights violations constitutes the main reason for migration and forms the basic foundation of the concept of asylum. However, since there is no obligation for states to accept asylum seekers into their countries, asylum is not considered basic human rights. On the other hand, foreigners or stateless persons who have left their country in search for effective and permanent protection and seek asylum may be granted international protection status where basic minimum protection standards are ensured.

In Turkish law, in the determination of refugee, conditional refugee and subsidiary protection statuses, which are accepted as international protection types in the Law on Foreigners and International Protection (YUKK), it is a common condition for the applicant foreigner or stateless person must have left his/her country as a result of being unable or unwilling to avail himself/herself of the protection of state of origin or former habitual residence due to concerned fear or threat. This situation is also included in the definition of refugee in article 1(A) of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees.

It should be emphasized that while determining the refugee or conditional refugee status, the condition of not being able to benefit from protection of one's state of origin or habitual residence must be based on well-founded fear of persecution. As for subsidiary protection status this condition should stem from the risk of serious harm if returned based on the reasons specified in Article 63 of YUKK. To put a finer point on it, there must be a causal link between the inability to benefit from protection of one's state of origin or former habitual residence and the respective conditions for refugee, conditional refugee or subsidiary protection statuses. Therefore, it is imperative to adopt a holistic approach when ascertaining.

The main point stressed when evaluating status determination is the nature of protection. One of the main debates is whether the protection

that a person was deprived of and forced those people to leave the country is diplomatic protection or internal protection. This becomes particularly important when the source of well-founded persecution or risk of serious harm is a non-state actor. It is because the vulnerability in protection due to human rights violations may arise from the state's failure to take necessary and sufficient measures. In this case, whether it is possible for the individual concerned to safely relocate within the country -in other words, the internal flight alternative- is also taken into account.

So, the question of whether they could maintain a relatively normal life without encountering undue hardship in the country they came from is considered. However, the general opinion is that the individual who leaves his/her country of origin or residence does not need to have exhausted all opportunities to benefit from protection. In other words, international protection is not seen as a last resort.

The main purpose of our paper is to present the fundamental facts regarding the determination of the cases in which the individual may be unable or unwilling to avail himself/herself of the concerned state protection due to well-founded fear of persecution or risk of serious harm. It is also aimed to establish the basic guiding principles, especially by referencing decisions of foreign state courts that adopt the Common Law tradition and the basic principle of European Union law.

Key Words: International Protection, Vulnerability To Protection, Internal Protection, Well-Founded Fear Of Persecution, Risk Of Serious Harm, Being Outside The Country.

GİRİŞ

Mülteci statüsünün tanınmasının altında yatan en önemli gerekçe, yabancıların veya vatansızın ihtiyacı olan korumadan yoksun kalmasıdır. Bu husus, 1951 tarihli Mültecilerin Hukukî Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi'nde¹ (1951 Cenevre Sözleşmesi) haklı nedenle zulüm korkusu nedeniyle *tabiiyetinde bulunduğu ya da ikâmet ettiği ülkenin² korumasından yararlanamayarak veya yararlanmak istemeyerek bulunduğu ülkeyi terk eden yabancıların veya vatansızın* mülteci kabul edileceği şartı ile ifade edilmiştir (madde 1(A)). AB Parlamentosu ve Konseyi'nin 2011/95/EU sayılı ve 13.12.2011 tarihli Uluslararası Korumadan Yararlanacak Üçüncü Devlet Vatandaşları ve Vatansızlar İçin Tek Tip Mülteci veya İkincil Koruma Statüsü Vasıflarının Belirlenmesine ve Sağlanacak Korumanın Kapsamına İlişkin Standartlar Hakkında Yönergesi³ (Vasıf Yönergesi) madde 2(d) ile Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK)⁴ madde 61'de aynı şart aranmaktadır. Keza, Türk hukukuna özgü olan şartlı mülteci (YUKK madde 62) ile ikincil koruma (YUKK madde 63-Vasıf Yönergesi madde 2(f)) statülerinin kabulü için de aynı koşulların varlığı öngörülmektedir. Daha net bir ifadeyle, uluslararası korumanın en temel gerekçesi ve şartı, belirli sebeplerden ötürü bulunduğu devlet ülkesini terk ederek, bu devletin korumasından yararlanmama veya yararlanamamadır⁵.

Koruma ihtiyacının varlığının tespiti, düzensiz göç hareketlerinin odağı haline gelen Türkiye'deki uluslararası koruma başvurularının değerlendirilmesinde önem arz etmektedir. Bilindiği üzere, Sovyetler Birliği'nin dağılmasının ardından uluslararası alandaki gelişmeler, 1990'larda

[1] BM Genel Kurulu'nun 14 Aralık 1950 tarih ve 429 (V) sayılı Kararı'yla toplanan Konferans'ta kabul edilmiş, 28 Temmuz 1951 tarihinde Cenevre'de imzalanmış ve 22 Nisan 1954'te yürürlüğe girmiştir. İlgili Sözleşme'nin İngilizce tam metni için bkz., <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/refugees.pdf>, (Erişim Tarihi: 17.01.2022). Türkiye, Cenevre Sözleşmesi'ni 24.08.1951 tarihinde imzalamış ve 29.08.1961 tarihinde onaylamıştır. Kanun Numarası: 359, Kabul Tarihi: 29.8.1961, RG.: 05.09.1961/10898.

[2] Burada devlet ve ülke terimi aynı anlamda kullanılmaktadır. Ancak tüzel kişiliğinin olmaması nedeniyle ülkenin korumasında da bahsedilemez. Bu nedenle *de tabiiyetinde bulunduğu ya da ikâmet ettiği ülkenin korumasında da* bahsetmek mümkün değildir. Dolayısıyla tebliğ kapsamında korumadan kastedilen durumlarda *“vatandaşı/tabiiyeti olduğu ya da ikâmet ettiği devletin koruması”* ifadesi kullanılacaktır. Benzer yönde bkz., Reçber, Kamuran. “Türkiye Avrupa Birliği Arasında Vize Muafiyetinin Yasal ve/veya Yasadışı Göç Olgusuna Bağlanmasının Anlamsızlığı”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt: 37, No: 2, 2017, s. 672-673, dpn. 7.

[3] European Parliament and the Council Directive Directive 2011/95/EU of 13 December 2011 On Standards For The Qualification Of Third-Country Nationals And Of Stateless Persons As Beneficiaries Of International Protection For A Uniform Status For Refugees Or For Persons Eligible For Subsidiary Protection And For The Content Of The Protection Granted (Recast) [2011] OJ L 337/9, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0095>, (Erişim Tarihi: 01.06.2024) .

[4] Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, Kanun Numarası: 6458, Kabul Tarihi: 04.04.2013, RG.: 11.4.2013/28613

[5] Doğan, Vahit / Yılmaz, Alper Çağrı / Ayhan İzmirlî, Lale. *Yabancılar Hukuku*, Güncellenmiş 7. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2023, s. 144-145.

Saddam Hüseyin rejiminin neden olduğu kargaşalar, Kosova ve Bosna Hersek'te yaşanan insan hakları ihlalleri, Arap Baharı sonucu Suriye'de yaşananlar Türkiye'yi göçün hedefi haline getirmiştir⁶. Geldikleri devlet ülkelerinde kendilerine sağlanan korumanın yetersizliğine veya bu korumayı reddetme sebeplerine ilişkin temel kriterlerin dar yorumlanması insan hakları ihlallerine karşın devletlerin keyfi uygulamalarına yol açarak bireyin korunma ihtiyacının karşılanmamasına sebep olabilecektir. Hatta bu durum, geri gönderilmeme ilkesinin ihlâline neden olabilecek ve 1951 Cenevre Sözleşmesi ile amaçlanan rejimin göz ardı edilmesi sonucunu dahi doğurabilecektir. Buna karşılık, söz konusu kriterlerin geniş yorumlanması uluslararası korumanın kişi bakımından uygulama alanını genişleterek kötü niyetli uygulamaların önünü açabilecek; ayrıca sığınmacı devlete sosyolojik ve ekonomik kapasitesinin ötesinde yük getirebilecektir.

Tebliğ kapsamında öncelikle bireyin ihtiyaç duyduğu korumanın ne olduğu ve niteliği hususu irdelenecektir. YUKK'ta bu konuda herhangi bir tanım yapılmamaktadır. Diğer yandan Kanun'da bazı durumlarda koruma gereksiniminin bulunmadığı varsayımından hareketle uluslararası korumanın sona ereceği düzenlenmektedir⁷. Menşe veya ikâmet devlet korumasından yararlanıl(a)maması uluslararası korumanın kabulü için en önemli şart ve gerekçe olmanın yanı sıra, statünün kabulünden sonra da bu şartın yokluğu uluslararası korumanın sona erme sebebi olarak öngörülmektedir. Burada önemli olan husus, korumanın etkin ve sürekli olup olmadığının tespitidir. Etkin ve sürekli bir korumanın ölçütlerinin neler olduğu da korumanın tanımı ve niteliği başlığı altında ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Daha sonra korumaya ehil sùjeler ile korumanın türüne ilişkin değerlendirilmeler yapılacaktır. Nitekim devlet-dışındaki sùjelerin (uluslararası örgütlerin) veya aktörlerin (aşiret, klan, kabile gibi) sağladığı korumanın uluslararası korumaya eşdeğer olup olmadığı tartışmalı bir husustur. Bunun yanı sıra, devlet ile birey arasında temin edilmesi beklenen ve yokluğu halinde uluslararası korumayı meşru ve hukukî hale

[6] Ekşi, Nuray. "İltica Talepleri Reddedilerek Türkiye'den Sınırdışı Edilmelerine Karar Verilen Yabancılara İlişkin AIHM Kararlarının Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'na Etkisi", *TAAD*, Yıl: 5, Sayı: 19, Ekim 2014, s. 55.

[7] YUKK madde 85, 1951 Cenevre Sözleşmesi madde 1(C) esas alınarak düzenlenmiştir. Sözleşme'nin bu konudaki temel mantığının YUKK madde 85 için de geçerli kabul edilmelidir. Buna göre, sona ermeye ilişkin ölçütler esasa ilişkin ve olumsuz bir niteliğe sahiptir. Bu nedenle de tahdidi ve dar yoruma tabidirler. İspat yükü de statü belirleme işlemlerinde yetkili olan makama aittir. Sözleşme'de de sebeplerin varlığı halinde bireyin koruma ihtiyacı bulunmadığının varsayılmasının statünün geçici niteliğinden kaynaklandığı da kabul edilmektedir. Bu konuda bkz., Öztürk, Neva Övünc. "1951 Tarihli Mültecilerin Hukukî Statüsüne İlişkin Sözleşme Çerçevesinde Mülteci Statüsünün Sona Ermesine Yönelik Ölçütlerin İncelenmesi Ve Türk Hukuku Üzerindeki Yansımalarının Değerlendirilmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 65, Sayı: 2, 2016, s. 400-401.

getiren korumanın diplomatik mi; yoksa dâhili bir koruma mı olacağı da irdelenecektir. Son olarak da geldiği ülkenin belirli bir bölümünde etkin ve sürekli korumanın sağlanmasını ifade eden *dâhili kaçış alternatifinin* uluslararası korumanın bir şartı olarak kabul edilip edilemeyeceğinin de tebliğ kapsamında tartışılması amaçlanmaktadır.

KORUMA TANIMI VE İHTİYACI

Uluslararası koruma menşe veya ikâmet devletinin sağlayamadığı veya sağlamak istemediği hallerde ortaya çıkan ve bireyin sadece insan olmasından kaynaklanan, yabancı bir devlet ya da uluslararası kurumlar, hükümetler arası kuruluşlar veya sivil toplum örgütleri tarafından bahsedilen ikame edici nitelikte koruma şeklinde tarif edilmektedir⁸. En net ifadeyle, koruma ile insan hakları ihlalleri karşından himayenin anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir⁹. Tanımdan da anlaşılacağı üzere uluslararası korumanın asıl işlevinin, devletin sağlamadığı/sağlayamadığı koruma yerine geçen “*vekil korumanın*” tesisidir¹⁰.

Uluslararası korumanın temelini teşkil eden “*koruma*”dan ne kastedildiğine ilişkin YUKK ve ilgili uluslararası düzenlemelerde herhangi bir hükme yer verilmemektedir. En genel anlamıyla bu durum, devletin pozitif ve negatif yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya yerine getirmeye istekli olmaması ve/veya yerine getirmeye muktedir olmaması şeklinde ifade edilmektedir¹¹.

YUKK düzenlemelerine bakıldığında, korumanın tanımının ve niteliğinin tespiti hem uluslararası koruma başvurularının değerlendirilmesinde hem de statünün sona erme sebeplerinin¹² incelenmesinde dikkate alınmalıdır. Nitekim YUKK madde 78/III uyarınca başvuru hakkında karar verilirken menşe veya önceki ikâmet devlet ülkesinin mevcut genel şartları ve başvuru sahibinin kişisel şartları göz önünde bulundurulur. Burada genel şartlar ile kastedilen, mülteci ve şartlı mülteci statüsünün tespitinde aranan zulüm korkusuna mesned teşkil eden haklı nedenin varlığıdır. İkincil koruma statüsü açısından ise YUKK madde 63'te belir-

[8] Bu konuda bkz., Çiçekli, Bülent. *Yabancılar ve Mülteciler Hukuku*. Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 215. Korumanın mahiyeti hakkında bkz., Özkan, Işıl. *Göç-İltica ve Sığınma Hukuku*. Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 309-375.

[9] Balkar Bozkurt, Süheylâ. “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nda Öngörülen Uluslararası Koruma Türleri”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 127-128, 2015, s. 46.

[10] Çiçekli, s. 215.

[11] Safi, Sibel. “Mülteci Hukukunda Uluslararası Koruma Dışında Bırakma ve Çocuk Askerlerin Durumu”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 28, Sayı: 1, 2020, s. 3.

[12] YUKK uyarınca uluslararası koruma başvurusuna ilişkin esaslar ve sona erme sebepleri hakkında bkz., Çelikel, Aysel / (Öztekin) Gelgel, Günseli. *Yabancılar Hukuku*. Yenilenmiş 27. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2022, s. 159-166; Ekşi, Nuray. *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, KHK-703 ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine Göre Hazırlanmış 5. Baskı, Beta Yayınları, 2018, s. 176-187.

tilen ciddi zarar görme riski¹³ sebeplerinin belirlenmesidir. Bu noktada haklı nedenle zulüm korkusu ve ciddi zarar görme riski ile korumadan yoksun kalma arasında doğrudan bir illiyet bağının varlığı statünün tespitinde zaruridir.

Aynı esaslar uluslararası korumanın sona erme hallerinde de dikkate alınmalıdır. Şöyle ki; haklı nedenle zulüm veya ciddi zarar görme riskinin sona ererek insan hakları standartlarının sağlanıp sağlanmadığının ya da başka bir devletin korumasından yararlanılması halinde uluslararası korumanın gerekli olup olmadığı araştırılmalıdır. Ancak YUKK madde 85'te yer alan sebeplerin uygulanması ile yorumlanmasındaki eksikliklerin, bir yandan kişiyi haksız yere uluslararası korumadan mahrum bırakabilecek; diğer yandan Türkiye'de kalışını yasal hale getirebilecek başka bir yöntemin bulunmaması durumunda dolaylı geri göndermeden kaçınma yükümlülüğünün ihlâli anlamına gelebilecektir.

YUKK madde 85'te vatandaşı olduğu devletin korumasından kendi isteğiyle tekrar yararlanırsa, kaybettiği vatandaşlığını kendi isteğiyle tekrar kazanırsa, yeni bir vatandaşlık kazanmışsa ve vatandaşlığını kazandığı devletin korumasından yararlanıyorsa, terk ettiği veya zulüm korkusuyla dışında bulunduğu devlet ülkesine kendi isteğiyle tekrar dönmüşse, statü verilmesini sağlayan koşullar ortadan kalktığı için vatandaşı olduğu devletin korumasından yararlanabilecekse, vatansız olup da, statü verilmesine yol açan koşullar ortadan kalktığı için önceden yaşadığı ikâmet devlet ülkesine dönebilecekse, kendi isteğiyle Türkiye'den ayrılırsa, üçüncü bir devletin korumasından faydalanırsa, üçüncü bir devlet ülkesine insani nedenler veya yeniden yerleştirme kapsamında kabul edilirse, üçüncü bir devlet ülkesine çıkış yaparsa ya da ölürse uluslararası korumanın sona ereceği düzenlenmektedir.

Bunun yanı sıra, YUKK madde 85/II'de, I. fıkranın d-e bentlerinin incelenmesinde; yani yabancı ve vatansız için menşe veya ikâmet devletinde statü verilmesine neden olan şartların ortadan kalkıp kalkmadığının veya önemli ve kalıcı bir şekilde değişip değişmediğinin göz önünde bulundurulacağı hükme bağlanmaktadır. Burada kastedilen ilgili devletin etkin ve sürekli korumayı sağlayıp sağlamadığını, haklı nedenle zulüm korkusunun veya ciddi zarar görme riskinin kalıcı olarak ortadan kalkıp kalkmadığının idare tarafından değerlendirilebileceğidir. Hükümde

[13] YUKK madde 63 uyarınca başvuranın ikincil koruma statüsünün kabul edilebilmesi için öncelikle mülteci ve şartlı mülteci olarak olamaması gerekmektedir. Bunun yanı sıra kişinin geri gönderildiği takdirde aşağıda belirtilen ciddi zarar görme riski ile karşı karşıya kalması gerekmektedir:

- Ölüm cezasına mahkûm olacak veya ölüm cezası infaz edilecek,
- İşkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak,
- Uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak olmalıdır.

iki önemli husus göze çarpmaktadır. Öncelikle sadece statü verilmesine neden olan olayların ortadan kalkması durumunda idarenin tekrar sağlanan korumanın niteliği konusunda değerlendirme yapabileceği ifade edilmektedir. Diğer sona erme sebeplerinin varlığı halinde bu imkân tanınmamaktadır. Örneğin kaybettiği vatandaşlığı kendi isteği ile yeniden kazanması halinde ilgili devletin ülkesinde haklı nedenle zulmün veya ciddi zarar görme riskinin ortadan kalkıp kalkmadığı veya bu değişikliklerin kalıcı ve etkin olup olmadığının değerlendirilip değerlendirilmeyeceği açık değildir.

İkinci olarak ise idarenin bu konuda takdir yetkisi bulunmaktadır. Menşe veya ikâmet edilen devlet ülkesinde haklı nedenle zulüm korkusunun veya ciddi zarar görme riskinin ortadan kalktığına tespiti yeterli görülürse; yeterli, etkin ve sürekli bir koruma sağlan(a)maması durumunda dahi idarenin takdir yetkisi çerçevesinde uluslararası korumayı sona erdirebilmesi mümkün gözükmemektedir.

YUKK madde 85/III'te ise ikincil koruma statüsüne özgü sona erme sebebi düzenlenmektedir¹⁴. Buna göre ikincil koruma statüsü verilmesine neden olan şartlar ortadan kalktığında veya korumaya gerek bırakmayacak derecede değiştiğinde de statü sona ermektedir. İkincil koruma statüsü verilmesini gerektiren şartlardaki değişikliklerin önemli ve kalıcı olup olmadığı göz önünde bulundurulur. Hükmün ilk kısmında yer alan *statü verilmesine neden olan şartların ortadan kalkması* ifadesi madde 85/I-d-e hükümleri ile paralellik arz etmektedir. Buna karşılık, ikinci kısmında yer alan menşe veya ikâmet edilen devlet ülkesinde *korumaya gerek bırakmayacak derecede meydana gelen değişikliğin* ne olduğu açıklığa kavuşturulmaya muhtaçtır. Kanımızca burada sadece hâlihazırdaki mevcut durum değil, aynı zamanda menşe veya ikâmet devlet ülkesinde meydana gelen değişikliklerin ileriye yönelik kalıcı ve etkin olmasının da göz önünde bulundurulması uluslararası korumanın amacına uygun düşecektir. Böyle bir yorum hem geri gönderilmeme ilkesinin tam anlamıyla uygulanmasına hizmet edecektir hem de insan hakları ekseninde bireyin korunmasına hizmet edecektir. Aslında tüm sona erme sebeplerine ilişkin aynı yorumun benimsenmesi gerekmektedir. Bu amaçla da korumanın niteliğinin net bir şekilde ortaya konulmalıdır.

[14] İlgili hükmün Kanunu'nun düzenleme tekniği açısından eleştirisi için bkz., Öztürk, 2016, s. 439-441.

KORUMANIN NİTELİĞİ

Gerek öğretide ve BMMYK kararlarında gerekse de uygulamada menşe veya ikâmet devletin etkin ve sürekli koruma sağlayıp sağlamadığının araştırılması gerektiği kabul edilmektedir¹⁵.

BMMYK da “1992 tarihli Sona Erme Statüsüne İlişkin 69 sayılı Yürütme Kurulu Kararı’nda” menşe veya ikâmet devlet ülkesindeki değişikliklerin esaslı nitelikte olup olmadığının; yani genel insan hakları durumu da dahil olmak üzere haklı nedenle zulüm korkusunun bulunmadığının objektif ve gerekçelendirilebilir şekilde ortaya konulması gerektiğini belirtmektedir¹⁶. Ayrıca menşe devlet ülkesindeki değişikliklerin “temel, kalıcı ve istikrarlı” olup olmadığının tespitinde özellikle BMMYK olmak üzere uluslararası kuruluşlardan yardım alınabileceği belirtilmektedir¹⁷.

BMMYK “Uluslararası Korumanın İlkeleri: 1951 Mültecilerin Hukukî Durumuna İlişkin Sözleşmesi madde 1(C)(5)-(6) Hükümleri Uyarınca Mülteci Statüsünün Sona Ermesi” başlıklı El Kitabı’nda¹⁸ (Sona Erme Hallerine İlişkin El Kitabı) esaslı, kalıcı ve istikrarlı koruma ile ne kastedildiğini ortaya koymuştur. Buna göre, “özellikle zulüm korkusuna neden olan” durumun esas alınması gerektiği; ancak menşe veya ikâmet edilen devlet ülkesindeki durumların genellikle birbiriyle bağlantılı olduğu ifade edilmektedir. Örneğin silahlı çatışma, insan haklarının vahim ihlalleri, azınlıklara karşı ciddi düzeyde ayrımcılık ya da iyi yönetimin mevcut olmaması gibi sorunlardan birinin çözülmesi, genellikle diğerlerinde de durumun iyileşmesine yol açmaya yatkın olacaktır. Dolayısıyla, mültecinin durumuyla ilgili bütün ilgili etkenler ele alınmalıdır. Diğer yandan mültecinin geri dönüşünün yeni çatışmalara yol açabilme ihtimalinin bulunması durumunun esaslı değişimin gerçekleşmediğine dair bir işaret olarak kabul edilmelidir¹⁹. Sonuç olarak esaslı değişimden bahsedebilmek için en azından, yaşam ve özgürlük hakkına saygı ve işkencenin yaşadığının; bağımsız yargının, adil yargılamaların ve mahkemelere erişim olanağının sağlanmasında dikkate değer ilerlemenin; ve bunların yanı sıra, başka temel haklarla birlikte ifade özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü ile din özgürlüğü güvence altına alınması gerekmektedir²⁰.

[15] Öztürk, 2016, s. 427; Goodwin-Gill, Guy S. / McAdam, Jane. *The Refugee in International Law*, 3. Edition, Oxford University Press, United Kingdom, 2007, s. 142.

[16] Executive Committee Meeting, “Cessation of Status, No: 69, 1992”, <https://www.unhcr.org/publications/cessation-status>, (Erişim Tarihi: 03.05.2024), prg. a.

[17] “Cessation of Status, No: 69, 1992”, prg. b.

[18] “Guidelines on International Protection No. 3: Cessation of Refugee Status under Article 1C(5) and (6) of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees (the “Ceased Circumstances” Clauses)”, <https://www.unhcr.org/media/guidelines-international-protection-no-3-cessation-refugee-status-under-article-1c-5-and-6>, (Erişim Tarihi: 03.05.2024).

[19] The “Ceased Circumstances” Clauses, prg. 12.

[20] The “Ceased Circumstances” Clauses, prg. 16.

Ayrıca menşe veya ikâmet devlet ülkesindeki değişimler kalıcı olmalıdır. BMMYK, değişimlerin barışçıl bir şekilde ve anayasal süreçler çerçevesinde gerçekleştiğini, serbest ve adil seçimler yapılarak insan haklarına saygı duymaya kararlı bir hükümetin ortaya çıktığını ve ülkede nispeten siyasal ve iktisadî istikrarın tesis edildiği durumlarda kalıcılığın sağlanmış olacağını belirtmektedir²¹.

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) da *Abdulla* kararında devletin yetkili organlarının, kurumlarının ya da güvenlik güçlerinin zulme veya ciddi zarara ilişki eylemlere karşı edindiği tavrın uluslararası koruma için aranan himayenin yeterliliğinde önemli bir unsur olduğunu belirtmiştir²². Ayrıca ciddi zarar teşkil eden eylemlerin saptanması, kovuşturulması, cezalandırılması için etkin bir hukuk sistemi oluşturularak zararın önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınması hâlinde etkili ve yeterli bir korumanın sağlanacağını belirtmiştir²³. Buna karşılık, Vasif Yönergesi madde 7/II'de yer alan "diğer şeylerin yanı sıra (*inter alia*)" ifadesiyle, bu korumanın sadece yasal bir sistemle sağlanamayacağı vurgulamıştır²⁴. Divan mültecî statüsünün tespiti ekseninde zulüm ihtimaline karşı korumanın etkili, sürekli ve erişilebilir olması gerektiğini; baskıcı rejimle yönetilen devletlerde görece birtakım olumlu gelişmelerin olması veya ilgili devlet ülkesinin sadece belirli bir bölgesinde demokratik ve güvenli bir yönetimin kurulmasının etkin ve sürekli koruma için yeterli görülmemeyeceğini ifade etmiştir²⁵. Sonuç olarak ABAD, korumanın etkin ve sürekli olarak kabul edilebilmesi için sadece mevzuatta yer alan temel insan haklarının düzenlenmelerini yeterli görmemiş; bu hakları güvence altına alan kurumların da geliştirilip işletilmesinin gerekli olduğunu vurgulamıştır.

Etkin ve sürekli korumanın varlığına ilişkin şu iki durumun ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir: Korumada isteksizlik hali (*unwillingness to protect*) ve koruyamama hali (*inability to protect*). İlk durumda devlet veya koruma yükümlülüğü altındaki sùjeler gücü ve yetkisi olmasına rağmen, zulme veya ciddi zarara sebep olan eylemin önlenmesinde ve ortaya çıkmasında bilerek ve isteyerek hareket etmektedir. İkinci durum ise devlet veya diğer sùjelerin, bu tür eylemleri önleme ve bireyin haklarını teminat altına alma konusunda kabiliyetinin olmamasını ifade etmektedir.

[21] The "Ceased Circumstances" Clauses, prg. 13.

[22] C-175/08, C-176/08, C-178/08 and C-179/08 Joined Case, 2 March 2010, *Aydin Salahadin Abdulla and Others v Bundesrepublik Deutschland*, (*Abdulla Kararı*), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62008CJ0175>, (Erişim Tarihi: 02.05.2024), prg., 68.

[23] *Abdulla Kararı*, prg, 70.

[24] *Abdulla Kararı*, prg, 71.

[25] *Abdulla Kararı* nd, prg, 71.

Korumada İsteksizlik Hali (Unwillingness to Protect)

Devletin koruma sağlama konusundaki isteksizliğine ilişkin üç hususa dikkat çekilmektedir²⁶. En açık olan ilk durumda, devlet organları ile yetkili makamların eylemlerinin ve işlemlerinin doğrudan haklı nedenle zulmün veya ciddi zarar görme riskinin kaynağı olmasıdır. Buna örnek olarak idam cezasının yürürlükte olduğu ve infaz edildiği devletler gösterilebilir.

İkinci durumda ise merkezi otoritenin insan hakları ihlallerini desteklemesi ve cesaretlendirmesidir. Çin'in tek çocuk politikası ile bazı toplumlarda kadın sünnetine hoşgörü gösterilmesi bu duruma ilişkin en çarpıcı örneklerdendir.

Son olarak da devletin müdahale edebilecek yetkiye ve güce sahip olmasına rağmen, kamu yetkililerinin fiillerine hoşgörü gösterilmesi veya dolaylı olarak teşvik edilmesidir. Buna örnek olarak da kadın cinayetlerine dair yeterli idarî ve cezaî soruşturmanın yapılmaması, cezaların caydırıcı olmaması gösterilebilir. Ayrıca bazı devletlerde askerlerin işlediği suçların görmezden gelinmesi de korumanın reddedilmesine ilişkin önemli bir misaldir. Zira devlet, diğer adi suçlardan farklı olarak kolluk kuvvetlerini cezalandırmaktan imtina etmekte, zamanında ve etkili bir şekilde müdahale ederek mağdurun haklarını korumasına kayıtsız kalmaktadır²⁷.

Korumadan Yararlanamama Hali (Inability to Protect)

Devletin koruma konusunda yetersiz kalması, alınan tüm önlemlere rağmen bireyin temel hak ve özgürlüklerinin tehlike altında olması anlamına gelmektedir. Bu konuda iki ana yaklaşım benimsenmektedir. Sorumluluk yaklaşımı (*accountability approach*)-koruma yaklaşımı (*protection approach*)

Sorumluluk yaklaşımı, 1951 Cenevre Sözleşmesi'nde yer alan “zulme uğrama (*being persecuted*” ifadesinin “devlet tarafından zulme uğrama (*being persecuted by the State*)” şeklinde anlaşılması mantığına dayanmaktadır²⁸. Bu anlayışa göre, zulüm veya ciddi zarar görme fiilinin doğrudan devletin eylem ve işlemlerine bağlanması gerektiğinden uluslararası korumanın uygulama alanı oldukça sınırlıdır. Zira devlet-dışı

[26] Bu konuda bkz., Hathaway, James C. / Foster, Michelle. *The Law of Refugee Status*, Second Edition, Cambridge University Press, United Kingdom, 2014, s. 297-300.

[27] Handbook On Procedures And Criteria For Determining Refugee Status And Guidelines On International Protection Under The 1951 Convention And The 1967 Protocol Relating To The Status Of Refugees, <https://www.unhcr.org/media/handbook-procedures-and-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention-and-1967>, (Erişim Tarihi: 02.05.2024), prg. 98.

[28] Hathaway / Foster, s. 303.

aktörlerin zulüm veya ciddi zarar görme riskinin kaynağı olamayacağı kabul edilmektedir.

Diğer yandan günümüzde insan haklarını ihlallerine izin verildiği durumlarda devlet korumasının başarısız olduğu varsayılmaktadır. Zira devlet, bu ihlallerin yanı sıra, hukuka aykırı eylem ve işlemlere etkili bir şekilde yanıt vermediği için de sorumlu görülmektedir²⁹. Söz konusu anlayışın bir sonucu olarak da koruma yaklaşımı benimsenmektedir.

Koruma yaklaşımında haklı nedenle zulüm veya ciddi zarar görme riskinin kaynağı ile ilgilenilmemektedir. Bireyin korunma ihtiyacının varlığı dikkate alınsa da daha ziyade ilgili devletin koruma yükümlülüğü temel alınmakta; koruma gerekliliği ile devletin özen yükümlülüğü bağdaştırılmaktadır. AİHM de bu hususu 2009 tarihli *Opuz* kararı³⁰ ile ifade etmektedir. Mahkemeye göre, kötü muamele yasağının devletlere, kendi ülkesel yetki alanları dâhilinde bulunanların hayatlarını güvence altına almak için uygun adımlar atma zorunluluğu getirdiğini ifade edilmektedir³¹. Bu da devlete, yaşam hakkına karşı işlenen suçların işlenmesini caydırmak amacıyla etkili ceza hukuku hükümleri çıkarılması ve bu hükümlerin ihlâlinin önlenmesi, bastırılması ve cezalandırılması için kolluk mekanizmasından destek alarak yaşam hakkını güvenceye alma yönünde asli bir ödev yüklemektedir³². Ayrıca bu yasa, uygun hallerde yetkili makamlara, başka bir kişinin suç niteliğindeki eylemlerinden ötürü yaşamı tehlikede olan bir kişiyi korumak için önleyici işlevsel tedbirler alma yönünde de pozitif bir yükümlülük getirmektedir³³.

KORUMANIN AKTÖRLERİ

Korumanın “uluslararası” olmasının nedeninin ulusal korumanın yokluğu ya da yetersizliği halinde devreye girerek, kaynağını yabancı bir devletten veya uluslararası kuruluştan alması olduğu ifade edilmektedir³⁴. Bu mantıktan hareketle de devlet-dışıdaki kuruluşların veya yapılanmaların da sağladığı himayenin uluslararası korumanın kabulü veya sona ermesi noktasında dikkate alınması gerektiği sonucuna ulaşılabilir.

Nitekim AB Vasıf Yönergesi madde 7’de devletin yanı sıra korumanın devleti veya devletin esaslı bir kısmını kontrol altında bulunduran uluslararası organizasyonlar veya oluşumlar aracılığıyla da sağlanabileceği

[29] Ajdin-Tettey, Elizabeth. “Failure Of State Protection Within The Context Of The Convention Refugee Regime With Particular Reference To Gender-Related Persecution”, *Journal of International Legal Studies*, Vol.: 3, Issue: 1, 1998, s. 69.

[30] App. 33401/02, *Opuz v. Turkey*, 09 June 2009, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-92945%22>}, (Erişim Tarihi: 07.05.2024).

[31] *Opuz v. Turkey* Kararı, prg. 128.

[32] *Opuz v. Turkey* Kararı, prg. 128.

[33] *Opuz v. Turkey* Kararı, prg. 128.

[34] Balkar Bozkurt, s. 47.

hükme bağlanmaktadır. Bu hükmün getirdiği en önemli yenilik, devlet-dışı aktörlerin de koruma sağlayabileceğinin kabulüdür. Ayrıca sadece devlet-dışındaki hukukî yapılanmaların değil, aynı zamanda şartların sağlanması halinde fiilî otoritelerin de koruma aktörü olabileceği belirtilmektedir³⁵. ABAD da *Abdulla* kararında Vasıf Direktifi'nin ilgili hükmüne atıfta bulunmuş, haklı nedenle zulme uğrama ihtimalinin ortadan kalktığına ilişkin üçüncü devlet yerine geçen ilgili kurumların ve kuruluşların gerekli adımları atarak ilgili eylemlerin tespiti, kovuşturulması ve cezalandırılması için etkili bir yasal sistemin işletilip işletilmediğinin değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır³⁶.

AİHM 2012 tarihli *Sufi ve Elmi v. Birleşik Krallık* kararında³⁷ ise Somali'deki durumu değerlendirmiş, korumanın 1990'ların başındaki gibi etkin olmadığını, kıt kaynakların durumu daha karmaşık ve öngörülemez hale getirdiğini, bunun kabilelerin bireylerin koruma için başvurulan temel birim olmadıkları anlamına gelmediğini belirtmektedir³⁸. Ayrıca Mahkeme, başvuranın üyesi olduğu hâkim klanın bulunduğu Güney ve Orta Somali'nin başka bir bölgesine taşınması halinde karşı karşıya kalabileceği tek riskin genel şiddet durumu olmadığını ortaya koymaktadır³⁹. BMMYK ve bağımsız uluslararası kuruluş raporlarına göre, bu bölgeler içerisinde genel şiddetin en düşük düzeyde olduğu alanlarda dahi en kötü insanî koşulların varlığına dikkat çekilmektedir⁴⁰. Bu durumda hâkim kabileye mensup olmanın yeterli koruma sağlamayacağı belirtilmektedir⁴¹.

AİHM ve ABAD kararları eksensiz değerlendirildiğinde, koruma aktörlerinin kim olabileceğinden ziyade menşee ve ikâmet devlet ülkesinde yetkili hükümetin, makamın, uluslararası kuruluşun vs. zulüm veya zarar görme riskini hukuksal araçlarla ortadan kaldırıldığı ve insan hakları ihlallerine ilişkin gerekli tedbirleri alındığının kontrol edilmesi gerektiği üzerinde durulmaktadır. Böyle bir anlayış geri gönderilmeme ilkesinin tam anlamıyla koruma sağlanması açısından da önemlidir.

YUKK'ta koruma aktörlerinin kimler olabileceğine ilişkin doğrudan bir hükme yer verilmediği gibi, bu konuda belli bir anlayışın benimsendiğinden bahsetmek de mümkün değildir. Şöyle ki; YUKK madde 64/I-a uyarınca Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK)

[35] Storey, Hugo. "EU Refugee Qualification Directive: A Brave New World", *The International Journal of Refugee Law*, Vol.: 20, Issue: 1, 2008, s. 9.

[36] *Abdulla* Kararı, prg. 70.

[37] App. No 8319/07 and 11449/07, *Sufi ve Elmi v. United Kingdom*, 28 June 2011, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-105434%22%5D%7D>, (Erişim Tarihi: 06.05.2024).

[38] *Sufi ve Elmi v. United Kingdom* Kararı, prg. 69.

[39] *Sufi ve Elmi v. United Kingdom* Kararı, prg. 272.

[40] *Sufi ve Elmi v. United Kingdom* Kararı, prg. 94, 104, 128, 164-168.

[41] *Sufi ve Elmi v. United Kingdom* Kararı, prg. 249 ve 309.

dışında diğer bir BM organı veya örgütünden halen koruma ve yardım görüyorsa bireyin uluslararası korumaya layık görülemeyeceği ifade edilmektedir. İlgili hükümle, dolaylı da olsa belli başlı durumlarda devlet-dışındaki süljelerin de koruma sağlayabileceği öngörülmektedir. Buna karşılık, YUKK madde 85'te ifade edilen sona erme sebepleri dikkate alındığında ise bireyin yararlanmadığı veya yararlanmadığı korumanın devlet koruması olduğu görülmektedir. Zira söz konusu sebepler bağlamında bakıldığında, kaybedilen vatandaşlığın veya başka bir *devletin* vatandaşlığını kazanma, kendi *devletinin* korumasından yararlanma ya da geldiği devlet ülkesindeki statü değişiklikleri nedeniyle *ilgili devletin* korumasından yararlanabilme gibi şartların arandığı; bu şartlarda da koruma süljesi olarak devletin kabul edildiği görülmektedir.

Ancak kanımızca devlet ile devlet-dışı aktörlerin sağladığı korumanın eşdeğer olduğunu kabul etmek birtakım sakıncaları da beraberinde getirebilecektir. Öncelikle bu durumun kabulü, kişinin geldiği devlet ülkesindeki kabilenin, silahlı güçlerin, paralı askerlerin vs. sağladığı himayenin mülteci korumasına tercih edilmesi sonucunu doğurabilecektir⁴². Ayrıca yasama, yürütme ve yargı yetkisi sebebiyle bireyin ihtiyaç duyduğu *etkin ve sürekli* korumayı sağlama kabiliyetine sahip tek yapılanma devlettir⁴³. Kural koyma ve uygulama yetkisi sınırlı olduğundan BM, NATO gibi kuruluşların sağladığı koruma bu açıdan yeterli olmayacaktır⁴⁴. Nitekim BMMYK da Vasif Yönergesi'ne ilişkin yayınladığı görüşünde⁴⁵ de aynı esasları vurgulanmıştır.

ABAD'ın *Abdulla* kararına ilişkin sunulan Savcı görüşünde, çok uluslu silahlı birliklerin, Vasif Yönergesi madde 7/II kapsamında korumanın aktörü olarak kabul edilmesi de eleştirilmektedir⁴⁶. Buradaki en önemli çekince, söz konusu birliklerin ülkede esaslı ve geçici olmayan düzeni temin edemeyecekleri veya BM ya da diğer uluslararası kuruluşların desteğinin tam olarak sağlanamayacağıdır⁴⁷.

Kanımızca da bu aktörlerin sınırlı eylemlerden dolayı sorumlu olmaları ve uluslararası kuruluşların kendi iç dinamiğinden kaynaklı yetki so-

[42] Hathaway / Foster, s. 290.

[43] Bu kapsamda korumanın sadece devlet tarafından sağlanabileceğine ilişkin bkz., O'Sullivan, Maria. "Acting the Part: Can Non-State Entities Provide Protection under "International Refugee Law?", *International Journal of Refugee Law*, Vol: 24, No: 1, 2012, s. 91.

[44] O'Sullivan, s. 89-90.

[45] "UNHCR comments on the European Commission's proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection and the content of the protection granted (COM(2009)551, 21 October 2009)", <https://www.unhcr.org/media/european-commissions-proposal-directive-minimum-standards-qualification-and-status-third>, (Erişim Tarihi: 08.05.2024), s. 5.

[46] Bu konuda ayrıca bkz., Öztürk, 2015, s. 238.

[47] Opinion Of Advocate General Mazák — Joined Cases C-175/08, C-176/08, C-178/08 and C-179/08, 15.09.2009, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62008CC0175>, (Erişim Tarihi: 31.05.2024), prg. 58.

runları sebebiyle sağladıkları korumanın yeterliliği tartışmalı olacaktır. Uluslararası ilişkiler boyutunda incelendiğinde özellikle çok uluslu silahlı birlikler, BM bünyesinde ve desteğiyle kurulmuş olsalar bile insan hakları ihlallerinin önlenmesinde yetersiz kalmaktadırlar. Bosna Hersek'te yaşanan Srebrenitsa Soykırımı bunun en çarpıcı örneğidir⁴⁸.

KORUMANIN TÜRÜ

Koruma ile devletin yetki alanı içerisinde sağlama yükümlülüğü altında olduğu ve sınırları içerisinde sunduğu “*dâhili korumanın*” mı; yoksa söz konusu devlet tarafından sağlanan ve vatandaşı ülke dışında takip eden “*diplomatik korumanın*”⁴⁹ mı kastedildiği açık değildir. Öğretide 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmalarından yola çıkarak mülteci statüsünün tespitinde diplomatik korumanın kastedildiği, bu nedenle vatansız ile yabancı ayrımı yapıldığı ve ülke dışında bulunma koşulunun⁵⁰ arandığı ifade edilmektedir⁵¹.

Bunun yanı sıra, YUKK madde 64/I-(a) uyarınca uluslararası koruma-ya layık görülmeyen kişiler arasında BMMYK dışında diğer BM organı veya örgütünden hâlen koruma veya yardım görenler de sayılmaktadır. BMMYK dışında BM'nin diğer organlarının koruma veya yardımı yeterli görüldüğü için devletin korumasının ikâmesinin diplomatik himaye olduğu sonucu çıktığı ileri sürülebilir. Ancak diplomatik himayenin sadece konsolosluk ilişkileri vs. boyutuna indirgeyerek açıklamak da isabetli olmayacaktır. Zira yabancı devlet nezdinde, vatandaşlarının çıkarlarını korumak amacıyla diplomatik himaye hakkını kullanan devlet “sadece kendine özgü olan bir hakkı”, yani “vatandaşlarının şahsında uluslararası

[48] Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 16 Nisan 1993 tarihinde Srebrenitsa'yı güvenli bölge ilan etmiştir. Bölgede 400 silahlı Hollandalı askerlerin denetimindeki BM barış gücünün görev almasına rağmen Sırp ordusunda akrepler adı verilen grubun Müslüman halkı katletmesinin önüne geçilememiştir. Bu konuda bkz., Karaman, Haydar / Güneş, Burak. “Srebrenitsa Soykırımı ve Sırbistan'ın Uluslararası Sorumluluğu”, İktisadi İdari ve Siyasal Araştırmalar Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 22, Ekim 2023, s. 822-838.

[49] Uluslararası hukukta bir devletin ülkesine yabancıları kabul etmesi durumunda onların haklarını güvence altına alması gerekmektedir. Devletin ülkesi üzerindeki egemenlik yetkisinin bir sonucu olarak kullandığı yetkilerin yabancılar üzerinde kullanılması açısından genel olarak hukuksal bir engel bulunmamakta; ancak bu gibi durumlarda temel ilkelere riayet edilme yükümlülüğünün varlığı kabul edilmektedir. Pazarıcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk*, 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 153-154; Reçber, Kamuran. *Uluslararası Hukuk*, 5. Baskı, Dora, Bursa, 2023, 182.

[50] 1951 Cenevre Sözleşmesi kendi devletinin korumasından yoksun olan kişilere ulusal koruma sağlanıncaya kadar yasal koruma sağlamak, bu kişilerin statülerini saptamak ve uluslararası haklardan yararlanmalarını temin etmek üzere hazırlanmıştır. Dâhili mülteci olarak adlandırılan ve çeşitli nedenlerden dolayı ülke dışına çıkamayan ve kendi ülkelerinin sınırları içinde kalan kişilerin hukukî durumu bölgesel sözleşmeler ile düzenlenmiş ve bu durumun daha pratik olduğu kabul edilmiştir. Odman, Tefvik. *Tarihsel Gelişim Sürecinde Güncelleştirilmiş Mülteci Hukuku (Dünya'da ve Türkiye'de İlticanın Gelişim Süreci)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 143.

[51] Öztürk, Neva. *Mültecinin Hukukî Statüsünün Belirlenmesi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 295-296.

sı hukuka saygı gösterilmesini sağlama hakkını” kullanmaktadır⁵². Daha net bir ifadeyle, diplomatik koruma da yabancı devlet nezdinde vatandaşın asgarî düzeyde insan hakları standartlarının sağlanamamasına karşı himayeyi ifade etmekte ve tabiiyet ilişkisinin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak bu konudaki en büyük problem insan hakları standardının nasıl somutlaştırılacağıdır. Zira insan haklarının minimum standardına ilişkin herhangi bir kriter mevcut değildir⁵³.

Diğer yandan, yabancıya ya da vatansızın menşe veya ikâmet devlet ülkesine dönememe sebebi; yani ülke dışında bulunma nedeni devletin neden olduğu dâhili koruma zafiyetidir⁵⁴. Zira menşe veya ikâmet devlet ülkesinde haklı nedenle zulüm korkusuna veya zarar görme riskine sebebiyet verebilecek ihlâllerden sorumludur ve başvuran, ülke sınırları içerisinde kendisine koruma sağlanamadığı için ülkesini terk etmiştir

Ayrıca *Hathaway / Foster*'ın da isabetle belirttiği üzere, statünün sona ermesi için belirleyici olan konsolosluk hizmeti için elçiliğe başvurup başvuramayacağı değil, geldiği devlete geri dönmeye istekli olup olmadığıdır⁵⁵. Burada önemli olan husus defalarca belirttiğimiz üzere koruma zafiyeti ile zulüm veya ciddi zarar görme riskinin arasında doğrudan bağlantının tespiti. Söz konusu tehdidin veya risklerin ortaya çıkması ise sadece diplomatik korumanın yokluğundan değil, dâhili korumanın yetersizliğinden de kaynaklanmaktadır. Örneğin konsolosluk hizmetlerinden yararlanarak pasaport alma ve bu pasaportla seyahat etme, menşe veya ikâmet devlet ülkesindeki mezhepsel çatışmaların sona ererek korumanın sağlandığı anlamını taşımamaktadır. Uluslararası koruma genelinde de aynı anlayışın benimsenmesi mümkündür. Bu nedenle dâhili korumanın varlığının da aranması kaçınılmaz hale gelmektedir.

Ezcümle, diplomatik himaye ve dâhili korumanın etkili ve sürekli olarak sağlan(a)maması hâlinde devletlerin koruma sorumluluğunun ortaya çıkacağı kabul edilmelidir. Zira bu durum uluslararası korumanın doğası gereğidir. Bu bağlamda bireyin devletin kendisini koru(ya)maması nedeniyle Kanun'da yer alan sebeplerden dolayı her an “kaçınılmaz, sürekli ve acımasız” fiillere maruz kalma riski içerisinde olduğunu inandırıcı delillerle tespit etmesi yeterli ve gerekli görülmelidir⁵⁶.

[52] Uluslararası Adalet Divanı “Mavrommatis” davasında bu hususu vurgulamıştır. Bu konuda bkz., Göçer, Mahmut. “Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Diplomatik Himaye”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 57, Sayı: 4, 2008, s. 224.

[53] Hakkın özünü tanımlamak mümkün olsa da sosyal ve ekonomik haklara ilişkin temel standartların tespitinin zor olduğu ifade edilmektedir. Gerçekten de sosyal devlet ilkesinin yükümlülük-hak kistasının nasıl nesnelleştirileceği belirsizdir. Ghraïne, Brid Ni. “The Internal Protection Inquiry and Human Rights Considerations – Irrelevant or Indispensable?”, *International Journal of Refugee Law*, Vol.: 27, No: 1, 2015, s. 35.

[54] McAdam, Jane. *Complementary Protection in International Protection*, Oxford University Press, Sydney, 2007, s. 8.

[55] *Hathaway / Foster*, s. 340.

[56] *Hathaway ve Foster*, mülteci statüsünün ciddi zarar riskinin bir görünümü olduğunu belirterek bu yorumu yapmaktadır. *Hathaway / Foster*, s. 291.

DÂHİLİ KAÇIŞ ALTERNATİFİ

Başvuranın menşe veya ikâmet devlet ülkesinde bulunduğu yerde haklı nedenle zulüm korkusu veya ciddi zarar görme riski ile karşı karşıya kalmasına karşılık, geldiği devlet ülkesinin belirli bir bölümünde etkin ve sürekli korumanın sağlanması olarak ifade edilen *dâhili kaçış alternatifinin* varlığında uluslararası koruma reddedilmektedir. Zira öncelik menşe veya ikâmet devletinin korumasıdır ve uluslararası koruma ikame nitelik taşımaktadır.

Türk hukukunda dâhili koruma alternatifi YUKK madde 78/IV'te kabul edilmektedir. Buna göre başvuru sahibine, zulüm veya ciddi zarar görme tehdidinde karşı vatandaşı olduğu veya önceki ikâmet ettiği devletin belirli bir bölgesinde koruma sağlanabiliyorsa ve başvuru sahibi, ülkenin o bölgesine güvenli bir şekilde seyahat edebilecek ve yerleşebilecek durumdaysa, başvuru sahibinin uluslararası korumaya muhtaç olmadığına karar verilebilir. Hükümde korumanın bizatihi devlet tarafından sağlanması gerektiğine ilişkin bir zorunluluk getirilmemektedir. Ayrıca ülkenin ilgili bölümünde güvenlik standardının mahiyetinin açıkça ortaya konulması gerekmektedir.

Önemli olan bölgedeki korumanın ileriye yönelik etkin ve istikrarlı olmasıdır. Bu bağlamda da bölgenin güvenli olarak kabul edilebilmesi için ise sadece yerleşmenin ve seyahatin güvenli bir şekilde sağlanması değil; aynı zamanda ileriye yönelik bir takım güvencelerin de sağlanması gerekmektedir. BMMYK tarafında da benimsenen⁵⁷ ve öğretilde Michigan kriterleri⁵⁸ kapsamında iki tür analizin yapılması öngörülmektedir:

i. İlgili analizi (Relevance analysis) çerçevesinde bölgeye, erişim kolay, güvenli ve yasal yollarla gerçekleştirilmelidir⁵⁹. Örneğin başvuranın mayın tarlaları ya da kullanılacak hava limanının birtakım şiddet guruplarının kontrolü altında olması gibi her türlü fiziksel tehlikeler ile karşılaşmadan güvenli bölgeye ulaşabilmelidir. Ayrıca Kanun'da da açıkça ifade edildiği üzere güvenli bölgeye yerleşmenin ve seyahatin de güvenli olması gerekmektedir. Mesela, Çin'de ülke içinde izinsiz yer değiştirmenin yasak olması nedeniyle haklı nedenle zulüm veya ciddi zarar görme riski karşısında bireyin seyahati hukuka aykırı olacağından dahili kaçış alternatifinden bahsetmek mümkün olmayacaktır⁶⁰. Ayrıca ilgili bölge-

[57] UNCHR, "Guideliness on International Protection No 4-Internal Flight or Relocation Alternative within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees", 2003, ("Guideliness on International Protection No 4"), <https://www.refworld.org/policy/legalguidance/unhcr/2003/en/32047>, (Erişim Tarihi: 07.05.2024).

[58] "The Michigan Guidelines On The Internal Protection Alternative", <https://www.refugee.org.nz/Michigan/Guidelines.htm>, (Erişim Tarihi: 01.06.2024).

[59] "Guideliness on International Protection No 4", prg. 10-12.

[60] Bu konuda bkz., Ajdin-Tettye, s. 81.

de zulüm ya da ciddi zarar görme riskine karşı çözüm sunulmalı,⁶¹ haklı nedenle zulme veya ciddi zarar görme riskine karşı yeni bir tehlikenin bulunmamasının veya kişinin geldiği yere geri gönderilmemesinin teminat altına alınmalıdır⁶².

ii. Son olarak da kişinin ülke içinde yer değişimi, tüm koşullar altında *makul* olmalıdır. *Makuliyet analizi (Reasonable analysis)* olarak da ifade edilen bu kriter uyarınca, kişinin güvenli bölgeye seyahati ve yerleşmesi objektif ve sübjektif olarak katlanılamaz bir külfet getirmelidir⁶³. Bu kapsamda, başvuranın farklı bir bölgeye yerleşerek aşırı zorluklarla (*undue hardship*) karşılaşmadan nispeten normal bir yaşam sürdürebilir mi, sorusuna cevap aranmaktadır.

SONUÇ

Uluslararası korumanın en temel şartlarından biri, bireyin tabiiyetinde bulunduğu veya ikâmet ettiği devletin korumasından yararlan(a) mamasıdır. Buna karşılık, hangi durumlarda ve nasıl bireyin koruma zafiyeti ile karşı karşıya kaldığına ilişkin genel ve soyut düzenlemelerin bulunması ise mümkün gözükmemektedir. Zira gerek uluslararası koruma başvurularının kabulü gerekse de sona erme sebeplerinin varlığının tespitinde bireysel değerlendirme esastır. Burada önemli olan husus şartları bütüncül bir şekilde dikkate alarak, haklı nedenle zulüm veya ciddi zarar görme riskinin devletin korumamasından veya koruyamamasından kaynaklandığının her somut olayın özelliklerine göre tespittir.

En genel ve net ifadeyle, koruma yokluğu ile kastedilen devletin bireye karşı yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya getirememesi nedeniyle temel insan hakları ihlallerinin ortaya çıkması sonucunda bireyin etkin ve sürekli bir korumadan mahrum kalınmasıdır. Etkin koruma ile kastedilen asgarî muamele standartlarının düzenlendiği hukuk sisteminin işletilmesi ve güvence altına alınmasıdır. Sürekli koruma ile ise haklı nedenle zulmün veya ciddi zarar riskinin ileriye yönelik olarak ortadan kalktığı teminat altına alınması ve kurulan bu sistemin demokratik kurumlarla güçlendirilmesidir.

Günümüz gelişmeleri ışığında ise korumanın sadece devlet tarafından değil, aynı zamanda uluslararası kuruluşlar, çok uluslu askeri birlikler vs. tarafından da sağlanabileceği kabul edilmektedir. Ancak bu yapıların devlet gibi yasama, yürütme ve yargı yetkisinin olmaması ve kendi içindeki yetki sorunları sebebiyle bireyin korunma ihtiyacının etkin ve sürekli olarak sağlanamayacağı kanısındayız.

[61] "Guidelines on International Protection No 4", prg. 18-19.

[62] Ibid., prg. 20.

[63] Ibid., prg. 22-24.

Açıklığa kavuşturulması gereken bir diğer husus ise korumanın niteliğidir. 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmalarında koruma ile kastedilenin diplomatik koruma olduğu, mülteci statüsü için aranan ülke-dışında bulunma koşulunun zorunlu sonucunun diplomatik koruma yoksunluğu olduğu ve bu nedenle mülteci tanımında yabancı-vatansız ayrımı yapıldığı belirtilmektedir. Buna karşılık haklı nedenle zulüm veya ciddi zarar görme riskinin nedeni aynı zamanda dâhili koruma zafiyetidir. Dolayısıyla da koruma yokluğu ile kastedilenin hem diplomatik hem de dâhili koruma yokluğu olduğunun kabul edilmesi görüşüdeyiz.

Son olarak, gerek BMMYK kararlarında ve diğer ulusal hukuk sistemlerinde gerekse de YUKK madde 78/IV uyarınca dâhili kaçış alternatifinin varlığı halinde bireyin koruma ihtiyacının karşılandığı kabul edilmektedir. Buna göre bulunduğu devlet ülkesinde haklı nedenle zulüm veya ciddi zarar görme riski ile karşı karşıya olan; ancak söz konusu ülkenin belirli bir bölgesinde etkin ve sürekli bir korumadan faydalanabilecekse bireyin uluslararası korumaya muhtaç olmadığı kabul edilebilir. Burada uluslararası koruma sona çare olarak görülmemeli ve insan hakları lehine yorum yapılmalıdır.

BMMYK tarafından ilgili bölgede etkin ve sürekli korumanın var olup olmadığının tespitinde iki boyutlu bir değerlendirmenin yapılması önerilmektedir. İlgili analizi doğrultusundan bölgeye erişimin kolay, güvenli ve yasal yollarla gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği, yerleşimin güvenli olup olmadığı, zulüm ya da ciddi zarar görme riskine karşı çözüm sunulup sunulmadığı, bu konuda yeni bir tehlikenin bulunup bulunmadığı ile kişinin geldiği yere geri gönderilmemesinin teminat altına alınıp alınmadığı değerlendirilmelidir.

Makuliyet analizi kapsamında ise kişinin güvenli bölgeye seyahatinin ve yerleşmesinin objektif ve sübjektif olarak katlanılamaz bir külfet altına sokmayarak esaslı bir korumanın temin edilip edilmediği, başvuranın farklı bir bölgeye yerleşerek aşırı zorluklarla karşılaşmadan nispeten normal bir yaşam sürdürmesinin mümkün olup olmadığı sorularına cevap aranmalıdır.

KAYNAKÇA

- Ajdin-Tettey, Elizabeth. "Failure of state protection within the context of the convention refugee regime with particular reference to gender-related persecution", *Journal of International Legal Studies*, Vol.: 3, Issue: 1, 1998, s. 53-86.
- Balkar Bozkurt, Süheylâ. "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda Öngörülen Uluslararası Koruma Türleri", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 10, Sayı: 127-128, 2015, 41-79.
- Çelikel, Aysel / (Öztekin) Gelgel, Günseli. *Yabancılar Hukuku*. Yenilenmiş 27. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2022.
- Doğan, Vahit / Yılmaz, Alper Çağrı / Ayhan İzmirli, Lale. *Yabancılar Hukuku*, Güncellenmiş 7. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2023.
- Ekşi, Nuray. "İltica Talepleri Reddedilerek Türkiye'den Sınırdışı Edilmelerine Karar Verilen Yabancılar İlişkin AİHM Kararlarının Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'na Etkisi", *TAAD*, Yıl: 5, Sayı: 19, Ekim 2014, s. 53-99.
- Ekşi, Nuray. *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, KHK-703 ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerine Göre Hazırlanmış 5. Baskı, Beta Yayınları, 2018.
- Ghrainne, Brid Ni. "The Internal Protection Inquiry and Human Rights Considerations - Irrelevant or Indispensable?", *International Journal of Refugee Law*, Vol.: 27, No: 1, 2015, s. 29-51.
- Goodwin-Gill, Guy S. / McAdam, Jane. *The Refugee in International Law*, 3. Edition, Oxford Univesity Press, United Kingdom, 2007.
- Göçer, Mahmut. "Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Diplomatik Himaye", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 57, Sayı: 4, 2008, s. 219-236.
- Hathaway, James C. / Foster, Michelle. *The Law of Refugee Status*, Second Edition, Cambridge University Press, United Kingdom, 2014.
- <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0095>, (Erişim Tarihi: 01.06.2024).
- <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62008CJ0175>, (Erişim Tarihi: 02.05.2024).
- <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62008CC0175>, (Erişim Tarihi: 31.05.2024).
- <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-105434%22%5D%7D>, (Erişim Tarihi: 06.05.2024).
- <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-92945%22%5D%7D>, (Erişim Tarihi: 07.05.2024).
- <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/refugees.pdf>, (Erişim Tarihi: 17.01.2022).
- <https://www.refugee.org.nz/Michigan/Guidelines.htm>, (Erişim Tarihi: 01.06.2024).
- <https://www.refworld.org/policy/legalguidance/unhcr/2003/en/32047>, (Erişim Tarihi: 07.05.2024).
- <https://www.unhcr.org/media/european-commissions-proposal-directive-minimum-standards-qualification-and-status-third>, (Erişim Tarihi: 08.05.2024).
- <https://www.unhcr.org/media/guidelines-international-protection-no-3-cessation-refugee-status-under-article-1c-5-and-6>, (Erişim Tarihi: 03.05.2024).
- <https://www.unhcr.org/media/handbook-procedures-and-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention-and-1967>, (Erişim Tarihi: 02.05.2024).
- <https://www.unhcr.org/publications/cessation-status>, (Erişim Tarihi: 03.05.2024).
- Karaman, Haydar / Güneş, Burak. "Srebrenitsa Soykırımı ve Sırbistan'ın Uluslararası Sorumluluğu", *İktisadi İdari ve Siyasal Araştırmalar Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 22, Ekim 2023, s. 822-838.
- Odman, Tevfik. *Tarihsel Gelişim Sürecinde Güncelleştirilmiş Mülteci Hukuku (Dünya'da ve Türkiye'de İlticanın Gelişim Süreci)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

- O'Sullivan, Maria. "Acting the Part: Can Non-State Entities Provide Protection under International Refugee Law?", *International Journal of Refugee Law*, Vol: 24, No: 1, 2012, s. 85-110.
- Özkan, Işıl. *Göç-İltica ve Sığınma Hukuku*. Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Öztürk, Neva Övünç. "1951 Tarihli Mültecilerin Hukukî Statüsüne İlişkin Sözleşme Çerçevesinde Mülteci Statüsünün Sona Ermesine Yönelik Ölçütlerin İncelenmesi Ve Türk Hukuku Üzerindeki Yansımalarının Değerlendirilmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 65, Sayı: 2, 2016, s. 393-448.
- Öztürk, Neva. *Mültecinin Hukukî Statüsünün Belirlenmesi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.
- Pazarıcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk*, 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- Reçber, Kamuran. "Türkiye Avrupa Birliği Arasında Vize Muafiyetinin Yasal ve/veya Yasadışı Göç Olgusuna Bağlanması Anlamsızlığı", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt: 37, No: 2, 2017, s. 670-688.
- Reçber, Kamuran. *Uluslararası Hukuk*, 5. Baskı, Dora, Bursa, 2023.
- Safi, Sibel. "Mülteci Hukukunda Uluslararası Koruma Dışında Bırakma ve Çocuk Askerlerin Durumu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 28, Sayı: 1, 2020, s. 1-36.
- Storey, Hugo. "EU Refugee Qualification Directive: A Brave New World", *The International Journal of Refugee Law*, Vol.: 20, Issue: 1, 2008, s. 1-49.

**CEZA VE CEZA
MUHAKEMESİ HUKUKU**

7406 SAYILI KANUN SONRASI TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİ

Dr. Öğr. Üyesi Emin HÜSEYİNOĞLU

Karabük Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

ORC-ID: 0000-0002-4196-2295

eminhuseyinoglu@karabuk.edu.tr

ÖZET

Modern ceza hukukunda cezanın amacının, suçluyu ıslah ederek topluma kazandırmak olarak kabul edilmektedir. Bu amaca ulaşılabilmesi, faile verilecek olan cezanın failin kişiliğine uydurulması, yani cezanın bireyselleştirilmesi ile mümkün olabilir. Çünkü aynı suçu işleyen kişilerin hayat koşulları, toplum içindeki konumu, eğitim düzeyi, suç işleme saiki veya suç sonrası davranışları aynı olmayabilir. Aynı suçu işleyen her kişiye, aynı cezanın verilmesi bazen vicdana aykırı ve adil olmayan sonuçlara neden olabilir. Kanun koyucu soyut hukuk kurallarına yer verirken bazı somut durumları gözden kaçırabilir. Bu nedenle bazı durumlarda, bir olayın somut özelliklerini dikkate alması hususunda hakime kanun koyucu tarafından takdir yetkisi tanındığı görülmektedir. Hakime tanınan bu yetkilerden birini Türk Ceza Kanunu'nun "Takdiri indirim nedenleri" başlıklı 62. maddesi oluşturmaktadır. Bu maddenin göre ilk haline göre, "(1) Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmibeş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların beşte birine kadarı indirilir. (2) Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir. Takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir". Doktrinde ve uygulamada, maddede geçen ölçütlerin, yol gösterici örnek niteliğinde olduğu ve hakimi sınırlayıcı olmadığı kabul edilmekteydi. Ancak 12.5.2022 tarih ve 7406 sayılı Kanun ile bu maddede önemli değişiklikler yapılmıştır. Buna göre 62. maddenin 2. fıkrasında yer alan "sürecindeki davranışları," ibaresi "sürecindeki pişmanlığımı gösteren davranışları veya" şeklinde değiştirilmiş ve "gibi hususlar" ibaresi madde metninden çıkarılmıştır. Yine bu fıkraya birinci cümlesinden sonra gelmek üzere "Ancak failin duruşmadaki mahkemeyi etkilemeye yönelik şekli tutum ve davranışları, takdiri indirim nedeni olarak dikkate

alınmaz.” şeklinde cümle ve “kararda” ibaresinden sonra gelmek üzere “gerekçeleriyle” ibaresi eklenmiştir. Madde metninden “gibi hususlar” ibaresinin çıkarılması ile takdiri indirim nedenleri sınırlandırılmıştır. Bu değişiklik maddede sayılan ölçütler dışında bir nedenin takdiri indirim neden sayılmasının önüne geçilmiş ve hakimın takdir yetkisi daraltılmıştır. Böylece failin hamile olması, yaşlı olması, engelli olması, amansız bir hastalığa kapılması gibi durumların artık uygulamada takdiri indirim nedenleri kapsamında değerlendirilmesi güç olabilecektir. Hakimın takdir yetkisinin sadece maddede sayılan ölçütlerle sınırlandırılmış olması doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir. Gerçekten de bu değişiklik haklı bir nedene dayanmadığı gibi bazı olaylarda vicdani kanaatin oluşmasına da engel olabilecektir. Failin duruşmadaki mahkemeyi etkilemeye yönelik şekli tutum ve davranışlarının, takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınamayacağı yönündeki düzenlemenin hangi ihtiyaçla yapıldığı ise anlaşılabilir değildir. Bu düzenlemenin, basında ve sosyal medya yer alan “kravat indirimi” veya “takım elbise indirimi” başlıklı eleştirel haber ve yorumlardan kaynaklandığı tahmin edilebilir. Uygulamada herhangi bir mahkemenin bu tür gerekçelerle takdiri indirim nedenini uyguladığına ilişkin bir örnek mahkeme kararına tarafımızca rastlanmıştır.

Anahtar Sözcükler: Türk Ceza Kanunu, Takdiri İndirim Nedenleri, Ceza Hukuku, Cezanın Bireyselleştirilmesi, Ceza.

REASONS FOR MITIGATION OF SENTENCE AFTER LAW NO. 7406

ABSTRACT

In modern criminal law, the purpose of punishment is considered to be rehabilitating the offender and reintegrating them into society. Achieving this goal is only possible by tailoring the punishment to fit the offender's personality, in other words, by individualizing the punishment. This is because individuals who commit the same crime may have different life circumstances, social status, education levels, motives for committing the crime, or post-crime behaviors. Giving the same punishment to everyone who commits the same crime can sometimes lead to unfair and unjust results. The legislator may overlook specific circumstances when formulating abstract legal rules. Therefore, in some cases, it is observed that the legislator grants the judge discretion to consider the concrete characteristics of an event. One of the discretionary powers granted to the judge is provided in Article 62 of the Turkish Penal Code under the title "Reasons for Mitigation of Sentence". According to this article, in the presence of mitigating factors that benefit the offender, the aggravated life imprisonment penalty is replaced with life imprisonment, and life imprisonment is replaced with a twenty-five-year imprisonment. Other penalties are reduced by up to one-fifth. Factors such as the offender's past, social relationships, behavior after the crime, and the potential impact of the punishment on the offender's future may be considered as reasons for mitigation. Mitigating reasons are indicated in the decision. In doctrine and practice, it was accepted that the criteria mentioned in the article were indicative examples and not restrictive to the judge's discretion. However, significant changes were made to this article by Law No. 7406 dated 12.5.2022. Accordingly, the phrase "behaviors during the process" in the second paragraph of Article 62 has been changed to "behaviors indicating remorse during the process or," and the phrase "such as" has been removed from the article text. Furthermore, after the first sentence of this paragraph, the following sentence has been added: "However, the defendant's formal attitudes and behaviors aimed at influencing the court during the trial shall not be taken into account as a mitigating factor." Additionally, the phrase "with reasons" has been added after the phrase "in the decision." The removal of the phrase "such as" from the article text has restricted the mitigating reasons. With this

change, the possibility of considering reasons other than those listed in the article as mitigating factors has been eliminated, and the judge's discretion has been narrowed. As a result, it is now difficult to consider situations such as the defendant being pregnant, elderly, disabled, or suffering from a terminal illness as mitigating reasons. The limitation of the judge's discretion only to the criteria listed in the article is rightfully criticized in doctrine. Indeed, this change not only lacks a valid reason but may also hinder the formation of a conscientious opinion in some cases. It is not understandable for what need the regulation prohibiting the defendant's formal attitudes and behaviors aimed at influencing the court during the trial from being considered as a mitigating factor was made. It can be assumed that this regulation stemmed from critical news headlines and comments in the press and social media, such as "tie discount" or "suit discount". However, we have not come across any court decision where a court applied a mitigating factor based on such reasons in practice.

Keywords: Turkish Penal Code, Reasons for Mitigation of Sentence, Criminal Law, Individualization of Punishment, Punishment.

GİRİŞ

Modern ceza hukukunda cezanın amacının, suçluyu ıslah ederek topluma kazandırmak olarak kabul edilmektedir. Bu amaca ulaşılabilmesi, faille verilecek olan cezanın failin kişiliğine uydurulması, yani cezanın bireyselleştirilmesi ile mümkün olabilir. Çünkü aynı suçu işleyen kişilerin hayat koşulları, toplum içindeki konumu, eğitim düzeyi, suç işleme saiki veya suç sonrası davranışları aynı olmayabilir.

Aynı suçu işleyen her kişiye, aynı cezanın verilmesi bazen vicdana aykırı ve adil olmayan sonuçlara neden olabilir. Kanun koyucu soyut hukuk kurallarına yer verirken bazı somut durumları gözden kaçırabilir. Bu nedenle bazı durumlarda, bir olayın somut özelliklerini dikkate alması hususunda hâkime kanun koyucu tarafından takdir yetkisi tanındığı görülmektedir¹. Hâkime takdir yetkisi tanınmasının nedeni, cezanın bireyselleştirilmesi ve adalet duygusudur².

Hâkime tanınan bu yetkilerden birini Türk Ceza Kanunu'nun "Takdiri indirim nedenleri" başlıklı 62. maddesi oluşturmaktadır. Bu maddenin göre ilk haline göre, "(1) Fail yararına cezayı hafifletecek takdirenin varlığı hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmibeş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların beşte birine kadarı indirilir. (2) Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir. Takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir".

Doktrinde ve uygulamada, maddede geçen ölçütlerin, yol gösterici örnek niteliğinde olduğu ve hâkimi sınırlayıcı olmadığı kabul edilmekteydi. Ancak 12.5.2022 tarih ve 7406 sayılı Kanun ile bu maddede önemli değişiklikler yapılmıştır. Buna göre 62. maddenin 2. fıkrasında yer alan "sürecindeki davranışları," ibaresi "sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları veya" şeklinde değiştirilmiş ve "gibi hususlar" ibaresi madde metninden çıkarılmıştır. Yine bu fıkraya birinci cümlesinden sonra gelmek üzere "Ancak failin duruşmadaki mahkemeyi etkilemeye yönelik şekli tutum ve davranışları, takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınmaz." şeklinde cümle ve "kararda" ibaresinden sonra gelmek üzere "gerekçeleriyle" ibaresi eklenmiştir.

[1] Soyaşlan, Doğan. *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s.472.

[2] Öztürk, Bahri /Erdem, Mustafa Ruhan. *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 23. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s.578.

TAKDİRİ İNDİRİM NEDENİ GÖZ ÖNÜNDE BULUNDURULABİLECEK HUSUSLAR

TCK'nın 62. maddesine göre, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları veya cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri takdiri indirim nedeni olarak göz önünde bulundurulabilir.

Failin Geçmişi

Ceza hukukunda, cezanın belirlenmesi sırasında failin geçmişi değil suçun işlenme anındaki kusurluluğu esas alınır. Ancak yine de failin geçmişi de cezasının belirlenmesi sırasında göz önünde bulundurulmalıdır.³ Failin suç işlemeye yönelik eğilimini göstermesi açısından sabikalı olup olmaması gibi suç öncesi yaşamı önem arz etmektedir⁴. Dolayısıyla failin daha önceleri suç işlememiş olması takdiri indirim nedeninden faydalanmasında önemli bir etken olacaktır.⁵ Yine, kamuya yararlı işler yapan bir kişi olmak, toplumsal olaylarda önemli katkılar sağlamış olmak, uzun yıllardan beri araç kullanan biri olmasına rağmen ilk defa kaza yapmış olmak takdiri indirim nedeni olarak değerlendirilebilir.⁶

Buna karşılık failin önceki mahkumiyeti ise failin geçmişine ilişkin olumsuz bir gösterge olması nedeniyle takdiri indirim nedeninin uygulanmasına engel oluşturabilir. Örneğin, önceki ve sonraki suç arasındaki benzerlikler, menfaat karşılığında çeşitli suçları kolaylıkla işlemesi gibi durumlar takdiri indirim nedeninin uygulanmamasına gerekçe olabilir.⁷

[3] Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Meraklı, Serkan / Bacaksız, Pınar / Başbüyük, İsa. *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s.724.

[4] Töngür, Ali Rıza / Çetintürk, Ekrem. *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s.458.

[5] Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Meraklı, Serkan / Bacaksız, Pınar / Başbüyük, İsa. *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s.724; Yargıtay, 12.CD., E.2023/265, K.2023/2295, T.21.06.2023: “dosyada; suç tarihi itibarıyla sabıkası olmayan, kız arkadaşının ölümü ve kendisinin de yaralanmasıyla sonuçlanan kazadan dolayı pişman olduğunu ifade eden, yargılama boyunca da herhangi bir olumsuz davranışı dosyaya yansımayan sanığı yargılama sırasında bizzat gözlemleyen ve olumlu kanaate ulaşan İlk Derece Mahkemesince kurulan hükümden, ‘Sanığın geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları ve pişmanlığı’ şeklindeki hak, adalet ve nasafet kuralları ile dava dosyası içeriğine uygun, yerinde, yeterli ve kanuni gerekçeye dayalı olarak takdiri indirim nedeni uygulanmasına karar verildiği anlaşıldığından, katılanlar ...ile ...vekilinin takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasına ilişkin temyiz sebebi yerinde görülmemiş, hükümden bu nedene dayalı hukuka aykırılık bulunmamıştır”. (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 01.06.2024).

[6] Koca, Mahmut / Üzülmüş, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s.736.

[7] Koca / Üzülmüş, s.736; Yargıtay, 12.CD., E.2023/5977, K.2023/4156 T.18.10.2023: “Bu açıklamalar ışığında incelenen dosyada; daha önce alkollü olarak ... kullanmasından dolayı hakkında trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan mahkumiyet ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları verilen sanık hakkında kurulan hükümden, ‘Sanığın sabıka kaydından tespit edilen olumsuz geçmişi’ şeklindeki dava dosyası içeriğine uygun, yerinde, yeterli ve kanuni gerekçeye dayalı olarak takdiri indirim nedeni uygulanmamasına karar verildiği anlaşıldığından, sanık müdafinin takdiri indirim nedenlerinin uygulanmamasına ilişkin temyiz sebebi yerinde görülmemiş, hükümden bu nedene dayalı hukuka aykırılık bulunmamıştır”. (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 01.06.2024).

Failin Sosyal İlişkileri

Eşitlik ilkesine aykırı gibi gözükse de failin sosyal ilişkileri takdiri indirim nedenlerinin değerlendirilmesi bakımından hakim tarafından dikkate alınmalıdır.⁸

Failin sosyal ilişkileri, failin kişiliğini bütün yönleriyle değerlendirilip cezanın bireyselleştirilmesini öngörmektedir. Bu değerlendirme sırasında, failin kişisel ve sosyal durumu, psikolojik durumu, alışkanlıkları, ailevi ve toplumsal konumu, eğitim ve öğrenim durumu gibi hususlar dikkate alınır. Failin, yaşlılarla, komşularıyla, iş arkadaşlarıyla veya aile bireyleriyle ilişkileri gibi durumlar bu kapsamda değerlendirilebilir.⁹

Failin Fiilden Sonraki ve Yargılama Sürecindeki Pişmanlığını Gösteren Davranışları

Failin suç sonrası, ortaya çıkan zararı gidermek için çabalaması, zararı gidermesi, mağdurun hastane giderlerini karşılaması, tedavisiyle ilgilenmesi gibi haller pişmanlığını gösteren davranışlar olarak değerlendirilebilir¹⁰. Ancak bu hususların daha önce cezanın belirlenmesi sırasında uygulanmamış olması gerekmektedir. Örneğin hırsızlık suçu tamamlandıktan sonra zararın giderilmesini sağlayarak etkin pişmanlık indiriminden yararlanan fail hakkında etkin pişmanlık gerekçesiyle ayrıca takdiri indirim nedeni indirimi uygulanamaz.¹¹

Failin yargılama sürecindeki davranışları pişmanlığını göstermeye elverişli olduğu takdirde takdiri indirim nedeni olarak kabul edilebilir¹². Dolayısıyla taksirli suç sonrası olay yerinde mağduru bırakarak kaçma, delilleri gizleme gibi olumsuz hareketler, tam aksine takdiri indirim ne-

[8] Özbek / Doğan / Meraklı / Bacaksız / Başbüyük, s.724.

[9] Koca / Üzülmmez, s.736.

[10] Koca / Üzülmmez, s.737; Yargıtay, 12.CD., E.2023/5634, K.2023/3414, T.27.09.2023: “Bu açıklamalar ışığında incelenen dosyada; suç tarihi itibarıyla sabıkası olmayan, kazanın hemen ardından yanan otobüsü söndürmek ve otobüs içinde kalan yolcuları kurtarmak için ciddi çaba sarf eden ve bu nedenle sol ön kol iç yüzeyinde birinci derece yanık oluşacak şekilde yaralanan, yargılama boyunca da herhangi bir olumsuz davranışı dosyaya yansımayan sanık hakkında kurulan hükümde, ‘Sanığın sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın sanığın geleceği üzerindeki olası etkileri’ şeklindeki hak, adalet ve nasafet kuralları ile dava dosyası içeriğine uygun, yerinde, yeterli ve kanuni gerekçeye dayalı olarak takdiri indirim nedeni uygulanmasına karar verildiği anlaşıldığından, katılanlar Hamdi, Hatun ve Ayşegül vekili ile katılanlar ...ve ... vekilinin takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasına ilişkin temyiz sebepleri yerinde görülmemiş, hükümde bu nedene dayalı hukuka aykırılık bulunmamıştır”. (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 01.06.2024).

[11] Koca / Üzülmmez, s.737.

[12] Koca / Üzülmmez, s.737; Yargıtay, 8.CD., E.2022/4892 K.2024/1823 T.27.2.2024: “Mahkemece ‘Sanığın eylemden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları’ göz önünde bulundurulurken sanık ... hakkında 5237 sayılı Kanun’un 62 nci maddesinin uygulanmamasında bir isabetlilik görülmediğinden, sanık müdafinin bu hususa ilişkin temyiz sebebi reddedilmiştir”. (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 01.06.2024)

deninin uygulanmamasını gerektirebilecektir¹³. Yine sanığın mağdurun zararını gidermeye yanaşmamış olması da takdiri indirim nedeninin uygulanmamasına gerekçe olabilir¹⁴. Buna karşılık sanığın duruşmada suçunu açık şekilde ikrar etmesi takdiri indirim nedeni kapsamında değerlendirilebilir¹⁵. Ancak suç ikrar etmek, her zaman failin hatasını gördüğü ve pişman olduğu anlamına gelmez. Örneğin sanık işlediği suçla övünmek için de itirafta bulunmuş olabilir. Bunun için mahkemenin sanığın asıl saikini tespit etmesi gerekmektedir.¹⁶

Sanığın susma hakkını kullanmış olması veya suçunu inkar etmesi takdiri indirim nedeninin uygulanmasına engel değildir.¹⁷ Çünkü sanığın susma hakkını kullanması veya suçunu inkar etmesi, ona tanınan savunma hakkını kullanması demektir.¹⁸

Cezanın Failin Geleceği Üzerindeki Olası Etkileri

Cezadan beklenen faydanın sağlanabilmesi, failin kişiliği, ekonomik durumu ve ailevi ilişkileriyle yakından bağlantılıdır. Cezanın türü ve

[13] Özbek / Doğan / Meraklı / Bacaksız / Başbüyük, s.726; Yargıtay, 12.CD., E.2022/9556 K.2023/512 T.21.2.2023: “Bu açıklamalar ışığında incelenen dosyada; daha önce alkollü olarak ... kullanmasından dolayı hakkında trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen ve gerek meydana gelen kazadan sonra gerek yargılama sürecinde pişmanlığını samimi olarak gösterdiği herhangi bir davranışı tespit edilemeyen sanık hakkında kurulan hükümden, ‘Sanığın suça konu trafik kazasının oluşumuna neden olmasına rağmen, kaza meydana geldiğinde, kaza mahallinden kaçtığı dosyada yer alan kamera görüntüleri ile sabit olduğundan, iyi halli olmadığı kanaati ile...’ şeklindeki hak, ... ve nasafet kuralları ile dava dosyası içeriğine uygun, yerinde, yeterli ve kanuni gerekçeye dayalı olarak takdiri indirim nedeni uygulanmamasına karar verildiği anlaşıldığından, sanık müdafilerinin takdiri indirim nedenlerinin uygulanmamasına ilişkin temyiz sebebi yerinde görülmemiş, hükümden bu yönüyle hukuka aykırılık bulunmamıştır”. (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 01.06.2024); Yargıtay, 12.CD., E.2023/2804, K.2023/2294, T.21.6.2023: “Bu açıklamalar ışığında incelenen dosyada; daha önce alkol ve ceza puanından dolayı ehliyetinin geri alındığını ifade eden sanık hakkında, ‘... Olaydan sonra olay mahallinde kaçıp kazayı ... isimli şahıs yapmış gibi bu şahısla anlaşılıp bu şahsın suçu üstlenmesi nedeniyle de tutuklanmasına neden olan sanık hakkında sanığın geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın sanığın geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar da göz önünde bulundurulduğunda takdiri indirim nedeninin uygulanmasını gerektirecek herhangi bir nedenin ise mahkememizce tespit edilemediği...’ şeklindeki dava dosyası içeriğine uygun, yerinde, yeterli ve kanuni gerekçeye dayalı olarak takdiri indirim nedeni uygulanmamasına karar verildiği anlaşıldığından, sanık müdafinin takdiri indirim nedenlerinin uygulanmamasına ilişkin temyiz sebebi yerinde görülmemiş, hükümden bu nedene dayalı hukuka aykırılık bulunmamıştır.” (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 01.06.2024).

[14] Yargıtay, 8.CD., E.2021/9726, K.2024/1673, T.22.02.2024: “Mahkemece ‘sanıkların olay sonrası katılan ...’ın zararını gidermemiş olmaları, eylemin öncesinde ve eylem sırasında planlı ve organize şekilde hareket etmelerine göre suç işleme bilincindeki yükseklik, katılanın şikayetinin devam etmesi nedeniyle sanıkların kişiliklerinin değerlendirilmesinde aleyhe kanaat edinildiği’ belirtilerek sanık ... hakkında 5237 sayılı Kanun’un 62 nci maddesinin uygulanmasında bir isabetsizlik görülmediğinden, hükümden bu yönüyle hukuka aykırılık bulunmamıştır.” (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 01.06.2024).

[15] Özbek / Doğan / Meraklı / Bacaksız / Başbüyük, s.726.

[16] Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem. *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 11. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2020, s.597.

[17] Özbek / Doğan / Meraklı / Bacaksız / Başbüyük, s.726; Artuk, Emin / Gökçen, Ahmet. *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s.1008.

[18] Centel / Zafer / Çakmut, s.597.

miktarı belirlenirken verilecek olan cezanın fail üzerinde yaratacağı etkilerin bu şartlar dikkate alınmalıdır.¹⁹

Cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri, failin geleceğini olumsuz yönde etkilemesi muhtemel etkilerdir. Ancak takdiri indirim nedeninin cezayı kaldıran bir durum olmadığı da unutulmamalıdır. Kuşkusuz hakkında cezaya hükmolunan failin geleceği bu cezaya bağlı olarak olumsuz yönde etkilenecektir. Ancak eğer faile verilen cezanın indirilmesi, failin geleceğinde karışılacağı olumsuz etkileri azaltacaksa, takdiri indirim nedeninin uygulanması gereklidir.²⁰ Örneğin kamu görevinden ihraç edilmeyi engelleyecekse, takdiri indirimin uygulanması yoluna gidilebilecektir.²¹

Failin cezaya karşı umursamaz davranarak geleceğini düşünmemesi ise tam aksine takdiri indirim nedeninin uygulanmamasına sebep olabilir.²²

TAKDİRİ İNDİRİM NEDENİ SAYILAMACAK NEDENLER

TCK'nın 62. Maddesinde Sayılmayan Hususlar

7406 sayılı Kanunla TCK'nın 62. madde metninden “*gibi hususlar*” ibaresinin çıkarılmış ve takdiri indirim nedenleri sınırlandırılmıştır. Bu değişiklik maddede sayılan ölçütler dışında bir nedenin takdiri indirim neden sayılmasının önüne geçilmiş ve hakimın takdir yetkisi daraltılmıştır.²³ Dolayısıyla maddede yazılan ölçütler dışında başka bir nedenin takdiri indirim nedeni olarak kabul edilmesi mümkün değildir.²⁴ Böylece failin hamile olması, yaşlı olması, engelli olması, amansız bir hastalığa kapılması gibi durumların bundan sonra uygulamada takdiri indirim nedenleri kapsamında değerlendirilmesi güç olabilecektir.

Hakimin takdir yetkisinin sadece maddede sayılan ölçütlerle sınırlandırılmış olması doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir. Gerçekten de bu değişiklik haklı bir nedene dayanmadığı gibi²⁵ bazı olaylarda vicdani kanaatin oluşmasına da engel olabilecektir. Örneğin amansız bir hastalık

[19] Centel / Zafer / Çakmut, s.597.

[20] Özbek / Doğan / Meraklı / Bacaksız / Başbüyük, s.726.

[21] Koca / Üzülmüş, s.737.

[22] Yargıtay, 8.CD., E.2021/7680, K.2024/1105, T.08.02.2024: “Mahkemece ‘yargılama safhasında olumlu bir davranışının görülmemesi, savunmasını dahi hakkında yakalama emri çıkartılmak suretiyle alınmış olması ve suçtan sonra kasten işlemiş olduğu suçlar nedeniyle bir çok mahkumiyetinin bulunması ve bu suretle hakkında verilecek cezanın geleceği üzerindeki etkisini düşünmemesi’ göz önünde bulundurularak sanık hakkında 5237 sayılı Kanun’un 62 nci maddesinin uygulanmamasında bir isabetsizlik görülmediğinden, hükümde bu yönüyle hukuka aykırılık bulunmamıştır.” (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 01.06.2024).

[23] Özbek / Doğan / Meraklı / Bacaksız / Başbüyük, s.722.

[24] Akbulut, Berrin. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s.1217-1218; Dülger, Volkan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s.1024; Artuk / Gökçen, s.1008-1009.

[25] Öztürk / Erdem, s.578.

nedeniyle acı içinde bulunan bir kimseyi acısına son vermesi yönündeki ricası üzerine acıma duygusuyla öldüren fail hakkında takdiri indirim nedenlerinin uygulanması mümkün görünmemektedir.

Oysa hakimin cezaı bireyselleştirirken, suç öncesi var olan veya sonrası ortaya çıkan her makul durumu takdiri indirim nedeni olarak uygulayabilme imkana sahip olması gerekmektedir. Aslında failin geçmiş, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları ve cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri bu makul sebepleri çoğunlukla kapsamaktadır. Ancak yukarıdaki örnekte olduğu gibi bazı makul sebepler ancak zorlama bir yorumla takdiri indirim nedeni sayılabilecektir. Bu durum suçta ve cezada kanunilik ilkesini zorlayan uygulamaların yolunu açabilme potansiyelini taşımaktadır.²⁶

TCK'nın 62. madde metninden "*gibi hususlar*" ibaresinin çıkarılması yönünde yapılan değişikliğin, takdiri indirimin uygulanmasında daha temkinli olunması gerektiğine yapılan bir vurgu olarak da anlaşılabilir. Bu tutum, maddede sayılan nedenlerin uygulamada dar yorumlanmasına sebep olabilecektir.²⁷

Failin Duruşmadaki Mahkemeyi Etkilemeye Yönelik Şekli Tutum ve Davranışları

7406 sayılı Kanunla TCK'nın 62. maddesine eklenen düzenlemeye göre, "*failin duruşmadaki mahkemeyi etkilemeye yönelik şekli tutum ve davranışları, takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınmaz.*" Bu düzenlemenin gerekçesine göre, "*Ayrıca maddeyle, failin duruşmadaki mahkemeyi etkilemeye yönelik şekli tutum ve davranışlarının, takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınmayacağı düzenlenmektedir. Böylelikle, failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki samimi pişmanlığını gösteren davranışları gözlemlenemediği halde, yalnızca takdiri indirimden faydalanmak amacıyla duruşmada pişman olduğunu söylemesi veya yargılama mercilerine karşı saygılı tutumunu ifade eden kılık ve kıyafeti dikkate alınarak verilecek cezada indirim yapılamayacaktır.*" Dolayısıyla failin mahkemeyi etkilemek için duruşma boyunca sık giyinmiş olması takdiri indirim nedeni olarak değerlendirilemez.²⁸ Yine sanığın duruşma boyunca boynu bükük durması, söz almadan konuşmaması, saygılı konuşması gibi tutum ve davranışları takdiri indirim nedeni olarak kabul edilemez.

[26] Koca / Üzülmüş, s.735.

[27] Kaçar, Yusuf. "7406 Sayılı Kanun'la Değişik Türk Ceza Kanunu'nda Takdiri İndirim Nedenleri". *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C.10, S.2, 2022, s.937-925-950.

[28] Toroslu, Nevzat / Toroslu, Haluk. *Ceza Hukuku, Genel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2023, s.291-292.

Takdiri indirim nedeni olabilecek haller kanunda sınırlı olarak sayıldıktan sonra, hangi durumlarda takdiri indirim nedeninin uygulanmıyacağına ilişkin bir düzenlemeye gidilmesi doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir.²⁹

Gerçekten de failin duruşmadaki mahkemeyi etkilemeye yönelik şekli tutum ve davranışlarının, takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınmayacağı yönündeki yeni düzenlemenin hangi ihtiyaçla yapıldığı anlaşılabilir değildir. Bu düzenlemenin sosyal medya ve basında çıkan “kravat indirimi” veya “takım elbise indirimi” başlıklı eleştirel haber ve yorumlardan kaynaklandığı tahmin edilmektedir. Uygulamada herhangi bir mahkemenin buna benzer bir gerekçelerle takdiri indirim nedenini uyguladığına ilişkin bir örnek mahkeme kararına tarafımızca rastlanmıştır.

Ancak bu değişiklik, sanki eskiden sanıkların hakimleri kolayca kandırıldığı, takım elbise giyip sakal tıraşı olanlara hakimlerin hemen takdiri indirim nedeni uygulandığı şeklinde bir yanlış anlaşılmaya da sebebiyet vermiştir. Kuşkusuz kanun koyucunun sosyal medyadan etkilenecek tercihlerini belirlemesi isabetli bir tutum değildir.³⁰

Uygulamada takdiri indirim nedenlerinin gerekçe gösterilmeksizin “otomatik” olarak uygulanması, bazı olaylarda adaletsiz sonuçlara ve toplumdaki adalet duygusunun sarsılmasına yol açmıştır. Failin duruşmadaki mahkemeyi etkilemeye yönelik şekli tutum ve davranışlarının takdiri indirim nedeni sayılmayacağına yönelik düzenleme kamuoyunun kanun koyucuya yaptığı baskı sonucunda ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla bu değişikliğin aslında hakimlere görevini hatırlamak amacıyla getirildiği ifade edilebilir.³¹

Madde gerekçesi de dikkate alındığında yapılan değişikliğin bir bütün halinde tepki düzenlemesi olduğunu görülmektedir. Kuşkusuz bir ceza hukuku kuralının yanlış uygulanması halinde bu yanlış uygulamayı düzeltecek çareler aramak kanun koyucunun görevidir. Ancak içeriği itibarıyla bir problem taşımayan kanun hükümlerinin bilimsel temel ve istatistiklere dayanmayan gerekçelerle değiştirilmesi yeni sorunlar ortaya çıkarmaktan öteye gitmemektedir.³²

Kanuni İndirim Nedenleri

Kanunda öngörülen bir indirim nedeni aynı zamanda takdiri indirim nedeni olarak değerlendirilemez. Bu hallerde sadece kanuni indirim ne-

[29] Öztürk / Erdem, s.578; Dülger, s.1024.

[30] Özbek / Doğan / Meraklı / Bacaksız / Başbüyük, s.723.

[31] Dülger, s.1025.

[32] Koca / Üzülmüş, s.735.

denini öngören hüküm uygulanarak cezada indirime gidilir.³³ Örneğin sanığın haksız tahrikin etkisi altında hareket etmesi takdiri indirim nedeni sayılamaz. Ancak kuşkusuz haksız tahrikle takdiri indirim nedenlerinin aynı anda uygulanmasına engel bulunmamaktadır.

Kanunda sayılan takdiri indirim nedenlerinin bir suçun unsurları içinde yer alması veya temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınması halinde de bu nedenler takdiri indirim nedeni olarak değerlendirilemez.³⁴

GEREKÇELİ KARAR YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Takdiri indirim nedenleri keyfi olarak uygulanamaz. Mahkeme, maddenin uygulanmasına veya uygulanmamasına ilişkin gerekçeyi kararda göstermek zorundadır. Nitekim 7406 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle “*takdiri indirim nedenleri kararda gerekçeleriyle gösterilir*” denilmek suretiyle bu hususa işaret edilmiştir.³⁵

Sadece “*takdireni*” denilmesi yeterli olmayıp, takdiri indirim nedenlerinin somut ve makul bir gerekçeye dayandırılması gereklidir.³⁶ Yargıtaya göre, kanunda yer alan ifadeler tekrar edilerek soyut gerekçelerle sanık hakkında takdiri indirim nedeni uygulanması hukuka aykırıdır.³⁷

Dolayısıyla takdiri indirim nedenlerinin uygulanıp uygulanmaması, hakimın takdirinde olsa bile ilk derece mahkemesinin takdiri indirim nedenlerine yönelik kararları bölge adliye mahkemesi ve Yargıtayın denetimine tabidir. Çünkü mahkemenin takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasına veya uygulanmamasına karar verirken gösterilen sebeplerin makul ve kabul edilebilir olması gerekir.³⁸ Yargıtaya göre, “*5237 sayılı Kanun’un 62 nci maddesinin birinci fıkrası uyarınca takdiri indirim sebebi*

[33] Toroslu / Toroslu, s.292; Önder, Ayhan. *Ceza Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s.569.

[34] Akbulut, s.1219.

[35] Öztürk / Erdem, s.578; İçel, Kayihan. *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 7. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2023, s.786; Dülger, s.1024.

[36] Toroslu / Toroslu, s.292; İçel, s.787.

[37] Yargıtay, 12.CD., E.2023/453, K.2023/2410, T.5.7.2023: “dosyada; daha önce 2,61 promil alkollü olarak sevk ve idare ettiği aracın direksiyon hakimiyetini kaybederek, tek taraflı trafik kazasına neden olmasından dolayı hakkında trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen ve sürücü belgesinin 2918 sayılı Kanun’un ‘Alkol, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin etkisi altında ... sürme yaşağı’ başlıklı 48 inci maddesinin beşinci fıkrası gereğince 16.08.2021 tarihinden 16.02.2022 tarihine kadar 6 ay süre ile geri alındığı tespit edilen sanığın, fiilden sonra ve yargılama sürecinde pişmanlığını samimi olarak gösterdiği davranışların somut dayanakları da denetime olanak verecek şekilde açıklanmadan, ‘Sanığın adli sicil kaydına yansıyan geçmişi, cezanın geleceği üzerindeki olası etkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları’ biçimindeki kanunda yer alan ibarelerin tekrarına dayalı yetersiz ve soyut gerekçelerle sanık hakkında takdiri indirim nedeni uygulanmasına karar verildiği anlaşıldığından, katılanlar vekilinin takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasına ilişkin temyiz sebebi yerinde görülümüş, hükümde bu nedene dayalı hukuka aykırılık bulunmuştur”. (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 01.06.2024); Aynı yönde: Yargıtay, 12.CD., E.2023/461, K.2023/2298, T.21.06.2023, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 01.06.2024).

[38] Özbek / Doğan / Meraklı / Bacaksız / Başbüyük, s.725-726.

*uygulanmasının mahkemenin takdir yetkisi kapsamında olduğu, ancak bu takdir yetkisinin sınırsız olmadığı, bütün kararlarda olduğu gibi takdiri indirim nedeninin uygulanmasına veya uygulanmamasına ilişkin kararların da gerekçeli olması gerektiği ve gösterilen gerekçelerin hak, adalet ve nasafet kuralları ile dava dosyası içeriğine ve ilgili kanun hükümlerine uygunluğunun Yargıtay denetimine tabi olacağına şüphe bulunmamaktadır”.*³⁹

Hakimin takdiri indirim nedeni olarak kabul ettiği nedenlerin makul olması, hukuk kurallarını ihlal etmemesi, kanunun amacına aykırı düşmemesi ve kamu vicdanını incitmeyecek bir nitelik taşıması gereklidir.⁴⁰

Bununla birlikte sadece suçun işleniş şeklinin ağırlığından söz edilerek takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasından vazgeçilemez. Çünkü TCK'nın 62. maddesi olaya göre değil, kişiye göre uygulanması amacı taşımaktadır.⁴¹ Bununla birlikte uygulamada suçun ağırlığı takdiri indirim nedenlerinin uygulanmamasına gerekçe olarak sayılabilmektedir.⁴²

7406 sayılı Kanunla takdiri indirim nedenlerinde gerekçe gösterme zorunluluğunun getirilmesi “malumun ilanı” olup, bu değişikliğin uygu-

[39] Yargıtay, 1.CD., E.2023/9374, K.2024/1434, T.05.03.2024, (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 01.06.2024).

[40] Centel / Zafer / Çakmut, s.593; Yargıtay, 12.CD., E.2023/2243, K.2023/956, T. 27.03.2023; “dosyada; yargılama sürecinde pişmanlığı samimi olarak gösterdiği herhangi bir davranışı tespit edilemeyen sanık hakkında kurulan hükümde, ‘suça konu olayın toplumda meydana getirdiği tepki, kamu vicdanını rencide edici niteliği ile mağdurun öğretmeni olan sanığın suç sonrası ve yargılama sürecindeki davranışları göz önüne alındığında, sanığın dosya kapsamındaki pişmanlığının yeterli görülmemesi sebebiyle...’ şeklindeki hak, ... ve nasafet kuralları ile dava dosyası içeriğine uygun, yerinde, yeterli ve kanuni gerekçeye dayalı olarak takdiri indirim nedeni uygulanmamasına karar verildiği anlaşıldığından, sanık müdafinin takdiri indirim nedenlerinin uygulanmamasına ilişkin temyiz sebebi yerinde görülmemiş, hükümde bu yönüyle hukuka aykırılık bulunmamıştır”. (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 01.06.2024).

[41] Önder, s.569; Öztürk / Erdem, s.579.

[42] Yargıtay, 12.CD., E.2023/4944, K.2023/4161, T.18.10.2023: “dosyada; tam kusurlu eyleminden dolayı bir kişinin ölümüne neden olan ve gerek kazadan sonra gerek yargılama sürecinde pişmanlığını samimi olarak gösterdiği herhangi bir davranışı tespit edilemeyen sanığı yargılama sırasında bizzat gözlemleyen ve olumlu kanaate ulaşmayan İlk Derece Mahkemesince, sanık hakkında ‘Sanığın olay tarihinde yüksek alkollü olması öngörülebilir neticeyi yüksek alkollü ... kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği kazada 19 yaşında bir insanın vefat etmiş oluşu dikkate alınarak takdiren’ biçimindeki gerekçelerle takdiri indirim nedeni uygulanmamasına karar verilmesinin hak, adalet ve nasafet kuralları ile dava dosyası içeriğine uygun olduğu anlaşıldığından, sanık müdafinin takdiri indirim nedenlerinin uygulanmamasına ilişkin temyiz sebebi yerinde görülmemiş, hükümde bu nedene dayalı hukuka aykırılık bulunmamıştır”. (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 01.06.2024); Yargıtay, 12.CD., E.2023/5145, K.2023/4159, T.18.10.2023: “Bu açıklamalar ışığında incelenen dosyada; daha önce hakkında trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilen, asli kusurlu eyleminden dolayı iki kişinin ölümüne neden olan ve gerek kazadan sonra gerek yargılama sürecinde pişmanlığını samimi olarak gösterdiği herhangi bir davranışı tespit edilemeyen sanığı yargılama sırasında bizzat gözlemleyen ve olumlu kanaate ulaşmayan İlk Derece Mahkemesince, sanık hakkında ‘Sanığın eylemi sonucunda meydana gelen netice, neticenin ağırlığı, suçun bilinçli taksirle işlenmiş olması çok sayıda trafik ihlali yaptığının tespit edilmiş olması’ biçimindeki gerekçelerle takdiri indirim nedeni uygulanmamasına karar verilmesinin hak, adalet ve nasafet kuralları ile dava dosyası içeriğine uygun olduğu anlaşıldığından, sanık müdafilerinin takdiri indirim nedenlerinin uygulanmamasına ilişkin temyiz sebebi yerinde görülmemiş, hükümde bu nedene dayalı hukuka aykırılık bulunmamıştır”. (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 01.06.2024).

lama açısından bir yenilik getirmeyeceği tahmin edilebilir. Çünkü Anayasanın 141/3. maddesine göre, mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılması zaten anayasal bir zorunluluktur.⁴³ Takdiri indirim nedenlerinde gerekçe gösterme zorunluluğunun getirilmesi “kanunda açıkça belirtilmedikçe mahkeme kararların gerekçeli verilmesi gerekli değildir” şeklinde bir yanlış anlaşılmaya da sebep olabilir. Aslında bu ve buna benzer düzenlemelerin yapılmasına ihtiyaç duyulması, uygulamada çok sayıda mahkeme kararlarının gerekçesiz şekilde verildiğini de ortaya koymaktadır.

Zaten takdiri indirim nedenleri kurumu ile ilgili uygulamadaki sorunun bazı mahkemelerin bu indirimin uygulanmasına veya uygulanmamasına karar verirken somut gerekçe yazmasından kaynaklanmaktadır. Yargıtay kanunda yer alan ibarelerin tekrarına dayalı yetersiz ve soyut gerekçelerle sanık hakkında takdiri indirim nedeni uygulanmasını veya uygulanmamasını bozma nedeni saydığı kararları bulunmaktadır. Örneğin Yargıtaya göre, “Sanık öldürme kastı olmadığını beyanla suçlamayı ikrar etmiş ve pişmanlığını dile getirmiştir, sanığın fiilden sonra ve soruşturma ve kovuşturma sürecinde de dosyaya yansıyan ve aleyhine değerlendirilebilecek başkaca herhangi bir söz ve davranışı da bulunmamaktadır. Bu açıklamalara göre; somut olayda, ‘sanığın dosyaya yansıyan kişiliği’ şeklindeki gerekçeye istinaden sanık lehine takdiri indirim sebebi uygulanmamış ise de; bu gerekçenin yasal bir gerekçe olmadığı gibi sanığın duruşma tutanaklarına yansıyan herhangi bir olumsuz tutum ve davranışının da bulunmadığı, varsa değerlendirmeye esas alınan olumsuz kişilik özelliklerinin neler olduğunun da gösterilmediği ve cezanın caydırıcılığı yönünden sanık üzerindeki etkisi hususunda bir değerlendirme yapılmadığı anlaşılmıştır. Bu durumda; sanık hakkında 5237 sayılı Kanun’un 62 nci maddesi uyarınca indirim yapılması gerekirken içerikten yoksun, soyut, dosya kapsamı ile uyumlu olmayan yetersiz ve yasal olmayan gerekçe ile 5237 sayılı Kanun’un 62 nci maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi hukuka aykırı bulunmuştur.”⁴⁴

TAKDİRİ İNDİRİM NEDENİNİ UYGULAMA YETKİSİ

Hakim TCK’nın 62. maddesinde sayılı nedenlerden birinin gerçekleşmesi halinde takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasına karar verebilecektir. Bununla birlikte takdiri indirim nedeninin uygulanması zorunlu olmayıp hakimın takdirindedir.⁴⁵ Hakim somut ve makul bir gerekçe

[43] Özbek / Doğan / Meraklı / Bacaksız / Başbüyük, s.723.

[44] Yargıtay, 1.CD., E.2023/9374, K.2024/1434, T.05.03.2024_ (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 01.06.2024).

[45] Akbulut, s.1219; Aksi yönde bir görüşe göre, olayda takdiri indirim nedenlerin bulunup bulunmadığı hususu hakimın değerlendirmesine olmakla birlikte, bu nedenlerin var olduğu kanaatine ulaşan hakimın takdiri indirim nedenlerini uygulaması zorunludur. Çünkü TCK’nın 62. maddesinde “indirilebilir” değil “indirilir” denilmektedir. (Toroslu / Toroslu, s.292)

yazmak suretiyle bu tür durumlarda takdiri indirim nedenlerinin uygulanmamasına karar verebilir.⁴⁶

ALEYHE UYGULANMAMA

7406 sayılı Kanunla TCK'nın 62. maddesinin değiştirilmeden önce maddede "*gibi hususlar*" ifadesine verilmiş olması nedeniyle takdiri indirim nedenlerinin kanunda belirtilenlere sınırlı olmadığı ve sayılanlar dışında kalan bir nedenin de takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasına yol açacağı kabul edilmekte idi. Bu nedenle 7406 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce işlenen suçlar bakımından sanık aleyhine olan söz konusu kanun değişikliğinin geriye yönelik uygulanması mümkün değildir.⁴⁷

Örneğin sanığın yargılama sürecindeki davranışları, 7406 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinde önce işlenen bir suç bakımından takdiri indirim nedeni olarak değerlendirilebilir.⁴⁸

SONUÇ

Cezanın bireyselleştirilmesi için hakime tanınan yetkilerden biri olan Türk Ceza Kanunu'nun "Takdiri indirim nedenleri" başlıklı 62. maddesi 12.5.2022 tarih ve 7406 sayılı Kanunla önemli değişikliklere uğramıştır. Bu değişiklikte "*gibi hususlar*" ibaresi madde metninden çıkarılarak takdiri indirim nedenleri maddede sayılı ölçütlerle sınırlandırılmıştır. Aslında failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları ve cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri şeklinde yer alan kavramlar çok sayıda makul sebebi kapsayacak ölçütlerdir. Ancak bu değişikliğin takdiri indirim nedenlerinin uygulamada çok sık uygulandığına yönelik bir tepki düzenlenmesi olduğu dikkate alındığında, bu ölçütlerin uygulamada dar yorumlanması ihtimal dahilindedir. Örneğin failin hamile olması, yaşlı olması,

[46] Yargıtay, 8.CD., E.2021/9457, K. 2024/2222, T.07.03.2024: "Türk ceza hukukunda benimsenen serbest takdir sisteminde cezaı azaltıcı takdiri indirim nedenlerinin varlığını kabul ve değerlendirme yetkisinin tamamen hakime ait olduğu, Mahkemece 'suçun işleniş biçimi, sanığın amacı şahsi sosyal durumu, eylemini süreklileştirmesi, yoğunlaştırması, kazanç kapısı haline getirmesi' göz önünde bulundurularak sanık ... hakkında 5237 sayılı Kanun'un 62 nci maddesinin uygulanmamasında bir isabetsizlik görülmediğinden, hükümde bu yönüyle hukuka aykırılık bulunmamıştır". (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 01.06.2024).

[47] Öztürk / Erdem, s.578.

[48] Yargıtay, 8.CD., E.2021/9457, K.2024/2222, T.07.03.2024: "Dairemizin 13.09.2022 tarihli ilamı ile bozulan ... 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 08.09.2021 tarihli ve 2020/247 Esas, 2021/401 Karar sayılı ilk kararında, 'sanığın yargılama sürecindeki davranışları lehine takdir edilerek' şeklindeki gerekçe ile 5237 sayılı Kanun'un 62 nci maddesinin birinci fıkrası uyarınca sanığın cezasında indirim yapıldığı, bozma sonrası yapılan yargılamada ise, duruşma zabıtlarına ve dava dosyasına yansıyan olumsuz bir kişiliği saptanmayan sanık hakkında, sonradan yürürlüğe giren 7406 sayılı Kanun'un 1 ... maddesine de atf yapılarak 'failin duruşmadaki mahkemeyi etkilemeye yönelik şekli tutum ve davranışları' şeklindeki yasal olmayan gerekçe ile 5237 sayılı Kanun'un 62 nci maddesinin birinci fıkrası gereği takdiri indirim uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi, hukuka aykırı bulunmuştur". (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 01.06.2024).

engelli olması, amansız bir hastalığa kapılması gibi durumların bundan sonra uygulamada takdiri indirim nedenleri kapsamında değerlendirilmesi güç olabilecektir.

Bu değişiklik ayrıca bazı olaylarda vicdani kanaatin oluşmasına da engel olabilecektir. Örneğin amansız bir hastalık nedeniyle acı içinde bulunan bir kimseyi acısına son vermesi yönündeki ricası üzerine acıma duygusuyla öldüren fail hakkında takdiri indirim nedenlerinin uygulanması mümkün görünmemektedir. Buna benzer makul sebepler, ancak zorlama bir yorumla takdiri indirim nedenleri kapsamında değerlendirilebilir. Bu nedenle herhangi bir haklı nedene dayanmayan bu değişiklikten vazgeçilerek, “*gibi hususlar*” ibaresinin madde metnine tekrar eklenmesi isabetli olacaktır.

7406 sayılı Kanunla yapılan bir diğer değişiklik, failin duruşmadaki mahkemeyi etkilemeye yönelik şekli tutum ve davranışlarının takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınamayacağı yönündedir. Bu düzenlemenin, basında ve sosyal medya yer alan “kravat indirimi” veya “takım elbise indirimi” başlıklı eleştirel haber ve yorumlardan kaynaklandığı tahmin edilebilir. Ancak uygulamada herhangi bir mahkemenin bu tür gerekçelerle takdiri indirim nedenini uyguladığına ilişkin bir örnek mahkeme kararına tarafımızca rastlanmış değildir. Dolayısıyla bu düzenlemenin gereksiz olduğu ve herhangi bir ihtiyacı karşılamayacağı söylenebilir.

Anayasa gereği bütün mahkeme kararlarının gerekçeli olması gerekmektedir. Bu nedenle 7406 sayılı Kanunla takdiri indirim nedenlerinde gerekçe gösterme zorunluluğunun getirilmesi yönündeki düzenlemenin de gereksiz bir düzenleme olduğu ifade edilebilir. Bu ve buna benzer düzenlemelerin yapılmasına ihtiyaç duyulması, uygulamada çok sayıda mahkeme kararlarının gerekçesiz şekilde verildiğini de ortaya koymaktadır.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin. Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- Artuk, Emin / Gökçen, Ahmet. Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s.1008.
- Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem. Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2020.
- Dülger, Volkan. Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023.
- İçel, Kayıhan. Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2023.
- Kaçar, Yusuf. "7406 Sayılı Kanun'la Değişik Türk Ceza Kanunu'nda Takdiri İndirim Nedenleri". Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.10, S.2, 2022, s.925-950.
- Koca, Mahmut / Üzülmez, İlhan. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Önder, Ayhan. Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.
- Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Meraklı, Serkan / Bacaksız, Pınar / Başbüyük, İsa. Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan. Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 23. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s.578.
- Soyaslan, Doğan. Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s.472.
- Töngür, Ali Rıza / Çetintürk, Ekrem. Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2020
- Toroslu, Nevzat / Toroslu, Haluk. Ceza Hukuku, Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2023.

İFADE ALMA İŞLEMİNE İLİŞKİN NEGATİF USUL KURALLARI (YASAK İFADE ALMA YÖNTEMLERİ)

Dr. Mahmut GÖKPINAR

MEB Teftiş Kurulu Başkanlığı
ORC-ID: 0000-0002-7433-0323
mahmutgokpinar@hotmail.com

ÖZET

Şüphelinin kolluk tarafından ifadesinin alınması işlemine ilişkin kurallar, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda birbirini takip eden maddelerde işlemdeki görevliler esas alınarak pozitif ve negatif yükümlülükler şeklinde ayrı ayrı düzenlenmiştir. Başka bir deyişle, CMK md. 147'de şüphelilere tanımış olan ve görevlilerce kullanılması gereken haklar; CMK md. 148'de ise başvurulması yasaklanmış olan ifade alma yöntemleri hüküm altına alınmıştır. Bu bildirimde, söz konusu davranışlar (ifade alma işlemine ilişkin negatif kurallar) ile bunların ihlal edilmesinin sonuçları ele alınacaktır.

Şüphelinin ceza muhakemesinin bir objesi olmadığı gerçeği, teorik boyutta ne kadar idealize edilse de uygulamada şüpheli hakları temelinde bir ceza muhakemesi yürütme yükümlülüğü, kolluk tarafından maddi gerçeğe ulaşma amacı bakımından bir engel olarak algılanmaktadır. Söz konusu bu algı, ifade alma işleminin savunma hakkının kullanılması şeklinde bir fonksiyonunun da olduğunun görmezden gelinerek, işleme salt delil elde etme faaliyetiymişçesine yaklaşılmasına neden olmaktadır. Bu durum da beraberinde ifade alma sırasında uyulması gereken kuralların ihlal edilmesini getirmektedir. Yukarıda belirtilen bu algının yaşama geçiriliş yollarından biri, CMK md. 148/1'de hüküm altına alınan, şüphelinin beyanının özgür iradesinin bir sonucu olmasını engelleyen ve kolluk tarafından şüpheliye yapılan fiziksel ve ruhsal müdahaleler olarak ortaya çıkmaktadır. Bu bildirimde, kötü davranma, işkence, ilâç verme, yorma, cebirde bulunma, bazı araçları kullanma gibi fiziksel ile aldatma, tehdit gibi ruhsal müdahale biçimleri inceleme konusu yapılacaktır.

Kötü davranma, şüphelinin vucut bütünlük ve sağlığına yönelik olarak gerçekleştirilen kasıtlı davranışları ifade etmektedir. Sadece yaralanmayı değil çok önemsiz olmayan zararları da içermektedir. Yorma, şüphelide ortaya çıkan dinlenme ihtiyacının bir sonucu olarak kendisine

karşı herhangi bir araç kullanmadan irade gücünün azaltılarak bu özgürlüğünün önemli şekilde tehlikeye atılması, zarar verilmesidir. Vücuda yapılan müdahaleler duruma göre, kötü muamele ya da işkence teşkil edebileceği gibi, enjekte etmek gibi bir uygulama söz konusuysa diğer bir yasak yöntem olan ilaç verme kapsamında da değerlendirilebilir. Vücuda yapılan müdahale bakımından, yalan makinesi olarak bilinen poligraf, fallografi, narko-analiz, hipnoz uygulamaları en tipik örnekleri teşkil etmektedir. Şüpheliye ilaç vermek, onun vücuduna katı, sıvı ya da gaz halindeki maddelerin herhangi bir şekilde girişinin sağlanmasıdır. İşkencenin maddi ve manevi yönleri bulunmaktadır. Şüpheliyi karanlıkta tutma, korku ve umutsuzluk duygularına neden olma vb. gibi sürekli ya da tekrarlanan herhangi bir davranış, yakınlarıyla iletişimsiz bırakmak, kimseyle görüştürülmeksizin ifade almak gibi davranışlar işkence teşkil etmektedir. Kolluk kuvvetleri şüpheliyi aldatırken, soruşturma konusu olaya ilişkin gerçekleri çarpıtarak, gizleyerek ya da gerçekte olmayan bazı hususlar varmış gibi göstererek şüpheliyi yanıltmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kötü Davranma, İşkence, İlaç Verme, Yorma, Aldatma

NEGATIVE PROCEDURE RULES FOR TAKING A STATEMENT (PROHIBITED METHODS OF TAKING STATEMENTS)

ABSTRACT

The rules regarding the process of taking the suspect's statement by the law enforcement officers are regulated separately in the Code of Criminal Procedure No. 5271, in successive articles, as positive and negative obligations, based on the officers in the process. In other words, he rights granted to suspects CMK in Article 147 and which must be exercised by officers; CMK in Article 148, methods of taking statements that are prohibited are regulated. In this notification, The behaviors in question, the negative rules (regarding the statement-taking process), and the consequences of violating them will be discussed.

Although the fact that the suspect is not an object of criminal procedure is idealized in theory, in practice the obligation to conduct criminal proceedings on the basis of the suspect's rights is perceived by the law enforcement as an obstacle in terms of reaching the material truth. This perception causes the process to be approached as if it were merely an activity of obtaining evidence, ignoring the fact that the process of taking a statement also serves as the exercise of the right to defence. This situation brings about violations of the rules that must be followed during statement taking. The implementation of this perception mentioned above, Criminal Procedure Law(CMK) art. It emerges as the physical and psychological intervention made to the suspect by the law enforcement, which is stipulated in Article 148/1 and prevents the suspect's statement from being a result of his free will. In this notification, physical interventions such as ill-treatment, torture, drugging, tiring, using force, using certain tools, and psychological interventions such as deception and threats will be examined.

Behave badly, refers to intentional behavior aimed at the physical integrity and health of the suspect. It includes not only injury but also non-trivial damages. Exhaustion is the serious endangerment and harm to the suspect's freedom by reducing her will power without using any means against her as a result of her need to rest. Depending on the situation, interventions on the body may constitute ill-treatment

or torture, or if a practice such as injecting is involved, it may also be considered within the scope of drug administration, which is another prohibited method. In terms of interventions made on the body, printing, also known as polygraph, phallography, narco-analysis and hypnosis are the most typical examples. Giving medication to a suspect means allowing solid, liquid or gaseous substances to enter his/her body in any way. Torture has material and moral aspects. Keeping the suspect in the dark, inducing a feeling of fear and helplessness, etc. Leaving relatives without communication, taking statements without communicating with anyone etc. continuous or repeated behavior constitutes torture. When the law enforcement officers deceive the suspect, they mislead the suspect by falsifying or hiding the facts regarding the incident under investigation, or by making it seem as if there are some issues that do not actually exist.

Keywords: İll-treatment, Torture, Drugging, Fatigue, Deception.

GİRİŞ

Ceza muhakemesi hukuku, özellikle de şüphelinin hukuksal durumu açısından her devlet anayasasının bir tür sismografını teşkil etmektedir. Çünkü şüpheli-sanığın muhakemenin pasif bir objesi ya da az çok belli haklara sahip bir süjesi olarak kabul edilmesinden o ülkede var olan devlet anlayışını anlamak mümkündür. Bu nedenle de bir ülkede yaşanan sosyal değişiklerle birlikte, ceza muhakemesi hukukunda şüpheli-sanığın hukuksal durumunu ilgilendiren hükümlerde de değişiklik olması doğal bir sonuçtur. Bu çerçevede şüpheli, maddi gerçeğe¹ ulaşma sürecinde kendisine başvurulmuş bir araç olmayıp, çeşitli hakları sahip olan bir süjedir.²

Şüpheli, soruşturma evresinde kendisine isnad edilen suçla ilgili olarak yaptığı açıklamalarla soruşturma aşamasına yön vermekte, delillerin toplanmasını sağlamaktadır. İfade alma işlemi, bu önemine binaen 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) ve Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinde (YGİAY) çok sıkı kurallara bağlamıştır. Söz konusu kuralların ihlal edilmesi ise, hukuka aykırı olarak elde edilen ifade beyanlarının ceza muhakemesinde değerlendirilememesini sonuçlandırmaktadır. Yukarıda kısaca belirtilen şüphelinin ceza muhakemesinin bir objesi olmadığı gerçeği, teorik boyuta ne kadar idealize edilse de uygulamada şüpheli hakları temelinde bir ceza muhakemesi yürütme yükümlülüğü, kolluk³ tarafından maddi gerçeğe ulaşma amacı bakımından bir engel olarak algılanmaktadır. Söz konusu bu algı, ifade alma işleminin savunma hakkının kullanılması şeklinde bir fonksiyonunun da olduğunun görmezden gelinerek, işleme salt delil elde etme faaliyetimişçesine yaklaşılmasına neden olmaktadır⁴. Bu durum da beraberinde ifade alma sırasında uyulması gereken kuralların ihlal edilmesini getirmektedir⁵.

[1] Muhakemenin değişik aşamalarında şüphelinin psikolojik durumu farklılık arz edebilir. Kolluk tarafından ifadesinin alınması sırasındaki beyanlarının değeri, diğer aşamadakilere oranla daha değerlidir. Çünkü iddia konusu fiilin ortaya çıkışına en yakın zaman olduğundan daha samimi davranma ihtimali vardır. Ancak bunun için yasak sorgu yöntemlerine başvurulmuş beyanlarının iradesinin ürünü olmasının engellenmesi gerekir. Cihan, Erol. "Psikolojik Açıdan Sanığın Sorgusu", *Uğur Alacakaptan'a Armağan, C. 1*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 160.

[2] Gökpınar, Mahmut. "Şüphelinin Kolluk Tarafından Aldatılması", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 31, S. 2, 2023. s. 665, 667.

[3] Cihan, 2008, s. 158.

[4] Soruşturmada yer alan kolluk görevlilerinin, şüphelinin soruşturma konusu davranışları gerçekten işleyip işlemediğinden bağımsız olarak daha çok onun aleyhine olan hususları tespit etmeye yönelik tek yanlı bir belirleme işlemine girme tehlikesi bulunmaktadır. Bunun nedeni, soruşturmanın psikolojik karakteri, kolluğun meslek psikolojisi, kültürü, 'suçlu' ile 'sanık' ve 'şüpheli' arasında özellikle de uygulamaya sırasında kavramsal açıdan olması gereken ayırımın yapılmamasıdır. Cihan, 2008, s. 158.

[5] Apış, Özge. "Güncel Yargı Kararları ve Yasa Değişiklikleri Işığında İfade Alma ve Sorgu Sırasında Şüpheli/Sanığın Hakları", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 25, S. 1, 2019, s. 54.

Yukarıda belirtilen bu algının yaşama geçirilişi, CMK md. 148/1’de hüküm altına alınan ve şüphelinin beyanının özgür iradesinin bir sonucu olmasını engelleyen kolluk tarafından şüpheliye yapılan fiziksel ve ruhsal müdahaleler olarak ortaya çıkmaktadır. Bu bildiride, kötü davranma, işkence, ilâç verme, yorma, cebirde bulunma, bazı araçları kullanma, aldatma, tehdit gibi bedensel ve ruhsal müdahale biçimleri inceleme konusu yapılacaktır.

GENEL OLARAK

5237 sayılı CMK md. 148, StPO md.136a, ifade alma işlemi sırasında yapılmaması gereken davranışları, başka bir ifadeyle kolluğun negatif yükümlülüklerini düzenlemekte olup yasak sorgulama yöntemlerine ilişkin merkezi hükümlerdir. İnsan onurunun bir uzantısıdır⁶. CMK md. 148/1’e göre “Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilâç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz.”. Hükümde “*gibi*” ibaresine yer verilerek ifade alma işlemi sırasında ortaya çıkabilecek olan yasak yöntemler, sınırlı bir şekilde düzenlenmemiş; şüphelinin irade özgürlüğüne uygun karar alıp uygulama yeteneğini engellemek bakımından başvurulması muhtemel diğer yöntemlerin de önüne geçilmek istenmiştir. CMK md. 148/2’de ise şüpheliye kanuna aykırı yararın vaat edilemeyeceği hüküm altına alınmıştır⁷. StPO md. 136a/1’e göre “*Kötü davranma, yorma, vücuda yapılan müdahaleler, ilaç vermek, işkence, aldatma veya hipnoz suretiyle, şüphelinin iradi karar verme ve iradi faaliyette bulunma özgürlüğü, engellenemez. Zorlama sadece Ceza Muhakemesi Hukukunun izin verdiği hallerde mümkündür. Bu hükümlere göre izin verilmeyen bir tedbir uygulamakla tehdit ve kanunda öngörülme bir yarar vaad etmek yasaktır.*” StPO md. 136a/2’ ye göre ise, “Şüphelinin hatırlama kabiliyetini veya idrak etme kabiliyetini engelleyen tedbirler uygulanamaz.”

StPO md. 136a’da her ne kadar CMK md. 148’ de olduğu üzere “*gibi*” şeklinde bir benzetme edatı kullanılmamış olsa da “şüphelinin iradi karar verme ve iradi faaliyette bulunma özgürlüğü, engellenemez” denilerek kolluğun ifade alma sırasında başvurabileceği yöntemlerin sınırı vurgulanmış ve bu özgürlüğün engellenmemesi gerektiği belirtilerek

[6] İfade alma işlemi sırasında yasak yöntemlere başvurulmuş olması, şüphelinin psikolojik fonksiyonuna zarar verir. Demirbaş, Timur. *İşkence Suçu*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 124.

[7] Aynı yönde: Demirbaş, Timur. *Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması*, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 346; Meraklı, Serkan. “İfade Alma-Sorgu Kuralları ve Bunlara Aykırı Elde Edilen Beyanlar”, Nuhoğlu, Ayşe (Editör), *Prof. Dr. Feridun YENİSEY’e Armağan, C.I*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 1574; “Yasak olan yöntemlerin her tür “bedensel veya ruhsal müdahale” olarak anlaşılması gerekir. Dolayısıyla müdahalenin mutlaka fiziksel bir niteliğe sahip olması da gerekmez.”: Özbek, Veli Özer / Kanbur, M. Nihat/ Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 273.

ortaya çıkması muhtemel yasak yöntemlerden bazıları sayılmıştır. Doktrin⁸ ve yargı kararlarında⁹ da yöntemler bakımından söz konusu düzenlemenin tadadı olmadığı yaklaşımı benimsenmektedir.

İFADE ALMAYA İLİŞKİN NEGATİF KURALLARIN (YASAK İFADE ALMA YÖNTEMLERİNİN) TARİHSEL GELİŞİMİ

Almanya'da 1877 yılına gelindiğinde yasama organına, şüphelinin karar verme özgürlüğüne StPO md.136a'da belirtilen yasak yöntemlerden biriyle müdahale edilmemesi gerektiği doğal görünüyordu¹⁰. Bu nedenle de Ceza Muhakemesi Kanununda konuyla ilgili özel bir hükme yer verilmemişti. Aslında her durumda geçerli bir usul ilkesi içeren StPO md.136a maddesi, 1964 yılında Kanuna dahil edilmiştir. Yaşanan deneyimler tarihsel kanun koyucular tarafından verili olduğu kabul edilen insan onuruna saygı ilkesinin, Nazi rejimi gibi totaliter devlet sistem ve uygulamaları için hiçbir anlam ifade etmediğini, suç şüphesi altındaki kişinin buna ilişkin açıklamalarının arkasındaki iradesi üzerinde kabul edilmesi mümkün olmayan etkilerin net bir şekilde yasaklanması gerektiğini göstermişti¹¹. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nu anayasal ilkelere uyumlu hale getirmek için Kanunun şüphelinin polis tarafından ifadesinin alınmasına ilişkin hükmü bu şekilde değiştirilmiştir¹². Böylelikle de tarihsel varsayımlar, bir kanun hükmü haline gelmiştir¹³.

Türk Ceza Muhakemesi Hukuku bakımından söz konusu yöntemlerin yasaklanması, 1992 yılında 3842 Sayılı Kanun md. 13 ile gerçekleşmiştir. Özgür iradeye dayanmayan ifadelerin geçerli olmayacağı, özgür iradeyi engelleyici nitelikteki kimi müdahale ve davranışlar aracılığıy-

[8] Krey, Volker. Deutsches Strafverfahrensrecht Band II: Hauptverhandlung, Beweisrecht, Gerichtliche Entscheidungen, Tatbegriff, Rechtskraft, Rechtsmittel und Rechtsbehelfe (Studienbücher Rechtswissenschaft), Kohlhammer, 2015, s. 71; Prasch, Volker. Die List in der Vernehmung und Befragung des Beschuldigten zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Täuschungsverbots des § 136a StPO, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln, 2002, s. 30; Sicker, J. Anreas. Das Geständnis, Jus Ponela 1, Mohr Siebeck, 2014, s. 256; Beulke, Werner. Strafprozessrecht, 10. völlig neu bearbeitete Auflage, 2008, s. 90; Chiesa, E. Luis. "Beyond Torture: The Nemo Tenetur Principle in Borderline Cases", Boston College Third World Law Journal, Vol. 35, 2009, s. 70.

[9] BGHSt 5, 332, 334; BGHSt 44, 348; BGHSt 5, 332, 333, 38, 215, 219. (<https://dejure.org>). (ERİŞİM TARİHİ:02.05.2024)

[10] Suçun aydınlatılmasından sorumlu devlet organ ve görevlilerinin bu çerçevede ortaya çıkan davranışlarının suçun kendisinden daha tehlikeli ve korku yayan olduğunu gösteren bir Avrupa tarihi yaşanmıştır. Aydınlanma dönemiyle birlikte devletin sınırlanıp bireysel hakların güçlendirilmesiyle devlet, işkence, kötü davrama gibi elindeki bu araçlardan feragat etmiştir. Kühne, H. Heiner. "Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbirleri", (Çeviren: Özbek, Veli Özer), İzmir Barosu Dergisi, S. 2, 1993, s. 123.

[11] Buch, Erstes. *Allgemeine Vorschriften, STRAFPROZESSORDNUNG*, 8. Baskı, 2019, s. 818; Türk doktrininde yer alan bir görüşte CMK md. 148 ile StPO md 136a'nın benzer hükümler olduğu, düzenlemelerde yer alan yöntemlerin insanlık dışı davranışlar olduğu, yasaklanarak şüphelinin onurunun korunmasının amaçlandığı belirtilmiştir. Öztürk, Bahri. "Yeni CMK'da Delil Yasakları", *Uğur Alacakaptan'a Armağan, C. 1*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s.

[12] Herrman, s. 342.

[13] Sicker, s. 253.

la yazılı beyan alınamayacağı, sorgu yapılamayacağı 1412 sayılı CMUK md.135'de hüküm altına alınmıştır. Böylelikle Kıta Avrupası hukuk sisteminde olduğu gibi yasak yöntemler, temel hak ve özgürlükleri korumak için Kanuna dahil edilmiştir. Diğer taraftan 1992 değişiklikleriyle CMUK md. 254/2 hükmü¹⁴ Kanuna dahil edilerek de yasak sorgu ve ifade alma yöntemleri dışında kalan başka bir deyişle hukuka aykırı deliller bakımından Anglo-Amerikan hukuk sisteminde geçerli olan anlayışa yer verilmiştir¹⁵.

İFADE ALMAYA İLİŞKİN NEGATİF KURALLARIN İHLALİNİN SONUCU

CMK md. 148 ile StPO md.136a'nın temel fonksiyonu, şüpheli kişiyi muhakemenin bir nesnesi haline getirmeyi önlemek, karar verme iradesini kullanma özgürlüğünü korumaktır. CMK md. 148 ile StPO md.136a hükümleri ifade alma işlemi için geçerli olan kurallar olup bu konuda görevli olan kişiler bakımından bağlayıcılık arz etmektedir. Şüphelinin yanı sıra tanık ve bilirkişiler için de bir güvence teşkil etmektedir. CMK md. 148 ile StPO md.136a'da yer verilen yasak yöntemlere başvurularak ifade alınmasına şüphelinin göstermiş olduğu rızanın hukuken bir değeri olamayacağı; StPO md.136a/3'de, (1) ve (2). fıkralardaki yasaklar "şüphelinin rızası olsa dahi geçerlidir. Bu yasaklar ihlali ile elde edilen ifadeler, sanık değerlendirmeye rıza gösterse dahi delil olarak değerlendirilemez."; CMK md. 148/3'de " *Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez*" denilerek açıkça hüküm altına alınmıştır. Böylelikle şüphelinin sadece kolluk görevlileri şahsında devlet gücü-yetkisine karşı değil; kendisine karşı da korunması sağlanmış olmaktadır.¹⁶ Ayrıca yasak ifade almaya ilişkin kuralların kamu düzeniyle ilgili olduğu da belirtilmelidir. Maddi gerçeğe uygun itirafın ortaya çıkmasını sağlaması yönüyle kamusal menfaatleri de korumaktadır¹⁷. Doktrinde yer alan bir görüşte, CMK md. 148/3 hükmünün özel bir hukuka aykırılık hali-değerlendirme yasağı taşıdığı bu nedenle de yüklenen suçun ispatının hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş delillere dayanması gerektiği yönündeki CMK md. 217/2'den bağımsız bir değerlendirmeye tabi olduğu belirtilmiştir¹⁸.

[14] CMUK madde 254/2: "Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınmaz."

[15] Şahin, 1994, s. 186.

[16] Gökpinar, 2023, s. 676-678.

[17] Soyaslan, Doğan. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 338.

[18] Kayaer, Nebahat. *Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilin Değeri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 163; Aynı yöndeki başka bir görüşte, CMK md. 148'de önce bir kuralın konulduğu, sonrasında ise buna uyulmamasının sonucunun açıkça gösterildiği bu nedenle de madde kapsamına giren durumlarda CMK md.217/2'nin uygulama alanı bulamayacağı belirtilmiştir. Öztürk, 2008, s. 604.

Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında özgür iradeye dayanmayan ikrarın hükme esas alınamayacağını belirtmiştir¹⁹. Anayasa Mahkemesinin bir kararında²⁰ da işkence ve kötü muamele gibi yasak yöntemlerle elde edilen delillerin mahkûmiyet hükmüne esas alınmasının adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine hükmedilmiştir. Diğer taraftan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) adil yargılanma hakkı bakımından delillerin değerlendirilmesine ilişkin olarak vermiş olduğu hak ihlali kararlarında geliştirmiş olduğu ‘tek ve belirleyici delil olma’²¹ kriterini²² yasak ifade yöntemleri söz konusu olduğunda dikkate almamaktadır. Başka bir değerlendirme yapmaksızın bu hakkın ihlal edildiğine karar vermektedir²³. Alman Federal Mahkemesince verilen bir kararda da yasak sorgu yöntemlerine başvurulmasının adil ve anayasal yargılanma hakkını ihlal ettiğine karar verilmiştir²⁴.

StPO’da bireylerin kendi imkanlarıyla elde ettikleri delillerin değerlendirilmesiyle ilgili herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Alman doktrininde bu konuda genel olarak bireylerin usul kurallarını ihlal ederek elde ettikleri delillerin; elde edilmesi, kamu görevlilerine atfedilmediği sürece sadece gerçeği yansıtma bakımından incelenmeleri gerektiği belirtilmektedir²⁵. Teblig konumuz çerçevesinde Federal mahkemece verilen bir kararda²⁶ da şu görüşlere yer verilmiştir: “İstismar yasağının nesnel ön koşulu, bir devlet kolluk kuvvetinin, sanığın karar verme ve iradesini kullanma özgürlüğünü, yasaklanmış araç veya yöntemleri kullanarak ihlal etmiş olmasıdır (BGSt 5, 290 [291]; 22, 129 [134] f.); BGH, 3 Şubat 1970 tarihli Karar - 5 StR 537/69) ve (BGHSt 13, 60 [61]).”

[19] Y. 19. CD., E. 2015/11602, K. 2015/7501, 23.11.2015. (<https://www.lexpera.com>.)

[20] 2014/14284 Bşv.Nolu ve 27.06.2018 tarihli.

[21] “Bir delilin belirleyici addedilmesi; ispat gücünün, verilecek hükmü doğrudan etkilemesine bağlıdır. Belirleyici delil, somut olay açısından başlı başına verilecek hükmün sonucunu değiştirebilecek önemi haizdir. Bu nedenle somut olayda yan delillerin sayısı ve kuvveti, delilin belirleyiciliğini azaltan faktörlerdir. Uyuşmazlığı çözmekle görevli mahkemenin, hükme esas aldığı bir delili, diğer delillerle desteklemesi ve aralarında mukayese yaparak hükme ne şekilde etki ettiklerini göstermesi, yan delillerin ispat gücünü artıran faktörler olarak nitelendirilmiştir ...Kamu davası, parçalardan oluşan bir mozaik gibidir. Bütün resmi oluşturan parçalardan bazıları eksik olabilir. Bu eksik parçalardan sonra dahi resmin bütününe ne olduğu şüphesiz bir biçimde anlaşılabilir, eksik olan parça belirleyici nitelikte değildir. Mahkemenin içtihatlarındaki “belirleyici delil” kavramı ancak bu şekilde daraltılabilir”: Ünal, Ertuğrul. Ceza Muhakemesi Hukukunda Silahların Eşitliği İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 376.

[22] Al-Khawaja ve Tahery/Birleşik Krallık, 15.12. 2011; Vidgen/Hollanda, 10.07.2012; Schatschaschwili /Hollanda, 15.12.2015; Seton/Birleşik Krallık, 31.03.2016; Dimović/Sırbistan, 28.06.2016; İshak Sağlam/Türkiye, 10.07.2018; T.K./Litvanya, 14.01.2020 (HUDOC)

[23] Levinta/Moldova, 16.03.2009 (HUDOC)

[24] BGH 3 StR 414/87-30 Ekim 1987.

(<https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=01.04.1960&Aktenzeichen=4%20StR%2036/60>)

[25] Roxin, Claus.“İspat Hukukunun Esasları”, (Çeviren: Ünver, Yener), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 2, S. 8, 2005, 288; HEINRICH, Bernd / REINBACHER, Tobias. “Beweisverwertungsverbote VIII –Ausforschung durch Privatpersonen”, *Examinatorium Strafrecht – Arbeitsblatt* 33, 2023, s. 1.

[26] BGH 4 StR 30/87-30.10.1987 (<https://opiniojuris.de/entscheidung/759>)

Tüm bunlar dikkate alındığında bireyler tarafından yasak yöntemler uygulanarak elde edilen ifadeler, delil olarak kabul edilecektir. 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu md. 254/2’de soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri delillerin hükmüne esas alınmayacağı belirtilmesine karşın konuyu düzenleyen CMK md. 217/2’de herhangi bir ayrıma gidilmemiş, sadece delilin hukuka uygunluğundan bahsedilmiş olması karşısında, bu hususta Alman Hukuku bakımından yapılan değerlendirmelerin Türk hukuku bakımından geçerli olamayacağını söylemek mümkündür²⁷.

Doktrinde yer alan bir görüşte, CMK md. 148’de bazı yöntem ve araçların sayılarak bunlara başvurulmasının şüphelinin irade özgürlüğünü etkileyeceğinin kabul edildiği, somut olaylarda bunların iradeyi etkileyip etkilemediğinin ispatlanmasının gerekmediği belirtilmiştir²⁸. Kanatimizce bu görüşe katılmak işkence yöntemi dışında mümkün değildir. Şüpheli somut olayın ve kendi şahsi özellikleri dolayısıyla bu yöntemlerden etkilenmemiş olabilir. Her bir olay bakımından ayrıca bir neden-sonuç değerlendirmesi yapılması gerekmektedir. Nitekim CMK md. 148’de özgür irade oluşumu bakımından “*Bunu engelleyici nitelikte*” ibaresi kullanılmıştır. Burada geçen *nitelik*, maddi niteliklidir. Başka bir deyişle düzenlemede başvuru yönteminin irade oluşumu bakımından yarattığı ağırlık ve etkiye vurgu yapılmıştır. Federal Mahkeme’nin bir kararında da şüphelinin istismar edilmiş olabileceğinin nesnel koşulunun StPO md. 136a’da yer verilen yöntemlere başvurulması, öznel koşulunun ise şüphelinin verdiği ifadenin bu yöntemlerin bir sonucunun olması olduğu belirtilmiştir²⁹.

YASAK İFADE ALMA YÖNTEMİ OLARAK ŞÜPHELİYE KARŞI GERÇEKLEŞTİRİLEN FİZİKSEL MÜDAHALELER

Kötü Davranma (Misshandlung)

5237 sayılı CMK md. 148/1’de şüphelinin kolluğa verdiği beyanın kendi özgür iradesinin bir sonucu olması gerektiği ilkesi belirtildikten sonra buna engel olacağı varsayılan ilk yöntem olarak şüpheliye kötü davranma hüküm altına alınmıştır. Benzer bir durum, StPO md.136a ba-

[27] Aynı yönde: Demirbaş İşkence, s. 123; Doktrinde aksi yönde yer alan bir görüşte, yasak ifade alma yöntemlerine başvurma yasağının resmi sıfatı olan kişiler için geçerli olduğu, işkence dışında örneğin mağdurun kardeşinin şüpheliyi döverek itiraf ettirmesinin CMK md. 148 kapsamında olmadığı belirtilmiştir. Centel, Nur / Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 222.

[28] Centel / Zafer, s. 221.

[29] BGH 4 StR 30/87-30.04.1987

(<https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=24.03.1959&AktENZEICHEN=5%20StR%2027/59>); Aynı yönde: BGH 2 StR 712/77-21.04.1978 (<https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=NJW%201953,%201114>); Aynı yönde: Demirbaş İşkence, s. 123, 124.

kımından da geçerlidir. Kötü davranma, şüphelinin vucut bütünlük ve sağlığına³⁰, maddi ve/veya manevi varlığına yönelik olarak gerçekleştirilen³¹, cebir ve işkence dışında kalan³² haksız kasıtlı davranışları ifade etmektedir³³. Sadece yaralanmayı değil çok önemsiz olmayan zararları da içermektedir³⁴. Bu konuda belirleyici olan, gerçekleştirilen davranışın şüphelinin ifadeye ilişkin olarak iradesini etkileme kapasitesidir³⁵. Buna göre, vücut üzerinde doğrudan etki yaratma³⁶ (yaralama, tekmeleme, darbeler, itekleme, yüzüne tükürme, üzerine kirletecek şey atma, gözlerini bağlama, ağzını tıkama, elbiselerinden tutarak yaka-paça sürüklenme, sigara ile deriyi yakma³⁷), şüpheliye küfür ve hakaret etmek³⁸, tedavi ettirmeme³⁹, gıda ve ilaç yoksunluğu, aşırı aydınlatma ve yüksek sese maruz bırakma, uyku sırasında rahatsızlıklar verme, uyandırma ya da diğer nedenlerden kaynaklanan sağlık ve bütünlük üzerinde yaratılan dolaylı etkiler bu kapsamdadır. Şüphelinin yaralı ya da hasta olmasına ya da önemli yoksunluk belirtileri göstermesine rağmen dikkatsizce ifadesinin alınması durumunda da aynı yasak yöntem söz konusudur. Bunların sürekli tekrarı ise işkence olarak kabul edilmelidir⁴⁰.

“Yaralama” başlıklı Alman Ceza Kanunu (StGB) md. 223’de “*kişiye bedenlen kötü muamelede bulun*”mak, yaralama suçunun maddi unsuru olarak hüküm altına alındığı için bir yasak yöntem olan kötü davranmanın müessir fiil-yaralama şeklinde ortaya çıkması gerekip gerekmediği önem kazanmaktadır. Türk Hukuku bakımından yaralama suçunun hüküm altına alındığı 5237 sayılı TCK md. 86’da ise böyle bir unsura yer verilmemiştir. Kanaatimizce, bir davranışın bir suç tipini ihlal etmesinin taşıdığı haksızlık ile şüphelinin beyanının özgür iradesinin sonucu olmasının kollukça engellenmesi birbirinden farklı konulardır. Yasak yöntem olarak kötü davranmanın içerdiği haksızlık oranı, bazen yaralama fiilinin taşıdığı kadar olabileceği gibi bazı durumlarda bundan daha az ya da çok olabilecektir. Yöntem bakımından önemli olan, özgür ira-

[30] Şahin, Cumhuriyet Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 453.

[31] Şenol, Cem. Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı, 2. Baskı, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2018, s. 328.

[32] Öztürk, 2008, s. 604; Aynı yönde: Şenol, s. 328.

[33] Şahin, 2005, s. 453.

[34] Demirbaş, İfade alma, s. 333.

[35] Şenol, s. 329.

[36] Fiziksel istismar kavramı için bkz. Mueller, W. Gerhard. “The Law Relating To Police Interrogation Privileges And Limitations”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 52, Issue. 1, 1961, s. 4.

[37] Şahin, 2005, s. 453.

[38] Öztürk, 2008, s. 604.

[39] Centel / Zafer, s. 222.

[40] Bohlander, Michael. *Principles of German Criminal Procedure*, Hart Publishing, 2012, s. 98; Buch, s. 830; Kötü davranma, cebir ve işkence dışında kalan, şüpheliye hakaret etmek gibi her türlü hukuk dışı muamele olarak tanımlanabilir. Öztürk, 1995, s. 25.

denin ortaya çıkması engelleyen ve yukarıda belirtilen türden haksız davranışların şüpheliye karşı gerçekleştirilmiş olmasıdır. Nitekim StPO md. 136a/1'de, kötü davranmanın da içinde yer aldığı zorlama içeren yöntemler belirtildikten sonra ceza muhakemesi hukukunun izin verdiği zorlamanın yasak kapsamında olmadığı belirtilmiştir. Söz konusu izin, kolluğun görevini yerine getirmesi çerçevesinde haksızlığı ortadan kaldırmaktadır.

Yorma (Ermüdung)

Yorma, şüphelide ortaya çıkan dinlenme ihtiyacının bir sonucu olarak kendisine karşı herhangi bir araç kullanmadan irade gücünün azaltılarak bu özgürlüğünün önemli şekilde tehlikeye atılması, zarar verilmesi olarak tanımlanabilir⁴¹. Federal Mahkeme'ye göre, bazı durumlarda uzun süren bir ifade alma işlemi kaçınılmaz olabilir ancak bu durum şüpheliyi fiziksel bir çöküşün eşğine⁴² getirmemelidir⁴³. Doktrinde bir görüşte de StPO md. 136a'da geçen *ermüdung* ibaresi yorma olarak değil aşırı yorma olarak ele alınmış⁴⁴; bir başkasında ise bu kavramın Türkçe karşılığının bitap düşürmek, sağlıklı düşünemeyecek kadar yormak olduğu belirtilmiştir⁴⁵. İfade alma işleminin süresi hakkında bir kural getirmek mümkün olmamakla birlikte uzun ifade alma işlemi, ancak şüphelinin ifadelerinin iradiliğinin artık garanti edilemeyecek kadar onu yorması halinde kabul edilemez olacaktır⁴⁶. Şüpheli küçük bir dinlenme fırsatı için istenilen beyanda bulunmaya hazır hale getirilmemelidir⁴⁷. Kanaatimizce kolluğun nöbetleşe olarak ifade alması onların yorulduklarını göstermektedir. Görevin usulüne uygun olarak yerine getirilmesi bakımından zorluk arz eden böyle bir durumda belki de ilk kez karakol gören, kollukla karşı karşıya gelen, özgürlüğüyle ilgili türlü endişeler⁴⁸ taşıyan şüphelinin ifade vermek başta olmak üzere pek çok yönden yo-

[41] Buch, s. 832; Aynı yönde: Demirbaş, İfade alma, s. 338; Doktrinde yer alan bir görüşte yorma, bedensel yorgunluk sonucu kişinin iradesinin ve özgür karar verme yeteneğinin kaybolması olarak tarif edilmiştir. Kaymaz, Seydi. "Yasak Sorgu Yöntemi Olarak 'Yorma'", *Yargıtay Dergisi*, C. 25, S. 4, 1999, s. 562

[42] Şüpheli, ifade alma işlemi ya da buna eklenen başka nedenler dolayısıyla bitkin hale getirilmemelidir. Cihan, Erol. "Suç Teşkil Eden Sorgulama Yöntemleri", *Marmara Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.5, S.7, 1971, s. 84.

[43] BGH 1 StR 393/51-30.10.1951; BGH 5 StR 27/59-24.03.1959; BGH 3 StR 419/91-15.05.1992 (<https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=24.03.1959&Aktenzeichen=5%20StR%2027/59>) (ERİŞİM TARİHİ: 08.05.2024)

[44] Cihan, 1977, s. 85.

[45] Öztürk, 2008, s. 605.

[46] Sicker, s. 254; Aynı yönde: Cihan, 1977, s. 85.

[47] Öztürk, 2008, s. 605.

[48] Adli işlemlerde şüphelinin psikolojisinin diğer süjelerden hatta mahkum olanlarından bile oldukça farklı olduğu dikkate alınmalıdır. Şüpheli ifade-sorgu gibi işlemlerde kişisel savunma kaygısı ile davranmaktadır. Kendisine atılı iddialar hakkında beyanlarda bulunduğu hediye-canla iradi olmayan hatalara düşebilir. Söz konusu nedenlerle sadece bu durumunu göz önüne alarak onun ikrarda bulunduğu sonucuna varılmamalıdır. Şüpheli trajik bir tutuklama ya da diğer bir koruma tedbiri nedeniyle ruhsal çöküntü içinde olabilir. Cihan, 2008, s. 160.

rulduğunu evleviyetle kabul etmek gerekir⁴⁹. Federal Mahkeme'nin bir kararında şüphelinin akşama kadar tekrar tekrar ve artan sürelerde ifadesinin alınması, yorma olarak değerlendirilmiştir⁵⁰. AİHM bir kararında⁵¹ şüphelinin, uyumasına ve dinlenmesine izin vermeden ifadesinin alınmasını, diğer nedenlerle birlikte Sözleşmenin 3. maddesinin ihlali olarak hükme bağlanmıştır.

Gece alınan ifadeler bakımından bunu haklı gösteren bir neden olmadığı sürece yorma teşkil edecektir⁵². Örneğin gece yarısı meydana gelen bir kazayla ilgili olarak daha iyi keşif yapılaması, buna neden olanların ifadesinin hemen alınmasını gerektirebilir⁵³. Uzun nakil ve gece olaylarından sonra da benzer bir durum söz konusu olabilir⁵⁴. Bu hususta şüphelinin kolluk görevlileri tarafından kasıtlı olarak yorgun düşürülüp düşürülmediğinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Şüpheli de kendiliğinden yorgun düşmüş olabilir⁵⁵. Belirleyici olan şüphelinin objektif durumudur⁵⁶.

Vücuda Yapılan Müdahaleler (Eingriffe am Körper)

Genel Olarak

StPO md. 136'da "*vücuda yapılan müdahaleler*" şeklinde bir kavram yer almaktayken; CMK md. 148'de aynı yöntemi karşılamak üzere, "*bazı araçları kullanma*"ya yer verilmiştir. StPO, 5271 sayılı CMK'nın bir tür esin kaynağı olduğu için bu bildiri de StPO'daki terim kullanılacaktır. Ayrıca, bazı araçlar uygulama sonucu itibarıyla vücuda yapılan bir müdahaledir. Şüphelinin bedenine doğrudan etki eden, onun fiziksel tamlığı ya da sağlamlığını ihlal eden her davranış, bir uygulama, yasak yöntem olarak vücuda müdahale teşkil etmektedir. Hiçbir ağrı ya da ize yol açmayan fiziksel müdahaleler de hukuka aykırı olup söz konusu bu yöntem kapsamında yasaktır. Vücuda yapılan müdahaleler duruma göre, kötü muamele ya da işkence teşkil edebileceği gibi, enjekte etmek gibi bir uygulama söz konusuysa diğer bir yasak yöntem olan ilaç verme kapsamında da değerlendirilebilir⁵⁷. Doktrinde yer alan bir görüşte, CMK md. 148'de ör-

[49] Aynı yönde: Cihan, 1977, s. 83; Öztürk, 2008, s. 605; Kaymaz, 1999, s. 564; ifade tutanağında birden fazla görevlinin imzasının olması halinde bu belgenin tutanak değerini kaybedeceği, bunun bir yasak ifade alma yöntemi olduğu yönündeki görüş için bkz. Kaymaz, 1999, s. 564.

[50] BGH 5 StR 296/14-21.10.2014 (<https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py>); Aynı yönde: Öztürk, 2008, s. 605.

[51] Şimşek/Türkiye, 20.05.2008.

[52] Şahin, 1994, s. 199.

[53] Kaymaz, 1999, s. 565.

[54] Demirbaş İşkence, s. 133.

[55] Cihan, 1977, s. 85; Kaymaz, 1999, s. 566; Aynı yönde: BGH 1 StR 393/51-30.10.1951; BGH 5 StR 27/59-24.03.1959 (<https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=16.01.1959&Aktenzeichen=4%20StR%20468/58>)

[56] Demirbaş İşkence, s. 126.

[57] Şahin, Cumhur. *Saniğin Kolluk Tarafından Sorgulanması*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1994, s. 210.

nek olarak gösterilenlerin dışında kalan şüphelinin ve özgür irade oluşumunu engelleyen her türlü aracın, bazı araçlar uygulama kapsamında olacağı belirtilmektedir⁵⁸. Vücuda yapılan müdahale bakımından, yalan makinesi olarak bilinen poligrafi, fallografi, narko-analiz (doğruluk testi), hipnoz, uygulamaları en tipik örnekleri teşkil etmektedir.

Yalan Makinesi (Poligrafi), Fallografi

Yalan makinası diğer adıyla poligrafi, şüphelinin ifadesinin alınması sırasında kendisine sorulan sorulara vevap verirken tansiyon, nabız, solunum, ter salgısı ve kas reflekslerini bir eğri üzerinde tespit ederek ölçen ve bunun sonucuna göre onun beyanlarının kendisi açısından gerçeğe uygunluğu hakkında bir sonuca ulaşılmasını sağlayan bir araçtır. Yöntemin temeli, yalan söylemenin psikolojik kökenli değişikliklere yol açan belli bir çabayı gerektirdiği⁵⁹, istem dışı ifade ve tepkilere yol açacağı ve bunların gözlenerek kaydedilmesi esasına dayanmaktadır⁶⁰. İnsan onuruna aykırı olan bu yöntemin gerçeği yansıttığı da şüphelidir⁶¹. Alman Federal Mahkemesi bir kararında doğrudan yalan makinası uygulamasına atf yapmamakla birlikte şüphelinin haberi olmaksızın fiziksel tepkilerinin kaydedildiği videoya dayanarak hüküm kurulmasının, StPO md. 136a uyarınca yasak bir yöntem olarak kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁶².

Kıta Avrupası hukuk sisteminde yalan makinasına başvurunun düzenlendiği tek ülke Belçikadır. Buna ilişkin usul kuralları, 2003 tarihli bir bakanlık genelgesinde ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. Bu ülkede şüpheliyi yalan makinesi testine tabi tutmak, bir soruşturmanın gereği gibi yürütülebilmesi için özel bir polis görüşmesi türü olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte söz konusu yöntemin kullanımı konusunda

[58] Öztürk, 2008, s. 605.

[59] Kuhne, H.Heiner. "Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbirleri", (Çeviren: Özbek, Veli Özer), İzmir Barosu Dergisi, S. 2, 1993, s. 127.

[60] Swanson, L. Warren / Elchmeier, Roger. "Lie-Detector Tests And 'Freedom Of The Will' In Germany", *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 47, Issue. 5, 1957, s. 572.; Doktrinde yer alan bir görüşte söz konusu yöntemin şüphelinin heyecan halindeyken vermiş olduğu değişime dayalı tepkilerinin gözlenmesi esasına dayandığından yalan makinası teriminin kullanımının doğru olmadığı belirtilmektedir. Tosun, Öztekin / Gürelli, Nevzat. "Heyecan Göstergesi İle Yalanın Bulunması ve Ceza Hukuku", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 30, S.1-4, 1964, s. 507. 498-541.

[61] Kühne, s. 127; Aynı yönde: Bohlander, s. 98; Schmidt, Eberhard. "Zulässigkeit und Verwendbarkeit von Tonbandaufnahmen im Strafverfahren", *Juristen Zeitung*, 11. Jahrg., Nr. 7, 1956, s. 209; Swanson / Elchmeier, s. 572; Şüpheli içinde bulunduğu şartlar nedeniyle aslında üzerine atılı fiilleri işlemediği halde benzi sararabilir ya da bunun tersine aslında suçlu olmasına rağmen soğukkanlı davranabilir. Bu nedenle masum şüphelinin, suçlu olandan daha fazla çelişkiye düşmesi mümkündür. Masum şüpheli, atılı fiili esas özellikleri ile bilemediğinden suçlu olan gibi bir savunma planına sahip olmayabilir. Cihan, 2008, s. 160; Şüphelinin sorulara vermiş olduğu heyecansal reaksiyonların tespitine dayalı yöntemlerde uygulamanın aynı şüpheli üzerinde tekrar tekrar yapılması halinde masum olanların tespitinin mümkün olabileceği yönünde görüş için bkz. Öztekin / Gürelli, s. 509.

[62] BGH 5 StR 355/11– 14.09. 2011 (<https://www.hrr-straftrecht.de/hrr/5/11/5-355-11.php>)

katı usul kuralları bulunmaktadır. Yalnızca orantılılık ve ikincilik ilkele-ri çerçevesinde uygulandığında hukuka uygun bir ifade alma yöntemini teşkil etmektedir. Orantılılık ilkesi, yalan makinesinin haksızlık ağırlığı küçük olan suçlarda kullanılamayacağı anlamına gelmektedir. İkincilik ise tüm klasik araştırma-soruşturma yöntemlerinin uygulandığı ancak yeterli delil elde edilemediği durumları belirtmektedir. Sulh ceza haki-minin iznine bağlı olan bu yöneme, şüphelinin rızası dahilinde başvur-mak mümkündür. Düzenleme gereği ayrıca yalan makinesi testi görün-tülü olarak kayda alınmaktadır⁶³. Federal Mahkeme'nin bir kararında⁶⁴ şüphelinin rızası dahilinde yapılan testin StPO md. 136a uyarınca yasak bir yöntem olmadığı ancak hukuka aykırı bir delil olarak değerlendirile-ceğine hükmederek Belçika'da yer alan düzenlemeyle paralel bir sonu-ca ulaştırmıştır. Rıza unsurunun yanı sıra bu yöntemin hukuka uygunluğu konusunda dengeleme (*Abwägungstheorie*) ölçütüne de başvurmuştur. Başka bir deyişle, ispatlanmaya çalışılan suçun ağırlığını dikkate almış-tır.

Cinsel özgürlüğe karşı işlenen suçların ispatında başvurulan bir yön-tem olan *Fallografi/Fallometre* ise erkeklerin cinsel uyarıcılara vermiş olduğu fiziksel tepkilerinin gözlenmesi esasına dayanmaktadır. Örneğin, pedofili içerikli resimlere ya da filmlere erkeklerin cinsel uzuvları ba-kımından gösterdikleri tepkileri ölçülerek kaydedilmektedir. Böylece, benzer şartlarda nasıl bir davranış sergileyebilecekleri hakkında bir so-nuca ulaşılmaktadır⁶⁵. Bu yöntem, gerçeği ortaya çıkarılmasına olan kat-kısına ilişkin şüpheler bir kenara bırakılsa dahi StPO md. 136a, CMK md. 148 hükümleri uyarınca insan onurunu ihlal etmektedir⁶⁶.

Narko Analiz (Doğruluk Testi)

Doğruluk testi olarak da bilinen narko-analiz yöntemi, şüpheliye çeşit-li ilaçlar uygulayarak iradesinin yok edilmesi ya da zayıflatılması yoluyla bilinçaltında yer alan düşünce ve bilgilerini ifade etmesini sağlamaya da-yanmaktadır. Beynin bazı faaliyetleri gerçekleştirmesine engel olunarak, hatırlama, duyma yeteneğine ağır şekilde zarar verilmektedir⁶⁷. Yalan

[63] Clément, Sylvie / Plas, Marc van de/ Eshof, Paul van den / Nierop, Nicole. "Police Inter-viewing in France, Belgium and The Netherlands", Tom Williamson, Becky Milne, Stephen P. Savage (Editörler), *International Developments in Investigative Interviewing*, Wilan Puplicshing, 2009, s. 71; AİHM Tonkov/Belçika kararında yalan makinası uygulamasına rıza gösteren ve bu şekilde vermiş olduğu ifadeleri yalan beyan olarak hükme esas alınan şüphelinin bu esnada avukatının olmaması Sözleşmenin ihlali olarak değerlendirilmiştir. (<https://www.istanbulbaro-su.org.tr/files/aihm/AIHM032022.pdf>) (ERİŞİM TARİHİ:17.05.2023)

[64] BGH 4 StR 563/98- 17.12.1998 (<https://opinioius.de/entscheidung/1472>) (ERİŞİM TARİHİ:17.05.2023)

[65] Kuhne, s. 128.

[66] Krey, s. 72; Kühne, s. 128; Buch, s. 832.

[67] Cihan, Erol. "Narkoanaliz", *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 3, S. 5, 1969, s. 57-62.

makinesi yöntemi hakkında ileri sürülen gerekçeler doğrultusunda söz konusu bu yöntem, StPO md. 136a ve CMK md. 148 uyarınca yasak sorgu yöntemlerinden birini teşkil etmektedir⁶⁸. Diğer taraftan bir işlemin ifade olabilmesi için kolluk tarafından kendisine çeşitli sorular yöneltilen şüphelinin kendi bilinç ve iradesine hakim olması gerekmektedir. Narko analiz yöntemi ise bunu ortadan kaldırmaktadır⁶⁹.

Hipnoz

Hipnoz yöntemi, şüphelinin iradesinin ortadan kaldırılarak kolluk görevlisinin onu istediği çerçevede yönlendirmesi esasına dayanmaktadır⁷⁰. Yukarıda belirtilen nedenlerle yasak bir ifade alma yöntemi teşkil etmektedir⁷¹. Alman Hukuku'nda Bavyera Eyaletinde geçerli olmak üzere 2009 yılında kolluğun hipnoz yöntemini uygulanmasına ilişkin kimi kurallar belirlenmiştir. Diğer şartların yanı sıra hipnozun yalnızca son çare olarak başka bir deyişle tüm olağan-klasik soruşturma yöntemlerine başvurularak istenen sonucun alınmadığı durumlarda kullanılabilceği, şüpheliler hakkında değil yalnızca suç işlediği ya da suça iştirak ettiğinden şüphelenilmeyen tanıklar bakımından uygulanabileceği hüküm altına alınmıştır⁷².

İlaç Vermek (Verabreichung von Mitteln)

Yasak bir sorgu yöntemi olarak şüpheliye ilaç vermek, onun vücuduna katı, sıvı ya da gaz halindeki maddelerin herhangi bir şekilde girişinin sağlanmasını ifade etmektedir⁷³. Böylelikle, şüphelinin irade özgürlüğü ciddi bir şekilde tehlikeye atılmakta ya da ona zarar⁷⁴ verilmektedir⁷⁵. İlaçların ağız ya da başka bir yol ile alınıp alınmadığı, vücuda sürülmesi ya da boşluklarına verilmesi, yöntemin yasak olması bakımından bir fark yaratmamaktadır. Sarhoş edici, uyuşturucu, engelleyici, tutukluk, çekin-

[68] Swanson / Elchmeier, s. 572; Bohlander, s.99; Krey, s. 67; Cihan, 1969, s. 62.

[69] Tosun, Öztekin. "Narko Analiz ve Ceza Hukuku", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 29, S.1-2, 1963, s. 70.

[70] Beetz, M. Andrea/Delhaes, Alexander von. "Forensische Hypnose. Der Einsatz von Hypnose als erinnerungsunterstützendes Verfahren im Rahmen polizeilicher Ermittlungen", *Hypnose – ZHH*, Issue. 6, 2011, s. 168.

[71] Dession, H.George / Freedman, Z. Lawrence / Donnelly, Richard / Redlich, C. Frederick, "Drug-Induced Revelation and Criminal Investigation", *The Yale Law Journal*, Vol. 62, Issue. 3, 1953, s. 326; Kuhne, s. 125; Mueller, s. 11.

[72] Beetz / Delhaes, s. 170.

[73] Buch, s. 832; Beulke, s. 83; Özbek / Kanbur/ Doğan / Bacaksız / Tepe, s. 273.

[74] Konuyu düzenleyen CMUK md. 135a'da ilacın zorla verilmesinden bahsedilmekteydi. Ancak önemli olan, ilacın zorla ya da şüphelinin isteğiyle verilir verilmeyeceği değil; onun iradesi üzerinde bir etki meydana getirip getirmediğidir. Öztürk, 2008, s. 604; Yasak ifade yöntemi bakımından şüphelinin bu yöndeki iradesini, kabülünü dahi geçerli saymayan CMK'da ilacın zorla verilip verilmemesinin başka bir deyişle şüphelinin ilacın verilmesine yönelik kabülünün de bir anlamı bulunmamaktadır. Özbek / Kanbur/ Doğan / Bacaksız / Tepe, s. 273; Ayrıca ilacın zorla verildiğinin ispatı son derece zordur. Bu nedenle, 5237 sayılı CMK md. 148'de insan hakları ihlallerinin açabilecek "zorla" ibaresine yer verilmemesi yerinde bir tercih olmuştur. Öztürk, 2008, s. 604.

[75] Krey, s. 67.

genlik yapıcı ya da uyutucu ilaçlar bu yöntem bakımından dikkate alınmaktadır. Bununla birlikte uyuşturucu kullanımının kategorik olarak yasaklanmadığı⁷⁶; ancak, ifadesi alınacak kişinin fiziksel ya da zihinsel durumu üzerinde yaratacağı etki ile irade özgürlüğü üzerinde olumsuz bir sonucu olması durumunda yasak olacağı belirtilmelidir⁷⁷. Bu nitelikteki ilaçların en eski ve etkilisi ise merkezi sinir sistemi üzerinde meydana getirdiği etkiler nedeniyle alkol⁷⁸ olmakla birlikte düşük alkol oranlı örneğin bira vb. içeceklerin verilmesi irade özgürlüğü üzerinde olumsuz bir etki yaratamayacağından yasak bir ifade alma yöntemi teşkil etmeyecektir. Aynı çerçevede olmak üzere uyarıcı özelliği olan çay, kahve ile tütün ürünleri verilmesi de yasak kapsamında değildir⁷⁹.

İşkence

Bu başlık altında işkencenin bir suç tipi olarak maddi ceza hukukundaki görünümünden daha çok StPO md. 136a, CMK md. 148 çerçevesinde yasak bir ifade alma yöntemi olarak arz ettiği hususlara değinilecektir. İşkenceye başvuru bakımından en çok göndeme gelen konu, kaçırılan kişilere ulaşılabilmesi ya da insanların toplu olarak bulunduğu yerlere bomba yerleştirilmesi ya da intihar saldırıları gibi terör eylemleri aracılığıyla meydana gelebilecek kitlesel ölümleri engellemek amacıyla bombanın yeri, saldırgan ve onun örgütsel bağları hakkında bilgi sahibi olduğu düşünülen şüpheli kişilerden bilgi edinmek için kolluk görevlilerinin şüphelilere işkence vb. yöntemleri uygulayıp uygulayamayacağıdır. Bu konu Alman Hukukunda, terör saldırısı niteliğinde olmayan ancak 'Daschner' davası olarak bilinen olayda kaçırılan bir çocuğun yerinin öğrenilerek hayatının kurtarılması için şüpheliye uygulanan başta şiddete maruz bırakma tehdidi olmak üzere buna benzer yöntemlerle ilgili olarak doktriner düzeyde ve kamuoyunda yaşanan tartışma ile gündeme gelmiştir. Frankfurt Eyalet Mahkemesi 20.12.2004 tarihli kararında, polisleri "Zorlama" başlıklı StGB md. 240/1'den; onlara bu emri veren amirlerini ise "Astını suç işlemeye yönlendirme" başlıklı StGB md. 357'den suçlu bulmuştur. Mahkeme, görevlileri zorunluluk halinden yaralandırmamakla birlikte onların saiklerini dikkate alarak cezalarında indirime gitmiştir. Kararda, devletin hangi şartlar altında gerçekleşirse gerçekleşsin, amaç ne olursa olsun işkenceyi yasallaştırma yetkisinin olmadığı, 'önleyici işkence'nin Anayasa md.1'de yer alan insan onurunun dokunulmazlığı ilkesini ihlal ettiği tespitleri yer almıştır⁸⁰.

[76] Doktrinde aksi yönde yer alan bir görüşte uyuşturucu ve uyanık tutucu maddelerin yasak yöntem kapsamında olduğu belirtilmiştir. Özbek / Kanbur/ Doğan / Bacaksız / Tepe, s. 273.

[77] Buch, s. 832.

[78] Muehlberger, C.W. "Interrogation Under Drug Influence The So-Called "Truth Serum" Technique", *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol 42, Issue. 4, s. 513; Sicker, s. 254.

[79] Şahin, 2005, s. 458.

[80] Ayrıntılı bilgi için bkz. Gökpınar, Mahmut. *Ceza Hukukunda Görevin Yerine Getirilmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 211-213.

Bu konuya ilişkin olarak verilen AİHM kararında da “*Mahkeme, terör veya organize suçlar gibi en zor koşullarda bile, ilgili kişinin eylemi ne olursa olsun, Sözleşme’nin işkence ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezayı mutlak bir şekilde yasakladığını teyit etmiştir.*” denilerek bezer görüşler ifade edilmiştir⁸¹. İfadesi alınan şüphelinin minimum bir şiddet seviyesi eşliğinde bilgi vermeye zorlanmasıyla dahi bu işlem ve şüpheli, önleyici amaçlar için kullanılan bir araca dönüşmektedir. Şüpheliye yalnızca bir nesne gibi davranılmakta, insanlık onuru ihlal edilmektedir⁸². Belirtilmelidir ki uygulanan yöntemin barındırdığı şiddet seviyesi, işkence⁸³ sınırına ulaşmasa dahi bu insanlık dışı muamele teşkil edeceğinden insanlık onuru ihlal edilmiş olacaktır⁸⁴. Böylelikle, StPO md. 136a ve CMK md. 148’de yer verilmeyen yasak bir yöntem ortaya çıkmış olacaktır⁸⁵.

İşkencenin maddi olduğu kadar manevi yönü de bulunmaktadır. Şüpheliye doğrudan acı vermenin dışında başka şekillerde de gerçekleştirilebilir. Şüpheliyi karanlıkta tutma⁸⁶, korku ve umutsuzluk duygularına neden olma vb. gibi sürekli ya da tekrarlanan herhangi bir davranış⁸⁷, yakınlarıyla iletişimsiz bırakmak, kimseyle görüştürülmeksizin ifade alma⁸⁸, şüphelinin ruhsal acıya karşı özel duyarlılığının kullanılması⁸⁹ örneğin bir şüpheliyi maktülün cesedine götürmek⁹⁰ işkence teşkil etmektedir. Sürekli olarak şüpheliye bağırma⁹¹, itiraf edinceye kadar günlerce ve haftalarca hücre hapsinde ya da kalabalık ve hijyenik olmayan ortamlarda tuma⁹², gündüzleri de kolaylıkla gerçekleşebilecek olan tekrarlanan gece ifade alımı⁹³, keskin kokuya, yüksek sıcaklığa maruz bırakma⁹⁴, ilaç gibi temel ihtiyaç maddelerini vermeme⁹⁵, silah sesleri dinletme⁹⁶, nikotin bağımlısı birini bundan alkoyma somut vakalarda işkence teşkil etmektedir.

[81] Aynı yönde: Prasch, s. 33.

[82] Gur-Arye, Miriam / Jessberger, Florian. “The Protection of Human Dignity Interrogations: May Interrogative Torture Ever Be Tolerated? Reflections in Light of Recent German and Israeli Experiences”, *Israel Law Review*, Vol. 44, Issue. 1-2, 2011, s. 232.

[83] İşkence yöntemi altında alınan ifadenin Ortaçağ döneminde dahi gerçeği yansıtmaktan uzak olduğu yönündeki görüş için bkz. Sickor, s. 253.

[84] Anayasa Mahkemesi’nin 2012/542 Bşv.Nolu ve 04.11.2014 tarihli; 2014/14284 Bşv.Nolu ve 27.06.2018 tarihli kararları.

[85] Gur-Arye / Jessberger, s. 232.

[86] Leo, A. Richard. “From Coercion to Deception: the Changing Nature of Police Interrogation in America”, *Crime, Law and Social Change*, Vol. 18, 1992, s. 41.

[87] Bohlander, s. 78.

[88] Leo, s. 40.

[89] Sickor, s. 255; Buch, s. 836.

[90] BGHSt 15, 187. (<https://dejure.org>) (ERİŞİM TARİHİ:28.05.2024)

[91] Krey, s. 68; Aynı yönde: BGHSt 35, 328, 329; 37, 58, 51, 53 Bkz. <https://dejure.org>. (ERİŞİM TARİHİ: 28.05.2024)

[92] Leo, s. 41.

[93] Buch, s. 835.

[94] Leo, s. 39.

[95] Buch, s. 834.

[96] Centel / Zafer, s. 223.

kil edebilir⁹⁷.

Cebirde Bulunma

Şüpheliye karşı cebirde bulunma, yakalama, gözaltı, zorla getirme gibi tedbirlere başvurulması durumunda ortaya çıkabilen ancak hukuk düzeni tarafından izin verilen maddi müdahaleyi aşan yasak bir yöntemdir⁹⁸. Nitekim bu husus StPO md. 136a/1'de "*Zorlama sadece Ceza Muhakemesi Hukukunun izin verdiği hallerde mümkündür. Bu hükümlere göre izin verilmeyen bir tedbir uygulamakla...yasaktır.*" şeklinde belirtilmiştir. Cebirde bulunma, şüpheliden beyan elde etmek amacıyla vücuda yapılan, acı verici⁹⁹ ancak görevin yerine getirilmesi sınırını aşan fiziki-maddi müdahalelerdir¹⁰⁰.

Cebirde bulunma şeklindeki yasak yöntemin, özellikle de CMK md. 148'in CMUK md. 135a'nın aksine "*bedensel cebir*" yerine "*cebir*" kavramına yer vermesinden hareketle işkence ve bazı araçları uygulama ya da kötü davranma şeklindeki yöntemlerin de içerisinde bir davranış olarak yer aldığını söylemek mümkündür¹⁰¹. Bu durum, özellikle de kötü davranma söz konusu olduğunda daha da belirgin bir şekilde ortaya çıkmaktadır¹⁰².

YASAK İFADE ALMA YÖNTEMİ OLARAK ŞÜPHELİYE KARŞI GERÇEKLEŞTİRİLEN RUHSAL MÜDAHALELER

Tehditte Bulunma

Manevi cebir olarak da adlandırılabilen tehdit, kişinin maddi ve manevi varlığına yönelik olarak gerçekleştirilen doğrudan ya da dolaylı her türlü müdahaleyi belirtmektedir¹⁰³. Yasak bir ifade alma yöntemi olarak tehdit ise şüpheliden beyan almak için onun irade özgürlüğünü ihlâl eden ve ceza muhakemesi yönünden izin verilmeyen araçlarla yapılmış ruhsal bir müdahaledir¹⁰⁴. Örneğin kanuni bir dayanağı olmadığı halde şüpheliye üzerine atılı fiili inkar etmesi durumunda cezasının artırılacağı söylenmesi¹⁰⁵. Bu hususta söz konusu ifadenin kaç kez söylendiği

[97] Krey, s. 67.

[98] Öztürk, 1995, s. 25; Aynı yönde: Demirbaş İşkence, s. 126.

[99] Öztürk, 1995, s. 25.

[100] Görevin yerine getirilmesi sırasında şüphelilere karşı başvurulması mümkün kuvvet-güç kullanımına ilişkin koşullar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gökpınar, 2022, s. 219-250.

[101] Demirbaş, İfade alma, s. 343; Aynı yönde: Özbek / Kanbur / Doğan / Bacaksız / Tepe, s. 274.

[102] Meraklı, s. 1600; Doktrinde yer alan bir görüşte, kötü davranma, işkence, cebir arasında ne gibi farklılıkların olduğunun tespitinin zor olduğu, CMK'nın kanunlaşma sürecinde bu ayrımlara yönelik itirazların dile getirildiği belirtilmektedir. Öztürk, 2008, s. 604.

[103] Şenol, s. 329.

[104] Cihan, Erol. "Ceza Muhakemesi Hukukunda İkaz, İhtar, Hukuka Aykırı Vaad ile Telkin Kavramları", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 35, S.1-4, 1969, s. 133, dnt. 25.

[105] Cihan, 1969, s. 133.

değil, şüphelinin iradesini etkileyip etkilemediği önemlidir¹⁰⁶.

Şüphelinin kolluk tarafından ikaz edilmesi tehdide başvurulduğu anlamına gelmemektedir. İkaz, şüphelinin hukuksal durumu hakkında onun dikkatinin çekilmesidir. Kolluk şüpheliyi ikaz ederek ifade almak işlemi bakımından bir avantaj elde etme amacı taşımamaktadır. Kolluğun tek amacı, onu uyarmaktır. Bu çerçevede, şüphelinin manfaatlerinin korunmasına yöneliktir ve onun irade özgürlüğünü etkilememekte tam tersine kuvvetlendirmektedir. Şüphelinin beyanları ile tanıkların arasındaki çelişkilerin söylenerek ikazda bulunulup bu durumun aleyhine olacağına dikkat çekilmesi yasak bir ifade alma yöntemi değildir¹⁰⁷.

Aldatma

Aldatma, sözlükte muhatabını yanıltmak, bir kişinin, ilgisizliği, dikkatsizliğinden yararlanarak kazanç elde etmek, yalan söylemek, yanlış kanaat uyandırmak olarak tanımlanmaktadır. Bildiri konumuz bakımından kolluğun şüpheliyi aldatması ise şüphelinin ifadesini alan bu görevlilerin soruşturma konusu olaya ilişkin gerçekleri tahrif ederek ya da gizleyerek ya da aslında olmayan kimi hususları varmış gibi göstererek şüpheliyi hataya sevk etmeleridir. Böylelikle, onu yapmış olduğu açıklamaların hukuksal sonuçlarının ne olduğunu kavrayamayacak bir duruma sürüklemiş olmaktadır. Başka bir deyişle aldatma, kolluğun fiili ve hukuksal durumları çarpıtarak şüphelinin konuşma ya da bunun içeriğini belirleme konusunda makul bir şekilde muhakemede bulunma özgürlüğünü elinden almasıdır¹⁰⁸. Şüpheliye, arkadaşın itiraf etti sen de et, seni olay yerinde gören kişiler var, konuştuklarımız aramızda kalır, ifadelerin soruşturmada kullanılmayacak demek ya da kendisine atılı fiilin para cezası gerektiren bir suç olduğunu, itiraf etmesinde bir sakınca olmadığını¹⁰⁹ hukuksal sonuçları olmayan özel bir görüşme yürütüldüğünü, yalnızca tanık olarak dinleneceği ve bunun da zorunlu olduğunu ya da durup sana bunu yapmasına izin veremezdin, en azından kendini savunmuş olmalısın, öyle değil mi? şeklinde sözler söylemek ya da atılı fiili olduğundan daha ağır gösterip örneğin zimmete geçen paranın daha yüksek olduğunu söyleyerek bunun şüpheliyi konuşmaya zorlayacağını düşünerek bu şekilde davranmak, şüpheliye maktülün hala yaşadığı yönünde konuşmalar yapmak aldatma teşkil edecektir¹¹⁰. Benzer şekilde şüpheliye, gerçekte var olduğu tespit edilemeyen bir vakıyla ilgili olarak varmış gibi buna ilişkin seçimlik soru sormak, cevapları telkin etmek

[106] Meraklı, s. 1602.

[107] Cihan, 1969, s. 128,129; Aksi yönde: Meraklı, s. 1603.

[108] Gökpınar, 2023, s. 679.

[109] Kaymaz, Seydi. "Yasak Sorgu Yöntemi Olarak 'Aldatma'", *Yargıtay Dergisi*, C. 24, S. 1-2, 1998, s. 76-78.

[110] Gökpınar, 2023, s. 681-683.

aldatma teşkil edecektir. Örneğin maktüle nereden ateş açıldığının belli olmadığı bir olayda şüpheliye ateş açtığınız aracın rengi kırmızı mı yoksa siyah mı diye; kendisine yardım edeni hatırlamadığı beyan eden şüpheliye onun A isimli kişi olduğunun sorulması. Şüpheliye kendisine atılı fiillerle ilgili olmayan tuzak sorular sorup onu endişeye sevk edip belli yönde ifade vermesine yönelik sorular da aldatmadır. Örneğin kolluğun şüpheliye çocukluğu, kişisel hobileri ve başarıları hakkında sorular sorup akabinde hırsızlık yapılan eve nereden girdiğini sorması, şüpheliyi ifade verdiği olayla önceki sorular arasında nasıl bir ilginin olduğunu anlamaya yönlendirecek bu da iradesini zorlayacaktır¹¹¹.

İfade işlemi sırasında kolluğun şüpheliye yanıltıcı olmayan konuşmalar yapıp bilgiler vermesi de onun iradesini etkileyip ifadesinin seyrini değiştirebilir. Bu durum, şüphelinin aleyhine bir hal de alabilir. Ancak bu aldatma olarak değerlendirilemez. Çünkü, ifade alma işlemi, sadece şüphelinin söylediklerinin bir tutanağa bağlanması değildir. Bu işlem, kolluğun gerektiğinde şüphelinin düşmüş olduğu çelişkileri hatırlatarak bunun düzeltilip maddi gerçeğe ulaşılması amacıyla gerçekleştirilmektedir¹¹². Şüphelinin üzerine atılı fiillerin toplumsal düzeni yeniden sağlayacak bir şekilde aydınlatılması anayasal bir gerekliliktir ve bu çerçevede ifade alma işlemi sırasında cezai kurnazlık, maddi gerçeğe ulaşmak için vazgeçilmesi mümkün olmayan bir husustur. StPO md. 136a ve CMK md. 148'in kriminalistik bir kurnazlığı yasaklaması söz konusu olamaz. Bu nedenle de bir davranışın aldatma teşkil edip etmediği, dar bir şekilde yorumlanmalıdır. Şüpheliye karşı kurnazca davranışlar sergileyerek itiraf almak ile onu yanıltarak karar verme iradesini fiilen elinden almak suretiyle itiraf elde etmek birbirinden farklıdır. Hukuka uygunluk sınırını da bu eşik oluşturmaktadır¹¹³. Kolluk, ifade alma işleminin başlangıcında şüphelinin kimliğini CMK md. 147/1-a, StPO md. 136/3'de yer aldığı şekliyle de şahsi hallerini tespit ettikten sonra ve mutlaka da iddia konusu fiilin esasına ilişkin sorular sormadan önce onu, ceza kanunları tarafından suç olarak düzenlenmiş bir fiilin kendisine bağlanmasıyla ilgili başka bir deyişle ona isnat edilen suç hakkında bilgilendirmelidir¹¹⁴. Bununla birlikte kolluk, şüpheliye kendisine isnat edilen fiille ilgili olarak bildiği herşeyi bildirmek zorunda değildir. Bunun kapsamının ne olacağı ifade alma tekniğiyle ilgili bir husustur. Maddi gerçeğe ulaşılması bakımından gerekli olarak gördükleri hakkında şüpheliyi bilgilendirir. Bu nedenle kolluğun elindeki bilgilere oranla şüpheliye kısmi bilgilen-

[111] Gölcüklü, Feyyaz. "Sanığın Sorgusu ve Sevk Tarzı", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. X, S. 2, 1995, s. 112, 113.

[112] Kaymaz, 1998, s. 75.

[113] Gökpınar, 2023, s. 679.

[114] Gökpınar, Mahmut. "İfade Alma İşlemine İlişkin Pozitif Usul Kuralları Ve İhlali", *III. Selçuk Hukuk Kongresi, Kamu Hukuku Bildirileri, Tam Metin Kitabı, C.II*, Nobel Yayınevi, 2024, s. 405.

dirme yapması, aldatma teşkil etemeyecektir¹¹⁵. Aldatma konusunda kolluğun hukuksal konulardaki bilgisizliği istisna olmak üzere kasıtlı ya da özensizliğe dayalı davranışlarının herhangi bir önemi olmayıp belirleyici olan, kolluğun gereçeğe aykırı davranışı ile şüphelinin iradesinin oluşması arasında bir neden-sonuç ilişkisinin varlığıdır¹¹⁶.

Kanuna Aykırı Yarar Vaadi

Kolluk tarafından şüpheliye karşı gerçekleştirilen hileli davranışlardan bir başkası kanuna aykırı bir yarar vaadinde bulunmadır (CMK md. 148/2). Bu hal StPO md. 136a/1'de "*kanunda öngörülme*yen bir yarar vaadi" şeklinde kaleme alınmıştır ve aldatma yönteminin özel halini belirtmektedir. Yarar, şüphelinin lehine olacağını varsayacağı bir durumun sağlanacağını kendisine söz verilmesidir. Vaat ise bulunanın yani kolluğun vaade konu iyileştirmeyi tüm yönleriyle gerçekleştirebileceğine dair şüphelide bir güven yaratması, onu aralarında bu yönde bağlayıcı bir durumun oluştuğuna inandırmasıdır.¹¹⁷ Söz konusu yasak yöntem bakımından belirleyici olan, vaadin yerine getirilmesinin kolluğun yetkisinde olmaması ile vaadin şüphelinin iradesini etkileme kapasitesidir. Bu hususta her bir somut olay bakımından değerlendirme yaparak bir sonuca ulaşmak gerekmektedir¹¹⁸.

SONUÇ

5237 sayılı CMK md. 148, StPO md.136a, ifade alma işlemi sırasında yapılmaması gereken davranışları düzenlemekte olup yasak ifade alma yöntemlerine ilişkin merkezi hükümlerdir ve 1982 ile Alman Anayasaların da güvence altına alınmış insan onurunun bir uzantısıdır. Düzenlemeler ile ifade vermenin esası vurgulanmış ve bunun engellenmemesi gerektiği belirtilerek kimi yasak yöntemler örneklem şeklinde sayılmıştır. Bu hükümlerin temel fonksiyonu, şüpheli kişiyi muhakemenin sadece bir nesnesi haline getirmeyi önlemek, karar verme ve iradeyi kullanma özgürlüğünü korumaktır. İnsan onurunu koruma amacına ek olarak, anayasal devletin varlığı ve itibarını güvence altına almayı amaçlamaktadır. Bilgi almanın ötesine geçen başka bir deyişle ifade alma işlemi için geçerli olan kurallar olup bununla görevli kişiler bakımından negatif bir yükümlülük arz etmektedir.

Kötü davranma, şüphelinin vucut bütünlük ve sağlığına yönelik olarak gerçekleştirilen kasıtlı davranışları ifade etmektedir. Yaralama ağırlığına ulaşması gerekmemektedir. Bir davranışın bir suç tipini ihlal etmesinin taşıdığı haksızlık ile şüphelinin beyanının özgür iradesi ürünü olmasının

[115] Kaymaz, 1998, s. 76; Aynı yönde: Centel / Zafer, s. 224.

[116] Gökpınar, 2023, s. 680.

[117] Gökpınar, 2023, s. 684.

[118] Cihan, 1969, s. 133-134; Aynı yönde: Kaymaz, 1998, s. 78.

kollukça engellenmesi birbirinden farklıdır. Yasak yöntem olarak kötü davranmanın içerdiği haksızlık oranı, bazen yaralama fiilinin taşıdığı kadar olabileceği gibi bazı durumlarda bundan daha az ya da çok olabilecektir. Yöntem bakımından önemli olan, özgür iradenin ortaya çıkması engelleyen ve yukarıda belirtilen türden haksız davranışların şüpheliye karşı gerçekleştirilmiş olmasıdır. Vücuda yapılan müdahale bakımından, poligrafi, fallografi, narko-analiz (doğruluk testi), hipnoz, uygulamaları en tipik örnekleri teşkil etmektedir. Bir şüpheliye ilaç vermek, onun vücuduna katı, sıvı ya da gaz halindeki maddelerin herhangi bir şekilde girişinin sağlanmasını ifade etmektedir. İfadesi alınan kişinin iradesi dışındaminimum bir şiddet seviyesi eşliğinde bilgi vermeye zorlanmasıyla başka bir ifadeyle işkence vb türü davranışlarla bu işlem ve şüpheli önleyici amaçlar için kullanılan bir araca dönüşmektedir. Şüpheliye yalnızca bir nesne gibi davranılmakta, ve insanlık onuru ihlal edilmektedir. Cebirde bulunma şeklindeki yasak yöntem işkence ve bazı araçları uygulama ya da kötü davranma şeklindeki yöntemlerin de içerisinde bir davranış olarak yer almaktadır. Yasak bir ifade alma yöntemi olarak tehdit ise şüpheliden beyan almak için onun irade özgürlüğünü ihlâl eden ve ceza muhakemesi yönünden izin verilmeyen araçlarla yapılmış ruhsal bir müdahaledir. Kolluğun şüpheliyi aldatması ise ifadeyi alan görevlilerinin soruşturma konusu olaya ilişkin gerçekleri tahrif ederek ya da gizleyerek ya da aslında olmayan kimi hususları varmış gibi göstererek şüpheliyi hataya sevk etmeleridir. Kanuna aykırı bir yarar vaadinde bulunmak, aldatmanın özel halini oluşturmaktadır.

KAYNAKÇA

- Apış, Özge. “Güncel Yargı Kararları ve Yasa Değişiklikleri Işığında İfade Alma ve Sorgu Sırasında Şüpheli/Sanığın Hakları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 25, S. 1, 2019, s. 59-85.
- Beetz, M. Andrea/Delhaes, Alexander von. “Forensische Hypnose. Der Einsatz von Hypnose als erinnerungsunterstützendes Verfahren im Rahmen polizeilicher Ermittlungen”, *Hypnose – ZHH*, Issue. 6, 2011, s. 165-187.
- Boulke, Werner. *Strafprozessrecht*, 10. völlig neu bearbeitete Auflage, 2008.
- Bohlander, Michael. *Principles of German Criminal Procedure*, Hart Publishing, 2012.
- Buch, Erstes. *Allgemeine Vorschriften, STRAFPROZESSORDNUNG*, 8. Baskı, 2019.
- Centel, Nur / Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011.
- Cihan, Erol. “Ceza Muhakemesi Hukukunda İkaz, İhtar, Hukuka Aykırı Vaad ile Telkin Kavramları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 35, S.1-4, 1969, s. 127-140.
- Cihan, Erol. “Narkoanaliz”, *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 3, S. 5, 1969, s. 57-62, s. 57-90.
- Cihan, Erol. “Suç Teşkil Eden Sorgulama Yöntemleri”, *Marmara Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.5, S.7, 1971, s. 77-88.
- Cihan, Erol. “Psikolojik Açından Sanığın Sorgusu”, *Uğur Alacakaptan’a Armağan, C. 1*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 155-160.
- Chiesa, E. Luis. “Beyond Torture: The Nemo Tenetur Principle in Borderline Cases”, *Boston College Third World Law Journal*, Vol. 35, 2009, s. 35-66.
- Clément, Sylvie / Plas, Marc van de / Eshof, Paul van den / Nierop, Nicole. “Police Interviewing in France, Belgium and The Netherlands”, Tom Williamson, Becky Milne, Stephen P. Savage (Editörler), *International Developments in Investigative Interviewing*, Wilan Puplicshing, 2009, s. 66-91.
- Demirbaş, Timur. *Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması*, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015. (İfade alma)
- Demirbaş, Timur. *İşkence Suçu*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015. (İşkence)
- Desson, H.George / Freedman, Z. Lawrence / Donnelly, Richard / Redlich, C. Frederick, “Drug-Induced Revelation and Criminal Investigation”, *The Yale Law Journal*, Vol. 62, Issue. 3, 1953, s. 315-347.
- Gökpinar, Mahmut. *Ceza Hukukunda Görevin Yerine Getirilmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Gökpinar, Mahmut. “Şüphelinin Kolluk Tarafından Aldatılması”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 31, S. 2, 2023, s. 665-701.
- Gökpinar, Mahmut. “İfade Alma İşlemine İlişkin Pozitif Usul Kuralları Ve İhlali”, *III. Selçuk Hukuk Kongresi, Kamu Hukuku Bildirileri, Tam Metin Kitabı, C.II*, Nobel Yayınevi, 2024, s. 401-426.
- Gölcüklü, Feyyaz. “Sanığın Sorgusu ve Sevk Tarzı”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. X, S. 2, 1995, s. 105-144.
- Gur-Arye, Miriam / Jessberger, Florian. “The Protection of Human Dignity Interrogations: May Interrogative Torture Ever Be Tolerated? Reflections in Light of Recent German and Israeli Experiences”, *Israel Law Review*, Vol. 44, Issue. 1-2, 2011, s. 229-262.
- Heinrich, Bernd / REINBACHER, Tobias. “Beweisverwertungsverbote VIII –Ausforschung durch Privatpersonen”, *Examinatorium Strafprozessrecht – Arbeitsblatt 33*, 2023.
- Kayaer, Nebahat. *Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilin Değeri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.
- Kaymaz, Seydi. “Yasak Sorgu Yöntemi Olarak ‘Aldatma’”, *Yargıtay Dergisi*, C. 24, S. 1-2, 1998, s. 73-83.

- Kaymaz, Seydi. "Yasak Sorgu Yöntemi Olarak 'Yorma'", *Yargıtay Dergisi*, C. 25, S. 4, 1999, s. 561-569.
- Krey, Volker. *Deutsches Strafverfahrensrecht Band II: Hauptverhandlung, Beweisrecht, Gerichtliche Entscheidungen, Tatbegriff, Rechtskraft, Rechtsmittel und Rechtsbehelfe (Studienbücher Rechtswissenschaft)*, Kohlhammer, 2015.
- Kuhne, H.Heiner. "Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbirleri", (Çeviren: Özbek, Veli Özer), *İzmir Barosu Dergisi*, S. 2, 1993, s. 121-129.
- Leo, A. Richard. "From Coercion to Deception: the Changing Nature of Police Interrogation in America", *Crime, Law and Social Change*, Vol. 18, 1992, s. 35-39.
- Meraklı, Serkan. "İfade Alma-Sorgu Kuralları ve Bunlara Aykırı Elde Edilen Beyanlar", Nuhoğlu, Ayşe (Editör), *Prof. Dr. Feridun YENİSEY'e Armağan, C.I*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 1548-1632.
- Mueller, W. Gerhard. "The Law Relating To Police Interrogation Privileges And Limitations", *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 52, Issue. 1, 1961, s. 1-15.
- Muehlberger, C.W. "Interrogation Under Drug Influence The So-Called 'Truth Serum' Technique", *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol 42, Issue. 4, s. 513-528.
- Özbek, Veli Özer / Kanbur, M. Nihat/ Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- Öztürk, Bahri. Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları: Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilen Deliller, Yasak Kanıtlar, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkezi Yayınları*, No. 14, Ankara, 1995.
- Öztürk, Bahri. "Yeni CMK'da Delil Yasakları", *Uğur Alacakaptan'a Armağan, C. 1*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 599-627.
- Prasch, Volker. *Die List in der Vernehmung und Befragung des Beschuldigten Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Täuschungsverbots des § 136a StPO*, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu, Köln, 2002.
- Roxin, Claus. "İspat Hukukunun Esasları", (Çeviren: Ünver, Yener), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 2, S. 8, 2005, s. 265-289.
- Schmidt, Eberhard. "Zulässigkeit und Verwendbarkeit von Tonbandaufnahmen im Strafverfahren", *Juristen Zeitung*, 11. Jahrg., Nr. 7, 1956, s. 206-211.
- Swanson, L. Warren / Elchmeier, Roger. "Lie-Detector Tests And 'Freedom Of The Will' In Germany", *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 47, Issue. 5, 1957, s. 570-573.
- Sickor, J. Anreas. *Das Geständnis, Jus Ponela 1*, Mohr Siebeck, 2014.
- Soyaslan, Doğan. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2007
- Şahin, Cumhur. *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1994.
- Şahin, Cumhur. *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.
- Şenol, Cem. *Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı*, 2. Baskı, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2018.
- Tosun, Öztekin. "Narko Analiz ve Ceza Hukuku", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 29, S.1-2, 1963, s. 46-74.
- Tosun, Öztekin / Gürelli, Nevzat. "Heyecan Göstergesi İle Yalanın Bulunması ve Ceza Hukuku", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 30, S.1-4, 1964, s. 498-541.
- Ünal, Ertuğrul. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Silahların Eşitliği İlkesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

GÜNCEL GELİŞMELER İŞİĞİNDA ALMAN HUKUKUNDA GİZLİ SORUŞTURMACININ ve GÜVENİLİR KİŞİNİN KİŞİKİRTMA FAALİYETİNDE BULUNMASININ HUKUKİ SONUCU ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

Arş. Gör. Ali BOYRACI

Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORC-ID: 0000-0003-1112-4108

aliboynaci@atauni.edu.tr

ÖZET

Alman soruşturma makamları uzun zamandan beri gizli soruşturma-cı ya da güvenilir kişi aracılığıyla bir kimseyi suç işlemeye kişikirtmeyi rutin bir soruşturma yöntemi olarak kullanmaktadır. Bununla birlikte, Alman hukukunda bir kimsenin suç işlemeye kişikirtilmesinin hukuka uygun olup olmadığı hâlen tartışmalı bir konudur. Alman Federal Yüksek Mahkemesi (BGH), 1980’li yıllardan itibaren verdiği istikrarlı kararlarında konuyu “izin verilebilir kişikirtme (Zulässige Tatprovokation)” ve “izin verilemez kişikirtme (Unzulässige Tatprovokation)” şeklinde ikili bir ayırım yaparak incelemektedir. Buna göre BGH, özellikle uyuşturucu ticareti ve örgütlü suçlar gibi toplumsal hayatı ciddi bir şekilde tehdit eden tehlikeli suçlar açısından, bazı koşulların varlığı hâlinde, soruşturma makamlarının bir kimseyi suç işlemeye kişikirtmesini meşru bir soruşturma yöntemi olarak kabul ederek hukuka uygun bulmaktadır. Yüksek Mahkeme, “hukukun üstünlüğü ilkesinin”, bu faaliyete bir sınır oluşturduğunu da eklemekte ve hukukun üstünlüğü ilkesine aykırı bir kişikirtme faaliyetini izin verilemez kişikirtme olarak nitelendirmektedir. Bu çerçevede BGH, bir kişikirtme faaliyetinin hangi hâllerde izin verilebilir olup olmadığını tespit edilebilmesi için bazı kıstaslar geliştirmiştir.

Yüksek Mahkeme, tarihsel süreç içerisinde somut olayda izin verilemez kişikirtmeye hangi hukuki sonucun bağlanacağı hususunda ise farklı yönde kararlar vermiştir. Bu kapsamda bir muhakeme engelinin (Verfahrenshindernis) kabul edilmesi, sanığın cezasında indirim yapılması (Strafzumessungslösung-cezalandırma çözümü) ya da kişikirtme sonucunda elde edilen tüm delillerin muhakemede kullanılmasına yönelik bir yasağın (Beweisverwertungsverbot-delil yasağı) benimsenmesi gibi çeşitli çözüm yolları gündeme gelmiş ve ağırlıklı olarak, izin verilemez

kışkırtma, sanığın cezasında indirim yapılmasını gerektiren bir sebep olarak değerlendirilmiştir. Benzer şekilde öğretide de hangi yöntemin uygulanması gerektiği konusunda bir görüş birliği oluşmamış, çeşitli fikirler ortaya atılmıştır. Buna karşın Türk ceza hukuku öğretisinde çoğunluk görüşü, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı gerekçesiyle, soruşturma makamlarının bir kimseyi suç işlemeye kışkırtmasını hukuka uygun kabul etmemektedir. Yargıtay da izin verilebilir ve izin verilemez kışkırtma şeklinde bir ayırım yapmadan, istikrarlı bir şekilde, kışkırtma faaliyeti sonucunda elde edilen delillerin muhakemede kullanılamayacağına yönelik bir uygulama geliştirmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ise 2014 yılında verdiği Furcht-Almanya¹ ve 2020 yılında verdiği Akbay ve Diğerleri-Almanya² kararlarında, BGH'nın, izin verilemez kışkırtma hâlinde sanığın cezasında indirim yapılmasını öngören çözümünü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin 6. maddesi anlamında adil yargılanma hakkına aykırı bularak ihlâl kararı vermiştir. İşte AİHM' in bu kararlarından sonra Alman hukukunda suça kışkırtma faaliyeti ve bunun hukuki sonucu ile ilgili tartışmalar yeniden alevlenmiştir. Hatta bu durum kanun koyucuyu da harekete geçirmiş ve konu ile ilgili bir kanuni düzenleme yapılması için çalışmalar başlamıştır.

Bu çalışmada, soruşturma makamlarınca gizli soruşturmacı ya da güvenilir kişi aracılığıyla yürütülen kışkırtma faaliyetine yönelik tarihsel süreç içerisinde oluşan Alman hukukundaki öğreti görüşleri ve yargı kararlarının, güncel tartışmalar ışığında incelenip değerlendirilmesi amaçlanmaktadır. Bu kapsamda konu ile ilgili AİHM ve Yargıtay kararları ile Türk ceza hukukundaki öğreti görüşlerinden de faydalanılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Gizli Soruşturmacı, Suça Kışkırtma, Ceza İndirimi Çözümü, Muhakeme Engeli, Delil Yasağı.

[1] AİHM, Furcht-Almanya davası, Baş. No:54648/09, T. 23.10.2014.

[2] AİHM, Akbay ve diğerleri-Almanya davası, Baş. No:40495/15, 37273/15, 40913/15, T. 15.10.2020.

AN EVALUATION ON THE LEGAL CONSEQUENCES OF THE UNDERCOVER AGENT’S AND TRUSTEE’S ACTIVITY OF INCITEMENT IN GERMAN LAW IN LIGHT OF CURRENT DEVELOPMENTS

ABSTRACT

German investigative authorities have long used to incite to commit a crime through an undercover agent or a trustee as a routine investigation method. However, in German law, it is still a controversial issue whether it is lawful to incite someone to commit a crime. In its consistent decisions since the 1980s, the German Federal Supreme Court (GFSC), has examined the issue by making a distinction between “permissible/acceptable incitement” and “impermissible/unacceptable incitement”. Accordingly, the GFSC considers it lawful for the investigating authorities to incite a person to commit a crime as a legitimate investigative method, especially in dangerous crimes that seriously threaten social life, such as drug trafficking and organized crimes, in the presence of certain conditions. The Supreme Court adds that the “principle of the rule of law” sets a limit to this activity and characterizes the incitement contrary to the principle of rule of law as impermissible/unacceptable incitement. Therefore, the GFSC has developed some criteria for determining in which cases an incitement activity is permissible/acceptable.

In the course of the historical process, different decisions have been made by the Supreme Court regarding the legal consequences of impermissible/unacceptable incitement. In this context, various remedies such as impairment of judgment, mitigation of sentence or ban on all evidence obtained as a result of incitement have come to the fore and the GFSC have predominantly considered as a reason for the mitigation of sentence in the case of impermissible/unacceptable incitement. Similarly, there is no consensus in the doctrine on which method should be applied and various ideas have been put forward. On the other hand, the majority opinion in the Turkish criminal law doctrine does not accept it as lawful for the investigating authorities to incite a person to commit a crime on the grounds that it would be incompatible with the principle of the rule of law. The Turkish Supreme Court, without making a distinction between permissible/acceptable incitement and impermissible/unacceptable incitement, has consistently developed a

practice that all evidence obtained as a result of incitement can not be used in the criminal proceedings.

The European Court of Human Rights (ECHR), in its *Furcht v. Germany* judgment³ in 2014 and *Akbay and Others v. Germany* judgment⁴ in 2020 ruled that the BGH's solution which mitigate of sentence in case of impermissible/unacceptable incitement, violated the right to fair trial within the meaning of Article of 6 of The European Convention on Human Rights. After these judgments of the ECHR, the discussions on incitement to commit a crime and its legal consequences have been reignited in German law. In fact, this situation has attracted the attention of the legislator and work has begun to make a legal regulation on the subject.

In this study, it is aimed to examine and evaluate the doctrinal opinions and judicial decisions in German law, which have emerged in the historical process regarding the incitement activities carried out by the investigative authorities through undercover agent or trustee, in the light of current discussions. In this context, the decisions of the ECHR and Turkish Supreme Court and the doctrinal opinions in Turkish criminal law will also be utilized.

Keywords: Undercover Agent, Incitement, Mitigation of Sentence, Impairment of Judgment, Ban on Evidence.

[3] ECHR, *Furcht-Germany* Judgment, App. No:54648/09, 23.10.2014.

[4] ECHR, *Akbay and Others-Germany* Judgment, App. No: 40495/15, 37273/15, 40913/15, 15.10.2020.

GİRİŞ

Kışkırtma faaliyeti, uzun zamandan beri Alman soruşturma makâmı tarafından uygulamada sıklıkla başvuru olan bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır⁵. Bu yöntem, özellikle toplumsal hayat için ciddi bir tehlike oluşturan uyuşturucu suçları ve örgütlü suçlarla mücadele kapsamında, hukukun üstünlüğü ilkesine dayanan etkin bir ceza adaleti sisteminin kurulabilmesi için gerekli bir araç olarak değerlendirilmektedir⁶. Nitekim BGH da “izin verilebilir” ve “izin verilemez” şeklinde bir ayırım yapmak suretiyle, bazı koşulların varlığı hâlinde, kışkırtmayı meşru bir soruşturma yöntemi olarak kabul etmektedir⁷. Ancak kışkırtmanın meşru olarak addedilmesine gerekçe oluşturan hukukun üstünlüğü ilkesi, aynı zamanda bu faaliyetin sınırını da teşkil etmektedir⁸. Bu çerçevede BGH içtihat yoluyla çeşitli kıstaslar geliştirerek hukukun üstünlüğü ilkesine uygun/aykırı kışkırtma faaliyetinden ne anlaşılması gerektiğini ortaya koymuştur.

Bununla birlikte, BGH’nın hukukun üstünlüğü ilkesine aykırı olduğundan bahisle izin verilemez olarak nitelendirilen kışkırtma faaliyetine hangi hukuki sonucun bağlanacağı konusunda tarihsel süreç içerisinde farklı yönde içtihatla bulunduğu gözlemlenmektedir. Bu anlamda, bir muhakeme engelinin varsayılması (Verfahrenshindernis), sanığın cezasında indirim gidilmesi (Strafzumessungslösung-cezalandırma çözümü) veya kışkırtma neticesinde elde edilen delillerin muhakemede kullanılmasına yönelik bir yasağın kabul edilmesi şeklinde çözüm yolları tartışılmış⁹ ve Yüksek Mahkeme ağırlıklı olarak, izin verilemez kışkırtma hâlinde sanığın cezasında indirim yapma yöntemini uygulamıştır. Benzer şekilde Alman ceza hukuku öğretisinde de konu ile ilgili görüş birliği oluşmamış ve her üç yöntemi de savunan yazarlar ortaya

[5] Zeyher, Lukas. “Das Verfahrenshindernis als strafprozessuale Folge einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation und seine Konsequenzen”, *NZWiSt*, S.5, 2022, s.197; Frister, Helmut. *Handbuch des Polizeirechts*, (Ed. Matthias Bäcker, Erhard Denninger ve Kurt Graulich), 7. Auflage, C. H. Beck, München, 2021, Rn. 347.

[6] Zeyher, s.197. BGH bir kararında tehlikeli ve aydınlatılması zor suçlarla, özellikle de uyuşturucu suçları ile mücadele noktasında polis ile iş birliği hâlinde çalışan “ajan provokatör” kullanımının vazgeçilmez nitelikte olduğunu ifade etmiştir. Bkz. BGH, Urteil vom 15.04.1980 – 1 StR 107/80 (LG Ausburg), *NJW*, S.32, 1980, s.1761.

[7] Bkz. BGH, Urteil vom 15.04.1980 – 1 StR 107/80 (LG Ausburg), *NJW*, S.32, 1980, s.1761; Urteil vom 06.02.1981, 2 StR 370/80 (LG Lahn-Gießen), *NJW*, S.30, 1981, s.1626, 1627; Urteil vom 18.11.1999 – 1 StR 221/99, *NJW*, S.15, 2000, s.1128; Urteil vom 07.12.2017 – 1 StR 320/17, *NStZ*, S.6, 2018, s.358.

[8] Zeyher, s.197. “...(Soruşturma makâmı adına hareket eden) Görevlilerin suçta kışkırtan/teşvik eden davranışları ancak hukukun üstünlüğü tarafından belirlenen sınırlar dahilinde kabul edilebilir...” BGH, Beschluss vom 17.03.1994 – 1 StR 1/94 (LG Nürnberg-Fürth), *NStZ*, S.7, 1994, s.335. Benzer yönde bkz. BGH, Beschluss vom 16.03.1995 - 4 StR 111/95 (LG Bielefeld), *NStZ*, S.10, 1995, s.507.

[9] Schneider, Hartmut. “Voraussetzungen und Folgen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation zu gleich Besprechung des Urteils des Bundesgerichtshofs vom 16.12.2021 – 1 StR 197/21”, *NStZ*, S.6, 2023, s.331.

çıkıştır¹⁰. Buna karşılık Türk ceza hukuku öğretisi, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacağı gerekçesiyle, soruşturma makamlarının bir kimseyi suç işlemeye kışkırtmasını hukuka uygun görmemektedir¹¹. Yargıtay da izin verilebilir ve izin verilemez şeklinde bir ayırım yapmadan kışkırtma faaliyetine dayanılarak elde edilen delillerin muhakemede kullanılmasına yacağına hükmetmektedir¹².

AİHM de izin verilebilir ve izin verilemez ayırımı yapmaksızın soruşturma makamları tarafından bir kimsenin suç işlemeye kışkırtılmasını, AİHS m.6 anlamında adil yargılanma hakkının ihlâli olarak değerlendirmekte ve bu durumda elde edilen delillerin muhakemeden dışlanması veya benzer sonuç doğuran bir prosedürün uygulanması gerektiğini içtihat etmektedir¹³. Nitekim AİHM, 2014 tarihli Furcht-Almanya¹⁴ ve 2020 tarihli Akbay ve Diğerleri-Almanya¹⁵ davalarında verdiği kararlarda, BGH tarafından izin verilemez kışkırtma hâlinde uygulanan ceza indirimini çözümünü, AİHS m.6 çerçevesinde adil yargılanma hakkının ihlâli olarak değerlendirerek Almanya' yı başvuruçulara tazminat ödemeye mahkûm etmiştir. Özellikle Akbay ve Diğerleri-Almanya kararından sonra Alman hukukunda suça kışkırtma yöntemi ve bunun hukuki sonucu ile ilgili tartışmalar yeniden alevlenmiştir. Öte yandan kanun koyucu da bu duruma kayıtsız kalmamış ve konu ile ilgili kanuni bir düzenleme yapılması için çalışmalar başlamıştır. Bu çerçevede “Gizli Soruşturmacıların ve Güvenilir Kişilerin Kışkırtma Faaliyetinde Kullanılmasının Düzenlenmesine Yöne-

[10] Bkz. s.18-20.

[11] Erem, Faruk. “Kışkırtıcı Ajan”, *AÜHFD*, C.32, S.1, 1975, s.15; Yüce, Turhan Tufan. “Ajan Vasıtasıyla İşlenen Suçların Cezalandırılması ve İlgili Yargıtay Kararları Üzerinde Düşünceler”, *SÜHFD*, C.1, S.1, Ocak-Haziran 1988, s.13; Şen, Ersan / Yurttaş, Yasemin. “Gizli Tanık, X Muhbir, Gizli Soruşturmacı, Ajan Provokator”, *CHD*, C.3, S.6, 2008, s.25, 26; Taşkın, Ozan Ercan. *Kışkırtıcı Ajan*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011, s.211, 212; Özbek, Veli Özer. “Türk Hukuku’nda Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu”, *CHKD*, C.2, S.1-2, 2014, s.144; Doğan, Koray. “Soruşturmada Tuzağa Düşürme Yasağı”, *Dr. Dr. h. c. Silvia Tellenbach’a Armağan*, Ankara, 2018, s.971; Akar, İbrahim. “Tahrikçi Ajan”, *MÜHFHAD*, C.24, S.1, 2018, s.145; Baytaş, Abdullah Batuhan. “Gizli Soruşturmacı”, *7. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali “Terör ve Darbelere Karşı Hukuk Devletin Korunması” Tebliğler*, (Ed. Adem Sözüer), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s.9; Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s.401; Bıçak, Vahit. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4.Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s.733.

[12] Bkz. Yargıtay 10. CD, T.13.03.2023, E.2021/15492, K.2023/2074T.19.12.2022, E.2021/17496, K.2022/13453; T.15.03.2022, E.2021/14424, K.2022/3224, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T.:26.04.2024).

[13] Bkz. AİHM, Akbay ve diğerleri-Almanya davası, Başvuru No: 40495/15, 37273/15, 40913/15, 15.10.2020, prg.125-131; Pareniuc-Moldova Cumhuriyeti davası, Başvuru No: 17953/08, 01.07.2014, prg.38-39; Furcht-Almanya davası, Başvuru No: 54648/09, 23.10.2014, prg. 54-59, 67-71; Ciprian Vladut ve Ioan Florin Pop-Romanya davası, Başvuru No: 43490/07, 44304/07, 16.07.2015, prg.86, 87; Morari-Moldova Cumhuriyeti davası, Başvuru No: 65311/09, 08.03.2016, prg.36, 37; Malininas-Litvanya davası, Başvuru No:10071/04, 01.07.2008, prg.37-39; Ramanauskas-Litvanya davası, Başvuru No: 74420/01, 05.02.2008, prg.67; Vanyan-Rusya davası, Başvuru No: 53203/99, 15.12.2005, prg.49; Teixeira De Castro-Portekiz davası, Başvuru No: 25829/94, 09.06.1998, prg.38, 39.

[14] AİHM, Furcht-Almanya davası, Baş. No:54648/09, T. 23.10.2014.

[15] AİHM, Akbay ve diğerleri-Almanya davası, Baş. No:40495/15, 37273/15, 40913/15, T. 15.10.2020.

lik Kanun Tasarısı (Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Einsatzes von Verdeckten Ermittlern und Vertrauenspersonen sowie zur Tatprovokation)¹⁶” hazırlanarak 2024 yılının Mart ayında yayınlanmıştır¹⁷.

Çalışmanın amacı, soruşturma makamı tarafından gizli soruşturmacılar veya güvenilir kişiler aracılığıyla yürütülen kışkırtma faaliyetinin meşruiyeti ve hukuki sonucu ile ilgili Alman hukukunda yer alan öğreti görüşleri ile yargı kararlarının güncel kanun tasarısı ışığında incelenip değerlendirilmesidir. Bu çerçevede AİHM içtihatlarından ve Türk ceza hukukundaki görüşler ile Yargıtay kararlarından da faydalanılacaktır.

İZİN VERİLEBİLİR – İZİN VERİLEMEZ KİŞKİRTMA (ZULÄSSİGE – UNZULÄSSİGE TATPROVOKATION) AYIRIMI

Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin Uygulaması

Alman hukukunda kışkırtma konusu “izin verilebilir” ve “izin verilemez” kışkırtma şeklinde içtihat hukukundan kaynaklanan ikili bir ayırımı tabi tutularak incelenmektedir. Bu ayırımın temeli ise hukukun üstünlüğü ilkesine (Rechtstaatsprinzip) dayanmaktadır. Buna göre, somut olayda gerçekleştirilen kışkırtma faaliyeti hukukun üstünlüğü ilkesine uygun ise izin verilebilir; aykırı ise izin verilemez kışkırtma olarak nitelendirilmektedir¹⁸. Dolayısıyla burada hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olma ifadesinden ne anlaşılması gerektiği sorusu gündeme gelmektedir. BGH ise içtihat yoluyla çeşitli kriterler geliştirerek bu soruya cevap vermiştir. Gerçekten de 1980 yılında verdiği bir kararında¹⁹ Mahkeme, öncelikle tehlikeli ve aydınlatılması zor suçlarla, özellikle de yasa dışı uyuşturucu ticareti suçu ile mücadele etmek amacıyla soruşturma organlarının kışkırtma yöntemine başvurmasının vazgeçilmez olduğunu²⁰

[16] Bundan sonra “Tasarı” olarak anılacaktır.

[17] Bkz. Federal Konsey (Bundesrat), Gizli Soruşturmacıların ve Güvenilir Kişilerin Kışkırtma Faaliyetinde Kullanılmasının Düzenlenmesine Yönelik Kanun Tasarısı, Yayım T. 15.03.2024, S.125/24, [https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2024/0101-0200/125-24\(B\).pdf?__blob=publicationFile&v=1](https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2024/0101-0200/125-24(B).pdf?__blob=publicationFile&v=1) (E.T.: 26.04.2024).

[18] Bkz. BGH, Urteil vom 15.04.1980 – 1 StR 107/80 (LG Ausburg), *NJW*, S.32, 1980, s.1761; Urteil vom 06.02.1981, 2 StR 370/80 (LG Lahn-Gießen), *NJW*, S.30, 1981, s.1626, 1627; Urteil vom 13.11.1981 – 2 StR 242/81 (LG Frankfurt), *NSZ*, S.3, 1982, s.126; Urteil vom 21.09.1983 – 2 StR 370/83 (LG Frankfurt), *NSZ*, S.2, 1984, s.79; Urteil vom 23.05.1984 - 1 StR 148/84 (LG Stuttgart), *NJW*, S.40, 1984, s.2301, 2302; Urteil vom 16.12.2021 – 1 StR 197/21 (LG Freiburg), *NSZ*, S.4, 2023, s.245.

[19] BGH, Urteil vom 15.04.1980 – 1 StR 107/80 (LG Ausburg), *NJW*, S.32, 1980, s.1761.

[20] BGH diğer bir kararında da bu görüşünün gerekçesini açıklamıştır. Buna göre, kışkırtma faaliyetine bazı şartlarla izin verilmesi, anayasal toplumda ağır cezayı gerektiren suçların soruşturulması yetkisine dayanmaktadır. Nitekim kriminal deneyimler, özellikle uyuşturucu ticareti alanında, genellikle sadece gizli soruşturma yöntemleri uygulanarak suçun aydınlatılmasının mümkün olduğuna, diğer bir ifadeyle, failerin, bu yöntemler kullanılmak suretiyle elde edilen delillere istinaden mahkûm edilebildiklerine işaret etmektedir. İşte bu koşullar altında, devletin kışkırtma/provokasyon araçlarına başvurmasının yasaklanması söz konusu değildir. Aksi hâlde suç yapıları herhangi bir engelle karşılaşmadan gelişecek ve geniş bir suç alanı oluşacaktır. Bkz. BGH, Urteil vom 30.05.2001 – 1 StR 42/01 (LG Augsburg), *NJW*, S.40, 2001, s.2982.

belirtmiş ancak hukukun üstünlüğü ilkesinin bu faaliyetin sınırını oluşturduğunu da eklemiştir. Mahkemeye göre bu sınırın belirlenmesinde;

- Şüpheliye/sanığa yönelik şüphenin temeli ve kapsamı,
- Gizli soruşturmacının veya güvenilir kişinin şüpheli/sanık üzerindeki etkisinin niteliği, yoğunluğu ve amacı,
- Şüphelinin/sanığın suç işlemeye yönelik eğilimi/isteği,
- Şüphelinin/sanığın dışarıdan kontrol edilmeyen kendi faaliyetleri,

bir bütün olarak değerlendirilmelidir²¹. Bu değerlendirmede söz konusu kıstaslar göz önüne alınarak, soruşturma makamları adına hareket eden gizli soruşturmacının ya da güvenilir kişinin suça kışkırtan davranışının, sanığın suçun işlenmesine yönelik kendi katkısını geri plana atacak kadar ağırlık kazanıp kazanmadığı ve böylece sanığın muhakemenin bir nesnesi hâline getirilip getirilmediği incelenecektir. Yapılan inceleme sonucunda ise suçun işlenmesi noktasında gizli soruşturmacının ya da güvenilir kişinin davranışının, önemli ölçüde ağır bastığı sonucuna ulaşırsa, hukukun üstünlüğü ilkesine aykırı olduğu için izin verilemez kışkırtmadan bahsedilecektir²². Söz konusu ayırımın nasıl yapıldığının daha somut bir şekilde anlaşılabilmesi için BGH kararlarından bazı örnekler verilmesi faydalı olacaktır. Buna göre;

[21] Karş. Özaydın, Özdem. "Türk ve Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda Gizli Soruşturmacının Hareket Sınırları Aşması ve ALHM'in Konuya Yaklaşımı", *CHD*, C.16, S.47, 2021, s.506; Pfeiffer, Gerd / Miebach, Klaus. "Aus der (vom BGH nicht veröffentlichten) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen zum Verfahrensrecht", *NStZ*, S.5, 1981, s.209; Körner, Harald Hans. "Zum Betäubungsmittelgesetz", *NStZ*, S.1, 1981, s.18; Bruns, Hans-Jürgen. "Widerspruchsvolles" Verhalten des Staates als neuartiges Strafverfolgungsverbot und Verfahrenshindernis, insbesondere beim tatprovozierenden Einsatz polizeilicher Lockspitzel – Zur Einführung des "estoppel"-Prinzips ins Strafprozeßrecht", *NJW*, S.2, 1983, s.54; Herzog, Felix. "Rechtsstaatliche Begrenzungen der Verbrechensbekämpfung – Eine kritische Bilanz der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum tatprovozierenden Einsatz polizeilicher Lockspitzel –", *NStZ*, S.4, 1985, s.155. *Schneider'e* göre somut olayda başvuru kışkırtma faaliyetinin hukukun üstünlüğü ilkesine aykırı olup olmadığının belirlenmesi noktasında önem arz eden husus, şüphelinin, gizli soruşturmacı tarafından sunulan teklife ciddi bir şekilde direnip direnmediği veya sürekli olarak ve/veya dürüst olmayan bir baskı ile suç işlemeye teşvik edilip edilmediğidir. Bkz. *Schneider*, s.330, 331.

[22] *Herzog* da hukukun üstünlüğü ilkesinden hareketle, kışkırtma faaliyetini gerçekleştiren gizli soruşturmacının veya güvenilir kişinin hareketinin, sanığın suçun işlenmesine yönelik katkısını arka planda bırakacak kadar önemli bir boyuta ulaşmaması gerektiği kanaatinde. Bkz. *Herzog*, s.155. Benzer yönde diğer kararlar için bkz. BGH, Urteil vom 11.09.1980 – 4 StR 16/80 (LG Frankenthal), *NStZ*, S.2, 1981, s.70; Urteil vom 06.02.1981, 2 StR 370/80 (LG Lahn-Gießen), *NJW*, S.30, 1981, s.1626, 1627; Urteil vom 23.12.1981 – 2 StR 742/81 (LG Frankfurt), *NStZ*, S.4, 1982, s.156; Urteil vom 21.09.1983 – 2 StR 370/83 (LG Frankfurt), *NStZ*, S.2, 1984, s.79; Urteil vom 23.05.1984 – 1 StR 148/84 (LG Stuttgart), *NJW*, S.40, 1984, s.2300; Urteil vom 18.11.1999 – 1 StR 221/99 (LG München I), *NJW*, S.15, 2000, s.1128; Beschluss vom 19.05.2015 – 1 StR 128/15 (LG Stuttgart), *NStZ*, S.9, 2015, s.544; Urteil vom 10.06.2015 – 2 StR 97/14, *NJW*, S.1-2, 2016, s.92, 93; Beschluss vom 19.01.2016 – 4 StR 252/15 (LG Zweibrücken), *NStZ*, S.4, 2016, s.232, 233; Urteil vom 07.12.2017 – 1 StR 320/17, *NStZ*, S.6, 2018, s.357; Urteil vom 04.07.2018 – 5 StR 650/17, p.26, *BeckRS* 2018, 17767; Urteil vom 16.12.2021 – 1 StR 197/21 (LG Freiburg), *NStZ*, S.4, 2023, s.244, 245, p.19.

- Gizli soruşturmacının veya güvenilir kişinin, sanık reddetmesine rağmen onu suç işlemeye ikna etmeye yönelik uzun süreli girişimde (ısrar, baskı vs.) bulunması²³,

- Gizli soruşturmacının veya güvenilir kişinin, kışkırtılan suçun işlenmesinde belirleyici/kilit bir rol oynaması, diğer bir anlatımla, gizli soruşturmacının ya da güvenilir kişinin müdahalesi olmaksızın suçun işlenmeyecek olması²⁴,

[23] BGH' nin kararına konu olan bir olayda, bir polis memurunun gözetiminde güvenilir kişi sıfatıyla hareket eden İrانی S, sanığın eroin bağımlılığı bulunduğunu öğrenmiş ve onun yardımıyla eroin satıcılarına ulaşmak için sanıktan kendisine önemli miktarda uyuşturucu tedarik etmesini talep etmiştir. Bu sırada sanık, bağımlılığını gidermek için, uyuşturucu ticareti suçundan mahkûm olan Türk asıllı C'den uyuşturucu temin etmekteydi. S ile sanık arasında yapılan görüşmeler sırasında, sanık, -bir anlaşma sağlanması durumunda S tarafından kendisine en az 10 gr. eroin verileceği sözü üzerine- C'ye, S'nin uyuşturucu satın almak istediğini söylemiştir. Sanığın arabuluculuğu sayesinde S ve alıcı kılığında hareket eden bir polis memuruna, 45.000 Alman Markı karşılığında 500 gr. eroin satışı için anlaşma yapılmıştır. Söz konusu eroinin teslim edilmesinden sonra sanık da yakalanmıştır. BGH bu olayda ilk olarak, S' nin, başlangıçta sanığa kendisini eroin satıcıları ile tanıştırmaya yönelik baskı yaptığını, sanığın uzun süre reddetmesine karşın acilen eroin ihtiyacı doğduğu ve S tarafından kendisine eroin vaadinde bulunduğu için sonunda bu teklifi kabul ettiğini not etmiştir. Ancak ilk derece mahkemesi bu duruma ilişkin hiçbir değerlendirme yapmamıştır. Oysa BGH' ya göre, sanığın suç işlemeye ikna edilmesine yönelik tekrarlanan uzun süreli girişimler, ısrarlı ve yoğun bir niteliğe sahip kayda değer bir etki doğuran hareketler, izin verilemez kışkırtma olarak nitelendirilebilecektir. Dolayısıyla BGH bu olayda, söz konusu ihtimale yönelik hiçbir inceleme yapmadığı gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Bkz. BGH, Urteil vom 13.11.1981 – 2 StR 242/81 (LG Frankfurt), *NStZ*, S.3, 1982, s.126. Benzer yönde bkz. BGH, Urteil vom 18.11.1999 – 1 StR 221/99, *NJW*, S.15, 2000, s.1128. Ancak BGH, gizli soruşturmacının veya güvenilir kişinin ısrarlı davranışları her olayda izin verilemez kışkırtma bulunduğunu da kabul etmemektedir. Burada önemli olan görevlinin hareketlerinin, sanığın suçun işlenmesi üzerindeki etkisidir. Diğer bir anlatımla, gizli soruşturmacı ya da güvenilir kişi ısrar etse dahi, sanık, kendi kararlarını kontrol altında tutabilecek durumda olup da suçun işlenmesinde önem arz eden noktalarda inisiyatif alabilecek hâldeyse, artık izin verilebilir kışkırtmadan bahsetmek gerekir. Nitekim BGH' nin kararına konu olan diğer bir olayda, ilk derece mahkemesi, izin verilemez kışkırtmaya maruz kaldığı için sanığı uyuşturucu ithal etme suçundan dolayı açılan davada mahkûm etmemiştir. Bu olayda, polis memuru, sanık L'ye, yaklaşık 6 ay boyunca haftalık telefon araması gerçekleştirerek büyük miktarda para kazanma vaadinde bulunmuştur. Ancak BGH' ya göre, sanık L, bu teklifi hiçbir zaman reddetmemiş fakat oyalayıcı bir tavır takınmıştır. Gerçekten de sanık L, kendisine gelen telefonları cevaplamış hatta bir ara o ana kadar yalnızca telefon konuşmasından tanıdığı polis memuru ile kokain teslimatını görüşmek için buluşmuştur. Dolayısıyla L'yi yönlendiren asıl unsur kâr elde etme umududur. Nitekim bu toplantıda L, polis memuruna büyük miktarda kokain temin etmek için uğraştığını ve bir toplantı ayarladığını söylemiştir. Ardından polis memurunun telefonla baskı yaparak sözde müşterilerin yüklü bir para karşılığında kokain almaya istekli olduklarını belirttiğinden sonra da L, diğer sanık M ile birlikte birikimlerini kullanmak suretiyle Amsterdam'dan kokain temin etmiştir. Burada istenilen kokainin temin edilmesi, özellikle finansman kısmı L'nin göreviydi. Zaten sanık L' nin kendi beyanı da suçun bu belirleyici kısmında devlet organları tarafından herhangi bir kontrol veya hâkimiyetin bulunmadığı yönündedir. Sanık L, kendisinde uyandırılan ve canlı tutulan yüklü miktarda kâr elde etme umudu dışında, kararlarının kontrolünü her zaman elinde tutmuş ve özellikle kokainin temini noktasındaki tüm ayrıntıları kendisi planlamıştır. Dolayısıyla BGH bu olayda izin verilebilir kışkırtma bulunduğu kanaatine varmış ve ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Bkz. BGH, Urteil vom 23.05.1984 - 1 StR 148/84 (LG Stuttgart), *NJW*, S.40, 1984, s.2301, 2302.

[24] BGH' nin kararına konu olan bir olayda, Türkiye' de yaşayan sanık, borçlarını kapatmak için bir arazi satışı işlemiyle ilgili olarak alacaklı olan D isimli şahsın yaşadığı Federal Almanya Cumhuriyeti'ne (Frankfurt) gitmiştir. Sanık burada Ö ve polis adına görev yapan güvenilir kişi K ile yakın ilişki kurmuştur. Daha sonra K, sanığa, eroin satışı ile ilgilendiğini ve arazisini satmak zorunda kalmadan borcundan kurtulması için kendisine eroin temin edip edemeyeceğini sormuştur. Ardından sanık, İstanbul'da bir kişiyi arayarak, onun aracılığıyla H isimli şahsın numarasını almış ve H'yi arayarak ondan eroin talep etmiştir. H ise sanığa, eroin taşımak için uygun

- Sanığın kıskırtma faaliyetinden önce suçta karıştığına dair yeterli olgusal belirtilere dayalı şüphenin bulunmaması²⁵,

olan Alman plakalı bir araç göndermesi durumunda teslimat yapacağını bildirmiştir. Fakat parası olmayan sanık, kendisine yardım edeceğine söz veren K'ye haber vermiştir. Fakat sanık, H ile yaptığı diğer telefon görüşmesinde eroin teslimatının kendisinin turist vizesi ile geldiği Federal Almanya Cumhuriyeti'nde kalacağı süre içerisinde yapılamayacağını öğrenmiş ve H ile yaptığı eroin teslimatı anlaşmasını iptal etmiştir. Sanık, durum hakkında K'ye bilgi verdiğinde, K, sert bir karşılık vererek, kendisinin sanığa oturma izni alabileceğini belirtmiş ve daha sonra da sanığın H'yi tekrar aramasını sağlamıştır. K, nakliye sırasında zarar meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin edeceğini taahhüt ettiği için sanık, H'den fazla miktarda eroin talep etmiştir. Bu arada K, kendisine talimat veren polis memurunun yardımını alarak, sanığın, oturma iznini 4 hafta uzatmıştır. Ardından da sanık, sevkiyat yapacak araç ve şoförü temin etmek için K' den para istemiş ve K de 2000 Alman Markı vermiştir. Bunun üzerine sanık bir minibüs satın almış ve aracı kullanması için de R isimli şahısla anlaşmıştır. Aracı alan R, Türkiye'ye (İstanbul) giderek eroini araca yüklemiş ve Almanya'ya (Münih) gelmiştir. Sanık da aracın Frankfurt' a gelmesi için R'ye eşlik etmek üzere Se isimli birini daha işe almıştır. Plana göre R, eroin taşıyan aracı sürecektir, Se ona eskortluk yapacak ve araç Frankfurt'ta yaşayan ve sanığın ayarladığı diğer suç ortağı olan Sö isimli şahsın evine gidecektir. K, bu organizasyonu sağlaması için sanığa 1.570 Alman Markı daha vermiştir. Ancak araçlar yola çıktıktan sonra polis, R, Se ve Sö' yü yakalamıştır. Sanık ise bu olaydan yaklaşık 3 hafta sonra ele geçirilmiştir. Bu olayda Bölge Mahkemesi sanığı yasadığı uyuşturucu ticareti yaptığı gerekçesiyle 7 yıl 6 ay hapse mahkûm etmiştir. BGH' ya göre mevcut davanın şartları, polisin sanık üzerindeki etkisinin -en azından sanığın, H'yi arayarak ona teslimatı iptal ettiğini söyledikten sonraki gelişmeler dikkate alındığında- izin verilen sınırlar içerisinde olmadığını göstermektedir. Nitekim güvenilir kişi K, eroin taşınması için uygun bir aracın bulunması, şoförün işe alınması ve uyuşturucuların nereye gideceğinin organize edilmesi hususunda bilgi sahibi idi. Diğer bir anlatımla, K' nin müdahalesi olmadan önce, hali hazırda planlanmış bir eroin teslimatının bulunduğu varsaymak için makul bir neden yoktur. Bu nedenle K' nin mevcut bir uyuşturucu tedarik-dağıtım ağını ortaya çıkarmak gibi bir amacının bulunmadığı, aksine sanık ile birlikte henüz varlığı dahi bilinmeyen diğer suç ortaklarını (R, Se ve Sö) mahkûm ettirmek için, sanığın üzerinde uzun süre boyunca devam eden ve önemli bir etki doğuran kıskırtma faaliyeti yürüttüğü söylenebilir. Gerçekten de K' nin, sanığa, taşınma sırasında zarar meydana gelirse tazmin edeceğini söyleyerek önemli miktarda eroin sipariş ettirmesi, sanığa, araç ve şoför bulması ve sevkiyatın güvenli yapılması için diğer suç ortaklarını işe alması amacıyla gerekli parayı vermesi, eroin teslimatının yapılması noktasında belirleyici/kilit bir rol oynadığını, diğer bir ifadeyle, suçun her aşamasını kontrol edip yönlendirmek suretiyle sanık üzerinde kabul edilemeyecek yoğunlukta bir etkide bulunduğunu göstermektedir. BGH' ya göre ise bu durum izin verilecek bir kıskırtma olarak nitelendirilmelidir. Dolayısıyla BGH, ilk derece mahkemesinin kararının bozulmasına hükmetmiştir. Bkz. BGH, Urteil vom 21.09.1983 – 2 StR 370/83 (LG Frankfurt), *NSStZ*, S.2, 1984, s.79.

[25] BGH' nin kararına konu olan diğer bir olayda ise soruşturma makami, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçundan yürütülen bir soruşturma sırasında, uyuşturucu suçlarına ilişkin bir başlangıç şüphesinin bulunduğu bahisle, uyuşturucu kaçakçılığı ile ilgili de ayrı bir soruşturma başlatmıştır. Ancak BGH' ya göre söz konusu şüphe belirsiz bir olaya dayanmaktadır. Bu çerçevede BGH ilk olarak, sanığın sabıka kaydının olmasının tek başına başka suçları da işleyeceğine yönelik bir şüphe oluşturmayacağını ve hatta sanığın suç işlemeye yönelik bir eğilimi olduğunun varsayılması için de yeterli delil teşkil etmeyeceğini belirtmiştir. Aksi durum, önceki mahkûmiyetin yeniden sosyalleştirme etkisinin sorgulanabilir hâle gelmesine yol açacaktır. İkinci olarak ise somut olayda soruşturma makami bir telefon dinleme tedbirinin uygulanması sırasında "neredeyse %100", "saf kalitede" ve "küçük heykelciklerden" bahsedildiğini tespit ederek, sanığın uyuşturucu ticareti işine aracılık ettiği varsayımında bulunmuştur. Oysa bu bilgiden sonra sanığın üzerine atılı suçta bulaştığına dair herhangi bir işaret bulunmamaktadır. Sanık ile Hollanda' da uluslararası bir uyuşturucu kaçakçılığı işine karıştığından bahisle hakkında soruşturma yürütülen A isimli şahsın buluşmasının ardından araçta yapılan kontrolde de yeni bir bilgi elde edilememiştir. Dolayısıyla soruşturma makamının, sanığın başka iletişim yollarını kullandığı için soruşturmanın başarısız olduğu iddiası, sanığın bir suçta dâhil olduğuna yönelik başka bir kanıtın bulunmadığı göz önüne alındığında, kriminalistik deneyimler çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün olmayan bir spekülasyondur. Oysa izin verilebilir bir kıskırtmadan bahsedebilmek için söz konusu suç şüphesine ait olan yeterli olgusal belirtilerin soruşturma dosyasında gösterilmesi şarttır. BGH, ayrıca kararda soruşturma dosyasında "suç şüphesinin öğrenildiği" şeklinde bir ifadenin yeterli olmadığını, sanık hakkında suç işlediğinden şüphe duyulduğunu gösteren olgusal gerçeklerin mutlaka soruşturma dosyasından anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir. Bu gereklilik, önleme ve bastırma amaçlarının iç içe geçtiği karma durumlar

- Gizli soruşturmacının veya güvenilir kişinin, sanığı, işlediği şüphelenilen suçtan haksızlık içeriği önemli ölçüde fazla olan bir suçta (Quantensprung-Kuantum Sıçraması²⁶) kışkırtması²⁷,

(im Fall einer Gemengelage) için de geçerlidir. Zira Mahkemeye göre suçta kışkırtma önleyici bir tedbir olarak kabul edilemeyeceğinden, bu faaliyete izin verilip verilemeyeceğine karar vermek için mutlaka StPO hükümlerine göre değerlendirme yapılmalıdır. Çünkü BGH, soruşturma makamının kontrolü ve yönlendirmesi altında belirli bir kişinin suçta kışkırtılmasının artık önleme amacına hizmet etmediğini, aynı zamanda potansiyel suçları yakalayarak adalete teslim etmeyi hedeflediğini belirtmektedir. Sonuç olarak ise mevcut davada BGH, gizli soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin mahkeme kararının -soruşturma hâkiminin takdir yetkisi olduğundan- yasal hükümler tarafından desteklendiğinin düşünülmesiyle ancak, soruşturmacının görevlendirilmesinin otomatikman bir suçta kışkırtmayı da izin verilebilir hâle getirmediğini belirtmiştir. Bkz. BGH, Urteil vom 10.06.2015 – 2 StR 97/14, NJW, S.1-2, 2016, s.93.

[26] "Quantensprung (Kuantum Sıçraması)" olarak adlandırılan durumda provokatörün amacı, şüpheliyi, o ana kadar işlediği/işlemede olduğu suçtan önemli ölçüde ciddi olan başka bir suçta işlemeye ikna etmektir. Söz gelimi yumuşak uyuşturucu (esrar vs.) ticareti yapmış/yapmakta olan şüphelinin, sert uyuşturucu (erooin ya da kokain gibi) satmaya etkisizlikle gerekli ve yeterli olan seviyeden daha derin bir şekilde suç işlemeye yöneltmeleri sebebiyle, hukukun üstünlüğü ilkesi kapsamında izin verilen sınırın aşıldığını belirtmek gerekir. Fakat BGH, Kuantum Sıçraması vakalarında, hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olmayan bir kışkırtmanın varlığı için şüphelinin salt daha ağır yoğunlukta bir suçta işlemesi için kışkırtılmasını yeterli saymamakta, şüphelenilen suçun niteliği ile şüphelinin üçüncü kişilerce kontrol edilmeyen kendi faaliyetlerini de göz önüne almaktadır. Dolayısıyla soruşturma makamlarının şüpheli üzerindeki etkisinin yoğunluğu ile şüphelinin bireysel durumu dikkate alınarak genel bir değerlendirme yapılmaktadır. Bkz. Schneider, s.328.

[27] BGH'nın kararına konu olan bir olayda hakkında esrar sattığından dolayı şüphelenilen kişiye karşı görevlendirilen güvenilir kişi, sanıktan erooin temin etmesini istemiştir. Hatta güvenilir kişi, sanığa, kendisine erooin bulması için "yalvarmış", aksi hâlde kendi (güvenilir kişi) hayatı ve vücut dokunulmazlığı açısından bir tehlike oluşacağını söylemiştir. BGH ise bu olayda sanığın üzerine atılı suçta güvenilir kişinin sebep olduğu izin verilemez kışkırtma altında işlediği kanaatine varmıştır. Zira soruşturma makamının elinde sanığın esrar sattığından şüphelenen için bilgi bulunsa da güvenilir kişi müdahale etmeden önce erooin satmasına ilişkin bir bilgi yoktur. Öte yandan gerek esrarın gerekse de erooinin temelde uyuşturucu madde olması sebebiyle aynı nitelikte olduğu söylenebilirse de erooin, miktar ve tür olarak esrardan farklı bir yapıya sahiptir. Dolayısıyla yumuşak uyuşturucu (esrar) ticareti yaptığından şüphelenen sanık, büyük miktarlarda sert uyuşturucu (erooin) ticareti yapmaya kışkırtılarak işlenen suçtan haksızlık içeriği önemli biçimde artırılmıştır. Oysa sanığın, işlediğinden şüphelenen suçtan daha ağır ve ciddi bir suçta işlemeye kışkırtılması, adalet ilkesine tabi ceza adaleti sistemini benimsemiş bir devletin görevleri arasında bulunmamaktadır. Bu değerlendirmelerden sonra BGH bu olayda izin verilemez kışkırtmanın bulunduğu karar vermiştir. Bkz. BGH, Urteil vom 30.05.2001 – 1 StR 42/01 (LG Augsburg), NJW, S.40, 2001, s.2982. Benzer yönde bkz. Bkz. BGH, Urteil vom 10.06.2015 – 2 StR 97/14, NJW, S.1-2, 2016, s.93; Beschluss vom 19.01.2016 – 4 StR 252/15 (LG Zweibrücken), NStZ, S.4, 2016, s.232, 233; Urteil vom 04.07.2018 – 5 StR 650/17, BeckRS 2018, 17767; Urteil vom 16.12.2021 – 1 StR 197/21 (LG Freiburg), NStZ, S.4, 2023, s.244, 245, p.19. Ancak BGH, 2018 yılında verdiği bir kararda ise gizli soruşturmacının veya güvenilir kişinin, sanığı, daha önceden gerçekleştirdiği uyuşturucu işlemlerinden daha yüksek seviyede uyuşturucu işlemi yapmaya kışkırtılmasının, tek başına izin verilemez kışkırtma olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmiştir. Zira Mahkemeye göre bu durumda sanığın, suç planının yoğunlaşmasını kabul edip etmediği, yani yüksek nitelik arz eden suçta işlemeye meyilli/istekli olup olmadığı da dikkate alınmalıdır. Bu kapsamda somut olayda sanık, güvenilir kişinin müdahalesine kadar sadece esrar ve amfetamin ile küçük uyuşturucu işlemleri yapmıştır. Ancak güvenilir kişinin talebinden hemen sonra ise tedarikçilerinden 5 kg amfetamin ve 1000 XTC tablet almaya hazır konumda bulunmaktaydı. İşte BGH, güvenilir kişi tarafından talep edilen uyuşturucuyu teslim etme noktasında tereddüt göstermeden istekli olduğu gerekçesiyle, güvenilir kişinin, doğrudan veya dolaylı şekilde hukuka aykırı olarak sanık üzerinde aşırı bir etkide bulunduğu yönelik bir delil olmadığı kanaatine varmıştır. Dolayısıyla Mahkemeye göre bu olayda izin verilebilir kışkırtma mevcuttur. Bkz. BGH, 28.02.2018 – 4 StR 640/17, BeckRS 2018, 3349.

- Gizli soruşturmacının veya güvenilir kişinin, mevcut suç işleme istekliliğine katkıda bulunmanın ötesinde, sanıkta -daha önceden bulunmayan- “suç işleme isteği uyandırmak” veya “suç planını yoğunlaştırmak”²⁸ amacıyla devlete atfedilebilecek şekilde önemli bir etki oluşturması hâlinde, BGH, izin verilemez kışkırtmanın bulunduğuna karar vermektedir.

Buna karşın;

- Gizli soruşturmacının veya güvenilir kişinin sanığa, başkaca bir etkide bulunmaksızın (örneğin, ısrar gibi), salt uyuşturucu madde temin edip edemeyeceğini sorması²⁹,

- Gizli soruşturmacının veya güvenilir kişinin, sanığın mevcut suç işleme istekliliğinden faydalanması³⁰ ise BGH tarafından izin verilebilir kışkırtma olarak değerlendirilmektedir.

[28] “...Bölge Mahkemesi, güvenilir kişinin, sanığı artan miktarlarda eroin satması için kışkırttığını varsaymaktadır. Mahkeme tarafından ortaya konulan olgular temelinde, (mevcut davada) sanığın suç işlemeye kışkırtıldığı açıktır. Kararda, güvenilir kişinin, sanığa eroin satması için “yalandığına”, “kendi hayatı ve vücut dokunulmazlığı açısından sözde bir tehlikeye işaret ettiğine”, “(sanığa) sızlandığına”, ve eroin satıcısı B ile temas kurduktan sonra, eroin kaçakçılığına tercüman olarak katılmaya devam etmesi için ona “baskı yaptığına” yer vermiştir. Bu durum ise kışkırtma anlamında, (güvenilir kişinin, sanık üzerinde) bir suçun planlanmasının yoğunlaşmasına sebebiyet veren önemli bir etki teşkil edebilir...” Bkz. BGH, Urteil vom 30.05.2001 – 1 StR 42/01 (LG Augsburg), NJW, S.40, 2001, s.2982; “... (Sanık ile güvenilir kişinin) ilk temas(ı) sırasında mevcut olan şüphe durumu, sanığın daha tehlikeli uyuşturucu olan kokain talebinde bulunması ve sanığın eylemlerinin sürekli olarak kâr odaklı olduğu gerçeği göz önüne alındığında, güvenilir kişinin (suçun işlenmesine yönelik) katkıları ikincil öneme sahiptir. Güvenilir kişinin davranışları uyuşturucu temininin gerçekleştirilmesine yönelik olmayıp yalnızca bu işlemin gerçekleşmesini hızlandırmaya yöneliktir...” BGH, Beschluß vom 19.01.2016 – 4 StR 252/15 (LG Zweibrücken), NSTz, S.4, 2016, s.233. Benzer yönde bkz. BGH, Urteil vom 07.12.2017 – 1 StR 320/17, NSTz, S.6, 2018, s.356, 357; Urteil vom 04.07.2018 – 5 StR 650/17, p.26, BeckRS 2018, 17767; Urteil vom 16.12.2021 – 1 StR 197/21 (LG Freiburg), NSTz, S.4, 2023, s.244, 245, p.19; Urteil vom 07.02.2022 – 5 StR 542/20, NJW, S.25, 2022, s.1826.

[29] Bkz. BGH, Urteil vom 18.11.1999 – 1 StR 221/99, NJW, S.15, 2000, s.1123 vd; Urteil vom 10.06.2015 – 2 StR 97/14, NJW, S.1-2, 2016, s.94.

[30] BGH’ nin kararına konu olan diğer olayda artan ihtiyaçlarını finanse etmek ve uzun vadede de geçimini sağlamak maksadıyla uyuşturucu işine girmeye karar veren sanık, görevli polis memuruna 4-5 gr. eroin preparatı satmıştır. Bu esnada da bir bağlantısı olduğunu söyleyerek kendisiyle övünmüş ve daha fazla miktarda uyuşturucu temin edebileceğini söylemiştir. Bunun üzerine polis memuru ise sanıktan kendisine büyük miktarda uyuşturucu temin etmesini istemiştir. Dolayısıyla sanığın bu sözleri ve eylemleri, gerçekleştirilmiş veya fırsat doğması hâlinde gerçekleştirilecek, çok daha ciddi uyuşturucu satışı işlemlerinden şüphe duymak için yeterli bir neden oluşturmaktadır. Bu olayda polis memuru ise uyuşturucu maddenin yüklü miktarda potansiyel alıcısı kılığında, daha büyük kâr elde edilmesini mümkün kılaçak ortak gibi hareket etmiştir. Diğer bir deyişle, polis memuru, sanığı etkilemek maksadıyla “daha büyük anlaşmalar daha büyük kârlar sağlar” mottosunu kullanmıştır. Oysa bu teklife olumlu cevap verip vermek sanığın iradesindedir. Nitekim sanık, tekliften hemen sonra harekete geçmiş ve tedarikçi ayarlayarak uyuşturucuyu temin etmiştir. Bu durum ise sanığın, polis memurunun talep ettiği miktarda uyuşturucu maddeyi temin etmekten en başından beri kaçınmadığı ve mevcut istekliliği nedeniyle ortaya çıkan fırsatı hemen değerlendirdiğini göstermektedir. Dolayısıyla BGH, somut olaydaki kışkırtma faaliyetinin, izin verilebilir olduğu sonucuna varmıştır. Bkz. BGH, Urteil vom 15.04.1980 – 1 StR 107/80 (LG Augsburg), NJW, S.32, 1980, s.1761. Benzer yönde bkz. BGH, Urteil vom 10.06.2015 – 2 StR 97/14, NJW, S.1-2, 2016, s.94; Urteil vom 07.12.2017 – 1 StR 320/17, NSTz, S.6, 2018, s.355; Beschluß vom 13.03.2018 – 4 StR 614/17 (LG Kaiserslautern), NSTz, S.8, 2018, s.458; Urteil vom 04.07.2018 – 5 StR 650/17, p.26, BeckRS 2018, 17767.

Öğreti Görüşleri

İzin Verilebilir – İzin Verilemez Kışkırtma Ayırımına Karşı Çıkan Görüşler

BGH tarafından ortaya atılan izin verilebilir ve izin verilemez ayırımının isabetli olmadığını düşünen *Sinn ve Maly*'ye göre, kolluğun görevi, suçu önlemek ve işlenmiş olan suçları aydınlatmaktır. Dolayısıyla bir kimseyi suç işlemeye kışkırtmak, kolluğun görevleri arasında değildir. Her ne kadar özellikle örgütlü suç alanında, suç ortamına yönelik araştırmalarda bulunmak yaygın bir kolluk uygulaması olsa da bu amaçla yürütülen bir soruşturma dahi başlangıçta kendisinden şüphe edilmeyen kişilerin suç işlemeye kışkırtılmasını haklı çıkarmaz³¹.

Esser de izin verilebilir ve izin verilemez kışkırtma şeklindeki ayırımın, hukukun üstünlüğü ilkesine yarar vermekten ziyade zarar veren tehlikeli bir görüş olduğunu düşünmektedir. Yazara göre, hukukun üstünlüğü ilkesini benimseyen bir sistemde, soruşturma makamının, gizli soruşturmacı veya güvenilir kişi aracılığıyla doğrudan ya da dolaylı olarak bir kimseyi suç işlemesi için kışkırtmasına izin verilmesi, kabul edilemez bir durumdur. Dolayısıyla yazar, Alman hukukunda, izin verilebilir ve izin verilemez şeklinde bir ayırıma yer verilmeden, her türlü kışkırtma faaliyetinin yasaklanması için kanuni bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç olduğunu ifade etmektedir³².

Fischer ve Maul'a göre, bir kimsenin suç işlemeye eğilimi olduğunu düşünmek için somut bir gerekçenin varlığı hâlinde, bu kimseyi hukuki bir zeminde tutmak maksadıyla onun suç işlemesinin engellenmesi daha makul bir çözümdür. Dolayısıyla devletin, suça eğilimli kimseleri önce kışkırtıp sonra da cezalandırmak suretiyle yeniden toplumsal hayatla uyumlu bir hâle getirmek istemesi, üzerinde ciddi bir tartışma yürütülmeyecek kadar mantıksız bir yaklaşımdır. Öte yandan bir suç işlendiğine ilişkin olgulara dayalı basit bir şüphe elde edilmeden bir kimseye karşı kışkırtma faaliyetinde bulunulması, StPO' nun öngördüğü usul sistemiyle bağdaşmayacaktır. Bu çerçevede hakkında basit şüphe dahi duyulmayan bir kimsenin, gizli soruşturmacı ya da güvenilir kişi tarafından suç işlemeye kışkırtılması hukuka uygun olmayacaktır. Nihayet yazarlar, Alman soruşturma makamlarının özellikle uyuşturucu ticareti ile mücadelede kışkırtma faaliyetinde bulunmasını "absürd bir uygulama" olarak nitelendirmektedir. Çünkü böyle bir faaliyette bulunulmasına gerek

[31] Sinn, Arndt / Maly, Simon. "Zu Den Strafprozessualen Folgen Einer Rechtsstaatswidrigen Tatprovokation – Zugleich Besprechung von EGMR, Urt. v.23.10.2014 – 54648/09 (Furcht v. Germany)", *NStZ*, S.7, 2015, s.381.

[32] Esser, Robert. "Rechtsstaatswidrige Tatprovokation", Anmerkung zu BGH, Urteil vom 07.12.2017 – 1 StR 320/17 (LG Tübingen), *NStZ*, S.6, 2018, s.362.

yoktur. Her ne kadar gizli soruşturmacının alıcı kılığına girmek suretiyle uyuşturucu madde satın alıp bunun imha edilmesi mümkün ise de bu yöntem, uyuşturucu piyasasının varlığına son verme amacı bakımından fayda sağlamaktan ziyade zarara yol açmaktadır. Gerçekten de kriminolojik veriler, uyuşturucu piyasasının genişleyerek tehlikeli bir hâle gelmesinin, talebin yapısı ve kapsamına bağlı olduğuna işaret etmektedir. Bu sebeple, polisin doğrudan doğruya veya üçüncü kişileri kışkırtarak piyasadan uyuşturucu alması, kaçınılmaz olarak arzda bir artışın meydana gelmesine yol açacak ve bu durumda daha fazla uyuşturucu madde satışa sunulacaktır³³.

İzin Verilebilir – İzin Verilemez Kışkırtma Ayırımının Korunması Gerektiğini Savunan Görüşler

Bu görüşü savunan yazarlardan *Moldenhauer*'a göre, hem öğretide hem de yargı kararlarında kullanılan “izin verilemez”, “hukukun üstünlüğü ilkesine aykırı” veya “AİHS'e aykırı” kışkırtma şeklindeki ifadeler kışkırtma konusunda izin verilebilir ve izin verilemez kışkırtma ayırımının var olması gerektiğine işaret etmektedir. Dolayısıyla kışkırtma faaliyetinin hiçbir zaman ve hiçbir durumda bir soruşturma yöntemi olarak kullanılamayacağı söylenemez. Bu kapsamda örneğin, bir gizli soruşturmacının veya güvenilir kişinin, sahte alıcı kılığına girerek uyuşturucu madde satın alması, izin verilebilir bir kışkırtma olarak değerlendirilebilecektir. Ancak yazar, hukukun üstünlüğü ilkesine aykırı kışkırtmanın şartlarının, bireysel dava örneklerinin ötesinde, genel uygulamaya imkân verecek şekilde, güvenilir ve öngörülebilir bir biçimde ortaya konularak, konu ile ilgili yeknesak bir standart geliştirilmesinin gerekli olduğu kanaatinde³⁴.

Zeyher de soruşturma makamının sanığı bir suç işlemeye kışkırttığı her olayda hukukun üstünlüğü ilkesinin ve adil yargılanma hakkının ihlâl edilmediği kanaatinde. Dolayısıyla kışkırtma konusunda izin verilebilir ve izin verilemez şeklinde bir ayırım yapılması gereklidir. Ancak kışkırtma faaliyeti,

- Genel kişilik hakkının bir parçası olarak bilgisel anlamda kendi kaderini tayin etme hakkı (informationelle Selbstbestimmung als Bestandteil des Allgemeinen Persönlichkeitsrecht/Rechts auf informationelle Selbstbestimmung - GG m.1 paragraf 1 ile bağlantılı olarak m.2 paragraf),

- Genel hareket/eylem özgürlüğü (die allgemeine Handlungsfreiheit - GG m.2 paragraf 1),

[33] Fischer, Thomas / Maul, Heinrich. “Tatprovozierendes Verhalten als Polizeiliche Ermittlungsmaßnahme”, *NStZ*, S.1, 1992, s.12, 13.

[34] Moldenhauer, Gerwin. “Rechtsstaatswidrige Tatprovokation”, Anmerkung zu BGH, 16.12.2021 – 1 StR 197/21 (LG Freiburg), *NStZ-RR*, S.4, 2023, s.111.

- Sosyal devlet ilkesi (das Sozialstaatsprinzip) ve

- Adil yargılanma hakkı (AİHS m.6 paragraf 1) gibi birçok temel hak ve özgürlüğü önemli şekilde sınırlandırmaktadır. Oysa GG § 19 paragraf 3 uyarınca temel hak ve özgürlüklere müdahale eden herhangi bir devlet eylemi için, bu eyleme açıkça izin veren bir kanun hükmünün bulunması zorunludur. Ancak mevcut durumda StPO' da kısıktırma faaliyetine yönelik özel bir düzenleme yer almamaktadır. Gerçekten de StPO § 110c'de gizli soruşturmacının değiştirilmiş kimliğini kullanarak yetkili kişinin rızası ile bir konuta girebileceği hüküm altına alınmış ancak bir kimseyi suç işlemeye kısıktırmasına yönelik bir yetki verilmemiştir. Bu hâlde kıyas yoluna başvurulur StPO § 110c'nin soruşturmacıya böyle bir yetki de verdiği de tartışılabilir. Fakat bilindiği üzere, ceza muhakemesinde sınırlayıcı hükümlerde kıyas yapılması yasaktır. Dolayısıyla soruşturma makamı uygulamada başvurduğu kısıktırma faaliyetini, StPO §§ 161 ve 163' de yer alan genel soruşturma hükümlerini hukuki dayanak gösterecek meşrulaştırmaya çalışmaktadır. Oysa söz konusu hükümlerin sadece düşük yoğunlukta/nitelikte soruşturma eylemlerine ve temel hak ve özgürlüklere önemli şekilde müdahale etmeyen tedbirlere izin verdiği dikkate alındığında, StPO §§ 161 ve 163' ün, GG § 19 paragraf 3 anlamında bir kanuni düzenleme ihtiyacına karşılık gelmediği görülmektedir. Sonuç olarak yazar, kısıktırma yönteminin uygulanabilmesi için açık bir kanun hükmünün zorunlu olduğunu, halihazırda böyle bir düzenlemenin bulunmadığını belirtmekte ve GG § 19 paragraf 3 ve § 20 paragraf 3 cümle 2 uyarınca kanun koyucunun, konu ile ilgili olarak StPO' ya hüküm koymakla yükümlü olduğunu hatırlatmaktadır³⁵.

İZİN VERİLEMEZ KIŞKIRTMANIN HUKUKİ SONUCU

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin Uygulaması

Genel Olarak

BGH'nın Ceza Daireleri tarihsel süreç içerisinde, izin verilemez kısıktırma hangi hukuki sonucun bağlanacağı konusunda farklı yönde

[35] Zeyher, s.200, 201. *Hillenkamp'* a göre de BGH, özellikle uyuşturucu ticareti ve örgütlü suçluluk gibi ciddi suçlarla mücadele edilmesi amacıyla kısıktırma faaliyetinde bulunulmasını bazı şartlarla gerekli ve izin verilebilir olarak kabul etse de kanuni bir düzenleme olmaması sebebiyle, kısıktırmanın adil yargılanma ilkesine (kendi kendini suçlamama hakkı, aldatma yasağı), insan onuru ilkesine ve kişisel verilerin korunması hakkına (kişisel verileri başkası ile paylaşım paylaşımına bakımından kendi kaderini tayin etme hakkı) aykırıdır. Dolayısıyla böyle bir faaliyetin hukuka uygun olarak kabul edilebilmesi için kanunda açık bir düzenlemeye yer verilmesi gerekmektedir. Bkz. Hillenkamp, Thomas. "Verfahrenshindernisse von Verfassungs wegen", *NJW*, S.45, 1989, s.2848, 2849. *Hoven* de kanun koyucunun ivedilikle izin verilebilir kısıktırmanın şartlarına ilişkin kanuni bir düzenleme yapması ve geniş kapsamlı sonucu göz önüne alındığında, izin verilemez kısıktırmanın varlığı için gerekli koşulların çok düşük nitelikte olmaması gerektiği kanaatindedir. Bkz. Hoven, Elisa. "Konventionswidrige Tatprovokation (agent provocateur)", *Anmerkung zu EGMR (V. Sektion), Urteil vom 15.10.2020 – 40495/15, 40913/13, 37273/15 – Akbay ua/Deutschland, NJW*, S.48, 2021, s.3525. Benzer yönde bkz. Herzog, s.155.

kararlara imza atmıştır. Bu kararlarda bir muhakeme engelinin (Verfahrenshindernis) kabul edilmesi, sanığın cezasında indirimde gidilmesi (Strafzumessungslösung-cezalandırma çözümü) ve kışkırtma sonucunda elde edilen delillerin muhakemede kullanılmasına yönelik bir yasağın (Beweisverwertungsverbot-delil yasağı) öngörülmesi gibi çözüm yolları tartışılmıştır. Bununla birlikte, Ceza Daireleri ağırlıklı olarak izin verilemez kışkırtma hâlinde, sanığın cezasında indirim yapılmasına karar vermiştir. Bu çerçevede Yüksek Mahkemenin 1980-2022 yılları arasında vermiş olduğu bazı kararları tarafımızca incelenmiş olup bu inceleme sonucunda BGH uygulamasının, “1980-1983 arası dönem”, “1984-2015 arası dönem” ve “2015 sonrası dönem” şeklinde üç ayrı başlık altında değerlendirilmesinin mümkün olduğu görülmüştür.

1980-1983 Arası Dönem

BGH 1. Ceza Dairesi, 1980 yılında verdiği bir kararda, hukukun üstünlüğü ilkesine aykırı kışkırtmayı, “devlete atfedilebilecek bir hukuk ihlâli olarak ceza yargılamasını etkileyebilecek” bir faaliyet olarak nitelendirmiş ve bu durumda devletin cezalandırma hakkının ortadan kalkabileceğini (muhakeme engeli) belirtmiştir. Ancak somut olayda yaptığı değerlendirmede sanığın muhakemenin bir nesneni hâline getirilmediğinden bahisle, bir muhakeme engelinin bulunmadığı sonucuna varmıştır³⁶.

BGH 2. Ceza Dairesi, 1981 yılında verdiği bir kararında, gizli soruşturmacının veya güvenilir kişinin, sanığı suç işlemeye ikna etmek için tekrarlanan uzun süreli girişimlerde bulunarak sanık üzerinde kayda değer önemde bir etki yaratması hâlinde, bir muhakeme engelinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Çünkü devletin, sanığı önce hukuk yolundan saptırıp sonra da yeniden hukuk yoluna sokmak için soruşturma/kovuşturma yürütmesi, çelişkili ve hileli bir davranış olacaktır. Ancak Daire, bu değerlendirmeden sonra somut olayda bir muhakeme engelinin kabul edilmesi için gereken şartların oluşmadığına karar vermiştir³⁷.

BGH 2. Ceza Dairesi, 1983 yılında verdiği diğer bir kararında ise güvenilir kişinin, sanığı, suçu işlemesi için yoğun bir şekilde teşvik ettiği ve suçun her aşamasında kontrolü elinde tuttuğu gerekçesiyle, soruşturma makamının suçun işlenmesine yönelik haksız ve aşırı bir katkı sağladığını tespit etmiştir. Bu tespitten sonra da açıkça somut olayda izin verilemez bir kışkırtma faaliyetinde bulunulduğunu belirtmiştir. Ancak buna karşın Daire, bir muhakeme engelinin varlığını kabul etmemiş, ulaştığı sonucun doğru olmadığını gösteren başka bazı bulgular elde edilmesinin

[36] BGH, Urteil vom 15.04.1980 – 1 StR 107/80 (LG Ausburg), NJW, S.32, 1980, s.1761.

[37] BGH, Urteil vom 06.02.1981, 2 StR 370/80 (LG Lahn-Gießen), NJW, S.30, 1981, s.1626, 1627. Benzer yönde bkz. BGH, Urteil vom 13.11.1981 – 2 StR 242/81 (LG Frankfurt), NSTZ, S.3, 1982, s.126; Urteil vom 23.12.1981 – 2 StR 742/81 (LG Frankfurt), NSTZ, S.4, 1982, s.157.

mümkün olduğu notunu da düşerek kararı bozup yeniden değerlendirme yapmak üzere ilk derece mahkemesine göndermiştir³⁸.

Yukarıdaki kararlardan da anlaşılacağı üzere BGH, 1980-1983 yılları arasındaki içtihatlarında izin verilemez kısırtmanın devletin cezalandırma yetkisini ortadan kaldırarak bir muhakeme engeline yol açacağına yönelik değerlendirmede bulunmuştur. Ancak bu değerlendirme daha çok “teorik bir tespit” niteliğinde kalmıştır. Çünkü her ne kadar bazı kararlarında izin verilemez kısırtmanın olduğunu kabul etse dahi bu durumda muhakeme engelinin bulunduğuna karar verme eğiliminde olmamıştır³⁹.

1984-2015 Arası Dönem

BGH 1. Ceza Dairesi, 1984 yılında verdiği bir kararında, izin verilemez kısırtma hâlinde devletin cezalandırma yetkisinin ortadan kalkacağından bahisle bir muhakeme engelinin kabul edilmesinin makul bir değerlendirme olmadığını belirtmiştir. Esasen bu görüş, medeni hukukun ceza hukukuna uygun olmayan bir şekilde aktarılmasından kaynaklanmaktadır. Her ne kadar kural olarak dürüstlük kurallarına aykırı bir davranışın hak kaybına yol açması gibi bir sonucun kamu hukuku alanında da geçerli olacağı söylenebilirse de cezalandırma yetkisinin devletin bir işlevi, diğer bir ifadeyle, suç teşkil eden filleri soruşturmak/kovuşturmak suretiyle hukuki menfaatleri koruma yükümlülüğüyle ilgili olduğu gerçeği de göz önüne alınmalıdır. Dolayısıyla devletin kendi adına hareket eden kişilerin gerçekleştirdiği hatalı davranışlar sebebiyle bu yükümlülüğünü yerine getirmekten alkonulması, kabulü mümkün olmayan bir durum yaratmaktadır. Aksi yöndeki yorum, devletin korumasına bırakılan hukuki menfaatlerin, kendisine tevdi edilen görevi kötüye kullanarak yetkisini aşan görevlilerin inisiyatifine bırakılması sonucunu doğuracaktır. İşte bu sebeple, izin verilemez kısırtma hâlinde, bir muhakeme engelinin varlığını kabul etmek makul değildir. Öte yandan suç işlemeye kısırtılan sanığa ceza verilmemesi gerektiği düşüncesinin, hukuka aykırı

[38] BGH, Urteil vom 21.09.1983 – 2 StR 370/83 (LG Frankfurt), *NStZ*, S.2, 1984, s.79.

[39] Benzer yönde değerlendirmeler için bkz. Gribbohm, Günter. “Der Gewährsmann als Zeuge im Strafprozeß – Wege der Neueren Rechtsprechung zur V-Mann-Problematik”, *NJW*, S.7, 1981, s.307; Meyer, K. “Tatprovokierendes Verhalten polizeilicher Lockspitzel”, Anmerkung zu BGH Urteil vom 23.05.1984 – 1 StR 148/84, *NStZ*, S.3, 1985, s.134. Buna karşın Heidenheim ilk derece mahkemesi (Amtsgericht Heidenheim), 1980 yılında verdiği bir kararında, güvenilir kişinin, sanığa karşı izin verilemez bir kısırtma faaliyetinde bulunduğu ve bu durumda devletin cezalandırma yetkisinin ortadan kalktığı gerekçesiyle, bir muhakeme engelinin varlığını kabul etmiş ve StPO § 260 paragraf 3 uyarınca sanığın cezalandırılmamasına hükmetmiştir. Bkz. AG Heidenheim, Urteil vom 27.11.1980 – 1 Ls 249/80, *NJW*, S.30, 1981, s.1628, 1629. Benzer şekilde Stuttgart Bölge Mahkemesi de bir kararında sanık hakkında, yasa dışı uyuşturucu ticareti ve önemsiz olmayan miktarda uyuşturucu ithalatından dolayı açılan davada StPO § 260 paragraf 3 hükmünü uygulayarak sanığa ceza vermemiştir. Zira mahkemeye göre sanık, kokain temin etme eylemini, bir polis memurunun izin verilemez kısırtması neticesinde gerçekleştirmiştir. Ancak BGH, Bölge Mahkemesinin bu kararını hukuka aykırı bularak bozmuştur. Bkz. BGH, Urteil vom 23.05.1984 - 1 StR 148/84 (LG Stuttgart), *NJW*, S.40, 1984, s.2300-2302.

olarak gerçekleştirilen soruşturma tedbirlerini etkisiz kılmak suretiyle, söz konusu tedbirlere başvurulmasına yönelik motivasyonu ortadan kaldırma şeklinde anlaşılır bir amacının bulunduğu da iddia edilebilir. Fakat bu düşünce de ceza yargılamasının sanığın suçluluğuyla bağlantılı olması gerektiği gerçeğini gözden kaçırmaktadır. Esasen ceza yargılamasının, yargılama dışında farklı bir amacı gerçekleştirmek için kullanılması mümkün değildir. Ayrıca izin verilemez kışkırtma faaliyetinde bulunan gizli soruşturmacılar veya güvenilir kişiler ve bunların amiri konumundaki polis memurları, genellikle ceza davasının sonucuyla da motive olmamaktadır. Dolayısıyla hukuka uygun olmayan soruşturma yöntemlerine son vermek, kolluk kuvvetlerinin ve gerekli durumlarda yasa koyucunun görevidir. Bununla birlikte, izin verilemez kışkırtma faaliyetinin herhangi bir hukuki sonuç doğurmayacağı kabulü de adil olmayacaktır. Bu nedenle Daire, izin verilemez kışkırtma hâlinde, sanığa verilecek cezada indirim yapılmasının (Strafzumessungslösung) en uygun çözüm yolu olduğu kanaatindedir⁴⁰.

BGH 1. Ceza Dairesinin verdiği bu karar, konu ile ilgili bir dönüm noktası teşkil etmiştir. Çünkü bu karar, BGH 2. Ceza Dairesi⁴¹, 4. Ceza Dairesi⁴² ve 5. Ceza Dairesi⁴³ tarafından da benimsenmiştir⁴⁴. Dolayısıyla 1984 yılından itibaren BGH Ceza Dairelerinin, izin verilemez kışkırtmaya maruz kalan sanığa verilecek cezada indirim yapılması çözümünü istikrarlı bir şekilde uygulamaya başladığı söylenebilir⁴⁵.

Ayrıca BGH 1. Ceza Dairesi, 1999 yılında verdiği diğer bir kararında, AİHM' in Teixeira De Castro-Portekiz davasına ilişkin ayrıntılı bir değerlendirmeye yapmış ve izin verilemez kışkırtmanın, AİHM içtihadına uygun olarak, -tespit edebildiğimiz kadarıyla ilk kez- AİHS m.6 çerçevesinde adil yargılanma hakkının ihlâli anlamına geldiğini ifade etmiştir. Bu çerçevede Daire aynı kararda, ilk derece mahkemesinin, somut olayda izin

[40] BGH, Urteil vom 23.05.1984 - 1 StR 148/84 (LG Stuttgart), *NJW*, S.40, 1984, s.2301, 2302. Benzer yönde bkz. BGH, Beschluß vom 19.05.1987 - 1 StR 202/87 (LG Ansbach), *NStZ*, S.12, 1988, s.550; Beschluß vom 17.03.1994 - 1 StR 1/94 (LG Nürnberg-Fürth), *NStZ*, S.7, 1994, s.335.

[41] BGH, Beschluß vom 08.11.1985 - 2 StR 446/85 (LG Köln), *NJW*, S.28, 1986, s.1764.

[42] BGH, Beschluß vom 16.03.1995 - 4 StR 111/95 (LG Bielefeld), *NStZ*, S.10, 1995, s.506,508; Beschluß vom 20.5.1999 - 4 StR 201-99 (LG Detmold), *NStZ*, S.19, 1999, s.501

[43] BGH, Beschluß vom 13.10.1994 - 5 StR 529/94, *BeckRS* 1994, 10174; Urteil vom 11.12.2013 - 5 StR 240/13 (LG Berlin), *NStZ*, S.5, 2014, s.277 vd.

[44] *Zeyher*' e göre BGH' nin ceza indirimi çözümünü benimsemiş olmasının temel sebebi, özellikle uyuşturucu ticareti ile mücadelede delil elde etmeye yönelik uygulamada yaşanan zorluklardır. Bkz. *Zeyher*, s.198.

[45] Hatta BGH 4. Ceza Dairesi, bir kararında ilk derece mahkemesinin, izin verilebilir sınırlar içerisinde olsa dahi, kışkırtmaya maruz kalan sanığın cezasında indirim yapmasının önünde bir engel bulunmadığını belirtmiştir. Diğer bir anlatımla, gizli soruşturmacının veya güvenilir kişinin sanık üzerindeki her türlü etkisi, ceza verilirken dikkate alınabilecektir. Burada belirleyici unsur, sanık üzerinde yaratılan etkidir. Dolayısıyla izin verilebilir kışkırtma hâlinde dahi mahkeme, sanık üzerinde meydana gelen etkiyi göz önüne alarak cezada indirim yapabilecektir. Bkz. BGH, Urteil vom 04.06.1992 - 4 StR 99/92 (LG Münster), *NStZ*, S.10, 1992, s.488. Benzer yönde bkz. BGH, Urteil vom 07.12.2017 - 1 StR 320/17, *NStZ*, S.6, 2018, s.358.

verilemez kıskırtmanın bulunduğu kanaat getirmesi durumunda, adil yargılanma hakkının ihlâl edildiğini ve ihlâlin giderilmesi için de sanığın cezasında indirim yapıldığını açıkça belirtmesi gerektiğine hükmetmiştir⁴⁶.

2015 Sonrası Dönem

Yukarıda ifade edildiği üzere, BGH 1. Ceza Dairesi tarafından 1984 yılında ortaya atılan ve diğer Daireler tarafından da kabul gören ceza indirimi çözümünün, 2015 yılına kadar istikrarlı bir şekilde uygulandığı söylenebilir⁴⁷. Bununla birlikte, AİHM 2014 yılında Furcht-Almanya davasında verdiği kararda, gizli soruşturmacıların “pasif davranmayarak” sanığı, üzerine atılı suçu işlemesi için kıskırtıklarını tespit etmiş ve suç kıskırtmanın AİHS m.6 anlamında adil yargılanma hakkını ihlâl ettiğini belirtmiştir. Buna göre, söz konusu ihlâlin giderilmesi için ya “kıskırtma sonucunda elde edilen bütün deliller muhakemeden dışlanmalı” ya da “benzer sonuca yol açan bir prosedür” izlenmelidir. Bu çerçevede AİHM, BGH’ nın izin verilemez kıskırtma durumunda sanığın cezasında önemli miktarda indirim yapmış olmasının dahi (ceza indirimi çözümü), ilgili delillerin muhakemeden dışlanması ile benzer sonuçlara yol açmadığı ve AİHS m.6’ nın ihlâli için yeterli bir telafi sağlamadığı gerekçesiyle, ilk defa Almanya aleyhine ihlâl kararı vermiştir⁴⁸.

BGH Ceza Daireleri, AİHM’ in Furcht-Almanya davasında verdiği karara karşı farklı tepkiler vermiştir. Bu çerçevede BGH 2. Ceza Dairesi, 2015 yılında verdiği bir karar ile uzun zamandan beri uyguladığı ceza indirimi çözümünden vazgeçmiştir. Daireye göre, Alman hukuk sisteminde, AİHS ve ek protokoller federal hukuk statüsüne sahip olduğundan, mahkemelerin hukuka bağlı olma yükümlülüğü (GG § 20 paragraf 3) kapsamında, AİHS’ i ve AİHM kararlarını dikkate alması şarttır. Dolayısıyla AİHM’ in Furcht-Almanya davasında yaptığı değerlendirmelerden sonra artık izin verilemez kıskırtma hâlinde ceza indirimi çözümünün uygulanması makul değildir. Ancak AİHM’ in önerdiği delil yasağı uygulaması da özellikle bu yasağa ilişkin sınırın nasıl çizileceği, çözümü pek mümkün olmayan sorunlara yol açacağından, Alman ceza muhakemesi hukukunun temel

[46] BGH, Urteil vom 18.11.1999 – 1 StR 221/99, *NJW*, S.15, 2000, s.1128. Benzer yönde diğer kararlar için bkz. Bkz. BGH, Urteil vom 30.05.2001 – 1 StR 42/01 (LG Augsburg), *NJW*, S.40, 2001, s.2981, 2982; Urteil vom 11.12.2013 – 5 StR 240/13 (LG Berlin), *NStZ*, S.5, 2014, s.277 vd.; BGH, Beschluss vom 19.01.2016 – 4 StR 252/15 (LG Zweibrücken), *NStZ*, S.4, 2016, s.232, 233.

[47] Bkz. BGH, Beschluss vom 08.11.1985 – 2 StR 446/85 (LG Köln), *NJW*, S.28, 1986, s.1764; Beschluss vom 19.05.1987 – 1 StR 202/87 (LG Ansbach), *NStZ*, S.12, 1988, s.550; Beschluss vom 17.03.1994 – 1 StR 1/94 (LG Nürnberg-Fürth), *NStZ*, S.7, 1994, s.335; Beschluss vom 13.10.1994 – 5 StR 529/94, *BeckRS* 1994, 10174; Beschluss vom 16.03.1995 – 4 StR 111/95 (LG Bielefeld), *NStZ*, S.10, 1995, s.506,508; Beschluss vom 20. 5. 1999 – 4 StR 201–99 (LG Detmold), *NStZ*, S.19, 1999, s.501; Urteil vom 11.12.2013 – 5 StR 240/13 (LG Berlin), *NStZ*, S.5, 2014, s.277 vd.; Beschluss vom 19.01.2016 – 4 StR 252/15 (LG Zweibrücken), *NStZ*, S.4, 2016, s.232, 233.

[48] Bkz. AİHM, Furcht-Almanya davası, Başvuru No: 54648/09, 23.10.2014, prg.6-22, 54-59, 67-71.

değerleriyle bağdaşmamaktadır. Bu durumda en uygun yol, izin verilemez kışkırtma durumunda bir muhakeme engelinin kabul edilmesidir. Nitekim muhakeme engeli, yargılamanın durdurulması sonucunu doğuracağından (StPO § 206a, § 260 paragraf 3), kışkırtma faaliyetine bağlı olarak elde edilen bütün delillerin muhakemeden dışlanması ile benzer bir prosedür olarak değerlendirilebilecektir. Daire, tüm bu değerlendirmelerden sonra somut olayda bir muhakeme engelinin kabul edilebileceği kanaatine varmıştır⁴⁹.

Buna karşın BGH 4. Ceza Dairesi 2016 yılında verdiği bir kararda, ceza indirimi çözümünü uygulamaya devam etmiştir. Gerçekten de Daire, mevcut davada izin verilemez kışkırtmanın bulunduğu bahisle, sanığın adil yargılanma hakkının ihlâl edildiğini ve bu ihlâlin giderilmesi için cezasında indirim yapılmasının yeterli olduğu sonucuna varmıştır⁵⁰.

BGH 5. Ceza Dairesi 2018 yılında verdiği bir kararda, kural olarak izin verilemez kışkırtmanın bir muhakeme engeline yol açmayacağını ifade etmiştir. Diğer bir ifadeyle, Daireye göre prensip olarak, izin verilemez kışkırtmanın hukuki sonucu sanığın cezasında indirim yapılmasıdır. Bununla birlikte, hukukun üstünlüğü ilkesini ciddi bir şekilde ihlâl eden izin verilemez kışkırtmanın bulunduğu son derece istisnai olaylarda muhakeme engelinin kabul edilmesi gündeme gelebilecektir. Bu açıklamalardan sonra, somut olayda böyle bir istisnai durumun bulunmadığı kanaatine varan Daire, muhakeme engelinin varlığını kabul eden ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur⁵¹.

BGH 1. Ceza Dairesi de 2021 yılında verdiği kararda, bir muhakeme engelinin hukukun üstünlüğü ilkesini ve adil yargılanma hakkını ciddi bir şekilde ihlâl eden olaylarda uygulanabileceğini belirtmiştir. Daire, somut olayda ise başvuru kışkırtmanın izin verilebilir olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğine ilişkin yeterli bir değerlendirme yapılamadığı gerekçesiyle, yeniden inceleme yapmak üzere, bozma kararı vererek dosyayı ilk derece mahkemesine iade etmiştir. Bununla birlikte Daire, ilk derece mahkemesince yapılacak değerlendirme sonucunda izin verilemez kışkırtmanın varlığının tespiti hâlinde, muhakeme engelinin kabul edilebileceğini de ifade etmiştir⁵².

[49] BGH, Urteil vom 10.06.2015 – 2 StR 97/14, NJW, S.1-2, 2016, s.93-98. *Schneider*, Dairenin bu kararını, “dönüm noktası niteliğinde” bir karar olarak değerlendirmekte ve AIHM’ in delil yasakları önerisi ile benzer sonuçlara sahip olduğundan bahisle muhakeme engeli çözümünün, Alman mahkeme uygulamalarını konuyla ilgili AIHM içtihatları ile uyumlu hâle getirme imkânı sunduğunu belirtmektedir. Bkz. *Schneider*, s.332.

[50] Bkz. BGH, Beschluf vom 19.01.2016 – 4 StR 252/15 (LG Zweibrücken), NSTz, S.4, 2016, s.232, 233.

[51] BGH, Urteil vom 04.07.2018 – 5 StR 650/17, p.1, 28, 38, *BeckRS* 2018, 17767.

[52] BGH, Urteil vom 16.12.2021 – 1 StR 197/21 (LG Freiburg), NSTz, S.4, 2023, s.245, p.20-23, 27-31.

Mevcut durumda izin verilemez kışkırtmanın hukuki sonucunun olduğu konusunda BGH Ceza Daireleri arasında bir içtihat birliğinin olmadığı görülmektedir⁵³. Bu kapsamda, BGH 2. Ceza Dairesi, izin verilemez kışkırtmanın bir muhakeme engeline yol açacağına karar vermekte, 4. Ceza Dairesi, ceza indirimini çözümünü uygulamaya devam etmekte ve BGH 1. ve 5. Ceza Dairesi ise prensip olarak ceza indirimini çözümünden yana olup ancak çok istisnai olaylarda muhakeme engelini varlığını kabul etmektedir⁵⁴.

Öte yandan Alman Federal Anayasa Mahkemesi (BVerfG) de AİHM' in Furcht-Almanya davasına ilişkin değerlendirmelere de yer verdiği 2015 tarihli bir kararında, BGH 1. ve 5. Ceza Dairesi ile aynı sonuca ulaşmıştır. Buna göre, Alman mahkemeleri, AİHM' in konu ile ilgili dogmatik yaklaşımını benimsemek zorunda değildir. Çünkü AİHS m.6/1'in ceza yargulamalarının adillğine yönelik ortaya koyduğu maddi gereklilikler karşılandığı sürece, AİHM, bu gerekliliklerin ulusal hukuk sistemine ne şekilde entegre edileceğine karar verme yetkisini ulusal makamlara bırakmaktadır. Bu anlamda, BVerfG' ye göre, Alman mahkemelerinin izin verilemez kışkırtma durumunda ceza indirimini çözümünü uygulaması, Alman ceza muhakemesi hukuku sistemi ile tutarlı bir uygunluk göstermektedir. Ancak hukukun üstünlüğü ilkesinin ciddi şekilde ihlâl edildiği çok istisnai olaylarda ise bir muhakeme engelini bulunduğu kabul edilebilecektir⁵⁵. Tüm bu değerlendirmelerden sonra BVerfG somut olayda, ilk derece mahkemesinin izin verilemez kışkırtmaya maruz kaldıkları için sanıklara verilen cezada indirim yaparak AİHS m.6'nın gerekliliklerini karşıladığı gerekçesiyle, sanıkların adil yargılanma haklarının ihlâl edilmediğine karar vermiştir⁵⁶.

BVerfG' nin bu kararı daha sonra AİHM önüne taşınarak, Mahkemenin 2020 yılında karara bağladığı Akbay ve diğerleri-Almanya davasına⁵⁷ konu olmuştur. AİHM ise yaptığı inceleme neticesinde öncelikle birinci ve ikinci başvurunun üzerlerine atılı suçu, AİHS m.6/1 anlamında adil yargılanma hakkına aykırı bir şekilde gerçekleştirilen polis kışkırtması neticesinde işledikleri kanaatine varmıştır⁵⁸. Ardından da ulusal mahkemelerin bu ihlâli nasıl ele aldıklarını değerlendirmiştir. Buna göre, ilk derece mahkemesi de sanıkların izin verilemez bir kışkırtmaya maruz kal-

[53] Benzer değerlendirme için bkz. Moldenhauer, s.111, 112; Schneider, s.332.

[54] Benzer değerlendirme için bkz. Frister, Rn. 349.

[55] BVerfG, 2. Senatunun 2. Dairesi, Beschluss vom 18.12.2014 – 2 BvR 209/14, 2 BvR 240/14, 2 BvR 262/14, NJW, S.15, 2015, s.1084, 1086.

[56] BVerfG, 2. Senatunun 2. Dairesi, Beschluss vom 18.12.2014 – 2 BvR 209/14, 2 BvR 240/14, 2 BvR 262/14, NJW, S.15, 2015, s.1084, 1086.

[57] AİHM, Akbay ve diğerleri-Almanya davası, Başvuru No: 40495/15, 37273/15, 40913/15, 15.10.2020.

[58] AİHM, Akbay ve diğerleri-Almanya davası, Başvuru No: 40495/15, 37273/15, 40913/15, 15.10.2020, prg.125-131.

dıklarından bahisle, adil yargılanma haklarının ihlâl ettiğini tespit etmiş ve bu ihlâli gidermek için de cezalarında indirim yapmıştır. Oysa AİHM' e göre, kışkırtma sonucunda elde edilen bütün delillerin muhakemeden dışlanması veya benzer sonuca yol açan bir usulün benimsenmesi gerekir. Dolayısıyla Alman ulusal mercilerinin uyguladığı ceza indirimi çözümlü adil yargılanma hakkının ihlâlinin giderilmesi noktasında yeterli bir telafi imkânı sunmamaktadır. Sonuç olarak, AİHM, mevcut davada, Furcht-Almanya davasından ayrılmayı gerektiren bir durum olmadığını not ederek, sanığın adil yargılanma hakkının ihlâl edildiğinden bahisle, ikinci kez Almanya aleyhine karar vermiştir⁵⁹.

Öğreti Görüşleri

Ceza İndirimi Çözümünü Savunan Görüş

Sinn ve Maly' ye göre, AİHM' in 2014 yılında karara bağladığı Furcht-Almanya davasından sonra, BGH' nın izin verilemez kışkırtmanın bulunduğu her olayda otomatikman ceza indirimi yapılması şeklindeki içtihadı artık uygulanabilir nitelikte değildir. Bununla birlikte yazarlar, AİHM' in söz konusu kararda belirttiği delil yasakları çözümü ile benzer sonuca yol açan bir yöntem olduğu gerekçesiyle, ceza indirimi uygulamasının geçerliliğini koruduğu kanaatindedir. Diğer bir ifadeyle, prensip olarak, izin verilemez kışkırtma hâlinde sanığa ceza verilmeli fakat cezasında indirim yapılmalıdır. Çünkü sanık, kışkırtma faaliyetine maruz kalsa da kendisine sunulan suç işleme teklifini reddetme imkânına sahiptir. Öte yandan soruşturma makamı izin verilemez kışkırtmaya başvursa dahi sanık ceza normunun muhatabı olduğundan, söz konusu normu ihlâl etmemekle yükümlüdür. Dolayısıyla devletin bir kimseyi, önce suç işlemeye kışkırtıp ardından da onu cezalandırması çelişki oluştursa da bu sorun, hem devleti hem de sanığı kendi davranışından sorumlu tutarak, diğer bir anlatımla, iki tarafın davranışları arasında bir denge kurularak çözümlenmelidir. Bu çerçevede kışkırtma faaliyeti sonucunda suç işleyen sanık cezalandırılmak suretiyle, davranışının hukuk düzeni tarafından tasvip edilmediğinin gösterilmesi gerekir. Böylelikle bu tür bir davranışın diğer kişiler için örnek teşkil etmesinin önüne geçilmiş olur (genel önleme amacı). Bununla birlikte, örneğin, sanık hakkında kışkırtma faaliyetinden önce suç işlediğine dair bir şüphe bulunmuyorsa veya gizli soruşturmacı ya da güvenilir kişinin müdahalesi olmasaydı sanık suç işlemeyecek idiyse, StPO § 60 uyarınca artık sanığa hiç ceza verilmemelidir⁶⁰. Dolayısıyla yazarlar, BGH' nın katı bir şekilde uyguladığı ceza

[59] AİHM, Akbay ve diğerleri-Almanya davası, Başvuru No: 40495/15, 37273/15, 40913/15, 15.10.2020, prg.132-139

[60] *Hillenkamp* da benzer kanaattedir. Ancak yazar, *Sinn / Maly'*den farklı olarak, hukukun üstünlüğü ilkesini ciddi şekilde ihlâl eden kışkırtma durumlarında bir muhakeme engelinin kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Hillenkamp, s.2843, 2844, 2847, 2848.

indirimi yönteminin yumuşatılmasını önermektedir⁶¹. Ayrıca yazarlar, pozitif genel önleme amacıyla bağdaşmayacağı ve her ne kadar kısırtma faaliyetine maruz kalsa da sanığın özgür iradesiyle hareket ederek bir ceza normunu ihlâl ettiği hususunu göz ardı ettiği gerekçesiyle, muhakeme engeli çözümünün makul olmadığı kanaatinde. Benzer şekilde delil yasakları çözümü de Alman hukuk sistemine uygun görünmemektedir. Çünkü AIHM tarafından önerilen bu çözümün adil yargılanma hakkının ihlâlî noktasında yeterli bir giderim sağlayabilmesi için hukuka aykırı delillerin uzak etkisinin de kabul edilmesi gerekir. Ancak gerek Alman yerel ceza mahkemelerinin gerekse de BGH' nın böyle köklü bir değişikliğe razı olması mümkün görünmemektedir⁶².

Muhakeme Engeli Çözümünü Savunan Görüş

Bu görüşe taraftar olan yazarlardan *Bruns*'a göre, izin verilemez kısırtma hâlinde bir muhakeme engelinin kabul edilmesini öngören BGH içtihatlarında isabet bulunmaktadır. Çünkü devletin önce suç işlemeye kısırtıp ardından da suç işlediği için bir kimseyi cezalandırması, çelişkili bir davranıştır. Oysa latince "venire contra factum primum" olarak formüle edilen ve devletin çelişkili davranışta bulunmasını yasaklayan ilke, hukukun üstünlüğü ilkesi çerçevesinde adil bir ceza muhakemesinin doğal bir parçasını oluşturmaktadır. Bununla birlikte, yazara göre BGH içtihadının ceza muhakemesindeki uygulama alanı kesin ve net bir şekilde tanımlanarak kapsamı genişletilmelidir. Bu anlamda, gizli soruşturmacı veya güvenilir kişinin, sanık üzerindeki etkisinin önemli olduğunun kabul edilmesi için varlığı gereken şartların kapsamı dar tutulmalıdır. Yazar son olarak, muhakeme engeli çözümünün hangi suçlarda uygulanacağını BGH tarafından tam olarak açıklığa kavuşturulmadığını da belirtmektedir. Gerçekten de Mahkeme, içtihatlarında tehlikeli ve aydınlatılması zor olan suçlardan, özellikle uyuşturucu madde suçlarından söz etmektedir. Ancak bazı suçlar açısından muhakeme engelinin kabul edilmesi uygun değildir. Dolayısıyla bu konunun da netleştirilmesi önem arz etmektedir⁶³.

Zeyher' e göre ise BGH' nın 1984 yılından itibaren çoğunlukla istikrarlı bir biçimde uyguladığı ceza indirimi çözümü, genel ve özel önleme amaçlarıyla uyuşmamaktadır. Çünkü sanığı suç işlemekten caydırmanın en basit ve etkili yöntemi, onu suç işlemeye kısırtmamaktır. Yine kısırtma faaliyetine maruz kalan sanığın üzerine atılı suçu işlememe şeklinde bir tercihte bulunma imkânına rağmen iradesini suç işleme yönün-

[61] *Sowada* da BGH' nın izin verilemez kısırtma durumunda katı bir biçimde uyguladığı ceza indirimi çözümünden dönmesi gerektiğini düşünmektedir. Bkz. *Sowada, Christopher*. "Zur Notwendigkeit der Verteidigerbeibehaltung im Ermittlungsverfahren", *NStZ*, S.1, 2005, s.6.

[62] *Sinn / Maly*, s.382, 383.

[63] *Bruns*, s.49, 51, 52, 53, 56.

de kullandığı için cezalandırılması da makul değildir. Zira bu hâlde ceza verilmesinin temel nedeni, sanığın, devletin hukukun üstünlüğü ilkesi ile bağdaşmayan kışkırtma faaliyetine direnememesidir. Oysa hiçbir suç tanımında “kışkırtma faaliyetine direnememe” şeklinde bir unsura yer verilmemiştir. Ancak tüm bu gerekçelerin ötesinde, AİHM’ in 2014 tarihli Furcht-Almanya ve özellikle 2020 tarihli Akbay ve diğerleri-Almanya davaları göz önüne alındığında ceza indirimi çözümünün AİHS’ e aykırı olduğu ve BGH’ nın bu çözümü tamamen terk etmesi gerektiği açıktır. Ayrıca AİHM’ in delil yasakları önerisinin Alman ceza muhakemesi sisteminde çözülmesi zor sorunlara yol açacağı da bilinmektedir. Dolayısıyla izin verilemez kışkırtma durumunda bir muhakeme engelinin bulunduğu kabul edilmesi uygun olacaktır. Esasen muhakeme engelinin varlığı hâlinde sanığa ceza verilemeyeceğinden, bu çözüm yöntemi, kışkırtma neticesinde elde edilen tüm delillerin muhakemeden dışlanması ile benzer etkiyi doğurmaktadır. Ancak yazar, son dönemde BGH Ceza Dairelerinin içtihatları arasındaki farklılıklardan dolayı konu ile ilgili bir kanuni düzenleme yapılmasını önermektedir⁶⁴.

Öğretide bu görüşe taraftar olan bazı yazarlar ise muhakeme engeli çözümüne ancak “hukukun üstünlüğü ilkesini ciddi şekilde ihlâl eden istisnai olaylarda” başvurulması gerektiğini savunmaktadır. Bu yazarlardan *Moldenhauer*’ e göre, ancak bir muhakeme yürütülmemesi sonucunu doğuracak kadar ciddi bir hâlin varlığı durumunda muhakeme engelinden bahsedilebilecektir. Bu çerçevede yazar, StPO § 136a paragraf 3 cümle 2 gereğince bir delil yasağının ortaya çıkabilmesi için ifade alma/sorgu sırasında StPO § 136a’ da yer alan ve hukukun üstünlüğü ilkesine aykırılık oluşturan yöntemlerden birinin kullanılması yeterli iken, bir muhakeme engelinden söz edebilmek için muhakeme sürecini “bir bütün olarak” lekeleyen bir durumun bulunması gerektiğini düşünmektedir⁶⁵.

Nihayet özellikle AİHM’ in 2020 yılında Akbay ve diğerleri-Almanya davasında verdiği karardan sonra öğretide artık ceza indirimi çözümünün tamamen terk edilerek, izin verilemez kışkırtma hâlinde bir muhakeme engelinin kabul edilmesi gerektiği görüşüne taraftar olan yazarların sayısında artış meydana geldiği gözlemlenmektedir⁶⁶.

[64] Zeyher, s.198, 199, 201.

[65] Moldenhauer, s.112, 113. Benzer yönde bkz. *Hillenkamp*, s.2843, 2844, 2847, 2848; Hauschild, Jörn. *Münchener Kommentar zur StPO*, (Ed. Christoph Knauer, Hans Kudlich ve Hartmut Schneider), 2.Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2023, § 110c Rn. 44. *Hillenkamp* da bir muhakeme engelinin, artık muhakeme yapılmasını kabul edilemez kılacak istisnai olaylarda, son çare (ultima ratio) olarak uygulanması gereken bir yöntem olduğu kanaatindedir.

[66] Bkz. Hoven, s.3525; Schneider, s.335, 336. *Sommer* ile *Endriß / Kinzig* ise AİHM’ in 1999 tarihli Teixeira De Castro-Portekiz davasında verdiği karardan hemen sonra kaleme aldıkları eserlerinde, BGH’ nın ceza indirimi çözümünü terk ederek, izin verilemez kışkırtma durumunda muhakeme engelinin kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Sommer, Ulrich. “Verurteilung nach Einsatz eines Polizeilichen Lockspitzels”, *NStZ*, S.1, 1999, s.49, 50; Endriß, Rainer / Kinzig, Jörg. “Strafzumessungslösung” Auch Bei Konventionswidrigem Lockspitzeleinsatz”, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 18.11.1999 – 1 StR 221/99 (LG München I), *NStZ*, S.5, 2000,

Delil Yasakları Çözümünü Savunan Görüş

Fischer ve Maul'e göre, izin verilemez kışkırtmanın bir muhakeme engeline yol açacağı görüşü isabetli değildir. Çünkü bir soruşturma tedbirinin uygulanabilmesi için hukukten geçerli bir kanuni dayanağın olmaması, delil elde etme/değerlendirme yasağına işaret etmektedir. Dolayısıyla izin verilemez kışkırtma hâlinde de bu yasağın devreye gireceğinden, bu durumda muhakeme engeli gibi başka çözüm yöntemleri ilgili bir değerlendirme yapılmasına gerek yoktur. Diğer bir anlatımla, kanuni dayanak yoksun olan ve delil elde etme yasağına aykırı bir şekilde yürütülen bir soruşturma tedbirinin hukuki sonucu genel kurallardan belirlenmelidir. Bununla birlikte yazarlar, delil elde etme yasağına aykırı olan her tedbirin delil değerlendirme yasağına yol açmayacağı gerçeğinin de dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir. Ancak GG § 1 paragraf 1 ile bağlantılı olarak GG § 2 paragraf 1 ile koruma altında bulunan kişi haklarının temel alanına ciddi tecavüzlerin söz konusu olduğu hâllerde -hakkında basit bir şüphenin bulunmadığı bir kimsenin suç işlemeye kışkırtılmasında böyle bir tecavüz varsayılabilir- doğrudan Anayasadan kaynaklanan bir delil değerlendirme yasağı gündeme gelecektir. Bu kapsamda polisin, konuta ses ve/veya görüntü kaydeden cihaz yerleştirmesi veya mahrem kayıtlara ulaşması gibi hukuka aykırı yöntemlere başvurması durumunda kabul edilen delil değerlendirme yasağının, soruşturma makamının hakkında suç işlediğine dair basit şüphe bulunmayan bir kimseyi suça kışkırtmak için gizlice bir operasyon yapması hâlinde de evleviyetle geçerli olduğu söylenmelidir. Son olarak yazarlar, burada Alman hukukunda hukuka aykırı delillerin akıbeti konusunda benimsenen tartım teorisinin de uygulanmayacağı kanaatinde. Buna göre, polisin olgulara dayanan somut bir şüphe olmadan “şüpheli” olarak nitelendirdiği birinin evine ses ve/veya görüntü kaydeden cihaz koyması durumunda, (“şüphelinin”) ihlâl ettiği hukuksal menfaatin ağırlığına bakılmaksızın, toplanan delillerin muhakemede kullanılması olanaklı değilse, suç işlediğine ilişkin basit şüphe elde edilememesine rağmen bir kimsenin suç işlemek için kışkırtılması bakımından da aynı hukuki sonuç geçerli olacaktır⁶⁷.

s.269-274. Aksi görüşte olan *Foth'a* göre ise polisin yani idarenin sanığı karşı kışkırtma faaliyetinde bulunmak suretiyle, mahkemelerin sanık hakkında yargılama yapmasını diğer bir anlatımla, yargının işleyişini engellemesi, kuvvetler ayrılığı ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Gerçekten de ceza kanunları yasama organı tarafından konulmaktadır. Bu çerçevede StGB § 35' te faile başka bir kimsenin etkisi altında iken işlediği suçtan dolayı ceza verilememesinin şartları düzenlenmiştir. Dolayısıyla idari bir organ olan polis tarafından (yürütme) suç işlemeye kışkırtılan kimselerin, ceza mahkemesi tarafından (yargı) yargılanamayacağı/cezalandırılmayacağı kabul edilmesi, kuvvetler ayrılığı ilkesine uygun değildir. Öte yandan yazara göre, ancak kanunda açıkça düzenlenen hâller de (örneğin, StPO § 153) bir muhakeme engelinin varlığı kabul edilebilir. Alman hukukunda ise mevcut durumda böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, izin verilemez kışkırtma hâlinde muhakeme engelinin kabul edilmesi isabetli değildir. Bkz. *Foth, Eberhard*. “Kann die Anstiftung durch eine V-Person ein Verfahrenshindernis begründen?”, *NJW*, S.5, 1984, s.222. Benzer yönde bkz. Meyer, s.135.

[67] Fischer / Maul, s.12, 13.

KONU ile İLGİLİ GÜNCEL GELİŞME: KANUN TASARISI

Genel Olarak

AİHM' in 2014 tarihli Furcht-Almanya davasında Almanya aleyhine ihlâl kararı vermesi ile birlikte Alman hukukunda, özellikle uyuşturucu madde ticareti ve örgütlü suçlarla mücadelede rutin bir soruşturma yöntemi olarak uygulanan kışkırtma faaliyeti ve bunun hukuki sonucu ile ilgili kanuni düzenleme yapılması konusunda ilk defa girişimde bulunulmuştur. Gerçekten de Federal Adalet Bakanlığı'nın görevlendirdiği "Uzman Komisyon/StPO Reform Komisyonu (Expertenkommission/StPO-Reformkommission)" 2015 yılının Ekim ayında ceza yargılamalarının daha etkili ve pratik bir biçimde yürütülmesine ilişkin yayınladığı metinde (s.84), kışkırtma faaliyetinin tamamen yasaklanması için kanuni bir düzenleme yapılmasını önermiş ancak kanun koyucuyu ikna etme konusunda başarılı olamamıştır⁶⁸.

Ancak AİHM' in 2020 yılında Akbay ve diğerleri-Almanya davasında verdiği ikinci ihlâl kararından sonra Alman hukukunda konu ile ilgili kanuni düzenleme yapılmasına yönelik çağrılar artmıştır. Bu çerçevede örneğin, Alman Federal Avukatlar Bürosu (Bundesrechtsanwaltskammer), söz konusu karara ilişkin "*Devlet kendisini suçluyla eşdeğer görmez*" değerlendirmesini yapmıştır⁶⁹. Yine StPO Komisyon Başkanı Prof. Dr. Christoph Knauer de "*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ihlâl kararlarının tekrarlanmış olması kanun koyucunun harekete geçmesi gerektiğini göstermektedir. Kanun koyucu hukuka aykırı kışkırtma fiillerinde mutlaka yargılama engeli (Verfahrenshindernis) öngörmelidir. Bu tür olayların çözülmesine cezanın tayininde yer verilmez. Devlet, hukuk devleti ilkesine aykırı olarak bir fiile neden olursa, cezalandırma hakkının kaybeder. Zira bu durumda kendini suçlular ile aynı kategoriye sokmuş olur*"⁷⁰.

Nihayet söz konusu çağrılar kanun koyucu nezdinde karşılık bulmuştur. Gerçekten de 2021 yılının Aralık ayında imzalanan Koalisyon Sözleşmesi (Koalitionsvertrag)'nde kışkırtma faaliyetine yönelik bir düzenleme yapılması öngörülmüş⁷¹ ve bu kapsamda hazırlanan "*Gizli Soruşturmacıların ve Güvenilir Kişilerin Kışkırtma Faaliyetinde Kullanılmasının Düzenlenmesine Yönelik Kanun Tasarısı* (Entwurf eines Gesetzes

[68] Bkz. Esser, s.362; Moldenhauer, s.111. Bununla birlikte, bazı eyaletlerin polis kanunlarında kışkırtma faaliyetine yönelik yasak öngören hükümler vardır. Bu çerçevede örneğin, Bavaria Eyaleti Polis Görev ve Yetkilerine İlişkin Kanun (BayPAG)'un "Güvenilir Kişi Kullanımı" başlıklı § 38 paragraf 4 hükmünde güvenilir kişilerin, "suç işleme hazırlığı olmayan bir kimseye suç işleme kararı aldırarak" ve "bir kimsenin öngörülebilir istekliliğinin ötesinde bir suç işlemesine karar verdirmek" amacıyla kullanılmayacağı açıkça düzenlenmiştir.

[69] Bkz. Özaydın, s.494.

[70] Söz konusu çeviri Özaydın' in eserinden aynen aktarılmıştır. Bkz. Özaydın, s.494, 495.

[71] Bkz. 07.12.2021 tarihli Koalisyon Sözleşmesi, 20. Yasama Dönemi, s.106, satır 3557 vd.

zur Regelung des Einsatzes von Verdeckten Ermittlern und Vertrauenspersonen sowie zur Tatprovokation)⁷² 2024 yılının Mart ayında yayımlanmıştır⁷³.

Kanun Tasarısının İçeriği

Genel Olarak

Tasarı ile StPO § 110c hükmünün 3 paragraftan oluşacak ve “*Suç İşlemeye Teşvik; Hukukun Üstünlüğü İlkesine Aykırı Kışkırtma Faaliyeti* (Verleiten zu einer Straftat; rechtsstaatswidrige Tatprovokation)” başlığını taşıyacak şekilde değiştirilmesi öngörülmektedir. Aşağıda tasarıda öngörülen düzenlemeler incelenip değerlendirilecektir.

Hukukun Üstünlüğü İlkesine Uygun (İzin Verilebilir) Kışkırtma Faaliyetinin Koşulları

Öngörülen Düzenleme

Tasarının birinci paragrafında ve ikinci paragrafının birinci cümlesinde, hukukun üstünlüğü ilkesine uygun (izin verilebilir) kışkırtmanın şartları açıkça düzenlenmiştir⁷⁴. Buna göre;

-Sanığın genel olarak üzerine atılı suçu işlemeye hazır olduğuna ilişkin yeterli olgusal belirtiler bulunmalı⁷⁵,

-Kışkırtma faaliyetinin sanık üzerinde önemli bir etkisi olmamalı⁷⁶,

[72] Bundan sonra “Tasarı” olarak anılacaktır.

[73] Bkz. Federal Konsey (Bundesrat), Gizli Soruşturmacıların ve Güvenilir Kişilerin Kışkırtma Faaliyetinde Kullanılmasının Düzenlenmesine Yönelik Kanun Tasarısı, Yayımlı T. 15.03.2024, S.125/24, [https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2024/0101-0200/125-24\(B\).pdf?blob=publicationFile&v=1](https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2024/0101-0200/125-24(B).pdf?blob=publicationFile&v=1) (E.T.: 26.04.2024).

[74] İzin verilebilir kışkırtmaya yer verilmesinin temel nedeni, gizli soruşturmacıların ve güvenilir kişilerin, yalnızca istisnai durumlarda ve sıkı/katı koşullara bağlı olarak kışkırtma faaliyetine başvurabileceğinin düzenlenmek istenmesidir. Bkz. Tasarı, s.39.

[75] Kışkırtma faaliyetinde bulunulabilmesi için sanığın, üzerine atılı suçu ilk defa işlemediğine, geçmişte de benzer suçlardan dolayı şüpheli olduğuna ilişkin yeterli olgusal göstergelerin bulunması gerekir. Bu bağlamda, meslek hâline getirilen veya itiyadi olarak işlenen suçlar ya da çete benzeri yapılar tarafından işlenen suçlarda, böyle bir göstergenin var olduğu kabul edilebilir ve bu şekilde seri olarak işlenen bir suçun aydınlatılması için kışkırtma faaliyetine başvurulabilir. Ancak soruşturma makamının bir kimsenin salt suç işlemeye eğilimli olduğunu düşünmesi yeterli değildir. Çünkü kışkırtma, doğası gereği bastırıcı bir karaktere sahip olup bir suçun soruşturulması amacıyla hizmet etmektedir. Dolayısıyla bu faaliyet, bir kimsenin aynı türden başka suçlar işlemesi tehlikesine değil, soruşturma makamının müdahalesi olmasa dahi benzer bir suçu tekrar işleyeceğinin yeterli olgusal belirtiler ışığında varsayılabilceği gerçeğine dayanmaktadır. Bkz. Tasarı, s.39, 40.

[76] AIHM’in ve BGH’ nin, soruşturma makamının pasif bir şekilde hareket etmesi şeklindeki içtihadı karşısında, kışkırtma faaliyetinin sanık üzerinde önemli bir etki meydana getirmemesi şart olarak öngörülmüştür. Bir kimsenin suç işlemekten kaçınmasının engellenmesi veya onun üzerinde yoğun baskı uygulanması hâlinde önemli bir etkiden bahsedilebilir. Bu anlamda, gizli soruşturmacılar ve güvenilir kişiler, sanık üzerinde ciddi bir baskı uygulamamalı ve ısrarlı bir şekilde sanığı suç işlemeye kışkırtmamalıdır. Dolayısıyla söz konusu etkinin önemli bir düzeye ulaşması hâlinde, izin verilebilir kışkırtmanın sınırı aşılabacaktır. Bu çerçevede hedef kimse soruşturma makamının müdahalesi olmasaydı üzerine atılı suçu işlemeyecekti denilebiliyorsa, etkinin önemli bir düzeyde olduğu kabul edilebilir. Öte yandan hedef kişi hakkındaki şüphenin derecesi

-Kışkırtma faaliyeti, sanığın işlemeye hazır olduğu suçun niteliği ve ciddiyeti ile orantılı olmalı⁷⁷,

-Kışkırtma faaliyeti, herhangi bir kimsenin hayatını, vücut bütünlüğünü ve kişisel özgürlüğünü tehlikeye atmamalı⁷⁸,

-Kışkırtma faaliyetine başvurulabilmesi için diğer tedbirlerle suçun aydınlatılması imkânsız ya da önemli derecede daha zor olmalıdır.

Değerlendirme

Tasarıda, izin verilebilir kışkırtmanın şartları konusunda genel olarak, BGH tarafından 1980'li yılların başından itibaren ortaya konulan ve uzun zamandan beri istikrarlı bir şekilde uygulanan kıstasların esas alındığını söylemek yanlış olmayacaktır⁷⁹. Gerçekten de BGH, kışkırtma

ne kadar güçlü ise soruşturma makamının bu kişi üzerinde meydana getirebileceği etkinin yoğunluğu da o oranda artabilecektir. Diğer bir anlatımla, burada şüphenin düzeyi ile müdahalenin yoğunluğu arasında bir denge kurulmalıdır. Bkz. Tasarı, s.40, 43.

[77] Kışkırtma faaliyetinin, sanığın işlediğinden şüphe edilen suçun niteliği ve ciddiyeti bakımından uygun olması gerekir. Burada her somut olayın koşulları çerçevesinde bir değerlendirme yapılmalıdır. Değerlendirme yapılırken yalnızca niteliksel değil, niceliksel hususlar da göz önüne alınmalıdır. Örneğin, uyuşturucu ticareti suçlarında, uyuşturucunun türü ve miktarı önem arz etmektedir. Dolayısıyla sanığın küçük miktarlarda uyuşturucu ticareti yapması, onun çok daha büyük miktarlarda uyuşturucu temin etmesi için kışkırtılmasını haklı göstermez (Quantensprung-Kuantum Sıçraması). Bkz. Tasarı, s.40, 41.

[78] Gizli soruşturmacılar ve güvenilir kişiler kanunda sınırlı olarak gösterilen bazı suçların (StPO § 110a) aydınlatılması amacıyla görevlendirilebilecektir. İşte kışkırtma faaliyeti söz konusu olduğunda bu suçların kapsamı daha da sınırlandırılmıştır. Gerçekten de gizli soruşturmacılar ve güvenilir kişiler, hayata karşı suçlara, vücut bütünlüğüne yönelik suçlara ve cinsel özgürlüğü de kapsamına alacak şekilde kişi özgürlüğüne karşı suçlara yönelik kışkırtma faaliyetinde bulunamazlar. Bu sınırlama, gizli soruşturmacıların ve güvenilir kişilerin, bireysel hukuki menfaatlere karşı işlenen suçlara katkı sağlama gibi bir görevlerinin olmayacağına ortaya koymaktadır. Zira bu tür suçlarda, maddi tazminatla telafi edilmesi mümkün olmayan zararlar meydana gelebilecektir. Ancak bu durum Alman Ceza Kanunu (StGB)'nin 13. Bölümünde düzenlenen cinsel suçların hepsinin kışkırtma faaliyetinin kapsamı dışarısında bırakıldığı anlamına da gelmemektedir. Nitekim taslağın birinci paragrafında belirtilen koşullara uygun olarak, StGB'nin 13. Bölümünde yer alan ve öncelikli olarak cinsel anlamda kendi kaderini tayin etme hakkının korunması amacına hizmet etmeyen örneğin, pornografik içerik dağıtım suçu (StGB §§ 184 ve 184e) açısından kışkırtma faaliyeti yürütülmesi mümkündür. Bkz. Tasarı, s.41.

Federal Konsey Tarafından Tasarıya İlişkin Hazırlanan Rapor' da söz konusu hükmün, "Hayata, vücut bütünlüğüne veya kişisel özgürlüğe yönelen bir suçun işlenmesini önleme amacı taşımadığı sürece, kışkırtma faaliyeti bir kimsenin hayatını, vücut bütünlüğünü veya kişisel özgürlüğünü tehlikeye atmamalıdır" şeklinde değiştirilmesi önerilmektedir. Bu önerinin gerekçesi ise şu şekilde açıklanmaktadır: Uygulamada soruşturma makamının potansiyel kiralık katillerden haberdar olarak gerçekleşecek suçun işlenmesini önleyebilmek için kendisini (gizli soruşturmacı ya da güvenilir kişi aracılığıyla) kiralık katil olarak tanıtmayı, sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. İşte bu tür operasyonlar bağlamında, bir suçun kışkırtılması ise soruşturma sürecinin bir parçasıdır. Oysa Tasarının mevcut hâlinde, bu tür bir faaliyete izin verilmemektedir. Dolayısıyla önerilen değişikliğin yapılması suretiyle, söz konusu olaylarda da soruşturma makamının kışkırtma faaliyeti yürütmeye devam etmesine izin verilmelidir. Bkz. Federal Konsey tarafından Tasarıya İlişkin Hazırlanan Rapor (Stellungnahme des Bundesrates), Yayın T.26.04.2024, S.125/24, s.22, 23, [https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2024/0101-0200/125-24\(B\).pdf?__blob=publicationFile&v=1](https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2024/0101-0200/125-24(B).pdf?__blob=publicationFile&v=1) (E.T.: 05.05.2024).

[79] Tasarının gerekçesinde gizli soruşturmacıların ve güvenilir kişilerin hangi koşullar altında izin verilebilir bir kışkırtma faaliyetinde bulunabileceklerine ilişkin düzenleme yapılırken, AIHM' in 2014 tarihli Furcht- Almanya ve 2020 tarihli Akbay ve diğerleri-Almanya davasında verdiği kararlar ile BGH içtihatlarının (özellikle Urteil vom T. 16.12.2021 – 1 StR 197/21) dikkate alındığı ifade edilmiştir. Bkz. Tasarı, s.38, 39.

faaliyetinden önce sanığın suça karıştığına ilişkin yeterli olgusal belirtilere dayanan şüphenin bulunmasını, izin verilebilir bir kışkırtmanın varlığı için en önemli göstergelerden biri olarak değerlendirmektedir⁸⁰. Yine Mahkemenin uygulamasına göre, gizli soruşturmacının veya güvenilir kişinin, kışkırtılan suçun işlenmesi noktasında belirleyici bir rol oynamaması, diğer bir anlatımla, sanığın suçun işlenmesindeki katkısının önüne geçmek suretiyle sanık üzerindeki önemli bir etki doğurmaması da gerekir⁸¹. Ayrıca BGH, sanığın işlediğinden şüphe edilen suçtan haksızlık içeriği itibarıyla daha ağır bir suç işlemeye kışkırtulmasını (Quantensprung-Kuantum Sıçraması) izin verilemez kışkırtma olarak nitelendirmektedir⁸². Dolayısıyla izin verilebilir bir kışkırtmanın varlığı için somut olaydaki kışkırtma faaliyetinin sanığın işlediğinden şüphelenilen suçun niteliği ve ciddiyeti ile orantılı olmasını da bir şart olarak aradığı söylenebilir.

Tasarıya göre, izin verilebilir bir kışkırtma faaliyetinden bahsedilebilmesi için varlığı aranan diğer bir şart da söz konusu faaliyetin herhangi bir kimsenin hayatını, vücut bütünlüğünü ve özgürlüğünün tehlikeye atmamasıdır. Esasen öğretide de her suç tipinin kışkırtma tedbirine başvurulması için uygun olmadığı dile getirilmekteydi⁸³. Dolayısıyla bu durum göz önüne alınarak tasarıda yaşam hakkı, vücut dokunulmazlığı ve kişi özgürlüğü gibi önem arz eden temel hak ve özgürlükleri ihlâl ederek bireysel mağduriyete yol açabilecek şekilde kışkırtma faaliyetinde bulunulması yasaklanmıştır. Bu çerçevesinde gizli soruşturmacının veya güvenilir kişinin örneğin, kasten öldürme, kasten yaralama, yağma, cinsel saldırı, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma gibi suçları işlemesi için sanığı kışkırtması, hukukun üstünlüğü ilkesine uygun (izin verilebilir) kışkırtma olarak nitelendirilemeyecektir.

Tasarıda hukukun üstünlüğü ilkesine uygun (izin verilebilir) kışkırtmanın varlığı için aranan son şart ise diğer tedbirlerle suçun aydınlatılmasının imkânsız ya da önemli derecede daha zor olmasıdır. Bu şart, kışkırtma faaliyetinin ikincil nitelikte bir tedbir (Subsidiaritätsklausel) olduğunu göstermektedir. Esasen mevcut durumda gizli soruşturmacı görevlendirilebilmesi için diğer tedbirlere başvurularak soruşturmadan sonuç elde edilmesinin imkânsız veya önemli derecede zor olması şartı (StPO § 110a paragraf 1 cümle 3) aranmaktadır. Dolayısıyla burada suç işlemeye kışkırtma için ek bir inceleme yapılması öngörülmüştür. Bu durum ise soruşturma makamının suçun aydınlatılması noktasında diğer tedbirlere öncelik vermesi gerektiğine ve kışkırtmaya ise ancak istisnai olaylarda başvurabileceğine işaret etmektedir⁸⁴.

[80] Bkz. s.8

[81] Bkz. s.7.

[82] Bkz. s.9.

[83] Bruns, s.52; Foth, s.222.

[84] Tasarı, s.41, 42.

Hukukun Üstünlüğü İlkesine Uygun (İzin Verilebilir) Kısırtma Faaliyetine Başvurulmasına Karar Verecek Mercî

Öngörülen Düzenleme

Tasarının ikinci paragrafının ikinci cümlesinde, hukukun üstünlüğü ilkesine uygun (izin verilebilir) kısırtma faaliyetinin uygulanmasına karar verecek mercîye ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, kısırtma tedbirine savcılığın talebi üzerine mahkeme tarafından karar verilebilecektir. Bununla birlikte, yakın bir tehlikenin varlığı durumunda, savcılığa da söz konusu tedbire karar vermeye yetkisi tanınmıştır. Ancak bu hâlde savcılığın kararı mahkemeye sunulacak ve mahkeme tarafından üç iş günü içerisinde onaylanmaması durumunda yürürlükten kalkacaktır.

Değerlendirme

StPO § 110b paragraf 1 cümle 1 hükmü dikkate alındığında, Alman hukukunda kural olarak gizli soruşturmacının savcının onayıyla görevlendirilebileceği söylenebilir⁸⁵. Bununla birlikte, StPO' da mevcut durumda üç hâlde gizli soruşturmacının görevlendirilebilmesi için mutlaka mahkemenin onayının bulunması aranmaktadır. Bunlar; soruşturmanın belirli bir şüpheliye karşı yürütülmesi (StPO § 110b paragraf 2 bent 1), genel olarak erişilebilir olmayan (girilmesi mutad olmayan) bir konuta girilmesi ve StPO § 110d hükmü uyarınca çocuklara karşı işlenen bazı cinsel suçlarla mücadele etmek amacıyla yapılan görevlendirmelerdir.

Tasarıya göre, kısırtma faaliyetinde bulunulabilmesi için de prensip olarak, savcının kararı yeterli görülmemiş, mahkeme tarafından onay verilmesi aranmıştır⁸⁶. Bu durumun nedeni ise kısırtma faaliyetinin, şüphelinin/sanığın temel hak ve özgürlüklerine ciddi şekilde müdahale edilmesine imkân vermesidir. Dolayısıyla tedbirin uygulanıp uygulanmayacağına karar vermeye ilişkin asli/birincil yetkinin mahkemeye tanınması suretiyle, temel hak ve özgürlüklerin etkin bir şekilde korun-

[85] Weisser, Niclas-Frederic. "Zum Betretungsrecht von Wohnungen bzw. Hotelzimmern durch einen nicht offen ermittelnden Polizeibeamten (noeP)", *NZWiSt*, S.2, 2018, s.60; Weil, Stephan. "Verdeckte Ermittlungen im Strafverfahren und die Unverletzlichkeit der Wohnung", *ZRP*, S.7, Y.25, 1992, s.244; Henrichs, Simon / Weingast, Karin. *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, (Ed. Christoph Barthe ve Jan Gericke), 9. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2023, § 110b Rn. 1.

[86] Mahkeme, kısırtma faaliyetine onay verilip verilmeyeceğini değerlendirirken, tasarının birinci paragrafında yer verilen maddî gereklilikleri ve ikinci paragrafının birinci cümlesinde yer alan ikincilik şartını incelemelidir. Bkz. Tasarı, s.41, 42. Buna karşın Federal Konsey tarafından hazırlanan Rapor' da, kısırtma faaliyetinde bulunulabilmesi için mahkeme onayı aranmasına ilişkin hükmün kaldırılması önerilmektedir. Çünkü kısırtma faaliyeti için aranan şartlar göz önüne alındığında, mahkeme kararının ne şekilde formüle edileceği öngörülebilir değildir. Öte yandan Konsey, mahkemelerin iş yükü dikkate alındığında, mahkemelere pratikte uygulanması zor görevler ihdas edilmekten kaçınılması gerektiğini belirtmektedir. Dolayısıyla Konsey, gizli soruşturmacı veya güvenilir kişinin kısırtma faaliyetinde bulunulabilmesi için savcının onayını yeterli görmektedir. Bkz. Rapor, s.23.

masının amaçlandığı söylenebilir. Diğer bir anlatımla burada mahkemelerin, karşılıklı kontrol yoluyla, soruşturma makamına verilen güçlerin dengelenmesi noktasında önemli bir rol üstlendiği görülmektedir⁸⁷. Ayrıca mahkemeye verilen denetim yetkisinin, duruşma olmaksızın temel hak ve özgürlüklere müdahalede bulunulmasını (GG § 103 paragraf 1⁸⁸) telafi etme gibi bir fonksiyon üstlendiği de belirtilmelidir⁸⁹.

Öte yandan tasarıda yakın bir tehlikenin varlığı durumunda, savcılığın da kışkırtma faaliyetinde bulunulmasına onay verebileceği düzenlenmiştir. Buna göre, mahkemeye zamanında ulaşılamamasından dolayı onayın alınması sürecinde yaşanabilecek gecikme sebebiyle, kışkırtma faaliyetine başvurulması suretiyle elde edilmesi umulan amacın gerçekleşmesine yönelik bir tehlikenin ortaya çıkması durumunda, yakın bir tehlikenin var olduğu kabul edilebilir⁹⁰. Ancak öğretide yakın tehlikenin dar yorumlanması gerektiği dile getirilmektedir. Bu çerçevede, yakın tehlike, somut olayın şartları göz önüne alınarak olgularla gerekçelendirilmeli, salt varsayıma veya somut olayla ilişkilendirmeden genel suç tecrübesine dayanan değerlendirmeler yeterli görülmemelidir. Ancak özellikle somut olayın kendine özgü şartları ile inceleme konusu yapılan hukuki ve olgusal meselelerin karmaşık yapısı da dikkate alınmalıdır. Nitekim karmaşık olaylarda savcı tarafından dosya hazırlanması ve hazırlanan dosyanın mahkemeye sunulması, mahkeme tarafından inceleme yapılması belirli bir süreyi gerektireceğinden, bu sürenin beklenmesi durumunda kışkırtma tedbirinin amacına ulaşması olanaklı olmayacak ise yakın tehlike hâlinin varlığından bahisle, savcı da kışkırtma faaliyetine onay verebilecektir⁹¹.

Nihayet savcı, yakın tehlike dolayısıyla kışkırtma faaliyetine başvurulmasına karar verdikten sonra bu kararı mahkemenin onayına sunacaktır. Mahkemenin üç iş günü içerisinde kararı onaylamaması hâlinde ise

[87] Tasarıda da yargı denetiminin öngörülmesi suretiyle, soruşturma makamı tarafından yapılan değerlendirmelerin, bağımsız bir merci tarafından incelemeye tabi tutulmasının amaçlandığı ifade edilmiştir. Nitekim AİHM de yargı denetiminin en uygun denetim yöntemi olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla usule ilişkin bu kuralın ihlâl edilmesi hâlinde somut davanın şartları da göz önünde bulundurularak, izin verilemez kışkırtmanın var olduğu söylenebilecektir. Bu durum ise işlenen suçun ciddiyeti de dikkate alınarak, elde edilen delillerin muhakemede kullanılmaması sonucuna yol açabilecektir. Diğer bir anlatımla, mahkmeden onay alınmaksızın bir kışkırtma faaliyetine başvurulmasının hukuki sonucunun delil değerlendirme yaşağı olduğu söylenebilir. Bkz. Tasarı, s.42.

[88] Maddede herkesin mahkeme huzurunda dinlenilme hakkına sahip olduğu ifade edilmektedir.

[89] Schnarr, Karl Heinz. "Zur Verknüpfung von Richtervorbehalt, staatanwaltschaftlicher Eilanordnung und richterlicher Bestätigung", *NStZ*, S.5, 1991, s.210.

[90] Hauschild, § 110b Rn. 6; Greven, Michael. *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, (Ed. Christoph Barthe ve Jan Gericke), 9.Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2023, § 98 Rn. 13; Hauschild, § 110b Rn. 6; Henrichs ve Weingast, § 110b Rn. 2.

[91] Greven, § 98 Rn. 13; Henrichs ve Weingast, § 110b Rn. 2.

tedbir kararı yürürlükten kalkacaktır⁹². Burada bahsedilen “üç iş günü” sürenin Mahkemeye, talebin savcılık tarafından kendisine iletiildiği andan itibaren inceleme ve değerlendirme yapması için verilen zaman dilimi olduğu hatırlatılmalıdır. Dolayısıyla savcının verdiği kararı kaç gün içerisinde mahkemenin onayına sunacağına ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Kanaatimizce temel hak ve özgürlüklerin etkin bir şekilde korunması amacıyla öngörülen mahkeme denetiminin sağladığı güvenenin bertaraf edilmemesi için savcının somut olayın şartlarını göz önüne alarak mümkün olan en kısa zamanda kararını mahkemenin onayına sunması isabetli olacaktır.

Hukukun Üstünlüğü İlkesine Aykırı (İzin Verilemez) Kısıktırma Faaliyetinin Tanımı

Öngörülen Düzenleme

Tasarının üçüncü paragrafının ikinci cümlesinde hukukun üstünlüğü ilkesine aykırı (izin verilemez) kısıktırma faaliyetinin tanımına yer verilmiştir. Buna göre, “*Hukukun üstünlüğü ilkesine aykırı (izin verilemez) kısıktırma, gizli soruşturmacının veya güvenilir kişinin, suç işleme isteği uyandırmak ya da suç işleme planlarını önemli ölçüde yoğunlaştırmak amacıyla, bir kimse üzerinde devlete atfedilebilecek şekilde önemli bir etki yaratmasıdır*”⁹³.

Değerlendirme

Hukukun üstünlüğü ilkesine uygun (izin verilebilir) kısıktırma faaliyetinin şartlarında olduğu gibi tasarıda hukukun üstünlüğü ilkesine aykırı (izin verilemez) kısıktırmanın tanımı konusunda da BGH içtihatlarının esas alındığı söylenebilir⁹⁴. Gerçekten de Yüksek Mahkeme sanıkta -mevcut olmayan- bir suç işleme isteği uyandırmak veya suç işleme planlarını önemli ölçüde yoğunlaştırmak amacıyla önemli bir etki yaratılmasını izin verilemez kısıktırma olarak nitelendirmektedir⁹⁵.

Ancak Tasarıya göre, izin verilemez kısıktırmadan söz edebilmek için, gizli soruşturmacının veya güvenilir kişinin sanıkta -mevcut olmayan- bir suç işleme isteği uyandırması ya da suç işleme planlarını önemli ölçüde yoğunlaştırarak önemli bir etki yaratması yeterli olmayıp bu faaliyetin aynı zamanda devlete atfedilebilir olması gerekir. Dolayısıyla burada “*devlete atfedilebilecek şekilde*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinin

[92] Hauschild, § 110b Rn. 13, § 110d Rn. 4; Henrichs ve Weingast, § 110b Rn. 3; § 110d Rn 2.

[93] Ceza soruşturmalarında yetkili organlar kendilerini bir suçu soruşturmakla sınırlamalı, bir kimsede -önceden mevcut olmayan- bir suç isteği uyandırmak ya da bir suç planını önemli ölçüde yoğunlaştırmak şeklindeki davranışlardan kaçınmalıdır. Bkz. Tasarı, s.39.

[94] Nitekim Tasarıda da bu tanımın AİHM ve BGH içtihatlarına dayanılarak hazırlandığı ifade edilmiştir. Bkz. Tasarı, s.43.

[95] Bkz. s.9.

açıklanması faydalı olacaktır. BGH bir kararında bu konuya değinmiştir. Buna göre, polisin, gizli soruşturmacı ya da güvenilir kişi kullanması durumunda, ilgili polis amirinin bunların faaliyetlerini izleme/denetleme görevi bulunmaktadır. İşte kışkırtma faaliyeti, bu polis amirinin bilgisi dâhilinde gerçekleşmiş ya da en azından polis amiri (gerekli dikkat ve özeni gösterseydi) söz konusu kışkırtmayı önleyebilecekti denilebiliyorsa, bu durumda kışkırtmanın, devlete atfedilebilir olduğu söylenebilecektir. Buna karşın Mahkeme aynı kararda istisnai olarak, gizli soruşturmacının veya güvenilir kişinin kendisine tevdi edilen görevi suistimal etmesinin beklenemeyeceği hâllerde, devlete atfedilebilir bir kışkırtmadan bahsedilemeyeceğini ifade etmiştir⁹⁶.

Hukukun Üstünlüğü İlkesine Aykırı (İzin Verilemez) Kışkırtmanın Hukuki Sonucu

Öngörülen Düzenleme

Tasarının üçüncü paragrafının birinci cümlesinde ise hukukun üstünlüğü ilkesine aykırı (izin verilemez) kışkırtmanın hukuki sonucu ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre, bir gizli soruşturmacının veya güvenilir kişinin bir kimseyi, hukukun üstünlüğü ilkesine aykırı olarak bir suç işlemeye kışkırtma hâlinde, ilgili kimseye ceza verilmeyecektir⁹⁷.

[96] Bkz. BGH, Urteil vom 18.11.1999 – 1 StR 221/99, NJW, S.15, 2000, s.1126. “...Mevcut davada, mahkemenin, güvenilir kişinin davranışının devlete atfedilemeyeceği yönündeki değerlendirmesi hukuka isabetli değildir. Daire, ilk derece mahkemesinin kararın gerekçelerinden hareketle, güvenilir kişinin yakından denetlendiği ve sanık ve B ile görüşmelerinin izlendiği sonucunun çıkarılabileceği kanaatindedir. Esasen güvenilir kişi, kendisine verilen emir doğrultusunda hareket etmiştir. Buna karşın ilk derece mahkemesinin bulguları, daha fazla inceleme yapılmasına gerek olmaksızın, izin verilemez bir kışkırtmanın var olmadığını teyit etseydi, güvenilir kişinin hareketine ilişkin atfedilebilirliğin hukuka hatalı bir şekilde değerlendirilmesi, temyiz isteminin reddedilmesine engel oluşturmazdı. Ancak mevcut davada durum böyle değildir...” Bkz. BGH, Urteil vom 30.05.2001 – 1 StR 42/01 (LG Augsburg), NJW, S.40, 2001, s.2982.

Tasarıda da izin verilemez kışkırtmadan bahsedebilmek için bu faaliyetin devlete atfedilebilecek şekilde gerçekleştirilmesinin şart olduğu ifade edilmiştir. Buna göre, kışkırtma, bizzatî devlet tarafından başlatılan bir eylem olmalı, gizli soruşturmacının veya güvenilir kişinin yetkisini aşarak yürüttüğü bir faaliyet olmamalıdır. Bu şart, izin verilemez kışkırtmanın bir muhakeme engeli teşkil etmesi açısından önem taşımaktadır. Çünkü devletin, sırf bir kimseyi cezalandırmak amacıyla hukukun üstünlüğü ilkesine aykırı bir şekilde etkileyerek ona suç işletmesi hâlinde artık cezalandırma hakkının ortadan kalktığı söylenebilir. Buna karşın gizli soruşturmacı veya güvenilir kişi, soruşturma makamının bilgisi olmaksızın kendi motivasyonu ile bir kimseyi suç işlemeye kışkırtırsa, bu durumda devletin adil yargılanma hakkını ihlâl ettiği ve dolayısıyla cezalandırma hakkını kaybettiği söylenemez. Bkz. Tasarı, s.43.

[97] Bu düzenleme, AİHM ve BGH’ nın yeni tarihli içtihatlarına dayanmaktadır. Bu içtihatlara göre, soruşturma makamının bir suç soruşturması sırasında kendisini pasif hareketler ile sınırlamayarak, aktif davranışlar ile bir suçun işlenmesini kışkırtması, adil yargılanma hakkını ihlâl eden ve hukuk devletinde kabul görmeyen bir yöntemdir. Burada sanığın cezasında önemli miktarda indirim yapılması dahi söz konusu ihlâlin telafi edilmesi noktasında yeterli bir giderim sağlanmaktadır. İşte bu gibi hâllerde bir muhakeme engeli öngörülmek suretiyle, AİHM içtihatları ile uyumlu olacak şekilde sanığa hiç ceza verilmemesi amaçlanmıştır. Bkz. Tasarı, s.39, 42.

Federal Konsey tarafından hazırlanan Rapor’ da ise bu hükme “*müşadere hükümleri saklıdır*” şeklinde bir ekleme yapılması önerilmektedir. Konsey’ e göre, aksi durumda sanık, hukuka aykırı ve kusurlu bir şekilde gerçekleştirdiği bir eylem sonucunda elde ettiği eşyayı/kazancı elinde tutmaya devam edecektir. Oysa sanığın izin verilemez bir kışkırtmaya maruz kalması, hukuka aykırı

Değerlendirme

Tasarıda, AİHM' in Akbay ve diğerleri-Almanya davasında verdiği karar dikkate alınarak izin verilemez kısırtmanın bir muhakeme engeli teşkil edeceği hüküm altına alınmıştır⁹⁸. Bu hüküm, soruşturma makamının hukukun üstünlüğü ilkesine aykırı (izin verilemez) kısırtmaya başvurusunun adil yargılanma hakkını ihlâl ederek bir muhakeme engeline yol açacağı ve bu durumda artık devletin cezalandırma hakkının ortadan kalkacağı düşüncesine dayanmaktadır⁹⁹. Dolayısıyla burada muhakeme engelinden ne anlaşılması gerektiğinin ortaya konulması faydalı olacaktır. Buna göre;

- Savcılık tarafından izin verilemez bir kısırtmanın varlığı tespit edilmiş ise StPO § 170 paragraf 2 uyarınca¹⁰⁰ soruşturma işlemlerine hemen son verilmelidir. Diğer bir anlatımla, savcı, iddianame düzenleyerek yetkili ve görevli mahkemeye sunmamalıdır.

- Söz konusu tespit ilk defa, duruşma devresi başladıktan sonra mahkeme tarafından yapılmış ise mahkeme, StPO § 206a uyarınca¹⁰¹ yargılamanın durdurulmasına karar vermelidir.

- Mahkeme, hukukun üstünlüğü ilkesine aykırı (izin verilemez) kısırtmanın varlığını hüküm aşamasında belirlemiş ise StPO § 260 paragraf 3 uyarınca¹⁰² yargılamayı durdurmalıdır¹⁰³.

bir şekilde elde ettiği eşyayı/kazancı kendi mülkiyetinde bulundurmasını haklı gösteremez. Dolayısıyla örneğin, izin verilemez kısırtma sonucunda uyuşturucu satan sanık, bu satıştan kazandığı parayı mülkiyetinde tutmamalı, söz konusu para müsadere edilmelidir. Bkz. Rapor, s.23, 24. [98] Bkz. Tasarı, s.42. Yargıtay ise istikrarlı bir şekilde, gizli soruşturmacının kısırtma faaliyetine başvurması hâlinde, bu şekilde elde edilen delillerin muhakemede kullanılmayacağına karar vermektedir. Bkz. Yargıtay 10. CD, T.13.03.2023, E.2021/15492, K.2023/2074; T.23.01.2023, E.2022/15406, K.2023/447; T.19.12.2022, E.2021/17496, K.2022/13453; T.15.03.2022, E.2021/14424, K.2022/3224, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T.:13.05.2024). Hatta Yargıtay' a göre, bu değerlendirme yalnızca gizli soruşturmacılar için değil, Cumhuriyet savcısı tarafından CMK m.160 hükmüne dayanılarak görevlendirilen gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlileri için de geçerlidir. Bkz. Yargıtay 4. CD, T.09.11.2022, E.2020/18020, K.2022/2217; T.03.11.2022, E.2020/18184, K.2022/21759; T. 20.10.2022, E.2020/18311, K.2022/20454; T.18.10.2022, E.2020/18190, K.2022/20013; Yargıtay 18. CD, T.11.06.2020, E.2020/625, K.2020/7048; T.02.06.2020, E.2019/11357, K.2020/6262; T.12.11.2019, E.2018/6958, K.2019/16063; Yargıtay 21. CD, T.02.11.2016; Yargıtay CGK, T.12.05.2015, E.2014/454, K.2015/156, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T.:13.05.2024).

[99] Bkz. Tasarı, s.42.

[100] StPO § 170 paragraf 1'de, soruşturmaların kamu davası açılması için yeterli gerekçeler sunması durumunda savcılık makamının, bir iddianame hazırlayarak yetkili ve görevli mahkemeye sunacağı hüküm altına alınmıştır. Aynı maddenin ikinci paragrafında ise aksi durumda -yani soruşturmanın kamu davasının açılması için yeterli gerekçe sunmaması hâlinde- savcılık makamının soruşturma işlemlerine son vereceği/devam etmeyeceği düzenlenmiştir.

[101] StPO § 206a paragraf 1'de, duruşma başladıktan sonra yargılamaya engel bir durumun ortaya çıkması hâlinde, mahkemenin bir kararla yargılamayı durdurabileceği hüküm altına alınmıştır.

[102] StPO § 260 paragraf 3'te yargılamaya engel bir durumun varlığı hâlinde, yargılamanın durdurulmasına karar verileceği ifade edilmektedir.

[103] Tasarı, s.42, 43. Ayrıca bkz. Schneider, s.334.

Kanaatimizce izin verilemez kışkırtmanın hukuki sonucuna ilişkin düzenlemeye yer verilmesi isabetli olmuştur. Nitekim yukarıda ifade edildiği üzere, -özellikle 2015 yılından itibaren- BGH Ceza Dairelerinin konu ile ilgili içtihatları arasındaki farklılıklar, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerini zedelemektedir. İşte tasarının kanunlaşması hâlinde, bu sorun çözüme kavuşmuş olacaktır. Öte yandan tasarıda muhakeme engeli çözümünün benimsenmesi doğru bir tercih olmuştur. Çünkü izin verilemez kışkırtma durumunda gizli soruşturmacının veya güvenilir kişinin müdahalesi olmasaydı sanık üzerine atılı suçu işlememiş olacaktı. Dolayısıyla böyle bir durumda sanığa çok az dahi olsa bir cezanın verilmesi, adil yargılanma hakkı ve hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacaktır. Nitekim AİHM içtihatları da bu doğrultudadır.

Konu ile ilgili değinilmesi gereken son husus ise izin verilemez kışkırtmadan bahisle savcılığın soruşturma işlemlerine son vermesi, ilk derece mahkemesinin yargılamayı durdurması ya da temyiz merciin bu yönde bir inceleme yapabilmesi için savunma makamının itirazda bulunmasının gerekli olup olmadığıdır. Diğer bir anlatımla, savcılık, ilk derece mahkemesi ya da temyiz merci muhakeme engeline re' sen karar verebilecek midir? Bazı yazarlar, izin verilemez kışkırtma nedeniyle muhakeme engelinin kabul edilebilmesi için savunma makamı tarafından itirazda bulunulmasını zorunlu görmektedir¹⁰⁴. Diğer yazarlar ise yetkili mercilerin izin verilemez kışkırtma hâlinde bir muhakeme engelinin varlığına re' sen hükmetmesi gerektiğini düşünmektedir¹⁰⁵. BGH ve BVerfG de ikinci görüşe taraftardır. Gerçekten de gerek BGH¹⁰⁶ gerekse de BVerfG¹⁰⁷, izin verilemez kışkırtma nedeniyle bir muhakeme engelinin kabul edilmesini, re' sen incelenip ele alınması gereken bir konu olarak değerlendirmektedir. Benzer şekilde tasarıda da izin verilemez kışkırtmanın re' sen dikkate alınması gereken bir muhakeme engeline yol açacağı ifade edilmiştir¹⁰⁸.

Tasarıda Öngörülen Düzenlemelerin AİHM İchtihatları ile Uyumlu Olup Olmadığına İlişkin Değerlendirme

Alman hukukunda kışkırtma ve bunun hukuki sonucu konusunda bir kanuni düzenleme yapılması amacıyla tasarı hazırlanmasının temel sebebi, AİHM' in 2014 yılında Furcht-Almanya ve özellikle de 2020 yılında Akbay ve diğerleri-Almanya davasında vermiş olduğu ihlâl kararlarıdır.

[104] Bkz. Schneider, s.335, 336.

[105] Bkz. Moldenhauer, s.112; Endriß / Kinzig, s.273, 274.

[106] Bkz. BGH, T.06.02.1981, 2 StR 370/80 (LG Lahn-Gießen), NJW, S.30, 1981, s.1626, 1627; Urteil vom 16.12.2021 – 1 StR 197/21 (LG Freiburg), NSTZ, S.4, 2023, s.245, p.17, 20-23, 27-31.

[107] BVerfG, Beschluss vom 18.05.2001 – 2 BvR 693/01, BeckRS 2001, 30181629; Beschluss vom 11.01.2005 – 2 BvR 1389/04, BeckRS 2005, 22544.

[108] Bkz. Tasarı, s.42.

Dolayısıyla söz konusu tasarıyla yapılması planlanan düzenlemenin, AİHM içtihatlarına uygun olup olmadığı hususunun değerlendirilmesi önem arz etmektedir.

AİHM' e göre, başvurucunun soruşturma makamı tarafından suç işleme kısıktırılması hâlinde, ya bu şekilde elde edilen bütün deliller muhakemeden dışlanmalı (delil yasakları) ya da benzer sonuca yol açan başka bir prosedür uygulanmalıdır¹⁰⁹. Bu çerçevede Tasarı ile hukukun üstünlüğü ilkesine aykırı (izin verilemez) kısıktırma faaliyetinin yasaklanmasının ve bu yasağa aykırılık hâlinde bir muhakeme engelinin kabul edilmesinin ilk bakışta (prima facie) AİHM içtihatları ile uyumlu olduğu ve böylelikle Almanya'nın AİHM önünde yeniden mahkûm edilmesinin önüne geçilebileceği söylenebilir. Gerçekten de muhakeme engelinin varlığı hâlinde sanığa ceza veril(e)meyeceği için bu çözüm yönteminin AİHM' in ortaya koyduğu delil yasakları ile benzer sonuca yol açan bir prosedür olarak değerlendirilmesi mümkündür¹¹⁰.

Bununla birlikte, Tasarı ile BGH tarafından ortaya atılan izin verilebilir ve izin verilemez kısıktırma ayırımı korunarak bazı şartların varlığı hâlinde, soruşturma makamının kısıktırma faaliyetinde bulunabilmesine imkân tanınmasının sorun yaratacağı kanaatindeyiz. Çünkü AİHM böyle bir ayırım yapmaksızın kısıktırma faaliyetinin AİHS m.6 anlamında adil yargılanma hakkına aykırı olduğunu içtihat etmektedir¹¹¹. Esasen Tasa-

[109] AİHM, Berlizev-Ukrayna davası, Başvuru No: 43571/12, 08.07.2021, prg.51; Van Wesebeeck-Belçika davası, Başvuru No: 67496/10, 52936/12, 23.05.2017, prg, 65, 66; Toran ve Schymik-Romanya davası, Başvuru No: 43873/10, 14.04.2015, prg.51; Furcht-Almanya davası, Başvuru No: 54648/09, 23.10.2014, prg. 46; Sepil-Türkiye davası, Başvuru No: 17711/07, 12.11.2013, prg.30; Baltins-Letonya davası, Başvuru No: 25282/07, 08.01.2013, prg.55; Bykov-Rusya davası, Başvuru No: 4378/02, 10.03.2009, prg.88-90; Ramanauskas-Litvanya davası, Başvuru No:74420/01, 05.02.2008, prg. 52; Heglas-Çek Cumhuriyeti davası, Başvuru No:5935/02; 01.03.2007, prg.89-92; Vanyan-Rusya davası, Başvuru No: 53203/99, 15.12.2005, prg.45; Teixeira De Castro -Portekiz davası, Başvuru No: 25829/94, 09.06.1998, prg.34.

[110] Benzer yönde bkz. Zeyher, s.199, 201; Schneider, s.332; Gaede, Karsten. *Münchener Kommentar zur StPO*, (Ed. Christoph Knauer, Hans Kudlich ve Hartmut Schneider), Band 3-2, Verlag C.H.Beck, München, 2018, EMRK Art. 6 Rn. 345.

[111] AİHM, Akbay ve diğerleri-Almanya davası, Başvuru No: 40495/15, 37273/15, 40913/15, 15.10.2020, prg.125-131; Pareniuc-Moldova Cumhuriyeti davası, Başvuru No: 17953/08, 01.07.2014, prg.38-39; Furcht-Almanya davası, Başvuru No: 54648/09, 23.10.2014, prg. 54-59, 67-71; Ciprian Vladut ve Ioan Florin Pop-Romanya davası, Başvuru No: 43490/07, 44304/07, 16.07.2015, prg.86, 87; Morari-Moldova Cumhuriyeti davası, Başvuru No: 65311/09, 08.03.2016, prg.36, 37; Malininas-Litvanya davası, Başvuru No:10071/04, 01.07.2008, prg.37-39; Ramanauskas-Litvanya davası, Başvuru No: 74420/01, 05.02.2008, prg.67; Vanyan-Rusya davası, Başvuru No: 53203/99, 15.12.2005, prg.49; Teixeira De Castro-Portekiz davası, Başvuru No: 25829/94, 09.06.1998, prg.38, 39.

Tasarıda AİHM içtihatlarının izin verilebilir kısıktırma faaliyetine engel olmadığı belirtilmektedir. Buna göre, Mahkemenin, kararlarında yer verdiği "ciddi suçlarla mücadelede gizli soruşturma yöntemlerinin gerekli olduğu" ifadesi, kısıktırma faaliyetini tamamen dışlamadığına delil olarak gösterilmektedir. Bkz. Tasarı, s.40. Bu değerlendirmeye katılmamaktayız. Çünkü AİHM, özellikle örgütlü suçlarla ve yolsuzlukla mücadelede kolluk kuvvetlerinin gizli soruşturmacı ya da muhbir kullanma veya gizli operasyon yürütme şeklinde yöntemlere başvurmalarının zorunluluk olabileceğini ve şüpheli/sanığa yeterli ve uygun usuli güvencelerin sağlanması şartıyla, bu gizli soruşturma yöntemlerinin kullanılmasının adil yargılanma hakkının ihlali olarak görülemeyeceğini kabul etmektedir. Bkz. AİHM, Ramanauskas-Litvanya (No.2) davası, Başvuru No:55146/14,

rıda öngörülen izin verilemez kışkırtma tanımının ve hukuki sonucunun, AİHM' in ortaya koyduğu kışkırtma konseptine uygun olduğu söylenebilir. Dolayısıyla burada asıl sorun izin verilebilir kışkırtma ve hukuki sonucu açısından gündeme gelebilecektir. Nitekim Alman hukukunda izin verilebilir olarak nitelendirilen bazı kışkırtma faaliyetlerinin, AİHM içtihatları ile bağdaşmadığını düşünmekteyiz¹¹². Bu çerçevede örneğin, BGH uygulamasına ve buna dayanılarak hazırlanan Tasarıya göre, gizli soruşturmacının ya da güvenilir kişinin sanığa, baskı ve ısrar gibi yöntemlere başvurmaksızın salt uyuşturucu madde temin edip edemeyeceği sorması veya sanığın mevcut suç işleme istekliliğinden faydalanması, izin verilebilir kışkırtma olarak değerlendirilmekte ve bu kışkırtma sonucunda suç işleyene sanığa ceza verilmektedir¹¹³. Ancak dikkat edilirse, bu hâllerde gizli soruşturmacı veya güvenilir kişi pasif davranmamakta, hedef kişiyi aktif bir hareketle kriminal faaliyete yönlendirmektedir. Oysa AİHM, gizli soruşturmacının ya da güvenilir kişinin, kendisini pasif bir konumda tutmayarak, aktif bir hareketle sanığı suç işlemeye yönlendirmesini “kışkırtma” olarak nitelendirmekte ve bu durumda AİHS m.6 çerçevesinde korunan adil yargılanma hakkının ihlâli edildiğine karar vermektedir¹¹⁴.

20.02.2018, prg.52; Nosko ve Nefedov-Rusya davası, Başvuru No: 5753/09, 11789/10, 30.10.2014, prg. 50; Cıpran Vıladut ve Ioan Florin Pop-Romanya davası, Başvuru No: 43490/07, 44304/07, 16.07.2015, prg.77. Kanaatimizce bu kabul, tasarıda belirtilenin aksine, soruşturma makamının kışkırtma faaliyetinde bulunmasına cevaz verildiği şeklinde yorumlanamaz. Nitekim AİHM de Furcht-Almanya davasında “...Polisin kışkırtmasının yasaklanmasının altında yatan sebep, polisin görevinin suçu önlemek ve soruşturmak olduğu, kışkırtmak olmadığıdır” demek suretiyle kışkırtma faaliyetini hukuka uygun görmediğini açıkça ifade etmiştir. Bkz. AİHM, Furcht-Almanya davası, Başvuru No: 54648/09, 23.10.2014, prg.48.

[112] Benzer yönde bkz. Endriß / Kinzig, s.273.

[113] Bkz. s.10.

[114] AİHM, Zinin-Rusya davası, Başvuru No: 54339/09, 09.03.2021, prg.48; Akbay ve diğerleri-Almanya davası, Başvuru No: 40495/15, 37273/15, 40913/15, 15.10.2020, prg. 116; Tchokhonelidze-Gürcistan davası, Başvuru No: 31536/07, 28.06.2018, prg.44; Morarı-Moldova Cumhuriyeti davası, Başvuru No:65311/09, 08.03.2016, prg. 32; Furcht-Almanya davası, Başvuru No: 54648/09, 23.10.2014, prg.52.

Gerçekten de AİHM, Burak Hun-Türkiye¹¹⁵ ve Malininas-Litvanya¹¹⁶ davalarında, gizli soruşturmacının, başvurucuya kendisine uyuşturucu temin edip edemeyeceğini sormak suretiyle, pasif bir şekilde soruşturma faaliyeti yürütmenin ötesine geçerek suç işlemeye kışkırttığı gerekçeyle, adil yargılanma hakkının ihlâl edildiği sonucuna varmıştır¹¹⁷. Do-

[115] "...AİHM, sınırları belirlendiği ve güvence altına alındığında gizli ajan ile müdahaleye tolerans gösterebile bile polis provokasyonunun ardından toplanan delillerin kullanılmasını kamu yararının haklı kılamayacağına hatırlatmaktadır. Böyle bir uygulama saniği, ab initio'dan ve esasen adil yargılama hakkından yoksun bırakır niteliktedir. AİHM, belirlenen ajanların –güvenlik güçleri mensupları veya onların isteğiyle müdahil olan kişiler- yalnızca pasif bir şekilde suç teşkil eden eylemi incelemekle sınırlı kalmayıp bir sonuca ulaşmak için yeni kanıt toplamak veya kanıt sürmek için başka türlü işlemeyeceği bir suça azmettirmek nitelikte bir kişi üzerinde etkili olursa polis provokasyonu olduğunu hatırlatmaktadır. Mevcut davada, AİHM, polis operasyonu çerçevesinde müdahil olan ve alıcı olarak davranan X takma adlı bir kişinin kendisine ekstazy tabletleri temin etmesi için başvurunu cebinden aradığını, başvuranın bu talebi kabul ettiğini, talep edilen uyuşturucuları getirttiğini, polis memurlarının başvuranı, uyuşturucuları verdiği sırada suçüstü yakaladıklarını, bilahare başvuranın, uyuşturucu edinmek ve satmak suçundan mahkum edildiğini gözlemlemektedir. AİHM, başvuran tarafından işlenen suçu oluşturan unsurlara, yani uyuşturucu edinme ve satma suçuna ajan X'in neden olduğu görüşündedir. Nitekim söz konusu ajan, Hun'un suç teşkil eden eylemini sadece pasif bir şekilde incelememiş, başvuranı telefonla arayarak ve kullanımı ve satışı yasa ile yasaklanan madde temin etmesini talep ederek başvuranı suça azmettirmiştir...Bu bağlamda AİHM, özellikle, başvuranın adli sicilinin temiz olmasını ve organize bir örgütün söz konusu olmasını önemine dikkate almaktadır. Mevcut davada söz konusu az miktardaki uyuşturucu başvuranın evinde bulunmamıştır. Başvuran, ajan X'in talebi üzerine, uyuşturucuyu üçüncü bir kişiden temin etmiştir (bkz. aynı anlamda, Teixeira de Castro)...Polis soruşturmasının zorluklarına ve önemine dikkat eden AİHM, yukarıda söylenenler göz önüne alındığında, ajan X'in müdahalesi olmadan, söz konusu suçun işlenebileceğini göstermediği kanaatindedir; söz konusu müdahaleyi ve ihtilaflı ceza davasında kullanılmasını göz önüne alan AİHM, başvuranın davasının, AİHM'nin 6.maddesinin gerektirdiği hakkaniyete uygun niteliğini kaybettiği sonucuna ulaşmıştır. Bu itibarla, AİHM'nin 6/1 maddesi ihlal edilmiştir..." AİHM, Burak Hun/Türkiye kararı, No:17570/04, T.15.12.2009, hudoc.echr.coe.int/eng/{"fulltext":["\CASE%20OF%20BURAK%20HUN%20v.%20TURKEY%20-%20%20Turkish%20Translation]%20summary%20by%20the%20Turkish%20Ministry%20of%20Foreign%20Affairs%20"}, {"documentcollectionid%20: ["GRANDCHAMBER", "CHAMBER"]} (E.T.:15.05.2024).

[116] "...Mahkeme, gizli soruşturmacı V'nin başvurucu ile temas kurmak için ilk adımı atarak ona yaklaştığını ve uyuşturucu maddeleri nereden temin edebileceğini sorduğunu gözlemlemiştir. Bunun üzerine başvurucu uyuşturucu maddeleri kendisi temin etme teklifinde bulunmuştur... Mevcut davadaki bu hususlar, Mahkeme'nin kanaatine göre, polisin rolünü gizli soruşturmacının ötesine, "ajan provokatör" rolüne taşımıştır. Polisler devam eden bir suça sadece katılmakla kalmayıp, onu kışkırtmıştır. Bu koşulları dikkate alındığında, polisin başvuruunun suç faaliyetlerini esasen pasif bir şekilde soruşturmakla kalmayıp, suçun işlenmesini kışkırtacak şekilde bir etki uyguladığı görülmektedir. Yukarıda ifade edilenler ışığında, Mahkeme bu unsurların toplamının başvuruunun yargılanmasının adilliğine zarar verdiği sonucuna varmıştır. Sonuç olarak, Sözleşme'nin 6 & 1 maddesi ihlal edilmiştir..." Malininas-Litvanya davası, Başvuru No:10071/04, 01.07.2008, prg.37-39.

[117] Yargıtay da gizli soruşturmacının saniğe kendisine uyuşturucu madde temin edip edemeyeceğini sormasını, soruşturmacının pasif bir şekilde hareket etmediği gerekçesiyle, suça kışkırtma olarak nitelendirmekte ve bu şekilde elde edilen delillerin muhakemede kullanılmayacağına hükmetmektedir. Bkz. "...Olay tutanaklarına göre; saniğin uyuşturucu madde satışı yaptığı bilgisi edinilen bölgeye gizli soruşturmacıların sivil bir araçla gittikleri, bölgede bir müddet bekledikten sonra saniğin yanına giderek ... verdikleri, sanıkla konuşmaya başladıkları ve sonrasında saniği araçta davet ettikleri, araçta saniğe uyuşturucu madde olup olmadığını sorduklarında, saniğin eroin olduğunu söylemesi üzerine sanıktan 400 TL karşılığında 1 paket eroin satın alınması şeklinde gerçekleşen somut olayda, ilgili kolluk görevlilerinin suç teşkil eden fiili yalnızca pasif davranışlarla izlemedikleri, delil üretmek ve bir soruşturma başlatmak için kişiyi başka türlü işlemeyeceği bir suçu işlemeye sevk etmek yönünde davranışlar sergiledikleri, bu şekilde gizli soruşturmacı sınırlarını aşmış oldukları, 08.12.2020 tarihli gizli soruşturmacı alım tutanağı, 08.12.2020 tarihli cd çözüm tutanağı, 23.01.2021 tarihli yakalama, üst arama ve ev arama tutanakları, 12.04.2021 tarihli gizli soruşturmacıların mahkeme beyanları, sanık savunması ve tüm dosya kapsamından anlaşılmalıdır; Saniği suça sevk etmek suretiyle elde edi-

layısıyla söz konusu Tasarının kanunlaşması durumunda, konu ile ilgili Alman hukukundaki mevzuat ve uygulamanın, AİHS ve AİHM içtihatları ile tamamen uyumlu hâle geleceğini söylemenin pek mümkün olamayacağını düşünmekte ve ileride AİHM tarafından Almanya aleyhine yeni bir ihlâl kararı verilmesini güçlü bir olasılık olarak değerlendirmekteyiz. Kanaatimizce böyle bir ihlâl kararının önüne geçilebilmesi için Alman hukukunda gizli soruşturmacılar ile güvenilir kişiler kendilerini pasif bir şekilde soruşturma faaliyeti yürütmekle sınırlamalı ve bunların aktif bir hareketle sanığı suç işlemeye yönlendirmeleri yasaklanarak bu yasağa aykırılığın bir muhakeme engeline yol açacağı kabul edilmelidir¹¹⁸.

SONUÇ

Alman hukukunda uzun zamandan beri yaygın şekilde kullanılan bir soruşturma yöntemi olan kışkırtma konusunda son dönemde yoğun tartışmalar yaşanmaktadır. Özellikle AİHM' in 2014 yılında Furcht-Almanya davasında, BGH' nın 1984 yılından beri istikrarlı bir şekilde uyguladığı ceza indirimini çözümünün, AİHS m.6 çerçevesinde korunan adil yargılanma hakkının ihlâline yol açtığı tespitinden sonra durum daha da karmaşık bir hâl almıştır. Gerçekten de BGH 2. Ceza Dairesi, AİHM' in kararına uymayı tercih ederek içtihadını değiştirmiş ve muhakeme engeli çözümünü benimsemiş iken, 4. Ceza Dairesi, AİHM içtihadını dikkate almadan ceza indirimini çözümünü uygulamaya devam etmiştir. 1. ve 5. Ceza Daireleri de benzer bir şekilde prensip olarak ceza indirimini çözümünden yana taraf alarak ancak hukukun üstünlüğü ilkesini ciddi şekilde ihlâl eden çok istisnai olaylarda muhakeme engelinin varlığını kabul etme eğilimi göstermiştir. AİHM' in 2020 yılında Akbay ve Diğerleri-Almanya davasında verdiği ikinci ihlâl kararından sonra ise öğretilerde

len delillerin hukuka aykırı yasak delil kapsamında olduğu ve Anayasanın 38/6 ncı ve CMK'nın 206/2-a maddeleri uyarınca hükme esas alınmayacağı gözetilmeden sanığın beraati yerine mahkûmiyetine karar verilmesi hukuka aykırı görülmüştür..." Yargıtay 10. CD, T.19.12.2022, E.2021/17496, K.2022/13453, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T.:16.05.2024). Benzer yönde bkz. Yargıtay 10. CD, T.15.03.2022, E.2021/14424, K.2022/3224, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T.:16.05.2024).

[118] Nitekim Yargıtay, istikrarlı bir şekilde gizli soruşturmacıların pasif hareket etmeleri gerektiğini içtihat etmekte, aksi hâlde elde edilen delillerin muhakemede kullanılmayacağına karar vermektedir. Bkz. "... Somut olayda, olay günü gizli soruşturmacıların sanığın yanına giderek "malzeme var mı" diye sormaları üzerine sanığın "metamfetamin var" demesi akabinde uyuşturucu ticareti suçunun gerçekleştiğinin olay tutanağı, görüntü kayıtları ve tutanak müzmi gizli soruşturmacıların beyanlarından da sabit olması karşısında, soruşturma yapan gizli soruşturmacıların suç teşkil eden fiili yalnız pasif davranışlarla izleyip tespit etmek yerine, delil üretmek ve soruşturma başlatmak için kişiyi başka türlü işlemeyeceği bir suçu işlemeye sevk etme yönünde davranışlar sergilemiş oldukları, bunun da gizli soruşturmacı sınırlarını aştığı, kışkırtıcı ajan gibi hareket ederek faili suça teşvik etmiş olduklarının anlaşılması karşısında, sanığın beraati yerine mahkûmiyetine karar verilmesi hukuka aykırı görülmüştür..." Yargıtay 10. CD, T.13.03.2023, E.2021/15492, K.2023/2074, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T.:16.05.2024). Benzer yönde diğer kararlar için bkz. Yargıtay 10. CD, T.19.12.2022, E.2021/17496, K.2022/13453; T.15.03.2022, E.2021/14424, K.2022/3224, <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (E.T.:16.05.2024).

AİHM' in içtihadı doğrultusunda konu ile ilgili kanuni düzenleme yapılması çağrısında bulunulmuştur.

Nitekim kanun koyucu da bu çağrılara sessiz kalmamış ve BGH 2. Ceza Dairesinin son dönemdeki içtihadı ile özellikle AİHM' in 2014 tarihli Furcht-Almanya ve 2020 tarihli Akbay ve diğerleri-Almanya davalarında verdiği kararların esas alındığı bir kanun tasarısı hazırlanarak 2024 yılının Mart ayında yayınlanmıştır. Söz konusu tasarıda hangi hâllerde kısırtma faaliyetine izin verilebileceği düzenlenmiş ve izin verilemez kısırtmanın tanımı ile hukuki sonucuna yer verilmiştir. Buna göre, AİHM' in içtihadına uygun bir şekilde, izin verilemez kısırtma hâlinde bir muhakeme engelinin varlığı kabul edilerek sanığa ceza verilmemesi öngörülmüştür. Dolayısıyla ilk bakışta (prima facie) tasarının kanunlaşması hâlinde konu ile ilgili tartışmaların sona ereceği ve Alman mevzuat ve yargı uygulamasının AİHS m.6 ve AİHM içtihatları ile uyumlu hâle gelebileceği düşünülebilir.

Kanaatimizce bu düşünce isabetli değildir. Çünkü tasarıya göre izin verilebilir kısırtma olarak nitelendirilen bazı hâllerin, AİHM' in ortaya koyduğu kısırtma konseptiyle bağdaşmadığı görülmektedir. Gerçekten de BGH uygulamasına ve buna uygun olarak hazırlanan Tasarıya göre, gizli soruşturmacının veya güvenilir kişinin sanığa kendisine salt uyuşturucu madde temin edip edemeyeceği sorması veya sanığın mevcut suç işleme istekliliğinden faydalanması, izin verilebilir kısırtma olarak değerlendirilmekte ve bu hâlde sanığa ceza verilmektedir. Oysa burada gizli soruşturmacı veya güvenilir kişi pasif davranışın ötesinde aktif bir hareketle sanığı kriminal faaliyete yönlendirmektedir. Nitekim AİHM, gizli soruşturmacının ya da güvenilir kişinin, kendisini pasif bir konumda tutmayarak, aktif bir hareketle sanığı suç işlemeye yönlendirmesini “kısırtma” olarak nitelendirmekte ve bu durumda AİHS m.6 çerçevesinde korunan adil yargılanma hakkının ihlâl edildiğine karar vermektedir. Bu sebeple Tasarı kanunlaşsa dahi ileride AİHM tarafından Almanya aleyhine yeni bir ihlâl kararı verilmesini güçlü bir olasılık olarak değerlendirmekteyiz. Dolayısıyla böyle bir ihlâl kararının önüne geçilebilmesi için Tasarının yeniden gözden geçirilerek güncellenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bu çerçevede Tasarıya, gizli soruşturmacılar ile güvenilir kişiler için pasif davranma yükümlülüğü getiren ve bu yükümlülüğü aykırılığın bir muhakeme engeline yol açacağını öngören bir hüküm eklenmelidir.

KAYNAKÇA

- Akar, İbrahim. "Tahrikçi Ajan", *MÜHFHAD*, C.24, S.1, 2018, ss.132-148.
- Baytaz, Abdullah Batuhan. "Gizli Soruşturmacı", *7. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali "Terör ve Darbelere Karşı Hukuk Devletin'in Korunması" Tebliğler*, (Ed. Adem Sözüer), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- Bıçak, Vahit. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4.Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- Bruns, Hans-Jürgen. "'Widerspruchsvolles' Verhalten des Staates als neuartiges Strafverfolgungsverbot und Verfahrenshindernis, insbesondere beim tatprovokierenden Einsatz polizeilicher Lockspitzel – Zur Einführung des "estoppel"-Prinzips ins Strafprozessrecht", *NJW*, S.2, 1983, ss.49-56.
- Doğan, Koray. "Soruşturmada Tuzağa Düşürme Yasası", *Dr. Dr. h. c. Silvia Tellenbach'a Armağan*, Ankara, 2018, ss.969-989.
- Endriß, Rainer / Kinzig, Jörg. "'Strafzumessungslösung' Auch Bei Konventionswidrigem Lockspitzeleinsatz", Anmerkung zu BGH, Urteil vom 18.11.1999 – 1 StR 221/99 (LG München I), *NStZ*, S.5, 2000, ss.269-274.
- Erem, Faruk. "Kışkırtıcı Ajan", *AÜHFH*, C.32, S.1, 1975, ss.5-15.
- Esser, Robert. "Rechtsstättwidrige Tatprovokation", Anmerkung zu BGH, Urteil vom 07.12.2017 – 1 StR 320/17 (LG Tübingen), *NStZ*, S.6, 2018, ss.355-362.
- Fischer, Thomas / Maul, Heinrich. "Tatprovokierendes Verhalten als Polizeiliche Ermittlungsmaßnahme", *NStZ*, S.1, 1992, ss.7-13.
- Foth, Eberhard. "Kann die Anstiftung durch eine V-Person ein Verfahrenshindernis begründen?", *NJW*, S.5, 1984, ss.221-222.
- Gaede, Karsten. *Münchener Kommentar zur StPO*, (Ed. Christoph Knauer, Hans Kudlich ve Hartmut Schneider), Band 3-2, Verlag C.H.Beck, München, 2018.
- Greven, Michael. *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, (Ed. Christoph Barthe ve Jan Gericke), 9.Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2023.
- Gribbohm, Günter. "Der Gewährsmann als Zeuge im Strafprozess – Wege der Neueren Rechtsprechung zur V-Mann-Problematik", *NJW*, S.7, 1981, ss.305-308.
- Hauschild, Jörn. *Münchener Kommentar zur StPO*, (Ed. Christoph Knauer, Hans Kudlich ve Hartmut Schneider), 2.Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2023.
- Helmut, Frister. *Handbuch des Polizeirechts*, (Ed. Matthias Bäcker, Erhard Denninger ve Kurt Graulich), 7. Auflage, C. H. Beck, München, 2021.
- Henrichs, Simon / Weingast, Karin. *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, (Ed. Christoph Barthe ve Jan Gericke), 9.Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2023.
- Herzog, Felix. "Rechtsstaatliche Begrenzungen der Verbrechensbekämpfung – Eine kritische Bilanz der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum tatprovokierenden Einsatz polizeilicher Lockspitzel –", *NStZ*, S.4, 1985, ss.153-158.
- Hillenkamp, Thomas. "Verfahrenshindernisse von Verfassungs wegen", *NJW*, S.45, 1989, ss.2841-2849.
- Hoven, Elisa. "Konventionswidrige Tatprovokation (agent provocateur)", Anmerkung zu EGMR (V. Sektion), Urteil vom 15.10.2020 – 40495/15, 40913/13, 37273/15 – Akbay ua/Deutschland, *NJW*, S.48, 2021, ss.3515-3525.
- Körner, Harald Hans. "Zum Betäubungsmittelgesetz", *NStZ*, S.1, 1981, ss.16-18.
- Meyer, K. "Tatprovokierendes Verhalten polizeilicher Lockspitzel", Anmerkung zu BGH Urteil vom 23.05.1984 – 1 StR 148/84, *NStZ*, S.3, 1985, ss.131-135.
- Moldenhauer, Gerwin. "Rechtsstaatswidrige Tatprovokation", Anmerkung zu BGH, 16.12.2021 – 1 StR 197/21 (LG Freiburg), *NStZ-RR*, S.4, 2023, ss.111-113.
- Özaydın, Özdem. "Türk ve Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda Gizli Soruşturmacının Hareket Sınırını Aşması ve AİHM'in Konuya Yaklaşımı", *CHD*, C.16, S.47, 2021, ss.493-524.
- Özbek, Veli Özer. "Türk Hukuku'nda Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu", *CHKD*, C.2, S.1-2, 2014, ss.135-155.
- Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.

- Pfeiffer, Gerd / Miebach, Klaus. "Aus der (vom BGH nicht veröffentlichten) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen zum Verfahrensrecht", *NStZ*, S.5, 1981, ss.208-214.
- Schnarr, Karl Heinz. "Zur Verknüpfung von Richtervorbehalt, staatanwaltschaftlicher Eilanordnung und richterlicher Bestätigung", *NStZ*, S.5, 1991, ss.209-216.
- Schneider, Hartmut. "Voraussetzungen und Folgen einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation zu gleich Besprechung des Urteils des Bundesgerichtshofs vom 16.12.2021 – 1 StR 197/21", *NStZ*, S.6, 2023, ss.325-336.
- Sinn, Arndt / Maly, Simon. "Zu Den Strafprozessualen Folgen Einer Rechtsstaatswidrigen Tatprovokation – Zugleich Besprechung von EGMR, Urt. v.23.10.2014 – 54648/09 (Furcht v. Germany)", *NStZ*, S.7, 2015, ss.379-383.
- Sowada, Christopher. "Zur Notwendigkeit der Verteidigerbeordnung im Ermittlungsverfahren", *NStZ*, S.1, 2005, ss.1-7.
- Şen, Ersan / Yurttaş, Yasemin. "Gizli Tanık, X Muhbir, Gizli Soruşturmacı, Ajan Provokatör", *CHD*, C.3, S.6, 2008, ss.21-50.
- Taşkın, Ozan Ercan. *Kışkırtıcı Ajan*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011.
- Yüce, Turhan Tufan. "Ajan Vasıtasıyla İşlenen Suçların Cezalandırılması ve İlgili Yargıtay Kararları Üzerinde Düşünceler", *SÜHFD*, C.1, S.1, Ocak-Haziran 1988, ss.13-17.
- Zeyher, Lukas. "Das Verfahrenshindernis als strafprozessuale Folge einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation und seine Konsequenzen", *NZWiSt*, S.5, 2022, ss.197-201.
- Weil, Stephan. "Verdeckte Ermittlungen im Strafverfahren und die Unverletzlichkeit der Wohnung", *ZRP*, S.7, Y.25, 1992, ss.243-247.
- Weisser, Niclas-Frederic. "Zum Betretungsrecht von Wohnungen bzw. Hotelzimmern durch einen nicht offen ermittelnden Polizeibeamten (noeP)", *NZWiSt*, S.2, 2018, ss.59-63.

ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇUNDA MAĞDURUN YAŞI ÜZERİNDEKİ HATANIN FİİL ÜZERİNDE HATA OLARAK ELE ALINMASI SORUNU

Dr. Öğr. Üyesi Selahattin Samet BİLGE

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORC-ID: 0000-0002-1396-7689

ssametbilge@gmail.com

ÖZET

Türk Ceza Kanunu, cinsel dokunulmazlığa karşı suçları 102 ila 105 maddelerinde hükme bağlamıştır. Cinsel suçları vurgulayan temel özellik rızadır. Kişiler mümeyyiz ve reşitse, rızaları varsa ve de bu iradeleri fesada uğramamışsa; insanlar cinsel tercihlerinde, genel ahlaka aykırı olmamak kaydıyla, serbesttirler.

Mağdurun çocuk olması, ayrıca hükme bağlanmıştır. Çocuk, cinsel tasarrufta bulunma ehliyetine (hakkına) sahip değildir. 15 yaşından küçük çocukların bu iradesi göz önüne alınmaz yani kanuni karine getirilmiştir. 15-18 yaş arasında eğer iradesi zorlanmamış ve serbest iradesiyle cinsel anlamda bir tasarrufta bulunmuşsa, bu halde suçun takibi şikayete bağlıdır.

Fiili hata konusu, İtalyan Ceza Kanunu'nda da tartışmalara neden olduğu için açık hüküm konulmuştur (İtalyan Ceza Kanunu m. 609-sexies) ve anılan madde "Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi"ne (Lanzarote Sözleşmesi) uyumluluk özelinde 2012 yılında 172 sayılı kanun değişikliğiyle yeniden ele alınmıştır. Önceki düzenlemede, mağdurun yaşının 14'ün altında olması halinde, failin, mağdurun yaşı üzerindeki bilgisizliğine hukuki geçerlilik tanınmamıştır. 2012 yılındaki değişiklikten sonra failin 18 yaşından küçük mağdurun yaşı üzerindeki bilgisizliğine yönelik savunması ancak kaçınılmaz bir bilgisizlik (ignoranza inevitabile) söz konusuysa göz önüne alınır şeklinde bir düzenleme getirilmiştir. Bizim hukukumuzda böyle bir düzenleme yer almamaktadır.

Mesele "kanunu bilmeme" ve "hata" konusunda toplanmaktadır. Eğer mağdurun yaşı, fiilin bir unsuru olarak düşünülürse, esaslı olması kaydıyla hata kastı kaldırır denilir ve bu kabul edildiğinde de çocuk evlilik-

leri ve çocuk fahişeliği gibi çocukların cinsel sömürü ve istismarına yol açan çok vahim sonuçların önüne geçmek zorlaşır. Kanunumuzda açık hüküm olmamasına rağmen, kanunilik ilkesine aykırı olarak ülkemizdeki bazı doktrinde, bu durum, fiili hata olarak değerlendirilmektedir. Bu kabul, kanunilik ilkesinin ihlaline yol açar.

Eğer mağdurun yaşı, fiilin bir unsuru değilse ki bizce de fiilin unsuru değildir çünkü mağdurun yaşı düzenlemesi normun normatif unsurudur; normun normatif unsuru üzerindeki hata, failin kaçınılmaz bilgisizliğinden (ignoranza inevitabile) kaynaklanmıyorsa, failin lehine değerlendirilemez. Bizim de katıldığımız doktrindeki bu düşünce kabul edildiğinde, çocuk fahişeliği ve çocuk evlilikleri gibi çocukların cinsel sömürsü ve istismarına yol açan önemli problemlerle daha etkin mücadele edilmesi imkanı ortaya çıkar. Sonuç olarak sorunun çözümü ve çocukların cinsel sömürüye ve istismara karşı korunabilmesi, ancak İtalyan Ceza Kanunu'nda olduğu gibi açık bir hükme kavuşturularak sağlanabilir.

Anahtar Kelimeler: Çocukların cinsel istismarı, Lanzarote sözleşmesi, Hata, Kural üzerinde hata, Fiil üzerinde hata.

THE PROBLEM OF CONSIDERING MISTAKE ON THE AGE OF THE VICTIM AS “MISTAKE OF FACT” IN CRIME OF SEXUAL ABUSE OF CHILDREN

ABSTRACT

The Turkish Penal Code regulates offences against sexual integrity between the articles 102 and 105. The key element that highlights sexual offences is consent. If the persons are mentally competent and of legal age, have their consent and their will has not been corrupted, people are free in their sexual preferences, provided that they do not violate public morality.

If the victim is a child, it is regulated separately. The child does not have the capacity (right) to engage in sexual activity. This will of children under the age of 15 is not taken into account so that a legal presumption is regulated. Between the ages of 15 and 18, if his/her will is not forced and he/she makes a sexual act with his/her own free will, the prosecution of the offense is subject to a complaint.

Since the issue of “mistake of fact” caused controversy in the Italian Penal Code as well, an express provision was made (Italian Penal Code Art. 609-sexies) and the said article was re-examined in 2012 with amendment of law no. 172 in accordance with the Lanzarote Convention. In the previous regulation, if the victim’s age was under 14, the perpetrator’s ignorance of the victim’s age was not given legal validity. After the amendment in 2012, a regulation was made stating that the perpetrator’s defense of ignorance regarding the age of the victim under the age of 18 will only be taken into consideration if there is an inevitable ignorance (*ignoranza inevitabile*). There is no such regulation in the Turkish Penal Code.

The issue centers around “ignorance of the law” and “mistake”. If the age of the victim is considered as an element of the act, it can be said that the mistake negates intent, provided that it is essential, and when this is accepted, it becomes difficult to prevent awful consequences such as child marriages and child prostitution. Although there is no clear provision in our law, this situation is considered as a mistake of fact in some doctrines in our country, contrary to the principle of legality. This acceptance leads to a violation of the principle of legality.

If the age of the victim is not an element of the act, and in our consideration, it is not an element of the act because the regulation of the victim's age is the normative element of the norm; offender's inevitable ignorance (*ignoranza inevitabile*) of the normative element of the norm is evaluated in favor of the perpetrator. If this opinion in the doctrine, which we also endorse, is accepted, it can be considered that major problems such as child prostitution and child marriages can be prevented. As a result, the solution to the problem and the protection of children against sexual exploitation and abuse can only be achieved by making a clear provision as in the Italian Penal Code.

Keywords: Child sexual abuse, Lanzarote convention, Mistake, Mistake of law, Mistake of fact.

CİNSEL SUÇLAR HAKKINDA GENEL BİLGİLER VE ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU

Kanun koyucu cinsel suçları “cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar” başlığında hükme bağlamıştır. Buradan anlaşılması gereken cinsel özgürlüktür.¹ Hak ve özgürlük birbirinden farklı kavramlardır. Kişinin cinselliği üzerindeki davranışları hak değil, özgürlüktür.

Cinsel suçları vurgulayan temel özellik rızadır. Rıza, bir hukuka uygunluk nedenidir, bunun sınırı kanunda çizilmiştir, bu sınır “kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkindir”, bunun dışındaki sınır söz konusuysa, rızaya hukuki geçerlilik tanınmaz.

Cinsel suçlar bakımından; kişiler, yani kadın ve erkek herkes, mümeyyiz ve reşitse ve de iradeleri fesada uğratılmamışsa cinsel tasarrufta bulunmakta serbesttirler. Çocuklar söz konusu olduğunda bunların kanundan ötürü cinsellikleri üzerinde tasarrufta bulunabilmeleri imkanı yoktur; fiilen rıza göstermiş olmaları geçerli bir rıza olarak kabul edilemez.

Çocuk, on sekiz yaşını doldurmamış kimsedir (TCK m. 6/1-b). Kanun koyucu çocukların mutlak surette rızalarına hukuki geçerlilik tanınmayacağını hükme bağlamış ve daha sonra da bu suçlar bakımından çocukları farklı kategorilerde ele almıştır.² Buna göre on beş yaşını doldurmuş olan çocukların iradeleri fesada uğratılmamış olması halinde fiil yine suç teşkil eder ancak takibi şikayete bağlıdır. Görüldüğü üzere, yaşı ne olursa olsun çocukların rızası konusunda, kanun koyucu kanuni bir karine getirmiştir; bu karinenin aksi ispat edilemez. O halde, cinsel tasarrufta bulunma ehliyeti sadece reşit, mümeyyiz ve iradesi fesada uğramamış kimselere tanınmıştır. Gerçekten de bu bağlamda örneğin 16 yaşındaki bir çocuğun fiili iradesinin var olmasının hiçbir önemi yoktur, bu fiili iradeye, Kanun tarafından, hukuken hiçbir geçerlilik tanınmamıştır. Bu örnekte de fiil suç teşkil etmektedir ancak suçun takibi re’sen değil, şikayet üzerine gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle “... buna karşılık onbeş yaşını doldurmuş olmakla birlikte henüz onsekiz yaşını doldurmamış olan kişilerin birbirleriyle olan cinsel ilişkileri ceza hukukunun müdahale alanı dışında kalmaktadır.” şeklindeki doktrin görüşüne³ katılmak mümkün görünmemektedir.

[1] Taner, Fahri Gökçen. *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 31 vd.

[2] Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 379 vd.

[3] Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 375.

Kanun koyucu, Mülga 765 sayılı Kanun'daki cinsel suçları geçitlilik üzerinde kuran (sarkıntılık, ırza tasaddi, ırza geçme) mimariden vazgeçerek cinsel suçları "cinsel davranışlar" şeklinde tanımlamıştır. Daha sonrasında ise problemlerin çözülmediği, daha da karmaşıklaştığı görülmüş olacak ki 2014 yılında yapılan 6545 sayılı Kanun değişikliğiyle birlikte Kanun'a "...sarkıntılık düzeyinde kalması ..." ifadesi eklenmiştir.^{4 5}

Anılan suç/suçlara ilişkin hükümlerin eksiklikleri ve yol açtığı sorunlar sadece bununla da sınırlı değildir. Örneğin 13 yaşındaki iki çocuğun hukuken geçerlilik tanınmayan karşılıklı fiili iradeleri sonucu birbirleriyle cinsel davranışlarda bulunmaları halinde, failin ve mağdurun kim olduğu yine belirsizdir. Bu konudaki düzenleme eksikliği, imzalayarak tarafı olduğumuz Lanzarote Sözleşmesi'ne (Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi) de aykırıdır.⁶ Aynı eleştirinin TCK m. 104 bakımından da geçerli olduğu kabul edilmelidir. TCK m. 104'de "*cebiri, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi ... cezalandırılır*" denmektedir; madde metninde failin yaşına ilişkin hiçbir ifade yer almamasına rağmen, doktrinde bu suçta suçun faillerinin sadece reşit olan kimseler olabileceği kabul edilerek⁷ dar bir biçimde ele alındığı görülmektedir.

Kanun koyucu, cinsel saldırı fiillerinin çocuk kimselere yönelmesi halini TCK m. 103'de "istismar" sözcüğü ile ifade etmiştir. Durumun ağırlığını ve vehametini vurgulamak bakımından bu ifade yerindedir. Çocuğun iradesi yoktur, o halde çocuğa karşı gerçekleştirilen fiiller "cinsel ilişki" değil, cinsel istismardır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta "fiil" unsurunun TCK m. 102 bakımından ne şekilde tanımlanmışsa, TCK m. 103 bakımından da aynı olmasıdır; meseleyi farklılaştıran tek konu mağdurun yaşıdır.

[4] Artuk, Mehmet Emin / Aşahin, Mehmet Emin. "Sarkıntılık Fiili", *AÜHFDC* C. 65 S. 4 Y. 2016, s. 3243 – 3270.

[5] Kanunun getirdiği diğer değişiklikler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Taner, Fahri Gökçen. "6545 Sayılı Kanun Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçlarına Ne Getirdi? Ne Getirebilirdi?", *TBB Dergisi 2017 (Özel Sayı)*, s. 65 – 92.; Yokuş Sevük, Handan. "6545 Sayılı Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi* Y. 2015 C. 3 S. 2, s. 119 – 146.

[6] Nuhoglu, Ayşe. "Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi ve Türk Hukuku", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Köksal Bayraktar'a Armağan*, Y. 2010/1, C.1. s. 287 - 296.

[7] "... kanunda açıklık bulunmamasına rağmen bu suç on sekiz yaşını bitirmiş olan kişiler tarafından işlenebilir ..." Toroslu, Nevzat / Toroslu, Haluk. *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Savaş Yayınevi, 11. Baskı, Ankara 2021, s. 71.; "... Bu durum karşısında, reşit olmayanla cinsel ilişki suç, fiilen sadece reşit olan bir kimse ile reşit olmayan bir kimse arasında mümkün olmaktadır. Böyle olursa, reşit olan kişi suçun faili, reşit olmayan kişi, suçun mağduru. Tabii bu durumda, çocukların aralarında isteyerek cinsel ilişkide bulunmaları fiili, suçun takibinin bilinçsiz bir biçimde şikayete bağlanmış olması yüzünden, fiil suç olsa bile, fiiliyatta kovuşturulması mümkün olamamakta, dolayısıyla suç cezasız kalmaktadır." Hafizoğulları, Zeki / Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku (Özel Hükümler) Kişilere Karşı Suçlar*, Usa Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara 2022, s. 169.

CEZA HUKUKUNDA HATA KONUSU VE ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇUNDA HATANIN YERİ

Hata, failin, gerçeği yanlış algılaması, bu konudaki yanlış bilgisidir.⁸ Bir başka deyimle hata, gerçek hakkındaki eksik veya yetersiz bilgidir.⁹ O halde hata, yani hukuken önem arz eden hata; ya fiil üzerinde hata (errore di fatto) olarak ortaya çıkar ya da kural üzerinde hata (errore di diritto)¹⁰ olarak ortaya çıkar.¹¹

Çocukların cinsel istismarı suçu söz konusu olduğunda, failin, mağdurun yaşına ilişkin hata savunması fiil üzerinde hata değil, yaşı düzenleyen kural üzerinde hata olarak ele alınmalıdır. Failin kural üzerindeki hatası, mazeret kabul edilmez. Bu ilke ise, bilindiği gibi, kusurluluk ilkesi ile bağdaşmadığı için sıkça eleştirilmiş ve esnetilmesi yoluna gidilmiştir. Çoğu hukuk düzeninde de bu şekilde ele alındığı görülmektedir.¹² Örneğin, İtalyan Anayasa Mahkemesi 364 sayılı ve 1988 tarihli kararında¹³ meseleye konu somut olayda kural üzerinde hatanın mazeret kabul edilmeyeceğine dair kesin hüküm olmasına rağmen, failin kural üzerindeki hatasının “kaçınılmaz” olmasının aranması gerektiğine vurgu yapmaktadır.¹⁴ Böyle olunca, kural üzerinde hata, kaçınılmaz bir hata olmadığı takdirde fail lehine değerlendirilemez; benzer düzenlemeye 5377 sayılı kanunla TCK m. 30/4’de yer verildiği öne sürülmektedir, bununla birlikte, hükmün, kural üzerinde hatanın düzenlendiği hüküm dışında bir başka yerde düzenleme altına alınması doktrinde eleştirilmektedir.

Fiil üzerinde hata (errore di fatto) ise, kural üzerinde hatadan (errore di diritto) farklıdır. Fiil üzerinde hata, sadece esaslı hata olduğu takdirde kastı kaldırır ancak suçun taksirli biçimi varsa kişi o suçun taksirli şeklinden sorumlu olur. Suçlarda ve bu çalışmanın konusu olarak genelde özeli ifade eden çocukların cinsel istismarı suçunda; mağdur, doktrinde

[8] Mantovani, Ferrando. *Diritto Penale*, Padova 1979, s. 310.

[9] Maggiore, Giuseppe. *Diritto Penale (Vol. 1: Parte Generale)*, Bologna 1961, s. 391 vd.

[10] Ersoy, Yüksel. *Ignoranza Ed Errore Nel Diritto Penale*, Ankara 1968, s. 94 vd.

[11] Güngör, Devrim. *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata*, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 24.

[12] Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C. I, Der Yayınları*, İstanbul 2016, s. 249.

[13] Antolisei, Francesco. *Manuale di Diritto Penale (Parte Generale)*, Giuffrè, Milano 2000, s. 415 vd.

[14] “İtalyan Anayasa Mahkemesi, yakın bir zamanda, bu bağlamda olmak üzere, İCK’nun 5. maddesi hükmünü İtalyan Anayasasının 3, 25 ve 27. maddeleri hükmüne aykırı bulmuş ve söz konusu hükmün, ortada “önüne geçilemez (veya önlenemez) bir bilgisizlik” olmadıkça ceza kanununu bilmemek mazeret sayılmaz biçiminde anlaşılması gerektiğine işaret etmiştir. Bu demektir ki, içinde bulunulan koşullar bakımından, sadece “önlenmesi beşeri olarak imkânsız olan bir bilgisizlik olması” halinde, kanunu bilmemek mazeret sayılacak, dolayısıyla fail fiilinde kusurlu görülmecektir. İtalyan Yargıtayı, zaten eskiden beri, kişinin kanunu bilmesinin beşeri olarak imkânsız olduğu hallerde kanunu bilmemesini mazeret saymıştır.” Hafızoğulları, Zeki / Özen, Muharrem. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Usa Yayıncılık, Ankara 2022, s. 31.

ve uygulamada öne sürülenin^{15 16} aksine, fiilin yani failin cinsel ilişkide bulunma fiilinin bir unsuru değildir.¹⁷ O nedenle fiilin unsuru olmadığından, fiil üzerindeki hata burada değerlendirilemez. Böyle bir değerlendirme, kanunilik ilkesinin ihlali anlamına gelir. Bunun yanında, mağdurun yaşı konusundaki düzenleme tipikliğin bir unsuru olarak düşünülse dahi¹⁸ fiilin bir unsuru değildir. Dolayısıyla mağdurun yaşı üzerindeki hata, bu halde bile, fiili hatanın konusu olmaz; normun normatif unsuru üzerinde hata olur. Bu nedenle ör. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun "... ve mağdurenin yaşı konusundaki hatası esaslı, diğer bir ifadeyle kabul edilebilir bir hata olursa, bu takdirde fail TCK'nın 30. maddesinin birinci fıkrası uyarınca suçun maddi unsurlarından olan mağdurun yaşına ilişkin bu hatasından yararlanacak ..." şeklindeki mağdurun yaşını fiil üzerinde hata olarak değerlendirdiği içtihatları kanunilik ilkesine aykırıdır.¹⁹ Bu suçlarda, istismara konu davranışların üzerinde cereyan ettiği kimse, suçun mağduruur.

TCK m. 30/3 hükmü de bu konuda tartışılabilir²⁰ ancak buradan da mağdurun yaşı üzerinde hatanın fiil üzerinde hata olduğu sonucu çıkması mümkün değildir.²¹ Anılan hükümde "ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır." denmektedir. Bu nedenler "hukuka uygunluk nedenleri, kusurluluğu kaldıran nedenler, isnat yeteneğini azaltan veya kaldıran nedenler ve cezalandırılabilme şartları"dır. Bu hükmün varlığı, mağdurun yaşı üzerindeki hatanın bu nedenle fiil üzerinde hata olarak değerlendirilmesi gerekliliği gibi bir sonuç doğuramaz.²² Çocukların cinsel istismarı suçlarında mağdurun rızasının varlığı üzerinde de hata öne sürülemez; çünkü kanun koyucu rıza konusunda kanuni karine kabul etmiştir, çocukların bu suçlarda rızasının var olduğu öne sürülemez; bu kanuni karinenin aksi de ispat edilemez.

[15] "... bu hüküm uyarınca suçun maddi unsurlarından birisi de mağdur olup ..." YCGK T. 18/5/2022 E. 2021/360 K. 2022/363 (karararama.yargitay.gov.tr) (Erişim Tarihi: 1/6/2024)

[16] Güngör, *Fiil Üzerinde Hata*, s. 61.

[17] Hafizoğulları / Özen, *Genel Hükümler*, s. 318 – 319.

[18] "Suçun maddi unsurlarında altncısını mağdur oluşturmaktadır ..." Özgenc, s. 223.; Koca, Mahmut / Üzülmaz, İbrahim. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi 16. Baskı, Ankara 2023, s. 116.; Yaşar, Osman / Gökcan, Hasan Tahsin / Artuç, Mustafa. *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (Cilt III)*, Ankara 2012, s. 3226.; Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, Murat. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 17. Baskı, Ankara 2019, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 428.

[19] YCGK T. 18/5/2022 E. 2021/360 K. 2022/363 (karararama.yargitay.gov.tr) (Erişim Tarihi: 1/6/2024)

[20] "Fail; rızasıyla cinsel ilişkide bulunan kızın görkemli ve gösterişli olduğunu, kendisini yirmi yaşından büyük gösterdiğini, ilişkide bulunduğu kimsenin nüfus cüzdanını görmek biçiminde bir yükümlülüğünün olmadığını ileri sürerek, yaşının küçük olduğunu bilmediğini, hataya düştüğünü söylese, acaba hatasından yararlanacak mıdır sorusu ortaya çıkmaktadır. İCK, 609-sexies maddesinde mağdurun yaşı üzerinde hataya düşmeyi mazeret saymamaktadır ... Isnat yeteneği ve cezalandırılabilme şartları konusunda düşülen hata veya bilmeme, ister kaçınılmaz olsun isterse olmasın, fail lehine değerlendirilemez..." Hafizoğulları/Özen, *Genel Hükümler*, s. 318-319.

[21] Hafizoğulları/Özen, *Genel Hükümler*, s. 318-319.

[22] Hafizoğulları/Özen, *Genel Hükümler*, s. 318-319.

Kanunu bilmemek, TCK'da 4. madde ve 30/4 madde hükümlerinde düzenleme altına alınmıştır. 2005 tarihli Kanun yürürlüğe girdikten hemen sonra 5377 sayılı Kanun değişikliği ile "hata" meselesi yeniden düzenlenmiştir.²³ Düzenlemeler eleştirilmiştir. Birincisi, Ceza Kanunları hukuki istikrar ilkesi karşısında ihtiyaçlar dışında çok sık değişikliğe uğramaması gerekliliği konusudur. İkincisi de kanunun değişmesinin gerekçesinin yeni değişikliğin her zaman bir önceki düzenlemeden daha iyi olması gerekliliğidir.

Bu değişiklikte birlikte, dördüncü maddede hükme bağlanan "kural üzerinde hata" düzenlemesinin "ancak sakınamayacağı bir hata nedeniyle kanunu bilmediği için meşru sanarak bir suç işleyen kimse cezaen sorumlu olmaz." biçimindeki ikinci fıkrası yürürlükten kaldırılmış, "hata" başlığı altında 30/4'de yeni fıkra olarak farklı bir düzenleme getirilmiştir. Anılan düzenleme "işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz." şeklinde hükme bağlanmıştır. Böylelikle kural üzerinde hatanın düzenlendiği dördüncü maddeden farklı bir yerde, "fiilin haksızlık içeriği" şeklinde yeni bir tanımla; kural üzerinde hata konusunda failin kaçınılmaz hatası mevcut ise faile ceza verilmeyeceğinin hükme bağlandığı öne sürülmüştür. Fiilin haksızlık içeriği ifadesinden nasıl bir şekilde "kural üzerinde hata" anlaşılabilirliği düşündürücüdür; mehaızı olarak Alman Ceza Kanunu'ndan kaynak alındığı öne sürülen bu düzenlemeye Alman Ceza Kanunu'nda m. 17'de "Fail, fiilin icrası sırasında hata nedeniyle haksızlık gerçekleştirme bilincine sahip değilse ve bu hatasından kaçınması da mümkün değilse, kusurlu hareket etmiş sayılmaz. Failin hatası kaçınılabılır bir hata ise, ceza 49 uncu maddenin birinci fıkrasına göre indirilebilir"²⁴ şeklindedir. Doktrinde buradaki ifadelerden hareketle, "... 'etwas zu Unrecht tun/bir haksızlık gerçekleştirmek' kavramı hukuka aykırı olan bir şeyi yapmak anlaşılmaktadır" denmektedir.²⁵ Görüldüğü gibi, "haksızlık gerçekleştirme bilinci" şeklinde Alman Ceza Kanunu'nda ifade edilen terimin, Türk Ceza Kanunu'na hangi gerekçeyle "işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu..." şeklinde alındığı bilinmemektedir; gerekçede bir açıklık yoktur. Bundan bağımsız olarak, 5377 sayılı kanunla getirilen "meşru sanmak" ifadesi yerine "haksızlık oluşturmak" ifadesi nedeniyle hukuku bilmemenin mazeret kabul edilmesi halinde, bunun nedeninin "fiili hataya vücut vererek mi kastı kaldırdığı yoksa hukuki bilgisizlik kınanabilir olmadığından kusurluluğu kaldırır" tartışmasının yapılmadan bunun fiili hata biçiminde algılanarak fiili hata hükümleri içerisinde düzenlenmesinin doğru olmadığı ifade edilmektedir.²⁶

[23] Güngör, Devrim. "Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* S. 68 Y. 2007, s. 135 – 160.

[24] Yenisey, Feridun / Plagemann, Gottfried. *Alman Ceza Kanunu (StGB)*, Beta Yayınevi, İstanbul 2005, s. 18.

[25] Yenisey / Plagemann, s. 18.

[26] Hafiozoğulları / Özen, *Genel Hükümler*, s. 313.

Hukuk, tanımdır; kanunilik ilkesinin geçerli olduğu Ceza Hukuku düzeninde bir bilinmeyen bir başka bilinmeyenle tanımlanamaz; böyle olunca, kaçınılmaz hatadan ne anlaşılması gerektiği tartışılmak zorundadır. Denmektedir ki, kaçınılmaz hata, failin kişisel durumuna ve içinde hareket ettiği somut koşullara göre belirlenecektir, o halde böyle olunca içinde bulunduğu koşullarda hataya düşmekten kaçınmak mümkünken kaçınmayan kişi, hukuki bilgisizliğini mazeret olarak öne süremez.²⁷

Mağdurun yaşı üzerindeki hata konusu İtalya’da da tartışılmış ve tartışmaları bitirmek adına bu konuda açık hüküm getirilmiştir (İCK m. 609-sexies). Bunun yanında, kural üzerinde hata konusunda İCK m. 5 metninde “kaçınılmaz bir hata” ifadesine yer vermeyen bu hükmün kusur sorumluluğunun geçerli olduğu ceza hukuku düzeninde kabul edilmesi zor olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi önüne götürülmüş ve ifade kısmen Anayasa’ya aykırı bulunmuştur²⁸; benzer tartışmalar mağdurun yaşı konusundaki mazereti geçerli edilmeyeceği konusunda kanuni karine koyan İCK m. 609-sexies bakımından da yapılmış, orada da yer almayan “kaçınılmaz hata” ifadesi eleştirisi konusu yapılmıştır.²⁹

İCK m. 609-sexies düzenlemesi, daha sonra, 2012 yılında³⁰ Lanzarote Sözleşmesi’ne uyumluluk özelinde yeniden ele alınmıştır. Böylelikle çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel istismar fiillerinin kapsamı genişletilmiş, 14 yaş altındaki çocuğun yaşı üzerinde hatanın mazeret olarak öne sürülemeyeceği hükmündeki³¹ sınır 18’e kadar yükseltilmiş ve son olarak da mağdurun yaşı üzerindeki hata konusunda failin hatayı bir mazeret olarak öne süremeyeceği ilkesi “kaçınılmaz bir bilgisizlik” (ignoranza inevitabile) olmadığı sürece geçerlilik tanınmaz şeklinde düzenleme altına alınmıştır.

Böylelikle maddenin şu an yürürlükteki hali; failin 18 yaşından küçük mağdurun yaşı üzerindeki bilgisizliğine yönelik savunması ancak kaçınılmaz bir bilgisizlik (ignoranza inevitabile) söz konusuysa göz önüne alınır şeklinde bir düzenleme olarak görünmektedir. Bizim hukukumuzda böyle bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle uygulamada, hatalı olarak; failin, mağdurun yaşı üzerindeki hatası fiil üzerinde hata kabul edilerek, esaslı olması kaydıyla kastının olmadığı şeklinde değerlendirilmektedir. Oysa ki buradaki hata; fiil üzerinde hata değil, kural üzerindeki hata olarak değerlendirilmeli ve failin buna yönelik savunmasına itibar edilmemelidir. Ancak İtalyan Ceza Kanunu düzenlemesinde de

[27] Hafızoğulları / Özen, *Genel Hükümler*, s. 315.

[28] Taner, *Cinsel Özgürlüğe Karşı*, s. 409.

[29] Taner, *Cinsel Özgürlüğe Karşı*, s. 409.

[30] Antolisei, Francesco. *Manuale di Diritto Penale (Parte Speciale – I)*, Milano 2016, s. 244.

[31] Chivario, Mario / Manziona, Domenico / Padovani, Tullio. *Codice e Leggi Per L’Udienza Penale*, Zanichelli, Bologna 2000.

olduğu gibi, kaçınılmaz bir bilgisizlik (ignoranza inevitabile) söz konusuysa, sadece bununla sınırlı olmak kaydıyla sanığın savunmasına geçerlilik tanınabilecektir. Eğer bu kabul edilmez, uygulamadaki yanlışlık benimsenmeye devam ederse, cinsel istismar suçu faillerinin, mağdurun yaşının küçük olduğunu bilebilecek durumda olmasına rağmen “yaşını, bilmiyordum, bana böyle söyledi” gibi savunmalarına itibar edilmesi ve eğer bu da esaslı kabul edilirse kastı kaldırır denilerek bu nedenle istismar faillerinin cezасız kalması gibi kabul edilemez bir sonuç doğacaktır.

Bunun karşısında, doktrinde bizim de katıldığımız görüş³² kabul edilirse, ceza kanunlarını bilmemek nasıl ki kaçınılmaz bir hata olmadığı sürece mazeret kabul edilemiyorsa; faillerin bu konudaki savunmalarına itibar edilmeyecektir. Gerçekten de, mağdurun yaşı üzerindeki hata bakımından değerlendirildiğinde fiil üzerinde hatanın kabul edilmesi problemlidir, öyle ki 5 yaşındaki çocuk da 14 yaşındaki çocuk da ceza kanunu bakımından çocuktur. Bu nedenle mağdurun yaşı üzerindeki hataya geçerlilik tanıyan fiil üzerindeki hata kabulü, ceza hukuku bakımından kabul edilemez niteliktedir.

Sorunun, İtalyan Ceza Kanunu’nda (İCK m. 609-sexies) olduğu gibi bir düzenlemeyle çözüme kavuşturularak³³; çocuk fuşsu, çocuk istismarı, çocuk evlilikleri gibi şekillerde ortaya çıkan çocuk istismarının ve sömürsünün en aza indirilebileceği kanaatindeyiz.

Yargıtay’ın Uygulaması

Yargıtay, kanunilik ilkesine aykırı ve hatalı olarak; failin, mağdurun yaşı üzerindeki savunmasına “fiil üzerinde hata” diyerek, esaslı olması kaydıyla hata kastı kaldırır demektedir.³⁴ Yargıtay, mağdurun yaşı üzerindeki hatayı; mağdur, fiilin unsuru olmamasına rağmen, hatalı olarak, fiil üzerinde hata³⁵ olarak ele almaktadır.³⁶

[32] Hafizoğulları / Özen, *Genel Hükümler*, s. 318 – 319; Antolisei, *Parte Speciale - I*, s. 242.

[33] Antolisei, *Parte Speciale I*, s. 242.

[34] “ ... Fail, cinsel ilişkide bulunduğu mağdurenin onbeş yaşını doldurmadığı halde, onbeş yaşını doldurduğu düşüncesiyle mağdure ile rızasıyla cinsel ilişkide bulunur ve şikayetçi olmayan mağdurenin yaşı konusundaki yanılığı esaslı bir hata niteliğinde olursa, bu takdirde fail TCK’nun 30. maddesinin birinci fıkrası uyarınca suçun maddi unsurlarından olan mağdurun yaşına ilişkin bu hatasından yararlanacak bunun sonucu olarak yüklenen suç açısından kasten hareket etmiş sayılmayacağı ve bu suçun taksirle işlenmesi hali kanunda cezalandırılmadığından CMK’nun 223. maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendi gereğince beraatına karar verilmesi gerekmektedir ...” YCGK T. 26/11/2013 E. 2013/14-580 K. 2013/515. (karararama.yargitay.gov.tr) (Erişim Tarihi: 1/6/2024)

[35] “...ve on beş yaşını bitirmedeğinin tespiti halinde veya resmi kurumda doğduğunun belirlenmesi durumunda olayda 5237 sayılı TCK’nın 30. maddesinde düzenlenen hata hükümlerinin uygulanma koşullarının bulunup bulunmadığı tartışıldıktan sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması...” Y9CD T. 4/11/2021 E. 2021/1636 K. 2021/8965 (karararama.yargitay.gov.tr) (Erişim Tarihi: 1/6/2024)

[36] “ ... Fail, cinsel ilişkide bulunduğu mağdurenin onbeş yaşını doldurmadığı hâlde, onsekiz yaşını doldurduğu düşüncesiyle mağdure ile rızasıyla cinsel ilişkide bulunur ve mağdurenin yaşı konusundaki hatası esaslı, diğer bir ifadeyle kabul edilebilir bir hata olursa, bu takdirde

Bu noktada önemli olan, hatanın, suç genel teorisine uygun olarak ele alınması zorunluluğudur.

Ayrıca Kanun'da, eksik olarak, mağdurun yaşı üzerindeki hatanın kural üzerindeki hata olarak ele alınması gerekliliği şeklinde açık hüküm olmamasına rağmen; Yargıtay'ın, doktrinde mağdurun yaşını fiilin unsuru olarak gören görüşlere yollama yaparak kurduğu hükümler, doktrin bu kısmının bu kabulünün kanunilik ilkesine uygun olduğu anlamına da gelmemektedir.

Bunun sonucu olarak Yargıtay'ın ısrarla sürdürdüğü bu uygulaması da, Yargıtay'ın dayandığı doktrin bu kısmı da yukarıda açıklanan nedenlerle kanunilik ilkesine aykırı uygulamalardır.

SONUÇ

Mesele “kanunu bilmeme” ve “hata” konusunda toplanmaktadır. Eğer mağdurun yaşı, fiilin bir unsuru olarak düşünülürse, esaslı olması kaydıyla hata kastı kaldırır denilir ve bu kabul edildiğinde de çocuk evlilikleri ve çocuk fahişeliği gibi çocukların cinsel sömürü ve istismarına yol açan çok vahim sonuçların önüne geçmek zorlaşır. Kanunumuzda açık hüküm olmamasına rağmen, kanunilik ilkesine aykırı olarak ülkemizdeki bazı doktrinde, bu durum, fiili hata olarak değerlendirilmektedir. Bu kabul, kanunilik ilkesinin ihlaline yol açar.

Eğer mağdurun yaşı, fiilin bir unsuru değilse ki bizce de fiilin unsuru değildir çünkü mağdurun yaşı düzenlemesi normun normatif unsurudur; normun normatif unsuru üzerindeki hata³⁷, failin kaçınılmaz bilgisizliğinden (ignoranza inevitabile) kaynaklanmıyorsa, failin lehine değerlendirilemez. Bizim de katıldığımız doktrindeki bu düşünce kabul edildiğinde, çocuk fahişeliği ve çocuk evlilikleri gibi çocukların cinsel sömürüsü ve istismarına yol açan önemli problemlerle daha etkin mücadele edilmesi imkanı ortaya çıkar.

Hatanın esaslı olması başka bir şey, kaçınılmaz olması başka bir şeydir. Fiil üzerinde hatada herhangi bir hata değil esaslı bir hata kastı kaldırır. Oysa kural üzerinde hatada hatanın esaslı olup olmamasına bakılmaz, sadece kaçınılmaz olmasına bakılır. Kural üzerindeki hatada; failin, mağdurun yaşı üzerindeki hatası konusundaki savunması bakımından alan daha da daraltılmaktadır, kaçınılmaz hata dışındaki hataya geçerlilik tanınmamaktadır. Pratik olarak; failin, fiil üzerindeki hatasını öne sürmesi durumu halinde, yaş üzerindeki hata konusunda daha geniş bir savunma

fail TCK'nın 30. maddesinin birinci fıkrası uyarınca suçun maddi unsurlarından olan mağdurun yaşına ilişkin bu hatasından yararlanacak ...” YCGK T. 18/5/2022 E. 2021/360 K. 2022/363 (karararama.yargitay.gov.tr) (Erişim Tarihi: 1/6/2024)

[37] Nuvolone, Pietro. *Il Sistema Del Diritto Penale*. Padova 1975, s. 286.

alanı bulur ancak bizim kabul ettiğimiz doktrin düşüncesi benimsenirse, failin savunması sadece hatanın kaçınılmaz olmasıyla sınırlı olabileceğinden yalnızca bu savunmasına itibar edilecektir.

Sonuç olarak sorunun çözümü ve çocukların cinsel sömürüye ve istismara karşı korunabilmesi, ancak İtalyan Ceza Kanunu'nda olduğu gibi açık bir hükme kavuşturularak sağlanabilir.

KAYNAKÇA

- Antolisei, Francesco. Manuale di Diritto Penale (Parte Generale), Giuffrè, Milano 2000.
- Antolisei, Francesco. Manuale di Diritto Penale (Parte Speciale – I), Milano 2016.
- Artuk, Mehmet Emin / Alşahin, Mehmet Emin. “Sarkıntılık Fiili”, AÜHF D C. 65 S. 4 Y. 2016, s. 3243 – 3270.
- Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet. Ceza Hukuku Özel Hükümler, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Chivario, Mario / Manzione, Domenico / Padovani, Tullio. Codice e Leggi Per L’Udienza Penale. Zanichelli. Bologna 2000.
- Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir. Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C. I, Der Yayınları, İstanbul 2016.
- Ersoy, Yüksel. Ignoranza Ed Errore Nel Diritto Penale, Ankara 1968.
- Güngör, Devrim. “Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi S. 68 Y. 2007, s. 135 – 160.
- Güngör, Devrim. Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.
- Hafizoğulları, Zeki / Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku (Özel Hükümler) Kişilere Karşı Suçlar, Usa Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara 2022.
- Hafizoğulları, Zeki / Özen, Muharrem. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Usa Yayıncılık, Ankara 2022.
- Koca, Mahmut / Üzülmöz, İbrahim. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi 16. Baskı, Ankara 2023.
- Maggiore, Giuseppe. Diritto Penale (Vol. 1: Parte Generale), Bologna 1961.
- Mantovani, Ferrando. Diritto Penale, Padova 1979.
- Nuhoğlu, Ayşe. “Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi ve Türk Hukuku”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Köksal Bayraktar’a Armağan, 2010/1, C.1. 296.
- Nuvolone, Pietro. Il Sistema Del Diritto Penale. Padova 1975.
- Özgenç, İzzet. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.
- Taner, Fahri Gökçen. “6545 Sayılı Kanun Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçlarına Ne Getirdi? Ne Getirebilirdi?”, TBB Dergisi 2017 (Özel Sayı), s. 65 – 92.
- Taner, Fahri Gökçen. Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023.
- Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok, Murat. Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019.
- Toroslu, Nevzat / Toroslu, Haluk. Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, 11. Baskı, Ankara 2021.
- Yaşar, Osman / Gökcan, Hasan Tahsin / Artuç Mustafa. Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt III, Ankara 2012.
- Yenisey, Feridun / Plagemann, Gottfried. Alman Ceza Kanunu (StGB), Beta Yayınevi, İstanbul 2005.
- Yokuş Sevük, Handan. “6545 Sayılı Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi Y. 2015 C. 3 S. 2, s. 119 – 146.

ŞİRKETLER HUKUKU

TİCARET HUKUKU İLKELERİ AÇISINDAN SPOR ANONİM ŞİRKETLERİ

Dr. Öğr. Üyesi Himmet KOÇ

Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORC-ID: 0000-0002-3020-0412

drhimmetkoc@gmail.com

ÖZET

Şirketler topluluğu kavramının kanuni bir tanımı bulunmamakla birlikte TTK m. 195/4 hükmünden bazı unsurları çıkarılabilmektedir. Buna göre şirketler topluluğu en az iki ticaret şirketinden oluşmak zorunda olmakla birlikte; bunlardan birinin hakim şirket, en az bir başka şirketin ise bağlı şirket olarak nitelendirilebileceği bir yapıdır. Mezkûr hükümden şirketler topluluğunun sadece ticaret şirketlerinden oluşabileceği anlaşılmaktadır. Fakat TTK m. 195/5 hükmünde yer alan “teşebbüs” ibaresi ile birlikte bu kurala istisna getirilebileceği sonucu çıkarılmaktadır. Diğer bir deyişle topluluğu oluşturan yapıda, hakim konumda bir teşebbüs de bulunabilmektedir. Teşebbüs kavramının geniş bir şekilde yorumlanması neticesinde şirketler dışındaki diğer tüzel kişiler, ticari işletmeler ve hatta gerçek kişiler dahi hakim teşebbüs konumunda olabileceklerdir. Bu da şirketler topluluğunun unsurları bakımından hakim durumunda ticaret şirketleri dışında yapıların ya da kişilerin var olabilmesi anlamına gelecektir. Öte yandan, bağlı şirket konumunda bulunanların ise ticaret şirketi niteliğini haiz olmaları konusunda bir tereddüt ya da istisna bulunmamaktadır. Şirketler topluluğunun ilk unsuru olarak bağlı şirketin ticaret şirketi olması gerektiği gösterilebilir. Şirketler topluluğunun ikinci unsuru olarak ise kontrol ilkesidir. Kontrol ilkesi, hakim şirketin bağlı şirket veya şirketler üzerinde bir kontrole sahip olması anlamına gelmektedir. Bu bağlamda kontrolün net ve matematiksel bir şekilde ortaya konması gerektiği de ifade edilmelidir. Kontrolün sağlanması bakımından gereken net şartlar ise TTK m. 195/1 hükmünde gösterilmiştir.

Spor anonim şirketleri 7405 sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu'nun 2. maddesinin i bendinde “Bir spor kulübünün bağlı ortaklığı veya iştiraki olarak ya da spor kulübünden bağımsız şekilde 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa göre kuru-

lan ve spor faaliyetinde bulunmak amacıyla Bakanlığa tescilini yaptıran anonim şirketi... ifade eder” şeklinde gösterilmiştir. Bu tanımda açık bir şekilde spor anonim şirketlerinin, bir spor kulübünün bağlı ortaklığı ya da iştiraki olarak kurulabilecekleri; fakat TTK hükümleri çerçevesinde bağımsız olarak da kurulabilecekleri ifade edilmektedir. Spor anonim şirketlerinin bir spor kulübüne bağlı olarak kurulmaları durumunda spor kulübünün hakim teşebbüs, spor anonim şirketinin ise bağlı şirket olarak nitelendirilmesi ve bu yapının ise TTK sistemindeki şirketler topluluğuna vücut vereceği ifade edilmelidir. Uygulamada ise özellikle ülkemizdeki dört büyük futbol kulübü olarak adlandırılan takımların da bu şekilde teşkilatlandıkları görülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Spor anonim şirketi, Şirketler Topluluğu, Hakim Şirket, Bağlı Şirket, Hakim Teşebbüs.

SPORTS JOINT STOCK COMPANIES IN TERMS OF COMMERCIAL LAW PRINCIPLES

ABSTRACT

The concept of group of companies does not have a legal definition, but some elements of it are in Turkish Commercial Code (TCC) Art. 195/4 is available in the provisions. Accordingly, the group of companies must consist of at least two trading companies; It is a structure in which one of them can be qualified as a controlling company and at least one other company as a subsidiary company. It is understood from this article that the group of companies can only consist of trading companies. However, it is concluded that an exception to this rule can be made with the phrase “enterprise” in the provision of Article 195/5 of the TCC. In other words, there may be an undertaking in a dominant position in the structure that constitutes the group. As a result of the broad interpretation of the concept of enterprise, other legal entities other than companies, commercial enterprises and even real persons may be in the position of dominant undertaking. Sports joint stock companies are defined as follows in paragraph i of Article 2 of the Law on Sports Clubs and Sports Federations No. 7405: “Means a joint stock company established as a subsidiary or affiliate of a sports club or independently of the sports club in accordance with the Turkish Commercial Code dated 13/1/2011 and numbered 6102 and registered with the Ministry to engage in sports activities”. In this definition, it is clear that sports joint stock companies can be established as a subsidiary or affiliate of a sports club; however, it is stated that they can also be established independently within the framework of the provisions of the TCC. It should be stated that if sports joint stock companies are established under a sports club, the sports club should be considered as the dominant enterprise and the sports joint stock company as an affiliated company, and this structure will embody the group of companies in the TCC system. In practice, it is seen that especially the teams called the big four football clubs in our country are organized in this way.

Keywords: Sport Joint Stock Company, Group of Companies, Controlling Company, Subsidiary, Controlling Enterprise.

GİRİŞ VE KONUNUN TAKDİMİ

Spor kavramı birtakım otoriteler tarafından belirlenen kurallara uygun olarak, ilgili otoritelerin tanıdığı alan içerisinde icra edilen fiziksel ya da zihinsel aktiviteleri ifade eder¹. Spor faaliyetinin icrası bir müsabaka/karşılaşma/yarışma/maç gibi isimlerle adlandırılan faaliyetler çerçevesinde gerçekleşir². Müsabakalara katılan kişiler sporcu olarak adlandırılır³. Sporcular müsabakalara bireysel olarak katılabilecekleri gibi takım halinde de katılabilirler. Benzer şekilde, spor faaliyeti amatör ya da profesyonel olarak icra edilebilir⁴.

I. 7405 sayılı “*Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu*”(SKSFK) 26 Nisan 2022 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir⁵. Spor anonim şirketi kavramı bu kanunla birlikte hukuk dünyamıza giren, aslında yeni denebilecek bir terimdir. Kanunda spor kulüpleri ve spor federasyonlarının yanı sıra spor anonim şirketleriyle alakalı olarak pek çok husus düzenlenmiştir. Bu nedenle spor anonim şirketleri bakımından özel hükümlerin ilgili kanunda yer aldığı belirtilmelidir. Spor anonim şirketi, spor faaliyetlerine katılma amacı güden anonim şirkettir. Spor anonim şirketi vasfını kazanmak için birtakım prosedürlerin yerine getirilmesi gerekmektedir.

II. 7405 sayılı kanun pek çok yeniliği beraberinde getirmiştir. Kanunla getirilen yeniliklerin bazılarının açık olmadığı ve muğlak alanlar bıraktığı tarafımızca tespit edilmiştir. Kanun tasarısından bu zamana yapılan çalışmalarda da bu muğlaklıkların giderildiğine rastlanamamıştır. Bu çalışmanın yapılma amacı benzer konular ihtiva eden diğer çalışmaların tekrar edilmesi değil, bu çalışmalarda değinilmeyen bazı belirsizliklerin tespit edilmesi ve bu konulara yönelik olarak kanaat belirtilmesidir. Çalışma konusu bu gaye çerçevesinde seçilmiş ve iletmiştir. Netice olarak belirtilmelidir ki, benzer konular ihtiva eden diğer çalışmalarda yer alan hususlara burada tekrardan değinilmeyecektir.

KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Spor Kulübü

Spor anonim şirketi kavramını daha iyi anlamak ve spor anonim şirketinin faaliyet alanlarını daha iyi tespit edebilmek için öncelikle spor

[1] Orhan, Ümit/Özkurt, Emin. *Spor Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 29-30.; Memiş Kartal, Pınar. “Bir Hak Olarak Spor Faaliyeti”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 26, S. 2, 2020, s. 539-540.

[2] Memiş Kartal, s. 540-541.

[3] Küçükgüngör, Erkan. “Türk Hukukunda Sporcuların Hukuki Durumu”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 2, 1998, s. 138.

[4] Amatör-profesyonel spor dalı ayrımı hakkında detaylı bilgi için bkz: Küçükgüngör, s. 136 vd.

[5] RG: 26/4/2022, Sayı: 31821.

kulübü kavramının tespit edilmesi gerekmektedir. Spor kulübü kavramının tanımı 7405 sayılı kanunun m. 2/ö hükmünde şu şekilde yapılmıştır: *“Spor kulübü: Bakanlık ve spor federasyonlarının faaliyetlerine katılmak amacıyla Bakanlığa tescilini yaptıran özel hukuk tüzel kişilerini... ifade eder.”*

7405 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde spor kulüpleri, 3289 sayılı Gençlik ve Spor Hizmetleri Kanunu⁶ uyarınca spor kulüpleri dernek statüsünde kurulmak ve Gençlik ve Spor Bakanlığı nezdinde tutulan sicile kayıtlı spor kulübü niteliği kazanmaktaydı. Aynı kanunun 2. maddesinin 1. fıkrasında spor kulüpleriyle alakalı olarak Dernekler Kanunu’na göre teşekkül etme ve tescil edilme şartları zorunlu tutulmuştu. Spor kulüplerine yönelik uygulanan dernek statüsünde teşekkül etme zorunluluğu 7405 sayılı kanun ile birlikte ortadan kaldırılmıştır. Yeni düzende spor kulüpleri yine Gençlik ve Spor Bakanlığı nezdinde tutulan sicile kaydedilmesi zorunlu olan, ancak dernek statüsünde olmayan, kendine özgü bir özel hukuk tüzel kişisi kimliğine kavuşmuştur. Mezûr değişikliğin, 7405 sayılı kanunun getirdiği önemli bir yenilik olduğu ifade edilmelidir.

Dernek niteliğinde olma zorunluluğunun kalkmasının yanı sıra spor kulüplerine 7405 sayılı kanunda hüküm bulunmayan hallerde yine derneklerle ilgili düzenlemeler uygulanacaktır. Bu husus 7405 sayılı kanun m. 25 hükmünde açıkça ifade edilmiştir: *“Bu Kanunda hüküm bulunmayan konularda spor kulüpleri hakkında 4721 sayılı Kanun ile 5253 sayılı Kanun; spor anonim şirketleri hakkında ise 6102 sayılı Kanun hükümleri uygulanır.”*

Spor Anonim Şirketi

Spor anonim şirketlerinin tanımı 7405 sayılı kanunun m. 2/i hükmünde şu şekilde yapılmıştır: *“Spor anonim şirketi: Bir spor kulübünün bağlı ortaklığı veya iştiraki olarak ya da spor kulübünden bağımsız şekilde 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa göre kurulan ve spor faaliyetinde bulunmak amacıyla Bakanlığa tescilini yaptıran anonim şirketi... ifade eder.”*

7405 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde spor da şirketleşmeyle ilgili temel düzenleme 3289 sayılı Beden Terbiyesi ve Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun m. 24/3 hükmü şu şekildeydi: *“Spor kulüpleri, profesyonel takımlarını, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kuracakları veya kurulmuş olan şirketlere devredebilirler veya profesyonel futbol takımlarını kiraya verebilirler.”*

[6] RG: 28/5/1986, Sayı : 19120.

Spor anonim şirketi kavramı ile esasen yeni bir şirket türü meydana getirilmemiştir. Spor anonim şirketi, adından da anlaşılacağı üzere bir anonim şirkettir. Fakat bazı özellikleri nedeniyle tıpkı bankalar, sigorta anonim şirketleri, halka açık anonim ortaklıklar, portföy yönetim şirketleri gibi özel niteliklere sahip bir anonim şirkettir. Bu nedenle de 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu⁷ düzenlemelerine ek olarak özel bir kanuni düzenlemeyle detayları düzenlenmiştir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, spor anonim şirketleri halka açık olabilecekleri gibi halka kapalı şekilde de faaliyet gösterebilirler. Halka açık spor anonim şirketleri TTK ve SKSFK düzenlemelerine ek olarak 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu⁸ hükümlerine tabi olacaklardır.

7405 sayılı kanunun getirdiklerinden birisi de spor anonim şirketi kurulması bakımından bireysel sporlar ya da takım sporları arasında bir ayrım yapılmamış olmasıdır. Buradan hareketle bireysel sporcuların da spor anonim şirketi kurarak spor faaliyetleri icra edebileceği söylenmelidir. Sözelimi bir tenisçi bir spor anonim şirketi kurarak müsabakalara bu şirket çatısı altında katılabilir. Spor kulüplerinde olan serbestiyet bireysel sporcular açısından da geçerli olmalıdır. Başka bir anlatımla, bir bireysel sporcu faaliyetlerini dilerse bireysel olarak, dilerse bir spor kulübü çatısı altında, dilerse de bir spor anonim şirketi çatısı altında yürütebilmelidir; bireysel sporcu da tıpkı spor kulüplerinde olduğu gibi spor anonim şirketi kurma konusunda zorlanmamalıdır. Bireysel sporcuların spor faaliyetleri açısından bir şirket kurabilmeleri de 7405 sayılı kanunla getirilen yeniliklerden birisidir.

Burada 7405 sayılı kanundan önceki döneme dikkat çekmek gerekir. Şöyle ki; önceki dönemde sadece futbol kulüpleri şirketleşebilmekteydiler⁹. 3289 sayılı kanun mülga m. 24/3 hükmü yürürlükten kalkmadan önce¹⁰ şu şekildeydi: “*Spor kulüpleri, profesyonel takımlarını, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kuracakları veya kurulmuş olan şirketlere devredebilirler veya profesyonel futbol takımlarını kiraya verebilirler.*” Buradan anlaşılacağı üzere önceki dönemde amatör spor branşlarında şirketleşme mümkün değildi. Ülkemizde profesyonel spor dallarının belirlenmesi konusunda yetki 3289 sayılı kanunla Gençlik ve Spor Bakanlığı’na bırakılmıştır. Türk sporunda sadece futbol 1951 yılında profesyonel kabul edilmiştir¹¹. Bu yüzden kanuni olarak tek profesyonel spor dalı futboldur ve diğer spor dalları amatör sayılmaktadır¹². 7405 sayılı

[7] RG: 14/2/2011, Sayı: 27846.

[8] RG: 30/12/2012, Sayı: 28513.

[9] Küçükgüngör, s. 141.

[10] 7405 sayılı kanun m. 58 hükmü ile ilgili madde ilga edilmiştir.

[11] Orhan/Özkurt, s. 250.; Küçükgüngör, s. 141.

[12] Orhan/Özkurt, s. 250.; Küçükgüngör, s. 141.

kanunda ise spor anonim şirketi kurulması bakımından amatör-profesyonel spor branşları arasında bir ayırım yapılmamıştır. Başka bir deyişle, profesyonel spor dalında spor anonim şirketi kurulabileceği gibi, amatör spor dalında da spor anonim şirketi kurulabilecektir.

7405 sayılı kanunla spor anonim şirketleri bakımından getirilen bir başka yenilik ise şirketleşmede başvuru alan şirket türü bakımındandır. 7405 sayılı kanundan önceki dönemde şirketleşecek spor kulüplerine yönelik olarak şirket türü bakımından bir sınırlama getirilmemişti. Şirketleşmek isteyen spor kulüpleri diledikleri şirket türünü kurarak şirketleşebilirlerdi. Oysa artık spor şirketleri sadece anonim şirket olabilmektedirler.

Değinilmesi gereken bir başka husus takım sporlarında spor kulüpleri dışında başka bir gerçek ya da tüzel kişinin irade göstererek spor anonim şirketi kurup kuramayacağıdır. Bir spor kulübü bünyesinde birden fazla spor takımı bulunabilir. Bu takımların herhangi biri, örneğin bir spor kulübünün futbol takımı bir spor anonim şirketi kurabilecek midir? Benzer şekilde, yönetim kurulu üyeleri, spor kulübü tüzel kişiliğinden bağımsız olarak ve spor kulübünü temsil etmeden bir spor anonim şirketinin kurulmasını sağlayıp takımların spor faaliyetlerine bu spor anonim şirketi çatısı altında katılmalarını sağlayabilirler mi? Bu sorulara cevap verebilmek için mevzuatta bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak buna engel bir durum içeren düzenleme de bulunmamaktadır. 7405 sayılı kanunda spor anonim şirketi için bir spor kulübünden bağımsız olarak da kurulabileceği ifade edilmiştir (7405 sayılı kanun m. 2/i). Bu nedenle doğrudan bir spor kulübü tarafından olmasa bile aynı spor kulübü ile bağlantılı olan bir başka tüzel kişinin, hatta spor kulübü çatısı altındaki spor takımlarının spor anonim şirketi kurabileceğini kabul etmek gerekir. Spor kulübü, bağlantı içerisinde olduğu kişilerce kurulan spor anonim şirketi üzerinde doğrudan ya da dolaylı hakimiyet kuruyorsa TTK m. 195 vd. hükümleri işletilmelidir.

Son olarak bir spor kulübünün birden fazla takım sporunda faaliyet göstermesi durumunda tek bir anonim şirket kurarak tüm takımlarının bu spor anonim şirketin çatısı altında faaliyet gösterip gösteremeyeceklerine değinilmelidir. Acaba spor kulüplerinin kuracakları bir spor anonim şirketi çatısı altında sadece tek bir takım mı spor faaliyetine katılabilecektir? Kanaatimizce bu soruya olumlu cevap vermek gerekir. Spor anonim şirketinin işletme konusu sportif faaliyetlere katılmak olmalıdır. Bunun çerçevesinin de esas sözleşmede gösterilmesi gerekir (Tebliğ m. 5/1-a). Esas sözleşmede gösterilmek kaydıyla tek bir spor anonim şirketi çatısı altında birden fazla spor dalında faaliyet gösterilebilmesi mümkün olmalıdır. İstenilmesi halinde ise her bir spor dalı için ayrı ayrı spor anonim şirketi kurulmasının önünde de bir engel bulunmamaktadır.

SPOR ANONİM ŞİRKETLERİNİN YAPISI

Spor Anonim Şirketlerinin Kuruluşu ve Genel Esaslar

7405 sayılı kanuna ilişkin Milli Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor Komisyonu Raporu'nun Genel Gerekçe kısmında¹³ spor anonim şirketlerine yönelik düzenlemelerin getirilmesinin amacı olarak, ülkemizde ve dünyada en çok takip edilen spor dalı olan futbolda özellikle ülkemizde dört büyük futbol takımına sahip kulüplerin mali durumlarının kötüleşmesinin bir sonucu olarak bütün spor kulüplerinin mali yapılarının daha sağlam temellere dayandırılması ve sürdürülebilir hale gelmesi gösterilmiştir¹⁴. Spor kulüplerinin mali yapısının güçlendirilmesi temel amaç gibi görünse de kanaatimizce spor faaliyetlerine katılım açısından spor anonim şirketlerinin kurulması, yönetim işlerinin daha organize bir şekilde yerine getirilmesi ve spor kulüplerinin daha kurumsal yapılara bürünmesi gibi faydaları da beraberinde getirecektir. Zira anonim şirketlerin sahip olduğu temel dinamiklerin sporun yönetiminde de var olması spor faaliyetlerine katılanlara şüphesiz yarar getirecektir. Bu açıdan spor anonim şirketlerinin kurulmasını, bu hususta düzenlemelerin ve akademik çalışmaların yapılmasını olumlu bulmaktayız.

Spor anonim şirketlerinin kuruluş sürecine geçmeden önce spor faaliyetlerine katılırken bir spor anonim şirketinin kurulmasının zorunlu olup olmadığı sorusunu cevaplamak gerekir. Diğer bir deyişle, bir spor faaliyetinin spor anonim şirketi çatısı altında yürütülmesinin zorunlu mudur? Mevzuatta bu konuda bir zorunluluk içeren düzenlemeye rastlanmamıştır. Dolayısıyla bir spor faaliyetinin bir spor anonim şirketi çatısı altında yürütülmesi hususunda bir serbestiyet bulunmaktadır¹⁵. Bir spor kulübü spor faaliyetlerini spor kulübü olarak yürütebileceği gibi spor anonim şirketi kurarak da sportif faaliyetlere katılabilir. Bu noktada 7405 sayılı kanun m. 14/3 hükmüne değinmek gerekir. İlgili hüküm şu şekildedir: “*Spor federasyonları, belirli liglerde yer alabilmek için spor anonim şirketi statüsünde olma yükümlülüğü ve bu şirketler için ödenmiş sermayesi bir milyon Türk lirasından az olmamak üzere asgari sermaye zorunluluğu getirebilir.*” 7405 sayılı Kanun spor anonim şirketi kurulması konusunda ilgili spor federasyonunun zorunluluk getirebileceğini öngörmüştür. Fakat tespit edebildiğimiz kadarıyla şu ana kadar herhangi bir spor federasyonu bu yönde bir karar almış değildir.

[13] <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss324.pdf>
(Erişim Tarihi: 27.05.2024).

[14] Komisyon Raporu, s. 8 vd.

[15] Kanun ile birlikte spor anonim şirketlerinin kurulması teşvik edilmektedir (Yüce, Aydın, Alber. “7405 Sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu’na Göre Spor Anonim Şirketleri ve Bu Şirketlerin Diğer Anonim Şirketlerle Karşılaştırılması”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 22, 2022, s. 486.).

Spor faaliyetlerine bir spor anonim şirketi ile katılma kararının alınması ile birlikte spor anonim şirketi için aranan prosedürlerin yerine getirilmesi gerekir. Bu prosedürler bir spor anonim şirketinden bahsedebilmek için zorunludur. Bir spor anonim şirketinden bahsedebilmek için ise ilk olarak Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulmuş bir anonim şirket gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, bir spor anonim şirketi kurulması isteniyorsa önce normal bir anonim şirket¹⁶ mevcut olmalıdır. Doğrudan spor anonim şirketi kurulamaz. Bu çıkarım 7405 sayılı kanunda yer alan spor anonim şirketi tanımından çıkarılabilir. Aynı kanunun 14. maddesinde de meseleye benzer şekilde vurgu yapılmıştır. Anılan düzenlemede TTK hükümlerine göre kurulan bir anonim şirketin daha sonra Gençlik ve Spor Bakanlığı (Bakanlık) nezdinde tutulan bir sicile kaydedilerek spor anonim şirketi niteliğinin kazanılacağı ifade edilmiştir. Buradan hareketle, normal bir anonim şirketin spor anonim şirketi siciline tescil edildiği anda spor anonim şirketi niteliği kazanacaktır. Bu tescilin açıklayıcı değil, kurucu olduğu da ayrıca vurgulanmalıdır. Buradaki kurucu etki anonim şirketin kuruluşu bakımından değil, tüzel kişiliği haiz bir anonim şirketin spor anonim şirketi vasfı kazanması bakımındandır.

Spor anonim şirketi tescili başvurusu, Gençlik ve Spor İl Müdürlüğü'ne (İl Müdürlüğü) yapılır. Benzer şekilde sicile kayıt işlemi de İl Müdürlüğü yerine getirir. Bu husus Spor Kulüpleri ve Spor Anonim Şirketleri Tescil Yönetmeliği'nin¹⁷ (Yönetmelik) 16. maddesinde düzenlenmiştir. İl Müdürlüğü sicile tescil için kendisine yapılan başvuruya ilişkin kararı 30 gün içerisinde vermelidir (SKSFK m. 14/2, c. 1). Başvuruda eksiklik bulunmazsa anonim şirket, spor anonim şirketi olarak tescil edilebilir. Başvuruda aranan şartların ne olduğu 7405 sayılı kanun m. 14 ve Yönetmelik m. 16 hükümlerinden anlaşılmaktadır. İl Müdürlüğü başvuruya ilişkin yaptığı incelemede eksiklik görürse bu eksikliğin giderilmesi için başvurucuya 30 günlük süre verir (SKSFK m. 14/2, c. 2). Bu süre içerisinde eksiklik giderilirse anonim şirket, spor anonim şirketi olarak tescil edilebilir (SKSFK m. 14/2, c. 4). Eksiklik giderilmezse tescil de yapılmaz (SKSFK m. 14/2, c. 3).

Bu noktada İl Müdürlüğünün herhangi bir eksiklik bulunmasa da takdir hakkı kullanarak başvuruyu reddetme hakkının olup olmadığı sorusunu da cevaplamak gerekir. İl Müdürlüğünün spor anonim şirketi siciline tescil başvurusunu takdiri nedenlerle reddedebileceğine ilişkin ne kanunda ne de yönetmelikte bir düzenleme vardır. Doktrinde ise bu hususla ilgili bir görüşe rastlanmamıştır. Bu soruna cevap bulabilmek için

[16] Spor anonim şirketi niteliği taşımayan anonim şirketler için çalışmada "normal anonim şirket" ifadesi kullanılacaktır.

[17] RG: 08/07/2022, Sayı: 31890.

Yönetmelik m. 17/1 hükmü incelenmelidir: “Spor anonim şirketlerinin tescil başvurusu il müdürlüğü tarafından otuz gün içinde karara bağlanır. Başvuruda mevzuata aykırılık veya noksanlık bulunması hâlinde bu hususun otuz gün içinde giderilmesi yazılı olarak istenir. Bu süre içinde bu aykırılık veya noksanlığın giderilmemesi hâlinde başvuru reddedilir. Başvuruda mevzuata aykırılık veya noksanlık bulunmaz ya da bu aykırılık veya noksanlık giderilmiş olursa şirket spor anonim şirketi siciline tescil edilir.” Mezkûr hükümde İl Müdürlüğü’ne yönelik “... karara bağlanır.”, “...yazılı olarak istenir.”, “...başvuru reddedilir.”, “...tescil edilir.” gibi emir kipleri ile İl Müdürlüğü’ne bir takdir hakkı bırakılmamış ve İl Müdürlüğü’nün başvuruyu gerekçesiz bir şekilde reddedilmesinin önü kapatılmıştır. İl Müdürlüğü’nün başvuruyu gerekçesiz ve/veya takdir hakkını kullanmak suretiyle reddetmesi durumunda ise idari yargılama yoluna başvurulabilmelidir.

Spor anonim şirketi siciline kaydedilecek bir anonim şirketin esas sermayesi belli bir meblağın üzerinde olmalı esas sözleşmesi de bazı hükümleri içermelidir. Bu hususlar içinse Bakanlık tarafından yayımlanan Spor Anonim Şirketlerinin Esas Sözleşmesinin Asgari İçeriği, Ortaklık Yapısı, Pay Sahipliği, Sermayesi ve Organlarına İlişkin Usul ve Esaslar Tebliği¹⁸ (Tebliğ) incelenmelidir. 7405 sayılı kanun m. 17 hükmü spor anonim şirketinin esas sözleşmesinin asgari içeriğinin bir tebliğle belirlenebileceğini öngörmüştür. Spor anonim şirketinin sermayesi asgari bir milyon Türk Lirası tutarında olmalıdır (Tebliğ m. 8). Spor anonim şirketinin esas sözleşmesinin asgari içeriği Tebliğ’in 5. maddesinde tek tek sayılmıştır¹⁹. Burada cevaplanması gereken soru, bu asgari içeriğin

[18] RG: 26/07/2022, Sayı: 31904.

[19] “Esas sözleşmenin asgari içeriği

MADDE 5- (1) 6102 sayılı Kanunun 339 uncu maddesi saklı kalmak kaydıyla spor anonim şirketlerinin esas sözleşmelerinde asgari olarak aşağıdaki hususların bulunması zorunludur:

- a) Şirketin ticaret unvanında spor, sportif veya belirli bir spor dalını tanımlayacak ibarelerden biri ya da birkaçı.
- b) Spor faaliyetlerinde bulunulmasını içerecek şekilde esaslı noktaları belirtilmiş ve tanımlanmış bir şekilde şirketin işletme konusu.
- c) Spor anonim şirketinin spor faaliyetlerinde kullanacağı renk, amblem ve benzeri diğer ayırıcı işaretleri tanımlayan ibareler.
- ç) Spor faaliyetlerinde bulunulması taahhüt edilen spor dalları ve bu spor dallarında faaliyette bulunma hak ve yetkisini içeren hüküm.
- d) Faaliyette bulunduğu en yüksek harcamaya sahip spor dalındaki müsabakaların yapıldığı döneme göre şirketin hesap dönemi.
- e) Yönetim kurulu üyelerinde 7405 sayılı Kanun ve ilgili diğer mevzuat hükümleri kapsamı dışında istenmesi halinde aranacak diğer nitelikler.
- f) Zorunlu kurullar dışındaki diğer kurulların oluşturulması halinde, bu kurul üyelerinde 7405 sayılı Kanunun kapsamı dışında istenmesi halinde aranacak diğer nitelikler.
- g) Bütçenin hazırlanması, yürürlüğe konulması ve uygulanması usulü.
- ğ) Öngörülmesi halinde spor anonim şirketinde doğrudan veya dolaylı hâkimiyeti bulunan spor kulübü lehine düzenlenecek imtiyazlar.
- h) Bir spor kulübü ile bağlantılı olan spor anonim şirketlerinde, pay sahiplerine dağıtılacak kâr payları ve kâr payından yapılacak bedelsiz sermaye artırımları hariç olmak üzere şirket kârından kuruculara, yönetim kurulu üyelerine ve diğer kimselere herhangi bir menfaat sağlanamayacağına dair hüküm.”

anonim şirket kurulurken mi aranacağı, yoksa anonim şirketin spor anonim şirketi olarak tescil edilmesi aşamasında mı aranacağı hususudur. Mevzuatta cevabı bulunmayan bu soruya kanaatimizce serbesti olduğu yönünde bir cevap verilmelidir. Diğer bir deyişle, tebliğde yer alan asgari esas sözleşme içeriğinin anonim şirketin ilk kurulduğu esnada var olması ya da anonim şirketin bu asgari içeriğe sahip olmayan bir esas sözleşme ile kurulması ve bu asgari içeriğin spor anonim şirketi olarak tescil edilmesi aşamasında esas sözleşmeye sonradan eklenmesi arasında bir farklılık bulunmamalıdır. Önemli olan spor anonim şirketi niteliğinin kazanılması hususundaki başvuru esnasında esas sözleşmenin bu asgari içeriğe sahip olmasıdır. Mezkûr hükümlerin esas sözleşmeye ne zaman eklendiğinin bir önemi bulunmamaktadır. İl Müdürlüğü'nün yapacağı incelemede esas sözleşmenin bu asgari içeriği havi olup olmadığı da incelenecek ve eksiklik bulunması durumunda bu eksikliklerin giderilmesi için 30 günlük süre verilecektir.

Spor Anonim Şirketinin Hukuki Niteliği

Kanuni tanımında da belirtildiği üzere sicile tescil edilen spor anonim şirketinin amacı spor faaliyetinde bulunmaktır. Bu husus ayrıca esas sözleşmenin asgari içeriğinde de bulunmalıdır (Tebliğ m. 5/1-a). Burada spor faaliyeti kavramının ne anlama geldiği üzerinde durulmalıdır. Ayrıca sorulması gereken sorular şunlardır: Bir spor kulübüne bağlı birden fazla spor anonim şirketi olabilir mi? Örneğin bir spor kulübü düşünelim. Buna bağlı olan bir forma satışı anonim şirketi, mağazacılık anonim şirketi, tekstil ürünleri üretimi anonim şirketi, bir reklamcılık anonim şirketi, bir ulaşım anonim şirketi vs. kurulabilir mi? Kurulabilirse bunlar spor anonim şirketi olarak nitelendirilebilir mi?

Bir spor kulübü kendi hakimiyeti altında birden fazla şirket kurabilir. Bu şirketlerin anonim şirket olması zorunlu değildir. Örneğin sporcuların ulaşımını sağlamak yönünde faaliyet göstermek üzere bir ulaşım şirketi kurulabilir. Benzer şekilde, örneğin, spor kulübünün sponsorluk sözleşmelerinin yürütülmesi yönünde faaliyet göstermek üzere bir şirket de kurulabilir. Örnekler daha da artırılabilir. Fakat bu şirketler anonim şirket niteliğinde olsalar bile spor anonim şirketi olarak değerlendirilmemelidir. Kanaatimizce spor faaliyetinde bulunmak dışında bir faaliyet konusu ile kurulan şirketler olsa olsa spor faaliyetinde bulunmaya destek olma faaliyetini icra edebilirler. Bir spor anonim şirketinin temel amacı "spor faaliyetinde bulunmak"tır. Diğer bir deyişle spor faaliyetinde bulunmaya destek sağlamak vs. değildir.

Bu noktada spor faaliyetleri kavramından ne anlamak gerektiğinin belirlenmesi gerekmektedir. Daha önce de tanımlandığı üzere spor, bir oto-

riteye bağlı olarak ve ilgili otoritenin belirlediği kurallar çerçevesinde icra edilen fiziksel ya da zihinsel aktivitelerdir²⁰. Spor faaliyetleri ise spor yapmak üzere müsabakalara katılmak, müsabakalara katılacak sporcuların gelişmelerini takip etmek, sporculara teknik destek sağlamak gibi faaliyetler olarak gösterilebilir. Örneğin bir atletin koşu müsabakasına katılması ve müsabakaya katılmadan önceki hazırlanma/antrenman süreci spor faaliyetidir. Bir futbol takımının müsabakalara katılması ve müsabakadan önceki hazırlanma/antrenman süreci de spor faaliyetidir. Örnekler artırılabilir. Buradan hareketle, spor müsabakalarına katılımı destekleme amacı güden ulaşım, tedarik, mağazacılık, hukuki danışmanlık gibi faaliyet konularıyla kurulan şirketlerin spor şirketi, eğer anonim şirketse de spor anonim şirketi olarak nitelendirilemeyeceği kanaatindeyiz.

7405 sayılı kanun m. 20/2 hükmünün 2. cümlesinde yer alan “*Spor kulübüne bağlı birden fazla spor anonim şirketi bulunması hâlinde, spor kulübü bilançosunda en yüksek harcamaya sahip spor dalında faaliyet gösteren spor anonim şirketinin hesap dönemi spor kulübüne de uygulanır.*” hükmünü şu şekilde değerlendirmek gerekir: Spor kulübü farklı spor dalları için birden fazla spor anonim şirketi kurabilmelidir. Örneğin futbol spor dalı için bir spor anonim şirketi, basketbol için ayrı bir spor anonim şirketi kurabilmelidir.

Bir spor kulübüne bağlı olan spor anonim şirketinin esas sözleşmesinde faaliyet konusunda spor faaliyetlerinde bulunmak yer almalıdır. Bu şart esas sözleşmenin asgari içeriğidir. Fakat spor anonim şirketinin esas sözleşmesinde faaliyet konusuna ilişkin olarak bundan fazla konular da yer alabilir. Yukarıda zikredilen ulaşım, tedarik, mağazacılık, hukuki danışmanlık gibi konular da esas sözleşmede faaliyet konusu olarak yer alabilir. Dolayısıyla bir spor anonim şirketi hem spor faaliyetlerinde bulunmak hem de diğer zikredilen alanlarda faaliyet göstermek gayesi güdebilir. Bu durumda ortada tek bir spor anonim şirketi ve birden fazla faaliyet konusu bulunabilecektir. Kanaatimizce buna engel bir durum yoktur.

Spor anonim şirketinin hukuki niteliğine gelince, normal anonim şirketlere yönelik Türk Ticaret Kanunu hükümlerine ek olarak özel hükümlere de tabi olan bir anonim şirkettir. Tıpkı bankalar gibi²¹, portföy yönetim şirketleri gibi²², enerji sektöründe faaliyet gösteren anonim şirketler

[20] Orhan/Özkurt, s. 29-30.

[21] 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 7. maddesi gereği bankaların anonim şirket şeklinde kurulması zorunludur ve bankalar ve yalnızca aynı kanunun 4. maddesindeki faaliyetleri icra edebilirler.

[22] “Portföy yönetim şirketi, ana faaliyet konusu fonların kurulması ve yönetimi olan ve anonim ortaklık şeklinde kurulan sermaye piyasası kurumudur.” (Portföy Yönetim Şirketleri ve Bu Şirketlerin Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Tebliği (III-55.1) m. 4/1.).

gibi²³ belli bir alanda faaliyet göstermesi beklenen bir anonim şirkettir²⁴. Bu faaliyet alanı ise spor faaliyetlerinde bulunmaktır. Dolayısıyla spor anonim şirketleri bir tür değil, anonim şirket başlığı altında değerlendirilebilecek bir türdür²⁵. Spor anonim şirketini özel hükümlere tabi diğer anonim şirketlerden ayıran özellik ise şudur: Bir banka anonim şirketinin kurulduktan sonra Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'ndan sadece faaliyet izni alması gerekir. Faaliyet izni alamasa bile o şirket banka anonim şirketi olarak tüzel kişiliğini haizdir. Benzer şekilde portföy yönetim şirketleri de Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'ndan sadece izin almalıdırlar (Portföy Yönetim Şirketleri ve Bu Şirketlerin Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Tebliği (III-55.1) m. 8/1.). İzin portföy yönetim şirketlerinin faaliyete başlaması açısından gereklidir. İzin alamasa bile o şirketin tür olarak bir portföy yönetim şirketi olarak kabul edilmesi gerekir. Enerji sektöründeki şirketler açısından da durum benzerdir. Örneğin 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu m. 2'ye göre petrol piyasasında faaliyette bulunmak isteyen şirketlerin Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu'ndan faaliyet izni alması gerekir. Faaliyet izni olmasa bile söz konusu şirketler yine enerji şirketi olarak tanımlanabilecektir. Spor anonim şirketi ise doğrudan kurulamaz. Önce Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulmuş bir anonim şirketin varlığı gerekir. Her ne kadar bir anonim şirketin esas sözleşmesinde işletme konusu olarak "spor faaliyetleri" ibaresi yer alsaydı ya da mevzuatta spor anonim şirketi olarak aranan şartların tamamını havi olsa bile o anonim şirket, spor anonim şirketi olamaz. Bu anonim şirket daha sonraki aşamada mevzuatta aranan şartları yerine getirerek spor anonim şirketi siciline tescil edildiğinde anda spor anonim şirketi niteliğini kazanacaktır. Sicilden herhangi bir nedenle silindiğinde ise bu vasfı kaybedecektir. Dolayısıyla spor anonim şirketi niteliğine sahip olmanın esas şartı mevzuatta aranan şartların taşınması değil, spor anonim şirketi siciline kayıttır. Bu nedenle spor anonim şirketi dendiğinde aslında kanun marifetiyle, ancak sicile kaydedilmesi durumunda söz konusu olabilecek yeni bir şirket türü meydana getirilmiş olmaktadır.

SPOR ANONİM ŞİRKETİNİN ORGANLARI VE DENETİM

Spor Anonim Şirketlerinde Organsal Yapı

Spor anonim şirketlerinin organsal yapısına, özellikle zorunlu organların neler olacağına yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. 7405 sayılı

[23] Örneğin 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu m. 9/1 hükmüne göre elektrik dağıtımını yerine getiren şirketler başka bir faaliyet icra edemezler.

[24] Aker de spor anonim şirketlerine benzerliği ifade etmek için bu şirketlerin bir tip değil tür olduğunu ifade ederek bankalar, sigorta şirketleri, finansal kiralama şirketleri, faktoring şirketleri gibi şirketleri örnek göstermiştir (Bkz: Aker, Spor, s. 422.).

[25] Aker, Spor, s. 422.

kanunun 16. maddesinin 1. fıkrasında tasvir edilen yönetim kurulu ile normal anonim şirketlerin yönetim kuruluna ilişkin temel düzenleme niteliğinde olan TTK m. 359/1 hükmünün birbirinden farkı bulunmamaktadır. Spor anonim şirketinin halka açık olması durumunda yönetim kurulu üyelerinin ayrıca Sermaye Piyasası mevzuatı çerçevesinde aranan nitelikleri taşımaları gerekmektedir (SKSFK m. 16/2).

Fakat normal anonim şirketler ile spor anonim şirketlerinin yönetim kurulları bakımından 7405 sayılı kanunun 16. maddesinin 3. ve 4. fıkraları ile birtakım farklılıklar meydana getirilmiştir. Anılan maddenin 3. fıkrasında belirtildiği üzere, yönetim kurulu üyelerinin taşınması gereken şartların diğer mevzuat hükümlerinde aranan şartlara ilave olarak 7405 sayılı kanun m. 5/4 ve m. 5/5 hükümlerindeki şartları da kapsamı gerekir. Söz konusu ek şartlar ise spor anonim şirketi yönetim kurulu üyelerinin belli suçlardan dolayı mahkum olmaması ve spor hukuku ilkeleri çerçevesinde belli şartlar altında hak mahrumiyeti cezası almamasıdır²⁶.

Spor anonim şirketi genel kurulu, tüm pay sahiplerinden oluşan organdır. Diğer anonim şirketlerinin genel kurullarından herhangi bir farkı bulunmamaktadır. Netice itibarıyla spor anonim şirketlerinin zorunlu organlarının normal anonim şirketler gibi yönetim kurulu ve genel kurul olacağı söylenebilir.

Spor Anonim Şirketlerinde Denetim

Spor anonim şirketlerinin denetimiyle ilgili çıkarımların ayrıca yapılması gerekir. Her ne kadar 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda denetim

[26] Yönetim kurulu üyelerinin taşınmaları gereken niteliklerle ilgili ek şartlar içeren 7405 sayılı kanun m. 5/4 ve m. 5/5 hükümlerinin metinleri şu şekildedir:

"(4) Kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile; Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, terörün finansmanı, kaçakçılık, nefret ve ayrımcılık, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, fuhuş, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurma ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak, şike veya teşvik primi, kanuna aykırı olarak spor müsabakalarına dayalı bahis ve şans oyunlarını oynatma, oynatılmasına yer ve imkân sağlama, reklamını yapma veya para nakline aracılık veya bu Kanunun 20 nci maddesine muhalefet etme suçlarından mahkûm olanların spor kulübü, spor anonim şirketi statüsündeki bağlı ortaklığı ve iştiraklerindeki yönetim, denetim, disiplin ve ihtiyari diğer kurul üyelikleri, haklarındaki mahkeme veya ilgili kurul kararının kesinleştiği tarihte, başkaca hiçbir işlem yahut karara gerek olmaksızın kendiliğinden sona erer. Yasaklanmış hakların geri verilmesi kararı verildiği takdirde bu fıkranın ceza mahkûmiyetine ilişkin hükümleri uygulanmaz. (5) Tahkim kurulları, Bakanlık disiplin kurulları, spor federasyonlarının ceza veya disiplin kurulları ya da spor federasyonlarının bağlı olduğu uluslararası kuruluşlar tarafından son beş yıl içinde bir defada bir yıl veya toplam iki yıl hak mahrumiyeti cezası almış olanların spor kulübü, spor anonim şirketi statüsündeki bağlı ortaklığı ve iştiraklerindeki yönetim, denetim, disiplin ve diğer kurul üyelikleri haklarındaki kurul kararının kesinleştiği tarihte, başkaca hiçbir işlem yahut karara gerek olmaksızın kendiliğinden sona erer."

organı zorunlu bir organ olmasa da spor anonim şirketleri özelinde bazı denetim faaliyetlerinin zorunlu olarak icra edilmesi gerekmektedir.

Spor anonim şirketlerine yönelik ilk denetim faaliyeti Bakanlık denetimidir. Spor kulüpleri, spor anonim şirketleri ve üst kuruluşların; ilgili mevzuat, tüzük ve esas sözleşmelerinde gösterilen amaçlar doğrultusunda faaliyet gösterip göstermedikleri, defterlerini ve kayıtlarını mevzuata uygun olarak tutup tutmadıkları başta olmak üzere, idari ve mali her türlü işlem ve faaliyetleri Gençlik ve Spor Bakanlığı tarafından denetlenir.

Spor kulüpleri, 5253 sayılı Kanunun²⁷ 19'uncu maddesi kıyasen uygulanmak suretiyle İçişleri Bakanlığı veya mülki idare amiri tarafından da denetlenebilir. Aynı Kanunun 30/A maddesinde belirtilen suçlar kapsamında spor kulübü veya spor anonim şirketinin genel kurulu dışındaki organlarında görevli olanlar veya ilgili personel hakkında kovuşturma başlatılması halinde bu kişiler geçici bir tedbir olarak İçişleri Bakanı tarafından görevden uzaklaştırılabilir. Görevden uzaklaştırılan kişiler yerine görev yapmak üzere kurul yedek üyeleri sırayla çağrılır. Görevden uzaklaştırma tedbiri nedeniyle spor kulübü veya spor anonim şirketinin zorunlu organlarının oluşturulamaması halinde spor kulübü veya spor anonim şirketinin merkezinin bulunduğu ilin valisi tarafından görevlendirilecek üç kişilik komisyon tarafından en geç otuz gün içinde olağanüstü genel kurul yapılır.

Bakanlık, denetimi belirlediği liglerde faaliyette bulunan spor kulüpleri ve spor anonim şirketlerinin mali durumunu ve kar-zarar hesaplarını, yıllık dönemler halinde, Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu tarafından yetkilendirilmiş bir bağımsız denetim kuruluşuna denettirmek suretiyle de gerçekleştirebilir. Bu denetimin giderleri Bakanlık tarafından karşılanır. Beş yıl içinde aynı şirket için toplam üç yıl denetçi olarak seçilen denetçi iki yıl geçmedikçe denetçi olarak yeniden seçilemez. Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu bu hükmün uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye ve bu fıkra da belirtilen süreleri kısaltmaya yetkilidir.

Spor kulüpleri ve spor anonim şirketleri, yılsonu itibarıyla veya en yüksek harcamaya sahip olan spor dalındaki müsabakaların yapıldığı döneme göre gelir ve gider işlemlerinin sonuçlarını ve kar-zarar ve bilanço hesaplarını düzenleyecekleri beyanname ile her yıl hesap dönemi bitiminden itibaren üç ay içinde Bakanlığa vermekle yükümlüdür. Denetim sırasında görevliler tarafından istenecek her türlü bilgi, belge ve kayıtların, spor kulübü ve spor anonim şirketi yetkilileri tarafından verilmesi zorunludur. Denetim kapsamında yapılan inceleme konusuy-

[27] 5253 sayılı Dernekler Kanunu. RG: 23/11/2004, Sayı: 25649.

la sınırlı kalmak üzere ve ölçülülük ilkesine uygun olarak incelemenin gerektirdiği kadar veriyi içermek kaydıyla istenebilecek bilgi ve belgelerin, yargı mercileri hariç 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki kuruluşlar, döner sermayeli kuruluşlar ile diğer gerçek ve tüzel kişiler tarafından görevli denetim elemanına verilmesi zorunludur (7405 sayılı Kanun, m.13).

Spor anonim şirketlerinin bağımsız denetime tabi olup olmadıkları meselesi üzerinde de durulmalıdır. 30/11/2022 tarihli ve 32029 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6434 sayılı Bağımsız Denetime Tabi Şirketlerin Belirlenmesine Dair Cumhurbaşkanı Kararı çerçevesinde aktif, yıllık net hasılat ve çalışan sayısı gibi kriterleri sağlaması koşuluyla bağımsız denetime tabidir. Bu şartları sağlamayan spor anonim şirketleri bağımsız denetime tabi değildirler. Ancak bu şartları sağlayan spor anonim şirketleri bağımsız denetim yaptırarak zorundadırlar.

Diğer taraftan, spor federasyonunun görev ve yetkilerinden biri de *“kendisine bağlı spor dallarında spor kulüpleri ve spor anonim şirketlerini sportif yönden denetlemek”* tir (7405 sayılı Kanun, m.38/1(h)). Buradan hareketle spor anonim şirketlerinin tabi olacağı bir diğer denetimin faaliyet gösterilen spor dalındaki federasyon tarafından, sadece sportif konularla sınırlı kalacak şekilde yapılan denetim olduğu ifade edilmelidir.

Denetimle ilgili olarak değinilmesi gereken son husus Sermaye Piyasası Kurulu tarafından yapılan denetimdir. Eğer spor anonim şirketi halka açık bir anonim şirket niteliğindeyse, tüm bu denetim sistemlerine ek olarak ayrıca Sermaye Piyasası Kurulu denetimine tabidir.

SPOR ANONİM ŞİRKETİ VE HAKİMİYET İLİŞKİSİ

Kanuni tanımda spor anonim şirketlerinin bir spor kulübüne bağlı olarak veya spor kulübünden bağımsız olarak kurulabileceği hususu vurgulanmıştır. Aynı husus Tebliğ’in 6. maddesinin 1. fıkrasında da ifade edilmiştir. Buradan hareketle, bir spor anonim şirketinin teşekkül edebilmesi için bir spor kulübünün varlığına ihtiyaç duymadığı ifade edilmelidir. Bu ihtimalde, spor anonim şirketi bağımsız olarak spor faaliyetlerine katılabilecektir.

Öte yandan bir spor anonim şirketinin kurulması açısından spor kulüplerinin bir zorunluluk içerisinde olmadığı da tekraren belirtilmelidir. Diğer bir deyişle, bir spor kulübü faaliyetlerine ister spor kulübü olarak, isterse de spor kulübüyle birlikte bir spor anonim şirketi kurarak devam edebilir. Benzer şekilde bireysel sporcular da spor faaliyetlerine bireysel olarak veya dilemeleri halinde spor anonim şirketi kurarak katılabilirler.

Her ne kadar çalışma konusunun dışına sapılma olasılığı bulunsa da spor kulübü tarafından kurulan bir spor anonim şirketinin şirketler topluluğu hükümlerine tabi olup olmayacağına da tespit edilmesi gerekmektedir. Meseleyle ilgili olarak öğretide birden fazla görüş bulunmaktadır. TTK m. 195/1 hükmünde “Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin...” ifadesi kullanılmıştır. Bu düzenlemeye Ancak doktrinde çoğunlukla ifade edildiği üzere, aynı maddenin 5. fıkrasında kanun koyucu bu kurala istisna getirerek bir şirketler topluluğunda hakim teşebbüsün vakıf, dernek, kamu tüzel kişisi, gerçek kişi ve hatta adi ortaklık olabileceğini düzenleme altına almıştır²⁸. Burada dikkat edilmesi gereken sadece hakim teşebbüsün ticaret şirketi dışında bir yapı olabileceğidir; bağlı şirketlerin ticaret şirketi olmaları yönünde bir kesinlik bulunmaktadır. Bu noktada spor kulüplerinin bir hakim teşebbüs statüsüne kavuşmaları ve TTK hükümleri ekseninde şirketler topluluğu hükümlerine tabi olmalarının önünde yasal bir engel bulunmamaktadır.

Bir şirketler topluluğunda bulunması gereken şirket sayısı ile ilgili görüşlerden ilki; hakim durumda olanın ticaret şirketi olması durumunda en az bir bağlı ticaret şirketinin; hakim durumda olanın ticaret şirketi dışında bir yapı (gerçek kişi de dahil) olması durumunda ise en az iki bağlı ticaret şirketinin bulunması gerektiği yönündedir²⁹. İkinci görüş kapsamında ise hakim durumda bulunan şirket veya bir başka yapının yanında sadece bir bağlı ticaret şirketinin bulunması yeterli olmalıdır³⁰. Kanaatimizce ikinci görüş daha isabetlidir.

2013 yılında yayımlanan Ticaret Sicil Yönetmeliği'nin³¹ 105'inci maddesi şu şekildedir: “Kanununun 195 inci maddesinin dördüncü fıkrası anlamında, bir şirketler topluluğu, bir ticaret şirketi ile buna doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan en az iki ticaret şirketinden meydana gelir.

[28] Eminoglu, Cafer. *Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s.163; Aker, Halit. “Türk Ticaret Kanunu Madde 14 Hakkında Bazı Düşünceler ve Yeni Bir Tacir Türü Hâkim Teşebbüs”, *BATİDER*, C. 15, S. 2, 2009, s.283.; Çakır Çelebi, Fatma Betül. “Şirketler Topluluğunda Hâkim Teşebbüs”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, C. 4, S. 1, 2018, s. 22.

[29] Aker, Spor, s. 424.; Karaman Coşgun, Özlem. “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Teşebbüs Kavramı ve Tacir Sayılmasının Sonuçları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, S.1, C.21, 2015, s. 130-131.; Tekinalp, Ünal. *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 542.; Şener, Oruç Hami. *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 172.; Okutan Nilsson, Gül. *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2009, s. 67.

[30] Eminoglu, s.163-164; Pulaşlı, Hasan. “Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Tek Ortaklı Sermaye Şirketleri ve Buna İlişkin Bazı Özel Durumlar”, *REGESTA*, C. 1, S.1, 2011, s.13 vd.; Kendigelen, Abuzer. *Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler, İlk Tespitler*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s.174; Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan. *Şirketler Hukuku*, Dora Yayınevi, Bursa, 2012, s.12; Gündoğdu, Gökmen. “Bir Şirketler Topluluğu En Az Kaç Bağlı Şirketten Oluşur? -Ticaret Sicil Yönetmeliği m. 105 Hükümünün Türk Ticaret Kanunu m. 195 Hükümü ile Uyumsuzluğu Sorunu”, *Legal Hukuk Dergisi*, C. 12, S.133, 2014, s. 115-119; Aydoğdu, Fatih. *Tek Kişi Ortaklığı*, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2012, s.276.

[31] RG: 27/1/2013, Sayı: 28541.

Ticaret şirketi olmayan bir teşebbüse, doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan ticaret şirketleri sayısının ikiye aştığı durumlarda da Kanununun 195 inci maddesinin beşinci fıkrası anlamında şirketler topluluğu meydana gelir ve teşebbüs topluluğunun hâkimi olur. Hâkim şirket ana şirket, bağlı şirketler ise yavru şirket konumundadır.” Kanaatimizce bu düzenleme TTK hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir ve bu düzenlemeye itibar edilmemesi gerekmektedir³². TTK m. 195 hükmünden bir şirketler topluluğunda en az üç ticaret şirketinin veya bir hakim teşebbüsle birlikte en az üç ticaret şirketinin gerekli olduğu anlamı çıkarılamaz.

İlk görüşün kabul edilmesi durumunda bir ticaret şirketi üzerinde hakimiyeti buluna gerçek kişiler de dahil teşebbüslerin, hatta çalışma konusu bakımından spor kulüplerinin tabi olacağı hukuk kurallarının hangisi olduğu konusunda bir belirsizliğe düşülecektir. Sadece bir spor kulübü ve onun tarafından kurulan bir anonim şirketi bulunması durumunda TTK m. 195 vd. hükümleri uygulanmayacak mıdır? Uygulanmayacaksa hangi hükümler uygulanmalıdır? Kanaatimizce özellikle ikinci soruya verilecek bir cevap olmaması nedeniyle bile ikinci görüşün savunulması gereklidir. Bu gerekçeyle de tek bir hakim teşebbüs (spor kulübü) ve bir ticaret şirketinin (spor anonim şirketi) varlığı durumunda dahi hakimiyet ilişkisi kabul edilmeli ve TTK m. 195 vd. hükümleri uygulanmalıdır.

Spor anonim şirketi eğer bir spor kulübü tarafından kurulmuşsa SKSFK m. 15/2 hükmünde de belirtildiği üzere, aralarında TTK m. 195 anlamında bir hakimiyet ilişkisi bulunmaktadır. Anılan hüküm spor kulüpleri ve spor anonim şirketleri arasındaki hakimiyet ilişkisinin sınırları bakımından temel düzenlemedir ve metni şu şekildedir: *“Bir spor anonim şirketi ile bu şekilde mal varlığı ya da sözleşme, ortaklık, yönetim veya benzeri bir bağlantısı olan spor kulübünün, ilgili spor anonim şirketinde 6102 sayılı Kanununun 195 inci maddesi anlamında doğrudan ya da dolaylı hâkimiyeti bulunmalıdır. Bu şekilde doğrudan veya dolaylı hâkimiyeti bulunan spor kulübü lehine düzenlenecek imtiyazlar hariç olmak üzere spor anonim şirketlerinde; diğer paylara, belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine, belirli pay gruplarına ve azlığa 6102 sayılı Kanunda düzenlenen herhangi bir imtiyaz tesis edilemez.”* Hakimiyet ilişkisi çerçevesinde ve TTK m. 195 hükmü incelendiğinde spor kulübünün “hakim teşebbüs” niteliğinde olduğu kabul edilmelidir³³. Spor kulübünün hakim teşebbüs olmasının yanında spor anonim şirketi ise “bağlı şirket” olarak nitelendirilmelidir³⁴.

[32] Aynı yönde görüş için bkz: Gündoğdu, s.107; Eminoğlu, s. 163.; Çakır Çelebi, s. 23.

[33] Aynı yönde Yüce, s. 489-490.

[34] Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin. *Ortaklıklar Hukuku C. 2*, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 714, N. 2005.

Spor anonim şirketi eğer bir bireysel sporcu ya da sporcular tarafından kurulmuşsa, bu durumda birden fazla ihtimalin değerlendirilmesi gerekir. Birinci ihtimalde bireysel sporcu, spor anonim şirketinin tek ortağı/pay sahibidir. Bu durumda ilgili sporcu tek pay sahibi olacağı için bizzat kendisi bir yönetim kurulu belirlemelidir. Dolayısıyla spor anonim şirketinin yönetimi yönetim kurulu tarafından yerine getirilir ve herhangi bir hakimiyet durumu söz konusu olmaz. İkinci ihtimalde birden fazla bireysel sporcu ortağı olan bir spor anonim şirketi düşünelim. Bu durumda da pay sahipleri sermaye payları doğrultusunda yönetim kurulu belirleyebilirler. Ancak aralarından bir veya sporcu spor anonim şirketi üzerinde hakimiyet kurabilir ve hakim teşebbüs konumuna gelebilir. Son ihtimal olan bir veya birden fazla sporcunun spor anonim şirketi kurduktan sonra ortaklıktan ayrılmaları durumunda ise söz konusu bir veya birden fazla bireysel sporcunun spor anonim şirketi üzerinde bir hakimiyet kurmaları söz konusu olabilir. Son iki ihtimalin gerçekleşmesi halinde TTK m. 195 vd. hükümlerinin işletilmesi gerekir³⁵.

SONUÇ

Çalışmada spor anonim şirketlerinin özellikleri tekrar anlatılmaya değil, spor anonim şirketlerine yönelik tereddüt uyandırabilecek bazı hususlara temas edilmeye çalışılmıştır. Bu nedenle çalışmanın çerçevesi sadece kanunda açıklanmayan ve öğretilerde cevaplanmayan sorulara cevap verebilme gayesiyle sınırlı tutulmuştur. Çalışmada varılan neticeler şu şekilde izah edilebilir:

1-Bir spor kulübü spor faaliyetlerini spor kulübü olarak yürütebileceği gibi spor anonim şirketi kurarak da sportif faaliyetlere katılabilir. Her ne kadar 7405 sayılı kanun m. 14/3 hükmünde ilgili spor federasyonunun belirli liglerde spor faaliyetlerine katılabilmek için spor anonim şirketinin kurulmasını zorunlu tutabileceği öngörülmüşse de tespit edebildiğimiz kadarıyla şu ana kadar herhangi bir spor federasyonu bu yönde bir karar almış değildir.

2-Bir spor anonim şirketinin sicile tescili kurucu niteliği haizdir.

3-Spor anonim şirketleri spor kulüpleri tarafından kurulabileceği gibi bağımsız olarak da kurulabilirler. Buradan hareketle, spor kulübü ile bağlantılı olan başka gerçek veya tüzel kişiler tarafından da spor anonim şirketinin kurulabileceğini kabul etmek gerekir. Spor kulübü, bağlantı içerisinde olduğu kişilerce kurulan spor anonim şirketi üzerinde doğrudan ya da dolaylı hakimiyet kuruyorsa TTK m. 195 vd. hükümleri işletilmelidir.

[35] Bir şirket üzerinde hakimiyet kuran gerçek kişilerin de hakim teşebbüs olarak nitelendirilmesi gerektiği yönünde bkz: Çakır Çelebi, s. 22.; Aker, Hakim Teşebbüs, s.283.

4-Spor anonim şirketinin işletme konusu, çerçevesi esas sözleşmede gösterilen sportif faaliyetlere katılmaktır (Tebliğ m. 5/1-a). Bir spor anonim şirketi çatısı altında kaç spor dalında faaliyet gösterileceği mevzuatta düzenlenmemiş, öğretide de bu hususa değinilmemiştir. Esas sözleşmede gösterilmek kaydıyla tek bir spor anonim şirketi çatısı altında birden fazla spor dalında faaliyet gösterilebilmesi mümkün olmalıdır. İstenilmesi halinde ise her bir spor dalı için ayrı ayrı spor anonim şirketi kurulmasının önünde de bir engel bulunmamaktadır.

5-Bir spor anonim şirketinin temel amacı “spor faaliyetinde bulunmak”tır. Diğer bir deyişle spor faaliyetinde bulunmaya destek sağlamak vs. değildir. Bu nedenle, bir spor kulübü tarafından örneğin ulaşım, tedarik, sağlık hizmetleri gibi faaliyet konuları ile kurulan şirketler anonim şirket statüsünde olsalar bile spor anonim şirketi olmamalıdır.

6-Bir spor kulübü tarafından kurulan ve doğrudan ya da dolaylı olarak hakimiyeti altında bulunan spor anonim şirketleri, ilgili spor kulübüyle birlikte şirketler topluluğu hükümlerine tabi olmalıdır.

KAYNAKÇA

- Aker, Halit. "7405 Sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu Bağlamında Spor Anonim Şirketleri Hakkında Bir Değerlendirme", *Futbolu Seviyor-san Acı Çekmeyi Öğrenmelisin* (Editör: Prof. Dr. Erkut TUTKUN), Akademisyen Kitabevi, Ankara, 2022. (Aker, Spor)
- Aker, Halit. "Türk Ticaret Kanunu Madde 14 Hakkında Bazı Düşünceler ve Yeni Bir Tacir Türü Hâkim Teşebbüs", *BATİDER*, C. 15, S. 2, 2009, s.229-295. (Aker, Hakim Teşebbüs)
- Aydoğdu, Fatih. *Tek Kişi Ortaklığı*, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2012.
- Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan. *Şirketler Hukuku*, Dora Yayınevi, Bursa, 2012.
- Çakır Çelebi, Fatma Betül. "Şirketler Topluluğunda Hâkim Teşebbüs", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, C. 4, S. 1, 2018, s. 19-32.
- Eminoğlu, Cafer. *Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2014.
- Gündoğdu, Gökmen. "Bir Şirketler Topluluğu En Az Kaç Bağlı Şirketten Oluşur? -Ticaret Sicil Yönetmeliği m. 105 Hükümünün Türk Ticaret Kanunu m. 195 Hükümü ile Uyumsuzluğu Sorunu", *Legal Hukuk Dergisi*, C. 12, S.133, 2014, s. 107-126.
- Karaman Coşgun, Özlem. "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Teşebbüs Kavramı ve Tacir Sayılmasının Sonuçları", *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, S.1, C.21, 2015, s.107-166.
- Kendigelen, Abuzer. *Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler, İlk Tespitler*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2012.
- Küçükgüngör, Erkan. "Türk Hukukunda Sporcuların Hukuki Durumu", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 2, 1998, s. 135-149.
- Memiş Kartal, Pınar. "Bir Hak Olarak Spor Faaliyeti", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 26, S. 2, 2020, s. 537-570.
- Okutan Nilsson, Gül. *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2009.
- Orhan, Ümit/Özkurt, Emin. *Spor Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin. *Ortaklıklar Hukuku C. 2*, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- Pulaşlı, Hasan. "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Tek Ortaklı Sermaye Şirketleri ve Buna İlişkin Bazı Özel Durumlar", *REGESTA*, C. 1, S.1, 2011, s. 13-37.
- Şener, Oruç Hami. *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.
- Tekinalp, Ünal. *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- Yüce, Aydın Alber. "7405 Sayılı Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu'na Göre Spor Anonim Şirketleri ve Bu Şirketlerin Diğer Anonim Şirketlerle Karşılaştırılması", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 2, 2022, s. 482-500.

İNTERNET KAYNAKLARI

- <https://spk.gov.tr/kurumlar/portfoy-yonetim-sirketleri/tanitim-rehberi> (Erişim Tarihi: 28.05.2024)
- <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss324.pdf> (Erişim Tarihi: 27.05.2024).

ANONİM ORTAKLIKLARDA ŞARTA BAĞLI SERMAYE ARTIRIMINDA SINIRLAMALAR

Hande KOCADURMUŞOĞLU YÜKSEKBAŞ

Adli Yargı Hakim Adayı Adalet Bakanlığı

ORC-ID: 0000-0002-3055-259X

handekocadurmusoglu97@gmail.com

ÖZET

Anonim ortaklıklarda şarta bağlı sermaye artırımını zaman içerisinde yavaş yavaş ve üçüncü kişilerin davranışları neticesinde meydana gelmektedir. Şarta bağlı sermaye artırımına ilişkin genel kurul kararının ve esas sözleşme değişikliğinin yönetim kurulu tarafından ticaret siciline tescil edilmesi sermaye artışını sağlamak için yeterli değildir. Sermaye, değiştirme ve alım hakkı sahiplerinin haklarını kullanmaları ile kendiliğinden ve kullanım çerçevesinde artmaktadır.

Şarta bağlı sermaye artırımının birçok yönden faydasının olması yanında sakıncaları da mevcuttur. Ortaya çıkması muhtemel sorunların önlenmesi, şirkete ve pay sahiplerine gerekli korumanın sağlanabilmesi için kanunla birtakım sınırlamalar getirilmiştir. TTK m. 463'te tahviller veya benzeri borçlanma araçları nedeniyle şirketten veya topluluk şirketlerinden alacaklı olanlar veya çalışanların değiştirme ve alım haklarını kullanarak sermaye artırımına katılması düzenlemesi gereğince sınırlı sayı ilkesi ile pay senedi iktisap edebilecekler belirlenmiştir. Tahviller veya benzeri borçlanma araçları nedeniyle şirketten veya topluluk şirketten alacaklı olanlar ve çalışanlar şeklinde ayrılan, sermaye artırımını gerçekleştirebilecekler yönünden yapılan bu düzenleme artırımı katılabilecekler kapsam bakımından getirilen sınırlama olarak değerlendirilecektir. Sermayenin takas veya ödeme yolu ile yerine getirileceğine ilişkin düzenlemenin de yer aldığı maddenin gerekçesine bakıldığında nakden ödemenin geçerli olduğu, aynı ödemenin mümkün olmadığı belirtilmektedir.

Sınırlar başlıklı TTK m. 464 genel kurul tarafından belirlenebilecek sermaye tavanı ve itibari değere ilişkin düzenlemeler içermektedir. Şarta bağlı olarak artırılan sermayenin toplam itibari değerinin sermayenin yarısını aşamayacağı miktar bakımından getirilen sınırlamadır. Genel kurul tarafından sermayenin yarısını aşamama değerlendirmesi yapılır-

ken ve miktar belirlenirken ticaret siciline tescil edilmiş olan sermaye miktarı önem arz etmektedir. Madde gerekçesinde organ kararının dışında istisnaen üçüncü kişilere verilmiş olan sermaye artırım yetkisinin sınıra bağlanması gerektiği yer almaktadır. Maddede sermaye tavanının belirlenmesinin yanında yapılan ödeme en az nominal değere eşit olması gerektiği de düzenlenmiştir. Yapılan ödemenin en az nominal değere eşit olması istenirken bunun üzerinde olması hususunda herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Zaman bakımından inceleme yapıldığında ise herhangi bir sınırlamanın mevcut olmadığı ancak genel kurul tarafından bu yönde bir karar alınmasının önünde bir engel de olmadığı söylenebilir.

Anahtar Kelimeler: Şirketler Hukuku, Anonim Ortaklık, Sermaye Artırımı, Şarta Bağlı Sermaye Artırımı, Sınırlama

LIMITATIONS ON CONDITIONAL CAPITAL INCREASES IN JOINT STOCK COMPANIES

ABSTRACT

In joint stock companies, conditional capital increases occur gradually over time and as a result of the behavior of third parties. Registration of the general assembly decision regarding the conditional capital increase and the amendment of the articles of association to the trade registry by the board of directors is not sufficient to provide capital increase. Capital increases automatically and within the framework of use, as the holders of exchange and purchase rights exercise their rights.

Although conditional capital increase has many benefits, it also has disadvantages. Some restrictions have been imposed by law in order to prevent possible problems that may arise and to provide the necessary protection to the company and its shareholders. TCC art. 463, those who are creditors from the company or group companies due to bonds or similar debt instruments, or employees can acquire shares by using their conversion and purchase rights and participate in capital increases have been determined on a limited number principle in accordance with the regulation. This regulation those who can carry out the capital increase, divided into creditors of the company or group company due to bonds or similar debt instruments and employees, will be considered as a limitation in terms of scope for those who can participate in the increase. When we look at the preamble of the article, which also includes the regulation that the capital will be fulfilled by exchange or payment, it is stated that payment in cash is valid, but payment in real is not possible.

TCC art. 464 titled Limitations contains regulations regarding the authorized stock and nominal value that can be determined by the general assembly. It is a limitation in terms of the amount that the total nominal value of the conditionally increased capital cannot exceed half of the capital. The amount of capital registered in the trade registry is important when the general assembly evaluates that it cannot exceed half of the capital and determines the amount. In the preamble of the article, it is stated that the capital increase authority granted exceptionally to third parties, apart from the body's decision, should be limited. In the article, in addition to determining the authorized stock, it is also regulated that the payment made must be at least equal to the nominal value. While the

payment made is required to be at least equal to the nominal value, there is no legal obstacle in exceeding this. When consider in terms of time, it can be said that there is no limitation, but there is no restraint to the general assembly taking a decision in this direction.

Key Words: Corporate Law, Joint Stock Company, Capital Increase, Conditional Capital Increase, Limitation

GİRİŞ

Anonim ortaklıkların ihtiyaç duyduğu sermayenin karşılanabilmesinin yollarından biri olan şarta bağlı sermaye artırımını hukukumuzda 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ile girmiştir. Sermaye artırımını için genel kurulun ağır işleyen yapısından uzaklaşmış bir sistem olan şarta bağlı sermaye artırımını esasen sermaye artışını üçüncü kişilerin davranışlarına bağlamaktadır.

Değiştirme ve alım hakkı sahipleri haklarını kullandıkları anda ve ölçüde şirketin sermayesinde artış gerçekleşmesi olarak açıklanabilecek bu yöntemin diğer sermaye artırım yöntemlerinden ayrılan birçok yönü bulunmaktadır. Şarta bağlı sermaye artırımını işleyiş süreci, sermaye artırımını meydana getiren durum, pay senedi iktisap edeceklerin kapsamının belirlenmesi, çalışanların pay sahibi olmasına olanak sağlaması, ticaret siciline tescilin niteliği gibi hususlarda barındırdığı özellikler doğrultusunda incelenmelidir. Şirkete ve pay sahiplerine de koruma sağlayan hükümler şarta bağlı sermaye artırımında sınırlamalar bağlamında değerlendirilmelidir. Sınırlamaların şarta bağlı sermaye artırımına katılabilecek kişiler, artırım miktarı, ifa türü hususlarına bakılarak tespit edilmesi gerekmektedir.

Bu çalışmada öncelikle anonim ortaklıklarda genel olarak şarta bağlı sermaye artırımını ve artırıma ilişkin süreç açıklanacaktır. Şarta bağlı sermaye artırımında sınırlamaların incelenmesinin ardından başlıklar halinde kişi bakımından sınırlama, miktar bakımından sınırlama, ayın ile ifa yasağı ve zamansal sınırlama olmaması hususlarının ardından çalışma sonlandırılacaktır.

ANONİM ORTAKLIKLARDA ŞARTA BAĞLI SERMAYE ARTIRIMI

GENEL OLARAK

Şarta bağlı sermaye artırımında sermaye değiştirme ve alım hakkı sahiplerinin haklarını kullanmasıyla zaman içerisinde ve yavaş yavaş artmaktadır. Değiştirme ve alım hakkı sahiplerine tanınmış olan hakların kullanılması sermayenin sürece yayılarak artmasını sağlayacağı için alınan genel kurul kararı sermaye artışının gerçekleştiği anlamına gelmemektedir.¹ Genel kurul kararı ve buna bağlı esas sözleşme değişikliği sermaye artışını sağlamak için yeterli olmamakta, hak sahiplerinin haklarını kullanabilmesinin gerekliliği olarak ortaya çıkmaktadır.²

[1] TTK m. 463 gerekçe

[2] Saraç, Tahir. *Anonim Şirketlerde Şarta Bağlı Sermaye Artırımı*, 1. Baskı, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2009, s.249.

Genel kurul kararının sermaye artışını gerçekleştirmek için yeterli olmaması ise aslında şart kavramının üçüncü kişilerin haklarını kullanmaları ve bu çerçevede sermaye artışının gerçekleşmesi ile bağlantılıdır.³ Şarta bağlı sermaye artırımında anonim şirket kendisi için uygun zamanda ve koşullarda pay senedi ihraç etme noktasında serbestiye sahiptir.⁴ Değiştirme ve alım haklarının kullanılabilmesi için alınması gereken genel kurul kararı ardından süreç yönetim kurulunca yürütülmektedir. Piyasa koşulları ve şirketin mali durumu değerlendirilerek pay senedi ihraç edilmesi sağlanmaktadır.

ŞARTA BAĞLI SERMAYE ARTIRIMI SÜRECİ

Anonim ortaklıklarda şarta bağlı sermaye artırım süreci yönetim kurulu tarafından genel kurula sunulan teklif ile başlamakta, alınan genel kurul kararı ardından yönetim kurulunca esas sözleşme değişikliği tescil ve ilan edilmektedir.⁵ Genel kurul süresi dolmuş olsa dahi TTK m.410 uyarınca yönetim kurulu tarafından toplantıya çağrılacak, çağrı usulü ise TTK m.414 çerçevesinde gerçekleşecektir.

Genel kurul kararının tescili kurucu niteliktedir. TTK m.465/3'te şarta bağlı sermaye artırımına ilişkin esas sözleşme hükmünün tescilinden önce tanınmış olan değiştirme ve alım haklarının batıl olduğu hüküm altına alınmıştır. Tescil sermayenin arttığı anlamına gelmemekle birlikte sermaye artırımının gerçekleştirilebilmesi için dayanak niteliğinde olan bir karar alındığını göstermektedir.⁶ Değiştirme ve alım hakları TTK m.468/1 gereğince esas sözleşmenin şarta bağlı sermaye artırımına ilişkin hükmüne gönderme yapan yazılı bir beyan ile kullanılacaktır. Taahhüdün ifasının ise para yatırılması veya takas yoluyla bir mevduat veya katılım bankası aracılığıyla gerçekleştirileceği TTK m.468/2'de hüküm altına alınmıştır. TTK m.468/3'te ise pay sahipliği haklarının taahhüdün ifası ile doğacağı düzenlenmiştir.

Hak sahiplerinin haklarını kullanmaları neticesinde değişen sermayenin esas sözleşme ile uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda TTK m.470 gereğince yönetim kurulu tarafından sermaye artırım beyannamesi ile hesap dönemi sonundaki sermaye durumu belirlenerek esas sözleşme mevcut duruma uyarlanacaktır.

TTK m.465/3 gereğince yapılan tescil ile "Ticaret Siciline Tescil" başlıklı TTK m.471'in özellikleri birbirinden farklıdır. TTK m.471 kapsamında yapılan tescil yönetim kurulu tarafından hesap döneminin kapan-

[3] TTK m.463 gerekçe

[4] Kaya, Mustafa İsmail. *Şartlı Sermaye Artırımı*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s.98.

[5] Saraç, s.221.

[6] Saraç, s.249.

masından itibaren üç ay içerisinde esas sözleşme değişikliğinin tescil edilmesi suretiyle gerçekleşmektedir. Esas sözleşme değişikliğinin tescili açıklayıcı nitelikte olup ilanı ise şart değildir.⁷ Her şarta bağlı sermaye artırımı için yeni bir esas sözleşme hükmü gerekmesi sebebiyle TTK m.472 çerçevesinde değiştirme ve alım haklarının sona ermesi ile yönetim kurulunca esas sözleşmeden çıkarılan şarta bağlı sermaye artırımına ilişkin hüküm sicilden de silinecektir.

ANONİM ORTAKLIKLARDA ŞARTA BAĞLI SERMAYE ARTIRIM SÜRECİNDE SINIRLAMALAR

GENEL OLARAK

Anonim ortaklıklarda şarta bağlı sermaye artırımı süreci yönetim kurulu tarafından yürütülmektedir. Genel kurul tarafından çizilen çerçeve içerisinde yönetim kurulu şarta bağlı sermaye artırımı kararını uygulamaktadır. Genel kurul kararını uygulama hususunda yetkilendirilmiş olan yönetim kurulunun şirketin ve pay sahiplerinin haklarını zarara uğratma ihtimalini ortadan kaldırmak için sınırlamalara ihtiyaç bulunmaktadır.⁸

Yönetim kurulunun alım hakkı tanınması konusunda sınırsız serbestliğe sahip olması ise şarta bağlı sermaye artırımında rüçhan hakkının da kaldırılmış olduğu hususu ile değerlendirildiğinde mevcut pay sahiplerinin paya bağlı haklarının zarar görmesi sonucunu doğurabilecektir.⁹ Şirkete ve pay sahiplerine koruma sağlayan sınırlamalar başlıklar halinde incelenecektir. Bunlar sırasıyla kişi bakımından sınırlama, miktar bakımından sınırlama, ayın ile ifa yasağı ve zamansal sınırlama olmamasıdır.

KİŞİ BAKIMINDAN SINIRLAMA

Anonim ortaklıklarda şarta bağlı sermaye artırımına katılabilecek kişiler yönünden getirilen sınırlama TTK m. 463'te yer almaktadır. Kanuna göre genel kurul tarafından esas sözleşmede değiştirme ve alım haklarını kullanarak yeni pay edinme hakkı tanınan kişiler belirlenmektedir. Bu belirlemenin aslında kapsamı ortaya koyduğu söylenebilecektir. Sermaye artırımına katılabilecek kişilerin iki gruba ayrıldığı görülmektedir. Yeni çıkarılan tahviller nedeniyle şirketten veya topluluk şirketlerinden alacaklı olanlar veya çalışanlar olarak belirlenenlerin dışında şarta bağlı sermaye artırımına katılabilecek kimse bulunmamaktadır.

Çalışanların şirkette pay sahibi olmalarının çalışma isteklerinin artarak daha verimli çalışmaları, şirkete bağlılıklarının artması, şirkete

[7] TTK m.471 gerekçe

[8] Saraç, s.81.

[9] Saraç, s.81.

ekonomik olarak katkıda bulunabilmeleri gibi birçok olumlu etkisi bulunmaktadır.¹⁰ Şirkette pay sahibi olan çalışanların motivasyonlarının da artması beklenmektedir. Bununla birlikte şirketin mali zorluklar yaşadığı dönemlerde çalışanların işten çıkarılması yerine maaşlarında azalma yoluna gidilerek pay senedi elde etmelerine imkan sağlanmasının hem şirkete hem çalışanlara faydası olacağı söylenebilecektir.¹¹

MİKTAR BAKIMINDAN SINIRLAMA

Miktar bakımından sınırlama ile ilgili düzenleme Sınırlar başlıklı TTK m.464/1'de yer almaktadır. Buna göre şarta bağlı olarak artırılan sermayenin toplam itibari değeri sermayenin yarısını aşamayacaktır. Şarta bağlı sermaye artırımının üçüncü kişilerin davranışları neticesinde meydana gelmesi artırılacak miktarın sınırlandırılması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Madde gerekçesinde sermayenin organ kararı ile artırılabilir olması kuralının istisnasının sınıra bağlanmak zorunda olduğu yer almaktadır.¹² Bununla birlikte üçüncü kişiler tarafından sermayenin sınırsız olarak artırılamayacağı belirtilmektedir.¹³

Sermaye artırımını gerçekleştiren hak sahiplerinin sorumluluğu bulunmamaktadır.¹⁴ Üçüncü kişilerin sorumluluk olmadan sermaye artırımını gerçekleştirebilmelerinin sınıra bağlanmasının pay sahiplerine ve mali menfaatlerine koruma sağlamanın yanında şirketin yapısına yönelebilecek müdahaleleri de engelleyebileceği söylenebilir.¹⁵ Sermayenin artırılabilirliği tavanın belirlenmesi ile pay sahipleri paylarının sulanma miktarını tespiti mümkün hale gelmektedir.¹⁶

Hak sahiplerinin haklarını kullanmaları neticesinde sermayenin sınırsız artma ihtimaline karşın getirilen hükümde, sermayenin toplam itibari değerinin sermayenin yarısını aşamama değerlendirmesi yapılırken dikkate alınması gereken sermaye miktarının ne olması gerektiği incelenmelidir. Sermayenin yarısını aşamama hesaplamasında ticaret siciline tescil edilmiş sermaye göz önünde bulundurulacaktır.¹⁷

Ticaret siciline tescil edilmiş sermayenin dikkate alınıyor olmasının birden çok sebebi mevcuttur. Buna göre sermaye kavramından anlaşılması gerekenin ticaret siciline tescil edilmiş esas sermaye olması ge-

[10] Kaya, s.81-83.

[11] Güçlü, Hamide Merve. *Anonim Şirketlerde Şartlı Sermaye Artırımı*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s.82.

[12] TTK m.464 gerekçe.

[13] TTK m.464 gerekçe.

[14] Saraç, s. 83

[15] Saraç, s.83.

[16] Demir, Koray. *Özel Esas Sözleşme Değişiklikleri: Şarta Bağlı Sermaye Artırımı ve Esas Sermayenin Azaltılması (TTK m. 463-475)*, 1. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s.40.

[17] Saraç, s.86, Biçer, s.129, Güçlü, s.107.

rektiği, tescil edilmiş sermayenin kesinleşmiş kabul edildiği, şirket tarafından kontrol edilebilir olduğu söylenebilir.¹⁸ Bu kapsamda şarta bağlı sermaye artırımının gerçekleştiği durumda hak sahiplerinin haklarını kullanmaları neticesinde bankaya yatırılan pay bedellerinin banka tarafından kontrol edilmesinin de tescil edilmiş sermaye olarak hesaplamada kabul edilemeyeceği, bankanın hata yapma ihtimalinin sonradan ortaya çıkıyor oluşu sorumluluğunu doğurmakla birlikte sermayenin belirlenenden fazla artışına sebep olabilecektir.¹⁹ Bankanın sermaye miktarında hata yapması ihtimali ile pay sahipleri kar payı alma hakkı, oy hakkı gibi yönlerden zarara uğrama tehlikesi ile karşı karşıya kalacaktır.²⁰ Şarta bağlı sermaye artırımında oran belirlenirken genel kurul kararının alındığı tarihteki sermayenin esas alınması gerekmektedir.²¹

Şarta bağlı sermaye artırımını kararının alındığı genel kurul toplantısında veya daha öncesinde sermaye artırımı gerçekleştirilmişse henüz tescil edilmemiş sermaye miktarının hesaplamada dikkate alınmaması gerektiği zira TTK m. 456 gereğince sermaye artırımını kararının verildiği tarihten itibaren üç ay içerisinde tescil edilmemesi halinde geçersiz hale geleceği söylenebilir.²² Tescil edilmemiş sermayenin hesaplamada dikkate alınmaması ile aslında sermaye tavanının etkisiz hale getirilmesini engellemeye yönelik girişimlerin önüne geçilmiş olacaktır.²³ Ticaret siciline tescilin kurucu niteliği önem arz etmektedir.

Şarta bağlı sermaye artırımından önce kayıtlı sermaye sistemine göre sermaye artırımı gerçekleştirilmiş ise hesaplamada dikkate alınacak miktar kayıtlı sermaye sistemine göre çıkarılmış sermaye olacaktır.²⁴ Kayıtlı sermaye sistemine göre sermaye artırımını gerçekleşmesi halinin ardından son olarak şarta bağlı sermaye artırımından önce şarta bağlı sermaye artırımının varlığı hali incelenmelidir. Bu durumda hesaplamada dikkate alınması gereken miktar sermayenin değişen durumu gereği hesap dönemi sonunda tescil edilendir.²⁵ Çünkü değiştirme ve alım hakkı sahiplerinin haklarını kullanmasıyla artan sermaye ile tescil edilen sermaye birbirinden farklı olacaktır.²⁶

Şarta bağlı sermaye artırımından sonra sermaye azaltılması yoluna gidildiğinde azaltılmış sermayenin dikkate alınması ya da alınmaması hu-

[18] Saraç, s.86-87.

[19] Saraç, s.86-87.

[20] Saraç, s.87.

[21] Saraç, s.85, Biçer, s.129.

[22] Demir, s.40-41.

[23] Demir, s.41.

[24] Biçer, Levent. *Anonim Şirketlerde Şartlı Sermaye*,1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2010, s.129. Güçlü, s.107.

[25] Biçer, s.129.

[26] Güçlü, s.107.

susunda farklı görüşler mevcuttur. Şarta bağlı sermaye artırımının özellikleri ve amacı göz önünde bulundurulduğunda genel kurul kararının verildiği tarihteki ticaret siciline tescil edilen sermayenin dikkate alınması sebebiyle sermaye azaltılmasından etkilenmemesi gerektiği, etkileyeceğinin kabulü halinde hak sahiplerinin haklarını elde edememe ihtimali ve hukuki güvenlik konusunda sorun oluşturabileceği belirtilmektedir.²⁷ Bununla birlikte şarta bağlı sermaye artırımının ardından sermaye azaltılması halinde bu oranın dikkate alınarak şarta bağlı sermayenin azaltılması yoluna gidilmesi gerektiği, pay sahiplerinin paylarının da bu sayede sulanmaya karşı korunabileceği de bir diğer görüştür.²⁸

Şarta bağlı sermaye artırımında genel kurulun tescil edilen sermayenin yarısını aşamaması, ancak bu sınırlar dahilinde istediği belirlemeyi yapabilmesi mümkünken asgari miktar ile ilgili bir düzenlemenin mevcut değildir.²⁹

TTK 464/2'de ise ödeme hususu ile ilgili bir düzenleme mevcuttur. Yapılan ödemenin en az nominal değere eşit olması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Madde gerekçesinde hükmün sermayenin korunması ilkesi gereği öngörüldüğü yer almaktadır. Değiştirme ve alım hakkı sahipleri pay bedellerinin tamamını ödemeleri sayesinde ihraç edilen pay senetlerinden iktisap etme hakkına sahip olacaklardır.³⁰ Nominal değer altında ödeme kabul edilmezken üzerinde ödemenin yapılabilmesi mümkündür.³¹ Şirketin bankada yer alan hesabına yatırılmak suretiyle gerçekleşen ödeme, banka tarafından gerekli kontrollerin yapılması üzerine şirkete alacak olarak kaydedilmektedir.³²

Ödeme hususunda pay bedellerinin taahhüt edilmesi ve dörtte birinin ödenmesi şeklindeki uygulama şarta bağlı sermaye artırımında yer bulmamakta, pay bedellerinin tamamının ödenmesi gerekmektedir.³³ Bununla birlikte pay bedellerinin tamamen ödenmesi gerekmekte iken sermayeye oranla önemli sayılmayan tutarların ödenmemiş olması şarta bağlı sermaye artırımını engellemeyecektir.³⁴

AYIN İLE İFA YASAĞI

Şarta bağlı sermaye artırımına ilişkin ilkeleri düzenleyen TTK m.463/2'de sermayenin değiştirme ve alım hakkının kullanıldığı ve

[27] Saraç, s.94, Biçer, s.130.

[28] Demir, s.41.

[29] Aras, Cevdet. *Anonim Şirketlerde Şarta Bağlı Sermaye Artırımı*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırkkale 2017, s.63.

[30] Saraç, s.299.

[31] Demir, s.42.

[32] Saraç, s.300.

[33] Saraç, s.95.

[34] Saraç, s.95.

sermaye borcunun takas veya ödeme yoluyla yerine getirildiği anda ölçüde kendiliğinden artacağı hükmü bulunmaktadır. Maddenin gerekçesinde pay senedinin bedelinin değiştirme hakkının kullanıldığı anda takas yoluyla ödeneceği, alım hakkı içinse pay bedelinin alma hakkı sahibi tarafından nakden ödeneceği, bu pay senetlerinin ayın karşılığı çıkarılamayacağı belirtilmektedir.³⁵ TTK m.468/2’de ise taahhüdün ifasının para yatırılması veya takas yoluyla bir mevduat veya katılım bankası aracılığıyla gerçekleştirileceği düzenlenmektedir.

Şarta bağlı sermaye artırımında ayın ile ifanın mümkün olmadığı görülmektedir.³⁶ Aynı ödeme şarta bağlı sermaye artırımının doğası ile uyumlu ve yeterince güvenli olmaması sebebiyle kabul edilmemektedir. Güvenli kabul edilmeme hususu esasen sermaye borcunun ifası için nakden veya takas ile ödemeye kıyasla riskli sayılabilecek aynı sermayenin yerine getirilmesinde karşımıza çıkmaktadır.³⁷

Ayın ile ifanın kabul edilmemiş olmasının nakdi veya takas ile ödemeye kıyasla aynı ödemenin yerine getirilmesinde ve değer denetlenmesinde karşılaşılabilecek zorluklar sebebiyle olduğu belirtilmektedir.³⁸ Şirketlere aynı sermayenin getirilebilmesi ve değerlemesine ilişkin sürecin düzenli yürütülebilmesi için kanunda birçok düzenleme bulunmaktadır ancak hükümlerin uygulanması şarta bağlı sermaye artırımının niteliklerine uygun düşmemektedir.³⁹

ZAMANSAL SINIRLAMA OLMAMASI

Esas ve kayıtlı sermaye sisteminde sermaye artırımına ilişkin genel kurul veya yönetim kurulu kararı karar tarihinden itibaren üç ay içerisinde tescil edilemediği takdirde TTK m.456/3 gereğince alınan karar veya izin geçersiz hale gelecektir. TTK m.460/1’de halka açık olmayan anonim şirketler için kayıtlı sermaye artırımında yönetim kurulunun en fazla beş yıl için yetkilendirilebileceği düzenlenmektedir. Şarta bağlı sermaye artırımına ilişkin düzenlemelere bakıldığında ise zamansal açıdan bir sınırlama olmadığı görülmektedir.⁴⁰

Zamansal sınırlama bulunmaması sayesinde yönetim kurulu yetkisini şirket ve piyasalar için sermaye artırımına en uygun olan zamanda kullanma imkanına sahip olmasının yanında zamana yayılan bir süreç yürütebilecektir.⁴¹ Yönetim kurulunun zaman sınırlamasına bağlı halde

[35] TTK m.463 gerekçe.

[36] Biçer, s.130, Kaya, s.132.

[37] Biçer, s.205.

[38] Biçer, s.130.

[39] Biçer, s.130.

[40] Saraç, s.35.

[41] Saraç, s.95.

hareket ettiği düşünüldüğünde şirket için uygun olmayan bir zamanda sermaye artırımı yapması gerekmekte ise artırımından kaçınma yoluna dahi gidebilecektir.⁴² Şarta bağlı sermaye artırımının amacı da göz önünde bulundurulduğunda yönetim kurulunun zaman konusunda gereken esnekliğe sahip olması daha anlaşılır hale gelmektedir.⁴³ Ancak esas sözleşme hükmü ile kanunda yer almayan zamansal sınırlamanın şarta bağlı sermaye artırımında da uygulanması mümkündür.⁴⁴ Genel kurul tarafından öngörülecek süre sınırlamasının kullanım amacına yönelik olması da mümkündür.⁴⁵

SONUÇ

Şarta bağlı sermaye artırımı bünyesinde kendine has özellikler barındırmaktadır. Değiştirme ve alım hakkı sahiplerinin haklarını kullanmasına şarta bağlanan sermaye artırımı sistemi şirkete ve hak sahiplerine birçok avantaj sağlamaktadır.⁴⁶ Şirketin ihtiyaç duyduğu sermayeyi temin etmesi noktasında esnekliğe sahip olmasının yanında hak sahipleri de haklarını güven içerisinde kullanabilmektedir.⁴⁷ Şarta bağlı sermaye artırımının sınırlandırılması ile esasen tarafların menfaatlerinin korunması amaçlanmaktadır.

Getirilen düzenlemeler ile sermaye artırımına katılabilecek kişiler sınırlandırılmıştır. Çalışanların şirkette pay sahibi olmalarının sağlanması motivasyon ve verimlilik açısından şirkete katkı sunacaktır. Üçüncü kişilerin haklarını kullanmasına bağlı olarak artan sermayenin ulaşabileceği azami sınırın belirlenmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Bu sayede pay sahipleri paylarının sulanabileceği miktarı da belirleme şansına sahip olmaktadır.

Ödemenin en az nominal değere eşit olması gerektiği hükmü de sınırlamalar başlığı içerisinde yer almaktadır. Şarta bağlı sermaye artırımında aynı ifanın kabul edilmemesi amaç ve niteliklerine uygun düşmemesi ile ilgilidir. Diğer sermaye artırımı sistemlerinden farklı olarak zamansal sınırlama öngörülmemesi sayesinde yönetim kurulunun ihtiyaç duyduğu anda pay senedi ihraç edebilmesine olanak sağlanmıştır. Şarta bağlı sermaye artırımı ile şirketler ticari hayatın değişen durumuna daha hızlı bir şekilde uyum sağlayarak sermaye artırımı gerçekleştirebileceklerdir. Sınırlamalar sayesinde hak sahipleri ve şirket menfaatleri korunmuş olacaktır.

[42] Saraç, s.96.

[43] Saraç, s.96.

[44] Saraç, s.96.

[45] Biçer, s.138.

[46] Saraç, s.31.

[47] Saraç, s.31.

KAYNAKÇA

- Aras, Cevdet. *Anonim Şirketlerde Şarta Bağlı Sermaye Artırımı*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2017
- Biçer, Levent. *Anonim Şirketlerde Şartlı Sermaye*, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2010
- Demir, Koray. *Özel Esas Sözleşme Değişiklikleri: Şarta Bağlı Sermaye Artırımı ve Esas Sermayenin Azaltılması (TTK m. 463-475)*, 1. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020
- Güçlü, Hamide Merve. *Anonim Şirketlerde Şartlı Sermaye Artırımı*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2022
- Kaya, Mustafa İsmail. *Şartlı Sermaye Artırımı*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022
- Saraç, Tahir. *Anonim Şirketlerde Şarta Bağlı Sermaye Artırımı*, 1. Baskı, Asil Yayın Dağıtım, Ankara 2009.

BANKA YÖNETİM KURULU ÜYESİNİN KREDİ YASAĞI İSTİSNASI "NİTELİKLİ PAY SAHİBİ OLMA" KOŞULUNUN BANKA VE TİCARET HUKUKU BOYUTUYLA İNCELENMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Buket ÇATAKOĞLU AYDIN

Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

ORC-ID: 0000-0002-5035-6908

buketcatakoglu@nevsehir.edu.tr.

ÖZET

5411 sayılı Bankacılık Kanunu, yönetim kurulu üyelerinin konumlarını ve güçlerini bankayı zarara uğratacak yönde kullanmalarını önlemek adına, kredi yasağı öngörmüştür. Zira Bankacılık Kanunu uyarınca kredi açma yetkisi banka yönetim kuruluna aittir. Bu yetkinin kötüye kullanımı halinde, banka kaynaklarının yönetim kurulu üyeleri ile onlarla ilişkili taraflara aktarılması; bu suretle banka malvarlığının zarara uğratılması tehlikesi söz konusudur. Bu nedenle banka yönetim kurulu üyeleri ile kanunda sayılan yakınlarına ve belirlenen oranda sermayesine sahip oldukları şirketlere kredi verilmesi yasaklanmıştır (m.50/1). Bu düzenleme ile yönetim kurulu üyesinin farklı bir bankadan kredi kullanmasının engellenmesi ise söz konusu değildir. Ancak hükmün devamında bu yasağın istisnası düzenlenmiş, banka sermayesinde doğrudan veya dolaylı bir şekilde "nitelikli pay sahipliği" bulunan gerçek ve tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olmaları durumunda, kredi yasağının uygulanmayacağı belirtilmiştir (m.50/2). Bu istisnai düzenleme ile banka yönetim kurulunda yer alan ve "nitelikli pay sahibi" koşullarını sağlayan ortakların, banka yönetiminden "kredi yasağı" nedeniyle uzaklaşmalarını önleme amacı güdüldüğü ifade edilmektedir. Dolayısıyla istisnanın sadece "nitelikli pay sahibi" sıfatı taşıyan yönetim kurulu üyeleri için cari olacağı, kanunda yasak kapsamında sayılan yakınları ile ortağı oldukları şirketlerin yasak kapsamından çıkmaması gerektiği kanaatindeyiz.

Banka yönetim kurulu üyesi için söz konusu kredi yasağı, ancak nitelikli pay sahibi olması durumunda uygulanmaz iken; hükmün Türk Ticaret Kanunu (TTK)'ndaki karşılığını oluşturan borçlanma yasağının düzenlendiği m.395/2 ile farklı bir yol izlenmiştir. Bu hükme göre yönetim kurulu üyesi veya yakınının "sermaye veya oy haklarının belirli bir

oranına sahip ya da yönetim kuruluna üye belirleme imtiyazı sağlayan” nitelikli pay sahibi olması gerekmeksizin yasak kapsamı dışına çıkması mümkündür. Sadece sembolik düzeyde paya sahip olması yeterlidir. Kanaatimizce banka kaynaklarının yönetici suiistimaline karşı korunması için öngörülen kredi yasağı ile anonim şirket yönetim kurulu üyeleri için TTK m.395’te düzenlenen borçlanma yasağı aynı amacı taşımaktadır. Ancak anonim şirket yönetim kurulu üyeleri için yasağın dolanılmasına yol açacak istisnai düzenlemenin (m.395/2), Bankacılık Kanunu’ndaki gibi “nitelikli pay sahibi olma” koşuluna bağlanması daha isabetli olurdu. Biz burada pay sahibi olup olmadığına bakılmaksızın tüm yönetim kurulu üyelerinin şirkete borçlanmasını yasaklamak yerine, banka yönetim kurulu üyeleri için öngörülen düzenlemenin örnek alınmasının yararlı olacağı inancındayız. Böylece nitelikli veya hakim ortakların şirket verimliliğine yönetici sıfatıyla sağlayacağı avantajlardan feragat edilmeyecektir. Ancak sembolik devirlerle şirket kaynaklarının zarara uğratılmaması adına, kredi ve borçlanma yasağı istisnası olarak öngörülmesini önerdiğimiz “nitelikli pay sahibi olma” koşulunda, örneğin payın devralınması ile kredi veya borçlanma tarihi arasında ve sonrasında belirli bir süre geçmesi gibi ek kriterler belirlenmesi, bunlara aykırılığın ise yaptırıma bağlanması yararlı olacaktır düşüncesindeyiz.

Anahtar Kelimeler: Banka yönetim kurulu üyesi, Kredi yasağı, Nitelikli pay sahibi, Risk grubu, Anonim şirkete borçlanma yasağı

THE CONDITION OF “BEING A QUALIFIED SHAREHOLDER” AS AN EXCEPTION TO THE LOAN PROHIBITION FOR A BANK BOARD MEMBER AND ITS ANALYSIS IN TERMS OF BANKING AND COMMERCIAL LAW

ABSTRACT

Banking Law No. 5411 stipulates a loan prohibition in order to prevent the members of the board of directors from using their position and power to the detriment of the bank. Pursuant to the Banking Law, the authority to grant loans belongs to the board of directors of the bank. In case of abuse of this authority, there is a danger of transferring the bank’s resources to the members of the board of directors and their related parties, thereby causing damage to the bank’s assets. For this reason, it is prohibited to grant loans to the members of the board of directors of the bank and their relatives listed in the law, as well as to the companies in which they hold a certain percentage of capital (Art. 50/1). This provision does not prevent a member of the board of directors from obtaining a loan from a different bank. However, an exception to this prohibition is regulated in the rest of the provision, and it is stated that the prohibition of loans shall not apply in the event that natural and legal persons who directly or indirectly hold “qualified shareholding” in the bank’s capital are members of the board of directors (Art. 50/2). It is stated that this exceptional provision aims to prevent shareholders who are members of the bank’s board of directors and meet the conditions of “qualified shareholders” from being removed from the bank’s management due to the “credit ban”. Therefore, we are of the opinion that the exception will only apply to the members of the board of directors who are “qualified shareholders” and that their relatives and the companies in which they are shareholders should not be excluded from the scope of the prohibition.

While the loan prohibition is not applicable to a member of the board of directors of a bank only if he/she is a qualified shareholder, Article 395/2 of the Turkish Commercial Code (TCC), which regulates the prohibition of borrowing, follows a different path. According to this provision, “it is possible for a board member or his/her relative to fall outside the scope of the prohibition without being a qualified shareholder who holds a

certain percentage of the capital or voting rights or has the privilege to appoint members to the board of directors”. It is sufficient to hold only symbolic shares. In our opinion, the loan prohibition foreseen for the protection of bank resources against executive misconduct and the borrowing prohibition regulated under Art. 395 TCC for the members of the board of directors of joint stock companies have the same purpose. However, it would have been more appropriate if the exceptional provision that would lead to circumvention of the prohibition for the members of the board of directors of joint stock companies (Art. 395/2) was linked to the condition of “being a qualified shareholder” as in the Banking Law. We believe that instead of prohibiting all members of the board of directors, regardless of whether they are shareholders or not, it would be beneficial to take the regulation foreseen for the members of the board of directors of banks as an example. Thus, the advantages that qualified or controlling shareholders will provide to the efficiency of the company as managers will not be waived. However, in order to prevent the loss of company resources through symbolic transfers, it would be useful to set additional criteria in the “qualified shareholder” condition, which we propose to be stipulated as an exception to the prohibition of loans and borrowings, such as a certain period of time between and after the acquisition of the share and the date of the loan or borrowing, and to sanction the violation of these criteria.

Keywords: Bank board member, Loan prohibition, Qualified shareholder, Risk group, Prohibition of borrowing to joint stock company

GİRİŞ

Tasarruf sahipleri ile fon ihtiyacı duyan reel sektör arasında aracılık rolünü üstlenerek üretim, yatırım, istihdam başta olmak üzere ekonomik yaşamın lokomotifi konumunda olan bankalar, anonim şirket şeklinde teşkilatlanmak zorundadır. Fakat ekonomide üstlendikleri bu kilit vazife nedeniyle bankalar ve bankacılık sektörü özel bir mevzuata tabidir. Bu özel düzenlemeler içinde en başta kuşkusuz 5411 sayılı Bankacılık Kanunu (Bank. K.) gelmektedir. Bu Kanun uyarınca, bankaların ana faaliyet konularından biri olan kredi açma yetkisi yönetim kuruluna verilmiş, ancak bu yetkinin kötüye kullanılıp banka varlıklarının yönetim kurulu üyelerine veya onlarla bağlantılı kimselere aktarılmasını önlemek adına bazı önlemler alınmıştır¹. Bu kapsamda Bank. K.'da yer verilen özel bir hüküm ile banka yönetim kurulu üyelerine, bazı yakınlarına ve ortaklıklarının bulunduğu şirketlere kredi kullandırılması yasaklanmıştır (m.50/1). Fakat hükmün devamında bu yasağa istisna getirilmiş, banka sermayesinde doğrudan veya dolaylı olsun “nitelikli pay sahipliği” bulunan gerçek ve tüzel kişi yönetim kurulu üyelerine kredi yasağının uygulanmayacağı belirtilmiştir (m.50/2).

Banka yönetim kurulu üyesi için söz konusu kredi yasağı, ancak nitelikli pay sahibi olması durumunda uygulanmaz iken; hükmün Türk Ticaret Kanunu (TTK)'ndaki karşılığını oluşturan borçlanma yasağının düzenlendiği m.395/2 ile farklı bir yol izlenmiştir. İlgili düzenlemeye göre, anonim şirket yönetim kurulu üyesinin veya yakınının “sermaye veya oy haklarının belirli bir oranına sahip ya da yönetim kuruluna üye belirleme imtiyazı sağlayan” nitelikli pay sahibi olması gerekmez yasak kapsamı dışına çıkması mümkündür. Sembolik düzeyde de olsa pay sahibi olması yeterlidir. Çalışmamız, banka ve ticaret hukuku bakımından aynı amacı taşıyan kredi ve borçlanma yasağı düzenlemesindeki istisna hükmünün farklılığına dikkat çekmeyi ve anonim şirket yönetim kurulu üyeleri için yasağın dolanılmasına yol açacak istisnai düzenlemenin (m.395/2), Bank. K.'daki gibi “nitelikli pay sahibi olma” koşuluna bağlanması düşüncesini temellendirmeyi hedeflemiştir.

BANKACILIK SEKTÖRÜNDE KREDİ / BORÇLANMA YASAĞI

Genel Olarak

Bankacılık sektöründe kredi/borçlanma yasağı, bu alana ilişkin ilk kanun metinlerinden bu yana kendisine düzenleme yeri bulmuş konulardan biridir. 5411 sayılı Bank. K. da kredi yasağı düzenlemesini içermek-

[1] Özdamar, Mehmet / Doğan, İlker. “Banka Anonim Şirketi Yönetim Kurulu Üyelerinin Borçlanma Yasağı”, *Bankacılar Dergisi*, S.86, 2013, s.4.

tedir². Kanun koyucu, konumları gereği sahip oldukları gücü kullanarak bankayı zarara sokma tehlikesi olan yönetim kurulu üyelerine, onların Kanun'da sayılan yakınlarına ve ortağı oldukları bazı şirketlere kredi kullandırılmasını yasaklamaktadır (Bank. K. m.50/1). Ancak burada getirilen yasağın bir bankanın kendi yönetim kurulu üyesi için söz konusu olduğunu, yasak kapsamındaki kişilerin başka bankalardan kredi kullanımının önünde yasal engel olmadığını belirtmek isteriz³.

Tek kişiden oluşan anonim şirket yönetim kurulunu kabul eden kanun koyucu (TTK m.359), banka yönetim kurulları bakımından bu sayıyı beş olarak tespit etmiştir. Bank. K. uyarınca banka yönetim kurulu üye sayısı, genel müdür dahil, asgari beş kişi olmalıdır (m.23/1). İşte anılan bu “yönetim kurulu üyelerine, genel müdüre, genel müdür yardımcılara ve kredi açmaya yetkili mensuplarına; bunların eş ve velâyet altındaki çocuklarına; tek başlarına ya da birlikte sermayesinin yüzde yirmibeş veya fazlasına sahip oldukları ortaklıklara” bankaların kredi kullandıramayacağı kabul edilmiştir (Bank. K. m.50/1). Görüleceği üzere hükümde dolaylı pay sahipliği ifadesine yer verilmediğinden, % 25’lik oran tespit edilirken sadece doğrudan sahip olunan payların dikkate alınması gerekecektir⁴. Bu durumu bir örnekle açıklayacak olursak; bir bankanın yönetim kurulu üyesi olan (A)’nın % 100’üne sahip olduğu (B) Anonim Şirketi (A.Ş.)’ne kredi kullandıramayacak; fakat (A)’nın % 20’sine, (B) A.Ş.’nin de % 80’ine sahip olduğu (C) A.Ş.’nin bankadan kredi kullanımını mümkün olacaktır. Çünkü burada (A)’nın (C) A.Ş.’deki dolaylı pay sahipliği ile birlikte pay oranı % 100 olmasına rağmen, doğrudan pay sahipliği oranı sadece % 20’de kalmaktadır⁵.

Yasağın Kapsamına Giren ve Girmeyen İşlemler

Bankacılık uygulamasında “borçlanma” ya da “borçlandırma” işlemi kredi olarak tanımlanır ve ne tür işlemlerin kredi olarak kabul edileceği Bank. K. m.48’de düzenlenmiştir⁶. Bu bağlamda bankalar, kredi yasağı kapsamındaki kişilere “.....her ne şekil ve surette olursa olsun nakdî ve gayrinakdî kredi veremez, tahvil ya da benzeri menkul kıymetlerini satın alamazlar” (Bank. K. m.50/1).

[2] Bora, Sevda. *Sermaye Şirketlerinde Şirkete Borçlanma Yasağı*, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (SBE), İstanbul, 2016, s.102-105.

[3] Özdamar / Doğan, s.12.

[4] Alıcı, Yaşar. *Bankacılık Kanunu Şerhi*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007, s.534; Reisoğlu, Seza. *Bankacılık Kanunu Şerhi*, C.I, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2007, s.651.

[5] Özdamar / Doğan, s.13.

[6] Bank. K. m.48’de bankalar tarafından verilen nakdi krediler dışında, teminat mektupları, kefalet, aval, ciro ve kabul gibi gayrinakdi krediler, satın alınan sermaye piyasası araçları ve farklı şekillerde dahi olsa verilen ödünçler gibi pek çok işlem türünün kredi sayıldığı görülmektedir. Ayrıca Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu (BDDK)’na, bu maddede sayılmayan başka işlemleri de kredi olarak belirleme yetkisi tanınmıştır.

Kanunda ayrıca “bir bankanın ortaklıklarının yönetim ve denetim kurullarında bulunan kimselerin aynı zamanda ilgili bankanın mensubu olmasının, bu ortaklıkların ilgili banka ile işlem yapmasına engel” olmadığı hükme bağlanmıştır (Bank. K. m. 50/3). Banka ortaklıkları bakımından yasaklayıcı hüküm bulunmadığından, bu tür kredi işlemlerinin yasak kapsamında düşünülmemesi gerekir. Yine kanun koyucunun kredi yasağı getirilmesine etken olan sebeplerin bulunmadığını varsaydığı bazı işlemleri de kredi kullanım yasağına dahil etmediği görülmektedir. Buna göre “bir bankanın yönetim kurulu üyeleri ile bunların eşlerine ve velayet altındaki çocuklarına, aylık net ücretleri toplamının beş katını aşmamak üzere verilecek krediler ile üç katını aşmamak üzere çek karnesi veya kredi kartı verilmesi” yasak kapsamında değildir (Bank. K. m.50/5). Esasında bankaca verilen çek karnesi veya kredi kartı, gayrinakdi kredi işlemi niteliğindedir. Ancak kanun koyucu anılan iki tür kredi işlemi için ek bir limit öngördüğünden, “beş ve üç katlık limitlerin yasal sınırlamalara uyularak ayrı ayrı kullanılması yoluyla, toplamda yönetim kurulu üyesinin aylık net ücretinin sekiz katına kadar kredi kullanılması” mümkün hale getirilmiştir⁷.

Kredi niteliğinde sayılmayan hukuki işlemler sonucunda oluşacak borçlanmalar ise Bank. K. ile düzenlenen yasak kapsamına girmeyecektir⁸. Ancak bu halde söz konusu borçlanma işlemleri, genel düzenleme niteliğindeki TTK m.395 hükmü çerçevesinde değerlendirilmelidir⁹.

Yasağın İstisnası “Nitelikli Pay Sahibi Olma” Ölçütü

Genel Olarak

Kanun’da kredi yasağının “yönetim kurulu üyeliklerinde aslen bulunan veya temsilci bulunduran ve banka sermayesinde doğrudan veya dolaylı olarak nitelikli paya sahip olan gerçek kişi ortaklar ile tüzel kişi ortaklar hakkında uygulanmayacağı” düzenlenmiştir (Bank. K. m.50/2). Yani banka yönetim kurulu üyeleri aynı zamanda nitelikli pay sahibi sıfatına sahipse, bankadan kredi kullanabileceklerdir. Doktrinde kanun koyucunun bu tür bir istisnai düzenleme ile, banka ortaklarının kredi yasağı dolayısıyla banka yönetiminden uzaklaşmalarını önlemeyi amaçladığı ifade edilmiştir¹⁰. Kanımızca da doktrinde ileri sürülen bu sebep haklı bir gerekçe olarak yorumlanmalıdır. Zira banka sermayesinde sahip olduğu pay oranı ile veya imtiyazlı payları nedeniyle yönetim kuruluna

[7] Alıcı, s.538; Reisoğlu, s.660.

[8] Özdamar / Doğan, s.15.

[9] Demirci, Ebru. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı*, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, Ankara, 2018, s.158.

[10] Battal, Ahmet. *Bankacılık Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s.210; Alıcı, s.534; Reisoğlu, s.653; Tekinalp, Ünal. Ünal Tekinalp’in Banka Hukukunun Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s.231.

üye belirleme hakkına sahip olarak belli bir gücü elinde tutan nitelikli pay sahibi yöneticiler, kredi yasağına tabi sıradan yönetim kurulu üyelerinden farklı saikler taşır. Nitelikli pay sahibi sıfatını taşıyan yönetim kurulu üyeleri ile banka arasındaki aidiyet ilişkisi apaçık ortadadır. Bu durumun yansımaları, anılan sığata sahip yönetim kurulu üyelerinin banka kârlılığını ve verimliliğini diğere üyelere nazaran daha çok önemsemeleri olarak gözlemlenir. Bu türlü bir motivasyona sahip yöneticileri kredi yasağına tabi tutmak, onları deyim yerindeyse oyun dışına atmak şeklinde de düşünülebilir.

Yukarıda banka yönetim kurulu üyelerinin kredi yasağı için öngörülen istisnaların, çalışmamızın diğere ayağını oluşturan anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin borçlanma yasağının düzenlendiğı TTK hükümlerinin aksine, bankalar bakımından sadece “nitelikli pay sahibi” yöneticiler için öngörüldüğünü tekrar hatırlatmak icap eder. Yani bankada pay sahibi olan ancak “nitelikli pay sahibi” ölçütünü karşılamayan yönetim kurulu üyeleri için kredi kullandırma yasağı cari olacaktır.

Kredi yasağı istisnasının düzenlendiğı Bank. K. m.50/2 hükmünde esasen iki grup kişiden bahsedilmektedir. Birincisi, banka sermayesinde nitelikli paya sahip olup yönetim kurulu üyeliğinde aslen bulunan gerçek kişiler; ikincisi de yine yönetim kurulu üyeliğinde aslen yer alıp banka sermayesinde nitelikli paya sahip tüzel kişilerdir. Hükümdeki “temsilci bulunduran” ifadesi¹¹, 6102 sayılı TTK ile tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olabileceklerinin düzenlenmesiyle anlamsız hale gelmiştir¹². İstisnaların sadece yönetim kurulu üyeleri için mi yoksa eş, velayet altındaki çocuklar ile % 25'ine sahip olunan ortaklıklar için de cari olup olmayacağı hususunda doktrinde görüş ayrılığı vardır. Bir görüş, anılan kişi ve ortaklıkların yönetim kurulu üyesi dolayısıyla yasak kapsamına girdiğini ve bu nedenle eğer yönetim kurulu üyesi nitelikli pay sahibi ise, eşinin, velayet altındaki çocuğunun ve % 25'ine sahip olduğu ortaklıkların da

[11] 6762 sayılı mülga TTK (eski TTK/ eTTK) m.312/2 hükmünde düzenlenen “tüzel kişinin anonim şirket yönetim kurulu üyesi olamayacağı” durumu, 6102 sayılı TTK m.359 hükmü ile ortadan kalkmıştır. Böylece eTTK'daki “tüzel kişinin yerine onun temsilcisinin yönetim kurulu üyesi seçildiğı” sistem terk edilmiştir. Bankalar açısından da “tüzel kişi temsilcisi gerçek kişinin yönetim kurulu üyesi seçilemeyeceğinin” kabulü gerekir. Zira Bank. K. m.2/son hükmü gereğince, bu Kanun'da düzenleme bulunmadığında genel hükümler uygulanacaktır. Bank. K. m.7/1-a uyarınca bankaların anonim şirket şeklinde kurulması gerekliliğı karşısında, genel hükümlerin öncelikli olarak TTK'nın anonim şirketlere ilişkin hükümleri olarak anlaşılması icap eder. Dolayısıyla Bank. K.'da tüzel kişilerin yönetim kurulu üyeliğı ayrıca ve açıkça yasaklanmadığından, TTK m.359 hükmü banka yönetim kurulu üyeliğı için de dikkate alınmalı ve tüzel kişilerin -temsilcilerinin değil doğrudan banka yönetim kurulu üyesi olabileceğı kabul edilmelidir (Can, Mehmet Çelebi. “Banka Yönetim Kurulu Üyesi Olarak Tüzel Kişi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.20, S.1, 2016, s.29 vd.). Ancak BDDK, 20.09.2012 tarihinde “tüzel kişilerin banka yönetim kurulu üyesi olamayacağına” ilişkin bir karar vermiştir (4945 sayılı Karar). Kanaatimizce de BDDK kararı ile ortaya çıkan bu uygulamanın yasal gerekçesi bulunmamaktadır. Kurul kararının hukuki bakımdan eleştirisine dair detaylı bilgi için bkz. Can, s.51 vd.

[12] Özdamar / Doğan, s.13; Demirci, s.159.

onunla birlikte yasak kapsamından çıkması gerektiğini savunmaktadır¹³. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, istisna yalnızca bankanın nitelikli pay sahibi olan yönetim kurulu üyeleri için getirilmiştir. Bu kişilerin “eşleri, velayet altındaki çocukları ile sermayesinin en az % 25’ine sahip oldukları ortaklıklar için kredi yasağının devam ettiği” kabul edilmelidir¹⁴.

Nitelikli Pay Sahipliği Kısıtları

Nitelikli pay Bank. K. m.3’te, “*bir ortaklığın sermayesinin veya oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde on veya daha fazlasını teşkil eden paylar ile bu oranın altında olsa dahi yönetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren paylar*” olarak tanımlanmıştır.

Banka yönetim kurulu üyeleri bu tanımda yer verilen “nitelikli pay sahipliği” için aranılan kısıtlara sahipse, Bank. K. m.50/1’de düzenlenen kredi kullanma yasağının kapsamı dışında kalacaklardır. Hükümde belirtildiği üzere nitelikli paya doğrudan veya dolaylı biçimde sahip olmak mümkündür. Bu durumu bir örnekle açıklamak gerekirse, (A) Bankası yönetim kurulu üyesi (B), (A) Bankasında % 15 pay sahibi ise doğrudan nitelikli pay sahibidir. (B)’nin bankadaki pay oranı % 8 ise nitelikli pay sahipliğinden söz edilemez. Fakat (B)’nin % 30 oranında payına sahip olduğu (C) anonim şirketi de (A) Bankasında % 30 paya sahipse; banka yönetim kurulu üyesi (B)’nin (A) Bankasında % 8’i doğrudan ve % 9’u da (C) şirketi dolayısıyla (dolaylı) olmak üzere (30 x % 30 = % 9) toplamda % 17 oranında pay sahipliği söz konusu olup “nitelikli pay sahipliği” kısıtını karşılamış olacaktır¹⁵.

Kanun koyucu bu tür payları elinde bulunduran ortakların, banka anonim ortaklığının yönetiminde diğer ortaklara kıyasen daha etkili olabileceğini öngörmüş ve bu nedenle “nitelikli pay” kavramına özel bir önem atfetmiştir¹⁶. Bu bağlamda nitelikli pay sahiplerinin birtakım şartlara sahip olması gerektiği hükmedilmiş; bankacılık sisteminin güven üzerine kurulu yapısına ters düşen, bankanın vizyonu ve misyonu çerçevesindeki faaliyetleri gerçekleştirme ehliyetine sahip olmayan ve bunu tamamlar nitelikte dürüstlük ve yeterliliği de taşımayan kişilerin banka ortağı olmasının engellenmesi amaçlanmıştır¹⁷. Nitekim Bank. K. m.18’de, “*nitelikli paya sahip ortakların kuruculara aranan nitelikleri*¹⁸ taşımak zo-

[13] Reisoğlu, s.654; Özdamar / Doğan, s.13.

[14] Bora, s.110; Demirci, s.158.

[15] Demirci, s.159.

[16] Alıcı, s.80; Özdamar, Mehmet. “Türk Banka Hukukunda Nitelikli Pay Kavramı”, *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, C.3, 2009, s.720.

[17] Karamanlı, Kaan. *Banka Anonim Ortaklıklarında Hakimiyet ve 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu Kapsamında Hakimiyete Bağlanan Sonuçlar*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi SBE, İstanbul, 2022, s. 28.

[18] Bank. K. m.8’de “bankaların kurucu ortaklarının müflis olmama, konkordato ilan etmiş ol-

runda oldukları, aksi takdirde nitelikleri kaybetmeleri halinde söz konusu ortakların temettü dışındaki ortaklık haklarından yararlanamayacakları” hüküm altına alınmıştır.

Bu noktada belirtmemiz gerekir ki, nitelikli pay sahibi bir banka ortağının, yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme veya görevden alma gücü var ise, aynı zamanda hakim ortak sıfatı da bulunuyor demektir. Dolayısıyla nitelikli pay sahipliğine, banka anonim ortaklığının yönetim kuruluna üye belirleme imtiyazı veren paylarını elinde bulundurmamak suretiyle sahip olan ortağın, bankayı kontrol gücü bulunduğu söylenebilecektir¹⁹. Başka bir deyişle, nitelikli pay sahibi, “tek başına veya diğer ortaklarla beraber banka anonim ortaklığını kontrol ediyor konumda” ise, hakim ortak olarak da kabul edilecektir²⁰. Bu açıdan, hakimiyeti sağlayacak pay sahipliğinin, “amaçsal yönden” nitelikli paya sahip olmayı da kapsayacağı ve bundan ötürü nitelikli paylar için uygulanacak hükümlerin, hakimiyeti sağlayan paylar bakımından da uygulanması gerektiği yönünde görüş de doktrinde ileri sürülmektedir²¹. Çalışma konumuz bakımından kredi yasağı istisnasının tanındığı nitelikli pay sahibi kıstasının, hakim pay sahipliği kümesine her koşulda gireceği, zira “*hakimiyetin tesis edilmesine yol açan payların, nitelikli pay sahibi olmayı da kapsayacağı; amaçsal olması yönünden konulan çekincenin ise, nitelikli paya sahip olunmadan da hakim pay sahipliğinin olabileceği, ancak amaçsal açıdan kanun koyucunun belirli bir güce sonuç bağlaması nedeniyle nitelikli paya ilişkin hükümlerin hakimiyet bahşeden paya da uygulanması gerektiği görüşü*”²², ayrı bir tartışma konusu olmak gerekir. Çalışmamızın sınırı itibarıyla bu hususun detaylı değerlendirmesi yapılmamakla birlikte, hakim pay sahipliğindeki kontrol etkisinin nitelikli payda her zaman bulunmayabileceği görüşündeyiz.

mama, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’na (TMSF’ye) devredilmiş bankalarda nitelikli paya sahip olmama veya kontrolü elinde bulundurmama, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlar, kara para aklama, devletin şahsiyeti ve güvenliğine karşı suçlar ile vergi kaçakçılığı gibi detaylı biçimde sayılan pek çok suçlardan hükümlü olmama, gerekli mali güce ve itibara sahip olma, işin gerektirdiği dürüstlüğe ve yeterliliğe haiz olma” gibi şartları taşımaları hüküm altına alınmıştır.

[19] Özkurt, Aşşegül. *Bankacılık Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.165.

[20] Cengiz, Dilek. “Banka İşletmesi Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kuramının Uygulanmasına ve Bu Kuramın 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu Çerçevesindeki Normatif Görünümlerine İlişkin Tespitler ve Değerlendirmeler”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHFAD)*, C.23, S.1, 2017, s.404.

[21] Altay, Sıtkı Anlam. *Hukuki Açıdan Banka Anonim Ortaklığı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 32.

[22] Altay, s.32.

Banka Hukukunda Kredi Risk Grubu Olarak “Nitelikli Pay Sahipliği”

Banka Risk Grubu Bileşeni Olarak Nitelikli Pay Sahipleri

Bank. K.'da belirlenen kredi düzeni bakımından temel alınan kavram “risk”tir. Risk bir bankanın kredi vermek suretiyle veya diğer herhangi bir şekilde sorumluluk altına girdiği toplam yükten dolayı ortaya çıkan tehlike, şeklinde tanımlanabilir. Bankanın üstlendiği bu risk yükünü ve tehlikeyi dengeleyici karşı kavram ise özkaynak veya sermaye yeterliliğidir. Bir bankanın finansal sağlamlığı büyük ölçüde toplam kredi tutarı ile bağlantılıdır. Ancak tek parametre bu değildir. Kredi kullanan müşteri de değerlendirilmelidir. Kısacası kredi güvenliği özkaynak, sermaye yeterliliği rasyosu ve kredi kalitesi bağlamında tespit edilebilecek bir konudur. Ayrıca modern banka hukukunda risk kavramı, sadece özkaynak veya kredi müşterisinin kalitesi baz alınarak değil, ülke ve pazar riskleri ile konjonktürel riskler ve banka denetimi de dahil edilerek geniş bir perspektifte ele alınır²³.

Bu bağlamda Bank. K. kredi düzenini oluşturmada risk kavramını merkeze almış ve bankanın kredi faaliyetleri nedeniyle maruz kalabileceği riskler bakımından kredi sınırları ve yasaklarına ilişkin hükümler vaz etmiştir. Bunun için öncelikle hangi işlemlerin kredi sayılacağı Bank. K. m. 48/1'de, bankanın üstlendiği risk kavramının giderek kazandığı boyuta paralel olarak, oldukça geniş biçimde düzenlenmiştir. İşte bu şekilde geniş kapsamlı bir risk yaklaşımına bağlanan kredi düzeni bakımından Kanun, söz konusu bu risklerin izlenip denetlenmesi adına risk grupları belirlemiştir. Bu gruplar risklerin sınıflandırılması anlamına gelmeyip, yarattığı riskler yayılarak birbirlerini etkileyebilecek kişilerden oluşan kümeleri ifade etmektedir. Böylece bir işletme veya kişinin içine düşeceği ödeme güçlüğü ya da kötü yönetimin neden olduğu temerrüt durumunun, o kişinin içinde bulunduğu risk grubunu da etkileyeceği varsayımı Bank. K. tarafından normlaştırılmıştır²⁴.

Bank. K. anlamında “risk grubu”, kredi kullanan gerçek veya tüzel kişi müşterinin, aldığı krediyi ödeyemeyip temerrüde düşmesi durumunda etkileyebileceği, ödeme darboğazına sürükleyebileceği, takibe ve hatta iflase uğramasına yol açabileceği, garanti veya kefalet vermesi gibi nedenlerle ona hukuken bağlı bulunan kişiler çevresidir. Bank. K.'da anılan bu risk gruplarının oluşturulma nedeni, ödeme güçlüğü ve temerrüt durumlarının yarattığı sarsıntıdan etkilenebilecek diğer kişilere bankaca kredi verilmiş olmasıdır. Sözü edilen kişilerin almış oldukları kredileri

[23] Tekinalp, Ünal. “Bankacılık Kanunu’nun Kredi Düzeninin Merkez Kavramı Risk ile Bundan Doğan Sorumluluk Üzerine Notlar”, *Bankacılar Dergisi*, S.71, 2009, s.61-62.

[24] Tekinalp, “Kredi Düzeni”, s.62.

geri ödeyememeleri ise bu etkinin açık bir göstergesidir²⁵. Bank. K. m.49 hükmü, risk gruplarını sınıflara ayırmak suretiyle düzenlemiştir. Nitelikli pay sahiplerinin de bu risk grubu sınıflarından biri olarak belirtildiği görülmektedir. Buna göre, “*bir banka ile bankanın nitelikli pay sahipleri, banka yönetim kurulu üyeleri, genel müdürü, genel müdür yardımcıları ile başka unvanlarla istihdam edilseler dahi yetki ve görevleri itibarıyla bunlara denk veya daha üst konumlarda görev yapan yöneticileri ile bunların eş ve çocukları, birlikte veya tek başına, doğrudan ya da dolaylı olarak kontrol ettikleri ya da sınırsız sorumlulukla katıldıkları veya yönetim kurulu üyesi ya da genel müdürü oldukları ortaklıklar, bankanın dahil olduğu risk grubunu oluşturur*” (m.49/2, Değişik fıkra: 20/2/2020-7222/3 md.).

Nitelikli Pay Sahibi Yönetim Kurulu Üyelerinin Kredi Kullanım Şartları

Yukarıda yer verdiğimiz ilgili fıkra hükmünden anlaşılacağı üzere, bu risk grubunun çekirdeğini banka oluşturmaktadır. Bu grubun tasarlanmasında bankanın bütün müşterileri değil, sadece nitelikli pay sahipleri ile yöneticileri dikkate alınmıştır²⁶. Kanun koyucu öncelikle “*kredi açma yetkisinin yönetim kuruluna ait olduğunu kabul etmiş, ardından yönetim kurulunun bu yetkisini BDDK tarafından belirlenecek usul ve esaslara göre kredi komitesine veya genel müdürlüğe devredebileceği; genel müdürlüğün de bu yetkiyi diğer birimleri, bölge müdürlükleri veya şubeleri vasıtasıyla kullanabileceği*” düzenlenmiştir (Bank. K. m.51). Anılan bu kredi açma yetkisi nitelikli pay sahipleri ve yöneticilerden oluşan ve “banka risk grubu” olarak ifade edebileceğimiz grupta yer alan gerçek ve tüzel kişiler için kullanılacaksa, buna ilişkin “.....*gerekli kararların yönetim kurulunun üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu ile alınması ve bunlara sağlanan kredi koşullarının kredi kullananın lehine diğer kişi ve gruplara kullandırılanlardan ve piyasa koşullarından farklılık arz etmemesi şarttır*” (Bank. K. m.50/4).

Görüldüğü gibi kural olarak sıradan yönetim kurulu üyelerine kredi kullandırılması yasaklanmış, nitelikli pay sahibi sıfatı bulunan yönetim kurulu üyelerine kredi kullandırılmasında ise birtakım şartların sağlanma zorunluluğu öngörülmüştür²⁷. Bu bağlamda Bank. K. m.50/4 hükmünde belirlenen, “banka risk grubundaki kimselere kredi kullandırılmasında alınacak kararların, yönetim kurulu üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu ile alınması zorunluluğu, nitelikli pay sahibi yönetim kurulu üyelerine kredi açılması veya bu yetkinin kredi komitesine yahut genel

[25] Tekinalp, “Kredi Düzeni”, s.63.

[26] Tekinalp, “Kredi Düzeni”, s.64.

[27] Özdamar / Doğan, s.13-14.

müdürlüğe devri hakkındaki yönetim kurulu kararlarının” da bu yeter-sayıya tabi olduğu şeklinde anlaşılmalıdır. Kısacası anılan düzenleme, bu kişilere verilecek kredilerde yönetim kurulunun kredi açma yetkisini devredemeyeceği, şeklinde yorumlanmamalıdır²⁸. Ayrıca kredi kullanımına ilişkin yönetim kurulu kararında gerekli şartlar, yönetim kurulu üyesi dolayısıyla kredi yasağına tabi olan eş, velayet altındaki çocuklar ve % 25'ine sahip olunan ortaklıklara, banka risk grubunda olmamak kaydıyla, uygulanmayacaktır. Zira bu kişiler bankanın dahil olduğu risk grubu içerisinde değildirler²⁹.

Buraya kadarki açıklamalarımız, banka hukuku mevzuatında, nitelikli pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri için kredi kullanım yasağı öngörüldüğünü (Bank. K. m.50/1); ancak eğer yönetim kurulu üyesi gerçek veya tüzel kişi banka sermayesinde doğrudan ya da dolaylı olarak nitelikli paya sahipse bu yasaktan istisna tutulduğunu (Bank. K. m.50/2) ve fakat nitelikli pay sahibi yöneticilerin aynı zamanda bankanın kredi faaliyeti bakımından bir risk grubu olarak belirlenip kredi kullanımının bazı şartlara bağlı olduğunu göstermiştir (Bank. K. m.50/4). Bu düzenlemeleri incelediğimizde, Bank. K. m.50/1 ile m.50/2 hükümleri arasında, kanun koyucunun amacı yönünden uyumsuz bir durum olduğu kanaatindeyiz. Çalışma konumuzun da ana temasını oluşturan nitelikli pay sahibi banka yönetim kurulu üyesinin kredi yasağından istisna tutulması ile kanun koyucunun, ilgili üyenin banka yönetiminden uzaklaşmamasını, banka kârlılığını önlemesini ve banka malvarlığını iyi yönetmeye teşvik etmesini amaçladığını daha önce de belirtmiştik. Ancak nitelikli pay sahibi olmadığı müddetçe kredi yasağına tabi olan bir yönetim kurulu üyesinin, Bank K. m.50/1'de belirlenen % 25'lik doğrudan pay sahipliği sınırı ihlal edilmediği sürece, dolaylı pay sahipliği yoluyla ortak olduğu bir şirketteki payı % 100 dahi olsa kredi yasağını bu yolla delmesi mümkün olabilir ve burada nitelikli pay sahibi üyeler için aranan kredi şartlarının dahi gözetilmemesi, yukarıda belirttiğimiz amaçlar ile çelişen bir tablo ortaya çıkarır. O nedenle Bank K. m.50/2'de kredi yasağından muafiyet açısından nitelikli pay sahibi sayılabilmek için “dolaylı pay sahipliği”nin öngörülmesi olumlu bir etki yaratmış iken; aynı “dolaylı pay sahipliği” kıstasının Bank. K. m.50/1'de öngörülmemesi bu kez aynı amacın tersi yönde etki yaratmıştır.

[28] Alici, s.542; Özdamar / Doğan, s.14.

[29] Özdamar / Doğan, s.14.

BANKA HUKUKU KREDİ YASAĞI İSTİSNASI “NİTELİKLİ PAY SAHİPLİĞİ” ÖLÇÜTÜNÜN TİCARET HUKUKUNDA ÖRNEK ALINABİLİRLİĞİ

Genel Olarak

6335 sayılı Kanun³⁰ ile değiştirilen TTK m.395/2 hükmü ile, “*pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan 393. maddede sayılan yakınlarının (alt ve üst soyu, eşi, üçüncü derece dahil üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları) anonim şirkete nakit olarak borçlanmaları ve şirketin bu kişiler için kefalet, garanti, teminat vermesi, sorumluluk yüklenmesi ve bunların borçlarını devralması*” yasaklanmıştır. Doktrinde bu düzenlemenin, hükmün gerekçesine de uygun olarak, şirket sermayesinin (malvarlığının) korunması ve profesyonel (kurumsal) yönetim kurulu anlayışının yerleşmesi amacıyla getirildiği ifade edilmektedir³¹. “Şirkete borçlanma yasağı” olarak adlandırılan bu madde ile ayrıca şirket sermayesi ve tüzel kişiliğinin doğrudan, şirket alacaklılarının da dolaylı olarak menfaatlerinin korunduğu belirtilmiştir³². Kanaatimizce de yönetim kurulu üyeleri ile bazı yakınları için öngörülen şirkete borçlanma yasağı ile, sermayenin korunması ilkesine uygun olarak uygulamada sıklıkla karşılaşılan kötüye kullanımlar engellenmek istenmiştir. Hükmün sözü edilen amacının, 6335 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki metni³³ bakımından bir anlam ifade ettiğini, şim-

[30] RG: 30.06.2012, S.28339.

[31] Tekinalp, Ünal. *Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku İle Tek Kişi Ortaklığının Esasları*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s.160; Bilgili, Fatih/ Demirkapı, Ertan. *Şirketler Hukuku Dersleri*, 6. Baskı, Dora Yayınları, Bursa, 2018, s.283; Üçışık, Güzin/ Çelik, Aydın. *Anonim Ortaklıklar Hukuku*, C.1, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.502; Kalcı, Selin. *Pay Sahibi ve Yöneticilerin Şirkete Borçlanma Yasağı*, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi SBE, İstanbul, 2018, s.6.

[32] Demirci, s.83.

[33] Hükmün değiştirilmeden önceki metninde, “*yönetim kurulu üyeleri ile belirli seviyedeki yakınlarının, kendilerinin veya söz konusu yakınların ortağı oldukları şahıs şirketleri ve en az yüzde yirmisine katıldıkları sermaye şirketlerinin şirkete nakit veya ayın olarak borçlanmasının yasak olduğu; şirketin bu kişiler için kefalet, garanti, teminat veremeyeceği, sorumluluk yüklenemeyeceği ve bunların borçlarını devralamayacağı*” düzenlenmişti. Eski metinde pay sahibi olup olmadığına ilişkin bir ayırım yapılmaksızın yönetim kurulu üyeleri ile kanunda sayılan yakınlarının tümü bakımından öngörülen borçlanma yasağı, 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, “pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yine pay sahibi olmayan yakınlarına” özgülülmüştür. Zira pay sahibi olan yönetim kurulu üyeleri, zaten pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağının düzenlendiği TTK m.358 hükmüne tabi olacaktır (Karahan, Sami. “Anonim Şirkete Borçlanma Yasağı ve 6335 Sayılı Kanun İle Getirilen Değişikliğin Sonuçları”, 2012, [http:// www.ticaretkanunu.net/ makale-24/](http://www.ticaretkanunu.net/makale-24/), (Erişim Tarihi: 26.05.2024). Ancak hükmün bu hali, sadece çalışma konumuz olan pay sahibi üyelerin borçlanma yasağının yumuşatılması bakımından değil, başka noktalarda da problemlidir. Eski metinde bulunan “kendisinin ve söz konusu yakınlarının ortağı oldukları şahıs şirketleri ve en az yüzde yirmisine katıldıkları sermaye şirketleri” ifadesine hükmün şimdiki halinde yer verilmeyerek bunlar yasak kapsamından çıkarılmıştır. Yine eski metinde hem nakit hem ayın borçlanma yasak kapsamında iken, yeni metinde sadece nakit borçlanma yasaklanarak ayın borçlanmanın önü açılmıştır. Hükmün bu haliyle yasağın kolayca dolanılmasını mümkün kılmaktadır. Örneğin pay sahibi olmayan bir yönetim kurulu üyesi, ortağı olduğu bir şahıs şirketi adına ya da aynı olarak borçlanma yoluyla yasaktan kurtulabilir (Karahan, [http:// www.ticaretkanunu.net/ makale-24/](http://www.ticaretkanunu.net/makale-24/), (Erişim Tarihi: 26.05.2024). Dolayısıyla hükmün “pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yine pay sahibi olmayan yakınları” tarafından şirket kasasının ve kaynaklarının kötüye kullanımını önlemek gayesine, bu haliyle ulaşmak mümkün değildir.

diki hali ile bu amacı sağlamada son derece yetersiz ve göstermelik kaldığını düşünmekteyiz. Ancak çalışma konumuz, pay sahibi olan yönetim kurulu üyeleri ile yine pay sahibi bir kısım yakınlarının yasak kapsamı dışına çıkarılması noktasına yoğunlaştığından, bu konuya ilişkin daha detaylı tartışmalara burada değinmeyeceğiz.

Kanun'da "pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan 393'üncü maddede sayılan yakınları"nın şirkete borçlanamayacağı kabul edildiğinden, TTK m.395/2 ile getirilen bu yasağın kapsamından çıkmak için tek bir paya sahip olmak dahi yeterli olacaktır. Pay sahipliği kıstası yönetim kurulu üyeleri ve yakınları bakımından ayrı değerlendirilecek; Kanun'da sayılan yakınları için değerlendirme yapılırken, yönetim kurulu üyesinin pay sahibi olup olmadığına bakılmayacaktır. Anılan yakınardan pay sahibi olanlar yasak kapsamında sayılmayacak, pay sahibi olmayanlar ise bu yasağa tabi olacaktır³⁴. Biz bu düzenleme ile herhangi bir oransal veya niteliksel sınırlama olmaksızın "pay sahipliği" kıstasının yasak kapsamından çıkmak için yeterli sayılmasının isabetli olmadığı görüşünderiz³⁵. Şöyle ki, 6762 sayılı eTTK'da yönetim kurulu üyelerinin göreve başlayabilmeleri için öngörülen pay sahibi olma zorunluluğu (m.312/2), TTK m.359 ile kaldırılmıştır. Böylece az ortaklı bir anonim şirkette dahi çok üyeli bir yönetim kurulu oluşturulabilecek, hileli birtakım yapay çözümlere gerek kalmadan uzman ve profesyonel yönetim kurulları kurulabilecektir³⁶. 6102 sayılı TTK ile bir yandan profesyonel (kurumsal) yönetim anlayışının gereği bir çizgi izlenerek yönetim kurulu üyeliği için "pay sahipliği" kıstası kaldırılırken, bu kez bunun tam tersi bir hamle ile Kanun'un başka bir maddesinde yönetim kurulu üyesinin borçlanma yasağı kapsamından çıkmak için tek bir paya sahip olmasının yeterli görülmesi, kanaatimizce de çelişkilidir³⁷. Bu bağlamda getirdiğimiz öneri, yasağın kapsamında bulunmayacak kişilerin belirlenmesinde, Bank. K.'da düzenlenen "nitelikli pay sahipliği" ölçütü hareket noktası olmalı ve belirli bir orana yahut niteliğe ulaşmayan pay sahipliği sıfatı borçlanma yasağından kurtulmak için yeterli görülmemelidir³⁸.

[34] Özkorkut, Korkut. "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Şirkete Borçlanma Yasağı, Finansal Raporlama ve Bağımsız Denetime İlişkin Değişiklikler", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.28, S.3, 2012, s.54.

[35] bkz. Özdamar / Doğan, s.7-8.

[36] TTK m.359'un gerekçesi.

[37] Özdamar / Doğan, s.7-8.

[38] Özdamar / Doğan, s.8; Bora, s.110-111

Mevcut Düzenlemedeki Sorunlu Noktalar İçin Nitelikli Pay Sahipliği Modeli

TTK'daki Sorunlu Noktalar Açısından Önerilen Pay Sahipliği Modeli

Pay sahibi yönetim kurulu üyelerinin şirkete borçlanmaları TTK m.395/2 ile yasaklanmamış olmakla birlikte, bu kişiler için Kanun'un "pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı" başlıklı m.358 hükmündeki yasak halen geçerlidir. Diğer bir ifadeyle pay sahibi sıfatı olan yönetim kurulu üyelerinin şirkete borçlanabilmeleri için "sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını tamamen ifa etmiş olmaları ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârının geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde bulunması" şartlarının bir arada gerçekleşmesi gereklidir (TTK m.358).

Burada bazı sorunlu noktalar karşımıza çıkmaktadır. TTK m.358 gereği pay sahipleri, arandığı şartlar gerçekleşmeden şirkete "nakit" ya da "ayın" fark etmeksizin borçlanamayacaktır. TTK m.395/2'de ise sadece nakit olarak borçlanılamayacağı düzenlenmiştir. Yani yönetim kurulu üyesi pay sahibi olduğunda hem ayın hem nakit olarak şirkete borçlanamayacakken; pay sahibi değilse sadece nakit borçlanması yasak olup ayın olarak borçlanabilecektir³⁹. Bir diğer nokta ise, TTK m.358'e aykırılığın akibetine ilişkin hükümde netlik olmamasıdır. Bu nedenle gerek TTK m.1530/1 ve gerekse genel hükümlerden (Türk Borçlar Kanunu/TBK m.27) yola çıkarak, yasağa aykırı işlemin emredici hükümlere aykırılık nedeniyle geçersiz olacağını söylemek gerekir⁴⁰. TTK m.395/2 hükmündeki borçlanma yasağına aykırılık halinde ise, "şirket alacaklılarının bu kişileri şirkete borçlanılan tutar için doğrudan takip edebilecekleri" düzenlenmiştir⁴¹. Dolayısıyla buradaki ifade gereği yasağa aykırı işlemin

[39] Demirci, s.100-101.

[40] Tamer, Ahmet. "Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Getirilen Bir Yenilik: Pay Sahiplerinin (Ortakların) Şirkete Borçlanma Yasağı (TTK m.358)", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.102, 2012, s.112; Hızır, Serdar. "Anonim Şirkette Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasağını Düzenleyen TTK m.358 Üzerine Bazı Değerlendirmeler", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.29, S.2, 2013, s.284. *Kendigelen*, hükme aykırılığın yaptırımına ilişkin, kesin hükümsüzlük mü ya da şartlar gerçekleşmesinin ortağa borç veren yöneticilere karşı açılacak sorumluluk davasının söz konusu olacağı hususunda, TTK m.1530/1 ile TBK m.27 kapsamında tartışmalı bir durum ortaya çıktığı kanaatinde (Kendigelen, Abuzer. *Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.245).

[41] Yönetim kurulu üyeleri ve belirli kişilerin şirkete borçlanma yasağına aykırı hareketinin yaptırımı olarak öngörülen bu düzenleme, kanaatimizce de anonim şirketler hukuku ve sorumluluk hükümlerine uymayan belirsizlikler içermektedir. Zira borçlanma yasağının ihlali halinde çıkarları zedelenip doğrudan zarar görecektir olan şirketin kendisidir. Yönetim kurulu üyesi veya bir yakınına borç verildiğinde, alacaklılar bundan doğrudan etkilenmezler. Ancak bu borcun geri ödenmemesi olasılığında olduğu gibi, şirket malvarlığının azalması nedeniyle dolaylı bir zarara uğrayabilirler. TTK ile öngörülen anonim şirketler sorumluluk hukuku hükümleri, alacaklıların dolaylı zararlarında ancak şirketin iflası halinde dava açabileceklerini düzenlemiştir. Burada ise yasağa aykırı borçlanma nedeniyle şirketin dahi zararının olup olmadığı belli değilken ve olsa bile ilk dava hakkı tanınması gereken şirketi ve ortakları bırakıp alacaklıya böyle bir dava

geçersiz olmayacağı anlaşılmaktadır. Bu durumda pay sahibi yönetim kurulu üyelerinin borçlanma yasağına aykırı işlemleri için daha ağır, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri için ise daha hafif bir hukuki yaptırımın cari olacağı görülmektedir⁴². Halbuki kanun koyucunun TTK m.395/2 ile pay sahibi olan yönetim kurulu üyelerini, diğer üyelerden farklı biçimde, bu hükümdeki borçlanma yasağı kapsamına dahil etmemeyi ve bununla pay sahibi sıfatı olan üyenin yönetimden uzaklaşmamasını amaçladığını ifade etmiştik. Bir taraftan bu saikle pay sahibi üyenin nispeten daha hafif derecede bir borçlanma yasağı öngörülen TTK m.358'e tabi olması istenmekte; ancak TTK m.358 ile TTK m.395/2 hükümlerine aykırılık halinde söz konusu olan hukuki yaptırımlar bakımından bu amaçla uyuşmayan bir tablo ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla pay sahibi yönetim kurulu üyesinin borçlanma yasağına aykırı davranışı, TTK m.358 hükmündeki belirsizlik giderilerek, pay sahibi olmayan üyenin yasağı aykırı işleminden daha ağır bir yaptırıma tabi olmaktan kurtarılmalıdır. Ancak kanun koyucunun bu amacı ile uyumlu olacak düzenlemenin, belirli bir oranda ve borçlanma işleminden belirli bir süre öncesinde bu pay edinimini gerçekleştirmiş "nitelikli pay sahibi" yönetim kurulu üyeleri için geçerli olması kanaatindeyiz.

Mevcut düzenleme bakımından bir diğer tartışmalı mesele, Kanun'da yasadak kapsamından çıkabilmek için hangi anda pay sahibi olunması gerektiği konusunda açıklık olmayışıdır. Yalnızca borçlanma anındaki duruma bakılması sakınca yaratacaktır. Zira yasağı tabi kişiler şirkete borçlanmadan önce pay edininip, borçlanmanın hemen sonrasında da bu payları devrederek yasağı dolanabileceklerdir. Benzer biçimde pay sahipliği sıfatı sadece borcun muaccel olduğu anda aranır, yasağı tabi olmasına rağmen şirkete borçlanan kişi, borcunu ödeyemeyeceğini anladığında pay edinerek yasağı aykırılığa bağlanan sonuçlardan kurtulabileceklerdir⁴³. Hele de bu pay sahipliği nitelikli olma ölçütüne bağlanmadığında, yönetim kurulu üyesi veya kanunda sayılan yakınlarının, şirketin yalnızca bir payına sahip olarak TTK m.395'teki yasaktan kurtulması ve sembolik pay alımları ile kanuna karşı hile yoluna gitmeleri çok daha

hakkı tanımak, anlamsız olmuştur (Akdağ Güney, Necla. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s.235-236). Ayrıca yasağı ihlal eden yönetim kurulu üyesi veya yakınlarının, şirketten aldıkları borç tutarı kadar takibe uğramaları, alacaklıların bunu öğrenip takip başlatmasına bağlıdır. Alacaklıların borçlanmayı öğrenememeleri veya takip yapmamaları durumunda, borçlanma yasağı ihlalinin yaptırımsız kalması da ihtimal dahilindedir. Kısacası, bu hüküm ile amaçlanan kötüye kullanımların engellenerek şirket sermayesinin (malvarlığının) korunması, alacaklıya takip hakkı vermekle sağlanamaz. Zira burada malvarlığı tehlikeye sokulan alacaklı değil, şirkettir (Akdağ Güney, s.235-236). Dolayısıyla çalışma konumuzun sınırı itibarıyla TTK m.395/2'deki borçlanma yasağının istisnası olarak düzenlenen "pay sahipliği" kısıtı ve bunun "nitelikli" bir yapıya kavuşturulması ana meselesi üzerinde odaklansak da, maddedeki sorunlu olan hususun sadece bu nokta olmadığını da görmekteyiz.

[42] Demirci, s.101.

[43] Özdamar / Doğan, s.8.

kolay olacaktır. Bu noktada kanaatimiz, yasak kapsamında sayılmamak için, pay sahipliğinin Bank. K.50/2’de olduğu gibi nitelikli olma ölçütüne bağlanması, bu sıfatın kazanılması ile borcun doğduğu an arasında öngörülecek belirli sürenin geçmesi ve borç ortadan kalkıncaya kadar da kesintisiz biçimde devam etmesi yönündedir⁴⁴.

Bankacılık Kanunu’ndaki Sorunlu Noktalar Açısından Pay Sahipliği Modeli

Banka yönetim kurulu üyelerinin kredi yasağı istisnası olarak öngörülen “nitelikli pay sahipliği” ölçütü, Bank. K. m.49/2’de aynı zamanda bankanın dahil olduğu risk grubu olarak tanımlanmış ve bu risk grubu için kredi kullanılması birtakım şartlara tabi tutulmuştur (Bank. K. m.50/4). Risk gruplarını tanımlayan Bank. K. m.49/2 hükmünün gerekçesinde, “bankanın kendisinin de dahil olduğu risk grubuna kullanılan kredilerin izlenmesi büyük önem taşımaktadır. Özellikle bankada nitelikli pay sahibi olan ortakların bankadan kredi kullanma imkânları, yönetim üzerindeki etkilerine bağlı olarak oldukça gevşek olabilmektedir” denilmektedir.

Bank. K.’daki bu yaklaşım, bir taraftan nitelikli pay sahibi yöneticileri kredi yasağına tabi kılmayıp banka yönetiminden uzaklaştırmamayı, diğer yandan bu sıfatlarının kredi kullanımlarında yaratabileceği risk unsurunu ortaya koymaktadır. Ancak kredi yasağına tabi yönetim kurulu üyeleri ile ilgili bazı hükümler, anılan bu yaklaşım ile uyumlu gözükmemektedir. Şöyle ki, yukarıda değindiğimiz üzere⁴⁵, Bank. K. m. 50/1 ile nitelikli pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinin kredi yasağının, söz konusu üyenin dolaylı pay sahipliği ile ortağı olduğu şirket aracılığıyla delinmesi söz konusu olabilmektedir. Ayrıca Bank. K. m.50/5 hükmü ile “banka yönetim kurulu üyeleri ile eşlerine ve velayet altındaki çocuklarına, aylık net ücretleri toplamının beş katını aşmamak üzere verilecek krediler ile üç katını aşmamak üzere çek karnesi veya kredi kartı verilmesi suretiyle kullanılacak kredilerin ve.....menkul kıymetler karşılığı kullanılan kredilerin birinci ve dördüncü fıkra hükümlerine tabi olmadığı” düzenlenmiştir. Bu durumda, esasında kredi yasağına tabi ve nitelikli pay sahibi olmayan alelade bir yönetim kurulu üyesi de belirli bir limit dahilinde yasaktan muaf olacak ve “banka risk grupları” için geçerli kredi onaylama koşulları aranmayacaktır. İlaveten, huzur hakkı, ikramiye, prim gibi ödemelerden dolayı aylık net ücretin tam olarak belirlenememesi endişesi yaratacak bir limit öngörülmesi de diğer sorunlu bir noktadır.

[44] benzer yönde bkz. Özdamar / Doğan, s.8.

[45] bkz. I., A.

SONUÇ

Gerek Bank. K. ve gerekse TTK hükümleri gereğince, yönetim kurulu üyeleri ve belirlenen yakınları bakımından kredi ve borçlanma yasağı söz konusudur. Ancak “banka sermayesinde doğrudan veya dolaylı biçimde nitelikli paya sahip gerçek ve tüzel kişi ortak sıfatı bulunan yönetim kurulu üyeleri” kredi yasağından istisna tutulmuştur (Bank. K. m.50/2). Aynı amacı taşıyan TTK m.395/2 hükmünde ise, yönetim kurulu üyesinin veya yakınının yasak kapsamı dışına çıkması için sadece pay sahibi olması yeterli görülmüştür.

Çalışmamız, banka yönetim kurulu üyelerinin kredi yasağı istisnası olan “nitelikli pay sahipliği” ölçütünün, “anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin borçlanma yasağı istisnası” için örnek alınabilirliğine vurgu yapmayı amaçlamıştır. Zira anonim şirket yönetim kurulu üyesi veya yakınları, şirketin yalnızca bir payına sahip olarak TTK m.395 yerine TTK m.358 hükmüne tabi olabilmekte; bu durum yönetim kurulu üyesinin daha katı bir borçlanma yasağı rejimi yerine pay sahibi için öngörülen çok daha esnek bir borçlanma yasağı statüsüne kavuşmasına ve bu amaç için de gerekirse yapay ve hileli, sembolik düzeyde pay alımı girişimlerinde bulunmasına neden olmaktadır. Bu nedenle bir oran belirlemeksizin pay sahibi olan ve olmayan yönetim kurulu üyeleri ve yakınları için farklı bir uygulama yaratılması çelişkili bir tablo ortaya çıkarmaktadır. Bu noktada kanaatimiz, “sembolik oranda bir sahipliği bulunan yönetim kurulu üyeleri ile pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinin” şirket malvarlığını kötüye kullanmaları riskleri açısından anlamlı bir farklılık olmayacağı yönündedir. Fakat bu konuda “sembolik pay sahibi üye ile pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesinin” şirket malvarlığını kötüye kullanması arasında hiçbir fark olmayacağı görüşüne⁴⁶ de katılmıyoruz. Elbette oranı yüksek olmayan bir pay sahipliği sıfatı da yönetim kurulu üyesinin şirket malvarlığını ve menfaatlerini gözetmesi yönünde olumlu bir katkı sağlar. Ancak pay sahipliği oranının sembolik düzeyde kaldığı veya pay sahipliği sıfatının bulunmadığı yönetim kurulu üyelerinin şirketin zarar etmesini umursamayabileceği ihtimali de göz ardı edilemez⁴⁷. Diğer bir ifadeyle, anonim şirkette aynı zamanda oranı yüksek bir pay sahipliği sıfatı olan yönetim kurulu üyesinin, şirketin değerini artırıp yüksek kâr payı almayı amaçlaması ya da düşük oranda pay sahibi olduğunda diğer ortakların menfaatini düşünmeyerek kişisel çıkarlarına göre hareket edebilmesi mümkündür⁴⁸.

[46] bkz. Bora, s.88.

[47] benzer yönde bkz. Tamer, s.97.

[48] Erdoğan, Mahmut. *Kurumsal Yönetim ve Şirket Nakit Tutuşuna Etkisi: Bir Dinamik Panel Veri Analizi*, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, Ankara, 2010, s.27, naklen, Bora, s.88, dn.359.

Bu bağlamda, TTK m.395/2 ile anonim şirket yönetim kurulu üyesinin sembolik paya sahip olarak borçlanma yasağından kurtulmaması gerekir ve bu konuda Bank. K. m.50/2'deki "nitelikli pay sahibi olma" ölçütü örnek alınmalıdır. Biz burada pay sahibi olsun olmasın tüm yönetim kurulu üyelerinin şirkete borçlanmasının yasaklanması düşüncesine⁴⁹ de katılmıyoruz. Dolayısıyla anonim şirket yönetim kurulu üyesinin borçlanma yasağı istisnası için önerdiğimiz düzenlemenin, hem Bank. K.'da olduğu gibi belirli orana ulaşmış "nitelikli bir pay sahipliği"ni öngörmesi; kanuna karşı hile girişimlerini önlemek adına bu sıfatın kazanımı ile borçlanma anı arasında geçecek bir süre ile borcun sona ermesine kadar da devamı gibi koşullar içermesi gerektiği kanaatindeyiz.

Ne var ki bu ölçüt için esas alınacak oranın, banka yönetim kurulu üyeleri için aranılardan daha düşük düzeyde tutulması gerekir. Nitekim anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin borçlanma yasağını düzenleyen TTK m.395/4 hükmünde Bank. K.'nın özel hükümlerinin saklı tutulması da bu yaklaşımı haklı kılar. Zira kredi verme banka anonim şirketinin ana faaliyet konularından biridir. Bu konuda banka yöneticisi bakımından kredi yasağı kapsamına girmemek için daha ağır kısıtlar öngörülmesi normaldir ve kanun koyucunun amacı ile uyumludur. Böylece anonim şirket yönetim kurulu üyeleri bakımından, TTK gerekçesinde sık vurgulanan "yöneticilerin acil ihtiyaçları" için şirkete başvurmaları ve fakat bunun sembolik düzeyi aşan bir aidiyet ölçüsüne bağlanması mümkün kılınmış olur.

[49] bkz. Sulu, Muhammed. *Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.160.

KAYNAKÇA

- Akdağ Güney, Necla. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- Alici, Yaşar. *Bankacılık Kanunu Şerhi*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007.
- Altay, Sıtkı Anlam. *Hukuki Açından Banka Anonim Ortaklığı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- Battal, Ahmet. *Bankacılık Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.
- Bilgili, Fatih/ Demirkapı, Ertan. *Şirketler Hukuku Dersleri*, 6. Baskı, Dora Yayınları, Bursa, 2018.
- Bora, Sevdâ. *Sermaye Şirketlerinde Şirkete Borçlanma Yasağı*, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (SBE), İstanbul, 2016.
- Can, Mehmet Çelebi. "Banka Yönetim Kurulu Üyesi Olarak Tüzel Kişi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.20, S.1, 2016, s.27-64.
- Cengiz, Dilek. "Banka İşletmesi Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kuramının Uygulanmasına ve Bu Kuramın 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu Çerçevesindeki Normatif Görünümlerine İlişkin Tespitler ve Değerlendirmeler", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD)*, C.23, S.1, 2017, s.371-440.
- Demirci, Ebru. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Şirketle İşlem Yapma ve Şirkete Borçlanma Yasağı*, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, Ankara, 2018.
- Erdoğan, Mahmut. *Kurumsal Yönetim ve Şirket Nakit Tutuşuna Etkisi: Bir Dinamik Panel Veri Analizi*, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, Ankara, 2010.
- Hızır, Serdar. "Anonim Şirkette Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasağını Düzenleyen TTK m.358 Üzerine Bazı Değerlendirmeler", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.29, S.2, 2013, s.227-289.
- Kalıcı, Selin. *Pay Sahibi ve Yöneticilerin Şirkete Borçlanma Yasağı*, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi SBE, İstanbul, 2018.
- Karahan, Sami. "Anonim Şirkete Borçlanma Yasağı ve 6335 Sayılı Kanun İle Getirilen Değişikliğin Sonuçları", 2012, <http://www.ticaretkanunu.net/makale-24/>, (Erişim Tarihi: 26.05.2024).
- Karamanlı, Kaan. *Banka Anonim Ortaklıklarında Hakimiyet ve 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu Kapsamında Hakimiyete Bağlı Sonuçlar*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi SBE, İstanbul, 2022.
- Kendigelen, Abuzer. *Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- Özdamar, Mehmet / Doğan, İlker. "Banka Anonim Şirketi Yönetim Kurulu Üyelerinin Borçlanma Yasağı", *Bankacılar Dergisi*, S.86, 2013, s.3-26.
- Özdamar, Mehmet. "Türk Banka Hukukunda Nitelikli Pay Kavramı", *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, C.3, 2009, s.729-746.
- Özkorkut, Korkut. "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Şirkete Borçlanma Yasağı, Finansal Raporlama ve Bağımsız Denetime İlişkin Değişiklikler", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C.28, S.3, 2012, s.45-71.
- Özkurt, Ayşegül. *Bankacılık Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Reisoğlu, Seza. *Bankacılık Kanunu Şerhi*, C.I, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2007.
- Sulu, Muhammed. *Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Tamer, Ahmet. "Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Getirilen Bir Yenilik: Pay Sahiplerinin (Ortakların) Şirkete Borçlanma Yasağı (TTK m.358)", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.102, 2012, s.93-114.
- Tekinalp, Ünal. Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- Tekinalp, Ünal. "Bankacılık Kanunu'nun Kredi Düzeninin Merkez Kavramı Risk ile Bundan Doğan Sorumluluk Üzerine Notlar", *Bankacılar Dergisi*, S.71, 2009, s.61-65 ("Kredi Düzeni").

Tekinalp, Ünal. *Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku İle Tek Kişi Ortaklığının Esasları*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.
Üçışık, Güzin/ Çelik, Aydın. *Anonim Ortaklıklar Hukuku*, C.1, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

**SORUMLULUK
HUKUKU**

BİR YARGITAY KARARINDAN HAREKETLE MANEVİ TAZMİNATA BAKIŞ

Öğr. Gör. Yasin ALTAY

Bayburt Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu

ORC-ID: 0000-0003-0679-3665

yasinaltay@bayburt.edu.tr

ÖZET

Bu çalışma bir Yargıtay kararından hareketle manevi tazminata ilişkin tartışmaları ele almaktadır. Çalışmaya konu Yargıtay kararında yaşanan olay, Manisa İli Soma İlçesinde bulunan bir madende, 13/05/2014 tarihinde meydana gelen ve 301 kişinin ölümü ile 486 kişinin yaralanmasına yol açan bir iş kazasına ilişkindir. Yaşanan olayda meydana gelen ölüm ve yaralanma sayıları (Türkiye Cumhuriyeti tarihinin en çok can kaybı ile sonuçlanan iş ve madencilik kazası olarak kayıtlara geçmiştir.) kazanın son yüzyılda gerçekleşen en ölümlü maden kazalarından olması, ölenlerin bir kısmının cesetlerine dahi ulaşılammış olması (150 kişi) gibi sebeplerle, karara konu kaza toplumumuzda infiale neden olmuştur. Bu nedenle çalışmamızda, Yargıtay'ın bir kararından yola çıkarak böylesine feci bir kazada sağ kalan işçilerin ya da ölenlerin yakınlarının manevi tazminat taleplerine ilişkin yaklaşımı, genel olarak manevi tazminat ilkeleriyle birlikte incelenmiştir.

Manevi tazminat miktarını belirlemede hâkimin takdir yetkisi olduğu konusunda öğretide duraksama olmamakla birlikte, hâkimin bu belirlemeyi hangi amaca ve ölçüte (görüşe) göre yapması gerektiği konusunda öğretide ve Yargıtay kararlarında farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Bu yaklaşımlar kısaca, telafi amacı görüşü, tatmin amacı görüşü, önleyicilik/caydırıcılık amacı görüşü, maddi tazminatı tamamlayıcı/düzeltilici olma görüşü, denkleştirme amacı görüşü ve Yargıtay'ın benimsediği bazılarının özelliklerini içinde barındıran karma görüştür. Bu görüşler çalışmamızda ayrıntılarıyla ele alınmıştır.

Yargıtaya göre hâkim, manevi tazminatı belirlemeye yönelik takdir hakkını kullanırken, ülkenin ekonomik koşulları, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, paranın satın alma gücü, tarafların kusur durumu, olayın ağırlığı davacının sürekli iş göremezlik oranı, işçinin yaşı, olay tarihi gibi objektif kriterleri göz önünde tutmalı ve hükmedilecek tutar,

manevi tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranda belirlenmelidir. Yüksek Mahkeme halen, manevi tazminatın belirlenmesinde, İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 22.06.1966 Tarih 1966/7 Esas ve 1966/7 Karar sayılı içtihadını esas almaktadır.

Yüksek Mahkemenin manevi tazminatın, zarar görenin manevi zararlarını telafi etmesi, onu tatmin etmesi ve işveren bakımından ise caydırıcı olması gerektiğine yönelik istikrarlı kararları dikkate alındığında, karma bir yaklaşımı benimsediği anlaşılmaktadır. Manevi tazminatın bir ceza olmadığına yönelik istikrarlı kararları ise cezalandırma amacı görüşünü benimsemediğini açıkça göstermektedir.

Manevi tazminatın zarar göreni tatmin etme amacı, diğer yaklaşımlara göre hakkaniyete daha uygundur. Belirtmek gerekir ki manevi tazminat ile maddi tazminatın korudukları hukuki menfaatler farklıdır. Bu bakımdan maddi tazminat ile manevi tazminatı birbirine yaklaştıran görüşler de hakkaniyete uygun değildir.

Anahtar Kelimeler: Yargıtay, Karar, Değerlendirme, Manevi Tazminat, Manevi Zarar.

A VIEW OF IMMATERIAL COMPENSATION BASED ON A SUPREME COURT DECISION

ABSTRACT

This study deals with the debates on non-pecuniary damages based on a Supreme Court decision. The incident in the Supreme Court decision that is the subject of the study is related to a work accident that occurred on 13/05/2014 in a mine in Soma District of Manisa Province and caused the death of 301 people and the injury of 486 people. The number of deaths and injuries that occurred in the incident (it was recorded as the work and mining accident that resulted in the highest loss of life in the history of the Republic of Turkey), the fact that the accident was one of the deadliest mining accidents in the last century, and the fact that even the bodies of some of the dead could not be found (150 people), The accident subject to the decision caused outrage in our society. For this reason, in our study, based on a decision of the Supreme Court, the approach to the non-pecuniary compensation claims of the workers who survived such a catastrophic accident or the relatives of the deceased was examined together with the principles of non-pecuniary compensation in general.

Although there is no hesitation in the doctrine that the judge has the discretion to determine the amount of non-pecuniary damage, there are different approaches in the doctrine and in the Supreme Court decisions regarding the purpose and criterion according to which the judge should make this determination. These approaches are briefly; It is a mixed view that includes the features of compensatory purpose view, satisfaction aim view, preventive/deterrent aim view, complementary/corrective pecuniary compensation view and some of the features adopted by the Supreme Court. These opinions are discussed in detail in our study.

According to the Supreme Court, when exercising the right of discretion to determine nonpecuniary compensation, the judge must take into account objective criteria such as the economic conditions of the country, the social and economic situations of the parties, the purchasing power of the money, the fault of the parties, the severity of the incident, the permanent incapacity rate of the plaintiff, the age of the worker, and the date of the incident. and the amount to be awarded should be determined at a rate that creates deterrence as well as moral satisfaction. The Supreme Court still bases its decision on non-pecuniary

damages on the jurisprudence numbered 1966/7 and Decision No. 1966/7, dated 22.06.1966, given by the General Assembly of Unification of Jurisprudence.

Considering the consistent decisions of the Supreme Court that non-pecuniary damages should compensate the non-pecuniary damages of the injured party, satisfy him and act as a deterrent for the employer, it is understood that it has adopted a mixed approach regarding the purpose of non-pecuniary damages. It shows consistent decisions that non-pecuniary damage is not a punishment.

The aim of non-pecuniary compensation to satisfy the injured party is more equitable than other approaches. It should be noted that the legal interests protected by non-pecuniary compensation and material compensation are different. In this respect, views that bring pecuniary compensation and non-pecuniary compensation closer together are not equitable.

Keywords: Supreme Court, Decision, Evaluation, Immaterial Compensation, Spiritual Damage.

GİRİŞ

Manevi tazminat kişinin uğramış olduğu manevi zarara karşılık olarak hâkim tarafından hükmedilen bir tazminat türüdür. Öncelikle manevi zararı tanımlamak gerekir. Kanunda tanımlanmayan manevi zararı öğretide açıklayan üç teori vardır. Bunlar subjektif teori, objektif teori ve karma teoridir¹. Bunlardan subjektif teoriyi savunan yazarlara göre manevi zarar, kişilik hakkı ihlal edilenin fiziken veya manevi olarak acı duyması, elem ve ızdırap çekmesidir². Subjektif teori, ayırt etme gücü olmayanların ve tüzel kişilerin manevi tazminat taleplerini açıklayamadığı (karşılayamadığı) için eleştirilmiştir³. Objektif teoriyi savunan yazarlar ise manevi zararı, kişi hakları ihlal edilenin kişi varlığında iradesi dışında meydana gelen objektif eksilme olarak tanımlarlar⁴. Bu görüşü savunanlara göre manevi zararın ortaya çıkması için kişilik değerinin ihlali yeterli olup, ayrıca bu ihlal sebebiyle zarar görenin ruhsal veya psikolojik olarak dengesinin bozulmasına, elem ve ızdırap çekmesine, yaşama sevincinin azalmasına ya da yitirilmesine gerek yoktur⁵. Bu teori aynı olayda kişilik hakkı ihlal edilen iki kişiden elem ve ızdırap duyan ile duymayanın aynı manevi tazminata hak kazanmasının adalete uygun olmayacağı nedeniyle eleştirilmiştir⁶. Her iki yaklaşımı tek başına yetersiz bulan yazarlar ise karma teoriyi savunurlar. Karma teoriye göre kişilik değerinin ihlalden doğan objektif eksilme ile zarar görenin duyduğu elem ve ızdırapın birlikte değerlendirilmesi gerekir⁷. Bu teoriyi savunanlar öncelikle objektif teoriden hareket ederek, kişi haklarında bir ihlal olup olmadığına, ikinci aşamada ise zarar görenin elem ve ızdırap duyup duymadığına bakarlar.

Belirtmek gerekir ki manevi zararı, zarar görenin duyduğu elem ve ızdırap olarak tanımlayan subjektif teori, diğer teorilere göre daha ma-

[1] Bal, Özlem. *Türk İş Hukukunda Manevi Tazminat*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 3-4, Arıkan, Şafak. *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Zararlarda Manevi Tazminat*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 25, Antalya, O. Gökhan. *Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 14, Keskin, A. Dilşad. *Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 99, Erlüle, Fulya. *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlali Halinde Manevi Tazminat*, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara, 2021, s. 26.

[2] Kılıçoğlu, Ahmet. "Tüzel Kişi Manevi Tazminat İsteyebilir Mi", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 1, 1983, s. 293, Kılıçoğlu, Mustafa. *Tazminat Hukuku*, 6. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2016, s. 1188, Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Cilt 1*, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 418, Bal, s. 4, Arıkan, s. 26, Antalya, s. 17, Keskin, s. 103, Erlüle, 2021, s. 26.

[3] Kılıçoğlu, Mustafa, s. 1188, Bal, s. 5, Arıkan, s. 28, Antalya, s. 17, Keskin, s. 103, Erlüle, 2021, s. 28.

[4] Karahasan, M. Reşit. *Tazminat Hukuku-Manevi Tazminat*, 6. Baskı, Beta Yayınları, Kırklareli, 2001, s. 56, Kılıçoğlu, Mustafa, s. 1185, Bal, s. 6, Arıkan, s. 29, Antalya, s. 17, Keskin, s. 106, Erlüle, 2021, s. 31.

[5] Bal, s. 6, Arıkan, s. 31, Antalya, s. 14, Keskin, s. 99, Erlüle, 2021, s. 46-47.

[6] Antalya, s. 16, Keskin, s. 102.

[7] Bal, s. 8, Arıkan, s. 32, Antalya, s. 18, Keskin, s. 107.

kuldür. Manevi zararı kişilik haklarında meydana gelen eksilme olarak tanımlayan objektif teori, eksilmenin ancak maddi şeylerde mümkün olması, kişilik değerleri gibi manevi şeylerde eksilmenin olamayacağı yönünden eleştirilebilir. Karma teori ise subjektif teorinin yetersiz kaldığı durumlarda uygulama alanı bulmalıdır.

Çalışmaya konu Yargıtay kararı⁸ özet olarak aşağıda ele alınmıştır.

KARAR METNİ

A. Davacı İstemi: Davacı, diğer taleplerinin yanında 200.000TL manevi tazminat talep etmiştir.

B. İlk Derece Mahkemesi Kararı: Davacı lehine 150.000,00 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmiştir.

C. Bölge Adliye Mahkemesi Kararı: Davacı lehine 150.000,00 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmiştir.

D. Delillerin Değerlendirilmesi ve Gerekeçe:...Bunun yanında, gerek mülga BK'nun 47 ve gerekse yürürlükteki 6098 sayılı TBK'nun 56. maddesinde hakimin bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene veya ölenin yakınlarına manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verebileceği öngörülmüştür. Hâkimin manevi zarar adı ile zarar görene veya ölenin yakınlarına verilmesine karar vereceği para tutarı adalete uygun olmalıdır. Hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi, mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanması da amaç edinmemiştir. O halde, bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Manevi tazminat davalarında, gelişmiş ülkelerde artık eski kalıplardan çıkılarak caydırıcılık unsuruna da ağırlık verilmektedir. Gelişen hukukta bu yaklaşım, kişilerin bedenine ve ruhuna karşı yöneltilen haksız eylemlerde veya taksirli davranışlarda tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranlarda manevi tazminat takdir edilmesi gereğini ortaya koymakta; kişi haklarının her şeyin önünde geldiğini önemle vurgulamaktadır. Bu ilkeler gözetildiğinde; aslolan insan yaşamıdır ve bu yaşamın yitirilmesinin yakınlarında açtığı derin ızdırabı hiçbir değer telafi etmesi olanaklı değildir. Burada amaçlanan sadece bir nebze olsun rahatlama duygusu vermek; öte yandan da zarar veren yanı da dikkat ve özen göstermek konusunda etkileyecek bir yaptırımla, caydırıcı olabilmektir.(HGK 23.6.2004, 13/291-370) Manisa ili ... ilçesinde bulunan Eynez yeraltı maden ocağında 13/05/2014 tarihinde meydana gelen yargılamaya konu iş kaza-

[8] Y. 10. HD. 02/11/2020 T., 2020/8254 E., 2020/6194 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

sının 301 kişinin ölümüne ve 486 kişinin yaralanmasına yol açtığı, son yüz yılın en büyük iş kazalarından birisi olan bu iş kazasının yalnızca iş kazasına uğrayanlarda veya kazalılarının yakınlarında değil toplumun tamamında derin bir üzüntü meydana getirdiği, bu kapsamda ... maden kazası gibi toplumu derinden etkileyen facialarda hüküm altına alınan manevi tazminat tutarları değerlendirilirken manevi tazminatın caydırıcılık unsurunun öne çıkması gerektiği kabul edilmelidir. Bakiye ömür sonuna kadar murisin desteğinden faydalandırılması isabetsiz olduğu gibi somut olayın özelliğine göre eş yararına hüküm altına alınan manevi tazminat bir miktar fazla olmuştur. Yapılacak iş, davacı eşin yeniden evlenmesi şeklindeki maddi vakıyı değerlendirmek, hükme esas alınan bilirkişi hesap raporundaki veriler kullanılarak davacı eşin maddi zararını ölüm tarihinden yeniden evlenme tarihine kadar hesaplatmak, somut olayın özellikleri dikkate alınarak davacı eş yararına hükmedilecek manevi tazminatı belirleyip oluşacak sonuca göre bir karar vermekten ibarettir.

E. Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerle, Temyiz olunan Bölge Adliye Mahkemesi kararının 6100 sayılı HMK'nun 373/2. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 02/11/2020 gününde oy çokluğuyla karar verildi.

F. Karşı Oy: Yüksek Özel Daire Sayın Çoğunluğu ile aramızdaki uyumsuzluk, eş yararına takdir edilen manevi tazminatın fazla olup olmaması noktasındadır.

Manevi tazminatın tutarını belirleme görevi hâkimin takdirine bırakılmış ise de hükmedilen tutarın uğranılan manevi zararla orantılı, duyulan üzüntüyü hafifletici olması gerekir. Hâkimin bu takdir hakkını kullanırken, ülkenin ekonomik koşulları tarafların sosyal ve ekonomik durumları paranın satın alma gücü, tarafların kusur durumu olayın ağırlığı olay tarihi gibi özellikleri göz önünde tutması, bunun yanında olayın işverenin işçi sağlığı ve güvenliği önlemlerini yeterince alınmamasından kaynaklandığı da gözetilerek gelişen hukuktaki yaklaşıma da uygun olarak tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranda manevi tazminat takdir edilmesi gerektiği açıkça ortadadır (HGK 23.6.2004, 13/291 - 370).maden kazası gibi toplumu derinden etkileyen facialarda hüküm altına alınan manevi tazminat tutarları değerlendirilirken manevi tazminatın caydırıcılık unsurunun öne çıkarılması gerekmektedir. Açıklanan tüm bu nedenlerle ve bu konuda daha önce aynı kazada zarar görenlerle ilgili verilen emsal olabilecek kararlar göz önüne alındığında davacı eş için mahkemece takdir edilen manevi tazminat yerinde olduğundan, Yüksek Özel Dairenin bozma ilamında manevi tazminat fazla takdir edilmiştir yönündeki bozma görüşüne katılmıyoruz.

MANEVİ TAZMİNATA GENEL BAKIŞ

Manevi tazminatın temel amacı, zarar görenin azalmış yaşam sevincini ve mutluluğunu mümkün olduğunca yeniden tesis etmeye çalışmaktır. Manevi tazminat miktarını belirlemede hâkimin takdir yetkisi olduğu konusunda, öğretide duraksama olmamakla birlikte, hâkimin bu belirlemeyi hangi amaca ve ölçüte göre yapması gerektiği konusunda öğretide farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Bu yaklaşımlar aşağıda ele alınmıştır.

Manevi Tazminatın Niteliğini (Fonksiyonunu) Açıklayan Görüşler:

Telafi Amacı Görüşü:

Telafi amacına göre manevi tazminat, zarar görenin kişilik haklarında iradesi dışında meydana gelen manevi zararların giderilmesinin tazmin ve telafi edilmesidir⁹. Telafi amacına göre zarar görene ödenecek bir miktar para ile duyduğu elem ve ızdırabın telafi edilmesi, zarar görenin bir nebze olsun yeniden huzura kavuşması amaçlanmaktadır. Telafi görüşü mağdurun manevi zararının, maddi bir menfaatle giderilebileceğini savunduğundan, manevi tazminat ile maddi tazminatı birbirine benzer görmektedir¹⁰. Oysaki maddi tazminat ile manevi tazminatın korudukları hukuki menfaatler birbirinden farklıdır¹¹. Bu yönüyle telafi görüşü eleştirilmiştir.

Telafi görüşü manevi zararın niteliğinde objektif bir yaklaşım tarzını kabul eder; bu sebeple de kişinin kişilik hakkı ihlal edilmesi durumunda elem ve ızdırıp duyup duymadığını araştırmaksızın, kişilik değerlerinde bir eksilmenin varlığı halinde manevi tazminatın varlığını kabul eder¹². Objektif görüş, zarar görenin idrak ve hissetme yeteneğinden bağımsız olarak hareket eder; zarar görenin uğramış olduğu manevi zarar olarak zarar görenin çektiği acı, elem, hüznün ve ızdırapla ilgilenmez¹³.

Tatmin Amacı Görüşü:

Tatmin amacına göre zarar görenin duyduğu elem ve ızdırabı göz önünde bulundurarak, onu tatmin edecek düzeyde bir miktar paranın ona manevi tazminat olarak ödenmesi gerekir. Bu görüşe göre manevi tazminat ile zarar görenin ızdırabının kısmen de olsa hafifletilmesi, bir ölçüde manevi açıdan tatmin edilmesi amaçlanır¹⁴. Görüldüğü üzere burada telafi amacından farklı olarak objektif kriterler değil, zarar gö-

[9] Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 889, Bal, s. 21, Arıkan, s. 54, Antalya, s. 26, Keskin, s. 125, Erlüle, 2021, s. 76.

[10] Eren, s. 889, Bal, s. 21, Arıkan, s. 55, Antalya, s. 26, Keskin, s. 125, Erlüle, 2021, s. 77.

[11] Eren, s. 890, Bal, s. 21, Arıkan, s. 55, Antalya, s. 27, Keskin, s. 126, Erlüle, 2021, s. 78.

[12] Eren, s. 890, Bal, s. 21, Arıkan, s. 56, Antalya, s. 27, Keskin, s. 126, Erlüle, 2021, s. 79.

[13] Eren, s. 891, Bal, s. 21, Arıkan, s. 56, Antalya, s. 27, Keskin, s. 126, Erlüle, 2021, s. 78.

[14] Eren, s. 887, Bal, s. 17, Arıkan, s. 52, Antalya, s. 27, Keskin, s. 127, Erlüle, 2021, s. 72.

renin duyduğu elem ve ızdırap dikkate alındığından subjektif kriterler ağır basmaktadır. Zarar göreni teselli ederek, onda yaratılan haksızlık duygusunun ortadan kaldırılmasına ve düzeltilmesine hizmet eder¹⁵. Bu yönüyle tatmin amacı subjektif görüşle örtüşmektedir. Subjektif görüş, kişilik hakkı zedelenenin manevi olarak elem ve ızdırap duyması, ruhsal dengesinin bozulması, yaşama sevincini kaybetmesi durumunda, söz konusu kişinin manevi zarara uğradığını kabul eder¹⁶. Subjektif görüş kişinin duygusal yapısının değerlendirilmesinin manevi tazminat talep eden kişinin gerçekten zarara uğrayıp uğramadığının tam ve kesin olarak belirlenmesini engellediği için eleştirilmiştir¹⁷.

Önleyicilik/Caydırıcılık Amacı Görüşü:

Bu amaca göre manevi tazminat, kişilik hakkını zedeleyecek fiilin tekrar işlenmesini engellemek, önlemek ve böylelikle kişilik değerlerine saygı duyulmasını sağlamak amacıyla güder¹⁸. Objektif görüşü savunan bazı yazarlar telafi amacının yanında, ikincil fonksiyon olarak önleyici ve caydırıcı işlevi ilave etmektedirler¹⁹. Yargıtay'ın da önleyici/caydırıcı olma görüşünü benimsediği yönünde aşağıda detaylı olarak bilgi verilecektir.

Cezalandırma Amacı Görüşü:

Daha çok Anglo-Amerikan hukuk sisteminde benimsenen bu görüşe göre manevi tazminatın özel hukuk cezası niteliğinde, mağdurun failden öç alma duygusunu gidermeye yönelik cezalandırma amacı taşıdığı savunulmuştur²⁰. Bu sebeple cezalandırma fonksiyonu (Strafffunktion) görüşü, yüksek miktarda manevi tazminata hükmedilmesini önerir²¹. Bu görüş manevi tazminatın belirlenmesinde manevi zararın ağırlığını ve şiddetini dikkate almaksızın, failin kusurunu ve kusurun derecesini esas almaktadır²². Ceza görüşü adalet duygusuyla bağdaşmadığı için eleştirilmiştir²³. Zira özel hukuk cezası hem faili cezalandırmak hem de zarar görenin zararını tazmin etmek şeklindeki iki farklı amacı aynı anda gerçekleştirilmeye çalışmaktadır²⁴. Kusursuz sorumluluk hallerinde de manevi tazminatın kabul edilmesi, failin kusurunu esas alan cezalandırma

[15] Eren, s. 887, Bal, s. 18, Arıkan, s. 52, Antalya, s. 28, Keskin, s. 128, Erlüle, 2021, s. 72.

[16] Ertaş, Şeref. *Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tespiti*, Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1990, s. 65, Eren, s. 888, Bal, s. 18, Arıkan, s. 53, Antalya, s. 28, Keskin, s. 129, Erlüle, 2021, s. 73.

[17] Eren, s. 888, Bal, s. 19, Arıkan, s. 53, Antalya, s. 29, Keskin, s. 130, Erlüle, 2021, s. 73.

[18] Bal, s. 21, Arıkan, s. 57, Antalya, s. 30, Keskin, s. 130, Erlüle, 2021, s. 73.

[19] Bal, s. 22, Arıkan, s. 57, Antalya, s. 30, Keskin, s. 131, Erlüle, 2021, s. 74.

[20] Ertaş, s. 73, Bal, s. 22, Arıkan, s. 49, Antalya, s. 29, Keskin, s. 132, Erlüle, 2021, s. 70.

[21] Bal, s. 19, Arıkan, s. 49, Antalya, s. 29, Keskin, s. 132, Erlüle, 2021, s. 70.

[22] Bal, s. 19, Arıkan, s. 50, Antalya, s. 29, Keskin, s. 132, Erlüle, 2021, s. 71.

[23] Bal, s. 20, Arıkan, s. 50, Antalya, s. 29, Keskin, s. 133, Erlüle, 2021, s. 71.

[24] Bal, s. 20, Arıkan, s. 51, Antalya, s. 29, Keskin, s. 133, Erlüle, 2021, s. 72.

görüşünün yetersizliği olarak görülmektedir²⁵. Öte yandan manevi tazminatın ceza olarak görülmesi suçların şahsiliği ve kanunilik ilkelerine de aykırıdır²⁶.

Maddi Tazminatı Tamamlayıcı-Düzeltilici Olma Amacı:

Özellikle Serozan tarafından savunulan bu amaca göre manevi tazminat, maddi tazminatın yetersiz kaldığı ya da tükendiği yerde manevi tazminat onun denkleştirme fonksiyonunu bir sosyal ihtiyacı karşılama amacıyla üstlenir²⁷.

Yazara göre manevi tazminatı geleneksel duygusal ipoteklerinden kurtaran ve ona maddi tazminatın açıklarını kapatan bir sosyal düzeltici işlevi yükleyen bu yaklaşımın benimsenmesi halinde, manevi tazminata ancak denkleştirme programının tüm yolları tüketildikten sonra bir son çare olarak başvurulabilecektir²⁸. Manevi tazminatı maddi tazminatın bir uzantısı ve tamamlayıcısı olarak karşılayan ve aynı hukuki rejime bağlayan bu anlayış çerçevesinde ayırt etme gücünden yoksun kişiler ve tüzel kişiler de manevi tazminat talep edebileceklerdir²⁹.

Denkleştirme Amacı Görüşü:

Denkleştirme görüşü manevi tazminatın, zarar görenin fiziki veya ruhi acılarının, üzüntülerinin, psikolojik durumundaki huzursuzluk ve dengesizliğin bir miktar para ile veya başka bir yöntemle ortadan kaldırılmasını amaçladığını kabul eder³⁰. Bu görüşe göre manevi tazminatın amacı zararın giderilmesi değil, zarar görenin elem ve üzüntüsünün elden geldiği ölçüde denkleştirilerek tatmin edilmesidir³¹. Mağdurun elem ve ızdırabı, yaratılan mutluluk duygusu ile denkleştirilerek tatmin edilmeye çalışılmaktadır³². Manevi tazminatla zarar verici fiilin olmadığı durum sağlanarak, fiilin yarattığı elem ve ızdırabın dengelenmesi istenmektedir³³.

Belirtmek gerekir ki manevi tazminatın zarar göreni tatmin etme ama-

[25] Kılıçoğlu, Mustafa, s. 1185, Bal, s. 20, Arıkan, s. 51, Antalya, s. 29, Keskin, s. 133, Erlüle, 2021, s. 72.

[26] Tutumlu, M. Akif. *Tüketici Hukukunda Manevi Tazminat Davası*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 247, Bal, s. 20, Arıkan, s. 51, Antalya, s. 29, Keskin, s. 132.

[27] Demir, Kübra. "Manevi Tazminatın Belirlenmesine Genel Bir Bakış", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 1-2, 2020, s. 73, Serozan, Rona. *Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım*, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1990, s. 84, Kılıçoğlu, Mustafa, s. 1188, Arıkan, s. 58, Erlüle, 2021, s. 79.

[28] Serozan, s. 90-92, Arıkan, s. 59, Erlüle, 2021, s. 80.

[29] Serozan, s. 93-98, Arıkan, s. 60, Erlüle, 2021, s. 81.

[30] Bal, s. 22, Antalya, s. 30, Keskin, s. 133, Erlüle, 2021, s. 75.

[31] Bal, s. 22, Antalya, s. 30, Keskin, s. 134, Erlüle, 2021, s. 75.

[32] Bal, s. 23, Antalya, s. 31, Keskin, s. 135, Erlüle, 2021, s. 76.

[33] Bal, s. 23, Antalya, s. 31, Keskin, s. 136, Erlüle, 2021, s. 76.

cı (subjektif teori), diğer yaklaşımlara göre hakkaniyete daha uygundur. Ancak her ne kadar önceki tarihlerde tüzel kişilerin manevi tazminat talep edemeyecekleri görüşü³⁴ mevcutsa da gelişen hukukta artık tatmin edilmeleri mümkün olmasa da tüzel kişilerin ve ayırt etme gücü olmayanların da manevi tazminat talep edebilecekleri kabul edilmektedir. Tatmin fonksiyonunun esas alınması durumunda ayırt etme gücü olmayanların yasal temsilcilerinin, tüzel kişilerin ise organlarında bulunan kişilerin duydukları elem ve ızdırap dikkate alınmalıdır. Bunun mümkün olmaması durumlarında ise telafi görüşüne diğer durumlarda yine tatmin görüşüne göre karar vermek gerekir.

Manevi Tazminatın Belirlenmesi

Kanun gereği manevi tazminatı belirleme bakımından hâkimin takdir yetkisi bulunmaktadır. Buna göre hâkim, “*olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir.*” (TBK md.56). Yargıtay, manevi tazminatın belirlenmesi konusunda hâkime tanınan takdir yetkisinin sınırsız olmadığına, özellikle bu sınırın her somut olayın kendi özelliklerine³⁵ göre objektif koşullar olduğuna yönelik istikrarlı kararlar vermektedir³⁶.

Yargıç, takdir yetkisini kullanırken aşırılığa düşmemelidir, keyfiliğe düşmemelidir ve kişisel karakterine, inancına göre karar vermemelidir³⁷. Yargıtay’a göre hâkim, manevi tazminatı belirlemeye yönelik takdir hakkını kullanırken, ülkenin ekonomik koşulları, tarafların sosyal ve ekono-

[34] Kılıçoğlu, Ahmet, s. 292-294.

[35] “*Özel hal ve şartlar, her olaya göre değişir. Esasen maksat, yukarıda da açıklandığı gibi, olaysa has hal ve şartlar, yani olayın özellikleridir. Bu özelliklerin başında, manevi zararın önemli olması gelir. Eli çizilen bir kimseye cismani zarar uğradı diye kural olarak manevi tazminat hükmedilmesi icap etmez. demekki, cismani zarara uğruyan kimsede veya ölenin yakınlarında önemli bir manevi zarar (elem, ızdırap) husule gelmeli, yani gerçekten manevi bir tatmin ihtiyacı doğmuş bulunmalıdır. Ölüm vukubulmuşsa, sağlığında ölen ile davacı arasındaki münasebetin mahiyeti ve derecesi bu hususun takdirinde büyük rol oynar. Bundan başka olayın oluş şekli, nazara alınır. Feci bir olay ile normal şartlar altında meydana gelmiş olan olay bir tutulamaz. Nihayet ilgilerin yani failin, olaydan başka sorumlu varsa onun, mesela istihdam edenin, ölenin, davacıların içtimai vekillerinin, tahsil ve iktisadi durumlarının göz önünde tutulması lazımdır. Eğer olayda failin veya onun hareketinden sorumlu olan şahsın, mesela istihdam edenin kusuru varsa, bu kusurun veya cismani zarara uğrayan yahutta ölen zarara birlikte sebebiyet vermişse, sebebiyet verme nispetlerinin veya karşılıklı kusurlarının manevi tazminata hükmedilmesinde ve miktarında nazara alınması icap eder. Mücerret müterafik kusur veya birlikte sebebiyet verme durumu, manevi tazminata hükmedilmesine engel değildir. Ancak; müterafik kusur veya birlikte sebebiyet verme nispeti, manevi tazminata hükmedilmesini haksız ve yersiz kılacak derecede ağır ve büyük olursa, hakim manevi tazminata hükmetmiyebilir (H. Becker, m. 47 No.2; Oser-Schönenberger, m.47, No. 12 V. Tuhr-Sieglwart, Cilt: 1, Sah. 117, Not:4 B; K. Oftinger, C. I, Sh.269).” YİBGK 22.06.1966 T., 1966/7 E., 1966/7 K. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>*

[36] “22.6.1966 günlü ve 7/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı’nın gerekçesinde de takdir edilecek manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlar da açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden, hâkim bu konuda takdir hakkını kullanır iken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir.” Yargıtay 17. HD. 02.11.2020 T., 2019/292 E., 2020/6372 K. Y. HGK. 23.06.2004 T., 2004/13-291 E., 2004/370 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

[37] Kılıçoğlu, Mustafa, s. 1215.

mik durumları, paranın satın alma gücü, tarafların kusur durumu, olayın ağırlığı davacının sürekli iş göremezlik oranı, işçinin yaşı, olay tarihi gibi objektif kriterleri göz önünde tutmalı ve hükmedilecek tutar, manevi tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranda belirlenmelidir³⁸. Yüksek Mahkeme, manevi tazminatın belirlenmesinde özellikle İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu tarafından verilen 1966 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararını³⁹ dayanak metin olarak görmektedir. Yüksek Mahkemeye göre, manevi tazminat bir ceza olmadığı gibi mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanması amaç edinemez, takdir edilecek miktarın mevcut duruma göre elde edilmek istenen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli miktar kadar olması gerekir, davacıları aşırı zenginleştirmeyecek, davalı tarafı aşırı fakirleştirmeyecek şekilde davacıların yaşamış oldukları manevi ızdırap ve çöküntüyü bir nebze olsun hafifletecek suretle belirlenmesi gerekir⁴⁰. Yüksek Mahkeme, kişilik haklarını ihlal eden fiille, tazminat miktarı arasında makul bir oranın bulunması gerektiğine karar vermiştir⁴¹.

Yüksek Mahkeme bir başka kararında ise mağdurun gördüğü maddi zararın miktarının, manevi tazminat miktarının belirlenmesinde etkili olduğuna karar vermiştir⁴².

Yüksek Mahkemenin manevi tazminatın, zarar görenin manevi zararlarını telafi etmesi, onu tatmin etmesi ve işveren bakımından ise caydırıcı olması gerektiğine yönelik istikrarlı kararları⁴³ dikkate alındığında,

[38] Y. HGK. 23.06.2004 T., 2004/13-291 E., 2004/370 K., 10. HD. 08.10.2020 T., 2020/6376 E., 2020/5742 K., Y. 21. HD. 20.02.2020 T., 2019/3680 E., 2020/974 K., Y. 21. HD. 06.04.2009 T. 2009/2973 E. 2009/4984 K. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>

[39] YİBGK 22.06.1966 T., 1966/7 E., 1966/7 K. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>

[40] "İsviçreli Hukukçulardan H. Becker (1942 madde 47, No. 8) ve K. Oftinger'in (1958, cilt: I, Sah. 269) eserlerinde işaret ettikleri gibi, hâkim manevi tazminata hükmederken para değerini de düşünmelidir. Hükmettiği meblağ, bir sadaka niteliği taşınmamalı, kısmen de olsa bir manevi tatmin fonksiyonu ifa etmelidir. Mamefih diğer tarafın muzayaka haline düşmesine, onun mahfına da meydan vermemelidir" YİBGK 22.06.1966 T., 1966/7 E., 1966/7 K. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>

[41] "Onun için, kişilik haklarını ihlal eden fiille, tazminat miktarı arasında makul bir oranın bulunması gerekir. Bir tarafın zenginleşmesine yol açacak sonuçlar doğurur miktarda manevi tazminat takdiri, müesseseyi amacından saptırır. Hâkim, tazminat miktarını saptarken, bir yandan kişilik hakları zedelenen tarafın, ekonomik ve sosyal durumunu ve boşanmada kusuru bulunup bulunmadığını ve varsa kusur derecesini, fiilin ağırlığını; öbür yandan da, kişilik haklarına saldırıda bulunanın kusur derecesini, ekonomik ve sosyal durumunu gözönünde bulundurmak zorundadır. Açıklanan ilkeler gözetildiğinde davalı-karşı davacı kadın yararına takdir edilen manevi tazminat miktarı, ölçülülük ilkesine uygun olmayıp fazla bulunmuştur." Y. 2. HD. 04.11.2020 T., 2020/4761 E., 2020/5358 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

[42] "O halde kural olarak, sigortalı yararına hükmedilecek maddi ve manevi tazminat miktarını doğrudan etkilemesi nedeniyle işçide oluşan sürekli iş göremezlik oranının 5510 sayılı Kanun'daki düzenlemeye uygun olarak hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeksizin tespiti gerekmektedir." Y. HGK. 01.07.2020 T., 2016/1033 E., 2020/508 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

[43] "Manevi tazminat davalarında, gelişmiş ülkelerde artık eski kalıplardan çıkılarak caydırıcılık unsuruna da ağırlık verilmektedir. Gelişen hukukta bu yaklaşım, kişilerin bedenine ve ruhuna karşı yöneltilen haksız eylemlerde veya taksirli davranışlarda tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranlarda manevi tazminat takdir edilmesi gerektiğini ortaya koymakta; kişi haklarının her şeyin önünde geldiğini önemle vurgulamaktadır." Y. 10. HD. 02.11.2020 T., 2020/7341 E., 2020/6191 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

manevi tazminatın amacı konusunda karma bir yaklaşımı benimsediği anlaşılmaktadır. Manevi tazminatın bir ceza olmadığına yönelik istikrarlı kararları ise cezalandırma amacı görüşünü benimsemediğini açıkça göstermektedir.

İŞVERENİN MANEVİ TAZMİNAT SORUMLULUĞU

İşverenin Hukuki Sorumluluğunun Şartları:

En başta belirtmek gerekir ki işverenin iş kazası ya da meslek hastalığı neticesinde zarar gören işçiye veya yakınlarına manevi tazminat ödemekle yükümlü olması, işçiye karşı hukuki sorumluluğu içerisinde olup, bu nedenle işverenin hukuki sorumluluğunun şartlarının oluşup oluşmadığı her somut olayda ayrıca değerlendirilmelidir.

İşverenin iş kazası neticesinde hukuki sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için öncelikle bireysel iş hukuku anlamında bir iş kazasının meydana gelmiş olması gerekir⁴⁴. Bireysel iş hukuku anlamında bir iş kazasında, işverenin kast veya ihmâl şeklindeki eylemleri ve işçinin gördüğü iş ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının olması gerekir⁴⁵. İşverenin eylemleri ile yaşanan kaza sonucu meydana gelen zarar arasında illiyet bağının kesildiği durumlarda meydana gelen kazanın, sosyal güvenlik hukuku anlamında iş kazası olarak kabul edilebilmesi mümkünken, bireysel iş hukuku anlamında iş kazası olarak kabul edilmesi mümkün değildir⁴⁶. Bunun yanında işverenin yaşanan iş kazasında kusuru bulunması da hukuki sorumluluğunun oluşması açısından bir başka şarttır⁴⁷. 6098 Sayılı TBK md.417/2 gereğince işveren, alması gereken tüm tedbirleri almak zorundadır. Bu nedenle işverenin kusuru-

[44] Akın, Levent. *İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 44, Erdoğan, Mehmet Şirin. "İş Kazasından Zarar Görenlerin ve Yakınlarının Maddi ve Manevi Zararlarının Tazmini", *Yaşar Üniversitesi Dergisi*, C. 8, S. Özel, 2013, s. 1107, Sümer, Haluk Hadi. *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 196, (İş Güvenliği), Tuncay, A. Can/Ekmekçi, Ömer. *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, Beta Yayınları, İstanbul, 2019, s. 391.

[45] Sümer, İş Güvenliği, s. 197, Tuncay/Ekmekçi, s. 391, Tugay, Mustafa. *Koronavirüs Pandemisinin Sosyal Sigorta ve Tazminat Haklarına Etkisi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 131, "...Bu şartlardan en önemlisi, zarar ile eylem arasındaki illiyet bağıdır." YİBGK 22.06.1966 T., 1966/7 E., 1966/7 K. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>

[46] Sümer, Haluk Hadi, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 159, (Sosyal Güvenlik), Sümer, İş Güvenliği, s. 195, Tuncay/Ekmekçi, s. 391, Akın, 2001, s. 44-45.

[47] "İşverenin sorumluluğu için, zarara uğrayanın sigortalı olması, zararı meydana getiren olayın iş kazası veya meslek hastalığı niteliğinde bulunması, zararın meydana gelmesinde işverenin kastının veya sigortalının sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketinin ve bu hareket ile meydana gelen iş kazası ve meslek hastalığı arasında illiyet bağının bulunması gerekir. Buradan, işverenin, işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliğine ilişkin mevzuatın kendisine yüklediği, objektif olarak mümkün olan tüm tedbirleri alma yükümlülüğünü yerine getirmemesi ve bu nedenle iş kazası veya meslek hastalığı şeklinde sosyal sigorta riskinin gerçekleşmesi halinde, kusur esasına göre meydana gelen zararlardan Sosyal Güvenlik Kurumu'na karşı rücuun sorumlu olduğu sonucu çıkarılmaktadır." Y. 10. HD. 01.07.2020 T., 2020/466 E., 2020/4211 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>. "İşyerinde meydana gelen iş kazaları nedeniyle işverenin hukuki sorumluluğunun niteliği Yargıtay'ın önceki kararlarında da benimsediği görüşe göre, kusura dayanmaktadır." Y. HGK. 20.03.2013 T., 2012/21-1121 E., 2013/386 K. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.

nun bulunmasından anlaşılması gereken ise işverenin somut olaya göre alması gereken tüm tedbirleri almamış olması ve kazaya işverenin bu ihmali veya kusurunun neden olmasıdır. İş sağlığı ve güvenliği yasası, işyerindeki görev dağılımını belirleyen işverenin, çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden işe uygunluğunu göz önüne alması gerektiğini belirtmiştir. Buna aykırı davranan ve çalışanın sağlık durumunu dikkate almayan işveren, bu işçinin sebep olduğu zararda, kusurlu sayılır⁴⁸.

Yargıtay işverenin sorumluluğunun objektif kusur ilkesine göre belirlenmesi gerektiğine karar vermektedir⁴⁹. Buna göre Yüksek Mahkeme, işverenin bir anlamda objektif özen yükümlülüğü altında olduğunu ve “işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliğine ilişkin mevzuatın kendisine yüklediği, teknolojinin gerekli kıldığı, objektif olarak mümkün olan tüm tedbirleri alma yükümlülüğü” bulunduğuna karar vermektedir⁵⁰. Bu kapsamda işverenin kusurunun tespiti bakımından içinde bulunduğu subjektif koşulların değil, işverenin yürüttüğü işle benzer işi yapan dürüst, makul ve tedbirli bir işverenin alması gereken tedbirleri araştırmak ve tespit etmek gerekmektedir⁵¹. Dolayısıyla işverenin, tecrübesizliği, bilgisizliği, ekonomik bakımdan güçsüz durumda olması veya benzer işyerlerinin de benzer şartlarda işi yürüttükleri gibi subjektif savunmaları dikkate alınmayacaktır⁵².

İşverenin Manevi Tazminat Yükümlülüğünün Hukuki Dayanağı

İşverenin manevi tazminat yükümlülüğünün hukuki dayanağını oluşturan 6098 Sayılı TBK md.56 şu şekilde düzenlenmiştir; “*Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir. Ağır bedensel zarar veya ölüm halinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.*” Düzenleme dikkate alındığında, kazayı yaşayan işçinin şartların oluştuğu her durumda manevi zararını işverenden talep edebileceği, yakınlarının ise ancak işçinin ağır bedensel zararı veya ölümü durumunda manevi zararlarını işverenden talep edebileceği anlaşılmaktadır.

[48] Akın, Levent. “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun İşverenin Hukuki Sorumluluğuna Etkisi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 20, S. 1, 2014, s. 659.

[49] Y. HGK. 09.10.2013 T., 2013/21-102 E., 2013/1456 K. <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>

[50] Y. 10. HD. 02.11.2020 T., 2020/8254 E., 2020/6194 K., Y. 10. HD. 17/06/2020 T., 2019/4119 E., 2020/3339 K., Y. 10. HD. 15/06/2020 T. 2019/3367 E., 2020/3202 K., Y. 21. HD. 19.02.2013 T., 2012/100014 E., 2013/2860 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

[51] Sümer, İş Güvenliği, s. 200.

[52] Sümer, Haluk Hadi. *İş Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 174, (İş Hukuku), Sümer, İş Güvenliği, s. 201, Y. HGK. 20.03.2013 T., 2012/21-1121 E., 2013/386 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>

İşçinin ya da yakınlarının, işverenden manevi zararlarını TBK md.417/2 gereğince, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre istemesi mümkündür. Bu nedenle TBK md.417/2 hükmü gereğince, işverene karşı açılacak maddi, manevi ve destekten yoksun kalma tazminatlarına ilişkin davalarda 10 yıllık zamanaşımı süresi geçerlidir⁵³. Ancak TBK md.114/2 hükmü gereğince haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanacağından, sorumluluğun kapsamı ve zararın tazmini açısından TBK md.49 hükmü de bu davalarda uygulama alanı bulacaktır⁵⁴. Öte yandan işçinin manevi tazminat talep edebilmesi için yaşanan kaza neticesinde cismani zarara uğramış olması yeterli olup, mesleki kazanma gücünde bir kaybın doğmuş olması ise şart değildir⁵⁵. Mesleki kazanma gücünde bir kayıp meydana gelmemesi, işçinin yaşadığı kaza nedeniyle elem ve ızdırıp duymadığı anlamına gelmez. Kazanma gücünün kaybı ancak işçinin duyduğu elem ve ızdırabın şiddetini artıracığından, hâkim tarafından manevi tazminat miktarı belirlerken dikkate alınması gereken somut olayın şartlarından biri olarak kabul edilmelidir.

İşverenden Manevi Tazminat Talep Edebilecek Kişiler

İşçinin yanında işçinin hangi yakınlarının işverenden yansıma yoluyla manevi tazminat isteyebileceği somut olaya göre değişecektir. Yargıtay, işçinin manevi tazminat isteyebilecek yakınlarının tespiti bakımından işçiyle akrabalık bağı veya resmi evlilik gibi kriterlerden ziyade, işçiyle aralarında duygusal bir bağın olup olmadığını araştırmaktadır⁵⁶. Ölen işçinin eşi, hatta nikahsız eşi, çocukları, ana ve babası, kardeşleri ve ölenle duygusal bağlarını ispatlamak suretiyle onun sözlüsü veya sevgilisi gibi ölen işçiyle akrabalık bağı olsun olmasın, onunla duygusal bağı olan kişiler bu bağlarını ispatlamak suretiyle manevi tazminat isteyebilirler⁵⁷. İşçinin yakınlarının işverenden manevi tazminat talep edebilmesi için iş kazası veya meslek hastalığı neticesinde işçinin ağır bir bedensel zarara

[53] Sümer, İş Güvenliği, s. 190.

[54] Tugay, s. 130.

[55] Sümer, İş Güvenliği, s. 219.

[56] Süzek, Sarper. *İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)*, 20. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2020, s. 443, Çakırca, Seda İrem. "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Ağır Bedensel Zararlarda Yakınların Manevi Tazminat Talebi", *Yaşar Üniversitesi Dergisi*, Prof. Dr. Aydın Zevkiler'e Armağan, C. 8, S. Özel, 2013, s. 803, Sulu, Muhammet. "Ölüm ve Bedensel Bütünlüğün İhlali Halinde Manevi Tazminat", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 3, 2016, s. 2744, "...bir kimsenin ölenin yakını sayılabilmesi için, ölen ile eylemli aile ve sevgi bağlarının varlığı gereklidir. Burada önemli olan, aile hukuku çevresinde yakınlık değil, duygusal yakınlıktır, bu yüzden manevi tazminata hükmetmek için murisle çok yakın ve içtenlik taşıyan duygusal bir bağlılığın varlığı aranmalıdır..." Y. 11. HD. 27.10.2003 T., 2003/3260 E., 2003/9976 K., <https://karararama.yargitay.gov.tr/>.

[57] Erlüle, Fulya. "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğe Girmesinin Ardından Yargıtay'ın Bedensel Zararlarda Yakınların Manevi Tazminat Talebine İlişkin Uygulaması", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 3, 2016, s. 1115, Sümer, İş Güvenliği, s. 218.

uğraması ya da ölmesi gerekmektedir (TBK md.56/2). Yargıtay mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunu yürürlükteyken verdiği kararlarda, işçinin ağır bedensel zarara uğradığı durumlarda, işçinin ancak ana, baba, eş ve çocukları gibi çok yakın kişilerin işverenenden manevi tazminat talep edebileceğine karar vermektedir; ancak 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinin ardından öğretideki görüşlere de uygun olarak işçiyle aralarında duygusal bağı olduğunu ispatlayan her kimse işverenenden manevi tazminat talep edebilmektedir⁵⁸.

İş kazasına uğrayan ya da meslek hastalığına tutulan işçi, hayattayken işverenenden manevi tazminat almış, ancak daha sonra bu kaza veya hastalık nedeniyle yaşamını yitirmişse, yakınları bu ölümün ardından işverenenden manevi tazminat talep edebilir. İşçinin sağlığında manevi tazminat almış olması, yakınlarının da işverenenden manevi tazminat talep etmesine engel değildir⁵⁹.

SONUÇ

Yargıtay Onuncu Hukuk Dairesi, Manisa İli Soma İlçesinde yaşanan ve sonuçları bakımından ağır bir facia niteliğinde olan maden iş kazasıyla ilgili kararında, bu kaza neticesinde eşini kaybeden ve bir süre sonra evlenmiş olan davacı eş lehine hükmedilen destekten yoksun kalma tazminatını ve davacı eş lehine hükmedilen manevi tazminat miktarını yüksek bularak bozma kararı vermiştir. Kararda zarar görenin maddi zararının miktarından hareket edildiği anlaşılmaktadır.

Manevi tazminatın zarar göreni tatmin etme amacı (subjektif teori), diğer yaklaşımlara göre hakkaniyete daha uygundur. Subjektif teorinin esas alınması durumunda ayırt etme gücü olmayanların yasal temsilcilerinin, tüzel kişilerin ise organlarında bulunan kişilerin duydukları elem ve ızdırap dikkate alınmalıdır. Belirtmek gerekir ki manevi tazminat ile maddi tazminatın korudukları hukuki menfaatler farklıdır. Bu bakımdan maddi tazminat ile manevi tazminatı birbirine yaklaştıran görüşler de hakkaniyete uygun değildir. Bu yönden bakıldığında her olayda maddi zarar miktarının, kişinin manevi zararını doğrudan etkileyen bir ölçüt olarak görülmesi manevi tazminatın amacına uygun düşmeyecektir. Örneğin, maddi hiçbir değeri olmayan ancak kişide manevi değeri olan bir eşyanın çalınması durumunda kişinin duyacağı elem ve ızdırap da yüksek olacaktır.

Somut olayda sonradan evlenme durumunun, manevi tazminatın belirlenmesinde dikkate alınmış olması, sonradan evlenen kadının, sonradan evlenmeyen kadına göre daha az yas tuttuğu varsayımını da orta-

[58] Y. 21. HD. 24.02.2014 T., 22505/2912, Erlüle, 2016, s. 1115.

[59] Süzek, s. 444.

ya çıkaracaktır. Bu sonucun da adalet ve nesafet ilkesine aykırı olacağı açıktır. Zira kimin ne kadar yas tuttuğunu belirleyecek bir imkân henüz mevcut değildir. Yapılması gereken hayatın olağan akışına göre eşini kaybeden eşin yeniden evlenmesine bakılmadan olay nedeniyle yas tuttuğunun kabul edilmesidir.

Öte yandan Yüksek Mahkemenin, manevi tazminatın işverenler bakımından caydırıcı olması gerektiğine işaret etmesine rağmen ve yaşanan kazanın sonuçları itibarıyla son derece feci olmasına rağmen, verilen manevi tazminat miktarını yüksek bulması Sayın Özel Dairenin aynı kazayla ilgili verdiği diğer kararlarıyla, hatta bu karardaki değerlendirmeleriyle çelişmesine neden olmuştur. Bu yönlerden bakıldığında Sayın Üye tarafından kaleme alınan karşı oy yazısının isabetli olduğu ve Sayın Özel Dairenin manevi tazminatın yüksek belirlendiği yönündeki bozma nedeninin adalet ve nesafet ilkesine aykırı olduğu kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

- Akın, Levent. *İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001.
- Akın, Levent. "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun İşverenin Hukuki Sorumluluğuna Etkisi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 20 S. 1, 2014, s. 657-674.
- Antalya, O. Gökhan. *Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması -Türk Hukukuna Manevi Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Arıkan, Şafak. *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Zararlarda Manevi Tazminat*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Bal, Özlem. *Türk İş Hukukunda Manevi Tazminat*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- Çakırca, Seda İrem. "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Ağır Bedensel Zararlarda Yakınların Manevi Tazminat Talebi", *Yaşar Üniversitesi Dergisi*, Prof. Dr. Aydın Zevkililer'e Armağan, C. 8, S. Özel, 2013, s. 785-808.
- Demir, Kübra. "Manevi Tazminatın Belirlenmesine Genel Bir Bakış", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 1-2, 2020, s. 67-88.
- Erdoğan, Mehmet Şirin. "İş Kazasından Zarar Görenlerin ve Yakınlarının Maddi ve Manevi Zararlarının Tazmini", *Yaşar Üniversitesi Dergisi*, C. 8, S. Özel, 2013, s. 1099-1109.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- Erlüle, Fulya. *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlali Halinde Manevi Tazminat*, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara, 2021.
- Erlüle, Fulya. "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğe Girmesinin Ardından Yargıtay'ın Bedensel Zararlarda Yakınların Manevi Tazminat Talebine İlişkin Uygulaması", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22 S. 3, 2016, s. 1087-1117.
- Ertaş, Şeref. *Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tespiti*, Prof. Dr. İlhan Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1990.
- Karahasan, M. Reşit. *Tazminat Hukuku-Manevi Tazminat*, 6. Baskı, Beta Yayınları, Kırklareli, 2001.
- Keskin, A. Dilşad. *Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Kılıçoğlu, Ahmet. "Tüzel Kişi Manevi Tazminat İsteyebilir Mi", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 1, 1983, s. 287-294.
- Kılıçoğlu, Mustafa. *Tazminat Hukuku*, 6. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2016.
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Cilt 1*, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- Serozan, Rona. *Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım*, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1990.
- Sulu, Muhammet. "Ölüm ve Bedensel Bütünlüğün İhlali Halinde Manevi Tazminat", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22 S. 3, 2016, s. 2737-2756.
- Sümer, Haluk Hadi. *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020. (İş Güvenliği)
- Sümer, Haluk Hadi. *İş Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020. (İş Hukuku)
- Sümer, Haluk Hadi. *Sosyal Güvenlik Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020. (Sosyal Güvenlik)
- Süzek, Sarper. *İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)*, 20. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2020.

- Tugay, Mustafa. *Koronavirüs Pandemisinin Sosyal Sigorta ve Tazminat Haklarına Etkisi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Tuncay, A. Can/Ekmekçi, Ömer. *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, Beta Yayınları, İstanbul, 2019.
- Tutumlu, M. Akif. *Tüketici Hukukunda Manevi Tazminat Davası*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.

**GENEL KAMU
HUKUKU**

HUKUK GÜVENLİĞİ İLKESİNİ AYM BİREYSEL BAŞVURU PRATİĞİNDEN OKUMAK: ÜMMÜ ÇAKIR BAŞVURUSU ÖRNEĞİ

Arş. Gör. Ahmet TÜRKMEN

Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORC-ID: 0000-0002-5914-4346

ahmetturkmen@fsm.edu.tr

ÖZET

“Yasalar aracılığıyla konuşan” modern devletin en önemli özelliklerinden biri de hukuk güvenliğini sağlamasıdır. Bunu, “hukuk”u peşi sıra tamamlayan belirlilik ve öngörülebilirlik takip eder. Kısacası; hukuki öngörülebilirlik, belirlilik ve güvenlik yoksa -handiyse- modern devlet de yoktur. Bu halde yalnızca, keyfilik hüküm sürer. Kozmosun aksini ifade eden bu kaos durumu ise hukuk sayesinde daimi olarak devletle ilişki kuran bireylerin kamu otoritelerine duyduğu güveni yerle bir eder. Kozmos, -yani hukuk düzeni- tam olarak bu güven duygusunun sürekli diri tutulması amacına matuftur. Aksi halde, gündelik yaşamın bile tadı kaçır.

Bireyler, hayatın olağan akışında birçok iş ve işleme imza atar. Kamu otoriteleri -bir başka deyişle devlet organizasyonu- ise bu iş ve işlemlere karşılık verir. İşte bu ilişkide hangi iş ve işleme hangi karşılığın verileceği hukuku sahneye çağırır. Devlet, eğer gerçek anlamıyla hukukla donatılmışsa bu etkileşim pürüzsüz gerçekleşir. Uyuşmazlıktan söz edilmez. Diğer halde ise neredeyse çözümsüzlük girdabına yuvarlanma potansiyeli taşıyan ihtilaflar yumağıyla karşı karşıya gelinir. Bahsedilen ihtilafların çözümü için çeşitli yöntem ve/veya mekanizmalara başvurulur. 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren uygulanan Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Usulü de bunlardan biridir. Uygulamaya konulduğu günden beri devletle bireyin hukuki etkileşimine önemli katkılar sunan bu usulde, hukuk güvenliği ilkesini gündeme getiren birçok karara imza atılmıştır. 2018 yılında Mahkeme’nin hükme bağladığı Ümmü Çakır Başvurusu da bunlardan biridir.

İlgili başvuruda ihtilaf konusu, başvurucuya 1997 yılında ölüm sigortası kapsamında bağlanan ölüm aylığının 2013 yılında Sosyal Güvenlik

Kurumu tarafından geçmişe yönelik yapılan inceleme neticesinde iptal edilmesi ve geriye dönük olarak ödenen aylıkların iadesinin istenmesidir. Kurum, bu tasarrufuna askerlik hizmeti ile Bağkur hizmetinin çakışması sebebiyle başvurunun 24 gün prim eksiği bulunmasını göstermiştir. Başvurucu ise Manisa 3. İş Mahkemesi'nde açtığı davada aylıklarının kesildiği tarihten itibaren tekrar bağlanarak faiziyle birlikte ödenmesini talep etmiştir. Özetle başvuru, Sosyal Güvenlik Kurumu'nca tespit edilen prim gün sayısı kadar hizmet borçlanması yaparak aylığa hak kazandığını beyan etmiştir. Nitekim Manisa 3. İş Mahkemesi başvurunun davasını kabul etmiştir. Ancak Yargıtay ilgili kararı bozmuş, derece mahkemesi de bu karara uyarak başvurunun davasını reddetmiştir. Netice itibariyle ihtilaf, bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmiştir. Mahkeme, problemin idarenin hatalı işleminden kaynaklandığını ve başvurunun ilerleyen yaşının başka bir iş yapmaya imkan vermemesinin yanı sıra eksik prim gün sayısının çok düşük olmasını dayanak göstererek mülkiyet hakkı yönünden ihlale hükmetmiştir.

Bir üyenin karşıoyuyla hak ihlali bulunduğu yönünde hükme bağlanan Ümmü Çakır Başvurusu, hukuk güvenliği ilkesinin önemini AYM Bireysel Başvuru Pratiği üzerinden göstermektedir. Şayet kamu otoriteleri işlem tesis ederken yahut daha önce tesis ettiği işlemleri iptal ederken özenli davranmazsa bu ilke kendisini hatırlatır. İlgili başvuruda olduğu gibi, bireylerin herhangi bir hata, hile veya kusurunun bulunmadığı durumlarda kamu otoritelerinin üstlenmesi gereken külfeti bireylere yüklemek hukuk güvenliğini alt üst eder. Bu çalışma, hukuk güvenliği ilkesinin önemini ilgli başvuru üzerinden ele almayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Hukuk Güvenliği, Bireysel Başvuru, Sosyal Güvenlik Kurumu, Ölüm Sigortası, Ölüm Aylığı

READING THE LEGAL SECURITY PRINCIPLE FROM THE INDIVIDUAL APPLICATION PRACTICE OF THE CONSTITUTIONAL COURT: THE CASE OF ÜMMÜ ÇAKIR APPLICATION

ABSTRACT

One of the most important features of the modern state, which “speaks through laws”, is that it provides legal security. This is followed by certainty and predictability, which subsequently complete “law”. In short; If there is no legal predictability, certainty and security, there is no modern state. In this case, only arbitrariness prevails. This state of chaos, which expresses the opposite of the Cosmos, destroys the trust in public authorities of individuals who have permanent relations with the state thanks to the law. The cosmos - that is, the legal order - is aimed precisely at keeping this sense of trust alive. Otherwise, even daily life becomes unpleasant.

Individuals carry out many tasks and transactions in the ordinary course of life. Public authorities - in other words, the state organization - respond to these works and transactions. In this relationship, the law calls the law to the stage for which action and transaction will be given in return. If the state is truly equipped with law, this interaction takes place smoothly. There is no mention of disagreement. Otherwise, one is faced with a tangle of conflicts that have the potential to fall into the vortex of insolubility. Various methods and/or mechanisms are used to resolve the mentioned disputes. The Individual Application Procedure to the Constitutional Court, which has been implemented since 23 September 2012, is one of them. In this procedure, which has made significant contributions to the legal interaction of the state and the individual since the day it was put into practice, many decisions have been made that bring the principle of legal security to the agenda. The Ummu Çakır Application, which was ruled on by the Court in 2018, is one of them.

The subject of dispute in the relevant application is the cancellation of the survivor’s pension, which was granted to the applicant within the scope of death insurance in 1997, as a result of a retrospective review by the Social Security Institution in 2013, and the request for the refund of the retroactively paid pensions. The institution based this

decision on the fact that the applicant was 24 days short of premium due to the overlap between his military service and Bağkur service. In the lawsuit filed at the Manisa 3rd Labor Court, the applicant requested that his monthly salaries be reconnected and paid with interest, starting from the date they were deducted. In summary, the applicant declared that he was entitled to a pension by incurring service debt equal to the number of premium days determined by the Social Security Institution. As a matter of fact, Manisa 3rd Labor Court accepted the applicant's case. However, the Supreme Court overturned the relevant decision, and the first instance court complied with this decision and rejected the applicant's case. As a result, the dispute came before the Constitutional Court through individual application. The court ruled that the problem arose from the faulty action of the administration and that there was a violation of property rights, citing the fact that the applicant's advanced age did not allow him to do another job, as well as the number of missing premium days was very low.

Ümmü Çakır Application, which was ruled as a violation of rights by a member's dissenting vote, demonstrates the importance of the principle of legal security through the Constitutional Court Individual Application Practice. This principle reminds itself of itself if public authorities do not act carefully when establishing transactions or canceling previously established transactions. As in the relevant application, placing the burden on individuals that public authorities should undertake in cases where there is no mistake, fraud or fault on the part of individuals would undermine legal security. This study aims to discuss the importance of the principle of legal security through the relevant application.

Key Words: Legal Security, Individual Application, Social Security Institution, Death Insurance, Survivors' Pension.

GİRİŞ

Hukuka ilişkin kavram ve ilkeler, hukukun pratiğiyle asıl anlamını kavrar. İlgili pratik, bahsi geçen kavram ve ilkelerin ne olduklarını ortaya koyabileceği gibi ne olmadıklarını da gösterir. Daha açıkçası, hukukun teorik kısmına karşılık gelen soyutlamalar hayatın gündelik akışını içeren somut hukuk pratiğiyle anlaşılır hale gelir. Hukuk güvenliği ilkesi de bu zümredendir.

Bu bildiride olduğu gibi, müteveffa eşinin sigorta güvencesinden yararlanarak tam on altı yıl boyunca ölüm aylığı alan bireyin -bir kamu otoritesi olan Sosyal Güvenlik Kurumu'nun ansızın gerçekleştirdiği bir hukuki tasarrufla- hayatında meydana gelen değişiklik elbette bir soyutlama olan hukuk güvenliği ilkesini somut ve anlaşılır kılar. Bahsedildiği gibi, bu türlü durumlarda hem hukuk güvenliğinin ne olduğu hem de ne olmadığı gün yüzüne çıkar.

Hukuk, toplum ve devlet. Bu üçlü, aralarındaki ahenk nispetinde sağlıklı bir yaşam sürer. Yanı sıra, üçünün de muhatabı bireydir. Bahsi geçen ahengin bütün maksadı bireyin huzur ve güven içinde yaşamını devam ettirmesidir. Bu ise ancak gerçek anlamıyla bir düzenin kurulmasıyla mümkündür. Bireylerin, içinde buldukları topluma ve hukukla idare olunan devlete karşı "ürkek ve kırılğan" olmaması hangi davranışa hangi karşılığın verileceğinin önceden bilinmesiyledir. Bir başka ifadeyle, yalnızca hukuk güvenliği sağlanırsa bireyler kendilerini içinde buldukları topluma ve hukukla idare olunan devlete ait hisseder.

Kamu otoritelerinin uzun yıllarca elektrik, su ve doğalgaz aboneliği imkanı sunduğu gecekondulu yapıyı ani bir tasarrufla yıkma kararı alması; senelerdir tarım amaçlı kullanılan ve üç kuşaktır semerelerinden istifade edilen arazinin orman sınırları içerisinde kaldığı gerekçesiyle ansızın tapu iptalinin gerçekleştirilmesi; neredeyse çeyrek asırdır emekli aylığı alan bireyin prim gün eksiği bulunduğu gerekçesiyle birdenbire gerçekleştirilen bir tasarrufla emekli aylığının kesilerek geçmişe yönelik yapılan ödemelerin faiziyle birlikte geri istenilmesi vb. Bütün bu varsayımsal örnekler, hukuk pratiğiyle varsayımsal olmaktan çıkar. Yukarıda bahsedildiği gibi, hukukun teorik veçhesine ait kavram ve ilkeler pratikle yoğrularak gerçek anlamlarını su üstüne çıkarır. İşte bu bildiri kapsamında ele alınan Ümmü Çakır Başvurusu da bu çerçevede değerlendirilebilir.

Anayasa Mahkemesi'nce karara bağlanan ilgili başvuru, kanaatimizce hukuk güvenliği ilkesinin önemini ortaya koymaktadır. Bunu göstermek adına, öncelikle hukuk güvenliği ilkesine dair kısa-genel açıklamalara yer verilecek, daha sonra Ümmü Çakır Başvurusu ele alınacak ve sonuç kısmında ise değerlendirmeler aktarılacaktır

HUKUK GÜVENLİĞİ İLKESİNE DAİR

Hukuk güvenliği ilkesi, hukuk devletinin alt unsuru-ilkesi olarak karşımıza çıkar.¹² Bütün eylem ve işlemlerini hukuk çerçevesinde gerçekleştiren devleti imleyen hukuk devleti ilkesi gibi, hukuk güvenliği ilkesini de etraflıca tanımlamak güç bir çaba olarak görünmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere, bu ilke gerçek anlamını hukukun pratiğiyle ortaya koyar. Her şeye rağmen, kavramı açıklamaya yönelik bazı tanım girişimlerini aktarmakta fayda bulunmaktadır.

Bir görüşe göre: “Geniş anlamda hukuk güvenliği ilkesi, insan haklarının korunması ve uygulanmasına ilişkin teminatları içermektedir.”³ Öte yandan, “Dar anlamda hukuk güvenliği ilkesi, hukuk kurallarında hukuki belirliliğin sağlanması, kuralların geçmişe etkili uygulanmaması, kişilerin kazanılmış haklarının ve haklı beklentilerinin korunması anlamına gelmektedir.”⁴

Açıktır ki bu ilke en genel anlamıyla hem insan hakları nosyonuna temas eden bir yanı haizdir⁵ hem de hukukun genel ilkelerini de barındırmaktadır. Esasında, özetle söylenebilir ki hukuk güvenliği ilkesi nihai manada kurulu hukuk düzeninin sorunsuz işlemesine atıf yapar.

Bir başka açıdan, hukuk güvenliği hukuk devletinin bir parçasıdır ve hukuk devleti de polis devletinin tam tersidir: “Anayasamızın 2. maddesinde Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti ilkesi vatandaşların hukuksal güvenlik içinde buldukları devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi anlatır. Hukuk dilinde “hukuk devleti” deyiimi devletin hukuk kurallarıyla bağlı sayılmadığı “polis devleti” kavramının karşısı olarak kullanılmaktadır.”⁶

Kolaylıkla anlaşılabilir ki hukuka dair ilkeleri açıklarken yahut tanımlama girişiminde bulunurken sıklıkla diğer ilkelere başvurmak gerekmektedir. Bu durum dahi, başından beri ifade edildiği üzere, ilgili ilkeleri bütünlüklü bir şekilde tanımlamanın ne denli zor olduğunu ortaya koyar. Nitekim hukuk güvenliği ilkesinin teorik zeminde üzerinde uzlaşı-

[1] Arıkan, Abdullah. *Vergi Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, I. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 27 vd.

[2] Nitekim, “Yöneten güce karşı yönetileni koruma yolunda alınan hukuki önlemler, “hukuk devleti” adı altında kavramlaştırılmış, bir takım kurumsal güvencelerle desteklenerek bir hukuk ilkesine dönüştürülmüştür.” Çağlar, Selda. “Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik-Hukuk Güvenliği İlişkisi”, Ed. Ece Göztepe, Kamu Hukukçuları Platformu: Hukuk Güvenliği, TBB Yayınları, Ankara, 2015, s. 26.

[3] Eren, Abdurrahman. *Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku*, Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023, s. 419.

[4] Eren, s.419.

[5] Er, Sila. “İnsan Hakları Odağında Hukuk Güvenliği Birey Devlet Eşitsizliği Karşısında Hukuk Güvenliği İlkesi”, Suç ve Ceza Dergisi, Cilt:13, Sayı:3, Eylül 2020, s. 684.

[6] Anayurt, Ömer. *Anayasa Hukuku (Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku)*, Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022, s. 215-216.

miş bir tanımının bulunmadığı da ifade edilmektedir.⁷

Diğer bir tanıma göre: “Hukuki güvenlik basitçe, hukuki durumlarda güvenlik, istikrarlılık ve süreklilik olarak düşünülebilir. Daha genel olarak, hukuki güvenlik, hukukun uygulanmasındaki belirsizlik veya ani değişim riskini ortadan kaldırmaya yönelik bir garanti veya koruma olarak tanımlanabilir.”⁸

Özetle söylenebilir ki hukuk güvenliği ilkesi, bir standart hukuk düzeni sağlayan ve bütün iş ve işlemlerde de bu standardın korunmasının teminat altına alındığı durumu ifade eder.

ÜMMÜ ÇAKIR BAŞVURUSU

Bu bildirin in odak noktasını oluşturan Ümmü Çakır Başvurusu⁹, hem hukuk güvenliği ilkesinin önemini ortaya çıkaran hem de hukuk pratiğinin soyut kavram ve ilkeleri nasıl açıklığa kavuşturduğunu gösteren bir örnektir. Hukuki ihtilafın kısa özeti şu şekildedir:

Başvuruya konu olayda, ilgili başvuru (Ümmü Çakır) ev hanımıdır. 1993 yılında, Bağ-Kur sigortalısı eşi vefat etmiştir. Başvurucu, -ölüm sigortasından faydalanabilmek için- ölen eşinin askerlikte geçen hizmet sürelerini borçlanma talebiyle Sosyal Güvenlik Kurumu’na başvurmuş ve talebi kabul edilerek 327 günlük askerlik borçlanması primini ödemiş ve eşinin hizmet süresini -kanuni koşul olan- 1080 güne tamamlamıştır. Böylelikle, ölüm sigortası kapsamında ölüm aylığına hak kazanmıştır. Aylığın ödenmeye başladığı tarih 1997’dir. Yaklaşık 16 yıl kesintisiz aylık ödemesi almıştır. 2013 yılında Sosyal Güvenlik Kurumu, ilgilinin askerlik hizmeti ile Bağ-Kur hizmetinin çakıştığı gerekçesiyle 24 gün prim eksiği bulunduğunu belirterek aylığı iptal etmiş ve geriye dönük yapılan ödemeleri geri istemiştir.

Başvurucu SGK’nın bahsi geçen işlemi gerçekleştirdiği yıl derece mahkemesinde işlemin iptali ve aylığın kesildiği tarihten itibaren faiziyle geri ödenmesi talepli dava ikame etmiştir. Mahkeme, 2014’de SGK işleminin objektif iyi niyet kurallarına aykırı olduğu gerekçesiyle başvuru davalı davasını kabul etmiştir. Yargıtay önünde temyiz incelemesine konu olan karar, yaklaşık 6 ay sonra “ilgilinin başkaca sigortalılık sürelerinin araştırılması” gerektiği yönünde hüküm kurularak bozulmuştur. 2015 yılında, -başlangıçta başvuru davalı talebini kabul eden- derece mahkemesi bu kez 1080 günlük prim şartının sağlanmadığı gerekçesiyle talebi reddetmiştir. Bu karardan 6 ay gibi bir süre sonra ise temyiz incelemesini

[7] Çaptuğ, Mehpere. “Hukuki Güvenlik İlkesinin Kavramsal Gelişimi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 9, Sayı 17, Haziran 2021, s. 134-135.

[8] Moncef KDHIR’dan aktaran: Çaptuğ, s. 139.

[9] Ümmü Çakır Başvurusu, No. 2015/18918, 28/11/2018.

tamamlayan Yargıtay'ın ilgili dairesi red kararını onamış ve karar kesinleşerek başvurucuya tebliğ edilmiştir.

Başvurucu, 2015 yılında mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvurucu özetle, SGK'nın inceleme, denetleme ve doğru bilgileri iletme görevini yerine getirmediğini ileri sürerek hak ihlali iddiasını temellendirmiştir. Ayrıca, kendisinin kamu makamlarını yanıltacak herhangi bir bilgi yahut belge sunmadığını belirtmiş ve Kurum'un bütünüyle kendi hatalı işlemi ile ölüm aylığı bağladıktan 16 yıl sonra aylığı iptal etmesinin objektif iyi niyet kurallarına da aykırı olduğunu ifade etmiştir.

Başvurunun kabul edilebilirlik şartlarını taşıdığını kayıt altına alan AYM, esas yönünden yaptığı incelemede ise öncelikle mülkün varlığını teyit etmiştir. Buna göre, ödenen aylıklar yönünden bir mülkün varlığı şüphesiz olmakla birlikte aylık ödenmeye devam edilmesi yönünde ise meşru beklentinin varlığını hüküm altına almıştır.

Hakka müdahaleyi mülkiyet hakkı ekseninde üç kural içerisinden "kontrol tipi müdahale" olarak tespit eden Mahkeme, müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmadığını ele alırken kanunilik, meşru amaç ve ölçülülük değerlendirmesi yapmıştır. Buna göre, bahsi geçen müdahale bir kanuni dayanağa sahiptir. Mülga 1479 sayılı Kanun'un 1080 gün prim ödeme şartı öngören 41. maddesi ve yürürlükteki 5510 sayılı Kanun'un 96. maddesi bu kapsamdadır. Müdahale kanunilik şartını sağlamaktadır. Meşru amaç incelemesinde ise kamu yararı çerçevesinde "Sosyal Güvenlik Sistemi'nin korunması ve devamlılığının sağlanması" geçerli görülmüştür. Son olarak, ölçülülük incelemesine sıra gelmiştir. Burada AYM, özetle şunları vurgulamıştır:

SGK'nın iptal işlemine konu olan ölüm aylığı, tamamen idarenin tasarrufu ve gözetimi altında bağlanmıştır. Dolayısıyla kusur, bütünüyle idareye aittir. İdarenin uygun zamanda, uygun yöntemle ve tutarlı hareket etme mecburiyeti vardır. 16 yıl çok uzun bir süredir. Bu kadar uzun bir süre sonra aylığın ansızın iptal edilmesi *hukuk güvenliğini de zedelemiştir*. Ayrıca, başvurucunun yaşı, başkaca işi bulunmaması ve aradan geçen süre ve eksik prim gün sayısının oldukça az -24 gün- oluşu dikkate alınmak durumundadır. Sonuç olarak, kamu yararı amacı ile bireyin/başvurucunun mülkiyet hakkının korunması arasındaki adil denge birey aleyhine bozulduğu için mülkiyet hakkının ihlal edildiğine hükmedilmiştir.

SONUÇ

Hukuk gibi, hukuk ilkeleri de geneldir. Herkes içindir. Bütün bireyleri kapsar. Aynı zamanda, kamu otoritelerine de yükümlülük getirir. Bireylerin hukuktan ve hukukun prensiplerinden istifade edebilmesi sadece kendilerinin talepkar olmasıyla mümkün değildir. Ancak ve ancak bu talebe olumlu karşılık verebilecek bir hukuk düzenini kuran ve işletebilen kamu otoritesinin varlığıyla mümkündür.

Bu çalışmada başından itibaren vurgulandığı ve yukarıda özetlenen başvuruda da görüldüğü üzere, hukuk güvenliği ilkesinin ne olduğu ve önemi hukuki pratikle gün yüzüne çıkmaktadır. Yine anlaşılmaktadır ki idarenin/kamu otoritelerinin hatası bireylere külfet yükleyemez ve yüklememelidir. Tam aksine, kamusal makamlar yükümlülüklerini hakkıyla yerine getirmelidir ki bireylerin talepleri hukuk düzeni içerisinde bir anlam ifade edebilsin. İlgili başvuruda, idare hem denetim ve inceleme görevini layıkıyla yerine getirmemiş hem de yıllar sonra ansızın gerçekleştirdiği bir tasarrufla bireyin hayatında öngörülemeyen bir değişikliğe yol açmıştır. Üstelik bu durumda bireyin herhangi bir hatası, hilesi yahut kusuru rol oynamamıştır.

Yine açıklıkla tespit edilebilir ki kanunlar da insan hakları nosyonuna aykırı olabilir. Nitekim ilgili başvuruya konu olayda AYM'nin kanunilik incelemesinde dayanak olarak kabul ettiği ve ölçülülük incelemesi içerisinde erittiği 5510 sayılı Kanun'un "yersiz ödemelerin geri alınması" başlıklı 96. maddesi bu kapsamdadır. Maddenin b fıkrasında özetle, yapılan yersiz ödeme Kurum'un hatalı işleminden kaynaklanıyorsa geriye yönelik 5 yıla kadar yapılan ödemelerin geri alınabileceğini hüküm altına almaktadır. İşte bu, tam olarak kanunların da insan hakları nosyonuyla çelişebileceğinin açık bir örneğidir. Kamu makamlarının hatasının yükünü bireylere yükleyen bir anlayışın ürünüdür. Nitekim ilgili kanun maddesi, itiraz yoluyla norm denetimi kapsamında AYM önüne gelmiştir. Fakat aynı anlayış devam etmiş olsa gerek ki yalnızca bir üyenin karşı oyuyla ve oyçokluğuyla iptal talebi reddedilmiştir.¹⁰ Daha sonra yine norm denetimine konu olmuş ve 10 yıl geçmeden aynı hükmün tekrar norm denetimine giremeyeceği gerekçesiyle reddedilmiştir.¹¹ Bu durumda, ilgili maddenin mezkur fıkrasının Yasama tarafından tekrar düzenlenmesi gerekmektedir. Zira, Ümmü Çakır Başvurusunda verilen hüküm bu ihtiyacın en bariz göstergesidir.

Son olarak ifade edilebilir ki hukuki düzenlemelerin sadece lafzi/şekli değerlendirmeye tabi tutulması bireyler bakımından telafisi güç zararlar

[10] Anayasa Mahkemesi, GK, E. 2015/97 K. 2016/10, T. 10.2.2016.

[11] Anayasa Mahkemesi, GK, E. 2016/24 K. 2016/22, T. 7.4.2016.

meydana getirebilir. Bu da hukuk güvenliği ilkesini altüst eder. Olması gereken, Ümmü Çakır Başvurusu'nun da gösterdiği gibi, kanuni koşulların yerine getirilip getirilmediği değerlendirilirken kamusal otoritelerin yükümlülüklerinin göz ardı edilmemesidir. Çoğunlukla, bütün odak bireylerin üzerinde toplanmaktadır. Bu durum ise zaten devasa kamu otoriteleri karşısında zayıf olan bireyin hukuki taleplerini ortaya koymak bakımından iyiden iyiye güçsüzleşmesi anlamına gelir.

KAYNAKÇA

- Anayurt, Ömer. Anayasa Hukuku (Temel Kavramlar ve Türk Anayasa Hukuku), Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022.
- Arıkan, Abdullah. Vergi Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, I. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Çağlar, Selda. “Hukuk Devleti Açısından Hukuki Belirlilik-Hukuk Güvenliği İlişkisi”, Ed. Ece Göztepe, Kamu Hukukçuları Platformu: Hukuk Güvenliği, TBB Yayınları, Ankara, 2015.
- Çaptuğ, Mehpere. “Hukuki Güvenlik İlkesinin Kavramsal Gelişimi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 9, Sayı 17, Haziran 2021, s. 133-160.
- Eren, Abdurrahman. Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023.
- Er, Sıla. “İnsan Hakları Odağında Hukuk Güvenliği Birey Devlet Eşitsizliği Karşısında Hukuk Güvenliği İlkesi”, Suç ve Ceza Dergisi, Cilt:13, Sayı:3, Eylül 2020, s. 671-695.

KARARLAR

- Anayasa Mahkemesi, Ümmü Çakır Başvurusu, No. 2015/18918, 28/11/2018.
- Anayasa Mahkemesi, GK, E. 2015/97 K. 2016/10, T. 10.2.2016.
- Anayasa Mahkemesi, GK, E. 2016/24 K. 2016/22, T. 7.4.2016.

İBN-İ HALDUN'A GÖRE DÖNGÜSEL ARDILLIK TEORİSİ BAĞLAMINDA DEVLETİN GELİŞİMİ

Dr. Öğr. Üyesi Abdülazim İBRAHİM

Karabük Üniversitesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi

ORC-ID: 0000-0002-7617-2429

azim_2006@hotmail.com

ÖZET

Çalışmada, İbn Haldun'un toplumsal yapılar ve devletler üzerine kurduğu teorileri ve onların modern sosyolojik perspektiflerle nasıl ilişkilendirilebileceğini ayrıntılı olarak tartışmaktadır. İbn Haldun, toplumların tarih öncesi dönemlerden itibaren nasıl evrildiği ve karmaşık devlet yapılarına nasıl dönüştüğü konusunda geniş kapsamlı analizler sunmuştur. Çalışma, onun "umran" kavramı üzerinden toplumsal ve siyasal yapıların doğal bir döngü içinde nasıl doğduğunu, geliştiğini, olgunlaştığını ve sonunda nasıl çöktüğünü sistematik bir şekilde incelemektedir. İbn Haldun, toplumsal ve siyasal değişimleri biyolojik süreçlere benzeterek doğa bilimlerinden faydalanmış, bu yaklaşımıyla toplumsal olayları ve tarihsel süreçleri anlamada yeni bir metodoloji geliştirmiştir. Bu makale, İbn Haldun'un teorilerinin, sadece tarihsel bir perspektiften değil, aynı zamanda günümüz sosyolojisine de önemli katkılar sağladığını göstermektedir. İbn Haldun'un çalışmaları, toplumun ve devletlerin iç dinamiklerini daha iyi anlamak için teorik bir çerçeve sunarken, aynı zamanda onun düşüncelerinin, modern toplum teorileri ile nasıl paralellikler taşıdığını ortaya koymaktadır. Bu çerçevede, İbn Haldun'un tarihsel ve çağdaş toplum bilimine etkileri, detaylı bir şekilde incelenmiş ve tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İbn Haldun, Toplum, Devlet, Umran, Toplumsal Teori

ACCORDING TO IBN KHALDUN, THE DEVELOPMENT OF THE STATE IN THE CONTEXT OF THE THEORY OF CIRCULAR CAUSALITY

ABSTRACT

The article provides a detailed discussion on Ibn Khaldun's theories regarding social structures and states, and how they can be related to modern sociological perspectives. Ibn Khaldun offered extensive analyses on how societies evolved from prehistoric times into complex state structures. The study methodically examines, through his concept of 'umran,' the natural cycle in which social and political structures emerge, develop, mature, and eventually collapse. Ibn Khaldun likened social and political changes to biological processes, utilizing natural sciences, thereby developing a novel methodology for understanding societal events and historical developments. This article demonstrates that Ibn Khaldun's theories contribute significantly not only to historical perspectives but also to contemporary sociology. His work provides a theoretical framework for better understanding the internal dynamics of societies and states, while also highlighting how his ideas parallel modern theories of society. In this context, Ibn Khaldun's impact on both historical and contemporary social science has been thoroughly explored and discussed.

Keyword: Ibn Khaldun, Society, State, Umran, Social Theory

GİRİŞ

Görüşleri ile çağları aşan bir etki yaratan İbn Haldun (Yıldız, 2010: 26; Şahin, 2016: 440), yaşadığı coğrafyanın sert koşulları, farklı kültür ve karakterlerle teması ve onlara ilişkin gözlemleri ve siyaset dünyasındaki tecrübeleri ile ilginç bir kişiliktir. İbn Haldun'un günümüze ulaşan devlet, toplum, medeniyet ve kültür, iktisat¹ gibi konulardaki düşüncelerini doğru anlamak için öncelikle onun kişisel hayat tecrübesine göz atmak gerekir. Çünkü İbn Haldun, ne geçmiş dönemlerin ne de yakın dönemin bilginleri gibi bilgelik yolunda ilerlemesini sağlayan özel ve kapsamlı bir eğitim almamış, henüz gençliğinin başındayken babasını kaybettiği için eğitimi yarıda kalmıştır. Dolayısı ile İbn Haldun bir bilginden ziyade bir siyasetçidir, siyasetteki ve toplumlara yönelik gözlemlerinden bilgelik çıkarmış ilginç bir kişiliktir. Bu nedenle de görüşleri kitaplardan değil doğrudan kişisel deneyimlerinden gelen birisidir. Bu nedenle O'nun fikirleri, diğer filozof ve sosyologların adeti olduğu üzere öncekilerden gelen bir fikir silsilesinin gelişmiş hali olarak değil kendine özgü, orijinal fikirler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan en önemlisi de hiç kuşkusuz ki devlet konusundaki düşünceleri ve devletin kuruluş ve devamlılığını açıklamakta başvurduğu asabiye hakkındaki görüşleridir.²

Asıl adı Abdurrahman olan İbn Haldun'un künyesi ile tam adı Abdurrahman Ebu Zeyd Veliyyüddin İbn Haldun Maliki, Hadrami'dir. Lakabı Veliyyüddin olup Maliki mezhebindedir, aslen de Yemen Hadramut bölgesinden gelmektedir. Endülüs'e ilk gelen cediti olan Halid bin Osman'a nispetle İbn Haldun olarak tanınmıştır. Köklü, ilim ve devletle iç içe bir ailenin mensubu olarak güçlü bir aile geleneğinden geldiği bilinmektedir. Çocukluktan itibaren usule uygun eğitimleri almış, Tunus'ta devrin önemli hocalarından olan babasından ilk derslerini almış, babasının tuttuğu hocalardan öncelikle Kur'an, tecvit, Hadis, fıkıh, kelim gibi temel ilimler eğitimi almıştır. Bu eğitimi 18 yaşında iken babasını kaybetmesine kadar sürmüştür.³ Ancak bu süre içerisinde birçok ilim dalında da

[1] Tarih ilmi dahil bir çok ilminin kurucusu olarak kabul edilen İbn Haldun'un özellikle devletin vergi koymasını temelinde iktisadi yaşamla ilgili de çok önemli görüşleri vardır. Günümüzde çok iyi bilinen Karl Marx, Arthur Laffer gibi isimlerin iktisadi görüşlerinin içinde İbn Haldun'un ileri sürdüğü birçok görüşü bulmak mümkündür. Hatta 1980'lerin arz yönlü iktisarcısı Laffer, vergi konusundaki görüşlerini İbn Haldun'dan esinlenerek geliştirmiş ve vergi ile devlet gelirleri arasındaki ilişkiyi açıkladığı görüşleri Haldun-Laffer Eğrisi ile bilinmektedir. Bu yönüyle İbn Haldun, devletin sadece kuruluşunu değil devletin gelir kaynaklarını ve bu kaynak ediniminin toplumsal refaha, olası huzursuzluk ve kargaşalara, hükümdardan hoşnutsuzluklara ve devletin yıkılışına giden yolda kamusal gelir elde etme yönteminin önemine de değinmiştir. Bknz: Aktan, C. C. "Arz-Yönlü İktisat Teorisi ve Haldun-Laffer Etkisi", *Ekonomi Bilimleri Dergisi*, 1(2), 2009, s.8.

[2] Coicaud, J. M.çev. *Halil İbrahim el-Tayyar, Meşruiyet ve Siyaset: Siyasal Hukuk ve Siyasal Sorumluluk Üzerine Bir Çalışma*. Amman: Siyasal Araştırmalar Bilim Merkezi, 2003, s.84.

[3] 1348'de Doğu ve Batı İslam dünyasını ve de Avrupa'nın birçok şehrini büyük bir yıkıma uğratan veba salgını olmuş, kayıtlara göre sadece bir günde Tunus'ta 1200 kişi, Tlemşan'da 700 kişi ölmüştür. Veba adeta bir kıyım yaratmış, İbn Haldun bu salgında anne babasını ve hocalarını da bu dünyadan alıp götürmüştür. İbn Haldun da bu kayıplar üzerine sağ kalan hocaları ve dostları

hatırı sayılır düzeyde ilerlemiştir.⁴

İbn Haldun ilk devlet görevine siyasi hayatı kadar fikirlerine de yön verecek siyasi komplolardan birisi ile başlamıştır. Veba salgını ile bölgedeki otoritesi önemli ölçüde sarsılan en güçlü hanedanlıklardan birisi olan Merinilerin sultanı Sultan Ebu Hasan, otoritesini pekiştirmek için Tunus'u fethetmiş ancak Tunus'tan ayrılır ayrılmaz Hafsiiler'den Fadl b. Sultan Ebu Yahya, Tunus üzerine yürümüş, burayı geri alarak Hafsi otoritesini tekrar kurmuştur. Ancak Fadl'ın atadığı veziri Muhammed b. Taftagin, kısa sürede isyan ederek Fadl'ın yerine çocuk yaştaki kardeşini tahta geçirmiştir. İbn Haldun da ilk devlet görevini vezir Taftagin'den almış, 1350 senesi sonlarına doğru Kitabetu'l-alamet (mühürdarlık) görevine başlamıştır. Bu siyasi komplo ile İbn Haldun'un hem kamu görevi hem de yıllarca sürececek ve çoğunda da kendisinin başta olduğu komplolarla dolu siyasi başlamıştır.⁵

İbn Haldun'un görüşleri genel olarak tek bir alana odaklanmış değildir. Günümüze ulaşan en önemli eserlerinden Mukaddime'nin içeriğine ve konuların ele alınışına bakıldığında zaman, İbn Haldun'un fikirleri daha doğrusu ele aldığı kavramlar için özel bir sınıflandırma yapmadığı, genel bir tarih anlatısı içerisinde insan ve toplumların hikayesini anlatmaya çalıştığı görülmektedir. Bunu yaparken umran (medeniyet)⁶ kavramını merkeze aldığı ancak herhangi bir kavramla ilgili açıklama yaparken başka birçok kavramı da tekrar tekrar ele aldığı görülmektedir. Bu tekrarları dolayısıyla Mukaddime'de yer alan bazı açıklamalarının birbiri ile küçük çaplı uyumsuzlukların da olduğu görülmektedir. Bunu özellikle bir devletin ömrü nedir, devlet nasıl doğar, nasıl büyür gelişir ve yok olur sorularına verdiği cevaplarda görmek mümkündür.⁷

İbn Haldun, devletin kuruluşunu asabiye kavramı ile açıklarken bazı yerlerde bir ailenin yükselip çökmesini bazı yerlerde ise devlet fenomeninin yükselip zenginleşip ardından yozlaşarak çökmesini anlatmaktadır. Bu iki değişken üzerinden aynı konuyu anlatmasına karşın aile ve

ile Mağrip (Fas)'e yolculuğa çıkmış, böylece yaklaşık 25 yıl süren fırtınalı siyasi hayatına ilk adımı atmıştır. Bu dönemde Kuzey Afrika'da hüküm süren hanedanlıkların sürekli birbiri ile didişmesi ve sık sık ihanetlerle, komplolarla bir devletin (genellikle belirli bir soy/hanedan devriliş yerine yenisi gelmiştir) yıkılıp yerine yenisinin kurulması, İbn Haldun'un fikirlerine şekil veren temel olgudur. Bakınız: Haldun, İ. *Mukaddime*. Çeviri: Süleyman Uludağ, Dergâh Yayınları, 7. Baskı, Cilt: 1-2, İstanbul 2011, s.15-25.

[4] Haldun, 2011, s.15-25.

[5] Haldun, 2011, s.25-27.

[6] İbn Haldun için umran, insanın asıl amacıdır ve medeniyetin en gelişmiş biçimidir. Bu konudaki görüşlerinden hareketle Türkiye'deki en iyi yorumcularından birisi olan Cemil Meriç O'nu medeniyet tarihi ve sosyolojinin kurucusu olarak kabul etmektedir. Bknz: Ateş, F., / Utkan. T. "İbn Haldun'a Göre Toplum ve Şehir". *Journal Of International Social Research*, C: 10, S:53, 2007, s.217.

[7] El-Husri, E. H. S. İbn Haldun'un Mukaddimesi Üzerine Çalışmalar. Kahire: El-Haneci Kütüphanesi, Üçüncü Baskı, Hicri 1321- Miladi 1903, s.123.

devlet kavramının farklı olması nedeniyle de farkın ortaya çıktığını söylemek mümkündür.

İbn Haldun, Mukaddime'nin ilk kısımlarında asabiye'nin dört nesil olacağını, bunun toplam ömrünün de yaklaşık olarak 120 yıl olduğunu söylemektedir⁸. Asabiye'yi ve devletin doğuşunu bu şekilde ele alan İbn Haldun'un daha sonra umran ve umranın gerçek anlamda yaşanabileceği tek yer olan şehir hayatına odaklandığı ve şehirlerdeki hadaret ile devleti birbiri ile paralel ele aldığı görülmektedir. Bu anlatımlarda asabiye'nin ana amacı olan mülk kavramını merkeze alan İbn Haldun'da mülk ile devlet egemenliğinin aynı şey olduğunu söylemek de mümkündür. Mülk ve hadaret, bedeviliğin ulaşmak istediği gayedir ve asabiye sayesinde bu elde edilir ancak bunun elde edilmesi çöküşü de haber verir. Çünkü mülk, asabiye'yi yozlaştırır⁹ ve yozlaşan her asabiye'yi daha dinç ve hazır bir asabiye yenerek kendi mülkünü inşa eder.¹⁰

Halduni Düşüncesinde Devlet Teorisi

Devlet, birçok düşünür tarafından incelenen eski bir siyasi olgudur. Bu düşünürler, devletin ortaya çıkış nedenlerini, kavramını ve biçimlerini ele alırlar.

Niccolo Machiavelli'nin 1513 tarihli "Hükümdar" (Il Principe) adlı eserinde, "stato" kelimesi modern anlamda "devlet" olarak ilk kez kullanılmıştır. Bu kelime, eserin açılış cümlesinde geçer: "İnsanlara yönetim gücüyle hükmeden ya da geçmişte hükmetmiş olan her türlü yönetim şekli devlet olarak adlandırılır; bu devletler ya cumhuriyetlerdir ya da krallıklardır."¹¹

Antik çağda devleti en derinlemesine inceleyen isimlerden biri Aristoteles'tir. O, "Siyaset" adlı eserinde devletin doğuşunu ve işleyişini detaylı bir şekilde tartışır. Ayrıca, toplum sözleşmesi okulunun filozofları da devletin kuruluşu ve işlevselliği üzerine teoriler geliştirmiştir. Diğer yandan, İbn Haldun gibi siyaset alimleri de devlet ve toplum üze-

[8] İbn Haldun, bu konudaki sözlerine "Malum olsun ki, alem (unsurlar alemi) ve orada bulunan herşey gerek zatlari gerekse ahvali itibarıyla olma ve bozulma (kevn ve fesad) halindedir diyerek başlar. Bknz: Haldun, 201, s.345. İbn Haldun, varlıkların doğasından hareket eden birisi olarak karşımıza çıkmakta, felsefenin klasikleşmiş kavramlarını kullanırken bir yandan da günümüzde popülerleşmiş döngüsel tarih anlayışının ilk somut yaklaşımlarından birisini ortaya koymaktadır. Zaten asabiye'nin yükselip çökmesi ve yerine sürekli başkalarının gelmesi de İbn Haldun için bir çevrimi ifade etmektedir.

[9] İbn Haldun, eserin bir yerinde mülk elde edildikten sonra yani devlet oluşup kendini tamamladıktan sonra asabiye'ye ihtiyaç duyulmayacağını da söylemektedir. Bknz: Haldun, 2011, s.374.

Dolayısıyla asabiye devleti yaşatan değil, kurucu unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Öte yandan ilk asabiye kan asabiyesi olup İbn Haldun bunun yanında çok daha güçlü bir motivasyon aracı olarak din asabiyesini eklemiştir.

[10] Haldun, 2011, s.335-354, 669-680.

[11] Gözler, K. *Devletin Genel Teorisi*, Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2007, s.8.

rine önemli katkılarda bulunmuştur. Ebu Zaid Abdul Rahman bin Muhammed bin Haldun, tarihçi ve sosyal filozof olarak tanınır ve “Araplar, Persler, Berberiler” gibi eserleriyle şehircilik biliminin kurucusu olarak kabul edilir. İbn Haldun, hem tarihçi hem de siyasetçi kimliğiyle siyaset hakkında önemli yazılar kaleme alır. Ayrıca, Tunus, Cezayir, Fas ve Endülüs arasında yaşayarak siyasetin içinde yer alır ve bu deneyimlerini eserlerine yansıtır.¹²

Machiavelli'nin “devlet” terimini Batı'da ilk defa kullanmasından yaklaşık yüz yıl önce, İbn Haldun da “Mukaddime” adlı eserinde devlet kavramını çok yönlü bir şekilde ele almış ve Arapça “devle” kelimesini kullanarak günümüz anlamına yakın bir biçimde tanımlamıştır. İbn Haldun, devleti sosyolojik, antropolojik, siyasi ve hukuki açılardan inceleyerek bu kavramın geniş çaplı bir teorisini sunmuştur.¹³

İbn Haldun'a göre devlet, toplumsal düzenin sağlanması, adaletin tesis edilmesi ve insanların korunması gibi temel görevlere sahiptir. Devletin başarısı, tebaanın itaati ve yöneticilerin adaletli olmasıyla doğrudan ilişkilidir. Devlet, aynı zamanda toplumu dış tehditlere karşı korumak, halkın refah ve güvenliğini sağlamakla yükümlüdür.¹⁴

İbn Haldun, siyasi yönetim olmadan devletin var olmayacağına, devlet olmadan siyasi hakimiyetin de olmayacağına inanır. Dolayısıyla devlet ile siyaseti aynı madalyonun iki yüzü olarak görür ve devletin kökeninin toplum olduğunu görmektedir.¹⁵

Asabiye ve Asabiye'nin Devletin Kuruluşundaki Rolü

İbn Haldun, birçok farklı alanda ileri sürdüğü görüşlerle çağlar boyu birçok düşünürü etkilemiş birisidir.¹⁶ İbn Haldun, özellikle asabiye kavramı ile ortaya çıkışı ve kuruluşu çok tartışılmış olan devlet kavramını açıklamış bir düşünürdür. Asabiye İbn Haldun birkaç farklı tanımla ele aldığı için geçmişte de günümüzde de O'nu yorumlamaya çalışanlar önce bu kavramı açıklamaya odaklanmıştır. Asabiye, kişileri birbirine bağlayan görünmez bir güçtür. Bu güç kimi zaman kandan meydana gelir kimi zaman bir inançtan meydana gelirken genel olarak da ortak çıkarlardan meydana gelmektedir.¹⁷

[12] Ası, H., *İbn Haldun Tarihçi Olarak*. Beyrut: Dar el-Kütübi'l-İlmiyye, 1993, s.94.

[13] Ergül, E. “İbn Haldun'un Temel Kavramlarının Devlet Teorisi Işığında Çevirisi”, *Ombudsman Akademik*, C:8, S:15, 2021, s.70.

[14] Yumuk, R. “İbn Haldun'da Devlet Görüşü (Birinci Kısım)”. *Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, C:3, S:1-2, 2010, s.258-259.

[15] Dufour, C. çev. Nebil Saad, *Bugün Siyasi Felsefe: Düşünceler- Tartışmalar – Bahisler*. Kahire: Ain İnsani ve Sosyal Araştırmalar Merkezi, 2001, s.153.

[16] Yıldız, M. “İbn Haldun'un Tarihselci Devlet Kuramı”. *Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi*, S:10, 2010, 26; Şahin, 2016: 440.

[17] Yumuk, s.243-244.

İbn Haldun'un sosyoloji çalışmalarının merkezinde yer alan bir terim, dilimize doğrudan çevirisi olmayan bir kavramı ifade eder. Mukaddime'de bu terimin kullanımını incelediğimizde, başlangıçta aile ve kabile gibi küçük topluluklardaki birlik ve beraberliği anlatan bu terim, zamanla daha geniş toplumsal yapılar içerisindeki sosyal güçler arasındaki dayanışmayı kapsayacak şekilde evrilmiştir. Bu bağlamda, "sosyal güç dayanışması" bu kavramın günümüzdeki en uygun ifadesi olarak kabul edilebilir.¹⁸

İbn Haldun'un Mukaddime'deki görüşleri dikkatle incelenirse asabiye'nin kişiler arası bir bağ olduğu ancak bu bağın duruma göre değiştiği çok rahat anlaşılacaktır. Görünürdeki ilk asabiye kuşkusuz ki kan bağıdır ancak devletin ilerleyen döneminde devlet reisi olan kişinin devleti ve kendi saltanatını güvene almak için başka milletlerden halklardan kamu görevlileri ve insanları yanına çekerek yarattığı yeni durum da aslında bir asabiye halidir.¹⁹ Çünkü devletin reisi kendi kabilesinden kendisine muhalif olabilecekleri bertaraf edebilmek için kendi soy asabiyesini geri plana atarak başka kabileler/milletlerden kendine destek olacak güçler yaratmakta ve onlarla kendi arasında bir çıkar birliği yaratmaktadır. İbn Haldun bunu açıklarken devletin mülke erişmesinden sonra ilk kurucu asabiye'yi kastederek asabiye'ye ihtiyaç kalmayacağını ifade etmektedir. Bu açıdan asabiye çok kapsamlı bir kavramdır ve genel olarak da kurucu liderin hükmünü ihdas edebilmesi, sürdürülebilmesi için daima gerekli olan kişilerarası ilişkiyi ve bağı ifade etmektedir.²⁰

Asabiye'yi İbn Haldun düşüncesinde bu kadar önemli hale getiren unsur, insanlar arasındaki bir bağ olmasının yanında O'nun umran dediği medeniyetin ortaya çıkmasında bir itici güç olmasında yatmaktadır denilebilir. Çünkü ilk toplum biçimi olarak da ele alabileceğimiz bedevi toplum²¹ beslenme, barınma, güvenli yaşam gibi temel ihtiyaçlarını kar-

[18] Ergül, E. "İbn Haldun'un Temel Kavramlarının Devlet Teorisi Işığında Çevirisi", *Ombudsman Akademik*, C:8, S:15, 2021, s.59.

[19] Ya'kub M. H. *İbn Haldun'un Mukaddimesi Üzerine*. UNESCO: Gazete Kitap Serisi, 2006, 231.

[20] Yıldız, s.27.

[21] Buradaki bedevi toplum sonraki dönem siyaset düşünürlerinin (Hobbes, Locke, Rousseau gibi) başvurduğu doğa durumu toplumunun karşılığı olarak kabul edilebilir. Bu açıdan Farabi gibi filozofların fikirlerinden zımni alıntılar yapmış olan İbn Haldun'un (İbn Haldun'un alıntı yaptığı fikirlerle ilgili olarak neredeyse hiç atfı yapmadığı görülmektedir) modern düşünürler için asabiye'nin itici gücüyle bedevilikten hadariliğe geçişle hazır bir şablon ürettiğini de söylemek mümkündür.

İbn Haldun, çok meşhur hale gelmiş olan kavramların aslında birçoğunu kendisi üretmemiş, farklı düşünürlerin felsefi görüşlerini yaşadığı tecrübelerle harmanlayarak yeniden harmanlamıştır. Buna asabiye'yi örnek vermek mümkündür. İbn Haldun'un açıklamalarında felsefecileri boş işlerle uğraşan insanlar görme eğiliminde olduğu ancak başta Farabi olmak üzere filozofların kavram ve yöntemlerinden önemli ölçüde yararlandığı görülmektedir. Asabiye de bunlardan birisidir. Farabi'ye göre birlikte yemek yemekten, bir arada olmaktan, içilen sudan, bir belayı paylaşmaktan ve dahi birçok nedenden aralarında bir bağ doğar ve bu bağ onları bir araya getirir. Öte yandan kabile kabileden şehrin şehirden, milletin millettan ayrılmasında olduğu gibi insanlar bu

şilamak için yerleşik yaşama yönelmekte ve kentleri kurmaktadır. Asabi-yenin itici gücüyle şehirler ve medeniyetler ortaya çıkmaktadır. Bu süreç çok sayıda boy ve soyu bir araya getirirken bu hareketi yönlendiren asa-biye bağı diğerlerinden daha güçlü olan boydur. Asabiye bağı en kuvvetli olan boy, kabile bir devlet kurar veya içinde yaşadıkları devletin hakim asabiyesini yenerek kendi asabiyesini egemen kılmaktadır. Devleti ku-ran boy, kendini yenecek bir asabiyeyle karşılaşana kadar büyümekte ve genişlemektedir. Hakim olan asabiye, hem devletin karakterini tem toplumsal yaşamı ve kültürü de belirlemektedir. Fakat bu noktada kan bağı yeterli olmadığı için kurucu asabiye'nin yerine daha kapsayıcı daha geniş kitleleri kapsayıcı asabiyelerin konulması gerekmektedir. İbn Hal-dun'un buradaki formülü din kavramıdır. Din, kan asabiyesinin sağladığı korumadan daha fazlasını sağlamakta, başka toplumları da içine alarak egemenliğin kabulünü sağlamaktadır.²²

İbn Haldun, devletin kuruluş ve devamlılığı üzerine yaptığı çalışma-larda, manevi yükseliş ve düşüşlerin etkilerine özel bir önem verir. Ona göre, aynı amaçları paylaşan bireylerin başarıları kaçınılmazdır çünkü onların hedefleri ortak ve eşittir. İbn Haldun ayrıca, kan bağı temelli asabiye olmadan, dini çağrılarının başarısız olacağını belirtir. Başka bir ifadeyle, din en güçlü asabiye sahip gruplar içinde filizlenir ve zamanla diğer gruplara yayılarak toplum genelinde yeni bir dayanışma şekli oluş-turur. İbn Haldun bu şekilde, asabiye ve din kavramlarını kullanarak, bir devletin nasıl kuruluş sürdürülebildiğini açıklamaya çalışır.²³

Toplum- Devlet- Otorite

Hiçbir toplum doğrudan devletten doğmamaktadır. Örneğin, doğal veya göçebe toplumlar bir devlet veya siyasi kural oluşturamazlar. İbn Haldun, "devlet" kelimesini net bir şekilde tanımlamamış ve kelimeyi birden fazla anlamda kullanmıştır. Özellikle "kral" kelimesini devlet an-lamında kullanmış ve aynı kelimeyi çeşitli anlamlarda kullanarak oku-yucuların zihnini dağıtmıştır. "Mukaddime" adlı eserinde İbn Haldun, "mülk" ve "devlet" terimlerini yer yer birbiriyle eş anlamlı olarak kullan-mıştır. Yani, bazen "mülk" terimini, bazen de "devlet" terimini kullanma-yı tercih etmiştir. "Mülk" kelimesi, hükümdarlık, hükümdarlık onuru, yö-netim, idare, dünyevi yetki ve hükümet gibi anlamlara gelmektedir ve bu

bağlarla birbirlerinden ayrılırlar. İnsanları grup grup bir araya getiren bu bağlardır ve insanlar bu bağlarla birbirini yenmeye çalışır. Tabiatla her canlı'nın ve her grubun diğerine karşı galebe çalma gayesi vardır. Bunlar da en tabii şeyler olup bu çatışmalar sözleşmeleri (Hobbes'un ele aldığı sözleşmenin açık bir tanımı yapılmıştır) doğurmaktadır. Bknz: Farabi, *İdeal Devlet (El-Medinetü'l Fazıla)*, Çev: Ahmet Arslan, Divan Yayınları, 3. Baskı, Ankara, s.124-126.

[22] Özkılıç, İ. "İbn Haldun'da İktisadî Kalkınmanın Dinamikleri ve Girişimcilik", *Akademik Bakış Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler E-Dergisi*, S:10, 2006, s.2-4; Yıldız, 2010, s.42-43.

[23] Yıldız, s.43.

bağlamda devletin çeşitli işlevlerini ifade eder.²⁴ Ancak, araştırmacılar İbn Haldun'un bakış açısından devleti tanımlama çabasındadırlar. Bazı araştırmacılar, İbn Haldun'a göre devleti "belirli bir kabile yönetiminin mekânsal ve zamansal uzantısı" olarak tanımlamışlardır.

Devletin ortaya çıkışını açıklamaya çalışan teorilerden biri sosyal gelişim veya tarihsel teori olarak adlandırılabilir. Bu teori, devletin çeşitli faktörlerden kaynaklandığına inanır. Bunların en önemlileri kan bağı, din ve siyasi farkındalıktır. Kan bağı veya akrabalık teorisi, aile ortamıyla sınırlı olsa bile ailenin bir tür siyasi otoriteye sahip olduğunu savunur. Otorite, baba ve annenin çocuklar üzerindeki konumunda temsil edilir. Bu nedenle, aile reisinin otoritesi devlet otoritesine yakın görülür.²⁵ Çünkü burada bir saflık ve teslimiyet unsuru vardır; halk siyasi hükümdarın yönetimine, çocuklar da aile reisinin otoritesine tabidir.

İbn Haldun, kan bağı ve aile bağlarının devleti oluşturan en önemli unsurlar arasında yer aldığını ifade eder. Teori, aynı zamanda ahlaki açıdan geliştirici bir rol oynar ve devletin kuruluşuna yardımcı olacak temelleri sağlar. Ayrıca, teori siyasi farkındalığa da odaklanır. Bu, kendilerini ve mallarını koruyacak bir siyasi sisteme sahip olmanın gerekliliği ve güvenliğin varlığı konusunda farkındalık anlamına gelir. İbn Haldun bu teorinin en sadık destekçilerinden biridir. Bu da teorinin bahsettiği faktörlerin İbn Haldun'un devletin ortaya çıkışı için önemli olduğuna inandığı faktörler olduğunu gösterir.²⁶

Ayrıca, devletin şiddet ve güç sonucu ortaya çıktığını vurgulayan güç ve tahakküm teorisi bulunur. Bu teori, toplum içinde halkla birlikte caydırıcılık amacıyla, toplum dışında ise devletin prestijini kabul ettirmek, sınırlarını korumak ve savunmak için gücün kullanılmasını savunur.²⁷ Teori, güç kullanımının yaşamda doğal ve gerekli bir ilke olduğunu doğrular. Tüm canlılar, aşiretler arasındaki ve devlet ile milletler arasındaki savaşlarda gücün, çatışmaların çözümünde olumlu bir kullanıma sahip olduğunu vurgular. Teorinin olumsuz yönü, tüm ülkelerin zor ve şiddetten başka bir şeye muktedir olmadığını doğrulamasıdır. Ancak güç ve tahakküm teorisinin söyledikleriyle çelişen bir teori daha vardır: Devletin iki temel üzerine kurulduğuna inanan toplum sözleşmesi teorisi. Bu teori, toplum arasındaki anlaşmayı, toplum üyelerinin bir devlet kurmak için yaptıkları bir sözleşmeyi takip eder. Her ne kadar toplum sözleşme-

[24] Hassan, Ü. *İbn Haldun Metodu ve Siyaset Teorisi*. İstanbul: Doğu Batı Yayınları, 2015, s.246-247.

[25] Yıldız, s.41-43.

[26] Kadioğlu, A. S., & Gürbüz, A. "İbn Haldun Düşüncesinde Hukuk ve Devlet". *Ombudsman Akademik*, S:19, 2024, s.111-112.

[27] Uygun, O. *İbni Haldun'un Toplum ve Devlet Kuramı* (No. 16). On İki Levha Yayıncılık, 2008, s.104.

si teorisi, güç ve tahakküm teorisinin getiremediği unsurları getirse de gerçeğe değil varsayıma dayandığı için idealizme yönelir. Bazıları ayrıca toplum sözleşmesi teorisinin imtiyaz fikrine dayandığını, yani bireylerin politik toplum avantajlarından yararlanma karşılığında haklarının bir kısmında vazgeçtiğine inanır.²⁸

İbn Haldun, toplumsal sorunların çözümünde yalnızca idealist yaklaşımlar veya öğretici yöntemler kullanmaktan kaçınmıştır. Onun yaklaşımı, toplumsal olayları detaylı bir şekilde inceleyerek, bu olayların uyduğu temel yasaları keşfetme çabası üzerine kuruludur. İbn Haldun, ahlaki, dini veya ideolojik amaçlardan ziyade, bilimsel ve toplumsal hedeflerle gerçeği arama peşindedir. Onun görüşüne göre toplumsal süreçler ne tesadüfen şekillenir ne de yalnızca bireysel iradelerle yönlendirilir.²⁹ “Umran” ve ona özgü tüm durumlar çerçevesinde oluşan toplum düzenlerinden oluşur.³⁰

Umran, kelime anlamı olarak “mamurluk, ilerleme ve mutluluk” gibi anlamları içeren umran, toplumun ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla bir yerleşim yerine yerleşmek ve o bölgeyi geliştirip yaşanabilir kılmak anlamına gelir. İbn Haldun, umranı “bedevî (göçebe) umran” ve “hadarî (yerleşik) umran” olarak iki kategoriye ayırır. Göçebe umran, genellikle hayvan olatmaya uygun olan ovalar, yaylalar, bozkırlar ve çöllerin yakınlarında görülürken, yerleşik umran şehirlerde, kasabalarda ve köylerde mevcuttur. İbn Haldun’a göre, göçebe topluluklar da durağan değildir; onların içinde yerleşik topluluklara dönüşmelerini sağlayacak gelişmelerin tohumları vardır.³¹ İbn Haldun’un umran konsepti, toplumsal yaşamın tarih boyunca evrimsel bir süreç içinde aşama aşama incelenmesi gerektiğini vurgular. Onun teorisine göre, toplumlar ilk olarak göçebe yaşam tarzından yarı göçebeliliğe ve sonunda yerleşik hayata geçiş yapmıştır. Başlangıçta, insanlar ovalarda, yaylalarda ve bozkırlarda ya göçebe ya da yarı göçebe olarak yaşamış, bu dönemi ise bedevi umran olarak adlandırmışlardır. Zamanla, insanlar köylerde, kasabalarda ve şehirlerde daha düzenli bir yaşama geçiş yapmış, bu da hadari umran olarak tanımlanmıştır. İbn Haldun bu bakış açısıyla, toplumların gelişim sürecini, sosyal yapıları, kültürel dinamikleri ve toplumsallaşma evrelerini kapsamlı bir şekilde ele alır.³²

İbn Haldun, devletin kentsel yığılmadan ya da sivil toplumdan ortaya

[28] Raşvan H. A. A., *Güç, Otorite ve Nüfuz Üzerine: Siyasal Sosyoloji İncelemesi*. İskenderiye: İskenderiye Kitap Merkezi, 2002-2006, s.123.

[29] Ateş / Utkan, s.220.

[30] Yavuz, S. “Tipolojik Yaklaşım ve İbn Haldun ile Farabi’nin Toplum Görüşleri Üzerine”. *Dini Araştırmalar*, C:17, S:44, 2014, s.102.

[31] Çalık, E. “İbn Haldun’un Düşünce Sisteminde Siyaset-Toplum İlişkisi”, *İnönü University International Journal Of Social Sciences*, C:4, S:1, 2015, s.46.

[32] Ateş / Utkan, s.223.

çıktığına inanır. Devletin doğal bir toplumdan ya da bir bedevi grubundan ortaya çıkmadığını savunur. Bedevi toplumunda devletin kurulamamasının nedeni birkaç şeyle açıklanır: Devlet, bireylerin sabit bir yerde toplanmasıyla kurulur. Ancak Bedevi toplumu seyahat ve istikrarsızlıkla karakterize edilir. Bedevi toplumu da mezhepçiliklerin varlığıyla karakterize edilir, ancak bu mezhepçilikler devletin kuruluş şartını ortadan kaldırır. Bu mezhepçiliklerin engel olmasının nedeni, oluşum ve büyüme sürecinde olmaları ve güçlerinin farklılık göstermesidir. Aynı zamanda, gruplar (Bedevi gruplar) arasında dağılmış olur. Ayrıt edici olan, bu mezhepçiliğin Bedevi toplumundan kaynaklanmasıdır. Bu mezhepçiliğin büyük ve birleşik bir güce ulaşması, devletin ortaya çıkması ve kent toplumuna taşınmasından mezhepçiliğin şartının burada gerçekleşmiş olmasıdır.³³

İbn Haldun'un düşüncesinde, devlet teorisinin kökeni üç temel unsura dayanır:

1. Maddi Olmayan Unsur: İlk unsur mezhepçiliktir. Şaban (2010) tarafından belirtildiği üzere, Bedevilerin örneğinde mezhepçilik, bir grup insanın ilişkilerini ve davranışlarını karakterize eden psikolojik bir durum olarak ortaya çıkar. Bu, aynı zamanda devletin kuruluşunun ana eksenini kabul edilir; grup üyelerini birbirine bağlayan bir bağ olarak hedeflenir. Bu, aile ilişkisi, soy, ittifak, sadakat veya mensubiyet şeklinde olabilir. Daha önce belirttiğim gibi, Bedevi aşamasında Medine'den önce ortaya çıkar ve tüm felaketleri bir araya getirir. Mezhepçiliğin başkanlığı, soyundan bir şeyden gelmez; liderlik zaferle elde edilir ve zafer de ancak mezhepçilikle olur. Bu nedenle, bir kavme liderlik, mezhepçiliğe hakim olan bir kavimden olmalıdır. Ayrıca, dini unsuru desteklemenin önemini vurgular: "Dini savunuculuk mezhepçilik olmadan başarısızdır." Akrabalık ve soydan kaynaklandığı için organik bir unsur olarak kabul edilebilir ve maddi olmayan bir şey olduğu için ahlaki sayılabilir.

2. Maddi Unsur: Maddi unsurlar üç bölüme ayrılır: İlk bölüm, bir grup insanın birleştiği şehir toplanmasıdır. İbn Haldun, başlangıçta kentsel yerleşimin göçebe halde olduğuna inanır; bu ekonomik nedenlerden dolayıdır. Ancak devlet mülkiyetini genişlettiğinde lüks ve uygarlık aşamasına geçer. Devletin harcamaları bollukla karakterize edilir. Bu harcamalar aşırı olduğunda devlet çözülme aşamasına girer. Dolayısıyla İbn Haldun, burada materyalist bir yorum yapar: Devlet ihtiyaçlara dayandığında göçebe, lükse dayandığında uygardır, israf olduğunda ise yok olur. İkinci bölüm, devletin kuruluşunun temel şartı olan iktidar saikidir ve hükümdar anlamına gelir. Üçüncü bölüm olan bölge konusunda İbn

[33] İsmail F. M. *Güç Felsefesi: Batı Siyaset Düşüncesinde Kökenleri ve Gelişimi ve Siyaset Dünyasındaki Etkileri*. Kafr ed-Davvar: Bustan el-Maarife Kütüphanesi 2002, s.211.

Haldun, “Her ülkenin kendi mülkiyeti, vatani vardır, daha fazlası değil,” diye açıklar. Ayrıca toprağı ve bölgesi olmayan bir grubun varlığını kabul etmez.

3.Ortak Unsur: Ahlaki ve maddi olanın bir karışımı olan ortak unsurlar, üç bölüme ayrılır: İlk olarak, askerler; askersiz bir ülke olamaz. İkincisi, para; devletin kamu çıkarlarının ve özel çıkarların yanı sıra askerler, yardımcıları ve komutanlar gibi savunmanın çeşitli yönlerine harcama yapması gerektiğı belirtilir. Bu askerlerin temel dayanağı para olduğı, devleti kurmak için paranın öneminden bahsedilirken, lükse düşkünlük ve arzular için harcama konusunda paranın azalmasının bir nedeni olabilir. Devletin paraya ihtiyaç duyduğı dönemleri anlatır. Kuruluş aşamasında, yani göçebelik aşamasında, paranın zorunluluk olduğınu ve ondan önceki iki unsurun, yani asker ve paranın, önemini vurgular. Devletin bir kusurundan etkilenmesi durumunda bu iki gerekçeyle çözüleceğini açıklar. Üçüncüsü, adaletin sağlanması; adalet sadece kökenindeki unsurlardan biri değil, ana işlevlerinden biri olduğına ve umranın ihyası için bir araç olduğına dikkat çeker.

4.Devlet Çöküşünün Faktörleri

İbn Haldun’un devlet teorisi üzerine düşüncelerinde dikkat çekici olan unsurlar, devletin yükseliş ve çöküş süreçlerini belirlemede etkili faktörlerdir:

1.İktidar Tekeli: İbn Haldun’a göre, ilk nesilde devlet, güçlü bir mezhepçilik ve büyük güce sahiptir. Ancak ikinci nesilde, mezhepçilik mensuplarından biri şan ve şöhret arayışı içinde öne çıkar; bu durum, diğer fertlerin mezhepçiliğı zayıflatmasına ve dolayısıyla devletin düşüşüne neden olur.³⁴

2.Devlet Yolsuzluğı: Devletteki iktidar mücadelesi ve rekabet ruhu, özellikle devlet sahibinin yakınlarının iktidara talip olmasıyla yolsuzluğı ortaya çıkmasına yol açar. Bu süreç, devletin iç yapısını zayıflatır ve yönetimdeki güveni sarsar.³⁵

3.Lükse Düşkünlük: İbn Haldun, devletin sahibinin doğasının lükse meyilli olduğunu belirtir; bu meyil gerekliliğe rağmen, devlete zarar verir ve çöküşe yol açar. Ancak bazı bakış açılarına göre, lüks yeni bir devletin inşasında bir faktör olabilir, dolayısıyla hem yıkım hem de inşaa unsuru olarak değerlendirilebilir.³⁶

[34] Abdieva, R. “Devlete Güven ve Vergi Ahlakı İlişkisinin İbn Haldun’un İktisadi Düşünceleri Çerçevesinde İncelenmesi: Kırgızistan Örneğı”, *İbn Haldun Çalışmaları Dergisi*, C:7. S:1, 2022, s.5.

[35] Abdieva, s.6.

[36] Gürkan, C. “Modern Maliye Teorisinin Klasik Kökenleri: İbni Haldun’dan “Post-Kameralizm” e Mali Düşünce”, *Maliye Dergisi*, S: 164, 2013, s.10.

4. Konfor ve Üretkenlik Eksikliği: İbn Haldun'a göre, işsizlik ve üretimde azalma, dolayısıyla yoğunluk ve zenginliğin kaybolmasına neden olur. Aynı zamanda bu durum, lüksün yaygınlaşmasının da bir sonucu olarak görülür.

5. Temel Ortak Unsur Kusurları (Asker, Para, Adalet): Eğer devlet, temel ortak unsurlarda (asker, para, adalet) işlevsiz hale gelirse, halkın hükümete karşı isyan etmesi ve ona karşı çıkması kaçınılmaz olur. Bu durum, devletin istikrarını ve sürekliliğini tehdit eden ciddi bir sorundur.

İbn Haldun'un devlet teorisi, devletlerin nasıl sınıflandırıldığını ve bu sınıflandırmanın altında yatan dinamikleri anlamada oldukça kapsamlı bir bakış açısı sunar. İbn Haldun'un bakış açısına göre üç ana kategoriye ayrılan devletler:

Siyasi Kategori: İbn Haldun'a göre, bir ana devletten ayrılan devletler iki şekilde ortaya çıkabilir: İlk olarak, ana devletin sınırlarındaki bazı eyaletlerin ayrılıp yeni bir devlet oluşturması; ikinci olarak, ana devlete karşı bir devrimle yeni bir devletin kurulması. Bu durumlar, yeni devletlerin doğuşunu ve ana devletin parçalanmasını açıklar. Ana devletin eteklerinden ayrılan yenilenmiş devlet ve devrimden doğan yenilenmiş devlet, bu kategorinin altında incelenir.

Ahlaki Kategori: Ahlaki sınıflandırma, toplumun göçebelikten uygarlığa geçiş sürecini inceler. Göçebelik aşaması, toplumun basit bir yaşam biçimi olarak tanımlanır ve bu dönemde mezhepçiliğin gücü, ahlaki bütünlük ve savunma ön plandadır. Ekonomik olarak ihtiyaçlarla sınırlı ve israftan kaçınma eğilimi gösterir. Medeniyet aşamasında ise devlet, göçebelik döneminin özelliklerini kaybeder ve lüks yaşam tarzına yönelir, bu da ahlaki çözülmeye ve sonuçta devletin çöküşüne yol açabilir. Uygarlık dönemi, devletin inşa ve çöküş aşamaları arasında bir geçiş dönemi olarak görülür, önce lükse dalma ardından yaşlanma ve çürüme evreleri yaşanır.

Tanımlayıcı Kategori: Değerlendirici sınıflandırma, yönetim sisteminin doğasını ve mezhepçiliğin işlevsel yönelimini temel alır. İbn Haldun dört tür devlet tanımlar:

- **Doğal Rejim Devleti:** Mezhepçiliğin içgüdüsel eğilimler ve doğal karpisler tarafından yönlendirildiği, adaletsizlik ve saldırganlığa dayalı bir yönetim biçimi. Bu tür bir sistem, dini veya ahlaki ilkelere dayanmadığı için reddedilir.

- **Meşru Rejim Devleti:** Mezhepçiliğin şeriata hizmet ettiği ve yönetiminin bu ilkelere dayandığı Hilafet devleti. Bu, gökten indirilen bir kanuna dayanan meşru bir politika olarak kabul edilir.

- Pozitif Rejim Devleti: Mezhepçiliğin akla hizmet ettiği, insan aklının çikardığı kanunlara bağı olan bir yönetim biçimi.
- Medeni Rejim Devleti: İdeal ve ütopyaya yakın bir devlet modeli, mezhepçiliğin yüce ideallere hizmet ettiği ve gerçekçi olmayan bir yapı.

İbn Haldun'un döngüsel ardıllık teorisi, devletlerin yaşam döngüsünü beş temel aşama üzerinden açıklar ve bu aşamaların her biri, devletin yapısındaki ve işleyişindeki değişimleri belirler. İşte bu beş aşama ve özellikleri:

Zafer Aşaması: Bu aşama, devletin güç kazanma, ele geçirme ve kurma sürecini ifade eder. Mezhep mensuplarının yönetimde iş birliği ve dayanışması, siyasi iktidara katılım, savunma ve saldırılardan korunma ile mali ekonominin ilerlemesine katkı sağlamak bu dönemin öne çıkan özellikleridir.

Otoriterlik Aşaması: Hükümdar, siyasi iktidarı tekeline alır ve mezhep akrabalarının siyasi katılımını reddeder. Bu durum, hükümdarın muhalefetten korunmak için sadık destekçileri ve sürgünlerin ajanlarını kullanmasına yol açar.

Boşluk Aşaması: Bu aşamada, ekonomik hayatı düzenleme çabaları, şöret ve prestij kazanma, saray mensuplarına ve yardımcılara harcamalar yapma yerine, barışçıl ülkeler karşısında düşman ülkeleri terörire ederek, askerlere daha fazla para verilerek ve orduyla gösteriş yapılarak önem kazanır.

Hoşnutluk Aşaması: Hükümdar ve devlet başkanları, atalarının inşa ettikleri ile memnun olur ve hükümdar atalarını taklit etmeye başlar. Bu aşama, devletin mevcut durumdan memnuniyet ve geçmişin mirasını koruma çabaları ile karakterizedir.

İsraf Aşaması: İbn Haldun'un belirttiği gibi, bu devletin son aşamasıdır. Hükümdar zevk ve arzulara düşkün olur, kötülüğü benimser ve yozlaşmış, beceriksiz kişileri önemli görevlere atar. Askerlere verilen armağanlar istismar edilir, devletin kamu çıkarları ihmal edilir. Bu aşama, devletin çöküşüne yol açan bir dizi yozlaşma ve israfı içerir.

İbn Haldun'un bu teorisi, devletlerin yükseliş ve düşüş döngüsünü anlamak için kapsamlı bir çerçeve sunar ve tarihsel süreçlerde gözlemlediğimiz pek çok olayı açıklamaya yardımcı olur.

Devletin Ömrü

İbn Haldûn, devletlerin ömrünü incelerken, bunların belirli evrelerden geçerek ya sürdürülebilirliğini koruduğunu ya da sona erdiğini belirtir. Onun bu yaklaşımı genellikle 'dönemler kuramı' veya 'tavırlar teorisi'

olarak adlandırılır. İbn Haldûn, siyasi yaşamı, umran gibi doğal bir süreç olarak değerlendirir ve bu süreci tanımlarken sıklıkla doğa bilimleri, özellikle de biyoloji alanından ödünçlenen metodolojiler kullanır. Siyasi yaşamın evrimini genetik bir perspektifle, doğduğu andan başlayarak büyümesi, olgunlaşması, yaşlanması ve sonunda ölmesi aşamalarını inceleyerek ele alır. İbn Haldûn, devletlerin yaşam döngüsünü insan ömrüne benzeterek bu süreçleri açıklamaya çalışır.³⁷

İbn Haldun, herhangi bir devletin 120 yaşında olduğuna ve üç nesilden oluştuğuna inanmaktadır; her neslin yaşı 40'tır. Astronomide, nadir veya garip durumlarda doğal ömrün artabileceği veya azalabileceği belirtilir. Bu, bir kişinin doğal yaşını belirleyen ve dolayısıyla devletin yaşını ölçen astronomiye göre yaş teorisine dayanmaktadır. Ayrıca, astrologların insan yaşının 50 ile 120 yıl arasında değiştiğini söylediği görüşlerine de değinmiştir. İslam dininde insanların yaşam süresi 60 ile 70 yıl arasında olduğu belirtilir. Ancak, bu açıklamasını destekleyecek hukuki bir metne atıfta bulunmadığı dikkat çekicidir. Yüce Allah'ın şu sözlerine atıfta bulunur: (Nihayet insan, güçlü çağına erip kırk yaşına varınca) (Ahkaf 15). İbn Haldun'a göre, insan için olduğu gibi, bir nesil için de erginlik ve gelişmeyi tamamlama yaşı 40 yıldır. Cenab-ı Hakk'ın şöyle buyurduğu belirtilir: (Allah da: Orası onlara kırk yıl haram kıldı. Yeryüzünde şaşkın şaşkın dolaşacaklar) (Maide 26). İsrailoğullarının 40 yıl boyunca Sina'da dolaştıkları hikâyesinden, bir neslin ortaya çıkışının bir göstergesi olduğu sonucunu çıkardı. Ancak İbn Haldun'a göre, devletin yaşının belirlenmesi mutlak bir tanım değildir; üç kuşak insanın yaşlarıyla karşılaştırıldığında göreceli bir tanımdır.³⁸

İbn Haldun'a Göre Devletin İşlevleri

İbn Haldun, halifelik ve padişahlık dönemlerinin birbirinden bağımsız iki işlev türünü incelediğine ve halifeliğin siyasi krala dönüşümünden bu yana uygulanan çekişmeli modelin artık kullanılmadığına dikkat çeker. Bu dönemde tüm otoritelerin yürütme otoritesinin elinde olduğunu belirtir.³⁹

Birinci tür: Halifelik İşlevleri

1. Namaz Kıldırma İş: İbn Haldun, bu işlevi işlerin en yücresi olarak görür.

2. Fetva İşlevi: Hayatla ilgili meseleler ve hukuki hükümlerle ilgili açıklamalar yapmak.

[37] Ünalır, M. "İbn Haldun'a Göre Toplum ve Devlet", *Din Sosyolojisi Araştırmaları*, C:1, S:1, 2021, s.75.

[38] Amel, M. *İbn Haldun Düşüncesinde Bilimsellik*. Beyrut: Dar el-Farabi, s.129.

[39] Haldun İ. *On Dördüncü Yüzyılda Akdeniz, İmparatorlukların Yükselişi ve Düşüşü*. İskenderiye: İskenderiye Kütüphanesi, 2002, s.78.

3. Yargı İşlevi: İbn Haldun, yargıyı, “Kuran’ın ve Sünnet ‘ten alınan hukuki hükümler dışında, insanlar arasındaki anlaşmazlıklara hükmeden ve çözen kurum” olarak tanımlar. Yargının işlevleri arasında şikayetler, polis ve adalet yer alır.

4. Hisbe İşlevi: Bir fiilin ortaya çıkması halinde iyiliği emretmek ve kötülükten sakındırmak.

5. Cihad İşlevi: Hilafet sisteminin ortadan kalkmasıyla bu işlevin geçersiz olduğunu belirten İbn Haldun, cihadı bir savunma savaşı olarak değerlendirir. Savaşları dört kategoriye ayırır: simetrik aşiret savaşları, acımasız ulusların saldırganlığı, cihad ve iç çatışmalar.⁴⁰

İkinci tür: Padişah Türü

İbn Haldun, monarşik devlet yapısının işleyişini ve temel işlevlerini analiz ederken, devletin sürekliliği ve düzeni için gerekli olan çeşitli bakanlık ve işlevleri tanımlar. Bu bağlamda, “Padişah Türü” devletlerdeki temel işlevleri beş ana kategoriye ayırır. İşte bu kategoriler ve açıklamaları:

1. Hicab Bakanlığı

• **Tanım:** Hicab Bakanlığı, gücü halktan esirgeyen ve devletin yüksek kademelerindeki otoriteyi temsil eden kişiye verilen unvandır.

• **İşlev:** Bu bakanlık, halk ile hükümdar arasında bir bariyer oluşturarak, hükümdarın itibarını ve otoritesini korur. Aynı zamanda devletin işleyişinde düzeni sağlar ve hükümdarın emirlerinin yerine getirilmesini denetler.

2. Maliye veya Ekonomik Fonksiyon

• **Tanım:** Devletin mali işlerinin yönetimiyle ilgili olan bu fonksiyon, ekonomik kaynakların etkin kullanımını ve yönetimini sağlar.

• **İşlev:** Vergi toplama, kamu harcamalarının planlanması ve devletin ekonomik politikalarının yürütülmesi gibi konuları kapsar. Devletin gelir ve giderlerinin dengede tutulması, ekonomik istikrarın sağlanması ve halkın refah seviyesinin korunması bu fonksiyonun temel amaçları arasındadır.

3. Yazıcılar

• **Tanım:** Yetenekli mektup yazarlar ve ordu ile ilgili işlevleri yerine getiren kişiler.

• **İşlev:** Devletin resmi yazışmalarını ve kayıtlarını tutan bu kişiler

[40] Ya’kub, s.243.

hem iç hem de dış iletişimin sağlıklı bir şekilde yürütülmesinden sorumludur. Ordu ile ilgili işlevleri ise, askeri seferlerin planlanması, lojistik destek ve askerlerin kayıtlarının tutulmasını içerir.

4. Ordu

• **Tanım:** Devletin askeri gücünü oluşturan ve güvenliğini sağlayan yapı.

• **İşlev:** Devletin dış tehditlere karşı korunması, iç güvenliğin sağlanması ve hükümdarın otoritesinin sürdürülmesi gibi görevleri yerine getirir. Ayrıca, fetihler ve toprak genişletme faaliyetlerinde önemli bir rol oynar.

5. Yargı

• **Tanım:** Adaletin dağıtılmasından ve hukukun uygulanmasından sorumlu olan yapı.

• **İşlev:** Hukuki düzenin korunması, toplumsal düzenin sağlanması ve devletin kanunlarının uygulanması bu kategorinin temel görevleridir. Yargı sistemi, halkın haklarının korunmasını ve adaletin tesis edilmesini amaçlar.⁴¹

Özet olarak İbn Haldun'un bu kategorileri, monarşik devletlerin işleyişini ve sürekliliğini sağlamak için gerekli olan temel işlevleri ortaya koyar. Her bir işlev, devletin farklı alanlarında düzeni ve istikrarı sağlamaya yönelik spesifik görevleri yerine getirir. Bu analiz, İbn Haldun'un devlet teorisinin ve sosyolojik yaklaşımlarının derinliğini gösterir ve modern devlet yapılarının anlaşılmasında da önemli bir referans kaynağıdır.

[41] İbn Haldun, 2011, s.29; Yıldız, s.41.

SONUÇ

İbn Haldun, tarih yazımı, sosyoloji, ekonomi ve siyaset bilimi gibi çeşitli alanlarda öncü katkılarda bulunmuş, 14. yüzyılın önemli bir düşünürü ve bilim insanıdır. En ünlü eseri olan “Mukaddime,” tarihsel gelişmeleri ve toplumların dinamiklerini analiz eden ilk kapsamlı çalışmalardan biri olarak kabul edilir. Asabiyye (sosyal dayanışma) kavramı, İbn Haldun toplumların başarısı ve çöküşünün anlaşılmasında temel bir kavram olarak öne çıkar.

İbn Haldun’un hayatı boyunca üstlendiği çeşitli idari ve akademik roller, onun teorilerini pratikte de gözlemlemesini sağlamıştır. Hem siyaset hem de bilim alanında aktif olarak çalışmış, bu sayede teorilerini zenginleştirmiştir. Eserleri, tarih ve sosyoloji disiplinlerinde metodolojik yenilikler getirerek modern bilimsel yaklaşımların temelini atmıştır., toplumları ‘bedeviler’ ve ‘hadariler’ olarak ilk kez iki ana kategoriye ayıran düşünürdür. Bu iki topluluk arasında belirgin farklar bulunmaktadır; sürekli bir değişim içerisinde olan toplumlar, zamanla göçebelikten yerleşik hayata geçiş yapmaktadırlar. Yerleşik toplumların ortaya çıkışı, genellikle devletin kurulmasıyla eş zamanlıdır. Göçebe toplumlarda oluşan ‘asabiyet’ kavramı, İbn Haldun’un üzerinde durduğu üzere, toplumu devlet kurmaya yönlendirir. Asabiyet hem devletin kuruluşunda hem de yıkılışında kritik bir rol oynar. Güçlü asabiyet sahibi toplumlar devlet kurabilirken, asabiyetini yitirenlerin devletleri çökmeye başlar.

İbn Haldun, devletlerin ömrünün kesin olarak belirlenemeyeceğini ileri sürerken, aynı zamanda bir devletin ömrünün 120 yıl olduğunu iddia eder. Bu görüşü, dönemdeki (Kuzey Afrika Devletleri gibi) birçok devletin yaşam süreleriyle desteklenmiştir. Bununla birlikte, alınacak uygun tedbirlerle devletlerin ömrünü uzatmak mümkündür; örneğin, Osmanlı Devleti yaklaşık 600 yıl varlığını sürdürmüştür.

İbn Haldun’un devlet teorisi, temelde İslami ilkelere dayanmaktadır. Devlet, İslami kurullarla yönetilmelidir çünkü insan eliyle oluşturulan yasalar daima eksik ve hatalı olabilir. İslam Devleti, insanlara Tanrı’nın emirlerine uygun bir yaşam sürme imkanı sunar ve bu, insanın yeryüzünde Halife olarak görevini yerine getirmesi için gereklidir. Öte yandan, ahirette hesap verme düşüncesi de İbn Haldun’un vurguladığı önemli bir unsurdur.

Sonuç olarak, İbn Haldun’a göre her kurulan devlet, kaçınılmaz olarak beş farklı evreden geçer; bu teoriye ‘tavırlar teorisi’ adı verilir. Devletin yıkılmasında, asabiyetin zayıflaması büyük bir etkidir ve bu zayıflama, medenileşme süreciyle ilişkilidir. Alınan önlemler, asabiyetin bozulmasını tamamen önleyemez ancak süreci yavaşlatabilir.

KAYNAKÇA

- Abdieva, R. "Devlete Güven Ve Vergi Ahlakı İlişkinin İbn Haldun'un İktisadi Düşünceleri Çerçevesinde İncelenmesi: Kırgızistan Örneği", *İbn Haldun Çalışmaları Dergisi*, C:7, S:1, 2022, 1-16.
- Aktan, C. C. "Arz-Yönlü İktisat Teorisi ve Haldun-Laffer Etkisi", *Ekonomi Bilimleri Dergisi*, C:1, S:2, 2009, 41-54.
- Amel, M. *İbn Haldun Düşüncesinde Bilimsellik*. Beyrut: Dar el-Farabi.
- Ası, H., *İbn Haldun Tarihçi Olarak*. Beyrut: Dar el-Kütübi'l-İlmiyye, 1993.
- Ateş, F., & Utkan, T. "İbn Haldun'a Göre Toplum ve Şehir". *Journal Of International Social Research*, C:10, S:53, 2007, 216-230.
- Coicaud, J. M.çev. *Halil İbrahim el-Tayyar, Meşruiyet ve Siyaset: Siyasal Hukuk ve Siyasal Sorumluluk Üzerine Bir Çalışma*. Amman: Siyasal Araştırmalar Bilim Merkezi, 2003.
- Çalık, E. "İbn Haldun'un Düşünce Sisteminde Siyaset-Toplum İlişkisi", *İnönü University International Journal Of Social Sciences*, C:4, S:1, 2015, 43-56.
- Dufour, C. çev. Nebil Saad, *Bugün Siyasi Felsefe: Düşünceler- Tartışmalar – Bahisler*. Kahire: Ain İnsani ve Sosyal Araştırmalar Merkezi, 2001.
- El-Husri, E. H. S. *İbn Haldun'un Mukaddimesi Üzerine Çalışmalar*. (Kahire: El-Haneci Kütüphanesi, Üçüncü Baskı, Hicri 1321- Miladi 1903.
- Ergül, E. "İbn Haldun'un Temel Kavramlarının Devlet Teorisi Işığında Çevirisi", *Ombudsman Akademik*, C:8, S:15, 2021, 43-81.
- Farabi. *İdeal Devlet (El-Medinetü'l Fazıla)*, Çev: Ahmet Arslan, Divan Yayınları, 3. Baskı, Ankara.
- Gözler, K. *Devletin Genel Teorisi*, Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, 2007.
- Gürkan, C. "Modern Maliye Teorisinin Klasik Kökenleri: İbni Haldun'dan "Post-Kameralizm" e Mali Düşünce", *Maliye Dergisi*, S:164, 2013, 1-26.
- Haldun İ. *On Dördüncü Yüzyılda Akdeniz, İmparatorlukların Yükselişi ve Düşüşü*. İskenderiye: İskenderiye Kütüphanesi, 2002.
- Hassan, Ü. *İbn Haldun Metodu ve Siyaset Teorisi*. İstanbul: Doğu Batı Yayınları, 2015.
- Haldun, İ. *Mukaddime*. Çeviri: Süleyman Uludağ, Dergâh Yayınları, 7. Baskı, Cilt: 1-2, İstanbul 2011.
- İsmail F. M. *Güç Felsefesi: Batı Siyaset Düşüncesinde Kökenleri ve Gelişimi ve Siyaset Dünyasındaki Etkileri*. Kafr ed-Davvar: Bustan el-Maarife Kütüphanesi 2002.
- Kadioğlu, A. S., & Gürbüz, A. "İbn Haldun Düşüncesinde Hukuk ve Devlet". *Ombudsman Akademik*, (19), 2024, 103-136.
- Karagül, M. "İbn-İ Haldun'da Aşabiyet ile Devlet ve Mülk İlişkisi". *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 3(2), 2016, 47-59.
- Lalande A. çev. Halil Ahmed Halil, *Lalande Ansiklopedisi*. Paris: Fransız Yayın Merkezi, İkinci Baskı, 1991.
- Özkılıç, İ. "İbn Haldun'da İktisadî Kalkınmanın Dinamikleri ve Girişimcilik", *Akademik Bakış Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler E-Dergisi*, (10), 2006, 1-14.
- Raşvan H. A. A., *Güç, Otorite ve Nüfuz Üzerine: Siyasal Sosyoloji İncelemesi*. İskenderiye: İskenderiye Kitap Merkezi, 2002-2006.
- Şahin, C., & Belge, R. "İbn Haldun' da Coğrafi Determinizm". *Akademik Bakış Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler Dergisi*, (57), 2016, 439-467.
- Uygun, O. *İbni Haldun'un Toplum ve Devlet Kuramı* (No. 16). On İki Levha Yayıncılık, 2008.
- Ünalır, M. "İbn Haldun'a Göre Toplum ve Devlet", *Din Sosyolojisi Araştırmaları*, 1(1), 2021, 63-82.
- Weber M. çev. Georges Kutoura, *Bilim ve Siyaset: Birer Meslek Olarak Beyrut*. Arap Birliği Çalışmalar Merkezi, 2023.
- Ya'kub M. H. *İbn Haldun'un Mukaddimesi Üzerine*. UNESCO: Gazete Kitap Serisi, 2006.

- Yavuz, S. "Tipolojik Yaklaşım ve İbn Haldun ile Farabi'nin Toplum Görüşleri Üzerine". *Dini Araştırmalar*, C:17, S:44, 2014, 95-120.
- Yıldız, M. "İbn Haldun'un Tarihselci Devlet Kuramı". *Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi*, S:10, 2010, 25-55.
- Yılmaz, Ş. Ş. İbn Haldun'da Tarihsel Varlık Alanının Nedenselliği. Doctoral Dissertation, Bursa Uludağ Üniversitesi, 2009.
- Yumuk, R. "İbn Haldun'da Devlet Görüşü (Birinci Kısım)". *Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, C:3, S:1-2, 2010, 229-278.

İNSAN HAKLARI

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN İTİBARIN KORUNMASI HAKKI VE İFADE HÜRRİYETİNİN ÇATIŞMASINDA UYGULADIĞI "ADİL DENGE" KRİTERLERİ

Doç. Dr. Özlem ÇELİK

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORC-ID: 0000-0001-8258-9880

osenturk@selcuk.edu.tr

ÖZET

Kişilerin şeref ve itibarının korunması hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde açık bir biçimde düzenlenmemiştir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarına göre itibarın korunması hakkı, Sözleşme'nin 8'inci maddesinin koruması kapsamındadır. Buna göre kişinin şeref ve itibarının korunması, özel hayata saygı hakkı kapsamında korunan hukuki menfaatlerden biridir. Özel hayat kavramı kapsamlı bir şekilde tanımlanamayacak kadar geniştir. Bu nedenle hem AİHM hem de Anayasa Mahkemesi kararlarında özel hayat kavramı tanımlanmamaktadır. Bunun yerine her davada, dava konusunun özel hayat kapsamında korunan bir hakka ilişkin olup olmadığı değerlendirilmektedir. Mahkeme kararlarında, şeref ve itibarının korunması hakkının özel hayata saygı hakkı kapsamında korunduğu kabul edilmektedir. İtibarın korunması hakkı ayrıca, Sözleşme'nin 10'uncu maddesinde ifade hürriyetinin sınırlanması sebeplerinden biri olarak düzenlenmiştir.

Özel hayata saygı gösterilmesi kapsamında kişilerin itibarının korunması hakkı ile ifade özgürlüğü sıklıkla çatışmaktadır. Özellikle ifade ve basın özgürlükleriyle ilgili davalarda bu tür çatışmalarla karşılaşmaktadır. AİHM, kişilerin itibarının korunması hakkı ile ifade özgürlüğünün çatıştığı bu tür durumlarda, çatışan özgürlükler arasında adil bir denge kurulması gerektiğini kabul etmektedir. Mahkeme bir kişinin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkının başkalarının ifade hürriyeti ile çatışması halinde, çatışan bu haklar arasında adil bir dengenin kurulması için uygulanabilecek olan temel bazı ilke ve kriterler geliştirmiştir. Bunlar: "haber kamuya yararına yönelik bir tartışmaya yapacağı katkı", "hedef alınan kişinin ünlülük derecesi ve haber veya makalenin konusu", "ilgili kişinin haber veya yazının yayımlanmasından önceki davranışı",

“yayımın içeriği, şekli ve sonuçları”, “haber veya makalenin yayınlanma şartları” gibi kriterlerdir. İtibarın korunması hakkı kapsamında AİHM içtihatlarında kullanılan temel kriterlerden biri de “değer yargıları” ve “maddi olgular” arasında yapılan ayırmadır.

Bu çalışmada, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin konu ile ilgili içtihadı çerçevesinde, kişilerin itibarının korunması hakkı ile ifade özgürlüğü arasındaki dengenin sağlanmasında kullanılan kriterlerin açıklanması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Özel Hayata Saygı Hakkı, İtibarın Korunması Hakkı, İfade Hürriyeti, “Adil Denge” Kriterleri

‘FAIR BALANCE’ CRITERIA APPLIED BY THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN THE CONFLICT BETWEEN THE RIGHT TO PROTECTION OF REPUTATION AND FREEDOM OF EXPRESSION

ABSTRACT

The right to the protection of honour and reputation is not explicitly provided for in the European Convention on Human Rights. However, according to the case law of the European Court of Human Rights (ECHR), the right to the protection of reputation falls within the scope of protection of Article 8 of the Convention. Accordingly, the protection of one’s honour and reputation is one of the legal interests protected by the right to respect for private life. The concept of private life is too broad to be comprehensively defined. For this reason, both the ECHR and the Constitutional Court have not defined the concept of private life. Instead, in each case it is assessed whether the subject matter of the case relates to a right protected within the scope of private life. The Court’s jurisprudence recognises that the right to the protection of honour and reputation falls within the scope of the right to respect for private life. The right to protection of reputation is also regulated in Article 10 of the Convention as one of the grounds for restricting freedom of expression.

The right to protection of reputation within the scope of respect for private life and freedom of expression often come into conflict. Such conflicts are particularly likely to arise in cases involving freedom of expression and freedom of the press. The ECHR recognises that in such cases of conflict between the right to protection of reputation and freedom of expression, a fair balance must be struck between the conflicting freedoms. The Court has developed some basic principles and criteria that can be applied to strike a fair balance between these conflicting rights when the right to respect for one’s private life conflicts with the freedom of expression of others. These are: ‘the contribution of the communication to a debate of public interest’, ‘the degree of prominence of the person concerned and the subject matter of the communication’, ‘the conduct of the person concerned prior to the publication of the communication’, ‘the content, form and consequences of the publication’, ‘the conditions of publication of the communication’. In the context of the right to protection of reputation, one of the main

criteria used in the case law of the ECHR is the distinction between ‘value judgements’ and ‘material facts’.

This study aims to explain the criteria used to ensure the balance between the right to protection of reputation and freedom of expression, within the framework of the case law of the European Court of Human Rights.

Keywords: European Court of Human Rights, right to respect for private life, right to protection of reputation, freedom of expression, ‘fair balance’ criteria

GİRİŞ

Kişilerin itibarının korunması hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (AİHS) açık bir biçimde düzenlenmemiştir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarına göre itibarın korunması hakkı, Sözleşme'nin 8'inci maddesinin koruması kapsamındadır. Buna göre kişinin şeref ve itibarının korunması, özel hayata saygı hakkı kapsamında korunan hukuki menfaatlerden biridir. İtibarın korunması hakkı ayrıca, Sözleşme'nin 10(2)'inci maddesinde ifade hürriyetinin sınırlanması sebeplerinden biri olarak düzenlenmiştir.

Özel hayata saygı gösterilmesi kapsamında kişilerin itibarının korunması hakkı ile ifade hürriyeti sıklıkla çatışmaktadır. Özellikle ifade ve basın hürriyetleriyle ilgili davalarda bu tür çatışmalarla karşılaşmaktadır. AİHM, kişilerin itibarının korunması hakkı ile ifade hürriyetinin çatıştığı bu tür durumlarda, çatışan hürriyetler arasında adil bir denge kurulması gerektiğini kabul etmektedir. Mahkeme bir kişinin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkının başkalarının ifade hürriyeti ile çatışması halinde, çatışan bu haklar arasında adil bir dengenin kurulması için uygulanabilecek olan temel bazı ilke ve kriterler geliştirmiştir. Bu çalışmada, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konu ile ilgili içtihadı çerçevesinde, kişilerin itibarının korunması hakkı ile ifade hürriyeti arasındaki dengenin sağlanmasında kullanılan kriterlerin açıklanması amaçlanmaktadır.

GENEL OLARAK

Demokratik bir sistemin temel unsurlarından biri olan ifade hürriyeti, diğer pek çok hürriyetin kullanılmasının da kaynağını oluşturmaktadır¹. İfade hürriyeti kavram, kapsam ve sınırları bakımından oldukça geniş bir alana yayılmaktadır². İfade hürriyeti AİHS'nin 10'uncu maddesi ile düzenlenmiştir. Buna göre, "Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir. Görev ve

[1] "Siyasal sistemin demokratikleştirilmesi çerçevesinde sürdürülen herhangi bir tartışmayı, ifade hürriyeti sorunundan bağımsız olarak düşünmek mümkün değildir" ... "Görülüyor ki ifade hürriyeti gerçekte eksen özelliğe sahip olup, sözü edilen hürriyetlerle arasında karşılıklı ilişki mevcuttur. Birçok hürriyet ifade hürriyeti için nasıl bir araç fonksiyonu görüyorsa, ifade hürriyetinin kendisi de onların kökü, çekirdeği konumundadır. Çünkü onların kullanılabilmesi ancak ifade hürriyetinin var olmasıyla mümkündür" (Sunay, Reyhan. *Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2001, s. 1, 10).

[2] Bu nedenle ifade hürriyeti konusunda AİHM'nin yaklaşımından kısaca bahsedildikten sonra, çalışmanın asıl konusunu oluşturan itibarın korunması hakkının ifade hürriyeti ile çatışması meselesi incelenecektir.

sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir”.

Sözleşme kapsamında ilk olarak Handyside kararıyla ifade hürriyetinin niteliği ve muhtevasına ilişkin kapsamlı bir açıklama yapılmıştır³. Buna göre “Mahkeme’nin denetim işlevleri, ‘demokratik bir toplumu’ karakterize eden ilkelere azami dikkat göstermesini zorunlu kılmaktadır. İfade özgürlüğü, böyle bir toplumun temellerinden birini, ilerlemesinin ve her insanın gelişmesinin temel koşullarından birini oluşturur. Bu özgürlük, 10. maddenin 2. paragrafına (md. 10-2) tabi olarak, sadece olumlu karşılanan veya zararsız veya önemsiz görülen ‘bilgi’ veya ‘fikirler’ için değil, aynı zamanda Devleti veya nüfusun herhangi bir kesimini rencide eden, şok eden veya rahatsız eden fikirler için de geçerlidir. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve geniş fikirliliğin gerekleridir ki bunlar olmadan ‘demokratik toplum’ olmaz”⁴.

İtibarın korunması hakkı AİHS’de açık bir biçimde düzenlenmemiş olmakla birlikte, AİHM içtihatlarıyla Sözleşme’nin 8’inci maddesinin korunması kapsamında olduğu kabul edilmektedir. Buna göre kişinin şeref ve itibarının korunması, özel hayata saygı hakkı kapsamında korunan hukuki menfaatlerden biridir. İtibarın korunması hakkı ayrıca, Sözleşme’nin 10(2)’inci maddesinde ifade hürriyetinin sınırlanması sebeplerinden biri olarak düzenlenmiştir⁵.

Sözleşme bünyesinde kullanılan özel hayata saygı hakkı, kişinin özel hayat alanına saygı gösterilmesini ve bu alanın korunmasını ifade eder. Ancak özel hayat kavramı ve özel hayat alanına dahil olan unsurlar, kapsamlı bir şekilde tanımlanamayacak kadar geniştir. Bu nedenle hem AİHM hem de Anayasa Mahkemesi kararlarında özel hayat kavramı tanımlanamamaktadır. Bunun yerine her davada, dava konusunun özel hayat kapsamında korunan bir hakka ilişkin olup olmadığı değerlendirilmektedir. Özel hayata saygı hakkının gizlilik ve bağımsızlık olmak üzere iki unsuru vardır. Gizlilik unsuru, kişinin başkaları tarafından öğrenil-

[3] Sunay, s. 33.

[4] *Handyside/Birleşik Krallık*, Başvuru Numarası 5493/72, 07.12.1976, § 49.

[5] “Başkalarının şöhret ve haklarının korunması” Sözleşme’nin 10(2)’inci maddesinde ifade hürriyetinin sınırlanması sebeplerinden biri olarak düzenlenmiştir. Bu çalışmada özel hayata saygı hakkının bir unsuru olarak itibarın korunması hakkı incelenmiştir.

mesini istemediği hususların korunmasını ifade eder⁶. Bağımsızlık unsuru ise, “kişinin en geniş anlamda, yaşam biçim ve türünü, davranışlarını, kişisel eylemlerini ve ilişkilerini tercih etme hakkıdır”⁷. Bu boyutu ile özel hayata saygı hakkı, kişinin hayatı ile ilgili aldığı kararların ve kişisel özelliklerinin korunmasını, bunlara saygı gösterilmesini veya keyfi olarak müdahale edilmemesini gerekli kılmaktadır. Bu kapsamda AİHM kararlarında kişinin kimliği, cinsel hayatı ve yönelimi, kişisel gelişim hakkı, diğer insanlarla iletişim kurma ve geliştirme hakkı, psikolojik ve fiziksel bütünlüğü, kişisel verileri, şeref ve itibarının korunması gibi meseleler özel hayat dahilinde değerlendirilmektedir⁸.

Mahkeme ilk olarak 2004 yılında verdiği bir kararla itibarın korunması hakkının 8’inci maddenin korunması altında olduğunu kabul etmiştir⁹. Mahkeme söz konusu eleştiri bir toplumsal tartışmada dile getirilmiş olsa bile, itibarın kişinin kimliğinin ve psikolojik bütünlüğünün bir parçası olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme daha sonraki kararlarında da basın özgürlüğü karşısında kişilerin özel hayatlarının ve itibarların korunması hakkının, AİHS’nin 8. maddesi kapsamında korunduğunu kabul etmiştir¹⁰. Dolayısıyla itibarın korunması hakkı ve ifade özgürlüğünün çatıştığı durumlarda birinin diğerine göre öncelikli olmadığı kabul edilmesi ve çatışan bu hakların dengelenmesi gerekmektedir. Kişinin şeref ve itibarının korunması hakkı bağlamında Sözleşmen hem 8’inci hem de 10’uncu maddesi ile korunmaktadır. Bu hak ile ilgili olarak, 8’inci madde ya da 10’uncu madde kapsamında AİHM başvurulması bakımından sonuç değişmemektedir. Zira her iki hak da eşit saygıyı hak etmekte ve her iki hak altında benzer bir değerlendirme yapılmaktadır¹¹.

[6] İnceoğlu, Sibel. “ABD Anayasa Hukukunda Mahremiyet Hakkı”, *İnsan Hakları Yıllığı*, 19-20, 1997-1998, sa. 173-186, s. 175.

[7] Kaboğlu, İbrahim Ö. *Özgürlükler Hukuku*, İmge Kitabevi, Ankara 2002, s. 692.

[8] Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa R./Sancakdar, Oğuz/Önök, Rifat M. *İnsan Hakları El Kitabı*, Ankara, 2018, s. 368-369; Salihpaşaoğlu, Yaşar. “Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17, S. 3, 2013, sa. 227-266, s. 237.

[9] “Buna ek olarak, Mahkeme, Avrupa’daki denetim görevini yerine getirirken, yetkililerin, Sözleşme tarafından güvence altına alınan ve bu tür bir davada birbiriyle çatışabilecek iki değeri, yani bir yandan 10. madde tarafından korunan ifade özgürlüğünü, diğer yandan da kişilerin, özel hayata saygı hakkının bir parçası olarak Sözleşme’nin 8. maddesi tarafından korunan itibarlarını koruma hakkını korurken adil bir denge kurup kurmadıklarını doğrulamalıdır”. *Chauvy ve Diğerleri/Fransa*, Başvuru Numarası 64915/01, 29.09.2004, § 70.

[10] *Axel Springer AG/Almanya*, Başvuru Numarası 39954/08, 07.02.2012, § 83; *Pfeifer /Avusturya*, Başvuru Numarası 12556/03, 15.02.2008 § 35; *Von Hannover/Almanya*, Başvuru Numarası 59320/00, 24.09.2004, § 50.

[11] “Özel hayata saygı hakkının ifade özgürlüğüyle dengelenmesini gerektiren davalarda Mahkeme, teorik olarak sonucun, başvurunun Mahkeme’ye Sözleşme’nin 8. maddesi uyarınca mı yoksa 10. maddesi uyarınca mı yapıldığına göre değişmemesi gerektiğini düşünmektedir. Aslında, ilke olarak bu haklar eşit saygıyı hak etmektedir. Buna göre, takdir marjı teorik olarak her iki davada da aynı olmalıdır”. *Couderc ve Hachette Filipacchi Associés /Fransa*, Başvuru Numarası 40454/07, 10.11.2015, § 91; *Egill Einarsson/İzlanda*, Başvuru Numarası 24703/15, 07.02.2018, § 37. Ayrıca bkz. Arslan Öncü, Gülay. *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 8*, Ankara, 2019, s. 18.

8'inci maddenin uygulanabilmesi için bir kişinin itibarına yönelik saldırının belirli bir ağırlık düzeyine ulaşması ve kişinin özel hayata saygı hakkından faydalanmasına engel olacak nitelikte olmalıdır¹². Ayrıca Mahkeme, “örneğin bir suçun işlenmesi gibi kişinin kendi eylemlerinin öngörülebilir bir sonucu olan itibar kaybından şikâyet etmek için 8. maddeye dayanılamayacağına karar vermiştir”¹³.

İtibarın korunması hakkı, 1982 Anayasasında da açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi itibarının korunması hakkını, Anayasa'nın 17'nci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının korunması altında olduğunu kabul etmektedir¹⁴.

İtibarının korunması kapsamında değerlendirilen davalar, gün geçtikçe daha çok önem kazanmakta ve gerek Anayasa Mahkemesi gerekse AİHM'nin pek çok kararına konu olmaktadır. Özellikle kişilerin şerefi, sosyal ve mesleki itibarı ile ifade ya da basın hürriyetinin karşı karşıya geldiği bu tür davalarla oldukça sık karşılaşılmaktadır. Zira basında yer alan bir haberin veya fotoğrafın, kişilerin özel ya da aile hayatları ile ilgili olma ihtimali oldukça yüksektir¹⁵.

İTİBARIN KORUNMASI HAKKI VE İFADE HÜRRİYETİNİN ÇATIŞMASINDA UYGULANAN “ADİL DENGE” KRİTERLERİ

AİHM, kişilerin itibarının korunması hakkı ile ifade özgürlüğünün çatıştığı durumlarda, çatışan özgürlükler arasında adil bir denge kurulması gerektiğini kabul etmektedir. Mahkeme bir kişinin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkının başkalarının ifade hürriyeti ile çatışması halinde, çatışan bu haklar arasında adil bir dengenin kurulması için uygulanabilecek olan temel bazı kriterler geliştirmiştir. Bu kriterler Mahkemenin *Axel Springer AG/Almanya*¹⁶ kararı ve *Von Hannover/Almanya*

[12] *Axel Springer AG/Almanya*, Başvuru Numarası 39954/08, 07.02.2012, § 83; *Bédat/İsviçre*, Başvuru Numarası 56925/08, 29.03.2016, § 72; *Medžlis Islamske Zajednice Brčko ve Diğerleri/Bosna Hersek*, Başvuru Numarası 17224/11, 27.06.2017, § 76; *Denisov/Ukrayna*, Başvuru Numarası, 76639/11, 25.09.2018, § 112.

[13] *Axel Springer AG/Almanya*, Başvuru Numarası 39954/08, 07.02.2012, § 83-84; *Sidabras And Džiautas/Litvanya*, Başvuru Numarası 55480/00 ve 59330/00, 27.10.2004, § 49.

[14] Anayasa Mahkemesi, E. 2018/137, K. 2022/86, K. T. 30.06.2022, R.G. Tarih-Sayı, 12.01.2023-32071, § 546; *Kadir Sağdıç Başvurusu*, Başvuru Numarası 2013/6617, K. T. 08.04.2015, R.G. Tarih- Sayı, 10.07.2015-29412, § 36; *İlhan Cihaner Başvurusu (2)*, Başvuru Numarası 2013/5574, K.T. 30.06.2014, § 42; *Adnan Oktar Başvurusu (3)*, Başvuru Numarası 2013/1123, K.T. 02.10.2013, § 33.

[15] *Küchl/Avusturya*, Başvuru Numarası, 51151/06, 04.12.2012, § 63; *Eerikainen ve Diğerleri/Finlandiya*, Başvuru Numarası 3514/02,10.02.2009, § 70; *Von Hannover/Almanya (No 2)*, Başvuru Numarası 40660/08 ve 60641/08, 07.02.2012, § 103; *Hájovsky/Slovakya*, Başvuru Numarası 7796/16, 01.10.2021, § 31.

[16] *Axel Springer/Almanya* kararı tanınmış bir aktörün yakalanması ve mahkûmiyetinin haber yapılmasını yasaklayan iç hukuk işlemi hakkındadır. Mahkeme bu davada başvuru şirkete yönelik kısıtlamaların aktörün özel hayatının korunması meşru amacıyla makul bir şekilde orantılı olmadığını gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir. İfade özgürlüğü hakkı ile özel hayata saygı hakkı ara-

(2)¹⁷ kararlarında belirlenmiştir. Bu kararlarda, çatışan haklar arasında

sında bir denge kurulmasıyla ilgili içtihadında kullandığı kriterleri uygulayan Mahkeme, öncelikle haberin, bir aktörün yakalanması ve mahkûm edilmesiyle ilgili olduğunu, dolayısıyla kamusal adli olaylara ilişkin haberin kamu yararına yönelik bir tartışmaya katkı sağlayabileceğini kabul etmiştir. Mahkeme aktörü, tanınmışlık düzeyini dikkate alarak kamusal bir figür olarak nitelendirmiştir. Mahkemeye göre aktör, tanınmayan bir kişi olsaydı işlediği iddia edilen suç, büyük olasılıkla hiçbir zaman bir habere konu olmayacaktı. Ancak aktörün kamuoyu önünde tutuklanmış olması ve bir dizi röportajda özel hayatıyla ilgili ayrıntıları açıklarak aktif bir şekilde ilgi odağı olmaya çalışması, özel hayatının etkili bir şekilde korunacağına dair meşru beklentisinin azaldığı anlamına gelmektedir. Mahkeme kararda bilginin elde edilme yöntemi ve güvenilir olup olmadığına ilişkin olarak da değerlendirme yapmıştır. Buna göre aktörün tutuklanmasıyla ilgili ilk makale, savcılık tarafından sağlanan bilgilere dayandığı için yeterli bir olgusal temele sahiptir ve her iki makalede yer alan bilgilerin doğruluğu taraflar arasında ihtilafı değildir. Yayınların içeriği, şekli ve sonuçlarıyla ilgili olarak, makaleler aktörün özel hayatına ilişkin ayrıntıları ortaya koymamış, esas olarak tutuklanma koşulları ve ceza davasının sonucuyla ilgili olmuştur. Aşağılayıcı yorumlar veya asılsız iddialar yer almamıştır. Başvuran şirket, fotoğrafları yayınlamasını yasaklayan mahkeme kararına itiraz etmemiş ve makalelerin yayınlanmasının aktör için ciddi sonuçlara yol açtığı gösterilmemiştir. Son kritere ilişkin olarak, başvuran şirkete uygulanan yaptırımlar haff olmakla birlikte, yine de caydırıcı bir etkiye sahip olabilir ve yukarıda belirtilen faktörler ışığında haklı değildir. Buna göre, şirkete getirilen kısıtlamalar, aktörün özel hayatını korumaya yönelik meşru amaçla makul bir şekilde orantılı değildir. *Axel Springer AG/Almanya*, Başvuru Numarası 39954/08, 07.02.2012.

[17] “Başvuranlar, merhum Monako Prensi Rainier III’ün kızı Prenses Caroline von Hannover ve kocası Prens Ernst August von Hannover’dır. Prenses Caroline, 1990’ların başından bu yana, genellikle mahkemeler aracılığıyla, özel hayatına ilişkin fotoğrafların basında yayınlanmasını engellemeye çalışmıştır. Alman dergilerinde 1993 ve 1997 yıllarında yayınlanan iki fotoğraf serisi, Alman mahkemelerinde dava konusu olmuş ve 1995 yılında Federal Adalet Mahkemesi’nin ve 1999 yılında Federal Anayasa Mahkemesi’nin Prenses’in taleplerini reddeden önemli kararlarına yol açmıştır. Bu davalar, Avrupa Mahkemesi’nin Von Hannover/Almanya davasındaki kararına konu olmuştur (ilk Von Hannover kararı, no. 59320/00, 24 Haziran 2004). Mahkeme, Prenses Caroline’in 8. madde kapsamındaki özel hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu kararın ardından başvuranlar, 2002 ve 2004 yılları arasında kayak tatilleri sırasında rızaları olmadan çekilen ve halihazırda iki Alman dergisinde yer alan üç fotoğrafın daha fazla yayınlanmasının engellenmesi için yerel mahkemelerde ihtiyati tedbir davası açmışlardır. Federal Adalet Divanı, genel menfaati ilgilendiren bir tartışmaya katkıda bulunmadığını düşündüğü fotoğraflardan ikisi hakkında ihtiyati tedbir kararı vermiştir. Ancak, başvuranları St Moritz’de bir kayak tatili sırasında yürüyüş yaparken gösteren ve diğer konuların yanı sıra Prens Rainier’in sağlık durumunun kötü olduğunu bildiren bir makalenin eşlik ettiği üçüncü fotoğrafla ilgili tedbir kararını reddetmiştir. Bu karar, Federal Anayasa Mahkemesi tarafından onanmış ve Federal Adalet Divanı’nın, hükümdar prensin sağlık durumunun kötü olmasının genel ilgi alanına giren bir konu olduğunu ve basının, çocuklarının aile dayanışması yükümlülüklerini, aralarında tatile çıkma arzusunun da bulunduğu özel hayatlarının meşru ihtiyaçlarıyla uzlaştırma biçimleri hakkında haber yapma hakkına sahip olduğunu düşünmek için geçerli gerekçelere sahip olduğunu karar vermiştir. Federal Adalet Mahkemesi’nin, fotoğrafın makalede anlatılan olayla yeterince yakın bir bağı olduğu sonucuna varmasına anayasal açıdan itiraz edilemez.

Federal Adalet Divanı, yeni yaklaşımını uygularken ne fotoğrafların ne de onlara eşlik eden makalelerin genel menfaati ilgilendiren bir tartışmaya katkıda bulunmadığı gerekçesiyle fotoğraflardan ikisi hakkında tedbir kararı vermiştir. Ancak üçüncü fotoğrafla ilgili olarak, Prens Rainier’in hastalığının ve aile üyelerinin o dönemdeki davranışlarının, dergilerin haber yapma ve aktarılan bilgileri desteklemek ve açıklamak için fotoğrafa yer verme hakkına sahip olduğu güncel bir toplumsal olay olarak nitelendirildiğine karar vermiştir. Mahkeme, yerel mahkemelerin Prens Rainier’in hastalığının güncel bir toplumsal olay olarak nitelendirmesinin mantıksız olarak değerlendirilemeyeceğini ve makalenin ışığında değerlendirildiğinde fotoğrafın en azından bir dereceye kadar, kamu yararına yönelik bir tartışmaya katkıda bulunduğunu kabul edebileceğini belirtmiştir katkıda bulunduğunu kabul edebileceğini belirtmiştir (bu bağlamda, başvuranları benzer koşullarda gösteren diğer iki fotoğrafın yayınlanmasını engelleyen tedbir kararlarının tam da eğlence amaçlı yayınlandıkları için verildiğini kaydetmiştir). Ayrıca, Prenses Caroline’in Monako Prensiği adına ne ölçüde resmi görevler üstlendiği sorusuna bakılmaksızın, inkâr edilemez bir şekilde çok iyi tanınan başvuranların sıradan özel kişiler olduğu iddia edilemezdi. Kamuya mâl olmuş kişiler olarak kabul edilmeleri gerekirdi. Fotoğrafların çekildiği koşullara gelince, bu durum yerel mahkemeler tarafından dikkate alınmış ve başvuranların, fotoğrafların gizlice, gizli olarak veya başka bir şekilde elverişsiz koşullarda çekildiğini gösteren herhangi bir kanıt

adil dengenin sağlanmasında göz önünde bulundurulacak kriterler kapsamlı olarak ele alınmıştır. İlk başvuru ifade özgürlüğünün korunması, ikinci başvuru ise itibarın korunması talebiyle yapılmış olmakla birlikte, Mahkemenin her iki kararda da uyguladığı kriterler birbirine benzemektedir.

Mahkeme *Axel Springer AG/Almanya* kararında, daha önceki içtihatlarında da başvurduğu kriterleri daha detaylı bir şekilde açıklamıştır. Bu kriterler şu şekilde sayılmıştır: “haber kamuya yararına yönelik bir tartışmaya yapacağı katkı”, “hedef alınan kişinin tanınmışlık derecesi ve haber veya makalenin konusu”, “ilgili kişinin haber veya yazının yayımlanmasından önceki davranışı”, “bilginin elde edilme yöntemi ve doğruluğu”, “yayının içeriği, şekli ve sonuçları”, “uygulanan yaptırımın ağırlığı” gibi kriterlerdir.

Haberin Kamu Yararına Yönelik Bir Tartışmaya Yapacağı Katkı

İfade hürriyeti ve kişinin şeref ve itibarının çatıştığı davalarda AİHM, basında yer alan haber veya fotoğrafların, kamu yararına ilişkin bir tartışmaya katkı sağlayıp sağlamadığını¹⁸ incelemektedir. Kamu yararı kavramının tanımı ve içeriği davanın koşullarına göre değerlendirilmelidir. Mahkeme, sadece yayının siyasi meseleler veya adli olaylarla ilgili olduğu durumlarda¹⁹ değil, aynı zamanda spor meseleleri veya sanatçılarla ilgili olduğu durumlarda²⁰ da böyle bir menfaatin varlığını kabul etmek-

sunmadıklarını tespit etmişlerdir.

Sonuç olarak, yerel mahkemeler, yayıncılık şirketlerinin ifade özgürlüğü hakkı ile başvuruların özel hayatlarına saygı gösterilmesi hakkı arasında dikkatli bir denge kurmuştur. Bunu yaparken, fotoğrafların, eşlik eden makaleler ışığında değerlendirildiğinde, kamu yararına yönelik bir tartışmaya katkıda bulunup bulunmadığı sorusuna temel bir önem atfetmişler ve ayrıca çekildikleri koşulları da incelemişlerdir. Federal Adalet Divanı, ilk Von Hannover kararının ardından yaklaşımını değiştirmiş ve Federal Anayasa Mahkemesi de bu yaklaşımı teyit etmekle kalmamış, aynı zamanda başvuruların Federal Adalet Divanı'nın bu içtihadı göz ardı ettiği yönündeki şikayetlerine cevaben Mahkeme'nin içtihadının detaylı bir analizini yapmıştır. Bu koşullar altında ve ulusal mahkemelerin çatışan menfaatleri dengelerken sahip oldukları takdir marjı göz önünde bulundurulduğunda, yerel mahkemeler 8. madde kapsamındaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirmemişlerdir”. *Von Hannover/Almanya* (no. 2), Başvuru Numarası 40660/08 ve 60641/08, Karar 07.02.2012, Mahkeme'nin 149 sayılı içtihadına ilişkin Bilgi Notu, <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=002-98>, Erişim Tarihi 18.05.2024.

[18] *Von Hannover/Almanya*, Başvuru Numarası 59320/00, 24.09.2004, § 60; *Mosley/Birleşik Krallık*, Başvuru Numarası 48009/08, 10.05.2011, § 131; *Tüzünataç/Türkiye*, Başvuru Numarası 14852/18, 07.05.2023, § 36; *Hájovský/Slovakya*, Başvuru Numarası 7796/16, 01.10.2021, § 31.

[19] *White/İsveç*, Başvuru Numarası 52435/02, 19.09.2006, § 29; *Egeland ve Hanseid/Norveç*, Başvuru Numarası 34438/04, 16.07.2009, § 58.

[20] Mahkeme'ye göre Avusturyalı ünlü kayak şampiyonu Hermann Mayer'in yaralandığı trafik kazasını ele alan haber, kamu yararına ilişkin bir konuya, yani toplumun bir spor yıldızına yönelik tutumuna eleştirel bir katkıda bulunmaya çalışmıştır. *Nikowitz ve Verlagsgruppe News GmbH/Avusturya*, Başvuru Numarası 5266/03, 22.05.2007, § 25; Büyük bir futbol kulübünün ve o dönemde profesyonel futbol şampiyonasını organize eden Lig'in başkanı olarak ulusal yaşamında önemli bir rol oynayan tanınmış bir kamusal figür hakkındaki haberin kamu yararına ilişkin bir tartışmaya katkı sağladığı hakkında bkz. *Colaco Mestre ve Sic - Sociedade Independente De Comunicação, S.A./Portekiz*, Başvuru Numarası 11182/03 ve 11319/03, 26.04.2007, § 28; “Söz konusu kitabın yazarı akademisyen olup yıldız olgusunu analiz etmiş ve bu olgunun Şarkıcının müzikal anlamda Türkiye’de sahneye çıkmasından ve star olarak anılmasından önce

tedir. Bununla birlikte, “bir siyasetçinin evliliğinin durumu veya evlilik dışı ilişki iddialarına ilişkin dedikoduları²¹” veya ünlü bir şarkıcının mali sıkıntılara ilişkin haberlerin²², kamu yararına yönelik bir tartışmaya katkı sağlamadığını kabul etmiştir.

Mahkeme ayrıca kamuoyunda tanınmış bir kişi olsa bile, tek amacı kişinin özel hayatına ait detaylarla birtakım okuyucuların merak duygularını tatmin etmek olan fotoğraf veya haberlerin yayınlanmasının kamu yararına yönelik bir tartışmaya katkı sağlamayacağına da karar vermiştir. Örneğin *Von Hannover/Almanya* kararında Mahkeme, Monako prensesinin özel hayatının ayrıntılarına ilişkin belirli bir okuyucu kitlesinin merakını gidermek amacıyla yayınlanan bir haberin, toplumun geneline ilgilendiren herhangi bir tartışmaya katkıda bulunmadığını kabul etmiştir²³. Mahkemeye göre bu davadaki durum “herhangi bir siyasi veya ka-

ortaya çıkışına değinmiştir. Bu bakımdan mezkûr eser Tarkan örneğinden yola çıkarak ve bilimsel araçlara başvurmak suretiyle toplumdaki star olgusunu işlemektedir. Aynı şekilde kitap ünlülerin özel hayatlarındaki en mahrem ayrıntılarına yer vererek okuyucuda belirli düzeyde merak uyandıran, olağan, ‘sansasyon’ yaratan ve ‘magazinin kalbi’ sayılabilecek bir yazılı eser olarak nitelendirilemez”. *Sapan/Türkiye*, Başvuru Numarası 44102/04, 08.06.2010, § 34, <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-124533>, Erişim Tarihi 18.05.2024.

[21] *Standard Verlags Gmbh/Avusturya (No. 2)*, Başvuru No 21277/05, 04.09.2009, § 52.

[22] *Hchette Filipacchi Associés (ICI PARIS)/Fransa*, Başvuru No 12268/03, 23.10.2009, § 43.

[23] “Başvuran, Monako Prensi Rainier III’ün en büyük kızıdır. Bir dizi Alman magazin dergisi, kendisinin bilgisi dışında çekilen ve onu evinin dışında tek başına ya da birlikte günlük işlerini yaparken gösteren bir dizi fotoğraf yayınlamıştır. Başvuran, fotoğrafların Almanya’da daha fazla yayınlanmasına karşı Alman mahkemelerinde ihtiyati tedbir talebinde bulunmuştur. Alt mahkemeler, Telif Hakkı Yasası uyarınca, “çağdaş toplumun ‘mükemmel’ bir figürü” (eine “absolute” Person der Zeitgeschichte) olarak başvuranın, evinin dışında çekilen fotoğrafların rızası olmadan yayınlanmasına tahammül etmesi gerektiğine karar vermiştir. Federal Adalet Divanı, çağdaş toplum figürlerinin evlerinin dışında da özel hayatlarına saygı gösterilmesi hakkında sahip olduklarına, ancak bunun için yalnız kalmak istediklerinin objektif olarak herkes tarafından açıkça görülebildiği “tenha bir yer” (in eine örtliche Abgeschiedenheit) çekilmeleri ve meraklı gözlerden uzak olduklarından emin olarak belirli bir durumda kamuya açık bir yerde davranmayacakları şekilde davranmaları gerektiğine karar vermiştir (mekânsal izolasyon kriteri). Bu kriter uyarınca başvuran, kendisini erkek arkadaşıyla birlikte bir restoranın avlusunun uzak ucunda gösteren fotoğraflara ilişkin davasını kazanmıştır. Bu yaklaşım, Federal Anayasa Mahkemesi’nin önde gelen bir kararıyla onaylanmıştır. Bu mahkeme, basın özgürlüğüne ve bir prensesin temsil görevi dışında nasıl davranışının bilinmesindeki kamu yararına belirleyici bir ağırlık atfetmiştir. Başvuran, evinin dışında “izole olmayan bir yerde” tek başına ya da eşlik ederek günlük hayatını sürdürürken çekilen fotoğraflarının yayınlanmasına karşı açtığı davayı kaybetmiştir.

Başvuranın tek başına ya da bir yetişkin eşliğinde günlük yaşamında tamamen özel faaliyetlerde bulunurken çekilmiş fotoğraflarının yayınlanması “özel yaşam” kapsamına girmektedir. Fotoğraflar ve beraberindeki yorumlar, kamuya mâl olmuş bir kişi olmayan ve Monako adına herhangi bir resmi görevi yerine getirmeyen prensesin özel hayatının ayrıntılarına ilişkin belirli bir okuyucu kitlesinin merakını gidermek için tasarlanmış bir makale amacıyla yayınlanmıştır. Kısacası, söz konusu yayınlar, başvuranın kamuoyu tarafından bilinmesine rağmen, toplum geneline ilgilendiren herhangi bir tartışmaya katkıda bulunmamıştır. Mahkeme ayrıca, kamuoyu tarafından tanınıyor olsalar bile, herkesin, sosyal bir boyutu da olan özel hayatının korunması ve saygı görmesi konusunda “meşru bir beklentiye” sahip olması gerektiğini vurgulamıştır. Başvuranın özel hayatının ayrıntılarına ilişkin olan söz konusu fotoğraflar, kendisinin bilgisi ve rızası olmaksızın ve fotoğraflar tarafından her gün taciz edildiği bir ortamda çekilmiştir. Ayrıca, diğer şeylerin yanı sıra, fotoğrafların sistematik olarak çekilmesini ve halkın geniş bir kesimine yayılmasını mümkün kılan yeni iletişim teknolojileriyle mücadele etmek için özel hayatın korunması konusunda daha dikkatli olunması gerekiyordu. Başvuranı çağdaş toplumun mükemmel bir figürü olarak tanımlayan yerel mahkemeler, kamunun gözünden uzak bir yerde olmadığı ve dahası bunu kanıtlamayı başaramadığı sürece (ki bu zor olabilir) özel hayatının korunması hak-

musal tartışma alanına girmemektedir çünkü yayınlanan fotoğraflar ve beraberindeki yorumlar yalnızca başvuranın özel hayatının ayrıntılarıyla ilgilidir”²⁴.

Hedef Alınan Kişinin Ünlülük Derecesi ve Haber veya Makalenin Konusu

AİHM, kişilerin itibarının korunması hakkı ve ifade özgürlüğünün çatıştığı hallerde uyguladığı bir diğer kriter hedef alınan kişinin tanınırlık derecesidir. Mahkemeye göre, “özel kişiler ile siyasi figürler veya kamuya mâl olmuş kişiler gibi kamusal bağlamda hareket eden kişiler arasında bir ayırım yapılmalıdır. Buna göre, kamuoyu tarafından tanınmayan özel bir kişi özel yaşam hakkının özel olarak korunmasını talep edebilirken, aynı şey kamuya mâl olmuş kişiler için geçerli değildir”²⁵. Bununla birlikte, “siyasetçiler veya diğer kamu görevlilerinin özel hayatlarına ilişkin gerçeklerin haberleştirilmesi belirli durumlarda kabul edilebilir olsa da kamuoyu tarafından bilinen kişilerin bile özel hayatlarının korunması ve özel hayatlarına saygı gösterilmesine ilişkin meşru beklentileri vardır”²⁶.

İlgili Kişinin Haber veya Yazının Yayınlanmasından Önceki Davranışı

İlgili kişinin haberin yayınlanmasından önceki tutumu veya fotoğrafın ve ilgili bilgilerin daha önceki bir yayında zaten yer almış olması da dikkate alınması gereken faktörlerdir. Örneğin *Egill Einarsson/İzlanda* davasında AİHM, daha önce kamuya açık tartışmalara katılan, görüşlerini açıklayan ve basınla iş birliği yapan bir kişi için kabul edilebilir eleştiri sınırının, tanınmış olmayan bir bireylere göre daha geniş olması gerektiğini kabul etmiştir²⁷. Bununla birlikte, sadece daha önce basınla iş birliği

kına dayanmasına izin vermemiştir. Mahkeme’ye göre, mekânsal izolasyon kriteri gerçekte çok belirsiz ve ilgili kişinin önceden belirlemesi zor bir kriterdir. Sözleşme uyarınca özel hayatı ve kişinin imajının kullanımını kontrol etme hakkını koruma konusunda pozitif yükümlülüğü olan Devlet, başvuranın özel hayatının etkili bir şekilde korunmasını sağlayamamıştır”. (*Von Hannover/Almanya*, Başvuru Numarası 59320/00, 24.06.2004, Mahkeme’nin 65 Sayılı İçtihadına İlişkin Bilgi Notu, <https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=002-4330>, Erişim Tarihi 18.05.2024).

[24] *Von Hannover/Almanya*, Başvuru Numarası 59320/00, 24.09.2004, § 62, 63, 64.

[25] *Von Hannover/Almanya*, (No.2), § 110.

[26] *Standard Verlags GmbH/Avusturya* (no. 2), Başvuru Numarası 21277/05, 04.06.2009, § 53.

[27] “...Yerel mahkemeler, kararlarında, başvuranın tanınmış bir kişi olduğu ve önceki davranışları hakkında ayrıntılı bilgi vermişlerdir. Diğerlerinin yanı sıra, başvuranın mesleki faaliyetlerini, internette yazı yazmasını, kitap yayınlamasını, televizyona çıkmasını ve medyada kendini tanıtmaya şeklini anlatmışlardır. Mahkemeler, kadınlara ve cinsel özgürlüklerine yönelik tutumları da dahil olmak üzere görüşlerinin dikkat çektiğini ve tartışmalara yol açtığını ve kamuya açık tartışmalara katıldığını ve görüşlerini açıkladığını kaydetmiştir. Ayrıca, başvuran hakkındaki cinsel şiddet şikayetleri, kendisinin de katıldığı kamuya açık tartışmalara yol açmıştır... Yerel mahkemelerin bulguları ışığında Mahkeme, mevcut davada kabul edilebilir eleştiri sınırlarının, tanınmış olmayan bir bireyin davasına göre daha geniş olması gerektiğini kabul etmektedir” ...“Bununla birlikte, “siyasetçiler veya diğer kamu görevlilerinin özel hayatlarına ilişkin gerçeklerin haberleştirilmesi belirli durumlarda kabul edilebilir olsa da kamuoyu tarafından bilinen kişilerin bile özel hayatlarının korunması ve özel hayatlarına saygı gösterilmesine ilişkin meşru beklentileri vardır”. *Egill Einarsson/İzlanda*, Başvuru Numarası 24703/15, 07.02.2018, § 43-44.

yapmış olmak, ilgili tarafı söz konusu haber veya fotoğrafın yayınlanmasına karşı her türlü korumadan mahrum bırakmak için bir argüman olarak kullanılamaz²⁸. Örneğin *Egeland ve Hanseid/Norveç* kararına göre başvuru yapanın daha önce basınla iş birliği yapmış olması, sonraki olaylarda korumadan faydalanmasını engellemez²⁹.

Bilginin Elde Edilme Yöntemi ve Doğruluğu

Bilginin elde edilme şekli ve doğruluğu da önemli faktörlerdir. Mahkeme, genel menfaati ilgilendiren konularda haber yapmakla ilgili olarak gazetecilere 10. madde tarafından sağlanan güvencenin, gazetecilerin iyi niyetle ve doğru bir olgusal temelde hareket etmeleri ve gazetecilik etiğine uygun olarak “güvenilir ve kesin” bilgi sağlamaları koşuluna tabi olduğuna karar vermiştir³⁰. Örneğin *Tüzünataç/Türkiye* kararında Mahkeme, bilginin elde edilme yöntemini inceleyerek, özel hayata saygı gösterilmesi konusunda başvuranın makul beklentilerinin korunması gerektiğine karar vermiştir³¹.

[28] *Axel Springer AG/Almanya*, Başvuru Numarası 39954/08, 07.02.2012, § 92.

[29] Başvuranlar, Norveç'te büyük bir cinayet davasını takip eden iki ulusal gazetenin genel yayın yönetmenleridir. Kamuoyu tarafından tanınana sanıkların yargılandığı dava medyanın büyük ilgisini çekmiştir. Tutuksuz yargılanan sanıklar, son duruşmada suçlu bulunmuş ve uzun hapis cezalarına çarptırılmışlardır. Başvuranların gazeteleri, sanıklardan biri olan ve 21 yıl hapis cezasına çarptırılan B'nin, mahkemenin yakınına park edilmiş plakasız bir polis aracına doğru ilerlerken çekilmiş fotoğraflarını yayınlamıştır. Haberde B'nin kararı duyunca yıkıldığı ve “derin bir umutsuzluk” içinde olduğu belirtilmiştir. Başvuranlar, istisnai bir durum olmadıkça, ceza davalarında sanıkların mahkemeye giderken veya mahkemeden dönerken rızaları olmaksızın fotoğraflarının çekilmesini suç sayan bir hüküm uyarınca suçlanmışlardır. İlk derece mahkemesinde beraat etmişler ancak savcının temyiz başvurusu üzerine Yüksek Mahkeme tarafından mahkûm edilmişler ve 10,000 Norveç kronu (yaklaşık 1,139 Euro) para cezası ile 15 gün hapis cezasına karar verilmiştir. AlHM, suçların ağırlığı göz önüne alındığında, B'nin mahkûmiyetinin, cezalandırılmasının ve derhal tutuklanmasının kamu yararını ilgilendiren bir konu olduğunu, fotoğrafların kamuya açık bir yerde kamuya açık bir olayla ilgili olduğunu ve B'nin kimliğinin zaten kamuoyu tarafından iyi bilindiğini kabul etmiştir. Bununla birlikte, AlHM, fotoğrafların B'yi tasvir etme şeklinin özellikle müdahaleci olduğunu düşünmüştür: B, üç kez cinayetten mahkûm edildiği ve en fazla 21 yıl hapis cezasına çarptırıldığı bildirildikten sonra adliye binasında tutuklanmıştır. Basında yer alan fotoğraf onu gözyaşları ve büyük sıkıntı içinde, duygusal olarak sarsılmış ve en savunmasız halinde göstermiştir. B fotoğrafının çekilmesine izin vermemiştir. Mahkeme'ye göre, daha önceki olaylarda basınla iş birliği yapmış olması, bu olayda onun korumadan mahrum bırakılmasını haklı gösteremez. *Egeland ve Hanseid/Norveç*, Başvuru Numarası 34438/04, 16.07.2009.

[30] *Axel Springer AG/Almanya*, Başvuru Numarası 39954/08, 07.02.2012, § 93.

[31] “Gazeteciler böylelikle, çiftin etkileşimlerinin ayrıntılarını yakalamak için tüm sahneyi, telefoto lens kullanarak kaydetmişlerdir. Ardından, bu yöntemle kaydedilen görüntüler, izleyicilerin ilgi ve merakını uyandıracak ayrıntılar ve editoryal yorumlar yapılarak, açıklamalarla yayınlamıştır. Mahkeme, bilgi elde etmek ve bu bilgiyi halka iletme için kullanılan araçların dürüst olmasının ve bilgiye konu olan kişiye saygı gösterilmesinin, ihtilaf konusu bilgilerin elde edildiği ve işlendiği koşullarla ilgili olarak dikkate alınması gereken başlıca kriterler olduğunu hatırlatmaktadır... Nitekim başvuranın dairesinin balkonu, gazetecilerin bulunduğu kamuya ait yoldan görünür olsa bile, video kaydında gazetecilerin arasında geçen konuşmalar, bu kaydı gizlice gerçekleştirdiklerini düşündürmektedir. Gazeteciler ayrıca, video kaydını gerçekleştirdikleri sırada, başvuranın ve erkek arkadaşının onları görmemesi için saklanmaya çalışmışlardır. Söz konusu video kaydının, günün, halkın sokaklara döküldüğü ve başvuranın dışarıda gazetecilerin bulunduğu tahmin edebileceği bir saatte değil, sabah 5.00'da çekildiğini akılda tutmak özellikle önemlidir. Her hâlikârda, ihtilaf konusu görüntülerin başvuranın haberi olmadan kaydedildiği ve rızası alınmadan yayımlandığı tartışılmaz bir gerçektir”. *Tüzünataç/Türkiye*, Başvuru Numarası 14852/18, 07.03.2023, § 45-46, Adalet Bakanlığı tarafından yapılan çeviri bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-233159>, Erişim Tarihi 24.05.2024.

Yayının içeriği, şekli ve sonuçları

Fotoğraf veya makalenin yayınlanma şekli ve ilgili kişinin fotoğrafta veya makalede sunulma biçimi gibi konuların da dikkate alınması gerekir³². Haberin ve fotoğrafın ne ölçüde yayıldığı da önemlidir. Bu noktada gazetenin ulusal veya yerel bir gazete olmasına ve tirajının yüksek veya düşük olmasına bağlı olarak değerlendirme yapılmaktadır³³.

Uygulanan yaptırımın ağırlığı

Son olarak, uygulanan yaptırımların niteliği ve ağırlığı da ifade özgürlüğünün kullanılmasına yönelik bir müdahalenin orantınlığı değerlendirilirken dikkate alınması gereken faktörlerdir³⁴. İtibarın korunması ve ifade hürriyetinin çatıştığı bu tür durumlarda verilen cezaların, kişinin ileride ifade özgürlüğünü kullanma hakkı üzerinde “caydırıcı bir etki” (chilling effect) meydana getirmemesi gereklidir³⁵. Bu nedenle AİHM bu tür davalarda hapis cezasını sadece nefret söylemi ya da suça teşvik hallerinde kabul etmektedir. Şeref ve itibarın korunması hakkına yönelik ihlallerin hapis cezası yerine hukuk yargılaması çerçevesindeki tedbirlerle başvurulmasını yeterli görmektedir³⁶.

“Değer Yargıları” ve “Maddi Olgular” Arasında Yapılan Ayrım

Bu konuda AİHM’in içtihatlarında geliştirdiği temel değerlendirme kriterlerinden biri “olgusal ifadeler ve değer yargıları” arasında yapılan ayırmadır. Mahkeme kişilerin itibarının korunması söz konusu olduğunda ifadenin bir değer yargısı mı yoksa olguya dayalı bir ifade mi olduğunu tespit etmektedir. Olguya dayalı bir ifadenin doğruluğu kanıtlanabilirken, değer yargılarının doğruluğu kanıtlanamaz. Bir değer yargısının doğruluğunu kanıtlama gerekliliğinin yerine getirilmesi imkansızdır. Bu durum 10. madde ile güvence altına alınan hakkın temel bir parçası olan

[32] “Video kaydının yayını, programın sunucusu tarafından “yılın aşk bombası”, başvuranın “çok gizli ilişkisinin açığa çıkması” ve “çiftin anormal sefası” gibi kamuoyunun ilgi ve dikkatini çekmesi muhtemel ifadelerle ilan edilmiştir. Ayrıca, video kaydının yayını sırasında, bir gazeteci, ilgililerin bu kayıta görülen her hareketini detaylı olarak betimleyerek, görüntüleri yorumlamıştır” ... “görüntüler, izleyicilerin ilgi ve merakını uyandıracak ayrıntılar ve editöryal yorumlar yapılarak, açıklamalarla yayınlamıştır. Mahkeme, bilgi elde etmek ve bu bilgiyi halka iletmek için kullanılan araçların dürüst olmasının ve bilgiye konu olan kişiye saygı gösterilmesinin, ihtilaf konusu bilgilerin elde edildiği ve işlendiği koşullarla ilgili olarak dikkate alınması gereken başlıca kriterler olduğunu hatırlatmaktadır. Nitekim başkalarının mahremiyetini ilgilendiren bilgiler söz konusu olduğunda, gazetecilerin, bu bilgilerin ve ilgili görüntülerin yayılmadan önceki etkilerini mümkün olduğunca dikkate alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Özellikle özel hayat ve aile hayatına ilişkin bazı olaylar, Sözleşme’nin 8. maddesi bakımından güçlendirilmiş bir korumaya tabi tutulmaktadır ve dolayısıyla bu tür olaylar gazetecilerin, onları işlerken dikkatli ve tedbirli olmalarını gerektirmektedir”. *Tüzünataç/Türkiye*, Başvuru Numarası 14852/18, 07.03.2023, § 42-45, Adalet Bakanlığı tarafından yapılan çeviri bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-233159>, Erişim Tarihi 24.05.2024.

[33] *Karhuvaara and Iltalehti*, Başvuru Numarası 53678/00, 16/02/2005, § 47.

[34] *Axel Springer AG/Almanya*, Başvuru Numarası 39954/08, 07.02.2012, § 95.

[35] Yıldırım, s. 186.

[36] Öncü, s. 94.

düşünce hürriyetini ihlal etmektedir³⁷. Bir ifadenin gerçek veya değer yargısı olarak sınıflandırılması, ilk etapta ulusal makamların, özellikle de yerel mahkemelerin takdir marjına giren bir konudur. Bununla birlikte, bir ifadenin bir değer yargısı anlamına geldiği durumlarda bile, bu ifadeyi destekleyecek yeterli bir olgusal dayanak bulunmalıdır³⁸.

SONUÇ

İtibarının korunması hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde bağımsız bir hak olarak açık bir biçimde düzenlenmemiştir. İtibarının korunması hakkı Sözleşme'nin 10'uncu maddesinde ifade hürriyetinin sınırlanması sebeplerinden biri olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle AİHM'nin eski kararlarında, başkalarının itibarının korunması gerekçesiyle ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelerin haklı olup olmadığı tespit edilmiştir. Dolayısıyla bu kararlarda ifade özgürlüğüne öncelik verilmiştir. Ancak Mahkeme daha sonraki kararlarında itibarın korunması hakkının, Sözleşme'nin 8'inci maddesinin koruması kapsamında olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme bu yorumun bir sonucu olarak, kişilerin itibarının korunması hakkı ile ifade özgürlüğünün çatıştığı durumlarda, çatışan özgürlükler arasında adil bir denge kurulması gerektiğini kabul etmektedir. Ancak bu kriterlerden "hedef alınan kişinin ünlülük derecesi" kriteri teorik olarak Mahkeme kararlarında normatif bir gerekçe ortaya konulmadığı gibi bu kriter teorik olarak da sorunludur. Ayrıca AİHM kararlarında "hedef alınan kişinin ünlülük derecesi" kriteri tek başına uygulanmamakta esasen tek başına uygulanması da mümkün görünmemektedir. Mahkeme tarafından kullanılan kamusal figür (veya kamuya mâl olmuş kişi) kavramının kapsamı ve kamusal figür doktrininin uygulama alanını gün geçtikçe belirsizleşmektedir.

[37] Örneğin Egill Einarsson/İzlanda kararında yerel mahkemeler ünlü bir kişi hakkında kullanılan bazı sözleri ve tecavüzcü ifadesini "bir değer yargısı" olarak nitelendirmiştir. Ancak AİHM bu değerlendirmeye katılmamıştır. Mahkemeye göre "tecavüzcü terimi nesnel ve olgusal nitelikte olup, doğrudan izlanda yasalarına göre cezai bir suç olan tecavüz eylemini gerçekleştiren bir kişiye atıfta bulunmaktadır". Başvuranın hakkındaki tecavüz suçlamasına dayanan cezai sürece delil yetersizliği nedeniyle durdurulmasına rağmen yerel mahkeme, bu durumu yeterince dikkate almamıştır. Başvuran aleyhindeki cezai takibatın durdurulduğu göz önüne alındığında, yerel mahkeme, "tecavüzcü" teriminin kullanılmasını bir değer yargısı olarak değerlendirmeyi haklı çıkarabilecek olgusal temeli yeterince açıklayamamıştır... Bununla birlikte AİHM'e göre, "tecavüzcü" ifadesi bir değer yargısı olarak kabul edilse bile, değer yargılarının da yeterli bir olgusal temelin bulunması gerekmektedir... "Kısacası, Sözleşme'nin 8. maddesi, kişilerin, hatta davranışları ve kamuoyu önündeki yorumları nedeniyle hararetle bir tartışma başlatan tartışmalı kamusal figürlerin bile, bu tür ifadeler gerçeklerle desteklenmeden alenen şiddet içeren suç eylemleriyle suçlanmaya tahammül etmek zorunda olmadıkları şeklinde yorumlanmalıdır. Bu nedenle Mahkeme, söz konusu ifadenin ciddi nitelikte olduğunu ve başvuranın itibarına zarar verebilecek nitelikte olduğunu tespit etmiştir. Bu durum, 8. maddenin devreye girmesi için başvuranın özel hayata saygı hakkından yararlanmasına halel getirecek bir ciddiyet seviyesine ulaşmıştır". *Egill Einarsson/İzlanda*, Başvuru Numarası 24703/15, 07.02.2018, § 51-52.

[38] *Lingens/Austria*, Başvuru Numarası 9815/82, 08.07.1986, § 46; *Jerusalem/Avusturya*, Başvuru Numarası 26958/95, 27.05.2001, § 42,43; *Pedersen ve Baadsgaard/Danimarka*, Başvuru Numarası 49017/99, 17.12.2004, § 76; *Egill Einarsson/İzlanda*, Başvuru Numarası 24703/15, 07.02.2018, § 40.

KAYNAKÇA

- Arslan Öncü, Gülay. *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi 8*, Epamat Basım Yayın, Ankara, 2019.
- İnceoğlu, Sibel. "ABD Anayasa Hukukunda Mahremiyet Hakkı", *İnsan Hakları Yıllığı*, 19-20, 1997-1998, sa. 173-186.
- Kaboğlu, İbrahim Ö. *Özgürlükler Hukuku*, İmge Kitabevi, Ankara 2002.
- Karaçam, Sinem Servet. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Özel Yaşama Saygı Hakkı Kapsamında Şeref ve İtibarın Korunması", *Anayasa Yargısı*, Cilt 37, Sayı 2, 2020, sa.113-158.
- Özbudun, Ergun. Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği, *Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı 1925- 1975*, Cilt 1, 1977, sa. 265-297.
- Salihpaşaoğlu, Yaşar. "Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17, S. 3, 2013, sa. 227-266, s. 237.
- Sunay, Reyhan. *Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*, Liberal Düşünce Topluluğu, Pano Ofset, Ankara, 2001.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa R./Sancakdar, Oğuz/Önok, Rıfat M. *İnsan Hakları El Kitabı*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- Yıldırım, Yakup, *AIHM kararlarında İfade Özgürlüğü ve İtibarın Korunması Hakkı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.

**ULUSLARARASI
HUKUK**

İSRAİL'İN GAZZE'Yİ İŞGALİNİN "HAKLI SAVAŞ" KAVRAMI ÇERÇEVESİNDE KRİTİĞİ

Prof. Dr. Muzaffer Ercan YILMAZ

Bursa Uludağ Üniversitesi
ORC-ID: 0000-0002-7455-7544
muzafferercan@uludag.edu.tr

ÖZET

Bu çalışmanın amacı, 7 Ekim 2023 tarihinde başlayan ve halen devam eden İsrail'in Gazze'yi işgal girişiminin bir uluslararası hukuk kavramı olan "haklı savaş" çerçevesinde değerlendirilmesi ve kritik edilmesidir. Birleşmiş Milletler Şartı 1945 yılı sonlarına doğru yürürlüğe girdikten sonra, Şartın 2/4 maddesi uyarınca toprak kazanmak amacıyla bir ülkenin kısmen veya bütün olarak işgal edilmesi tamamen yasaklanmıştır. Dolayısıyla haklı savaş kavramı, ancak Şartın 51 maddesinde anlatım bulduğu üzere, bir fiili saldırıya karşı meşru müdafaa hakkının kullanılması (*jus ad bellum*) şeklinde kendini gösterebilmektedir. Meşru müdafaa kapsamında güç kullanımı ise "işgal rejimi" olarak anılan bir düzenleme çerçevesinde gerçekleşmelidir. Buna göre, öncelikle işgal esnasında savaştan ve sivil ayrımı net bir biçimde yapılmalı, siviller kesinlikle hedef alınmamalıdır. İkinci olarak savaştan yaralanan savaştan dışı bir duruma geçmeleri halinde, bunlara tıbbi yardım zorunludur. Üçüncü olarak çatışma bölgelerine üçüncü taraflarca gönderilen insani yardımlar engellenemez. Dördüncü olarak savaştan tutsak alınmaları durumunda, bunlara fena muamele yapılamaz Beşinci olarak, çatışma esnasında uluslararası hukukça yasaklanmış silahlar kullanılamaz. Nihayet işgal, mümkün olan en kısa sürede sonlandırılmalı, işgal ilhaka dönüştürülmemelidir. Elbette tüm bunların da ötesinde, meşru müdafaa hakkı orantılı bir biçimde kullanılmalıdır.

Haklı savaş ve işgal rejimi kavramları çerçevesinde İsrail'in Gazze'yi işgaline bakıldığında, bu durum açık bir uluslararası hukuk ihlali şeklinde kendini göstermektedir. Her ne kadar 7 Ekim 2023 tarihinde Hamas'ın askeri kanadı El-Kassam Tugayları İsrail'e yönelik bir saldırı başlatmışlarsa da, İsrail'in verdiği orantısız ve neredeyse Gazze'nin tamamını hedef alan abartılı karşılık, meşru müdafaa ile açıklanamayacak büyüklük ve ölçektir. Bunun dışında, yukarıda bahsi geçen işgal rejimine aykırı

bir biçimde, sivillerin öldürülmesi, sivil yerleşim alanları ve hastanelerin hedef alınması, Gazze'ye ulaştırılmaya çalışılan insani yardımlara uygulanan blokajlar, uluslararası hukuka açıkça aykırı eylemler olarak kendini göstermektedir. Ayrıca 7 Ekim 2023 tarihinden bu yana işgalin devam ediyor olması ve Gazze'nin bundan sonra İsrail'in kontrolünde olacağına dair açıklamalar, bir tür fiili ilhak durumunu beraberinde getirmekte, işgal adeta ilhaka dönüşmektedir. Bu tabloya rağmen, Batılı ülkelerin İsrail'e vermeye devam ettikleri destek, başta Birleşmiş Milletler örgütü olmak üzere saygın uluslararası örgütlerin ve uluslararası hukukun meşruiyetinin sorgulanması sonucunu da beraberinde getirmektedir.

Anahtar Kelimeler: Haklı Savaş, İşgal Rejimi, Silahlı Çatışma Hukuku, Savaş Hukuku, Meşru Müdafaa.

THE CRITIQUE OF THE ISRAELI INVASION OF GAZA ON THE GROUND OF THE NOTION OF “JUST WAR”

ABSTRACT

The purpose of this study is to evaluate and criticize the Israeli invasion of Gaza, which started on October 7, 2023 and has been continuing to date on the ground of the notion of “just war”. When the United Nations Charter entered into force in the fall of 1945, occupation of a country, in part or in complete, was totally banned. So from that time on, the just war notion has referred only to self-defense in the face of a sudden and actual attack. Yet the use of self-defense involves many rules, which are called “the regime of occupation”. To the regime of occupation, first of all, combatants and noncombatants must be differentiated. Noncombatants must be protected from harm as much as possible. Second, if rival combatants are seriously injured, medical assistance must be given to them. Third, humanitarian assistance sent by third parties to conflict settings must not be blocked. Fourth, captives must be protected from harm. Fifth, any banned weapons by international law must not be used. Finally, occupation must be temporary and must be ended as soon as possible. Above all, the use of self defense must be proportional.

When we look at the Israeli occupation of Gaza from the view of just war and the regime of occupation, it is clear that international law has been violated seriously. Israel responded to the Hamas attack of October 7, 2023 extremely disproportionately, targeting civilians, civilian neighborhoods, even hospitals, schools in almost entire Gaza. That aside, blocking humanitarian aid to Gaza is another violation of international law. Also, the Israeli authorities’ speeches from time to time stressing that Gaza will be controlled by Israel in the future are clearly against one of the basic rules of the regime of occupation in that occupation must be temporary. Unfortunately, all these violations by Israel undermine the very legitimacy of the United Nations and other international organizations, as well as international law itself.

Keywords: Just War, Regime of Occupation, Law of Armed Conflict, Law of War, Self-Defense.

GİRİŞ

Haklı savaş (*just war*), politik hedefler doğrultusunda kuvvet kullanımının ne zaman haklı görülebileceği ve böyle bir durumda bile kuvvet kullanımını sınırlamaya yönelik normları ifade eden bir içeriğe sahiptir.¹

İnsanların en temel hakları olan yaşama hakkını doğrudan ilgilendirmesi sebebiyle, haklı savaş kavramı, uluslararası hukukun ve de insanlık tarihinin en önemli felsefi ve politik tartışma konularından biri olagelmıştır. Kimileri, hiçbir sebebin savaşı haklı kılamayacağı görüşünü ileri sürerek savaşı tümüyle bir toptan cinayet olarak değerlendirme eğiliminde olmuştur. Bir takım kritik düşünce taraftarları, anarşistler, inşacılar ve hatta bazı liberaller, savaş düşüncesini tümünden reddetme eğilimi içerisinde olmuşlardır. Bunlara yakın yıllarda şiddetsizlik (*nonviolence*) taraftarları da eklenmiştir. Mahatma Gandhi'den² Gene Sharp'a³ ve Martin Luther King'e⁴ kadar pek çok şiddetsizlik taraftarı, hem günlük yaşam şiddetini, hem de organize bir şiddet türü olarak gördükleri savaşı reddetmişlerdir.

Savaşı reddeden görüşlerin ortak yanı, her şeyden önce insan yaşamının kutsal olduğu, bunun hiçbir gerekçe ile insan eliyle sonlandırılmayacağı gibi bir etik düşünceye dayanmaktadır. Bunun yanı sıra, şiddetin bir kısır döngü yarattığı, şiddet yoluyla sorunların çözülemeyeceği, aksine mevcut sorunların, gücün el değiştirmesine paralel olarak sonsuz bir etki-tepki sarmalına sürükleneceği iddia edilmektedir. Dolayısıyla bir Roma özdeyişinde vurgulandığı üzere barışın savaşla değil (*si vis pacem para bellum*), barışın ancak barışçıl kanallarla gerçekleştirilebileceğine inanılmaktadır.

Diğer yandan kimilerine göre ise savaş belli şartlarda meşrudur ve haklı bir içeriğe sahip olabilir. Çünkü özünde insan hırslı, saldırgan bir varlıktır ve onun bu yönünün zaman zaman frenlenmesi gerekebilir. Devletler de insanlardan oluştuğuna göre, kimi devlet politikaları da yayılmacı, saldırgan bir içeriğe sahip olabilir ve bunun önlenmesi gerekir. İşte bu noktada Ortaçağ düşünürlerinden St Augustine'den⁵ uluslararası hukukun kurucusu sayılan Hugo Grotius'a⁶ kadar pek çok düşünce insanı bazı koşullar dahilinde olmak kaydıyla ve meşru müdafaa amacıyla güç

[1] James Turner Johnson, "Haklı Savaş", *Blakwell Siyasal Düşünceler Ansiklopedisi*, Ümit Yayıncılık, Ankara, 1994.

[2] Mahatma Gandhi, *Nonviolent Resistance: Satyagraha*, 3rd Edition, Schocken Books, New York, NY, 2023.

[3] Gene Sharp, *Politics of Nonviolent Action*, P. Sargent Publisher, Boston, MA, 1973; *Civilian-Based Defense: A Post-Military Weapons System*, 5th Edition, Princeton University Press, Princeton, NJ, 2022.

[4] Martin Luther King, Jr. *Where Do We Go From Here*, Beacon Press, Boston, MA, 2010.

[5] St. Augustine, *Tanrı Şehri*. Eskiye Yayınları, Ankara, 2021.

[6] Hugo Grotius, *Law of War and Peace*, Nabu Press, New York, NY, 2010.

kullanımının haklı olabileceği görüşünü dile getirmişlerdir. Uluslararası camiada ve uluslararası hukukta genel kabul gören bu görüş, Birleşmiş Milletler Şartı'na da dahil edilerek küresel bir meşruiyet kazanmıştır. Zaman zaman içeriğine ve uygulanmasına ilişkin tartışmalar yaşansa da, haklı savaş, uluslararası hukukun bir parçası haline gelmiştir. Bu çalışmanın amacı, haklı savaş kuramını irdelemek ve bu çerçevesinde İsrail'in Gazze'ye yönelik yedi aylık işgal girişiminin bir kritiğini yapmaktır. Bu bağlamda, çalışma haklı savaş kavramının tarihsel gelişimi ile başlayacak ve kavramın içeriği, yani temel koşul ve ilkeleri ele alınacaktır. Ardından haklı savaş kuramı ile İsrail işgalinin ne derece örtüştüğü değerlendirme konusu yapılacaktır. Çalışmayı sonlandırırken, mevcut çelişkilerin uluslararası hukukta yarattığı erozyona dikkat çekilecek ve bu yöndeki endişe okuyucu ile paylaşılacaktır.

HAKLI SAVAŞ KAVRAMININ TARİHSEL GELİŞİMİ

Tarihsel olarak bakıldığında, toplumsal açıdan subjektif olarak tanımlanmış veya betimlenmiş olsalar da, savaşa ilişkin temel kuralları aslında hem dinsel, hem de seküler kaynaklarda bulmak mümkündür. Tüm ilahi dinler ve hatta bu kategoride sınıflandırılmayan dinler dahi savaşın hangi koşullarda meşru kabul edilebileceğine ve savaşta uyulması gereken kurallara dair normlar geliştirmişlerdir. Bu bağlamda, çağdaş uluslararası hukuktan çok önce savaş hukukunun kristalleşmeye başladığı söylenebilir ve bu durum neredeyse insanlık tarihi kadar eskidir.

Roma döneminde, *jus ad bellum* kavramı çerçevesinde, meşru müdafaa amacıyla yapılan savaşlar haklı savaş olarak tanımlanmıştır. Ayrıca yine haksız yere kaybedilmiş bir toprak parçasını geri kazanmak ve genel bir kötülüğü cezalandırmak üzere yapılan savaşlar da, haklı savaş kategorisinde değerlendirilmiştir.⁷

Ortaçağda St. Augustine, haklı savaş kavramına açıklık kazandırma gayreti içinde ön plana çıkan en önemli düşünürlerden biri olmuştur. *De Civitate Dei*'de (Tanrı Devleti Üzerine), Augustine bir savaşın haklı sayılabilmesi için üç temel koşulun bulunması gerektiğini ileri sürmüştür. Bunlar, meşru müdafaa, savaşın meşru bir otorite tarafından ortaya konması ve iyi niyetin varlığı şeklindedir.⁸ Elbette bu ilkelerin içeriği ve sınırları tartışmaya açık olsa da, en azından normatif düzeyde de olsa haklı savaş kavramı bu şekilde berraklaştırılmaya çalışılmıştır.

13. Yüzyılda Thomas Aquinas da tıpkı St Augustine gibi haklı savaş kavramını haklı neden, meşru otorite ve iyi niyet koşullarına dayan-

[7] Fulya A. Ereker, "İlkçağlardan Günümüze Haklı Savaş" *Uluslararası İlişkiler Dergisi*, C. 1, S. 3, 2004, ss. 2-4.

[8] St. Augustine, *Tanrı Şehri*, 2021.

dırmıştır. Ancak bu çerçevede Aquinas, sivillerin yaşamlarını savaşın doğası gereği kazaen yitirmelerini meşru göstererek bu alanda bir ilke imza atmıştır. Daha açık bir ifadeyle, Aquinas'a göre, sivillerin savaşta kasten öldürülmeleri meşru değilken, meşru müdafaa hakkı kullanılırken veya yaygın bir kötülük cezalandırılırken savaş koşullarından kaynaklı kazaen, anlayışla karşılanması gereken, yani dolayısıyla bir yerde meşru kabul edilebilecek bir durumdur.⁹

17 Yüzyılda uluslararası hukukun kurucusu olarak kabul edilen Hugo Grotius, *De Jure Belli Ac Pacis* (Savaş ve Barış Hukuku) başlıklı eserinde kimi koşullarda savaşın meşru olduğunu savunmaya çalışmıştır. Grotius, birine ait olan bir şeyin savunulmasını, borçlu olunan bir şeyin geri elde edilmeye çalışılmasını ve geniş çaplı bir kötülüğün cezalandırılmasını haklı savaş gerekçeleri olarak ifade etmiştir. Bu bağlamda Grotius da genel olarak kendisinden öncekilerle paralel bir çizgide hareket etmiştir. Ancak Grotius'un savaş hukukuna en önemli katkısı, "sözde meşru" nedenlere dikkat çekmesi olmuştur. Devletlerin "yardım etme", "iyilik yapma" gibi bir takım değerlere büründürülmüş bahanelerle, gerçekte ise ulusal çıkarlar sebebiyle veya salt toprak kazanma ya da prestij elde etme güdüsüyle savaşa gidebileceklerine dikkat çeken Grotius, dolayısıyla egemen otoritenin savaş kararının çok dikkatli incelenmesi gerektiğini vurgulamıştır. Meşruiyet değerlendirmesinin de yine bu doğrultuda yapılması gerektiğini ifade etmiştir.¹⁰

Haklı savaş kuramının ilerleyen yüzyıllardaki gelişimi daha karmaşık bir seyir izlemiştir. Bir yandan, yukarıda da değinildiği üzere, Marksist, liberal, şiddetsizlik gibi farklı düşüncelerden esinlenen pasifist görüşler savaşı tümüyle reddetme eğiliminde olmuşlardır. Bir diğer yandan ise, 19 Yüzyılda Prusyalı General Carl Von Clausewitz'in temsil ettiği, "savaş politikanın başka araçlarla devamıdır" şeklinde realist görüşle özdeşleşen düşünce, savaşın haklı ya da haksız olması tartışmalarını bir yerde rafa kaldırmıştır.¹¹ Fakat bu durum dahi, aynı yüzyılda kuramın, savaşta uyulacak kuralların geliştirilmesi (*jus in bello*) boyutuna engel olamamıştır. Tam aksine, endüstri devrimine paralel olarak hızla gelişen askeri teknolojinin yarattığı yıkıcılığa bir sınır getirmek ve savaşın acılarını hafifletebilmek amacıyla, 1864 yılında savaş alanında yaralıların durumlarının iyileştirilmesine dair Cenevre Sözleşmesinden başlayarak savaş hukukunun detaylı kuralları oluşturulmaya başlanmıştır. Kızıl Haç örgütünün de kurulmasına zemin oluşturan bu süreç, gelişmelere paralel olarak hala devam eden bir süreç olarak kendini göstermektedir.

[9] Emre Dorman, "Thomas Aquinas ve Haklı Savaş Teorisi", *Felsefe Dünyası*, C.1, S. 64, 2016, ss. 147-151.

[10] Hugo Grotius, *Law of War and Peace*, 2010.

[11] Carl Von Clausewitz, *Savaş Üzerine*, Çeviren: H. Fahri Çeliker, Özne Yayınları, İstanbul, 1999.

GÜNCEL ULUSLARARASI HUKUKTA HAKLI SAVAŞIN İÇERİĞİ VE TEMEL KOŞULLARI

İkinci Dünya Savaşı'nın ardından uluslararası barış ve güvenliği sağlamak üzere Birleşmiş Milletler örgütü kurulmuş ve gerektiğinde güç kullanmak suretiyle (*peace enforcement*) barışın tesis edilmesi ilkesi benimsenmiştir. Birleşmiş Milletler Şartı 1945 yılı sonlarına doğru yürürlüğe girdikten sonra, Şartın 2/4 maddesi uyarınca toprak kazanmak amacıyla bir ülkenin kısmen veya bütün olarak işgal edilmesi tamamen yasaklanmıştır. Dolayısıyla bir dönem meşru ve güç politikaları çerçevesinde “olağan” kabul edilen “fetihler” dönemi kapanmıştır. Haklı savaş kavramı, ancak Şartın 51 maddesinde anlatım bulduğu üzere, bir fiili saldırıya karşı meşru müdafaa hakkının kullanılması (*jus ad bellum*) şeklinde kendini gösterebilmektedir.

Meşru müdafaa kapsamında güç kullanımı ise, “işgal rejimi” olarak anılan bir düzenleme çerçevesinde gerçekleşmelidir (*jus in bello*).¹² Buna göre, öncelikle işgal esnasında savaştan ve sivil ayrımı net bir biçimde yapılmalı, siviller kesinlikle hedef alınmamalıdır. Bu kapsamda eğitim kurumları, mabetler, hastane ve sivil yerleşim bölgelerine saldırı düzenlenemez. Bunun tek istisnası, sivil alanların askeri hedeflerin çok yakınında konumlanmış olmalarından kaynaklı oluşan kaçınılmaz zararlarıdır. Savaşın doğası gereği kimi saldırılarda, örneğin hava saldırılarında, hedefteki askeri alanlara net sınırlar çizilemeyeceği için, bunların yakınındaki sivil alanlar da saldırılardan kısmi zarar görebilir. Fakat söz konusu alanlar kasten bir saldırıya konu olamaz.

İkinci olarak savaştan yaralanmaları veya savaşa yeteneğini kaybedecek düzeyde hastalanmaları halinde, bu kişiler artık askeri hedef olmaktan çıkarlar. Bu kişilere saldırı düzenlenemeyeceği gibi, bunlara tıbbi yardım da zorunludur. Yardım sonrası bu kişiler savaş tutsağı muamelesine tabi olurlar.

Üçüncü olarak çatışma bölgelerine üçüncü taraflarca gönderilen insani yardımlar engellenemez. Çünkü savaş hukukunun temel mantığı aslında savaşın acılarını mümkün olduğunca hafifletebilmektir. Savaş hali zaten doğası gereği büyük çaplı acılara neden olur. Fakat savaşmak başka bir şey, insanlık ise başka bir şeydir. Herkes yardıma muhtaç bir hale gelebilir. Savaş durumunda özellikle kırılğan kesimler, yani siviller, kadınlar, yaşlılar ve çocuklar temel ihtiyaçlarını dahi karşılayabilecek bir durumdan mahrum olabilirler. Dolayısıyla bu kesimlere yönelik dış yardımlar engellenmemelidir.

[12] Bu konuda ve aşağıda özetlenen işgal rejimi kurallarının detayları üzerine, bkz. Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk*, 22. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2023, ss. 540-623.

Dördüncü olarak savaşılanların tutsak alınmaları durumunda, savaş tutsaklarına fena muamele yapılamaz. Bundan kasıt, tutsaklar örneğın ad soyadı, doğum tarihi, rütbe ve kayıt numarası dışında bir bilgi vermeye zorlanamaz, zorla çalıştırılmaz, aç, susuz bırakılmazlar. Tutsakların dışarıyla iletişim hakları olup, durumlarıyla ilgili buldukları otoritelere başvuru yapma hakkına sahiptirler. Ayrıca tutsaklar, tutuldukları askeri otoritenin disiplin kurallarına tabi olup, bunun dışında bir baskıya da şiddete maruz bırakılmazlar.

Beşinci olarak, işgal rejimi kapsamında uluslararası hukukça yasaklanmış silahlar, örneğın kimyasal, biyolojik ve bakteriyolojik silahlar kullanılmaz. Yine lav silahları gibi yakıcı silahlar kural olarak yasaktır. İlginçtir ki, uygulanan uluslararası hukukta nükleer silahları açıkça yasaklayan hiçbir sözleşme bulunmamaktadır. 1968 tarihli Nükleer Silahların Yayılmasını Önleme Sözleşmesi bu silaha sahip olmayan taraf devletler için bundan sonra sahip olmama yükümünü, sahip olanların ise olmayanlara karşı nükleer silah kullanmama yükümünü getirmektedir. Bunun ötesinde bir yasak söz konusu değildir.

Altıncı olarak meşru müdafaa kapsamında ortaya konan güç kullanımı orantılı olmak zorundadır. Orantılılık konusunda net kriterler bulunmamakla birlikte, doktrinde ve uygulanan uluslararası hukukta var olan saldırıyı savma derecesinde bir karşılık kastedilmektedir. Yine orantılılık bağlamında benzer kapasitede silah ve savaşan kullanımı da söz konusudur. Yani örneğın konvansiyonel silahlarla yapılan bir saldırıya nükleer silahlarla karşılık verme veya küçük çaplı bir saldırıya büyük çaplı bir karşılık, orantılılık ilkesiyle bağdaşmaz.

Nihayet işgal rejimi mümkün olan kısa sürede sonlandırılmalı, işgal ilhaka dönüşmemelidir. Bundan kasıt sadece tek taraflı ilan edilen ve hukuki bir boyut kazandırılmaya çalışılan ilhak değildir. Uzun süreli işgaller de fiili ilhak durumunu beraberinde getirdiğinden, bu durumdan da özenle kaçınılmalıdır.

İşgal rejiminin bu temel kuralları, 1864 yılında savaş hukukuna ilişkin ilk Cenevre Sözleşmesinin (Savaş Alanında Yaralıların Durumlarının İyileştirilmesi Sözleşmesi) ortaya çıkmasından günümüze kadar çok sayıda uluslararası sözleşme ile ortaya konulmuştur. Daha önce bahsedildiğı gibi, bu süreç hala devam etmektedir.

İSRAİL'İN GAZZE'Yİ İŞGALİNİN HAKLI SAVAŞ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Haklı savaş ve işgal rejimi kavramları çerçevesinde İsrail'in Gazze'yi işgaline bakıldığında, bu durum açık bir uluslararası hukuk ihlali şeklinde kendini göstermektedir. Her ne kadar 7 Ekim 2023 tarihinde Hamas'ın

askeri kanadı El-Kassam Tugayları İsrail'e yönelik bir saldırı başlatmışlarsa da, İsrail'in verdiği orantısız ve neredeyse Gazze'nin tamamını hedef alan aşırı abartılı karşılık, ne meşru müdafaa, ne de genel anlamda haklı savaş kavramı ile açıklanamayacak büyüklük ve ölçektedir. Yukarıda değinilen ana kriterler temelinde konuya açıklık getirmek gerekirse, şöyle ki:

Öncelikle işgal esnasında savaşı ve sivil ayrımı net bir biçimde yapılmamış, ya da gereken özende yapılmamış, siviller sıklıkla saldırıların hedefi ve mağdurları haline gelmişlerdir. Bu eser yazıldığı an itibariyle yedi ayı aşkın bir süredir devam eden saldırılarda 35 binin üzerinde insan yaşamını kaybetmiştir ve bunların büyük kısmının sivil olduğunu bağımsız uluslararası sivil toplum kuruluşları veya medya rapor etmektedir.¹³ Bu kabul edilebilir bir durum asla değildir. Ayrıca yapılan hava saldırılarında ve dahi karada yürütülen savaşta sivil yerleşim birimleri, hatta yer yer hastaneler, okullar, mabetler hedef alınmaktadır.

Savaşanların, savaşma yeteneğini kaybedip savaş dışı kalmaları durumunda bunlara tıbbi yardım zorunluluğuna, bir savaş hukuku kuralı olarak yukarıda değinilmişti. Oysa görünen tabloda Filistin tarafındaki bu kişilerin tecrit edildiği veya yerel halkın sınırlı kapasitedeki müdahalesine terk edildiği ve bu yüzden çoğunun yaşamını yitirdiği anlaşılmaktadır.

İnsani yardımlar konusunda yine İsrail'in Filistin halkına yönelik dış yardımları sıklıkla engellediği, adeta bilinçli bir şekilde Gazze halkını açlık ve hastalıklara terk ettiği görülmektedir. Zaman zaman İsrail hükümeti artan uluslararası kamuoyu baskıları karşısında bazı yardımlara izin verir gibi gözükse de, izin verilen yardımların ihtiyaç duyulunun çok altında kaldığı, bunun sadece uluslararası baskıları azaltma maksadına yönelik olduğu açıktır. Uluslararası sivil toplum kuruluşlarının raporlarına göre Gazze halkının çok büyük bir kısmı halen ciddi düzeyde açlıkla karşı karşıya olup, yeterli tıbbi müdahaleden de yoksun bir durumda bulunmaktadır.¹⁴

Öte yandan Filistinli savaş tutsaklarının, savaş tutsağı değil de "terörist" olarak nitelendirilmeleri, bir başka hukuksuzluk örneğidir. Filistin otoritesi ayrı bir otoritedir ve Filistin halkı İsrail yönetimi altında yaşamamaktadır. Terörist tanımı iç hukuk kriterlerine göre yapılabilen veya yapılması gereken bir tanımdır ve böylesi bir tanım Filistinlilere yönelik olarak yapılamaz. Hamas'ı desteklesin ya da desteklemesin. Dolayısıyla da esir alınan Filistinliler terörist değil, savaş tutsağı muamelesi görme

[13] <https://www.bbc.com> (Erişim tarihi: 22 Mayıs 2024).

[14] <https://www.amnesty.org.tr> (Erişim tarihi: 24 Mayıs 2024).

hakkına sahiptirler. Oysa İsrail tarafından “terörist” kabul edilen bu kişilerin ağır cezalandırmalara ve çeşitli baskılara maruz bırakıldıkları bilinmektedir.

Savaşta yasaklanmış silahların kullanılmasına ilişkin İsrail tarafının işgal girişiminin başlangıç aşamalarında bazı kimyasal silahlar kullanıldığına dair iddialar ileri sürülmüş ise de, İsraili yetkililer bunu şiddetle reddetmiştir. Bu yöndeki bir bilgi teyide muhtaç olup, ilerleyen aşamada da herhangi bir teyit söz konusu olmamıştır.

Yasaklanmış silahların kullanılması konusu muğlak olsa da, muğlak olmayan çıplak gerçek İsrail tarafının işgal girişiminin meşru müdafaa ile açıklanamayacak ölçek ve büyüklükte olduğu gerçeğidir. Başta ABD olmak üzere çoğu Batılı devletin desteğini arkasına alan İsrail, Gazze’ye yönelik toptan bir işgal başlatmıştır. Ne verilen karşılık, ne de tarafların sahaya sürdükleri silah kapasiteleri açısından bir orantılılık söz konusu bile değildir.

Nihayet tüm bunların ötesinde Gazze’de yedi ayı aşkın bir süredir devam eden işgal, bir tür fiili ilhaka dönüşmüş durumdadır ve bu da açıkça bir uluslararası hukuk ihlalidir. Yukarıda savaş hukuku ya da teknik deyişle işgal rejimi çerçevesinde de olsa, işgalin mümkün olan en kısa sürede sonlandırılması ve işgalin ilhaka dönüştürülmemesi gereğine değinmiştik. Oysa Gazze’de görünen tablo bunu tersidir. Dahası İsraili yetkililer, başta Başbakan Benjamin Netanyahu, küresel medya organları önünde bundan sonra Gazze’de fiili kontrolü elden bırakmayacaklarına dair açıklamalar yapmakta, yani açıkça fiili ilhak mesajı vermektedirler.

SONUÇ

Tüm bu değerlendirmelerin ışığında, Gazze’de yaşananları haklı savaş kavramı çerçevesinde uygun bulmak ya da meşru saymak mümkün değildir. Tam aksine yaşananlar, çok açık bir uluslararası hukuk ihlalidir ve bu ihlal tüm dünyanın gözü önünde gerçekleşmektedir. İsrail hükümetini protesto eden çok sayıda sivil eylem gerçekleşmekte ancak günün sonunda İsrail Gazze’deki işgal ve yıkım politikasına devam etmektedir. ABD ve çoğu Batılı devlet İsrail’i desteklerken, İsrail karşıtı duruşlar çoğunlukla örgütsüz, dağınık ve yetersiz kalmaktadır. Müslüman ülkelerin organize ve efektif bir tavrı da çok söz konusu olamamıştır. Türkiye bu noktada öncü bir rol üstlenmeye çalışmış, ciddi bir diplomatik çaba da sarf etmiş, ancak sonuç doğuracak etkin bir organizasyon henüz gerçekleşmemiştir. Bunun sonucunda Gazze topraklarında yeni milenyumun ilk büyük -ve temenni ederiz ki son- soykırımını yaşanmaktadır. Dünya barışına ilişkin umutların arttığı Soğuk Savaş sonrası dönemde bu denli büyük bir acının yaşanıyor olması, sadece dünya barışına yönelik umut-

ların zayıflamasına sebep olmakla kalmayıp, aynı zamanda dünya barışı iddiasıyla faaliyet göstermeye çalışan Birleşmiş Milletler örgütü ve uluslararası hukukun da meşruiyet ve fonksiyonlarının sorgulanması sonucunu beraberinde getirmektedir.

KAYNAKÇA

- Ereker, Fulya A. "İlkçağlardan Günümüze Haklı Savaş", *Uluslararası İlişkiler Dergisi*, C. I, S. 3, 2004, ss. 1-36.
- Clausewitz, Carl Von. *Savaş Üzerine*, Çeviren: H. Fahri Çeliker, Özne Yayınları, İstanbul, 1999.
- Gandhi, Mahatma. *Nonviolent Resistance: Satyagraha*, 3. Edition, Schocken Books, New York, NY, 2023.
- Dorman, Emre. "Thomas Aquinas ve Haklı Savaş Teorisi", *Felsefe Dünyası*, C.1, S. 64, 2016, ss. 135-155.
- Grotius, Hugo. *Law of War and Peace*, Nabu Press, New York, NY, 2010.
- Johnson, James Turner. "Haklı Savaş", *Blakwell Siyasal Düşünceler Ansiklopedisi*, Ümit Yayıncılık, Ankara, 1994.
- King, Martin Luther, Jr. *Where Do We Go From Here*, Beacon Press, Boston: MA, 2010.
- Pazarıcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk*, 22. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2023.
- Sharp, Gene. *Politics of Nonviolent Action*, P. Sargent Publisher, Boston, MA, 1973.
- Civilian-Based Defense: A Post-Military Weapons System*, 5th Edition, Princeton University Press, Princeton, NJ, 2022.
- St. Augustine. *Tanrı Şehri*. Eskiyeeni Yayınları, Ankara, 2021.

İNTERNET KAYNAKLARI

- <https://www.bbc.com> (Erişim Tarihi: 22.05.2024).
- <https://www.amnesty.org.tr> (Erişim Tarihi: 24.05.2024).

ULUSLARARASI ÇEVRE HUKUKUNDA BİR DÖNÜM NOKTASI: AARHUS SÖZLEŞMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Ebru DEMİR

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORC-ID: 0000-0003-2529-3383

yasinaltay@bayburt.edu.tr

ÖZET

1998 tarihli Çevresel Konularda Bilgiye Erişim, Karar Vermede Halkın Katılımı ve Yargıya Başvuru Sözleşmesi, yaygın olarak bilinen adıyla Aarhus Sözleşmesi, uluslararası çevre hukukunun gelişiminde en önemli dönüm noktalarından biridir. Birleşmiş Milletler eski Sekreteri Kofi Annan'ın belirttiği üzere, bölgesel bir sözleşme olmasına rağmen Aarhus Sözleşmesi'nin küresel düzeyde bir etkisi oluşmuştur. Bireylerin çevreye ilişkin karar alma süreçlerine katılımlarını amaç edinen Aarhus Sözleşmesi'ne taraf olan toplamda 47 devlet bulunmaktadır. Sözleşme'yi 1998 yılında Avrupa Birliği de imzalamış ve birlik düzeyinde uygulama kararı almıştır. Sözleşme'nin önemi, karar alma süreçlerine katılımı garanti altına alan ilk bağlayıcı belge olmasından kaynaklanmaktadır. Uluslararası çevre hukukunda çevrenin korunması hususunda iki temel koruma metodu bulunmaktadır: bunlardan birincisi esasa ilişkin korumadır. Çevreye verilen zararın insan hakkı ihlaline yol açtığı durumlarda uluslararası çevre hukuku ile uluslararası insan hakları hukuku arasındaki girift ilişki tezahür eder ve esasa ilişkin koruma etkinleşir. İkinci koruma metodu ise usule ilişkindir. Usule ilişkin koruma, çevre hususunda karar alma süreçlerini ilgilendirmektedir. Örneğin, ifade özgürlüğü, bilgi alma hakkı, karar alma süreçlerine katılım hakkı ve erişim hakkı gibi haklar bu kapsamda değerlendirilmektedir. Aarhus Sözleşmesi, çevrenin korunması konusunda usule ilişkin koruma sağlamaya yönelik bir metindir. Çevreye ilişkin herhangi bir karar alınmadan önce, kamu yararı gereği, bu kararın şeffaf bir şekilde ve vatandaşların da katılımı ile alınması Sözleşme'nin temel gayesidir. Ayrıca, çevreye ilişkin kararlara vatandaşların katılımının sağlanması çevreye verilebilecek geri döndürülmez zararların ortaya çıkmasını engelleyecektir. Bu bakımdan Aarhus Sözleşmesi'nin zararın ortaya çıkmasını önleyici (preventive) bir yaklaşıma sahip olduğu ileri sürülebilir. Bu sunum kapsamında Aarhus Sözleşmesi, "çevre demokrasisi"nin sağlanması için önemli bir adım olarak değerlendiril-

direcektir. Sunumda, Aarhus Sözleşmesi'nin amacı, temel prensipleri ve en önemli maddeleri ele alınacak ve bu Sözleşme'nin uygulamada yarattığı etki tartışılacaktır. Farklı devletlerin Aarhus Sözleşmesi'ni nasıl uyguladıkları ve yorumladıkları örnekler ile ele alınacaktır. Ayrıca Aarhus Sözleşmesi'nin yargı kararlarını ne yönde etkilediği de incelenecektir. Sunum, literatürümüzde yeterince ele alınmamış olan bu Sözleşme hakkında farkındalık yaratmayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Aarhus Sözleşmesi, Çevrenin Korunması, Uluslararası Çevre Hukuku, Çevre Demokrasisi, Bilgi Alma ve Katılım Hakkı.

A MILESTONE IN INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW: The AARHUS CONVENTION

ABSTRACT

The Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making, and Access to Justice in Environmental Matters of 1998, widely known as the Aarhus Convention, is one of the most significant milestones in the evolution of international environmental law. As the former United Nations Secretary-General Kofi Annan noted, although it is a regional agreement, the Aarhus Convention has already had a global impact. The Convention, signed by 47 state parties, aims to involve citizens in the decision-making processes. The European Union too signed the Convention in 1998 and decided to implement it at the union level. The Convention's significance comes from being the first binding document that guarantees participation in decision-making processes. There are two main methods of protection in international environmental law regarding environmental conservation: the first is substantive protection. When environmental damage leads to human rights violations, the intricate relationship between international environmental law and international human rights law emerges, and thus substantive protection gets activated. The second method is procedural protection, which pertains to decision-making processes about the environment. Freedom of expression, the right to information, the right to participate in decision-making processes could be considered in this context. The Aarhus Convention is a text aiming at providing procedural protection for the environment. Before any decision related to the environment is made, it is a fundamental principle of the Convention that this decision should be taken transparently and with the participation of citizens concerned. Furthermore, ensuring citizens' participation in decisions related to the environment will prevent the occurrence of irreversible damage to environment. In this regard, it could be argued that the Aarhus Convention has a preventive approach to avoiding damage. In this presentation, the Aarhus Convention will be evaluated as an important step towards establishing "environmental democracy." The presentation will address the Convention's purpose, fundamental principles, and the impact of its implementation in practice. Examples of how different states have applied and interpreted the Aarhus Convention

will be discussed. Moreover, how the Aarhus Convention has influenced judicial decisions will also be examined. This presentation aims to raise awareness about this Convention which has not been adequately examined in our literature.

Keywords: Aarhus Convention, Environmental Protection, International Environmental Law, Environmental Democracy, Right to Information and Participation.

GİRİŞ

Eldeki çalışma 1998 yılında Danimarka'nın ikinci büyük şehri olan Aarhus'ta kabul edilmiş Çevresel Konularda Bilgiye Erişim, Karar Vermede Halkın Katılımı ve Yargıya Başvuru Sözleşmesi, yaygın olarak bilinen adıyla Aarhus Sözleşmesi'ni incelemektedir. Aarhus Sözleşmesi, özellikle son yıllardaki gelişmelerle birlikte uluslararası çevre hukukunda gittikçe daha da önem kazanır hale gelmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, son yıllarda, Aarhus Sözleşmesi'ne kararlarında daha fazla ve daha sıklıkla atıfta bulunmaktadır. 2005 yılında karara bağlanmış olan Taşkın ve Diğerleri/Türkiye davası bunun en açık örneklerindenidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu davada, Aarhus Sözleşmesi'ne Türkiye taraf olmamasına rağmen, bu sözleşmeye kararında büyük bir yer ayırmıştır. Mahkeme'nin, devletlerin taraf olmadıkları hukuki enstrümanları kararlarına bu şekilde dahil etmesi literatürde önemli eleştirilere neden olmaktadır.¹ Ancak, 2024 yılının Nisan ayında Mahkeme'nin iklim değişikliği alanında vermiş olduğu ilk karar olan Verein KlimaSeniorinnen Schweiz ve diğerleri/İsviçre davası göstermektedir ki, Mahkeme eleştirilere rağmen bu metodu sürdürmeye devam edecektir. Bu nedenle, Mahkeme'nin büyük önem verdiği ve kararlarında sıklıkla atıfta bulunduğu Aarhus Sözleşmesi'nin literatürümüzde daha dikkatli ve detaylı bir şekilde incelenmesi gerekmektedir.

Eldeki çalışma, Aarhus Sözleşmesi'nin uluslararası çevre hukukunda önemli bir dönüm noktası oluşturduğunu ileri sürmektedir. Bu Sözleşme, devletlerin çevreye ilişkin konularda halkı bilgilendirme, bireylerin karar alma mekanizmalarına katılımını sağlama ve yargıya erişme haklarını garanti altına almakta ve çevresel demokrasinin gelişimine önemli bir katkı sağlamaktadır. Bu çalışmada ilk olarak Aarhus Sözleşmesi'nin amacına ve temel prensiplerine yer verilecektir. İkinci bölümde ise Aarhus Sözleşmesi'nin pratiğe yansımaları denetim mekanizmasının verdiği kararlar üzerinden derinlemesine ele alınacaktır. Çalışma ile amaçlanan, Aarhus Sözleşmesi'nin önemine dikkat çekmek ve literatürümüzde bu Sözleşme'ye ilişkin mevcut boşluğun doldurulmasına katkıda bulunmaktır.

AARHUS SÖZLEŞMESİNİN AMACI VE PRENSİPLERİ

Aarhus Sözleşmesi'nin temel amacı, birinci maddesinde açık bir şekilde ele alınmıştır. Bu maddeye göre Sözleşme, hem şimdiki ve gelecek nesillerin sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının korunmasına katkıda bulunmayı amaçlar. Aarhus Sözleşmesi, görüldüğü üzere, yalnızca şim-

[1] Rachovitsa, Adamantia. 'The Principle of Systemic Integration in Human Rights Law', *International Criminal Law Quarterly*, C. 66, 2017, s. 557-588.

diki neslin haklarını korumayı gaye edinmemektedir; Sözleşme aynı zamanda gelecek nesillerin sağlıklı bir çevrede yaşama haklarının mevcut olduğunu kabul etmekte ve onların da bu haklarını garanti altına almayı amaçlamaktadır. Uluslararası çevre hukukunda “gelecek nesillerin hakları” yeni yeni gelişmekte olan ve çok güncel bir meseledir.² Aarhus Sözleşmesi’nin gelecek nesillerin haklarını korumayı gaye edinmesi, bu sözleşmenin güncelliğini ve önemini işaret etmektedir.

Sözleşme üç temel prensip üzerine oturtulmuştur: 1) bilgiye erişim 2) halkın karar alma süreçlerine katılımı 3) yargıya başvurma hakkı. Taraf devletlerin, bu üç unsuru eş anlı olarak dikkate almaları ile Aarhus Sözleşmesi’nin temel amacı gerçekleşmiş olacaktır. Sözleşme’nin üçüncü maddesinde, taraf devletlerin, Sözleşme çerçevesinde bilgiye erişim, halkın katılımı ve yargıya başvurma haklarını yasal ve düzenleyici tedbirler ile garanti altına almaları gerektiği belirtilmiştir. Temel gaye, çevreye ilişkin alınacak herhangi bir kararın şeffaflık ve hesap verilebilirlik ilkeleri doğrultusunda gerçekleştirilmesidir. Aarhus Sözleşmesi, çevreye ilişkin verilecek kararların kamu yararı gözetilerek alınmasını hedeflemektedir. Sözleşme’de çevrenin korunması ile kamu yararının gözetilmesi arasında doğrudan bir bağlantı kurulmuştur. Michael Mason’a göre, Aarhus Sözleşmesi bir “çevresel insan hakları” sözleşmesidir ve çevresel meselelerde bireylerin haklarının esasa ilişkin olarak korunması için gerekli olan usulî korumayı gerçekleştirmeyi amaçlar.³

Aarhus Sözleşmesi, bölgesel bir sözleşme olmakla birlikte, küresel bir sözleşme olma amacı gütmektedir. Sözleşme, Avrupa’daki devletlerin girişimleriyle ortaya çıkmış ve çoğunlukla da Avrupa’daki devletlerin üye oldukları bir sözleşmedir. Ancak, Sözleşme’nin on dokuzuncu maddesine göre, Birleşmiş Milletler üyesi herhangi bir devletin bu sözleşmeye üye olması mümkündür. Üyelik için, taraf olan devletlerin onayı yeterlidir. Dolayısıyla, Aarhus Sözleşmesi Birleşmiş Milletler Şartı’na taraf olan tüm devletlerin imzasına açıktır. Aarhus Sözleşmesi’ni Mayıs 2024 itibariyle imzalamış ve iç hukukunda onaylamış toplam 47 devlet bulunmaktadır. Bu devletler şu şekildedir: Arnavutluk, Ermenistan, Avusturya, Azerbaycan, Belarus, Belçika, Bosna-Hersek, Bulgaristan, Hırvatistan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Fransa, Gürcistan, Almanya, Yunanistan, Gine Bisav, Macaristan, İzlanda, İrlanda, İtalya, Kazakistan, Kırgızistan, Letonya, Lihtenştayn, Litvanya, Lüksemburg, Malta, Monako,

[2] Daha detaylı bilgi için bkz: Bogojević, Sanja. ‘Human Rights of Minors and Future Generations: Global Trends and EU Environmental Law Particularities’, *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, Special Issue Article, 2019; Farber, Daniel A. ‘From Here to Eternity: Environmental Law and Future Generations’, *University of Illinois Law Review*, S. 2, 2003.

[3] Mason, Michael. ‘Information Disclosure and Environmental Rights: The Aarhus Convention’, *Global Environmental Politics*, C. 10, S. 3, 2010, s. 16.

Karadağ, Hollanda, Kuzey Makedonya, Norveç, Polonya, Portekiz, Moldova, Romanya, Sırbistan, Slovakya, Slovenya, İspanya, İsveç, İsviçre, Tacikistan, Türkmenistan, Ukrayna, ve İngiltere.⁴ Görüldüğü üzere, Aarhus Sözleşmesi'ne taraf olan devletlerin çoğunluğu coğrafi olarak Avrupa'da yer almaktadırlar. Fakat bununla birlikte, Kazakistan, Tacikistan, Kırgızistan gibi Orta Asya'da bulunan devletler de Aarhus Sözleşmesi'ne taraf olan devletler arasındadırlar. Bu durum, Sözleşme'nin küresel bir sözleşme olma yolundaki gayesini açıkça göstermektedir. Birleşmiş Milletler eski Genel Sekreteri Kofi Annan'ın Aarhus Sözleşmesi hakkındaki şu sözleri hem Sözleşme'nin önemini ortaya koymakta hem de Sözleşme'nin küresel boyutta bir sözleşme olma gayesini tespit etmektedir:

“Aarhus Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler çatısı altında çevre demokrasisi alanında gerçekleştirilen en iddialı girişimlerden biridir. Kabul edilmesi, uluslararası hukukun gelişiminde önemli bir adımdır. (...) Doğu Avrupa ve Orta Asya'daki Devletlerin [de] [Sözleşme'nin] ilkelerine olan sıkı bağlılığı, çevre haklarının zengin ülkelere ayrılmış bir lüks olmadığıni açıkça göstermektedir (...).”⁵

Annan'ın da altını çizdiği üzere, Aarhus Sözleşmesi çevre demokrasisinin gerçekleşmesi için atılmış en önemli adımlardan birisidir. Ayrıca, Sözleşme'nin Batı Avrupa dışındaki devletler tarafından da kabul edilmesi ve uygulanmaya başlaması umut verici bir gelişmedir. Uluslararası çevre hukukunun temel ilkelerinin kodifiye edilmesi ile ortaya çıkan Aarhus Sözleşmesi ne kadar çok devlet tarafından imzalanırsa, uluslararası çevre hukukunun ilkeleri de o oranda iç hukuka yansımacaktır.

Nitekim, literatürde Aarhus Sözleşmesi'nin sıklıkla, Birleşmiş Milletler'in 1992 yılında düzenlemiş olduğu Rio zirvesinde kabul edilen prensiplere dayandığının altı çizilmektedir. 1992 tarihli Rio Deklarasyonu'nun onuncu prensibi şu şekildedir:

“Çevresel konular en iyi şekilde ve bağlantılı düzeyde ilgili bütün vatandaşların katılımıyla idare edilebilir. Ulusal düzeyde, her bireyin toplumlardaki zararlı malzeme ve faaliyetler hakkındaki bilgiyi içeren kamu yetkilileri tarafından düzenlenen çevreyle ilgili bilgiye uygun erişime ve karar verme süreçlerine katılma fırsatına sahip olmalıdır. Devletler bilgiyi yaygın bir şekilde kullanılabilir hale getirerek kamu farkındalığı ve katılımı cesaretlendirmeli ve kolaylaştırmalıdır. Yargısal ve idari

[4] Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters (yaygın bilinen adıyla Aarhus Sözleşmesi), 1998, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXVII-13&chapter=27 (Erişim Tarihi: 27.05.2024).

[5] Secretary-General Welcomes Active Involvement of Civil Society in Aarhus Convention on Access to Information, 2005, <https://press.un.org/en/2005/sgsm9896.doc.htm>, (Erişim Tarihi: 27.05.2024).

işlemlere etkili erişim - düzeltme ve tazminat dahil olmak üzere - sağlanmalıdır.”⁶

Rio Deklarasyonu’nun onuncu prensibi çevre konusunda usulî koruma sağlamayı hedeflemektedir. Bu prensip, çevreye ilişkin kararlara katılım başta olmak üzere, çevreye ilişkin karar süreçlerinin şeffaf bir şekilde yürütülmesi ve bu süreçlerden dışlanan bireylere yargı yolunun açılması gibi Aarhus Sözleşmesi’ne temel teşkil eden unsurları bir araya getirmektedir. Dolayısıyla, buradan hareketle, 1992 tarihli bir yumuşak hukuk (soft law) enstrümanı olan Rio Deklarasyonu’nun, bağlayıcı bir hukuk enstrümanına dönüşmesinin Aarhus Sözleşmesi ile gerçekleştiğini öne sürebiliriz. Karl-Peter Sommermann da, Aarhus Sözleşmesi’nin, evrensel ilkeleri bir araya getiren bir sözleşme olduğunu ifade etmiştir. Sommermann’a göre, Sözleşme’nin temel düsturu vatandaşların karar ve kontrol mekanizmalarına katılmasını sağlayarak ekolojik bir dönüşüm gerçekleştirmektir.⁷

Aarhus Sözleşmesi hem uluslararası çevre hukukunun hem de Avrupa’daki çevre alanındaki düzenlemelerin bir yansıması yahut bir uzantısı olarak da yorumlanabilir. 1990 yılında İtalya bilgiye erişim konusunda çeşitli idari düzenlemeler gerçekleştirmiştir. 1991 yılında Hollanda kamu yönetiminde şeffaflığa dair bir yasa kabul etmiştir. Benzer şekilde 1991 yılında, Portekiz idari usul alanında önemli yeni düzenlemeler gerçekleştirmiş ve bilgiye erişim hakkını kuvvetlendirmiştir. 1990’lı yıllarda Avrupa’da görülen benzer düzenlemeler ve kanunlar Aarhus Sözleşmesi’ne giden yolu hazırlamışlardır. 1990’lı yıllarda bilgiye erişim ve halkın karar alma mekanizmalarına katılımını güçlendirme amacıyla Avrupa’da önemli adımlar atılmıştır. Aarhus Sözleşmesi, devletler arasında ortaya çıkan bu konsensüsün (uzlaşımın) uluslararası kamuoyunda yankı bulmuş hali olarak değerlendirilmelidir.

Aarhus Sözleşmesi her ne kadar uluslararası çevre hukukunda önemli bir köşe taşı olsa da, Sözleşme’nin eleştiriye açık yanları da mevcuttur. Örneğin, Sözleşme’nin ikinci maddesinin beşinci fıkrasında “ilgili kamu (public concerned)” kavramı Elisa Morgera tarafından muğlak bir kavram olarak değerlendirilmiştir.⁸ Maddede “ilgili kamu” şu şekilde tanımlanmaktadır:

[6] Çevre ve Gelişim Hakkında Rio Deklarasyonu (Rio Declaration on Environment and Development), 1992, <https://kumid.net/euproject/admin/userfiles/dokumanlar/cevreilave02.pdf>, (Erişim Tarihi: 29.05.2024).

[7] Sommermann, Karl-Peter. ‘Transformative Effects of the Aarhus Convention in Europe’, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, C. 77, 2017, s. 324-326.

[8] Morgera, Elisa. ‘An Update on the Aarhus Convention and its Continued Global Relevance’, *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, C. 14, S. 2, 2005, s. 146.

“çevresel karar süreçlerinden etkilenen ya da etkilenmesi muhtemel ya da süreçte menfaati bulunan kamu anlamındadır; bu tanımın amacıyla, çevresel korumayı geliştiren ve ulusal mevzuat çerçevesindeki gereklilikleri sağlayan sivil toplum örgütleri de menfaat sahibi olarak görülürler.”⁹

Burada Elisa Morgera'nın dikkat çektiği nokta, maddede genel anlamda bir tanım yapılmamasının devletler nezdinde esnek yorumlamaya yol açabileceğidir. Daha açık bir ifadeyle, Morgera'ya göre, sözleşme metinlerinde yer alan ifadeler her ne kadar soyut ve genel ifadeler olmak zorunda ise de, bunun uygulamada yaratabileceği problemler görmezden gelinemez. Nicola Hartley ve Christopher Wood da, benzer şekilde, Aarhus Sözleşmesi'nde yer alan “erken katılım” kavramının belirsiz bir kavram olarak sözleşme metninde yer aldığını ileri sürmüşlerdir.¹⁰ Aarhus Sözleşmesi'nin altıncı maddesinin ikinci fıkrasında, ilgili kamunun, duyuru yoluyla yahut bireysel olarak “çevresel karar süreçlerinin erken aşamalarında” konuyla ilgili bilgilendirilmeleri gerektiğini belirtmiştir.¹¹ Benzer şekilde, altıncı maddenin dördüncü fıkrasında, halkın bütün seçenekler açık ve aktif iken erken bir şekilde katılımının sağlanması taahhüt edilmiştir.¹² Hartley ve Wood'a göre, Aarhus Sözleşmesi'nin amaçlarının ve prensiplerinin Sözleşme'nin aslına ve ruhuna uygun olarak uygulanabilmesi için, bu terimlerin daha net ve somut bir şekilde tanımlanması gerekmektedir.¹³

Morgera'ya göre, devletler Aarhus Sözleşmesi'nin bu hükümlerini iç hukukta uygularken “bütüncül (holistic)” bir yaklaşımla yorumlamalıdır. İlgili kamu ifadesi geniş anlamda yorumlanmalı ve yalnızca doğrudan etkilenen değil dolaylı yollarla etkilenen bireyler ve sivil toplum kuruluşları da hak iddiasında bulunabilmelidirler.¹⁴ Sözleşme'nin hükümlerinin esnek ve soyut olması, belli kavramların dar anlamda yorumlanması şeklinde bir kötüye kullanıma yol açmamalıdır. Devletler iyi niyet ilkesi çerçevesinde Sözleşme'nin ruhuna ve esasına uygun şekilde kavramları ve prensipleri yorumlamalıdır. Neticede uluslararası sözleşmelerin asıl uygulayıcıları devletlerdir ve devletlerin sözleşmeleri, mümkün olduğunca sözleşmelerin ruhuna uygun bir şekilde uygulamaları gerekmektedir.

[9] Aarhus Sözleşmesi (n 3) Madde 2(5).

[10] Hartley, N. ve Wood, C. 'Public Participation in Environmental Impact Assessment: Implementing the Aarhus Convention', *Environmental Impact Assessment Review*, C. 25, 2005, s. 320.

[11] Aarhus Sözleşmesi (n 3) Madde 6(2).

[12] Aarhus Sözleşmesi (n 3) Madde 6(4).

[13] Hartley ve Wood, s. 320.

[14] Morgera, s. 146.

AARHUS SÖZLEŞMESİNİN UYGULAMAYA YANSIMASI

Bu bölümde, Aarhus Sözleşmesi'nin uygulamada yarattığı etkiler ele alınacaktır. Bu konu, literatürümüzde ele alınmamış mühim bir konudur. Aarhus Sözleşmesi'nin on beşinci maddesi, bu Sözleşme 'ye taraf olan devletlerin nasıl denetleneceğine dair şu bilgiyi vermektedir:

“Taraflar toplantısı, bir konsensüs çerçevesinde, bu Sözleşme'nin hükümlerine uyumluluğu gözden geçirmek için, Tarafları karşı karşıya getirmeyen, yargısal olmayan, danışmanlık yapısındaki düzenlemeleri belirler. Bu düzenlemeler, uygun olan halk katılımına olanak tanır ve bu Sözleşme ile ilgili konularda bireylerle iletişime geçmeyi içerir.”¹⁵

Uyum Komitesi (Compliance Committee) ismi verilen denetleme mekanizması ilk toplantısını Ekim 2002'de düzenlemiştir. Uyum Komitesi toplamda dört şekilde işlev kazanır: İlk olarak, bir taraf devletin başka bir taraf devletin uyumuna ilişkin bir bildirimde bulunması ile; ikinci olarak, taraflardan birinin kendi uygunluğuna dair bir bildirimde bulunması ile; üçüncü olarak, Sekretery'a'nın Uyum Komitesine bildirimde bulunması ile; dördüncü ve son olarak, bireylerin ve sivil toplum örgütlerinin taraf devletlerin Aarhus Sözleşmesi'ne uygunluğuna ilişkin şikayette bulunması ile. Buna ek olarak, Komite, kendi inisiyatifi ile de incelemelerde bulunabilir, tavsiyeler verebilir ve raporlar hazırlayabilir. Aarhus Sözleşmesi'nin onuncu maddesinin ikinci fıkrasına göre, Aarhus Sözleşmesi kapsamında tertip edilen toplantılarda taraflar düzenli olarak hazırladıkları raporları sunarlar. Dolayısıyla, Uyum Komitesi bu raporları kendisi bizzat inceleyerek, Aarhus Sözleşmesi'nin uygulanmasına dair problem oluşturduğunu tespit ettiği noktaları gündemine alabilir ve inceleme başlatabilir.¹⁶ Görüldüğü üzere, Aarhus Sözleşmesi'nin kendi içinde işleyen önemli bir sistemi mevcuttur. Bu sistemin pratikte ve somut olaylar üzerinde nasıl işlediğini gösteren örnekler aşağıda daha detaylı bir şekilde ele alınacaktır.

İlk olarak ele alacağımız örnek, 2004 yılında Kazakistan'ın, Ulusal Atom Şirketi'nin nükleer atık ithal etme teklifinin ekonomik gerekçesi hakkında bilgi sağlamadığı iddiasıdır.¹⁷ Uyum Komitesi, yaptığı inceleme sonucunda, kamu kurumlarının halkın isteğini reddederek çevresel konularda bilgi sağlamadığını tespit etmiş ve Kazakistan'ın Aarhus Sözleş-

[15] Aarhus Sözleşmesi (n 3) Madde 15.

[16] Daha detaylı bilgi için bkz: Samvel, Gor. 'Non-Judicial, Advisory, Yet Impactful? The Aarhus Convention Compliance Committee as a Gateway to Environmental Justice', *Transnational Environmental Law*, C. 9, S. 2, 2020, s. 211-238.

[17] Communication from the Ecological Society Green Salvation concerning the Republic of Kazakhstan (ACCC/C2004/1, 5 Şubat 2004).

mesi'nin dördüncü maddesinin birinci¹⁸ ve ikinci¹⁹ fıkralarıyla uyumsuz hareket ettiğini belirtmiştir. Buna ek olarak, inceleme sürecinin uzun sürmesi ve çevresel bilgiye erişim ile ilgili bir davada sivil toplum kuruluşunun dava açma hakkının reddedilmesi nedeniyle Sözleşme'nin dokuzuncu maddesinin birinci fıkrasının²⁰ da ihlal edildiği belirtilmiştir. Uyum Komitesi ayrıca, Sözleşme'nin üçüncü maddesinin birinci fıkrasıyla ilgili olarak çevresel konularda bilgiye erişim ve yargıya başvurma konularında düzenleme eksikliklerinin bulunduğu dikkat çekmiştir. Sonuç olarak, Kazakistan'ın kendi ulusal yasalarını Aarhus Sözleşmesi ile uyumlu hale getirmesi gerektiği ve kamu otoritelerine Aarhus Sözleşmesi konusunda eğitim verilmesi gerektiği ifade edilmiştir.²¹

Bir diğer örnek 2004 yılında Ukrayna'da sulak bir alan olan Tuna Deltası boyunca kanal inşa etmek için gereken izin prosedürüne halkın katılımının sağlanmadığı şikayettir.²² İncelemesi sonucunda, Uyum Komitesi, Tuna Deltası'nda bir kanal inşasına izin verilmesi sürecine halkın katılımının sağlanmadığını tespit etmiştir. Buradan hareketle, Komite, Ukrayna'nın Aarhus Sözleşmesi'nin altıncı maddesinin birinci fıkrasının a bendini²³ ve ayrıca dördüncü maddesinin birinci fıkrasını²⁴ ihlal ettiğini bildirmiştir. Ayrıca, Aarhus Sözleşmesi'nin üçüncü maddesinin birinci

[18] Aarhus Sözleşmesi (n 3) Madde 4(1)

Her bir taraf, bu maddenin aşağıdaki paragraflarında bahsedildiği üzere, kamu otoritelerince, talep edilen her yerde, ulusal mevzuat çerçevesinde, aşağıda yer alan (b) alt paragrafına dahil olacak şekilde, çevresel bilgi talebine yanıt olarak, bilgiyi içeren asıl belgenin kopyaları da dahil olmak üzere, bu tip bilgilerin:

(a) menfaat aramadan

(b) aşağıdakiler şeklinde olmadıkça talep edilen formda:

(i) Kamu otoritesi tarafından başka bir formda kullanmak mümkünse ve bilgiyi bu formda vermenin nedenleri belirtilmemişse,

(ii) bilgi başka bir formda mevcutsa halkın erişimine sunulması garanti edilir.

[19] Aarhus Sözleşmesi (n 3) Madde 4(2)

Paragraf 1'de bahsi geçen çevresel bilgi, bilginin kapsamı ve karmaşıklığı nedeniyle sürenin talepten sonraki iki aya kadar uzatılması haklı görülmedikçe, mümkün olan en kısa sürede, talepten sonra bir ay içinde kullanılabilir kılınır.

[20] Aarhus Sözleşmesi (n 3) Madde 9(1)

Her bir taraf, ulusal mevzuatı çerçevesinde, herhangi bir birey bilgi talebinin Madde 4'e göre dikkate alınmadığını, haksız yere reddedildiğini, kısmen ya da tamamıyla yetersiz kaldığını ya da bir şekilde, bahsi geçen maddenin hükümlerine göre karşılıksız kaldığı fikrinde ise, bu bireyin bir mahkeme ya da kanuni olarak başka bir bağımsız ve tarafsız kuruluş gözleminde işlemlerinin gözden geçirilmesi için başvuru yapabilmesi hakkını bireye sağlar.

Taraflardan biri, bir mahkeme tarafından işlemlerin gözden geçirilmesini sağladığı bu durumlarda, bahsi geçen bireyin mahkeme dışında bağımsız ve tarafsız olan bir organ tarafından ya da kamu otoritesine ücretsiz ya da ucuz olan, hızlandırılmış bir prosedüre başvurma hakkını da sağlar.

[21] Findings and Recommendations concerning ACCC/C/2004/1 (ECE/MP.PP/C.1/2005/2/Add.1, 11 Mart 2005).

[22] Bu konu iki yoldan Uyum Mekanizmasının önüne taşınmıştır. İlki bir sivil toplum kuruluşu üzerinden olmuştur: Communication from Charitable Foundation Ecopravo-Lviv concerning Ukraine (ACCC/C/2004/3, 1 Aralık 2004). Diğer şikayet, Romanya tarafından sunulmuştur: Submission from Romania concerning Ukraine (ACCC/S/2004/01, 7 Haziran 2004).

[23] Aarhus Sözleşmesi (n 3) Madde 6(1)(a) Her bir taraf Ek-1'de listelenen planlanmış faaliyetlere izin vermek ya da vermemek konusundaki kararlar için bu maddenin hükümlerini uygular.

[24] Bkz: (n 17).

fıkrası²⁵ gereğince çevre etki değerlendirme süreçlerine halkın katılımı şart olduğundan, Ukrayna'nın açık bir şekilde çevreye ilişkin karar alma süreçlerinde bir problem yaşadığı tespit edilmiştir. Aarhus Sözleşmesi'nin açıklık, şeffaflık ve tutarlılık prensiplerinin uygulanmadığı tespit edilmiştir. Uyum Komitesi, Ukrayna'dan mevzuatını ve uygulamalarını Aarhus Sözleşmesi ile uyumlu hale getirmesini istemiştir.²⁶

Ele alacağımız son örnek ise Türkmenistan'dandır. Türkmenistan'da sivil toplum kuruluşlarının tasfiyesini öngören yeni bir yasanın kabulü, sivil toplum kuruluşlarına yönelik ayrımcılığı ve destek eksikliğini gözler önüne sermektedir. Komite'nin önüne sivil toplum kuruluşu tarafından taşınan şikayet bu yasaya ve yasanın uygulamasına ilişkindir.²⁷ Uyum Komitesi, Türkmenistan'ın yeni sivil toplum kuruluşu yasasıyla yabancı uyruklu ve vatansız bireylerin sivil toplum kuruluşu kurmasına ve hatta bu kuruluşlara katılmasına yasak getirdiğini gözlemlemiştir. Komite, bu yasanın, Aarhus Sözleşmesi'nin üçüncü maddesinin dokuzuncu fıkrasında²⁸ belirtilen ayrımcılık yapmama ilkesiyle çeliştiğini tespit etmiştir. Ayrıca, Komite, Türkmenistan'da sivil toplum kuruluşlarına kaydın zor bir süreç olmasının, Aarhus Sözleşmesi'nin üçüncü maddesinin dördüncü fıkrasından²⁹ kaynaklanan hakların tam olarak kullanılmasının önüne geçtiğini bildirmiştir. Buradan hareketle, Komite, Türkmenistan'ın sivil toplum kuruluşlarını düzenleyen bu kanunu değiştirmesini ve halkın katılımını sağlamak için Aarhus Sözleşmesi'ne uygun bir mevzuat geliştirmesini istemiştir.³⁰

Örneklerden de gözlemlenebileceği üzere Uyum Komitesi, devletlere, Aarhus Sözleşmesi'nin hükümlerini nasıl tam anlamıyla yerine getirebileceklerine dair yol haritası oluşturmaktadır.³¹ Sözleşme'nin zayıf gibi

[25] Aarhus Sözleşmesi (n 3) Madde 3(1) Her bir taraf bu sözleşme çerçevesince, çevresel konularda bilgiye erişim, halkın katılımı, yargıya başvurusunu temin eden gerekli yasal, düzenleyici tedbirleri ve diğer önlemleri alır ve bu bağlamda açık, şeffaf ve tutarlı bir çerçeve oluşturur.

[26] Findings and Recommendations concerning ACCC/S/2004/1 and ACCC/C/2004/3 (ECE/MP.PP/C.1/2005/2/Add.3, 14 Mart 2005).

[27] Communication from BIOTICA Ecological Society concerning Turkmenistan (ACC/C/2004/5, 10 Mayıs 2004).

[28] Aarhus Sözleşmesi (n 3) Madde 3(9)

Bu sözleşmenin ilgili hükümleri çerçevesinde halk; vatandaşlık ya da milliyet ve ikametgah, tüzel kişi ise nerede tescil edildiği ya da faaliyetlerinin etkin merkezinin neresi olduğu konularında ayırım yapılmadan çevresel konularda bilgiye erişme, karar süreçlerine katılma ve yargıya başvurma haklarına sahiptir.

[29] Aarhus Sözleşmesi (n 3) Madde 3(4)

Her bir taraf, çevrenin korunmasına yardımcı dernek, organizasyon ve grupların uygun bir şekilde tanınması ve destek olunması konusunda hükümler koyar ve ulusal hukuk sistemlerinin bu hükümlerle uyumlu olmasını sağlar.

[30] Findings and Recommendations concerning ACCC/C/2004/5 (ECE/MP.PP/C.1/2005/2/Add.5, 14 Mart 2005).

[31] Daha detaylı bilgi için bkz: Fasoli, Elena ve McGlone, Alistair. 'The Non-Compliance Mechanism under the Aarhus Convention as "Soft" Enforcement of International Environmental Law: Not so Soft After All!', *Netherlands International Law Review*, C. 65, 2018, s. 27-53.

görünen dili ve ifadeleri, Uyum Komitesi'nin gözetiminde daha uygulanabilir ve "devletleri zorlayıcı" bir hale bürünmüştür.³² Bu noktada, Aarhus Sözleşmesi'ne taraf olan devletlerin çok farklı hukuki, ekonomik ve politik altyapıları olduğunun altını çizmek gerekir. İlk bölümde de belirttiğimiz üzere, toplamda 47 taraf devlet bulunmaktadır ve bu taraf devletler arasında Doğu Avrupa'dan ve Orta Asya'dan da devletler mevcuttur. Bu kategorideki devletlerin demokrasi alanındaki yolculukları düşünüldüğünde çok uzun bir yolun henüz başında oldukları kanaatine varılabilir. Dolayısıyla, bireylerin ve sivil toplum kuruluşlarının etkin olarak karar alma mekanizmalarına katılması olgusu yeni bir olgudur. Bunun bir sonucu olarak da Uyum Mekanizması önünde daha çok bu devletlere ilişkin şikayetlerin bulunması yadırganmamalıdır.

SONUÇ

Aarhus Sözleşmesi, çevre demokrasisinin ve gelecek nesillerin haklarının korunması için geniş kapsamlı bir çerçeve sunar. Sözleşme'nin temel amacı şimdiki ve gelecek nesillerin sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının sağlanmasıdır. Üç temel prensip Sözleşme'nin hayata geçirilmesi için şarttır: bilgiye erişim, halkın karar alma süreçlerine katılımı ve yargıya başvurma hakkı. Ancak bu üç temel unsurun eş anlı olarak yürütülmesi ile Aarhus Sözleşmesi anlam kazanacaktır. Özellikle Doğu Avrupa ve Orta Asya'daki devletlerin de Sözleşme'ye taraf olması, Kofi Annan'ın da belirttiği gibi, çevre hakkının yalnızca zengin ülkelere ait bir lüks olmadığını göstermektedir. Eldeki çalışma hem Aarhus Sözleşmesi'nin önemini ve temel prensiplerini ele almış hem de Sözleşme'nin uygulamaya yansımalarını somut olaylar üzerinden incelemiştir. Literatürümüzde Aarhus Sözleşmesi'nin pratikte uygulamasına yönelik herhangi bir kaynak ve bu alanda herhangi bir çalışma bulunmamaktadır. Bu nedenle eldeki çalışma özgün bir çalışmadır ve literatürümüzdeki bu eksiği kapatmaya katkıda bulunma amacı taşımaktadır.

Sözleşme'nin denetim mekanizması olan Uyum Komitesi, aktif olarak görevini yürütmektedir. Bu Komite, Sözleşme hükümlerine taraf devletlerin uyumunu denetlemekte ve gerektiğinde ülke özelinde tavsiyelerde bulunmaktadır. Komite'nin temel amacı, taraf devletlerin hem mevzuatlarının hem de uygulamalarının Aarhus Sözleşmesi ile uyumlu hale getirilmesini sağlamak için devletlere tavsiyelerde bulunmaktır. Eldeki çalışma, Uyum Komitesi'nin önüne taşınmış bazı olay örneklerini incelemiş ve örnekler üzerinden Aarhus Sözleşmesi'nin ne tür bir mekanizma üzerine oturduğu somut olarak gösterilmiştir. Uyum Komitesi, devletlerin mevzuatlarını ve uygulamalarını değiştirmelerine yönelik tavsiyele-

[32] Pedersen, Ole. 'Price and Participation: The UK Before the Aarhus Convention's Compliance Committee', *Environmental Law Review*, C. 13, S. 2, s. 115.

rini Aarhus Sözleşmesi'nin hükümlerine dayandırmaktadır. Komite, ilgili devletlerin mevzuatının ve uygulamalarının, Aarhus Sözleşmesi'nin tam olarak hangi maddesi ile uyumsuz olduğunu tespit etmekte ve sonrasında da bu yönde devletlere rehberlik edecek tavsiyelerini sıralamaktadır.

Eldeki çalışma Sözleşme'nin olumsuz yönlerini de ele alarak objektif bir yöntem yürütmüştür. Aarhus Sözleşmesi, "ilgili kamu" gibi yahut "erken katılım" gibi muğlak ifadeler içermektedir. Bu muğlak ifadeler, devletler tarafından esnek yahut dar anlamlarda yorumlanabilmekte ve bu da çevre demokrasisinin sağlanmasına engel oluşturabilmektedir. Bu çalışma, verilen örneklerdeki gibi muğlak ifadelerin geniş anlamda yorumlanması gerektiğini ileri sürmüştür. Sözleşme'nin hükümlerinin esnek ve soyut olması, belli kavramların dar anlamda yorumlanması şeklinde bir kötüye kullanıma yol açmamalıdır. Taraf devletler iyi niyet ilkesi çerçevesinde Sözleşme'nin ruhuna ve esasına uygun şekilde kavramları ve prensipleri yorumlamalıdır. Uluslararası sözleşmelerde yer alan kavram ve terimlerin, mümkün olduğunca sözleşmelerin ruhuna uygun bir şekilde taraf devletlerce yorumlanmaları ve uygulanmaları gerekir. Muğlak ifadelerin yaratmış oldukları boşluklardan fayda sağlamak Sözleşme'nin ruhuyla ve amacıyla bağdaşmayacak bir uygulamadır.

KAYNAKÇA

- Bogojević, Sanja. 'Human Rights of Minors and Future Generations: Global Trends and EU Environmental Law Particularities', *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, Special Issue Article, 2019
- Çevre ve Gelişim Hakkında Rio Deklarasyonu (Rio Declaration on Environment and Development), 1992, <https://kumid.net/euproject/admin/userfiles/dokumanlar/cevreilave02.pdf>, (Erişim Tarihi: 29.05.2024).
- Communication from BIOTICA Ecological Society concerning Turkmenistan (ACCC/C/2004/5, 10 Mayıs 2004).
- Communication from Charitable Foundation Ecopravo-Lviv concerning Ukraine (ACCC/C/2004/3, 1 Aralık 2004).
- Communication from the Ecological Society Green Salvation concerning the Republic of Kazakhstan (ACCC/C2004/1, 5 Şubat 2004).
- Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters (yaygın bilinen adıyla Aarhus Sözleşmesi), 1998, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXVII-13&chapter=27 (Erişim Tarihi: 27.05.2024).
- Farber, Daniel A. 'From Here to Eternity: Environmental Law and Future Generations', *University of Illinois Law Review*, S. 2, 2003.
- Fasoli, Elena ve McGlone, Alistair. 'The Non-Compliance Mechanism under the Aarhus Convention as "Soft" Enforcement of International Environmental Law: Not so Soft After All!', *Netherlands International Law Review*, C. 65, 2018, s. 27-53.
- Findings and Recommendations concerning ACCC/C/2004/1 (ECE/MP.PP/C.1/2005/2/Add.1, 11 Mart 2005).
- Findings and Recommendations concerning ACCC/S/2004/1 and ACCC/C/2004/3 (ECE/MP.PP/C.1/2005/2/Add.3, 14 Mart 2005).
- Findings and Recommendations concerning ACCC/C/2004/5 (ECE/MP.PP/C.1/2005/2/Add.5, 14 Mart 2005).
- Hartley, N. ve Wood, C. 'Public Participation in Environmental Impact Assessment: Implementing the Aarhus Convention', *Environmental Impact Assessment Review*, C. 25, 2005, s. 320.
- Mason, Michael. 'Information Disclosure and Environmental Rights: The Aarhus Convention', *Global Environmental Politics*, C. 10, S. 3, 2010, s. 16.
- Morgera, Elisa. 'An Update on the Aarhus Convention and its Continued Global Relevance', *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, C. 14, S. 2, 2005, s. 146.
- Pedersen, Ole. 'Price and Participation: The UK Before the Aarhus Convention's Compliance Committee', *Environmental Law Review*, C. 13, S. 2, s. 115.
- Rachovitsa, Adamantia. 'The Principle of Systemic Integration in Human Rights Law', *International Criminal Law Quarterly*, C. 66, 2017, s. 557-588.
- Samvel, Gor. 'Non-Judicial, Advisory, Yet Impactful? The Aarhus Convention Compliance Committee as a Gateway to Environmental Justice', *Transnational Environmental Law*, C. 9, S. 2, 2020, s. 211-238.
- Secretary-General Welcomes Active Involvement of Civil Society in Aarhus Convention on Access to Information, 2005, <https://press.un.org/en/2005/sgsm9896.doc.htm>, (Erişim Tarihi: 27.05.2024).
- Sommermann, Karl-Peter. 'Transformative Effects of the Aarhus Convention in Europe', *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, C. 77, 2017, s. 324-326.
- Submission from Romania concerning Ukraine (ACCC/S/2004/01, 7 Haziran 2004).

ANAYASA

10. YILINDA TAM GÜN YASASI: TESPİT VE ÖNERİLER

Dr. Öğr. Üyesi Fatma Duygu BOZKURT

Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORC-ID: 0000-0001-5289-5262

fduygub@pau.edu.tr

ÖZET

Hekimlerin kamuda ve özelde birlikte çalışması olarak tanımlanan ikili çalışma düzeni, ülkemizde tam gün yasası ile bilinmektedir. Hekimlerle birlikte öğretim üyeleri için de geçerli olan ikili çalışma yasağına ilişkin süreç, 2010 tarihli 5947 sayılı yasa ile başlamıştır. Anayasa Mahkemesi bu yasaya ilişkin kısmi iptal kararı vermiştir. Akabinde 650 sayılı kanun hükmünde kararname ve 6514 sayılı yasa yürürlüğe koyulmuştur. Buna göre öğretim elemanları üniversitede devamlı statüde görev yapacak, profesör ve doçentler belli koşullarda ve sınırlı olarak üniversite dışında hizmet verebilecektir. Ayrıca 64. madde ile kanun koyucu bir geçiş hükmü öngörmüştür. Buna göre halihazırda mesai saatleri dışında serbest meslek faaliyetinde bulunmakta veya özel kuruluşlarda çalışmakta olan öğretim üyeleri, üç ay içinde bu faaliyetlerini sona erdirecek, süresi içinde sona erdirmeyen öğretim üyelerinin üniversiteyle ilişkileri kesilecektir. Her ne kadar ikili çalışmanın düzenlenişi siyasi bir tercih olsa da; sonucun hem sağlık hakkının öznelere hem de hekimler açısından bir hak ihlali yaratıp yaratmadığı anayasal bir değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır. Çalışmanın amacı kişilerin yaşama ve sağlık hakkı ile hekimlerin maddi ve manevi varlığını geliştirme ve çalışma hakkını bağdaştıracak bir çözüm aramaktır. Hekimlerin mesai saati ile ilgili bir düzenleme yapılması, yasa koyucunun takdir hakkı içinde ise de, kanun koyucu bu takdir yetkisini kullanırken kamu yararını da göz önünde bulundurmak zorundadır. Bu çalışmada kamuda çalışan hekimlerin ikili çalışmasına ilişkin yapılmış yasal düzenlemeler ve bunlara ilişkin verilen anayasa mahkemesi kararları tahlil edilmiştir. Zira ikili çalışmaya ilişkin verilen Anayasa Mahkemesi kararının üzerinden on yıl geçmiş böylece ilgili düzenleme tekrar yüksek mahkemenin önüne götürülebilir hale gelmiştir. Getirilen kural ile, kamunun özel sektör karşısında rekabetçi bir dezavantaja girmesiyle, halk sağlığı hizmetlerinin ulaşılabilirliği ve kalitesi olumsuz yönde etkilenmiştir. Düzenlemeden özellikle maddi açıdan zayıf kişilerin sağlık hakkı yönüyle etkilendiği göz önünde bulundu-

bulduğunda, sosyal devlet ilkesi odaklı bir yaklaşım zaruri olmaktadır. Anayasa Mahkemesi ihlal iddialarını gözeterek hekimlerin çalışma ve maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı ile kişilerin yaşama ve sağlık hakkını bağdaştırır şekilde yeni bir karar vermelidir.

Anahtar Kelimeler: Tam gün yasası, Sağlık hakkı, Çalışma hakkı, Hukuki güvenlik ilkesi, Sosyal devlet.

10 YEARS OF THE FULL-TIME LAW: FINDINGS AND RECOMMENDATIONS

ABSTRACT

Dual working, which is defined as physicians working together in public and private sectors, is known in our country with the full day law. The process regarding the ban on dual working, which applies to faculty members as well as physicians, started with Law No. 5947 of 2010. The Constitutional Court has partially annulled this law. Subsequently, Decree Law No. 650 and Law No. 6514 came into force. Accordingly, academic staff will have permanent status at the university, while professors and associate professors will be able to serve outside the university under certain conditions and in a limited manner. Also faculty members who are currently engaged in self-employment activities or working in private organizations outside of working hours shall terminate these activities within three months as of the publication date of this article, and faculty members who do not terminate these activities within this period shall be dismissed from the university. Although the organization of dual work is a political choice, whether the result constitutes a violation of rights for both the subjects of the right to health and physicians requires a constitutional assessment. In addition, although the legislator has the right of discretion to regulate the working hours of physicians, the legislator must also take into account the public interest when exercising this discretionary power. This paper analyzes the legal regulations regarding the dual employment of physicians working in the public sector and the constitutional court decisions regarding these regulations. This is because ten years have passed since the Constitutional Court's decision on dual employment and the relevant regulation can now be brought before the Supreme Court again. The rule put the public sector at a competitive disadvantage vis-à-vis the private sector, adversely affecting the accessibility and quality of public health services. The fact that especially financially weak people are affected by these problems in terms of the right to health violates the principle of the social state. The Court should take into account these alleged violations and make a new decision in a way that reconciles physicians right to work and to improve corporeal and spiritual existence with the right to life and health of individuals.

Key Words: Full-Time Law, Right to health, Right to work, Legal security, Social state.

GİRİŞ

Hekimlerin kamuda ve özeld birlikte çalışmaları, farklı uygulamalarla tüm dünyada tartışılan bir konudur. Konunun tartışmaya açık olan iki ciheti söz konusudur; biri kişilerin yaşam ve sağlık hakkı, ikincisi hekimlerin çalışma ve maddi manevi varlığını geliştirme hakkı. İkili çalışma, bir yandan kamuda çalışan hekimlerin özel sektörde de çalışması sonucunda daha bilgili ve tecrübeli hekimlerin istihdamına diğer yandan da kırsal kesimdeki hekim ihtiyacının karşılanmasına imkan verebilir. Ayrıca ikili çalışmayı seçen hekimlerin, maddi durumu güçlü hastalarını özel sektöre yönlendirmesinin, kamudaki bekleme listelerini azaltması ve maddi durumu zayıf hastaların sağlık hizmetine erişimini kolaylaştırması umulmaktadır. Öte yandan, ikili çalışma yasağı kamunun özel sektör karşısında rekabetçi dezavantaja girmesi halinde, kabiliyetli hekimlerin kamu yerine özel sektörü tercih etmesine yol açabilir. Şüphesiz bu durum, hem halk sağlığı hizmetlerinin ulaşılabilirliğini ve hem de sağlık hizmetinin kalitesini düşürebilir. Bununla birlikte ikili düzende çalışan hekimlerin gerek çalışma saatlerini gerek de kamu hastane kaynaklarını özel hastaları için kullanmaları ve özel hastalarını kayırmaları ikili çalışmaya düzeninin dezavantajlarından başlıcalarıdır.¹

Türkiye’de hekimlerin tam gün süreyle çalışması konusu günümüze kadar çokça tartışılmış, bazen uygulanmış bazen uygulamadan kaldırılmıştır.² Kamuoyunda tam gün yasağı olarak bilinen 5947 sayılı Üniversite Ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına Ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 30.01.2010 tarihinde yürürlüğe girmiş ve böylece öğretim elemanları dahil kamuda çalışan hekimlere tam zamanlı çalışma zorunluluğu getirilmiştir.

Hekimlerin ikili çalışmasını engelleyen sözü geçen kanunun gerekçesine baktığımızda, kanun koyucunun amacını dört madde ile ortaya koyduğunu tespit etmek mümkündür. Bunlardan biri; ikili çalışmanın hasta hekim ilişkisinde yarattığı olumsuzlukların önüne geçme gayesidir. Zira ikili çalışma düzeni ile uygulamada sıkça görülen; kamu hastasının bilinçli olarak özel sektöre yönlendirilmesi, hekimle hasta arasında doğrudan para ilişkisi bulunması, kamusal kaynakların şahsi yarar için kullanıldığına ilişkin yaşanan olumsuzluklar kişilerin sağlık hakkını ihlal etmektedir. Bir diğer sorun ise, ikili çalışmanın eğitim, öğretim ve araştırma faaliyetlerinde verimi azaltmasıdır. Kanun koyucuya göre, üniversitelerin asli görevlerini hakkıyla icra edebilmeleri için öğretim üyeleri-

[1] Özatkan, Yonca, Hekimlerin Tam Gün Çalışmasına Yönelik Politikalar: Ülke Örnekleri ve Türkiye, TUSPE ANALİZ, 2018/8, s. 1

[2] Konuya ilişkin ilk düzenleme 1978 tarihli 2162 sayılı Sağlık Personelinin tam gün çalışma esaslarına dair kanundur. Bu kanun 1980 tarihli 2368 sayılı Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır.

nin birikimlerini tam zamanlı olarak üniversiteye hasretmeleri, kaliteli ve etkin bir sağlık hizmeti sunulmasına katkı sunacaktır. Bununla beraber hekimlerin tek mesaide verimlerinin artması beklentisi de mezkur kanunun bir diğer amacıdır. Zira tabiatı itibarıyla zor ve riskli bir meslek icra eden hekimlerin çift mesai yapması hasta güvenliği açısından risk oluşturabilecektir. Son olarak ise, tam zamanlı çalışma ile özellikle maddi anlamda zayıf kesimin sağlık hizmetlerinden eşit yararlanmasını sağlamak da tam gün yasasının amaçları arasındadır.³

Açıkça görüldüğü üzere, kanun koyucunun öngördüğü düzenleme ile kamu yararını amaçladığı açıktır. Fakat şüphesiz bu düzenlemelerin aynı zamanda anayasal hükümlerle çelişmemesi gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında zikrettiği üzere; *"Kanun koyucu bu takdir yetkisini kullanırken diğer bir ifade ile herhangi bir konuda düzenleme yaparken kamu yararını da göz önünde bulundurmak zorundadır. Ancak getirilen kural ile ulaşılmak istenen amaç arasında adil bir dengenin bulunması, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir."*⁴ İki ana bölümden oluşan tebliğin ilk kısmında tam gün yasasının serencamı ele alınmıştır. Zira tam gün yasası yasa koyucu tarafından birden fazla kez düzenlenmiş ve her seferinde Anayasa Mahkemesi tarafından kısmen iptal edilmiştir. Tebliğin ikinci kısmında ise, son tam gün yasasının anayasaya uygunluğu ele alınmış böylece uygulamanın geleceği açısından hem yasama ve yargı organı hem de hasta ve hekimler için yol gösterici çıkarımlarda bulunulması hedeflenmiştir.

TAM GÜN YASASININ SERENCAMI

5947 Sayılı Birinci Tam Gün Yasası

5947 sayılı Yasa'dan evvel hekimlerin hukuki statüsünü belirleyen temel üç kanun bulunmaktadır. Bunlar 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ve 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'dur. 21.01.2010 tarihinde kabul edilen 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, başta 2547 ve 1219 sayılı Kanunlar olmak üzere bazı kanunlarda değişiklik öngörmek suretiyle, hekimlerin çalışma sistemini yeniden düzenlemiştir. Buna göre, kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan hekimler için tam gün çalışma zorunluluğu getirilmiş ve ikili çalışma yasaklanmıştır. Şu halde, konuya ilişkin yasal düzenlemeleri incelemeye geçmeden evvel

[3] Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ile Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporu (1/75), <https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c058/tbmm23058047ss0418.pdf>, (Erişim Tarihi 26.05.2024).

[4] Anayasa Mahkemesi, E. 2016/13, K. 2016/127, K.T.22.06.2016.

hekimleri, üniversite hastanelerinde çalışan öğretim elemanı olan hekimler ve üniversiteler dışında kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan hekimler olarak kategorize etmekte fayda vardır.

Değişiklik sonrası, 5947 sayılı Yasa'nın, 1219 sayılı Tababet ve Şua-batı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 12. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarını değiştiren 7. maddesi uyarınca hekimler üç bent halinde sayılan kurum ya da kuruluşlardan yalnızca birinde görev yapabileceklerdir. İlgili kanuna göre:

"Tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, aşağıdaki bentlerden yalnızca birindeki sağlık kurum ve kuruluşlarında mesleklerini icra edebilir:

a) Kamu kurum ve kuruluşları.

b) Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmeli çalışan özel sağlık kurum ve kuruluşları, Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmeli çalışan vakıf üniversiteleri.

c) Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmesi bulunmayan özel sağlık kurum ve kuruluşları, Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmesi bulunmayan vakıf üniversiteleri, serbest meslek icrası.

Tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, ikinci fıkranın her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabilir. Bu maddenin uygulanması bakımından Sosyal Güvenlik Kurumunca branş bazında sözleşme yapılan özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversiteleri yalnızca sözleşme yaptıkları branşlarda (b) bendi kapsamında kabul edilir. Mesleğini serbest olarak icra edenler, hizmet bedeli hasta tarafından karşılanmak ve Sosyal Güvenlik Kurumundan talep edilmemek kaydıyla, (b) bendi kapsamında sayılan sağlık kuruluşlarında da hastalarının teşhis ve tedavisini yapabilir."

Maddeden de anlaşıldığı üzere, mezkur yasal düzenleme ile, kamuda çalışan hekimler başka yerde çalışamayacaklar ayrıca özel muayenehane de açamayacaklardır. Muayenehanesi olan hekimlerin SGK ile anlaşması olan özel hastane ve tıp merkezlerinde çalışması yasaklanmış, sadece SGK ile sözleşmesi olmayan sağlık kuruluşlarında çalışmasına izin verilmek suretiyle kamu ve özel sektör arasında net bir sınır çizilmiştir.

2010 tarihli Tam Gün Yasası öncesinde, öğretim elemanı olan hekimlerin serbest meslek kapsamında çalışmaları ise YÖK Kanunu m. 36 ile düzenlenmiştir. Devamlı statü ve kısmi statü ayrımını düzenleyen hüküm uyarınca, üniversitede beş yıl devamlı statüde çalışmış olan doçent veya

profesörlerin, kısmi statüye geçmek istemesi halinde üniversite yönetim kurulunun görüşü ve rektörün kararıyla iki yıllık süre için kısmi statüye atanabileceği, görev devamlarında yarar görülmesi koşulu ile üniversite yönetim kurulunun görüşü ve rektörün kararıyla her iki yılda bir bu statülerinin yinelenebileceği belirtilmiştir. Kısmi statüde görev yapan personelin dışarıda gelir getirici faaliyette bulunmasını yasaklayan bir hüküm ise yoktur. Tam Gün Yasası öncesinde Devlet Memurları Kanunu'nda (DMK) memurların ticari faaliyette bulunması yasağı bulunmakla beraber, serbest meslek icrası ticari faaliyet olarak telakki edilmemektedir.⁵ Gerek DMK'da gerek de özel kanunlarda kamuda çalışan diğer hekimlerin mesleklerini serbestçe icra etmesine mani bir hukuk kuralı bulunmamaktadır. Uygulamada kısmi statülü öğretim elemanları ile kamu hastanelerinde çalışan hekimler mesai saatleri dışında serbestçe mesleklerini icra edebiliyorken, 2010 tarihli Tam Gün Yasası ile gerek kamu hastanelerinde gerekse üniversite hastanelerinde çalışan hekimlere tam gün çalışma zorunluluğuyla birlikte muayenehane açma yasağı getirilmiştir.

5947 sayılı yasanın 3. maddesi ile Yükseköğretim Kanunu'nun 36. maddesi de şu şekilde değiştirilmiştir. *"Öğretim elemanları, üniversitede devamlı statüde görev yapar. Öğretim elemanları, bu Kanun ile diğer kanunlarda belirlenen görevler ve telif hakları hariç olmak üzere, yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde ücretli veya ücretsiz, resmi veya özel başka herhangi bir iş göremezler, ek görev alamazlar, serbest meslek icra edemezler."* Bu hüküm uyarınca devamlı ve kısmi statü ayırımına son verilmiş, üniversitelerdeki öğretim üyelerinin özel hasta muayene etme ve özel sağlık kuruluşlarında çalışma olanakları ortadan kaldırılmıştır. Ayrıca, yasanın geçici 57. maddesi uyarınca bir geçiş hükmü düzenlenmiştir. Buna göre; *"Bu maddenin yayımlandığı tarihte kısmi statüde görev yapmakta olan öğretim üyelerinden, yasanın yayımlandığı tarihten itibaren bir yıl içerisinde talepte bulunanlar devamlı statüye geçirilecektir, bu süre içerisinde talepte bulunmayanlar istifa etmiş sayılır."* Üniversite öğretim üyeleri dışındaki hekimler için ise bu süre 6 ay olarak belirlenmiştir.

5947 Sayılı Yasaya İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı

5947 sayılı yasanın yürürlüğe girişini müteakip çeşitli maddelerinin Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle yürürlüğün durdurulması talepli iptal davası açılmıştır. İptal davasının gerekçesinin bir dayanağı hekimlerin diğer dayanağı sağlık hizmeti alan kişilerin hak ihlaline ilişkindir.

Hekimlere ilişkin iddia tam gün yasasıyla hekimlerin çalışma ve söz-

[5] 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu m. 65.

leşme özgürlüğü ve dinlenme haklarının ihlal edildiğine ilişkindir. Anayasa aykırılık konusunda dayanılan bir diğer gerekçe ise, sağlık hizmeti alan kişilerin sağlık hakkının ihlaline ilişkindir. Buna göre nitelikli akademik personel özel sektörü tercih ederek üniversiteden ayrılacak, böylece nitelikli akademik personelin bilgi ve yeteneği yaygın biçimde kamuya sunulamayacak ve böylece Anayasa'nın 56. maddesinde güvence altına alınmış olan sağlık hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Anayasa Mahkemesi 16 Temmuz 2010 tarihli kararında, ikili çalışmayı yasaklayan hükmü ve öğretim üyelerinin bir sene içerisinde talepte bulunmadığı takdirde istifa etmiş sayılacağına dair geçici maddeyi iptal etti.⁶ Yüksek mahkeme, hekimlerin çalışma hakkının ihlaline ilişkin iddiaları yerinde bulmamış, kanun koyucunun takdir yetkisine atıfta bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi'ne göre; *"Kanun koyucu Devlete verilen söz konusu görev gereği, herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruyup geliştirmek, hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak üzere hasta-hekim ilişkisini düzenleyebilir; hekimlerin hastalarını gereği gibi takip edebilmeleri için gerekli gördüğü önlemleri almak amacıyla çalışma koşullarını yeniden belirleyip bazı kayıtlara tâbi tutabilir. Bu bağlamda kanun koyucu dava konusu kurullarla kamu ve özel sağlık hizmetlerinin ayrı organize edilmesi temelinde, kamu ve özelde mesleğini icra eden hekimler için ayrı çalışma sistemleri öngörerek, kamuda çalışan hekimlerin çalışma koşullarına bazı sınırlamalar getirmiştir. Bu amacın söz konusu sağlık hizmetlerinden yararlanan hastaların yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını geliştirme amacını korumaya yönelik olduğunda kuşku bulunmamaktadır."* Nitekim Anayasa'da 48. madde ile güvence altına alınan çalışma ve sözleşme hürriyeti, herkesin çalışma ve sözleşme yapma hürriyetini güvence altına almış, fakat bununla beraber bu hürriyetin sosyal amaçlara uygun yürümesi için devletin gerekli tedbirleri alacağını belirtmiştir. Nitekim Yüksek Mahkeme de mezkur kanun ile getirilen müdahalenin sağlık hakkını gerçekleştirilmeye yönelik olduğunu kaydederek anayasaya aykırı bulmamıştır.

Hekimlerin ikili çalışma düzenlerini yeniden düzenleyen yasaya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi iki ayrı gerekçe ile iptal kararı vermiştir. Kamuda çalışan hekimler yönünden, tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların maddenin ikinci fıkrasındaki bentlerden yalnız birinde yer verilen kurumlarda mesleklerini icra edebilecekleri yönündeki hükmü, Anayasa'nın 17. ve 56. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir. Yüksek Mahkeme kararında, hekimliğin Anayasanın 17. maddesinde yer alan yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı ile doğrudan ilgili bir meslek olduğunu vurgulamış ve düzenlemeyi kişilerin sağlık hakkı perspektifiyle ele almıştır. Mahke-

[6] Anayasa Mahkemesi, E. 2010/29, K.2010/90, K.T. 16/7/2010.

me'ye göre; “Kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmelerinin mutlu ve huzurlu olabilmelerinin başlıca şartı, ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetlerine ulaşım bu hizmetlerden yararlanabilmeleridir. Devlet için bir görev ve kişiler için de bir hak olan bu amacın gerçekleştirilmesine bu haktan yararlanmayı zorlaştırıcı ya da zayıflatıcı düzenlemeler Anayasa'ya aykırı düşer. bazı dallarda uzman olan hekimlerin sayıca az olması ve kamunun yanında özel sağlık kuruluşlarının da bu dallarda uzman hekimlere ihtiyaç duyması, bu hekimlerin mesleğini mesai saatleriyle sınırlı olmaksızın yaygın bir şekilde icra etmelerini gerekli kılabılır. Hekimlerin insan sağlığının gelişmesi ve yaşam haklarının korunması ile doğrudan ilgili olan bu konuları dikkate alınmaksızın çalışma koşullarının kuralda belirtildiği şekilde sınırlandırılması bireylerin yaşam hakkını zedeleyici nitelik taşımaktadır”. Sağlık hizmetlerinin doğrudan yaşam hakkı ile ilgili olduğuna dikkat çeken mahkeme, diğer kamu hizmetlerinden farkını vurgulamış ve sağlık hizmetlerine erişimi güçleştiren düzenlemelerin sağlık hakkı ve yaşam hakkı ile çelişeceğini kaydetmiştir.

Mahkeme, YÖK Kanunu'nda gerçekleşen, öğretim elemanlarının başkaca herhangi bir faaliyette bulunması yasaklayan hükmü ise, Anayasa'nın 130. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir. Anayasa'da üniversitenin, bilimsel çalışmaların yapıldığı ve bilimin öğretildiği kurum olarak nitelendirilip bilimsel ve idari özerkliğe sahip kılınarak diğer kamu kurumlarından farklı değerlendirildiğine dikkat çeken Mahkeme, öğretim elemanlarının bu konuları dikkate alındığında bunların diğer kamu görevlileri gibi değerlendirilmesinin mümkün olmadığını belirterek sınırlamayı bilimsel özerklik ilkesine aykırı bulmuştur.⁷ Sonuç olarak Yüksek Mahkeme, üniversitelerde görev yapan öğretim görevlileri, okutmanlar, öğretim yardımcıları ile akademik olarak belirli bir yetkinliğe sahip öğretim üyeleri arasında herhangi bir ayırım yapılmaksızın yasak koyulmasının Anayasa'nın 130. maddesi ile bağdaşmadığı gerekçesiyle “*Öğretim elemanları, yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde çalışamaz*” hükmünü iptal etmiştir. Bununla beraber Mahkeme kısmi statüde çalışan öğretim üyesi hekimlerin 1 yıl içinde kamuya geçmediği takdirde istifa edeceğine dair hükmün de Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine varmıştır. Mahkeme'ye göre; “*kısmi statüde çalışanların bu durumlarının en az iki yıllık bir dönemi kapsadığı düşüncesiyle üniversite dışındaki serbest çalışmalarını planladıkları, ekonomik ve sosyal hayatlarını bu koşulları öngörmek suretiyle belirledikleri açıktır. Yasayla elde edilen bu statünün çalışanlar için kazanılmış hak olarak değerlendirilmesi olanak-*

[7] Anayasa Mahkemesi, kararlarında bilimsel özerkliği şöyle tanımlamaktadır: “Üniversite yönetiminin karar alma sürecinde herhangi bir baskı, telkin ya da tavsiye ile etki altına alınmalarını önleyerek, yansız görev yapabilmelerini sağlamak ve onlara görevlerini yürütebilecekleri bir hukuksal güven ortamı yaratmaktadır.” Anayasa Mahkemesi, E.2006/51, K.2006/57, K.T. 04.05.2006.

lı olmasa da yasada öngörülen süre yönünden meşru bir beklentiye sahip oldukları, bu beklentinin hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri gereğince korunmasının kabulü gerekir.” Görüldüğü üzere, Mahkeme kısmi statüde çalışanların bu iki yıllık süre yönünden meşru bir beklentiye sahip olduğunu kaydetmiş ve bu süre dolmadan devamlı statüye geçirilmelerinin hukuk devleti ilkesine aykırı olduğuna hükmetmiştir.

5947 Sayılı Yasaya İlişkin Danıştay Kararı

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı üzerine, Sağlık Bakanlığı 16/7/2010 tarihinde bir basın açıklaması yaparak, 5947 sayılı yasa ve bu yasa hakkındaki Anayasa Mahkemesi kararı uyarınca, üniversite öğretim üyeleri dışında kamuda çalışan tüm hekimlerin muayenehane açmaları ve özel sağlık kuruluşlarında çalışmalarının mümkün olmadığını ve bu uygulamanın 30 Temmuz 2010'dan itibaren başlayacağını açıklamıştır. Bakanlığın bu yaklaşımının gerekçesi ise, mezkur kanunun 12. maddesinin ikinci fıkrasının iptal edilmesine karşılık, üçüncü fıkrasında yer alan *“tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, ikinci fıkranın her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabilir.”* hükmünün iptal edilmemesidir. Bu açıklamayla ilgili olarak Türk Tabipleri Birliği işlemin iptali için Danıştay'a dava açmış ve Danıştay söz konusu davada kısmi iptal kararı vermiştir.⁸ Danıştay 5. Dairesi'ne göre Anayasa Mahkemesi'nin kısmi iptal kararından sonra, kamuda çalışan hekimlerin aynı zamanda muayenehane açabilmeleri mümkündür, fakat bununla beraber kamuda çalışan hekimler 1219 sayılı Kanun'un değişik 12. maddesinin üçüncü fıkrası Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmediği için özel sağlık kuruluşlarında çalışamazlar. Bunun üzerine Sağlık Bakanlığı, bu karar karara karşı Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na temyiz talebinde bulunmuş, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu ise Sağlık Bakanlığının işlemini hukuka aykırı bulmamıştır. Kurul'a göre, 1219 sayılı Kanun'un değiştirilen 12. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan *“bentlerden yalnızca birindeki”* ibaresini Anayasa Mahkemesi, bazı istisnalara yer verilmesi sonucunda kişilerin sağlık hizmetlerine ulaşılmasını zorlaştırmaya nitelikte bulunduğu için iptal etmiştir. 12. Maddenin üçüncü fıkrasının, iptal edilen ikinci fıkradaki ibare ile aynı işlevi gördüğünü kaydeden Mahkeme, gerek Anayasa Mahkemesi'nin gerekçeleri gerek de 5947 sayılı kanunun getiriliş amacı gözetildiğinde, öğretim elemanları dışında kamuda çalışan hekimlerin muayenehane açmaları veya özel sağlık kuruluşlarında çalışmalarının mümkün olmadığı yönündeki işlemin hukuka aykırı olmadığı sonucuna varmıştır.⁹ Sonuç itibarıyla, mevcut düzende, kamu

[8] Danıştay 5. Daire, E.2010/4406, K.2011/1696.

[9] Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, K.2010/1116, K.T.13.01.2011.

hastanelerinde çalışan hekimler bu karar uyarınca mesai saatleri dışında mesleklerini serbestçe icra edememektedirler.

2. Tam Gün Yasası

Anayasa Mahkemesi'nin ve Danıştay'ın kararlarını müteakip tartışmalar sürerken, Bakanlar Kurulu tarafından kamuoyunda 2. Tam Gün Yasası olarak adlandırılan 650 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun ile Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname) çıkarılmıştır. Bu kararname ile 657 sayılı DMK'da ve YÖK Kanunu'nda değişikliğe gidilmiştir. 650 sayılı KHK kamuda çalışan hekimlere tam gün çalışma zorunluluğu getirmiş, mesai saatleri dışında mesleklerini serbest olarak icrasını yasaklanmıştır. Öğretim üyeleri için ise, yükseköğretim kurumlarında yalnızca eğitim ve araştırma faaliyetlerinde bulunmak ve döner sermayeden gelir elde etmemek şartıyla, ünvan ayırt etmeksizin, mesai saatleri dışında mesleklerini serbestçe icra etme imkanı sağlanmıştır. Öte yandan 59. geçici madde ile, yükseköğretim kurumları dışında mesleki faaliyette bulunmak ve mesleklerini serbestçe icra etmek isteyen öğretim üyelerine, iki yıla kadar ücretsiz izin verileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme hakkında Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası açılmış ve Anayasa Mahkemesi sözü edilen kararnamenin ilgili maddelerinin 6223 sayılı Yetki Kanunu kapsamında olmadığı gerekçeyle iptal etmiştir.

3. Tam Gün Yasası

Hekimlerin ikili çalışma düzenine ilişkin önemli değişiklikler getiren bir diğer kanun, kamuoyunda 3. Tam Gün Yasası olarak bilinen 6514 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'dur. 18.01.2014'de yürürlüğe giren Kanun ile öğretim elemanı olan hekimlerin çalışma esasına ilişkin mühim düzenlemeler yapılmıştır. YÖK Kanunu'nun yeniden düzenlenen 36. maddesinin altıncı fıkrasına göre:

“Tabip, dış tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim elemanlarından, profesör ve doçent kadrosunda olanlar, her bir ana bilim dalındaki kadrolu profesör ve doçent sayısının yüzde 50'sini geçmemek, bir yıla kadar kurumsal sözleşme yapılmak ve geliri üniversite döner sermayesi hesabına kaydedilmek şartıyla ve ilgilinin muvafakati ile mesai dışında özel hastaneler veya vakıf üniversitesi hastanelerinde çalıştırılabilir...”

Bu fıkra kapsamında çalıştırılan öğretim üyeleri;

a) Aynı anda birden fazla sözleşme ile çalıştırılmaz...”

Görüldüğü üzere, getirilen düzenleme ile, öğretim elemanları üniversitede devamlı statüde görev yapacak, profesör ve doçent olan öğretim üyeleri belli koşullarda ve sınırlı olarak üniversite dışında çalışabilecektir. Bu kanunun tamamlayıcısı mahiyetinde olmak üzere, 2547 sayılı Kanun’a eklenen 64. madde ile kanun koyucu bir geçiş hükmü öngörmüştür. Buna göre; *“Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla mesai saatleri dışında serbest meslek faaliyetinde bulunmakta veya özel kuruluşlarda çalışmakta olan öğretim üyeleri, bu maddenin yayımı tarihinden itibaren üç ay içinde bu faaliyetlerini sona erdirir; bu süre içinde sona erdirmeyen öğretim üyelerinin üniversiteyle ilişkileri kesilir.”*¹⁰

3. Tam Gün Yasasına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı

3. Tam gün yasasının yürürlüğe girişini müteakip, ilgili hükümlerinin kişilerin sağlıklı yaşama hakkına aykırılık oluşturduğu, üniversitelerin bilim verilerini yaymak gibi görevlerini yerine getirmesini engellediği ve tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim elemanları ile diğer öğretim elemanları arasında eşitsizlik yarattığı belirtilerek kuralların, Anayasa’nın 10., 17., 56., 130. ve 153. maddelerine aykırı oldukları ileri sürülerek Anayasa Mahkemesi’ne yürütmeyi durdurma talepli iptal davası açılmıştır. Anayasa Mahkemesi esasa ilişkin yaptığı incelemede, 2547 sayılı Kanun’a tâbi olarak görev yapan profesör ve doçent kadrosunda olan öğretim elemanlarının mesai saatleri dışında özel hastaneler veya vakıf üniversitesi hastanelerinde sağlık hizmeti vermesini anayasaya aykırı bulmamıştır. Mahkeme’nin mezkur hükümleri bilimsel özerklik ilkesi, kişilerin sağlık hakkı ve eşitlik ilkesi perspektifiyle ele aldığı görülmektedir.¹¹

Öncelikle, 2010 tarihli birinci tam gün yasasına dair kararında da belirttiği üzere, kanun koyucunun öğretim elemanlarının unvan ve statülerine uygun bazı sınırlamalar getirerek çalışma koşullarını belirleme takdir yetkisinin olduğunu kaydeden Mahkeme, dava konusu kuralın öğretim elemanlarının bilimsel özerklik gereği bilimsel/akademik faaliyetler yapmasını engelleyen bir yönü bulunmadığını hükme bağlamıştır. Sağlık hakkına ilişkin olarak ise Mahkeme öncelikle insanın sağlıklı yaşam hakkının olmasının, sağlık hizmetlerinden yeterince yararlanmasına bağlı olduğunu kaydetmiştir. Mahkeme’ye göre: *“Dava konusu kurallar*

[10] 2014/15 sayılı Sağlık Bakanlığı Genelgesi’nde mevcut durumda serbest muayenehanesi olan veya özel sağlık kuruluşlarında çalışanların aynı şekilde faaliyetlerine devam edebilecekleri ancak yeni başvurular hakkında 2014/8 sayılı Genelge hükümleri uyarınca işlem tesis edileceği belirtilmiştir. https://dosyamerkez.saglik.gov.tr/Eklenti/4242/0/2014-15-tam-gun-yasasi-uygulamasipdf.pdf?_tag1=49E4C90DA8CC03951147EA55655E5A74949E7997, (Erişim Tarihi: 30.05.2024)

[11] Anayasa Mahkemesi, E.2014/61, K.2014/166, K.T. 07/11/2014.

kışilerin ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetine ulaşip bu hizmetlerden yararlanabilmelerine de engel değildir. Profesör ve doçent kadrosunda olanların mesai saatleri dışında özel hastaneler veya vakıf üniversitesi hastanelerinde vereceği sağlık hizmeti dikkate alındığında sağlık hizmetine ulaşip bu hizmetlerden yararlanma konusunda geniş bir uygulama alanının da olduğu anlaşılmaktadır.” Böylece yüksek mahkeme, dava konusu kurallarda sağlık hakkına ilişkin olarak Anayasa’ya aykırı bir yön bulmamıştır.

Anayasa Mahkemesi yerleşik hale gelen içtihadında eşitlik ilkesi ve ayırmacılık yasağı konusunda iki hususta yargıya varmıştır. İlki, koşulları aynı olan kimselere aynı hukuk kurallarının; ikincisi eğer haklı nedeni varsa aynı koşullarda bulunan kimselere farklı hukuk kurallarının uygulanabileceğidir.¹² Hekimlerin statüsünün sağlık hakkı ve yaşam hakkından bağımsız düşünülmemeyeceğini belirten Mahkeme, sağlık hakkının ve yaşam hakkının temel hak niteliğinin, hekimlerin tabi olduğu kuralların farklılaşmasında haklı bir neden oluşturduğuna hükmetmiştir. Dolayısıyla öğretim üyesi olan hekimlerin diğer fakültelerin öğretim üyeleri ile farklı düzenlemelere tabi tutulmalarının eşitlik ilkesini ihlal etmediği gerekçesiyle iptal istemini reddetmiştir.

Bununla beraber Anayasa Mahkemesi halihazırda mesai saatleri dışında serbest meslek icrasında bulun yahut özel kuruluşlarda çalışan öğretim üyelerinin 3 ay içinde faaliyetlerini sonlandırmasına ilişkin 2547 sayılı kanuna eklenen geçici 64. maddenin iptaline karar vermiştir. Mesai saatleri dışında mevzuata uygun serbest meslek faaliyeti olarak muayenehane açmış olan hekimlerin muayenehanelerinde bulunan tıbbi cihazlar ile çalıştırdıkları personel yönünden serbest çalışmaktan vazgeçmeleri hâlinde personel tazminatları, vergi ve amortisman işlemleri, kredi ve leasing ödemeleri gibi öngörülmezen zararların ortaya çıkabileceği, bu bağlamda üç aylık sürenin yetersiz olduğu iddialarıyla Anayasa’ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi bu hükmü, Anayasa’nın 2. maddesinde güvence altına alınan hukuk devleti ilkesine aykırı görerek iptal etmiştir. Mahkeme bir yandan söz konusu öğretim üyeleri için mesai sonrası serbest çalışmanın bir kazanılmış hak olmayacağını belirtmiş, diğer yandan ise ilgili hekimlerin statülerinin belli bir süre devam edeceğine ilişkin meşru beklentilerinin korunmasının hukuksal güvenlik ilkesinin bir gereği olduğuna hükmetmiştir.

DEĞERLENDİRME

Mezkur kanun ve düzenleyici işlem hükümlerine göre, kamu hastanelerinde çalışan hekimler 29.01.2010 itibariyle mesai sonrası meslekleri-

[12] Anayasa Mahkemesi, E.2009/47, K.2011/51, K.T.17/3/2011.

ni serbestçe icra edememektedirler. 02.01.2014 itibariyle öğretim üyesi olan hekimler kural olarak devamlı statüye tabidirler. Bununla beraber doçent veya profesör unvanına sahip olan öğretim üyeleri, kendi anabilim dalları bünyesinde görev yapan doçent veya profesör ünvanlı öğretim üye sayısının yarısını geçmemek, kurumsal sözleşme yapmak, geliri üniversite döner sermayesine kaydedilmek kaydıyla, sadece özel hastanelerde yahut vakıf üniversiteleri hastanelerinde çalışabilmektedirler. Ayrıca, 31.12.2014'den evvel muayenehane açan yahut özel hastanelerde çalışan hekimler çalışmalarına aynı şekilde devam edebilmektedirler. Bununla beraber Anayasa Mahkemesi'nin öngörülen üç aylık geçiş hükmünü hukuk devleti ilkesine aykırı bularak iptal etmesi fakat yürürlüğe girişini ertelememesi, hukuki güvenlik ilkesine ilişkin başka tartışmaların yaşanmasına sebep olmuştur. Kuralın iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte olduğundan, Anayasa Mahkemesi'nin, iptal hükmünün belirli bir süre sonra yürürlüğe girmesini kararlaştırmak suretiyle,¹³ kanun koyucuya beklentileri karşılayacak yeni bir düzenleme yapma imkanı tanıması, şüphesiz hukuki güvenliğe ve belirliliğe katkı sunardı. Zira kararın karşı oy gerekçesinde de belirtildiği üzere, bu şekilde aynı meslekleri icra eden meslek görevlileri arasında ayrıcalıklı bir azınlık ortaya çıkmış ve böylece hukuki güvenlik ilkesi farklı bir yönden zedeelenmiştir. Ayrıca bu değerlendirme, dava konusu geçici maddelerin iptalinden önce kanun koyucuya güvenerek muayenehanelerini kapatan öğretim üyeleri açısından da hakkaniyete aykırı bir durum doğurmuştur.¹⁴

Ayrıca Öğretim üyeleri, özel hastanede veya vakıf üniversitesi hastanesinde çalışmak istediğinde, kendi belirlediği yahut kendisini çalıştırmak isteyen bir hastanede veya vakıf üniversitesi hastanesinde değil, üniversitenin kurumsal sözleşme yaptığı yerlerde çalışabileceklerdir. Keza kimlerin dışarıda çalışabileceğini de, kuralda belirtilen usule göre fakülte ve üniversite yönetimi belirleyeceğinden, öğretim üyesi bu konuda fakülte ve üniversite yönetimine tümüyle bağımlı hale getirilmiş olmaktadır. Öğretim üyesinin halihazırda sınırlı olan mesai dışında çalışmasına bir de bu açıdan sınırlama getirilmiş olması, Anayasa Mahkemesi'nin tam gün yasasına ilişkin perspektifini oluşturan "bilimsel verilerin yayılması" ve "sağlık hakkının erişilebilirliği" ilkeleri ile çelişki yaratmaktadır.¹⁵

Yine ilgili kanun "*aynı anda birden fazla sözleşme ile çalıştırılmaz*" denilerek öğretim üyesinin sadece bir yerde çalışmasına izin verilmiştir. 2010'da Anayasa Mahkemesi 1. Tam Gün Yasası'nı iptal ederken, bazı

[13] Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin üçüncü fıkrası.

[14] Anayasa Mahkemesi, E.2014/61, K.2014/166, K.T.07/11/2014, Karşı Oy Kararı.

[15] Anayasa Mahkemesi, E.2014/61, K.2014/166, K.T.07/11/2014, Karşı Oy Kararı.

branşlarda hekimlerin azlığına dikkat çekmiş ve şöyle demiştir: “*bazı dallarda uzman olan hekimlerin sayıca az olması ve kamunun yanında özel sağlık kuruluşlarının da bu dallarda uzman hekimlere ihtiyaç duyması, bu hekimlerin mesleğini mesai saatleriyle sınırlı olmaksızın yaygın bir şekilde icra etmelerini gerekli kılabılır*”. Önemli bir alanda az sayıda öğretim üyesi bulunuyorsa, özel hastanelerde veya vakıf üniversitesi hastanelerinde de ihtiyaç varsa, ilgili öğretim üyesi de kabul ediyorsa, kendi üniversitesindeki işleri aksatmadan, hiç bir istisnaya yer vermeksizin, hekimin mesai saati dışında birden fazla yerde çalışmasının yasaklanmasının da yine “bilimsel verilerin yayılması” ve “sağlık hakkının erişilebilirliği” ilkeleri ile çeliştiğini söylemek mümkündür.¹⁶

SONUÇ

Tam gün yasasına, konuya ilişkin düzenleyici işlemlere ve bunlara ilişkin verilen mahkeme kararlarına rağmen, hekimlerin ikili çalışma düzenine ilişkin sorunlarının hala sürdüğünü tespit etmek mümkündür. İlgili tartışmalar devam ederken, mevcut durumda, yasal düzenleme ile konuya ilişkin bir değişiklik yapılmadığı takdirde, konuyu nihai çözüme kavuşturacak olan şüphesiz anayasallık denetimi olacaktır. Son tam gün yasasının anayasallık denetiminin üzerinden 10 yıl geçmiştir. İlgili yasa tekrar Anayasa Mahkemesi'nin denetimine sunulabilir. Anayasa Mahkemesi'nin evvelen de kararında belirttiği üzere, insanın yaşam hakkı ve bu hakkın sürdürülmesi için konumu tartışmasız olan hekimlerin mesai saati ile ilgili bir düzenleme yapılması, yasa koyucunun takdir hakkı içinde ise de sağlık hakkına erişimi güçleştirecek ya da sağlık hizmetlerini olumsuz yönde etkileyecek kuralların hukuka aykırı olduğu bir gerçektir. Tam gün yasasına ilişkin hükümetin yaptığı kamuoyu açıklamalarından anlaşılmaktadır ki, açıklamalardaki sosyal devlet vurgusu, hekimlerin tam gün yasasıyla kamuya yöneleceği ve böylece sağlık hizmetlerine erişim ve sağlık hizmetlerinin kalitesini artıracığı beklentisi ve hedefini ortaya koymaktadır. Fakat süreç, beklenenin aksine, kamunun özel sektör karşısında dezavantajlı konuma düşmesiyle, kamunun aleyhine sonuçlar doğurmuştur. Hekimi seçme imkanının yanı sıra hekime ulaşma noktasında sorunlar yaşanmış, halk sağlığı hizmetlerinin ulaşılabilirliği ve kalitesi olumsuz yönde etkilenmiştir. Anayasa'nın sağlık hakkını düzenleyen 56. maddesi uyarınca devlet herkesin beden ve ruh sağlığı içinde yaşayabilmesini ve tıbbi bakım görmesini sağlamakla yükümlüdür. Yaşanan sorunlar kişilerin özellikle maddi açıdan zayıf kesimlerin sağlık hakkını ihlal eder durumdadır. Şu halde yalnızca sağlık hakkı değil sosyal devlet ilkesi de zarar görmektedir.¹⁷

[16] Anayasa Mahkemesi, E.2014/61, K.2014/166, K.T.07/11/2014, Karşı Oy Kararı.

[17] Özalp, Nihan Yancı, “Yasa, Kanun Hükmünde Kararname ve Mahkeme Kararları Işığında Tam Gün Sorunsalı,” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, 2015, Sayı 2, s. 260; H. Atilla Güngör, “Tam Gün Yasası ve Sosyal Devlet İlkesi”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 4, 2010.

Mevcut durum hekimlerin çalışma esaslarına özgü olarak değerlendirildiğinde ise, Anayasa mahkemesi ve Danıştay'ın aynı kanun hükmünü farklı biçimde yorumlamış olmalarının yarattığı hukuki belirsizlik ve Anayasa Mahkemesi'nin geçiş hükmünü iptal etmesi ile doğan hukuki güvensizlik tam gün yasasına ve uygulamasına ilişkin önemli sorunlar olarak gündemi hala meşgul etmektedir. Gerek Anayasa Mahkemesi gerek kanun koyucu, bu olumsuzlukları gözeterek hekimlerin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı ile kişilerin yaşama ve sağlık hakkını bağdaştırır şekilde yeni bir düzenleme/karar inşa etmelidir.

KAYNAKÇA

- Güngör, H. Atilla, "Tam Gün Yasası ve Sosyal Devlet İlkesi", *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt: 2, 2010, Sayı: 4.
- Özalp, Nihan Yancı, "Yasa, Kanun Hükmünde Kararname ve Mahkeme Kararları Işığında Tam Gün Sorunsalı," *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIX, 2015, Sayı 2., ss. 259-290.
- Özatkan, Yonca, *Hekimlerin Tam Gün Çalışmasına Yönelik Politikalar: Ülke Örnekleri ve Türkiye*, TUSPE ANALİZ, 2018/8.
- Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ile Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporu (1/75), <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c058/tbmm23058047ss0418.pdf>, (Erişim Tarihi: 26.05.2024).
- 2014/15 sayılı Sağlık Bakanlığı Genelgesi, https://dosyamerkez.saglik.gov.tr/Eklenti/4242/0/2014-15-tam-gun-yasasi-uygulamasipdf.pdf?_tag1=49E4C-90DA8CC03951147EA55655E5A74949E7997, (Erişim Tarihi: 30.05.2024)
- Anayasa Mahkemesi, E. 2016/13, K. 2016/127, K.T.22.06.2016.
- Anayasa Mahkemesi, E.2014/61, K.2014/166, K.T. 07/11/2014.
- Anayasa Mahkemesi, E. 2010/29, K.2010/90, K.T. 16/7/2010.
- Anayasa Mahkemesi, E.2009/47, K.2011/51, K.T.17/3/2011.
- Anayasa Mahkemesi, E.2006/51, K.2006/57, K.T. 04.05.2006.
- Danıştay 5. Daire, E.2010/4406, K.2011/1696.
- Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, K.2010/1116, K.T.13.01.2011.

**İDARE
HUKUKU**

BASİT HUKUKA AYKIRILIK İDARENİN SORUMLULUĞUNU KALDIRAN HÂLLERDEN BİRİ OLARAK KABUL EDİLEBİLİR Mİ?

Dr. Öğr. Üyesi Selman Sacit BOZ

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORC-ID: 0000-0002-3033-0997

selmansacitboz@gmail.com

Arş. Gör. Ahmet Talha TETİK

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORC-ID: 0000-0003-1894-9065

ahmettalhafetik@gmail.com

ÖZET

Herhangi bir unsuru yönünden hukuka aykırı olduğu idari yargı mercilerince tespit edilen idari işlem iptal edilir. Ancak tali şekil noksanlığı gibi basit nitelikte görülen bir hukuka aykırılık idari işlemin iptaline yol açmamaktadır. İptal davası açısından asli nitelikte olmayan böylesi bir hukuka aykırılık basit bir hata olarak kabul görmekte ve işlemin hukuk âleminde varlığını devam ettirmesine müsaade edilmektedir. Benzer bir mantıkla basit hukuka aykırılık durumunda idarenin sorumluluğuna gidilmemesi gerektiği yönünde eskiden beri varlığını devam ettiren görüşler mevcuttur. Buna göre her hukuka aykırılığı -kusur derecesi ne olursa olsun- mutlak anlamda idarenin sorumluluğunu gerektiren bir hizmet kusuru olarak kabul etmek hatalıdır. Bu görüşe göre hizmete dair her hata, bozukluk, ihmal, gecikme veya yanlışlık sebebiyle idarenin tazminatla mükellef tutulması idareyi mali açıdan yıpratacağı gibi bu aynı zamanda kamu görevlilerini işten soğutarak çekingen davranmalarına yol açacaktır. Ancak basit hukuka aykırılık dolayısıyla ortaya çıkan zarara katlanılması gerektiğini ifade etmek de hakkaniyetli bir yaklaşım değildir.

İptal davası ile tam yargı davasının varlık sebepleri birbirinden farklıdır. Bu açıdan tam yargı davası sonucunda idarenin sorumluluğuna karar verilebilmesi için işlemin iptal edilmesine gerek olmadığı gibi iptal davası açılmadan da tam yargı davasının açılabilmesi mümkündür. İptal davası tam yargı davasının ön koşulu olmamasının yanı sıra işlemin ip-

tal edilmemesine rağmen işlemden dolayı idarenin tazminat ödemeye mahkûm edilebilmesi de ihtimal dâhilindedir.

İdarenin hukuka aykırı bir biçimde tesis ettiği idari işlem, hizmetin idare tarafından kötü ifa edildiği anlamına gelir. Bu açıdan hukuka aykırı olarak hukuk dünyasında vücut bulan idari işlemler hizmetin kötü işlediğine ve hizmet kusurunun varlığına işaret eder. Bununla birlikte doktrin ve içtihatlarda, hukuka aykırı olduğu tespit edilen idari işlemlerin her zaman hizmet kusuru oluşturmayacağı dolayısıyla idarenin sorumlu tutulmaması gerektiği görüşüne yer verilmektedir. Bazı yargı kararlarında, her idarenin işleyebileceği türden hukuki yanlışlık, içtihat hatası, takdir hatası, konunun içtihata mütehammil ve müsait olması gibi kavramların idarenin sorumluluğunu kaldıran bir hâl gibi değerlendirilmesi ve bu şekilde idarenin sorumluluktan kurtarılması eleştirilmeye değerdir.

Dağınık, karışık, anlatım bozukluğu bulunan, özensiz şekilde kaleme alınmış mevzuat hükümlerinden veya hizmetin bizatihi kendisinde bulunan zorluğun, idarenin sorumluluğunu kaldırmaya dair bir “özür” olarak öne sürülmemesi gerekir. Bilakis bu durum tazminat ödemek suretiyle ortaya çıkan bir “özrü” gerektirir. Yine de idare için bu şekilde bir koruma kalkanı oluşturulması gerekli görülüyorsa bu durumun objektif bir kurala bağlanması ve hukuki sınırlarının net bir biçimde çizilmesi hukuk devleti ilkesi açısından elzemdir.

Basit, takdiri ve içtihadı mütehammil olarak nitelenen hukuka aykırılıklarda idarenin sorumluluğunun doğabilmesi için işlem öncesi ve sonrası durumda bir farklılığın mevcut olup olmadığının göz önüne alınması gerekmektedir. Zira hukuka aykırılık basit olarak nitelendirilse de ortada idarenin hukuka aykırı bir işlemi ve bu işlemin neden olduğu bir zarar varsa bu zararın tazmin edilmesi hem Anayasa'nın 125. maddesi hem de hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.

Anahtar Kelimeler: İdarenin Sorumluluğu, Hizmet Kusuru, Basit Hukuka Aykırılık, Takdir Hatası, İctihadi Hata

CAN SIMPLE UNLAWFULNESS BE CONSIDERED AS ONE OF THE CIRCUMSTANCES THAT REMOVE THE RESPONSIBILITY OF THE ADMINISTRATION?

ABSTRACT

An administrative act that is determined by administrative judicial authorities to be unlawful in terms of any of its elements shall be annulled. However, a simple unlawfulness, such as a deficiency in the secondary form, does not lead to the annulment of the administrative act. In terms of the annulment action, such an unlawfulness, which is not fundamental in nature, is accepted as a simple mistake and the transaction is allowed to continue its existence in the legal world. With a similar logic, there are long-standing views that the administration should not be held liable for simple unlawfulness. According to this view, holding the administration liable for compensation for every fault in the service would not only wear down the administration financially, but would also alienate public officials from their work and cause them to act hesitantly. However, it is not an equitable approach to state that the compensation for simple unlawfulness must be endured.

The reasons for the existence of an annulment action and a full remedy action are different from each other. In addition to the fact that an annulment action is not a prerequisite for a full remedy action, it is also possible that the administration may be sentenced to pay compensation due to the transaction even if the transaction is not annulled.

An administrative action taken by the administration in an illegal manner means that the service is poorly executed by the administration. However, in doctrine and jurisprudence, it is stated that administrative actions that are found to be unlawful do not always constitute a service failure. In some judicial decisions, it is worthy of criticism that concepts such as legal faults, prejudice fault, faulty jurisprudence, fault of discretion, the subject matter being amenable and suitable for jurisprudence, which can be committed by any administration, are considered as a situation that removes the responsibility of the administration and in this way, the administration is relieved of responsibility.

Difficulties arising from disorganized, and carelessly drafted legislation or the service itself should not be put forward as an “exemption” from

the responsibility of the administration. On the contrary, this situation requires an “apology” in the form of compensation. Nevertheless, if it is deemed necessary to create such a protection shield for the administration, it is essential for the rule of law that this situation is subject to an objective rule and its legal boundaries are clearly defined.

In order for the responsibility of the administration to arise in the case of unlawful acts that are characterized as simple, discretionary, and arbitrary, it is necessary to consider whether there is a difference in the situation before and after the act. Even if the illegality is characterized as simple, if there is an unlawful administrative action and a damage caused by this action, it is a requirement of both Article 125 of the Constitution and the rule of law to compensate this damage.

Keywords: Responsibility of the Administration, Service Failure, Simple Unlawfulness, Fault of Discretion, Jurisprudential Fault.

GİRİŞ

İdarenin hukuki sorumluluğu, “kusur sorumluluğu” ve “kusursuz sorumluluk” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kusur sorumluluğu doktrin ve yargı kararlarında hizmet kusuru kavramıyla ifade edilmektedir. Hizmet kusuru, idarenin yürüttüğü bir hizmetin “geç işlemesi”, “kötü işlemesi” ya da “hiç işlememesi” olmak üzere üç şekilde tezahür etmektedir. İdarenin kusursuz sorumluluk halleri ise temel olarak “tehlike”, “sosyal risk” ve “kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi” olmak üzere yine üç başlık altında ele alınmaktadır. Söz konusu haller idarenin hukuki “sorumluluk sebepleri”ni oluşturmaktadır. Bir başka anlatımla tam yargı davalarında idarenin sorumluluğu, zikredilen genelde iki, özelde altı durum nedeniyle gündeme gelmektedir.

“İdarenin hukuki sorumluluğunun şartları (unsurları)” ise “idari bir davranışın varlığı”, “tazmini gereken bir zararın bulunması” ve “zarar ile idari davranış arasında uygun illiyet bağının mevcut olması”dır. Bahsedilen üç şart esasen fiil, zarar ve illiyet bağı olarak formüle edilen genel hukuki sorumluluk şartlarının idare hukukuna yansımından ibarettir. Anayasa’nın 125. maddesinin son fıkrasında bu durum “İdare kendi işlem ve eylemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlüdür” ifadesi ile hükme bağlanmıştır.

İdarenin kusur sorumluluğu açısından bahsi geçen üç şarta ilaveten “kusur” unsuru da aranmaktadır. Keza kusursuz sorumluluk açısından idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi için kusurun yokluğu gerekirken kusur sorumluluğunda kusurun varlığı aranmaktadır. Dolayısıyla tam yargı davalarında idarenin kusur sorumluluğuna hükmedilebilmesi için söz konusu dört şartın birlikte bulunması gereklidir. Aksi durumlarda idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumlu tutulması mümkün değildir.

İdarenin sorumluluk sebepleri çok önceleri içtihat yoluyla geliştirilmiştir. Günümüzde dahi bahsedilen sorumluluk sebeplerinin doğrudan yer aldığı bir mevzuat hükmü mevcut değildir. Bununla birlikte bahsedilen sorumluluk sebeplerinin gelişen hukuk anlayışı neticesinde değişmesi de mümkündür. Zira söz konusu sorumluluk sebepleri pozitif metinlerde yer almamakta ve esasen idarenin sorumluluk sebeplerinin anlaşılması ve kategorize edilebilmesi açısından pedagojik bir fonksiyon üstlenmektedir. Nitekim idari yargı mercilerinin idarenin sorumluluğuna hükmettiği birçok kararında sorumluluk sebebinin belirtmediği görülmektedir. Ayrıca sosyal risk ilkesi olarak ifade edilen kusursuz sorumluluk sebebinin hukukumuzda yaklaşık son kırk yıl içerisinde dâhil olması da ifade edilen görüşü doğrular niteliktedir. Sonuç itibarıyla sorumluluk sebepleri değişken olabilirken; sorumluluk şartlarının -meri

sorumluluk rejimi devam ettiği müddetçe- değişmesi mümkün değildir. Zira sorumluluk şartları hem hukukun genel ilkeleri arasında hem de Anayasanın 125. maddesinde yer almaktadır.

Diğer taraftan “mücbir sebep”, “beklenmeyen hâl”, “zarar görenin davranışı” ve “üçüncü kişinin davranışı” idarenin sorumluluğunu azaltan ya da kaldıran durumlar olarak benimsenmiş durumdadır. Bununla birlikte doktrin ve yargı kararlarında sorumluluk şartları oluşmasına rağmen sayılan dört durum dışında da bazen idarenin sorumlu tutulamayacağı ifade edilmektedir. Buna göre idari davranış, zarar, illiyet bağı ve kusur bulunmasına rağmen kusurun basit, içtihadı mütehammil (yorum farklılığına dayanan) ya da takdiri olmasından bahisle idarenin sorumluluğunun kalkacağı ya da idarenin sorumluluğunun hiç doğmayacağı ileri sürülmektedir. Bu durum genellikle idari işlemde kaynaklanan tam yargı davalarında görülmektedir. İdari işlemin hukuka aykırılığının mahkeme tarafından tespit edilmesine rağmen bu işlem dolayısıyla uğranılan zararların tazmin edilip edilmeyeceği doktrin ve yargı kararlarında görüş ayrılığına neden olmuştur.

Çalışmamızda idari yargı mercileri tarafından hukuka aykırılığı tespit edilen işlemler nedeniyle meydana gelen zararların tazmininde hukuka aykırılığın derecesine göre bir ayrıma gidilip gidilemeyeceği değerlendirilecektir. Hukuka aykırılık-kusur ilişkisi bağlamında basit olarak nitelendirilebilecek hukuka aykırı idari işlemlerden dolayı idarenin sorumlu tutulup tutulamayacağı; diğer bir ifadeyle idari işlemdeki hukuka aykırılığın basit olarak nitelendirilmesinin idarenin sorumluluğunu kaldıran bir sebep olarak öne sürülme problemi ele alınacaktır.

Bu kapsamda ilk olarak “basit hukuka aykırılıkların sorumluluğu kaldırdığı” yönündeki doktrinde yer alan görüşler incelenecek; akabinde bu yöndeki yargı kararlarının tahlili yapılacaktır. İkinci olarak ise “basit hukuka aykırılıkların sorumluluğu kaldırmadığı” yönündeki karşı görüşler ve bu yöndeki yargı kararlarının tahlili yapıp son olarak kendi görüşümüz kapsamında konunun değerlendirilmesi yapılacaktır.

BASİT HUKUKA AYKIRILIKLARIN İDARENİN SORUMLULUĞUNU KALDIRDIĞI YÖNÜNDEKİ GÖRÜŞLER

Öncelikle basit hukuka aykırılık şeklinde izah etmeye çalıştığımız hususları ifade etmek için doktrin ve içtihatlarda “ıçtihadı mütehammil hata, içtihat hatası, içtihadı hata, takdirde hata, içtihadı elverişli (müsa-it) hata, içtihat yanlışlığı, her idarenin işleyebileceği türden, olağan nitelikli yanlışlık ve hukuka aykırılık”¹ şeklinde ifadelerinin kullanıldığını

[1] “Yasaların yorumunda ve olayların değerlendirilmesindeki fark nedeniyle oluşan hukuka aykırılık olarak da nitelendirilebilen ve “ıçtihadı hata” ya da “takdirde hata”, “her idarenin işle-

belirtmek gerekir.

Doktrin

“İdarenin tesis etmiş olduğu her hukuka aykırı işlem, idarenin tazmin sorumluluğu doğurur mu?” sorusuna olumsuz yanıt veren görüşe göre, her hukuka aykırılık idarenin hukuki sorumluluğuna yol açmaz. Keza olağan nitelikte kabul edilebilecek ve her idarenin işleyebileceği kusurlar nedeniyle oluşan zararların tazmini gerekmez². Genel olarak tesis edilen hukuka aykırı işlemlerin hizmetin kötü işlediğini göstermesi yönüyle hizmet kusuru oluşturduğu kabul edilse de tüm hukuka aykırılıkların doğrudan hizmet kusuru oluşturmayacağı ifade edilmektedir³. Ayrıca hukuka aykırılığın ortaya çıktığı temele göre ayrıma gidilmesi de söz konusudur. Bu kapsamda maddi ve teknik olguların yorumunda yapılan hatadan dolayı idarenin sorumluluğunun tolere edilebileceği ancak karmaşık olmayan mevzuat hükümlerinin hatalı yorumu ve uygulanmasından kaynaklanan zararın tazmin edilmesi gerektirdiği de doktrinde yer alan görüşlerdendir⁴.

Basit hukuka aykırılıkların idarenin sorumluluğunu gerektirmediği düşüncesine göre genel olarak idarenin ifa ettiği hizmetteki her türlü aksaklığın kusur derecesi ne olursa olsun doğrudan hizmet kusuru olarak kabulü idareyi zor duruma sokacaktır. Kamu hizmetindeki her hata, ak-

*yebileceği türden olağan nitelikte hukuki yanlışlık” gibi tanımlarla ifadesini bulan bu “istisnai” hallerde, işlemin sonuçta hukuka aykırı görülmesi, idarenin tazminle yükümlü kılınması sonucunu doğurmaz”, Danıştay 10. Dairesinin 26.05.2021 tarih ve E. 2016/3398, K. 2021/2661 sayılı kararı. “İdare Mahkemesince ... davalı idarenin içtihatı hata sonucu dava konusu işlemi tesis ettiği anlaşıldığından davacının çalışmadığı sürelerle ilişkin alamadığı maaşlarının tazminine ilişkin talebinin reddine karar verilmiştir”, Danıştay 12. Dairesinin 22.02.2017 tarih ve E. 2016/9079, K. 2017/442 sayılı kararı. “Olağan nitelikteki hukuka aykırılıkların (içtihat hatalarının) manevi tazminat sorumluluğuna yol açtığından bahsedilmesine imkân bulunmamaktadır. İdarenin manevi tazminat sorumluluğundan bahsedilebilmesi için, saptanan hukuka aykırılığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması ve içtihat hatasına dayanmaması gerekmektedir”, İzmir Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesinin 18.06.2020 tarih ve E. 2019/996, K. 2020/469 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, (02.05.2024). “Hukuk kurallarının yorum ve uygulanmasındaki isabetsizlikler, idari sorumluluğu kaldırır sebep sayılmamalıdır. Gerçi, bugünün yoğun, karmaşık ve kötü yazılmış mevzuatı, eski bir deyimle, “içtihadı mütehammil ve müsait”dir”, Duran, Lütfi. *Türkiye İdarenin Sorumluluğu (Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri Sorumluluğa Yol Açan Olgular)*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974, s. 38.*

[2] Sancakdar, Oğuz / Önüt, Lale Burcu / Us Doğan, Eser / Kasapoğlu Turhan, Mine / Seyhan, Serkan. *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 846. Sancakdar, Oğuz. *İdari Yargılama Hukuku Genel Esaslar*, 3. Baskı, www.sorubankasi.net Yayınları, İzmir, 2019, s. 217. “Ehemiyyet derecesi ne olursa olsun her hizmet kusuru otomatik olarak idarenin sorumluluğunu gerektirmemektedir”, Özdemir, Necdet. *Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu*, Yeni Desen Matbaası, Ankara, 1963, s. 80.

[3] Özdemir, s. 80; Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil. *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 573.

[4] “İdare, nazik maddi olguları değerlendirmede ve çetin ve karmaşık mevzuat hükümlerini yorumlamada yanlış görüş ve düşüncelere kapılarak, sakat işlemler yaparsa; bunlar iptal edilmeyle beraber, tazmin borcu doğurmaz. Ancak, kıymet hükmü veya teknik ya da estetik değerlendirme içeren maddi olguların takdirinde hata edilmesi bağışlanabilirse de; hukuk kurallarının yorum ve uygulanmasındaki isabetsizlikler, idari sorumluluğu kaldırır bir sebep sayılmamalıdır”, Duran, s. 38.

saklık, ihmal veya yanlışlık sebebiyle idarenin tazminata mahkûm edilmesi, idareye mali açıdan ağır bir yük getirecektir. Bununla birlikte basit hukuka aykırılıktan dolayı idarenin sorumluluğunu kabul etmek aynı zamanda kamu görevlilerinin de yürüttükleri işten soğumalarına ve karar alırken çekingen davranmalarına sebebiyet verecektir⁵.

Söz konusu görüşe göre ayrıca idari işlemlerin iptal sebepleri ile idarenin sorumluluk sebepleri tam olarak örtüşmemektedir⁶. Bir idari işlemin hukuka aykırı olduğu tespit edilerek iptal edilmesi, idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumlu olacağı anlamına gelmez⁷. İdarenin kusuru nedeniyle meydana gelen zararları tazmin etmesi için işlemdeki sakatlığın belirli derecede ağır ve önemli olması gerekmektedir⁸. Bu görüşün kabulüne rağmen doktrin ve yargı kararlarında kullanılan “*her idarenin işleyeceği türden olağan nitelikteki hukuki yanlışlık ve aykırılıklar*” ifadesinin hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu ve idareyi hukuka aykırı davranmaya iteceği de belirtilmektedir⁹.

Sonuç itibarıyla bu görüşü benimseyenlere göre idari işlemin idarenin kusur sorumluluğuna neden olması için salt hukuka aykırı olması yeterli olmamakta ayrıca söz konusu hukuka aykırılığın belirli bir seviyeye ulaşması zorunludur. Dolayısıyla her hukuka aykırı işlem nedeniyle meydana gelen zararlardan idarenin sorumlu tutulması mümkün değildir. Bu yönüyle hukuka aykırılık, idari işlemin iptalini gerektirse de otomatik olarak hizmet kusuruna neden olmaz, dolayısıyla tazmin sorumluluğunu gerektirmez¹⁰.

İdari Yargı Kararları

Bu görüş kapsamında verilen birçok idari yargı kararı bulunmaktadır. Bununla birlikte Danıştay'ın “takdiri hata” hâlinin doğrudan idarenin sorumluluğunu kaldıran sebeplerden birisi olduğuna dair kararları da bulunmaktadır¹¹.

[5] Esin, Yüksel. *Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas (İdarenin Hukuki Sorumluluğu)*, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1973, s. 47; Anayurt, Ömer. *Türk Hukukunda İdarenin Kusura Dayalı Sorumluluğu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1989, s. 76.

[6] Akyılmaz / Sezginer / Kaya, s. 573.

[7] Zabunoğlu, Yahya Kazım. *İdare Hukuku*, C. 2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 416.

[8] Kalabalık, Halil. *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, 11. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2016, s. 229. Özgüldür, Serdar. *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 49. Anayurt, s. 68. “İdare hukukunda «hizmet kusuru vardır» diyebilmek, binnetice idarenin mesuliyeti cihetine gidebilmek için -hizmetin mahiyet ve bünyesine, nevi ve cinsine, hal ve icaplarına, ihtiyaç ve zaruretlerine, şart ve mutalarına göre- hâdisede muayyen bir ağırlık ve vahamet derecesine varmış bir kusur aranır”, Sarıca, Ragıp. “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 15, S. 4, 1949, s. 862.

[9] Akyılmaz / Sezginer / Kaya, s. 573.

[10] Düren, Akın. *İdare Hukuku Dersleri*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1979, s. 292-293.

[11] “*Dava konusu işlemin “İçtihadî hata”ya dayalı olarak tesis edilmiş olması nedeniyle, idarenin tazmin sorumluluğunu ortadan kaldıran bu hukuki olgu karşısında davanın reddi gerekir*”

Danıştay'ın yakın tarihte vermiş olduğu bir kararda şu ifadelere yer verilmiştir¹²:

“Bir idari işlemin, idari yargı yerince herhangi bir yönden mevzuata ve hukuka aykırı bulunması, her durumda ve tek başına hizmet kusurunun varlığını kabule yeterli değildir. Danıştayın yerleşik kararlarında; yargı organlarının, idareye nazaran daha geniş bir yorum ve takdir yetkisine sahip olmasına bağlı olarak, içtihat yoluyla, idarenin bir mevzuat hükmüne verdiği anlamı değiştirmek suretiyle, idareye ne yolda uygulama yapması gerektiğine işaret edebileceği; diğer bir deyişle, mevzuat hükümlerinin idarece iyi niyetle ve ciddi surette farklı yorumlanmasından doğan ve bilahare idari yargı organınca hukuka aykırı şekilde nitelenen işlemlerden dolayı bir tazminat talebine hukukilik atfedilemeyeceği; dolayısıyla bu hallerde idarenin tazmin sorumluluğunun bulunmayacağı genel kabul görmüş bulunmaktadır.

Yasaların yorumunda ve olayların değerlendirilmesindeki fark nedeniyle oluşan hukuka aykırılık olarak da nitelendirilebilen ve “içtihadi hata” ya da “takdirde hata”, “her idarenin işleyebileceği türden olağan nitelikte hukuki yanlışlık” gibi tanımlarla ifadesini bulan bu “istisnai” hallerde, işlemin sonuçta hukuka aykırı görülmesi, idarenin tazminle yükümlü kılınması sonucunu doğurmaz”.

Danıştay başka bir kararında ise “idarenin işlem ve eylemleri dolayısıyla hizmet kusuru işlediğini söyleyebilmek için saptanan hukuki sakatlığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması gerekmektedir. Her idarenin işleyeceği türdeki yanlışlık, aykırılık ve aksaklık hizmet kusuru olarak nitelendirilemez” ifadelerine yer vermiştir¹³. Bu kapsamda idari yargı içtihatlarında, her idarenin işleyebileceği türden hukuka aykırılıkların hizmet kusuru olmadığı, zira hizmetin kötü ve geç işlemesi yahut hiç işlememesi durumunun ancak belirli derecede ağır ve önemli hukuka aykırılıklar dolayısıyla ortaya çıkabileceği yönünde içtihat yoğunluğunun bulunduğunu ifade etmek mümkündür¹⁴.

ken; idare mahkemesince aksi yönde verilen kararda hukuki isabet bulunmamaktadır”, Danıştay 10. Dairesinin 19.03.2007 tarih ve E. 2004/3398, K. 2007/1380 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, (02.05.2024).

[12] Danıştay 10. Dairesinin 26.05.2021 tarih ve E. 2016/3398, K. 2021/2661 sayılı kararı, www.lexpera.com.tr, (02.05.2024). Danıştay 10. Dairesinin 19.03.2007 tarih ve E. 2004/10967, K. 2007/1380 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, (02.05.2024).

[13] Danıştay 8. Dairesinin 03.06.2002 tarih ve E. 2001/2822, K. 2002/3183 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, (02.05.2024).

[14] “İdare hukukunun umumî esaslarına göre, idarî bir kararı batıl kılan kanunsuzluk bir hizmet kusuru olarak vasıflan- dırılırsa da her kanunsuzluk otomatikman idarenin mesuliyetini in- taç etmez. İdarenin mes’uliyeti için kanunsuzluğun bir dereceye kadar ağır olması hizmetin geç veya kötü işlemesi veya hiç işlememesi gibi idareye izafe edilebilecek bir kusurun mevcudiyeti şarttır...Bu itibarla içtihadı mütehammil ve müsait bir madde hükmünün tatbikatından olan mezkûr işlemin yukarıda açıklandığı gibi görüş ayrılığı sebebiyle iptali keyfiyeti bizatihi hizmet kusurunun mevcudiyetini göstermez”, Danıştay 6. Dairesinin 27.04.1967 tarih ve E. 1966/2636,

Bu kapsamda Cumhuriyet savcısına ait bir aracın gümrük muhafaza memuru tarafından hukuka aykırı şekilde aranması olayında gümrük muhafaza memuru hakkında haksız arama yapmak suçundan Asliye Ceza Mahkemesi tarafından ceza verilmiş olsa da açılan tam yargı davasında Danıştay hukuka aykırılığın içtihat hatasına dayandığına ve meydana gelen manevi zararın tazmin edilemeyeceğine karar vermiştir¹⁵.

Bir başka uyuşmazlıkta, maliki olduğu apartmanın sığınağına eşya koyduğu gerekçesiyle 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyedliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun uyarınca verilen tecavüzün önlenmesi kararı idare mahkemesince hukuka aykırı bulunarak iptal edilmiştir. İşlem nedeniyle oluşan zararların tazmini talebiyle açılan davada mahkemenin *“her idarenin işleyebileceği türden, olağan nitelikteki hukuki yanlışlık ve aykırılıkların hizmet kusuru sayılamayacağı, uyuşmazlık konusu olayda davacının apartmanın ortak kullanım yeri olan sığınağa eşya koyma şeklindeki eyleminin 3091 sayılı Yasaya göre engellenemeyeceği, ancak idarenin 3091 sayılı Yasayı uygulayarak yaptığı hukuki hatanın hizmet kusuru teşkil etmeyeceği”* gerekçesiyle vermiş olduğu davanın reddi kararı Danıştay tarafından onanmıştır¹⁶.

Polis Meslek Yüksekokulu mülakatının sağlık kontrolü aşamasında, idarenin hatalı işlemi ile renk körü olduğu gerekçesiyle elenmesi işleminin iptali üzerine açılan tam yargı davasında Bölge İdare Mahkemesi, davacının tekrar sınava çağırılması sonucunda bu defa yazılı sınavdan

K. 1967/1388 sayılı kararı, *Danıştay Kararları Dergisi*, S. 115-118, s. 281. “İdarenin manevî tazminat sorumluluğundan bahsedilebilmesi için, saptanan hukuka aykırılığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması ve içtihat hatasına dayanmaması gerektiği, belirtildiği gibi, davacının manevî zarara uğradığını iddia ettiği işlemin salt idare mahkemesi tarafından iptal edilmiş olmasının, davacının uğradığını ileri sürdüğü manevî zararın idare tarafından tazminine karar verilmesi için yeterli bulunmadığı ... sonucuna ulaşıldığı gerekçesiyle, ... davanın reddine karar verilmiştir”, Konya Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesinin 26.11.2020 tarih ve E. 2020/953, K. 2020/1994 sayılı kararı. “İdarenin hizmet kusurundan ve dolayısıyla tazminat sorumluluğundan bahsedilebilmesi için, saptanan hukuka aykırılığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması ve içtihat hatasına dayanmaması gerekmektedir”, Samsun Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesinin 24.05.2019 tarih ve E. 2018/1353, K. 2019/759 sayılı kararı, www.lexpera.com.tr, (02.05.2024).

[15] “Gümrük mevzuatında, gümrüklü saha içinde gerçekleştirilecek kontrol ve muayeneye yönelik olarak hâkim ve Cumhuriyet savcılarını ile eşyası hakkında bir muafiyet öngörülmediği de dikkate alındığında; davalı idare ajanı gümrük muhafaza memurunun, kendi görev alanına ilişkin gümrük mevzuatının “genel kanun”, hâkim ve Cumhuriyet savcılarının aranmasına yönelik düzenleme getiren 2802 sayılı Kanun’un “özel kanun” niteliğinde bulunduğunu bilmeyebileceği ve bilmesinin beklenemeyeceği; başka bir anlatımla, kendi görev alanına ilişkin mevzuata uygun davranan memurun özel kanun - genel kanun ayrımına yönelik hukuki nitelendirmeyi hatalı yapması sonucu tesis ettiği arama işleminin hizmet kusuru teşkil etmediği kanaatine varılmıştır. Bu durumda, tazminat istemine konu arama işleminin “içtihatî hata”ya dayalı olarak tesis edilmiş olması nedeniyle, idarenin tazmin sorumluluğunu ortadan kaldıran bu hukuki olgu karşısında, Mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken, idarenin hizmet kusuru bulunduğunu gerekçesiyle davanın kısmen kabulü, kısmen reddi yolunda verilen kararın temyize konu kısmında hukuki isabet görülmemiştir”, Danıştay 10. Dairesinin 26.05.2021 tarih ve E. 2016/3398, K. 2021/2661 sayılı kararı, www.lexpera.com.tr, (02.05.2024).

[16] Danıştay 10. Dairesinin 04.03.1998 tarih ve E. 1997/3567, K. 1998/1000 sayılı kararı, www.lexpera.com.tr, (02.05.2024).

başarısız olduğu gerekçesiyle idarenin hizmet kusurunun bulunmadığına hükmetmiştir¹⁷. Bu açıdan istinaf mahkemesi idarenin sorumluluğunu yeniden girilen sınavdan elde edilecek başarıya bağlamıştır. Adayın girdiği sınavdan başarısız olması sınava alınmama işleminden kaynaklanan sorumluluğun ilgili üzerine bırakılması sonucunu doğurmuştur. Ayrıca sınava alınmama işleminin hukuka aykırı olduğunun yargı kararıyla tespit edilmesi tek başına idarenin mali sorumluluğu açısından yeterli görülmemiştir. Bu açıdan kasıt ya da kötüniyet gibi bir davranışı tespit edilemeyen idarenin hatası basit bir hata olarak değerlendirilmiştir.

Alınan inşaat ruhsatının ve dayanağı imar planının “*alanda etaplama yapılmasının gerekçelerinin bulunmaması, plan onama sınırının ne şekilde belirlendiğinin tespit edilememesi, plana altlık teşkil edecek jeolojik-jeoteknik ve mikro bölgeleme etütlerine dayanan analiz çalışması yapılmamış olması, toprak kabiliyeti, tarım alanı ve tarımsal arazi çalışmalarının yapılmaması ve Tarım İl Müdürlüğünden plana altlık teşkil edecek görüşlerin alınmaması*” nedeniyle hukuka aykırı bulunarak iptal edilmesi sonucunda uğranılan zararların tazmini talebiyle açılan davada Bölge İdare Mahkemesi “*davalı idare tarafından, 1/5000 ölçekli nazım imar planının hazırlanması sırasında gerekli çalışmaların yerine getirilmesi sürecinde kusurlu davranıldığı ve anılan yargı kararının gereğinin yerine getirilerek yeni imar planlarının hazırlanmadığı dolayısıyla kamu hizmetinin kusurlu işlediği hususu açık ise de, anılan hizmet kusuru sebebiyle manevi tazminata hükmedilebilmesi için aykırılığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması gerektiği, işbu uyumsuzlukta, manevi tazminata hükmedilmesi koşullarının oluşmadığı kanaatine varılmaktadır*” ifadeleriyle istinaf başvurusunun reddine karar vermiştir¹⁸.

[17] “*Olayda; davacının polis meslek yüksek okulu öğrencisi olmasına engel teşkil edecek bir sorunun bulunmadığı, bu hususun Sağlık Kurulu Raporlarında tespit edildiği, akabinde davacının sağlık koşullarını taşımadığı sebebiyle öğrenciliğe kabul edilmemesine ilişkin işlemin Ankara 10. İdare Mahkemesinin kararı ile önce yürütmesinin durdurulduğu, bunun üzerine davacının 30.12.2014 tarihinde 14. Dönem POMEM öğrenci adaylığı için tekrar sınava çağırıldığı ve sınavda başarısız sayıldığı görülmüştür. İdari işlemlerin hukuka aykırı bulunarak iptal edilmesinin idareyi doğrudan tazmin sorumluluğu altına sokmayacağı, idarenin tazmin sorumluluğunun doğması için hukuka aykırılık ve zarar yanında ağır hizmet kusuru unsurunun da bulunması gerektiği, davacının mülakatın sağlık kontrolü aşamasında renk körü olarak belirlenmesi hatalı olmuştur da, olayda kasıt veya kötüniyet gibi davalı idarenin ağır hizmet kusuru ve manevi tazmin sorumluluğu doğurabilecek unsurların bulunmadığı, dolayısıyla iptal edilen işlem nedeniyle manevi tazminat ödenebilmesi için gerekli koşulların oluşmadığı, bu nedenle de davacının manevi tazminat isteminin reddi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır*”, Samsun Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesinin 24.05.2019 tarih ve E. 2018/1353, K. 2019/759 sayılı kararı, www.lexpera.com.tr, (02.05.2024).

[18] “İdare Hukuku ilkelerine göre idarenin tazminat sorumluluğundan söz edebilmek için bir hizmet kusurunun bulunması gerekmektedir. Bir idari işlemin yasalara ve hukuka aykırılığı kural olarak hizmet kusuru sayılmakta ise de, her hukuka aykırılığın manevi tazminat sorumluluğuna yol açmayacağı da İdare Hukukunun bilinen ilkeleri arasındadır. Gerçekten, idari işlemlerin iptalini gerektiren nedenlerle manevi tazminat sorumluluğunu doğuran nedenler arasında tam bir özdeşlik kurmak mümkün değildir. Bir işlemin herhangi bir yönden yasalara ve hukuk kurallarına aykırı görülerek iptal edilmiş olması başlı başına manevi tazminat sorumluluğunun varlığını kabule yetmez. Olağan nitelikteki hukuka aykırılıkların (içtihat hatalarının) manevi tazminat so-

Diğer kamu hizmetleriyle kıyaslandığında karmaşık bir mevzuat yapısına sahip olmayan ve hizmetin ifasında da özel bir zorluk barındırmayan eğitim kamu hizmetinde de benzer yönde içtihatlarla rastlamak mümkündür:

Örneğin bir üniversite öğrencisinin bütünleme sınavından başarısız sayılmasına dair idari işlem mahkeme tarafından iptal edilmiştir. Bunun üzerine öğrenim harcı ve yapılan masraflar nedeniyle uğranılan zararın tazmini için açılan tam yargı davasında Danıştay şu ifadelere yer vermiştir: *“Hatalı not takdirine ilişkin işlem, ilmi bir takdirin sonucu olup, ortada idareye yüklenebilecek bir hizmet kusuru bulunmamaktadır”*¹⁹.

Bir öğrencinin açlık grevine katılması sebebiyle hakkında tesis edilen okuldan bir yarıyıl uzaklaştırma cezası verilmesi işleminin iptali üzerine açılan tam yargı davasında²⁰, yine bir üniversite öğrencisinin kaydının süresinde kayıt yenileme başvurusunda bulunmadığı gerekçesiyle silinmesi işleminin iptali üzerine açılan tam yargı davasında Danıştay, hizmet kusurunun varlığından söz edebilmek için saptanan hukuki sakatlığın ağır ve önemli olması gerekeceği, olağan nitelikteki hukuki yanlışlık ve aykırılıkların hizmet kusuruna yol açmayacağına karar vermiştir²¹.

rumluluğuna yol açtığından bahsedilmesine imkân bulunmamaktadır. İdarenin manevi tazminat sorumluluğundan bahsedilebilmesi için, saptanan hukuka aykırılığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması ve içtihat hatasına dayanmaması gerekmektedir”, İzmir Bölge İdare Mahkemesi 3. İdari Dava Dairesinin 08.06.2020 tarih ve E. 2019/996, K. 2020/469 sayılı kararı, www.lexpera.com.tr, (02.05.2024).

[19] *“Bir idari işlemin yasalara ve hukuka aykırılığı kural olarak hizmet kusuru sayılmakta ise de, her aykırılığın tazminat sorumluluğuna yol açmayacağı da idare hukukunun ilkelerindedir. Bir işlemin herhangi bir yönden yasalara ve hukuk kurallarına aykırı görülerek iptal edilmiş olması, hizmet kusurunun varlığını kabule yetmez. Bir başka anlatımla, işlemin iptalini gerektiren her hukuki yanlışlığı ve aykırılığı, kendiliğinden hizmet kusuru olarak niteleme olanağı yoktur. İdare işleminin yapılması ve uygulanmasında hizmet kusuru işlemiştir diyebilmek için saptanan hukuki sakatlığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması gerekir. Her idarenin işleyebileceği türden olağan nitelikteki hukuki yanlışlık ve aykırılıklar hizmet kusuruna yol açmaz. Dava dosyasının incelenmesinden, davacının sınav kağıdına düşük not yerilerek başarısız sayılmasına ilişkin işlemin, idare mahkemesince sınav kağıdı üzerinde yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu, bilirkişilerce sınav kağıdına geçer not takdir edilerek iptal edilmesi üzerine, okulun bir yıl geç bitirilmesi nedeniyle uğranıldığı öne sürülen maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle bu davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Dava konusu edilen hatalı not takdirine ilişkin işlem, ilmi bir takdirin sonucu olup, ortada idareye yüklenebilecek bir hizmet kusuru bulunmamaktadır”, Danıştay 8. Dairesinin 16.03.1993 tarih ve E. 1992/848, K. 1993/1389 sayılı kararı, www.lexpera.com.tr, (02.05.2024).*

[20] Danıştay 8. Dairesinin 10.10.1991 tarih ve E. 1991/785, K. 1991/1587 sayılı kararı, www.kazanci.com.tr, (02.05.2024). Aynı konuda verilmiş benzer yöndeki kararda yer alan karşı oy için bkz. *“Anayasaya ve yasaya açıkça aykırılığı yargı kararı ile ortaya konulmuş olan idari işlemin uygulanmasının davacıyı ruhsal açıdan ızrar ettiği açık olup bunun sonucu oluşan manevi zararın giderilmesi gerekmektedir”, Danıştay 8. Dairesinin 15.12.2006 tarih ve E. 2006/88, K. 2006/5162 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, (28.01.2024).*

[21] *“İdare mahkemesince idarenin haksız olduğunun mahkeme kararıyla saptandığı gerekçesiyle tazminata hükmedilmiş ise de, ortada idarenin ağır hizmet kusuru ile sakatlanmış bir işlem bulunmadığı ve yoruma dayalı bir idari tasarruf olduğundan aksine verilen idare mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır”, Danıştay 8. Dairesinin 08.04.1997 tarih ve E. 1995/3635, K. 1997/1209 sayılı kararı, www.lexpera.com.tr, (02.05.2024).*

Öğretim görevlisi olmak için başvuru yapan ve sınavları kazanmasına rağmen güvenlik soruşturmasının olumsuz olduğundan bahisle ataması yapılmayan bir kişi atanmanın yapılmaması işlemine karşı açtığı davada söz konusu işlem hukuka aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Atanmama işlemi nedeniyle uğradığı zararların tazmini talebiyle açtığı davada Danıştay, “bir idari işlemin yasalara ve hukuka aykırılığı kural olarak hizmet kusuru sayılmakta ise de, her aykırılığın tazminat sorumluluğuna yol açmayacağı da idare hukuku ilkelerindedir. Nitekim idari işlemlerin iptalini gerektiren nedenlerle hizmet kusurunu doğuran nedenler arasında tam bir özdeşlik yoktur. Bir işlemin herhangi bir yönden yasalara ve hukuk kurallarına aykırı görülerek iptal edilmiş olması hizmet kusurunun varlığını kabule yetmez. İdare işleminin yapılması ve uygulanmasında hizmet kusuru işlenmiştir diyebilmek için saptanan hukuki sakatlığın ağır ve önemli olması gerekmektedir” ifadelerine yer vererek olayda idarenin sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir²².

Basit hukuka aykırılıklardan dolayı idarenin sorumluluğunun aranması gerektiği fikrinin temel dayanaklarından biri de bazı faaliyetlerin yürütmesinde kamu hizmetinin niteliğinden kaynaklanan bir zorlukların bulunmasıdır. Bu zorluk karşısında idarenin basit hatalarının tolere edilmesi gerektiği düşünülmektedir. Ancak tıbbi ve cerrahi müdahaleler, vergi toplama, cezaevi yönetimi, akıl hastalarının gözetimi, acil yardım-kurtarma-yangın söndürme gibi faaliyetlerin “yürütülmesinde güçlük olan faaliyetler”den olduğu genel kabul görmekle birlikte eğitim gibi sayılan faaliyetlere nazaran gerek ifası gerek mevzuatı daha kolay ve yalın olan bir kamu hizmetinde dahi aynı gerekçeyle idareye bir sorumsuzluk alanı öngörülmesi kabul edilemez. Nitekim bu durum zamanla yürütülmesinde özel bir güçlük bulunmayan olağan kamu hizmetlerinde bile idareye hukuk devleti ilkesine aykırı bir şekilde mali bağışıklık getirilmesine sebep olur.

Kapatılan Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararlarında da konunun tartışıldığı görülmektedir. Yüksek Mahkeme kararlarında öncelikle konunun doktrin ve içtihatlarda tartışmalı olduğu ve yerleşik içtihatlara göre takdiri hata durumlarında idarenin sorumlu tutulamayacağını belirterek şu ifadelere yer verilmiştir²³:

[22] “Ankara 8. İdare Mahkemesince iptal edilen öğretim görevliliğine atamasının yapılması işleminin tesisinde güvenlik soruşturması sonucunda hataya düşülmüş olması, hizmet kusuru sayılabilecek ve maddi tazminat ödenmesi sonucunu doğuracak ağır ve önemli bir hukuki sakatlık niteliğinde değildir. Bu nedenle idarenin maddi tazminat ödemekle yükümlü tutulması gerekmez”, Danıştay 8. Dairesinin 19.03.1996 tarih ve E. 1995/4350, K. 1996/768 sayılı kararı, www.lexpera.com.tr, (02.05.2024).

[23] Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2. Dairesinin 29.06.2016 tarih ve E. 2016/381, K. 2016/3225 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, (02.05.2024).

“Hukuk devleti ilkesi gereği faaliyetlerini hukuka uygun bir biçimde yürütmek zorunda olan idarenin, bir idari işlemde dolayı “hizmet kusuru”na dayalı olarak tazmin sorumluluğundan söz edilebilmesi için kural olarak hukuka aykırılığın varlığı şarttır. Ancak, bir idari işlemin herhangi bir yönden mevzuata ve hukuk kurallarına aykırı olması halinde, her durumda ve tek başına hizmet kusurunun varlığını kabule yeterli olup olmadığı, diğer bir ifadeyle idari işlemlerin iptalini gerektiren nedenlerle hizmet kusurunu doğuran nedenler arasında tam bir bağlılık ve ayniyet olup olmadığı hususunda öğretide fikir birliği bulunmadığı görülmektedir.

Ancak, bu konudaki baskın görüş, şekil ve yetki unsurlarındaki sakatlıklar (o da belli koşullarla-mazur görülebilecek hukuki ve maddi tavsif, takdir hatalarında, iptal edilen kararın sahih ve muteber şekilde tekrar yapılması mümkün veya zaruri olan ya da karar araya girmeseydi dahi zararın başka sebepten meydana geleceği hallerde) hariç; her iptal sebebinin idarenin hizmet kusuruna sebebiyet verdiği, dolayısıyla işlemde doğan bu zararın mutlak surette tazmini gerektirdiği yönündedir.

AYİM’in bu konudaki yerleşik kararları da sorumluluğu ortadan kaldıran nedenlerin (tazmini gereken zarar bulunmaması, zararın zarar gören kişinin kendi kusurlu davranışından kaynaklanması, zararın üçüncü kişilerin işlem ve eylemlerinden doğması, zararlar idari işlem arasında illiyet bağının olmaması, içtihadî hata, ilmi takdir yetkisinin kullanılması sonucu verilen zarar, her idarenin işleyebileceği türden, olağan nitelikteki hukuki yanlışlık ve aykırılıklar sebebiyle verilen zarar, hukuka uygun idari işlemler sebebiyle verilen zarar) bulunmadığı hallerde, “ağır hizmet kusuru” koşulu aranmaksızın iptal kararı ile saptanan hukuka aykırılığın yol açtığı tüm zararların tazmini doğrultusundadır”.

Örneğin astsubay okulunda öğrenim görürken güvenlik soruşturması olumsuz sonuçlandığından bahisle öğrencilikle ilişik kesme kararının sebep unsuru bakımından iptali üzerine astsubaylığa geç nasbedilme nedeniyle uğranılan zararın tazmini talebiyle açılan tam yargı davasında AYİM yukarıda zikredilen gerekçelerle idarenin sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir²⁴. Benzer şekilde sağlık sebebiyle ilişik kesme işle-

[24] Hizmet kusuruna sebebiyet vermeyecek olan hukuka aykırılığın yetki ve şekil unsurlarında bulunacağı diğer unsurlardaki hukuka aykırılığın hizmet kusuru oluşturacağı yönündeki karşı oylar için bkz. *“Öğretide bu konuda baskın görüş; idari işlemlerdeki yetki, şekil unsurları ve usul bakımından hukuka aykırılıkların, sonradan giderilebilir hukuka aykırılıklar olması nedeniyle hizmet kusuru teşkil etmeyeceğinden, idarenin hizmet kusuruna dayalı sorumluluğunun bulunduğundan da söz edilemeyeceği; idari işlemlerdeki sebep, konu ve maksat unsurları bakımından hukuka aykırılıkların ise hizmet kusuruna sebebiyet verdiği ve idarenin hizmet kusuruna dayalı tazmin sorumluluğunun bulunduğu yönündedir. Davacının sebep yönünden hukuka aykırılığı AYİM 2’nci Dairesinin 02.12.2015 gün, 2014/1941 Esas ve 2015/2001 Karar sayılı kararıyla saptanan bir idari işlemle Jandarama Astsubay Temel Kursundan çıkarıldığı ve bu nedenle emsallerinden geç göreve başladığı maddî bir vakadır. Bu nedenle tesis edilen okuldaki çıkarılma işlemi, idarenin hizmet kusurunu ortaya koymaktadır. Davacının hukuka aykırı olarak hakkında tesis edilen okuldaki çıkarılma işlemi nedeniyle emsallerinden geç Ast-*

minin iptalinden sonra astsubaylığa geç naspedilmeden dolayı uğranılan zararların da tazmin edilemeyeceğine karar verdiği görülmektedir²⁵. AYİM'in kapatılmadan önce verdiği son kararlarında istikrarlı şekilde askeri öğrencilerin hukuka aykırı ilişik kesme işlemlerinde, ilişik kesmeden dolayı meydana gelen zararların "içtihadî hata, ilmi takdir yetkisinin kullanılması sonucu verilen zarar, her idarenin işleyebileceği türden, olağan nitelikteki hukuki yanlışlık ve aykırılıklar sebebiyle verilen zarar" olduğu gerekçesiyle sorumluluğa sebep olmayacağına hükmettiği görülmektedir²⁶.

İdari yargı mercilerinin vermiş olduğu bazı kararlarda ise maddi tazminatın kabul edilmesine rağmen takdiri hatalar nedeniyle manevi tazminata hükmedilemeyeceğine karar verildiği görülmektedir. Örneğin konu unsuru bakımından hukuka aykırı bulunan göreve son verme işleminden dolayı meydana gelen zararların tazminine ilişkin davada "Disiplin Yönetmeliğinin davacının eyleme uyan maddeleri konusunda idareye nazaran farklı bir yorum getirilerek görevden çıkarma cezasında hukuka aykırılığın saptanması, idarenin iyi niyetle ve hizmet gereklerini ön plana alınarak yaptığı yorum sonucu tesis ettiği görevden çıkarma işleminin "içtihadî hata"ya dayalı olduğu ve olayda manevi tazminata ilişkin koşullar bulunmadığından davacının manevi tazminat isteminin kabulüne olanağı bulunmadığı gerekçesiyle" ret kararı veren İdare Mahkemesi kararı Danıştay tarafından onanmıştır²⁷.

Af Kanunu'ndan hukuka aykırı şekilde yararlandırılmayan bir öğrencinin, bir yıl geç mezun olması sebebiyle uğradığı zararların tazmini talebiyle açtığı davada ise Danıştay, İdare Mahkemesi'nin maddi tazminat talebinin zararın ispatlanamaması nedeniyle reddi yönündeki kararını onamış; manevi tazminata dair vermiş olduğu kabul kararını ise "davalı idarece oluşturulan işlemlerdeki hukuki yanlışlık ve aykırılıkların hizmet

subaylığa nasbedilmek ve göreve geç başlamak suretiyle statü dışında geçirdiği süreye ilişkin uğradığı maddi zararların idarece hizmet kusuru esaslarına göre tazmini gerektiği kanaatinde olduğumdan, aksi yöndeki sayın çoğunluk görüşüne katılmadım", Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2. Dairesinin 29.06.2016 tarih ve E. 2016/381, K. 2016/3225 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, (02.05.2024).

[25] Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2. Dairesinin 09.03.2016 tarih ve E. 2016/376, K. 2016/386 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, (02.05.2024).

[26] Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2. Dairesinin 02.12.2015 tarih ve E. 2015/1527, K. 2015/1932 sayılı kararı. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2. Dairesinin 06.01.2016 tarih ve E. 2015/756, K. 2016/95 sayılı kararı. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2. Dairesinin 10.06.2015 tarih ve E. 2015/340, K. 2015/1003 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, (02.05.2024).

[27] Danıştay 12. Dairesinin 30.04.2013 tarih ve E. 2010/35, K. 2013/3389 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, (02.05.2024). Karşı oy için bkz. "İptaline hükmedilen görevden çıkarma cezası ile davacının temerrüde düşerek ödeyemediği borçları nedeniyle ödemesi gereken faiz tutarı arasinda illiyet bağının bulunduğu açık olduğundan, davacının açıkta kaldığı dönemde görevine devam edebileseydi maaşıyla ödeyebilecek olduğu borç tutarına isabet eden faizini yaptırlacak bilirkişi incelemesi sonucu hesaplanarak tazminat olarak hükmedilmesi gerekirken bu kısma yönelik verilen davanın reddi yolundaki kararda hukuki isabet bulunmadığından kararın bu kısmının bozulması gerektiği düşüncesiyle aksi yöndeki karara katılmıyoruz".

kusuru doğuracak nitelikte önemli ve ağır olmadığı, dolayısıyla manevi tazminat ödenmesini gerekli kılmayacağı açıktır” ifadelerine yer vererek bozmuştur²⁸.

BASİT HUKUKA AYKIRILIKLARIN İDARENİN SORUMLULUĞUNU KALDIRMADIĞI YÖNÜNDEKİ GÖRÜŞLER

Doktrin

Doktrinde yer alan diğer görüşe göre idari işlemin hukuka aykırı şekilde tesis edilmiş olması, idarenin hizmeti gereği gibi ifa etmediğinin kanıtıdır²⁹. Bu kapsamda hukuka aykırı işlem nedeniyle zarara uğrayan kişilere zarara katlanmasını söylemek adalet ve hakkaniyetle bağdaşmaz³⁰.

Hukuka aykırılığın, aynı zamanda meydana gelen zararlardan dolayı sorumluluğu da gerektirdiği görüşünü ileri süren yazarların temel gerekçesini hukuk devleti ilkesi oluşturmaktadır³¹. Nitekim hukuk devletinde basit hukuka aykırılıkların sorumluluk doğurmayacağını ileri sürmek mümkün değildir. Bu yaklaşımın hukuk devletine olan inancın azalmasına hizmet etmesinin yanı sıra hangi türden kusurların basit hukuka aykırılık olduğunun tespit edilmesi de güçtür. Bu şekilde bir tartışma dahi idare edilenlerin yargıya olan güvenini azaltır. İdari yargı mercileri tarafından tespit edilen basit de olsa bir hukuka aykırılık varsa ve hukuka aykırılık nedeniyle ortaya çıkmış bir zarar da bulunuyorsa söz konusu zararın idare tarafından tazmin edilmesi Anayasa'nın 125. maddesi ve hukuk devleti ilkesi gereğince bir zorunluluk arz eder³². Bu konuda önemli olan nokta, hukuka aykırılığın derecesi değil; işlemden öncesi ile sonrası arasındaki durum farklılığı; diğer bir ifadeyle işlemden dolayı zararın ortaya çıkıp çıkmadığıdır³³.

[28] Danıştay 8. Dairesinin 03.06.2002 tarih ve E. 2001/2822, K. 2002/3183 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, (02.05.2024).

[29] Yayla, Yıldızhan. *İdare Hukuku*, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 364. Yıldırım, Turan. “İdarenin Sorumluluğu”, *İdare Hukuku*, (Edt. Turan Yıldırım), 8. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 776. Günday, Metin. *İdare Hukuku*, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2015, s. 373; Tetik, Ahmet Talha. *Türk Hukukunda Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 61.

[30] Yıldırım, Turan. *İdari Yargı*, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s. 254. “*Mevzuata aykırı kararlar itiraz eden bir idarenin fena kurulmuş olduğunu, kötü işlediğini, bir kelime ile idareye bir hizmet kusuru atf ve izafe olunabileceğini bir karine ve faraziye olarak kabul etmek icap eder*”, Giritli, İsmet. “Türk Devlet Şurası İçtihadlarına Göre İdarenin Yetkisini Saptırması”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 21, S. 1-4, 1957, s. 88.

[31] Gözler, Kemal. *İdare Hukuku*, C. 2, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 1098. Candan, Turgut. *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 185. Atay, Ender Ethem / Odabaşı, Hasan. *Teori ve Yargı Kararları İşliğinde İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 71-73.

[32] Candan, s. 185. Gözler, s. 1094. Atay / Odabaşı, s. 73. Bazı yazarlar hukuka aykırı her işlem nedeniyle oluşan zararların tazmin edilmeyeceğini ifade etmekle birlikte her idarenin işleyebileceği türden hatalar ifadesini hukuk devleti ilkesiyle bağdaştırmanın mümkün olmadığını da belirtmektedir. Aksi hâlde hukuka aykırı davranışın olağan bir durum olarak karşılanmaya başlanacağı altı çizilmektedir. Bkz. Akyılmaz / Sezginer / Kaya, s. 573.

[33] Gözübüyük, A. Şeref / Tan, Turgut. *İdare Hukuku*, C. 1, 13. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara,

İdarenin sorumluluğu açısından hukuka aykırılığın başka bir ifadeyle kusur derecesinin tayin ve tespiti gerekçesiyle basit ve basit olmayan (ağır-ciddi-fevkalade-belirgin-açık vs.) şeklinde bir ayrıma gidilmesinin sağlıklı olmadığını da bu aşamada kısaca izah etmek gerekir. Doktrin ve içtihatlarda basit hukuka aykırılığı ifade etmek için her idarenin işleyebileceği türden hukuka aykırılıklar, konunun içtihadı mütehammil olması ve takdiri hata gibi kavramlar kullanılmaktadır. Mevzuatın yanlış yorumlanması (mevzuatın memur ve hâkim tarafından yorumlanmasında ortaya çıkan farklılık), mevzuatın karışık olduğu durumlarda olaya yanlış hükmün uygulanması, takdir yetkisinin bulunduğu durumlarda idarenin bu yetkiyi hukuka aykırı kullanması gibi hallerde hukuka aykırılığın “basit” olarak nitelendirildiği ve idarenin sorumluluğunun doğmayacağı ifade edildiği görülmektedir. Ancak idare hukuku tedvin edilmemiş bir hukuk dalı olduğu için çoğu durumda uygulanacak mevzuat hükmünün doğru tespiti diğer hukuk dallarına göre zorluk arz etmektedir. Bu nedenle böyle bir yaklaşım, idari işlemlerden doğan tam yargı davalarının büyük bir çoğunluğu için idareyi sorumluluktan kurtaracak bir “zırh” görevi ifa edecektir.

Ayrıca hukuka aykırılıkta yapılan ayrıma benzer şekilde kusur derecelerine dair de basit kusur-ağır kusur ayrımı yapılmaktadır. Söz konusu ayrımın kökenini Roma hukukuna kadar götürebilmek mümkün olmakla birlikte Fransız hukukunda bu ayrımın önce kamu görevlilerinin kişisel kusurunu daha sonra idarenin sorumlu olduğu faaliyet alanını belirlemek amacıyla kullanıldığı ifade edilebilir. Basit kusur, sorumluluğun temel hâli olmakla birlikte bazı konularda sorumluluğa hükmedilebilmesi açısından basit kusurun ötesinde bir ağırlıkta kusura ihtiyaç duyulmuş ve ağır kusur kavramı ortaya çıkmıştır. Zamanla da çeşitli değerlendirmeler yapılarak sorumluluğa hükmedilebilmesi için daha ağır nitelikte kusur tasniflerine ihtiyaç duyulmuştur. Bu açıdan “nitelikte hata” türveleri ortaya çıkmıştır. Önceleri idarenin sorumluluğu konusunda genel kural, her türlü hizmet kusurunun idarenin sorumluluğuna yol açmayacağı prensibiydi. “Hizmetin doğası” gereği makul karşılanabilecek kusurlardan idarenin sorumluluğu söz konusu değildi. Bu açıdan ilk etapta kusurun dereceleri konusunda “tolere edilebilir kusur”, “tolere edilemez

2019, s. 713. Gözübüyük, A. Şeref. *Yönetim Hukuku*, 33. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 352. “İçtihat hatasının varlığı, idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran bir neden değil, aksine, hakkaniyet gereği sorumluluk yoluna götüren bir unsur olarak kabul edilmektedir”, Bereket Baş, Zuhâl. *Türk Hukukunda İdari Yargı Kararları Işığında Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Kamu Gücünün Kusursuz Sorumluluğunun Esasları*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2002, s. 383. “İçtihadî hata veya takdirde yanılma, o denli özel, bulanık ve kaypak, hallededir ki, günümüzün yoğun, karmaşık ve hızlı idarî faaliyet ve hizmetlerin hemen her işlem, eylem ve durumunda sorumsuzluğa hükmetmek için bir tutamak olarak kullanılabilir. Bu itibarla, Fransız Devlet Şûrasının yaptığı gibi, Danıştay’ın da söz konusu içtihadî birleştirme kararını, hiç değilse, gözden geçirmesinde zorunluk vardır”, Duran, s. 39.

kusur” ve idare tarafından hiçbir şekilde işlenmemesi gereken “ağır kusur” şeklinde üçlü bir ayrıma gidilmiştir. Fransız içtihat ve öğretisinde söz konusu ayırım “hafif kusur”, “ağır kusur” ve “olağanüstü ağır kusur” olmak üzere üç görünümde ele alınmaktadır. Ancak bu tasnifler kusurun kapsamını oldukça genişletme ve odağını dağıtmaktadır. Bu durum aynı zamanda bir kusurun özellikle orta sınıflardan hangisine girdiği konusunda çözümsüz ihtilaflara sebep olmaktadır. Keza ağır kusuru basit kusurdan ayırabilecek bir ölçüt hâlen bulunamamışken ve ağır kusuru “*basit kusurdan daha ağır (ciddi) bir kusurdur*” şeklinde tanımlarken³⁴ bir de ara kategoriler türeterek idarenin sorumluluk alanını belirsiz bir sahada çözümlenmeye çalışmanın hatalı olduğu düşünülmektedir. Günümüzde kusur kavramı temel olarak “basit kusur” ve “ağır kusur” olarak ikiye ayrılarak incelenmekte ve idarenin sorumluluğu açısından ağır kusurun önemi tam olmasa da azalmaya başlamıştır. Ayrıca ağır kusur idarenin sorumluluğundan ziyade kamu görevlisinin sorumluluğu için aranan bir kusur hâlini almaya başlamıştır. Bu açıdan söz konusu ayırımın idarenin sorumluluğundan ziyade kamu görevlisine zararın rücu edilip edilmesinde dikkate alınan bir mefhum olarak değerlendirilmesi gerektiği düşünülmektedir³⁵.

Hukuka aykırılığın kusura eşit olması görüşünde olan yazarlardan bazılarının göre bu kuralın birtakım istisnaları da bulunmaktadır. Buna göre geniş anlamda şekil sakatlıkları kuralın istisnasını teşkil etmektedir³⁶. Diğer bir ifadeyle sakatlık giderildikten sonra idari işlemin tekrar aynı şekilde tesis edilmesini mümkün kılan yetki, şekil ve usul sakatlıkları idarenin sorumluluğuna yol açmaz. Zira bu durumda ortada meydana gelmiş bir zarar bulunmamaktadır³⁷. Nitekim aynı idari işlemin şekil sakatlığı giderildikten sonra tekrar tesis edilebilmesi mümkündür. Ayrıca geniş anlamda şekil sakatlığını haiz işlemlerin özü itibarıyla kusurlu olmadıkları da ifade edilmektedir³⁸.

İdari Yargı Kararları

Danıştay’ın bazı durumlarda ilk bölümde aktarılan kararların aksi yönde kararlar verdiği de görülmektedir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu bir kararında şu ifadelerle yer vermiştir³⁹:

[34] “*La faute lourde est une faute qui est plus grave que la faute simple*”, Chapus, René. *Droit administratif général*, C. 1, 15. Baskı, Montchrestien, Paris, 2001, s. 1303, par. 1463.

[35] Boz, Selman Sacit. *Kamu Görevlilerinin Mali Sorumluluğu Bağlamında Kişisel (İdari) Kusur*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 257 vd.

[36] Gözler, s. 1088-1089; Atay / Odabaşı, s. 72; Çağlayan, Ramazan. *İdari Yargılama Hukûku*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 672-673.

[37] Duran, s. 37. Gözler, s. 1088; Atay / Odabaşı, s. 72.

[38] Gözler, s. 1089.

[39] Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 28.01.2013 tarih ve E. 2008/431, K. 2013/188 sayılı kararı. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 16.12.2015 tarih ve E. 2014/710, K. 2015/5412 sayılı kararı, www.lexpera.com.tr, (09.05.2024).

“Temyize konu kararda idari işlemdeki hukuka aykırılığın hizmet kusuru teşkil edebilmesi için bir dereceye kadar ağır ve önemli olması gerektiği ve manevi tazminatın ağır bir üzüntünün karşılığı olduğu belirtilmiş ise de; idarenin mali sorumluluğuna yol açacak olan hizmet kusurunun hizmetin kötü, geç ya da hiç işlememesi şeklinde tezahür edebileceği ve işlem nedeniyle oluşan gerçek zararın tazmini için aranan hizmet kusurunun varlığının ağır ve önemli bir hukuka aykırılık şartına bağlı bulunmadığı açık olup, kişinin çektiği acı ve üzüntü ile meydana gelen zararı ifade eden manevi zararın varlığı yaşanan üzüntünün ağır olması koşulunu gerektirmemek(tedir)”.

İlçe Emniyet Müdürlüğü’nde görevliyen il merkezine atanan bir polis memurunun atama işleminin iptalinin ardından uğradığı zararların tazmini için açtığı davada, idare mahkemesi maddi tazminatın kısmen kabulüne, manevi tazminatın ise zarar bulunmadığından reddine karar vermiştir. Danıştay 5. Dairesi olaydaki hukuka aykırılığın hizmet kusuru oluşturacak seviyeye ulaşmadığından bahisle bozma kararı vermiş; idare mahkemesinin direnme kararının ardından konu İdari Dava Daireleri Kurulu’nun önüne gelmiştir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu *“hukuka aykırılığı yargı kararı ile saptanan işlemde doğan zararların davalı idarece ödenmesinin zorunlu olduğun(a)”* karar vermiştir⁴⁰.

Fen lisesi mezunu bir öğrencinin diploma notunun ÖSYM’ye yanlış bildirilmesi ve bu nedenle uğranılan manevi zararın tazminine ilişkin davada idare mahkemesi diploma notunun tam bildirilmesi halinde kişinin yerleşeceği okulun değişmeyeceği ve bu nedenle meydana gelen bir zarardan bahsedilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Danıştay 8. Dairesi olayda maddi zarar bulunmasa da manevi zararın söz konusu olduğu ve hukuka aykırı işlem nedeniyle meydana gelen zararın tazmin edilmesi gerektiği gerekçesiyle kararı bozmasına rağmen, idare mahkemesi *“her hukuka aykırılığın kendiliğinden bir hizmet kusuru teşkil etmediği, hizmet kusurunun varlığından söz edebilmek için hukuki sakatlığın bir dereceye kadar ağır ve önemli olması gerektiği, manevi tazminatın da kişilerin duyduğu ağır üzüntünün karşılığı olduğu gerekçesini de eklemek suretiyle”*, ilk kararında ısrar etmiştir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, *“idarenin mali sorumluluğuna yol açacak olan hizmet kusurunun hizmetin kötü, geç ya da hiç işlememesi şeklinde tezahür edebileceği ve işlem nedeniyle oluşan gerçek zararın tazmini için aranan hizmet kusurunun varlığının ağır ve önemli bir hukuka aykırılık şartına bağlı bulunmadığı(nı)”* belirtmiş ancak kişinin yerleşeceği okulun değişmemesi nedeniyle meydana gelen bir zarar olmadığından ida-

[40] Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 16.12.2015 tarih ve E. 2014/710, K. 2015/5412 sayılı kararı, www.lexpera.com.tr, (09.05.2024).

renin sorumlu bulunmadığına karar vermiştir⁴¹.

Bir uyuşmazlıkta, kahvehane işletme ruhsatı talebinin reddine dair işlemin idare mahkemesi tarafından iptal edilmesinin ardından açılan tam yargı davasında idare mahkemesi “*idarenin kendi anlayış doğrultusunda ifa ettiği ve iptal ile sonuçlanan her işlemde dolayı maddi ve manevi tazminat ile sorumlu tutulamayacağı gerekçesiyle*” davayı reddetmiştir. Bunun üzerine Danıştay bir hakkın ihlali halinde “*ıçtihadı hata*” kriterinin uygulanmayacağından bahisle kararı bozmuştur. Kararda yer alan şu ifadeler dikkat çekicidir⁴²:

“Hukuk devleti ilkesi uyarınca faaliyetlerini hukuka uygun biçimde yürütmek zorunda olan idarenin, hukuka aykırı eylem yapması, işlem tesis etmesi, kural olarak hizmet kusurudur. Sadece yetkisizlik veya şekle aykırılık nedeniyle hukuka aykırı biçimde tesis edilen, idari yargı yerince iptal edilmiş bulunan işlem yerine yeniden işlem tesis edilmesinin mümkün olması halinde, hizmet kusurundan, idarenin hukuki sorumluluğundan söz edilemez. Ancak hukuka aykırı işlem veya eylemiyle bir hakkın ihlali ne neden olan idarenin, hizmeti kusurlu işlettiğinin kabulü, ortaya çıkan hak ihlalinin gidermesi, doğan zararı tazmin etmesi hukuk devleti ilkesi gereğidir. Temyizen incelenen kararda da belirtildiği gibi, bir idari işlemin idari yargı yerince iptali, yukarıda da açıklandığı üzere, her zaman idarenin hukuki sorumluluğunu gerektirmeyebilir. Fakat hukuka aykırılığı yargı kararıyla belirlenen işlemle bir hakkın ihlaline yol açan idarenin, hukuken aykırılığın anlayış ve yorum farklılığından kaynaklandığı gibi bir değerlendirmeye sorumlu sayılmaması hakkaniyet ve nesafetle, hukuk devleti ilkesiyle bağdaştırılamaz esasen öğreti ve uygulamada, idarenin hukuki sorumluluğunu ortadan kaldıran nedenler arasında sayılan “ıçtihadı hata” hali mutlak kurallara bağlı olmaması nedeniyle her olayın özelliğine göre değerlendirilmesi gereken bir kriter olup, bu kriterin, hukuka aykırı işlemle bir hakkın ihlal edilmiş olduğunun belirlenmesi halinde uygulanması mümkün değildir”.

Bir öğretmenin görevine son verilmesi nedeniyle uğradığı zararların tazminine ilişkin bir davada hukuka aykırılığın ıçtihat ve takdir hatasını aştığı gerekçesiyle idare mahkemesinin hükmettiği tazminata ilişkin karar, Danıştay tarafından “*Temyize konu kararın manevi tazminata hükmedilmesine ilişkin gerekçesinde: eylemin nitelendirilmesinde “ıçtihat hatası” veya “takdir hatası” sınırlarını aşan ağır ve önemli hizmet kusuru bulunduğu ifadelerine yer verilmiş olup, anılan gerekçelendirme Dairemizce uygun bulunmamış ise de; davacının görevine son verilmesine ilişkin*

[41] Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 28.01.2013 tarih ve E. 2008/431, K. 2013/188 sayılı kararı, www.lexpera.com.tr, (09.05.2024).

[42] Danıştay 10. Dairesinin 06.10.1993 tarih ve E. 1992/1449, K. 1993/3681 sayılı kararı, www.hukukturk.com, (02.05.2024).

08.11.2000 tarihli işlemin, AHİM tarafından verilen ihlal kararı üzerine yargılamanın yenilenmesi suretiyle iptal edilmiş olması, davacının anılan işlem nedeniyle uzun süre görevinden uzak kalması ve meslekten çıkarma işleminin, davacının kişiliği, iş ve sosyal çevresi bakımından etkileri göz önüne alındığında, oluşan manevi zararının tazmini gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Bu nedenle idare mahkemesi kararının gerekçesinde hukuki isabet bulunmamakta ise de; karar sonucu itibarıyla hukuka uygun bulunduğundan bu husus, kararın bozulmasını gerektirir nitelikte görülmemiştir”, şeklinde gerekçe değiştirilerek onanmıştır⁴³.

Farklı bir şehre atanan subaya yolluk verilmemesi talebinin reddine dair kararın iptali ve meydana gelen zararların tazminine ilişkin davada, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, “6245 sayılı Harcırah Kanunu’nun ...açık hükümlerinin personel aleyhine yorumlanması suretiyle menfi işlem tesis edilmesinde “içtihadı hata” hali kesinlikle söz konusu olamayacağı gibi bu nedenle bir tazmin sorumsuzluğu düşünülemez” ifadelerine yer vermiştir⁴⁴.

Danıştay’ın bazı kararlarında ise doktrindeki görüşe paralel şekilde kural olarak hukuka aykırılığın hizmet kusuru oluşturacağı ancak yetki ve şekil unsuru bakımından meydana gelen hukuka aykırılıkların bunun istisnasını teşkil edeceğine hükmettiği de görülmektedir. Başka bir ifadeyle, idari yargı içtihatlarında yetki ve şekil unsurundaki her sakatlığın idarenin sorumluluğunu doğurmayacağı ancak sebep, konu ve maksat unsurlarından en az biri yönünden iptal edilen işlemin idarenin sorumluluğunu gerektirdiği belirtilmektedir⁴⁵:

“Bir idari işlemin yetki veya şekil unsurları yönünden hukuka aykırı bulunup idari yargı yerince iptali üzerine, aynı hukuki sonucu doğuran bir idari işlemin yetkili idari makam tarafından, şekil unsuruna ilişkin eksiklik giderilmek suretiyle yeniden tesisinin mümkün olması halinde, aynı hukuki sonucun doğmuş olması nedeniyle işleme muhatap olan ilgilinin, hak ihlali veya zarara uğradığından söz etmek mümkün değildir. Ancak bir idari işlemin sebep, konu, maksat unsurları yönünden hukuka aykırılığı halinde ise, aynı hukuki sonucu doğuracak yeni bir işlem tesisinin mümkün olmaması nedeniyle ilgilinin, işlemde kaynaklanan genel külfetler dışındaki özel ve olağan dışı zararının, idare tarafından hizmet kusuru ilkesi doğrultusunda tazmini sorumluluk hukukunun gereğidir. Sebep, konu, maksat

[43] Danıştay 12. Dairesinin 14.10.2020 tarih ve E. 2018/9731, K. 2020/3204 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, (29.04.2024).

[44] Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 1. Dairesinin 06.10.1998 tarih ve E. 1998/727, K. 1998/787 sayılı kararı, *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi*, S. 13, s. 938.

[45] Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 30.03.2022 tarih ve E. 2020/20, K. 2022/1057 sayılı kararı. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 27.02.2014 tarih ve E. 2011/2540, K. 2014/5412 sayılı kararı, www.lexpera.com.tr, (09.05.2024).

unsurlarından biri nedeniyle hukuka aykırılığı idari yargı yerince belirlenen işlemle bir hakkın ihlaline yol açan idarenin, hukuka aykırılığın anlayış ve yorum farklılığından kaynaklandığı, olağan nitelikte hukuki hata olduğu gibi bir değerlendirmeye tazminle sorumlu sayılmaması sorumluluk hukuku ilkeleriyle bağdaşmamaktadır. Zira anılan değerlendirme, idarenin işlemle neden olduğu zararlara herhangi bir kusuru olmayan ilgililerin katlanması gibi hakkaniyet ve nasafetle bağdaşmayan bir sonucu doğurmaktadır”.

Başka bir uyuşmazlıkta, büyükşehir belediyesinin mücavir alanı içerisinde kalan bölgede doğalgaz dağıtım lisansı alıp, faaliyete geçen şirketin bir hattın kendisine devri talebi BOTAŞ tarafından reddedilmiştir. Ret işleminin idare mahkemesi tarafından söz konusu hattın “*dağıtım lisansı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, bu hattın devrini engelleyen bir husus bulunmadığı gerekçesiyle sebep unsuru yönünden hukuka aykırı bulunup*” iptal edilmesinin ardından açılan tam yargı davasında Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, yetki ve şekil unsuru dışındaki hukuka aykırılıklar nedeniyle meydana gelen zararların tazmin edilmesi gerektiğini belirttiikten sonra olayda da sebep unsuru bakımından hukuka aykırı işlem nedeniyle meydana gelen zararların tazmin edilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁴⁶.

İşyerinin hukuka aykırı şekilde kapatılması olayında ise açılan iptal davasında mahkeme işlemin yetki unsuru bakımından hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle işlemin iptaline karar vermiştir. İptal edilen işlem nedeniyle uğranılan zararların tazmini için açılan tam yargı davasında Danıştay, söz konusu sakatlığın giderilebileceği, diğer bir ifadeyle yetkili makam tarafından tekrar aynı işlemin tesis edilebileceği gerekçesiyle idarenin sorumlu olmadığına karar veren idare mahkemesi kararını onamıştır⁴⁷.

[46] “*Davalı idare, davacı şirketin 06/05/2004-28/05/2004 tarihli başvuruları üzerine ... Sant-ralini besleyen doğal gaz dağıtım hattının devir sürecini başlatmak yerine, 10/08/2004 tarihli, idari yargı yerince sebep unsuru yönünden hukuka aykırı bulunan işlemle devir istemini reddetmiş; söz konusu hattın, başvurular üzerine değil yargı kararı sonrası 01/03/2008 tarihinde devrine neden olmak suretiyle devri geciktirip, hukuka aykırı işlemle hizmeti kusurlu işletmiştir. ...Hukuka aykırı işlemle hizmeti kusurlu işleten davalı idare, dağıtım hattının devrini geciktirdiği süre içinde davacı şirketin uğramış olduğu zararları tazminle yükümlüdür*”, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 30.03.2022 tarih ve E. 2020/20, K. 2022/1057 sayılı kararı, www.lexpera.com.tr, (09.05.2024). Benzer yöndeki karar için bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 27.02.2014 tarih ve E. 2011/2540, K. 2014/5412 sayılı kararı, www.lexpera.com.tr, (09.05.2024).

[47] “*Kayseri İdare Mahkemesince, idari işlemin yargı denetimi sonucu yetki yönünden hukuka aykırı bulunmasının yetkili makamca yeniden işlem tesisine engel oluşturmayacağı, diğer yandan davacının, işyerinde mevzuata aykırı durumlara sebebiyet vermesi sonucu tutulan tutanağın dayalı olarak işyerinin kapatılmasına neden olduğu, gerek işlemin iptali istemiyle açtığı, gerekse de bu işlem nedeniyle uğradığı zararın tazmini istemiyle açtığı bu davada kapatma sebeplerinin bulunmadığı yolunda iddialarda bulunmadığı da dikkate alındığında idarenin tazmin borcunu doğuracak bir hukuki sorumluluğunun bulunmadığı; sonucuna varıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir*”, Danıştay 10. Dairesinin 04.10.1996 tarih ve E. 1995/964, K. 1996/5781 sayılı kararı, www.lexpera.com.tr, (02.05.2024).

DEĞERLENDİRME ve SONUÇ

İdari işlemin hukuka aykırılığı ile kusur ilişkisine dair doktrin ve yargı kararlarında iki farklı görüş bulunduğu görülmektedir. İlk incelenen görüşe göre, idarenin hukuka aykırı işlem tesis ettiği her durumda kusurun varlığından bahsedilemez. Her idarenin işleyebileceği türden hatalar, işlemin konusunun içtihadı mütehammil olması, idarenin kendisine tanıyan takdir yetkisini kullanırken hata yapması diğer bir ifadeyle takdiri (takdirde) hata durumlarında idarenin sorumluluğu doğmayacaktır. Ancak bu görüşe katılmak mümkün gözükmemektedir. Bu kapsamda Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan hukuk devleti ilkesi, Anayasa'nın 125. maddesinde yer alan "idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür" hükmü, adalet ve hakkaniyet düşüncesi ile hak arama hürriyeti ve idari yargının varlık sebebi olmak üzere beş gerekçe ileri sürülebilir.

Öncelikle hukuk devleti ilkesi kapsamında "her idarenin işleyebileceği türden" bir hukuka aykırılıktan bahsetmek mümkün değildir. Bu şekilde işlenen hukuka aykırılıkların mazur ya da hoş görülmesi idarenin hukuka aykırı işlem tesis etmesi konusunda cesaretlendirilmesine yol açar. Üstelik basit hukuka aykırılıkların sorumluluk doğurmayacağı yönündeki doktrin görüşleri ve içtihatlar referans göstermek suretiyle idarenin kendisine idare hukukunun kaynakları penceresinden hukuki bir zemin oluşturması da söz konusu olabilecektir. Ayrıca sorumluluğu gerektirecek derecedeki hukuka aykırılığın hangi durumlarda ortaya çıkacağına tespit edilmesi mümkün değildir. Başka bir ifadeyle objektif kıstaslar belirlemek suretiyle basit hata ve basit olmayan hata şeklinde bir kategori belirlemenin mümkün ve sağlıklı olmadığını düşünmekteyiz. Diğer taraftan hangi hataların mazur görülüp hangilerinin görülmeyeceğinin tespitinin öngörülememesi de hukuk devleti ilkesini ihlal edecektir.

Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasında yer alan hükme göre idare, kendi işlem ve eylemleri ile illiyet bağı kurulabilen zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Zararın özel ve olağandışı olması ihtimalinde tazmin için idarenin kusurunun bulunmasına da gerek yoktur. Bu açıdan idari işlemde kaynaklanan tam yargı davalarında idarenin sorumluluğuna karar verilebilmesi için işlemin iptal edilmesine gerek olmadığı gibi iptal davası açılmadan da tam yargı davasının açılabilmesi mümkündür. İptal davası tam yargı davasının ön koşulu olmamasının yanı sıra işlemin iptal edilmemesine rağmen işlemde dolayı idarenin tazminat ödemeye mahkûm edilebilmesi de ihtimal dâhilindedir. Nitekim kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi kapsamında idarenin hukuka uygun işlemlerinden de kusursuz da olsa sorumlu bulunacağı doktrin ve içtihatlarla kabul edilmiştir. Bu kapsamda idarenin hukuka aykırı işlem tesis ettiği

durumlarda zarar ve illiyet bağı da varsa herhangi bir sebeple idarenin bu zarardan sorumlu olmayacağını ileri sürülmesi Anayasa hükmüne aykırılık teşkil eder.

Dağınık, karışık, anlatım bozukluğu bulunan, özensiz şekilde kaleme alınmış mevzuat hükümlerinin ya da hizmetin bizatihi kendisinde bulunan zorluğun, idarenin sorumluluğunu kaldırmaya dair bir “özür” olarak öne sürülmemesi gerekir. Nitekim hukuka aykırı işlemin tesisinde dahil bulunmayan kişilere ortaya çıkan zararlara katlanması gerektiğinin ifade edilmesi; diğer bir ifadeyle idarenin yapmış olduğu hatanın faturasının hiçbir kusuru bulunmayan idare edilenlere yüklenmesi adalet ve hakkaniyet düşüncesine aykırıdır. Adalet ve hakkaniyet açısından bu durum, tazminat ödemek suretiyle idare edilenlere yönelik bir “özrü” gerektirir. Diğer taraftan idarenin tasarrufunun hukuka aykırı olduğunun bir yargı kararıyla belirlenmesine rağmen ortaya çıkan zararın tazmin edilip edilmemesini hukuka aykırılığın basit olmamasına bağlamak hukuka olan güveni de zedeler. Bireyler iptal davasını kazansa dahi tam yargı davasını açıp açmamakta tereddüt yaşarlar ve bu durum hak arama hürriyetini de zarar verir.

Günümüzde idari yargının varlık sebebine ilişkin temel gerekçe, idarenin hukuka uygun hareket etmesini sağlayarak dezavantajlı konumda bulunan idare edilenlerin idareye karşı etkin şekilde korunma düşüncesidir. Ancak idarenin tesis etmiş olduğu işlemdeki hukuka aykırılıkların basit olarak nitelenerek sorumluluktan kurtarılması, idareye karşı idare edilenlerin korunması amacına hizmet etmez. Bilakis bu anlayış zaten kamu yararı amacıyla hareket ettiği gerekçesiyle idare edilenlere nazaran daha üstün ve avantajlı konumunda bulunan idarenin haksız bir şekilde daha da güçlenmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu ise hukuk devleti ilkesinden bir adım geriye gidilmesine ve idari yargının varlık amacının göz ardı edilmesine sebebiyet vermektedir.

Dolayısıyla söz konusu gerekçeler kapsamında hukuka aykırılıkların basit, takdiri, hafif, önemsiz, küçük, her idarenin işleyebileceği türden ve benzeri şekilde nitelendirilmek suretiyle idarenin sorumsuz olduğunu savunmanın hukuken mümkün olmadığı düşüncesindeyiz. Hukuka aykırılığın basitliği kusurun yokluğu anlamına gelmemelidir. Zira idarenin tasarrufunu hukuka aykırı hâle getiren her hata, kusurun varlığına işaret eder.

Diğer taraftan basit hukuka aykırılıkların idarenin sorumluluğunu kaldırmadığını kabul eden görüş taraftarları arasında hukuka aykırılığın yetki ve şekil unsurlarında ortaya çıkması durumunda hizmet kusurunun oluşmayacağı da ifade edilmektedir. Ancak sonuç itibarıyla farklılık

bulunmuyor gibi görünse de bu görüşe de katılmamız mümkün değildir. Bu görüşün temel gerekçesi yetki ve şekil unsurlarındaki hukuka aykırılık durumlarında, idarenin aynı işlemi yeniden tesis etmesinin mümkün olmasıdır. İşlemin esasını etkiler nitelikte kabul edilen asli şekil sakatlıkları bu kapsamda değerlendirilmektedir. Zira asli şekil sakatlığı hallerinde işlem iptal edilir ve aynı işlemin şekil sakatlığı giderildikten sonra yeniden tesis edilmesi mümkündür. Üstelik idarenin bağlı yetki içinde bulunduğu durumlarda işlemin yeniden tesis edilmesi zorunluluk arz etmektedir. İdare aynı işlemi tekrar tesis edeceği için esasen hukuka aykırı işlem nedeniyle meydana gelmiş bir zarardan da söz edilemez. Kanaatimizce idari işlemdeki basit hukuka aykırılıkların sorumluluğu kaldırmadığı yönündeki görüşe katılmakla birlikte kategorik olarak peşinen işlemin yetki ve şekil unsurunda bulunan hukuka aykırılığın sorumluluk doğurmayacağı ileri sürülmesi sakıncalıdır. Nitekim olasılığı ne kadar düşük olursa olsun, geniş anlamda şekil sakatlıkları bakımından hukuka aykırı olan idari işlem dolayısıyla bir zararın meydana gelmesi durumunda idarenin sorumluluğu doğacaktır. Bu açıdan idarenin sorumluluğunun tespitinde sakatlığın derecesi ya da sakatlığın daha sonradan giderilebilir olmasından ziyade önemli olan hukuka aykırılığın bir zarara sebebiyet verip vermemesidir.

Bir adım daha ileri gidildiğinde tali şekil sakatlıkları nedeniyle idarenin sorumluluğunun doğması da ihtimal dâhilindedir. Nitekim tali şekil sakatlığında işlemin hukuka aykırı olduğu yargı kararıyla tespit edilmekte ancak şekil kuralına uyulmuş olsaydı dahi aynı işlem tesis edilecekti gerekçesiyle işlemin hukuk âleminde varlığını devam ettirmesine müsaade edilmektedir. Ancak işlemin iptal edilmemiş olması işlemde kaynaklanan zararların tazmin edilmemesine bir gerekçe olmamalıdır. Bu açıdan geniş anlamda şekil unsuru içinde değerlendirilen sakatlıkların işlemin iptaline neden olmaması yahut yeniden tesis edilmek suretiyle hukuka uygun hale getirilmesinin mümkün olması söz konusu tasarruftan kaynaklanan zararların tazmin edilmemesine bir gerekçe olmamalıdır. Böylesi durumlarda idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğu gündeme gelecektir. Tali şekil sakatlığını haiz idari işlemler iptali gerekmesine de neticede hukuka aykırıdır ve hizmetin gereği gibi ifa edilmediğini gösterir. Ancak bu durumların çoğunda herhangi zarar ortaya çıkmaz. Zaten zararın olmadığı bir durumda da sorumluluk doğmaz. Bu nedenle idari işlemin yetki ve şekil unsurundaki hukuka aykırılığın hizmet kusuru oluşturmayacağı şeklindeki kategorik bir yaklaşımdan ziyade bu durumlarda da hizmet kusurunun oluşacağı ancak işlem nedeniyle zarar doğmaması durumunda sorumluluğun söz konusu olmayacağı ifa edilebilir.

Hizmetin kötü işlenmesi, geç işlenmesi ya da hiç işlememesi şeklinde ortaya çıkan hizmet kusuru ile kusursuz sorumluluk halleri idarenin sorumluluk sebepleridir. İdari davranış, kusur, zarar ve illiyet bağı kavramları ise idarenin sorumluluk şartlarıdır. Dolayısıyla idarenin sorumluluk sebepleri ile şartları farklı kavramlardır. İdarenin sorumluluk şartlarının birlikte bulunması halinde idarenin sorumluluğu söz konusudur. Buna karşılık idarenin bir olaydan sorumlu olmadığı ileri sürebilmesi için söz konusu şartlardan birisinin uyuşmazlık konusu bulunmadığının ortaya konması gerekir. Bu nedenle bir olayda hizmet kusuru bulunsa da idarenin sorumluluğunun bulunmadığı ifade edilebilir. Söz konusu kavramların farklı esasları ifade etmesi dolayısıyla zararın ortaya çıkmamış olması hizmet kusurunun bulunmadığını göstermez. Dolayısıyla hizmet kusuru bulunmasına rağmen idarenin sorumlu olmadığı durumlarla karşılaştırılması mümkündür.

Hukuka aykırı işlemler nedeniyle zarar doğma ihtimali örneklerini tüketemeyecek şekilde fazladır. Bu ihtimallerden birini dahi gözden kaçırmamak, hukuk devleti ilkesini zedelememek ve idarenin sorumluluk şartlarının sistematığı dışına haklı bir gerekçe olmadan çıkmamak adına, hukuka aykırı tesis edilen her idari işlemin aynı zamanda hizmet kusuru bulunduğu bir delil olarak kabulü gerekir.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil. *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.
- Anayurt, Ömer. *Türk Hukukunda İdarenin Kusura Dayalı Sorumluluğu*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1989.
- Atay, Ender Ethem / Odabaşı, Hasan. *Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.
- Bereket Baş, Zuhâl. *Türk Hukukunda İdari Yargı Kararları Işığında Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Kamu Gücünün Kusursuz Sorumluluğunun Esasları*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2002.
- Boz, Selman Sacit. *Kamu Görevlilerinin Mali Sorumluluğu Bağlamında Kişisel (İdari) Kusur*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.
- Candan, Turgut. *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.
- Chapus, René. *Droit administratif général*, C. 1, 15. Baskı, Montchrestien, Paris, 2001.
- Çağlayan, Ramazan. *İdârî Yargılama Hukûku*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Duran, Lütfî. *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu (Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri Sorumluluğa Yol Açan Olgular)*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1974.
- Düren, Akin. *İdare Hukuku Dersleri*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1979.
- Esin, Yüksel. *Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas (İdarenin Hukukî Sorumluluğu)*, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1973.
- Giritli, İsmet. "Türk Devlet Şûrası İçtihadlarına Göre İdarenin Yetkisini Saptırması", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 21, S. 1-4, 1957, s. 81-174.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku*, C. 2, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.
- Gözübüyük, A. Şeref / Tan, Turgut. *İdare Hukuku*, C. I, 13. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- Gözübüyük, A. Şeref. *Yönetim Hukuku*, 33. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2015.
- Kalabalık, Halil. *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, 11. Baskı, Sayram Yayınları, Kon-ya, 2016.
- Özdemir, Necdet. *Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu*, Yeni Desen Matbaası, Ankara, 1963.
- Özgüldür, Serdar. *Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.
- Sancakdar, Oğuz / Önüt, Lale Burcu / Us Doğan, Eser / Kasapoğlu Turhan, Mine / Seyhan, Serkan. *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022.
- Sancakdar, Oğuz. *İdari Yargılama Hukuku Genel Esaslar*, 3. Baskı, www.sorubankasi.net Yayınları, İzmir, 2019.
- Sarıca, Ragıp. "Hizmet Kusuru ve Karakterleri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 15, S. 4, 1949, s. 858-895.
- Tetik, Ahmet Talha. *Türk Hukukunda Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Yayla, Yıldızhan. *İdare Hukuku*, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.
- Yıldırım, Turan. "İdarenin Sorumluluğu", *İdare Hukuku*, (Edt. Turan Yıldırım), 8. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.
- Yıldırım, Turan. *İdari Yargı*, Beta Yayınları, İstanbul, 2008.
- Zabunoğlu, Yahya Kazım. *İdare Hukuku*, C. 2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

**VERGİ
HUKUKU**

VERGİLENDİRME YETKİSİNİN SINIRLANDIRILMASINDA ÖLÇÜLÜK İLKESİ

Hilmi ŞAHİN

Ankara 5. Vergi Mahkemesi Üyesi

ORC-ID: 0000-0002-4690-7404

hilmisahin77@hotmail.com

ÖZET

Vergilendirme doğrudan bireye ve dolayısıyla topluma birtakım ekonomik sınırlandırmalar getirdiğinden Devlet vergilendirme yetkisi yoluyla ekonomik hayatın işleyişini etkileyebilmekte ve piyasaya müdahale edebilmektedir. Ancak bu yetki keyfi ve sınırsız bir biçimde kullanılamaz. Vergilendirme yetkisinin sınırını temel hak ve özgürlüklerin sınırı ve özü oluşturduğundan Anayasa'nın 13. maddesinde yer verilen temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Vergilendirme yetkisine ilişkin temel ilkeler Anayasa'nın 73. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede yer verilen mali güce göre vergilendirme ilkesi ölçülülük ilkesi ile izah edilmektedir. Ölçülülük ilkesi, vergi yükümlüsüne yerine getiremeyeceği düzeyde mali yük yüklenmesinin önüne geçilmesini sağlamaktadır. Hukuk devleti ilkesinin bir uzantısı niteliğindeki ölçülülük ilkesinin; elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç unsuru bulunmaktadır. İlkeye göre temel hak ve özgürlüklerin Anayasa'da yer verilen sınırlama nedenlerine dayanılarak sınırlandırılmasında öngörülen amaç ile araç arasında dengenin bulunmasını gerektirmektedir.

1982 Anayasası'nda 2001 yılında yapılan değişikliklere kadar Türk Anayasalarında ölçülülük ilkesine açık bir biçimde yer verilmemiştir. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ek protokolleri temel alınarak, 2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanunla 1982 Anayasasında önemli değişiklikler yapılmış ve temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını düzenleyen 13. maddesinde ölçülülük ilkesine açık bir şekilde yer verilmiştir. Ancak 1961 Anayasası ile kurulan Anayasa Mahkemesi, 2001 değişikliği öncesinde de kanunların Anayasaya uygunluğunu denetlemede ölçülülük ilkesini doğrudan ölçü norm olarak kullanmaktaydı. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Ek protokollerde de ölçülülük ilkesine

açıkça yer verilmemiş olsa da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de tıpkı Anayasa Mahkemesi gibi mahkeme kararlarında ölçülülük ilkesini adil denge kavramıyla açıklamak suretiyle sık kullanılan bir ölçüt olarak Sözleşme'nin tamamına hâkim olduğuna hükmetmiştir.

Bu çalışmamızda da temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması bakımından vergi hukukuna ilişkin anayasal ilkelerden ölçülülük ilkesinin tanımı yapılarak kapsamı belirlenecek; unsurlarına yer verilerek Türk Anayasal tarihinde ölçülülük ilkesinin yeri tespit edilerek ölçülülük ilkesinin vergi hukukuna ilişkin diğer anayasal ilkeler ile ilişkisi üzerinde durulacak ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararlarında ölçülülük ilkesine ne şekilde yer verildiğine değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: Vergilendirme Yetkisi, Temel Hak ve Özgürlükler, Ölçülülük İlkesi, Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.

LIMITATION OF TAXATION AUTHORITY PRINCIPLE OF PROMOTION

ABSTRACT

Since taxation directly imposes some economic restrictions on the individual and therefore on the society, the State can affect the functioning of economic life and intervene in the market through its taxation authority. However, this authority cannot be used arbitrarily and unlimitedly. Since the limit of the taxation authority is the limit and essence of fundamental rights and freedoms, it must be evaluated within the framework of the limitation of fundamental rights and freedoms included in Article 13 of the Constitution.

The basic principles regarding the taxation authority are regulated in Article 73 of the Constitution. The principle of taxation according to financial power mentioned in this article is explained by the principle of proportionality. The principle of proportionality prevents the taxpayer from being burdened with a financial burden that he cannot fulfill. The principle of proportionality, which is an extension of the rule of law; It has three elements: convenience, necessity and proportionality. According to the principle, restricting fundamental rights and freedoms based on the limitation reasons stated in the Constitution requires a balance between the intended purpose and the means.

The principle of proportionality was not explicitly included in Turkish Constitutions until the amendments made to the 1982 Constitution in 2001. Particularly based on the European Convention on Human Rights and its additional protocols, significant changes were made to the 1982 Constitution with Law No. 4709 dated 2001, and the principle of proportionality was clearly included in Article 13, which regulates the limitation of fundamental rights and freedoms. However, the Constitutional Court, established with the 1961 Constitution, used the principle of proportionality as a direct norm in checking the constitutionality of laws before the 2001 amendment. Although the principle of proportionality is not explicitly included in the European Convention on Human Rights and its Additional Protocols, the European Court of Human Rights, just like the Constitutional Court, has ruled that the principle of proportionality dominates the entire Convention as a frequently used criterion by explaining it with the concept of fair balance

in court decisions.

In this study, the principle of proportionality, one of the constitutional principles regarding tax law, will be defined and its scope will be determined in terms of limiting fundamental rights and freedoms; By including its elements, the place of the principle of proportionality in Turkish Constitutional history will be determined, the relationship of the principle of proportionality with other constitutional principles regarding tax law will be emphasized, and how the principle of proportionality is included in the decisions of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court will be mentioned.

Key Words: Taxation Authority, Fundamental Rights And Freedoms, Principle of Proportionality, Constitutional Court, European Court Of Human Rights.

GİRİŞ

Devlet bireylerin harcamalarını, toplumun tercihlerini ve ekonomik hayatın işleyişini vergi uygulamaları yoluyla etkileyebildiğinden, vergiler devletin piyasaya en önemli müdahale araçlarından biri haline gelmiştir. Vergilendirme ile toplum hayatına getirilen ekonomik sınırlandırmaların Anayasa'nın 13. maddesinde yer verilen temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlandırmalar bakımından ölçülülük ilkesi de kıstas olarak alındığından vergilendirme yetkisinin sınırlandırılması vergilendirme işlemlerinin temel noktalarından birisini teşkil eden ölçülülük ilkesi bağlamında ele alınması önem arz etmektedir.

Türk vergi hukukunda 1982 Anayasası'nın 73. maddesinde yer verilen vergilendirmeye dair verginin yasallığı, mali güce göre ödeme, genellik ilkesi ile vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı gibi temel ilkelerden mali güce göre vergilendirme ilkesi gereği vergi yükümlüsüne yerine getiremeyeceği düzeyde mali yük yüklenmesi veya rahatsız edici düzeyde tarhiyat ve denetim yapılmasının önüne geçilmesi ölçülülük ilkesi ile izah edilmektedir.

Türk Anayasalarında 2001 yılında yapılan değişikliklere kadar ölçülülük ilkesine açık bir biçimde yer verilmediği halde Anayasa Mahkemesi kanunların Anayasaya uygunluğunu denetlemede ölçülülük ilkesini doğrudan ölçü norm olarak kullanarak ölçülülük ilkesine başvuruyordu. 2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanunla özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ek protokolleri temel alınarak, 1982 Anayasasında önemli değişiklikler yapılmış ve temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını düzenleyen 13. maddesinde ölçülülük ilkesine açık bir şekilde yer verilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Ek protokollerde de ölçülülük ilkesine açıkça yer verilmemiş olsa da Avrupa İnsan hakları Mahkemesi de tıpkı Anayasa Mahkemesi gibi mahkeme kararlarında ölçülülük ilkesini adil denge kavramıyla açıklamak suretiyle sık kullanılan bir ölçüt olarak Sözleşme'nin tamamına hâkim olduğuna hükmetmiştir.

ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN TANIM VE KAPSAMI

TANIM

Ölçülülük ilkesinin öğretilerde farklı tanımlamaları yapılmışsa da bu farklılık ölçülülüğün unsurlarına olan bakış açısından kaynaklanmakta ve fakat özünde aynı şeyi ifade etmektedir.¹ Ölçülülük; Tanör/Yüzbaşıoğlu'na

[1] Ceylan, Ali. "Teori ve Uygulamada Ölçülülük İlkesi", *Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008, s.20.

göre² “Anayasadaki temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması kıstaslarından biri amaç ile araç arasında ölçülü bir bağlantının kurulmuş olmasıdır. Ölçülülük ilkesi denem bu ölçütte özgürlüğün kural, sınırlamanın da istisna olması mantığına dayanır” şeklinde tanımlanmışken, Günday’a³ göre ise; “Bir temel hak ve özgürlüğü sınırlama ile ulaşılmak istenen amacın zorunlu kıldığından veya gereğinden fazla sınırlandırılmayacağı” olarak ifade edilmektedir. Özbudun⁴ ve Karakoç’a⁵ göre ölçülülük; “sınırlamada başvuru aracının sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olması; bu aracın, sınırlama amacını gerçekleştirme bakımından gerekli olması ve amaçla aracın birbirine karşı ölçüsüz bir oran içinde bulunmaması” olarak tanımlanmıştır. Sağlam’a⁶ göre ölçülülük ilkesi somut bir temel hak sınırlamasının amacı ile sınırlama önlemi arasında ilişkinin denetlenmesini hukuk devletinin gerektirdiği rasyonel esaslara bağlayarak keyfi sınırlamaları önleyici bir fonksiyon yerine getirmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında “adil denge”⁷, “adil bir oran” veya “gerekli denge” olarak yer verilen⁸ ölçülülük ilkesi; vergi hukuku bakımından Anayasa Mahkemesi kararlarında⁹ vergi politikası kapsamında alınan tedbirlerle, bu politikalara ulaşılmak istenen amaçlar arasında makul ilişkinin bulunması¹⁰ şeklinde ifade edilmektedir.

KAPSAM

Demokratik toplumlarda temel hak ve özgürlükler konusunda kural özgürlüğün bulunması iken, istisna bu özgürlüklere sınırlandırma getirmektir. Ancak temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının da bir sınırı bulunması gerektiğinden anılan sınırın belirlenmesinde ölçülülük ilkesi ana ilkedir.¹¹

Bununla birlikte ölçülülük ilkesinin haricinde, 1961 Anayasasının ve

[2] Tanör, Bülent / Yüzbaşıoğlu, Necmi. 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, 14. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 154.

[3] Günday, Metin. İdare Hukuku, Yenilenmiş 5. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 1996, s.312.

[4] Özbudun, Ergun. Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998, s.81.

[5] Karakoç, Yusuf. “Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Özel Sayı, 2013, Basım Yılı:2014, s.1259-1308, s. 1281.; Karakoç, Yusuf. Kamu İcra Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s.60.

[6] Sağlam, Fazıl. Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1982 s.128.

[7] Any. M.; 12.10.1976 gün ve E:1976/26, K:1976/47, (RG:17.03.1977/15881)

[8] Gemalmaz, H. Burak. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s. 521

[9] Anayasa Mahkemesinin bir kararında ölçülülük ilkesi, “bir özgürlük veya hakkı sınırlandırmada başvuru aracının sınırlandırmayla ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli ve gerekli olmasının yanısıra araçla amaç arasında ölçülü bir oran bulunması” olarak tanımlanmıştır. Bu konuda bkz: Any. Mah. 23.06.1989 t., E:1988/50, K:1989/27.(www.anayasa.gov.tr. E.T:15.04.2019)

[10] Şimşek, Suat. «Vergi Politikaları, Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi», Maliye Dergisi, S:159, Temmuz-Aralık 2010, s.337.

[11] Karakoç, 2014, s. 1281.

2001 yılında yapılan değişiklikten sonra 1982 Anayasası'nın da benimsediği "öze dokunma yasağı" ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kullandığı ve 1982 Anayasası'nda da yer alan "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ölçütü gibi birtakım kullanılan ölçütler bulunmaktadır.¹²

Bu üç ölçütün de ortak özelliği temel hak ve özgürlüklerin ancak kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde sınırlanmasını öngörmeleridir. Bunlardan öze dokunmama ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama ölçütleri özgürlüklerin sınırlanmasında en son noktayı belirlemekteyken ölçülülük ilkesi ise; bu güvencelere kadar gelen aşamadaki sınırlama alanının denetlenmesini sağlamaktadır. Yani ölçülülük ilkesi, sınırlama amacına hangi ölçüde sınırlama ile ulaşılabileceğinin tespitinde kullanıldığından sınırlamanın en son nereye varabileceğini ifade eden diğer iki güvenceden önce gereklidir.¹³

Ölçülülük ilkesi, 1982 Anayasası'nın 13. maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklik neticesinde temel hak ve hürriyetlerin genel sınırlandırma nedenlerinin bir sınırı olarak anayasal bir norm haline gelmiştir.¹⁴ "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması" başlıklı değişik 13. maddesine göre, "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz".

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını içeren özel halleri ise, Anayasa'nın 38. maddesinde yer verilen hürriyeti bağlayıcı cezalar ile idarî yaptırımlar ve temel hak ve hürriyetlerin vergilendirme yoluyla sınırlandırılmasını düzenleyen 73. maddede yer verilmiştir. Ölçülülük ilkesi; temel hak ve özgürlüklerin Anayasa'da yer verilen sınırlama nedenlerine dayanılarak sınırlandırılmasında öngörülen amaç ile araç arasında dengenin bulunmasını gerektirir.¹⁵ Bu bakımdan, sınırlandırmanın; amacı gerçekleştirmeye yarayacak uygun nitelikte, elverişli ve aynı zamanda en az kısıtlamayı gerektirecek nitelikte olması sağlanarak özgürlüğün gereğinden fazla kısıtlanmasının önüne geçilmiş olacaktır.¹⁶

Vergilendirme yetkisinin mali amaç dışında iktisadi sosyal ve kültürel amaçlarla da kullanılması neticesi vergi kanunları doğrudan doğru-

[12] Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 11. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2019, s.409.

[13] Metin, Yüksel. *Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s.4.

[14] Gerçek, Adnan. *Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi*, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2006, s.51.

[15] Karakoç, 2016 s.337.

[16] Eltimur, Dilara. "Vergi Hukukunda Ölçülülük İlkesi". Karakoç, Yusuf (Editör). *Vergi Hukukuna İlişkin Anayasal İlkeler (Makaleler) İçinde*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 315

ya çeşitli hak ve özgürlüklere yöneldiğinden temel hak ve özgürlüklerin sınırı ve özü vergilendirme yetkisinin de sınırını oluşturmaktadır. Bu nedenle temel hak ve özgürlüklerin vergi kanunu yoluyla dahi olsa aşırı ve ölçüsüz sınırlandırılması temel hak ve özgürlükleri kullanılmaz hale getireceğinden kanun koyucunun duyarlı ve ölçülü davranması gerekmektedir.¹⁷

ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN UNSURLARI

Ölçülülük ilkesi “*elverişlilik*”, “*gereklilik*” ve “*orantılılık*” olmak üzere üç unsuru taşımaktadır.¹⁸ Bunlardan “*elverişlilik; başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, gereklilik; başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, orantılılık ise başvuru önlem ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü*” ifade etmektedir.

Elverişlilik (Uygunluk)

Elverişlilik alt ilkesi ölçülülük denetiminin başlangıç safhasını oluşturur. Ölçülülük denetimine amaca erişmek için kullanılan aracın elverişli olup olmadığı hususunun tespitiyle başlanır. Bu anlamda *elverişlilik ilkesi; alınan tedbirle istenilen neticeye ulaşılmaması, yani tedbirin ulaşılmak istenen amaç için uygun olmasını*¹⁹ ifade eder. Bu bakımdan denetimin konusunu, tedbirin amaca uygunluğu ya da elverişliliği oluşturmaktadır. Aracın elverişli olup olmadığının denetiminde ölçüt istenilen netice bakımındandır. Eğer alınan tedbir sayesinde amaçlanan neticeye yaklaşıyorsa bu durumda aracın elverişli olduğundan, buna karşılık kullanılan araç güdülen amaca ulaşmayı güçleştiriyor veya amaca erişme bakımından etkisi bulunmuyorsa aracın elverişsiz olduğundan bahsedilecektir.

Elverişlilik ilkesinde kullanılan aracın ulaşılmak istenen amaca uygunluğu gerektiğinden aralarında uygunluk ilişkisi bulunmuyorsa aracın elverişsizliğinden söz edilecektir.²⁰ Ancak; aracın amacı tam olarak tam olarak gerçekleştirilmesi aranmamakta, kısmen gerçekleştirilmesi halinde dahi yeterli kabul edilebilmektedir.²¹

Vergi Hukuku’nda ise verginin temel amacını kamu hizmetlerinin görülmesi için yapılacak harcamaların gerektirdiği kaynağın sağlanması oluşturduğundan, elde edilmek istenen amaç olan gelir elde etmek için vergi alınması araç konumundadır. Verginin mali amacını kamu harcamalarının karşılanması oluşturmakla birlikte ekonomik istikrarın

[17] Öncel, Mualla /Kumrulu,Ahmet/ Çağan, Nami/Göker Cenker. *Vergi Hukuku*, 28. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019. s.51.

[18] Karakoç, 2014, s,60.

[19] Metin, s.8.

[20] Ceylan, s.38.

[21] Sağlam, s.114; Bu konuda ayrıca bakınız Metin, Ölçülülük İlkesi, s.27.

sağlanması, gelirin yeniden dağılımın sağlanması iktisadi büyüme ve kalkınmanın gerçekleştirilmesi gibi sosyal ve ekonomik amacı da bulunmaktadır. Bu nedenle; elverişlilik unsurunun sağlanması için mali, ekonomik ve sosyal amacın gerçekleştirilmesi için uygun olması gerekmektedir.²²

Anayasa Mahkemesi ölçülülük ilkesinin alt ilkesi olan elverişlilik ilkesine dayanarak verdiği kararında²³ temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlandırma aracının bu amacı gerçekleştirmeye elverişli ve gerekli olması gerektiği ve aynı zamanda orantılı olması gerektiğine hükmederek bu alt ilkeye diğer iki alt ilkeyle birlikte ele alarak değerlendirme yoluna gitmiştir.²⁴

Gereklilik (Zorunluluk)

Hedeflenen amaca ulaşmak için kullanılan aracın elverişli olduğu tespit edildikten sonra ikinci adım olarak aracın gerekli olup olmadığı denetlenecektir.²⁵ Gereklilik; amaca erişmek üzere kullanılan aracın zorunlu olmasını gerektirmektedir. Gereklilik şartının varlığı amaca erişmek için en azından iki elverişli aracın bulunmasına bağlıdır. Bu nedenle, amaca ulaşmak için kullanılması gereken birden fazla elverişli araç arasından en az zarar verebilecek, yani daha yumuşak olanının seçilmesi gerekir. Buna göre aynı etkiye sahip ancak vatandaşa daha az yükümlülük getiren başka bir aracı kullanma imkânı varsa, o aracın kullanılmasının seçilmesi evladır.

Hedeflenen amaca ulaşmak için seçilen elverişli araçlar arasından en yumuşak veya başka bir anlatımla en az sınırlandırıcı olanının seçilmesi için elverişli araçlar arasından en uygun olanı belirlendikten sonra bunlar arasında kıyaslama yapılmasını gerektirir. Temel hak ve özgürlüğü sınırlandırmada en az sınırlandırmayı gerektiren aracın tespitini ifade eden gereklik unsurunu sayesinde ikincil bir denetim yapılarak kullanılan aracın amacı gerçekleştirmede en uygun olma niteliği de pekişmektedir.²⁶

Başvurulan tedbirin ilgiliye ve kamuya getirebileceği dezavantajlar değerlendirilerek hedeflenen amaca ulaşmak için başvurulabilecek başka diğer tedbirler ve bu tedbirlerin getireceği dezavantajlar mukayese edilerek en uygun araç seçilmelidir. En yumuşak (uygun) aracın belirlenmesi farklı araçların ilgililere getireceği yükümlülüklerin de mukayese

[22] Eltimur, s.323.

[23] Any. Mah., 10.01.1991 t., E.1990/25, K:1991/1 (AMKD, S:27/1,s.97.)

[24] Oğurlu, Yücel. *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi (Türk Yüksek Mahkeme Kararları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı ve Özellikle İngiltere Örneği Çerçevesinde Bir Denetim Ölçütü Olarak)*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s.37.

[25] Metin, s.30.

[26] Eltimur, s.324.

sesini gerektirmektedir. Böylece hem kamuya hem de bireylere daha az yükümlülük getiren aracın seçilmesine olanak tanınmış olacaktır.²⁷

Orantılılık

Ölçülülük denetiminin elverişlilik ile gereklilik aşamalarından sonra gelen orantılılık ölçütüne “dar anlamda ölçülülük” ve “katlanılabilirlik” de denilmektedir. Orantılılık ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında hedeflenen amaç ile bu amaca ulaşmak için kullanılan araç arasında makul bir ilişkinin yani bir orantının bulunmasını gerektirmektedir. Uygulanan tedbirin elverişli olup olmadığı ve elverişli olanların arasından gerekli veya zorunlu olanının tespiti sonrasında uygulanacak tedbire bağlı olarak ortaya çıkacak dezavantajların başka bir ifade ile tedbirin ağırlığı ile neticenin değeri arasında bir orantısızlık bulunup bulunmadığı orantılılık aşamasında değerlendirilecektir. Bu aşamada diğer iki aşamada olduğunun aksine araç-amaç arasındaki ilişkinin objektif değerlendirmesi değil, ilgililer açısından subjektif değerlendirmesi yapılarak amacın meşruluğu değerler çerçevesinde sorgulanır. Sonuç itibarıyla uygulanan tedbir ile amaçlanan hedef ile tedbirin neticesi arasında ilgililer aleyhine bir orantısızlık tespit edildiğinde tedbirin ölçüsüz olduğu sonucuna varılır.²⁸

Ölçülülük denetiminin objektif kriterlerden uzak subjektif nitelikler barındırması nedeniyle en zor tespit edilebilen unsur orantılılık kriteridir. Müdahale ile amaçlanan hedef ile kullanılan araç arasındaki makul dengeyi tespit etmek objektif kriterler barındırmaması nedeniyle orantılılık kriterinin tespitinde kolay olmadığından öğretide orantılılık ilkesine “hayalet yakalama” olarak tasvir edilmektedir.²⁹

ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNİN ANAYASAL TEMELLERİ

1924 Anayasası ve bunun paralelinde 1961 Anayasası’nda verginin kanuniliği ile genellik ve eşitlik ilkelerine yer verilmiş olsa da doğrudan ölçülülük ilkesi yer almamaktadır.³⁰ Ancak; her ne kadar 1961 Anayasası ölçülülük ilkesine yer vermese de 1924 Anayasası’ndan farklı olarak kanunların Anayasa’ya uygunluğunun Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi öngörüldüğünden Anayasa Mahkemesi tarafından ölçülülük ilkesi orantılılık kriteri bakımından ölçüt olarak alınmıştır.³¹ Örneğin, 1971 tarihli bir Anayasa Mahkemesi kararında³² ölçülülük ilke-

[27] Metin, s.32.

[28] Metin, s.37.

[29] Eltimur, s.326.

[30] Sağlam, s.118; Tanör/Yüzbaşıoğlu, s.154.

[31] Kanadoğlu, Osman Korkut. *Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması*, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2000, s.167.

[32] Any. Mah. 18.2.1971 t, E:1970/22, K:1971/20 (www.anayasa.gov.tr) (E:T:15.04.2019)

sinin unsurlarından orantılılık ölçütüne yer verilmiştir. Yine Anayasa Mahkemesi'nin 1987 tarihli bir kararında³³ “önleyici ve caydırıcı düzenleme gereksinimi ile bulunan çare arasında adaletli ve kabul edilebilir dengenin bozulmuş olduğundan söz ederek araç ile amaç arasındaki mantıki bağın kaybolduğu” gerekçesiyle ölçülülük ilkesinin unsuru olan orantılılık ölçütü için aranan illiyet bağının bulunmadığından bahisle dolaylı da olsa ölçülülük ilkesine yer vermiştir.³⁴

1982 Anayasasında da 2001 değişikliği öncesinde Anayasanın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını düzenleyen 13. maddesinde kanunla yapılacak sınırlandırmalar için yer verilen “demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama” ve öngörülükleri amaç dışında kullanılmama” ölçütleri bulunmaktaydı.³⁵ Madde metninde ölçülülük ilkesine açıkça yer verilmemiş olsa da tüm unsurlarıyla birlikte ölçülülük ilkesine dayanılmaktadır. Örneğin bu ölçütlerden “öngörülükleri amaç dışında kullanılmama” kriteri ölçülülük ilkesini de ihtiva etmektedir.^{36 37}

2001 değişikliklerinden önce 1982 Anayasası'nda ölçülülük ilkesinin dolaylı olarak yer aldığı bir başka hüküm de 15. maddenin 1. fıkrasındaydı.³⁸ Madde metninde yer verilen durumun gerektirdiği ölçüde ifadesi, temel hak ve özgürlüklere olağanüstü dönemlerde yapılacak müdahalenin tehlikeyle orantılı olmasını gerektirdiği sonucuna varılmaktadır.³⁹

2001 değişiklikleri öncesi dönemde yasaların anayasaya uygunluğu denetimi bakımından; Anayasa Mahkemesi'nin ölçülülük ilkesinin alt unsurlarına yer vermek suretiyle ölçü norm olarak kullandığı ve ölçülülük ilkesini kanunların Anayasaya uygunluğunu denetlemede bu ilkeye başvurduğu görülmektedir.

[33] Any. Mah. 11.2.1987 t, E:1986/12, K:1987/4 AMKD, Sayı:23, s.85.

[34] Any. Mah. 22.5.1987 t, E:1986/17, K:1987/11 AMKD, Sayı:23, s.222; Any. Mah. 14.6.1988 t, E:1988/14, K:1988/18 AMKD, Sayı:24, s.253-254.

[35] Temel Hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması' başlıklı 13.madde şöyle düzenlenmişti: “Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlandırılabilir. Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörülükleri amaç dışında kullanılamaz. Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir.”

[36] Sağlam, Fazıl. 1982 Anayasasının Temel Hak ve Özgürlükler için Getirdiği Sorunlar, Bahri Savcı'ya Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayını, Ankara, 1988, s. 440.

[37] Akad, Mehmet/Dinçkol, Abdullah. 1982 Anayasası, Madde Gerekeçleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları, Alkım Yayınevi, İstanbul, 1998, s.72.

[38] Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması' başlıklı 15.madde 1.fıkrası şu şekildeydi: “Savaş, seferlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.”

[39] Özbudun, s.81.

03.10.2001 tarihli 4709 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun”la özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ek protokolleri temel alınarak, 1982 Anayasasında önemli değişiklikler yapılarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını düzenleyen 13. maddede⁴⁰ ölçülülük ilkesine açık bir şekilde yer verilmiştir. Böylece 1982 Anayasası’nda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırı konusunda getirilen öze dokunma yasağı, demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleri sayesinde hak ve özgürlükler konusunda hukuk ve özürlük anlayışında yaşanan gelişmelere paralel olarak AİHM ve Adalet Divanı kararlarına uygun biçimde 1961 Anayasası’nda yer verilen koruma sisteminin ötesine geçilmiştir.⁴¹

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile ek protokollerde ölçülülük ilkesine açıkça yer verilmemiş ise de ilkenin anlamını ifade eden kavramlara Sözleşme ve ek protokollerin bazı maddelerinde yer verilmiştir.⁴² Örneğin Sözleşme’nin 15. maddesinde Sözleşmeye taraf devletlere, savaş veya Devletin varlığını tehdit eden olağanüstü hallerde Sözleşmede öngörülen yükümlülükler aykırı tedbirler alabilme yetkisini ancak “kesinlikle durumun gerektirdiği ölçüde tanındığı belirtilmektedir. Bu durumda maddede yer alan “durumun gerektirdiği ölçüde” ifadesinden Sözleşmeye taraf devletçe alınan tedbirlerin tehlikenin boyutlarıyla orantılı olması gerektiği sonucuna varılmaktadır.⁴³

Yine Sözleşme’nin 8. ve 11. maddelerinde saklı veya haif örtülü bir biçimde ölçülülük ilkesine yer verilmiştir. Buna göre; Devletlerin kamu güvenliği asayişin korunması ve genel ahlak gibi çeşitli amaçlara yönelmesi ve demokratik toplum için gerekli zorlayıcı bir sosyal ihtiyaç bulunması şartıyla sınırlandırmalarda bulunabileceklerine yer vermiştir. Buna göre belirlenen haklara yapılacak müdahalenin haklı olabilmesi için gerekli ve müdahalenin izlenen meşru amaçla orantılı olması şartına bağlamıştır.⁴⁴

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), ölçülülük ilkesini Sözleşmede açıkça öngörülmemiş olsa da mahkeme kararlarında adil denge kavra-

[40] “Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması” başlıklı 13. maddenin 03/10/2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun’un 2. maddesi ile değişik şekli şöyledir: “Temel hak ve hürriyetler, ölerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

[41] Metin, Yüksel. “Temel Hakların Sınırlandırılması Ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?” *SDÜHFD* Cilt: 7, Sayı 1, Yıl:2017, s.210.

[42] Oğurlu, s.149.

[43] Metin, 2002, s. 28.

[44] Metin, 2002, s.90.

myla açıklanarak sık kullanılan bir ölçüt olarak Sözleşme'nin tamamına hâkim olduğuna hükmetmiştir.⁴⁵ Toplumun genel çıkarı ile temel haklara saygıyı ifade eden kişisel yarar arasında bulunması gereken adil denge bulunması bir başka ifade ile orantılı yapılması şeklinde yorumlanmaktadır. Örneğin Mahkeme, Belgian Linguistic kararında, Sözleşmede taraf devletlere vergi koyma ve vergilerin odenmesi için gereken kanunları çıkarma konusunda açık bir yetki tanıdığı halde bu yetkinin kullanılması neticesi mülkiyet hakkına yapılacak olası bir müdahale sonucu toplumun elde edeceği genel menfaatin bireylere aşırı bir vergi yükü yüklemesine yol açmaması gerektiğine hükmetmiştir. AİHM içtihatlarında anılan karar sonrasında ölçülülük ilkesi, Mahkeme kararlarında sıklıkla güçlü ve kalıcı bir şekilde vurgulanmış ve Sözleşme sistemini koruma mekanizmasında genel bir ilke haline dönüşmüş bulunmaktadır.⁴⁶

ANAYASA MAHKEMESİNİN VERGİ HUKUKUNA İLİŞKİN KARARLARINDA ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

Devletin vergilendirme yetkisi yoluyla temel hak ve özgürlüklere müdahale etmesi vergilendirmenin kamu hizmetinin yerine getirilmesi için ihtiyaç duyduğu kaynaklardan biri olması nedeniyledir.⁴⁷ Anayasa Mahkemesi de yönde verdiği bir kararında⁴⁸ vergi düzenlemelerinin hemen hemen tüm hak ve özgürlükleri ilgilendiren ve etkileyen bir yasama işlemi olduğuna, verginin ise bu hak ve özgürlükleri kullanma ve yararlanmayı tamamen veya belli bölümleriyle olanaksız kıldığına hükmetmiştir.⁴⁹

Anayasa'da yer alan verginin kanuniliği ilkesi uyarınca vergilendirmenin kanun yoluyla yapıldığı göz önüne alındığında vergi kanunlarının temel hak ve özgürlüklerin Anayasal sınırlarına uygunluğu Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı hukukilik denetimi yoluyla mümkündür. Bu denetim sayesinde ölçülülük ilkesi vergi hukukuna ilişkin konularda genel bir hukuk ilkesi olarak ele alınmaktadır.⁵⁰

1982 Anayasası öncesinde Anayasa Mahkemesi kararlarında da ölçülülük ilkesi açıkça olmasa da dolaylı kriter olarak ele alınmış olup, 1982 Anayasası sonrasında verdiği kararlarında ilkeyi daha fazla kullanarak ilkeyi kuramsallaştırmıştır.⁵¹ 2001 tarihinde yapılan değişiklikle ölçülü-

[45] Gölcüklü, Feyyaz / Gözübüyük, A. Şeref. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1994, s.298.

[46] Oğurlu, s.144.

[47] Çağan, Nami. *Vergilendirme Yetkisi*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1982, s.164.

[48] Any.Mah., 07.11.1989,t., E:1989/6, K:1989/42, (R.G:06.04.1910- 20484)

[49] Eltimur, s.371.

[50] Gürpınar, Bünyamin / Yıldız, Fazlı. *Türk Anayasal Sistemindeki Vergilendirme İlkelerinin Anayasa Mahkemesi Kararları Perspektifinden Analizi*, Prof. Dr. Mualla Öncel'e Armağan, Ankara Üniveritesi Yayınları No:243, Cilt:II, Ankara, 2009, s.882.

[51] Sağlam, s.112.

lük ilkesi Anayasal bir norm olarak yer aldığı ve dolayısıyla değişiklik öncesi dönemde ilke Anayasa’da açıkça yer almadığından, değişiklik öncesi Mahkeme kararlarında ilke Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları doğrultusunda geliştirdiği “araçla amaç arasındaki mantıki bağ”⁵², “sınırlamayla sağlanan yarar arasında hakkaniyete uygun adaletli denge” ve “amaçla araç arasında makul ölçü”⁵³ şeklindeki kriterlerle ifade edilmiştir.⁵⁴

2001 değişikliği öncesinde Anayasa Mahkemesi; temel hakkın özüne dokunmak suretiyle hak ve özgürlüğü kullanılamaz hale getiren sınırlandırmanın hakkın özü ve ölçülülük ilkelerini aynı anda ihlal edeceğine, bu nedenle de iki ilkenin birlikte ele alınması ve ilkenin öze dokunma yasağıyla çatışmaması gerektiğine aksi takdirde ilkeden beklenen yararın alınamayacağına hükmetmiştir.⁵⁵ Ancak, Uygun’a göre ölçülülük ilkesi gereklilik uygunluk ve orantılılık gibi tüm unsurlarıyla ele alınırken öze dokunma yasağıyla çatışabileceğinden özden önceki alanda ele alınması gerekmektedir. Ancak Türk Anayasa yargısında aksi yönde görüş hakim olduğundan⁵⁶ ölçülülük ilkesinin öneminin azaldığı görüşünü savunmaktadır.⁵⁷

03.10.2001 tarihli 4709 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun”la temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını düzenleyen 13. maddesinde yapılan değişiklik neticesi Anayasa’da ölçülülük ilkesine açık bir şekilde yer verilmesi sonrasında Anayasa Mahkemesi kararlarında⁵⁸ sıkça bu kritere vurgu yapılarak ölçülülük ilkesinin *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* olmak üzere üç alt ilkeden oluştuğuna *elverişliliğin* öngörülen müdahalenin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, *gerekliliğin* ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmasının mümkün olmamasını, *orantılılığın* ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade ettiğine hükmetmiş ve ilkenin yerleşmesine katkıda bulunmuştur.

[52] Any. Mah., 11.02.1987 t., E:1986/12, K:1987/4, AMKD, Sayı:23, s.85.

[53] Any. Mah., 22.05.1987 t., E:1986/17, K:1987/11, AMKD, Sayı:23, s.222.

[54] Metin , Ölçülülük İlkesi, s.216.

[55] Any. Mah., 26.11.1986 t., E:1985/8, K:1986/27, AMKD, S:22, s.365.

[56] Oğurlu, s.60.

[57] Uygun, Oktay. 1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992, s.167.

[58] Any. M, 11/4/2012 t., E.2011/111, K.2012/56; 27/5/2015 t., E.2014/176, K.2015/53; 22/6/2016 t., E.2016/13, K.2016/127, § 18; Mehmet Akdoğan ve diğeri, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 38)

SONUÇ

Vergiler, devletin piyasaya en önemli müdahale aracı olduğundan özgürlük alanlarına yapılan bu müdahalelerin sınırlandırılmaları gerekir ki bu sınırlandırma müdahaleyi meşru hale getirir. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasının da bir sınırı bulunması gerektiğinden anılan sınırın belirlenmesinde ölçülülük ilkesi sınırlama alanının denetlenmesini sağlayan ana ilke haline dönüşmüştür.

Ölçülülük ilkesi Anayasa'da yer verilen diğer ilkelerle ilişki içerisinde dir. Bu bağlamda, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasını belli kriterlere bağlamak suretiyle sınırlandırmanın sınırını teşkil eden ölçülülük hukuk devletinin de özünü oluşturmaktadır. Ölçülülük ilkesi kişisel menfaat ile toplumsal menfaat arasında dengenin sağlanması bakımından sosyal devlet ilkesi ile de yakından ilgili olduğundan toplum menfaatinin sağlanması amacıyla yapılacak kişilerin temel hak ve özgürlüklerine yapılacak müdahaleler, ölçülülük (orantılılık) ilkesine uygun olduğu müddetçe kişisel menfaat ve toplumsal menfaat dengesi sağlanmak suretiyle hukuka uygunluk teşkil etmektedir.

Ölçülülük ilkesi Türk Vergi Hukuku sisteminde ölçülülük ilkesi mali güce göre vergilendirme ilkesi ile izah edilmektedir. Vatandaşların ödeme gücüne göre vergilendirmesinde kişilerin ekonomik ve kişisel durumları göz önünde bulundurularak vergilendirme yapılarak vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı sağlanması amaçlanmaktadır. Vergi yükümlüsüne yerine getiremeyeceği düzeyde mali yük yüklenmesi veya rahatsız edici düzeyde tarhiyat ve denetim yapılmasının önüne ölçülülük ilkesi ile geçilmektedir. Ölçülülük ilkesi eşitlik ilkesi ile kendini göstermekte ve adaletin gerçekleştirilmesi bakımından vergi yükünün kişilerin kişisel ve ekonomik durumlarına göre eşit dağıtılması bakımından eşitlik ilkesi ile yakından ilgili olmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarında “*vergi yoluyla mülkiyet hakkına yapılan müdahaleler sonucu toplumun elde edeceği genel menfaat, kişilerin bireysel ve aşırı bir yük altına girmesine neden olmamalıdır*” şeklinde yorumlanmak suretiyle Mahkeme kararlarında güçlü ve kalıcı bir şekilde vurgulanmış ve Sözleşme sistemini koruma mekanizmasında genel bir ilke haline dönüşmüştür.

Ölçülülük ilkesi 2001 değişiklikleri öncesi dönemde Anayasa'da açıkça yer almadığından gerçekleştirilen kanunların anayasaya uygunluğu denetimi bakımından Anayasa Mahkemesi ölçülülük ilkesini doğrudan ölçü norm olarak kullanarak detaylı bir ölçülülük denetimi yaptığı ve kanunların Anayasaya uygunluğunu denetlerken ölçülülük ilkesine başvurduğu görülmektedir. 2001 değişikliği sonrası Anayasa'da kendine yer bulan

ölçülülük ilkesi Anayasa Mahkemesi kararlarında AİHM içtihatlarında “araçla amaç arasındaki mantıki bağ”, “sınırlamayla sağlanan yarar arasında hakkaniyete uygun adaletli denge” ve “amaçla araç arasında makul ölçü” şeklindeki kriterlerle ifade edilerek güçlü ve kalıcı bir şekilde vurgulanmış ve Sözleşme sistemini koruma mekanizmasında genel bir ilke haline dönüşmüştür.

KAYNAKÇA

A. KİTAPLAR

- Akad, Mehmet/Dinçkol, Abdullah. *1982 Anayasası, Madde Gereççeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları*, Alkım Yayınevi, İstanbul, 1998.
- Akdoğan, Abdurrahman. *Gelir Vergisi Açısından Vergi Adaletine Teknik Bir Yaklaşım*, AİTİA, Maliye Fakültesi Yayını, Ankara, 1980.
- Bilici, Nurettin. *Vergi Hukuku*, Güncelleştirilmiş ve Geliştirilmiş 31. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.
- Budak, Tamer. *Türk Vergi Hukukunda Anayasal Ölçüt:Mali Güç*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2010.
- Çağan, Nami. *Vergilendirme Yetkisi*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1982 (Vergilendirme Yetkisi)
- Eltimur, Dilara. "Vergi Hukukunda Ölçülülük İlkesi". Karakoç, Yusuf (Editör). *Vergi Hukukuna İlişkin Anayasal İlkeler (Makaleler)* içinde, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Gemalmaz, H. Burak. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.
- Gerçek, Adnan. *Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi*, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2006, (Takdir Yetkisi)
- Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 11. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2019.
- Gölcüklü, Feyyaz / Gözübüyük, A. Şeref. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1994.
- Gözübüyük, Şeref. *Yönetmelik Yargısı*, 13. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 1999.
- Günday, Metin. *İdare Hukuku*, Yenilenmiş 5. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 1996.
- Gürpınar, Bünyamin / Yıldız, Fazlı. *Türk Anayasal Sistemindeki Vergilendirme İlkelerinin Anayasa Mahkemesi Kararları Perspektifinden Analizi*, Prof. Dr. Mualla Öncel'e Armağan, Ankara Üniversitesi Yayınları No:243, Cilt:II, Ankara, 2009.
- Kanadoğlu, Osman Korkut. *Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması*, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2000.
- Karakoç, Yusuf. *Türk Hukukunda Vergi Kanunlarının Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi 1998 Tarihli Çoğlatma Metninden Tıpkı Basım*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017 (Yargısal Denetim)
- Karakoç, Yusuf. *Kamu İcra Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, (Kamu İcra Hukuku)
- Kıldış, Yusuf / Tekbaş, Abdullah. *Gelir Vergisi Kanununun Mali Güce Göre Vergilendirme İlkesi Açısından Değerlendirilmesi*, Prof. Dr. Mualla Öncel'e Armağan, Ankara Üniversitesi Yayınları No:243, Cilt:II, Ankara, 2009.
- Kırbaş, Sadık. *Vergi Hukuku (Temel Kavramlar İlkeler ve Kurumlar)*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2012.
- Koyuncu, Caner. *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Anayasal Vergilendirme İlkeleri*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2016.
- Metin, Yüksel. *Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002. (Ölçülülük İlkesi).
- Mutluer, Kamil. *Vergi Genel Hukuku*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006.
- Oğurlu, Yücel. *Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi (Türk Yüksek Mahkeme Kararları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları, Avrupa Topululuğu Adalet Divanı ve Özellikle İngiltere Örneği Çerçevesinde Bir Denetim Ölçütü Olarak)*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002.
- Öncel, Mualla /Kumrulu,Ahmet/ Çağan, Nami/Göker Cenker. *Vergi Hukuku*, 28. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- Öner, Erdoğan. *Vergi Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı (Öğrenci Baskısı), Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015.

- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998.
- Saban, Nihal. *Vergi Hukuku*; Gözden Geçirilmiş 5. Bası, .Beta Yayınları, İstanbul, 2009.
- Sağlam, Fazıl. *Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü*, AÜSBF Yayınları, Ankara, 1982.
- Sağlam, Fazıl; 1982 Anayasasının Temel Hak ve Özgürlükler için Getirdiği Sorunlar, Bahri Savcı'ya Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayını, Ankara, 1988.
- Şenyüz, Doğan/ Yüce, Mehmet/ Gerçek, Adnan. *Vergi Hukuku*, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2010.
- Şenyüz, Doğan. *Vergi Ceza Hukuku*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2013. (Vergi Ceza).
- Tanör, Bülent / Yüzbaşıoğlu, Necmi. *1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku*, 14. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Tekbaş, Abdullah. *Vergi Kanunlarının Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Değertimi: Türkiye Değertirmesi*, Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayın No:2009/396, Ankara, 2009.
- Uygun, Oktay. *1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992.
- Yiğit, Uğur. *Vergi Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

B. DERGİLER

- Demirbaş Aksüt, Burcu. "Vergi Yargılaması Hukukunun Anayasal Temelleri", *DEU Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:12, Özel Sayı, Y:2010, Prof. Dr. Burhan Ceyhan'a Armağan, İzmir, 2012, s. 257-312.
- Erkin, Gözde. "Vergilendirme Yetkisinin Tabi Olduğu Anayasal İlkeler", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:2012, Sayı:3.
- İnceoğlu, Sibel. "Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartlı Salıverme, Davaya ve Cezaların Ertelenmesi", *Anayasa Yargısı*, C:18, Ankara, 2001.s.43-44.
- Karakoç, Yusuf. "Türk Vergi Ceza Hukuku Üzerine Bir Değertirme", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:XV, Özel Sayı, Y:2013, Prof. Dr. M.Polat Soyer'e Armağan, İzmir, 2014, s.3-26, (Vergi Ceza Hukuku).
- Karakoç, Yusuf. "Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değertirme", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:15, Özel Sayı, 2013, Basım Yılı:2014, s.1259-1308, (Anayasal Vergilendirme İlkeleri).
- Kumrulu, Ahmet G. "Vergi Hukukunun Bir Kısım Anayasal Temelleri", *AÜHF Dergisi*, Sayı 1, Cilt 36, 1979, s. 1301-1308, (Anayasal Temeller).
- Metin, Yüksel. "Temel Hakların Sınırlandırılması Ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?" *SDÜHFD* Cilt: 7, Sayı 1, Yıl:2017, (Temel Haklar)
- Şimşek, Suat. "Vergi Politikaları, Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi", *Maliye Dergisi*, S:159, Temmuz-Aralık 2010, s.323-345.
- Üstün, Ümit Süleyman. "Vergi Hukuku İle İlgili Anayasal İlkeler", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 1-2, Yıl 2003.
- Yaltı Soydan, Billur. "Vergi Adaletinde Soyuttan Somuta: Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarını Eşitlik, Özgürlük ve Sosyal Devlet Kavramları İle Okumak", *Anayasal Mali Düzen, XIII. Türkiye Maliye Sempozyumu*, 14-16 Mayıs 1998, İstanbul 2000.

C. TEZLER:

- Ceylan, Ali. "Teori ve Uygulamada Ölçülülük İlkesi", *Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008.
- Özçelik, Tolunay. "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Vergilendirme İlkeleri", *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2008.
- Sonsuzoğlu, Elif. "Ödeme Gücüne Göre Vergileme İlkesi", *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1997.

**SİGORTA
HUKUKU**

ROTTERDAM KURALLARI UYARINCA DONATAN VE TAŞIYANIN SORUMLULUĞUNUN KULÜP SİĞORTASI (P&I) TARAFINDAN ÜSTLENİLMESİ

Öğr. Gör. Dr. Utku TOPCAN

İzmir Ekonomi Üniversitesi
ORC-ID: 0000-0002-5096-7653
utku.topcan@ieu.edu.tr

ÖZET

Uluslararası denizcilik çevresinde daha yaygın olarak P&I sigortası olarak bilinen kulüp sigortası, bir P&I kulübü tarafından sağlanan ve geleneksel sigortacıların sigortalamakta isteksiz olduğu açık uçlu riskler için teminat sağlayan, üyelerinin hem sigortacı hem sigortalı sıfatına sahip olduğu karşılıklı bir denizcilik sigortasıdır.

P & I sigortalarının teminatının kapsamı çoğunlukla, deniz yoluyla taşımacılık yapanlarca ve yük sahiplerince uzun süredir kabul edilen standartları içermesinden ötürü, Lahey, Lahey/Visby Kuralları'nda belirtilen sorumluluk rejimine dayanmaktadır. Bununla birlikte, Lahey, Lahey/Visby ve Hamburg Kuralları'nın modern bir halefi olarak hazırlanan ve Aralık 2008'de Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda kabul edilen "Malların Tamamen veya Kısmen Deniz Yoluyla Uluslararası Taşımacılığına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu" ("Rotterdam Kuralları"), malların deniz yoluyla uluslararası taşımacılığından kaynaklanan kayıp ve hasarlar için yeni ve ağırlaştırılmış sorumluluk standartları getirmekte, halihazırda uygulanmakta olan kuralların aksine, uluslararası bir "deniz ayağı" içeren ve bu sebeple "*maritime plus*" entsrümanı şeklinde de adlandırılan, çok modlu" (*multimodal*) taşımacılık için uygulanabilir bir dizi yeni kural içermektedir.

Rotterdam Kuralları'nın, 20 devletin Konvansiyon'u onaylamasından 12 ay sonra yürürlüğe girmesi planlanmış olup, halihazırda 25 imzacı ülkenin 5'inde Konvansiyon'un onaylanması süreci tamamlanmıştır. Konvansiyon'un onaylanması ve yürürlüğe girmesi veya hükümlerini başka yollarla iç hukukuna aktarması halinde, ilgili devlette kanunen zorunlu olarak uygulanabilir hale gelecektir.

Her ne kadar Rotterdam Kuralları doğrudan P & I sigortalarına ilişkin sorumluluk hükümleri içermese de, donatan ve taşıyanın sorumluluğu rejimini değiştiren kurallar uyarınca üyelerinin sorumluluklarının ne ölçüde karşılanacağına ilişkin P & I kulüpleri konuya ihtiyatla yaklaşmakla birlikte, şimdiden kendilerini bu değişime hazırlamaktadırlar.

Çalışmada Rotterdam Kuralları'nın getirdiği yeni sorumluluk rejimi çerçevesinde, belli başlı P & I sigorta kuruluşlarının bu yeni rejime yaklaşımları incelenecektir.

Anahtar kelimeler: Kulüp Sigortası, P & I, Rotterdam Kuralları, Karşılıklı Sigorta, Deniz Sigortası.

ASSUMPTION OF LIABILITY OF THE SHIPOWNER AND CARRIER BY CLUB INSURANCE (P & I) UNDER THE ROTTERDAM RULES

ABSTRACT

Club insurance, more commonly known in the international shipping community as P&I insurance, is a mutual marine insurance provided by a P&I club, whose members act as both insurer and insured, providing cover for open-ended risks that traditional insurers are reluctant to insure.

The coverage of P&I insurance is mostly based on the liability regime set out in the Hague, Hague/Visby Rules, as they include standards long accepted by maritime carriers and cargo owners. However, the “United Nations Convention on Conventions Relating to the International Carriage of Goods Wholly or Partially by Sea” (“Rotterdam Rules”), prepared as a modern successor to the Hague, Hague/Visby and Hamburg Rules and adopted by the United Nations General Assembly in December 2008, introduces new and aggravated standards of liability for loss and damage arising from the international transport of goods by sea. It contains a new set of rules applicable to multimodal transport, unlike the currently applied rules, which include an international “sea leg” and are therefore also referred to as the “maritime plus” instrument.

The Rotterdam Rules are planned to enter into force 12 months after 20 states ratify the Convention, and the ratification process of the Convention has already been completed in 5 of the 25 signatory states. If the Convention is ratified and enters into force or its provisions are incorporated into domestic law by other means, it will become legally enforceable in the relevant state.

Although the Rotterdam Rules do not itself contain liability provisions concerning directly P & I clubs, P & I clubs are cautiously approaching the issue regarding the extent to which their members’ responsibilities will be covered in accordance with the rules that change the owner’s and carrier’s liability regime, and are already preparing themselves for this change.

In the study, the approaches of major P & I insurance clubs to the rules will be examined within the framework of the new liability regime introduced by the Rotterdam Rules.

Key words: Club Insurance, P & I, Rotterdam Rules, Mutual Insurance, Marine Insurance.

GİRİŞ

Deniz yoluyla eşya taşıma, içerdiği risklerin çeşitliliği ve büyüklüğü sebebiyle taşıma türleri içerisinde sigortacılığın en çok önem kazandığı taşıma türü olagelmıştır.

İlk başlarda deniz yoluyla eşya taşıyanlar, bu taşıma türünün dünya ticaretinde kapladığı işlem hacminin büyüklüğü ve barındırdığı risklerin diğer hiçbir taşıma türünde olmadığı kadar öngörülemez olduğu gerçeği karşısında, neredeyse tam sorumsuzluklarına dair hükümleri taşıma sözleşmelerinin önemli bir unsuru haline getirmeyi başarmışlardır¹.

Sanayi devriminin ortaya çıkışı ile denizcilik endüstrisi yeni bir makineleşme ve küreselleşme çağına ulaşmıştır. Buhar gücüyle çalışan gemiler, seyahat sürelerini büyük ölçüde azaltarak ve malların daha önce görülmemiş bir ölçekte toplu hareketini sağlayarak deniz taşımacılığında devrim yaratmıştır. Özellikle 1950'lerden itibaren konteynerizasyon, kargo taşıma sürecini kolaylaştıran ve küresel tedarik zincirlerinin entegrasyonunu kolaylaştıran bir olgu olarak ortaya çıkmıştır. Mega konteyner gemilerinin ve otomatik limanların yükselişi ile birlikte, malların deniz yoluyla taşınmasına ilişkin uluslararası sözleşmeler eliyle deniz ticaretinin karmaşıklığının giderilmesi ve özellikle taşıyanın sorumluluğu, kargo üzerinde menfaati olanların haklarının korunması ve sigorta konularına özel önem atfedilmiştir.

Bu noktada, malların deniz yoluyla taşınmasını düzenleyen karmaşık haklar, sorumluluklar ve yükümlülükler ağı üzerinde önemli etkiye sahip iki gerçeklik olarak (1) alandaki en güncel uluslararası metin olan Rotterdam Kuralları'nın getirdiği yeni düzen ve (2) denizcilik sektörünün hayati paydaşları olan P & I kulüplerinin Rotterdam Kuralları'na bakışının, bir arada incelenmesi önem arz etmektedir.

Çalışmada öncelikle Rotterdam Kuralları'nın getirdiği yeni sorumluluk düzeni tanıtılacak, daha sonra mevzuat değişikliklerinin üyeleri ve daha geniş denizcilik camiası üzerindeki etkilerini değerlendirmede önemli bir rol oynayan belli başlı P & I kulüplerinin bu yeni sorumluluk düzenine yaklaşımları incelenecektir.

[1] Kara, Hacı. *Rotterdam Kuralları'na Göre Taşıyanın Ziya, Hasar veya Gecikmeden Kaynaklanan Zararlardan Sorumluluğu*, 1. Bası, Legal, İstanbul, 2014, s. 3; Demir, Ercan. "Deniz Taşımasında Yüke Gelen Zararda Sınırlı Sorumluluk Uygulaması ve İstisnaları", *Deniz Ticareti Hukukunda Yeni Sorunlar Sempozyumu -I-*, Ed. Cüneyt Süzel, On İki Levha, İstanbul, 2019, s. 66.

DENİZDE EŞYA TAŞIMACILIĞINA İLİŞKİN ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER

Genel Olarak

19. yüzyılın sonlarına dek deniz yoluyla eşya taşıyanlar lehine işleyen sözleşme özgürlüğünü pazarlık gücü zayıf olan taraf lehine uluslararası hukukta ilk sınırlandıran düzenleme, “Konişmentoya Müteallik Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkındaki Milletlerarası Sözleşme” (Brüksel Sözleşmesi), daha yaygın kullanılan adıyla, 1924 Lahey Kuralları’dır². Lahey Kuralları uyarınca taşıtan, yolculuktan önce ve yolculuğun başlangıcında geminin denize elverişli olmadığını, yeterli sayı ve nitelikte personele sahip olmadığını veya malı güvenli bir şekilde taşıyıp muhafaza edemeyeceğini kanıtlayamadığı sürece, kayıp veya hasarlı malların zararı riskini üzerinde taşır (m. 3 (1)). Yolculuk sırasında geminin elverişliliğinin korunması ise, Lahey Kuralları m. 3 (1)’in uygulama alanının dışındadır³. Taşıyanın sorumsuzluğunu nispeten sınırlandıran bu düzenlemeye rağmen, Lahey Kuralları, taşıyan ve taşıtanın sorumluluğu arasındaki dengeyi arzu edilen düzeye taşımakta yetersiz kalmıştır.

Özellikle yükleme ve tahliye işlerini hızlandırmak için palet ve konteyner gibi kapların kullanılması, bütün dünyayı sarsan ekonomik gelişmeler neticesinde sorumluluğu sınırlama tutarının yetersizliği gibi sebeplerle Lahey Kuralları’nın uygulanması 1930’ların sonlarına doğru hakkaniyetsiz sonuçlar doğurmaya başlamış⁴ ve “Konişmentoya Dair Bazı Kaidelerin Birleştirilmesine Dair 25.04.1968 Tarihli Brüksel Antlaşmasının Tadiline Dair Protokol”, 1968’de kabul edilip 1977’de yürürlüğe girmiştir. Lahey Kuralları’nın sorumluluk düzenini temelinden değiştirmemekle birlikte, anılan kurallarda önemli güncellemeler yapan bu protokolün kabulü ile Lahey Kuralları, Lahey-Visby Kuralları adını almıştır. Ne var ki, Lahey-Visby Kuralları’nın de yalnızca “*tackle-to-tackle*” (malların gemiye yüklenmesinden boşaltılması anına kadar) taşıma sözleşmelerini kapsamaması ve bu anlamda *multimodel* – çokmodlu taşımalara uygun olmaması ve konteyner taşımacılığının neredeyse göz ardı edilmiş olması, bu kuralların da deniz yoluyla malların taşımacılığında çağın gerisinde kalmış olması sonucunu doğurmuştur⁵. Buna rağmen, günümüzde Lahey-Visby kuralları deniz yoluyla eşya taşımacılığında te-

[2] Kara, s. 4.

[3] Yetiş Şamlı, Kübra. “Lahey-Lahey/Visby, Hamburg ve Rotterdam Kuralları’nda Sefere Elverişlilik”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 71, S.2, 2013, s. 484-485.

[4] Demir, 68.

[5] 1924 Lahey Kuralları’ndan farklı olarak Lahey-Visby Kuralları’na her ne kadar “konteyner taşımacılığı” kavramsal olarak girmiş ise de (m. 1 (5) (c)), 1950’lerden itibaren giderek yaygınlaşan ve günümüzde artık deniz yoluyla mal taşımacılığının temel şekli olan konteyner taşımacılığına ilişkin kapsamlı ve tatmin edici düzenlemeler içermemesi, bu sonuca varılmasında belirleyici olmuştur.

mel rejim olmayı sürdürmektedir⁶.

Lahey-Visby Kuralları'nda özellikle sorumluluk sistemine yönelik belirgin bir güncelleme yapılmaması⁷ sebebiyle, bu kuralları bütünüyle ortadan kaldırmak ve yeni bir rejim getirmek düşüncesiyle 1978 yılında kabul edilen "Malların Deniz Yoluyla Taşınmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Konvansiyonu" ("Hamburg Kuralları") 1992 yılında yürürlüğe girmiştir. Akdi kusur sorumluluğu sitemi üzerine inşa edilen⁸ Hamburg Kuralları'nda önceki rejimden farklı olarak, taşıyanın navlun sözleşmesinden doğan sorumluluğu, Lahey-Visby Kuralları'nda olduğu gibi "*tackle to tackle*" değil, "*eşyanın teslim alındığı andan teslim edildiği ana*" kadar emredici olarak düzenlenmiş ve gecikme zararları emredici sorumluluk kapsamına alınmıştır. Bundan başka, mutlak ve muhtemel sorumsuzluk halleri kaldırılmış, önceki rejimde 1 yıl olarak düzenlenen zamanaşımı süresi 2 yıla çıkarılmıştır. Yine taşıyan çevrelerce en çok eleştiriye maruz kalan bir değişiklik olarak, Lahey-Visby Kuralları'nda yer alan "gemicilikle ilgili / teknik kusur istisnası" da (*nautical fault exception*) kaldırılmıştır⁹.

Rotterdam Kuralları'nın Mevcut Rejimlerden Ayrılan Yönleri

Lahey, Lahey-Visby ve Hamburg Kuralları ile gerçekleştirilemeyen yeknesaklığı sağlayabilmek adına hazırlanan "Kısmen veya Tamamen Deniz Yoluyla Uluslararası Yük Taşınmasına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu" ("Rotterdam Kuralları") 2008'de kabul edilmiş olup henüz yürürlüğe girmesi için gereken 20 devletin imzasından çok uzaktadır. Bu çalışmanın yapıldığı tarih itibarıyla yalnızca 5 ülke Konvansiyon'u onaylama sürecini tamamlamıştır¹⁰.

P & I kulüplerine geçmeden önce, Rotterdam Kuralları'nın mevcut iki sistem (Hague-Visby ve Hamburg Kuralları) karşısında öne çıkan yönlerinden bahsetmek gerekir. Zira P & I kulüpleri, aşağıda görüleceği üzere, her bir yeniliğin, üyelerini ve dolayısıyla kendilerini ne şekilde etkileyebileceğine dair değerlendirmelerde bulunmaktadır.

Öncelikli olarak Rotterdam Kuralları'nda başvuru kriterleri bakımından daha eksiksiz bir coğrafi ve ticari kombinasyon söz konusudur. Taşıyanın sorumluluğu bakımından da mevcut her iki sisteme göre çok daha

[6] TTK'da da her ne kadar Hamburg Kuralları'ndan "tamamlayıcı olarak" yararlanılmışsa da (Genel Gerekeççe para.183 ve 187), deniz taşımacılığı hükümlerinin temelini halen Lahey-Visby kuralları oluşturmaktadır.

[7] Lahey-Visby Kuralları'nın sorumluluk rejimine yönelik değişiklik talebi çoğunlukla gelişmekte olan devletlerden gelmişse de kargo ilgilisi konumundaki gelişmiş kimi devletler de (ABD, Kanada, Avustralya ve Kanada) bu yöndeki değişiklik talebini desteklemişlerdir. Süzel, Cüneyt. *Deniz Ticareti Hukukunda Taşıtan ve Yükleten*, 1. Baskı, On İki Levha, 2014, s. 30.

[8] Demir, 70-71.

[9] Kara, s. 9.

[10] Bu devletler onaylama sırasına göre: İspanya, Togo, Kongo, Kamerun, Benin şeklindedir.

uzun ve kapsayıcı bir zaman dilimi söz konusudur. Buna göre taşıyanın sorumluluğu “yükler alıcıya teslim edilinceye kadar” şeklinde düzenlenmiştir (RK m. 11-12(1)). Benzer şekilde, denize elverişlilik yükümlüğünün süresi de uzatılmış, taşıyan, yalnızca yolculuğun başında değil, yolculuk boyunca gemiyi sefere elverişli hale getirme ve sefere elverişli halde tutma, gemiyi gereken mürettebat, ekipman ve erzakla donatma, yüklerin içinde taşındığı ambarları ve geminin diğer tüm kısımlarını ve taşıyanın tedarik edip yüklerin içinde veya üzerinde taşındığı konteynirleri teslim alınmaya, taşınmaya ve korunmaya uygun ve güvenilir hale getirme ve bu halde tutmakla yükümlüdür (RK m. 14). Bundan başka, taşıma sözleşmesinin tanımlandığı m. 1(1) hükmünde, deniz yoluyla taşımaya ek diğer taşıma şekillerinin (e.g. yükleme-boşaltma hizmetleri, terminaller, karayolu, nehir ve demiryolu taşımacılığı) de sözleşme ile kararlaştırılabileceği öngörülmüştür (RK m. 1 (1)). Yine, “*ifa eden taraf*” tanımına, taşıma işleri (nakliye) komisyoncuları, lojistik operatörleri gibi taşımacılıktaki diğer aktörler (“*maritime performing party*”) de dahil edilmiştir. (RK m. 1 (6) (7) (8)). Konvansiyon çerçevesindeki yükümlülüklerin ihlalden doğan talepler için zamanaşımı süresi, Lahey - Visby Kuralları’ndan farklı ancak Hamburg Kuralları ile paralel biçimde 2 yıldır (RK m. 62). Yine çok tartışılan bir yenilik olarak, Lahey-Visby’nin istisnalar kataloğunda üç önemli değişiklik yapılmıştır. Buna göre: (1) Geminin seyrüsefer ve idaresinde meydana gelebilecek teknik kusur istisnası kaldırılmıştır, (2) “başka bir neden” (*any other cause*) şeklindeki genel sebep (HVR m. 4 (2) (q)) alınmamıştır ve (3) yangın savunması zayıflatılmıştır. Buna karşın, taşıyan lehine ek savunma imkanları getirilmiştir (e.g. çevreye zarar vermektan kaçınmak veya denizdeki malı kurtarmak amacıyla zarar vermiş olmak) (RK m. 17 (3) (n)). Sorumluluk sınırlaması da paket başına Lahey-Visby Kuralları’nda öngörülen 666,67 SDR’den 875 SDR’ye; kilogram başına 2 SDR’den 3 SDR’ye çıkarılmıştır (RK m. 59). Lahey-Visby Kuralları’nda bulunmayan teslimatta gecikme sorumluluğu, Hamburg Kuralları’nda olduğu gibi düzenlenmiştir (RK m. 17, 21, 23, 60). Yine, malların güvertede veya güverte altında taşınmasına ilişkin koşullar daha net, imadan öte biçimde düzenlenmiştir (RK m. 25). Taşıyan ve kargo menfaati sahibi arasında daha dengeli bir ispat yükü sistemi getirilmiştir (RK m. 23(1) (2), 41 (b) (c), 80 (6)). Elektronik taşıma kayıtlarına yönelik detaylı bir düzenleme yapılmıştır (RK m. 1(9) (10) (17)-(23), 8-10, 35, 47, 57,). Hacim veya miktar sözleşmeleri (*volume contracts*) bakımından radikal sayılabilecek bir sözleşme özgürlüğü getirilmiştir (RK m. 1(2), m. 80)¹¹. Son olarak yargı yetkisi ve tahkim konusunda taraflara alternatifler sunulmaktadır.

[11] Rotterdam Kuralları’nın hacim sözleşmelerine dair düzenleme eleştirisi için bkz. Aras Yeşilova, Ecehan. “Rotterdam Kuralları’nın “Hacim Sözleşmeleri”ne İlişkin Hükümüyle (m. 80) Genel Sözleşme Özgürlüğü: Yeni Bir Dönem midir Yoksa Lahey Kuralları Öncesine Dönüş müdür?”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.71, S. 1, 2013, s. 1420-1447.

P & I (KULÜP) SİGORTASI

Ortaya Çıkışı

İngiliz mahkemesi, 1836 tarihli “*de Vaux v Salvador*” adlı davada¹², başka bir gemiye verilen hasarın Londra piyasasında yaygın olarak kullanılan standart tekne poliçesi (*hull insurance*) kapsamında teminat altına alınmadığına, zira teminatın sigortalı gemiyle sınırlı olduğuna karar vermiştir¹³. Bu karar, sıradan poliçeler kapsamında ticaret yapan birçok armatörü böylesine büyük bir riske karşı sigortasız bırakmıştır¹⁴.

Bu olaydan sonra tekne sigortası piyasası, diğer geminin gövdesinde meydana gelen hasarı da kapsayacak şekilde sigorta kapsamını genişletmişse de hasarın yalnızca $\frac{3}{4}$ 'ünün karşılanması söz konusu olabilmıştır¹⁵. Gemi sahibi, sorumluluğun geri kalanını ve geminin değeri ve navlun ile sınırlı olan sigorta değerinin aşımını üstlenmek zorunda kalmıştır¹⁶.

Gemi sahipleri üzerindeki sorumluluğun bu denli artması üzerine, 1855 yılında, ilk “Karşılıklı Koruma Kulübü” olan “Gemi Sahipleri’nin Karşılıklı Koruma Derneği” (*Shipowners’ Mutual Protection Society*), bugünkü adıyla Britannia P&I Kulübü, ortaya çıkmıştır¹⁷. Bu kulübün işleyişi tekne kulüplerinin işleyişine benzemektedir, ancak tekne teminatı sağlamak yerine can kaybı ve kişisel yaralanma, mala gelen zarar, $\frac{1}{4}$ çarpışma sorumluluğu ve tekne poliçesi kapsamındaki sigorta bedelinin fazlası için teminat sağlamaktaydı. Kısa süre içinde diğer koruma kulüpleri de bu şekilde riskleri paylaşmaya başlamıştır.

P & I Kulüpleri’nin Temel Özellikleri

Deniz sigortacıları (*marine insurance*) ölçülebilir riskler için sigorta sunmaktadır. Bunlar, armatörler için tekne ve makine sigortası (***hull and machinery***), yük sahipleri için ise yük sigortası (***cargo cover***) şeklindedir. P&I kulüpleri ise, üçüncü taraf riskleri gibi, deniz sigortacılarının genellikle kapsamadığı daha geniş ve geleneksel sigortacıların sigortalamakta isteksiz olduğu açık uçlu riskler için teminat sağlar.

Koruma ve tazmin sigortası anlamına gelen P&I (*protection and indem-*

[12] <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F.Cas/0019.f.cas/0019.f.cas.0373.pdf> (Erişim Tarihi: 08.05.2024)

[13] <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F.Cas/0019.f.cas/0019.f.cas.0373.pdf> (Erişim Tarihi: 08.05.2024)

[14] Teker, Ufuk. https://www.turkpandi.com/assets/page_docs/press/reasuror.pdf (Erişim Tarihi: 08.05.2024)

[15] Yorulmaz, Murat. Deniz Taşımacılığı ve Deniz Sigortaları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009, s. 171-172.

[16] Yorulmaz, s. 171-172.

[17] Acar, Serdar. Kulüp Sigortası (P&I), Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2007, s. 40; Demir, 66; <https://britanniapandi.com/about/group-profile-structure/> (Erişim Tarihi: 29.05.2024).

nity), bir geminin maliki olmak veya onu işletmek dolayısıyla üçüncü kişilere karşı olan sorumluluklar ve zorunlu birtakım masraflara ilişkin bir karşılıklı bir sigortadır.

P & I kulüpleri, bir üyenin zararının herkese dağıtılması esası üzerine kuruludur. Belli başlı dönemlerde tazminat miktarlarında görülen artış sebebiyle primlerin artırılması gerekebilir. Bu durum, primlerin (*call*) değişken olmasını gerektirir¹⁸. Dolayısıyla geleneksel anlamda P & I kulüplerinde sabit prim söz konusu değildir¹⁹. Bu kulüplerde kâr amacı da mevcut değildir. Her bir bilanço dönemi sonunda rezervde mevcut olan fazlalıklar üyeler arasında paylaştırılabilir yahut sonraki yıllara aktarılabilir²⁰.

Karşılıklı kulüplere özgü bir kavram olarak, P & I kulüplerinin paydaş yahut ortakları değil, üyeleri (*member*) vardır. Kulüp sigortacı, üye hem sigorta ettiren hem sigortalı konumundadır. Kulübe üye olunmakla sigorta teminatına kavuşulur; ayrıca bir sigorta sözleşmesi yapılmaz. Üye, kulüp teminatına dahil olan menfaatini kendi namına ve hesabına sigorta ettirerek hem akdin tarafı hem de menfaatin taşıyıcısı olduğundan, kendi hesabına sigortadır²¹.

Klasik anlamda yapılan sigorta tasnifleri içerisindeki yerine bakıldığında: zarar – meblağ ayırımında zarar sigortaları grubunda yer almaktadır zira azalmayı karşılama yükümlüğü söz konusudur²². Aktif – pasif sigortası ayırımında kişinin malvarlığında meydana gelecek pasiflerdeki artışlara karşı sigorta himayesi sağladığından bir pasif sigortası olarak kabul edilmektedir²³. Mal ve sorumluluk sigortası ayırımında ise bir sorumluluk sigortasıdır.

Sigortalıyı dava etmeye gerek kalmadan, üçüncü kişilerin doğrudan sigortacıya karşı dava açması, esasen sigorta hukukunun doğasında bulunur. P & I kulüplerinin standart kurallarında ise “*pay to be paid*” (önce ödeme / öde ki ödeneğin) kuralı bulunmakta, üyenin kulüpten koruma talep edebilmesi, öncelikle üçüncü kişinin zararını kendisinin karşılama-sına bağlanmaktadır. Geleneksel sigortacıların ise böylesi bir savunma yapmaları mümkün değildir. Bununla birlikte, özellikle Avrupa Adalet Divanı’nın (“ABAD”) *Assens Havn* (2017) kararı sonrasında, AB üyesi ülkelerde P & I kulüplerine zarara uğrayan üçüncü kişilerin doğrudan dava

[18] Akdere, Asaf Göktuğ. P & I Kulüp Sigortalarında Doğrudan Dava Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2021, s. 21, 26.

[19] Bununla birlikte sabit prim P & I “şirketleri” de bulunmaktadır.

[20] Akdere, s. 26.

[21] Özkan, Hasan Basri. P & I (Protect & Indemnity) Kulüp Sigortaları Kapsamında Petrol Taşımacılığında Doğan Kirlenme Zararları, Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Mersin, 2015, s. 15, 80.

[22] Acar, s. 19-21.

[23] Özkan, s. 14.

açmasının önü açılmıştır. “Doğrudan dava hakkı” olarak adlandırılan bu davalar, P&I Kulüpleri ve üyeleri için P&I Sözleşmelerindeki uygulanacak hukuk ve münhasır yargı yetkisi hükümlerini atlatıp “önce ödeme” kuralını baltaladıkları için, farklı yargı çevrelerinde -özellikle önce ödeme kuralının tartışmaya dahi açılmaktan imtina edildiği İngiliz hukukunda- sorun yaratmaktadır.

Bugün dünya genelinde faaliyet gösteren P & I kulüplerinin 12 tanesi, merkezi Londra’da bulunan “Uluslararası P & I Kulüpleri Grubu”na (*International Group of P & I Clubs, “IGPANDI”*) üyedir ve bunlar dünya deniz ticareti filosunun yaklaşık % 90’ı için P & I koruması sağlamaktadırlar²⁴.

Türk denizciliğinin arzu edilen düzeyde gelişmesini engelleyen sebeplerden biri olarak görünen yerli bir kulüp sigortası eksikliğini gidermek adına²⁵ Türk P & I Sigorta A.Ş., 2014 yılında armatör ve gemi işletmecilerinin hukuki sorumluluklarını karşılamak üzere kurulmuş ve 18 Şubat 2014’te resmi olarak faaliyete başlamıştır²⁶. Halen P & I sigorta alanında faaliyet gösteren tek Türk şirkettir²⁷. Ancak sabit prim esasından sigorta teminatı vermesi ve anonim şirket şeklinde kurulmuş olması sebebiyle²⁸, Türk P&I Sigorta A.Ş. klasik anlamıyla kulüp niteliğinde değildir²⁹.

Hukuki Düzenleme

Genel Olarak

Son derece uluslararası bir nitelik taşımaya ve Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı’nın (“UNCTAD”) 20. yüzyılın sonlarına doğru gösterdiği çabalara rağmen³⁰, P & I sigortası bugüne kadar bir

[24] <https://www.igpandi.org/> (Erişim Tarihi: 08.05.2024)

[25] Akdere, s. 28.

[26] Şirket, T.C. Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı tarafından 18.02.2014 tarihinde Su Araçları Sorumluluk branşında ve T.C. Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı tarafından 01.09.2015 tarihinde Su Araçları branşında ruhsatlandırılmıştır. <https://www.turkpandi.com/tr/hakkimizda/turk-p-ve-i-sigorta-hakkinda> (Erişim Tarihi: 08.05.2024)

[27] Dünya genelinde teminat limitini 1 Milyar Amerikan Doları’na yükselten Türk P&I sigorta, Avrupa Birliği Bayrak Devletleri tarafından onaylı olup aynı zamanda Karadeniz ile bir çok Afrika ülkesi dahil 145 ülkede 370’in üzerinde uluslararası temsilcilik ağıyla, 9 yıllık süre içinde 4500’ü aşkın su aracını sigortalamıştır. <https://www.turkpandi.com/tr/hakkimizda/turk-p-ve-i-sigorta-hakkinda> (Erişim Tarihi: 08.05.2024)

[28] TTK m. 1402 uyarınca karşılıklı sigorta faaliyeti ancak *kooperatif* şeklinde yürütülebilir.

[29] Akdere, s. 28; Türk denizcilik sisteminin özellikleri göz önüne alındığında Türkiye’de kurulacak bir P&I’nin kooperatif benzeri bir sistem olan karşılıklı ortaklık havuzu şeklinde yapılması değil, sabit primle çalışan, kâr amacı güden ve bu meyanda daha güçlü bir sermayeye sahip olması mümkün olan anonim şirket şeklinde yapılmasının gerek finansal daha hukuki açıdan daha kolay ve uygun olduğu, P&I kulübü kurulabilmesi için gereken güçlü donatan kaynağının ülkemizde henüz bulunmadığına dair geniş ve detaylı analiz için bknz. Pekşen, Nurullah Hakan. Türk P&I Kulübünün Kurulmasının Avantaj ve Dezavantajlarının Analizi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Deniz Ulaştırma İşletme Mühendisliği Anabilim Dalı, İstanbul, 2012, s. 2, 103-107.

[30] Tseng, Chien-Jui Cynthia. The Rotterdam Rules in Harmonising the Law of Interntional Carriage of Goods by Sea: A Study of Perspectives of Shipping Companies, Marine Insurance

uluslararası konvansiyon şeklinde düzenlenmemiş az sayıdaki sigorta türünden biridir. Bununla birlikte belli başlı ulusal ve bölgesel düzenlemelere tabidirler.

P&I sigortası esas olarak, aralarında İngilizlerin ezici bir üstünlüğe sahip olduğu P&I kulüpleri tarafından sağlanmaktadır. Kökleri İngiltere'ye dayandığı için yeknesaklığı *de facto* olarak İngiliz hukuku ve uygulaması (*i.e.* kullanılan standart klozlar ve formlar) aracılığıyla sağlanmaktadır.

İngiltere'de kulüpler, ilk kurulduğu yıllarda, armatörlerin üye olduğu tüzel kişiliği olmayan dernekler şeklinde örgütlenmişlerdir. Şirketler Yasası (*Companies Act*) 1862'nin yürürlüğe girmesinin ardından, kulüpler kademeli olarak şirketleşerek tüzel kişilik kazanmışlardır³¹. 1906 tarihli (mülga) Deniz Sigorta Yasası'nın (*Marine Insurance Act*) 85. Bölümü ise kulüplerin hukuki niteliğini ortaya koymuştur³². Bugün itibarıyla, 2006 tarihli Şirketler Yasası uyarınca halen "*private companies limited by guarantee*" (garanti ile sınırlı halka açık olmayan şirket) statüsündedirler. Bu tür şirketlerin teknik anlamda pay sahipleri ve sermayeleri yoktur ve kâr paylaşma amacı gütmazler. Üyeler bunun yerine şirketin yükümlülüklerinin garantörü olarak hareket ederler. Buna göre, her üye, iflas veya şirketin tasfiyesi durumunda, belirli miktarda katkıda bulunmayı taahhüt eder.

AB Mevzuatında

Avrupa Birliği Direktifi 2009/20/EC 1 Ocak 2012 itibarıyla 27 üye devletin tamamında uygulamaya konulmuştur. Direktif, AB suları ve limanlarındaki AB gemileri ve yabancı gemiler için zorunlu P&I zorunluluğu getirmektedir. Direktife uymayan yabancı gemiler sınır dışı edilebilir veya herhangi bir AB limanına girişleri reddedilebilir, ancak gemilere sınır dışı edilmeden önce kurallara uymaları için süre tanınabilir³³. AB'nin

Companies and P & I Clubs, Doktora Tezi, School of Law University of Surrey, Guildford, 2016, s. 106-110.

[31] Şirketler Yasası (1862), tüzel kişilik konseptinin genel olarak kabul edildiği yasadır. Bundan sonra "*Salomon v Salomon Co Ltd (1896)*" davasında tüzel kişilik ve tüzel kişilik perdesi kavramları kesin biçimde İngiliz içtihat hukukunda kabul görmüştür.

[32] Deniz Sigorta Yasası (*Marine Insurance Act*) 1906, 85'inci bölüm: "(1) İki ya da daha fazla kişinin karşılıklı olarak birbirlerini deniz zararlarına karşı sigortalamayı kabul etmeleri halinde, karşılıklı sigorta söz konusu olur. (2) Bu Yasanın primle ilgili hükümleri karşılıklı sigorta için geçerli değildir, ancak prim yerine bir teminat veya üzerinde anlaşmaya varılabilecek başka bir düzenleme konulabilir. (3) Bu Yasa hükümleri, tarafların anlaşmasıyla değiştirilebildikleri ölçüde, karşılıklı sigorta durumunda, birlik tarafından düzenlenen poliçelerin koşullarıyla veya birliğin kural ve düzenlemeleriyle değiştirilebilir. (4) Bu bölümde belirtilen istisnalara tabi olarak, bu Yasa hükümleri karşılıklı sigortaya uygulanır."

[33] Madde 1: "Bu Direktif, armatörlerin denizcilik alacaklarına ilişkin sigortalarına ilişkin yükümlülüklerinin belirli yönlerine uygulanacak kuralları düzenlemektedir."

Madde 3. b) "'sigorta' muafiyetli veya muafiyetsiz sigorta anlamına gelir ve örneğin Uluslararası P&I Kulüpleri Grubu üyeleri tarafından halihazırda sağlanan türde tazminat sigortasını ve diğer etkili sigorta türlerini (kanıtlanmış bireysel sigorta dahil) içerir ve benzer teminat koşulları sunan mali teminat;"

yetkisi genel olarak ceza hukukunu kapsamadığı için, direktif, üye devletlerin herhangi bir ihlal durumunda cezayı kendilerinin belirlemesini öngörmektedir.

Türk Hukukunda

Türk hukukunda kulüp sigortası nitelik itibarıyla bir karşılıklı sigortadır³⁴. TTK m. 1402 uyarınca, karşılıklı sigorta faaliyeti ancak kooperatif şirket şeklinde yürütülebilir. Bu hüküm gereğince Türkiye’de faaliyette bulunacak kulüplerin kooperatif şirket şeklinde kurulması şarttır. Zira kulüplerin çalışma esası, karşılıklılık esası üzerine kurulmuştur. Bununla birlikte ülkemizde kooperatifçilik ile ilgili geleneksel sorunlar sebebiyle, kooperatif şeklinde kurulmuş sigorta güvencesi veren şirketler başarılı olamamışlardır³⁵.

Bundan başka, 6102 sayılı TTK “gemi kira sözleşmeleri” başlıklı 4. Kısım 1. bölüm m.1126 uyarınca kiracı, geminin iadesine kadar oluşabilecek “sorumluluk rizikolarına” karşı sigorta yaptırmak ve bu sözleşmenin yapıldığını kiraya verene bildirmekle yükümlüdür. Burada d sorumluluk sigortası ile kastedilen, tekne ve makine (*hull & machinery*) veya kargo sigortasından ziyade P & I himayesidir³⁶.

P & I kulüplerine ilişkin en doğrudan ve kapsamlı ulusal metin, 25/04/2023 tarihli ve 1001080 sayılı Bakan Oluru ile yayımlanan “Bayrak Devleti Uygulamaları Kapsamındaki İdari İşlemlerde Muteber Kabul Edilen P&I Kulüpleri ve Sigorta Şirketlerine Dair Yönerge”dir. Yönerge ile, bayrak devleti uygulamaları kapsamındaki idari işlemlerde muteber kabul edilecek P&I kulüpleri ve sigorta şirketlerinin belirlenmesi ve idareye başvurularına dair usul ve esaslar düzenlenmiştir³⁷.

[34] Tükel, Hüseyin Serdar. Deniz Sigortacılığında P&I Talep Analizi; Gemilerin Temel Özelliklerine Göre Karşılaştıkları P&I Talepleri, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Deniz Ulaştırma İşletme Mühendisliği Anabilim Dalı Denizcilikte Emniyet Güvenlik ve Çevre Yönetimi Programı, İzmir, 2020, s. 68.

[35] Akdere, s. 28.

[36] Kula Değirmenci, Nil. Çoklu Taşıma İşleticisi Olarak Taşıma İşleri Komisyoncusunun Sorumluluklarına ve Sorumluluk Sigortası Himayesine İlişkin Bir İnceleme, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Denizcilik İşletmeleri Yönetimi, İzmir, 2012, s. 240.

[37] Yönerge iki ayrı kanuna dayanılarak hazırlanmıştır: (1) 14/1/1982 tarihli ve 2581 sayılı Deniz Ticaret Filosunun Geliştirilmesi ve Gemi İnşa Tesislerinin Teşviki Hakkında Kanun; (2) 3/3/2005 tarihli ve 5312 sayılı Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun. Bu ikincisinde, kıyı tesislerinin söz konusu Kanun kapsamındaki zararlara karşı mali sorumluluk sigortası yaptırma zorunluluğu düzenlenmiş olup, bu sorumluluğa aykırı hareket eden kıyı tesislerinin faaliyetine izin verilmeyeceği öngörülmüştür. Söz konusu mali sorumluluk sigortasının ise Hazine Müsteşarlığı’na belirlenen sigorta şirketleri tarafından ya da bu şirketlerin kendi aralarında kuracakları bir havuz tarafından yapılması zorunluluğu getirilmiştir (m. 8). Yine aynı Kanun kapsamında, herhangi bir Türk limanına gitmek üzere Türkiye’nin karasularına girmek isteyen ve bu Kanuna göre mali sorumluluk garantileri bulundurmamla yükümlü gemilerin 8’inci maddede belirtilen belgelerinin suretinin, gidecekleri liman başkanlıklarına, Türk karasularına girişten önce, Türkiye’de mukim bir acente vasıtası ile ulaştırılması zorunlu tutulmuştur (m. 9). Kanun düzeyindeki bu iki dayanak dışında, 26/9/2011 tarihli ve 655 sayılı Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı’

Yönerge, her şeyden önce P & I sigortasının bir tanımını vermesi itibariyle önemlidir. Buna göre “Bir geminin donatanı, kiracısı veya işleteni olarak üçüncü kişilere karşı olan sorumluluklar ve yapılmak zorunda kalınan masraflara ilişkin muafiyetli veya muafiyetsiz koruma ve tazmin sigortası veya diğer geçerli sigorta biçimleri ve benzer koruma şartları sunan mali güvence” P & I sigortasını tanımlamaktadır (m. 5(i)).

Yönerge, “muteber kuruluş” niteliğindeki P & I kulüpleri ve şirketlerini ise farklı kriterler ışığında üç grupta toplamıştır: Buna göre:

1. Yönerge’nin 11/1³⁸ maddesine göre muteber kabul edilen şirket Türk P&I AŞ’dır.

2. Yönerge’nin 6/1³⁹ maddesine göre göre muteber kabul edilen 1. grupta 18 adet yabancı P & I kuruluşu bulunmaktadır.

3. Yönerge’nin 6/2⁴⁰ maddesine göre göre muteber kabul edilen 2. grupta ise 11 adet yabancı

P & I kuruluşu bulunmaktadır.

nin Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 11’inci maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi de Yönerge’ye dayanak teşkil eden hükümlerindedir. Anılan hüküm uyarınca Bakanlık “Deniz sigortacılığının gelişmesine ve etkin bir şekilde işlemesine yönelik tedbir almak, ilgili kurum ve kuruluşlarla gerekli koordinasyonu sağlamak” ile yükümlüdür.

[38] **MADDE 11 (1):** “Türkiye’de mukim yerli P&I kulüp veya sigorta şirketlerinin, muteber sigorta kuruluşu olarak kabul edilmek için yaptığı başvuru, bu Yönerge hükümlerinden ayrı olarak değerlendirilir. (2) Bu Yönergede hüküm bulunmayan hallerde İdarenin görüşleri esas alınır.”

[39] **MADDE 6 (1):** “1 inci grup kuruluşlar tarafından yapılacak olan başvurularda aşağıda belirtilen şartlar aranır:

a) İdareye, muteber sigorta kuruluşu olarak kabul edilmek için niyet mektubu gönderilmesi,
b) İdare ile bilgi alışverişini sağlamak üzere irtibat noktası olarak yetkili bir personelin veya temsilci firmanın bildirilmesi,
c) Web sitelerinde gemilerin P&I poliçelerinin geçerliliğinin on-line sorgulanabilir olması, gerekir.”

[40] **MADDE 6 (2):** “2 nci grup kuruluşlar tarafından yapılacak olan başvurularda aşağıda belirtilen şartlar aranır:

a) İdareye, muteber sigorta kuruluşu olarak kabul edilmek için niyet mektubu gönderilmesi,
b) Uluslararası kredi derecelendirme kuruluşları tarafından verilen A(-) ve üzeri veya buna eşdeğer nota sahip olduğunu gösterir ve bir yıldan eski olmayan ıslak imzalı belgenin aslının veya noter onaylı bir suretinin sunulması veya verilmiş olan bu notun kredi kuruluşunun web sayfasından sorgulanabilir olması,
c) İdare ile bilgi alışverişini sağlamak üzere irtibat noktası olarak yetkili bir personelin veya temsilci firmanın bildirilmesi,
d) Web sitelerinde gemilerin P&I poliçelerinin geçerliliğinin on-line sorgulanabilir olması,
e) Sigorta süresi içerisinde, herhangi bir nedenle bu yönerge kapsamındaki P&I poliçesi iptal edilen Türk Bayraklı gemilerin İdareye temsilci firma veya irtibat noktası kanalı ile 10 gün içinde bildirileceğine dair yazılı taahhüt verilmesi,
f) Sahip olduğu reasürans anlaşmalarının Türkiye’nin tarafı olduğu uluslararası konvansiyonlarda öngörülen sorumluluk limitlerini kapsadığını ve toplam teminat tutarının 500.000.000 USD’den az olmadığını gösterir şekilde reasürör veya reasürörler tarafından onaylanmış, bir yıldan eski olmayan ıslak imzalı bir teyit yazısıyla birlikte ibraz edilmesi,
g) Bağımsız denetçiler tarafından onaylanmış son üç yıla ait P&I sigortacılığına ilişkin finansal raporların ve tazminat ödemelerine ilişkin bilgilerin sunulması, gerekir.”

Rotterdam Kuralları'na Belli Başlı P & I Kulüplerinin Yaklaşımı

UK P&I Club⁴¹

1886 yılında “United Kingdom Mutual Steam Ship Assurance Association” (Birleşik Krallık Karşılıklı Buharlı Gemi Güvence Derneği) adıyla kurulan, 2021’de Süveyş Kanalı’nda karaya oturan Ever Given adlı geminin neden olduğu üçüncü kişi zararlarını da karşılayan, dünyanın en eski ve en büyük P & I kulüplerinden biridir.

Kulüp şu an için, diğer P & I kulüplerinin hemen hepsi gibi, taşıma sözleşmesinin standart şartlarında ve sigorta kapsamının belirlenmesinde Lahey – Visby kurallarını esas almaktadır.

Üyeleri için hazırlayıp yayınladığı, Rotterdam Kuralları’nın üyelerinin sorumluluğuna dair çalışmasında Rotterdam Kuralları’nın **geniş uygulama kapsamının**, “konşimento” ve “deniz taşıma senedi” yerine “nakliye belgesi” (*transport document*) genel terimine geçiş gibi, Sözleşme’de kullanılan yeni terminolojinin kaçınılmaz olarak yasal belirsizliğe yol açacağı, bunun da yasal masrafları arttıracaklarını öngörmektedir.

Konvansiyon’un geniş çapta yürürlüğe girmesi halinde, gemi sahiplerinin ve deniz taşımacılarının kargo taşımacılığına ilişkin sorumluluklarının önemli ölçüde artacağına işaret eden Kulüp, buna gerekçe olarak;

- Bir geminin seyrüseferinde, idaresinde veya kılavuzluğundaki teknik kusura ilişkin Lahey-Visby kurallarından beri uzun süredir var olan “gemicilikle ilgili / teknik kusur istisnası”nın (*nautical fault exeption*) ortadan kaldırılmış olmasını,
- Bir geminin denize elverişliliğine ilişkin gerekli özeni gösterme yükümlülüğünün, Lahey-Visby Kuralları’nda olduğu gibi yalnızca yolculuğun öncesi ve başlangıcında değil, yolculuk süresi boyunca uzatılmış olmasını,
- Paket veya ağırlık birimi başına sorumluluk limitlerinin Lahey-Visby ve Hamburg Kuralları limitlerinin ötesinde arttırılmış olmasını,
- Gemi sahipleri ve diğer deniz taşımacıları, taşıeron deniz taşımacıları, yükleme-boşaltma görevlileri ve terminaller gibi “denizcilikte faaliyet gösteren taraflar” olarak adlandırılan kişilerin ihmallerinden de sorumlu olacak olmalarını⁴² göstermektedir.

[41] <https://www.ukpandi.com/> (Erişim Tarihi: 09.05.2024)

[42] Bu durumun doğal bir sonucu olarak, kara nakliyecileri, depolar ve nakliye komisyoncularının da P&I kapsamına ihtiyaç duyması, bunun da kaçınılmaz olarak P&I kapsamının ve öneminin artması ve standart / geleneksel kargo sigortasının yaygınlığının azalması olasıdır.

Bununla birlikte Kulüp, Rotterdam Kuralları'nın kabul edilmemesi halinde, buna alternatif olarak hazırlanacak ulusal – bölgesel tüm metinlerin aynı ve hatta belki de daha ağır sorumluluk rejimini ve hukuki belirsizliği beraberinde getireceğini ve buna bir de birden fazla rejimin çatışması probleminin ekleneceğini belirtmektedir. Bu gerekçe ile, tüm olumsuz yanlarına rağmen, malların deniz yoluyla taşınması hukukunun dünya çapında tek bir yaklaşımla güncellenmesi için Rotterdam Kuralları'nın en iyi olanakları sunduğunu ve Kurallar'ı desteklediğini ima etmektedir.

Bununla birlikte, üyelerinin taşıma sözleşmelerine Rotterdam Kuralları'nı dahil etmeleri halinde, Kulüp'ün mevcut düzenlemeler kapsamında üstlenmeyeceği ve ek sigorta teminatı gerektiren sorumlulukların söz konusu olabileceği yönünde de üyelerini uyarmaktadır.

West of England P & I Club⁴³

1870 yılında “*West of England Steamship Owners Protection & Indemnity Association Ltd.*” (Batı İngiltere Buharlı Gemi Sahipleri Koruma ve Tazminat Birliği Ltd.) adıyla kurulan kulüp, Rotterdam Kuralları'nın onaylanmaması halinde mevcut rejimin sonlanacağı, özellikle AB'nin kendi “multimodel” mevzuatını oluşturacağını öngörmektedir.

Kurallar'a ilişkin olumsuz değerlendirmeleri kapsamında kulüp: Rotterdam Kuralları'nın yaygın bir şekilde benimsenmesi halinde, Kurallar'da öngörülen artan yükümlülüklerin mali etkisini ölçmek mümkün olmamakla beraber, donatanların ve onların P&I sigortacılarının maliyetlerinde önemli bir artışa yol açacağını; özellikle /Lahey-Visby Kurallarında yer alan kusura dayalı sorumluluk düzenini muhafaza etmiş olsa da, standartlar ve ispat yükümlülüklerinin genel olarak taşıyıcı için daha külfetli olduğunu; yargı yetkisi ve tahkim hususunda Hamburg Kuralları'nın kısıtlayıcı yaklaşımının esas alındığını⁴⁴ dile getirmektedir.

Bununla birlikte Kurallar'ın olumu yönlerini de gözardı etmeyen Kulüp: Kurallar'ın kapsamının, *door-to-door* taşımanın yanı sıra *tackle-to-tackle* / *port-to-port* taşımayı da kapsayacak olması ile mevcut sözleşme ve rejimlerin birçok faydalı yönünün korunacağına; deniz ayağından önce veya sonra meydana gelen mal hasarı ve kaybına ilişkin olarak

[43] <https://www.westpandi.com/> (Erişim Tarihi: 09.05.2024)

[44] Konvansiyon kapsamında yük sahipleri taşıyıcıyı dava edebilecekleri mahkemeyi bir dizi yargı alanı arasından seçebilmektedir ve taşıma sözleşmelerinde yer alan münhasır yetki anlaşmalarının büyük ölçüde önceliği bulunmamaktadır. Ancak bu hükümler devletlerin “tercihi-ne” tabidir ve Kulüp'e göre, Avrupa Birliği devletlerinin bunu “tercih etmesi” pek olası değildir. Bununla birlikte ABD'nin tercih etmesi daha olasıdır. Yük sahiplerinin bir dizi yargı çevresi arasından seçim yapabilmesinin, taşıyıcılar ve sigortacılar için daha fazla belirsizliğe yol açması ve özellikle bu tür konulara aşına olmayan ülkelerin mahkemeleri nezdinde Konvansiyon kapsamında açılan davalarda yasal maliyetlerin önemli ölçüde artacak olması, Kulüp'ün Kurallar'a dair olumsuz değerlendirmeleri arasındadır.

“ağ sorumluluğu” (*network liability*) konseptini koruyor olması ve bu bağlamda deniz ayağı dışında meydana gelen hasar ve kayıplarda ilgili taşımacılığı düzenleyen kuralların uygulanmasına (CMR gibi) imkan tanınmasına⁴⁵; elektronik ticarete dönük detaylı hükümler barındırmasına; ve düzenli hat taşımacılığına (*liner trade*) ilişkin daha fazla sözleşme özgürlüğü tanınmış olmasına vurgu yapmaktadır.

North Standard P&I Association (Standard Club)⁴⁶

1885 yılında *North of England Iron Steam Ship Protecting Association* (Kuzey İngiltere Demir Buharlı Gemi Koruma Derneği) adıyla kurulan Kulüp, Rotterdam Kuralları'nın, Lahey/Visby Kuralları ve US COGSA ile genel olarak aynı tür sorumluluk rejimlerini sürdürdüğüne ancak deniz taşıyıcısına daha fazla sorumluluk yüklediğine işaret etmektedir. Bu noktada da diğer kulüpler gibi, özellikle “navigasyon hataları” için sorumluluktan muafiyetin kaldırılması, taşıyıcıya bir yük seferi sırasında sürekli olarak denize elverişlilik yükümlülüğü getirilmesi ve taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin daha yüksek limitler içermesini gerekçe göstermektedir.

Bununla birlikte Kulüp temelde Rotterdam Kurallarını desteklemekle birlikte bölgeselci bir yaklaşıma karşıdır. Rotterdam Kuralları'nın Lahey/Visby Kuralları'nın yerini alması isteniyorsa, yürürlüğe koyma sürecinin, diğer girişimlerden ziyade hükümetler arasında gerçekleşmesi gerektiğini dile getirmektedir. Bu gerçekleştirilmeden, “*Pooling Agreement*” aracılığıyla IG ve değiştirilmemiş temel P&I teminatı aracılığıyla kulüp, Rotterdam Kurallarının erken ve gönüllü olarak kabul edilmesini teşvik etmemektedir.

Tıpkı UK P & I kulübü gibi, North Standard Kulübü de üyelerinin gönüllü olarak Rotterdam Kurallarını seçmeleri durumunda P&I teminatlarına halel getirmiş olacakları ve Lahey-Visby Kuralları uygulansaydı ortaya çıkmayacak olan yükümlülüklerle maruz kalabilecekleri yönünde üyelerini uyarılmaktadır. Bu minvalde, Rotterdam Kuralları uyarınca sorumluluk altına giren üyelerinin tazmin taleplerinin Kulüp'ün takdirine bağlı olacağını ve Kulüp yönetim kurulu tarafından karara bağlanacağını belirtmektedir.

[45] Bu yaklaşım, başlangıçta bazı devletler tarafından desteklenen, kayıp ve hasarın denizde ya da karada meydana gelmesine bakılmaksızın, kayıp ve hasara ilişkin aynı kapsam ve aynı sorumluluk sınırlarının uygulanacağı yeknesak bir sorumluluk rejimine sahip olma yaklaşımına tercih edilmiştir. Kulüp'e göre, diğer yaklaşımın benimsenmesi halinde, sorumluluk sınırının, ilgili tek modlu sözleşmelerin en yükseği kabul edilmesi (örn. Demiryolu taşımacılığına ilişkin COTIF-CIM Konvansiyonu uyarınca kilo başına 17 SDR) gibi bir sonuç ortaya çıkaracak ve her bir taşımacılık modunun çok farklı riskler barındırdığı düşünüldüğünde, bu sonuç hiç de arzu edilen bir sonuç olmayacaktır.

[46] <https://north-standard.com/> (Erişim Tarihi: 09.05.2024)

The American Club⁴⁷

İngiliz Parlamentosu'nun Almanya'ya ekonomik yaptırımlar getiren ve bu yaptırımları tarafsız gemileri de kapsayacak şekilde genişleten 1916 tarihli "Düşmanla Ticaret Yasası"nı (Trading with the Enemy Act) yürürlüğe koyması ile birlikte, o dönem uluslararası ticaret yapan ABD bayraklı gemilerin çoğunluğunun İngiliz P&I kulüpleri tarafından sigortalanmış olması ve anılan yasa uyarınca ABD'li armatörlerin çoğunluğunun sigortacısı konumundaki İngiliz P & I kulüplerinin sigorta teminatından mahrum kalacak olması üzerine dönemin önde gelen ABD deniz sigortası brokerliği ve ekspertiz şirketi olan Johnson and Higg'in öncülüğünde 1917 yılında kurulan The American Club öncelikle, diğer kulüplerin aksine, Rotterdam Kuralları'nın Lahey-Visby Kuralları ve COGSA kurallarına benzerliği üzerinde durmaktadır.

Her şeyden önce, diğer kulüplerden farklı olarak, geminin yolculuk boyunca denize elverişli tutulması zorunluluğunun uygulamada önemli bir farklılık yaratıp yaratmayacağı konusunda Kulüp kesin bir yargıda bulunmanın zor olduğunu belirtmektedir. Zira bir gemi sahibinin, gemi limanda iken ifa edebileceği denize elverişli bulundurma yükümlülüğünü, gemi denizde iken aynı derecede ifa etmesinin zaten mümkün olmadığını, dolayısıyla gemi sahibinin gemi denizde iken pratik olarak aynı sorumluluk standartlarına tabi tutul(a)mayacağını ifade etmektedir⁴⁸.

Öte yandan, teknik kusur istisnasının kaldırılmasının, taşıyanın ispat yükünün hafifletilmesi ile dengelendiğini belirten Kulüp, Lahey-Visby Kuralları ve COGSA kapsamında, ispat yükümlülüğünü üç yayılım ateşi olan bir pinpon oyununa benzetmektedir: Buna göre, ilk yayılım ateşinde, kargo ilgilisi, kargonun taşıyıcıdan teslim alındığında taşıyıcıya teslim ettiği haliyle aynı durumda olmadığını kanıtlama yükünü taşır. İkinci yayılım ateşinde taşıyıcı, savunma kataloğundaki istisnalardan birinin hasara neden olduğunu veya hasarın taşıyıcının ihmalden kaynaklanmadığını kanıtlamakla yükümlüdür. Taşıyan ikinci yayılım ateşinde başarılı olursa, kargo ilgilisi üçüncü yayılım ateşinde taşıyanın sorumlu olduğu başka bir sebebin, örneğin denize elverişsiz bir durumun, zıya

[47] <https://www.american-club.com/> (Erişim Tarihi: 09.05.2024)

[48] Denize elverişlilik süresinin "yolculuk boyunca" şeklinde uzatılmış olmasının pratikteki yansımalarına dair Kulüp şu örneği vermektedir: COGSA'ya tabi bir geminin Norfolk, Virginia'da yük yüklediğini ve Norfolk'ta yolculuk başlamadan önce gerekli özenin gösterildiğini varsayalım. Norfolk'tan New York'a yapılan yolculuk sırasında, gemi Norfolk'tan ayrılmadan önce gerekli özenin gösterilmesine rağmen geminin radarı arızalanmıştır. New York'ta iken, gemi sahibi radarı tamir etmekten vazgeçmiş, daha fazla yük yüklemiş ve Avrupa limanlarına doğru yola çıkmıştır. Transatlantik yolculuğu sırasında, radarı çalışmadığı için gemi bir çarpışma yaşamıştır. Norfolk'ta yüklenen kargo, taşıyıcıdan tazminat alamayacaktır çünkü gerekli özen, gemi Norfolk'tan yola çıkmadan önce gösterilmiştir. New York'ta yüklenen kargo ise, gemi New York'tan yola çıkmadan önce gerekli özen gösterilmediği için, taşıyandan tazminat talep edebilecektir. Rotterdam Kuralları uyarınca, hem Norfolk'ta yüklenen kargo hem de New York'ta yüklenen kargo tazminat alabilecektir, zira gemi sahibi gemi New York'tayken gerekli özeni göstermeye devam etmemiştir.

veya hasara katkıda bulunduğunu kanıtlamakla yükümlüdür. Kargo ilgilisi bu yükü de yerine getirirse, taşıyanın kargonun hasar veya zıyaandan sorumlu olmadığı bir olayın neden olduğunu kanıtlamak şeklinde “aşılmaz bir yükü” vardır. Pratikte, taşıyan genellikle bunu ispat edemez ve taşıyanın kusuru, taşıyanın sorumlu olmadığı nedene kıyasla küçük olsa bile, hasarın %100’ünü öder.

İşte Rotterdam Kuralları uyarınca, taşıyanın böyle aşılmaz bir yükü olmayacaktır. Kargo ilgilileri hasarın en azından kısmen taşıyanın sorumlu olduğu bir olaydan kaynaklandığını kanıtlayabildiklerinde, her iki taraf da dördüncü yayılım ateşinde taşıyanın sorumlu olması gereken hasar veya kayıp yüzdesini ve sorumlu olmaması gereken yüzdesini kanıtlamak için eşit yüke sahip olacaktır.

Yine Kurallar’ın olumlu bir yönü olarak, yükleten ve taşıyanın malların yüklenmesi, elleçlenmesi, istiflenmesi veya boşaltılmasının yükleten tarafından gerçekleştirileceği konusunda anlaşmalarına izin verilmektedir. Bu durumda taşıyan, uygunsuz yükleme, elleçleme, istifleme veya boşaltma nedeniyle meydana gelen kayıp veya hasardan sorumlu olmayacaktır.

Kulüp, yetkili mahkeme seçimi konusunda kargo ilgililerine beş farklı imkân sunulmasını da olumlu karşılamaktadır.

Son olarak Lahey-Visby ve COGSA’nın hiç değinmediği hacim veya miktar sözleşmelerinin (*volume contracts*) Rotterdam Kuralları’nda düzenlenmesini de olumlu değerlendiren Kulüp, endüstri tarafından gelen bu sözleşmelerin düzenlenmesi taleplerinin, üstelik beklediklerinin çok ötesinde bir sözleşmesel özgürlük tanınmak suretiyle karşılandığının altını çizmektedir.

SONUÇ

Uluslararası denizcilik sözleşmelerinin parçalı yapısını modernleştirme ve uyumlu hale getirme ihtiyacından doğan Rotterdam Kuralları, malların deniz yoluyla taşınmasına yönelik kapsamlı bir rejim oluşturmaya yönelik ufuk açıcı bir çabayı temsil etmektedir. Taşıma sözleşmelerinden sorumluluk rejimlerine kadar çok çeşitli konuları kapsayan Rotterdam Kuralları, çağdaş deniz taşımacılığının karmaşık zorluklarının ele alınmasında netlik, tutarlılık ve tekdüzelik sağlamayı amaçlamaktadır. Adillik, verimlilik ve hesap verebilirlik ilkelerine dayanan bu kurallar, nakliyecilerin, taşımacıların ve denizcilik tedarik zincirindeki diğer paydaşların çıkarları arasında hassas bir denge kurmayı amaçlamaktadır.

P&I kulüplerinin Rotterdam Kuralları'na ilişkin bakış açıları, karmaşık bir karşılıklı etkileşimi yansıtmaktadır. Kuralların bazı yönleri, deniz ticareti uygulamalarını modernize etme ve yeknesaklaştırma potansiyeli ile memnuniyetle karşılanırken, bunların pratik uygulamaları ve mevcut denizcilik sözleşmeleri üzerindeki potansiyel etkileri konusunda endişeler devam etmektedir.

Rotterdam Kurallarının sağladığı yasal çerçeveye paralel olarak, deniz sigortası alanı, P&I kulüpleri kurumu aracılığıyla ifadesini bulmaktadır. 19. yüzyılda armatörler arasında riskleri ve yükümlülükleri kolektif olarak yönetmek için kurulan karşılıklı dernekler olarak ortaya çıkan P&I kulüpleri, üyelerine kapsamlı sigorta teminatı, hukuki yardım ve risk yönetimi hizmetleri sunan gelişmiş kuruluşlara dönüşmüştür. Karşılıklılık ve dayanışma ilkeleriyle çalışan P&I kulüpleri, giderek daha karmaşık ve ihtilafli hale gelen denizcilik ortamında armatörlerin ve operatörlerin çıkarlarının korunmasında hayati bir rol oynamaktadır.

Çalışmada incelenen dört P & I kulübünden ilk üçünün Rotterdam Kurallarının kabulü yönünde hayli ikircikli bir tavır içerisinde olduğu görülmektedir. Bunların hepsi alanda önemli söz sahibi İngiliz kulüpler olup, P & I kulüplerine karşı üçüncü kişilerin doğrudan dava açabilmelerine karşı İngiliz yargısının son derece olumsuz tutumu da düşünüldüğünde, taşıyanın menfaatlerini, kargo ilgililerinin menfaatiyle dengelemeyi amaçlayan Rotterdam Kuralları'na karşı olmaları şaşırtıcı değildir. Buna karşın, çalışmada incelenen son P & I kulübü, *The American Club*, adeta ağız birliği etmiş İngiliz kulüplerin aksine, Rotterdam Kuralları'nın bu menfaat dengeleyen yönüne karşı çok daha cesur bir tavırla olumlu bir yaklaşım sergilemekte, yeni rejimi, alandaki önemli sorunları çözeceği inancı ile desteklemektedir.

KAYNAKÇA

- Acar, Serdar. Kulüp Sigortası (P&I), Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2007.
- Akdere, Asaf Göktuğ. P & I Kulüp Sigortalarında Doğrudan Dava Hakkı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2021.
- Aras Yeşilova, Ecehan. "Rotterdam Kuralları'nın "Hacim Sözleşmeleri"ne İlişkin Hükümüyle (m. 80) Gelen Sözleşme Özgürlüğü: Yeni Bir Dönem midir Yoksa Lahey Kuralları Öncesine Dönüş müdür?", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.71, S. 1, 2013, s. 1420-1447.
- Demir, Ercan. "Deniz Taşımada Yüke Gelen Zararda Sınırlı Sorumluluk Uygulaması ve İstisnaları", *Deniz Ticareti Hukukunda Yeni Sorunlar Sempozyumu -I-*, Ed. Cüneyt Süzel, On İki Levha, İstanbul, 2019.
- Kara, Hacı. *Rotterdam Kuralları'na Göre Taşıyanın Ziya, Hasar veya Gecikmeden Kaynaklanan Zararlardan Sorumluluğu*, 1. Bası, Legal, İstanbul, 2014.
- Kula Değirmenci, Nil. Çoklu Taşıma İşleticisi Olarak Taşıma İşleri Komisyoncusunun Sorumluluklarına ve Sorumluluk Sigortası Himayesine İlişkin Bir İnceleme, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Denizcilik İşletmeleri Yönetimi, İzmir, 2012.
- Özkan, Hasan Basri. P & I (Protect & Indemnity) Kulüp Sigortaları Kapsamında Petrol Taşımacılığında Doğan Kirlenme Zararları, Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Mersin, 2015.
- Pekşen, Nurullah Hakan, Türk P&I Kulübünün Kurulmasının Avantaj ve Dezavantajlarının Analizi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Deniz Ulaştırma İşletme Mühendisliği Anabilim Dalı, İstanbul, 2012.
- Süzel, Cüneyt. *Deniz Ticareti Hukukunda Taşıtan ve Yükleten*, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2014.
- Tseng, Chien-Jui Cynthia. The Rotterdam Rules in Harmonising the Law of International Carriage of Goods by Sea: A Study of Perspectives of Shipping Companies, Marine Insurance Companies and P & I Clubs, Doktora Tezi, School of Law University of Surrey, Guildford, 2016.
- Tükel, Hüseyin Serdar. Deniz Sigortacılığında P&I Talep Analizi; Gemilerin Temel Özelliklerine Göre Karşılaştıkları P&I Talepleri, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Deniz Ulaştırma İşletme Mühendisliği Anabilim Dalı Denizcilikte Emniyet Güvenlik ve Çevre Yönetimi Programı, İzmir, 2020.
- Yetiş Şamlı, Kübra. "Lahey-Lahey/Visby, Hamburg ve Rotterdam Kuralları'nda Sefere Elverişlilik", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 71, S.2, 2013, s. 479-495.
- Yorulmaz, Murat. Deniz Taşımacılığı ve Deniz Sigortaları, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Bankacılık ve Sigortacılık Enstitüsü Sigortacılık Anabilim Dalı, İstanbul, 2009.

Elektronik Kaynaklar

- <https://www.american-club.com/>
<https://www.igpandi.org/>
<https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F.Cas/0019.f.cas/0019.f.cas.0373.pdf>
<https://north-standard.com/>
https://www.turkpandi.com/assets/page_docs/press/reasuror.pdf
<https://www.westpandi.com/>

KARAYOLLARI MOTORLU ARAÇLAR ZORUNLU MALİ SORUMLULUK (TRAFİK) SİGORTASI KAPSAMINDA SİGORTACININ RÜCU HAKKI¹

Hüseyin AYZ

İstanbul Anadolu Adliyesi 5. Asliye Ticaret Mahkemesi

ORC-ID: 0000-0002-6454-0968

ayazhsy@gmail.com

ÖZET

Teknolojik ilerlemeler ile motorlu araçların insanoğlu hayatına girmesi sayesinde ulaşım araçlarında büyük gelişmeler meydana gelmiştir. Öyle ki günümüzde motorlu araçlar insanoğlunun hayatının ayrılmaz bir parçası ve zorunlu ihtiyacı haline almıştır. Motorlu araçların trafiğe çıkması bir takım sorunları ve tehlikeleri de beraberinde getirmiştir. Bunun en çok bilinen ve görünen şekli trafik kazaları olmuştur.

Trafik kazaları sebebiyle ortaya çıkan zararın, zarar gören ve zarara sebebiyet veren kişi açısından telafi edilemez boyutlara ulaşması motorlu araçlar hakkında sigorta yaptırılmasını zorunlu kılmıştır. Esasen özel hukuk sigortalarında sözleşme serbestisi hâkim ise de motorlu araçların taşımış olduğu tehlike ve zarar verme ihtimali sebebiyle tüm dünyada motorlu araçlar hakkında sigorta yaptırılması zorunlu hale getirilmiştir. Ülkemizde de bu hususta 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu kabul edilmiş, araç sahiplerinin “Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası” yaptırması zorunlu kılınmıştır.

Karayolları motorlu araçlar zorunlu mali sorumluluk sigortası, sigortalının malvarlığındaki eksilmeyi korumayı amaçlayan bir sorumluluk sigortasıdır. Karayolları motorlu araçlar zorunlu mali sorumluluk sigortası ile üçüncü kişilerin uğramış olduğu zararlar ve sigortalının malvarlığındaki eksilme poliçe limitleri ile sınırlı olarak güvence altına alınmaktadır. Ülkemizdeki trafik kazalarının çok fazla olması sebebiyle karayolları motorlu araçlar zorunlu mali sorumluluk sigortasının sigortalı ve üçüncü kişinin haklarını koruyucu özelliği bu sigortanın sosyal ve kamusal bir öneme sahip olmasını sağlamıştır.

[1] Bu makale Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans tezinden üretilmiştir.

Karayolları Trafik Kanunu 95/1 maddesi gereğince trafik sigortacısı, tazminat yükümlülüğünün kaldırılması veya miktarının azaltılması sonucunu doğuran halleri zarar görene karşı ileri süremeyeceğinden zarar görenin tazminat talebini poliçe limitleri ile sınırlı olarak karşılamak zorundadır. Karayolları Trafik Kanunu 95/2 maddesi ile Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları B.4. maddesinde belirtilen rücu hallerinin mevcut olması halinde zarar görene ödeme yapan sigortacı bu halleri defi olarak kendi sigorta ettirenine karşı ileri sürüp, rücu talebinde bulunabilir.

Bu çalışmada, zorunlu trafik sigortacısının rücu hakkının kapsamı, Anayasa Mahkemesinin Karayolları Trafik Kanunu hakkındaki iptal kararları ile Yargıtay ve İstinaf Mahkemelerinin sigortacının rücu halleri hakkında vermiş olduğu güncel içtihatlar incelenecek ve uygulamadaki bazı sorunlara yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler: Zorunlu Trafik Sigortası, Trafik Kanunu, Rücu, Sigortacı, Sigorta Ettiren.

THE INSURER’S RIGHT OF RECOURSE WITHIN THE SCOPE OF MOTOR VEHICLES COMPULSORY LIABILITY (TRAFFIC) INSURANCE

ABSTRACT

Thanks to technological advances and the introduction of motor vehicles into the lives of human beings, great developments have occurred in transportation vehicles. So much so that today, motorized vehicles have become an integral part of human life and a compulsory need. The introduction of motorized vehicles into traffic has brought along a number of problems and dangers. The most well-known and visible form of this is traffic accidents.

The fact that the damage caused by traffic accidents reaches irreparable dimensions for the injured and the person who caused the damage has made it compulsory to have insurance on motor vehicles. In fact, although freedom of contract prevails in private law insurances, insurance on motor vehicles has been made compulsory all over the world due to the danger carried by motor vehicles and the possibility of damage. In our country, the Highway Traffic Law No. 2918 was adopted in this regard, and it is obligatory for vehicle owners to have “Compulsory Financial Liability Insurance”.

Highway motor vehicles compulsory financial liability insurance is a liability insurance that aims to protect the diminution in the assets of the insured. With the compulsory financial liability insurance for motor vehicles on highways, the damages incurred by third parties and the diminution in the assets of the insured are secured limited to the policy limits. Due to the high number of traffic accidents in our country, the protection of the rights of the insured and third parties by the compulsory liability insurance for highway motor vehicles has made this insurance of social and public importance.

Pursuant to Article 95/1 of the Highway Traffic Law, the traffic insurer cannot assert against the injured party the circumstances that result in the abolition of the compensation obligation or the reduction of the amount of compensation, and must meet the compensation claim of the injured party limited to the policy limits. In the event that the recourse conditions specified in Article 95/2 of the Highway Traffic Law and Article B.4. of the General Terms and Conditions of Compulsory Financial

Liability Insurance for Highway Motor Vehicles are present, the insurer making payment to the injured party may assert these conditions as a defense against its own policyholder and claim recourse.

In this work, the scope of the right of recourse of the compulsory traffic insurer, the annulment decisions of the Constitutional Court regarding the Highway Traffic Law, and the current case law of the Court of Cassation and the Courts of Appeal regarding the insurer's recourse actions will be examined and some problems in practice will be discussed.

Keywords: Compulsory Traffic Insurance, Traffic Law, Recourse, Insurer, Insured.

GİRİŞ

Teknolojik gelişmeler ve sanayi devrimi ile hayatımızın ayrılmaz parçası haline alan motorlu araçların doğurduğu risk sebebiyle kanun koyucu 2918 sayılı KTK 91/1 maddesi ile motorlu taşıt işletenlerine “Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası”² yaptırılmasını zorunlu hale getirmiştir. KTK 95/1 gereğince sigortacı, tazminat yükümlülüğünü ortadan kaldıran veya miktarının azaltılmasına sebep olabilecek durumları zarar gören üçüncü şahıslara karşı ileri süremeyeceğinden sorumlu olduğu tazminatı ödemekle yükümlüdür. Trafik sigortacısına, ödemiş olduğu bu tazminatı, işleten veya fiillerinden sorumlu olduğu kişilerin kast veya ağır kusuru ya da ağır kusur sayılabilecek başkaca hallerin mevcut olması halinde kendi akidi olan sigorta ettirene karşı açacağı rücu davası ile geri alma hakkı tanınmıştır. Trafik sigortacısının rücu hakkı KTK 95/2 ve KZMSS Genel Şartları B.4. maddesine dayanmaktadır. Ülkemizde yaşanan yüksek enflasyon sebebiyle trafik kazası sonucu ortaya çıkan tazminatlardaki olağanüstü artışlar, sigorta şirketlerinin açmış olduğu rücu davalarının da artmasına sebep olmuştur. AYM’nin KTK’nun ilgili maddeleri hakkındaki iptal kararları, KTK ve Genel Şartlarda yapılan yakın tarihli değişiklikler sebebiyle yargı içtihatlarında sigortacının rücu hakkının kapsamı ve rücu davası yönünden uygulamadaki sorunların devam ettiği gözlemlenmiştir. Çalışmamızda trafik sigortacısının KZMSS Genel Şartlar B.4. maddesinde sayılan rücu hakkı, AYM’nin iptal kararları, KTK ve Genel Şartlarda yapılan değişiklikler ile Yargıtay ve İstinaf Mahkemesi kararları ışığında incelenmiştir.

KARAYOLLARI MOTORLU ARAÇLAR ZORUNLU MALİ SORUMLULUK (TRAFİK) SİGORTASI SÖZLEŞMESİ KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

KZMSS ilk olarak 6085 sayılı Karayolları Trafik Kanunu³ ve daha sonrasında ise 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ile kabul edilmiş ve araç sahiplerinin sigorta yaptırması zorunlu kılınmıştır. Motorlu taşıtın karayolunda KTK belirtildiği şekliyle işletilmesi sırasında bir kişinin vefat etmesi, bedensel zarara uğraması, yaralanması veya maddi zarar görmesi halinde üçüncü kişinin oluşan zararının kanun koyucu tarafından belirlenen sigorta poliçe limitleri⁴ kadar karşılayan sigortaya, karayolla-

[2] Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (KZMSS) kanun yaptırılması mecburi bir sigorta türüdür. Ancak kanunen zorunlu olmayan ihtiyari mali sorumluluk sigortası (İMSS) da bulunduğundan KZMSS diğer sigortalardan ayırt edebilmek için “trafik sigortası” denilmesinin uygun olacağını düşünmekteyiz. Makalemizde tekrara yer vermemek adına “zorunlu trafik sigortası”, “trafik sigortası”, “KZMSS” ifadelerden maksat Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasıdır.

[3] Karayolları Trafik Kanunu çalışmamızın bundan sonraki bölümlerinde “KTK” olarak ifade edilecektir.

[4] 2024 yılı otomobil için araç başı maddi zarar 200.000,00-TL, kaza başı 400.000,00-TL olarak belirlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. “Güvence Hesabı”, erişim 07 Mayıs 2024, <https://www.guvencehesabi.org.tr/teminat-limitleri>.

rı motorlu araçlar zorunlu mali sorumluluk sigortası (trafik sigortası)^{5 6} denilmektedir. Trafik sigortasında zarar verenin malvarlığındaki muhtemel bir (tehlike) eksilme teminat altına alındığından KZMSS (trafik sigortası) pasif sigorta⁷ niteliği taşımaktadır.⁸

Hukukumuzda sorumluluğun esas kusur ilkesine dayanmaktadır. Ancak sanayi devrimi ve teknolojik gelişmeler sebebiyle ortaya çıkan motorlu araçların, büyük enerji ve sanayi işletmelerinin sebebiyet verdiği zararları karşılamada kusura dayanan sorumluluk ilkesi yetersiz kalma-ya başlamıştır.⁹ Bu sebeple bu tarz tehlikeli işletmelerin kusurdan bağımsız olarak sorumlu tutulması gerekmiş “kusursuz sorumluluk” veya “sebebe sorumluluğu” ilkesi gündeme gelmiştir.¹⁰ Kusursuz sorumluluk halleri de kendi içerisinde tehlike sorumluluğu ile olağan sebep sorumluluğu olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Olağan sebep sorumluluğunda özen, denetim veya gözetim yükümlülüğünün ihlali söz konusudur. Kusursuz (sebebe) sorumluluğunun ağırlaştırılmış hali olan tehlike sorumluluğunda ise zarara tehlikeli faaliyetin sebep olması yeterli olup kişinin kusuru olmasa bile oluşan zarardan sorumludur.^{11 12}

[5] Düzgün, Ülgen Aslan. “Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında (Trafik Sigortası) Zarar Kavramı ve Sigortacının Rücu Hakkı”. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 29, S. 3, 2013, s. 190; Çeker, Mustafa. *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku*, 27. Baskı, Karahan Kitabevi, Adana, 2023, s. 261-262; Bozkurt, Emre Can. *Zorunlu Trafik Sigortasında Sigortacının Zarar Görene Karşı İleri Sürebileceği Savunmalar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.15; Karasu, Rauf. “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Sorumluluk Sigortalarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 4, 2016, s.687; Bağatur, Mehmet Çağrı, Hande Öge. *Sorularla Sigorta Tahkim*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.72.

[6] Benzer yönde Kayıhan tarafından yapılan KZMSS tanımı için bkz; Kayıhan, Şaban. “Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortasında (ZMMS= Trafik Sigortası) Sigorta Ettirenin Kendi Tam Kusuru İle Vefatı Halinde Mirasçılarının Üçüncü Kişi Sıfatıyla Müteveffanın Sigortacısına Başvurmaları Durumuna İlişkin Hukuki Düşünceler”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 1, 2017, s. 258.

[7] “Pasif sigortada sigortacı, sigortalının malvarlığında bazı pasiflerin ortaya çıkması suretiyle uğrayacağı zararları ödemeyi taahhüt eder.”; Kender, Rayegan. *Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku*, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.167.

[8] Düzgün, Ülgen ASLAN. “Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Genel Şartları İle Getirilen Yenilikler Ve Değişiklikler”. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 14, 2019, s.156; Yalçınkaya. s. 402.

[9] Yücel, Özge. *Türk Borçlar Kanununa Göre Genel Tehlike Sorumluluğu*. 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s.27.

[10] Bolatoğlu, Bolat. *Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukukî Sorumluluğu (İşleten Kavramı ve Sorumluluğun Şartları)*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1988, s.16.

[11] Saraç, Senem. *Türk Borçlar Kanunu’nda Tehlike Sorumluluğu*, 1. Baskı. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.11; Yücel, s.47.

[12] İlhan Ulsan tehlike sorumluluğunu şu şekilde tanımlamıştır: “Toplum yaşamının gerekli şartları sonucunda kurulan ve ekonomik ve sosyal açıdan önemli olan işletme, girişim tesisleri ve nesnelerin kullanımı veya işletilmesinden kaynaklanan tehlikeli doğasıyla ilişkili zararlardan, bu tehlikeli nesnelerin kontrolünde olan kişilerin kusurları olmasa bile ve tehlikenin önlenmesi için gerekli tüm özen göstermiş olsalar bile sorumlu tutulmaları ilkesidir.”; Ulsan, İlhan. “Tehlike Sorumluluğu Üstüne”. İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 4, S. 6, 2011, s. 37.

KTK ile işleten yönünden birden fazla sorumluluk ilkesi benimsenmiş ise de esas olarak tehlike sorumluluğu ilkesi kabul edilmiştir.¹³ KTK 85/1 fıkrasında işletenin sorumluluğu şu şekilde ifade edilmiştir; “Bir motorlu aracın işletilmesi sonucunda bir insanın ölümüne, yaralanmasına veya bir şeyin zarar görmesine neden olursa, motorlu aracın bir işletme adı altında veya bu işletme tarafından düzenlenen biletle işletilmesi durumunda, motorlu aracın işleteni ve bu işletmeye bağlı olan işletmenin sahibi, müteselsil ve müşterek olarak doğan zarardan sorumludur.” Buna göre KTK 85/1 fıkrasına göre işleten tehlike sorumluluğu esasına göre zarardan sorumludur.¹⁴

KTK'nın 85/3. fıkrasında işletilme durumunda olmayan bir motorlu aracın neden olduğu trafik kazasından kaynaklanan işletenin sorumluluğu düzenlenmiş olup işletilme durumunda olmayan bir motorlu aracın yol açtığı trafik kazasında işletenin sorumlu tutulabilmesi için, zarar görenin, kazanın oluşumunda işleten veya eylemlerinden sorumlu tutulan kişilere ait bir kusurun veya araçtaki bir arızanın kazaya neden olduğunu kanıtlaması gerekir. KTK 85/3 maddesine göre işletenin sorumlu olabilmesi için üç koşulun bir arada bulunması gerekmektedir. Bu koşullar, motorlu taşıtın işletme halinde olmaması, kazaya işletilme halinde olmayan motorlu bir taşıtın sebebiyet vermesi ve trafik kazasına işletenin veya fiillerinden sorumlu olduğu şahısların kusurunun veya taşıttaki bir arızanın neden olmamasıdır.¹⁵ Trafik kazası işletenin kendi kusurunun

[13] Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Düzeltilmiş 12. Baskı, Yayın Hukuk Dizisi, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010, s.632; Eren, Fikret. “Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve Unsurları”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 39, S. 1, 1987, s.160; Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022, s.477; Nomer, Halûk Nami. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.153; Oğuzman, M.Kemal, M.Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Gözden Geçirilmiş 18. Baskı, C. 2. Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2023, s.211;

Karahasan, Mustafa Reşit. *Sorumluluk Hukuku*. Genişletilmiş ve Bağımsız Olarak Düzenlenmiş Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1995, s.779; Çetiner, Bilgehan, Andreas Furrer, Müller-Chen. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s.465; Altunkaya, Mehmet. “Araç İşletenin Sorumluluğunda Kusurun Rolü”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1-2, 1999, s. 180; Gökcan, Hasan Tahsin. *Karayolları Trafik Kanununa Göre Hukuki Sorumluluk, Tazminat, Sigorta ve Rücu Davaları*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 77; Ayan, Mehmet. *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, Onbirinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s.299; Kayıhan, Şaban, Mustafa Ünlütepe. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.312; Arslan, Aziz Serkan. “Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortasından Doğan Rücu Davaları”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 88, 2010, s. 198.

[14] “İşletenin sorumluluğu hukuki açıdan tehlike sorumluluğuyla ilişkilendirilirken, KZMSS’da sigortacının 91. maddede belirtilen sorumluluğu da aynı çerçevede değerlendirilmelidir. Dolayısıyla, işleten ve trafik sigortacısının sorumluluğu, hukuki nitelik açısından tehlike sorumluluğuna dayandığı için, uyumsuzluk bu perspektiften ele alınıp çözümlenmelidir...”; “17. HD., E. 2017/203 K. 2019/8775 T. 1.10.2019 - Yargıtay Kararı”, LEXPERA, erişim 18 Şubat 2024, www.lexpera.com.tr; “17. HD., E. 2016/4666 K. 2016/7587 T. 21.6.2016 - Yargıtay Kararı”, LEXPERA, erişim 18 Şubat 2024, www.lexpera.com.tr.

[15] Çetin, Hatice Karacan. *Karayolları Trafik Kanununda Hukuki Sorumluluk (Türk, İsviçre ve Alman Hukukları Karşılaştırmalı)*, Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s.393.

meydana gelmiş ise işleten kusur sorumluluğu esasına göre sorumlu olur. Ancak kaza işletenin kendi kusurundan meydana gelmemiş ancak filllerinden sorumlu olduğu şahısların kusurundan veya taşıttaki bozukluk veya arızadan meydana gelmiş ise işleten olağan sebep sorumluluğu esasına göre sorumlu olur.¹⁶

KTK 85/4 kazadan sonra yardım edenlerin maruz kalacağı zararlar bakımından işletenin kusursuz sorumluluğu düzenlenmiştir. KTK 85/4 fıkrasına göre işleten veya teşebbüs sahibinin sorumluluğunun oluşması için trafik kazasından kendisi sorumlu olmalı veya yapılan yardımın doğrudan işletene ya da taşıtta bulunan diğer şahıslara veya kaza sebep olan üçüncü şahıslara yapılmış olması gerekmektedir. İşletenin buradaki sorumluluğu da olağan sebep sorumluluğudur.^{17 18}

KTK 86 maddesinde işletenin sorumluluktan kurtulma hali düzenlenmiş olup işleten ya da teşebbüs sahibi, kendisinin veyahut fiillerinden sorumlu tutulan şahısların kusuru olmaksızın ve taşıttaki bir arızanın kazayı etkilemediği durumlarda, kazanın bir mücbir sebepten, zarar görenin ya da bir üçüncü kişinin ağır kusurundan kaynaklandığını kanıtlarsa sorumluluktan kurtulur. Sorumluluktan kurtulamayan işleten ya da teşebbüs sahibi, zarar görenin kusurunun varlığını kanıtlarsa, hâkim, koşullara ve duruma göre tazminat miktarını indirebilir.

Motorlu aracın işletilmesi sebebiyle meydana gelen kazada işletenin kusurlu olması halinde işleten kusur sorumluluğu prensibine göre değil, tehlike sorumluluğu prensibine göre oluşan zarardan sorumlu olur. Çünkü bu durumda işletenin şahsında birden fazla sorumluluk sebebinin toplanması (birleşmesi) söz konusu olmaktadır. Burada sorumluluk kaynaklarının toplanması, birleşmesi, yarışması veya çatışması prensibi söz konusu olmamakta, teklik (ilkesi) prensibi uygulama alanı bulmaktadır. Teklik prensibi “Özel kanun veya özel kural, genel kanun veya genel kural ortadan kaldırır”¹⁹ prensibine dayanmaktadır. Buna göre kazanın meydana gelmesinde işletenin kusuru olsa bile işleten TBK 49. maddesindeki kusur sorumluluğuna göre değil, KTK 85/1 maddesindeki tehlike sorumluluğuna göre sorumlu olur.

İşletenin kazanın meydana gelmesinde ayrıca kusuru varsa bu husus doktrinde ek kusur (munzam kusur) olarak tanımlanmaktadır. İşletenin kazanın meydana gelmesinde kendisinin ayrıca bir kusurunun (ek kusur) olması halinde işleten KTK 86. maddesinde düzenlenen kurtuluş

[16] Ateş, Hüseyin. “İşletilme (Hareket) Halinde Olmayan Motorlu Aracın Verdiği Zararlardan Doğan Sorumluluk”. *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, 2012, s. 420.

[17] Eren, 1987, s. 163.

[18] Kılıçoğlu, bu görüşe katılmamakta işletenin KTK 85/4 fıkrasında sorumluluğunu tehlike sorumluluğu olarak görmektedir. Bknz. Kılıçoğlu, 2022, s. 507.

[19] Eren, 2010, s. 633; Eren, 1987, s. 161.

kanıtı getirme hallerinden yaralanamaz.²⁰

KTK 107/2 maddesinde taşıtın çalındığını veya gasbedildiğini bilmesine rağmen taşıta binen yolcuların kaza sebebiyle uğradıkları zararlar genel hükümlere tabi tutulmuştur. Aynı şekilde motorlu bisiklet sürücülerinin ve motorsuz taşıt kullanıcılarının trafik kazası sebebiyle hukuki sorumluluğu ile trafik kazasından kaynaklı manevi tazminat talepleri genel hükümlere tabidir.

KARAYOLLARI MOTORLU ARAÇLAR ZORUNLU MALİ SORUMLULUK (TRAFİK) SİGORTASINDA SİGORTACININ SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

Motorlu araç işletenin sorumluluğu için genel ve özel şartların varlığı gerekir. Genel şartlar; sigorta sözleşmesinin mevcut olması, bir zararın meydana gelmiş olması, zararın trafik kazası sonucunda meydana gelmiş olması, zarar ve trafik kazasına motorlu taşıtın neden olması ile zarar (kaza) ile motorlu taşıtın işletilmesi arasında uygun nedensellik (illiyet) bağının bulunmasıdır. Özel şartlar ise zararın, motorlu taşıtın işletilmesinden ya da işletilmeyen taşıtta işletenin ya da eylemelerinden sorumlu olduğu şahısların kusurundan veya taşıttaki bir arızadan/bozukluktan veya kaza sonrasında yapılan yardım eyleminden kaynaklanması ile işletenin kurtuluş kanıtı (beyyinesi) getirememesidir.

Genel Şartlar

Sigorta Sözleşmesinin Mevcut Olması

KTK göre motorlu araç işletenin trafik sigortası yaptırması zorunludur. Sigortacının zarardan sorumlu olabilmesi için zorunlu trafik sigortasının yapılmış olması şarttır. İşleten tarafından trafik sigortası yaptırılması unutulursa veya trafik sigortası yaptırmadan önce zarar meydana gelirse sigortacının zarar gören üçüncü şahıslar bakımından herhangi bir sorumluluğu doğmaz.

Bir Zararın Meydana Gelmesi

Motorlu aracın işletilmesi sonucunda ortaya çıkan zarar; araçtaki yolcunun yaralanması, çarpma sebebiyle yayaların ölmesi şeklinde olabileceği gibi aracın hasar görmesi, dükkân camının kırılması veya kafeye ait bir panonun yıkılması vb. şeklinde de olabilir.^{21 22} Manevi zararlar trafik

[20] Bolatoğlu, s. 21; Gökcan, s. 27; Bozkurt, s. 18-19; "4. HD., E. 1985/1826 K. 1985/1996 T. 11.03.1985 - Yargıtay Kararı", LEXPERA, erişim 06 Mart 2024, www.lexpera.com.tr.

[21] Bolatoğlu, s. 129; Eren, 2010, s. 637.

[22] "İşletenin yaptırdığı zorunlu mali mesuliyet sigortası, aracın işletilmesi sırasında gerçekleşen riziko sonucunda motorlu araçta taşınmakta olan (zarar görenin bagaj ve benzeri eşyası dışında) eşyaya gelen ziya ve hasarı kapsamaz. Bu gibi durumlarda taşıyıcının sorumluluğu tehlike sorumluluğuna değil, TTK m. 768 vd. uyarınca kurulmuş olan sözleşme ilişkisi gereğince

sigortası kapsamında olmadığından sigortacının manevi zararlardan sorumluluğu yoktur. İşletenin KTK gereğince zarardan sorumlu olması için zararın karayolu²³ veya karayolu sayılan yerlerde²⁴ meydana gelmesi gerekmektedir.²⁵

Zararın Trafik Kazası Sonucunda Meydana Gelmesi

Sigortacının oluşan zarardan sorumluluğu, zarara konu kazanın trafik kazası niteliğinde olması şarttır. KTK 3. maddesindeki tanıma göre trafik kazası, karayolunda hareket eden taşıtların karıştığı ve ölüm, yaralanma ya da zararlar sonucunda bir olaydır. Buna göre bir kazanın trafik kazası olarak kabul edilebilmesi için; karayolunda meydana gelmesi, hareket etmekte olan bir ya da birden daha fazla taşıtın karışmış olması, kaza sebebiyle ölüm, yaralanma veya eşyada zararın oluşması ve kaza ile zarar arasında uygun nedensellik (illiyet) bağının bulunması gerekmektedir.²⁶ Dolayısıyla işletilme durumunda olmayan taşıtın neden olduğu zararlardan sigortacının sorumluluğu bulunmamaktadır.

Doktrinde aracın işletilme halinde olmasıyla ilgili temel iki görüş bulunmaktadır. Bunlar görüşler 'makine tekniği' ile 'trafiğe çıkarma' şeklinde ifade edilmektedir. *Makine tekniği görüşüne* göre taşıtın, motor ve mekanik aksamının (motor, far vb.) çalışması ve hareket etmesi sebebiyle taşıtın kendine özgü tehlikesi sonucu zararın (kaza) meydana gelmesini ifade eder.²⁷ *Trafiğe çıkarma görüşü* ise, motorlu aracın trafik sistemi içerisinde yer alan bir yolda veya bölge bulunması halinde araç işletme halinde sayılmıştır.²⁸ Trafiğe çıkma görüşünde aracın trafiğe açık bir alanda yer alan parkta çalışmadan bulunmasının bir önemi bulunmamaktadır.

kusur sorumluluğuna dayanır" bkz; Söğütü Erişgin, Özlem. "Yargıtay Kararları". Editör Korkut Özkorkut. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 21, S. 4, 2002, s. 125.

[23] KTK'nun 3. maddesinde karayolu, trafik için kamunun faydalanabileceği arazi şeridi, köprüler ve alanlar olarak tanımlanmıştır "Mevzuat Bilgi Sistemi", erişim 11 Şubat 2024, www.mevzuat.gov.tr.

[24] "...Karayolları Trafik Kanunu'nun 2'nci maddesine göre, kanunun karayollarında geçerli olduğu belirtilmiş, aynı maddenin (a) ve (b) fıkralarında da bu kanunun uygulanacağı yerler belirtilmiştir. Karayolu tanımına uymayan ancak genel trafiğin kullanımına açık olan yerler de karayolu sayılmaktadır. Dolayısıyla, parklar, bahçeler, park yerleri, garajlar, yolcu ve eşya terminalleri, servis ve akaryakıt istasyonları gibi karayolu araçları için ayrılan bölümlerinde de bu kanun hükümleri geçerlidir. Bu itibarla, kamunun kullandığı tüm yollar karayolu tanımına girer ve kaza mutlaka karayolunda meydana gelmek zorunda değildir. Karayoluyla bağlantılı bir alanda gerçekleşmesi durumunda bu kanun hükümleri geçerlidir. Yargıtay'ın müstekar kararlarına göre yolun zemini asfalt, beton, taş veya toprak olması fark etmez. Bu bağlamda, köy yolları, orman yolları, dağ yolları, tarla yolları ve yayla yolları da karayolu tanımına girer. Dolayısıyla, bir yolda taşıt trafiğine kamunun izin verip vermeme durumu önemli değildir. Önemli olan yolun gerçekten bu amaçla kullanılıp kullanılmadığıdır."; Bknz; "İstanbul BAM, 40. HD., E. 2020/1749 K. 2022/1143 T. 15.6.2022 - Bölge Adliye Mahkemesi Kararı", LEXPERA, erişim 04 Mart 2024, www.lexpera.com.tr.

[25] Çelik Ahmet, Çelik. *Trafik Kazalarında Tazminat ve Sigorta Hukuk ve Ceza Sorumluluğu*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 11.

[26] Çelik, s. 1; Eren, 2010, s. 639; Bolatoğlu, s.152.

[27] Eren, 2010, s. 658.

[28] Bolatoğlu, s. 169.

Araç bir defa trafiğe çıkmış ise işletme halinde kabul edilir ve işleten tehlike sorumluluğu esasına göre sorumlu olur. Türk Hukukunda ağırlıklı görüş, makine tekniği görüşüdür.^{29 30} KZMSS Genel Şartları A.2/1-ç bendinde 04/12/2021 yılında yapılan değişiklikle *işletilme hali* tanımlanmış olup motorlu taşıtın makine aksamının çalışması ya da makine aksamının çalışıp çalışmamasına bakılmaksızın aracın kendiliğinden de olsa hareket haline geçmesini ifade etmektedir. Bu tanım dikkat alındığında Genel Şartlarda da makine tekniği görüşünün benimsediği anlaşılmaktadır. Yargıtay da motorlu aracın işletilme halinde olmasıyla ilgili “makine tekniği” görüşünü benimsemektedir.³¹ Ancak Yargıtay makine tekniği görüşü gereğince aracın motor ve aksamının çalışması ve hareket halinde olması hususunu biraz daha geniş yorumlamakta, yasak veya hatalı park edilen araçların veya arıza sebebiyle yol üzerine park edilen araçlarında işletilme halinde olduğunu kabul etmektedir. Yine motorlu aracın kısa süreli duraklama veya park etmesi halinde de araç işletilme halindedir.³² Ancak aracın park edilip, terk iradesiyle hareket edilmesi halinde aracın işletilme halinde olmadığına hükmetmiştir.³³ Teknolojik gelişmeler sebebiyle araç türlerindeki değişimler (örneğin; martı, scooter, elektrikli araçlar vb.) ile araçların sayısındaki artış ve karayollarının yetersizliği sonucunda ortaya çıkan artan trafik sorunu düşünüldüğünde Yargıtay’ın görüşünün yerinde olduğu kanaatindeyiz.

Zarar ve Trafik Kazasına Motorlu Aracın Sebep Olması

KTK 85/1 maddesinde öngörülen tehlike sorumluluğunun esas mo-

[29] Eren, 2010, s. 659; Oğuzman ve Öz, s. 2:214; Nomer, s. 154.

[30] Aksi yönde görüş için bkz; Kılıçoğlu, 2022, s. 501.

[31] “Park halindeki aracın “işletme halinde” olup olmadığı öğretide tartışılmakta ise de, Yargıtay nin yerleşik içtihatlarına göre (2020/12159 E - 2021/3293 K; 2015/813 E- 2015/11296 K gibi); kullanılmakta iken uygun ve yasak olmayan bir yere park edilen veya yol üzerinde zorunlu ihtiyaç veya aracın bozulması gibi sebeplerle park edilen araç “işletme halinde” bir araçtır” bkz; “17. HD., E. 2020/12159 K. 2021/3293 T. 25.3.2021 - Yargıtay Kararı”, LEXPERA, erişim 11 Mart 2024, www.lexpera.com.tr; “Adana BAM, 3. HD., E. 2020/1200 K. 2021/1288 T. 7.9.2021 - Bölge Adliye Mahkemesi Kararı”, LEXPERA, erişim 11 Mart 2024, www.lexpera.com.tr.

[32] “08.07.2016 tarihinde, kaza tarihi itibarıyla zorunlu mali sorumluluk sigortası bulunmayan, dava dışı ... sevk ve idaresinde olan ... plakalı çekici ile Van’ın Bahçeşaray ilçesi ... mahallesi- ne parke taşı getirdiği ancak aracın arka kasa kapağı sıkıştığı için parke taşlarını indiremediği bu esnada davacının sıkışan kasa kapağını açmak için yardımda bulunduğu ve aracın kasa kapağını tuttuğu sırada kapağın açılarak kasada yüklü bulunan parke taşlarının davacının üzerine düşmesi sonucunda yaralandığı anlaşılmıştır. Dosya kapsamından davaya konu kaza sırasında ... plakalı aracın duraklama veya park durumunda bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle aracın KTK’nın 85. maddesinde tanımlanan işletilme halinde olduğu dolayısıyla kazanın trafik kazası niteliğinde bulunmasına göre..” “İstanbul BAM, 40. HD., E. 2022/627 K. 2022/2144 T. 6.12.2022 - Bölge Adliye Mahkemesi Kararı”, LEXPERA, erişim 04 Mart 2024, www.lexpera.com.tr.

[33] “Davalı, aracını evinin önündeki park ettikten ve aracı terk amacıyla hareket ettikten sonra kimliği belirsiz kişiler tarafından atılan yanıcı maddenin arkadaki davacı aracına da sırayet ederek hasara neden olduğu, bu durumda aracın işletilme halinde olmadığı ve dolayısıyla işletenin KTK 85/3 maddesine göre sorumlu olabilmesi için gerekli koşulların oluşmadığı....., davalı sigorta şirketinin de oluşan zarardan sorumlu olmadığı, çünkü oluşan zarar Genel Şartlarının A.6-a maddesi gereği (işletilme halinde olmayan araçların neden olacağı zararlar) sigorta teminatı kapsam dışındadır.”; bkz; “17. HD., E. 2016/9485 K. 2017/4268 T. 19.4.2017 - Yargıtay Kararı”, LEXPERA, t.y., www.lexpera.com.tr.

torlu bir taşıtın işletilmesidir. Buna göre zarar ve trafik kazası motorlu taşıtın işletilmesinden kaynaklanması gerekmektedir. KTK'nin 3. maddesine göre taşıt, karayolu veya karayolu sayılan yerlerde üzerinde insan, hayvan ya da yük taşıyan araçlardır. Bu araçlardan makine gücü ile hareket edenlere motorlu taşıt, insan ve hayvan gücü ile hareket edenlere ise motorsuz taşıt denilmektedir. Kendi makine gücü ile ilerleyemeyen (örneğin; eşek veya at arabası, fayton, bisiklet vb.) taşıtlar motorlu taşıt olarak kabul edilmemektedir. Ancak her ne kadar raylı sistem üzerinde hareket etmekte ise de motorlu taşıtlar ile aynı karayolunu paylaşan tramvayların sebep olmuş olduğu zararlardan doğan sorumluluk KTK 85. maddesi kapsamındadır.³⁴ Teknolojik gelişmelerle hayatımıza giren sürücüsüz (tam veya yarı otonom) araçlarında KTK kapsamında motorlu taşıt sayılmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır. Başka bir deyişle, otonom araçların sürücüsüz olmaları motorlu taşıt sayılmalarına engel değildir.³⁵

KTK gereğince römork veya yarı römorklar kendi başına hareket etme kabiliyeti bulunmadığından kendilerini çeken motorlu taşıtın (traktör vb.) işleteni zarardan sorumlu olur.³⁶ KTK 102. maddesi gereğince çekici araçlarında sorumluluğu da aynı hükümlere tabidir.

Motorlu bisiklet sürati saatte en fazla 45 kilometreyi geçmeyen motorlara sahip, silindir hacmi 50 cm³ geçmeyen taşıtlardır. KTK 103. maddesi gereğince motorsuz araçların veya motorlu bisikletin karıştığı kazalarda sorumluluk KTK 85. maddesinin de öngörülen tehlike sorumluluğu olmayıp, TBK öngörülen genel hükümlere tabidir.

Zarar (Kaza) ile Motorlu Taşıt Arasında Uygun Nedensellik (İllyet) Bağının Olması

İşletenin sorumlu olabilmesi için ortaya çıkan zarar ile motorlu taşıtın işletilmesi arasında uygun illiyet bağının olması gerekmektedir. Bir sebebin olağan hayat koşulları, olayların olağan akışı ve yaşam tecrübelerine göre neticeyi meydana getirmesi için şart olması ve söz konusu neticenin meydana gelmesi için olması gerekli bağa, uygun illiyet bağı denilmektedir.³⁷ KTK açısından trafik kazası ile zarar arasında uygun illiyet bağının olması için motorlu taşıtın işletilmesi veya işletenin ya da yardımcılarının kusuru ile araçtaki arıza veya yardım eylemi arasında

[34] "Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 2003/48 K. 2003/52 T. 16.6.2003 - Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı", LEXPERA, erişim 04 Mart 2024, www.lexpera.com.tr.

[35] Buğra, Ayşegül. *Sigorta Hukukunun İki Güncel Sorunu: İnsansız Araçlar - Sorumluluk ve Sağlık Sigortalarında Birden Çok Sigorta Sempozyumu. Otomatik Yönlendirme Seviyesi Yüksek Kara Araçları ve Sigorta*, Editör Serap Amasya, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s.23.

[36] Eren, 2010, s. 642.

[37] Eren, 2010, s. 643; Kübra Yıldız, "Haksız Fiil Hukukunda Nedensellik Bağının Belirlenmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 30, sy 3 (15 Eylül 2022): 1129-30.

uygun illiyet bağının (sebeup ve sonuç ilişkisinin) bulunması şarttır.³⁸

İşletenin zarardan sorumlu olması için dolaylı illiyet bağı yeterlidir. Örneğin, aracın aniden yola çıkması sebebiyle korkup düşen veya başka araca çarpan yayanın zarar görmesi ile motorlu taşıtın işletilmesi arasında uygun nedensellik bağı vardır.³⁹

Özel Şartlar

Zararın, Motorlu Taşıtın İşletilmesinden ya da İşletilme Halinde Olmayan Taşıtta İşletenin ya da Eylemlerinden Sorumlu Olduğu Şahısların Kusurundan veya Araçtaki Bir Arızadan ya da Kaza Sonrasında Yapılan Yardım Eyleminden Kaynaklanması

Üçüncü kişinin trafik kazası sebebiyle meydana gelen zararını talep edilebilmesi için zararın, motorlu taşıtın işletilmesinden ya da işletilme halinde olmayan taşıtta işletenin ya da eylemlerinden sorumlu olduğu şahısların kusurundan veya taşıttaki bir arızadan veya kaza neticesinde yapılan yardım eyleminden kaynaklanmalıdır.

Örneğin trafik kazasına araçtaki bozukluğun sebep olması halinde işleten zarardan sorumlu olacaktır. Araçtaki bozukluk kavramına, aracın rutin bakımının yapılmaması, araçtaki imalat hatası, fren veya direksiyon kilitlenmesi vb. hususlar örnek gösterilebilir. İşleten araçtaki bozukluğun kendi kusurunun kaynaklanmadığını ispatlarsa dahi sorumluluktan kurtulamaz. Çünkü işleten araçtaki bozukluk sebebiyle meydana gelen zararların tamamından sorumludur.⁴⁰

İşletenin Kurtuluş Kanıtı (Beyyinesi) Getirememesi

İşletenin kurtuluş kanıtı getirmesi KTK 86/1 maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre işleten, araçtaki arızanın kazayı etkilemediğini, kendisinin veya sorumlu tutulduğu şahısların kusurunun olmadığını veya meydana gelen kazanın mücbir bir sebepten ya da zarar görenin veyahut üçüncü bir kişinin ağır kusurundan kaynaklandığını kanıtlarsa sorumluluktan kurtulur.

[38] Yargıtay bir kararından KTK göre trafik kazası sonucunda işletenin sorumluluğu için aranması gereken uygun illiyet bağını şu şekilde tarif etmiştir; “KTK’na göre uygun illiyet bağı, motorlu taşıtın işletilmesinin bir zarara neden olması durumudur. Eğer zararın motorlu aracın işletilmesiyle doğrudan doğruya ilişkilendirilebileceği ve araç işletilmeseydi zararın meydana gelmeyeceği ifade edilebiliyorsa uygun illiyet bağının mevcudiyeti kabul edilir. Ancak, motorlu taşıtın işletilme faaliyeti ile ortaya çıkan zarar arasında bir ilişki olsa da işletilme durumu zararın nedenini oluşturmuyorsa, yani işletilme faaliyeti zararın oluşmasında yetersiz kalıyorsa, bu durumda uygun illiyet bağı bulunmamaktadır. Bu halde işleten de oluşan zarardan sorumlu tutulamaz...”; bkz; “10. HD., E. 2015/2782 K. 2015/5918 T. 30.3.2015 - Yargıtay Kararı”, LEXPERA, erişim 06 Mart 2024, www.lexpera.com.tr.

[39] Kılıçoğlu, 2022, s. 507.

[40] Ateş, Hüseyin. “Motorlu Araç İşletenin Sorumluluktan Kurtulması”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* C. 0, S. 100, 2012, s. 346.

SİGORTALI ARACIN SAHİBİNİN DEĞİŞMESİ HALİ

Aracın devri halinde trafik sigortacısı ile devir alan ve devreden işlemin sorumluluğuna ilişkin KTK 94. maddesi ve buna paralel olarak KZMSS C.4. maddesi kabul edilmiştir. AYM 23/01/2024 tarihli, 2023/130 Esas - 2024/ 17 Karar sayılı ilamı ile 2918 sayılı KTK 94/3 ve 94/4 fıkralarını Anayasaya aykırı bularak iptaline karar vermiştir. AYM aynı kararında, kararının yürürlük tarihini dokuz ay sonrasına bırakmıştır.⁴¹ Anılan karar 05/03/2024 tarihli 32480 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Buna göre AYM iptal kararı 05/12/2024 tarihinde yürürlüğe girecektir. İptal kararının çok yeni olması sebebiyle çalışmamızda öncelikle iptal kararı öncesindeki durumdan bahsedilecek, sonrasında iptal kararından sonraki durum ve görüşümüz hakkında bilgi verilecektir.

Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Öncesindeki Durum

İptal kararı öncesi KTK 94. maddesi şu şekildeydi; *“(2)Sigortalı aracı işletenlerin değişmesi halinde, devreden kişi 15 gün içinde sigortacıya durumu bildirmek zorundadır.*

(3)Sigortacı sigorta sözleşmesini durumun kendisine tebliği tarihinden itibaren on beş gün içinde feshedebilir.

(4)Sigorta fesih tarihinden on beş gün sonrasına kadar geçerlidir.” Benzer düzenlemeye KTK Genel Şartlar C.4.-3 maddesinde yer verilmiştir. Sözleşme süresi içerisinde motorlu aracın devir edilmesinden kaynaklı işletenin değişmesi halinde aracı devreden şahıs (sigorta etiren) 15 gün içerisinde durumu sigortacısına bildirmesi zorunludur. Aracın devredildiğinin kendisine ihbar edilmesi üzerine sigortacı ihbar edildiği tarihten itibaren 15 gün içerisinde sigorta sözleşmesini feshedebilir. Sigortacı tarafından işletenin değişmesi sebebiyle sigorta sözleşmesi feshedilse dahi yeni işleten yönünden sigorta sözleşmesi 15 gün daha geçerliliğini koruyacaktır.⁴²

Kanun koyucunun bu maddeyi düzenlemesindeki amacı aracı devralan kişiye trafik sigortası yaptırmak için belirli bir süre tanınması ve bu süre içerisinde aracın sigortasız kalmasının önüne geçmektedir. Araç devredildikten sonra devralan kişi trafik sigortası yaptırmamış olsa dahi 15 gün süre içerisinde üçüncü kişilerin uğrayacağı zararlara karşı sigorta şirketinin sorumluluğu devam edecektir. Buna göre aracı devreden işleten tarafından gerekli bildirim yapılması ve kazanın gerçekleşmesi sebebiyle üçüncü kişilerin zarar görmesi halinde sigortacı üçüncü kişile-

[41] “AYM, E. 2023/130 K. 2024/17, T. 23.1.2024 - Anayasa Mahkemesi Kararı”, LEXPERA, erişim 01 Mayıs 2024, www.lexpera.com.tr.

[42] Çelik Ahmet, s. 970; Cengil, M. Fatih. *Ticari İşletmenin Devri*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.429.

re tazminat ödemesi yapmaktan kaçınmaz.⁴³ Çünkü KTK 94. maddesinde sigortacıya sadece sözleşmeyi fesih hakkı verilmiş olup bildirim yapılmaması sebebiyle zararı ödemekten kaçınma hakkı tanınmamıştır.⁴⁴ Yargıtay ise araç devrinden sonraki süre içerisinde hem sigortacının⁴⁵ hem de ihbar süresi içerisinde yükümlülüğünü yerine getirmeyen sigorta ettirenin⁴⁶ sorumluluğunun devam edeceğini kabul etmekteydi.

Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı Sonrası Durum ve Görüşümüz;

AYM'nin 23/01/2024 tarihli, 2023/130 Esas - 2024/ 17 Karar sayılı ilamı ile KTK 94/3-4 fıkraları "...*(3)Sigortacı sigorta sözleşmesini durunun kendisine tebliği tarihinden itibaren on beş gün içinde feshedebilir.*

(4)Sigorta fesih tarihinden on beş gün sonrasına kadar geçerlidir..." iptal edilmiştir. İptal kararı sonrasında KZMS sigortacısının, aracı devreden eski ve aracı devralan yeni işletenin araç devrinden sonraki süreçte (eski KTK 94 md. göre 15 günlük sürede) sorumlulukları nasıl belirlenecektir? Bu soruya sigortacı, eski ve yeni işleten bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapılarak cevap vermek yerinde olacaktır.

[43] "Davalı ... Sigorta A.Ş'nin zarara neden olan aracın trafik sigortacısı olduğu; kazayı kapsayan ZMSS poliçesinin davalı tarafından iptal de edilmediği ve yürürlükte olduğu; poliçe süresi içinde oluşan zarardan davalının ZMSS poliçesi gereği sorumlu olduğu; KTK'nın 94 ve 95. maddeleri gereği işleten değişikliğinin 3. kişi konumundaki davacıya karşı ileri sürülemeyeceği hususları gözetilmeden, yanlıgılı değerlendirme ve hatalı hukuki gerekçeyle, davalı ... Sigorta A.Ş. yönünden davanın reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir. (17 HD. 13.07.2020. T. 2018/6210; 4727)..."; Coşkun, Mahmut. *Sigorta Hukuku*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s.777.

[44] Misili, Sinan. "Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası Genel Şartları Uyarınca Sigortacının Sigorta Ettirene Rücu Davası". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 133 2017, s. 602.

[45] "...Gelen belgelerin incelenmesi sonucu kazaya karışan ... plakalı araç için kayıt maliki ... ile davacı sigorta şirketi nezdinde 12/08/2015 tarihinde, 12/08/2015 - 12/08/2016 tarihlerini kapsar şekilde zorunlu mali mesuliyet sigortası düzenlendiği, sigortalı aracın 08/06/2016 tarihinde ...'e satılarak devredildiği, bu poliçeye bağlı olarak davacı şirkete herhangi bir ihbar yapılmadığı, kazanın ise 24/07/2016 tarihinde gerçekleştiği, davacı şirketin kazada yaralanan dava dışı kişiye 10/12/2018 tarihinde 85.786TL tazminat ödemesi yaptığı, yeni malikin kazadan sonra 05/10/2016 tarihinde farklı bir sigorta şirketine sigorta yaptırıldığı anlaşılmıştır. Az yukarıda değinildiği üzere malik değişimi durumunda KTK'nın 94.maddesi uyarınca sigortanın koruma süresi fesih halinde fesih tarihinden onbeş gün sonrasına kadar geçerlidir. (Yargıtay 17.HD 04/04/2019 tarih ve 2016/10391-2019/4112 sayılı kararı vb.) Dolayısı ile 15 günlük süre fesihten başlayacaktır. Ayrıca, işleten değişikliği sigortaya bildirilmedikçe, sigorta sözleşmesi eski işletenle devam eder. Sigorta sözleşmesinin kazadan önce feshedilmediği dosya kapsamında anlaşılacak sözleşmenin 05/10/2016 tarihine kadar geçerli olacağı, kazanın ise bu tarihten önce olduğu açık olmakla davacı sigorta şirketinin kaza tarihi itibarıyla sorumluluğu devam ettiğinden davanın reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır..."; "Antalya BAM, 4. HD., E. 2021/106 K. 2023/891 T. 29.5.2023 - Bölge Adliye Mahkemesi Kararı", LEXPERA, erişim 01 Mart 2024, www.lexpera.com.tr; "İstanbul BAM, 9. HD., E. 2021/743 K. 2023/1331 T. 11.7.2023 - Bölge Adliye Mahkemesi Kararı", LEXPERA, erişim 01 Mart 2024, www.lexpera.com.tr.

[46] "Sigortalının ihbar yükümlülüğünü yerine getirmedeği durumda, taşıt sahibi değişmiş olsa bile, sigorta sözleşmesi devam etmekte olduğundan, sigortalının da sorumluluğu devam etmektedir. Kaza tarihinde aracın tescil kaydının davalı adına olduğu gibi, aralarındaki sözleşme ilişkisi davacı ve davalı yönünden devam etmektedir. Bu halde mahkemeye, davalı S....'e husumet düşüğü gözetilerek...(Y. 17.HD. 24.11. 2008, E. 2008/3236, 2008/5456)"; Çeker, *Sigorta Hukuku*, 278; "17. HD., E. 2016/17766 K. 2017/11919 T. 20.12.2017 - Yargıtay Kararı", LEXPERA, erişim 01 Mayıs 2024, www.lexpera.com.tr.

Belirtmek gerekir ki, AYM iptal kararı sonrasında KZMSS Genel Şartları C.4.-3 bendinin uygulama alanı kalmamıştır. İptal kararı öncesinde sigortacının KTK 95/1 maddesine gereğince tazminat yükümlülüğünü ortadan kaldıran veya miktarının azaltılmasına sebep olabilecek halleri zarar gören üçüncü kişilere karşı ileri süremeyeceğinden işleten değişikliği olsa bile oluşan zarardan kanunda öngörülen süre boyunca sorumlu olduğu kabul edilmekteydi. Kanunda belirtilen süre dışında zararın meydana gelmesi ve bu dönemde yeni işletenin herhangi bir ZMSS yaptırması halinde Sigortacılık Kanunu 14/2b gereğince, üçüncü kişilerin zararından Güvence Hesabı sorumlu olmaktadır.

İptal kararından önce eski işletenin, aracı devrettikten sonraki 15 günlük sürede yeni işletenin bir kazaya karışması ve bu kazanın KZMSS Genel Şartlar B.4. maddesinde sayılı hallerden birisi (örneğin; ehliyetsizlik veya alkollü araç kullanma gibi..) içerisinde olması halinde ödemede bulunan sigortacı eski işletene rücu davası açabilmekteydi. Başka bir deyişle, aracı devren kişi sorumluluğu altından çıkan araçla ilgili rücu davalarına muhatap olabilmekteydi. Eski işletenin sorumluluğunun devam edip etmeyeceğinin belirlenmesi için kanaatimizce AYM iptal kararının gerekçesine bakmak yeterli olacaktır. AYM iptal kararında şu husus açıkça vurgulanmaktadır; *“Eski işletenin aracı satmasıyla birlikte taşıt üzerindeki fiili ve hukuki hâkimiyetinin sona erdiği vurgulanmalıdır. Öte yandan, eski işletenin yeni işleten hakkında denetim veya gözetim sorumluluğu olmadığı gibi yeni işletenin hareket ve davranışlarını kontrol etme ya da yön verme yetkisi de yoktur. Eski işletenin, hareket ve fiillerini kontrol etme gücü olmadığı bir kişinin, üçüncü kişilere zarar veren eylemlerinden sorumlu olması durumu son derece ağır bir müdahale olarak değerlendirilmelidir.”* Gerçekten de bir kimsenin sattığı araçla ilgili fiili ve hukuki egemenliği sona ermesine, aracı devralan kişi üzerinde herhangi bir denetim ve gözetim yetkisi olmamasına rağmen kaza nedeniyle üçüncü kişilerin uğramış olduğu zarardan sorumlu tutulması hakkaniyet ve adalet duygusu ile açıklanması mümkün değildir. Bu sebeple AYM iptal kararı yerinde olup eski işleten aracı devir etmekle hukuki sorumluluğunun sona erdiği kabul edilmelidir. Kanaatimizce iptal kararı sonrasında eski işletenin, aracı devir etmekle sorumluluğunun sona erdiği kabul edilmeli, yeni işleten aracı resmi olarak üzerine devir aldığı andan itibaren oluşacak zararların tamamından sorumlu olmalıdır. Başka bir deyişle, araç devir sonrası yeni işleten tarafından sigorta sözleşmesi yaptırılana kadar meydana gelecek kazalar sebebiyle KZMSS Genel Şartları B.4. maddesine dayalı rücu davasının muhatabı eski işleten değil yeni işleten olmalıdır.

Peki, iptal kararı sonrasında trafik sigortacısının sorumluluğu da eski işleten gibi araç devri ile sona erecek midir?

Seven'e⁴⁷ göre AYM KTK 94. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarına yönelik iptal kararının mer'î mevzuat dikkate alındığında sigortacı bakımından herhangi bir değişikliğe sebep olmamaktadır. Çünkü KTK 94/3-4 fıkraları olmasa dahi sorumluluk sigortalarına ilişkin genel hüküm niteliğinde olan TTK "Zorunlu Sorumluluk Sigortalarına" konu başlığı altında düzenleme altına alınan "Zarar görenle ilişkide ifa yükümlülüğü" başlıklı 1484/2 maddesi uyarınca, zarar görene karşı sigorta ilişkisinin sona erdiğinin ileri sürülebilmesi için sigortacının, sözleşmenin sonlandığını veya sona ereceğini yetkili makamlara bildirmesi gerekmektedir. Bildirimin yapılması halinde sözleşme bildirimden tarihten itibaren bir ay sonra sona erer. Dolayısıyla, özel kanun niteliğindeki KTK 94/3-4 fıkralarının iptali sonrasında trafik sigortacısı genel hüküm niteliğindeki TTK 1484/2 maddesi gereğince sigorta sözleşmesinin sona ermesinden itibaren bir ay boyunca üçüncü kişilerin uğrayacağı zararlara karşı sorumlu olmaya devam edecektir. Buna göre iptal kararı öncesi sigortacının 15 gün olan sorumluluk süresi bir aya çıkmış olmaktadır.

TTK 1484/2 maddesinin zorunlu sorumluluk sigortaları bakımından genel hüküm niteliğinde olduğu hususunda şüphe bulunmamaktadır. Ancak KTK 85. maddesi ile sigortacı, motorlu araç işletenin sorumluluğunu poliçe limitleri ile sınırlı olarak üstlenmiş bulunmaktadır. Başka bir deyişle, işletenin sorumluluğunun olduğu durumlarda sigortacı da sorumlu olup, işletenin sorumluluğunun olmadığı durumlarda sigortacı da sorumlu değildir. Tabiri diğerle, sigortacı ancak işleten kadar sorumlu tutulabilir. KTK gereğince işletenin sorumlu tutulamayacağı yerde sigortacının sorumlu tutulmasından bahsetmek mümkün değildir. Kanaatimizce iptal kararı sonrası sigortacının KTK'nunda açıkça sorumluluğu düzenlenmediğinden eski işletenin sorumlu tutulamayacağı halde aracı devreden işletenin sigortacısının da zarardan sorumluluğu olmamalıdır.⁴⁸ Dolayısıyla TTK 1484/2 maddesinin KZMS sigortacısı

[47] Seven, Vural. "Anayasa Mahkemesi'nin Karayolları Trafik Kanunu'nun 94'üncü Maddesi Hakkında Vermiş Olduğu İptal Kararının Değerlendirilmesi". Lexpera Blog, 19 Mart 2024. <https://blog.lexpera.com.tr:443/anayasa-mahkemesinin-karayolları-trafik-kanununun-94-uncu-maddesi-hakkında-vermiş-olduğu-iptal-kararının-değerlendirilmesi/>.

[48] Adana BAM 3. HD. AYM iptal kararı sonrasında vermiş olduğu güncel bir kararında aynı sonuca ulaşmıştır: "Davacının aracına çarpan ... plakalı aracın, davalı ... Sigorta A.Ş. tarafından zorunlu mali sorumluluk sigortasının yapıldığı ve kaza tarihinin poliçe süresi içinde gerçekleştiği belirtilmiştir. Ancak, araç satışının sigortacıya bildirilmediği ve poliçe iptaline ilişkin işlem yapılmadığı, sigorta sözleşmesi feshinin kaza tarihinden sonra yapıldığı dosya kapsamında anlaşılabilir. Anayasa Mahkemesi'nin 05/03/2024 tarihli kararı ile 13/10/1983 tarihli Karayolları Trafik Kanunu'nun 94/3-4 maddesinin Anayasaya aykırı bulunarak iptal edildiği ve bu iptal kararının yayımlandığı tarihten dokuz ay sonra yürürlüğe gireceği hüküm altına alınmıştır. İptal kararının yürürlüğünün ertelenmesi yargı mercilerinde görülmekte olan davalarda Anayasaya aykırı olan ve iptal edilen kanun düzenlemesinin uygulanması neticesini ortaya çıkarmaz. (Yargıtay 'ın 2012/17202 E-2013/16225 sayılı ilamı) İptal kararının etkisiyle, Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilen yasa kuralının uygulanması mümkün olmamaktadır. Bu nedenle, davanın pasif husumet yokluğu sebebiyle reddedilmesinde herhangi bir hukuka aykırılık bulunmadığı..."; "Adana BAM, 3. HD., E. 2024/466 K. 2024/602 T. 7.3.2024 - Bölge Adliye Mahkemesi Kararı", LEXPERA, erişim 01 Mayıs 2024, www.lexpera.com.tr.

yönünden uygulanamayacağı kanaatindeyiz. Mer'i mevzuata göre zarar görenler kanun koyucu tarafından düzenleme yapılana kadar zararlarını Sigortacılık Kanunu 14/2b gereğince Güvence Hesabına başvurarak alabilir. Bu nedenle Seven'in sigortacının TTK 1484/2 maddesine göre sorumluluğunun devam edeceğine ilişkin görüşüne iştirak etmemekteyiz.

KARAYOLLARI MOTORLU ARAÇLAR ZORUNLU MALİ SORUMLULUK SİGORTASINDA (TRAFİK) SİGORTACININ RÜCU HAKKI

Rücu ve Halefiyet Hakkı Tanımı ve Hukuki Niteliği

KZMSS gereğince sigortacının sigorta ettirene karşı rücu davasının kaynağının tespiti halefiyet ve rücu hakkına bağlanan hukuki sonuçlar gereğince önem arz etmektedir.

Halef sözcüğü Arapça kökenli olup sözlükte “...birinin ardından gelecek onun yerine geçen kişi” olarak tanımlanmaktadır.⁴⁹ Hukuki kavram olarak halefiyet, ifade bulunan kimsenin tüm hak ve borçlarıyla o kişinin yerine geçerek sorumlu olan başka bir kimseye başvurusudur.⁵⁰

Kelime anlamı olarak rücu ise “...geri dönme, cayma...” anlamındadır. Nomer'e göre rücu; “...kendisine ya da başka bir kişiye ait bir borcu ifa ile alacaklıyı tatmin eden kişinin, alacaklıya yaptığı edanın tümünü ya da bir bölümünü bir başka şahıstan istemde bulunmasıdır.”⁵¹ Yargıtay göre ise rücu hakkı “...başka bir kimseye ait olan bir borcu eda eden şahsın malvarlığında ortaya çıkan eksilmeyi gidermeye yönelen, tazminat niteliğini haiz bir istem bulunmaya yönelik bir haktır” şeklinde tanımlanmıştır.⁵²

Rücu hakkı ile halefiyet arasındaki benzer ve farklı yönler şunlardır;

Halefiyet ve rücu hakkındaki ortak nokta gerek halefiyet gerekse rücu hakkında üçüncü kişiye ait borcu ifa eden şahsın borçtan sorumlu olan asıl şahsa yönelik bir alacak hakkına sahip olması ve bu hak sebebiyle asıl borçluya/sorumluya karşı talepte bulunmasıdır.⁵³

Halefiyette alacaklıya ifade bulunan kişi onun yerine geçmekte olup borcun niteliğinde, vassında ve çeşidinde herhangi bir değişiklik olma-

[49] “www.sozluk.gov.tr.”, erişim 25 Mart 2024, www.sozluk.gov.tr.

[50] Kılıçoğlu, Ahmet M. “Özel ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücu”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 31, S. 1, 1974, s. 397; Nomer, Haluk. “Halefiyet ile Rücu Hakkı Arasındaki İlişki, Özellikle Sosyal Sigortalar ile Özel Sigortaların Rücu Hakları Bakımından Halefiyetin Rolü”. *Journal of Istanbul University Law Faculty*, C. 55, S. 3, 2011, s. 243; Kayıhan, Şaban. “Zarar Sigortalarında Sigortacının Halefiyeti”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 3, 2016, s. 1599.

[51] Nomer, 2011, s. 248.

[52] “HGK., E. 2012/426 K. 2012/639 T. 28.9.2012 - Yargıtay Kararı”, LEXPERA, erişim 25 Mart 2024, www.lexpera.com.tr.

[53] Ölmez, Fatih. *Sigortalının, Sigortacının Halefiyet Hakkını İhlal Etmeme Yükümlülüğü*. 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s.7.

maktadır.⁵⁴ Rücu hakkında ise alacaklıya ifada bulunan kişinin şahsında bağımsız yeni bir hak meydana gelmektedir.⁵⁵ Halefiyet, bağımsız, yeni bir hak olmadığından daha öncesinde işlemeye başlayan zamanaşımı halef olan şahıs bakımından da işlemeye devam eder. Rücu hakkında ise ifada bulunan kişi için bağımsız ve yeni bir hak doğduğundan zamanaşımı rücu hakkının doğumundan itibaren işlemeye başlar.⁵⁶

Halefiyette, ifada bulunulan borca ilişkin alacaktaki asıl ve ferî haklar aynı şekilde ve birlikte ifada bulunan kişiye intikal etmekte iken rücu hakkında ifa edilen borca konu alacağa ilişkin ferîler ifa eden kişiye intikal etmemektedir.⁵⁷

Halefiyetin ispatı için halef olan şahıs tarafından yalnız ödeme yapıldığının ispatı gerekli ve yeterli iken rücu hakkında kişi hangi rücu sebebi- ne dayanıyor ise (örneğin; haksız fiil) onun şartlarının gerçekleştiğini de ayrıca ispat etmesi gerekmektedir.⁵⁸

Sigorta hukuku bakımından halefiyet, sigorta sözleşmesine konu zararın meydana gelmesi sebebiyle sigortacı tarafından yapılan ödeme nispetinde ve kanun gereğince sigortacının zarar gören sigorta ettirenin yerine geçerek zarar sorumlusu kişilere karşı talepte bulunması halidir.⁵⁹ Rücu hakkı ise rizikoya konu zarara karşı ifada bulunan sigortacının sigorta sözleşmesine veya kanuna aykırı hareket eden sigorta sözleşmesinin tarafı olan sigorta ettirenine dönmesi ve talepte bulunmasını halini ifade eder.

Sigorta hukuku bakımından halefiyet, tarafların rızasına veya mahkeme kararına bağlı olmaksızın kanun gereği kendiliğinden gerçekleşmesi sebebiyle kanundan kaynaklanmak olup hukuki niteliği itibarıyla “*kanuni temlik*” mahiyetindedir.⁶⁰ Rücu hakkı ise kanun veya sigorta sözleşmesi gereği defî hakkı olan sigortacının, kendi sigorta ettirenine (akidine) dönmesini sağlayan tazminat niteliğinde bir haktır.⁶¹

[54] Misili, s. 582; Orbay Ortaç, Nurdan. “Sigortacının Halefiyet Hakkına Dayalı Tazminat Davasından Önce Arabuluculuk Yoluna Başvurunun Dava Şartı Olup Olmadığına İlişkin Değerlendirmeler”. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 27, S. 1, 2023, s. 154.

[55] Kılıçoğlu, 1974, 398; Misili, s. 582.

[56] Kızılsümer, Bahar. *Sigortacının Kanuni Halefiyetinin Şartları ve Sınırları*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.6.

[57] Ölmez, s. 8; Kızılsümer, s. 6.

[58] Misili, s. 582.

[59] Güncan, Gökhan. “Türk Hukukunda Sigortacının Halefiyeti”. *Social Science Development Journal*, C. 6, S. 27, 2021, s. 439; ; Kızılsümer, s. 7.

[60] Ölmez, s. 22; Orbay Ortaç, 2023, s. 160.

[61] Düzgün, 2019, s. 176; Misili, s. 581-82.14 Mayıs 2015 tarih ve 29355 Sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak 1 Haziran 2015 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Daha sonra 2 şubat2 ve 2 Ağustos 20163 tarihlerinde yapılan değişiklikler ile Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik

Doktrinde sigortacının rücu hakkının kaynağıyla ilgili farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre rücu davasının kaynağı halefiyet ilkesidir.⁶² Bizimde katıldığımız ve doktrinde ağırlıklı olan görüşe göre ise halefiyet ve rücu hakkı çoğu kez birbirinin yerine kullanılmakta ise de hukuki mahiyetleri gereği farklı kavramları ifade etmektedir.⁶³ Yargıtay da aynı görüştedir.⁶⁴ Buna göre rücu hakkı, borcu ifa eden kişinin şahsında ortaya çıkan, yerine getirilen borçtan bağımsız yeni bir alacak hakkı olup rücu eden şahıs ile rücu edilen şahıs arasındaki farklı bir ilişkiye dayanmaktadır.⁶⁵ KZMSS Genel Şartları B.4. maddesine dayalı rücu davası, TTK 1481. maddesinde belirtilen halefiyet kapsamı dışında, kanun, sigorta sözleşmesi⁶⁶ ve KZMSS Genel Şartlarında belirtilen defi hakkına dayanılarak açılan ve sigortacının kendi sigorta ettirenine dönmesini sağlayan bir dava türüdür.⁶⁷

KTk 95/2 maddesinde; “zarar gören üçüncü şahıslara ödeme ile ifada bulunan sigorta şirketi, sigorta sözleşmesine ve bu sözleşmeye ilişkin kanun maddelerine göre, tazminatın kaldırılmasını ya da azaltılmasını sağlayabileceği oranda sigortalıya başvuruda bulunabileceği” belirtilmiştir. Başka bir deyişle, sigortacının rücu hakkı KTK 95/2 maddesinde düzenlenmiş, KZMSS Genel Şartlar B.4. maddesinde ise hangi hallerde rücu edilebileceği tahdidi (sınırlayıcı) olarak değil (Yargıtay⁶⁸ aksi görüşte

[62] Arslan, s. 209.

[63] Kılıçoğlu, 1974, s. 397; Nomer, 2011, s. 249; Güncan, Gökhan. “Türk Sigorta Hukukunda Halefiyet İlkesi ve Sigortacının Rücu Hakkı”. içinde *International Paris Conference on Social Sciences*. France, 2021, s.585; Güncan, 2021, s. 439; Misili, s. 581; Kızılsümer, s. 7; Taşdemir, Oğuzhan. *Sigorta Hukukunda Halefiyet ve Rücu*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 95; Kayihan, 2016, s. 1608.

[64] “İlk olarak, halef ve rücu terimleri üzerinde durulmalıdır. Rücu hakkı; bir başkasının borcunu ödeyen şahsın varlığında meydana gelen zararın telafi etme amacıyla istemde bulunduğu, tazminat niteliğini haiz bir haktr. Alacaklıya karşı ifada bulunarak onu tatmin eden kişi, alacaklının hakkından bağımsız olarak kendi şahsında ortaya çıkan yeni bir hak elde eder. Rücu hakkı, söz konusu hakkın doğduğu anda muacceliyet kesbeder. Bu yüzden rücu hakkı yönünden zamanaşımı bu hakkın doğduğu an itibarıyla zamanaşımı süresi de başlamaktadır. Halefiyette ise, halef olan kişi alacaklıya ifada bulunarak tatmin ettiğinde, yeni bir hak elde etmez, sadece alacaklıya ait olan hakkı kanunen devralır. Bu sebeple, böyle bir borç için daha önce zamanaşımı başlamışsa, borç halef olan kişiye geçse de süre işlemeye devam eder.”; “HGK., E. 2012/426 K. 2012/639 T. 28.9.2012 - Yargıtay Kararı”.

[65] Kılıçoğlu, 1974, s. 398; Nomer, 2011, s. 248.

[66] “Rücu hakkının temeli, sigorta sözleşmelerinden gelmektedir. Diğer bir deyişle, bu hakkın kökeni halefiyet ilkesinden değil, sigorta poliçesi ve yasalara göre sigorta ettirene karşı defi hakkı olan sigorta şirketinin, bu hakkı kullanarak kendi akidi olan sigortalıya dönmesidir. (Ulaş, İşil: Uygulamalı Zarar Sigortalıları Hukuku Kitabı, Ankara 2012 yılı bası, sayfa:1010).”; “HGK., E. 2017/1083 K. 2019/26 T. 29.1.2019 - Yargıtay Kararı”, LEXPERA, erişim 27 Mart 2024, www.lexpera.com.tr; “4. HD., E. 2023/11866 K. 2023/12935 T. 30.11.2023 - Yargıtay Kararı”, LEXPERA, erişim 27 Mart 2024, www.lexpera.com.tr; Misili, s. 583.

[67] “İstanbul BAM, 8. HD., E. 2019/1233 K. 2021/1755 T. 11.11.2021 - Bölge Adliye Mahkemesi Kararı”, LEXPERA, erişim 27 Mart 2024, www.lexpera.com.tr.

[68] “...Anılan maddede (KZMSS Genel Şartlar B.4. maddesinde) tahdidi olarak düzenlenen hallerden birinin veya birkaçının bulunması durumunda zarar görene ödeme yapan zorunlu mali sorumluluk sigortacısının akidine rücu hakkı vardır...”; “17. HD., E. 2016/16770 K. 2017/8930 T. 11.10.2017 - Yargıtay Kararı”, LEXPERA, erişim 28 Mart 2024, www.lexpera.com.tr; “17. HD., E. 2014/14200 K. 2014/13172 T. 13.10.2014 - Yargıtay Kararı”, LEXPERA, erişim 28 Mart 2024, www.lexpera.com.tr.

olsa da), tadadi (sayıcı) olarak belirtilmiştir.⁶⁹

Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik) Kapsamında Sigortacının Sigortalısına Rücu Hakkını Kullanabileceği Haller

KTK 95. maddesine göre sigortacı, sigorta sözleşmesine konu rizikoya ilişkin prim borcunun ödenmemesi halinde, sigorta limitlerinin artmasına rağmen ek bir poliçe yaptırılmaması halinde veya sigorta sözleşmesi ile öngörülen süre sona ermesine rağmen sözleşmenin yenilenmemesi hallerinde sigorta sözleşmesinin akidi olan kendi sigortalısına rücu talebinde bulunabilir.⁷⁰ Trafik sigortacısının KTK 95. maddesi gereğince yukarıda belirttiğimiz hallere ek olarak KZMSS Genel Şartları B.4. maddesinde belirtilen hallerde de kendi sigortalısına rücu talebinde bulunma hakkı vardır. Bu haller Genel Şartlarda şu şekilde ifade edilmiştir;

“Sigorta ettirene başlıca şu sebeplerle rücu edilir;

a) *Tazminata konu olay, sigorta ettirenin ya da fiillerinden sorumlu olduğu şahısların kasti bir hareketi veyahut ağır kusuru neticesinde oluşmuş ise,*

b) *Tazminata konu olay, taşıtın ilgili kanun maddelerine göre gerekli ehliyetnameye sahip bulunmayan ya da geçerliliğini kaybetmiş sürücü sertifikasına sahip veya ehliyetine geçici-sürekli el konulmuş kişiler tarafından kullanılması ya da trafik kurallarının ağır kusur ile ihlali neticesinde ortaya çıkmış ise,*

c) *Taşıtın, uyuşturucu madde ya da ilgili kanunda öngörülen sınırın üzerinde alkolü içki alan kişilerce veyahut aynı kanun hükümlerinde alkolü içki alması yasak şahıslarca alkolü içki alınarak sev ve idare edilmesi esnasında oluşan zararlar,*

ç) *Tazminata konu olay, yolcu taşıma ruhsatı bulunmayan taşıtlarda yolcu taşınması veya yetkili makamlarca tespit edilmiş olan istiap hadinden fazla yolcu veya yük taşınması veya patlayıcı, parlayıcı ve tehlikeli maddeleri taşıma ruhsatı bulunmayan taşıtlarda, bu maddelerin parlama, tutuşma ve infilakı yüzünden meydana gelmiş ise,*

d) *Sigorta ettirenin rizikonun gerçekleşmesi durumunda bu genel şartların B.1. maddesinde belirlenen yükümlülüklerle uymaması nedeniyle zarar ve ziyan miktarında artış olması hali,*

e) *Tazminata konu olayın taşıtın çalınması veya gasp edilmesi sonucun-*

[69] Düzgün, 2013, s. 206; Düzgün, 2019, s. 177; “Antalya 3. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2018/459 K. 2019/170,... - Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri Kararı”, LEXPERA, erişim 28 Mart 2024, www.lexpera.com.tr.

[70] Çelik, s. 955; Kayıhan, 2016, s. 1609.

da olması halinde, çalınma veya gasp edilme olayında sigorta ettirenin kendisinin veya fiillerinden sorumlu olduğu şahısların kusurlu olduğu tespit edilirse,

f) Bedeni hasara sebep olan trafik kazalarında sigortalının ya da fiillerinden sorumlu olduğu şahısların, tedavi görme veya yardım amacıyla sağlık kurumuna gitme, can güvenliği sebebiyle kaza mahallinden uzaklaşma gibi mecburi durumlar hariç olarak, olay yerini terk etmesi ya da kaza tespit tutanağı, alkol ölçüm raporu vb. kazanın meydana geliş koşullarına ilişkin gerekli evrakların düzenlenmesi yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi halinde,”

Zararın Kastı Bir Hareket ya da Ağır Kusur Nedeniyle Meydana Gelmesi

KZMSS Genel Şartları B.4. maddesi gereğince sigortalının veya fiillerinden sorumlu olduğu şahısların zarara kasten veya ağır kusuru ile sebebiyet vermesi halinde sigortacı ödemiş olduğu tazminatı sigortalıya rücu edebilir.

KZMSS Genel Şartları B.4. maddesinde bahsedilen kusur ve kast kavramı aynı Borçlar Hukuku'ndaki kusur ve kast kavramı gibidir.⁷¹ *Kusur*; somut olay bakımından her bireyin göstereceği ortalama hareket veya davranış biçiminden sapmayı, ortalama davranış ve hareket biçimine aykırı davranmayı ifade eder. Sorumluluk hukuku bakımından kusur, Roma Hukukundan günümüze değin kast ve ihmal (taksir) olarak ikiye ayrılmaktadır.⁷² İhmal (taksir) de dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığın yoğunluk ve derecesine göre ağır ve hafif ihmal olarak ikiye ayrılır. Ağır ihmal ve kast halinde ağır kusurdan söz edilirken, hafif ihmalde ise hafif kusurdan söz edilir.⁷³

Kast, hukuka aykırı neticenin bilerek ve istenerek fail tarafından meydana getirilmesidir. İhmal de ise kasta yer alan bilme ve isteme unsuru yer almamakla birlikte gerekli dikkat, özen ve tedbirin gösterilmemesi sebebiyle hukuka aykırı neticenin gerçekleşmesi söz konusudur.⁷⁴ İh-

[71] Ünan, Samim. *Sözleşmesel Görevler. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyum*. Editör Ufuk Tekin ve İbrahim Bektaş. 1. Baskı. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2016, s. 33.

[72] Birışık, Faik. “Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Sigortalının Sigorta Ettirene Ağır Kusur Nedeniyle Rücu Hakkı”, erişim 30 Mart 2024, <https://www.birisik.av.tr/blog-detay/karayollari-zorunlu-mali-sorumluluk-sigortasinda-sigortalinin-sigorta-ettirene-agir-kusur-nedeniyle-rucu-hakki.html>; Eren, 2010, s. 535; Oğuzman / Öz, s. 59; Orbat, Nurdan. “Sigortalanan Olaya Kusur İle Sebebiyet Verilmesinin Sigorta Teminatına Etkisi”. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 2, 2021, s. 116.

[73] Canbolat, Ferhat, Günhan GÖNÜL Koşar. “Motorlu Aracın İşletilmesinden Doğan Hukuki Sorumlulukta ‘Kusur’ un Önemi ve Sorumluluğa Etkisi”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 23, S. 2, 2021, s. 843; Birışık, “Ağır Kusur Halinde Rücu Hakkı”.

[74] “İhmal, haksız bir sonuca yol açmamakla birlikte, mevcut durum ve şartların gerektirdiği ölçüde dikkat ve özen gösterilmemesi halidir. Başka bir deyişle ihmal, dikkatsizlik veya

malin bir türü ve derecesi olan *ağır kusur* ise aynı veya benzer şartlar altındaki her kişinin alması gerekli olan en basit tedbir ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olmasını ifade eder.⁷⁵ Başka bir deyişle, ağır kusur hali, sigorta ettirenin veya fiillerinden sorumlu olduğu şahısların motorlu taşıtın işletilmesi sırasında alması gerekli en basit tedbiri alınmamasını, gerekli en basit dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmemesini ifade eder.⁷⁶ Yargıtay'a göre KZMSS Genel Şartları B.4. maddesinde ifade edilen ağır kusur, kasta yaklaşan ancak kast derecesine ulaşmayan kusuru ifade etmektedir.⁷⁷

Belirtmek gerekir ki KZMSS Genel Şartları B.4. maddesinde sigorta ettiren veya eylemlerinde sorumlu olduğu kişilerin tam (8/8- asli kusur-%100 kusur) kusurlu olmasında değil, kasti ve ağır kusurundan bahsedilmektedir. Başka bir deyişle, sigorta ettirenin veya fiillerinden sorumlu olduğu şahısların kazada asli veya tam kusurlu olması tek başına sigortacıya rücu hakkı tanımaz. Örnek vermek gerekirse; “...otoyolda kayganlaşan zeminde aniden fren yapılması, uzun süre mola vermeden ya da dinlenmeden yorgun ve uykusuz olarak araç kullanma” gibi haller sebebiyle kazanın meydana gelmesinde araç sürücüsü asli, tam veya yüzde yüz oranında kusurlu ise de bu gibi haller kasıtlı veya kasta yaklaşan ağır kusur olarak sayılmazlar.⁷⁸ KZMSS Genel Şartlar B.4.-a bendine göre rücu talebinde bulunan sigortacı, kazanın sigorta ettirenin veya fiillerinden sorumlu olduğu şahısların kasti veya kasta yaklaşan ağır kusurları sonucunda oluştuğunu ve zarar ile kasti veya kasta yaklaşan ağır kusur arasındaki uygun illiyet bağımlı ispat etmesi gerekmektedir.⁷⁹

özensizlikten sebebiyle meydana gelen kusur, ihmalkarlık, savsama ya da gerekli dikkati göstermeme durumunu ifade eder(Yılmaz, E. Hukuk Sözlüğü, Ankara 1996 yılı bası, sayfa:363, 451, 490)...”; “HGK., E. 2017/1083 K. 2019/26 T. 29.1.2019 - Yargıtay Kararı”, LEXPERA, erişim 15 Nisan 2024, www.lexpera.com.tr; Eren, s. 535-37; Oğuzman / Öz, s. 59-60.

[75] Eren, 2010, s. 540.

[76] Coşkun, s. 894.

[77] “Ağır kusur, yargı içtihatlarında 'aynı şartlarda her sağduyulu kişinin sergileyebileceği temel dikkat ve özenin eksikliği' olarak ifade edilmektedir. Diğer bir deyişle, ağır kusurda, koşulların gerektirdiği dikkat ve tedbirlere ya da belirli bir davranış tarzını emreden kurallara tamamen bir dikkatsizlik söz konusudur. Ağır kusur, affedilemez bir irade eksikliğine dayanır. Yargıtay'ın müstakar kararlarına göre, ağır kusur, kasit olmamakla birlikte kasta yakın (kasta benzer) bir kusurun varlığını ifade eden özel bir hukuk kavramı olarak kabul edilmektedir.”; “HGK., E. 2017/1083 K. 2019/26 T. 29.1.2019 - Yargıtay Kararı”; “HGK., E. 2003/11- 756 K. 2003/743 T. 10.12.2003 - Yargıtay Kararı”, LEXPERA, erişim 15 Nisan 2024, www.lexpera.com.tr; “17. HD., E. 2015/813 K. 2015/11296 T. 27.10.2015 - Yargıtay Kararı”, LEXPERA, erişim 15 Nisan 2024, www.lexpera.com.tr; “11. HD., E. 2001/294 K. 2001/2468 T. 26.03.2001 - Yargıtay Kararı”, LEXPERA, erişim 15 Nisan 2024, www.lexpera.com.tr; Çelik s. 957; Düzgün, 2013, s. 207.

[78] Çelik s. 957; Kayıhan, 2016, s. 1610.

[79] “Mahkeme, kırmızı ışıkta geçmenin trafik kurallarına aykırı bir davranış olduğu gerekçeyle sigortalı aracın sürücüsünü %100 kusurlu bulmuş ve davanın kabulüne karar verilmiştir. Ancak bilindiği üzere, ağır kusur, bir özel hukuk terimi olup sadece kasti olmayan ancak kasta yakın bir kusurun varlığını ifade eder. Dolayısıyla, kırmızı ışıkta geçme eylemi sebebiyle kazanın meydana gelmesinde %100 kusurlu olmak, tek başına kasıtlı veya ağır kusurlu olduğu anlamı taşımamaktadır. Bu durumda, TTK'nin 1282. maddesi uyarınca hasarın sigorta kapsamı dışında olduğunu kanıtlama yükümlülüğü sigortacıya aittir.”; “Yargıtay 17. Hukuk Dairesi 25.5.2016 Gün 2016/3422 E. ve 2016/6357 K.” Bknz; Birişik, “Ağır Kusur Halinde Rücu Hakkı”.

Kazanın Sürücü Belgesi Olmadan Taşıt Kullanılması Sırasında Meydana Gelmiş Olması (Ehliyetsiz Araç Kullanma)

KTK 36/1 fıkrasında motorlu taşıtların, sürücü belgesi bulunmayan şahıslar tarafından kullanılmasının yasak olduğu düzenlenmiştir. Aynı maddenin 3. fıkrasında ise Cumhuriyet Savcılıklarınca veya Mahkemelerce ya da KTK'da ifade edilen yetkililerce sürücü belgesi geçici veya tedbiren geri alınanlar ile ehliyetnamesi iptal edilen kişilerinde ehliyetnameye sahip olmayan kişilerle aynı konumda olduğu kabul edilmiştir.⁸⁰ KTK 39/2 maddesine göre sürücülerin, sürücü belgelerinin sınıfına göre taşıt sürme yeterliliğine sahip oldukları taşıtlar dışındaki araçları kullanmaları yasaktır. Bu nedenle geçerli bir ehliyetnameye sahip olan kişinin ehliyet sınırları dışında başka bir araç kullanması halinde de kişi ehliyetsiz sayılır.⁸¹

KZMSS Genel Şartları B.4.-b bendi gereğince ehliyetsiz araç kullanmak rücu sebebi değildir. Kazanın yani rizikonun gerçekleşmesi esnasında sürücünün ehliyetsiz olması ve kazanın meydana gelmesi kusurunun bulunması halinde sigortacının rücu hakkı doğar.⁸² Rücu hakkının varlığı için zarar ile sürücünün ehliyetsiz olması arasında uygun illiyet bağının bulunması da şarttır.⁸³ Sürücünün geçerli ehliyetnameye sahip olmadan araç kullanması ve kazaya sebebiyet vermesi halinde sigortacı rücu hakkını sürücüye değil, sigorta ettirene karşı kullanabilir.

Alkol veya Uyuşturucu Madde Etkisindeyken Kazanın Meydana Gelmiş Olması

24.05.2013 tarihli 6487 sayılı kanun ile değişik KTK 48/1 maddesi gereğince uyuşturucu madde ya da alkol almış olan sürücülerin karayolunda taşıt sürmeleri yasaktır.⁸⁴ Aynı kanununun 48/7 fıkrasına göre, özel otomobil sürücüleri için 0.50 promil, diğer taşıt sürücüleri için ise 0.20 promilin üzerinde alkollü almış sürücülerin trafik kazasına neden olmaları durumunda, TCK'nun ilgili maddeleri ayrıca uygulanır. KTK 48-son maddesi ile alkol ve uyuşturucu maddelerin tespitinde kullanılacak teknik aletlerin sahip olması gereken asgari şartlar ile diğer esasların yönetmelikte düzenleneceği belirtilmiştir. Bu kanun düzenlemesiyle uyumlu olarak KTK Yönetmeliği'nin 97/1 maddesi şu şekilde belirlenmiştir: "*Uyuşturucu maddeleri kullanan sürücüler ile kanlarındaki alkol*

[80] Misili, s. 617.

[81] Misili, s. 618-619.

[82] "4. HD., E. 2021/9850 K. 2023/2296 T. 22.2.2023 - Yargıtay Kararı", LEXPERA, erişim 17 Nisan 2024, www.lexpera.com.tr.

[83] "4. HD., E. 2021/10238 K. 2023/5198 T. 10.4.2023 - Yargıtay Kararı", LEXPERA, erişim 17 Nisan 2024, www.lexpera.com.tr; Çelik s. 958.

[84] Demirağ, İsmet. "Koklama Yolu İle Alınan Alkol Raporunun Hukuki Değeri ve Sigorta Rücu Davalarında İspat Külfeti", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 86, S. 4, 2012, s. 236.

promil miktarı 0.50 üstünde olan özel otomobil sürücülerinin ve kanlarındaki alkol promil miktarı 0.20 üzerinde olan diğer araç sürücülerinin karayolunda taşıt kullanmaları yasaktır.” KTK’da alkollü ve uyuşturucu madde ile araç kullanma yasağına ilişkin düzenlemelere aykırı hareket eden sürücülerin sebep olduğu kazalar sebebiyle ödemedede bulunan trafik sigortacısına KZMSS Genel Şartları B.4.-c bendi gereğince rücu hakkı tanınmıştır.⁸⁵

2013 yılında yapılan değişiklik öncesi ise durum çok daha farklıydı. Öncelikle KTK 48/1⁸⁶ maddesinde kişinin alkollü olması sebebiyle kazaya sebebiyet vermesi için alkolün, sürücünün *güvenli sürüş yeteneğini kaybetmesine* sebebiyet vermesi gerekmektedir.⁸⁷ Benzer düzenleme eski KZMSS Genel Şartlarında sigorta şirketinin rücu hakkını düzenleyen B.4. maddesinde de tekrar edilmişti.⁸⁸ Bu düzenlemeler sebebiyle doktrinde alkollü taşıt kullanma ile meydana gelen kaza arasında uygun nedensellik bağının (sebeup-sonuç ilişkisinin) bulunması gerektiği belirtilmiştir.⁸⁹ Yargıtay eski KTK ve Genel Şartlardaki düzenlemeler gereğince araç sürücüsünün alkollü olmasının tek başına sigortacıya rücu hakkı sağlamayacağını, kazanın salt (münhasıran) alkolün etkisi sebebiyle meydana gelmiş olduğunun (*yani kaza ile alkollü taşıt kullanma arasında neden sonuç ilişkisi olduğunun*) sigortacı tarafından ispat edilmesi halinde rücu hakkını kullanabileceğini kabul etmekteydi.⁹⁰ Yargıtay’a

[85] KZMSS Genel şartları B.4.-c bendi; “Motorlu taşıtın, uyuşturucu madde ya da ilgili kanunlarda öngörülen seviyenin üzerinde alkol tüketen şahıslar veya aynı mevzuatta alkol tüketmesi yasaklanan şahıslar tarafından kullanılarak meydana gelen zararlar.”

[86] 6353 sayılı kanun ile değişik KTK 48/1 maddesi; “...Uyuşturucu madde kullanma ya da alkollü içki tüketmiş olması sebebiyle güvenli sürme yeteneklerini kaybetmiş şahısların trafikte taşıt kullanmaları yasaktır.”

[87] Düzgün, 2019, s. 180.

[88] Eski KZMSS Genel Şartları B.4.-c bendi; “Tazminat talep edilen olay, işletenin veya sorumlu oldukları şahısların ya da taşıtın hatır için herhangi bir karşılık aramadan kendilerine verilen şahısların uyuşturucu madde kullanmış olarak taşıtı sürmeleri sırasında meydana gelmiş olabilir veya yukarıda bahsedilen şahısların alkol kullanmış olmaları sebebiyle aracı güvenli bir şekilde sürme yeteneklerini kaybetmiş olmaları sonucunda gerçekleşmiş ise sigorta şirketi, sigorta yaptıran kişiye rücu edebilir.”

[89] Ünán, Samim. *Türk Ticaret Kanunu Şerhi. Cilt 2 2. Kısım 1. Bölüm: Sigorta Türlerine İlişkin Özel Hükümler Zarar Sigortaları: (madde 1453-1486)*. 1. Baskı. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.305; Kayıhan, 2016, s. 1615; Çelik, s. 959.

[90] “KZMSS Genel Şartları B.4.-d maddesi gereği, araç kullanırken alkol veya uyuşturucu madde alan şahısların yaptığı kazalarda sigorta şirketinin sigorta yaptıranı karşı rücu davası ile ödediği tazminatı geri talep edebileceğini öngörmektedir. KTK’nun 48. maddesi, alkollü araç kullanmayı yasaklamakta olup bu yasağa ilişkin ayrıntıları yönetmeliğe bırakmıştır. Fakat yönetmelikte yasaklama yetkisi bulunmamaktadır. Bu sebeple, Karayolları Trafik Yönetmeliği’nin 97. maddesinde, yasaklamaya yönelik kurallar belirlenmeden önce uyuşturucu maddeler ile alkol promil oranlarının ne şekilde tespit edileceği ortaya konulmalıdır. Bu halde, salt 0.50 promilin üstünde alkol olarak taşıt kullanma yasağının kanuni dayanağı bulunmadığından geçersiz kabul edilmelidir. Geçersiz bu yönetmelik hükümleri, kanuna aykırı bir tarzda genel şart olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu sebeple, zararın teminat dışı kalması için araç sürücüsünün kaza esnasında münhasıran alkol etkisi altında olmalıdır. Ayrıca TTK gereği alkol etkisi altında bulunması durumunda hasarın teminat dışı kalacağına ispatı sigorta şirketine aittir. Yargıtay’ın uygulamasına göre, kazanın salt alkol etkisiyle gerçekleştiğinin tespiti için uzman bilirkişilerin (nöroloji uzmanı, trafik ve hukukçu) rapor alınmalıdır. Alkolün kazanın tek sebebi olduğu anlaşılırsa

göre kazanın münhasıran (salt) alkolün etkisi sebebiyle meydana gelip gelmediğinin anlaşılması için uzmanlığı nöroloji, trafik ve hukukçudan oluşan bilirkişi heyetinden rapor alınmalı ve rapor sonucuna göre karar verilmesi gerekmektedir.⁹¹

2013 yılında KTK 48/1 fıkrasında ve yeni KZMSS Genel Şartların B.4.-c bendinde yapılan değişikliklerle alkollü araç kullanma sebebiyle sürücülerin “*güvenli sürme yeteneklerini kaybetmiş*” olma şartı ortadan kaldırıldığı gibi alkollü araç kullanmaya yönelik promil sınırı da KTK 48/7 fıkrasında açıkça düzenlenmiştir.⁹² Buna göre 01.06.2015 tarihinden sonra⁹³ yapılan sigorta sözleşmelerinde sürücünün aynı uyuşturucu madde kullanmasındaki⁹⁴ gibi kanunen belirlenen sınırın üzerinde alkollü araç kullanması halinde trafik sigortacısı KZMSS Genel Şartları B.4.-c bendi gereğince rücu hakkını kullanabilecektir.⁹⁵ KTK ve KZMSS Genel Şartlarında yapılan değişiklik sonrası trafik sigortacısının, rücu hakkını kullanabilmesi için TTK 1409/2 fıkrası gereğince sadece sürücünün kanunen belirlenen sınırın üzerinde alkollü araç kullandığını ispat etmesi gerekli ve yeterlidir.⁹⁶ Başka bir deyişle, eski Genel Şartlar döneminde

sigortacının rücu talebinin kabulü gerekir. Aksi halde dava reddedilmelidir (YHGK 23.10.2002 gün ve 2002/11-768-840; YHGK 7.4.2004 gün ve 2004/11-257-212; YHGK 2.3.2005 gün ve 2005/11-81-18; YHGK 14.12.2005 gün 2005/11-624-713 sayılı ilamları); “4. HD., E. 2021/10046 K. 2023/5099 T. 6.4.2023 - Yargıtay Kararı”, LEXPERA, erişim 19 Nisan 2024, www.lexpera.com.tr. [91] “KTK 48. maddesi, uyarınca alkol alan şahısların güvenli sürüş yeteneklerini kaybetmiş olmaları sebebiyle karayolunda taşıt kullanmaları yasaktır. Başka bir deyişle, hasarın poliçe kapsamı dışında kalabilmesi için kazanın salt alkollü araba kullanması sebebiyle meydana gelmesi gerekir. Sürücünün alkollü içki almış olması tek başına hasarın poliçe kapsamı dışında kalmasını sebebiyet vermez. Ayrıca, hasarın poliçe kapsamı dışında kaldığının kanıtlanma yükü sigortacı şirketine aittir. Yargıtay’ın uygulamasına göre, alkol almanın kazaya doğrudan etkisi olup olmadığına belirlemek için uzman bilirkişilerden oluşan bir kurul tarafından rapor alınmalıdır. Eğer kazanın sadece alkol etkisiyle gerçekleştiği kanıtlanırsa, hasar poliçe kapsamı dışında kalır ve sigorta şirketi ödemiş olduğu tazminatı sigortalıya rücu edebilir. (YHGK. 23.10.2002 tarihli ve 2002/11-768- 840, 19.4.2000 tarihli ve 2000/11-806-801, 15.4.1998 tarihli ve 1998/11-258-273, 15.4.1998 tarihli ve 1998/11-258-73, 07.04.2004 tarihli ve 2004/11-217-212, 14.12.2005 tarihli ve 2005/624-713, 16.03.2016 tarihli ve 2014/17-808 E., 2016/313 K. sayılı kararları); “HGK., E. 2017/1082 K. 2019/431 T. 9.4.2019 - Yargıtay Kararı”, LEXPERA, erişim 19 Nisan 2024, www.lexpera.com.tr.

[92] “...Esasen yukarıda söz edilen mevzuat değişikliğinden önce verilen bu yöndeki kararların **hukuki dayanağı**, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 48’inci maddesinde düzenleme altına alınan güvenli sürüş yeteneğinin kaybı şartı ve aynı zamanda alkol promil oranlarının Yönetmelik hükmünde belirlenmiş olmasıydı. Yargıtay, kişinin alkollü olduğunun kabulüyle ilgili yasal haddin Yönetmelik hükmüyle belirlenemeyeceğine, dolayısıyla Yönetmelikte belirlenmiş olan promil sınırlarına dayalı hüküm tesis edilemeyeceği yönünde kararlar vermekteydi...”; Burak Doğan, “Kara Araçları Kasko Sigortası Genel Şartları ve Yürürlükte Bulunan Mevzuat Hükümleri Kapsamında Yargıtay’ın Alkollü Araç Kullanımı Sırasında Gelen Zararlara İlişkin Yerleşik Kararları Üzerine Bir İnceleme”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 26, sy 1 (31 Ocak 2022): 114.

[93] Seven, Vural. “Alkollü Araç Kullanma ile İlgili Karayolları Trafik Kanunu’nda Yapılan Değişikliği Sigorta Şirketinin İspat Yüküne Etkisi”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 3, 2016, s. 2526.

[94] Misili, s. 624-25.

[95] “...Uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanılması halinde meydana gelen kazada kaza ile uyuşturucu madde kullanılması arasında uygun nedensellik (illiyet) bağının bulunmasına gerek yoktur...”; Gökcan, s. 895.

[96] Misili, s. 625; Seven, 2016, s. 2527-28.

Yargıtay'ın aramış olduğu “kazanın münhasıran alkolün etkisi altında kazanın meydana geldiği” hususunu ispat etmesine gerek yoktur.⁹⁷ Yeni düzenlemeler sonrasında Yargıtay'ın “kazanın salt (münhasıran) alkollü içki kullanılması sebebiyle meydana geldiği” hususuna yönelik görüşünün artık bir öneminin kalmadığı kanaatindeyiz.

İstiap Haddi Aşımı - Taşıma Ruhsatı Bulunmayan Taşıtta Yolcu Taşınması - Parlayıcı ve Patlayıcı Madde Taşıma Ruhsatı Olmadan Bu Maddelerin Taşınması

KZMS Genel Şartları B.4.-ç bendi gereğince kaza, yolcu taşıma ruhsatı bulunmayan taşıtlarda yolcu taşınması veyahut yetkili kurumlarca tespit edilmiş olan istiap haddinden fazla yolcu ya da yük taşınması veya patlayıcı, parlayıcı ve tehlikeli maddeleri taşıma ruhsatı olmayan taşıtlarda, taşınan maddelerin parlama, tutuşma ve infilakı sebebiyle ortaya çıkmış ise sigortacı ödemiş olduğu tazminatı kendi akidi⁹⁸ olan sigorta ettirenine rücu edebilir. ⁹⁹ KZMSS Genel Şartları B.4.-ç bendinde, istiap haddi aşımı, taşıma ruhsatı olmayan taşıtta yolcu taşınması ve parlayıcı ve patlayıcı madde taşıma ruhsatı olmadan bu maddelerin taşınması hallerinin her birisi ayrı ayrı rücu sebebi olarak kabul edilmiştir.¹⁰⁰

KTK 65. maddesi gereğince taşıma kapasitesi üstünde maksimum ağırlığın veya izin verilen en fazla yüklü ağırlığın aşılması, belirlenen sınırın üzerinde yolcu alınması ya da gabari dışı yük yüklenmesi, taşınan yük üzerine veya taşıt dışına yolcu bindirilmesi yasaktır.¹⁰¹ İstiap haddi¹⁰², bir aracın taşıyabileceği azami (en yüksek) yükü veya yolcu sayısını ifade eder.¹⁰³ KTK 3. maddesinde belirtilen tanıma göre taşıma sınırı; “...bir taşıtın güvenli bir şekilde taşıyabileceği en fazla yük ağırlığı ya da

[97] “...Bu yönde istinaf mahkemesi kararı için; Bu çerçevede, 01/06/2015 tarihinden önceki sigorta genel şartlarından kazanın **münhasıran** alkol etkisi ile meydana gelmiş olması **aranırken**, 01.06.2015 tarihinde yürürlüğe giren sigorta genel şartlarında kazanın, aracın, uyuşturucu madde veya ilgili mevzuatta belirlenen seviyenin üzerinde alkollü içki almış kişilerce veya aynı mevzuatta alkollü içki almayacağı belirtilen kişilerce alkollü içki alınmak suretiyle kullanılması sırasında meydana gelmesi **rücu için yeterli sayılmıştır**...”; “Sakarya BAM, 7. HD., E. 2022/281 K. 2023/69 T. 24.1.2023 - Bölge Adliye Mahkemesi Kararı”, LEXPERA, erişim 19 Nisan 2024, www.lexpera.com.tr; Misili, “KZMSS Rücu Davası”, 621.

[98] “Genel şartlar B.4.ç maddesine uyarınca, tazminat talep edilen olay, yolcu taşıma ruhsatı bulunmayan taşıtlarda yolcu taşınması, ilgili kurumlarca belirlenen istiap haddinden fazla yolcu veya yük taşınması ya da patlayıcı ve tehlikeli maddeleri taşıma ruhsatı bulunmayan taşıtlarda taşınması sırasında meydana gelmişse, sigorta şirketi üçüncü şahısların bu nedenlerle uğradığı zararları karşıladıktan sonra sigorta yaptıran kişiye rücu etme hakkına sahip olacaktır (Ulaş, I: s:1034 vd.)”; “HGK., E. 2017/1083 K. 2019/26 T. 29.1.2019 - Yargıtay Kararı”, LEXPERA, erişim 20 Nisan 2024, www.lexpera.com.tr.

[99] Düzgün, 2013, s. 211.

[100] Çelik, s. 961.

[101] Berberoğlu Yenipınar, Filiz. *Sigortada Rücu Tazminat Davaları*. 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.94.

[102] Deniz, kara ve hava taşıtlarının yük ve yolcu miktarlarını belirleyen sınır...”; “Türk Dil Kurumu”, erişim 20 Nisan 2024, www.sozluk.gov.tr.

[103] Misili, s. 627; Düzgün, 2019, s. 182.

yolcu sayıdır.” Yerleşik Yargıtay içtihatları gereğince tek başına istiap haddinin aşılması sigorta şirketine rücu hakkı sağlamaz. Meydana gelen kazanın istiap haddinin aşılması yüzünden¹⁰⁴ (*münhasıran istiap haddinin aşılması sebebiyle*)¹⁰⁵ meydana gelmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle, kazanın meydana gelmesi ile istiap haddinin aşılması arasında uygun nedensellik bağının bulunması zorunludur.¹⁰⁶ Yargıtay, kazanın münhasıran istiap haddinin aşılması sebebiyle meydana gelip gelmediğinin, tarafların kazanın meydana gelmesinde müterafik kusurunun olup olmadığının tespiti için alanında uzman bilirkişilerden rapor alınmasını ve rapor sonucuna gereği sigortacının rücu hakkının varlığını tespit edilmesi gerektiğini belirtmektedir.¹⁰⁷ Kazanın münhasıran istiap haddinin aşılması sebebiyle meydana geldiğinin ispat yükü TTK 1409/2 maddesi gereğince sigortacıya aittir.¹⁰⁸

KTK 29 vd. maddeleri gereğince araçların, yönetmelikte öngörülen tarz ve şekildeki teknik koşullara uygun olmaları zorunludur. 4925 sayılı Karayolu Taşımacılık Kanununun 5/1 fıkrasına göre taşımacılık, taşıma işleri komisyonculuğu ve nakliyat kargo işletmesi alanında faaliyetinde bulunulabilmesi için Bakanlıktan gerekli şartları sağladığına dair yetki belgesi alınması mecburidir. KTK ve Karayolu Taşımacılık Kanunu ve buna bağlı Yönetmelik hükümlerine göre kanunen gerekli teknik şartlara sahip olmayan veya gerekli yetki belgesi bulunmayan ya da yetki belgesi bulursa bile taşıt belgesine kaydedilmeyen taşıtlarla yolcu ta-

[104] Çelik s. 962.

[105] “KZMSS Genel Şartlarının B.4.e maddesine uyarınca istiap haddinden daha fazla yolcu veya yük taşınması sebebiyle kaza ortaya çıkmış ise sigorta şirketi işletene rücu isteminde bulunabilir. Bu hakkın varlığı için kazanın münhasıran taşıtta istiap haddinden daha fazla yolcu taşınmış olmasına bağlıdır”; “17. HD., E. 2012/1099 K. 2012/6467 T. 21.05.2012 - Yargıtay Kararı”, LEXPERA, erişim 20 Nisan 2024, www.lexpera.com.tr; “4. HD., E. 2021/10089 K. 2023/5226 T. 11.4.2023 - Yargıtay Kararı”, LEXPERA, erişim 20 Nisan 2024, www.lexpera.com.tr; “17. HD., E. 2019/5980 K. 2021/3051 T. 22.3.2021 - Yargıtay Kararı”, LEXPERA, erişim 20 Nisan 2024, www.lexpera.com.tr; “17. HD., E. 2019/6098 K. 2020/8793 T. 21.12.2020 - Yargıtay Kararı”, LEXPERA, erişim 20 Nisan 2024, www.lexpera.com.tr; “Ankara BAM, 26. HD., E. 2021/1195 K. 2023/773 T. 27.10.2023 - Bölge Adliye Mahkemesi Kararı”, LEXPERA, erişim 20 Nisan 2024, www.lexpera.com.tr.

[106] “Bu durumlarda, istiap haddinin aşılması ile risk(riziko) arasında uygun nedensellik bağını bulunması gereklidir. Sigortacının bu madde hükmünden faydalanabilmesi için, istiap haddinden fazla yük taşınması ve bu durumun kazanın oluşmasında tek etken olması gerekmektedir. Nitekim aynı ilkeler Hukuk Genel Kurulunun 05.12.2001 tarihli ve 2001/11-1109 E., 2001/1108 K. sayılı kararında da benimsenmiştir...”; “HGK., E. 2017/1083 K. 2019/26 T. 29.1.2019 - Yargıtay Kararı”, LEXPERA, erişim 20 Nisan 2024, www.lexpera.com.tr; Çelik s. 962; Berberoğlu Yenipınar, s. 94; Kayıhan, 2016, s. 1617; Damar, Cahit. *Sigortacının Kanuni Halefiyeti ve Rücu Hakkı*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.233; Gökcan, s. 895.

[107] “.....mahkemece davalı sigortalının kaza esnasında istiap haddini aşar şekilde yolcu taşıyıp taşımadığı (taşınan yolcu sayısı- yolcuların yaş ve ağırlıkları- araç istiap haddi vs. gözetilip), anılan tarzda bir taşıma varsa istiap haddi aşımının kazanın meydana gelmesinde münhasıran etkili olup olmadığı konularında, İTÜ gibi Üniversite kürsülerinden seçilen bilirkişi heyetinden rapor alınmalı ve rapor sonucuna göre müterafik kusur bulunup bulunmadığının tartışılması gerektiğinin gözetilmemiş olması doğru olmamıştır.(Yargıtayın 2018/4497 Esas 2020/326 Kararı)”; “İstanbul BAM, 9. HD., E. 2021/1268 K. 2023/1456 T. 12.9.2023 - Bölge Adliye Mahkemesi Kararı”, LEXPERA, erişim 20 Nisan 2024, www.lexpera.com.tr.

[108] “Yargıtay 11. HD. E.2004/1608 K. 2004/10733 T. 02.11.2004” (aktaran) Çelik s. 962.

şımacılığının yapılması mümkün değildir. Bu şartlara riayet edilmeden yolcu taşımacılığının yapılması halinde meydana gelecek kaza ve oluşacak zararlarda üçüncü kişilere ödemede bulunan sigortacının rücu hakkı gündeme gelecektir. Trafik sigortacısının KZMSS Genel Şartları B.4.-ç bendi gereğince yetkisiz veya yolcu taşıma ruhsatı bulunmayan araçların sebep olduğu kaza sebebiyle rücu hakkının doğabilmesi için aynı istiap haddinin aşılmasında olduğu gibi kaza ile yetkisiz veya teknik şartlara uygun olmayan taşıtla yolcu taşınması arasında uygun nedensellik (illiyet) bağının bulunması zorunludur.¹⁰⁹

KTK 65/1-e bendine göre gerekli izin ve tedbirleri almadan tehlike oluşturabilecek veya zarar verebilecek mahiyetteki maddelerin taşınması yasaktır. KZMSS Genel Şartları B.4.-ç bendine göre sigortacının rücu hakkı tehlikeli maddeleri taşıma ruhsatı olmayan taşıtlarda, bu maddelerin tutuşma, parlama ve infilak etmesi sebebiyle kazanın meydana gelmesi halinde gündeme gelecektir. Kazanın, taşıma ruhsatı olan taşıtlarda meydana gelmesi hali rücu sebebi değildir.¹¹⁰ Sigortacının rücu hakkının varlığı için bu halde de kaza ile parlayıcı ve patlayıcı nitelikteki veya tehlike arz eden maddelerin taşıma ruhsatı olmayan taşıtlarda, bu maddelerin tutuşma, parlama ve infilak etmesi sebebiyle meydana gelmesi gereklidir. Başka bir deyişle, kaza ile tehlikeli maddeleri taşıma ruhsatı bulunmayan taşıt ile taşınması arasında uygun nedensellik (illiyet) bağının varlığı şarttır.¹¹¹

Sigorta Ettirenin Rizikonun Meydana Gelmesi Durumunda KZMSS Genel Şartlarının B.1. Maddesinde Öngörülen Yükümlülükleri Yerine Getirmemesi Sonucu Artan Zarar Nedeniyle Sigortacının Rücu Hakkı

KZMSS Genel Şartları B.4.-d maddesi ile rizikonun gerçekleşmesinden sonra Genel Şartların B.1. maddesinde öngörülen yükümlülüklerin sigortalı tarafından yapılmaması sebebiyle meydana gelen zararda artış olması halinde sigortacı Genel Şartların bu bendine dayanarak sigorta ettirene rücu talebinde bulunabilir. Kazanın münhasıran KZMSS Genel Şartları B.1.¹¹² maddesinde belirlenen yükümlülüklerin ihlali sebe-

[109] “KZMSS Genel Şartlarının B.4 maddesinin (e) bendi gereğince, yolcu taşıma ruhsatı bulunmayan taşıtlarda yolcu taşınması da rücu sebebi olarak düzenlenmiş olmasına rağmen mahkeme bu konuda araştırma ve değerlendirme yapılamaması hatalıdır. Bu nedenle, mahkeme kazanın nasıl meydana geldiğini değerlendirmeli, kazaya konu kamyonetin yolcu taşıma için gerekli şartları (ruhsatı olup olmadığı) sağlayıp sağlamadığını, ölen şahsında yükümlülüklerle beraber taşınıp taşınmadığını değerlendirmeli, gerekirse uzman bilirkişi heyetinde rapor alınarak karar verilmesi gerekir.”; “Antalya BAM, 11. HD., E. 2021/1087 K. 2023/1798 T. 16.11.2023 - Bölge Adliye Mahkemesi Kararı”, LEXPERA, erişim 20 Nisan 2024, www.lexpera.com.tr; Çelik s. 961.

[110] Misili, s. 630.

[111] Çelik s. 963.

[112] KZMSS Genel şartları B.1. maddesi; “Sigortalı, riskin gerçekleşmesi durumunda aşağıdaki belirtilen hususları yerine getirmekle yükümlüdür:

biyle meydana gelmesi sigortacıya rücu hakkı vermez.¹¹³ Sigortacının rücu hakkının doğabilmesi için sigorta ettirenin KZMSS Genel Şartları B.1. maddesinde tanımlanan yükümlülüklerinin ihlali sebebiyle oluşan zararda bir artış ve zarardaki artışta yükümlülüklerini yerine getirmeyen sigorta ettirenin kusurlu olması gereklidir.¹¹⁴ Sigorta ettirenin B.1. maddesindeki yükümlülüklerini yerine getirmemesinde kusuru yoksa sigortacının rücu hakkı söz konusu olmaz.¹¹⁵ Sigorta ettirenin yükümlülüklerini yerine getirememesinde kusurlu olduğu tespit edilmiş ise sigortacının rücu hakkı, sigorta ettirenin kusuru ve zarardaki artış miktarı oranındadır.¹¹⁶ Başka bir deyişle, sigortacı Genel Şartların B.1. maddesinde sayılan yükümlülüklerin ihlali sebebiyle meydana gelen zararın tamamını sigorta ettirenden rücu edemez.¹¹⁷ Rücu miktarının üst sınırı yükümlülüğün ihlali sebebiyle zararda meydana gelen artış oranındadır.

Sigortacının B.4.-d bendi gereğince rücu hakkını kullanabilmesi için sigorta ettirenin Genel Şartların B.1. maddesinde sayılan yükümlülükleri ihlal etmesi gerekli olup B.1. maddesi haricinde bir yükümlülüğün ihlali rücu sebebi değildir.¹¹⁸

Sigortalı Taşıtın Gasbedilmesinde veya Çalınmasında Sigorta Ettirenin Kusurlu Olması

KZMSS Genel Şartları B.4.-e bendi gereğince rizikoya konu olayın taşıtın gasbedilmesi ya da çalınması sebebiyle meydana gelmesi ve gasp edilme veya çalınma fiilinde sigorta ettiren şahsın *kendisinin veya fiillerinden sorumlu olduğu* şahısların *kusurlu olması* halinde sigortacı ödemiş olduğu bedeli sigorta ettirene rücu edebilir.¹¹⁹

KTK'nun 107. maddesinde taşıtın gasp edilmesi veya çalınmasıyla ilgili yasal düzenleme bulunmakta olup bir motorlu taşıtı çalan veya gasp eden şahıs oluşan zarardan işleten gibi sorumludur. Aracın çalındığını

a) Sorumluluk gerektiren bir olayı derhal sigortacıya ihbar etmek ve istemlerini hemen bildirmek,

b) Zararın azaltılması veya önlenmesi için gerekli önlemleri almak ve sigortacının talimatlarına uymak,

c) Rizikonun gerçekleşmesinden sonra en kısa süre içinde sigortacıya gerekli bilgi ve evrakları sağlamak ve inceleme yapılmasına izin vermek,

ç) Zarar sebebiyle dava açıldığını ya da ceza kovuşturması yapıldığını derhal sigortacıya bildirmek,

d) Başka sigorta sözleşmeleri varsa bu durumu sigortacılara ayrı ayrı bildirmek,

e) Maddi hasarlı trafik kazalarında aracı güvenli bir yere çekmek ve tutanak düzenlemek.

Bu yükümlülükler aykırı davranılması sebebiyle ihlal edilmesi durumunda, ödenecek miktarın artması halinde sigortalıdan kusuru oranındaki bu artış nispetinde rücu talep edilebilir.”

[113] Damar, s. 234.

[114] Gökcan, s. 896; Çelik s. 963; Düzgün, 2019, s. 184; Kayıhan, 2016, s. 1619.

[115] Taşdemir, s. 109.

[116] Misili, s. 631.

[117] Damar, s. 234.

[118] Taşdemir, s. 109.

[119] Gökcan, s. 896.

veya gasp edildiğini bilen ya da gerekli özeni göstermesi halinde öğrenilecek olan taşıtın sürücüsü de onunla beraber müteselsilen sorumlu olur. İşleten, kendisinin ya da sorumlu olduğu kişilerden birinin aracın çalınmasında veya gasp edilmesinde kusurunun bulunmadığını kanıtlarsa sorumlu tutulmaz. İşletenin sorumlu olması halinde sorumlu olan diğer kişilere karşı da rücu edebilir. Buna göre aracın çalınması neticesinde meydana gelen zararlardan işleten/sigorta ettiren sorumlu değildir. KTK 107. maddesine göre taşıtı gasbeden ya da çalan şahıslar farazi işleten olarak kabul edilmiş olup bu gibi hallerde sorumluluk aracı çalan veya gasbeden kişiye aittir.¹²⁰

Ancak aracın çalınması veya gasbedilmesini önleme bakımından gerçek işletene özen ve tedbir yükümlülüğü yüklenmiş olup buna aykırı hareket edilmesi halinde sorumluluk kural olarak gerçek işletene aittir.¹²¹ İşletenin sorumluluktan kurtulabilmesi için kendisinin ve fiillerinden sorumlu olduğu şahısların taşıtın gasbedilmesinde ya da çalınmasında kusurunun olmadığını ispat etmesi gerekmektedir. Burada gerçek işleten aleyhine olağan kusur karinesi kabul edilmiştir.¹²² Sigortacı, KZMSS Genel şartları B.4.-e maddesine göre rücu talebinde bulunabilmesi için meydana gelen zararda kendisinin ve işletenin hukuki sorumluluğunun bulunduğunu ve taşıtın gasbedilmesinde veya çalınmasında sigortalı ya da fiillerinden sorumlu olduğu şahısların kusurunun bulunduğu ispatla yükümlüdür.¹²³

İşleten hangi hallerde aracın çalınması veya gasbedilmesinde kusurlu sayılmalıdır? Elbette bu husus her somut olayın kendi şartları içerisinde değerlendirilmeli ve işletenin kusuru ile aracın gasp ve çalınması arasında uygun nedensellik (illiyet) bağının¹²⁴ bulunması gerekir.¹²⁵ Bu gibi hallere; “...aracın kilitli olup olmadığı, araç camlarının kapalı olup olmadığı, kontak anahtarı aracın üzerinde bırakılarak araçtan ayrılma, kontak anahtarının ortalık yerde bırakılıp bırakılmadığı gibi güvenlik tedbirleri ile araç işletenin sürücü ve yardımcılarını seçerken, denetim yaparken ya da talimat verirken gerekli tüm özenin gösterilip gösterilmedi-

[120] Damar, s. 235; Misili, s. 632.

[121] Bolatoğlu, s. 93; Düzgün, 2013, s. 214.

[122] Bolatoğlu, s. 93.

[123] “Somut olayda, davacıya ZMSS ile sigortalı aracın dava dışı ...’nın savunmasında ileri sürdüğü gibi çalışır vaziyette çalındığı ispatlanamamıştır. Bu yönde ceza mahkemesi kararında da bir tespit olmadığı gibi hukuk hakimini bağlayan maddi vakia tespiti de yoktur. Buna göre davalı sigortalı... şirketi veya otomobili kiralayan dava dışı B...şirketinin aracın çalınmasına kusuruyla neden olduğu ileri sürülemez. Bu sebeple eldeki davada KMAZMSSGŞ.nin sigorta şirketinin sigortalıya rücu hakkına yönelik B.4.üncü maddesinde belirlenen şartlar oluşmadığından davanın reddine karar verilmelidir”; “İstanbul BAM, 40. HD., E. 2021/263 K. 2022/1957 T. 8.11.2022 - Bölge Adliye Mahkemesi Kararı”, LEXPERA, erişim 20 Nisan 2024, www.lexpera.com.tr; Misili, s. 633.

[124] Taşdemir, s. 110.

[125] Çelik, s. 965; Kayıhan, 2016, s. 1620.

ği” hususları örnek olarak gösterilebilir.¹²⁶ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 29.01.2003 tarihli 2002/10635 Esas 2003/904 Karar sayılı ilamında: *“Taşıyan kişinin, taşıdığı şahıs ve eşyalarla ilgili gereken tedbirleri alması ve gerekli özen göstermesi, genel hukuk kuralların bir gereğidir. Bu nedenle, davalı taraf taşımış olduğu yolcuların emniyetini ve güvenliğini sağlamak amacıyla şahısları ve eşyalarını kontrol ve denetimden geçirmesi gerekir”* denilmektedir.¹²⁷ Buna göre işletenin/sigorta ettirenin veyahut fiillerinden sorumlu olduğu şahısların bağışlanamaz bir kusuru varsa ve bu kusur ile aracın çalınması ve gasp edilmesi arasında uygun nedensellik bağı mevcutsa sigortacı ödemiş olduğu zararı B.4.-e bendi gereğince sigorta ettirene rücu edebilir.¹²⁸

Zorunlu Haller Hariç Olay Yerinin Terk Edilmesi veya Kaza Tespit Tutanağı Düzenlenmeme ya da Alkol Ölçüm Raporu Almama Halleri

KZMSS Genel Şartlar B.4.-f maddesine göre bedensel zarara sebep olan kazalarda sigorta ettirenin ya da fiillerinden sorumlu olduğu şahısların, tedavi ya da yardım amacıyla sağlık kurumuna gitme, can güvenliği sebebiyle uzaklaşma gibi mecburi durumlar hariç olarak, olay yerini terk etmesi veya kaza tespit tutanağı, alkol ölçüm raporu vb. kazanın oluş şartlarına ilişkin gerekli bilgi ve evrakların düzenlenmesi görev ve yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi durumunda sigortacı ödemiş olduğu tazminatı sigortalıya rücu edebilir.¹²⁹ Bu rücu sebebi yürürlük tarihi 01.06.2015 olan yeni KZMSS Genel Şartları ile getirilmiş olup daha önceki Genel Şartlarda bu hal rücu sebebi olarak yer almamaktaydı.

Eski Genel Şartlar döneminde sigortacı, olay yerini terk eden başka bir deyişle firar eden sürücülerin, alkollü veya geçerli ehliyetnameye sahip olup olmadığının tespitinin yapılamadığını, kaza tespit tutanağının sürücünün yokluğunda tutulmak zorunda kaldığını ileri sürerek rücu talebinde bulunmaktaydı. Esasen sigortacının bu iddiası rizikonun ihbar edilenden farklı oluşu iddiasına dayanmaktadır. Yerleşmiş Yargıtay içtihatlarına göre rizikonun ihbar edilenden farklı olduğunun ispat külfeti bunu iddia eden sigortacıya aittir.¹³⁰

Yeni Genel Şartlar ile daha önce rücu sebebi olarak yer almayan B.4.-f bendi ihdas edilmiştir. Esasen olup bu düzenleme TTK 1448. maddesinin

[126] Damar, s. 235.

[127] Çelik, s. 965.

[128] Kayıhan, 2016, s. 1621.

[129] Kayıhan, 2016, s. 1621.

[130] “Sigorta şirketi, rizikonun beyan edilenden farklı olduğunu ve hasarın poliçe kapsamı dışında olduğunu ispatlaması için somut delillere dayanması gerekmektedir. Soyut iddialar yeterli değildir. Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin. T. 18.09.2014 E. 2014/10331 K. 2014/11972” aktaran; Misili, s. 635.

de yer alan sigorta ettirenin meydana gelen zararı azaltma, önleme veya sigortacının rücu haklarını koruma yükümlülüğünün bir yansımasıdır.¹³¹ Belirtmek gerekir ki, yeni Genel Şartlar ile getirilen B.4.-f bendi sigorta sözleşmeleri yönünden 01.06.2015 tarihinden sonra akdedilmesi durumunda geçerli olacaktır. Bu tarihten önce akdedilmiş olan sigorta sözleşmeleri ve buna bağlı açılan rücu davalarında sigortacı, rizikonun ihbar edilenden farklı olduğunu somut delillerle ispat etmesi gerekmektedir.¹³²

Yeni Genel Şartlar B.4.-f bendi ile getirilen rücu sebebinin oluşması için iki şartın mevcut olması gerekmektedir. Bunlardan ilki rizikoya konu zararın *bedeni hasara* ilişkin olmasıdır. Dolayısıyla B.4.-f bendi ile sigortacının rücu hakkı kaza sebebiyle oluşan bedeni hasarlar (zararlar) ile sınırlandırılmıştır.¹³³ Başka bir deyişle, kaza sebebiyle bedeni olmayan maddi hasarlar (örneğin; araç hasarı, değer kaybı gibi) meydana gelmiş ise sigortalı-sürücü olay yerini “*tedavi*” veya “*yardım amacıyla sağlık kurumuna gitme*”, “*can güvenliği sebebiyle uzaklaşma*” gibi mecburi durumlar sebebiyle terk ettiğini ispatlayamasa dahi sigortacı rücu talebinde bulunamaz.¹³⁴

Sigortacının yeni Genel Şartlar B.4.-f bendine göre rücu talebinde bulunabilmesinin ikinci şartı ise kaza sonrasında sigortalı veya fiillerinden sorumlu olduğu şahısların olay yerini “*tedavi*” veya “*yardım amacıyla sağlık kurumuna gitme*” ya da “*can güvenliği sebebiyle uzaklaşma*” gibi mecburi haller sebebiyle terk etmiş olmamasıdır.¹³⁵ Mecburi haller madde metninde sınırlı olarak sayılmamış olup her somut olayın kendi şartları içerisinde değerlendirilmelidir.¹³⁶ Örneğin, yamaç paraşütü veya doğa gezisi sebebiyle çıkılan yüksek ve sarp yolla yolunda kaza yapıp, vahşi hayvanlardan korkarak yakındaki bir kasabaya sığınmak, ya da kaza mahallinin تنها bir yer olması sebebiyle taciz veya saldırıya

[131] Kayıhan, 2016, s. 1621.

[132] Konya BAM, 6. HD., E. 2019/610 K. 2019/1111 T. 09.12.2019 - Bölge Adliye Mahkemesi Kararı; Konya BAM, 6. HD., E. 2019/1422 K. 2021/1858 T. 22.09.2021 - Bölge Adliye Mahkemesi Kararı.

[133] Misili, s. 640.

[134] “Konya BAM, 3. HD., E. 2023/167 K. 2023/320 T. 27.2.2023 - Bölge Adliye Mahkemesi Kararı”, LEXPERA, erişim 21 Nisan 2024, www.lexpera.com.tr; “Konya BAM, 3. HD., E. 2021/529 K. 2021/777 T. 18.6.2021 - Bölge Adliye Mahkemesi Kararı”, LEXPERA, erişim 21 Nisan 2024, www.lexpera.com.tr; “İzmir BAM, 11. HD., E. 2022/959 K. 2022/908 T. 10.6.2022 - Bölge Adliye Mahkemesi Kararı”, LEXPERA, erişim 21 Nisan 2024, www.lexpera.com.tr; “Kayseri BAM, 6. HD., E. 2019/206 K. 2020/4 T. 2.1.2020 - Bölge Adliye Mahkemesi Kararı”, LEXPERA, erişim 21 Nisan 2024, www.lexpera.com.tr.

[135] “Konya BAM, 3. HD., E. 2021/529 K. 2021/777 T. 18.6.2021 - Bölge Adliye Mahkemesi Kararı”.

[136] “...Kaza sonrası yaralanan kişilerin yakınlarının kaza yapan sürücüyü saldırmaması veya saldırmak için üzerine yürümeleri halinde, sigortalı araç sürücüsünün olay yerini terk etmesi durumunda sürücünün B.4.-f bendinde belirtilen can güvenliği sebebiyle zorunlu olarak olay yerini terk ettiğinin kabulü ile sigortacının rücu talebi reddedilmelidir.”

uğrama korkusu, ıssız ve تنها bir köy yolunda kaza yapan bir bayanın kaza mahallini terk etmesi halleri de Genel Şartlarda belirtilen zorunlu hallerden sayılmalıdır.¹³⁷ Sigortalı veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin olay yerini Genel Şartlarda belirtilen zorunlu haller dışında terk etmiş olması halinde sigortacının rücu talebine engel olmaz. Örneğin, belediyenin şehir içi yolcu taşımacılığı yapan bir otobüste şoförlük yapan bir sürücünün, yolcu olarak bulunan yaşlı bir teyzenin durakta inmesini beklemeden hareket etmesi sonucunda meydana gelen kazada, sürücü şehir içi yolcu taşımacılığı yaptığını ve kamusal faaliyet yürüttüğünü, araçta bulunan diğer yolcuların haklarının zayi olmaması, trafik sıkışıklığı ya da trafik yoğunluğu oluşmaması için olay yerini zorunlu olarak terk ettiğini beyan etmektedir. Bahse konu kazada sürücü tarafından ileri sürülen yolcu taşımacılığın kamusal faaliyet olması, trafik yoğunluğu ya da diğer yolcuların gitmek istedikleri yere zamanında ulaşmak istemeleri B.4.-f bendinde sayılan zorunlu hallerden sayılacak mıdır? Kanaatimizce, mevcut düzenlemelere göre bu soruya olumlu cevap vermek mümkün değildir. Çünkü KZMSS Genel Şartlar B.4.-f bendinde sigortalı veya fiillerinden sorumlu olduğu şahısların “tedavi olma” veya “yardım amacıyla sağlık kurumuna gitme” ya da “can güvenliği sebebiyle uzaklaşma” gibi mecburi durumlar sebebiyle olay yerini (kaza mahallini) terk edebileceği belirtilmiştir. Bahse konu zorunlu haller kişilerin can güvenliği veya sağlığı ile ilgili olması zorunlu olup işe yetişme, yolcu taşımacılığı veya kamusal faaliyetin yürütülmesi vb. hususlar bu kapsamda değerlendirilemez. Özetle, yukarıda belirttiğimiz örnekte yolcuya ödemedede bulunan trafik sigortacısı, ödemiş olduğu tazminatı sigorta ettirenine rücu edebilecektir. Eski Genel Şartların aksine yeni Genel Şartlar ile ihdas edilen B.4.-f bendi gereğince sigortacı sadece sigortalı sürücünün olay yerini terk ettiğini ispatlaması rücu için yeterlidir. Sigortacı, sigortalı araç sürücüsünün kazadan sonra kaza mahallini terk ettiğini ispat ederse ispat yükü yer değiştirir. Bu halde olay yerini terk eden sigortalının genel şartlarda belirtilen zorunlu haller sebebiyle olay yerini terk ettiğini ispat etmesi gerekmektedir.¹³⁸

Konya BAM Hukuk Daireleri Başkanlar Kurulunun 2022/3 Esas 2022/3 Karar sayılı 16.05.2022 tarihli kararı ile eski ve yeni Genel Şartlardaki olay yeri terk sebebiyle açılan rücu davalarındaki ispat yükü bakımından verilen kararlardaki çelişkinin ve uyuşmazlığın giderilmesi talep edilmiştir. Uyuşmazlığın giderilmesi talebiyle önüne gelen dosyada Yargıtay 4. HD. 30.11.2023 tarihli 2023/11866 Esas 2023/12935 Kararında 01.06.2015 tarihli Genel Şartların yürürlüğe girmesinden sonra akdedilen sigorta sözleşmeleri bakımından sigortalı tarafından olay

[137] Misili, s. 638.

[138] Misili, s. 638; Düzgün, 2019, s. 186.

yerinin terk edilmesi halinde sigortacının rücu hakkının bulunduğunu, olay yeri terkin tedavi amaçlı ya da zorunlu sebeplerden kaynaklandığının ispat külfetinin sigorta ettiren üzerinde olduğunu açıkça belirtmiştir. Yargıtay aynı kararında eski Genel Şartlar döneminde olay yeri terk sebebiyle sigortacının rücu talebinde bulunabilmesi için sürücünün salt olay yeri terk etmesinin yeterli olmadığını da tekraren ifade etmiştir.

Kanaatimizce Yargıtay 4. HD. 2023/11866 Esas 2023/12935 Karar sayılı 30.11.2023 tarihli ilamı ile isabetli olarak B.4.-f bendi ile getirilen düzenlemeye ilişkin ispat yükü bakımından uygulamadaki eksiklikleri gidermiş ve bu yöndeki tereddütleri ortadan kaldırmıştır.

Sözleşmenin Tarafı Olmayan Taşıt Sürücüsüne Sigorta Tazminatın Rücu Edilememesi

KZMSS sorumluluk sigortasının bir türü olması sebebiyle motorlu aracın işletilmesi sebebiyle üçüncü kişilerin uğramış olduğu zararını poliçe limitleri ile sınırlı olarak tazmin etmektedir. Üçüncü kişilere ödemede bulunan sigortacı KTK ve KZMSS Genel Şartları B.4. maddesinde belirtilen hallerde ödemiş olduğu tazminatı sigorta sözleşmesinin tarafı olan (akidi) kendi sigortalısına rücu edebilir. Rücu davası her hâlükârda sigorta sözleşmesine taraf olan sigortalıya karşı açılabilir.¹³⁹ Başka bir deyişle, kaza yapan sürücü sigorta sözleşmesinin tarafı değilse rücu davası sürücüye karşı açılmaz.¹⁴⁰ Rücu davasının sigorta ettirene karşı açılmaması halinde mahkemece dava pasif husumet yokluğu sebebiyle reddedilmelidir.¹⁴¹

İşleten sıfatının uzun süreli araç kiralama sözleşmesi vb. haller sebebiyle değişmesinin veya son bulmasının rücu davası bakımından husumete yönelik bir etkisi bulunmamaktadır. Tabiri diğerle, sigorta ettiren aracını uzun süreli kira sözleşmesi ile kiraladığını bu sebeple işleten sıfatının sona erdiğini ileri sürerek rücu davasında husumetinin bulunmadığını ileri süremez.¹⁴²

[139] Misili, s. 641.

[140] Çelik, s. 955; Berberoğlu Yenipınar, s. 100.

[141] “Davalı araç sürücü sigorta sözleşmesinin tarafı olmadığından davalı sürücü yönünden davanın pasif husumet yokluğu sebebiyle reddine karar verilmesi gerekirken...Yargıtay 17. HD. E. 2017/2120 K. 2018/2593 T. 15.03.2018.”; Berberoğlu Yenipınar, s. 144.

[142] “...Bu düzenlemeye göre, tazminatı gerektiren olay aracın ehliyetsiz kişi tarafından sevk edilmesi sonucunda meydana gelmişse sigortacı üçüncü kişilere zorunlu mali mesuliyet sigortası çerçevesinde ödediği tazminatı akidi olan sigorta ettirene rücu edebilecektir. Bu yönde açılan rücu davası, temelinde sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayalı bir davadır ve dava konusu talebin muhatabı sözleşmenin karşı tarafı yani sigorta ettirendir. Sigortaya konu aracın uzun süreli kiraya verilmesi nedeniyle sigorta ettirenin işleten sıfatını haiz olup olmaması sigorta ettiren ile kiracı arasındaki iç ilişkiyi ilgilendirir ve **2918 sayılı Kanunun 95/2 inci maddesine dayalı olarak görülen rücu davası yönünden hüküm ifade etmez.**

Yapılan açıklamalar ışığında uyumsuzluk incelendiğinde; davacı sigortacı ile davalı Kooperatif arasında 01.11.2008-01.11.2009 tarihleri arasında geçerli trafik sigorta poliçesinin bulunduğu, poliçeye konu aracın Kooperatif tarafından kiralandığı kişi olan diğer davalı ... elindeyken, dava

SONUÇ

Teknolojik gelişmeler ve sanayi devrimi ile hayatımıza giren makine ve motorlu araçlar beraberinde bir takım sorunları da getirmiştir. Ulaşım alanında sağladıkları kolaylıklar sebebiyle hayatımızın ayrılmaz bir parçası haline gelen motorlu araçların getirdiği en büyük sorun ise trafik kazalarıdır. Dünyada ve ülkemizde trafik kazaları sebebiyle ortaya çıkan zararların telafisi için zorunlu trafik sigortaları kabul edilmiştir. 2918 sayılı KTK 91/1 maddesi ile ülkemizde motorlu araç işletenlerine KZMSS yaptırılması zorunluluğu getirilmiştir. KTK 85. maddesine göre KZMSS, aracın işletilmesi sebebiyle üçüncü kişilerin uğramış olduğu bedensel veya eşyaya yönelik zararlarını poliçe limitleri ile teminat altına almaktadır.

Karayolları Trafik Kanunu'nun 95/1. maddesine göre sigortacı, tazminat yükümlülüğünü ortadan kaldıran veya miktarının azaltılmasına sebep olabilecek halleri zarar gören üçüncü kişilere karşı ileri süremeyeceğinden kaza sebebiyle üçüncü kişinin zararını karşılamakla yükümlüdür. Ancak sigortacıya, KTK 95/2 maddesi ve buna paralel olarak düzenlenen ve çalışma konumuzun temelini oluşturan KZMSS Genel Şartlar B.4. maddesinde belirtilen hallerin mevcut olması halinde sigorta ettirenine açacağı rücu davası ile ödemiş olduğu tazminatı geri alma hakkı tanınmıştır. Bu sayede sigortacı, kötü niyetli, kasıtlı ya da kasta yaklaşan ağır kusur hallerinin varlığı (örneğin; Genel Şartlar B.4. maddesinde belirtilen ehliyetsizlik, belirli promil alkollü veya uyuşturucu madde etkisi altında araç kullanma, kazanın kasti davranış sonucu meydana gelmesi vb.) halinde üçüncü kişilere ödemiş olduğu tazminatı sigorta sözleşmesinin tarafı olan sigorta ettirenden geri almaktadır. KZMSS Genel Şartları B.4. maddesindeki rücu hallerinin varlığı yardımlaşma ve güvence mekanizması olarak ortaya çıkan sigorta müessesesinin ruhuna da uygundur. KZMSS Genel Şartları B.4. maddesinde öngörülen rücu halleri ile sigorta şirketlerinin tabiri caiz ise haksız yere tazminat ödeyip zarar etmesi ve bu sebeple kapanmasının önüne geçildiği gibi rücu hallerinin varlığı ile kişiler tarafından salt sigorta şirketinden para almak ya da zararı sigorta şirketinin ödemesini sağlamak amacıyla yapılabilecek kötü niyetli davranışları da engellemektedir.

dışı ...isimli ehliyetsiz olduğu ileri sürülen kişinin sevk ve idaresi sırasında trafik kazasına karıştığı, söz konusu kazada üç kişinin vefat ettiği ve davacı ... şirketinin zarar gören yakınlarına poliçe çerçevesinde ödemek durumunda kaldığı bedeli rücu etmek istediği anlaşılmaktadır. Bu rücu talebinin dayanağı 2918 sayılı Kanunun 95/2 ve KZMSS Genel Şartlarının B.4/3-c maddesi olup ileri sürülen bu sübjektif hakkın muhatabı, (sigorta ettiren) yani davalı Kooperatif olduğundan bu davalının taraf sıfatının bulunduğu açıktır. Kooperatifin aracı üçüncü kişiye **uzun süreli kiraya vermesi nedeniyle işleten sıfatını haiz olmaması söz konusu madde anlamında husumeti ortadan kaldırmaz...**”; “HGK., E. 2022/1129 K. 2023/1234 T. 13.12.2023 - Yargıtay Kararı”, LEXPERA, erişim 17 Nisan 2024, www.lexpera.com.tr.

KZMSS, trafik kazaları sebebiyle üçüncü kişilerin uğramış olduğu zararları poliçe limitleri ile teminat altına almakta olup zararı belirtilen limitler dâhilinde karşılamakla yükümlüdür. KZMSS bu özelliği sebebiyle üçüncü kişiler ve işleten yönünden bir güvence ve koruyucu nitelik arz etmekte, kamusal bir fayda sağlamaktadır. Bu sebeple rücu halleri düzenlenirken KZMSS'nin koruyucu niteliğini ortadan kaldıran veya aşırı şekilde daraltan boyutlara ulaşmamasına dikkat edilmelidir. Sigortacının üçüncü kişiye ödemiş olduğu her tazminatı rücu edebilecek olması KZMSS "*sorumluluk sigortası*" vasfını ortadan kaldıracak olup bireylerin sigorta yaptırmasının bir amacı ve anlamı kalmayacaktır.

KZMSS Genel Şartları idarenin düzenleyici işlemi niteliğinde olup idarenin tek taraflı işlemi ile ihdas edilebilmektedir. İdarenin keyfi tutumları sebebiyle Genel Şartlarda yapılan sürekli değişiklikler işleten ve sigortacı yönünden farklı bir tazminat hesabı yapılması sonucunu dahi doğurmuştur. Bu sebeple AYM tarafından KTK 90. maddesine eklenen "*genel şartlara*" yönelik ibarelerin iptaline karar verilmiştir. Sigortacının rücu hallerinin idarenin tek taraflı düzenleyici işlemi niteliğindeki Genel Şartlara bırakılması, KZMSS'nin koruyucu özelliği ile çeliştiği görüşünderiz. Rücu halleri ve kapsamı belirlenirken titizlikle davranılmalı, işleten ve sigortacı yönünden gereken denge korunmalıdır. KZMSS'nin kapsamını ve koruyucu özelliğini daraltacak veya ortadan kaldıracak düzenlemelerden kaçınılmalıdır. Bu itibarla Genel Şartlarda belirtilen rücu hallerinin tıpkı KTK 92. maddesinde sayılan "*teminat dışı haller*" gibi tahdidi olarak belirlenmeli ve kanuni güvenceye kavuşturulması gerektiği görüşünderiz.

KAYNAKÇA

- Altunkaya, Mehmet. "Araç İşletenin Sorumluluğunda Kusurun Rolü". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1-2, 1999, s. 171-169.
- Arslan, Aziz Serkan. "Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasından Doğan Rücu Davaları". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 88, 2010, s. 195-224.
- Ateş, Hüseyin. "İşletilme (Hareket) Halinde Olmayan Motorlu Aracın Verdiği Zararlardan Doğan Sorumluluk". *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2, 2012, s. 417-427.
- Ateş, Hüseyin. "Motorlu Araç İşletenin Sorumluluktan Kurtulması". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 0, S. 100, 2012, s. 343-62.
- Ayan, Mehmet. *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, Onbirinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Bağatur, Mehmet Çağrı, Hande Öge. *Sorularla Sigorta Tahkim*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Berberoğlu Yenipınar, Filiz. *Sigortada Rücuen Tazminat Davaları*. 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Birişik, Faik. "Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Sigortacının Sigorta Ettirene Ağır Kusur Nedeniyle Rücu Hakkı". Erişim 30 Mart 2024. <https://www.birisik.av.tr/blog-detay/karayollari-zorunlu-mali-sorumluluk-sigortasinda-sigortacinin-sigorta-ettirene-agir-kusur-nedeniyle-rucu-hakki.html>.
- Bolatoğlu, Bolat. *Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu (İşleten Kavramı ve Sorumluluğun Şartları)*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1988.
- Bozkurt, Emre Can. *Zorunlu Trafik Sigortasında Sigortacının Zarar Görene Karşı İleri Sürebileceği Savunmalar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Buğra, Ayşegül. *Sigorta Hukukunun İki Güncel Sorunu: İnsansız Araçlar - Sorumluluk ve Sağlık Sigortalarında Birden Çok Sigorta Sempozyumu. Otomatik Yönlendirme Seviyesi Yüksek Kara Araçları ve Sigorta*, Editör Serap Amasya, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Canbolat, Ferhat, Günhan GÖNÜL Koşar. "Motorlu Aracın İşletilmesinden Doğan Hukuki Sorumlulukta 'Kusur'un Önemi ve Sorumluluğa Etkisi". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 23, S. 2, 2021, s. 839-72.
- Cengil, M. Fatih. *Ticari İşletmenin Devri*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Coşkun, Mahmut. *Sigorta Hukuku*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- Çeker, Mustafa. *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku*, 27. Baskı, Karahan Kitabevi, Adana, 2023.
- Çelik Ahmet, Çelik. *Trafik Kazalarında Tazminat ve Sigorta Hukuk ve Ceza Sorumluluğu*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Çetin, Hatice Karacan. *Karayolları Trafik Kanununda Hukuki Sorumluluk (Türk, İsviçre ve Alman Hukukları Karşılaştırmalı)*, Birinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Çetiner, Bilgehan, Andreas Furrer, Müller-Chen. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- Damar, Cahit. *Sigortacının Kanuni Halefiyeti ve Rücu Hakkı*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Demirağ, İsmet. "Koklama Yolu İle Alınan Alkol Raporunun Hukuki Değeri ve Sigorta Rücu Davalarında İspat Külfeti", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 86, S. 4, 2012, s. 236-41.
- Doğan, Burak. "Kara Araçları Kasko Sigortası Genel Şartları ve Yürürlükte Bulunan Mevzuat Hükümleri Kapsamında Yargıtay'ın Alkollü Araç Kullanımı Sırasında Meydana Gelen Zararlara İlişkin Yerleşik Kararları Üzerine Bir İnceleme". *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 26, S. 1, 2022, s. 107-40.

- Düzgün, Ülgen Aslan. "Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortasında (Trafik Sigortası) Zarar Kavramı ve Sigortacının Rücu Hakkı". *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 29, S. 3, 2013, s. 189-216.
- Düzgün, Ülgen ASLAN. "Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Genel Şartları İle Getirilen Yenilikler Ve Değişiklikler". *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, S. 14, 2019, s. 153-93.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Düzeltilmiş 12. Baskı, Yayın Hukuk Dizisi, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- Eren, Fikret. "Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve Unsurları". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 39, S. 1, 1987, s.159-212.
- Gökcan, Hasan Tahsin. *Karayolları Trafik Kanununa Göre Hukukî Sorumluluk, Tazminat, Sigorta ve Rücu Davaları*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Güncan, Gökhan. "Türk Hukukunda Sigortacının Halefiyeti". *Social Science Development Journal*, C. 6, S. 27, 2021, s. 436-51.
- Güncan, Gökhan. "Türk Sigorta Hukukunda Halefiyet İlkesi ve Sigortacının Rücu Hakkı". İçinde *International Paris Conference on Social Sciences*. France, 2021, s.582-594.
- Karahasan, Mustafa Reşit. *Sorumluluk Hukuku*. Genişletilmiş ve Bağımsız Olarak Düzenlenmiş Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1995.
- Karasu, Rauf. "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Sorumluluk Sigortalarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi". *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 4, 2016, s. 683-706.
- Kayıhan, Şaban. "Zarar Sigortalarında Sigortacının Halefiyeti". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 3, 2016, s. 1595-1624.
- Kayıhan, Şaban. "Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortasında (ZMMS= Trafik Sigortası) Sigorta Ettirenin Kendi Tam Kusuru İle Vefatı Halinde Mirasçılarının Üçüncü Kişi Sıfatıyla Müteveffanın Sigortacısına Başvurmaları Durumuna İlişkin Hukuki Düşünceler". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 1, 2017, s. 251-264.
- Kayıhan, Şaban, Mustafa Ünlütepe. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Kender, Rayegan. *Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku*, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. "Özel ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücu". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 31, S. 1, 1974, s. 397-446.
- Kızılsümer, Bahar. *Sigortacının Kanuni Halefiyetinin Şartları ve Sınırları*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Misili, Sinan. "Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Malî Sorumluluk Sigortası Genel Şartları Uyarınca Sigortacının Sigorta Ettirene Rücu Davası". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 133 2017, s. 577-648.
- Nomer, Haluk. "Halefiyet ile Rücu Hakkı Arasındaki İlişki, Özellikle Sosyal Sigortalar ile Özel Sigortaların Rücu Hakları Bakımından Halefiyetin Rolü". *Journal of Istanbul University Law Faculty*, C. 55, S. 3, 2011, s. 243-60.
- Nomer, Halûk Nami. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Oğuzman, M.Kemal, M.Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Gözden Geçirilmiş 18. Baskı, C. 2. Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2023.
- Orbay Ortaç, Nurdan. "Sigortacının Halefiyet Hakkına Dayalı Tazminat Davasından Önce Arabuluculuk Yoluna Başvurunun Dava Şartı Olup Olmadığına İlişkin Değerlendirmeler". *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 27, S. 1, 2023, s. 151-71.

- Orbay Ortaç, Nurdan. "Sigortalanan Olaya Kusur İle Sebebiyet Verilmesinin Sigorta Teminatına Etkisi". *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 2, 2021, s. 81-138.
- Ölmez, Fatih. *Sigortalının, Sigortacının Halefiyet Hakkını İhlal Etmeme Yükümlülüğü*. 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Saraç, Senem. *Türk Borçlar Kanunu'nda Tehlike Sorumluluğu*, 1. Baskı. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Seven, Vural. "Alkollü Araç Kullanma ile İlgili Karayolları Trafik Kanunu'nda Yapılan Değişikliğin Sigorta Şirketinin İspat Yüküne Etkisi". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 3, 2016, s. 2521-29.
- Seven, Vural. "Anayasa Mahkemesi'nin Karayolları Trafik Kanunu'nun 94'üncü Maddesi Hakkında Vermiş Olduğu İptal Kararının Değerlendirilmesi". *Lexpera Blog*, 19 Mart 2024. <https://blog.lexpera.com.tr:443/anayasa-mahkemesinin-karayollari-trafik-kanununun-94uncu-maddesi-hakkinda-vermis-oldugu-iptal-kararinin-degerlendirilmesi/>.
- Söğütlü Erişgin, Özlem. "Yargıtay Kararları". Editör Korkut Özkorkut. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 21, S. 4, 2002.s.111-138.
- Taşdemir, Oğuzhan. *Sigorta Hukukunda Halefiyet ve Rücu*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Uluslan, İlhan. "Tehlike Sorumluluğu Üstüne". *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 4, S. 6, 2011, s. 23-57.
- Ünan, Samim. *Sözleşmesel Görevler. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyum*. Editör Ufuk Tekin ve İbrahim Bektaş. 1. Baskı. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2016.
- Ünan, Samim. *Türk Ticaret Kanunu Şerhi. Cilt 2 2. Kısım 1. Bölüm: Sigorta Türlerine İlişkin Özel Hükümler Zarar Sigortaları: (madde 1453-1486)*. 1. Baskı. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Yalçınkaya, Aslıhan. "Genel Hatları ile Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası". *Ankara Barosu Dergisi*, C. 77, S. 1, 2019, s. 399-458.
- Yıldız, Kübra. "Haksız Fiil Hukukunda Nedensellik Bağının Belirlenmesi". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 30, S. 3, 2022, s. 1115-1158.
- Yücel, Özge. *Türk Borçlar Kanununa Göre Genel Tehlike Sorumluluğu*. 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

TÜRK HUKUK TARİHİ

GAYRİMÜSLİM OSMANLI VATANDAŞLARININ KAMU HİZMETİNE GİRME HAKKININ TARİHSEL GELİŞİMİ ÜZERİNE BİR İNCELEME

Arş. Gör. Elif ÖZDEMİR

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORC-ID: 0000-0002-6236-5684

elifozdemir@erzincan.edu.tr

ÖZET

Bu çalışma Osmanlı döneminde gayrimüslim vatandaşların kamu hizmetine girme hakkını ve bu hakkın tarihsel gelişimini ele almaktadır. Günümüzde siyasi haklardan biri olan kamu hizmetine girme hakkı, fertlerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirmek ve hayatlarını idame ettirebilmeleri için özgürce meslek edinme ve çalışma hakkının (Anayasa md. 48) bir gereğidir. Türk hukukunda Anayasa md. 70 gereği her Türk vatandaşı kamu hizmetine girme hakkına sahiptir. Maddenin devamında kamu hizmetine alınmada vazifenin gerektirdiği vasıflar dışında herhangi bir ayırımın gözetilmeyeceği düzenlenmiştir. Bu hak gereği tüm vatandaşlar -din, dil, etnik köken, cinsiyet, felsefi ve siyasi görüş ayrımı yapılmaksızın- liyakat ve fırsat eşitliği çerçevesinde kamuda görev alabilir. Bir ferdin kamu hizmetine girmesi, modern hukuk sistemlerinde bir “hak” olarak kabul edilmesine karşın; İslam hukukunda bir hak olmaktan ziyade, devletin vatandaşa yüklediği bir “ödev” olarak görülmüştür. Ancak İslam hukukçuları ehil kimselerin az bulunduğu bir ortamda, liyakat ve ehliyet sahibi kişilerin böyle bir isteği ileri sürebileceklerini kabul etmektedirler.

İslam hukukunda gayrimüslimlerin kamu hizmetine girebilmeleri hususunda birçok yaklaşım bulunmakla birlikte, gerek Peygamber(s.a.v.) gerekse Hülefa-i Raşidin döneminde zimmîlerin Müslümanları yakından ilgilendiren stratejik işlerde çalıştırılmadıklarını belirtmek gerekir. Fakat İslam hukukunda gayrimüslimlerin Müslümanlar yerine kamu görevlerine istihdam edilmesi hoş karşılanmamış olsa da maslahat icabı bilgili ve tecrübeli gayrimüslimlerin istihdamında sakınca görülmemiştir. Klasik dönem Osmanlı Devleti’nde ise devlet hizmetine girme ve yönetime katılma hususunda ölçüt, etnik kökenden ziyade devletin kültürünü ve ideolojisini benimsemektir. Dolayısıyla İslam dinine mensup

ve padişaha sadık olan kişilerin etnik kökeni ne olursa olsun üst düzey devlet makamlarına getirilmesi mümkün olmuştur. Ancak Osmanlı Devleti'nde -Tanzimat öncesi dönem itibariyle- gayrimüslim tebaanın üst düzey devlet görevlerine getirilmediklerini belirtmek gerekir. Bu açıdan Osmanlı uygulaması da İslam tarihindeki uygulamalarla benzerlik arz etmektedir. Fakat bu durum gayrimüslimlerin kamu görevlerine hiçbir şekilde istihdam edilmedikleri anlamına gelmemektedir. Nitekim tercümanlık, saray hekimliği gibi memuriyetler Osmanlı'nın son dönemlerine kadar gayrimüslimlerin elinde olmuştur. Aynı şekilde gayrimüslim tebaa içerisindeki Rumların Eflak ve Boğdan voyvodası/prensi olarak tayin edildikleri görülmektedir.

Tanzimat dönemine gelindiğinde ise Müslümanlar gibi gayrimüslimlere de merkezi kurumlarda, taşra meclislerinde ve nihayetinde -meşrutiyet döneminde- parlamentoda yer verildiği gözlemlenmektedir. Gayrimüslimler 1840'lerden itibaren yerel meclislerde görevlendirilmeye başlanmış ve 1856 Islahat Fermanı'nda tüm Osmanlı efradının kamu hizmetine/memuriyetine girebilecekleri kabul edilmiştir. Fiili olarak III. Selim döneminden itibaren sınırlı olarak uygulanan bu kural, Islahat Fermanı ile hukuki/resmi bir zemine kavuşmuştur. Islahat Fermanı'nda vadedilen bu reform sayesinde gayrimüslim vatandaşların devlet kademelerinde istihdamları hususunda, önemli değişiklikler yaşanmış; gayrimüslimlerin istihdamı yalnızca birkaç meslek grubu/vazife ile sınırlı kalmaksızın gerek merkezde gerekse mahalli yönetimlerde artmıştır. Gayrimüslim vatandaşların devlet görevlerine istihdam oranı, kimi zaman savaşlar nedeniyle dalgalanmalar yaşasa da 1870'li yıllarda yükselişe geçmiştir. 1876 Kânûn-ı Esâsî'yle tüm Osmanlı efradının devlet hizmetlerine ehliyet ve liyakatleri ölçüsünde girebilecekleri belirtilirken yalnızca Türkçe bilmek şart koşulmuştur (md. 18). Böylelikle kamu hizmetine girme hakkı bakımından müsavat ilkesi, anayasal olarak kabul edilmiş olmaktadır. Merkezi bürokrasinin ihtisaslaştığı II. Abdülhamid devrinde ve II. Meşrutiyet devrinde de gayrimüslimlerin kamuda istihdam edilmelerine devam edildiği görülmektedir.

Tanzimat dönemi ve sonrasında yapılan siyasi, idari ve hukuki nitelikli birçok reform, Osmanlı topraklarında yaşayan dini, ırkı ve dili farklı grupları "Osmanlı" kimliği altında eşit vatandaşlar olarak birleştirerek devletin bütünlüğünü korumayı ve Avrupa'nın baskılarını bertaraf etmeyi amaçlamıştır. Çalışmamızda gayrimüslimlerin kamu hizmetine girme hakkının gelişimi bu perspektiften incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kamu Hizmetine Girme Hakkı, Zimmî, Osmanlılık, Müsavat (Eşitlik) İlkesi, Siyasi Haklar ve Ödevler.

A STUDY ON THE HISTORICAL DEVELOPMENT OF NON-MUSLIM OTTOMAN CITIZENS' RIGHT TO ENTER PUBLIC SERVICE

ABSTRACT

This study examines the historical development of the right of non-Muslim citizens to enter public service. The right to enter public service, considered a political right, is a requirement of individuals' right to freely acquire a profession and work (Article 48 of the Constitution) to sustain their lives by developing their material and spiritual assets. According to Turkish law, Article 70 of the Constitution guarantees every Turkish citizen the right to enter the public service. The article explicitly states that no discrimination shall be made in recruitment, except based on job qualifications. This ensures that all citizens have the opportunity to work in public service based on merit and equal opportunity, regardless of their religion, language, ethnicity, gender, philosophical, or political views. While modern legal systems regard entry into public service as a "right," Islamic law considers it more of a "duty" imposed by the state on its citizens. However, Islamic jurists recognise that individuals with merit and competence may volunteer to serve the state when such individuals are scarce.

Historically, non-Muslims (dhimmis) were not employed in positions directly affecting Muslims during the time of the Prophet and Khulafa al-Rashidin. Nevertheless, even though Islamic law frowned upon the employment of non-Muslims in public offices instead of Muslims, the employment of knowledgeable and experienced non-Muslims for the public interest was not considered objectionable. In the classical Ottoman period, the criterion for entering state service and participating in governance was the adoption of the state's culture and ideology rather than ethnic origin. Thus, individuals of the Islamic faith loyal to the sultan were appointed to senior state positions regardless of their ethnicity. Before the Tanzimat era, non-Muslim subjects were not appointed to senior state positions, although they were not excluded from public office. However, non-Muslims held roles such as interpreters and palace physicians. Similarly, it is observed that Greeks among non-Muslim Ottoman subjects were appointed as voivodes/princes of Wallachia and Bogdan.

In the Tanzimat period, due to the Ottoman policy adopted to protect the political integrity of the state and to alleviate European pressure, non-Muslims, like Muslims, were given a place in central institutions, provincial assemblies, and parliament. From the 1840s onwards, non-Muslims began to be appointed to local assemblies, and the Rescript of Reform (1856) recognised the right of all Ottoman subjects to enter public service. This rule, which had been applied de facto since the reign of Selim III, gained a legal/official basis with the Rescript of Reform (1856). As a consequence of the implementation of the promised reforms, notable alterations were observed in the employment of non-Muslim citizens at state levels during the latter half of the 19th century. The 1876 Kânûn-ı Esâsî (Constitution) affirmed the principle of equality in terms of the right to enter public service at the constitutional level. Non-Muslims continued to be employed in the public sector during the reign of Abdülhamid II and the Second Constitutional Period.

The Tanzimat reforms unified diverse groups under an ‘Ottoman’ identity, safeguarding the state’s integrity and responding to European pressures. This study analyzes the development of non-Muslims’ right to enter public service from this perspective.

Keywords: The Right to Enter Public Service, Dhimmi, Ottomanism, Principle of Equality, Political Rights and Duties.

GİRİŞ

Günümüzde siyasi haklardan biri olan kamu hizmetine girme hakkı, özgürce meslek edinme ve çalışma hakkının (Anayasa md. 48) bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Türk pozitif hukukunda anayasal bir hak olan kamu hizmetine girme hakkı (Anayasa md. 70) gereği her Türk vatandaşı devlet kurumlarında (kamuda) görev alabilir. Maddenin devamında kamu hizmetine alınmada vazifenin gerektirdiği vasıflar dışında herhangi bir ayırımı gözetilmeyeceği düzenlenmiştir. Kamu hizmetlerine girme hakkı tüm vatandaşların -din, dil, etnik köken, cinsiyet, felsefi ve siyasi görüş ayırımı yapılmaksızın- liyakat ve fırsat eşitliği çerçevesinde kamuda görev alabilmesini güvence altına almaktadır¹. Kamu hizmetlerine girme hakkının anayasal ilkeleri eşitlik, serbestiyet ve görevin gerektirdiği vasıflara sahip olma prensipleridir. Eşitlik ilkesi gereği her Türk vatandaşı -din, dil, etnik köken, cinsiyet ve felsefi yahut siyasi görüş ayırımı yapılmaksızın- devlet kurumlarında (kamuda) görev alabilir². Serbestiyet ilkesi angarya yasağı ile ilgilidir; buna göre hiç kimse zorla kamu hizmetlerinde çalıştırılmaz³. Görevin gerektirdiği vasıflara sahip olma (ehliyet ve liyakat) prensibi esasen eşitlik prensibini bir istinası görünümündedir⁴. Ancak Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarında görevin gerektirdiği vasıflar belirlenirken görevin gerektirdiği vasıflara ilişkin kriterlerin nesnel, kişilik dışı ve soyut kurullarla belirlenmiş olması aranmaktadır⁵.

Bünyesinde pek çok etnik ve dini toplulukları barındıran Osmanlı Devleti'nde hukuk düzeni, temelde şer'i hukuka dayanmaktaydı. Bununla birlikte şer'i hukukun yanında -büyük ölçüde İslam hukukunun devlet

[1] Türk pozitif hukukunda kamu hizmetlerine girme için Türk vatandaşı olmak gerekir. Bu şart Anayasa'nın 70 maddesinde belirtilmiş ve Devlet Memurları Kanunu'nun 48 maddesinde de devlet memuru olma koşulları içerisinde yer verilmiştir. Ancak Türk vatandaşı olmayanlar açısından kamu hizmetine girme hakkı Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve özel kanun hükümlerine göre belirlenir. Bkz. Sezer, Yaşar. "Kamu Hizmetine Girme Hakkı", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.11, S. 3-4, 2003, s. 155-159; Çifte vatandaşların memur olabilmesi mümkün olduğu gibi, 2567 sayılı Kanun uyarınca Türk vatandaşı olmayan fakat Türkiye'de ikamet eden Türk soyundan gelen yabancıların, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığından çalışma izni almaları koşuluyla, TSK ve Emniyet Teşkilatı hariç kamu ve özel sektörde çalışabilmeleri mümkündür. Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil. *Türk İdare Hukuku*, 17. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 714-715; Can, Mehmet Emre, *Kamu Hizmetine Girme Hakkı Bakımından Görevin Gerektirdiği Nitelikler*, Adalet Yayınları, Ankara, 2023. s. 31.

[2] Evren, Çınar Can / Uçar, İsmail, *Kamu Görevlileri Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 51.

[3] Kamu hizmetine girme hakkının sadece Türk vatandaşlarına tanınması eşitlik ilkesine aykırılık taşımamaktadır. Aynı şekilde pozitif ayrımcılık uygulamaları da eşitlik ilkesine aykırı değildir. Zira Anayasa'nın 10. maddesinde (f. 2-3) bu durum teyit edilmiştir. Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 714 Evren/Uçar, s. 52-54; Can, s.33.

[4] Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 714; Can, s. 32-33.

[5] Can, s. 34; Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 714; Kanuni düzenleme yetkisi uyarınca "kamu görevlilerinin nitelikleri ve atamalarına ilişkin kurulların kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir." Anayasa Mahkemesi, 24/07/2019 tarih ve E:2018/73; K:2019/65, § 165; ayrıca bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 2022/664 E., 2022/2312 K., karşı oy, § 14 (<https://karararama.danistay.gov.tr/>).

başkanına bıraktığı alanlarda- Padişah'ın iradesiyle teşekkül eden örfi hukuk da Osmanlı hukukunun bir parçasıdır⁶.

Osmanlı Devleti, içerisinde bulunduğu coğrafya nedeniyle her asırda gayrimüslimlerle yoğun bir münasebet içinde olmuştur. Osmanlı idaresi, zimmi statüsündeki gayrimüslim toplulukları dönemin şartlarını da dikkate alarak yapılandırdığı siyasi-idari sistem içinde yönetmiştir. Literatürde Millet sistemi adı verilen ve hakkında çeşitli görüşler ileri sürülmüş olan bu düzende⁷, ruhani reislerin kendi cemaatleri üzerinde dini otoriteleri tanınmıştır⁸. Bu sistem sayesinde devlete zimmet akdiyle tabi olan gayrimüslim toplulukların, kendi cemaatleri içinde milli kimliklerini kaybetmeden yaşamaları mümkün olmuştur⁹. Bunun yanında vergilerin kontrollü bir şekilde toplanması sağlanmış ve zimmîlerin dini ihtiyaçları da kendi cemaatleri içinde karşılanmıştır. Her cemaatin dini lideri; kendi topluluğu ile devlet arasında bir köprü işlevi görmüş ve eğitim kurumlarının, hastanelerin ve vakıfların yönetiminde aktif rol oynamış ve kendi cemaat mensupları üzerinde birtakım idari, kazai ve cezai

[6] Aydın'a göre Osmanlı yönetimi, İslam hukukunun bazı alanlarda devlet başkanına (halife) bıraktığı geniş takdir ve düzenleme yetkisinden faydalanmış; bu bağlamda örfi hukuk uygulamalarının şer'î hukuka aykırı olmamasına özen göstermiştir (Söz gelimi Ebussuud Efendi'nin deyişle "na meşru olan nesneye emr-i sultani olmaz" prensibi bu anlayışın en önemli göstergelerinden biridir). Ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın, Mehmet Akif. "Osmanlı Hukukunun Genel Yapısı", *Osmanlı Devleti'nde Hukuk ve Adalet*, 3. Baskı, Klasik Yayınları, İstanbul, 2020, 24-31.

[7] Osmanlı idaresi tarafından tanınan cemaatler: Rum Cemaati (Ferner Rum Patrikliği'ne bağlıdır), Ermeni Cemaati (İstanbul Ermeni Patrikliğine bağlıdır) ve Yahudi Cemaati (İstanbul Hahambaşılığı'na bağlıdır.). 19. Yüzyılda Katolik ve Protestan Cemaatleri de kurulmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kenanoğlu, M. Macit. *Osmanlı Millet Sistemi: Mit ve Gerçek*. 4. Baskı, Klasik Yayınları, İstanbul, 2017, 143-155; Bazı yazarlar millet sisteminin her dini grubun kendi dini lideri başkanlığında otonom, özerk yapıda, adeta devlet içinde devlet olduğu görüşünü ileri sürmüşlerdir. Bkz. K. S. Abu Jaber, "The Millet System in the Nineteenth Century Ottoman Empire", *The Muslim World*, C. LVII, S.3, 1967, s. 215; Braude ise millet sistemi diye bir şey olmadığını gayrimüslim cemaat yapısının kurumsallaşmadığını savunmaktadır. Braude, Benjamin. "Foundation Myths of the Millet System", *Christians and Jews in the Ottoman Empire, the Functioning of a Plural Society*, Editör: B. Braude ve B. Lewis, New York, 1982, s. 74-77; Kenanoğlu bu sistemin otonom bir nizam olmadığını *ruhani bir iltizam sistemi* olduğunu savunmuştur, aynı şekilde İnalçık da Osmanlı idaresinin ruhani liderleri birer mültezim olarak gördüğünü belirtmiştir. Kenanoğlu, s. 82-88; İnalçık, Halil. "The Status of the Greek Patriarch under the Ottomans", *Turcica*, C. XXI-XXIII, 1991, s. 423; millet sistemine ilişkin literatürdeki görüşlerin toplu hali için bkz. Özdemir, Elif. "Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlerin Hukuki Statüsüne Vatandaşlık Hakkı Açısından Bir Bakış", *EBYÜ-HFD*, C. 27, S. 2, Aralık 2023, s. 235-243.

[8] Akgündüz, Ahmet. *Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlerin Yönetimi*, Timaş Yayınları, İstanbul, 2008, s. 17-18; Devletten bu sistem sayesinde bireyleri münferiden muhatap almak yerine cemaat teşkilatlanması içinde muhatap almıştır. Karakoç, İrem. *Hukuk Tarihinde Vatandaşlık-Yabancı Statüsü*, Yetkin Yayınları, İzmir, 2012, s. 117; Kurtaran, Uğur. "Osmanlı İmparatorluğu'nda Millet Sistemi", *Kafkas Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 1, S. 8, Aralık 2011, s. 62; Demir, Gamze Nur. Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslim Tebaanın Hukuki Durumu. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Karadeniz Teknik Üniversitesi SBE, 2015, s. 117; aynı yönde bkz. Kılınc, Ahmet. "Reflection of Multiculturalism in Law: The Ottoman Experience". *Law & Justice Review*. Y. 8, S. 14, Haziran 2017, s. 87.

[9] Barkey, Karen / Gavrilis, George. "The Ottoman Millet System: Non-Territorial Autonomy and its Contemporary Legacy", *Ethnopolitics*, C.15, S. 1, 2016, s. 26-27; Ercan, Yavuz. *Osmanlı Yönetiminde Gayrimüslimler: Kuruluştan Tanzi-mat'a Kadar Sosyal, Ekonomik ve Hukuki Durumları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001, s. 273.

yetkilere sahip olmuştur¹⁰. Bütün bunların yanında gayrimüslimler ile Müslümanların tam anlamda eşit olmadığını¹¹; gayrimüslimlerin özellikle siyasi haklardan büyük ölçüde mahrum olduklarını; toplumsal hayatta mesken, binek, giyim hususlarda dahi Müslümanlardan farklı kurallara ve muamelelere tabi olduklarını belirtmek gerekir¹².

Gayrimüslimlerin Müslümanlardan farklı olarak yararlanamadıkları ya da çok sınırlı olarak yararlanabildikleri haklardan biri de kamu hizmetlerine girme hakkıdır. Tanzimat döneminden itibaren diğer hak ve hürriyetlerde olduğu gibi bu hak bakımından da kayda değer gelişmeler yaşanmıştır. Çalışmamızda ilk önce İslam hukuku ve Klasik dönem Osmanlı hukukunda gayrimüslimlerin kamu hizmetine girme hakları ele alınacaktır. Sonrasında ise Gayrimüslim Osmanlı vatandaşlarının kamu hizmetine girme haklarının gelişimine dair Tanzimat döneminde yapılan anayasal ve yasal düzenlemeler, yukarıda yer verdiğimiz anayasal ilkeler ışığında incelenecek ve bu düzenlemelerin uygulamada nasıl yansımış olduğu hususu ele alınacaktır.

İSLAM HUKUKU VE (TANZİMAT ÖNCESİ) OSMANLI HUKUKUNDA ZİMMİLERİN (GAYRİMÜSLİM VATANDAŞLARIN) KAMU HİZMETİNE GİRME HAKKI

Bir ferдин kamu hizmetine girmesi, Modern hukuk sistemlerinde bir “hak” olarak kabul edilmesine karşın; İslam hukukunda vatandaşın devlet üzerindeki bir hakkı olmaktan ziyade, devletin vatandaşa yüklediği

[10] Ortaylı, İber. “Osmanlı İmparatorluğunda “Millet” Nizamı”, *Hamide Topçuoğlu’na Armağan*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1995, s. 92 vd.; Özçoşar, İbrahim. “Osmanlı Devleti’nde Gayrimüslimlerin Hukuki Durumu ve Millet Sistemi”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, 2003, s. 130; Ekinci, Ekrem Buğra. *Osmanlı Hukuku*, 5. Baskı, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 320; Akyılmaz, Gül. “Tanzimat’tan Önce ve Sonra Osmanlı Devleti’nde Gayrimüslimlerin Hukuki Statüsü”, *Yeni Türkiye Dergisi (Ermeni Özel Sayısı-II)*, C. 38, 2001, s. 674.

[11] *Gayrimüslimlerin aleyhine olan hususlar arasında*, bir bölgenin anveten fethi halinde mabetlerin değişen hukuki durumu, tanıklığa ve mirasçılığa ilişkin sınırlamalar, gayrimüslimlerin cizye/haraç gibi Müslümanlardan farklı meblağda vergi ödemeleri sayılabilir. Ancak ceza hukuku cihetinden bazı had cezalarından muaf olmaları ve tazir suçlarında Müslümana verilen cezanın yarısının verilmesi; alkol, domuz eti vb. Müslümanlara yasak olan maddelerin kendilerine serbest olması gibi *gayrimüslimlerin lehine olan düzenlemeler* de söz konusudur. Konuyla ilgili ayrıntılı okumalar için bkz. Aydın, Mehmet Akif. *Osmanlı Hukuku: Devlet-i Aliyye’nin Temeli*, İSAM Yayınları, Ankara, 2020, s. 315, 323; İsa Atçı, İsa. “İslâm Devletler Hukukunda Devletin Gayrimüslimlere Ait Mâbetler Hususunda Yürüttüğü Politikanın Dinî mi Yoksa Siyasî mi Olduğu Üzerine Bir İnceleme”, *ATEBE*, S. 7, Haziran 2022, s. 31-33; Aydın, Melikşah. *Klasik Dönem Osmanlı Yargılama Hukukunda Tanıklık*, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 95-103; Karaman, Hayreddin. *Mukayeseli İslam Hukuku*, C. III, İz Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 281; Zuhayli, Vehbe. *İslam Fıkhı Ansiklopedisi*. C. 8, Risale Yayınları, İstanbul 2012, s. 308; Okur, Kâşif Hamdi. “İslam Hukukunda Miras Engeli Olarak Müslüman ve Gayrimüslim Arasındaki Din Ayrılığı”, *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi*, C. VII, S. 3, 2007, s. 104-105.

[12] İslam ve Osmanlı tarihinde bu sınırlamaların yaşanılan çağa ve bölgeye göre değişiklik arz ettiğini bilmek gerekir. Eryılmaz, Bilal. *Osmanlı Devletinde Gayrimüslim Teb’anın Yönetimi*, Risale Yayınları, İstanbul, 1990, s. 23; Osmanlı hukukundaki örnekler için bkz. Ercan, Yavuz. *Osmanlı Yönetiminde Gayrimüslimler Kuruluşun Tanzimat’a Kadar Sosyal, Ekonomik ve Hukuki Durumları*, Turhan Kitabevi, Ankara 2001, s. 179-186.

bir “ödev” olarak görülmüştür¹³. Zira Hz. Peygamber (s.a.v.) “*Vallahi biz bu işi isteyenlere yahut üzerine düşene vermeyiz*” buyurmuştur¹⁴. Bu hadis asr-ı saadette böyle bir isteğin hoş karşılanmadığını göstermektedir. Ancak fakihler devlete hizmet verecek ehil kimselerin az bulunduğu bir ortamda liyakat ve ehliyet sahibi kişilerin böyle bir isteği ileri sürebileceklerini kabul etmektedirler¹⁵.

İslam hukukunda gayrimüslimlerin kamu hizmeti hakkı konusuna girmeden önce gayrimüslimlerin statüsü hakkında anahtarıyla birlikte bilgi vermek yerinde olacaktır. Bilindiği üzere İslam devletine zimmet akdiyle tabi olan gayrimüslimlere “zimmi” adı verilir. Zimmet akdiyle birlikte devletin tebaası haline gelen zimmiler devlete cizye ödemeyi kabul ederken devlet de onların can, mal ve ırz güvenlikleri teminat altına almayı taahhüt etmekte; din ve vicdan hürriyeti çerçevesinde onları (bilhassa ahval-i şahsiyye bakımından) kendi dinlerinde serbest bırakmaktadır¹⁶. Zimmiler din yönünden devletin hâkim unsuru Müslümanlardan hukuki, siyasi ve sosyal cihetten farklı birtakım kurallara tabi olsalar da; dâr (ülke) yönünden Müslümanlar gibi “darüislam ehlidirler”¹⁷.

İslam Hukukunda Zimmilerin Kamu Hizmetine Girme Hakkı

İslam hukukunda gayrimüslimlerin kamu hizmetine girebilmeleri hususunda birçok yaklaşım bulunmaktadır: *İlk yaklaşıma göre* gayrimüslimlerin kamu hizmetinde bulunmalarına izin verilmesi ve devlet makamlarına istihdamı caiz değildir. Bu görüşü savunanlar, Kur’an’da¹⁸ ve Sünnette¹⁹ Müslümanların kafirleri veli edinmesini yasaklayan ayet ve hadislere dayanmaktadır. Ayrıca Hz. Ömer’in, Ebu Musa el-Eşari’yi Hristiyan bir kâtip çalıştırmasına kızması ve gayrimüslimlerin devlet hizmetinde çalıştırılmasının o dönemde hoş karşılanmaması gibi husus-

[13] Bostancı, Ahmet. “İslam Kamu Hukukunda Gayrimüslimler”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 1999, s. 122.

[14] Buhari, Ahkam 7; Müslim İmare, 14.

[15] Karaman, s. 240; Bostancı, s. 122-123.

[16] Yaman’a göre Hanefiler, “Onları kendi inançlarıyla baş başa bırakmakla emrolunduk” (Serahsi, el-Mebsût, XI, 102; Kâsânî, II, 311) hadis-i şerifi delil göstererek zimmilerin ve süreli emânla İslam ülkesinde bulunan yabancıların (müste’menlerin) kendi aralarındaki özel hukuk münasebetlerinde ve bazı ceza hukuku meselelerinde hukuki ve yargısal özerkliğe sahip olduklarını kabul etmişlerdir. Yaman, Ahmet. “Zimmi”, *TDV İslâm Ansiklopedisi*, C. 44, TDV Yayınları, İstanbul, 2013, s. 437.

[17] Serahsi’nin belirttiği gibi “O (zimmi), zimmet akdiyle sizin darın ehli olmuştur”. Bkz. Özel, Ahmet. *İslam Hukukunda Ülke Kavramı: Darüislam-Darülharb*, 4. Baskı, İz Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 229-230. Debûsî de benzer şekilde “zimmi dar yönünden ve dünya ahkâmında bizden; din (ve mahiyet) yönünden onlardandır (harbidir)” ifadelerini kullanmıştır. Bkz. Kenanoğlu, s. 36; Hz. Ali’nin gayrimüslim tebaayı kastederek “onlar zimmet akdini ancak malları, bizim mallarımız ve kanları da, bizim kanlarımız olsun diye kabul etmişlerdir” sözü de zimmilerin İslam devletinin tabiiyetinde olduğunu gösterir. Karaman, s. 234; aynı yönde Kenanoğlu, s. 37; Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukuk-ı İslamiyye ve İstihalatı Fıkhiyye*, Cilt 3, Bilmen Yayınevi, İstanbul 1988, s. 426.

[18] Ali İmran 3/28; Nisa 4/139; Maide 5/51.

[19] Karaman, s. 241.

lar da bu görüşü güçlendirmek için ileri sürülmektedir²⁰. *İkinci görüş ise İmam Maverdi'nindir. Maverdi, El-Ahkamü's Sultaniye adlı eserinde vezaret görevini, vezaret-i tevfiz ve vezaret-i tenfiz şeklinde ikiye ayırmıştır. Maverdi, geniş yetkileri olmayan ve karar vermekten ziyade, verilen kararları icra eden tenfiz vezareti görevinin gayrimüslimlere de verilebileceğini savunmaktadır²¹. Üçüncü görüş çağdaş İslam hukukçularına aittir. Bu görüşe göre zimmîler halife (devlet başkanlığı), ordu komutanlığı, hakimlik gibi bazı görevler hariç kamu görevlerinde bulunabilirler. İsmi zikredilen bu makamlar, mahiyetleri ve İslam devleti ve toplumu bakımından ehemmiyeti nedeniyle ancak Müslümanlara ait olabilir²². İslam devleti bir "akide" devleti olduğundan dolayı zimmîler inanç birliği olmaması nedeniyle ehemmiyet arz eden idari görevlere getirilemezler²³.*

Netice itibarıyla gerek Peygamber (s.a.v.) gerekse Hülefa-i Raşidin döneminde zimmîlerin Müslümanları yakından ilgilendiren stratejik işlerde çalıştırılmadıkları, bu konuda menfi bir tutum takındıkları vakidir. Fakat aynı dönemlerde böyle bir tehlikenin olmadığı ve Müslümanların yakinen bilmedikleri hususlarda, işin uzmanı olan gayrimüslimlerden yararlandığı hususu gözden kaçırılmamalıdır²⁴. Bu sebeple bazı alimler, gayrimüslimlerin şer'i nitelikte olmayan ve Müslümanların amiri konumda olmayacakları kamusal makamlara tayin edilebileceği görüşündedirler, ki uygulama da aynı doğrultudadır. Nitekim uygulamada gerek Hülefa-i Raşidin döneminde gerekse Emevîler ve Abbasîler dönemlerinde, bilhassa yeni fethedilen bölgelerde vergi ve tapu işlerinde gayrimüslimlerden yararlandığı bilinmektedir²⁵. Örneğin Hz. Ömer'in halife olduğu dönemde, Sevad arazisinin vergi miktarının tespiti için bir Müslümanla birlikte Mecûsî bir dihkan²⁶ da görevlendirilmiştir. Hz. Ömer, ayrıca Şam'da ganimetlerin Müslümanlar arasında adil bir şekilde dağıtılması için, Şam valisinden Rum bir muhasip göndermesini istemiş; Irak, Şam ve İran'ın fethinden sonra vergilerin hesaplanması ve tahsilatı

[20] Hammâş, "Emevîler Döneminde Mevali ve Zimmîlerin İdaredeki Rolü", çev. İrfan Aycan, *AÜF*, C. XXXVII, 1997, s. 184; Karaman, s. 241; Bostancı, s. 123.

[21] Maverdi, *El-Ahkamüs-Sultaniyye*, Bedir Yayınları, İstanbul, 2018, s. 74.

[22] Karaman, s. 240-241; Güzel, Ahmet. "İslâm Geleneğinde Birlikte Yaşama Tecrübesi: Hülefa-yı Râşidin Örneği", *KSÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 27, 2016, s. 37.

[23] Bostancı, s. 134.

[24] Belirtelim ki zimmîlerin kamu hizmetine girme hususunda gerek Peygamber (s.a.v.) gerekse dört halife döneminde birbirinden müstakil olaylar olmuştur. Her ne kadar bu dönemlerde gayrimüslimler daimî surette devlet görevlerinde istihdam edilmeseler de, ihtiyaç çıkması halinde gayrimüslim kimselere danışıldığı ve bazı görevlerin onlara verildiği görülmektedir. Bedir savaşı sonrası savaş esiri müşriklerin fideye ödemeden serbest bırakılmak şartıyla on Müslümana okuma yazma öğretmelerinin istenmesi, Hz. Peygamber'in hicret sırasında rehberinin müşrik olması gibi örnekler gayrimüslimlerden yararlandığı ve bunda bir sakınca görülmediğini göstermektedir. Bostancı, s. 131.

[25] Ayrıntılı bilgi için Hammaş, s. 184-189.

[26] Dihkan "Sâsânîler'le Ortaçağ'daki bazı İslâm devletlerinin idarî teşkilâtında köy reisi, şehir ve yöre beyi anlamına gelen bir tabirdir". Bkz. Sümer, Faruk. "Dihkan", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, C. 9, TDV Yayınları, İstanbul, 1994, s. 289-290.

için Mecûsî ve Hristiyanlardan yararlanılmıştır²⁷. Bu bağlamda İslam'ın ilk dönemlerinden itibaren vergi tahsili ve bölgelerin asayiş gibi mahalli görevlerim zimmilere bırakıldığını belirtmek gerekir²⁸. Gayrimüslimlerin kamu görevlerine istihdamı Emevîler döneminde sistematik ve daimî hale gelmiştir. Bunun en temel sebebi, Emevîlerin İslam devleti topraklarına dahil olan geniş bölgelerin idaresinde, Sasani ve Bizans idari yapısını pek çok yönüyle devam ettirmesidir²⁹. Sasanilerin hüküm sürdüğü Irak-İran ile bir zamanlar Bizans'ın toprakları olan Şam ve Mısır bölgelerini fetheden Müslümanlar, bölge ahalisinden vergilerin toplanması hususunda yeterli tecrübeye ve bilgiye sahip değillerdi. Bu sebeple özellikle bölge halklarından vergilerin toplanması için ilgili yörelere mensup tecrübeli gayrimüslim memurlar görevlendirilmiş ve resmi kayıtlar bile bir süre Şam bölgesindeki divanlarda Rumca, Mısır'da Kıpti'ce ve İran-İrak'ta Farsça olarak tutulmaya devam etmiştir. Emevî halifesi Abdülmelik bin Mervan döneminde kayıtlar Arapça tutulmaya başlanmış ve divanlar Arapçalaştırılmıştır (Bu faaliyete ta'rib denilir ve tamamlanması 46 yılı almıştır)³⁰. Ömer b. Abdülaziz döneminde gayrimüslimlerin devlet memuriyetine istihdam edilmesine son verilse de³¹ kendisinden sonra gayrimüslim görevli ataması devam etmiştir. Barındırdığı farklı etnik ve dini topluluklar nedeniyle daha kozmopolit bir yapıda olan Abbasiler döneminde de gayrimüslimlerin memur olarak çalıştırıldıkları bilinmektedir, öyle ki gayrimüslimler bu dönemde çeşitli devlet kademelerinde çalışmışlar; kâtip hatta vezir olabilmişlerdir³². Özetle İslam hukukunda gayrimüslimlerin Müslümanlar yerine kamu görevlerine istihdam edilmesi hoş karşılanmasa da³³, maslahat icabı İslam devletine ve ümmete zararı olmayacak konularda ve Müslümanların amiri konumunda olmayacakları görevlerde, bilgili ve tecrübeli gayrimüslimlerin istihdamında

[27] Ayrıntılı bilgi ve farklı örnekler için bkz. Adıgüzel, Adnan / Çakan, Barış, "Emeviler Döneminde Gayrimüslim İstihdamı (41-132/661-750)", *İstem*, C. 17, S. 34, 2019, s. 334-335.

[28] Söz gelimi Hülefa-i Raşidin döneminden Abbasilere kadarki dönemde İslam hakimiyetine giren İran ve Horasan'da dihkanlar yerlerinde bırakılmış ve bu görevlileri yerele halkın temsilcileri olarak görmüşlerdir. Bu bağlamda dihkanlar İslam devleti devrinde de halktan vergi topluyor ve bu vergileri emirlere teslim ediyordu. Dihkanlar ayrıca buldukları yerlerin asayişini sağlıyor, mahiyetindeki silahlı birliklerle İslam devletinin yanında savaşa katılıyorlardı. Bkz. Sümer, s. 290; aynı yönde Adıgüzel / Çakan, s. 335-336; Çakan, Barış. "Emeviler Döneminde Gayrimüslim İstihdamı" Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi SBE, 2019, s. 39-40.

[29] Adıgüzel / Çakan, s. 337.

[30] Adıgüzel / Çakan, s. 338-339.

[31] Müslümanlar yerine gayrimüslimlerin kamu görevlerine istihdamını hoş karşılamayan Ömer bin Abdülaziz valilerine şu ifadelerin yazılı olduğu mektuplar göndermiştir: "Müslümanlar için başlangıcında zimmilerin idarî, kitabî ve vergi toplama ile ilgili bilgilerinden istifade etmişlerdir. Bu, Allah'ın onlar için takdir ettiği belirli bir süre için olmuştur. İşlerinde istihdam ettiğin ne kadar gayri-müslim, amil ve kâtip varsa onların hepsini azlettim ve onların yerine Müslüman kimseleri getirdim" Hammaş, s. 187; Güzel, s. 38.

[32] Kasap, Sevilay. "Osmanlı Merkez Bürokrasisinde Gayrimüslimlerin İstihdamı (1839-1876)", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul, 2011, s. 5.

[33] Bu konuda mutlak ve kesin olarak gayrimüslimleri istihdamını yasaklayan nass bulunmamaktadır. Fakihler bu yargıya yukarıda zikredilen ayetleri yorumlama yoluyla ulaşmaktadırlar. Bostancı, s. 133-134.

sakinca görülmemiştir³⁴.

Klasik Dönem Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslim Tebaanın Kamu Hizmetine Girme Hakkı

Klasik dönem Osmanlı Devleti'nde ise -diğer pek çok İslam devletlerinde olduğu gibi- devlet hizmetine girme ve yönetime katılma hususunda esaslı ölçüt, etnik kökenden ziyade devletin kültürünü ve ideolojisini benimsemek ve şartlara uyum sağlamak olmuştur. Dolayısıyla *İslam dini-ne mensup ve padişaha sadık olan* herkes etnik kökeni ne olursa olsun üst düzey devlet makamlarına getirilmesinde bir sakınca görülmemiştir³⁵. Buna karşılık İslam hukukunun hâkim olduğu Osmanlı Devleti'nde -Tanzimat öncesi dönem itibariyle- gayrimüslim tebaanın üst düzey devlet görevlerine getirilmediklerini belirtmek gerekir. Fakat bu durum gayrimüslimlerin kamu görevlerine hiçbir şekilde istihdam edilmedikleri anlamına gelmemektedir. Nitekim tercümanlık, saray hekimliği gibi memuriyetlerin Osmanlı'nın sonra dönemlerine kadar gayrimüslimlerin elinde olmuştur.

Söz gelimi tercümanlık kurumu, Osmanlı'da ilk dönemlerden itibaren bulunmaktadır. İstanbul'un fethinden sonra Bizans'tan kalan ve Fener semtinde ikamet eden Rum eşraf aileleri, uzun yıllar boyunca Divan-ı Hümayun'a, eyalet tercümanlıklarına ve yabancı ülke konsolosluklarına tercüman yetiştirmişlerdir³⁶. Hatta bu bağlamda, Rum aileleri arasında tercüman yetiştirme hususunda bir rekabetin olduğu belirtilmektedir. Divan-ı Hümayun baş tercümanlık görevini üstlenmiş olan 34 kişinin hepsi, Ortodoks Rum'dur³⁷. Fatih döneminden itibaren tercümanlık vazifesine mühtediler tayin edilse de, 1657'den itibaren gayrimüslim Rumlar söz konusu tercümanlık vazifesini tekellerine almışlardır. 1821 Yunan ayaklanmasına kadar süren bu durum *Rum Dragomanlar Çağı* olarak adlandırılır³⁸.

Fenerli Rum ailelerin yerine getirdikleri görevlerden biri de 1711 yılından 1821 yılına kadar Eflak ve Boğadan'ı *voyvoda* olarak idare etmeleridir. *Darüzzimme* statüsünde Osmanlı'ya bağlı mümtaz eyaletler olan Eflak ve Boğdan (Memleketeyn), 1711 senesinden önce boyar denilen

[34] Bostancı, s. 134.

[35] Kırmızı, Abdülhamit. "Osmanlı Bürokrasisinde Gayrimüslim İstihdamı", *Divan: Disiplinlerarası Çalışmalar Dergisi*, C. 13, 2002, s. 296; Nitekim devşirme usulü sayesinde etnik kökeni ve sosyal/ekonomik sınıfı farklılık arz eden pek çok şahıs Devletine sadık birer Müslüman olarak yetiştirilmiş ve kabiliyetlerine göre sadrazamlık gibi en üst devlet makamlarına dahi gelebilmiştir. Devşirme usulü hakkında detaylı bilgi için bkz. İkinci, *Osmanlı Hukuku*, s. 249-250.

[36] Ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın, Bilgin. "Divan-ı Hümayun Tercümanları ve Osmanlı Kültür ve Diplomasisindeki Yerleri", *Osmanlı Araştırmaları*, C. XXIX, 2007, s. 57-58.

[37] Kırmızı, s. 297-298.

[38] Aydın, Bilgin, s. 57.

yerel soylularca idare edilmiştir³⁹, ancak halka yaptıkları bazı zulümler ve Osmanlı aleyhine geliştirdikleri tutum nedeniyle 1711 yılından itibaren voyvodalık (prenslük) makamına Bab-ı Ali tarafından Fenerli Rum aileleri mensup kişiler tayin edilmeye başlanmıştır⁴⁰. Voyvoda olarak tayin edilen kişiler bir asırlık süre zarfında bu bölgeleri geniş yetkilerle idare etmişler ve Osmanlı lehine istihbarat vazifesiyle de meşgul olmuşlardır⁴¹. Ancak 1821 Rum isyanıyla birlikte Fenerli Rumlar bu görevden de azledilmiş ve eski sistemdeki gibi yerel beylerin voyvoda tayin edilmeleri usulüne geri dönmüştür⁴². Eflak ve Boğdan gibi Erdel Beyliği ve ilerleyen dönemlerde Sisam, Girit ve Cebel-i Lübnan gibi eyalet-i mümtaze haline gelen bölgelerde de gayrimüslim idarecilerin görevlendirdiğini eklemek gerekir⁴³.

Rumlar sadece tercümanlık görevlerine değil, aynı zamanda çeşitli Avrupa ülkelerinde Osmanlı Devleti'nin temsilen "diplomat" olarak görev yapmışlardır⁴⁴. Ancak 1821 başlayan Yunan isyanı ve 1829'da bağımsız bir Yunanistan'ın kurulması, kamu hizmetinde bulunan Rumların aleyhine sonuçlar doğurmuş ve tercümanlık hizmeti, kendilerinden alınarak Müslümanlara verilmiştir⁴⁵. Bu bağlamda Müslümanların yabancı dil öğrenmesi ve tercümanlık vazifesini bizzat yerine getirebilmeleri için, *Bâb-ı Âli Tercüme Odası* açılmıştır⁴⁶. 1830'lara kadar Yunan isyanı nedeniyle idari kadrolardan uzak tutulan Rumlar, 1830'lardan sonra yeniden

[39] Eflak ve Boğdan'ın statüsü hakkında bkz. Papp, Sandor. "Eflak ve Boğdan Ahidnamele-ri Üzerine Bir İnceleme: Osmanlı İmparatorluğu'nun Kuzeybatı Hududundaki Hıristiyan Vassal Devletler", *Türkler*, C. 10, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 2002, s. 745; Ekinci, Ekrem Buğra. "Osmanlı İdaresinde Adem-i Merkezîyet ve İmtiyazlı Eyâletler", *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, S.6, 2008, s. 56; Sarğın, Yasemin. "Başlangıcından 1606'ya Kadar Osmanlı Devleti ile Eflak ve Boğdan Voyvodalıkları Arasındaki İlişkiler", *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Afyon Kocatepe Üniversitesi SBE, 2013, s. 46.

[40] Ekinci, "Osmanlı İdaresinde ...", s. 56; Çiftçi, Cafer. "Bâb-ı Âli'nin Avrupa'ya Çevrilmiş İki Gözü: Eflak ve Boğdan'da Fenerli Voyvodalar (1711-1821)", *Uluslararası İlişkiler*, C. 7, S. 26, Yaz 2010, s. 34-38.

[41] Voyvodaların en önemli görevleri arasında Osmanlı'ya haraç ödemek, bölgenin yerel aristokrat kesimi olan boyarları itaat altında tutmak vardır. Bunun yanında Avrupa'da yaşanan siyasi gelişmeleri istihbarat ağları sayesinde öğrenip Osmanlı merkezine aktarmışlardır. Örnekleri için bkz. Çiftçi, s. 38-41.

[42] Çiftçi, s. 38-39; Eflak ve Boğdan 19. yüzyılda Rusya'nın işgaline uğramış; Paris Antlaşması sonrası 1861 yılında her iki eyalet ve Romanya adını alarak Osmanlı idaresinin hakimiyetini kabul ederek maktu vergi ödemeyi taahhüt etmişlerdir. 1878 Berlin Antlaşmasıyla birlikte Romanya Osmanlı'dan ayrılarak bağımsızlığına kavuşmuştur. Ekinci, "Osmanlı İdaresinde ...", s. 57-58.

[43] Ekinci, *Osmanlı Hukuku*, s. 71-72.

[44] 1832-1876 yılları arasında Osmanlı Devleti adına diplomat olarak görev yapanların tam listesi için bkz. Kılıç, Musa. "Osmanlı Hariciyesinde Gayrimüslimler (1836-1876)", *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, Ankara Üniversitesi SBE, 2009, s. 134-135.

[45] Dadyan, Saro. "Sultan Abdülaziz, V. Murad ve II. Abdülhamid Dönemlerinin Osmanlı Hariciyesinde Üst Düzey Gayrimüslim Bürokrat ve Diplomatlar", *Milli Saraylar*, S. 10, 2012, s. 64.

[46] 1821'de kurulmuş olan Bâb-ı Âli Tercüme Odası Osmanlı entelijansiyesinin yetiştiği önemli bir devlet dairesidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın, Bilgin, s. 60-63; Lewis, Bernard. *Modern Türkiye'nin Doğuşu*, Çev. Boğaç Babür Turna, 10. Baskı, Arkadaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 164-165; Berkes, Niyazi. *Türkiye'de Çağdaşlaşma*, 29. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2019, s. 199; ayrıca belirtelim ki Bâb-ı Âli Tercüman odasına işinde ehil ve güvenilir gayrimüslimler de tayin edilmiştir. Kasap, s. 13.

Hariciye Nezareti nezdinde *maslahatgüzar* ve *sefir* gibi önemli görevlere getirilmeye devam edilmiştir⁴⁷.

Rumlar gibi, Ermenilerinde önemli hizmetlerde kullanıldığını görmekteyiz. Ancak belirtelim ki gayrimüslimler içerisinde Rumlar, Ermeni ve Yahudilere nazaran bürokraside istihdam edilme bakımından daha öncelikli bir konuma sahip olmuştur⁴⁸. Gayrimüslim arasında Rumlar, devlet işleri dahilinde gemi, inşa, onarım, tekne yönetimi gibi görevlerde bulunurken Ermeniler daha çok ticaret ve zanaat erbabı olarak ön plana çıkmıştır. Serbest meslek erbabı olarak kuyumculuk, basmacılık, çini ve seramik, matbaacılık gibi işlerle meşgul olan Ermeniler, mimarlık ve sağlık hizmetlerinde de önemli bir rol oynamışlardır. Özel nitelikli bu işler yanında Osmanlı Darphanesi'nin idaresi Ermeni olan *Düzyan* ailesine, Baruthane'nin idaresi yine İstanbul'un tanınmış Ermeni ailelerinden olan *Dadyan* ailesine verilmiştir. Saray hekimliği yapan *Şaşyan* ailesi de önemli Ermeni ailelerindedir⁴⁹. Ermeniler gibi Yahudilerin de finans, ticaret ve hekimlik alanlarında istihdam olduklarını, bilhassa Yahudi hekimlerin çok erken dönemden itibaren saray hekimliği vazifesini üstlendikleri görülmektedir⁵⁰.

TANZİMAT DÖNEMİ VE SONRASINDA GAYRİMÜSLİMLERİN DEVLET MEMURİYETİNE GİRME HAKKI

Osmanlı millet nizamında, Tanzimat dönemine kadar ufak değişimler olmakla birlikte aynı yapı devam etmiştir. Ancak 19. yüzyılda dünyada yaşanan gelişmeler, Osmanlı'daki sosyal yapıyı ve vatandaşlık telakkisini değiştirmiştir. Fransız devriminden sonra özellikle gayrimüslimler arasında yükselen ayrılıkçı hareketler karşısında Osmanlı Devleti'nin uluslararası alanda yaşadığı nüfuz ve itibar kaybı, içte ve dışta yaşadığı krizler karşısında uğradığı zafiyetler ve Avrupa devletlerinin gayrimüslim tebaanın haklarını gerekçe göstererek yaptıkları baskılar, devlet düzeninde köklü bir reform hareketini beraberinde getirmiştir⁵¹. 1839

[47] Kırmızı, s. 299.

[48] Kasap, s. 7-9.

[49] Kasap, s. 6.

[50] Özellikle İspanya'dan Osmanlı'ya gelen Sefarad Yahudileri sağlık hizmetinin görülmesine önemli bir rol oynamışlardır. Sefarad Yahudilerinden önce de özellikle II. Murat ve Fatih dönemlerinde Yahudi olan hekimbaşlıların vazifelenirildiği görülmektedir. Galanti, Avram. *Türkler ve Yahudiler*, Tan Matbaası, İstanbul, 1947, s. 101-102.

[51] Tanzimat devri, Mustafa Reşit Paşa tarafından hazırlanan Gülhane Hatt-ı Hümayunu'nun 1839'da başlamaktadır. Esasen batılılaşma ve reform hareketleri Tanzimat öncesi döneme II. Selim ve II. Mahmut dönemlerine görülsün reform politikası Tanzimat dönemiyle birlikte daha sistemli, kapsamlı ve sürekli hale gelmiştir. Tanör'e göre Tanzimat'ın üç farklı yönü bulunmaktaydı: Etkin siyasal güçlerin kurumsallaşması, kanunlaştırma hareketleri (özellikle Batı'daki kanunların iktibas), devlet teşkilat yapısında laikleşme. Tanör, Bülent. *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, 32. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2019, s. 97; Ortaylı'ya göre Tanzimat dönemini II. Mahmut döneminden ayıran temel hususiyet; II. Mahmut'un vefatıyla iktidarın fiilen bir padişah yerine Bab-ı Ali'ye geçmesidir. Böylelikle bürokrat kesim devletin idaresine egemen olmuştur. Ortaylı, İlber. *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*. 47. Baskı, Timaş Yayınları, İstanbul, 2018, s. 101.

Gülhane Hatt-ı Hümayunuyla başlayan ve Tanzimat devri olarak adlandırılan bu dönemde gerçekleştirilen reform hareketlerinde, Müslüman ve gayrimüslim tebaa arasındaki eşitsizliklerin giderilmeye çalışıldığı görülmektedir⁵². Bu reformları gerçekleştiren Bab-ı Ali, bu dönemde İttihad-ı Osmani fikrini benimseyerek, Osmanlı ülkesinde yaşayan farklı dini ve etnik toplulukların “Osmanlı” üst kimliği altında birleşmelerini temin etmek suretiyle devleti bekleyen parçalanmayı önlemeyi ve çöküşten kurtarmayı amaçlamıştır⁵³. Bilhassa 1856 yılında -Batılı devletlerin müdahaleleri doğrultusunda- ilan edilen Islahat Fermanı, gayrimüslim tebaayı onlara yeni hak ve imtiyazlar tanımış ve o güne kadar devam eden millet-i hâkime (ehl-i İslam)- millet-i mahkûme (ehl-i zimme/millet-i saire) anlayışını sona erdirmiştir⁵⁴.

Esasen gayrimüslimler 1840'lardan itibaren yerel meclislerde görevlendirilmeye başlanmış ve 1855 yılında alınan bir kararla gayrimüslimlerin mülki memuriyete ve askeriyede de “miralay” rütbesine kadar yükselebilecekleri kabul edilmiştir⁵⁵. 1856 Islahat Fermanı'nda tüm Osmanlı efradının kamu hizmetine/memuriyetine girebilecekleri kabul edilmiştir, bu gelişme gayrimüslimlerin bu çalışmada inceleme konusu yaptığımız kamu hizmetlerine girme hakkı bakımından da dönüm noktasıdır⁵⁶. Fiili olarak III. Selim döneminden itibaren sınırlı olarak uygulanan bu kural, Islahat fermanı ile hukuki/resmi bir zemine kavuşmuştur⁵⁷. Islahat fermanında vad edilen bu reform sayesinde gayrimüslim vatandaşların devlet kademelerinde istihdamları hususunda, 19. yüzyılın ikinci

[52] Gülhane Hattı Hümayunu'nda Devlet-i Aliyye'nin idaresinin ve milletin yeniden ihyası amacıyla yeni yasal düzenlemelerin yapılacağı ve Osmanlı tebaası olan ehl-i İslam ve millet-i sairenin (diğer deyişle diğer milletlerin-zimmîlerin) can, mal ve ırz dokunulmazlıklarının güvence altına alınacağı; adil vergilendirmenin, askere alma usulünün ve yargılama faaliyetlerinin çıkarılacak yeni yasalar ile korunacağı vaadinde bulunulmuştur. Bu ferman ile Batı fikriyatından yoğun olarak etkilenilmek suretiyle, idari ve siyasi teşkilatta kapsamlı değişikliklerin ve kanunlaştırma hareketinin yaşanacağı yeni bir reform dönemi başlamıştır. İnalçık, Halil. *Devlet-i Aliyye: Osmanlı İmparatorluğu Üzerine Araştırmalar-IV Ayanlar, Tanzimat, Meşrutiyet*, 7. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2019, s. 142; aynı yönde Tanör, s. 90; Yılmaz, Faruk. *Türk Anayasa Tarihi*, İz Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 216-217.

[53] Çetinsaya'ya göre İttihad-ı İslam'ın diğer ismiyle Osmanlılık ideolojisinin üç unsuru vardır: Birincisi hukuk önünde eşitlik; Gülhane hattı ve Islahat Fermanı başta olmak üzere pek çok yasal düzenleme, Osmanlı tebaası arasında eşitliğin temin edilmesine yöneliktir. İkincisi sosyal ve iktisadi kalkınmada eşitlik; buna göre 93 Harbine kadar ekonomik kalkınma projelerinin uygulandığı yerler gayrimüslimlerin yoğun olarak yaşadığı Balkanlardır. Üçüncüsü siyasal eşitlik, bu eşitlik türü de 1840'larda muhasıllık meclisleri başlayan ve Müslüman ve gayrimüslim tüm tebaanın parlamentoda temsil edilmesine dek uzanan bir süreci ifade eder. Çetinsaya, Gökhan. “İslami Vatandaşlıktan İslam Siyasetine”, 8. Baskı, *Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce 1. Cilt- Cumhuriyete Devreden Düşünce Mirası: Tanzimat ve Meşrutiyet Birikimi*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2009, s. 265- 266.

[54] Gümüş, Musa. “Anayasal Meşrutî Yönetime Medhal 1856 Islahat Fermanı'nın Tam Metin İncelemesi”, *Bilgi*, S. 48, 2008, s. 232.

[55] Kılıç, s. 244; Kırmızı, s. 302.

[56] Aykanat, Mehmet. “Legal Regulations to Equalize the Conditions of Employment into State Official Service in Ottoman Empire”, *Osmanlı Mirası Araştırmaları Dergisi*, C. 6, S. 14, 2019, s. 215.

[57] Gümüş, s. 223-224.

yarısından itibaren önemli değişiklikler yaşanmış⁵⁸; gayrimüslimlerin istihdamı yalnızca birkaç meslek grubu/vazife ile sınırlı kalmayarak Hariciye Nezareti başta olmak üzere pek çok devlet kademesinde görev alabilmeleri mümkün olmuştur.

Anayasal ve Yasal Düzenlemelerde Kamu Hizmetlerine Girme Hakkı

1876 Kânûn-ı Esâsî ile tüm Osmanlı efradının devlet hizmetlerine ehliyet ve liyakatleri ölçüsünde girebilecekleri belirtilirken (md. 19) yalnızca Türkçe bilmek şart koşulmuştur (md. 18). Böylelikle kamu hizmetine girme hakkı bakımından müsavat ilkesinin anayasal seviyede kabulü gerçekleşmiştir. Kânûn-ı Esâsî devlet memuriyeti için aranan vasıflara ilişkin düzenlemelerin kanunla yapılacağını belirtmiştir.

Konu hakkında yapılan önemli bir diğer düzenleme de 1881 tarihli Memurin-i Mülkiye Terakki ve Tekaüd Kararnamesi'nde yapılmıştır⁵⁹. “Memurin-i Evsafı ve Memuriyete Duhulü” adlı birincil fasıl ilk üç maddede memuriyete girişte aranan vasıflarla alakalıdır⁶⁰. Memurin-i Mülkiye Terakki ve Tekaüd Kararnamesi'ne göre memur olma şartları şunlardır:

- 1) Tebaa-i Devleti Osmaniyeden olmak (Osmanlı vatandaşı olmak),
- 2) Yirmi yaşını ikmal etmiş olmak (mülazemette (stajyerlikte) yaş sınırı 16'dır. Ancak maddede mülazımların 20 yaşına kadar maaş alamayacakları düzenlenmiştir),
- 3) Hüsn-i hulk sahibi (iyi huylu) olmak,
- 4) Memuriyetin gerektirdiği hususi malumata sahip olduğunu, tahsil ettiği mektepten almış olduğu şahadetnameyle veya erbab-ı vukuftan oluşan encümen huzurunda imtihanla ispat etmek,
- 5) Bir yıl hapis ve bu cezaya muadil ve daha ziyade ceza ile mahkûm edilmemiş olmak (md. 3).

Anayasa ve ilgili yasal düzenlemede görüldüğü gibi, devlet memuru olmak için Osmanlı vatandaşlığı aranmaktadır. Ancak istisna olarak aynı

[58] Bu konuda belirtmek gerekir ki 1856'da ilan edilen Islahat Fermanı Müslümanlarda bir matem havası yaratmış ve yüzyıllardır millet-i hâkime durumunda olan Müslümanların bu konularını kaybettikleri ve Osmanlı'nın aslında bu tarihte son bulduğu şeklinde itiraz ve tepkiler olmuştur. Bu nedenle Dadyan'a göre Ali Paşa ve Fuat Paşa gibi Islahat Fermanı'nın mimarları olan tanzimat ricali, gayrimüslimlerin önemli devlet görevlerine getirilmesi hususunda isteksiz davranmıştır. Ancak bu tutum 1866 Girit isyanında değişmiş ve gayrimüslim ahalinin hoşnutsuzluğunu gidermek amacıyla Krikor Ağaton Paşa, Naifa Nazırı olarak atanmıştır. Böylece Osmanlı tarihinde ilk kez bir gayrimüslim nazır olarak atanmıştır. Krikor Ağaton Efendi'nin ani ölümü sonrasında yine gayrimüslimlerden Cebel-i Lübnan Valisi Garabed Artin Davud Paşa Nafia nazırı olarak tayin edilmiştir. Bkz. Dadyan, s. 64-65.

[59] 23 Ağustos 1297 tarihli Me'murin-i Mülkiye Terakki ve Tekaüdü Kararnamesi, Düstur, I. Tertib, C. 4, Matbaa-i Amire, İstanbul 1299, s. 773-789.

[60] Düstur, C.4, s. 773-774; Aykanat, s. 215-220.

kararnamenin ikinci maddesine göre; “*Malumat-ı mahsusa erbabından olan ecnebinin lede-l-hâce irade-i şahane ile hizmet-i devlete kabulü caiz olur*”. Bu madde gereği padişahın iradesiyle ihtiyaç hasıl olması durumunda alanında uzman yabancılar da devlet memuriyetine alınabilirler. 1889’da çıkarılan bir irade-i seniyye ile yabancı memurlarla yapılacak mukavelenemeye muhakeme durumunda kendilerine Osmanlı vatandaşı gibi muamele edileceğini yönelik kayıt düşülmesi ve bunun sefaretlere tasdik edilmesi kuralı getirilmiştir⁶¹.

Bahsi geçen bu kararname dışında nahiye müdürlüğü⁶², tahrirat müdürlüğü⁶³, kaymakamlık⁶⁴ gibi daha üst düzey görevlere ve adli memuriyete ilişkin hususi yasal düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemelerde özetle vatandaşlık, yaş sınırı, Türkçe okuma ve yazmada vukufiyet, görevin gerektirdiği malumata sahip olma ve bunu İntihab-ı Memurin komisyonu huzurunda yapılacak imtihan ile kanıtlama gibi şartlar bulunmaktadır⁶⁵. Bu şartların Kânûn-ı Esâsî’de vurgulanan eşitlik ve ehliyet ilkelerine büyük ölçüde uyduğu söylenebilir. Nitekim devlet memuriyetine girişte ilk şart olarak aranan Osmanlı vatandaşı olma koşulu, kamu hizmetine girme hakkının siyasi hak olması sebebiyle doğaldır ve bu sebeple eşitlik ilkesine aykırı değildir⁶⁶. Aynı şekilde belirli bir yaş sınırının öngörülmesi doğal olduğu gibi; Türkçe bilme şartı da hem anayasal hem de yasal düzenlemelerle aranan bir koşuldur. Bu koşul devletin resmi yazışma dilinin Türkçe olması hasebiyle önemlidir, zira bir memurun

[61] Aykanat, s. 218; Mehmet Kenan, Hukuk-ı İdare, Tıpkıbasım, Transliterasyon: Murat Serdar Saykal, Hacer General, ed. Halit Uyanık, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami Onar İdare Hukuku ve İlimleri Uygulama ve Araştırma Merkezi, İstanbul, 2018, s. 15-16.

[62] Nahiye müdürlüğü için aranan şartlar şunlardır: (1) Osmanlı vatandaşı olmak, (2) İdadi mektebi mezunu olduğuna dair şahadetnamesi olmak veya beş sene tekaüde nail olabilecek hizmetlerde istihdam olunduğuna dair resmi belgesi olmak, (3) 25 yaşından aşağı, (4) 65 yaşında yukarı olmamak, (5) Hüsn-ü hulk sahibi olmak, (6) Hakkında cinayet ve 3 seneden fazla ceza mahkumiyeti olmamak (bununla ilgili belediye dairesinden alınacak şahadetname ile sunulmalı), (7) Türkçe ifade edecek derecede kitabet ve hesap bilgisi olduğuna dair ve vazifesinin gerektirdiği iş ve muamelata dair malumatı olduğunu komisyon huzurunda yapılacak imtihanla isbat etmesi lazımdır. (5 Safer 1306/29 Eylül 1304 tarihli Kaza Kaymakamları ile Nahiye Ve Tahrirat Müdürlüklerinin İntihab Ve Tayinine Memur Komisyonun Vezaifine Dair Nizamname, md. 11).

[63] Tahrirat müdürleri de nahiye müdürlüğü için aranan şartlara sahip olmasının yanında kaza tahrirat kalemlerinde, vilayet veya merkezi dairelerin mektubi ve tahrirat kalemlerinde kesintisiz 5 sene çalışma ve hesap ilmüne aşina olma, komisyonca esaslı bir madde hakkında tahrirat veya mazbata yazması ve yazısında imlaca hata olmaması ve idari ve adli meselelerde yeterli bilgi ve yetkinliğe sahip olduğunu komisyon önünde yapılacak imtihanda isbat etmesi gerekir. (5 Safer 1306/29 Eylül 1304 tarihli nizamname md. 12).

[64] Kaymakamlık için 11. Madde hükümlerinin tamamı aranır; ayrıca Türkçe kitabetinin iyi olması mülkiye ve adliye ve maliye ve zabtiye ve belediyeye müteallik kavanin ve nizamattan kaymakamlık vezaifine mevaddi ahkâmına malûmatı kâfiyesi olduğunu komisyon huzurunda bilimtihan ispat etmesi gerekir. ((5 Safer 1306/29 Eylül 1304 tarihli nizamname md. 13-14).

[65] Ayrıntılı bilgi için Mehmet Kenan, s. 19-25; İbrahim Hakkı, *Hukuk-ı İdare Dersleri*, C.1, Tıpkıbasım, Transliterasyon: Murat Serdar Saykal, Hacer General, ed. Halit Uyanık, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami Onar İdare Hukuku ve İlimleri Uygulama ve Araştırma Merkezi, İstanbul, 2018, s. 211-215.

[66] Mehmet Kenan, s.15.

görevini ve yapması gereken işleri layıkıyla yerine getirmesi için Türkçe okuyup anlaması lazımdır⁶⁷. Ancak belirtelim ki Türkçenin resmi lisan olması, meşrutiyet döneminde Meclis-i Mebusan'da görev yapan gayrimüslim mebuslarca tartışma konusu yapılmıştır⁶⁸. Belirli bir sürenin üzerinde ceza mahkumiyetinin olmaması koşulu açısından belirtelim ki, günümüzde kamu görevliliğine girişle alakalı yasal düzenlemelerde daha ayrıntılı hükümler vardır (Bkz. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, md. 48/A-5)⁶⁹. Bu koşulla alakalı Osmanlı yasal düzenlemelerine bakıldığında ise sadece genel bir süre sınır konulduğu görülmektedir, belirli suç tiplerinden mahkûmiyet koşulu düzenlenmemiştir.⁷⁰

Uygulamada Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşların Kamu Hizmetlerine İstihdamı Hususunda Yaşanan Gelişmeler

Tanzimat döneminde yaşanan gelişmelerle birlikte gayrimüslim Osmanlı vatandaşları yasal gelişmelere paralel olarak temsili nitelikteki siyasi organlarda (kaza, liva ve vilayetlerde kurulan yerel meclislerde ve belediyelerde ve nihayetinde Meclis-i Mebusan'da) görev almaya başlamışlar ve merkezi kurumlarda ve taşra teşkilatında devlet memuru olarak çalışabilmişlerdir⁷¹. Yine bu dönemde Gayrimüslimler arasından Osmanlı'ya bağlılığı olan iyi eğitilmiş kişilerin üstü düzey bürokrat ve yöneticiler tayin edilmiştir. Bu çerçevede 1838'de kurulan Meclis-i Vala-yı

[67] Son dönem Osmanlı hukukçularından Mustafa Asım ise çeşitli unsurları barındıran devlette ehli liyakat olup Türkçe bilmeyen kişiler elbette vardır. Ancak devletin dili Türkçedir ve resmi yazışmalar da Türkçe olarak yapılmaktadır. Bu sebeple devlet işlerini layıkıyla yerine getirmesi gereken memurun Türkçe bilmesi elzemdir. Mustafa Asım, *Hukuk-ı İdare ve Hukuk-ı Esasiye*, Tıpkıbasım, Transliterasyon: Murat Serdar Saykal, Hacer General, ed. Halit Uyanık, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ord. Prof. Dr. Siddik Sami Onar İdare Hukuku ve İlimleri Uygulama ve Araştırma Merkezi, İstanbul, 2018, s. 25.

[68] Kavanin ve Nizamattın Suret-i Neşr ve İlanı Hakkındaki Kanun Layihası, Nisan 1325'te mecliste görüşülürken mebuslar arasında vuku bulan tartışma için bkz. Özçelik, Ayfer. "Osmanlı Mebusan Meclisi'nde "Türkçe" Tartışması (Kavanin ve Nizamattın Suret-i Neşr ve İlanı Kanun Layihası Münasebetiyle)", *OTAM*, C. 13, S. 13, s. 215-226.

[69] Devlet Memurları Kanunu RG. Tarih: 23/7/1965, Sayı: 12056; bu kanunun md. 48/A-5'e göre kamu görevliliğine girişte "*Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar,*] zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmama" şartı aranmaktadır.

[70] Aykanat, s. 221.

[71] Muhasıllık ve Muhasıllık meclisi için bkz. Ortaylı, İlber. *Tanzimat Devrinde Osmanlı Mahalli İdareleri (1840-1880)*, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2000, s. 32-51; Yılmaz, Özgür. "Tanzimat Döneminde Osmanlı Taşra İdare Meclisleri (1840-1871)", *History Studies*, C.6, S. 6, 2014, s. 259-263; 1864 tarihli Tuna Vilayeti Nizamnamesi, 1867 ve 1871 tarihlerinde çıkarılan vilayet nizamnameleriyle her idari birimlin başında yöneticileriyle birlikte bir idare meclisi (sıra-sıyla Vilâyet İdare Meclisi, Livâ İdare Meclisi, Kazâ İdare Meclisi ve karyelerde İhtiyar Meclisleri) oluşturulmuş ve bu meclislere bölgenin sakinlerinden Müslüman ve gayrimüslim ahaliden aynı oranda üye seçilmesi kuralı kabul edilmiştir. Özkan, Eda. "19. Yüzyılda Osmanlı Devleti'nin İdari Taksimati (1839-1914)", *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, Fırat Üniversitesi SBE, 2017, s. 158; Ortaylı'nın belirttiği gibi Osmanlı hükümeti, çıkarılan nizamnamelerle mahalli idarelerde "yarı yarıya" temsil ilkesini hayata geçirerek Müslüman ve gayrimüslim vatandaşlar arasında bir denge siyaseti gütmüştür. Ortaylı, *Mahalli İdareler*, 76.

Ahkam-ı Adliye üyeliğine *Dadyan, Düzyan ve Vrogoidi* ailelerinden birer kişi ve bir Musevi sarraf atanmıştır⁷². 1868'de iki ayrı kuruma bölünen Meclis-i Vala'nın yerini alan Şurayı Devlet'in başlangıçta 44 azadan 14'ü gayrimüslim tebaadandır⁷³. Yine Meclis-i Vala'dan ayrılan Divan-ı Ahkam-ı Adliye'nin başkanlığına tayin edilen Ahmet Cevdet Paşa'yla beraber 13 aza daha bulunuyordu. Bu üyelerden beşi gayrimüslimdir⁷⁴.

Gayrimüslimler taşrada idari birimlerde; kaza, liva ve vilayetlerde kurulan yerel meclislerde ve belediyelerde görev alabilmişlerdir. Bu hususta hem merkezi yönetim hem de taşra yönetiminde gayrimüslimlerin bulunmasına ayrı bir önem verildiği görülmektedir. Gayrimüslim vatandaşların devlet görevi istihdam oranı, zaman zaman savaşlar nedeniyle dalgalanmalar yaşasa da 1870'li yıllarda doruk noktasına ulaşmıştır⁷⁵.

Merkezi bürokrasinin ihtisaslaştığı II. Abdülhamid devrinde, Meclis-i Umumi feshedilip Kânûn-ı Esâsî fiilen uygulamadan kalksa da gayrimüslimlerin kamuda istihdam edilmelerine devam edilmiştir. Bu dönemin ayrık özelliklerinden biri de tüm memurları kapsayacak şekilde memurlara dair önemli kişisel bilgilerin *Sicill-i Ahval* adı verilen defterlere kaydedilmesidir⁷⁶. Bu bağlamda merkezi personel kayıt sistemi uygulamaya konmuştur. Bu dönemde yerel memurluklarda gayrimüslimlerin oranında azalmalar mevcutsa da, yeni bir devlet politikası olarak merkez idari teşkilatın önemli makamlarına gayrimüslimlerin de getirildiği görülmektedir. II. Abdülhamid merkezdeki idari ve istişari kurullara İstanbul'un nüfuz ve ehliyet sahibi gayrimüslimlerini getirmekte sakınca görmemiş, bu dönemde Hariciye Nezareti'nin başına Aleksander Karateodori Paşa ve Sava Paşa gibi gayrimüslim nazırlar (bakanlar) tayin edilmiştir⁷⁷.

1908 Meşrutiyetinden sonra da, bu istihdam hareketi devam etmiş; kurulan hükümetlerde özellikle Ticaret ve Nafia Nazırlığı ve Hariciye Nazırlığı'nda gayrimüslimler de yer almıştır⁷⁸. Merkezi yönetim de olduğu gibi taşra yönetiminde de gayrimüslimlerin yönetici kadrolara atandığı

[72] Kırmızı, s. 302.

[73] 10 Mayıs 1868 tarihinde açılan Şurayı Devlet'in üyeleri Meclis-i Vala bünyesinde kurulan bir komisyon tarafından seçilmiştir. Bu komisyonda üçte bir oranında gayrimüslimlerden seçileceği kararlaştırılmıştır. Her ne kadar kaynaklarda 13'ü gayrimüslim toplam 41 üyenin seçildiği söylene de arşiv belgesinde bu sayı 44'tür. Kahraman, Olcay. "Osmanlı İdari Modernleşmesinde Şura-yı Devlet", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2020, s. 149-150; ilgili arşiv belgesi: BOA, İ.DUİT. 58/49 8 Muharrem 1285.

[74] Bu beş azanın ikisi Katolik Ermeni, biri Gregoryen Ermeni, biri Rum ve biri Bulgar'dır. Kılıç, s. 246.

[75] Kırmızı, s. 303.

[76] Sicill-i ahval defterleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sarıyıldız, Gülden. "Sicill-i Ahvâl Defterleri", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, S. 37, TDV Yayınları, İstanbul, 2009, s.134-136; Kırmızı, s. 304.

[77] Ayrıntılı bilgi için bkz. Kırmızı, s. 304-305; Sava Paşa ve Aleksandr Karateodori Paşa hakkında bilgi için bkz. Dadyan, s. 68-70.

[78] Kırmızı, s. 304.

görülmektedir. Bu çerçevede gayrimüslimlerin yoğun yaşadığı bölgelere valinin yanında gayrimüslim birer vali muavinleri atanmış, ayrıca Cebel-i Lübnan, Girit ve Sisam gibi gayrimüslimlerin yoğun olarak yaşadıkları yerlere gayrimüslim idareciler tayin edilmiştir⁷⁹.

Tanzimat ve Tanzimat sonrası dönemde gayrimüslim Osmanlı vatandaşları, önemli idari görevlere getirildikleri gibi Ticaret Mahkemelerinde de tercüman, tercüman muavini, mahkeme başkan ve üyeleri olarak istihdam edilmişlerdir⁸⁰. Belirtmek gerekir ki, gayrimüslimlerin idari görev alanında -ticaret mahkemelerinde- yargısal görevlere getirilmesinde, Osmanlı ticaretinin dışa açılması; bu bağlamda kapitülasyonlar sebebiyle idari ve adli nitelikli ayrıcalıklar etkili olmuştur. Ticaret mahkemelerine atanan gayrimüslimlerin ekserisi yabancı dil biliyordu ve Avrupa'da ticaret hukuku alanında eğitim almıştı⁸¹.

Osmanlıcılık İdeolojisinin İflası ve Bu Durumun Gayrimüslim Memurların İstihdamında Ortaya Çıkan Sorunlarla Olan İlişkisi

Çalışmamızın önceki bölümlerinde işaret edildiği üzere Tanzimat dönemiyle birlikte devletin temel politikası olan Osmanlıcılık fikri gereği, Müslüman ve gayrimüslim tebaa arasındaki eşitsizliklerin kaldırılmak ve böylelikle etnik ve dini kimliğin ötesinde bir "Osmanlı" kimliği meydana getirilmek istenmiştir⁸². Bu bağlamda yukarıda ele alındığı gibi gayrimüslimlere kamu hizmetlerine girme hakkı tanınmış ve bu hak kâğıt üstünde kalmayarak uygulamaya yansımıştır. Ancak ayrılıkçı ve milliyetçi hareketler, Osmanlı ülkesinde bilhassa gayrimüslim tebaa arasında yayılmış ve Avrupa'nın müdahaleleri bu sorunu derinleştirmiştir. Osmanlı Devleti kendisini kaçınılmaz olarak bekleyen çöküşü engellemek üzere Osmanlıcılığı, temel politika haline getirmesine ve pek çok alanda reformlar yapmasına rağmen beklenen sonda kaçmamıştır.

Islahat Fermanı, görünürde Müslüman ve gayrimüslimler arasındaki eşitliğin tesisinde ve "Osmanlı" kimliğinin oluşmasında etkili olsa da, eski düzenin devam ettirilmesine sebebiyet veren düzenlemeler içeriyordu. Söz gelimi Islahat Fermanı'nda millet sisteminin asrın koşullarına göre yeniden güncelleneceği belirtilmiş ve gerçekten sonrasında her bir

[79] Yine taşra yönetiminde Van'da Ohannes Ferid, Mamuretülaziz'de (Elazığ) İstefan, Sivas'ta Aristi, Edirne'de Todoraki, Kosova'da Daniş, İşkodra'da Ohannes Abdullah Efendiler ve Selanik'te Konstandini Aleksandros Paşa gibi gayrimüslim vali muavinleri görev yapmışlardır. Kırmızı, s. 305.

[80] Gayrimüslimler Ticaret Kanunnamesi'yle kurulan Divan-ı İstinaf'ta da (İstinaf Mahkemeleri) istihdam edilmişlerdir. Ermeni Ohannes Vahan Efendi, Rum Kostaki Fotyadi Efendi, Rum İstevraki Efendi, Yahudi Bohor Efendi, Rum Kostantinidi Aleksandrios Paşa gibi isimler Divan-ı İstinafta görev yapan gayrimüslimlerin bazılarıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kasap, s. 48-49.

[81] Örneğin Karateodori Paşa Paris'te hukuk doktorası yapmıştır. Yine 1868'tan itibaren Ticaret Mahkemesi üyeliklerinde bulunan Dikran Yusuf Efendi Paris'te ticaret hukuku alanında ihtisaslaşmıştı. Kasap, s. 46-47; Dadyan, s. 66.

[82] Çetinsaya, s. 265- 266.

cemaat için nizamnameler hazırlanmıştır⁸³. Bu durum ise Osmanlıcılık ideolojisiyle birlikte eski düzenin de bir ölçüde “gelişerek” devam ettiğini göstermektedir⁸⁴. Bu nizamnameler, ruhban sınıfına mensup kişilerin yanında sivil kişilerin de katılabilecekleri muhtelit meclis yapılanması da öngörmüş; böylelikle millet nizamı ulusal bir karakter kazanmıştır⁸⁵. Yekpare bir Osmanlı milleti yaratmaya çalışan Osmanlı politikaları yanında gayrimüslimlerin milli kimliklerinin gelişiminde katkıda bulunan bu gibi düzenlemelerin yapılması bir tezat oluşturmaktadır. Bunun en temel nedeni elbette Avrupa’nın sıklıkla gayrimüslimleri bahane göstererek Osmanlı hükümetine yaptığı baskılardır. Bu tür ikilikler idari, siyasi ve hukuki düzende de kendini göstermiştir⁸⁶.

Gayrimüslimlerin kamu görevlerine istihdamı konusuna tekrar dönecek olursa, diğer siyasi haklarda olduğu gibi bu hakkın da bazen memurlarca kötüye kullanıldığı, Osmanlı hükümetinin tespit ettiği hıyanet ve kamu güvenliği gereği, ilgili memurları azlettiği, yerlerine ise Müslüman memurları tayin ettiği görülmektedir. Örneğin 1311 (1895) tarihli bir tahrirat belgesinde Ankara’ya bağlı kazalardaki Ziraat Bankası şubelerinde Ermeni memurların banka imkanlarını kullanarak Ermeni köylerine silah tedarik ettikleri tespit edilmiş ve bunun üzerine bu kişiler görevlerinden alınarak yerlerine Müslüman memurlar tayin edilmesi istenmiştir⁸⁷. Yine bir başka belgede Yunanistan ile Osmanlı hükümeti arasının gerilimli olması sebebiyle, hudutta bulunan vilayetlerdeki gayrimüslim memurların azledilmesi veya başka yerlere tayin edilmeleri istendiği görülmektedir⁸⁸. Azledilen memurlar yerine Müslüman memurların görevlendirilmesinden, devletin asayiş ve güvenlik gibi kritik hallerde gayrimüslim memurlara güven duymadığı sonucu çıkarılabilir. Bu durum ayrılıkçı hareketlerin yarattığı güvensizlik ortamının, temel haklara ilişkin gelişmelere gölge düşürdüğünü göstermektedir.

[83] Bu nizamnamelerin tam metinleri için bkz. Reyhan, Cenk. “Osmanlı’da Millet Nizamnameleri: Avrupa ile Uyum Sürecinde Rum-Ermeni-Yahudi Cemaat Düzenlemeleri”, *Türk Tarih Kurumu Belgeler*, C. XXVII, S. 31, 2006, s. 45-90.

[84] Berkes ve Tanör’ün de işaret ettiği gibi Islahat fermanı ve sonrasında yapılan nizamnameler, bilhassa Hristiyan milletlerin kendi ulusal bağımsızlık arzularının bir “manifestosu” haline gelmiştir. Bkz. Berkes, s. 218; Tanör, s. 97.

[85] Reyhan, s. 43-44; Özçelik ise Tanzimat devriyle birlikte Millet sisteminden Osmanlıcılığa geçiş olduğunu; 1839 ve 1856’daki fermanlardan sonra millet sisteminin çöküşü anlamına gelen düzenlemeler yapıldığını ileri sürmektedir; ancak millet nizamnamelerinin varlığı ve bu nizamnamelerin gayrimüslim topluluklarında milli bilinçlerini uyandırdığı gerçeği, bu görüşü doğrulamamaktadır. Bkz. Özçelik, Ayfer. “Gayrimüslim Mebusların Bakış Açısıyla Osmanlıcılık”. *Belgi Dergisi*, S. 25, Ocak 2023, s. 240.

[86] Ortaylı, *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*, s. 210; Berkes, s. 223; Lewis, s. 152-154; Tanör, s. 102-103.

[87] BOA, Sadaret Mektubi Kalemi Mühimme Evrakı (MKT.MHM.), 703/12, 22.09.1311.

[88] BOA, Başbakanlık Osmanlı Arşivi Yıldız Perakende Evrakı Elçilik, Şehbenderlik ve Ataşemiliterlik (Y..PRK.EŞA.), 2/36, 20.12.1297.

SONUÇ

Siyasi haklardan biri olan kamu hizmetlerine girme hakkı gereği, devlete vatandaşlık bağıyla bağlı bulunan her fert; din, dil, ırk, siyasi veya felsefi görüş ayrımı yapılmaksızın devlet memuriyetine girebilir. Kamu hizmetlerine girme hakkının temelinde bulunan eşitlik, serbestiyet ve görevin gerektirdiği vasıflara sahip olma ilkeleri, kişilerin fırsat eşitliği ve liyakat çerçevesinde kamu görevlisi olabilmelerini sağlamaktadır.

Modern hukuk sistemlerinden farklı olarak bir görev olarak addedilen kamu hizmetlerine girme hususunda İslam hukukçuları gayrimüslimlerin istihdamlarını hoş karşılamasalar da, uzmanlık gerektiren ve Müslümanların amiri olmayacakları işlerde çalışmalarına cevaz vermişlerdir. İslam tarihinde de özellikle vergi tahsili gibi işlerde gayrimüslim memurların çalıştırıldığı, hatta tenfiz vezirliğine kadar yükselebildikleri görülmektedir.

Bir yanıyla şer'i hukuka dayanan Osmanlı Devleti de -klasik döneminde- gayrimüslim tebaayı dönemin koşullarına uygun bir şekilde düzenlediği kendine özgü bir sistem ile yönetmiştir. Klasik dönemde gayrimüslim devlet görevlisi çalıştırma durumu yaygın olmasa da tercümanlık, diplomatik saray hekimliği gibi alanlarda gayrimüslimlerin vazife aldıkları görülmektedir. Dahası Eflak ve Boğdan gibi imtiyazlı eyaletlerde Fenerli Rum aileler idareci olarak tayin edilmiştir.

1839 Gülhane Hatt-ı Hümayunu'yla Müslüman ve gayrimüslim tebaanın eşitliğine yönelik önemli adımlar atılmıştır. Islahat Fermanı'nda ise gayrimüslimler önemli haklar elde etmişlerdir ki, bu haklardan biri de kamu hizmetine girme hakkıdır. Osmanlı yönetimi, bu dönemde devletin içinde olduğu müşkül durumdan kurtarmak amacıyla günün gereklerini yerine getirmek ve dış baskıları bertaraf etmek amacıyla benimsediği "Osmanlılık" politikasıyla, gayrimüslim tebaanın haklarını (özellikle siyasi haklarını) genişletmiştir. Bunun neticesinde kamu hizmetine girme hakkı Osmanlı gayrimüslimleri için anayasal ve kanuni düzeyde tanınmıştır.

Konuyla ilgili kanuni düzenlemelere bakıldığında, kamu hizmetine girme hakkına ilişkin anayasal ilkeler olan serbestlik, eşitlik ve ehliyet ilkelerinin kabul edildiğini; günümüze benzer şekilde soyut, genel ve nesnel yasal düzenlemelerin olduğunu belirtmek gerekir. Uygulamada iyi eğitilmiş, yabancı dil bilen ve Osmanlı'ya bağlılığı bulunan gayrimüslimler; başta Hariciye, Ticaret, Nafia ve Maliye nezaretleri olmak üzere pek çok üst düzey kurumda, mahalli düzeyde yerel meclislerde, sağlık ve eğitim gibi pek çok alanda istihdam edilmişlerdir.

Tüm bu yasal gelişmelerin temelinde, Osmanlı tebaası olan tüm fertlerin, eşit haklara sahip birer vatandaş oldukları anlayışını yerleştirme gayesinin olduğunu belirtmek gerekir. Ancak bu gelişmelerin ötesinde, o dönemde tüm dünyayı saran ulusçuluk akımı, temel hak ve hürriyetlerdeki ilerlemeleri gölgede bırakmıştır ve Osmanlı üst kimliği yaratma girişimi akamete uğramıştır. Gayrimüslim tebaa içindeki milliyetçi hareketler, diğer haklarda olduğu gibi kamu hizmetine girme hakkının kullanımını da olumsuz yönde etkilemiştir. Ancak belirtelim ki tüm bu olumsuzluklara rağmen bu dönemde temel hak ve hürriyetlerde yaşanan gelişmeler, eşit vatandaşlık anlayışının gelişmesine katkıda bulunmuştur.

KAYNAKÇA

- Abu Jaber, K. S. "The Millet System in the Nineteenth Century Ottoman Empire", *The Muslim World*, C. LVII, S.3, 1967, s. 213-223.
- Adıgüzel, Adnan / Çakan, Barış, "Emeviler Döneminde Gayrimüslim İstihdamı (41-132/661-750)", *İstem*, C. 17, S. 34, 2019, s. 329- 351.
- Akgündüz, Ahmet. *Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlerin Yönetimi*, Timaş Yayınları, İstanbul, 2008.
- Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil. *Türk İdare Hukuku*, 17. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Akyılmaz, Gül. "Tanzimat'tan Önce ve Sonra Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlerin Hukuki Statüsü", *Yeni Türkiye Dergisi (Ermeni Özel Sayısı-II)*, C. 38, 2001, s. 671-686.
- Atçı, İsa. "İslâm Devletler Hukukunda Devletin Gayrimüslimlere Ait Mâbetler Hususunda Yürüttüğü Politikanın Dinî mi Yoksa Siyasî mi Olduğu Üzerine Bir İnceleme", *ATEBE*, S. 7, Haziran 2022, s. 15-36.
- Aydın, Bilgin. "Divan-ı Hümayun Tercümanları ve Osmanlı Kültür ve Diplomasisindeki Yerleri", *Osmanlı Araştırmaları*, C. XXIX, 2007, s. 41-86.
- Aydın, Mehmet Akif. "Osmanlı Hukukunun Genel Yapısı", *Osmanlı Devleti'nde Hukuk ve Adalet*, 3. Baskı, Klasik Yayınları, İstanbul, 2020.
- Aydın, Mehmet Akif. *Osmanlı Hukuku: Devlet-i Aliyye'nin Temeli*, İSAM Yayınları, Ankara, 2020.
- Aydın, Melikşah. *Klasik Dönem Osmanlı Yargılama Hukukunda Tanıklık*, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Aykanat, Mehmet. "Legal Regulations to Equalize the Conditions of Employment into State Official Service in Ottoman Empire", *Osmanlı Mirası Araştırmaları Dergisi*, C. 6, S. 14, 2019, s. 215-240.
- Barkey, Karen / Gavrilis, George. "The Ottoman Millet System: Non-Territorial Autonomy and its Contemporary Legacy", *Ethnopolitics*, C.15, S. 1, 2016, s. 24-42.
- Berkes, Niyazi. *Türkiye'de Çağdaşlaşma*, 29. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2019.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukuk-ı İslamiyye ve İstihalatı Fıkhiyye*, Cilt 3, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1988.
- BÖA, Başbakanlık Osmanlı Arşivi Yıldız Perakende Evrakı Elçilik, Şehbenderlik ve Ataşemiliterlik (Y..PRK.EŞA.), 2/36, 20.12.1297.
- BOA, İ.DÜİT. 58/49 8 Muharrem 1285.
- BOA, Sadaret Mektubî Kalemi Mühimme Evrakı (MKT.MHM.), 703/12, 22.09.1311.
- Bostancı, Ahmet. "İslam Kamu Hukukunda Gayrimüslimler", Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 1999.
- Braude, Benjamin. "Foundation Myths of the Millet System", *Christians and Jews in the Ottoman Empire, the Functioning of a Plural Society*, Editör: B. Braude ve B. Lewis, New York, 1982, s. 69-83.
- Can, Mehmet Emre. *Kamu Hizmetine Girme Hakkı Bakımından Görevin Gerektirdiği Nitelikler*, Adalet Yayınları, Ankara 2023.
- Çakan, Barış. "Emeviler Döneminde Gayrimüslim İstihdamı" Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi SBE, 2019.
- Çetinsaya, Gökhan. "İslami Vatansızlıktan İslam Siyasetine", 8. Baskı, *Modern Türkiye'de Siyasî Düşünce 1. Cilt- Cumhuriyete Devreden Düşünce Mirası: Tanzimat ve Meşrutiyet Birikimi*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2009, s. 265-276.
- Çiftçi, Cafer. "Bâb-ı Âlî'nin Avrupa'ya Çevrilmiş İki Gözü: Eflak ve Boğdan'da Fernerli Voyvodalar (1711-1821)", *Uluslararası İlişkiler*, C. 7, S. 26, Yaz 2010, s. 27-48.
- Dadyan, Saro. "Sultan Abdülaziz, V. Murad ve II. Abdülhamid Dönemlerinin Osmanlı Hariciyesinde Üst Düzey Gayrimüslim Bürokrat ve Diplomatlar", *Milli Saraylar*, S. 10, 2012, s. 66-72.

- Düstür, I. Tertib, C. 4, Matbaa-i Amire, İstanbul 1299.
- Ekinci, Ekrem Buğra. "Osmanlı İdaresinde Adem-i Merkeziyet ve İmtiyazlı Eyâletler", *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, S.6, 2008, s. 7-84.
- Ekinci, Ekrem Buğra. *Osmanlı Hukuku*, 5. Baskı, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2017.
- Ercan, Yavuz. *Osmanlı Yönetiminde Gayrimüslimler Kuruluştan Tanzimat'a Kadar Sosyal, Ekonomik ve Hukuki Durumları*, Turhan Kitabevi, Ankara 2001.
- Ercan, Yavuz. *Osmanlı Yönetiminde Gayrimüslimler: Kuruluştan Tanzimat'a Kadar Sosyal, Ekonomik ve Hukuki Durumları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001.
- Eryılmaz, Bilal. *Osmanlı Devletinde Gayrimüslim Teb'anın Yönetimi*, Risale Yayınları, İstanbul, 1990.
- Evren, Çınar Can / Uçar, İsmail. *Kamu Görevlileri Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Galanti, Avram. *Türkler ve Yahudiler*, Tan Matbaası, İstanbul, 1947.
- Gümüş, Musa. "Anayasal Meşrutî Yönetime Medhal 1856 İslahat Fermanı'nın Tam Metin İncelemesi", *Bilgi*, S. 48, 2008, s. 215-240.
- Güzel, Ahmet. "İslâm Geleneğinde Birlikte Yaşama Tecrübesi: Hulefâ-yı Râşidîn Örneği", *KSÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 27, 2016, s. 29-56.
- Hammâş, "Emeviler Döneminde Mevali ve Zımmîlerin İdarededeki Rolü", çev. İrfan Aycan, *AÜİF*, C. XXXVII, 1997, s. 175-190.
- İbrahim Hakkı, *Hukuk-ı İdare Dersleri*, C.1, Tıpkıbasım, Transliterasyon: Murat Serdar Saykal, Hacer General, ed. Halit Uyanık, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami Onar İdare Hukuku ve İlimleri Uygulama ve Araştırma Merkezi, İstanbul, 2018.
- İnalçık, Halil. "The Status of the Greek Patriarch under the Ottomans", *Turcica*, C. XXI-XXIII, 1991, s. 411-428.
- İnalçık, Halil. *Devlet-i Aliyye: Osmanlı İmparatorluğu Üzerine Araştırmalar-IV Ayanlar, Tanzimat, Meşrutiyet*, 7. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2019.
- Kahraman, Olcay. "Osmanlı İdari Modernleşmesinde Şura-yı Devlet", Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2020.
- Karakoç, İrem. *Hukuk Tarihinde Vatandaşlık-Yabancılık Statüsü*, Yetkin Yayınları, İzmir, 2012.
- Karaman, Hayreddin. *Mukayeseli İslam Hukuku*, C. III, İz Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Kasap, Sevilay. "Osmanlı Merkez Bürokrasisinde Gayrimüslimlerin İstihdamı (1839-1876)", Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul, 2011.
- Kenanoğlu, M. Macit. *Osmanlı Millet Sistemi: Mit ve Gerçek*. 4. Baskı, Klasik Yayınları, İstanbul 2017.
- Kılıç, Musa. "Osmanlı Hariciyesinde Gayrimüslimler (1836-1876)", Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 2009.
- Kılınç, Ahmet. "Reflection of Multiculturalism in Law: The Ottoman Experience". *Law & Justice Review*. Y. 8, S. 14, Haziran 2017, s. 79-94.
- Kırmızı, Abdülhamit. "Osmanlı Bürokrasisinde Gayrimüslim İstihdamı", *Divan: Disiplinlerarası Çalışmalar Dergisi*, C. 13, 2002.
- Kurtaran, Uğur. "Osmanlı İmparatorluğu'nda Millet Sistemi", *Kafkas Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 1, S. 8, Aralık 2011, s. 57-71.
- Lewis, Bernard. *Modern Türkiye'nin Doğuşu*, Çev. Boğaç Babür Turna, 10. Baskı, Arkadaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- Maverdi. *El-Ahkamüs-Sultaniyye*, Bedir Yayınları, İstanbul, 2018.
- Mehmet Kenan, Hukuk-ı İdare, Tıpkıbasım, Transliterasyon: Murat Serdar Saykal, Hacer General, ed. Halit Uyanık, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami Onar İdare Hukuku ve İlimleri Uygulama ve Araştırma Merkezi, İstanbul, 2018.

- Mustafa Asım, *Hukuk-ı İdare ve Hukuk-ı Esasiye*, Tıpkıbasım, Transliterasyon: Murat Serdar Saykal, Hacer General, ed. Halit Uyanık, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami Onar İdare Hukuku ve İlimleri Uygulama ve Araştırma Merkezi, İstanbul, 2018,
- Okur, Kâşif Hamdi. "İslam Hukukunda Miras Engeli Olarak Müslüman ve Gayrimüslim Arasındaki Din Ayrılığı", *Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi*, C. VII, S. 3, 2007, s. 95-119.
- Ortaylı, İlber. "Osmanlı İmparatorluğunda "Millet" Nizamı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Hamide Topçuoğlu'na Armağan, Ankara, 1995.
- Ortaylı, İlber. *İmparatorluğun En Uzun Yüzyılı*. 47. Baskı, Timaş Yayınları, İstanbul, 2018.
- Ortaylı, İlber. *Tanzimat Devrinde Osmanlı Mahalli İdareleri (1840-1880)*, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2000.
- Özcoşar, İbrahim. "Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlerin Hukuki Durumu ve Millet Sistemi", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, 2003, s. 124-139.
- Özçelik, Ayfer. "Gayrimüslim Mebusların Bakış Açısıyla Osmanlılık". *Belgi Dergisi*, S. 25, Ocak 2023, s. 235-256.
- Özdemir, Elif. "Osmanlı Devleti'nde Gayrimüslimlerin Hukuki Statüsüne Vatandaşlık Hakkı Açısından Bir Bakış", *EBYÜ-HFD*, C. 27, S. 2, Aralık 2023, s. 217-277.
- Özel, Ahmet. *İslam Hukukunda Ülke Kavramı: Darüİslam-Darülharb*, 4. Baskı, İz Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Özkan, Eda. "19. Yüzyılda Osmanlı Devleti'nin İdari Taksimatı (1839-1914)", Yayımlanmamış Doktora Tezi, Fırat Üniversitesi SBE, 2017.
- Papp, Sandor. "Eflak ve Boğdan Ahidnameleri Üzerine Bir İnceleme: Osmanlı İmparatorluğu'nun Kuzeybatı Hududundaki Hıristiyan Vassal Devletler", *Türkler*, C. 10, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 2002.
- Reyhan, Cenk. "Osmanlı'da Millet Nizamnameleri: Avrupa ile Uyum Sürecinde Rum-Ermeni-Yahudi Cemaat Düzenlemeleri", *Türk Tarih Kurumu Belgeler*, C. XXVII, S. 31, 2006, s. 33-90.
- Sargın, Yasemin. "Başlangıcından 1606'ya Kadar Osmanlı Devleti ile Eflak ve Boğdan Voyvodahkları Arasındaki İlişkiler", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Afyon Kocatepe Üniversitesi SBE, 2013.
- Sarıyıldız, Gülden. "Sicill-i Ahvâl Defterleri", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, S. 37, TDV Yayınları, İstanbul, 2009.
- Sezer, Yaşar. "Kamu Hizmetine Girme Hakkı", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.11, S. 3-4, 2003, s. 153-171.
- Sümer, Faruk. "Dihkan", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, C. 9, TDV Yayınları, İstanbul, 1994, s. 289-290.
- Tanör, Bülent. *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, 32. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2019.
- Yaman, Ahmet. "Zimmî", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, C. 44, TDV Yayınları, İstanbul, 2013
- Yılmaz, Faruk. *Türk Anayasa Tarihi*, İz Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Yılmaz, Özgür. "Tanzimat Döneminde Osmanlı Taşra İdare Meclisleri (1840-1871)", *History Studies*, C.6, S. 6, 2014, s. 253- 280.
- Zuhayli, Vehbe. *İslam Fıkhı Ansiklopedisi*. C. 8, Risale Yayınları, İstanbul 2012.

**MEDENİ USUL
HUKUKU**

HUKUK YARGILAMASINDA UZMAN GÖRÜŞÜ SUNULAN UZMAN KİŞİNİN DİNLENİLMESİ

Doç. Dr. Evren KOÇ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORC-ID: 0000-0003-1379-8771

evrenkoc@istanbul.edu.tr

ÖZET

Davanın taraflarınca, mahkemeden talep edilmeksizin, uyuşmazlık konusu hakkında alınan uzman görüşü HMK m. 293'te düzenlenmektedir. Bilirkişilik müessesinden farklı olarak uzman görüşünde, rapor sunan uzman ile mahkeme arasında doğrudan bir ilişki söz konusu değildir. Uygulamada uzman görüşü yerine mütalaa, bilimsel mütalaa, uzman mütalaa gibi terimler de kullanılmaktadır. Muhtelif çalışmalarda uzman görüşü başlığı altında uzmanın taraf bilirkişisi olarak nitelendirildiği de görülmektedir.

Bilirkişiler, mahkemelerin görevlendirmesiyle, ekseriyetle HMK ve Bilirkişilik Kanunu uyarınca düzenlenen listelerden seçilmeleri itibariyle taraf bilirkişilerine göre daha formal nitelikte bir görevi ifa etmektedirler. HMK m. 284 bilirkişinin TCK anlamında kamu görevlisi olduğunu düzenlemektedir. Uzman görüşü sunan uzman ise kamu görevlisi niteliğini haiz değildir. Uzman görüşü yahut diğer bir ifadeyle taraf bilirkişiliğinde uzman ile rapor, görüş talep eden taraf arasında bir hukuki ilişki kurulmaktadır. Karşılaştırmalı hukukta ve doktrinde bu hukuki ilişkinin niteliğine ilişkin farklı görüşler ileri sürülmekle birlikte en yaygın görüş, bu ilişkinin niteliğinin bir eser sözleşmesi olduğu yönündedir.

HMK m. 293/2, uzman görüşünü hazırlayan uzmanın mahkemede dinlenmesine karar verilebileceğini düzenlemektedir. Bu düzenlemenin, uyuşmazlığın yahut uyuşmazlığın esaslı unsurlarının aydınlatılması ve açığa kavuşturulması noktasında faydalı bir yöntem olduğu açıktır. Uzmanın mahkemede dinlenmesiyle hem hakimin hem de tarafların rapora ilişkin sorular sorabilmesi, raporda yer alan birtakım teknik bilgilerin uzman tarafından açıklanabilmesi mümkün olmaktadır.

Uzman görüşünün düzenlendiği HMK m. 293/3'te uzmanın mahkemenin davetine herhangi bir özrü bulunmaksızın gelmemesinin sonuçları

düzenlenmektedir. Kanun koyucu, mahkemenin çağrısına herhangi bir özü olmaksızın riayet etmeyen uzmanın sunduğu raporun mahkemeye değerlendirilmemesi sonucu bağlamaktadır. Gerek ceza davalarında gerek hukuk davalarında uzmanın mahkemede dinlenmesi talebi çoğunlukla taraflardan gelmektedir. Mahkemelerin bu talebi değerlendirmeleri noktasında bir yeknesaklığın sağlanamadığı görülmektedir. Dava dosyasında taraf beyanı olarak değerlendirmeye tabi tutulabilecek olan uzman görüşünün, uzmanın dinlenmesi suretiyle değerlendirilmesi yönünde bir karar verilir ise bunun ne şekilde gerçekleşmesi gerektiği hakkında özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Çalışmamızda mevcut mevzuat hükümleri kapsamında uzmanın duruşmada dinlenebilmesine ilişkin uygulamada ortaya çıkan farklı uygulamalar değerlendirilerek olması gereken hukuk açısından tespitlere yer verilecektir.

Bu çalışmamızda uzman görüşünün hukuki niteliği, uzmanın mahkeme huzurunda dinlenmesi, uzman tarafından hazırlanan raporun delil niteliği, bilgisine başvuru uzman ile bu başvuruyu yapan taraf arasındaki hukuki ilişkinin niteliği konuları uygulamadaki yansımaları çerçevesinde ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Uzman görüşü, Takdiri delil, Mütalaa, Uzman, Bilirkişi

PRIVATE EXPERTS' APPEARANCE IN COURT IN CIVIL TRIAL

ABSTRACT

The private expert report which means a report received by the parties to the case on the subject of the dispute, without being requested from the court is regulated in HMK Art. 293. Unlike the expert witness, in private expert report, there is not any direct relationship between the private expert and the court. In various studies the private expert is described as a party expert.

Legal experts are assigned by the court and this assignment process regulates in HMK and Expert Witness Code (Bilirkişilik Kanunu) which basis on a legal lists. With this aspect expert witness' assignment is more formal as its nature than private expert. HMK Art. 284 regulates that expert witness is a public officer according to the Turkish Penal Code(Türk Ceza Kanunu). Private expert is not a public officer. In private expert report, there is a legal relationship established between the party who requested report and the expert. There are different views put forward regarding the nature of this legal relationship in comparative law and doctrine. But for the most common view is that the nature of this relationship is a contract of work.

HMK Art. 392/2 regulates that the private expert who wrote the report may be heard in the court. This regulation is useful to clarify the dispute. By the appearance of the private expert in court, both judge and the parties can ask questions to private expert about the report and some points in the report which includes technical determinations can be clarify by the expert.

HMK Art. 293/3 regulates that there will be consequences if the private expert do not appear in court without any excuse. In the present case, the court will not consider the expert report. Both in civil cases and criminal cases mostly the parties demand that private expert's appearance in court. In practice, the courts give different decisions against those type of requests. Private expert's report is evaluate as a party's declaration who request the report from the expert. If the judge decide private expert's appearance in the court the law doesn't regulate that which procedure will be implement. In this study, we aim that discuss the procedure of

private expert's appearance in the court in terms of lex ferenda and the legislation in force.

The nature of the private expert's report, private expert's appearance in court, evidential value of the private expert report, nature of the legal relationship between the private expert and the party which request a report from the expert are discussed in terms of the situation in the practice.

Keywords: Private expert report, discretionary evidence, opinion, private expert, expert witness

GİRİŞ

Uzman görüşü, HMK m. 293'te düzenlenmektedir. Kanun koyucu taraflara dava konusuyla ilgili olarak uzmanından bilimsel mütalaa alma imkanı tanımaktadır. HMK m. 293'ün ikinci fıkrasında uzman görüşü alınması halinde uzman kişinin mahkemede dinlenmesi prosedürü düzenlenmektedir. Hakimin talep üzerine veya resen uzman kişinin dinlenmesine karar verebileceği hüküm altına alınmaktadır. Maddede kullanılan ifadenin lafzından ve madde gerekçesinden anlaşılan husus hakimin bu konuda takdir yetkisine sahip olduğudur. Maddenin takip eden kısmında da hakimin bu konu özelindeki takdir yetkisine ilişkin herhangi bir sınırlama getirilmediği görülmektedir. Dolayısıyla, hakimin dosyaya sunulan uzman görüşünü serbestçe takdir ettiği gibi; dava konusu uyuşmazlığa ilişkin olarak taraflarca alınan bilimsel mütalaa'yı hazırlayan uzmanın duruşmada dinlenmesi de tamamen hakimin takdirine bırakılmaktadır.

UZMAN GÖRÜŞÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ

HMK m. 293 "Uzman görüşü" başlığını taşımakla birlikte maddenin ilk fıkrasında "bilimsel mütalaa" terimine yer verilmektedir. Anlam itibarıyla bir farklılık arz etmemekle birlikte uygulamada da uzman görüşü yerine bilimsel mütalaa, mütalaa, taraf bilirkişisi, özel bilirkişi gibi terimler de kullanılmaktadır.

Uzman görüşünün niteliği; uzman görüşü almak üzere uzmana müracaat eden taraf ile uzman arasındaki hukuki ilişki ve uzman görüşünün delil niteliği özelinde iki başlığa ayrılmaktadır. Uzman ve görüşüne başvuran taraf arasındaki ilişkinin hukuki niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmekle birlikte ağırlıklı görüş eser sözleşmesi olduğu yönündedir.

Taraflar, dava konusu uyuşmazlığa ilişkin uzmanın görüşüne başvururlar. Bu görüşün yansıması çoğunlukla mahkemeye sunulmak üzere hazırlanacak bir rapordur. Uzman, kendisinden aydınlatması istenilen hususları uzmanlık gerektiren özel veya teknik bilgisini somut olaya uygulamak suretiyle bir rapor hazırlamaktadır. Bunun karşılığında uzmana belirli bir ücret ödenmektedir. Bu niteliği itibarıyla uzmanın eser sözleşmesinde yüklenici sıfatıyla hareket ettiği ileri sürülmektedir.

Taraf ve uzman arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin eser sözleşmesi olduğu ancak uzmanın üstleneceği ek yükümlülüklerin bu ilişkiyi vekalet sözleşmesi yahut hizmet sözleşmesi niteliğine kavuşturacağı görüşleri de ileri sürülmektedir. Kanaatimizce vekalet sözleşmesinin temelinde yatan iş görme edimi ve hizmet sözleşmesinin asli unsuru olan işverene bağımlılık, uzmanın üstlendiği sorumluluğun kapsamını ve görev tanı-

mını aşacak niteliktedir¹.

Uzman görüşü, açıklanan teknik veya özel bilgiler ışığında uyumsuzluk konusunun aydınlatılması noktasında etkisini göstermektedir. Uzman görüşüne başvuran tarafın nihai amacı da uzmandan alınan rapor ile yargılamanın seyrini, hakimın kanaatini olumlu yönde değiştirmektir. Uzman görüşünün bu etkisini göz önünde bulundurduğumuzda mahkemelerin uzman görüşünü bir takdiri delil olarak mı ele alacağı yoksa taraf beyanı niteliği mi atfedeceği önem kazanmaktadır.

Doktrinde hakim görüş, uzman görüşünün taraf beyanı niteliği olduğu yönündedir. Uzman görüşünün takdiri delil olarak değerlendirilmesi halinde bilirkişi raporuna denk bir statüde olduğu kabul edilmiş olacaktır. Uzman görüşüne başvurunun tarafların inisiyatifinde olması ve belirli bir ekonomik güç gerektirmesi perspektifinden bakıldığında takdiri delil olarak nitelendirilmesi halinde silahların eşitliği ilkesine aykırılık teşkil edebileceği de doktrinde ileri sürülmektedir.

Uzman görüşünün niteliği Yargıtay tarafından da taraf beyanı olarak değerlendirilmektedir. Nitekim Yargıtay bir kararında uzman görüşünü **“yazılı belgeye bağlı bir beyan niteliğinde”** değerlendirmiş ve uzman görüşünde yer alan maddi vakıaların, dava dilekçesinde ileri sürülen vakıalar gibi bağlayıcı etkisi olduğunu, mahkemece uzman görüşünün bağlayıcı etkisinin dikkate alınması gerektiğini karara bağlamıştır.²

Niteliği ne şekilde takdir edilirse edilsin uzmanın, taraflardan yalnızca biri ile arasında hukuki ilişki bulunuyor olması kanaatimizce uzman görüşünün takdiri delil olarak kabul edilmesini engellemektedir. Özel veya teknik bilginin açıklandığı bir taraf beyanı olarak kabulünün silahların eşitliği ilkesi muvacehesinde daha isabetli olduğunu düşünmekteyiz.

BİLİRKİŞİ RAPORU – UZMAN GÖRÜŞÜ

Bilirkişi incelemesi, HMK'nin İspat ve Deliller başlıklı dördüncü kısmının beşinci bölümünde, Bilirkişilik Kanunu'nda ve Bilirkişilik Yönetmeliğinde düzenlenmektedir.

HMK m. 266 çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren

[1] Elyıldırım, Hasan. *Hukuk Yargılamasında Uzman Görüşü(Özel Bilirkişi)*, Adalet, Ankara, 2021 s. 43

[2] *“Mahkemece netice olarak, bilirkişi raporundaki hesaplamalara itibar edilerek hüküm kurulmuştur. Uzman görüşü, bu görüşü sunan davacı taraf açısından yazılı belgeye bağlı bir beyan niteliğindedir. Bunun anlamı, uzman görüşünde yer alan maddi vakıaların, dava dilekçesinde ileri sürülen vakıalar gibi bağlayıcı etkisinin olmasıdır. Dosya kapsamından, mahkemece uzman görüşünün bu etkisi ile ilgili bir değerlendirme yapılmadığı, gerek hesaplama esas alınan (çalışma süresi, haftalık çalışma süresi, aylık ücret miktarı, aylık yemek bedeli vb gibi) unsurlar, gerekse hesaplanan alacak miktarları yönünden uzman görüşünün bağlayıcılığı üzerinde durulmadığı anlaşılmaktadır. Y. 9. HD. 15.03.2022 T. 2022/2237 E. 2022/3385 K.; Benzer yönde bkz. Y. 9. HD. 10.11.2022 T. 2022/10409 E. 2022/14702 K.*

hallerde bilirkişiye müracaat edilebileceğini düzenlemektedir. Bilirkişinin görevlendirilmesi, görevinin kapsamı, bilirkişiye yemin verdirilmesi, bilirkişinin yasaklılığı ve reddi, görev süresi, yükümlülükleri, yetkileri, raporun sunulması ve değerlendirilmesi, rapora itiraz, bilirkişinin hukuki ve cezai sorumluluğu HMK'de 266 ila 287. maddeler arasında kapsamlı bir biçimde ele alınmaktadır.

Bilirkişi raporu, dava malzemesi perspektifinden bakıldığında uzman görüşünden takdiri delil olması itibariyle ayrılmaktadır. Esasen çoğunlukla uzman görüşünü sunan uzman, bilirkişilik görevini üstlenebilecek nitelikleri ve donanımı haizdir. Ancak uzmana başvuru ve bilirkişi incelemesine başvuru arasındaki kritik ayrımlardan biri uzmana başvuru yalnızca taraf iradesine bağlıken mahkemece bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına resen de başvurulabilmesidir.

Doktrinde Toraman, uzman görüşüne başvurunun temel iki işlevinin bulunduğunu; bunlardan ilkinin mahkemece alınan bilirkişi raporunun aleyhe olan kısımlarına ilişkin ikinci bir görüş sunarak mahkemeyi tereddütte bırakmak, ikinci işlevininse bilirkişi raporunda tereddüt yaratabilecek hususları uzman görüşüyle desteklemek olduğunu ifade etmektedir.³

Yargıtay Hukuk Dairesi bir kararında, uzman görüşünün aleyhine olan bilirkişi raporlarının gerekçede açıklama yapılmaksızın hükme esas teşkil etmesini bozma sebebi olarak değerlendirmiştir. Zira Yargıtay, bilirkişi raporuyla uzman görüşü arasında çelişki olması halinde çelişkinin giderilmesi gerektiği görüşündedir. Çelişki giderilmeksizin bilirkişi raporunun hükme esas teşkil etmesi bozma sebebi olarak kabul edilmektedir⁴.

Yargıtay bir kararında da uzman görüşünden sonra bilirkişiden alınan ek raporda uzman görüşünün değerlendirilmiş olmasını da yeterli görmemiş gerekçeli kararda uzman görüşünün değerlendirilmemiş olması nedeniyle kararın bozulmasına karar vermiştir.⁵Taraf beyanı nite-

[3] Toraman, Barış. *Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi*, Yetkin, Ankara, 2017, s. 665-666

[4] "... Bu durumda mahkemece, davalıların vekilinin hükme esas alınan bilirkişi raporlarına karşı ileri sürdüğü ciddi itirazları karşılayacak, davalıların sundukları teknik rapor ile anılan bilirkişi raporları arasındaki çelişkileri giderecek yeni bir rapor alınıp oluşacak sonuç çerçevesinde karar verilmesi gerekirken davalıların vekili tarafından dosyaya ibraz edilen teknik rapor konusunda HMK'nın 293. maddesi hükmü de nazara alınarak bir değerlendirmede bulunulması gerekirken anılan teknik raporla ilgili olumsuz hiçbir değerlendirmede bulunulmadan yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir." Y. 11. HD. 23.11.2016 T. 2016/7139 E. 2016/9125 K.

[5] "Dosyaya ibraz edilen uzman görüşünde 17.07.2014 tarihli bilirkişi raporu ile tespit edilen görüşlerin aksine tespit ve görüşler ileri sürülmüş olup, bilirkişi raporu ile uzman görüşü ciddi şekilde çelişkiler içermektedir. Mahkemece alınan 17.11.2015 tarihli ek raporda uzman görüşüne yer verilerek değerlendirme yapılmışsa da, gerekçeli kararda uzman görüşüne hiç yer verilmemiştir. Uzman görüşü kararda gerekçeli olarak değerlendirilip tartışılmadan karar verilmiş

liğindeki uzman görüşünün kararda değerlendirilmemiş olması hukuki dinlenilme hakkı ve adil yargılanma hakkının ihlali sonuçlarını doğurabilecektir.⁶

Ayrıca Yargıtay muhtelif kararlarında uzman görüşünün kararda değerlendirilmemesinin hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil ettiğini, bu yönüyle de bozma sebebi olduğunu karara bağlamıştır:

*“Bu anlamda alınan bilirkişi raporuna, taraflardan biri, uzman görüşüne dayanmak suretiyle itiraz etmiş ve bu itirazlar mahkeme tarafından hiç değerlendirmeye alınmamış ve itirazlar gerekçeli bir şekilde karşılanmamış ise uzman görüşüne dayanan tarafın 6100 sayılı HMK’nın 27., Anayasa’nın 36. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsuru olan hukuki dinlenme hakkını ihlal etmiş olabilecektir.”*⁷

Mahkeme bilirkişi incelemesine karar verirken bilirkişinin görev alanını da belirlemektedir. Mahkeme, tarafların da görüşünü almak suretiyle inceleme konusunu bütün sınırlarıyla ve açıkça belirlemek, bilirkişi tarafından cevaplanması gereken soruları ve raporun verilme süresini kararında göstermek zorundadır (HMK m. 273).

Uzman görüşünde ise uyumsuzluk konusuna göre taraflar görüşüne başvurmak istedikleri uzmandan belirledikleri konular, cevaplandırılmasını istedikleri sorular ve aydınlatılması lazım gelen hususlar çerçevesinde bir rapor talep ederler. Uzman da özel veya teknik bilgisini somut olaya uygulayarak birtakım tespitlerde bulunur veya somut olayı uzmanlık bilgisini kullanarak açıklar. Bilirkişinin faaliyeti de esas itibarıyla bu kapsamda olmakla birlikte bilirkişilik görevi, temeli kamu hukukuna dayanan bir görevdir. Nitekim HMK m. 284’te bilirkişinin Türk Ceza Kanunu anlamında kamu görevlisi olduğu düzenlenmektedir. Uzman ise kendisine müracaat eden taraf ile arasındaki özel hukuk ilişkisine binaen rapor tanzim etmektedir.

UZMANIN MAHKEMEDE DİNLENİLMESİ VE DAVET USULÜ

“Hakim talep üzerine veya resen, kendisinden rapor alınan uzman kişinin davet edilerek dinlenilmesine karar verebilir. Uzman kişinin çağrıldığı duruşmada hakim ve taraflar gerekli soruları sorabilir.” (HMK m. 293/2)

HMK m. 293/2’de uzman görüşü sunan uzmanın mahkemede dinlene-

olması da usul ve yasaya aykırı olmuştur.” Y. 15. HD. 28.02.2019 T. 2018/4265 E. 2019/875 K.; Benzer yönde bkz. Y. 15. HD. 17.04.2019 T. 2018/2530 E. 2019/1841 K.

[6] Kaplan, Mikail Bora. “Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi Raporu ile Uzman Görüşü Arasındaki Çelişkinin Giderilmesi”, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2022, C:4, S:2, s. 557-586, s. 568

[7] Y. 15. HD. 10.11.2016 T. 2015/5127 E. 2016/4635 K.; Benzer yönde bkz. Y. 15. HD. 06.11.2017 T. 2017/1782 E. 2017/3805 K.; Y. 15. HD. 12.05.2020 T. 2020/230 E. 2020/1103 K.

bileceği düzenlenmektedir. Kanunun gerekçesinde uzmanın çağrılması ve mahkemede dinlenmesi düzenlemesinin amacının uzmanlık gerektiren konuların daha iyi aydınlatılabilmesi, çelişkili, eksik ya da yanlış bilgilerle yargılamanın olumsuz etkilenmesinin önüne geçilmesi olduğu ifade edilmektedir.

Uzmanın çağrıldığı duruşmaya geçerli bir özrü olmaksızın gelmemesinin müeyyidesi sunulan raporun mahkemece değerlendirilmemesidir (HMK m. 293/3). Kanun koyucu, raporla ilgili şüphelerin ancak uzmanın mahkemede dinlenmesi yoluyla giderilebileceğini, uzman gelmediği takdirde rapora dayanmanın doğru olmayacağı gerekçesiyle uzmanın duruşmaya gelmemesine bu sonucu bağlamaktadır.

Dava konusu uyuşmazlığın uzmanlık alanına dair kısmına ilişkin rapor tanzim eden uzmanın duruşmada dinlenilmesi kanaatimizce olumlu bir düzenlemedir. Zira teknik bir bilginin yalnızca rapor vasıtasıyla mahkemeye ve taraflara açıklanması her zaman mümkün olmamaktadır. Uzman, raporu hazırlarken her ne kadar kendisinden rapor talep eden tarafın soruları ve belirttiği aydınlatılması gereken hususlar üzerinde çalışmasını gerçekleştirse de bilirkişi raporunun taşınması gereken kanuni nitelikler uzman görüşünde söz konusu değildir. Raporda somutlaştırılmamış, sadeleştirilmemiş teknik bilgilerin aktarılmış olması kuvvetle muhtemeldir. Bu doğrultuda uzmanın mahkemede dinlenilmesi, hakim ve tarafların sorularını cevaplaması, raporunda yazdığı noktaları sözlü olarak açıklaması dava konusu uyuşmazlığın aydınlatılması noktasında pozitif bir etki sağlayabilecektir.

Kanun koyucu, uzmanın mahkemede dinlenebileceğini düzenlemekle birlikte uzmanın mahkemeye daveti usulüne ilişkin herhangi bir usul öngörmemiştir. Uzman, tarafların talebi üzerine ya da resen, verilecek bir kararla davet edilebilecektir. Uzmanın duruşmaya nasıl çağrılacağı, geçerli bir mazereti bulunduğu takdirde bu mazereti mahkemeye nasıl bildireceği ve bu mazeretin geçerliliğinin mahkemece takdir edilip edilemeyeceği gibi noktalarda açıklık bulunmamaktadır. Uzmanın davet usulü ve mahkemede dinlenilmesi kanunda düzenlenen diğer davet usulleriyle birlikte değerlendirilerek hangi hükümlerin HMK m. 293 ile değerlendirilerek uygulanabilir olduğu kanaatimizce tartışılması gereken bir konudur.

İsticvap

İsticvap, taraflardan birinin kendi aleyhine olan ihtilafı vakıa hakkında hakim tarafından sorguya çekilmesidir.⁸ İsticvaba taraflardan birinin talebi üzerine veya mahkemece resen karar verilebilir ve isticvabın ko-

[8] Yılmaz, Ejder. *Hukuk Sözlüğü*, 9. Baskı, Yetkin, Ankara, 2005, s. 581

nusunu davanın temelini oluşturan vakıalar ve onunla ilişkisi bulunan hususlar oluşturur(HMK m. 169).

İsticvapta davet usulü HMK m. 171’de düzenlenmektedir. İsticvabına karar verilen kimseye bizzat davetiye gönderilir ve davetiyede isticvab konusu vakıalar gösterilir(m. 171/2). Çağrılan tarafın özürsüz olarak belirtilen gün ve saatte mahkemeye gelmemesi veya gelmesine rağmen soruları cevapsız bırakmasının müeyyidesi isticvaba konu soruların ikrar edilmiş sayılmasıdır(m.171/2).

Tanıkların Daveti

Tanık, kanunda düzenlenen takdiri delillerdendir. Tanıklığa ilişkin hususlar HMK’nin 240 ila 265. maddeleri arasında düzenlenmektedir. Tanık da tarafların çağrılmasında olduğu gibi davetiye ile çağrılır. İsticvaptan farklı olarak tanığın davetinde telefon, faks, elektronik posta gibi araçlardan yararlanılmasına da imkan tanınmaktadır(HMK m. 243/3). Ancak tanığın davetinde bu imkanlardan yararlanılmış olması halinde davete uymamaya bağlanan sonuçlar meydana gelmeyecektir.

Tanık, çağrıya uymakla mükelleftir. Aksi takdirde mazeret bildirmeksizin duruşmaya gelmeyen tanık zorla getirilir, gelmemesinin sebep olduğu giderlere ve beş yüz Türk lirasına kadar disiplin para cezasına hükümlenir (m. 245).

Bilirkişinin Mahkemede Dinlenilmesi

Bilirkişinin oy ve görüşünün yazılı veya sözlü olarak bildirilmesine karar verilebilecektir (m. 279/1). Uygulamada bilirkişiler oy ve görüşlerini yazılı olarak mahkemeye sunmaktadırlar. Ancak gerek görülmesi halinde mahkemece bilirkişinin görüşünün sözlü olarak alınmasına da karar verilebilir. Bilirkişi, raporunda bildirdiği oy ve görüşünü mahkeme huzurunda hakimin ve tarafların sorularını da cevaplamak suretiyle açıklayabilecektir.

Bilirkişinin davete uygun olarak mahkemede hazır bulunmaması, hazır bulunmasına rağmen yemin etmekten imtina etmesi veya süresinde oy ve görüşünü bildirmemesi halinde tanıklığa ilişkin disiplin hükümleri uygulanacaktır (m. 269/2).

Tarafların Dinlenilmesi

Taraf, tahkikat aşamasında davada ileri sürdükleri vakıalar hakkında dinlenebilecektir. Tarafların dinlenilmesine ilişkin karar yargılamayı yürüten hâkim tarafından resen verilebilecek olup, tarafların dinlenilmesi için taraflara davetiye gönderilmesi gerekmektedir. HMK m.144/2 uyarınca, mahkemenin dinlenilmek üzere tarafları davet etmesi halinde

tarafalara vereceği süre iki haftadan az olamaz. Bu sürenin azaltılıp arttırılabileceği de düzenlenmiştir.

Tarafın dinlenilmesi HMK m.25 ve m.31 kapsamında ele alındığında, taraflarca getirilmesi ilkesi uyarınca iddia ve savunma kapsamındaki vakıalarla sınırlı bir dinlenme faaliyetinin yapılması gerektiğini belirtmek gerekir. Ayrıca hâkimde, dosya da yer alan dava malzemesini, davanın aydınlatılması amacıyla açıklattırabilmektedir.

Tarafın dinlenilmesi, hukuki dinlenme hakkının da yargılama da gerçekleşmesine hizmet etmektedir. Özellikle HMK m.27/f.2 (b); açıklama ve ispat hakkı düzenlemesi uyarınca, tarafın ileri sürüdüğü vakıayı şifahi olarak, mahkeme huzurunda, sorulara vereceği cevaplarla birlikte sunması, yargılama da maddi gerçeğe ulaşılabilmesine hizmet edecektir.

Tüm bu unsurlar değerlendirildiğinde, uzman görüşünün HMK'da yer alan düzenlemesi ve davet usulünün Tarafların dinlenilmesi 'ne dair düzenlemeye uygun bir niteliğe sahip olduğu belirtilebilecektir.

Davet Usulleri Çerçevesinde Değerlendirme

Uzman görüşü sunan uzmanın mahkemede dinlenilmek üzere davet usulünde kısaca değindiğimiz davet usullerinin tamamında karşılaştığımız davetiye gönderilmesi yolunun kullanılması gerekmektedir.

Tanığın ve bilirkişinin davete uymamasının sonuçları disiplin cezası olarak düzenlenmektedir. Uzmanın duruşmaya gelmemesinin sonucu kanunda açıkça düzenlendiği için tanığa ve bilirkişiye uygulanacak zorla getirme ve disiplin para cezalarının uzman açısından uygulanması mümkün değildir.

Uzmanın, tanıklıkta olduğu gibi telefon, faks, elektronik posta gibi araçlardan yararlanılarak davet edilmesinin mümkün olup olmadığı da gündeme gelebilecektir. Kanaatimizce uzmanın duruşmaya daveti istivcapta olduğu gibi davetiye usulüyle gerçekleşmelidir. Yargıtay kararlarında ve doktrinde ağırlıklı olarak kabul edildiği üzere uzman görüşü taraf beyanı niteliğini haizdir. Bu doğrultuda uzmanın dinlenmesi, tarafın dinlenmesiyle önemli benzerlikler içermektedir. Tarafların iddialarını dayandırdığı vakıaların, uzman raporunda değerlendirilmesi esas olduğundan tarafların dinlenilmesinde olduğu gibi uzman da aynı dava malzemesi hakkında ve sunduğu rapor kapsamında beyanda bulunabilecektir. Ayrıca, HMK m. 293'de yer alan, uzmanın çağrılmasında ki ihtiyari nitelik, tarafın davet edilmesinde de bulunmakta, aksi durum bir yaptırımla müeyyidelendirilmektedir.

Uzmanın Çağrıldığı Duruşmaya Gelmemesi

Uzman, davet üzerine çağrıldığı duruşmaya mazeret bildirerek yahut mazeret bildirmeksizin katılmayabilir. Mazeret bildirmeksizin duruşmaya gelmeyen uzmanın sunduğu rapor mahkemece değerlendirmeye alınmayacaktır. Bu yaptırımın taraf ile uzman arasındaki ilişki bakımından önemli olduğu açıktır. Nitekim taraf ile uzman arasında kurulan hukuki ilişki amacına ulaşamayacaktır. Temeli itibarıyla uzmanın ifasını üstlendiği edim rapor hazırlamak olmakla birlikte bu raporun mahkemeye sunulmak üzere hazırlandığı konusunda şüphe bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir durumda tarafın uzmandan sözleşmeye aykırılık iddiasıyla talepte bulunup bulunamayacağı da gündeme gelebilecektir. Raporun sunulduğu dosyada karşı tarafın talebi üzerine de uzmanın dinlenilmesi yönünde karar verilebilecektir. Her iki durumda da raporu düzenleyen uzman ile raporun sunulduğu taraf arasındaki hukuki ilişkinin özelliğine göre sonuçların doğması mümkündür.

Uzmanın mazeret bildirerek duruşmaya katılmaması halinde mazeretin geçerliliğini hakim takdir edecektir. Mazeret, başta taraflar olmak üzere duruşmanın aktörü olabilecek tüm süjeler bakımından önemli bir konudur. Mazeretin geçerliliği konusunda kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce mazeretin geçerliliğinin belirli bir çerçevede ele alınması sakıncalı sonuçlar doğurma tehlikesini beraberinde getirecektir. Bu kapsamda hakim mazereti, duruşmaya daveti mümkün olan taraf, vekil ve bilirkişilere özgü mazeret hallerinden istisna tutmamalıdır. Özellikle mesleki nitelikte olan mazeretin ayrıca tevsik edilmesi halinde, mazeretin kabulünün uygun görülmesi gerekir.

Uzmanın sunacağı mazeretin geçerli olup olmadığının takdiri raporun geçerliliği ve bu nedenle hakim karar tesis ederken dikkate alacağı dava malzemelerinden birinin akıbetini belirlemektedir. Mazeretin kabulü veya reddi tamamen hakim kararında olup mazerete ilişkin bir karar verilmesi ise zaruridir. Yargıtay bir kararında, hakim uzmanın mazereti hakkında karar vermeksizin hüküm kurmasını bozma sebebi olarak değerlendirmiştir.⁹ Kanaatimizce de uzmanın çağrıldığı duruşmaya bildirmiş olduğu mazeretin tarafın gönderdiği mazerete uygulanması gereken prosedür kapsamında değerlendirilmesi ve buna göre karar tesis edilmesi gerekmektedir.

[9] “Yargılama sırasında davacı tarafça dosyaya 13.05.2013 tarihli uzman görüşü sunulmuştur. Mahkemece söz konusu uzman görüşünde açıklanan bilimsel mütalaa ile bilirkişi raporunda açıklanan görüş arasındaki çelişki nedeniyle HMK’nın 293. maddesi gereğince uzmanın duruşmada dinlenmesine karar verilmiştir. Ancak, belirlenen duruşma günü bilimsel mütalaa düzenleyen uzmanın mazeretini bildirerek duruşmaya gelmemesi üzerine, Mahkemece HMK’nın 293/3. maddesi uyarınca uzman tarafından bildirilen mazeret hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmeksizin belirlenen celse dinlenen bilirkişi heyeti görüşü nazara alınarak hüküm tesisi usule aykırı olup, hükmün temyiz eden davacı yararına bozulması gerekmiştir.” Y. 11. HD, 16.04.2014 T., 2014/300 E., 2014/7514 K.

SONUÇ

Uzman görüşü, içeriğinde özel veya teknik bilgiyi barındıran, uzmanlık gerektiren bir konuda hazırlanmış taraf beyanı niteliğindedir. Uzman görüşü taraf beyanı niteliğinde kabul edilmekle birlikte Yargıtay kararlarında uzman görüşüne atfedilen değer de göz önünde bulundurulduğunda yargılama süresince sunulan beyanlardan farklı bir önemi haizdir.

Kanunun gerekçesinde de görüldüğü üzere uzmanın duruşmada dinlenmesine talep üzerine veya resen karar verilirken esas alınacak husus raporda açıklanması gereken, belirsizlik içeren hususların olup olmadığıdır. Böyle bir durumun olup olmadığını hakim takdir edecektir ve varacağı kanaate göre uzmanın mahkemede dinlenilmesine karar verebilecektir.

Uzmanın davet usulü kanunda düzenlenmemiş olmakla birlikte hukuki niteliği de göz önünde bulundurulduğunda kanaatimizce, uzmanın duruşmaya, tarafların dinlenilmesi prosedürü kapsamında düzenlenecek olan davetiye marifetiyle çağırılması gerekmektedir. Mazeret sunulması halinde hakim bu mazereti değerlendirirken geniş bir takdir yetkisine sahip olması ve esnek davranması kurumun kanunda düzenlenme amacına uygun olacaktır.

KAYNAKÇA

- Elyıldırım, Hasan. *Hukuk Yargılamasında Uzman Görüşü(Özel Bilirkişi)*, Adalet, Ankara, 2021
- Kaplan, Mikail Bora. "Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi Raporu ile Uzman Görüşü Arasındaki Çelişkinin Giderilmesi", *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, C:4, S:2, s. 557-586
- Toraman, Barış. *Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi*, Yetkin, Ankara, 2017
- Yılmaz, Ejder. *Hukuk Sözlüğü*, 9. Baskı, Yetkin, Ankara, 2005

HUKUK YARGISINDA ALENİYET VE ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 26.10.2023 TARİHLİ E. 2020/73, K. 2023/181 SAYILI KARARI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Dr. Öğr. Üyesi Nurullah BAL

Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORC-ID: 0000-0002-3477-5336

nurullahbal@erbakan.edu.tr

ÖZET

Aleniyet ilkesi, adil yargılanma hakkının önemli bir unsuru olarak tüm yargılamalarda önem arz eden temel bir ilkedir. Nitekim aleniyet ilkesi, hukuk düzeni içerisinde resmi yargı mercileri nezdinde yürütülen yargılama faaliyetlerinin şeffaflığının sağlanması suretiyle bireylerin yargıya olan güveninin tesis edilmesini sağlar. Bu yönüyle yargılamalar üzerinde kamusal denetim aracı olarak ifade edilebilir. Aleniyet ilkesi, bu amaç ve işlevinin arz ettiği öneme istinaden AİHS m. 6 kapsamında adil yargılanma hakkının unsurları içerisinde ve Anayasa m. 141 çerçevesinde doğrudan düzenlenmiştir. Kuşkusuz hukuk yargılamasında da geçerli olan aleniyet ilkesi Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 28'de de açıkça düzenlenmiştir. Bununla birlikte söz konusu düzenleme, Kanun'un hazırlık sürecinde aleniyet ilkesinin istisnaları bağlamında, esasen birtakım hâllerin açıkça düzenlenmesi suretiyle öngörülmüşken, Anayasa'nın 141'inci maddesi de dikkate alınarak yalnızca "genel ahlak" ve "kamu güvenliği" sebepleriyle sınırlı şekilde kanunlaşmıştır. Ne var ki aleniyet ilkesi çerçevesinde, diğer birtakım temel hakların korunmasına yönelik olarak gizlilik kararı alınması ihtiyacının varlığı hâlinde, gizlilik kararı alınmadığından, söz konusu temel hak ihlalleri ortaya çıkmıştır. Anayasa Mahkemesi nezdinde bireysel başvuru kararlarına da yansıyan bu durumun önüne geçilmesi amacıyla 7251 sayılı Kanun ile "... yargılamayla ilgili kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin kesin olarak gerekli kıldığı hâller..." ifadesi anılan hükme eklenmiştir. Ancak ilgili değişiklik sonrasında, söz konusu eklenen ifade, Anayasa'nın m. 13 ve m. 141 hükümlerine aykırı olduğu iddiasıyla iptal talebiyle Anayasa Mahkemesi'ne taşınmış ve Mahkeme tarafından E. 2020/73, K. 2023/181 ve 26.10.2023 tarihli kararıyla iptal edilmiştir. Öğretide anılan HMK m. 28 düzenlemesinin kanunlaşma süreci ve sonrasına ilişkin mevcut sorunların eleştirisi bir yana, bizatihi Anayasa Mahkemesi'nin bireysel

başvuru çerçevesinde verdiği kararları ile ortaya konulduğu üzere, aleniyet ilkesinin sınırlandırılabilceği hâllerin, modern hukuk sistemleri bağlamında birey özgürlüklerinin geldiği nokta karşısında dar tutulmuş olduğu izahıtan varestedir. Dahası Anayasa Mahkemesi'nin, söz konusu kararında esas yönünden doğru karar vermiş olsa da, bizatihi kendisinin kararlarına da yansıyan ve ayrıca kendisinin geliştirdiği anayasanın bütünselliği ilkesinden sarfınazar ederek sonuca ulaşmış olması, söz konusu karar çerçevesinde aleniyet ilkesinin ve mevcut durumun değerlendirilmesi ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Bu çerçevede çalışmada, aleniyet ilkesi hem genel olarak hem de hukuk yargısı bağlamında ele alınacak, ardından anılan Anayasa Mahkemesi Kararı değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Aleniyet İlkesi, Adil Yargılanma Hakkı, Genel Ahlak, Kamu Güvenliği, Medeni Usûl Hukuku.

PUBLICITY IN CIVIL PROCEDURE TRIALS AND THOUGHTS ON THE CONSTITUTIONAL COURT'S DECISION E. 2020/73, K. 2023/181 AND T. 26.10.2023

ABSTRACT

As an essential constituent of right to fair trial, the publicity principle is important and goes for all jurisdictions. As a matter of fact, the publicity principle provides individuals to put faith in judiciary system by supplying transparency on official judiciary proceedings. With this aspect, it can be stated as a tool of public audition on jurisdictions. Relying on the importance of publicity principle's aim and function, it has been directly regulated as a constituent of right to fair trial in European Convention on Human Rights Art. 6 and Turkish Constitution Art. 141. Undoubtedly, the principle of publicity, which is also valid in civil proceedings, is clearly regulated in Art. 28 of Turkish Civil Procedure Law. However, within the context of exceptions of publicity principle, this regulation was envisaged with some specific situations, but it enacted with just "public morality" and "public safety" considering Turkish Constitution Art. 141. Neverthelater in the context of publicity principle, when it comes to needing to get confidentiality order to protect some specific fundamental rights, violations of those rights has came up sight due to can't get confidentiality order. In order to avert this situation, which is also reflect on individual application decisions of Constitutional Court, "... Situations where it is absolutely necessary for a superior interest of the persons involved in the trial that is worth protecting..." statement is added with the Law no. 7251 to the aforesaid article. But after that supplementation, the added statement, is taken to Constitutional Court as an object of action of unconstitutionality and be cancelled within the decision E. 2020/73, K. 2023/181 dated 26.10.2023. Apart the criticism in doctrine upon the legalization process and after legislation of the Art. 28, as it stated by in and on itself Constitutional Court's individual application decisions, it is axiomatic that the exception situations of publicity principle is regulated cramped against the level of individual rights of freedom which took place in modern law systems. Furthermore, even the Constitutional Court has decided the correct decision by means of substantive jurisdiction, disregarding of unity of constitution principle which is stated per se Constitutional Court's decisions and made by itself,

caused the neediness to evaluate the publicity principle and existing state within the frame of aforementioned decision.

In this context, in this study, the principle of publicity will be discussed both in general and in the context of civil justice, and then the aforementioned Constitutional Court Decision will be evaluated.

Keywords: Publicity Principle, Right to Fair Trial, Public Moral, Public Safety, Law of Civil Procedure.

GİRİŞ

Anayasa Mahkemesi, E. 2020/73, K. 2023/181 Sayılı 26.10.2023 Tarihli Kararı ile, Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 28 hükmüne 7251 sayılı Kanun m. 2 ile eklenen “... yahut yargılama ile ilgili kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, ilgilinin talebi...” ibaresine yönelik iptal kararı vermiştir. Anılan düzenleme, aleniyet ilkesinin maddenin önceki hâli kapsamındaki sınırlama sebeplerinin yalnızca genel ahlâk ve kamu güvenliği şeklinde olması nedeniyle AİHS m. 6 ve gelişmiş batı hukuk düzenlerindeki daha geniş kapsamlı sınırlama sebeplerine nazaran eksikliğine dair öğretilerde ifade edilen ve somut uyuşmazlıklar bağlamında bireysel başvurulara da konu olarak bireylerin temel hak ihlallerine neden olan düzenlemedeki eksikliklerin giderilmesi ve sorunların önüne geçilmesi amacıyla getirilmiştir. Ancak ne var ki Anayasa Mahkemesi, anılan kararında, kendisinin de uyguladığı anayasanın bütünselliği ve pratik uyum ilkelerini göz ardı ederek verdiği iptal kararıyla, bireylerin korunmaya değer üstün menfaatlerinin varlığına rağmen gizlilik kararının alınamamasına yol açarak, hukuk düzeninin gelişimi açısından deyim yerindeyse geriye gidişe sebep olmuştur. Şu hâlde adil yargılanma hakkı ve aleniyet ilkesinin önemi de dikkate alındığında, söz konusu kararın değerlendirilmesi ve sorunlara çözüm önerisi getirilmesi elzemdir.

ADİL YARGILANMA HAKKININ TEMEL BİR UNSURU OLARAK ALENİYET İLKESİ

Adil yargılanma hakkı, bireylerin resmî yargı mercileri önünde bağımsız ve tarafsız mahkemeler eliyle, makul sürede, aleni bir şekilde ve hakkaniyete uygun olarak haklarını koruyabilme imkânını ifade eden temel bir insan hakkıdır¹. Adil yargılanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m. 6 ve Hak Arama Hürriyeti başlıklı Anayasa m. 36’da düzenlenmiştir. Adil yargılanma hakkı, yalnızca kararın adil olmasını değil, aynı zamanda yargılama sürecinin de adil olmasını ifade eder² ve bu yönleriyle tüm yargılama hukuklarında geçerlidir³.

Adil yargılanma hakkı, temel bir insan hakkı olarak birtakım alt unsurlardan mürekkeptir⁴. Bağımsız ve tarafsız yargı mercii önünde yargılanma hakkı, hukukî dinlenilme hakkı, makul sürede yargılanma hak-

[1] Adil yargılanma hakkı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez, Hakan. “Medenî Yargıda Adil Yargılanma Hakkı”, *İzmir Barosu Dergisi*, Yıl 1997, S. 2, s. 35 – 55.

[2] Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel. *Medenî Usûl Hukuku*, 9. Baskı, Yetkin, Ankara 2023, s. 149.

[3] Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin. *Medenî Usûl Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin, Ankara 2023, s. 106 vd.

[4] Tanriver, Süha. “Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, *TBB*, Yıl 2004, S. 53, s. 191 – 215, s. 193 vd.

kı gibi her birisi iç hukuk mevzuatımızda gerek Anayasa'da gerekse de hukuk yargısı bakımından HMK'da ayrı ayrı düzenlenen bu alt unsurlardan bir tanesi de aleni yargılanma hakkıdır. Aleni yargılanma hakkı, diğer ifadeyle aleniyet ilkesi, hukuk düzeni içerisinde resmi yargı mercileri nezdinde yürütülen yargılama faaliyetlerinin şeffaflığının sağlanması suretiyle bireylerin yargıya olan güveninin tesis edilmesini sağlar. Bu yönüyle yargılamalar üzerinde kamusal denetim aracı olarak ifade edilebilir⁵. Bu önemine istinaden Anayasa m. 141/1'de "*Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir.*" şeklinde amir bir hüküm olarak düzenlenmiştir. Tüm yargılama hukuklarında geçerli olan aleniyet ilkesi⁶, konumuz özelinde HMK m. 28'de ise ilk fıkrada "*Duruşma ve kararların bildirilmesi alenidir.*" şeklinde, ikinci fıkrada da "*Duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılmasına ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin (...) kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, ilgilinin talebi üzerine yahut resen mahkemece karar verilebilir.*"

Aleniyet, doğrudan ve dolaylı aleniyet olarak kendi içerisinde ikiye ayrılır. Bu ayrım çerçevesinde doğrudan aleniyet, yargılamaların, taraflar dışında isteyen herkesin yargılamaların gerçekleştirildiği duruşmalara katılıp izleyebilme ve kararların açıklanmasında hazır bulunabilme imkânının sağlanmasını ifade eder. Dolaylı aleniyet ise yargılamaya dair sözü edilen faaliyetlerin medya aracılığıyla yayınlanabilmesi anlamındadır. Görüldüğü üzere aleniyet, esasen yargılamaların taraflar dışındaki üçüncü kişiler bakımından anlam ifade eden bir kavramdır, zira duruşmalar, doğal olarak yargılamanın taraflarına açıktır⁷. Doğrudan aleniyet de dinamik ve statik aleniyet olarak ikili bir ayrım çerçevesinde değerlendirilir. Dinamik aleniyet, duruşmaların az önce ifade edildiği üzere taraflar dışındaki herkese açık olmasını karşılarken, statik aleniyet, özellikle nihai kararın açıklanması sırasında isteyen üçüncü kişilerin hazır bulunabilme imkânını ifade eder. Önemle vurgulamak gerekir ki, ilerleyen açıklamalarda görüleceği üzere ilke bağlamında kabul edilen, doğrudan aleniyettir.

ALENİYET İLKESİNİN SINIRLANDIRILMASI

Aleniyet ilkesi, hiç kuşku yok ki sınırsız bir hak değildir. Nitekim Anayasa m. 141'de yargılamaların aleniliğini ortadan kaldırmaya yönelik

[5] Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 117.

[6] Pekcanitez, Hakan. *Medenî Usûl Hukukunda Aleniyet İlkesi*, Makaleler, C. I, On İki Levha, İstanbul 2016, s. 561 – 590, s. 562. Aleniyet ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kurt Konca, Nesibe. *Medenî Usûl Hukukunda Aleniyet İlkesi*, Adalet, Ankara 2009, s. 5 vd.

[7] Tanrıver, Süha. *Medenî Usûl Hukuku*, C. I, 4. Baskı, Yetkin, Ankara 2021, s. 412; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 117.

olarak “genel ahlâk” ve “kamu güvenliği” gerekçeleri sınırlama sebepleri olarak kabul edilmiştir⁸. Keza hukuk yargısı bakımından da HMK m. 28’de aynı ve Anayasa’ya paralel şekilde “genel ahlâk” ve “kamu güvenliği” sebeplerine yer verilmiştir⁹. Görüldüğü üzere Türk hukuk bakımından şu hâlde aleniyet ilkesine yönelik sınırlamalar, yalnızca genel ahlâk ve kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kılması hâllerine münhasırdır. Diğer bir ifadeyle duruşmaların gizli yapılmasına, sadece anılan şartların mevcudiyeti hâlinde karar verilebilir. Bu durumun da Tebliğ’imizin konusunu oluşturan AYM Kararı’nın değerlendirilmesine yönelik aşağıda 4 numaralı başlık altında ifade edilecek durumlar ve ihtiyaçlar karşısında eksik olduğunu şimdiden belirtmek gerekir.

Oysaki aleniyet ilkesinin sınırlarına dair AİHS m. 6 hükmünde “... demokratik bir toplum içinde ahlâk, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılanmaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde...” ifadelerine yer verilerek genel ahlâk ve kamu güvenliğinin ötesinde pek çok sınırlama sebebine yer verilmiştir. Keza İsviçre hukukunda, İsviçre Anayasası’nın 30’uncu maddesine aleniyet ilkesi düzenlenmiş ve kanun ile sınırlamalar getirilebileceği öngörülmüştür. Bu doğrultuda İsviçre Federal Hukuk Usûlü Kanunu’nda m. 54/3’te yargılamaların kamu yararı veya bireylerin korunmaya değer üstün yararının mevcudiyeti hâlinde gizli yapılabileceği belirtilmiştir¹⁰. Keza Alman hukukunda da Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanunu m. 169-172 arasındaki hükümlerde ve özellikle m. 171/b ve m. 172’de AİHS m. 6’ya paralel olarak aleniyet ilkesinin sınırlandırılmasında dikkate alınabilecek hâlleri geniş kapsamlı düzenlemiştir¹¹. Görüldüğü üzere gerek uluslararası düzenlemelerde gerekse de yabancı ulusal hukuk düzenlemelerinde, aleniyet ilkesinin sınırlandırılmasına ilişkin dikkate alınabilecek hâller Türk hukukundan çok daha geniş ve ayrıntılı şekilde ve bu bağlamda özellikle bireylerin korunmaya değer üstün menfaatleri özel olarak düzenlenmiştir¹².

Esasen öğretilerde aleniyet ilkesinin sınırlandırılması hâllerine ilişkin olarak Türk hukukunda Anayasa m. 141 ve HMK m. 28 düzenlemelerinin AİHS m. 6 düzenlemesi ve gelişmiş batı hukuk düzenlemeleri kar-

[8] Hükmün ikinci fıkrasında da küçüklerin yargılanması hakkında özel hükümler konulacağı belirtilerek ayrı bir sınırlama hâlinin öngörüldüğü söylenebilir.

[9] Belirtmek gerekir ki ceza yargılamaları bakımından da durum CMK m. 182’de aynı şekilde Anayasa’ya paralel düzenlenmiştir.

[10] Belirtmek gerekir ki İsviçre’de hukuk yargılamalarına dair federal bir yasanın mevcut olmadığı 2008 yılı öncesinde kantonal düzenlemelerde de aleniyet ilkesi açıkça düzenlenmiş ve sınırlama hâlleri düzenlenmiştir. Bkz. Kurt Konca, s. 72, dn. 323.

[11] Kurt Konca, s. 77.

[12] Konuya ilişkin mukayeseli hukuka dair ayrıntılı bilgi için bkz. Kurt Konca, s. 71 vd.

şısında eksik olduğu¹³ ve giderilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹⁴. Hatta aşağıda açıklanacağı üzere söz konusu eksiklik dolayısıyla gizlilik kararı alınamayan hâllerde özel hayata saygı hakkı başta olmak üzere birtakım temel hak ve ilkelerin ihlâlüne neden olunmasına yönelik somut sorunların mevcudiyeti bireysel başvuru kararlarına da yansımıştır. Bütün bunlara istinaden, bu eleştiri ve sorunların giderilmesi amacıyla 7251 sayılı Kanun m. 2 hükmüyle HMK m. 28/2 düzenlemesinde “... yahut yargılamayla ilgili kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, ilgilinin talebi...” şeklinde değişiklik yapılarak yargılamayla ilgili kişilerin korunmaya değer üstün menfaatlerinin kesin olarak gerekli kıldığı takdir edilmesi hâlinde de gizlilik kararı alınabileceği öngörülmüş, bu surette AİHS m. 6 ve işaret olunan yabancı hukuk düzenlemeleriyle paralellik sağlanmaya ve temel hak ihlâlüne ilişkin sorunlar giderilmeye çalışılmıştır¹⁵. Ne var ki yapılan bu değişiklik, AYM’nin E. 2020/73, K. 2023/181 Sayılı 26.10.2023 Tarihli Kararı ile Anayasa m. 13 ve m. 141’e aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

AYM’NİN E. 2020/73, K. 2023/181 SAYILI 26.10.2023 TARİHLİ KARARI

Anayasa Mahkemesi, 26.10.2023 tarihli ve E. 2020/73, K.2023/181 sayılı Kararı ile, HMK m. 28/2 hükmüne 7251 sayılı Kanun’un 2’nci maddesi ile eklenen “yahut yargılama ile ilgili kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, ilgilinin talebi” düzenlemesinde bulunan “... yahut yargılama ile ilgili...” ve “... kişileri korunmaya değer üstün bir menfaatinin...” ibarelerinin iptaline karar vermiştir. İptale gerekçe olarak, Anayasa’da özel sınırlama sebepleri öngörülen temel hak ve hürriyetlerin, Anayasa’da öngörülenler dışındaki başka sebeplerle sınırlandırılmayacağına dair Anayasa’nın 13’üncü maddesine dayanmıştır. Söz konusu iptal kararı sonucunda, anılan HMK m. 28/2 hükmü, hâlihazırda; “Duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, ilgilinin talebi üzerine yahut resen mahkemece karar verilebilir.” şeklindedir.

Gelinen noktada, ilgili HMK m. 28/2 düzenlemesi çerçevesinde, ale-

[13] Yılmaz, Ejder. *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, C. I, 3. Baskı, Yetkin, Ankara 2017, s. 788.

[14] 7251 sayılı Kanun ile getirilen değişikliğin AİHS ve İsviçre hukuku düzenlemeleriyle paralellik kurulması amacıyla olduğuna ilişkin bkz. Öztekin, Selçuk/Taşpınar Ayvaz, Sema/Kale, Serdar. “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi’ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi”, *TBB*, Yıl 2020, S. 149, s. 77 – 152, s. 97.

[15] Anılan değişikliğin eleştirisi ve aleniyet ilkesi bağlamında sorunlara yol açacağı, keyfi uygulamaların önünü açtığı yönünde bkz. Pekcanitez, Hakan/Özkes, Muhammet/Atalay, Oğuz. “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme”, *TBB*, Yıl 2020, S. 150, s. 247 – 299, s. 268 vd.; Tanrıver, Medeni Usûl, s. 417.

niyet ilkesinin sınırlama sebepleri bakımından, esasen HMK'nın kabul edilip yürürlüğe girdiği ilk hâline dönüldüğü şüpheden uzaktır. Bununla birlikte, HMK'nın aleniyet ilkesinin sınırlandırılmasına ilişkin ilk hâline dair öğretiler¹⁶ yukarıda da işaret edilen AİHS m. 6 düzenlemesinde ve birtakım batı hukuk düzenlerinde öngörülen geniş kapsamlı sınırlama sebeplerine istinaden yapılan tenkitler ve AYM bireysel başvuru kararlarına dahi konu olmuş ve özel hayatın gizliliği ilkesi başta olmak üzere diğer birtakım temel hakların ihlâli yönünde ortaya çıkan somut uyuşmazlıklara istinaden duyulan ihtiyaca binaen 7251 sayılı Kanun m. 2 ile eklenen kısma dair iptal kararının, bu tenkitleri ve ihtiyacı tekrar gündeme getireceğini görmek zor olmayacaktır.

DEĞERLENDİRME

Anayasa Mahkemesi, anılan kararında, ilgili ibarelerin, yargılamayla ilgili olan kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerin de adil yargılanma hakkının temel unsurlarından birisini teşkil eden aleniyet ilkesinin sınırlandırıldığı hâllerden olduğu tespit ve değerlendirmesinde bulunarak, Anayasa'nın 13 ve 141'inci maddeleri bağlamında yaptığı değerlendirme neticesinde, Anayasa'da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin özel sınırlama sebeplerinin mevcut olması hâlinde, kanun düzenlemeleri ile özel sınırlama sebeplerinin dışında sebeplerle sınırlama yapılamayacağını belirterek iptaline karar vermiştir. Nitekim gerçekten de Anayasa'nın 141'inci maddesinde aleniyet ilkesinin sınırlandırılmasına yönelik olarak yalnızca genel ahlâk ve kamu düzeni sınırlama sebeplerine yer verilmiştir. Bu bağlamda söz konusu AYM Kararı'nın, özünde hatalı bir karar olduğunu ifade etmek mümkün değildir.

Ancak önemle vurgulamak gerekir ki Anayasa Mahkemesi, anılan kararında Anayasa'nın 141'inci maddesinde öngörülen özel sınırlama sebepleri karşısında, yine Anayasa'nın 13'üncü maddesinde açıkça ifade olunan özel sınırlama sebeplerinin dışında sınırlandırılmaz yönündeki hükme uygun karar vermiş olsa da bizzat kendisinin bireysel başvuru taleplerine ilişkin verdiği ihlâl kararları çerçevesinde ortaya çıkan somut uyuşmazlıklar bağlamındaki ihtiyacı göz ardı etmiştir. Nitekim 2014/14189 başvuru numaralı bireysel başvuruda¹⁷, doktor hatasına ilişkin açılan tazminat davasında, başvuru öncesi ve sonrası görüntülerinin mahrem nitelikte olduğu gerekçesiyle yapılan gizlilik talebinin HMK m. 38 ve Anayasa m. 141 uyarınca reddedilmesi nedeniyle Anayasa m. 20'de düzenlenen özel hayatın gizliliği temel hak-

[16] Erdönmez, Güray. *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, C. I, 15. Baskı, On İki Levha, İstanbul 2017, s. 901 vd.; Pekcanitez, Aleniyet, s. 584 vd.; Kurt Konca, s. 275.

[17] Başvuru Numarası 2014/14189, RG T. 16.11.2017, S. 30242.

kının ihlâl edildiğine karar verilmiştir. Keza 2014/19081 başvuru numaralı bireysel başvuruda¹⁸ da başvurucunun HIV (+) tanısı almasının akabinde iş gücü kaybının değerlendirilmesi, tespit edilmesi yönünde tedavisinin yapıldığı hastaneden bilgi istenmesi, akabinde çalışmasına engel bir durumu olmamasına rağmen işten uzaklaştırılması nedeniyle ortaya çıkan iş uyuşmazlığına dair yargılamada, gizlilik talebinin HMK m. 28 ve Anayasa m. 141 karşısında reddedilmesinin yine Anayasa'nın 20'nci maddesinde öngörülen özel hayatın gizliliği temel hakkının ihlâli niteliğinde olduğuna karar vermiştir. Şu hâlde, Anayasa m. 141 ve ona uygun olarak vazedilen HMK m. 28 kapsamında gizlilik kararı alınabilecek hâller olarak yalnızca genel ahlâk ve kamu güvenliği gerekçesine dayanılabilecek olması, özellikle Anayasa'da yer alan diğer temel hak ve hürriyetlerin ihlâl edilmesine yol açtığı açıktır. Dahası, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen HMK m. 28/2 hükmüne ilişkin olarak 7251 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin gerekçesi de esasen uygulamada ortaya çıkan ve hatta bireysel başvuru kararlarına da konu olan bu ihtiyacı gidermek, yukarıda da ifade olunduğu üzere AİHS m. 6 ve gelişmiş batı hukuk düzenlerinde öngörülen geniş sınırlama sebeplerine uygun hâlde getirmektedir.

Bu noktada söz konusu iptal kararına ilişkin değerlendirme bağlamında ilk olarak Anayasa Mahkemesi'nin, öteden beri müstakar şekilde uyguladığı "Anayasa'nın Bütünselliği" ilkesini göz ardı ettiği vurgulanmalıdır. Anayasanın bütünselliği, anayasanın içerdiği ilkelerin bir bütün olarak bir anlama işaret ettiğini, bu bakımdan anayasa hükümlerinin (aralarında hiyerarşik bir bağ kurmaksızın) tek tek yorumlanmasında mantıksal tutarlılığı sağlayan, anayasanın normatif düzenlemeleri arasındaki karşılıklı bağımlılığın söz konusu hükümleri tek başına değil bir bütün içerisinde yorumlanması gerektiğini ortaya koyan bir yaklaşımın yansımasıdır¹⁹. Gerçekten de bugün için Anayasa'nın ortaya koyduğu bütüncül anlam insan onuru olup, Anayasa'daki hiçbir hükmün bu anlamın dışında insan onuruna aykırı şekilde yorumlanamayacağı ifade edilmelidir. Şu hâlde anılan iptal kararında Anayasa Mahkemesinin Anayasa'nın 13 ve 141'nci maddeleri uyarınca yaptığı değerlendirmede, Anayasa'nın 141'inci maddesindeki sınırlı hâllerin, bir üst paragrafta da işaret edilen somut uyuşmazlıklar bağlamında ortada olan diğer temel hak ve ilkelere ihlâllerine neden olduğu, bu ihlâllerin konusu olan temel hak ve ilkelere de hiç kuşkusuz bir bütün içerisinde insan onurunu korumaya hizmet ettiği ifade ederek, "Anayasa'nın Bütünselliği" ilkesi bağlamında

[18] Başvuru Numarası 2014/19081, RG T. 10.03.2017, S. 30003.

[19] Keskinsoy, Ömer/Kaya, Semih Batur. "Anayasa Mahkemesi Kararlarını Biçimlendirme Çabası Olarak Yorum", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2021, C. 11, S. 1, s. 63 – 105, s. 82 vd.

iptal talebini değerlendirmesinin gerekli olduğu kanısındayız. Zira iptal kararı neticesinde ortaya çıkan durum, gizlilik kararı alınabilecek hâller bakımından eski ve eksik hâle geri dönülmesi mahiyetinde olduğundan, gizlilik kararı alınamaması nedeniyle bireylerin insan onuruna yönelmiş diğer temel hak ve ilkelerinin ihlâl edilecek olması kaçınılmazdır.

Dahası, Karar'ın karşı oy gerekçesinde de belirtildiği üzere²⁰, hakkın özünde yer alan doğal sınırlar karşısında, ilgili Anayasa maddesinde temel hak ve özgürlüğe ilişkin açıkça hiçbir sınırlama sebebine yer verilmemiş olması hâlinde dahi hakkın özünde yer alan doğal sınırlar dikkate alınmalıdır. Keza bir temel hak ve özgürlüğe dair açıkça sınırlama nedenlerinin öngörülmüş olması demek, hakkın özünde yer alan doğal sınırların olmadığı veya anayasanın bütünselliği ilkesi gereğince bir bütün olarak anayasanın ruhunu yansıtmaya yönelik bir bütünün bileşenleri mahiyetindeki diğer temel hak ve ilkelerin dikkate alınamayacağı anlamına gelmez. Bu bakımdan aleniyet ilkesine yönelik yaklaşımda da bu ilkenin özünde özel hayata saygı, aile hayatına saygı, kişi dokunulmazlığı ve maddi manevi bütünlüğün korunması ve geliştirilmesi hakkı, din ve vicdan özgürlüğü gibi temel hakların rol oynayarak doğal sınırlar teşkil ettiği ve anayasanın bütünselliği ilkesi çerçevesinde bu hususların da dikkate alınabileceği, alınması gerektiği kanısındayız²¹.

Söz konusu Anayasa Mahkemesi Kararı'nda değerlendirilmesi gereken bir diğer husus da "pratik uyum" yaklaşımıdır. Pratik uyum ilkesine göre anayasada öngörülen temel hakların çatışması hâlinde, hiyerarşik bir bağ kurulmadan uyumlaştırma sağlanarak çatışan normlar arasında denge kurulur²². Buna göre bir tarafta yargılamaların aleni yapılması çerçevesinde bireylerin/kamunun yargılamaların şeffaflığı suretiyle hukuka güven duymalarına dair kamunun menfaatine yönelik aleniyet ilkesi ile diğer tarafta yargılama ile ilgili olan kişilerin insan onuruna yönelmiş özel hayatın gizliliği, kişi dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığını geliştirme gibi bireysel menfaate ilişkin temel haklar çatışmasında, pratik uyum ilkesinden yararlanılarak Anayasa m. 141 ele alınabilir. Bu bakımdan anılan Kararı'nda Anayasa Mahkemesi, bu surette değerlendirme yapabilecek olmasına rağmen yapmamış ve bir üst paragrafta belirttiğimiz ihtiyacın karşılanamaması nedeniyle temel hak ve ilkelerin ihlâlleriyle karşılaşmaya devam edilmesine yol açmıştır.

Gelinen noktada işaret edilen sorunların çözümüne dair aşağıda sonuç kısmında belirttiğimiz kanaatlere ulaşılmıştır.

[20] Bkz. Selahaddin Menteş ve İrfan Fidan tarafından anılan Karar'a ilişkin yazılan Karşı Oy yazısı, paragraf 2, 5, 9, 10.

[21] Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 119.

[22] Keskinsoy/Kaya, s. 86 – 88.

SONUÇ

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi'nin kararı neticesinde, aleniyet ilkesi çerçevesinde gizlilik kararı alınabilecek hâller genel ahlâk ve kamu güvenliği gerekçeleriyle sınırlı olmaya devam edecek, hukuk yargısı bağlamında 7251 sayılı Kanun ile eklenen yargılamayla ilgili kişilerin korunmaya değer üstün menfaatlerinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde gizlilik kararı alınamamasına yönelik uygulamaya devam edilecektir. Bu da hiç kuşkusuz, anılan Kanun değişikliği öncesindeki ihtiyaçlara, ihtiyaçların karşılanamamasına ve doğal olarak temel hak ihlalleriyle karşılaşılmaya devam edileceği anlamına gelmektedir. O hâlde, anılan ihlallerin önüne geçilmesinde ışıktutacak çözüm önerilerinin sunulması gerekmektedir.

Bu noktada hemen ve öncelikle vurgulamak gerekir ki, yukarıda da ilk olarak vurgulandığı üzere Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararı, Anayasa m. 13 ve m. 141'in açık ifadeleri karşısında lafzi ve teknik olarak doğrudur. Dolayısıyla esasında en doğru çözüm, Anayasa'nın 141'inci maddesindeki sınırlama sebeplerinin AİHS m. 6 ve örnek olarak belirtilen batı hukuk düzenlemelerine uygun şekilde genişletilmesine yönelik anayasa değişikliği yapılmasıdır. Bu bakımdan Türk hukukunda güncel yeni Anayasa tartışmaları/çalışmaları bağlamında söz konusu eksikliğin dikkate alınarak yeni Anayasa'da geniş bir düzenleme yapılması gerektiği ifade edilebilir.

Bununla birlikte mevcut durumun devam ettiği ve Anayasa m. 141 özelinde veya genel olarak yeni bir Anayasa bünyesinde işaret edilen değişikliklerin yapılma sürecinde ortaya çıkabilecek ihlallerin giderilmesini teminen, HMK m. 33 uyarınca Türk hukukunu resen uygulamakla görevli hâkimlerin, Anayasa'nın 90/5, son uyarınca AİHS m. 6 düzenlemesini de Türk hukukuna dâhil bir düzenleme olarak dikkate alıp uygulamak suretiyle gizlilik taleplerini değerlendirebilmeleri gerektiği kanısındayız²³. Kuşkusuz bu çözüm tarzına, AİHS m. 6 düzenlemesinin, her ne kadar hiyerarşik olarak HMK m. 28 düzenlemesinden üstün konumda olsa da Anayasa m. 141'in altında olduğu, dolayısıyla HMK m. 33 uyarınca Türk hukuku hükmü olarak uygulansa da Anayasa'ya aykırı uygulama yapılmış olduğu gerekçesiyle (haklı olarak) eleştiriler de getirilebilir. Ancak Anayasa Mahkemesi tarafından benimsenen anayasanın bütünselliği ve pratik uyum ilkesi çerçevesinde ortaya konan temel prensiplerin, somut uyuşmazlıkların çözümünde görevli hâkimler tarafından da dikkate alınıp uygulanmasının önünde engel olmadığı, önerdiğimiz çözüm tarzının, bu surette bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin korunmasına yönelik olarak kümülatif bir yaklaşım içerisinde hukuk uygulaması sağlanmasına yönelik de faydalı olacağı kanısındayız.

[23] Aynı yönde bkz. Tanrıver, Medenî Usûl, s. 417 – 418; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 120.

KAYNAKÇA

- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel. *Medenî Usûl Hukuku*, 9. Baskı, Yetkin, Ankara 2023.
- Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin. *Medenî Usûl Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin, Ankara 2023.
- Erdönmez, Güray. *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, C. I, 15. Baskı, On İki Levha, İstanbul 2017.
- Keskinsoy, Ömer/Kaya, Semih Batur. "Anayasa Mahkemesi Kararlarını Biçimlendirme Çabası Olarak Yorum", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2021, C. 11, S. 1, s. 63 - 105.
- Kurt Konca, Nesibe. *Medenî Usûl Hukukunda Aleniyet İlkesi*, Adalet, Ankara 2009.
- Öztek, Selçuk/Taşpınar Ayvaz, Sema/Kale, Serdar. "Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi'ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi", *TBBB*, Yıl 2020, S. 149, s. 77 - 152.
- Pekcanitez, Hakan. "Medenî Yargıda Adil Yargılanma Hakkı", *İzmir Barosu Dergisi*, Yıl 1997, S. 2, s. 35 - 55. (Pekcanitez, Adil Yargılanma)
- Pekcanitez, Hakan. *Medenî Usûl Hukukunda Aleniyet İlkesi*, Makaleler, C. I, On İki Levha, İstanbul 2016, s. 561 - 590. (Pekcanitez, Aleniyet)
- Pekcanitez, Hakan/Özekes, Muhammet/Atalay, Oğuz. "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme", *TBBB*, Yıl 2020, S. 150, s. 247 - 299.
- Tanrıver, Süha. "Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı", *TBBB*, Yıl 2004, S. 53, s. 191 - 215. (Tanrıver, Adil Yargılanma)
- Tanrıver, Süha. *Medenî Usûl Hukuku*, C. I, 4. Baskı, Yetkin, Ankara 2021. (Tanrıver, Medenî Usûl)

**İCRA VE İFLAS
HUKUKU**

KONKORDATO MÜHLETİNDEN ÖNCE BANKAYA CİRO EDİLEN MÜŞTERİ ÇEKLERİ

Dr. Öğr. Üyesi Dilek AYDEMİR

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORC-ID: 0000-0002-8262-5316

dilek.aydemir@medeniyet.edu.tr

ÖZET

Cebri icra hukukumuzda başlıca yeniden yapılandırma ve moratorium yöntemi olarak uygulanmakta olan konkordatoda, konkordato mühlet kararı verilmesinin önemli sonuçlarından ikisi müstakbel alacak devri yasağı (İİK m.294/6) ve mühlette takasa ilişkin sınırlamadır (İİK m.294/4). Ticari hayatta bir kredi bulma aracı olarak sıklıkla tercih edilen yöntemlerden birisi ise ileri tarihli müşteri çeklerinin bankadan alınan kredinin teminatı olarak bankaya temlik cirosu ile ciro edilmesidir. Bu uygulamanın geçerliliği, “çekte rehin cirosu olmaz” savı gölgesinde, hali hazırda tartışmalı iken, konkordato mühlet kararından önce kredi borcunun teminatı olarak ileri tarihli çeklerin bankaya ciro edilmesi ve mühlet içerisinde “vadesi” gelen çekin bankaca tahsilinin ve tahsil edilen çek bedelinin iadesinin mümkün olup olmadığı bu tartışmalara eklenmiştir. Yargıtay 6. HD’nin 11.04.2022 tarihli 1251/1999 sayılı kararı ve Antalya BAM 11. HD’nin 30.03.2023 tarihli ve 758/669 sayılı kararı konuya ilişkin dikkat çekici kararlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Kararlarda temel olarak mühlet kararından önce teminat amaçlı temlik edilen ve üzerindeki tarih mühlet içine denk gelen ileri tarihli çek bedelinin tahsilinin müstakbel alacak devri yasağı ya da takas sınırlaması kapsamına girip girmediği tartışılmış ve çekte rehin cirosu olamayacağı, teminat amaçlı temlik cirosunun geçersiz olduğu, bankanın haklı hamil olamayacağı, banka haklı hamil olsa bile ileri tarihli çekte alacak hakkı keşide tarihi (vade) itibariyle doğacağı için konkordato mühletinde müstakbel alacak devrinin geçersiz olduğu sonucuna varılmıştır. Değerlendirmelerimizin neticesinde vardığımız sonuçlar ise şu şekildedir: 1-Teminat amacıyla bir çekin temlik cirosu ile devredilmesi halinde inançlı işlem söz konusu olup bu işlem geçerlidir. 2-İleri tarihli çek uygulaması ile çekte vade yaratılmış olup bu uygulama çek düzenlendiğinde çeke bağlı alacağın doğduğu gerçeğini değiştirmeyecektir. 3-Teminat amaçlı ileri tarihli çekin temlik cirosu ile devredilmesinde amacın gizli rehin ya da

tahsil olduğu müşteri tarafından ispatlanırsa, bu halde bankanın mühlet içinde tahsil ettiği çek bedellerini kendi kredi alacağından mahsup etmesi halinde ortada İİK m.294/4 kapsamında kalan olan bir takas işlemi mevcut olacaktır. 4- İleri tarihli çekin lehtar banka tarafından muhatap bankaya ibrazı ve çek bedeli tahsil etmesi halinde, konkordato borçlusunu müşteri konkordato mühletinin etkisine ilişkin hükümlere dayanarak çek bedelinin iadesini talep edebileceği hallerde ise bu talep bir alacak davası veya cebri icra takibi ile ileri sürülmek zorundadır. Bu talep İİK m.287 bağlamında bir tedbir konusu teşkil edemez.

Anahtar Kelimeler: konkordato, mühletin etkileri, müstakbel alacak devri, takas sınırlaması, ileri tarihli çek, temlik cirosu, rehin cirosu.

CUSTOMER CHEQUES ENDORSED TO THE BANK BEFORE COMPOSITION PERIOD

ABSTRACT

In our enforcement and bankruptcy law, composition is primarily applied as a method of restructuring and moratorium. Two important consequences of the decision of composition period are the restriction of transfer of future receivable (Code of Execution and Bankruptcy, Article 294/6) and set-off transactions (Code of Execution and Bankruptcy, Article 294/4). On the other side one of the methods often preferred by debtors to obtain credit from banks is assignment endorsement of post-dated checks to the bank to provide deposit for the credit. The validity of this kind of endorsement has already been controversial since “collateral endorsement of checks is forbidden”. The issue has been further complicated by the question of whether it is possible for the bank to collect the post-dated checks which have been endorsed to the bank for deposit before the composition period, within the composition period and whether the bank shall return the collected amount to the debtor. The decisions of the 6th Civil Chamber of the Court of Cassation dated April 11, 2022, and the 11th Civil Chamber of the Antalya Regional Court of Justice dated March 30, 2023, are significant regarding the issue. The decisions primarily discuss the collection within the composition period of the amount of the post-dated check endorsed for deposit before the composition period, within the scope of the restriction of transfer of future receivables and set-off transactions. As per the mentioned decisions, the assignment endorsement of checks for collateral purposes is invalid, the bank shall not be the rightful holder, and even if the bank were a rightful holder, the transfer of future receivables and set off transactions during the composition period would be invalid. I disagree with these judicial decisions. The conclusions I have reached are as follows: 1-When a check is fully transferred by assignment endorsement for collateral purposes, a valid fiduciary transaction is formed. 2-The practice of post-dated checks creates a due date for the receivable on the check; still the receivable is created upon the issuance of the check. 3- If it is proven that the purpose of transferring a post-dated check for a hidden pledge or only for collection, the fact that the bank offsets the amounts collected within the composition period against its own credit receivable is a prohibited set-off transaction as per Code of Execution

and Bankruptcy, Article 294/4. 4- In such cases composition debtor may claim the refund of the check amount based on the provisions of the composition under Code of Execution and Bankruptcy, through a lawsuit or execution proceedings, but not an interim injunction.

Key words: composition, effects of composition period, restriction of transfer of future receivables, restriction of set-off transactions, post-dated checks, assignment endorsement, collateral endorsement.

GİRİŞ

Cebri icra hukukumuzda başlıca yeniden yapılandırma ve moratoryum yöntemi olarak uygulanmakta olan konkordatoda, konkordato mühlet kararı verilmesinin önemli sonuçlarından ikisi “müstakbel alacak devrinin hükümsüzlüğü (İİK m.294/6)” ve “takas hakkının kullanımına ilişkin sınırlamadır (İİK m.294/4)”. Ticari hayatta bir kredi bulma aracı olarak sıklıkla tercih edilen yöntemlerden birisi ise kişinin kendi müşterilerinden aldığı ileri tarihli çekleri bankadan aldığı/alacağı kredinin teminatı olarak bankaya ciro etmesidir. Uygulamada “müşteri çeklerinin” teminat amacıyla bankaya cirosunun geçerliliği hali hazırda tartışmalı iken, konkordato mühlet kararından önce kredi borcunun teminatı olarak ileri tarihli çeklerin bankaya ciro edilmesi ve mühlet içerisinde “vadesi” gelen çekin bankaca tahsilinin ve tahsil edilen çek bedelinin iadesinin mümkün olup olmadığı bu tartışmalara eklenmiştir. Aşağıda incelenecek olan Yargıtay 6. HD’nin 11.04.2022 tarihli 1251/1999 sayılı kararı ve Antalya BAM 11. HD’nin 30.03.2023 tarihli ve 758/669 sayılı kararı konuya ilişkin dikkat çekici kararlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Her iki kararın özeti aşağıda verilecek olmakla birlikte kararlarda temel olarak mühlet kararından önce teminat amaçlı temlik edilen ve üzerindeki tarih mühlet içine denk gelen ileri tarihli çek temlikinin müstakbel alacak devri yasağı ya da bu çekin tahsili ve kredi alacağına mahsubununun İİK m.294/4’te düzenlenmiş olan takas hakkının kullanımına ilişkin sınırlama kapsamına girip girmediği tartışılmıştır.

Bu çalışmada ilgili kararlar baz alınarak teminat amaçlı ileri tarihli çek temlikinin geçerliliği, bu işlemin müstakbel alacak devri olup olmadığı ve çekin tahsil ve kredi borcundan mahsubununun İİK m.294/4 kapsamında kalan bir takas işlemi olup olmadığı değerlendirilmiş, mühlet içinde banka tarafından tahsil edilen ileri tarihli çek bedelinin iadesinin gündeme gelmesi halinde izlenmesi gereken usul tartışılmıştır.

KONKORDATO MÜHLETİNDEN ÖNCE BANKAYA CİRO EDİLEN ÇEKLERİN BANKA TARAFINDAN TAHSİL EDİLİP EDİLEMEYECEĞİ HAKKINDAKİ İKİ MAHKEME KARARI

Yargıtay 6. HD’nin 11.04.2022 Tarihli ve 1251/1999 Sayılı Kararı

Yargıtay 6. HD’nin 11.04.2022 tarihli ve 1251/1999 sayılı kararına konu olan olayda bir bankanın müşterisi kendi müşterilerinden aldığı çekleri bankaya ciro etmiştir. Çekler ileri tarihli çeklerdir. Yani ciro tarihinde üzerindeki yazılı keşide tarihi (vadesi) gelmemiştir. Bankaya çeki ciro eden müşteri keşide tarihinden (vadeden) önce konkordato mühleti almıştır. Mühlet içerisinde banka, üzerindeki keşide tarihi (vadesi) gelince çek bedelini tahsil etmiştir. Bunun üzerine müşteri (konkordato

borçlusunu) bankaya karşı, kendisinin meşru hamil olduğunu ileri sürmüş; bankanın konkordato mühletinin sonuçlarına aykırı şekilde çek bedellerini tahsil ederek kendi alacağına mahsup ettiğini iddia etmiş ve çek bedellerinin kendisine ödenmesi gerektiğinden bahisle ilâmsız icra takibi başlatmış, takip borçlusunu banka çekleri teminat olarak aldığını ve çeklerin tahsili ve kendi alacağına mahsupta iyiniyetli olduğunu iddia ederek itiraz etmiş ve bu itiraz üzerine takip durmuştur. Müşterinin (konkordato borçlusunun) açtığı itirazın iptali davası ise başkaca açık bir ifade olmadığı için çeklerin temlik cirosu ile ciro edildiği, yetkili hamilin banka olduğu gerekçesi ile esastan reddedilmiştir. Kararın istinafi üzerine Konya BAM 3. HD ise somut olayda tahsil cirosu ve dolayısıyla İİK m.294/4 kapsamında kalan bir takas olmadığı, temlik cirosu neticesinde bankanın meşru hamil olduğu gerekçesi ile istinaf başvurusunu esastan reddetmiştir. Bu kararın temyizi üzerine Yargıtay 6. HD ise çekin teminat olarak verilmesinin hukuki niteliğini, çekte rehin cirosunun mümkün olup olmadığını, mevcut cironun türünü tartışmıştır. Yargıtay 6. HD, kararında çekte rehin cirosu olamayacağını, teminat amaçlı temlik cirosunun geçersiz olduğunu, bankanın meşru hamil olamayacağını, banka meşru hamil olsa bile ileri tarihli çekte alacak hakkı keşide tarihi (vade) itibarıyla doğacağı için konkordato mühletinde müstakbel alacak devrinin geçersiz olduğunu gerekçe göstererek kararı bozmuştur. Yargıtay 6. HD aynı kararını E. 2023/1824 K. 2023/2068 sayılı ve 29.05.2023 tarihli kararında da tekrar etmiştir.¹

Antalya BAM 11. HD'nin 30.03.2023 Tarihli ve 758/669 Sayılı Kararı

Benzer bir olay Antalya BAM 11. HD'nin önüne gelmiştir. Mahkemenin 30.03.2023 tarihli 758/669 sayılı kararına konu olan olayda yine bir bankanın müşterisi kendi müşterilerinden aldığı ileri tarihli çekleri konkordato mühletinden önce "teminat amaçlı" olmak üzere beyaz ciro ile bankaya ciro etmiştir. Müşteri daha sonra konkordato başvurusunda

[1] Lexpera. Bölge adliye mahkemeleri de Yargıtay 6. HD'nin bu kararlarına atf yaparak karar vermektedir. Örneğin, İstanbul BAM, 43. HD, T. 15.6.2023, E. 2020/1357 K. 2023/642 (lexpera): "Çeklerin ileri tarihli çek olarak düzenlendiği dosya kapsamı ile sabittir. Öte yandan, davalı banka tarafından sunulan hesap hareketlerinde yer alan "28/09/2018 tarihinde firma rotatif kredisinin devre sonu faizi tahsil olan teminat çekleri ile ödemesi yapılmıştır" şeklindeki şerh nazara alındığında uyumsuzluk konusu çekin devrinin rehin amacıyla yapıldığı sonucuna varılmaktadır. Az yukarıda açıklanan nedenlerle bankanın rehin cirosu ile hamil olduğu çek nedeniyle hak sahibi olması mümkün değildir. İcra ve İflas Kanunu'nun 294/6. maddesi uyarınca; Çekin temlik cirosu ile devredildiği kabul edilmiş olması halinde davacı şirketin geçici mühletin ilanından önce davalıya ciro ettiği ve mühlet ilanından sonra muaccel olan ileri tarihli çekten kaynaklanan devir, ... geçersiz olacaktır. Bu çözüm aynı zamanda konkordato müessesinin ruhuna da uygundur (Yargıtay 6. HD'nin 11.04.2022 Tarih ve 2022/1251 E. - 2022/1999 K. Sayılı kararı). Bu durumda, gerek temlik cirosu ve gerekse temlik cirosu görünümünde gizli rehin cirosu yoluyla bankaya devredilen çek bedellerinin davalı banka tarafından konkordato talep eden şirket lehine komiserin kontrolünde bulunan hesaba aktarılması gerekirken davacının kredi borcundan mahsup edilmesi doğru olmamıştır. Bu nedenle mahkemece davanın kabulüne karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir."

bulunmuş ve üç aylık geçici mühlet almıştır. Mühlet kararı veren Denizli Asliye Ticaret Mahkemesi, kararında “*ihtiyati tedbir yoluyla üçüncü kişilerdeki alacakların ve haczedilen malların alacaklısına ödenmemesine, paraların muhafaza ve bloke altına alınmamasına*” karar vermiştir. Bankanın mühlet içerisinde çek bedellerini tahsil ederek kendi alacaklarından mahsup etmesi üzerine konkordato borçlusu konkordato yargılamasını yapan asliye ticaret mahkemesine başvurarak çek bedellerinin iadesini talep etmiş; mahkeme, çekte rehin cirosunun geçersiz olduğuna, temlik cirosu olması halinde ise çek bedellerinin müşterinin borcu için takas edilemeyeceğine ve bankanın tahsil ettiği çek bedellerini konkordato borçlusuna ödemesine karar vermiş, dayanak olarak İİK m. 294/6’yı göstermiştir. Bu karara karşı banka istinaf kanun yoluna başvurmuştur. Antalya BAM 11. HD, yukarıdaki Yargıtay 6. HD kararına da atıf yaparak mühlet kararından önce ciro edilen ileri tarihli çekteki tarihin mühlet içerisinde gelmesi halinde çekte bağlı alacağın “muaccel” olacağını belirtmiş, buna rağmen İİK m.294/6’da düzenlenen “mühlet içerisinde müstakbel alacak devri yasağına” dayanarak ilk derece mahkemesinin temlik cirosu ile ciro edilmiş çek bedellerinin iadesi kararını doğru bularak başvuruyu esastan reddetmiştir. Antalya BAM 11. HD kararına konu vakıalara benzer bir olayda Alanya Asliye Ticaret Mahkemesi, İİK m.294/6 gereğince “*Davacının bankalar nezdinde bulunan ve kredi sözleşmeleri gereğince teslim edilmiş olan müşteri çekleri, bonolar, poliçeler yahut benzer senetler temlik cirosu ile devredildiği kabul edilmiş olması halinde davacı şirketin geçici mühletın ilanından önce davalıya ciro ettiği ve mühlet ilanından sonra muaccel olan ileri tarihli çek vb. kaynaklanan devir, anılan hüküm uyarınca geçersiz olacaktır.*” ifadesinden sonra çeklerin ve çek bedellerinin iadesi yönünde İİK m.287’ye dayanarak tedbir kararı vermiş; “*Bunun gibi tahsil cirosu ile bankaya verilen kambiyo senetlerinin kural olarak geçici mühlet kararı verilmesinden önce tahsil edilmiş olması halinde, bedellerinin bankaya kredi alacağı ile takas edilmesinin mümkün olduğu, ancak geçici mühlet kararının ilanından sonra tahsil edilen çeklerin kredi borcuna takas ve mahsup edilmeyeceği kabul edilmelidir. Bu durumda gerek temlik cirosu ve gerekse temlik cirosu görünümünde gizli rehin cirosu yoluyla bankaya devredilen çek bedellerinin davalı banka tarafından konkordato talep eden şirket lehine komiserin kontrolünde bulunan hesaba aktarılması gerektiğinden talebin kabulü ve aynı nedenler itirazın reddine*” ifadesi ile çek hamili bankanın tedbire itirazını reddetmiştir. Bankanın, kararı, verilen tedbir kararı ile üçüncü kişilerin mülkiyet hakkının ihlal edildiği gerekçesi ile, istinaf etmesi üzerine Antalya BAM 11. HD bu kez İİK m.287/1’e göre verilen tedbir kararlarına karşı kanun yolunun kapalı olduğundan bahisle istinaf başvurusunu usulden reddetmiştir.²

[2] Antalya BAM 11. HD., T. 5.3.2024, E. 2024/485 K. 2024/445 (Lexpera).

Bu Kararlar Bakımından Tartışılması Gereken Hukuki Meseleler

Konkordato borçlusunun, elindeki müşteri çeklerini, mühletin verilmesinden önce, o tarih itibarıyla mevcut olan kredi alacaklarının ifası maksadıyla bankaya ciro ve teslim etmesi halinde (bu alacakların vadesi daha sonra, konkordato mühleti içinde gelecek olsa bile), yapılan işlem senette mündemiç alacak haklarının bankaya devrolunması sonucunu doğurur ve kredi borcu bu yolla itfa edilmiş olur. Bu halde çekin ödeme vasıtası olarak kullanılması söz konusudur. Bu halde zaten müşteri çeklerinin bankaya teminat senedi olarak verildiğini kabul etmek için sebep yoktur.

Fakat konuya ilişkin yukarıdaki kararlarda özellikle tartışılması gereken şu meselelerin de ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir:

- Müşteri çeklerinin bankaya “teminat amaçlı” temlik ve temlik cirosu ile ciro edilmesi işlemi geçerli midir?

- İİK m. 294/6'nın ileri tarihli çekin teminat amaçlı temlikinde uygulama alanı var mıdır?

- Mühletten önce teminat amacıyla ve temlik cirosu ile ciro edilen ileri tarihli çeklerin mühlet içinde tahsil edilmesi halinde çek bedellerinin müşterinin borcundan mahsup edilerek müşteriye (konkordato borçlusuna) ödenmemesi mühlet içinde muaccel olan alacağın takasa konu edilemeyeceğine ilişkin İİK m. 294/4'e aykırılık teşkil eder mi?

- Konkordato mühleti sırasında, çek hamili hangi hallerde tahsil ettiği çek bedellerini borçluya iade etmelidir? İade talebi için izlenmesi gereken usul nedir?

Aşağıda bu soruların her biri ayrı başlıklar halinde değerlendirilecektir.

TEMİNAT AMAÇLI TEMLİK CİROSU GEÇERLİ MİDİR?

Cironun Türü

Üzerinde buna ilişkin herhangi bir ibare yer almaksızın haricen yapılan anlaşmalar ile “mevcut ya da müstakbel bir borca teminat teşkil etmek üzere” çekin ciro edilmesi uygulamada sıkça karşımıza çıkmaktadır. İnceleme konusu kararlara konu olaylarda da benzer bir durum söz konusudur. Ticaret hukukçularını yoğun bir şekilde meşgul eden bu türlü bir cironun, özellikle ileri tarihli çekin konkordato mühleti içinde tahsilinin İİK m.294/4 ve m.294/6 bakımından incelenebilmesi için, türü ve geçerliliği tespit edilmelidir.

Mevzuatımızda çekler hakkındaki hükümler Türk Ticaret Kanunu³ (TTK) m. 780 ve devamı ile 5941 sayılı Çek Kanunu'nda⁴ yer almaktadır. Çek Kanunu ağırlıklı olarak (çek defterleri ve karşılıksız çek keşide etmenin sonuçları gibi) kamu hukuku düzenlemelerini içerirken TTK hükümleri kural olarak çekler hakkındaki kıymetli evrak hukuku düzenlemelerine ilişkindir. TTK'daki bu hükümlerin kaynağını ise 19 Mart 1931 tarihli Çekler Hakkında Yeknesak Kanun İhdas Eden - Ek ve Protokol İçeren- Cenevre Konvansiyonu ("Cenevre Konvansiyonu") teşkil etmektedir.⁵ Türkiye Cenevre Konvansiyonu'nu sadece imzalamış (bugüne kadar onaylanmamış) ise de, İsviçre mehzalı çek hükümlerimiz Cenevre Konvansiyonu'ndan alınmış olduğu için çek hakkındaki kanun maddelerinin yorumunda Cenevre Konvansiyonu ekindeki Yeknesak Kanun⁶ metnine başvurulabilir.⁷ Çek hamilinin çek sebebiyle hak sahibi olduğunu ispat etmesi için muntazam ciro silsilesine dayanması yeterlidir (TTK m. 790; Yeknesak Kanun m.19). Bu iddianın aksini (bedelsizlik iddiasını) ispat etmek yükü böyle bir iddiada bulunan kişiye aittir.⁸ Çekin doğacak bir borcun ifasını güvence altına almak için "teminat olarak" verilmiş fakat söz konusu borcun doğmamış veya sona ermiş olması faraziyesi de dahil olmak üzere, "bedelsizlik" iddiası temel ilişkinin tarafı olmayan ciro lehtarına karşı ileri sürülemez; meğerki ciro lehtarı sadece temel ilişki-deki alacaklıya zarar vermek (kıymetli evrakın mücerretlik vasfını kötüye kullanarak haksız menfaat elde etmek) için senedi devralmış olsun (TTK m. 818/ e bendi atfıyla TTK m. 687/1; Yeknesak Kanun m.21). Çek bir ödeme aracıdır ve bu sebeple yalnızca temlik veya tahsil cirosuyla ciro edilebilir, (açık) rehin cirosu ile ciro edilemez (TTK m. 818/f bendi; Yeknesak Kanun 14-23; TTK m. 818'de TTK m. 689'a atıf yapılmaması); çek görüldüğünde ödenir (TTK m.795; Yeknesak Kanun m.28).

Ancak, bu esaslardan sonuncusunun Türk Hukuku bakımından bugün itibarıyla geçerliliğini muhafaza edip etmediği tartışılmaya değer hale gelmiştir. Çünkü Türkiye'de Cenevre Yeknesak Kanunu'nu iktibas eden diğer devletlerdekinden farklı olarak çek bedellerinin çekin üzerinde yazılı tarihe göre hesaplanacak (ileri tarihli) ibraz süresinden önce

[3] RG 14/2/2011, 27846.

[4] RG 20/12/2009, 27438.

[5] League of Nations – Treaty Series v. 143, 1934, No. 3316, Convention Providing a Uniform Law for Cheques <<https://treaties.un.org/Pages/LONViewDetails.aspx?src=LON&id=560&chapter=30&clang=en>>.

[6] <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/LON/Volume%20143/v143.pdf>> s. 373 vd.

[7] Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal. *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, 19. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 115-116.

[8] Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal. *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, 24. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s. 312; Yılmaz, Lerzan. *Kambiyo Senetlerinde Def'iler*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2007, s. 224, s. 227.

(pratikte vadeden önce) ödeme için ibrazı yasaklanmış olup⁹ bu durum çekte ödeme aracı olmak yanında bir kredi teminatı fonksiyonu da yüklemektedir. Fakat ilmi ve kazai içtihatlarda çekin teminat amacıyla devri tartışmalıdır.

Doktrinde hâkim görüş, çekte ilişkin TTK m.818'de poliçeye ilişkin hükümlerden rehin cirosunu düzenleyen TTK m.689'a bir atıf olmadığı ve çek bir ödeme aracı olduğu için çekte rehin cirosunun mümkün olmadığı yönündedir¹⁰. Bununla birlikte bir görüşe göre özellikle uygulamanın yönlendirmesi ve 5941 sayılı Çek Kanunu m.2/10, m.3/8 ve geçici m.3/5 hükümlerinde yapılan düzenli değişikliklerle¹¹ 2009'dan bu yana ve yeni bir değişiklikle uzatılmazsa şimdilik 31.12.2025'e kadar, üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce çekin ibrazı yasağı ile çekte vade yaratılmış olması, dolayısıyla çekin bir ödeme vasıtası olmaktan çıkıp kredi amaçlı kullanımının mümkün hale gelmesi sebebi ile aslında çekte açık rehin cirosunun dahi mümkün olduğu ya da olması gerektiği dile getirilmektedir¹².

[9] Bkz. aşağıda dn. 11'e bağlı cümle.

[10] Öztan, Fırat. *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 1997, s. 1147; Öztan, Fırat. *Kıymetli Evrak Hukuku*, 21. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 267; Poroy / Te-kinalp, 2021, s. 311, s. 340; Kendigelen, Abuzer / Kırcı, İsmail. *Kıymetli Evrak Hukuku*, 1. Bası, İstanbul 2019, 300 kn 686; Reisoğlu, Seza. *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Çek*, 3. Bası, Ankara, 2003, s. 131; ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldırım, Hakan. *Kambiyo Senetlerinde Rehin Cirosu*, Seçkin Yayınları, 2023, s. 323-324, dn.808, s. 332; Yılmaz, Asuman. "Kambiyo Senetlerine Rehin Cirosu ve Rehin Cirosunun Teminat İşlemi", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 2, 2011, s. 288; hamiline yazılı bir çek üzerine yapılan ciroya konulan "teminat içindir" kaydını, tahvil yoluyla, çekin Medeni Kanun hükümleri kapsamında rehnedildiğine yönelik bir irade beyanı olarak kabul etmek gerektiği yönünde: Asuman Yılmaz, s. 289; Seven, Vural. "Hamiline Yazılı Çekte Ciranta Tarafından Konan "Bedeli Teminat" Kaydının Hukuki Sonucu", *DEÜHFD*, C. 5, S. 2, 2003, s. 143, s. 150; Çekte açık rehin cirosunun yasaklanmış olmasının TTK ile TMK ve HMK arasındaki uyumu, özellikle teminatın türüne ilişkin HMK m.87 ve kıymetli evrakin rehne ilişkin TMK m. 956 bakımından, bozduğu ifade edilmiştir. **685 numaralı ve 1926 tarihli ETTK m.544 ve m.617'de ise çekin de rehin cirosuna konu olabileceği düzenlenmişti**. Dolayısıyla çekte rehin cirosu yeniden düzenlenmelidir. Domaniç, Hayri. *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi IV*, Temel Yayınları, İstanbul, 1990, s. 599. Fakat 2012 tarihli ve 6102 sayılı yeni TTK'da bu eleştiri ve öneri dikkate alınmamıştır; Yargıtay çek üzerindeki teminata, rehne ilişkin kaydın varlığının kambiyo senedine dayanan takipte icra mahkemesi tarafından İİK m.170/a kapsamında resen dikkate alınacağını belirtmiştir: Yargıtay 12. HD, T. 15.3.2002, E. 3254, K. 5259 (Yargıtay Kararları Dergisi, Aralık 2002, s. 1814); Öte yandan çekin üzerinde esas ilişkiye atf yapılmadan sadece "teminat" kaydının bulunması çekin geçersizliğine sebep olmaz, kayıt yazılmamış sayılır. Kaya, Arslan (Ülgen, Hüseyin / Helvacı, Mehmet / Kaya, Arslan / Nomer Ertan, N. Füsün). *Kıymetli Evrak Hukuku*, 14. Bası, İstanbul 2021, 303-304; Taşpolat Tuğsavul, Melis. "Alacakların Kıymetli Evrak Yoluyla Teminatının Konkordatoda Etkisi", *Prof. Dr. Selçuk Özteke'ye Armağan Cilt IV*, İstanbul 2022, 2213-2287, 2273.

[11] Önce Çek Kanunu geçici m.1 ile 2011 sonuna kadar, daha sonra 6273, 7262, 7341 sayılı kanunlar ve 7491 sayılı Kanun ile geçici m.3'te yapılan değişikliklerle şimdilik 2025 sonuna kadar ibraz yasağı uzatılmıştır. Açıklamalar için bkz. Kendigelen/ Kırcı, s. 302-304; Eleştiriler için bkz. Bahtiyar, Mehmet / Taşdelen, Nihat / Biçer, Levent / Hamamcioğlu, Esra. *Kıymetli Evrak Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 146, s. 156-157.

[12] Kendigelen / Kırcı, s. 300 kn.686; Pulaşlı, Hasan. *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, 10. Baskı, Ankara 2023, s. 198; Seven, Vural. "Yargıtay Kararları Işığında Çekte Gizli Rehin ve Teminat Amacıyla Temlik Ciroaları", *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü*, Yayın tarihi: Ağustos 2015 Sempozyumu tarihi: 27.12.2013, Tartışmalar, 104; Yıldırım, Ali Haydar. "Türk Hukuku'nda Vadeli Çek (İleri Tarihli Çek) ve Bunun Doğurduğu Sonuçlara İlişkin Bazı Tespitler", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, S. 4, 2017, s. 105; Aytuğar, Bilge. "Çekte Rehin Cirosu ve

Ticari uygulamada ise, inceleme konusu kararlardaki gibi, “müşteri çekleri ile banka kredi borcunun teminat altına alması” amacıyla çekin temlik ya da bazen tahsil cirosu ile müşteri tarafından bankaya ciro edildiği görülmektedir.

Çekin ya da çeke bağlı alacağın açık rehin cirosu dışında herhangi bir teminat işlemine konu olabilmesi ise doktrinde iki şekilde değerlendirilmektedir: 1- Gizli rehin cirosu 2-Teminat amaçlı temlik¹³.

Gizli rehin cirosunda rehin, temlik cirosuyla tesis edilmektedir. Dolayısıyla, ciro işleminden rehin iradesi anlaşılammamaktadır. Rehnin bu yöntemle tesisinde, dış görünüşte (şeklen) senedi devralan senedin maliki gibi gözükmeyle birlikte senedi devredenle yaptığı anlaşmada kendisine mülkiyet değil rehin hakkı verilmektedir. Bu yüzden dış görünüşte malik gibi gözükme durumu hariç, bu yolla senedi devralan ile açık rehin cirosuyla devralanın hukukî konumları aynıdır; bu hususta bir istisna dışında TTK m. 689¹⁴ uygulanır. İstisna ise, TTK m.689/1’de yer alan rehin hakkı sahibi hamilin “kendisi tarafından yapılan bir ciro ancak tahsil cirosu hükmündedir” hükmüyle ilgilidir. Buna göre rehnin varlığını bilmedikçe veya bu hususta ağır kusuru bulunmadıkça, rehin alandan temlik cirosuyla veya rehin cirosuyla senedi devralanın bu iktisabı korunur (bkz. TTK m.686/2)¹⁵.

Teminat amaçlı temlik cirosunda yani inançlı temlik halinde ise gizli rehin cirosunda olduğu gibi teminat amacıyla ciro yapılmakta ancak gizli rehin cirosundan farklı olarak taraflar, senedin teslimini konu alan sözleşmede, senedi devralana senet üzerinde rehin değil mülkiyet

Teminat Çeki Uygulaması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 15, S. 163, 2020, s. 485; Aytuğar bu değişikliklerin çekin bir kredi ve teminat amacıyla kullanılmasını kolaylaştırdığını, TTK’daki mevcut düzenlemenin uygulanan ihtiyaçlarını karşılamadığını ve burada **gerçek olmayan bir boşluktan** bahsedilebileceğini belirtmiştir. Mevzuu bir hukuk kuralının geniş tutulmuş olan mevcut kapsamında gerekli istisnalara yer verilmemiş olması ve hükmün somut olaya uygulanması durumunda, kanunun amacı ve ruhuna ve hakkaniyete aykırı sonuçlar ortaya çıkması halinde gerçek olmayan boşluk söz konusudur. Bkz. ayrıntılı bilgi için Kırca, Çiğdem. “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 50, S. 1, 2001, s. 96.

[13] Bu tür işlemler ortada şeklen bir temlik cirosu olmakla birlikte gerçekte itimada dayanan, tahsil ya da rehin ya da hatır amaçlı işlemler olup ispat edilmesi halinde kural olarak geçerlidir. Domaniç, s. 193; Gizli tahsil cirosu/açık temlik cirosu ve tahsil amaçlı inançlı işlemle temlik cirosu hakkında Öztan, 1997, s. 619-622; Öztan, 2017, s. 118-120.

[14] TTK m. 689: “**2. Rehin cirosu TTK m. 689-** (1) **Ciro**, “bedeli teminatır”, “bedeli rehindir” ibaresini veya rehnemeyi belirten diğer herhangi bir kaydı içerirse, hamil, policeden doğan bütün hakları kullanabilir; fakat kendisi tarafından yapılan bir ciro ancak tahsil cirosu hükmündedir. (2) Policeden sorumlu olanlar, kendileriyle ciranta arasında doğrudan doğruya var olan ilişkilere dayanan def’ileri hamil karşı ileri süremezler; meğerki, hamil policeyi iktisap ederken bile borçlunun zararına hareket etmiş olsun.”

[15] Domaniç, s. 171; Öztan, 1997, s. 631, s. 1148; Öztan, 2017, s. 111; Kendigelen / Kırca, s. 222 kn.477; Coşkun, Mahmut. Kıymetli Evrak Hukuku, Seçkin, 8. Baskı, 2023, s. 244; Kırca, İsmail. “Yargıtay Kararları Işığında Çekte Gizli Rehin ve Teminat Amacıyla Temlik Ciroaları”, *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü*, Yayın tarihi: Ağustos 2015 Sempozyumu tarihi: 27.12.2013, s. 95; Aytuğar, s. 488.

hakkı verilmesi hususunda anlaşmaktadırlar. Diğer bir ifadeyle senedin mülkiyeti ve senedin içerdiği hak devralana geçmekte, ancak senedi devralan sözü edilen hakkı sadece teminat amaçlı kullanma hususunda bir yükümlülük altına girmektedir. Bu yüzden senedi devralanın senet bedelini tahsil yetkisi rehin değil mülkiyet hakkına dayanır. Yine inanlı ciroyla senedi devralan senedi devrettiği takdirde devralanın inanc ilişkisini bilmesi, onun senedin mülkiyetini kazanmasına engel teşkil etmez. Burada muvazaa yoktur. İnanlı ciroda senedi devralan, senedin ve senedin içerdiği hakkın sahibidir, ancak senedi teminat olarak verene karşı hakları kararlaştırılan teminat amacıyla sınırlıdır; rehin hukukuyla ilgili hükümler buraya ancak kıyasen uygulanabilir.¹⁶ Teminat amaçlı temlik cirosunda, hamil, senet bedelini tahsil ederek alacağını elde ettiği anda bu işlem ifa uğruna yapılmış bir işlem haline gelir¹⁷. Tahsil edilen senet bedeli teminat alana aittir, alacağından fazlasını tahsil etmişse bunu teminatı verene iade etmelidir¹⁸. Gerçekten ortada tahsil cirosu ya da rehin cirosu varsa hamil ciantayı temsilen tahsilatı yaparken ortada bir temlik cirosu varsa hamil asaleten tahsilat yapacaktır¹⁹.

Doktrinde bir görüşe göre çekteki gizli rehin cirosu yasak sebebiyle, görünüşteki temlik cirosu ise muvazaa sebebiyle geçersizdir. Geçersiz bir temlik cirosuyla, yani gizli rehin cirosuyla çek devralan görünürde yetkili hâmil olmakla birlikte maddî hukuk bakımından bu sıfatı kazanmamaktadır. Bu yüzden çek görünürde temlik cirosuyla devreden hala gerçek malik olduğu için, devralandan senedin iadesini talep edebilecektir (bkz. TTK m.792; ayrıca bkz. TMK m.989, m.991).²⁰ Hatta bir görüşe göre ciro ile devredilebilecek bir çekin, TMK hükümlerine göre dahi rehedilmesi mümkün değildir²¹.

Öte yandan, doktrinde diğer kambiyo senetleri ve hatta adi alacaklar rehin konusu olabilirken kısa vadeli rehin işlemlerine çekin karşılık teşkil edememesi eleştirilmiş ve kısa vadeli teminatı icap ettiren resmi artırmalarda olduğu gibi kısa vadeli ihtiyaçlar için “gizli rehin cirosu” yapılabileceği savunulmuştur²². Gizli rehin cirosunun varlığı halinde, TMK m.954-m.955-m.956 da dikkate alındığında teslim bağli taşınır rehini hükümleri uygulanır ve gizli rehin/açıkta temlik cirosu da çek üzerinde inanlı temlik yoluyla kurulan teminat işleminde olduğu gibi geçerlidir.²³

[16] Öztan, s. 632, s. 634; Kırca, s. 95; Aytuğar, s. 492; Taşpolat Tuğsavul, s. 2223, 2245.

[17] Öztan, 1997, s. 633; Öztan, 2017, s. 225; Poroy / Tekinalp, 2021, s. 312.

[18] Öztan, 1997, s. 635.

[19] Domanıç, s. 125.

[20] Sirmen, A. Lale. *Alacak Rehni*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1990, s. 65, dn. 164; Kırca, s. 97-98.

[21] Reisoğlu, s. 135.

[22] Domanıç, s. 598; Öztan, 1997, s. 1147; Öztan, 2017, s. 267; Kendigelen / Kırca, s. 300 kn. 686.

[23] Domanıç, s. 599; Öztan, 1997, s. 632, s. 1142, s. 1148; Aytuğar, s. 488; Yıldırım, *Kambiyo*

Gerçekten de eşya hukuku bakımından kıymetli evrak türleri arasında bir ayırım yapılmaksızın “kıymetli evrak rehni” TMK m.956’da özel olarak düzenlenmekle birlikte, kıymetli evrakın TMK m.955’teki şartlar altında taşınır rehni konusu olabilmesi mümkündür²⁴. Hamile yazılı çeki rehin amacıyla devralan rehin alacaklısı, senedin mülkiyetini devralmış gibi tasarruflarda bulunarak iyiniyetli üçüncü kişilere senet üzerinde hak kazandırabilir. Tahsil için ise rehin alacaklısına bu yetkinin rehin veren tarafından sözleşme ile verilmiş olması ya da rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılması gerekir.²⁵

Gizli rehin cirosundan farklı olarak teminat amacıyla temlik cirosunda senedin mülkiyeti ve senedin içerdiği hak devralana geçtiği için çekin teminat amaçlı temlik cirosuyla devri geçerlidir.²⁶ “Çekte rehin cirosu mümkün olmasa da inancılı işlem yoluyla teminat amaçlı temlik cirosu yapmak daima mümkündür.”²⁷ Teminat amaçlı temlik cirosunda, hamil, meşru ve senet ve senede mündemiç hakkın maliki olduğu için, teminat amaçlı çek ibrazdan önce teminat fonksiyonunu kaybederse, örneğin, kredi borcu sona ererse, banka mevcut ciroyu çizerek ya da yeni bir ciro ile çeki iade edecek; kredi borcu devam ederken tahsil ettiği çek bedelini ise kendi alacağına mahsup edecektir²⁸. Bir başka görüşe göre ise, teminat amaçlı temlik cirosu ile senedin devredilmesi geçerlidir ve bu halde, konkordato alacaklısı [banka], çekin ve çeke bağlı hakkın maliki olarak değil, rehinli alacaklı olarak değerlendirilmelidir.²⁹

Doktrinde, her iki ciro da teminat amaçlı yapıldığından, tarafların kullandığı “rehin”, “teminat”, “temlik” gibi sözcüklere tek başına itibar edilip, bunlardan “rehin” ve “teminat” sözcüklerinden gizli rehin cirosunun, “temlik” sözcüğünden ise inancılı temlikin varlığı sonucu çıkarılmaması gerektiği belirtilmiştir. Bu noktada, sadece borçlunun rehinde daha avantajlı durumda olduğu hususuna bakılarak değil; **“muamelâta genellikte hangi işlemin tercih edilmekte bulunduğuna ağırlık verilerek karara varılması gerektiği”** ölçütünden hareket etmenin isabetli olacağı³⁰, bu uygulama uzun zamandır ticari hayatta kullanıldığı için ve Yargıtay 11.

Senetlerinde Rehin Cirosu, s. 334, s. 310-311; Yıldırım, Hakan. “Beyaz Rehin Cirosu”, *Legal Hukuk Dergisi*, C. 16, S. 192, 2018, s. 5711; Taşpolat Tuğsavul, 2247.

[24] Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer / Oktay-Özdemir, Saibe. *Eşya Hukuku*, 23. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 1202.

[25] Domaniç, s. 171; Ayтуğar, s. 495.

[26] Domaniç, s. 599; Öztan, 1997, s. 632, s. 1142, s. 1148; Poroy / Tekinalp, 2010, s. 274; Poroy / Tekinalp, 2021 s. 340; Reisoğlu, s. 133, s. 175; Kendigelen, Abuzer. *Çek Hukuku*, İstanbul 2007, 176; Kendigelen, Abuzer. *Çek Hukuku*, İstanbul 2021, 241-242; Kırca, s. 98; Ayтуğar, s. 488; Yıldırım, Kambiyo Senetlerinde Rehin Cirosu, s. 334 vd.; Yıldırım, Beyaz Ciro, s. 5711.

[27] Kendigelen, 176; Poroy / Tekinalp, 2021 s. 340.

[28] Reisoğlu, s. 134, s. 175; Coşkun, s. 244.

[29] Altay, Sümer / Eskiocak, Ali. *Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 313-314.

[30] Öztan, 1997, s. 632.

HD'nin içtihat değişikliğine kadar çek harici belgelerde yer alan bu işlemler yargı uygulaması ve özellikle 19. HD tarafından geçerli kabul edildiği de göz önüne alınırsa, bu tür çek devirlerini inançlı işlem olarak görmenin daha isabetli olduğu ifade edilmiştir (bkz. ayrıca TBK. m.19/1).³¹

Kazai içtihatlarla bakıldığında ise 11. HD'nin eski kararlarında³² ve 19. HD'nin kararlarında çekin teminat amaçlı temlik geçerli kabul edilirken³³ 11. HD güncel kararlarında aksi yönde sonuca³⁴ varılmıştır. Daha sonra 19. HD kapatılmış, uhdesindeki dava ve işler 11. HD'ye devredilmiş; 11. HD ise, 19. HD'nin içtihadını dikkate almamış ve konuya ilişkin mevcut görüşünde istikrar kazanmış kararlar vermiştir. Buna göre, çek metninde açıkça rehin cirosu yazılmasa da birtakım belgelerden (çek tevdi bordrosu, portföy çeki teslim belgesi, çek teslim alma formu, çek teslim senedi, kredi sözleşmesi) çekin tahsil veya temlik amacıyla değil rehin ya da teminat amacıyla verildiği anlaşılıyorsa, bu herhalde gizli rehin cirosu olarak kabul edilip çekte açık ya da gizli rehin cirosunun geçersizliğinden bahisle çeki elinde bulunduran son hamilin meşru hamil

[31] Kırca, s. 99, s. 103.

[32] Örneğin, Yargıtay 11. HD, T. 12.9.2014, E. 2013/8457 K. 2014/13643 (Corpus Web Hukuk Mevzuat ve İçtihat Programı).

[33] *Davalı davaya cevabında çek sebebiyle alacaklı olduğunu, çekin bankaya rehin cirosuyla(5) intikal ettiğini bildirmiştir. Davalı banka keşideciye karşı T.T.K.nun 644 üncü maddesindeki hakları kullanabileceğine göre (...)*» (Yargıtay 19. HD, T. 28.4.2011, E. 10714, K. 5802). *“Dava konusu çekler rehin cirosu(6) ile davalı bankaya geçtiğine göre, banka yalnızca keşideciyi muhatap olarak çekin tahsil amacı ile takibe geçebileceğine, bankanın ayrıca temel ilişkiye dayalı olarak (kredi sözleşmesiyle) takibe geçmeden ... Tarım Ltd.Şti. ve İsmail... hakkında çeke dayalı takip yapamayacağı (...)*» Yargıtay 19. HD, T. 21.5.1999, E. 2581, K. 3506; *“...Her iki dava, çeklerin bedelsizliği iddiasıyla açılmış menfi tespit istemine ilişkindir. Çekler üzerindeki kayıtlardan çeklerin davalı Ç. Ltd. Şti. adına keşide edildiği, çeklerin arkasında Ç. Ltd. Şti.'nin ciro, kaşe ve imzasının bulunduğu, davaya konu çeklerden 40.000 TL'lik bir adetinin Halkbank A.Ş.'de, 35.000 TL ve 28.000 TL bedelindeki diğer çeklerin ise V.bank A.Ş.'de bulunduğu anlaşılmaktadır. Çeklerin devir bordroları var ise de, rehin amacıyla davalı bankalara devredildiği konusunda çeklerde bir açıklık bulunmamaktadır. Kambiyo senetlerinde temlik cirosuyla senede hamil olan davalı bankaların kötüniyeti kanıtlanmadığı sürece bedelsizlik iddiası hamil bankalara karşı ileri sürülemez. Bu nedenlerle mahkemece davalı bankalar hakkında davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde kabulü doğru görülmemiştir...”* Yargıtay 19. HD, T.10.05.2017, E. 2016/9238 K.2017/3637 (Yargıtay Karar Arama).

[34] *Somut olayda her ne kadar davaya konu çek üzerinde, çekin rehin cirosuyla devredildiği belirtilmemişse de, söz konusu çekin, lehtar tarafından davacı bankadan alınan kredinin teminatı olarak davacı bankaya ciro edildiği, diğer bir deyişle çekin rehin cirosu ile davacıya devredildiği mahkemece kabul edilmiş olup bu hususa dair bir temyiz bulunmamaktadır. O halde, çekte rehin cirosunun batıl olduğu, bu durumda davacının yetkili hamil olduğunun söylenemeyeceği ve yetkili hamil olmayan kişinin TTK'nun 644. maddesi uyarınca hak sahibi olamayacağı dikkate alınmaksızın hüküm kurulması doğru olmamış, hükmün bu sebeple bozulması gerekmektedir.”*Yargıtay 11. HD, T. 3.10.2012, E. 6984, K. 14883; *“...Davacı banka çekin bankaya tahsil cirosu ile devredildiğini iddia ederken davalı keşideci dava dışı şirket tarafından bankadan kullanılan kredinin teminatı olarak verildiğini savunduğuna göre; davacı bankanın ticarî defter ve kayıtları ve çek tevdi bordrosu incelenerek çekin dava dışı şirketin kullandığı kredinin teminatı olarak verilip verilmediğinin değerlendirilmesi çekin teminat olarak verildiğinin tespit edilmesi hâlinde çekte rehin cirosu geçerli olmadığından davacı bankanın keşideciye sebepsiz zenginleşme davası açamayacağının gözetilmesi gerektiğine dair...”* Yargıtay 11. HD, T. 11.04.2018, E. 2016/15070, K. 2018/2588; Yargıtay 11. HD, T. 19.03.2018, E. 2016/9310, K. 2018/2055; Yargıtay 11. HD., T. 24.03.2011, E. 6455 K. 3340; Yargıtay 11. HD, T. 20.02.2014, E.2012/11833, K.2014/2980 (Kazancı).

olarak kabul edilemeyeceği belirtilmektedir³⁵.

HGK ise “...Çekte ancak tahsil veya temlik cirosu yapılabileceği, dava-ya konu yapılan çekin lehtar tarafından yapılan ciroda yer alan “emrine ödeyiniz” ibaresinden de anlaşılacağı gibi, çekin rehin cirosu ile devredilmediği, kredinin teminat alınarak kullanılacağına dair yapılan genel ifadelerin de çekin rehin cirosu ile devredildiğini göstermeyeceği sonucuna varılmıştır.”³⁶ şeklindeki yeni tarihli bir kararı ile harici belgelerdeki “teminat” gibi ifadelerin çekin temlik cirosu ile geçerli bir şekilde devredildiği olgusunu değiştirmeyeceği ifade edilmiştir. Daha sonra çekte gizli rehin cirosunun ispatı ve geçerliliğine ilişkin içtihat farklılığının varlığı gerekçesi ile içtihadı birleştirme yoluna başvurulmuş ve başvuru reddedilmiştir.³⁷

HGK yine, 25.01.2022 tarihli ve 2019/(19)11-59 Esas ve 2019/46 Karar sayılı kararında, kapatılan Yargıtay 19. HD ve kendisinin yukarıda zikredilen 30.05.2018 tarihli ve 2017/19-817 Esas ve 2018/1145 Karar sayılı kararı ile aynı doğrultuda karar vermiştir. Kararda çekin üzerinde açıkça teminat amaçlı verildiğine dair bir ifade olmadıkça rehin cirosuyla devredildiğinin kabul edilemeyeceği, çek tevdi bordrolarında teminat için verildiği bilgisinin rehin cirosunu ispata yeterli olmadığı, çekte rehin cirosu bulunduğu definin şahsi bir defi olduğu, temlik cirosuyla senede hamil olan bankanın kötüniyeti kanıtlanmadıkça bedelsizlik iddiasının hamil bankaya karşı ileri sürülemeyeceği ifade edilmiştir (bkz. TTK m.689/2).³⁸ Kanaatimce, bu kararlardan yola çıkarak “dolayısıyla” harici teminat amaçlı temlik cirosu geçerlidir denilebilmektedir.

Konkordato hukuku bakımından ise, inceleme konusu kararlarda, banka ve müşteri arasındaki çek temlikine ilişkin işlemlerde çek harici belgelerde yer alan ifadelerde “teminat” ifadesine rastlanması durumunda, “gizli rehin” olduğu kabul edilmekte ve temlik cirosu geçersiz kabul edilmektedir. Örneğin:

[35] Yargıtay 11. HD. T. 14.09.2022, E. 2020/8526, K. 2022/5865 (Kazancı).

[36] Yargıtay HGK T. 30.5.2018, E. 2017/19-817, K. 2018/1145 (Kazancı).

[37] “Üzerinde yazılı olmaması halinde çekin rehin cirosu ile devredilmiş olması hususunun başka delillerle ispat edilip edilemeyeceği konusunda içtihatların birleştirilmesi talep edilmiş ise de; içtihatların birleştirilmesine karar verilebilmesi için içtihat aykırılığına konu kararların devamlılık arz etmesinin gerekmesi, Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun 07.07.2020 tarihli ve 173 sayılı kararıyla Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 03.08.2020 tarihi itibarıyla kapatılarak baktığı işlerin Yargıtay 11. Hukuk Dairesine devredilmiş olması, Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin yerleşmiş kararlarına aykırılık teşkil eden Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun sadece 30.05.2018 tarihli ve 2017/19-817 E., 2018/1145 K. sayılı kararının bulunması ve henüz istikrar kazanmamış olması ile Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin belirtilen konuda içtihadının bulunmayışı karşısında içtihatların birleştirilmesine yer olmadığı sonucuna varılmıştır.” Yargıtay İBBGK T. 22.10.2021, E. 2019/3, K.2021/2 (RG 14.12.2021, 31689).

[38] Karar için bkz. E-uyar; Yıldırım, Beyaz Ciro, s. 5712, bkz. aynı yerde dn.95; Lerzan Yılmaz, s. 233.

“Çeklerin ileri tarihli çek olarak düzenlendiği dosya kapsamı ile sabittir. Öte yandan, davalı banka tarafından sunulan hesap hareketlerinde yer alan “28/09/2018 tarihinde firma rotatif kredisinin **devre sonu faizi tahsil olan teminat çekleri ile ödemesi yapılmıştır**” şeklindeki şerh nazara alındığında uyumsuzluk konusu çekin devrinin rehin amacıyla yapıldığı sonucuna varılmaktadır. Az yukarıda açıklanan nedenlerle **bankanın rehin cirosu ile hamil olduğu çek nedeniyle hak sahibi olması mümkün değildir**. İcra ve İflas Kanunu’nun 294/6. maddesi uyarınca; Çekin temlik cirosu ile devredildiği kabul edilmiş olması halinde davacı şirketin geçici mühletin ilanından önce davalıya ciro ettiği ve mühlet ilanından sonra muaccel olan ileri tarihli çekten kaynaklanan devir, ... geçersiz olacaktır. Bu çözüm aynı zamanda konkordato müessesinin ruhuna da uygundur (Yargıtay 6. HD’nin 11.04.2022 Tarih ve 2022/1251 E. - 2022/1999 K. Sayılı kararı). **Bu durumda, gerek temlik cirosu ve gerekse temlik cirosu görünümünde gizli rehin cirosu yoluyla bankaya devredilen çek bedellerinin davalı banka tarafından konkordato talep eden şirket lehine komiserin kontrolünde bulunan hesaba aktarılması gerekirken davacının kredi borcundan mahsup edilmesi doğru olmamıştır**. Bu nedenle mahkemece davanın kabulüne karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir.”³⁹

Kanaatimce her ne kadar çekte açık rehin cirosu olmazsa da geçerli bir temlik ya da tahsil cirosu ile devredildiği sürece çek teminat amaçlı kullanılabilir. Asıl amaç çekin bir borcun teminatı olarak verilmesi olmakla birlikte çekin temlik cirosu ile ya da beyaz ciro ile devredilmesi halinde hem teminat amacı hem de temlik cirosu bakımından tarafların niyetlerine bakılmalıdır. Niyet, alınan kredinin karşılığında ibraz tarihinde bankanın çekin karşılığını alması ve bu şekilde müşterinin borcunun ödenmiş kabul edilmesidir. Bu işlem aslında ifa uğruna edim içeren bir işlemdir⁴⁰. Banka müşterisinin iradesi gerçekten de inançlı işleme daya-

[39] İstanbul BAM, 43. HD, T. 15.6.2023, E. 2020/1357, K. 2023/642 (Lexpera); benzer şekilde: “Bankalara verilen çek/senetlerin her ne kadar ciro yapılmak suretiyle devri yapılmış olsa da, ilgili banka ve müşterisi (konkordatoya başvuran borçlu) arasındaki kredi ilişkisinin bir bütün olarak ele alınması şarttır. Zira, söz konusu çek/senetler, bir borca mahsup edilmek üzere değil, bir borcun teminat altına alınması amacıyla teslim edilmektedir. Birçok bankanın teminatlarla ilişkin yaptığı olduğu düzenlemelere bakıldığında, bir alacağın devri sözleşmesi kapsamında teslim edilen senetlerin kredi ilişkisinde teminat teşkil edeceği, borcun tamamen veya kısmen ödenmemesi halinde doğrudan mahsup edilebileceği açıklamalarına yer verilmektedir. Somut olaya bu açıdan bakıldığında, davacı ile davalı taraf arasında akdedilmiş olan -----maddesinde “Kambiyo Senetlerinin Borcun Tahsili için Verildiğinin Kabulü” ve yine 23.1.2. Müşteri Bankanın talep ettiği miktar ve nitelikteki kendi müşteri senetlerini ciro ederek Bankaya devretmeyi taahhüt eder.” hükmünün yer aldığı görüldüğü, ayrıca tevdiî bordrolarında “çek çıkış teminat” ibaresinin bulunduğu, keza davalı ----- tarihli davaya cevap dilekçesinde de “talep konusu çeklerin, davacı/borçlu ’nun müvekkili banka’ya olan borçlarının ödenmesinin temini amacıyla müvekkili bankaya temlik cirosu ile devir ve teslim edilmiş olduğu” yönünde beyan bulunduğu, bu sebeplerle, somut olayda dava konusu çeklerin de bankaya teminat amacıyla temlik edilen bir alacak olduğu kanaatine varılmıştır.” İstanbul Anadolu 11. Asliye Ticaret Mahkemesi, T. 22.3.2023, E. 2020/442 K. 2023/266 (Lexpera).

[40] Mevcut bir borç için kambiyo senedi düzenlenmesi halinde de bunun kural olarak ifa uğ-

nan temlik cirosunun geçerli olması yönündedir. Dolayısıyla bir inanchli temlik olan teminat amaçli temlik cirosunda muvazaadan söz edilemez. İşlem güvenliği, müşterinin krediye ulaşımının sağlanması ve bankanın bu işleme dayanarak vereceği kredi ile ticari döngünün devamının sağlanacağı gerçeği de dikkate alındığında teminat amaçli temlik cirosunun inanchli temlik olarak geçerliliği kabul edilmelidir. Çeki devralan banka çeki bağlı alacak hakkının sahibi olarak meşru hamil olacak ve çeki ibraz ederek kendi alacağını tahsil edecektir.⁴¹

Cironun Türünün İspatı

Çekte açık olarak sadece tahsil ve temlik cirosu mümkündür. Aksine açıklık yoksa, ciro kural olarak temlik için yani senedi ve senetten doğan hakları devretmek için yapılmış kabul edilir⁴². Açık ifadeler ile çek tahsil cirosu ile devredilmediğinde, örneğin beyaz ciro halinde, çekin temlik cirosu ile devredildiği kabul edilir⁴³.

Temlik cirosu ya da beyaz ciro ile çeki temlik alan yetkili hamil banka ile müşteri arasında bu cironun geçerliliğine ve türüne ilişkin ihtilaf halinde, HMK m.201 uyarınca, bir hukuki işlem olan cironun türü kesin delille ispat kuralına tâbidir. Yani, örneğin mevcut temlik cirosunun aslında tahsil ya da rehin amaçlı olduğu iddiası, bunu iddia eden tarafından kesin delille ispat edilmelidir.⁴⁴ Ciroda, tahsil veya rehin amacıyla verildiği yönünde bir kayıt bulunmamasına rağmen, bu amaçla verildiği

runa yapıldığı kabul edilir. Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 1207; Nomer, Haluk N. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 19. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2023, s. 334, kn 150.2; Öztan, 2017, s. 225; Bahtiyar / Taşdelen / Biçer / Hamamcioğlu, s. 48.

[41] Ortada bir rehin ilişkisi söz konusu olmadığı için katıldığımız görüşe göre bu halde konkordatonun rehinli alacaklılar bakımından sonuçlarını düzenleyen hükümleri de burada uygulama alanı bulmayacaktır. Bkz. Taşpolat Tuğsavul, s.2274.

[42] Domaniç, s. 128.

[43] Örneğin, "...Davacı vekili çekte temlik cirosu bulunmadığını, tahsil için bankaya verildiğini iddia etmiş, davalı vekili ise çekin teminat amacıyla bırakıldığını savunmuştur. Davalı tarafından icra takibine konulan çek arkasında davacı kaşesi ve yetkili imzası bulunmaktadır. Ayrıca muhatap bankanın karşılıksız şerhi mevcuttur. TTK.nun 730. maddesi aracılığıyla çeklerde de uygulanması gereken 595/2nci maddesi gereğince beyaz ciro niteliğindeki ciroya, aynı yasanın 600/1 inci maddesinde yer alan "bedeli tahsil içindir", kabız içindir." "vekaleten" gibi ibareler konulmamış olduğundan çek arkasındaki cironun temlik cirosu olduğunun kabulü gerekir..." Yargıtay 19. HD, T. 16.10.2003, E. 7472, K. 9981 (Kazancı); "...Davalı vekili, senedin tahsil cirosu ile alınmadığını, temlik cirosu olduğunu ileri sürmüştür. Mahkemece, takip konusu bononun tahsil amacı ile verildiğine ilişkin yasanın öngördüğü biçimde bir işlem ve ibare yoktur. Cironun tahsil için olduğu konusu tanıkla kanıtlanamaz gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Kararı davacı vekili temyiz etmiştir.davacı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddine usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına..." Yargıtay 11. HD, T. 19.4.1982, E. 1788, K. 1782 (Kazancı).

[44] Domaniç, s. 171; Helvacı, Mehmet (Ülgen, Hüseyin / Helvacı, Mehmet / Kendigelen, Abuzer / Kaya, Arslan. Kıymetli Evrak Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2004), s. 58, kn 123; Poroy / Tekinalp, 2021, s. 312; Pulaşlı, 195; Yıldırım, Beyaz Ciro, s. 5713; Kuru, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt II*, 6. Bası İstanbul 2001, s. 2325; Erdönmez, Güray. "Deliller" iç. *Medenî Usûl Hukuku (Pekcanitez Usûl) Cilt II*, (ed. Pekcanitez, Hakan / Özkes, Muhammet / Akkan, Mine / Taşkorkmaz, Hülya), 15. Bası, İstanbul 2017, s.1863; Budak, Ali Cem / Karaaslan, Varol. *Medenî Usul Hukuku*, 7. Bası, İstanbul 2023, s. 324 kn.168; konunun kapsamı dışına çıkmamak için HMK m.201'in istisnalarından ayrıca bahsedilmemiştir.

iddiasının ispat yükü ise, senedi devredene ait olacaktır (TMK. m.6; HMK m.190)⁴⁵.

İspat yükü kendisinde olan senedi devreden bu iddiasını kural olarak kesin bir delille ispatlamak şartıyla söz konusu çekin teminat amacıyla verildiği hususunda şahsi bir defa ileri sürme imkânı elde eder. Çünkü, nama yazılı çek hariç, çekin kamu güvenini haiz olmasının sonucu olarak senetten anlaşılmayan veya senetteki taahhüdün hükümsüzlüğüne ilişkin defilerden olmayan, senedin teminat amacıyla verildiğine ilişkin defa şahsi defidir; sadece keşideci ile lehtar arasında ya da ciranta ile onun senedi ciro ettiği kişi arasında ileri sürülebilir⁴⁶.

Katıldığımız görüşe göre, çekin temlik cirosu ile devri yanında hariçten hazırlanan teslim senedinde çekin teminat amacıyla teslim edildiğine ilişkin ifadelerin olması tek başına çekte rehin cirosunun varlığını göstermez. Aksine banka ve müşteri tarafından imzalanmış çek teslim senedindeki teminat kaydı, inançlı işleme dayalı temlik cirosunun ispatı bakımından senet niteliğinde kabul edilebilir. Bu halde ortada geçerli bir ciro vardır. Bu noktada ise teminat temlik ya da tahsil amacıyla ileri tarihli çekin ciro edilmesi konkordato hukuku bakımından iki mesele karşımıza çıkmaktadır:

Bu meselelerden ilki, ileri tarihli çeki ilişkin temlik cirosu teminat amaçlı inançlı işlem olarak yapılmışsa ve bu ispat edilirse; hamil banka çeki temlik edenden İİK m.294/6'daki yasak kapsamında kalan bir müstakbel alacağı mı devralmıştır? İleri tarihli çekin gerçekten temlik amaçlı temlik cirosuna konu olması sorunun cevabını değiştirir mi?

İkinci olarak, temlik cirosu inançlı işlem olarak değil de gerçekten gizli rehin ya da tahsil amaçlı yapılmışsa ve bu ispat edilirse ya da teminat amaçlı bir tahsil cirosu varsa; hamil banka tahsil ettiği meblağdan kendi alacağını mahsup ettiğinde bu İİK m. 294/4'teki sınırlama kapsamında kalan bir takas işlemi midir?

[45] Kuru, s. 1975; Atalay, Oğuz. "İspat Yükü" iç. *Medenî Usûl Hukuku (Pekantez Usûl) Cilt II*, (ed. Pekantez/ Özekeş/Akkan/ Taşkorkmaz), s.1696; Budak / Karaaslan, s. 261 kn.14; Nitekim, doktrinde de çekin tahsil amacıyla veya bononun rehin amacıyla ciro edildiği ispat edilmedikçe bankaların tahsil ettiği senetlerin bedelinin konkordato borçlusunun hesabına yatırması veya tahsil edilmemiş bono veya çeklerin idesi yönünde tedbir kararları verilmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Simil, Cemil. "Konkordato Mühleti Verilmesinden Önce Bankalara Temlik Edilen Bono ve Çeklerin ya da Bedellerinin İadesinin Gerekli Gerekmeyeceği" (*"Makale"*), *Ban-kacılar Dergisi*, S. 112, 2020, s. 50.

[46] Şahsi defa senedin kambyo senedi vasfını hükümden düşürmez. Aksinin kabulü senetten anlaşılmayan sadece ilişkinin tarafları arasında geçerli bir sözleşmede kararlaştırılan hususlara mutlak defa niteliği bahsetmek neticesini ortaya çıkarır. Poroy / Tekinalp, 2021, s. 102, s. 109, 187; Aytuğar, s. 496.

KONKORDATO MÜHLETİNDEN ÖNCE İLERİ TARİHLİ ÇEKİN TEMLİK CİROSU İLE DEVRİNİN MÜSTAKBEL ALACAK DEVRİ OLUP OLMADIĞININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Borç, borç ilişkisinin kurulduğu anda ya da sonra doğabilir. Örneğin, satım sözleşmesi yapılıncı malın teslimi ve semenin ödenmesi borcu doğar. Müstakbel alacak doğmamış olmakla birlikte ileride doğması muhtemel bulunan, örneğin geciktirici şarta bağlı ya da doğumu vadeye bağlı, alacaklardır⁴⁷. Bu alacak ileride gerçekleşecek olmakla birlikte temlik anında hukuki bir temele dayanıyor olabileceği gibi temlik anında herhangi bir hukuki temeli olmayabilir de. Örneğin, müteahhidin devam eden bir inşaatta hak ediş bedeli müstakbel alacaktır. Kira sözleşmesinde kiracının kira bedelini ödeme borcu her bir kira döneminde doğacaktır⁴⁸. Kira sözleşmesi kurulduktan sonra kiraya verenin gelecek üç aylık kira bedelini üçüncü kişiye temlikinde müstakbel bir alacağın temliki söz konusudur⁴⁹. Muacceliyet ise doğmuş bir borcun borçludan talep edilebilir olup olmadığı ile ilgilidir. Borcun doğumu ile muacceliyeti çakışabileceği gibi (TBK m.90) borcun ifası vadeye de bağlanabilir. Vadeye bağlanmış bir alacak doğmuştur; fakat vade gününe kadar talep edilebilir değildir.⁵⁰

İİK m. 294/6 (İsviçre İİK m.297/4⁵¹) hükmü uyarınca konkordato mühletinin verilmesinden önce, müstakbel bir alacağın devri sözleşmesi yapılmış ve devredilen alacak konkordato mühletinin verilmesinden sonra doğmuş ise bu devir hükümsüzdür. Bu sonuç kanundan kaynaklandığı için ayrıca bir tedbir kararı verilmesine ihtiyaç yoktur.

[47] Nomer, s. 560.

[48] Nomer, s. 369.

[49] Albayrak, Hakan. *İflâs Dışı Adi Konkordatoda Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 107; Kale, Serdar. İİK m.294 (iç. Öztekin/Budak/Tunç Yücel/Kale/Yeşilova, Yeni Konkordato Hukuku, ed.Yeşilova) 3. Baskı Ankara 2023, 398; Kira bedeli ödeme borcunun kira sözleşmesinin kurulmasıyla doğduğu, kira döneminde bedelin ödeneceği tarihte muaccel olduğu, dolayısıyla kira bedelinin temlikin müstakbel alacak devri niteliğinde olmadığı yönünde bkz. Erdönmez, Güray. Yeni Konkordato Düzenlemesi Hakkında Bazı Tespitler iç. 7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, ed. Muhammet Özkes, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, 137-144, s. 140; Şahin, Çağatay Serdar. *Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020, 326; kira borcunun kira döneminde doğduğu konusunda bkz. örneğin Oğuzman, M. Kemal / Öz, Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 5, s. 13; kira alacağına ilişkin bu görüş farklılıkları aslında “müstakbel alacak” kavramı üzerinde dahi henüz bir fikir birliği oluşmadığını gösteren bir örnektir.

[50] Oğuzman / Öz, s. 15, s. 317, s. 319; Nomer, s. 368, kn 172.4.

[51] İsviçre İcra ve İflas Kanunu’nu serh eden Hunkeler’e göre: “[İsviçre İcra ve İflas Kanunu’nun 297. maddesinin 4. fıkrasıyla gelen] bu yenilik ‘konkordato dostu’ olup kendisine (velev henüz ‘geçici’ olsun) mühlet verilen borçluyu arzu edilmeyen müstakbel alacak temliklerinin, özellikle de tanımlanmış bir grup alacağı veya bütün alacakları kapsamına alan genel nitelikli temliklerin etkisinden, hiçbir şüphe kalmayacak şekilde kurtarmaktadır Bu şekilde borçlu mühlet sırasında yeni bir nakit kaynağına kavuşmakta ve konkordato talebinde bulunmak ve bunu erken bir aşamada yapmak konusunda özendirilmiş olmaktadır. Alacak temlikinin mühletten önce hangi sebeple sözleşmeye bağlandığının bir önemi yoktur; temlik teminat amaçlı inançlı bir temlik olabileceği gibi alacağı nihai olarak devretmek maksatlı da olabilir.” Hunkeler, Daniel. *Kurz Kommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz*, 2. Basi, 2014, Art. 297, kn. 23.

Şayet alacak mühletten önce doğmuşsa artık temlikin geçersizliğinden bahsedilemez. Burada önemli olan alacağın doğum anıdır⁵². Dikkat edilirse, hükümde, doğmuş, fakat henüz muaccel olmamış alacağın temlikinden değil; müstakbel, yani henüz doğmamış bir alacağın temlikinden söz edilmektedir.⁵³ Temlikin ifa uğruna ya da ifa yerine yapılmasının bir önemi yoktur⁵⁴. Bu hükmün amacı borçlunun mevcut malvarlığının korunmasıdır⁵⁵. Hükümde bahsedilen geçersizlik türünün kesin hükümsüzlük olduğu yönünde görüşler⁵⁶ olduğu gibi bu halde işlemin sadece konkordato süreci bakımından hükümsüz olacağı, hatta temlik alacaklısının konkordato alacaklısı olarak kendini kaydettirebileceği⁵⁷ de ileri sürülmüştür. Dolayısıyla İİK m.296/4 bakımından tartışılması gereken mesele alacağın doğumudur (müstakbel alacak), doğmuş bir alacağın vadesi (müeccel/muaccel alacak) değil.

Antalya BAM 11. HD'nin istinafen incelediği Denizli Asliye Ticaret Mahkemesi'nin kararında "(...) temlik cirosu ile devredilmesi halinde çekin muacceliyet tarihi mühlet kararından sonraki bir tarih ise bu çeki bağli alacağın çeki ciro ile teslim alan bankanın bu çek bedellerini kendi alacağına mahsup edemeyeceği gerekçesi ile geçici mühletin ilan tarihi olan 02.11.2022 tarihinden sonra asli müdahil banka tarafından davacı hesaplarına konulan blokelere de kaldırılmasına, banka tarafından takas ve mahsup edilen paraların komiser heyetinin bilgi ve gözetiminde davacı işletmeye ödenmesine karar verilmiştir." ifadesi yer almaktadır.

Görüleceği üzere, ilk derece mahkemesi ortada bir muacceliyet sorunu olduğunu isabetli bir şekilde tespit etmiştir. Fakat bu tespiti ile çelişkili olacak şekilde mühlet tarihinden sonra muaccel olacak alacak için de İİK m. 294/6'yı uygulayıp çek bedellerinin konkordato borçlusuna ödenmesine karar vermiştir.

Bu kararda atıf yapılan ve diğer inceleme konumuzu oluşturan Yargıtay 6. Hukuk Dairesi'nin karardaki şu paragrafın Antalya BAM 11. HD'nin kararına alınması da dikkat çekicidir:

[52] Pekcanitez, Hakan / Erdönmez, Güray. 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 102; Kale, kn.28, 395, kn.28c, 396; Sarisözen, M. Serhat. Konkordato, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 371; Şahin, s. 322; Simil, Cemil. Konkordatoda Mühletin Borçlu Bakımından Sonuçları, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020, s. 196; Altay / Eskioçak, s. 162; Umbach-Spahn, Brigitte / Kesselbach, Stephan / Bossart, Stefan. Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Schulthess Kommentar (ed. Kren Kostkiewicz, Jolanta/ Vock, Dominik), 4. Bası, 2017, s. 1724-1732.

[53] Tunç Yücel, Müjgan. Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 200; Simil, s. 197; Şahin, s. 322.

[54] Tunç Yücel, s. 201; Şahin, s. 323.

[55] Tunç Yücel, s. 197.

[56] Tunç Yücel, s. 202.

[57] Atalı, Murat / Ermenek, İbrahim / Erdoğan, Ersin. İcra Hukuku Ders Kitabı, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 662; Albayrak, s. 107; Şahin, s. 323; Umbach-Spahn/ Kesselbach/ Bossart. s. 1724-1732.

“Çekin temlik cirosu ile devredildiği kabul edilmiş olması halinde davacı şirketin geçici mühletin ilanından önce davalıya ciro ettiği ve mühlet ilanından sonra muaccel olan ileri tarihli çekten kaynaklanan devir, yukarıdaki hüküm [İİK m.296/4] uyarınca geçersiz olacaktır. **Bu çözüm aynı zamanda konkordato müessesinin ruhuna da uygundur.** Bu durumda **gerek temlik cirosu ve gerekse temlik cirosu görünümünde gizli rehin cirosu** yoluyla bankaya devredilen çek bedellerinin davalı banka tarafından konkordato talep eden şirket lehine komiserin kontrolünde bulunan hesaba aktarılması gerekirken davacının kredi borcundan mahsup edilmesi doğru olmamıştır.”

Doktrinde bir görüşe göre konkordato başvurusundan önce doğmakla birlikte bu alacak için “düzenleme tarihi mühlet içerisine denk gelen ileri tarihli çek” keşide edilmiş ise çekin mühlet içinde ödenmesinin kural olarak mümkün olmadığı, alacağın konkordatoya tabi olduğu belirtilmiştir. Buna göre, ileri tarihli çek mühlet içinde bankaya ibraz edildiğinde karşılığı varsa komiserin ödemeye izin vermesi halinde ödenebilecektir.⁵⁸ Aksi yönde görüşe göre ise kıymetli evrakta hak senet düzenlenince doğacağı için ileri tarihli çekin temlikinde ibrazın mühlet içerisinde mümkün olması durumunun temliki geçersiz kılmayacağı belirtilmiştir.⁵⁹ Hamiline yazılı çekte konkordato mühleti verilmesinden önce çekin zilyetliğinin bankaya devredilmiş olması durumunda, temlik geçerli olacaktır.⁶⁰ Çekin ileri tarihli bir çek şeklinde düzenlenmiş olması ve ibrazının konkordato mühleti içerisinde mümkün olması bu temliki geçersiz kılmaz. Zira çekin düzenlenmesiyle hak doğduğu ve temlik işlemi de mühletten önce yapıldığı için mühlet içerisinde doğan müstakbel bir alacağın devri bulunmamaktadır. Konkordato mühleti alan kredi müşterisi, mühletten önce devrettiği çekleri talep edemeyeceği gibi bedelleri ödemişse, ödenen bedelin iadesini de talep edemez. Temlik geçerli olduğu için mahkemenin de senetlerin iadesine ve tahsil edilen bedellerin iadesine karar vermesi mümkün değildir.⁶¹ Bu görüşe göre, inanç sözleşmesi ve temlik cirosu ile çeki temlik alan banka da meşru hamil olarak kendi alacağını tahsil etmiş olacaktır.⁶²

[58] Tunç Yücel, s. 94.

[59] Simil, s. 198; Taşpolat Tuğsavul, s. 2249, 2275.

[60] Simil, Makale, s. 54; Taşpolat Tuğsavul, s. 2249, 2275.

[61] Simil, Makale, s. 55.

[62] İnanç sözleşmesi ile senedi devralan banka çeki ancak teminat amacına hizmet eder şekilde kullanılmalıdır. Eğer senedi veren konkordato borçlusu müşteri yukarıda bahsedildiği üzere örneğin, bedelsizlik iddiasında bulunursa bankanın yetkili hamil olarak tahsil ettiği bedelin iadesini genel ilkeler çerçevesinde dava ve takip konusu yapmalıdır. Doktrinde de ifade edildiği üzere kredi müşterisinin konkordato sürecinde olması, kural olarak sonucu değiştirmeyecektir. Simil, Makale, s. 53.

Bilindiği üzere, kural olarak çek ödeme aracı⁶³ olarak kullanılan bir kıymetli evraktır ve çekte vade olmaz; çek görüldüğünde ödenir (TTK m.795/1). Çek düzenlendiği anda hak doğmuştur⁶⁴. Çekten kaynaklanan talep hakkı çek ibraz edildiğinde muaccel olur⁶⁵. Çekin üzerinde düzenleme günü olarak gösterilen günün gerçek bir tarih olmaması, önceki ya da sonraki tarihin konulması bu durumu değiştirmez, sadece çekin ibraz süresinin oynatılmasına yarar (Çek Kanunu m.3/8). Kural olarak çek, düzenleme tarihinden bağımsız olarak ibraz edilirse o gün ödenmelidir (TTK m.795/2). Fakat yukarıda⁶⁶ da bahsedildiği gibi Çek Kanunu'nda yapılan çekin ibraz yasağına ilişkin düzenlemeler ile çekte açıkça vade yaratılmıştır. Yani ileri tarihli çek, çeke bağlı alacağın doğumu bakımından değil talep edilebilirliği bakımından tartışılmalıdır.

İleri tarihli çekte de, çek düzenlendiği an hak ve borç doğar. Hukumuza özgü bir ileri tarihli çek uygulaması ve ibraz yasağı yaratılmış olması bu gerçeği değiştirmez. Mühlet kararından önce çek keşide edilmesi ve “*ileri tarih*” mühlet sırasında gelmesi çeke bağlı alacağı “*müstakbel alacak*” hâline getirmez. Mühlet içinde “*ileri tarih*” gelince temlik cirosu ile çeki devralan meşru hamilin çeki ibraz ve tahsil etmesi mümkündür. Bu halde konkordato yargılamasını yapan asliye ticaret mahkemesi geçerli bir temlike dayanan ve mühlet kararından önce düzenlenen ve müşterinin üzerinde hiçbir hak sahibi olmadığı çek bedelinin iadesine karar vermesi mümkün değildir.

Kanaatimizce, Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri “*müeccel*” ve “*müstakbel*” alacak kavramlarını birbirine karıştırmış gibi gözükp gerçekte müstakbel alacakları konu edinen İİK m. 294/6 hükmünü müeccel alacaklara da teşmil etmiş, yani hükmü kıyasa tâbi tutmuştur. Bir temel hak olan sözleşme özgürlüğüne müdahale teşkil eden İİK m. 294/6 müeccel alacaklar için kıyasa tâbi tutulamaz. Aksi kabul edilirse konkordato mühleti alma amacı olan borçlu mühlet öncesi bütün işlemlerinden kaynaklanan borçların ifasını muhtemel mühlet sayesinde uzunca bir zaman sonraya öteleyebilir ki bu da konkordatonun alacaklılar aleyhine dengelyi fazlaca bozacak şekilde kötüniyetli kullanımına yol açar. Sonuç olarak, teminat ya da temlik amacıyla olması fark etmeksizin temlik cirosu ile ileri tarihli bir çek devri İİK m.294/6 kapsamında bir müstakbel alacak devri değildir.

[63] Doktrinde ileri tarihli çek uygulaması ile çekin artık bir ödeme aracı değil kredi aracı olarak kullanıldığı ifade edilmektedir. Bahtiyar / Taşdelen / Biçer / Hamamcıoğlu, s. 134; Kendigelen (Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Arslan), s. 186, kn 9; Çekin bir borcun ifası için düzenlendiği kârîne olarak kabul edilir ve bunun aksini, iddia eden ispat etmelidir. Kendigelen (Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Arslan), s. 186, kn 9.

[64] Bahtiyar / Taşdelen / Biçer / Hamamcıoğlu, s. 5, s. 14, s. 47; Kendigelen (Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Arslan), s. 185.

[65] Kendigelen (Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Arslan), s. 208, kn 106.

[66] Dn.11'e bağlı cümle.

İLERİ TARİHLİ ÇEKİ MÜHLET İÇİNDE TAHSİL EDEN BANKANIN BEDELİ KREDİ ALACAĞINA MAHSUP ETMESİ İİK M.294/4'E AYKIRI MIDIR?

Konkordato sürecinde konkordato borçlusunun alacaklısı bakımından takas hakkının kullanımına ilişkin sınırlama İİK m.294/4'te düzenlenmiş ve konkordato mühletinde takasın iflasta takası düzenleyen İİK m.200-m.201'e tabi olduğu belirtilmiştir. Hükümde düzenlenen sınırlama konkordato alacaklıları için geçerlidir. Buna göre alacaklılardan birisi geçici mühlet kararının ilanından sonra borçludan alacaklı olmuş veya geçici mühlet kararının ilanından sonra borçluya borçlanmışsa ya da takas dermeyan etmek isteyen alacaklının alacağı hamiline yazılı bir senede dayanıyorsa⁶⁷ konkordato mühletinde takas yasaktır (bkz. ayrıca TBK m.139-m.145). Bu sonuç kanundan kaynaklandığı için ayrıca bir tedbir kararı verilmesine ihtiyaç yoktur.

Konkordato mühletinde takasın gerçekleşebilmesi için her iki alacağı da mühlet kararının ilanından önce doğmuş olması gerekir.⁶⁸ Örneğin, mühlet kararının ilanından önce alacağı muaccel olan banka mühlet kararının ilanından önce borçlunun mevduat hesabına gelen para üzerinde takas hakkını kullanabileceksen mühlet kararın ilanından sonra borçlunun banka uhdesindeki hesabına gelen mevduat bakımından İİK m.294/4 gereğince takas hakkı kullanılamayacaktır⁶⁹. Mühlet talebinden önce doğmuş bir alacağın alacaklısının mühlet kararının ilanından sonra, komiserin izni dahilindeki yahut haricindeki bir işlemle konkordato talep eden borçluya karşı bir borç altına girmesi halinde ise takas yapılması mümkün değildir⁷⁰. Komiserin izni ile yapılan işlemden kaynaklanan alacak hakkı konkordatoya tabi olmadığı için İİK m.294/4'ün uygulanmayacağı yönünde bir görüş de söz konusudur.⁷¹

Yapılan takas işlemine karşı itiraz ise İİK m.294'ün atfı ile İİK m.201'e göre mümkündür. Doktrinde bu itirazın bir dava şeklinde ileri sürülebileceği ve bu davayı borçlu ya da diğer alacaklıların açabileceği belirtilmiştir⁷². Görevli ve yetkili mahkeme ise İİK m.285/3'e göre belirlenir⁷³.

[67] Bu halde hamiline yazılı senedi elinde bulunduran alacaklının bu alacağı mühletten önce mi sonra mı devraldığı anlaşılacakları için haksız ve hileli işlemleri engellemek amacı ile takas yasaklanmıştır. Senedin konkordato mühletinin ilanından önce ve iyiniyetli olarak kazanıldığını ispatlayan alacaklı hamiline yazılı senede dayanarak da takas yapabilir. Tunç Yücel, s. 188-189; Simil, s. 205; Direnisa, Efe. "Konkordatoda Takas", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 189-190, 2020, s. 531; Şahin, s. 305.

[68] Tunç Yücel, s. 187; Kale, İİK m.294, kn.20, s. 388; Sarısözen, s. 359-360, s. 362; Simil, s. 200; Direnisa, s. 526, s. 529; Şahin, s. 304.

[69] Kale, İİK m.294, kn.21, s. 390; Sarısözen, s. 360.

[70] Tunç Yücel, s. 187.

[71] Direnisa, s. 529.

[72] Tunç Yücel, s. 191; Şahin, s. 307; Direnisa, s. 537.

[73] Direnisa, s. 538.

Bankanın mühlet içinde çeki tahsil ettikten sonra bedeli müşterisinin kredi borcundan düşmesinin İİK m.294/4'ü ihlal edip etmediği konusunda, Yargıtay 6. HD'nin kararına konu olayda, ilk derece mahkemesi tahsil cirosu olduğuna dair açıklık olmadığından dolayı cironun türünü temlik cirosu olarak belirlemiş ve konkordato mühletinde takas hakkının kullanımının sınırlandırılmasına ilişkin İİK m.294/4 atfı dolayısıyla İİK m.200-201 ve tedbir kararlarının meşru hamil bankayı bağlamayacağına karar vermiş; kararın istinafi üzerine Konya BAM 3. HD de temlik cirosu ile çekin temlikinden sonra konkordato borçlusunun çek üzerinde tasarruf yetkisi kalmadığı, İİK m.294/4'ün ihlal edilmediği sonucuna varmıştır⁷⁴. Yargıtay 6. HD ise bu konuda bir değerlendirme yapmamıştır.

Doktrinde banka müşterisinin, konkordato yargılamasında, bankaya temlik cirosu ile devrettiği çeklerin aslında tahsil amacıyla devredildiğini (gizli tahsil cirosu) kesin delille ispat ederse (HMK m.201), söz konusu çeklerin bedellerinin kredi müşterisine ödenmesi gerektiği haklı olarak ifade edilmiştir. Zira bu durumda kredi müşterisi, çekten kaynaklanan hakları bankaya devretmemiştir; sadece bankayı çeklerin bedellerini tahsil ve buna ilişkin işlemleri yerine getirmek amacıyla yetkilendirmiştir. Banka, mühlet sırasında tahsil ettiği senet bedelleri müşteriye ait olduğu için, mühlet kararının ilânından sonra tahsil ettiği çek bedelleri bakımından kredi müşterisinin borçlusu olmaktadır. Bankanın bu bedeller üzerinde müşteriden olan kredi alacağı için takas hakkını kullanması İİK m.294/4 gereğince mümkün değildir.⁷⁵

Gerçekten de borçlu tarafından bankaya ciro edilen çekin tahsili halinde takas hakkının kullanımına ilişkin sınırlamanın devreye gireceği duruma bir örnek tahsil amaçlı çekin ciro edilmesi hâlidir⁷⁶. Açık tahsil cirosunda da çekin devrindeki amacın bankadan alınacak krediye teminat sağlamak olması olasıdır. Bu halde de banka çeki tahsil ettiğinde uhdesinde kendisine ait olmayan bir para bulundurmış olacaktır ve bankanın bu parayı müşterisine iade etme borcu doğacaktır. Gerçekte teminat amacıyla alınmış da olsa çek üzerinde geçerli bir tahsil cirosu varsa, ya da müşteri temlik cirosu ile devredilmiş olsa da amacın tahsil olduğunu kesin delille kanıtlayabilirse, artık banka mühlet içerisinde bu ciroya dayanarak ileri tarihli çeki ibraz tarihinde tahsil etse dahi çek bedeli üzerinde takas hakkını kullanamayacaktır.

[74] "...dava konusu çeklerin İİK'nın 294/4. maddesi delaleti ile 200 ve 201. maddeler kapsamında kalan takas işlemi olarak nitelendirilmeyeceği, davacı şirketin kredi kullanımında dava konusu çeki bankaya temlik cirosu yoluyla devrettiği, davacının söz konusu çek üzerinde tasarruf yetkisi kalmadığı, takas yasağının ise ancak ilanlardan itibaren geçerli olacağı gerekçeleriyle istinaf başvurusunun esastan reddine..."

[75] Simil, Makale, s. 52 (bkz. aynı eser dn. 36).

[76] Aynı yönde Şahin, s. 343.

Yine, temlik cirosundaki amacın gizli rehin olduğunun kanıtlanması halinde, kendisine tahsil yetkisi verilen rehlinli alacaklı çeki bağı alacağı tahsil ederek rehnedilmiş alacak ile güvence altına alınmış kredi alacağını takas etmiş olacaktır.⁷⁷ Bu halde görünürde bir temlik cirosu olsa da, banka konkordato borçlusuna ait olan çek bedelini tahsil ettikten sonra İİK m.294/4 uygulama alanı bulacağı için çek bedelinin iadesi talebi ile karşı karşıya kalabilecektir.

Ancak teminat amaçlı da olsa geçerli bir temlik cirosunun varlığı halinde, çekin meşru hamili, çek üzerindeki tarih mühlete denk gelse de, kendi alacağını tahsil etmiş ve uhdesine almış olacağı için, İİK m.294/4'ün tartışılması gündeme gelmeyecektir.

BANKA TARAFINDAN TAHSİL EDİLEN ÇEK BEDELLERİNİN KONKORDATO BORÇLUSUNA ÖDETİLMESİ İÇİN İZLENECEK PROSEDÜR

Üzerinde yazılı tarih mühlet içine denk gelen ileri tarihli çekin konkordato mühleti kararından önce geçerli bir temlik cirosu ile temlikli müstakbel alacak devri değildir. Konkordato borçlusunun, bu çeki ciro ettiği hamilden çek bedelinin iadesini talep edebileceği haller ise İİK m.294/4'e aykırılık dolayısı ile açık tahsil cirosu ya da kanıtlanması halinde gizli tahsil cirosu ve gizli rehin cirosudur.

İnceleme konusu kararlarda ise, ileri tarihli çekin temlik cirosu ile devrine de müstakbel alacak temlikli gibi davranılmış ve çek bedelinin iadesi yönünde iki farklı uygulama ortaya çıkmıştır. Yargıtay 6. HD'nin kararına konu olan olayda çek bedellerinin kendisine ödenmesi talebi kabul edilmeyen konkordato borçlusu bankaya karşı genel haciz yoluyla takip başlatmış, bankanın itirazı üzerine itirazın iptali davası açmıştır. Antalya BAM 11. HD'nin kararına konu olan olayda ise konkordato borçlusu banka müşterisinin konkordato yargılamasını yapan asliye ticaret mahkemesine başvurusu üzerine mahkemece komiser heyetinin bilgi ve gözetiminde bankanın tahsil ettiği bedelleri konkordato borçlusuna ödemesine hükmedilmiştir. Bu talebin muhatabı olan banka yargılamaya "asli müdahil" sıfatıyla katılmıştır⁷⁸.

İİK m.294 f.4 ve f.6'da yer alan konkordato mühletinin sonuçlarının doğması açık kanun hükmünden kaynaklansa da uygulamada, tahsil edilen çek bedellerinin iadesi genellikle konkordato yargılamasını yapan asliye ticaret mahkemesinin İİK m.287'ye dayanarak borçlunun malvar-

[77] Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 1207; Yıldırım, Kambiyo Senetlerinde Rehin Cirosu, s. 300, s. 435.

[78] Benzer bir kararda çek bedelinin iadesine ilişkin asliye ticaret mahkemesinin kararı bir tedbir olarak değerlendirilirken iadeyi yapacak olan bankanın "asli müdahil" olduğu belirtilmiştir. İstanbul BAM 17. HD, T.03.10.2019 806 E./1738 K. (Lexpera).

lığını korumak üzere vermiş olduğu tedbir kararları ile sağlanmaktadır⁷⁹. Konkordato başvurularını inceleyen asliye ticaret mahkemelerinin de İİK m.287'ye dayanarak cironun türüne bakılmaksızın bankaya ciro edilen çeklerin ve tahsil edilen çek bedellerinin iadesi anlamlarını da barındıran geniş kapsamlı tedbir kararları vermeleri yaygın bir uygulama haline gelmiştir.⁸⁰

Örneğin Alanya Asliye Ticaret Mahkemesi “*gerek temlik cirosu ve gerekse temlik cirosu görünümünde gizli rehin cirosu yoluyla bankaya devredilen çek bedellerinin davalı banka tarafından konkordato talep eden şirket lehine komiserin kontrolünde bulunan hesaba aktarılması gerektiğinden talebin kabulü ve aynı nedenler itirazın reddine...*” şeklinde tedbir kararı vermiş ve tedbire itirazı reddetmiştir.⁸¹

Konkordato başvurularını inceleyen asliye ticaret mahkemelerinin verdiği bu tedbir kararlarında kullanılan “*davacıların hesabına geçici mühlet tarihinden sonra gelen paralara bloke konulmamasına ... takas mahsup yapılmamasına*” gibi ifadeler konkordato borçlusunun bankaya teminat amaçlı olarak devrettiği çeklerin banka tarafından tahsili sonucu ele geçen paraların konkordato borçlusuna verilmeyip banka alacaklarının iftasında kullanılmasının yasaklandığını ifade edecek kadar geniş bir ifade şekli olarak yorumlanmaktadır.

Bu noktada gerçekten de İİK m.294/6 kapsamında “müstakbel alacak devri yasağı” ya da İİK m.294/4 kapsamında takas hakkının kullanımına ilişkin sınırlamanın uygulanacağı hallerde işlemin geçerliliğinin tespiti ve/veya tahsil edilen meblağın iadesi konusunda nasıl bir yol izleneceği değerlendirilmelidir.

Doktrinde bir görüş, konkordato sürecinde bir alacağın temlikli işleminin geçerli olup olmadığına, konkordato yargılamasını yapan asliye ticaret mahkemesinin konkordato yargılaması dahilinde karar vermesinin mümkün olmadığını ifade etmiştir⁸². Çünkü bu ihtilaf konkordato yargılamasını yapan asliye ticaret mahkemesinin konkordato yargılaması kapsamında kesin hükümle sonuçlandırabileceği bir ihtilaf değildir.

[79] Bkz. örneğin, İstanbul BAM 17. HD, T. 13.06.2019, E. 1672, K. 1958; T. 15.11.2018, 2018/1906 (Tunç Yücel, s. 209); bkz. ayrıca Tunç Yücel, s. 208; Kale, s. 389; bkz. ayrıca Albayrak, s. 76-77; Takas hakkının kullanılması gibi maddi hukuktan kaynaklanan hakların kullanımının tedbir yoluyla engellenemeyeceği yönünde bkz. Pekcanitez / Erdönmez, s. 31-32; Şahin, s. 308; Aynı yönde görüş belirten Simil, üçüncü kişileri etkileyecek tedbir kararlarının ancak HMK m.389 vd. hükümlerine göre verilebileceğini belirtmiştir. Simil, Makale, s. 50, s. 51.

[80] Örneğin, İstanbul Anadolu 11. Asliye Ticaret Mahkemesi, T. 22.03.2023, 2020/442 E., 2023/266 K. (Lexpera). Bu dosyada konkordato borçlusu aldığı tedbir kararına dayanarak banka aleyhine ilamlı icra takibi yapmıştır. Örneğin, İstanbul BAM 17. HD, T. 3.10.2019, E. 2019/806 K. 2019//1738 (Lexpera).

[81] Bankanın kararı istinafi üzerine BAM bu kararın istinafinin mümkün olmadığı gerekçesi ile başvuruyu usulden reddetmiştir. Antalya BAM, 11. HD., T. 5.3.2024, E. 2024/485 K. 2024/445 (Lexpera).

[82] Tunç Yücel, s. 202

Konkordato yargılamasını yapan asliye ticaret mahkemesi borçlu üçüncü kişiyi bağlayacak şekilde borcun kime ifa edileceği konusunda bağlayıcı bir karar veremez (bkz. ayrıca TBK m.107). Aynı görüşe göre konkordato yargılamasını yapan asliye ticaret mahkemesi alacağın temlik sözleşmesinin konkordato nezdinde geçerli olup olmadığı bakımından hızlı bir şekilde neticeye varmak için bir karar verecektir, fakat bu karar kesin hüküm teşkil etmeyecektir; özellikle alacağın doğumu bakımından ortaya çıkan uyuşmazlık genel mahkemelerde çözümlenmelidir.⁸³

Tahsil edilmiş çek bedellerinin iadesine ilişkin konkordato yargılamasını yapan asliye ticaret mahkemesince verilen tedbir kararlarının⁸⁴ yerinde olmadığını belirten bir görüşe göre de temlik ciroyuyla devredilen bir senedin tahsili sonucu elde edilen meblağın iadesine karar verilmesinin aslında hamilin mülkiyetine geçmiş olan bir hakkın bu kişinin mülkiyetinden çıkarılması anlamına geleceği belirtilmiştir⁸⁵.

Bahsedilen kararlarda olduğu gibi, tahsil edilen çek bedellerinin iadesine ilişkin İİK m.287 kapsamında tedbir kararı verilmesi şeklindeki uygulama eleştiriye açıktır. İİK m.287/1'in mehz hukukta karşılığı İsviçre İİK m.293a olup ilgili maddeye ilişkin ilmi içtihatlarla bakıldığında verilebilecek tedbir kararlarına, banka hesaplarının dondurulması, banka hesaplarında işlemlerin konkordato komiserinin izni ile yapılması, tapu siciline şerh işlenmesi örnek olarak verilmiştir. Tedbire ihtiyaç duyulmasının sebebi borçlunun mali sıkıntısının geçmişteki işlemleri ve bu işlemlerden bazılarının sonuçlarının mühlet içerisinde doğacak olması da olabilir. Ama burada ilgili tedbirlerle koruma altına alınan borçlunun malvarlığıdır.⁸⁶

Konkordato borçlusunun bankaya karşı harcını yatırarak görevli ve yetkili mahkemede açtığı bir alacak davası yokken bir çekişmesiz yargı işi olarak inceleme konusu olan konkordato yargılamasında, "tedbir" başlığı altında sürecin tarafı olmayan banka aleyhine çek bedelinin iade-

[83] Tunç Yücel, s. 203; Şahin, s. 324.

[84] Örneğin, İstanbul BAM 17. HD, T. 03.10.2019, E.2019/806 K.2019/1738 (Lexpera): "... bankalar nezdinde teminata bulunan çeklerden yapılan tahsilatlar üzerine bloke konulmasının önlenmesini, konulan blokelerin kaldırılmasını, tahsil olunan çek bedellerinin müvekkile iadesini talep etmiştir. Mahkemece 02/01/2019 tarihli ara karar ile; davacı şirket tarafından teminat amacıyla verilen ve komiser heyeti görüşünde belirtilen çeklerden yapılan tahsilatlar üzerine bloke konulmasının önlenmesine, vadesi gelmemiş çeklerin davacı şirkete iade edilerek korumalı hesapta tahsil edilmesine istinaf yolu açık olarak karar verilmiş, karara karşı müdahiller tarafından istinaf yoluna başvurulmuştur. Dava, İİK 285 vd maddelerinde düzenlenen konkordato talebine ilişkin olup mahkemece davacılar yararına verilen ihtiyati tedbir kararı istinaf edilmiştir.... Somut uyuşmazlıkta mahkemece; davacılar vekilinin ihtiyati tedbir talebinin kabulüne karar verildiği... tedbirlere ilişkin kararlara karşı yasa yolunun kapatıldığı; bu hali ile ihtiyati tedbirin kabulüne ilişkin kararın İİK'nun 287/son maddesi gereğince istinafı kabul bir karar olmadığı görülmektedir.... Bu nedenlerle asli müdahillerin istinaf başvurusunun HMK'nun 352. maddesi gereğince usulden reddine dair aşağıdaki hüküm kurulmuştur."

[85] Şahin, s. 342; Simil, Makale, s. 52.

[86] Umbach-Spahn / Kesselbach / Burkhalter, s. 1650-1656.

sini içeren bir karar verilmemelidir. Uygulamada bu karar dayanılarak bazen ilamlı icra takibi bazen ilamsız icra takibi yapıldığı görülmektedir.⁸⁷

Üstelik, İİK m.287/son fıkrada geçici mühlet kararıyla birlikte alınan tedbirlere karşı kanun yoluna başvurulamayacağı da açıkça düzenlenmesine rağmen Antalya BAM'ın bir kararında ilk derece mahkemesinin verdiği "tedbir" kararına karşı istinaf başvurusunun kabul edildiği⁸⁸, bir başka kararında ise anılan hüküm gereği istinaf başvurusunun reddedildiği⁸⁹ görülmektedir⁹⁰. Uygulamada mahkemelerin konkordato mühleti kararının sonuçlarına ve bu sonuçlara eklenen başka tedbirlerle birlikte ve görünüşte ihtiyati tedbir şeklinde verdikleri kararlar, sadece şekli bakımdan tedbir giysisine bürünmektedir, bunlar konkordato hukukuna özgü geçici hukuki korumalar olarak karşımıza çıkmaktadır; bu durum, ilgili kararlara karşı kanun yoluna başvurulamayacağı yasağını bertaraf etmemektedir⁹¹. Burada teknik anlamda ihtiyati tedbir bulunmamaktadır, HMK m.391 ve m.394'ün uygulanması imkân dahilinde değildir. Dolayısıyla çeki tahsil etmiş olan bankanın çek bedellerinin iadesine ilişkin tedbir kararına karşı başvurabileceği bir yol olmaması da bahsedilen uygulamanın eleştirilmesi gereken diğer bir yönüdür.

Yine vurgulamak gerekir ki konkordato mühletinin alacaklılar bakımından sonuçlarını düzenleyen İİK m.294'te yer alan sınırlamalar geçici mühlet kararı ile kanun gereği kendiliğinden doğan sonuçlardır. Bu sonuçların doğması için aslında konkordato yargılamasını yapan asliye ticaret mahkemesinin ayrıca bir tedbir kararı vermesi ihtiyaç dahilinde değildir. Hatta bu kanuni sonuçlar İİK m.287 kapsamında tedbir kararına konu edilmemelidir. Çünkü bu tedbir kararlarına karşı İİK m.287/son gereğince kanun yolunun kapalı oluşu İİK m.294'teki sınırlamaları da içeren tedbir kararının tartışılmasını, gözden geçirilmesini engellediği gibi İİK m.294'ün doğrudan uygulanmasının da önü kesildiği için hükme ilişkin yargı kararlarında değerlendirmelerin yapılmasının da önüne geçmektedir.

[87] Bkz. örneğin İstanbul Anadolu 11. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2020/442 K. 2023/266, T. 22.3.2023 (Lexpera). Bu dosyada konkordato borçlusuna aldığı tedbir kararına dayanarak banka aleyhine ilamlı icra takibi yapmıştır. İnceleme konusu Antalya BAM'ın kararına konu olayda ise konkordato borçlu bu tedbir kararına dayanarak bankaya karşı ilamsız icra takibi yapmıştır.

[88] Antalya BAM 11. HD T. 30.03.2023, E. 2023/758 K. 2023/669 (Lexpera).

[89] Antalya BAM 11. HD., T. 5.3.2024, E. 2024/485 K. 2024/445 (Lexpera).

[90] Borçlunun tedbir talebinin reddi kararının m.287'de belirtilen kanun yolu yasağı kapsamında olmadığına ilişkin bkz. Simil, s. 82; konkordato yargılamasını yapan asliye ticaret mahkemesinin tedbir talebini red kararının istinafi üzere bölge adliye mahkemelerinin bu kararı kaldırarak kendisinin tedbir kararı verdiğiine ilişkin örnek olarak bkz. İstanbul BAM 17. HD, T. 11.10.2018, E. 2018/2349 K. 2018/1587 (Lexpera).

[91] Budak, Ali Cem / Tunç Yücel, Müjgan. İİK m.287, (iç. Öztek/Budak/Tunç Yücel/Kale/Yeşilova, Yeni Konkordato Hukuku, ed. Bilgehan Yeşilova) 3. Baskı Ankara 2023, kn. 30, s. 294; Simil, s. 82; Altay / Eskiocak, s. 148; örneğin, İstanbul BAM, 17. HD, T. 26.12.2019, E. 2019/1818 K. 2019/2381 (Lexpera).

Gerçekten de hem İİK m.294/4 hem de İİK m.294/6'ya aykırı olarak bankanın tahsil ettiği parayı kendi kredi alacağına mahsup etmesi durumunda tahsil edilen çek bedelinin iadesinin sağlanması konusunda takip edilmesi gereken yol ilamsız icra takibi ya da dava yoludur.

Konkordato yargılamasını yapan asliye ticaret mahkemesi İİK m.287 ve m.297/4-6 kapsamında örneğin, konkordato mühlet kararından önce keşide edilmiş ve fakat mühlet kararı içinde ibraz edilecek çeklerin ödenmemesine ilişkin tedbir kararı verebilir⁹². Bu tedbirler teminat amaçlıdır⁹³. Konkordatodaki muhafaza tedbirleri de hukuki niteliği itibarıyla geçici önlemdir⁹⁴. Fakat konkordato yargılamasını yapan asliye ticaret mahkemesinin banka tarafından tahsil edilen çek bedellerinin iadesine karar vermesi İİK m.287 kapsamında verebileceği “tedbir kararı” niteliğinde olmayıp “eda hükmü” niteliğinde olacaktır ki bunun için dava açılmasına ihtiyaç vardır. Bu karar borçlunun banka nezdindeki hesabına gelecek paralara banka tarafından bloke konulmaması ya da kambyo senetlerinin tahsil edilmeden iadesi tedbirinden farklıdır. Velew ki tahsil edilen çek bedelinin iadesi mümkün olsun; konkordato borçlusu, konkordato mühlet kararının etkileri doğrultusunda, alacaklı tarafından tahsil edilen bir paranın kendisine iadesi için görevli ve yetkili mahkemede alacaklıya müstakil bir alacak davası açmalı yahut ilâmsız icra takibi yargmalıdır.

[92] Budak/Tunç Yücel, İİK m.288, kn. 1-2, s. 300; Çekin tedavüle çıkarılmasından sonra düzenlenen ölse, iflas etse bile ibraz süresi içinde çek geçerli kalmaya devam eder, ödenmesi gerekir (TTK m.800). Çekin ibrazının ve ödenmesinin engellenmesi için çekten çayılması yanında yegâne yol ise ihtiyati tedbir kararı verilmesidir. Bahtiyar / Taşdelen / Biçer / Hamamcıoğlu, 172; Tedbir kararı alabilmek için keşideci/ciranta çekin muhatap bankaya ibraz edilemeyeceğini ispatlamalıdır. Reisoğlu, s. 125.

[93] Simil, s. 22.

[94] Kazai içtihatlar da ise konkordato yargılamasını yapan asliye ticaret mahkemesi tarafından verilen geçici önlem kararlarının “ihtiyati tedbir” olarak nitelendirildiği gözlemlenmektedir. Örneğin: “borçlunun ... hakkedış bedellerinin ve alacaklarının konkordato projesi çerçevesinde ve konkordato komiseri denetiminde kullanımının sağlanması için ihtiyati tedbir kararı verilmesi gerekirken...” İstanbul BAM 17. HD, T. 15.11.2018, E. 2018/2018 K. 2018/1906 (Lexpera); bkz. ayrıca yukarıda dn. 88-91'e bağlı paragraf.

SONUÇ

Yukarıda incelenen kararlar ve konuya ilişkin ilmi görüşler neticesinde varmış olduğum sonuçları sıralamadan önce şunu vurgulamak gerekir ki konkordato, hem kanuni düzenlemelerle hem ilmi ve kazai içtihatlarla “*Borçlu borcunu öder, ödemezse kanunda yazılı usullerle Devlet ödetir.*”⁹⁵ kuralına kullanışlı bir istisna, bir âtîfet müessesesi olarak öngörülmüştür⁹⁶.

Temlik cirosu ile devredilen çekin ve tahsil edilen çek bedelinin iadesine ilişkin tedbir kararı verilmesinin sebebi Yargıtay 6. HD’nin kararındaki gibi “konkordatonun ruhu”, borçlunun nakit akışının dengelenmesi ve konkordatonun başarı şansının artmasıdır. İnceleme konusu kararlarda tedbirin muhatabı ise çoğunlukla bankadır. Kanaatimce dikkate değer bir konu borçlunun borcunun teminatı için çeki temlik cirosu ile devrettiği kişi banka dışında borçlunun birlikte çalıştığı bir gerçek ya da tüzel kişi olabilir. Üçüncü kişinin mülkiyet hakkında müdahale eder şekilde bu tür bir tedbir kararı, bu karardan ekonomik olarak daha fazla etkilenecek bir kişiye karşı da alınmış olabilir ya da bu kişiye karşı tedbir kararı alınmayıp sadece bankaya karşı alınması ihtimali de tartışmaya değerdir.

İlgili kararlara ilişkin yaptığım değerlendirme neticesinde vardığım sonuçlar ise şu şekildedir:

1. Teminat amacıyla bir çekin temlik cirosu ile devredilmesi halinde inanlı işlem söz konusu olup bu işlem geçerlidir. Temlik cirosu ile çekin ve çeke bağlı alacağın mülkiyetini devralan banka meşru hamil ve çeke bağlı alacağın da mülkiyetine sahip olacaktır. Banka kredi borcunun karşılığı bu çeki ibraz edip çek bedelini tahsil etme hakkına sahiptir. Bankanın malik olduğu çek bedelinin iadesi yönünde konkordato borçlusu lehine İİK m.287 kapsamında tedbir kararı verilmesi doğru değildir.

2. İleri tarihli çek uygulaması ile çekte “vade” yaratılmış olup bu uygulama çek düzenlendiğinde çeke bağlı alacağın doğduğu gerçeğini değiştirmeyecektir. Dolayısıyla ileri tarihli çekin temlik cirosu ile devri sonrasında ibraz tarihinin konkordato mühletine denk gelmesi halinde ileri tarihli çek temliki müstakbel alacak devri olarak nitelendirilemez.

[95] 1424 sayılı İcra İflas Kanunu m.1 (RG 04.05.1929 1183).

[96] Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü’nden alınan verilere göre 2019’da 27 konkordatonun feshi talebine ilişkin 2 başvuru kabul edilirken 2020’de 78 başvurudan 2’si; 2021’de 291 başvurudan 55’i; 2022’de 382 başvurudan 128’i; 2023’te 236 başvurudan 111’i kabul edilmiştir. İİK m.285-308h hükümlerine dayanılarak mahkemeye yapılan başvuru sayısının yıllara göre dağılımı 2018’de 1648 (12 kabul-462 red); 2019’da 1187 (105 kabul-865 red); 2020’de 547 (277 kabul-757 red); 2021’de 820 (173 kabul-755 red); 2022’de 630 (135 kabul-455 red); 2023’te 515 (95 kabul-348 red) olarak kaydedilmiştir.

3. İleri tarihli çekin temlik cirosu ile devredilmesinde amacın gizli rehin ya da tahsil olduğu ispat yükü kendisinde olan konkordato borçlusu müşteri tarafından ispatlanırsa, ya da açık bir tahsil cirosunun varlığı halinde bankanın mühlet içinde tahsil ettiği çek bedellerini kendi kredi alacağından mahsup etmesi İİK m.294/4 sınırlaması kapsamında kalan bir takas işlemidir. Bu durumda çeklerin ibrazı bir tedbir kararı ile engellenebileceği gibi tahsil edilen çek bedellerinin iadesini talep hakkı da doğacaktır.

4. İleri tarihli çekin ibrazından önce verilen tedbir kararı ile çeklerin iadesine, ibrazının yasaklanmasına, ödenmemesine karar verilmesi mümkün ise de çeklerin hamil banka tarafından muhatap bankaya ibrazı ve çek bedelini tahsil etmesi halinde, konkordato borçlusunun, konkordato mühletinin etkisine ilişkin hükümlere dayanarak çek bedelinin iadesini talep edebileceği hallerde, bu talep bir alacak davası veya cebri icra takibi ile ileri sürülmek gerekir.

KAYNAKÇA

- Albayrak, Hakan. *İflâs Dışı Adi Konkordatoda Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Altay, Sümer / Eskiocak, Ali. *Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- Atalay, Oğuz. "İspat Yüğü" iç. *Medenî Usûl Hukuku (Pekcanitez Usûl) Cilt II* (ed. Pekcanitez, Hakan / Özekes, Muhammet / Akkan, Mine / Taşkorkmaz, Hülya), 15. Bası, İstanbul 2017.
- Atalı, Murat / Ermenek, İbrahim / Erdoğan, Ersin. *İcra Hukuku Ders Kitabı*, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Aytuğar, Bilge. "Çekte Rehin Ciroosu ve Teminat Çeki Uygulaması", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 15, S. 163, 2020.
- Bahtiyar, Mehmet / Taşdelen, Nihat / Biçer, Levent / Hamamcıoğlu, Esra. *Kıymetli Evrak Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- Budak, Ali Cem/Tunç Yücel, Müjgan. İİK m.287, (iç. Öztek/Budak/Tunç Yücel/Kale/Yeşilova, *Yeni Konkordato Hukuku*, (ed. Bilgehan Yeşilova) 3. Baskı Ankara 2023.
- Budak, Ali Cem / Karaaslan, Varol. *Medenî Usul Hukuku*, 7. Bası, İstanbul 2023.
- Coşkun, Mahmut. *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2023, Seçkin 8. Baskı.
- Direnisa, Efe. "Konkordatoda Takas", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 189-190, 2020.
- Domaniç, Hayri. *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi IV*, Temel Yayınları, İstanbul, 1990.
- Erdönmez, Güray. "Deliller" iç. *Medenî Usûl Hukuku (Pekcanitez Usûl) Cilt II* (ed. Pekcanitez, Hakan / Özekes, Muhammet / Akkan, Mine / Taşkorkmaz, Hülya), 15. Bası, İstanbul 2017.
- Erdönmez, Güray. Yeni Konkordato Düzenlemesi Hakkında Bazı Tespitler iç. 7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, ed. Muhammet Özekes, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Hunkeler, Daniel. *Kurz Kommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz*, 2. Bası. 2014, Art. 297.
- Kale, Serdar. İİK m.294 (iç. Öztek/Budak/Tunç Yücel/Kale/Yeşilova, *Yeni Konkordato Hukuku*, (ed. Bilgehan Yeşilova) 3. Baskı Ankara 2023.
- Kendigelien, Abuzer. *Çek Hukuku*, İstanbul 2007.
- Kendigelien, Abuzer. *Çek Hukuku*, İstanbul 2021.
- Kendigelien, Abuzer / Kırca, İsmail. *Kıymetli Evrak Hukuku*, 1. Bası, İstanbul 2019.
- Kırca, Çiğdem. "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 50, S. 1, 2001.
- Kırca, İsmail. "Yargıtay Kararları Işığında Çekte Gizli Rehin ve Teminat Amacıyla Temlik Cirooları", *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü*, Yayın tarihi: Ağustos 2015 Sempozyumu tarihi: 27.12.2013.
- Kuru, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usulü Cilt II*, 6. Bası İstanbul 2001.
- Nomer, Haluk N. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 19. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2023
- Oğuzman, M. Kemal / Öz, Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer / Oktay-Özdemir, Saibe. *Eşya Hukuku*, 23. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- Öztan, Fırat. *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 1997.
- Öztan, Fırat. *Kıymetli Evrak Hukuku*, 21. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.
- Pekcanitez, Hakan / Erdönmez, Güray. *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal. *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, 19. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.

- Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal. *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, 24. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.
- Pulaşlı, Hasan. *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, 10. Baskı, Ankara 2023.
- Reisoğlu, Seza. *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Çek*, 3. Bası, Ankara, 2003.
- Sarısözen, M. Serhat. *Konkordato*, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Seven, Vural. "Hamiline Yazılı Çekte Ciranta Tarafından Konan "Bedeli Teminatır" Kaydının Hukuki Sonucu", *DEÜHFD*, C. 5, S. 2, 2003.
- Seven, Vural. "Yargıtay Kararları Işığında Çekte Gizli Rehin ve Teminat Amacıyla Temlik Ciroları", *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü*, Yayın tarihi: Ağustos 2015 Sempozyumu tarihi: 27.12.2013, Tartışmalar.
- Simil, Cemil. "Konkordato Mühleti Verilmesinden Önce Bankalara Temlik Edilen Bono ve Çeklerin ya da Bedellerinin İadesinin Gerekip Gerekmeyeceği" ("Makale"), *Bankacılar Dergisi*, S. 112, 2020.
- Simil, Cemil. *Konkordato Mühletin Borçlu Bakımından Sonuçları*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020.
- Sirmen, A. Lale. *Alacak Rehni*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1990.
- Şahin, Çağatay Serdar. *Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020.
- Taşpolat Tuğsavul, Melis. "Alacakların Kıymetli Evrak Yoluyla Teminatının Konkordatoda Etkisi", *Prof. Dr. Selçuk Özteke'ye Armağan Cilt IV*, İstanbul 2022, 2213-2287.
- Tunç Yücel, Müjgan. *Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.
- Umbach-Spahn, Brigitte / Kesselbach, Stephan / Bossart, Stefan. *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Schulthess Kommentar* (ed. Kostkiewicz, Jolanta Kren / Vock, Dominik) 4. Bası, 2017.
- Ülgen, Hüseyin / Helvacı, Mehmet / Kendigelen, Abuzer / Kaya, Arslan. *Kıymetli Evrak Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul 2004.
- Ülgen, Hüseyin / Helvacı, Mehmet / Kaya, Arslan / Nomer Ertan, N. Füsün. *Kıymetli Evrak Hukuku*, 14. Bası, İstanbul 2021.
- Yıldırım, Ali Haydar. "Türk Hukuku'nda Vadeli Çek (İleri Tarihli Çek) ve Bunun Doğurduğu Sonuçlara İlişkin Bazı Tespitler", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, S. 4, 2017.
- Yıldırım, Hakan. "Beyaz Rehin Ciroosu", *Legal Hukuk Dergisi*, C. 16, S. 192, 2018.
- Yıldırım, Hakan. *Kambiyo Senetlerinde Rehin Ciroosu*, Seçkin Yayınları, 2023.
- Yılmaz, Asuman. "Kambiyo Senetlerine Rehin Ciroosu ve Rehin Ciroosunun Teminat İşlemi", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 2, 2011.
- Yılmaz, Lerzan. *Kambiyo Senetlerinde Def'iler*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2007

KONKORDATO MÜHLETİ YÖNÜNDE MÜSTAKBEL ALACAKLARIN DEVRİ

Av. Mehmet Ünsal CANDEMİR

İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Öğrencisi

ORC-ID: 0000-0001-5798-2867

unsalcandemir@gmail.com

ÖZET

7101 sayılı Kanun ile getirilen yeni konkordato hukukumuzda, kesin mühletin sonuçlarının düzenleyen İcra ve İflas Kanunu'nun 294/6 maddesinde, mühlet kararı öncesi gerçekleştirilen müstakbel alacakların devri işlemlerine dair özel bir düzenleme kabul edilmiştir. İlgili hükümdede, konkordato mühleti öncesinde akdedilen müstakbel alacağın devri sözleşmelerinin, sözleşme konusu alacağı mühlet kararından sonra doğması halinde geçersiz olacağı ifade edilmiştir.

Kural olarak konkordato mühletinin etkisi ileriye dönük sonuç doğurmakta olup mühlet öncesi gerçekleştirilen işlemlerin mühletten etkilenmesi söz konusu olmamaktadır. Ancak müstakbel alacakların devri işlemleri yönünden bir istisna tanınmıştır. Öte yandan, müstakbel alacağın devri işleminin hukuki niteliği dikkate alındığında bu istisnai düzenlemenin konkordato kurumunun ruhuna uygun olduğu gözlemlenmektedir.

Alacağın devri işlemi bir tasarruf işlemi olup alacak hakkının alacaklı tarafından, borçlunun rızası aranmaksızın üçüncü bir kişiye devrini ifade etmektedir. İşlem anında doğmuş bir alacağın devrinin yanında, müstakbel bir alacağın yani işlem anında henüz doğmamış alacakların da alacağın devri işlemine konu olabilecekleri kabul edilmektedir.

İİK m. 294/6 hükmü, mühlet kararı öncesi gerçekleşen müstakbel alacağın devri işlemi konu edinmektedir. Bununla beraber borçlunun gerçekleştirdiği tüm müstakbel alacak devirleri değil yalnızca, mühlet kararı sonrası doğan alacakları konu eden devir işlemleri geçersiz addedilmişlerdir. Bu bağlamda, alacağın doğumu kavramı ve tarihinin tespiti önem kazanmaktadır.

Müstakbel alacağın devri işleminin İİK m. 294/6 gereğince geçersizliğinin hukuki niteliğini de ayrıca incelemek gerekmektedir. Bahse konu

geçersizlik yaptırımına verilecek anlam, geçersizliğin etkisi ve geçersizliğin tespit edecek merciin belirlenmesi için önem arz etmektedir. Bilhassa, geçersizliğin konkordato mahkemesince belirlenmesi ile ayrı bir davaya konu edilmesi, mezkur yaptırımın sonuçlarının kapsamını doğrudan etkileyecektir.

Anahtar Sözlükler: konkordato, mühlet kararı, alacağın devri, müstakbel alacak, geçersizlik.

ASSIGNMENT OF FUTURE CLAIMS IN TERMS OF CONCORDAT RESPITE

ABSTRACT

Within our new concordat law established by the Law no. 7101, article 294/6 of the Code of Execution and Bankruptcy (CEB) provides a specific legislation related to assignments of claims fulfilled before the concordat respite. The respective provision foresees that the assignments of future claims are void and null if the respective claims emerge following the concordat respite.

In principle, the concordat respite bears legal consequences proactively and legal actions taken prior to the respite are not affected by concordat. On the other hand, the exceptional provision regarding the assignment of future claims seems convenient with the spirit of the concordat considering the legal characteristics of such assignments.

As an act of disposal, assignment of claim represents the assignment of a claim to which he is entitled to a third party without the debtor's consent. The claims already raised can be assigned as well as claims which are anticipated to be raised in the future.

The provision of art. 294/6 of CEB mentions the assignment of future claims which are fulfilled before the concordat respite. Being said that the subject provision calls the assignment invalid if only the subject claims are raised following the concordat respite. In this context, it is significant to define the emergence of the claim and to ascertain the emergence date.

Moreover, one should examine the legal characteristic of the invalidity within the context of article 294/6 of CEB in order to precise the impact of such sanction and the body which rules the invalidity of the assignment. In particular, the outcome of the sanction is deemed to change whether the invalidity is ruled by the concordat court or within a separate lawsuit.

Keywords: concordat, respite decision, assignment of claim, future claim, invalidity.

GİRİŞ

İcra ve İflas Kanunu'nun konkordato mühletinin alacaklılar bakımından sonuçlarını düzenleyen 294. maddesi, borçlunun malvarlığının korunması amacıyla alacaklıların konkordato mühletinin ilanından sonra borçlunun malvarlığına yönelik bazı işlemlerde bulunmasını engellemektedir. Bunun yanında söz konusu maddenin 6. Fıkrasında yer alan ve 7101 sayılı Kanun ile birlikte getirilmiş olan yeni bir hüküm, mühlet öncesinde yapılan bazı işlemleri de mühletin etkisine tabi kılmaktadır. İlgili düzenleme, konkordato mühleti öncesi akdedilen müstakbel alacakların devri işlemlerini konu edinmekte, devre konu alacağın doğum tarihinin mühlet sonrasına tekabül etmesi durumunda, işlemin hükümsüz olacağını ifade etmektedir.

Söz konusu düzenleme, bilhassa borçlunun taraf olduğu kredi ve faktöring sözleşmeleri için önem arz etmektedir. Zira bu tür sözleşmelerde borçlular sıklıkla, teminat olarak müstakbel alacaklarını temlik yoluna gidebilmektedir. Bunun yanında uygulamada, bu hükmün kapsamının genişletilmesiyle, mühlet öncesinde temlik edilen ileri tarihli çek ve bonolar dahi söz konusu düzenlemenin yorumlanmasını gerekli kılabilmektedir.

Konkordato mühletinin, mühlet öncesinde akdedilen müstakbel alacakların devrine özgü düzenlemesi hem hükmün amacı hem de uygulanması yönünden müstesna bir yeri haizdir. Bu bağlamda ilgili düzenleme çerçevesinde, müstakbel alacağın devri kavramı ile alacağın doğumu hususunu tetkik etmek yerinde olacaktır.

İLGİLİ KANUNİ DÜZENLEME

Genel Olarak

2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun ("İİK"), 7101 sayılı Kanun¹ ile kapsamlı bir şekilde değiştirilen konkordatoya ilişkin hükümlerinden 294. maddesi, konkordato mühletinin alacaklılar bakımından sonuçlarını düzenlemektedir. Anılan maddedeki değişikliklerin bir bölümü, 7101 sayılı Kanun'dan önce mühletin alacaklılar bakımından sonuçlarını öngören 289. maddenin içeriğini karşılamaktadır. Bunun yanında 7101 sayılı Kanun öncesinde mühletin alacaklılar bakımından sonuçları yönünden mevcut olmayan düzenlemeler de ihdas edilmiş olup bunlardan bir tanesi de çalışmamızın konusunu teşkil eden, mühlet öncesinde akdedilmiş müstakbel alacaklara taalluk eden İİK m. 294/6 hükmüdür:

[1] RG T. 15.03.2018, S. 30361.

“Madde 294/6 - Konkordato mühletinin verilmesinden önce, müstakbel bir alacağın devri sözleşmesi yapılmış ve devredilen alacak konkordato mühletinin verilmesinden sonra doğmuş ise, bu devir hükümsüzdür.”

Söz konusu hüküm, esas itibarıyla mehz İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nun (“İsviİK”), 01.01.2014'te yürürlüğe giren kanun değişikliğiyle yeniden tanzim edilmiş halinde yer verilen, Art. 297/4 hükmünü aynen yansıtmaktadır².

İİK m. 294/6 hükmü, konkordato mühletinin, bir hukuki işlem olan müstakbel alacağın devri işlemine yönelik olumsuz etkisini düzenlemektedir. Bu hükmü özel kılan husus ise mühlet öncesi gerçekleştirilmiş bir hukuki işleme konkordato mühletinin makalede şamil olarak etki edeceğini ve hükümde belirtilen özellikleri barındıran, ezcümle mühlet verilmesinden sonra doğmuş olan bir alacağın devrini konu edinen müstakbel alacağın devri işlemlerinin geçersiz addedileceğini ifade etmesidir. Mühletin etkisini mühlet kararı öncesine aksettiren bu yönüyle İİK m. 294/6 konkordato mühletinin sonuçlarına dair diğer hükümlerden ayrılmaktadır.

Düzenlemenin Amacı

Konkordato mühletinin alacaklılar açısından sonuçlarını düzenleyen 294. Madde ile kanun koyucu genel itibarıyla, ticari faaliyetini devam ettirmesi ve aynı zamanda konkordato projesini hayata geçirmesi gereken konkordato borçlusunu alacaklıların baskısından korumayı hedeflemektedir³. Çalışmamızın konusunu teşkil eden İİK m. 294/6 düzenlemesinin de öncelikli olarak yer aldığı maddenin yöneldiği bu genel amaç kapsamında ele alınması doğru olacaktır.

Hükmün gerekçesinde düzenlemenin amacı “*borçlunun konkordato alacaklılarının müracaat edebileceği malvarlığını korumak*” şeklinde ifade edilmektedir⁴. Bu gerekçe yukarıda da belirtildiği üzere HMK'nun 294. maddesinin tümünün yöneldiği genel amaca işaret etmektedir. İ-

[2] HMK m. 294/6 Gerekçesi.

[3] 7101 s. Kanun 21. Madde Genel Gerekçesi; Kale, Serdar. *Yeni Konkordato Hukuku (Öztek – Konkordato Şerhi)*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, M. 294, N. 1; Tunç Yücel, Müjgan. *Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları*, On İki Levha, İstanbul, 2020, s. 7; Hunkeler, Daniel, *SchKG KurzKommentar (KUKO SchKG)*, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2014, Art. 297, N. 1.

[4] İİK m. 294/6 Gerekçesi “*Maddenin altıncı fıkrasıyla İsviçre İcra ve İflas Kanununun konkordato mühleti verilmesinden evvel yapılan ve ileride doğacak alacağın devrine ilişkin olan sözleşmelerin, devredilen alacağın konkordato mühletinin verilmesinden sonra doğması halinde hükümsüz olacağı hakkındaki mehz Kanunun 297 nci maddesinin dördüncü fıkrasıyla uyumlu bir düzenleme yapılmaktadır. Bu hükmün amacı borçlunun konkordato alacaklılarının müracaat edebileceği malvarlığını korumaktır. Her ne kadar bu fıkra ile elde edilmek istenen amaca 277 ve devamı maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali davası ile de ulaşılabileceği düşünülebilir de, tasarrufun iptali davasının şartlarının (özellikle aciz vesikası şartının)pek çok olayda gerçekleştirilemeyeceği dikkate alınarak İsviçre İcra ve İflas Kanunundaki çözüm şeklinin daha uygun olduğu sonucuna varılarak, yedinci fıkra düzenlenmektedir.*”

viçre’de söz konusu düzenlemenin esas itibarıyla borçluyu, mühlet tarihi itibarıyla sonucu belirli olmayan konkordato borçlusunu, bu tür işlemlerin sonuçlarından korumayı amaçladığı, alacağın iyileşme dostu bir düzenleme olduğu ifade edilmektedir⁵. Öte yandan İsviçre’de mevzubahis hükmün bilhassa alacağın toptan devri (Globalzession) yönünden önem arz ettiği kabul edilmektedir⁶.

Türk hukukundaki düzenleme yönünden ise esas olarak ivazsız nite-likteki müstakbel alacağın devri işlemlerinin hedef alındığı düşünülmektedir⁷. Hükmün gerekçesinde söz konusu düzenlemenin İİK m. 277 vd. hükümlerindeki tasarrufun iptali davası ile benzer amacı paylaştığını ifade edilmesinden borçlunun yanında diğer alacaklıların haklarının da korunmasının amaçlandığı anlaşılabilmektedir⁸.

Hükümle ilgili, gerekçede yer verilmese de dikkat çeken bir diğer husus ise İİK m. 294 ile İsvİİK m. 297/4’ün geneli için ifade edilen, iflasın açılmasında alacaklıların haklarına ilişkin düzenlemeye yaklaşımları durumunu⁹ önemli bir ölçüde yansıtmadır¹⁰. Nitekim iflasın açılmasından önce alacağın devir işlemine konu olup iflasın açılmasından sonra doğan alacakların müflisin iflas masasına ait olacakları hâkim görüş olarak kabul edilmektedir¹¹.

Öte yandan söz konusu düzenlemeyle birlikte, borçlunun korunması amacının, konkordato sisteminin genelinden de farklı olarak işlem güvenliğini de geri planda ölçüde göz önünde tutulduğunu söylemek gerekmektedir. Zira burada, yukarıda da belirttiğimiz gibi istisnai olarak konkordato öncesi yapılan bir işlemin geçersizlik yaptırımıyla karşılaş-

[5] Bauer, Thomas / Luginbühl, Tanja. *Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (BSK SchKG)*, (Herausgeber: Daniel Staehelin, Thomas Bauer, Franco Lorandi), 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2021, Art. 297, N.20; Yücel, s. 200; Hunkeler, *Kuko SchKG*, Art 297, N. 21.

[6] Bauer / Luginbühl, *BSK SchKG*, Art. 297, N. 20.

[7] Eroğlu, Orhan. *Uygulamada Konkordato*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 102.

[8] İsviçre’de de hükmün, borçluyla birlikte diğer alacaklıların menfaatine olduğu ifade edilmektedir (Bauer / Luginbühl, *BSK SchKG*, Art. 297, N. 20.).

[9] Konkordatoda alacaklıların haklarının iflasın açılmasındakine benzetilmesi hakkında bkz. Hunkeler, *KUKO SchKG*, Art. 297, N.2; Umbach-Spahn, Brigitte / Kesselbach, Stephan / Bossart, Stefan. *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG (SK SchKG)*, (Hrsg: Jolanta Kren Kostkiewicz, Dominik Vock), 4. Auflage, basierend auf der 1911 erschienenen 3. Auflage von Carl Jaeger, Schulthess, Zurich, 2017, Art. 297, N. 1.; Kale. *Öztek – Konkordato Şerhi*, m. 294, N. 2.; Işık, Serpil, “7101 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Adi Konkordatoda Mühletin Müstakbel Alacakların Devri Üzerindeki Etkisi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 28, 2022/1, s. 422, dn. 106.

[10] Umbach-Spahn / Kesselbach / Bossart, *SK SchKG*, Art. 297, N. 9.

[11] Aral, Fahrettin. “Topyekün Temlik”, *AÜHFD*, S. 1-4, 1991-1992, s. 133 (s. 93-141); Başözen, Ahmet. *Müflisin Tasarruf Yetkisi*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 212; Özmumcu, Seda. *İflasın Açılmasının Borçlar Hukuku Sözleşmeleri Üzerine Etkisi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1994, s. 130. Konuyla ilgili farklı görüşler hakkında bkz. Dalci, Nurcihan, “Alacağın Toptan Devri Bağlamında İflas”, *AÜHFD*, 2014/2, s. 295 vd. (s.285-308).

ması söz konusudur¹². Bu durumun ise doktrinde de işaret edildiği üzere devir alacaklısı aleyhine ciddi bir riske yol açması, bunun sonucunda da müstakbel alacağın devri işlemlerinin temel işlevi olan kredilendirmede teminat sağlanması hususunda sorunlara sebep olması söz konusudur¹³.

DÜZENLEMeye TABİ OLAN ALACAĞIN DEVRİ İŞLEMLERİNİN KAPSAMI

İİK m. 294/6 hükmü, mühlet öncesi gerçekleştirilen tüm alacağın devri işlemlerini değil, yalnızca müstakbel alacağın devri işlemlerini konu edinmektedir. Bunun yanında mühlet öncesi akdedilen bir alacağın devri işleminin İİK m. 294/6'ya tabi kılınması ve geçersiz addedilmesi için alacağın doğum anının konkordato mühleti sonrası gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu bağlamda İİK m. 294/6'da öngörülen düzenlemeye tabi olan işlemlerin tespitinde, müstakbel alacağın devri kavramı ile devre konu alacağın doğum tarihinin tespiti önem arz etmektedir.

Müstakbel Alacağın Devri Kavramı

TBK m. 183 vd. hükümlerinde tanzim edilen alacağın devri işlemi bir tasarruf işlemi olup¹⁴ alacak hakkının alacaklı tarafından, borçlunun rızası aranmaksızın üçüncü bir kişiye devrini ifade etmektedir (TBK m. 183). İşlem anında doğmuş alacakların yanında koşula bağlanmış alacakların ve hatta çalışmamızın konusunu teşkil eden, ilerde doğması öngörülen alacakların da alacağın devri işlemine konu edilebilecekleri kabul edilmektedir. Burada bahsedilen ve İİK m. 294/6'da değinilen müstakbel alaktan kastedilen, alacağın devri işlemi anında mevcut olmayan ancak ilerde doğması öngörülen alacaklardır¹⁵.

Müstakbel alacak kavramının genel itibarıyla ikiye ayrıldığı kabul edilmektedir. Buna göre devir anında hukuki temeli olan ancak henüz doğmamış alacaklar ile devir anında hukuki temelden yoksun olan alacaklar birbirinden ayrı şekilde değerlendirilmelidir¹⁶. Doktrinde bir gö-

[12] Akil, Cenk, *Sorularla Adi Konkordato*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 155.

[13] Altay, Sümer / Eskiocak, Ali. *Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 162, Sarısözen, Serhat. *Konkordato*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 370.

[14] Von Tuhr, Andreas. *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı* (Çev: Cevat Edege), Yargıtay Yayınları, Ankara, 1983, s. 827; Tekinay, S. Sulhi / Akman, Galip Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla. *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 248; Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II*, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 559; Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 1362; Nomer, Haluk. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 485; Dayınlarlı, Kemal. *Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki*, On İki Levha, Kanununa Göre Alacağın Temliki, 4. Baskı, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2010, s. 86.

[15] Eren, , s. 1369; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 248; Furrer, Andreas / Muller-Chen, Markus / Çetiner, Bilgehan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, On İki Levha, İstanbul 2021, s. 748; Nomer, Haluk. *Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları (Beklenen Hak)*, İstanbul 2002, s. 107 vd.

[16] Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 248;

rüş, müstakbel alacağın devri için alacağın belirlenebilir nitelikte olması gerektiğini ifade etmektedir¹⁷. Bir başka görüş ise devir anında hukuki temeli olan ancak henüz doğmamış alacakların “beklenti” mahiyetinde olduğu ve bunların devre konu olabileceğini, ancak temelden yoksun alacakların devrinin, tasarruf işlemindeki belirlilik ilkesiyle bağdaşmadığından bahisle mümkün olmayacağını ifade etmektedir¹⁸. Bunun yanında, hâkim olan görüş, alacağın geçerli bir şekilde doğması koşuluyla, her türlü müstakbel alacağın devrinin mümkün olduğunu kabul etmektedir¹⁹. Keza, ileride doğacak alacakların toptan devrinin de (Globalzession), kişilik haklarını ihlal etmediği (TMK m. 23) ve ahlaka mugayir olmadığı (TBK m. 27/1) ölçüde muteber kabul edilmesi söz konusudur²⁰.

Müstakbel alacağın devri de esas itibarıyla bir tasarruf işlemi olmakla istisnai bir şekilde burada öne alınmış bir tasarruf işlemi mevcuttur. Tasarruf işleminin sonuçları, alacağın doğumuyla birlikte gerçekleşmektedir²¹.

Bu noktada, müstakbel alacağın devrinde tartışmalı konulardan birisi, alacak hakkının devralanın malvarlığına geçiş zamandır. Bir görüşe göre, alacağın devrine konu olacak hakkının doğumuyla birlikte devir işlemi geçmişe dönük olarak sonuç doğurur, buna göre hali hazırda devredilmiş müstakbel alacağın, alacağın doğumundan önce dahi ikinci bir devir işlemine konu edilmesi geçersizlik yaptırımına tabidir²². *Geçiş teorisi* olarak adlandırılan ikinci görüşe göre ise müstakbel alacağın devrinde alacak hakkı bir anlığına devredenin mamelekinde doğar ancak doğumuyla birlikte kendiliğinden devralanın mamelekine geçer²³.

Konumuz bakımından önemli olan bir diğer husus, geciktirici koşula bağlı alacakların (TBK m. 170) İİK m. 294/6 bağlamında müstakbel alacak kapsamında değerlendirilmesidir. Koşula bağlı alacaklarda esas olarak temel bir hukuki ilişki söz konusudur²⁴. Bundan dolayı koşula bağlı alacak hakları “beklenti” olarak müstakil bir kavramla ifade edilmektedirler²⁵. Bununla birlikte müstakbel alacak kavramının koşula bağlı alacakları da kapsayacak şekilde kullanılması söz konusudur²⁶.

[17] Dayınlarlı, s. 163.

[18] Oğuzman / Öz, C. II, s. 567 – 568.

[19] Von Tuhr, s. 846; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 248-249; Nomer, Beklenen Hak, s. 109; Eren, Fikret / Dönmez, Ünsal. Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt III, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 2903; Furrer / Muller-Chen / Çetiner, s. 750.

[20] Eren / Dönmez, s. 42; Nomer, Beklenen Hak, s. 110, Aral, s. 123; Dayınlarlı, s. 164.

[21] Nomer, *Beklenen Hak*, s. 110; Aral, s. 116.

[22] Von Tuhr, s. 846; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 249.

[23] Görüşler hakkında bkz. Eren / Dönmez, s. 2902-2903; Nomer, *Beklenen Hak*, s. 115 vd.

[24] Nomer, Beklenen Hak, s. 108.

[25] Beklenti kavramı hakkında bkz. Nomer, Beklenen Hak, s. 85 vd.

[26] Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 249; ; Oğuzman / Öz, C. II, s. 567; Nomer, Borçlar, s.487; Dayınlarlı, s. 63; Türker, Güray. *İvazlı Alacağın Devrinde Borca Aykırılık ve Buna Bağlı Sonuçları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 55.

Kanaatimizce İİK m. 294/6 kapsamında, doğumu geciktirici koşula bağlı alacakların da ele alınması gerekmektedir²⁷. Zira bu tür alacakların da doğumu belirsiz olup, borçlunun malvarlığının korunması açısından söz konusu alacakların da malvarlığında bırakılması hükmün amacına hizmet edecektir.

Müstakbel Alacağın Devrinde Alacağın Doğumu Tarihi

Bir müstakbel alacağın devri işleminin İİK m. 294/6 yönünden ele alınması için, alacağın konkordato mühletinden sonra doğmuş olması aranmaktadır. Müstakbel alacağın devri de esas itibarıyla bir tasarruf işlemi olmakla istisnai bir şekilde burada öne alınmış bir tasarruf işlemi mevcuttur. Tasarruf işleminin sonuçları, alacağın doğumuyla birlikte gerçekleşmektedir.

İİK m. 294/6 hükmü esas itibarıyla mühlet öncesi gerçekleştirilen ancak sonucu malum olmayan, belirsizliğini koruyan alacağın devri işlemlerini konu edilmektedir²⁸. Alacağın doğumu tarihinin esas alınmasının sebebinin de bu amaç doğrultusunda açıklayabiliriz. Dolayısıyla bir müstakbel alacağın devri işleminin İİK m. 294/6 sathında geçersizliğini değerlendirmek için tasarruf işlemine konu olacak hakkının doğum tarihini tespit etmemiz gerekmektedir²⁹. Yargıtay da bir içtihadında bu hususu vurgulamaktadır³⁰:

“Temyiz incelemesine konu olayda, 10.06.2019 tarihli alacağın temlikli sözleşmesinin 03.07.2019 tarihinde verilen geçici mühlet kararından önce akdedildiği sabittir. Rizikonun gerçekleştiği tarih olan 06.06.2019 tarihinde davalı ... şirketince hasar dosyasının açıldığı, dolayısıyla davalı sigortacının rizikodan haberdar olduğu ve sigorta alacağının da aynı tarihte doğduğunun kabulü gerekir.

Şu halde, alacağın temlikli sözleşmesine konu edilen sigorta tazminatı borcunun, geçici mühlet kararından evvel doğduğunun kabulüyle alacağın temlikli sözleşmesinin geçerli olduğu kabul edilerek sonuca gidilmesi gerekirken Bölge Adliye Mahkemesi'nin farklı gerekçeyle davacının istinaf itirazlarının esastan reddine dair kararı doğru görülmemiştir. Bu nedenle Bölge Adliye Mahkemesi kararının kaldırılarak, İlk Derece Mahkemesi kararının bozulması gerekmiştir.”

[27] Işık, s. 426.

[28] Tunç Yücel, s. 200 – 201.

[29] Kale, *Öztek- Konkordato Şerhi*, M. 294, N. 28; Pekcanitez, Hakan / Erdönmez, Güray. *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 102; Atalı, Murat / Ermenek, İbrahim / Erdoğan, Ersin. *İcra ve İflas Hukuku*, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 672; Eroğlu, s. 82; Simil, Cemil. *Konkordato Mühletinin Borçlu Bakımından Sonuçları*, On İki Levha, İstanbul, 2020, s. 196; Akil, s. 156; Tunç Yücel, s. 200; Sarısözen, s. 371; Köksoy, Mesut. *Adi Konkordatoda Geçici Mühlet Kararının Etkileri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 245.

[30] Yargıtay 4. HD., E. 2023/6161 K. 2023/7930 T. 13.6.2023 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

İİK m. 294/6 hükmü çerçevesinde, alacağın muacceliyetinin bir önemi bulunmamaktadır³¹. Kural olarak, borç doğum anıyla birlikte aynı zamanda muaccel de olmaktadır (TBK m. 90). Ancak, tarafların bir vade kararlaştırmasıyla birlikte alacak, doğum anıyla birlikte muacceliyet kesbetmemiş olabilir. Örneğin bir borç vadeye bağlanmış olmakla, hali hazırda doğmuş olur, ancak henüz ifası talep edilemez durumda bulunmaktadır³².

Konumuz açısından da devre konu bir alacağın vadeye bağlanmış olması ve konkordato mühletinden sonra muacceliyet kazanması söz konusu olabilir. Bu tür bir işlem, İİK m. 294/6'nın etki alanının haricinde olup böyle bir durumda alacağın devri işlemi, konkordato mühletinin ilanından sonra da geçerliliğini muhafaza edecektir³³.

Borcun doğum tarihinin tespitinde maddi hukuk kuralları esas alınacaktır³⁴. Bu noktada öncelikli olarak borcun kaynağı yani borcun sözleşmeden, haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden yahut diğer bir sebepten neşet ettiği hususu önem arz etmektedir.

Borcun bir sözleşmeden kaynaklanması durumunda; kural olarak sözleşme öneri ve kabul beyanlarının buluşmasıyla kurulur ve sözleşmenin hükümleri, ezcümle borç bu andan itibaren doğar (TBK m. 1; m.11)³⁵. Buna karşın taraflar, borcun doğumunun bir vadeye bağlı olduğunu ayrıca kararlaştırabilirler. Bu halde de müstakbel bir alacak söz konusu olmaktadır. Belirtmek gerekir ki borcun vadeli olması genel olarak ifa zamanının vadeye bağlandığını gösterir. Borcun doğumunun vadeye bağlanması ise bundan farklıdır.

Borcun doğum anının tespitinde, edimin ifa zamanı bakımından niteliği, ezcümle edimin ani, sürekli ya da dönemsel mahiyette olması da önem arz etmektedir. Özellikle dönemsel edimli borç ilişkilerinde bir borcun kısım kısım muaccel olması söz konusu olabileceği gibi borçların zaman aralıklarıyla doğması da söz konusu olabilir³⁶. Kira sözleşmesi örneğinde olduğu gibi, ikinci ihtimalde borç ilişkisi ile borcun doğum anları farklılık gösterebilmekte olup borç, öngörülen sürenin yani vadenin geçmesiyle doğabilmektedir³⁷. Örneğin, bir kira sözleşmesindeki kira alacaklarının ileriye dönük devri söz konusu olduğunda, kira sözleşmesi konkordato mühletinden önce akdedilmiş olsa bile kira alacağının doğumu ilgili dönemin gelmesiyle doğacaktır. Dolayısıyla konkordato mühleti sonrasında

[31] Tunç Yücel, s. 200; Pekcanitez / Erdönmez, s. 102; Simil, s. 196; Sarisözen, s. 371;

[32] Oğuzman / Öz, C. I, s. 313; Nomer, Borçlar, s. 324 – 325.

[33] Pekcanitez / Erdönmez, s. 102; Sarisözen, s. 371; Simil, 197.

[34] Pekcanitez / Erdönmez, s. 102.

[35] Von Tuhr, s. 11.

[36] Oğuzman / Öz, C. I, s. 12.

[37] Eren, s. 25.

daki dönemlere dair kira alacakları İİK m. 294/6'ya tabi kılınacaklardır³⁸.

İİK m. 294/6 hükmü çerçevesinde, tartışılması gereken hususlardan konkordato borçlusu tarafından temlik cirosu ile üçüncü kişilere devredilen ileri tarihli çeklerdir. Yargıtay'ın bir kararında, konkordato mühleti öncesinde muaccel olmakla beraber mühlet sonrasında vade tarihi gelen (muaccel olan) ileri tarihli çekin cirosunun İİK m. 294/6 hükmü karşısında geçersiz olduğu belirtilmiştir³⁹:

“Somut olaya bakıldığında; konkordato talep eden davacı şirket, geçici mühlet kararından evvel ticari hayatta “müşteri çeki” adı verilen ve kendisinin lehdarı olduğu çekleri, kullanılan kredi teminatı olarak beyaz ciro yoluyla davalı bankaya devretmiştir. Çeklerin ileri tarihli çek olarak düzenlendiği dosya kapsamı ile sabittir. Öte yandan, dosyada mübrez çek tevdi bordroları ve her iki tarafın beyanları nazara alındığında uyumsuzluk konusu çeklerin devrinin rehin amacıyla yapıldığı sonucuna varılmaktadır. Az yukarıda açıklanan nedenlerle bankanın rehin cirosu ile hamil olduğu çek nedeniyle hak sahibi olması mümkün değildir.

İcra ve İflas Kanunu'nun 294/6. maddesi uyarınca; “Konkordato mühletinin verilmesinden önce, müstakbel bir alacağın devri sözleşmesi yapılmış ve devredilen alacak konkordato mühletinin verilmesinden sonra doğmuş ise, bu devir hükümsüzdür.”

Çekin temlik cirosu ile devredildiği kabul edilmiş olması halinde davacı şirketin geçici mühletinin ilanından önce davalıya ciro ettiği ve mühlet ilanından sonra muaccel olan ileri tarihli çekten kaynaklanan devir, yukarıdaki hüküm uyarınca geçersiz olacaktır. Bu çözüm aynı zamanda konkordato müessesinin ruhuna da uygundur. Bu durumda, gerek temlik cirosu ve gerekse temlik cirosu görünümünde gizli rehin cirosu yoluyla bankaya devredilen çek bedellerinin davalı banka tarafından konkordato talep eden şirket lehine komiserin kontrolünde bulunan hesaba aktarılması gerekirken davacının kredi borcundan mahsup edilmesi doğru olmamıştır.”

Kanaatimizce, bu kararda yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde hatalı bir şekilde alacağın muacceliyeti esas alınmış olup, karara bu yönüyle katılmak mümkün değildir. Doktrinde belirtildiği üzere çek ödeme aracı olduğundan, bonodan farklı olarak tanzim tarihi borcun doğum tarihi anlamına gelmemektedir⁴⁰. Bu husus özellikle tasarrufun iptali davalarında da önem arz eden bir konu olup bu tür uyumsuzluklarda ileri tarihli

[38] Kale, Öztekin – Konkordato Şerhi, m. 294, N. 28; Albayrak, Hakan. İflas Dışı Adi Konkordatoda Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 107.

[39] Yargıtay 6. HD., E. 2022/1251 K. 2022/1999 T. 11.4.2022 (Kazancı).

[40] Muşul, Timuçin. İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 128.

çek uygulamasında tanzim tarihinin borcun doğum tarihi anlamına gelmediği ve borcun doğum tarihinin ispatının mümkün olduğu kabul edilmektedir⁴¹. Dolayısıyla mühletten önce doğan bir borca istinaden tanzim edilen ileri tarihli bir çekin temlik cirosuyla devri durumunda bu çek bedelinin İİK m. 294/6 kapsamında değerlendirilmemesi gerekmektedir⁴².

İİK M. 294/6 AÇISINDAN MÜSTAKBEL ALACAĞIN DEVRİNİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

Hükümsüzlük Yaptırımının Hukuki Niteliği

İİK m. 294/6'da belirtilen yaptırımın uygulaması için söz konusu "hükümsüzlük" yaptırımının hukuki niteliğini tayin etmek gerekmektedir. Bu cümleden, söz konusu hükümsüzlüğün maddi hukuk çerçevesinde, başka bir deyişle TBK m. 27 hükmü bağlamında mı yoksa konkordatoya özgü bir şekilde mi değerlendirilmesi gerektiği sorusunu cevaplamak gerekmektedir.

Doktrinde bir görüş, buradaki "hükümsüzlük" yaptırımının konkordatoya özgü nispi nitelikte bir geçersizlik olduğunu ileri sürmektedir. Buna göre, söz konusu hükümsüzlüğün konkordato alacaklıları tarafından, konkordato prosedürü çerçevesinde dermeyan edilebilecek nite-

[41] "Somut olayda davacınınİcra Müdürlüğü'nün 2013/6752 Sayılı takip konusu alacağı 25/10/2013 tanzim tarihli 68.000,00 TL'lik çek kaynaklı olup dava konusu tasarruf 11/10/2013 tarihinde yapıldığından tasarrufun bu borçlardan önce yapıldığı görülmektedir. Ancak uygulamada alacak- borç ilişkisi daha önce başlamasına rağmen alacak için düzenlenen bono veya çek gibi kıymetli evraa sonraki tarihlerin atıldığı sıklıkla görülmektedir. Bu nedenle davacı alacaklı, borcun doğumunun takip dayanağı bononun tanzim tarihinden önce gerçekleştiğini ileri sürerse mahkemece alacaklıya bu konuda kanıt sunma olanağı verilmeli, gerekirse davacı alacaklı ile borçlu isticvap edilerek senedin düzenlenmesine neden olan temel ilişki sorulmalı, gerektiğinde davacı ile borçlunun ticari defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak borcun gerçek doğum tarihi tespit edilerek koşulun gerçekleşip gerçekleşmediği saptanmalıdır. O halde mahkemece, davacı vekiline takip konusu borcun doğumuna ilişkin temel ilişki konusunda delillerini sunması için süre verilmesi, sunduğu delillerin toplanması, davacı ve davalı borçlunun ticari defter ve kayıtları üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılması, gerektiğinde davacı ve borçlunun isticvabı ile borcun doğumunun tespiti; daha önce doğduğu ispatlandığı takdirde buna ilişkin dava koşulunun gerçekleştiği kabul edilerek işin esasına girilip yasal maddeleri açıklanan iptal nedenlerinin oluşup oluşmadığı irdelenerek sonucuna göre karar verilmesi gerekir. Aksi durumun tespiti halinde ise borcun doğumu tasarruf tarihinden sonra ise davanın ön koşul yokluğu nedeni ile reddine karar verilmesi gerekir." Yargıtay 17. HD., 2019/3461 E., 2020/4910 K., 7.9.2020 T.; "Alacağın dayanağı 5.6.1999 keşide tarihli çektir. İptali istenen tasarruf ise 28.12.1998 günlüdür. İİK.nun 277 ve devamı maddelerine dayanılarak tasarrufun iptali isteminde bulunabilmesi için borcun tasarruftan önce doğmuş olması gerekir. Ne varki uygulamada alacak gerçekte daha önceki bir tarihte doğduğu halde ileri tarihli çek keşide edildiği sıkça rastlanan bir olgudur. Bu bakımdan mahkemece icra takibi dayanağı çekin ileri tarihli çek edilip edilmediğine dair bir sebep olup olmadığı ve buna ilişkin delillerin ne olduğu taraflardan sorulup saptanmalı araştırma sonucu gerçekleşen tasarrufun borcun doğum tarihinden önce yapıldığı saptanırsa dava red olunmalı, aksi halde sonucuna uygun bir hükmeye varılmalıdır. Bütün bu yönler bir yana bırakılarak borcun doğumu tasarruf tarihinden önce imişçesine eksik araştırma ve inceleme ile davanın yazılı şekilde kabulü bozmayı gerektirir." Yargıtay 15. HD., E. 2002/413 K. 2002/1203 T. 18.3.2002 (Kazancı).

[42] Aynı yönde bkz. Simil, Cemil. "Konkordato Mühleti Verilmesinden Önce Bankalara Temlik Edilen Bono ve Çeklerin ya da Bedellerinin İadesinin Gerekip Gerekmeyeceği" Bankacılar Dergisi, S. 112, 2020, s. 55 (s.47-66).

liktedir⁴³. Ayrıca burada konkordatoya özgü “askıda hükümsüzlük” hali olarak niteleyebileceğimiz bir durum olduğunu ifade etmektedir. Buna göre, konkordato mühletinin borçlunun mali durumunun iyileşmesi nedeniyle kaldırılması (İİK m. 291) halinde söz konusu alacağın devri işlemi tekrar geçerlilik kazanacaktır⁴⁴.

İkinci görüş, buradaki yaptırımın “kesin hükümsüzlük” mahiyetinde olduğu yönündedir⁴⁵. Her ne kadar bu görüşü ifade eden *TUNÇ YÜCEL*, burada maddi hukuk kurallarına göre öncelik olan bir geçersizliğin mevcut olduğunu ifade etmekteyse de⁴⁶ söz konusu geçersizliğin konkordato mahkemesince değerlendirilemeyeceği görüşünü serdederek burada TBK m. 27 uyarınca kesin hükümsüzlüğün mevcut olduğu görüşüne yakınlık göstermektedir.

Hükmün gerekçesinde İİK m. 277 vd. hükümlerine yapılan vurgu, burada tasarrufun iptalinde olduğu şekilde nispi nitelikte bir geçersizliğin olabileceği düşüncesine yöneltebilmektedir. Öte yandan yine gerekçeden anlaşıldığı üzere, bu hükmün esasında borçlunun mali durumunu koruyucu nitelikte bir düzenleme olduğu görülmektedir. Dolayısıyla buradaki hükümsüzlüğün esas olarak konkordato borçlusu tarafından ileri sürülebilecek ve maddi hukuk yönü ağırlıkta olan bir mahiyette olduğu kanaatindeyiz. Bunun yanında bizce de burada “askıda hükümsüzlük” haline benzer bir olmakla birlikte maddi hukuktan farklı olarak askıda olma hali borçlunun tek taraflı yenilik doğuran irade beyanından (iptal hakkında) kaynaklı değildir. Burada daha ziyade, konkordato mühletinin haiz olduğu geçici hukuki koruma etkisinden kaynaklanmaktadır⁴⁷.

Öte yandan, burada düşünülmesi gereken bir diğer nokta, mühlet kararıyla beraber konkordato borçlusunun tasarruf yetkisinin kısıtlanmasının burada devir işleminin geçerliliğine etki edip etmediği hususudur. Kanaatimizce burada borçlunun tasarruf yetkisinin sınırlanmasından ziyade doğrudan kanundan kaynaklanan bir hükümsüzlük hali mevcuttur. Bununla beraber, tasarruf işleminin hüküm doğurduğu an itibarıyla (konkordato mühleti içinde), konkordato borçlusunun tasarruf yetkisi sınırlanmış olmaktadır (bkz. İİK m. 297). Yukarıda da belirttiğimiz üzere benzer bir durum iflasta da söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla tasarruf işleminin hüküm doğuracağı an itibarıyla borçlunun tasarruf yetkisi de sınırlanmış böylece işlemin geçersizliğe uğraması söz konusu olabile-

[43] Atalı / Ermenek / Erdoğan, s. 672; Köksoy, s. 244; Albayrak, s. 107; Simil, s. 199.

[44] Albayrak, s. 107.

[45] Tunç Yücel, s. 202; Işık, s. 432.

[46] Tunç Yücel, s. 201. Aynı yönde bkz. Hunkeler, KUKO SchKG, Art. 297, N. 25.

[47] Konkordato mühletinin geçici hukuki koruma niteliği hakkında bkz. Budak /Tunç Yücel, Öztekin – Konkordato Şerhi, M. 287, N. 3; Sarışözen, Serhat. “Geçici ve Kesin Mühlet Kararı”, 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, MİHBİR 16. Antalya Toplantısı/ 5-6 Ekim 2018, Antalya, 2019, s. 45 (s. 44-73).

cektir. Nitekim *SİMİL'in* aktardığı bir Federal Mahkeme kararında, iflasın açılmasından sonra doğan alacaklar yönünden devir borçlusunun tasarruf yetkisi bulunmadığından bahisle de devir işleminin geçersiz olduğu sonucuna varılmıştır⁴⁸.

Hükümsüzlük Yaptırımını Değerlendirecek Mercî

Yukarıda açıkladığımız tartışmalarla bağlantılı olarak, hükümsüzlük yaptırımını değerlendirecek mercî de esas olarak hükümsüzlüğün niteliğinin tayiniyle belirlenebilecektir. Eğer burada konkordatoya özgü nispi mahiyette bir hükümsüzlük olduğu kanaatine varılırsa, bu durumda konkordato mahkemesinin alacağın devrinin geçerliliğini değerlendirmesi ve konkordato süreci kapsamında buna ilişkin işlemlerde bulunması mümkün addedilebilecektir⁴⁹.

Buna karşın, söz konusu hükümsüzlüğün borçlu tarafından ileri sürülebilecek ve maddi hukuk etkisi taşıyan nitelikte olduğu ya da kesin hükümsüzlük hali olduğu düşünülürse bu halde bunun borçlu tarafından, müstakil bir uyuşmazlıkta ileri sürülmesi gerekmektedir⁵⁰.

Kanaatimizce, söz konusu alacağın devri işleminin hükümsüzlüğü meselesi, borcun nispiyeti ilkesi çerçevesinde, devir alacaklısı ile devir borçlusunu arasındaki hukuki ilişki kapsamında değerlendirilmek zorundadır. Bu bağlamda İİK m. 294/6 uyarınca alacağın devri işleminin hükümsüzlüğünün devir borçlusunu tarafından borçlar hukuku hükümleri uyarınca, ilgili görevli mahkeme dermeyeran edilmesi lazımdır⁵¹. Uygulamada da bu tür taleplerin ayrı bir eda davası yoluyla dermeyeran edildikleri görülmektedir⁵².

Bu noktada bir başka sorun, konkordato mahkemesinin devir işlemine konu olacak tutarlarının tedbir yoluyla konkordato borçlusuna ödenmesine karar verip veremeyeceği noktasındadır. Bir görüş, konkordato mahkemesinin bu minvalde tedbir kararı verebileceğini savunmaktadır⁵³. Bizim de katıldığımız aksi yöndeki görüş ise yukarıda belirttiğimiz çerçevede böyle bir uyuşmazlığın konkordato mahkemesince çözümlenmesinin mümkün olmayacağı görüşüyle bu tür tedbir yoluyla konkordato prosedüründe alacak bedellerinin borçluya ödenmesine karar verilemeyeceğini ifade etmektedir.

[48] BGE 111 III 73 (Benzer, *Bankacılar*, s. 66).

[49] Bu yönde bkz. Atalı / Ermenek / Erdoğan, s. 672; Köksoy, s. 244; Benzer, s. 199. Işık, ise burada mutlak hükümsüzlük olmakla birlikte burada asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğu görüşünü paylaşmaktadır (Işık, s. 434).

[50] Tunç Yücel, s. 202.

[51] Tunç Yücel, s. 202.

[52] Yargıtay 6. HD., E. 2022/1251 K. 2022/1999 T. 11.4.2022, Yargıtay 4. HD., E. 2023/6161 K. 2023/7930 T. 13.6.2023

[53] Kale, Öztekin – Konkordato Şerhi, M. 294, B. 28d.

Mezkûr ikinci görüşe ilaveten, niteliği itibarıyla bir çekişmesiz yargı işi olarak kabul gören konkordatoda üçüncü kişi niteliğindeki devir alacaklısı aleyhine bu şekilde verilecek bir karar esasında bir eda tedbiri kararı teşkil edecektir. İhtiyati tedbir kararı yoluyla eda kararı verilmesi ancak bir davada söz konusu olabilmektedir⁵⁴. Zira eda tedbirleri ihtilaf konusu hakkın geçici olarak ifasına yönelmektedirler. Bu cihetle, icra ve iflas organlarının (konkordato mahkemesi de bu kapsamdadır) eda tedbiri veremeyeceği kabul edilmektedir⁵⁵. Kaldı ki böyle bir ihtimalde, devri alacaklısının hukuki dinlenilme hakkının da yeterli ölçüde güvence altına alınması da söz derece güç olabilecektir.

Bu açıklamalar ışığında, bizce de müstakbel bir alacağın devri işleminin İİK m. 294/6 hükmüne aykırılık bahsiyle geçersizliğinin ayrı bir uyumsuzlukta, görevli mahkeme nezdinde ileri sürülmesi gerekmektedir.

SONUÇ

İcra ve İflas Kanunu'nun 294/6. maddesinde, mühlet öncesi gerçekleştirilmiş müstakbel alacakların devrine ilişkin özel bir düzenleme öngören hüküm, hem konkordato mühletinin borçlunun malvarlığının korunmasına dair gösterdiği etki hem de konkordato mühletinin alacaklılar bakımından sonuçlarının iflâstakiyle benzer zemine oturtulması düşüncesiyle uyumludur. Bununla beraber, mühlet öncesi gerçekleştirilmiş bir hukuki işleminin geçersizlik yaptırımına tabi kılınması, konkordato mühletinin etkisi yönünden istisnai bir hal olduğu gibi devir işleminin alacaklısının hukuki güvenliği bakımından da tartışmalı sonuçlara yol açabilecek niteliktedir. Nihayetinde bu düzenleme ile konkordato borçlusunun malvarlığının ve diğer tüm alacaklıların kolektif menfaati, devir alacaklısının hukuk güvenliğine üstün tutulmuştur.

İİK m. 294/6 hükmü, borçlunun müstakbel bir alacağının konu edildiği devir işlemleri bakımından, alacağın doğum tarihini esas almaktadır. Buna göre, hali hazırda mühlet öncesinde doğmuş bir alacağın vadesinin mühlet sonrasında gelmesi, devir işleminin geçersiz kılınmasına sebep olmayacaktır. Öte yandan, müstakbel alacağın devri işleminde tasarruf işleminin alacağın doğmasıyla birlikte sonuçlarını meydana getirmesi, İİK m. 294/6 hükmünün alacağın devri işleminin niteliğiyle kısmen de olsa örtüşmesine vesile olmaktadır.

Çalışma konusu düzenlemenin uygulaması bakımından en önemli nokta, ilgili hükümde ifade edilen "hükümsüzlük" yaptırımının hukuki niteliğinin tayini ile buna bağlı olarak söz konusu geçersizliğe karar ve-

[54] Özkes, Muhammet. *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, 15. Bası, On İki Levha, İstanbul 2017, s. 2508

[55] Konuralp, Cengiz Serhat. *İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Tedbirler*, On İki Levha, İstanbul 2013, s. 45.

rebilecek merciin tespiti. Bizce hükümde ifade edilen hükümsüzlük hali esas olarak konkordato borçlusunu tarafından ileri sürülebilecek nitelikte olup ve maddi hukuk yönü ağır basmaktadır. Buna bağlı olarak da söz konusu hükümsüzlük iddiasının, konkordato mahkemesinden ziyade, müstakil bir yargılamada dermeyan edilmesi ve değerlendirilmesi gerektiği kanaatine varmaktayız.

KAYNAKÇA

- Akil, Cenk, *Sorularla Adi Konkordato*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Albayrak, Hakan. *İflas Dışı Adi Konkordatoda Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Altay, Sümer / Eskiocak, Ali. *Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- Aral, Fahrettin. "Topyekün Temlik", *AÜHFD*, S. 1-4, 1991-1992, s. 93-141.
- Atalı, Murat / Ermenek, İbrahim / Erdoğan, Ersin. *İcra ve İflas Hukuku*, 6. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- Başözen, Ahmet. *Müflisin Tasarruf Yetkisi*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.
- Bauer, Thomas / Luginbühl, Tanja. *Basler Kommentar Bundesgesetz über Schuld-betreibung und Konkurs (BSK SchKG)*, (Herausgeber: Daniel Staehelin, Thomas Bauer, Franco Lorandi), 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2021, Art. 297.
- Budak, Ali Cem / Tunç Yücel, Müjgan. *Yeni Konkordato Hukuku (Öztek – Konkordato Şerhi)*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, M. 287.
- Dalcı, Nurcihan, "Alacağın Toptan Devri Bağlamında İflas", *AÜHFD*, 2014/2, s.285-308.
- Dayınlarlı, Kemal. *Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki*, On İki Levha, Kanununa Göre Alacağın Temliki, 4. Baskı, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2010.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- Eren, Fikret / Dönmez, Ünsal. *Eren Borçlar Hukuku Şerhi Cilt III*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- Eroğlu, Orhan. *Uygulamada Konkordato*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Furrer, Andreas / Muller-Chen, Markus / Çetiner, Bilgehan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, On İki Levha, İstanbul 2021.
- Hunkeler, Daniel, *SchKG KurzKommentar (KUKO SchKG)*, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2014, Art. 297.
- Işık, Serpil, "7101 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Adi Konkordatoda Mühletin Müstakbel Alacakların Devri Üzerindeki Etkisi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 28, 2022/1, S. 407 – 440.
- Kale, Serdar. *Yeni Konkordato Hukuku (Öztek – Konkordato Şerhi)*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, M. 294.
- Konuralp, Cengiz Serhat. *İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Tedbirler*, On İki Levha, İstanbul 2013.
- Köksoy, Mesut. *Adi Konkordatoda Geçici Mühlet Kararının Etkileri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- Muşul, Timuçin. *İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davaları*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Nomer, Haluk. *Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları (Beklenen Hak)*, İstanbul 2002.
- Nomer, Haluk. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 15. Bası, İstanbul 2017.
- Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II*, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.
- Özkes, Muhammet. *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, 15. Bası, On İki Levha, İstanbul 2017.
- Özümücü, Seda. *İflasın Açılmasının Borçlar Hukuku Sözleşmeleri Üzerine Etkisi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1994.
- Pekcanitez, Hakan / Erdönmez, Güray. *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- Sarısözen, Serhat. *Konkordato*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

- Sarisözen, Serhat. “Geçici ve Kesin Mühlet Kararı”, 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, MİHBİR 16. Antalya Toplantısı/ 5-6 Ekim 2018, Antalya, 2019, s. 44-73.
- Simil, Cemil. *Konkordato Mühletinin Borçlu Bakımından Sonuçları*, On İki Levha, İstanbul, 2020.
- Simil, Cemil. “Konkordato Mühleti Verilmesinden Önce Bankalara Temlik Edilen Bono ve Çeklerin ya da Bedellerinin İadesinin Gerekip Gerekmeyeceği”, *Bankacılar Dergisi*, S. 112, 2020, s.47-66.
- Tekinay, S. Sulhi / Akman, Galip Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla. *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- Tunç Yücel, Müjgan. *Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları*, On İki Levha, İstanbul, 2020.
- Türker, Güray. *İvazlı Alacağın Devrinde Borca Aykırılık ve Buna Bağlı Sonuçları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Umbach-Spahn, Brigitte / Kesselbach, Stephan / Bossart, Stefan. *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG (SK SchKG)*, (Hrsg: Jolanta Kren Kostkiewicz, Dominik Vock), 4. Auflage, basierend auf der 1911 erschienenen 3. Auflage von Carl Jaeger, Schulthess, Zurich, 2017, Art. 297.
- Von Tuhr, Andreas. *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı* (Çev: Cevat Edege), Yargıtay Yayınları, Ankara, 1983.

MEDENİ HUKUK

BOŞANMA DAVASININ REDDİNDEN SONRA ORTAK HAYATIN YENİDEN KURULAMAMASI (FİİLİ AYRILIK) SEBEBİYLE BOŞANMA

Doç. Dr. Seda GAYRETLİ AYDIN

Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORC-ID: 0000-0001-8478-3310

sedagayretli@trabzon.edu.tr

ÖZET

Türk Medeni Kanunu (TMK) 166. maddesi 4. fıkrasında, fiili ayrılık nedeniyle boşanma olarak da anılan boşanma davasının reddinden sonra ortak hayatın yeniden kurulamaması nedeniyle boşanmayı düzenlemiştir. Fiili ayrılık nedeniyle boşanma kararı verilmesi için herhangi bir sebeple boşanma davası açılmış olması ve boşanma davasının esastan reddedilmiş olması gerekmektedir. Red kararı kesinleştikten sonra üç yıl süre ile eşler bir araya gelip ortak hayatı tekrar kuramazlarsa eşlerden herhangi birinin TMK m. 116/4'e dayanarak boşanma talep etmesi halinde, hakim boşanmaya karar verir.

Mutlak boşanma nedeni olan, ortak hayatın yeniden kurulamaması sebebiyle boşanma, fiilen bitmiş olan evlilikleri hukuken zorla sürdürmenin bir anlamı olmadığı düşünülerek ilk kez 1988 yılında yapılan değişiklikle Türk Kanuni Medenisi ile kabul edilip, hukuk sistemimize girmiştir. Kaynak İsviçre Medeni Kanun'unda, boşanma sisteminde yapılan köklü değişiklikten sonra boşanmada kusur prensibi kaldırılmıştır. İsviçre Medeni Kanun'u 114. maddesi gereğince ayrı yaşayan eşler iki yıl sonra boşanma davası açabilmektedir. İki yıllık süre dava tarihinden başlamaktadır. Ayrıca bu davayı açmak için öncesinde bir davanın açılmış ve reddedilmiş olması şartı da bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi 22.02.2024 tarihli 2023/116 E, 2024/56 K sayılı kararı ile TMK 166. maddesi dördüncü fıkrasının (fiili ayrılık davasının) Anayasa'nın 13. ve 20. maddelerine aykırı olduğundan iptaline, iptal hükmü resmî gazete yayım tarihi olan 19.04.2024'ten itibaren dokuz ay sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi özellikle ülkemizde boşanma davasının kesinleşmesinin çok uzun sürdüğünü ve bunun üzerine üç yıllık uzun bir süre daha beklenmesinin özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı ile aile kurumunu ko-

ruma amacı arasında denge sağlamadığını vurgulamış ve söz konusu fıkranın zaman yönünden ölçülülük ilkesini ihlal ettiğine karar vermiştir.

Bu tebliğ ile fiili ayrılık davası şartları ve amaçları karşılaştırmalı hukuktan ve yargı kararlarından faydalanılarak irdelenecek ve öğretilerde bu boşanma sebebine ilişkin yapılan olumlu ve olumsuz eleştirilere yer verilecektir. Devamında Anayasa Mahkemesinin TMK 166. maddesi 4. fıkrasını iptal kararı, iptal gerekçeleri ve karşı oyların yerinde olup olmadığı tartışılacaktır. Son olarak TMK m. 166/4'ün iptalinden sonra yerine nasıl bir düzenleme yapılması gerektiği konusunda öneriler sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması, Fiili Ayrılık, Boşanma, Boşanma Davası, Evlilik Birliğinin Sarsılması.

DIVORCE DUE TO THE FAILURE TO RE-ESTABLISH A COMMON LIFE AFTER THE DISMISSAL OF THE DIVORCE CASE (DE FACTO SEPARATION)

ABSTRACT

(Article 166, paragraph 4 of the Turkish Civil Code (TMK) regulates divorce due to the failure to re-establish a common life after the dismissal of the divorce case, also known as divorce due to de facto separation. In order for a divorce to be granted due to de facto separation, a divorce case must have been filed for any reason and the divorce case must have been rejected on the essential grounds. If the spouses cannot come together and re-establish a common life for three years after the dismissal decision becomes final, the judge decides on divorce if one of the spouses requests divorce based on Article 116/4 of the TCC.

Divorce on the grounds of failure to re-establish a common life, which is an absolute ground for divorce, was accepted for the first time in the Turkish Civil Code with the amendment made in 1988 and entered our legal system for the first time, considering that there is no point in forcibly continuing marriages that have actually ended. In the source Swiss Civil Code, the principle of fault in divorce was abolished after a radical change in the divorce system. Under Article 114 of the Swiss Civil Code, separated spouses can file for divorce after two years. The two-year period starts from the date of the filing of the lawsuit. In addition, there is no requirement that a previous lawsuit has been filed and rejected in order to file this lawsuit due to defacto separation.

With its decision dated 22.02.2024 and numbered 2023/116 E, 2024/56 K, the Constitutional Court decided to abolish the fourth paragraph of Article 166 of the Civil Code (de facto separation case) as it is in violation of Articles 13 and 20 of the Constitution. The annulment provision will enter into force nine months after 19.04.2024, the date of publication of the decision in the official gazette. The Constitutional Court emphasized that the finalization of the divorce case takes a very long time in our country and that waiting for another three years does not provide a balance between the right to demand respect for private and family life and the purpose of protecting the institution of the family, and decided that the paragraph in question violates the principle of proportionality in terms of time.

In this present communiqué, the conditions and purposes of the de facto separation action will be examined by making use of comparative law and judicial decisions, and the positive and negative criticisms made in the doctrine regarding this ground for divorce will be discussed. Subsequently, the Constitutional Court's decision to annul Article 166, paragraph 4 of the TCC, the grounds for annulment and the appropriateness of the dissenting votes will be discussed. Last but not least, after the annulment of Article 166/4 of the TCC, suggestions will be made on how to replace it.

Keywords: Failure To Re-Establish A Common Life, De Facto Separation, Divorce, Divorce Lawsuit, The Dissolution Of The Marriage Union.

GİRİŞ

Türk Medeni Hukuk sisteminde serbest boşanma sistemi kabul edilmemiştir. Dolayısıyla evli eşler istedikleri zaman veya istedikleri şekilde anlaşma yaparak ya da tek taraflı olarak irade beyanı ile evliliği sona erdiremezler.¹ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Aile Hukuku Kitabının evlilik hukuku kısmının ikinci bölümünde boşanma sebepleri sınırlı sayıda olarak 161. madde 166. madde arasında düzenlenmiştir. Öğretide boşanma sebepleri özel boşanma sebepleri (zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme, terk ve akıl hastalığı) ve genel boşanma sebepleri (evlilik birliğinin sarsılması, eşlerin boşanma konusunda anlaşmaları, ortak hayatın yeniden kurulamaması) olarak incelenmektedir.² Belirli olgu ve olayların gerçekleşmesine dayanan boşanma sebepleri özel boşanma sebepleri, belirli bir olay ya da olguya dayanmayan, önceden belirlenmesi mümkün olmayan çok çeşitli olgulara dayanan boşanma sebepleri ise genel boşanma sebepleri olarak adlandırılmaktadır.³

Türk Medeni Kanunu 161. maddesi ile 165. maddesi arasında düzenlenen özel boşanma sebepleri de çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır. Bazı boşanma sebeplerinde hak düşürücü süre bulunurken bazılarında böyle bir süre yoktur. Zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış sebebiyle boşanma davalarında hak düşürücü süre bulunmaz.⁴ Boşanma sebepleri ayrıca mutlak ve nisbi boşanma nedenleri olarak incelenmektedir. Bazı boşanma nedenlerinin gerçekleştiği tespit edildiyse artık evliliğin temelinden sarsılıp sarsılmadığının araştırılmasına gerek duyulmaz. Mutlak boşanma nedenleri olarak adlandırılan bu grup; zina, hayata kast, pek kötü ve onur kırıcı davranış ve terk sebeplerinden oluşur. Nisbi boşanma sebeplerinde ise boşanma sebebinin gerçekleşmesinin tespiti, boşanmak için tek başına yeterli değildir. Ayrıca hakimin ortak hayatın

[1] Zevkçiler, Aydın/Ertaş, Şeref/Havutçu Ayşe/Gürpınar Damla. *Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk*, Turhan Kitabevi, 9. Bası, Ankara, 2015, s. 281. Türk hukukunda islam hukukunda olduğu gibi tek taraflı irade beyanı ile boşanma imkanı kabul edilmemiştir. Türk hukukunda en azından eşlerin birinin talebi ile açılmış bir boşanma davası olması ve bu davada kanunda yazılan boşanma sebeplerinden birine dayanılarak hakimin verdiği karar ile boşanmak mümkündür. Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper. *Türk Özel Hukuku*. C: III, *Aile Hukuku*, 19. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024, s. 105; Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya. *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, İkinci Cilt, 19. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2019, s. 239.

[2] Öztan, Bilge. *Aile Hukuku*, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 644; Kılıçoğlu, Ahmet M. *Aile Hukuku*, Genişletilmiş 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2024, s. 114; Dural/Öğüz/Gümüş d. 106; Helvacı Serap/Erlüle Fulya. *Medeni Hukuk*, 4 Bası, Legal, İstanbul, 2016, s. 165; Zevkçiler/Havutçu/Gürpınar, s. 281 vd.; Akıntürk/Ateş, s. 243; Tüzüner, Özlem, *Boşanma ve Boşanmanın Sebepleri*, iç. Medeni Hukuk II- Aile Hukuku, ed. İkizler, Metin/ Tüzüner, Özlem, adalet, 2. Baskı, Ankara, 2024, s. 133; Hatemi TMK m. 166' düzenlene boşanma davasının reddinden sonra (üç) yıl ortak hayatın yeniden kurulamaması (fiili ayrılık) davasını genel boşanma sebepleri içerisinde değil özel boşanma sebepleri içerisinde değerlendirmektedir. Hatemi, Hüseyin. *Aile Hukuku*, 9. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 118.

[3] Akıntürk/Ateş, s. 261, 262.

[4] Tüzüner, s. 136.

çekilemez olduğunu takdir etmesi gerekir. Suç işleme, haysiyetsiz hayat sürme ile genel boşanma nedeni olan evlilik birliğinin sarsılması (TMK m. 166/1) nisbi boşanma sebebi olarak sınıflandırılır.⁵

Genel boşanma sebebi TMK m. 166'da düzenlenen evlilik birliğinin temelinden sarsılmasıdır. 1926 tarihli eski Türk Kanuni Medenisi'nin (TKM) 134. maddesinin ilk halinde öğretide şiddetli geçimsizlik olarak adlandırılan tek bir genel boşanma sebebi "imtizaçsızlık" bulunmaktaydı. 1988 tarih ve 3444 sayılı Kanun ile bu genel boşanma sebebini içeren TKM m. 134 yeniden düzenlenmiş; birinci fıkrasında evlilik birliğinin temelinden sarsılması, üçüncü fıkrasında eşlerin anlaşması ve son olarak da bu çalışmanın konusunu oluşturan müşterek (ortak) hayatın tekrar kurulamaması düzenlenmiştir. Bu tarihte müşterek hayatın tekrar kurulamaması hukukumuzda ilk kez girmiş ve bu üç genel boşanma sebebi 2001 tarihinde kabul edilen Türk Medeni Kanunu 166. maddesinde hemen hemen aynen benimsenmiştir.⁶

Öğretide ortak hayatın tekrar kurulamaması, fiili ayrılık davası ve eylemli ayrılık olarak da anılmaktadır.⁷ Türk Kanunu Medenisinde fiili ayrılık nedeniyle boşanma sebebi düzenlenmeden önce boşanma davalarının davacının kusurunun daha ağır olması sebebiyle (TKM m. 34/2; TMK m. 166/2) red kararı verildiyse taraflar bir araya gelmemiş olsalar dahi yeniden aynı sebeple boşanma davası açılmıyordu.⁸ Fiili ayrılık kurumunun kabulü ile boşanma davası reddedilen eşlere boşanma kararı kesinleştikten sonra üç yıl boyunca ortak hayatı tekrar kuramamışlarsa, boşanma davası açabilme hakkı tanınmış oldu. Yasa koyucu, fiilen bitmiş olan evlilikleri hukuken sürdürmenin ailenin korunması için bile bir anlamı olmadığı düşüncesiyle fiili ayrılık nedeniyle boşanmayı hukukumuzda dahil etmişti. Ancak, Anayasa Mahkemesi 22/2/2024 tarihli ve E: 2023/116, K: 2024/56 sayılı kararı ile TMK m. 166/4 de düzenlenen ortak hayatın tekrar kurulamamasına ilişkin fıkrayı iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra (19/1/2025) yürürlüğe gireceği hüküm altına almıştır.⁹ Bu çalışmada ortak hayatın kurulmaması diğer bir adıyla fiili ayrılık nedeniyle boşanmanın koşulları incelenmiş, kaynak kanun İsviçre Medeni Kanunundaki fiili ayrılık sebebi ile boşanmaya yer verilmiş

[5] Erdem, Mehmet/ Makaracı-Başak Aslı. *Aile Hukuku*, seçkin yayınevi, Ankara, 2022, s. 101.

[6] Türk Medeni Kanunu m. 166'ın Türk Kanuni Medenisinden farkı kenar başlığını evlilik birliğinin sarsılması olarak değiştirmesi ve müşterek kelimesi yerine ortak kelimesini kullanması olmuştur. Akıntürk/ Ateş, s. 261.

[7] Ünal, Akın. "Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: II, S: 1-2, 2007, s. 291-311.

[8] Hatemi, s. 123.

[9] <https://www.anayasa.gov.tr/tr/haberler/norm-denetimi-basin-duyurulari/ortak-hayatin-yeniden-kurulamamasina-bagli-olarak-bosanma-davasi-acabilmeyi-bazi-sartlara-baglayan-kuralin-anayasa-ya-aykiri-oldugu/>

sonrasında Anayasa Mahkemesinin iptal gerekçeleri tartışılmış ve son olarak da dokuz ay sonra yürürlüğe girecek hüküm için çözüm önerileri sunulmuştur.

ORTAK HAYATIN YENİDEN KURULAMAMASI NEDENİYLE BOŞANMA KARARI VERİLMESİNİN KOŞULLARI

Ortak hayatın yeniden kurulamaması nedeniyle boşanma fiili ayrılık nedeniyle boşanma olarak da anılmaktadır. Bu nedenle TMK m. 167 ve devamında düzenlenen ayrılık kurumu ile karıştırılabilmektedir. Ayrılık talebi bir boşanma sebebi değildir. Ayrılık kararı verildiğinde evlilik sona ermez, bir süre tatil edilir.¹⁰ Oysaki fiili ayrılık (ortak hayatın kurulamaması) nedeniyle boşanma, bir boşanma sebebi olup evliliği sona erdirir.

Ortak hayatın yeniden kurulmaması nedeniyle boşanma TMK m. 166/4 ile hüküm altına alınmıştır; *“Boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten başlayarak üç yıl geçmesi hâlinde, her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulamamışsa evlilik birliği temelden sarsılmış sayılır ve eşlerden birinin istemi üzerine boşanmaya karar verilir.”* Buna göre fiili ayrılık nedeniyle boşanma kararı verilebilmesinin koşulları; boşanma sebeplerinden herhangi biriyle boşanma davası açılmış ve reddedilmiş olması, red kararının kesinleşmesinden sonra üç yıl süre ile ortak hayatın kurulamamış olması, eşlerden herhangi biri tarafından boşanma davası açılmış olmasıdır.

Boşanma Sebeplerinden Biriyile Boşanma Davası Açılmış ve Reddedilmiş Olmalı

Ortak hayatın yeniden kurulamaması nedeniyle boşanma kararı verilmesinin ilk koşulu boşanma sebeplerinden herhangi biriyle boşanma davası açılmış olması ve bu davanın reddedilmiş olmasıdır. Herhangi bir boşanma davası açılmaksızın eşlerin uzun süredir ayrı yaşamasından dolayı TMK m. 166/4'e dayanarak dava açılmaz. Çünkü ortada önceden açılmış dayanak bir davanın bulunması ve reddedilmesi gerekmektedir.¹¹ Reddedilen davanın genel boşanma sebebine dayalı olarak açılması zorunlu değildir.¹² TMK m. 161 ve 166 arasında düzenlenen diğer boşan-

[10] Ayrılık kurumuna ilişkin olarak bkz. Burcuoğlu, Haluk. *“Ayrılık Kurumunun Uygulanabilirliği Sorunu”* Bülent Davran'a Armağan, İstanbul 1998, s. 59-74; Berki, Şakir. *“Boşanma ve Ayrılık”*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi sayı: 31/1, (Mayıs 1975) s. 135-154; Öztürk, Ali. *Aile Hukukunda Ayrılık, Türk Hukukunda Ayrılık Hükmü Şartları ve Sonuçları*, Seçkin Yayınları, Ankara 2015; Gayretli Aydın, Seda. *“Boşanma Davası ve Hukuki Sonuçları”*, Medeni Hukuk 2 Aile Hukuku, Editör: Prof. Dr. Özlem Tüzüner/Prof. Dr. Metin İkizler, Adalet Yayınları, Ankara 2023, s. 171 v.d.

[11] Dural/Öğüz/Gümüş, s. 129.

[12] Hatemi, s. 124.

ma sebepleriyle açılan davanın reddinden sonra da bu dava açılabilir. Hatta gerçekte olmayan bir boşanma sebebiyle açılan bir boşanma davasında veya boşanma davası sebep olmadan açılıp reddilmişse de yine bu şart gerçekleşmiş sayılacaktır.¹³

Reddedilen davanın hangi eş tarafından açıldığının, hangi sebeple açıldığının ya da red sebebinin önemi yoktur. Önemli olan davanın esastan reddedilmiş olmasıdır. Boşanma davasının yetkisizlik nedeniyle reddedilmesi halinde TMK m. 166/4'e dayanarak boşanma davası açılmaz.¹⁴

Yargıtay, evliliğin nisbi ya da mutlak butlanını dava edilip, davanın reddedilmesi halinde üç yıllık sürenin işlemeye başlamayacağını, TMK m. 166/4'ün uygulanamayacağını kabul etmektedir. Kanımızca isabetli olarak Yargıtay, TMK m. 166/4'ü dar yorumlamakta ve sadece boşanma davası ile sınırlı olduğunu kabul etmektedir.¹⁵

Boşanma davasından feragat halinde de TMK m. 166/4 gereğince boşanma kararı verilip verilemeyeceği konusu tartışmalıdır. Yargıtay bazı kararlarında davacının boşanma davasından feragatinden üç yıl geçmesi halinde TMK m.166/4 uyarınca boşanma davası açılabileceği görüşündedir. Buna gerekçe olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 311 uyarınca feragatin, tek taraflı bir irade beyanı olduğunu ve açıklandığı tarihten itibaren davanın reddine ilişkin bütün sonuçları meydana getirdiğini, sonradan hükmün şekli olarak kesinleşmesinin sonuca etkisi olmadığını savunmaktadır.¹⁶ Yargıtay diğer bazı kararlarında ise, feragatin TMK m. 166/4 anlamında davanın reddi sonucu doğurmayacağı kanaatine varmıştır. Öğretideki aynı görüşte olan yazarlar da davadan feragatin talep sonucundan vazgeçmek anlamına geldiğini dolayısıyla boşanma nedeninin ortadan kalktığını göstermesini gerekçe olarak ileri sürmektedir.¹⁷

[13] Özgül, Mehmet Emin. "Ortak Hayatın Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanma Davası", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 3, s. 2353; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 129; Ünal, s. 300.

[14] Öztan, s. 701; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 129.

[15] Öztan, s. 702; Özgül, s. 2354; Ünal, s. 302.

[16] 2. HD 30.06.1992, 7120/7375 YKD 1992, S.11, 1684; Akıntürk/Ateş, s. 273; 2. HD. 13.11.1996, 10707/11712. 10 07.1997,7205/8141; Öztan s. 701.

[17] Ünal, s. 300; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 129; Hatemi'ye göre davadan feragatin de HMK m. 311 dikkate alınarak davanın reddi hükümde olarak değerlendirilmesi, boşanma davası açıldıktan sonra kazanamayacağını bilincinde olan davacının davasından feragatine yol açacaktır. Bu şekilde davacı davasından feragat ederek davanın red hükmüne eş değerde olmasını dolayısıyla üç yıllık sürenin erken başlamasını sağlayacaktır. Bu durum Hatemi'ye göre kanuna karşı hile durumu oluşturmaktadır ve İsviçre Medeni Kanununda olduğu gibi davanın reddinin kesinleşmesinde değil başlangıcında aransaydı kanuna karşı hileye gerek kalmazdı. Hatemi, s. 124.

Red Kararın Kesinleşmesinden Sonra Üç Yıl Süre ile Ortak Hayat Kurulmamış Olmalı

Boşanma davasından sonra üç yıl süre ile ortak hayatın kurulamamış olması gerekir. Üç yıllık süre ilk davanın reddinin kesinleşmesi tarihinden itibaren başlar.¹⁸ Kesinleşme tarihinden en azından üç yılın geçmiş olması gerekmektedir. Boşanma davası kesinleştikten sonra eşler on yıl süre ile ortak hayatı kuramamışlarsa on yılın sonunda da TMK m. 166/4'e dayanarak boşanma davası açabilirler. Öğretide bazı yazarlar tarafından, üç yıllık sürenin karar kesinleşme tarihinden başlamasının nedeninin hâkime sürenin başlangıcını tespitinde kolaylık sağlamak olduğu ileri sürülmüştür.¹⁹

Söz konusu süre hak doğuran bir süre olarak dava şartıdır. Dava açma hakkı bu sürenin dolmasıyla doğacaktır. Sürenin dolup dolmadığı hakim tarafından resen göz önünde tutulmalıdır.²⁰ Üç yıllık sürenin durması ve yeniden başlaması gibi durumlar söz konusu değildir.

Red kararının kesinleşmesinden sonra eşlerin üç yıllık süre içerisinde bir araya gelmiş olmaları ortak hayatı yeniden kurma ve devam ettirme amacı ile olmalıdır. Eşlerin ortak hayatı yeniden kurma amacı olmadan bir araya gelmiş olmaları ortak hayatı tekrar kurmak sayılmaz.²¹ Eşlerin arizi olarak ortak hayatı tekrar kurma amacı olmadan doğum, bayram, kariyerde yükselme, mezuniyet ya da hastalık gibi insani durumlarda bir araya gelmeleri ortak yaşamı sürdürme amacı olarak değerlendirilmemelidir.²² Eşlerin bu üç yıllık süre içerisinde bakım yükümlülükleri devam etmektedir. Bu doğrultuda Yargıtay bir kararında üç yıllık süre boyunca eşin yurt dışından para göndermesinin evlilik birliğini kurduğunu göstermediğine karar vermiştir.²³ Yargıtay başka bir kararındaysa aynı konunun farklı bölümlerinde yaşasalar dahi ortak hayatı yeniden

[18] "Kocanın önce açtığı boşanma davası reddedilmiş ve karar 28.1.1997'de kesinleşmiştir. Yeni dava 11.2.2000 de açılmıştır.Toplanan delillerden eşlerin 1998 Şubat ayında evlilik birliğini kurmak amacı ile bir araya geldikleri ve bu beraberliklerini bir ay devam ettirdikleri anlaşılmaktadır.Gerçekleşen bu durum karşısında davanın reddi gerekirken yazılı şekilde boşanmaya karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır" Yargıtay 2. HD 05.02.2003 tarihli E:2003/52 K: 2003/1658 sayılı kararı.

[19] Özgül, s. 2352.

[20] Öztan, s. 702.

[21] "Davalı tanıklarının beyanlarından da bir araya gelmenin evlilik birliğinin devamı amacıyla yönelik olduğu kanıtlanamamıştır. Türk Kanunu Medenisinin 134 /son maddesi (4721 S. TMK. 166 /son) koşullarının gerçekleşmiş bulunması nedeniyle boşanmaya karar verilmesi gerekirken davanın reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir". Yargıtay 2. HD 24.02.3003 tarihli E:2003/1273 K:2003/2268 sayılı kararı.

[22] Kılıçoğlu, s. 115.

[23] "Üç yıllık süreden sonra açılan boşanma davasında davalı eşin yurt dışından para göndermesi, evlilik birliğinin yeniden kurulduğunu göstermez. Davalı kadının beyanlarına atfen de hüküm kurulamaz. Davalı kadından naklen sözler hükmü esas alınmayacağı gibi davacı kocanın A.B.D den para göndermesi de evlilik birliğinin yeniden kurulduğunu göstermez. Türk Medeni Kanununun 166 /son maddesi şartları oluşmuştur." Yargıtay 2. HD 03.03.2003 tarihli E:2003/1490 K: 2003/2715 sayılı kararı

kurma amacı olmadığından dava şartı olan üç yıl ayrı yaşama şartının gerçekleşmiş olduğuna karar vermiştir.²⁴

Üç yıllık ayrılık süresi içindeki ortak hayatın devamına yönelik olan bir araya gelme süreyi kesecektir. Yargıtay, dayanak davadaki red kararının kesinleşmesinden önce eşlerin ortak hayatı tekrar kurmak amacıyla bir araya gelip uzun bir süre evlilik birliğini sürdürüp, red kararının kesinleşmesi üzerine üç yıl ayrı yaşamalarının, eşlere TMK m. 166/4 uyarınca dava açma hakkı vermeyeceğine karar vermiştir. Karara gerekçe olarak bu davranışın hakkın kötüye kullanılmasını oluşturacağını ileri sürmüştür.²⁵

Eşlerden Herhangi Biri Tarafından Boşanma Davası Açılmış Olmalıdır

Reddedilen boşanma davasının kesinleşmesinden üç yıl sonra eşlerden herhangi biri tarafından ortak hayatın yeniden kurulamaması sebebiyle TMK m. 166/4 uyarınca dava açılmalıdır. Bu davayı açan eşin hangi eş olduğunun önemi bulunmamaktadır. Reddedilen davanın davalısı da ortak hayatın yeniden kurulamamasına dayalı boşanma davasını açabilir. Davayı açan eşin daha fazla ya da daha az kusurlu olmasının da önemi bulunmamaktadır. Davacı eşin kusuru daha fazla olsa hatta davalı eş kusursuz olsa bile hakim boşanmaya karar vermek zorundadır²⁶ Dolayısıyla koşullar gerçekleştiği halde hakim eşlerin kusurlarını değerlendirmeksizin boşanma kararı vermek zorunda olduğundan, ortak hayatın kurulamaması nedeniyle boşanma, mutlak bir boşanma nedenidir. Evliliğin temelinden sarsıldığı mutlak bir karine olarak varsayılmaktadır. Hakim boşanma dışındaki evliliğin yan sonuçlarını kusura dayanarak düzenleyecektir.²⁷ Fiili ayrılık davasında mutlak boşanma kararı verilmesinde kusurun önemli olmayışı özellikle kusurlu olan eşin bu davayı açabilmesi öğretide en çok eleştirilen husus olmuştur. Bu durum hakkın suistimalinin hukuk düzenince korunmayacağı ve kişinin kendi kusurlu hareketiyle hak kazanması olarak nitelendirilerek eleştirilmiştir.²⁸

[24] “Toplanan delillerden; tarafların aynı gecekondunun ayrı yerlerinde oturdukları, giriş kapılarının ayrı olduğu, kocanın başka kadınla kendi bölümünü paylaştığı anlaşılmaktadır. Karı kocanın aynı gecekonduda oturmaları ret kararından sonra evlilik birliğini yeniden kurdukları anlamını taşımaz. Gerçekleşen bu durum karşısında davanın kabulü gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.” Yargıtay 2. HD. 05.02.2003 tarihli E:2003/475 K: 2003/1671 sayılı kararı.

[25] Bkz. Yargıtay 2. HD 12.04.1996 tarihli 3014/4980 (YKD., c.XXII, s.174), Öztan, s. 703.

[26] Öztan, s. 700.

[27] Hatemi, s. 124.

[28] Tekinay, bu hükümle haksız ve kusurlu olan eşe belli bir sürenin geçmesi ile keyfi boşanma hakkı tanıdığını ileri sürmektedir. Tekinay, Selahattin Sulhi. *Türk Aile Hukuku*, Yedinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990, s. 196 vd.; Özgül, 2372, 2373.

İSVİÇRE MEDENİ KANUNUNDAKİ DURUM

1926 tarihli Türk Kanuni Medenisi boşanma sebeplerini İsviçre Medeni Kanunundan aynen almıştı. Türk Medeni Kanunundaki boşanma sebepleri 1926 tarihinden beri pek az değişikliğe uğramıştır. 1988 yılında işbu çalışmanın konusu olan fiili ayrılık nedeniyle boşanma ve anlaşmalı boşanma sistemimize eklenmiştir.²⁹ Ancak İsviçre Medeni Kanununun boşanmaya ilişkin hükümleri 1998 yılında köklü değişikliklere uğramıştır. Özel boşanma sebepleri ve kusur prensibi kaldırılmıştır.³⁰ 2001 yılında kabul edilen 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun hazırlıkları aşamasında bu değişiklikler görüldüğü halde mal rejimi ve diğer hususların gölgesinde kalmış ve hiç gündeme gelmemiştir. Bu nedenlerle yeni Türk Medeni Kanunu, İsviçre'deki boşanmaya ilişkin olan değişiklikleri içermemekte ve eski Medeni Kanun'daki boşanma sistemini muhafaza etmektedir.³¹

İsviçre Medeni Kanunundan özel boşanma sebepleri kaldırılmıştır. İsviçre Medeni Kanununda anlaşmalı (İsviçre Medeni Kanunu m. 111-113) ve dava yolu (İMK m. 114-115) ile olmak üzere iki türlü boşanma mevcuttur. Anlaşmalı boşanma kendi içerisinde eşlerin boşanmada ve sonuçlarında anlaştığı *tam anlaşmalı boşanma* (umfassende einigung) ve eşlerin sadece boşanmada anlaşıp sonuçlarından anlaşamadığı *kısmi anlaşmalı boşanma* (teileinung) olarak ikiye ayrılmaktadır. Dava yolu ile boşanma ise ayrılık nedeniyle boşanma (İMK m. 114) ve evliliğin temelden sarsılması (İMK m. 115) olarak iki ayrı grupta incelenmektedir.³²

Anlaşmalı boşanmada eşler birlikte mahkemeye başvururken, dava yolunda eşler tek taraflı olarak mahkemeye dilekçe sunmaktadır. İsviçre Medeni Kanunu m. 114 iki yıl fiilen ayrı yaşama sonucu boşanmayı düzenlemektedir. Bu hükme göre boşanma davasının derdest olduğu tarihte eşler en az iki yıldır ayrı yaşıyorsa veya boşanma davası açıldığında eşler en az iki yıldır ayrı yaşıyorsa, eşlerden her biri mahkemeden ayrılık nedeniyle boşanmaya karar verilmesini talep edebilir. Bu fiili ayrılık süresi 2000-2004 yılları arasında dört yıl olarak uygulanmış, yasa değişikliği ile 01.06.2004 tairihi sonrasında iki yıl olarak uygulanmaya başlamıştır. İsviçre Medeni Kanunu m. 114'deki şartların sağlanması evliliğin sona erdiğine dair mutlak bir karinedir.³³

[29] Oktay Özdemir, Saibe. "Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı." *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 35, no. 1, 2015, s. 29-46.

[30] Kılıçoğlu, s. 89.

[31] Oktay Özdemir, s. 31; Kılıçoğlu s. 89.

[32] Kılıçoğlu, s. 89.

[33] Schwander Ivo, *Orell Füssli Kommentar, (OFK)* Hrsg, Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser 4. aktualisierte Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2021, ZGB Art 114, N. 1.

Ayrılığın iki yıl boyunca kesintiye uğramamış olması gerekmektedir. Eşlerin kendi istekleriyle tekrar evlilik birliğinin kurulması fiili ayrılık süresini sona erdirir. Eşlerin daha sonra tekrar fiilen ayrılması ve bu ikinci ayrılık döneminin tam iki yıl sürmesi halinde tekrar mümkündür. Önceki ayrılık dönemi dikkate alınmaz. Bununla birlikte eşlerin evlilik birliğini yeniden kurma girişimlerinin (hatta birkaçının) kısa sürede başarısız olması, birlikte yaşamaya yönelik başarısız girişimler, ayrılık süresinin kesintiye uğraması olarak değerlendirilmez.³⁴

İki yıllık fiili ayrılık süresi dolduktan sonra bu dava açılabilir. Evliliğin temelinden sarsılması sebebiyle bir boşanma davası açıldıktan sonra iki yıllık fiili ayrılık süresi dolmuşsa açılmış olan dava yerine İMK m. 114'e dayalı fiili ayrılık davası açmak daha avantajlı olacaktır.³⁵

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI VE GEREKÇESİ

Fiili ayrılık davası Türk Kanunu Medenisine dahil edildiği 1988 yılından hemen sonra yukarıdaki bölümlerde açıkladığımız çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır.³⁶ Nihayet 1996 yılında, fiili ayrılık davasına ilişkin TKM m. 134 (TMK m. 166/4) hükmünün, Anayasa'nın 41. maddesinde düzenlenen "*Aile, Türk toplumunun temelidir. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretilmesi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.*" hükmüne aykırı olduğu gerekçesiyle iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Ancak Anayasa Mahkemesi, aile hukukundaki yeni gelişmelere göre, eşlerin yasada belirtilen süre kadar bir arada bulunmama durumlarının evliliğin tekrar kurulamayacak ölçüde sarsıldığını gösterdiğini belirtmiştir. 1974'den itibaren çeşitli ülkelerin bir ile on yıllık farklı ayrılık süreleri belirlediklerini, bu süreyi belirlemenin kanun koyucunun takdir alanında olduğunu, eşlerin ayrılık süresi boyunca bir araya gelip evlilik birliğini kurmamaları sebebiyle ilgili hükmün aile birliğine zarar vermediğini gerekçe göstererek itirazı Anayasa m. 41'e aykırı görülmemiştir.³⁷

Anayasa Mahkemesi 1997 yılında verdiği kararda, fiili ayrılık davasının Anayasa'nın 41. maddesine aykırı bulmamıştır. Ancak 27 yıl sonra verdiği konuya ilişkin son kararında, TMK m. 166/4'ün Anayasa'nın 41. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir. 19.04.2024 tarihli 32522 sayılı resmi gazetede Anayasa Mahkemesinin E: 2023/116, K: 2024/56 sayılı 22/02/2024 tarihli Türk Medeni Kanununun 166. maddesinin 4. fık-

[34] Schwander, OFK Art 11, N. 7.

[35] Schwander, OFK Art 11, N. 8.

[36] Dural/Öğüz/Gümüş, s. 131; Kılıçoğlu, 115; Tekinay, s. 196; Hatemi, s. 124.

[37] AYM, E: 1996/47, K.1997/43 Karar tarihi: 8.4.1997 R.G. Tarih-Sayı:25.04.1998-23323 (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1997-43-nrm.pdf>)

rasını iptal eden kararı yayımlanmıştır. 18. Aile Mahkemesi önüne gelen bir boşanma davasında itiraz konusu fıkranın (TMK m. 166/4) Anayasa-yanın 5, 12, 14, 17, 41. maddelerine aykırı olduğu kanaatiyle iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmuştur.³⁸ Başvuru kararında özetle; “İtiraz konusu kurala göre boşanma kararı verilebilmesi için daha önce açılan boşanma davasının reddine dair kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç yıl içinde ortak hayatın yeniden kurulamamış olması gerektiği, anılan sürenin adil olmadığı, bu nedenle kuralın devletin temel amaç ve görevleriyle çeliştiği, kural nedeniyle eşlerin uzun sürelerin sonunda boşanabildikleri, bu durumun herkesin kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklere sahip olduğunu öngören anayasal hükümle bağdaşmadığı, kuralda öngörülen sürenin ilgililerin evlilik dışı ilişki yaşamalarına neden olduğu, bu suretle kuralla kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının yanı sıra devletin aileyi koruma yükümlülüğünün de ihlal edildiği belirtilerek kuralın Anayasa’nın 5., 12., 14., 17. ve 41. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.”

Anayasa Mahkemesi yaptığı incelemede özetle TMK m. 166/4’ün özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sınırlama getirdiğini ancak bu sınırlamanın Anayasa mad. 41 ile devlete yüklenen aileyi koruma ödevini koruma amacı taşıdığından meşru bulunduğu sonucuna ulaşmıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi, hükümleri meşru olup olmamaları yanında kısıtladıkları hakların ölçülü olup olmaması konusunda da incelemektedir. Anayasa m. 13’de güvence altına alınan ölçülülük prensibi ise; elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olarak üç alt ilkedden oluşmaktadır.³⁹ Mahkeme, TMK m. 166/4’ü elverişli ve gerekli gördüğü halde sürenin uzun bir süre olan üç yıl olmasından dolayı orantılı bulmamış ve bu nedenle ilgili fıkrayı iptal etmiştir.

Kanımızca Anayasa Mahkemesinin 1997 tarihinde verdiği karar ile 2024 yılında verdiği son karar arasında çelişki bulunmamaktadır. Şöyle ki 1997 tarihinde verdiği kararda Anayasa Mahkemesi fiili ayrılık davasının varlığının Anayasa’ya aykırı olmadığını belirtmiş bu nedenle Anayasa’ya aykırı görmemiştir. 2024 tarihli kararında ise Anayasa Mahkemesinin 166/4’ü iptal sebebi bu davanın varlığının Anayasa’ya aykırı olduğundan değil, ayrılık süresinin çok uzun olduğu kanaatine ulaşıldığıdır. Önceki kararında zaten Anayasa Mahkemesi ayrılık süresi olan

[38] AYM, E.2023/116, K.2024/56, 22/02/2024, §11 (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2024/56>)

[39] “Elverişlilik öngörülen sınırlamanın amaca ulaşmaya elverişli olmasını, gereklilik amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını, diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmasının mümkün olmamasını, orantılılık ise hakka getirilen sınırlama ile amaç arasında makul bir dengeyi gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir. Buna göre kuralla özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına getirilen sınırlamanın elverişlilik, gereklilik ve orantılılık alt ilkelerine aykırı olmaması gerekir.” AYM, E.2023/116, K.2024/56, 22/02/2024.

üç yılın kanun koyucunun takdirinde olduğunu belirtmiştir. Zaman içerisinde bu sürenin çok uzun olduğu özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı ile aile kurumunu koruma amacı arasında makul bir denge sağlamayan kuralın orantılılık alt ilkesi yönünden ölçülülük ilkesini ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır. Bu nedenle sürenin kısaltılması yönünde bir düzeltilme yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesi 2/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesinin dördüncü fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline, kararın resmi gazetede yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girmesine 22/2/2024 tarihinde karar vermiştir. İlgili karar resmi gazetede 19.04.2024'de yayımlanmıştır.⁴⁰ Dolayısıyla iptal kararının yürürlüğe gireceği gün olan 19.01.2024 tarihi göz önünde bulundurulacak şekilde yeni bir düzenleme yapılabilir ya da hiç bir düzenleme yapılmayabilir.

Fiilen aile olmayanların hukuken aile olarak görülmesinin bir anlamı olmadığını bu şekilde aile kurumuna daha çok zarar verildiğini düşünmekteyiz. Bu nedenle boşanmada kusur prensibinden bağımsız olarak fiili durumun gerçek durum haline getirilmesi kanaatindeyiz. Dolayısıyla yeni bir düzenleme yapılması gerektiği ancak bu düzenlemede sürenin kısaltılması gerektiği yönündeki Anayasa Mahkemesi görüşüne katılmıyoruz. Bu durumda karşımıza farklı seçenekler çıkmaktadır. Birincisi, herhangi bir dayanak davanın varlığına gerek olmaksızın üç yıl fiilen ayrı yaşama durumunda davayı açabilmektir. Herhangi bir dayanak dava olmaksızın bu dava yoluna gitmek ispat zorluklarına neden olacaktır. Ayrıca terk nedeniyle özel boşanma nedeni ya da evlilik birliğinin sarsılması nedeniyle bu durumda dava açma hakkı mevcuttur. Bu durumda mutlak bir boşanma nedeni sunmak kanunumuzdaki özel boşanma sebeplerini anlamsız hale getirecektir.

İkinci seçenek ise sürenin dayanak davanın reddinin kesinleşmesinden itibaren geçmesi gereken 3 yıllık sürenin azaltılmasıdır. Kılıçoğlu'nun isabetli bir şekilde eleştirdiği üzere özellikle büyük şehirlerde boşanma davasının açılması ve temyiz aşaması en az 3 yıl sürmektedir. 3 yıl ayrılık süresi tamamlandıktan sonra, açılacak olan ayrılık davasının süresi de 3 yıl sürerse toplam 9 yıl sonunda fiilen ayrı olan çift hukuken de boşanmış sayılacaktır.⁴¹ 9 yıllık süre insan ömründe çok uzun bir süredir. Kılıçoğlu, bu üç yıllık fiili ayrılık süresinin hiç olmazsa iki yıla indirilmesini savunmaktadır. Kanımızca süre 2 yıla indirilse bile toplamda boşanma süreci ortalama 8 yıla düşecektir.

[40] AYM, E.2023/116, K.2024/56, 22/02/2024.

[41] Kılıçoğlu, s. 116.

Son seçenek ise dayanak davanın açıldığı tarihte sürenin işlemeye başlamasıdır. Dayanak herhangi bir boşanma davasının açılmasından itibaren 3 yıl geçmiş ve eşler evlilik birliğini tekrar kurmak amaçlı bir araya gelmemiş ise artık dava, fiili ayrılık davasına dönüştürülebilir. Boşanmaya karar verilip daha sonra boşanmaların ferileri konusunda farklı bir dava görülebilir. Kanımızca bu durumda süre ortalama 5-6 yıla düşecektir. Ayrılık davasını da hızlandıracak düzenlemelerin yapılması ile süre kısaltılabilir. Fiili ayrılık davası süresince de eşlerin barışma ihtimali göz önüne alındığında aslında oldukça yeterli bir süredir.

KAYNAKÇA

- Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya. *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*, İkinci Cilt, 19. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2019.
- Berki, Şakir. "Boşanma ve Ayrılık", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi sayı: 31/1, (Mayıs 1975) s. 135-154.
- Burcuoğlu, Haluk. "Ayrılık Kurumunun Uygulanabilirliği Sorunu" *Bülent Davran'a Armağan*, İstanbul 1998, s. 59-74.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper. *Türk Özel Hukuku*, C: III, Aile Hukuku, 19. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024.
- Erdem, Mehmet/ Makaracı-Başak Aslı. *Aile Hukuku*, seçkin yayınevi, Ankara, 2022.
- Gayretli Aydın, Seda. "Boşanma Davası ve Hukuki Sonuçları", *Medeni Hukuk 2 Aile Hukuku*, Editör: Prof. Dr. Özlem Tüzüner/Prof. Dr. Metin İkizler, Adalet Yayınları, Ankara 2023.
- Hatemi, Hüseyin. *Aile Hukuku*, 9. Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Helvacı Serap/Erlüle Fulya. *Medeni Hukuk*, 4 Bası, Legal, İstanbul, 2016.
- İkizler, Metin/ Tüzüner, Özlem. *Medeni Hukuk -II Aile Hukuku*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2024.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Aile Hukuku*, Genişletilmiş 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2024.
- Oktay Özdemir, Saibe. "Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı." *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 35, no. 1, 2015, s. 29-46.
- Özgül, Mehmet Emin. "Ortak Hayatın Kurulamaması (Fiili Ayrılık) Sebebiyle Boşanma Davası", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 29, S. 3, s. 2347-2385.
- Öztan, Bilge. *Aile Hukuku*, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- Öztan, Bilge. "3444 Sayılı Kanun'la Getirilen Değişiklikten Sonra Medeni Kanun'un 134. Maddesi", *Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan (1925-1988)*, *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını*, Ankara, 1990, s. 111-137.
- Öztürk, Ali. *Aile Hukukunda Ayrılık, Türk Hukukunda Ayrılık Hükümü Şartları ve Sonuçları*, Seçkin Yayınları, Ankara 2015.
- Schwander Ivo, Orell Füssli Kommentar, (OFK) Hrsg, Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser 4. aktualisierte Auflage, Orell Füssli Verlag AG, 2021.
- Tekinay, Selahattin Sulhi. *Türk Aile Hukuku*, Yedinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990.
- Tüzüner, Özlem. Boşanma ve Boşanma Sebepleri, iç. *Medeni Hukuk II- Aile Hukuku*, ed. İkizler, Metin/ Tüzüner, Özlem. *Medeni Hukuk -II Aile Hukuku*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2024.
- Ünal, Akın. "Fiili Ayrılık Nedeniyle Boşanma", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: II, S: 1-2, 2007, s. 291-311.
- Zevkliler, Aydın/Ertaş, Şeref/Havutçu Ayşe/Gürpınar Damla, *Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk*, Turhan Kitabevi, 9. Bası, Ankara, 2015.
- Anayasa Mahkemesi karar bilgi bankası <https://normkararlarbilgibankasi.ana-yasa.gov.tr/>
- Kazancı hukuk otomasyon <https://kazanci.com.tr/>

743 SAYILI TÜRK KANUNU MEDENİ'NDE DÜZENLENMEYEN HALA ADİL ÇÖZÜLMİYEN SORUN "KATKI ALACAĞI"

Dr. Öğr. Üyesi A. Şakir DEMİRTAŞ

KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORC-ID: 0000-0003-3011-6541

demirtassakir@gmail.com

ÖZET

Hukukun en önemli özelliği toplumsal düzen kurallarını oluşturmasıdır. Hukuk bu yönüyle sürekli olarak “olması lazım gelen şeyi” toplum ihtiyaçlarını dikkate alarak ifade eder. Bu itibarla hukuk kuralları zamanla değişmeli, çağın ihtiyaçlarına cevap verebilir hale getirilmelidir. Bu nedenle yasama organının en önemli görevi, toplum ihtiyaçlarını karşılayacak yasaları yapmak, eskiyen yasaları değiştirmektir.

Değişmeme dinler için zorunludur. Aslında bu ifade dahi itiraz görür ve bazı dinler için, din kurallarının değişmez ve donmuş nitelikte olduğu kabul edilmez. Bu husus İslam dini açısından da teorik olarak kabul görmez.

Cumhuriyet dönemi resepsiyonlarında bazı hukuk kurallarının aynen ve katı bir şekilde alınması toplumsal hayatımızın her gün ve her an değişiyor olması karşısında, kurallar statik halde kalmış, sorunlar oluşturmuştur.

Yasama organının ve yargı içtihatlarının da mevcut düzenlemenin olduğu gibi devamından yana tavrı da adaletli bir hukuki çözüm beklentisi içindeki insanları hayal kırıklıklarına uğratmıştır. Resepsiyon yoluyla İsviçre’den alınmış 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi bunun için iyi bir örnektir. “Boşanma Sonrası Mal Rejiminin Tasfiyesi” davalarındaki “Katki Alacağı Kavramı” Türkiye’de yaygın olarak uygulanan Mal Ayrılığı Rejiminde açıkça düzenlenmemiş, zaman içindeki değişiklik gereğinin farkına varılarak müdahale yoluna gidilmemiş, eksikliğin içtihatlar yoluyla çözülmesi beklentisine girilmiş, ancak buradan da çıkan kararlar adil olmamıştır. Yetmiş yıldır çözülemeyen sorunlar ortaya çıkmıştır. Sorunlar özellikle gayrimenkul fiyatlarının ekstra artış gösterdiği ve enflasyonun yüksek olduğu dönemlerde, kronik hale gelmiş uzun yargılama

süreçlerinin etkisiyle, daha çarpıcı bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Bu da insanlardaki hukuk devleti ve hukuk güvenliği ilkesine olan güvenin zedelenmesi ve adalet anlayışının temelden sarsılması sonucunu doğurmaktadır.

01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren yeni Türk Medeni Kanunu uygulamasında da eski dönem yeni dönem ayrımı yapılmış, resepsiyonla geçmişten gelen sorun hala çözüm bulmamıştır. Anayasamıza açıkça aykırı olan 4722 sayılı yasanın 1. ve 10. maddelerin iptali istemleri, itiraz davalarında Anayasa mahkemesi tarafından da beklentilere uygun bir karar verilmeyerek reddedilmiş ve sorun devam etmektedir. Bu çalışmayla bu hususlar incelenerek çözüm önerilerde bulunulmuştur.

Anahtar kelimeler: Resepsiyon, Medeni Kanun, Anayasa, Mal Ayrılığı Rejimi, Hukuk Kuralları.

THE UNRESOLVED ISSUE OF “CONTRIBUTION RECEIVABLE” IN TURKISH CIVIL CODE NO. 743

ABSTRACT

Law serves as a pillar of social order, continuously adapting to meet the evolving needs of society. Consequently, legal norms must evolve to meet changing circumstances, making it the legislative body’s primary responsibility to enact laws addressing contemporary societal needs and updating obsolete ones.

Religions uphold the principle of unchangeability, yet there are dissenting perspectives challenging this notion, particularly within Islam, where the concept of immutable religious rules is not universally accepted.

The fact that some legal rules were taken exactly and strictly in the receptions of the Republic period made the rules static and created problems in the face of our social life changing every day and every moment.

The legislative and judicial inclination to maintain current regulations has disappointed people seeking fair legal resolutions. Turkish Civil Code No. 743, adopted from Switzerland via reception, exemplifies this concept. The lack of clarity regarding the “Contribution Receivable Concept” in divorce-related property division cases within the Separation of Property Regime, widely practiced in Turkey, has not been addressed over time. Despite expectations that case law would address this shortfall, the outcomes have not been fair, leaving longstanding issues unresolved for seventy years. The problems emerge more dramatically, especially in periods when real estate prices increase and inflation is high, due to the effect of chronically long trial processes. This results in people’s trust in the rule of law and legal security being damaged and a fundamental distortion of the understanding of justice..

In the new Turkish Civil Code, which came into force on 01.01.2002, a distinction was made between old and new periods, and the problem from the past has still not been resolved. Requests for the annulment of Articles 1 and 10 of Law No. 4722, which are clearly contrary to our Constitution, were rejected by the Constitutional Court in the objection cases, not giving a decision in line with expectations, and the problem continues. This study examined these issues and proposed solutions.

Keywords: Reception, Civil Code, Constitution, Property Separation Regime, Legal Rules.

GİRİŞ

743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin mehzazının alındığı İsviçre Kanunu Mal Rejimi olarak , “Mal Birliğini ” Türkiye ise “Mal Ayrılığını” kabul etmiştir. Bu iki rejim arasında pek çok farklı düzenlemeler olmasının yanında, evlilik birliği içerisinde edinilen mallarda diğer eşin katkısının akıbeti hususunda önemli bir fark vardır.

İsviçre’de evlilik süresince mal birliğindeki artışlar, evlilik birliğine ait olacağı kabul edilmiştir. Bunun önemi boşanma esnasında ortaya çıkmaktadır. Eşler aile birliği mallarını, varsa artışlarıyla beraber başlangıçta uzlaştıkları sözleşme gereğince taksim etmektedirler. Dolayısıyla katkının kimin tarafından, ne oranda yapıldığının bir önemi olmamaktadır.

743 sayılı Türk Kanunu Medenisinde kabul edilen Mal Ayrılığı Rejimin de ise evlilik birliği içerisinde eşlerin kendi kazançlarıyla kendi adlarına aldıkları her türlü mal ve tapuya kaydettikleri gayrimenkullerin kendilerine ait olduğu kabul edilmiştir. Eşlerin birbirlerine katkı sağlayarak alınmış eşlerden biri adına tapuya tescil edilmiş olan gayrimenkullerde ise boşanma sonrasında sorun ortaya çıkmaktadır. Malik olan tapuda ismi kayıtlı olan eştir. Taraflar boşandıklarına göre o katkının katkısını yapanı geri dönmesi gerekecektir. Ancak bu geri dönüşün nasıl sağlanacağına ilişkin 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinde bir düzenleme yoktur.

Türk Yargıtay’ı boşanmış eşlerin evlilik birliği içerisinde sağladıkları katkı ile alınmış, eşlerden birinin mülkiyetinde bulunan her türlü mal varlığı için Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde “KATKI ALACAĞI” hakkının doğduğu içtihadında bulunmuştur. Kadının sağladığı katkı oranınca, tapuya kayıtlı gayrimenkule hissedar edilmesi talepleri, Türk Yargıtay’ı tarafından uygun görülmemiş, katkı oranı kadar alacak talebi olarak kabul edilmiştir. Bizdeki uygulamalarda katkı alacağı davaları daha ziyade, gayrimenkul alımlarındaki “karı’nın” katkılardan kaynaklanmaktadır.

Konunun Yargıtay içtihatlarıyla çözüme kavuşturulmaya çalışılması, yasanın eksik düzenlenmiş olmasındandır. Katkı alacağı davalarının çok uzun sürelerde kesinleşmesi ve dava sürecinde enflasyon ve gayrimenkul değer artışlarından davacı eşin yararlanamaması, davalı eş açısından haksız kazanca, davacının da o oranda zarar görmesine neden olmaktadır. Bu şikâyet konusu durumu bir bütün olarak ele alarak incelemek gerekecektir.

Türk Kanunu Medenisi’nin Kabulü

25 Şubat 1924 de Adliye vekili Seyyid Bey yeni bir Medeni Kanun’un oluşturulması aşamasında mecliste şu görüşlerini dile getiriyordu. “Is-

lahat-ı adliye (hukuk reformu) namı altında alelacele bir kanun yapmak doğru olamaz zararlıdır; Almanlar son medeni kanunlarını ancak 15 sene vücuda getirebildiler, memlekete milletin örf ve adetine milletin sosyal bünyesine uygun kanunlar yapmak kolay bir şey değildir demektedir". Seyyid Bey daha sonra olacakları adeta önceden bilmiş gibi Avrupa'dan tercüme kanunlar alınmasına karşı çıkıyor ve kürsüden şöyle sesleniyordu: "Ben size bir ayda büyük bir kanun, devletin medeni kanununu bile getirebilirim, ne yaparım? Alman veya İsviçre Kanun-ı Medenisini tercüme ettirerek yüce heyetinize takdim edebilirim. Lakin ona Türkiye kanunu denmez. Muhterem Saracoğlu Şükrü Bey'in tabiri veçhile "Türk'ün ruhundan doğan kanun" denmez, Alman veya İsviçre kanunu denir. Almanya ve İsviçre başka, Türkiye başkadır. Türkiye'de Türkiye kanunu lazımdır. Bu da uzun uzadıya tetkike muhtaçtır. Kanun yapalım derken göz çıkartmayalım, metin ve sağlam esaslar üzerinde yürüyelim... (Teşekkür ederiz sesleri, alkışlar).¹

Daha sonra Adliye Vekili olan Mahmut Esat (Bozkurt) ise TBMM'ne sunulan Türk Kanunu Medenisi Esbabı Mucibe Lâyihasın da konuya şöyle yaklaşmaktadır: "*Hâlihazırda Türkiye Cumhuriyeti'nin derli toplu bir Kanunu Medenisi yoktur. Yalnız, akitlerin küçük bir kısmına temas edebilen Mecelle vardır" Netice itibariyle Türkiye halkı, adaletin tatbikinde düzensizlik ve mütemadi karışıklığa maruz kalmaktadır. ...Cumhuriyet, Türk adaletinin bu keşmekeşten, yokluktan ve pek iptidai vaziyetten kurtarılmasını inkılâbın ve asrı hazır medeniyetinin icabatına muvafık yeni bir Türk Kanunu Medenisinin sür 'at le vücuda getirilmesini ve kanun koyma zaruri kılmıştır. Bu maksatla ihzar olunan Türk Kanunu Medenisi Medeni Kanunlar arasında en yeni en mükemmel ve halkçı olan İsviçre Kanunu Medenisinden ahiz ve ictibas olunmuştur"* demektedir. Bu düşüncelerle Türk Kanunu Medenisi metnini meclise sevk eden Adliye Vekâleti; "*bu kanunu hazırlamakla inkılap ve tarih huzurunda milli vazifesini ifa ve Türk milletinin hakiki menfaatlerini ifade etmiş olduğunda şüphe etmemektedir"* demektedir.² Görüldüğü gibi temelden farklı görüşlerin arasından mevcut hükümetçe 24 Aralık 1925'te meclise sunulan tasarı, komisyonlardan geçerek 17 Şubat 1926 günü mecliste görüşülmeye başlanmış, kanunun geneli üzerinde görüşme kararı alındığı için maddeler müzakere edilmemiş yürürlük maddesiyle birlikte 907 maddeden oluşan kanunun görüşülmesi 40 dakikada tamamlanmış ve oy birliği ile kabul edilmiştir. Kanun 4 Nisan 1926 tarihin de neşir olunmuş ve 26 Ekim 1926 tarihi itibariyle 743 sayılı kanun olarak yürürlüğe girmiştir.³

[1] Akyol Taha, Atatürk'ün İhtilal Hukuku, Doğan Kitabevi, İstanbul, 2012. s 534.

[2] Velidedeoğlu Hıfzı Veldet, Türk Kanunu Medenisi Esbabı Mucibe Lâyihası, TDK Yayını, Ankara 1975, Sh XXV

[3] Akyol, s.541

743 Sayılı Türk Kanunu Medenisî Mal Rejimi Açısından Ne Getirmiştir?

İsviçre Medeni Kanunundan tercüme edilerek yürürlüğe giren 743 sayılı Türk Kanunu Medenisî'nin 170. Maddesi gereğince “eşler mal rejimi sözleşmesiyle yasada öngörülen öteki rejimlerden birini kabul etmemişlerse veya kabul etmiş olup da yasada gösterilen nedenlerden biri ortaya çıkmışsa onlar arasında mal ayrılığı uygulanır”. TKM'nin 186. maddesinde ise “Karı kocadan her birinin bütün mallarının mülkiyet ve idare ve intifa haklarını muhafaza etmesine mal ayrılığı denir” demek suretiyle de mal ayrılığını tanımlamıştır. İsviçre ise (İMK. m.178) ile Mal Birliği Rejimini uygulamıştır. Mal ayrılığı rejiminin bizim toplum yapımıza daha uygun olduğu, böylece isabetli bir tercih yapıldığı ifade olunmuştur. “1926 yılında Türk Medeni Kanunu kabul edilirken, İsviçre Medeni Kanunu'nun aile hukuku ile ilgili kurallarına küçük ama önemli bir değişikliğin dışında dokunulmamış ve bu kurallar aynen benimsenmiştir. Sözünü ettiğimiz değişiklik mal rejimlerine ilişkindir.”⁴

İslam hukukunun geçerli olduğu Osmanlı Hukuk sisteminde, karı koca mallarına ilişkin olarak mal ayrılığı esasları uygulanmıştır. Zira İslam hukukunda karı koca mallarına yönelik kabul olunmuş tek bir sistem vardı; o da Mal Ayrılığı Rejimidir.⁵ Türk toplumu Mal Ayrılığı Rejimini İsviçre'den resepsiyon yoluyla alınan Türk Kanunu Medenisinden önce bilmektedir. Kadın tarafından getirilen malların kendisine ait olduğunu, keza kendi adına edindiği malların da maliki olacağı gibi bu mallar üzerinde her türlü tasarrufta bulunabileceğini, mallarını istediği kişilere de yönettirebileceğini dolayısıyla evlilik birliği içinde bu yönleriyle kadına güvence veren bir sistem olduğunu yaşayarak öğrenmiştir. Buna karşılık İsviçre Medeni Kanunu'nun 178'inci maddesinde düzenlenmiş yasal mal rejimi olan Mal Birliği Rejimi, kadın aleyhine ağır sonuçlar doğuran, kadına aile içinde hemen hemen hiçbir sorumluluk yüklemeyen, kadının haklarını kısıtlayan, tüm sorumluluğun erkekte olduğuna dair hükümler sevk eden, erkeğin haklarını kadın aleyhine genişleten bir karakterdedir.⁶

[4] Akıncı Şahin Medeni Kanun'da Kadın ve Aile, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c 8 sayı 2, 2004, s 8.

[5] Aydın M. AKİF, Osmanlı Aile Hukuku, 2. Baskı, Klasik Yayınevi, İstanbul, 2018, s 98.; CİN Halil, Eski Hukukumuzda Boşanma, 2. Baskı, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Konya, 1988, s 120.; Göktürk Hüseyin Avni, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, 3. Bası, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik TAO, Ankara, 1955, s 342, ;Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, 5. Bası, Nurgök Matbaası, İstanbul, 1965, s 138; MK'den önceki Türk hukukunda karı koca mal rejimi kavramı ve buna ait çeşitli kurallar yoktu. Zira eşlerden her birinin kendi mallarında eskisi gibi zilliyet ve bunlara tasarrufta serbest olması yani tam bir mal ayrılığı esası vardır. Karısını her an boşamak hak ve yetkisine sahip olan kocaya karşı karının; kendi mallarındaki menfaatleri böylece tam olarak sağlamış bulunuyordu.

[6] Akıncı, s. 7.

Mal rejimleri uyumlu evliliklerde sorun oluşturmaz. Çünkü eşler her konuyu anlayış içerisinde çözebilirler. Ancak evlilik birliği sona erdiğinde, doğal olarak herkes kendine ait olan malların ve eşteki hak ve alacaklarının peşine düşmesi insan doğasının gereğidir. İslam hukuku uygulamasında evliliğe taraflar ne getirmişlerse aynen götürme hakları nedeniyle kadınlar bu haklarını kullanmışlardır. Keza Türk Kanunu Medenisinin 170'inci maddesinde düzenlenmiş olan Mal Ayrılığı Rejiminin de aynı şekilde hükümler taşıyor olmasından dolayı, tarafların evlilik birliğine getirdikleri malları üzerinde diledikleri gibi tasarrufta bulabilmeleri gibi mülkiyetten doğan haklarını sınırsızca kullanmış olmaları, boşanma sonrasında da taraflara sorun yaşatmamıştır. Ancak kadının ekonomik hayatın içerisinde görülmeye başlaması ile kendi faaliyetleri neticesinde para kazanması ve bu kazançla eşi ile satın aldıkları ve erkek adına tescil olunan gayrimenkuller, boşanma sırasında katkı sağlayan kadına sorun yaşatmaktadır. Karı kocanın katkıdan doğan haklarını nasıl alacağı hususu 743 sayılı TKM de yasal mal rejimi olarak kabul edilen Mal Ayrılığı Rejiminde düzenlenmemiştir. Sorun bu nedenle ortaya çıkmaktadır.

Mal Ayrılığı Rejiminde Katkı Alacağı Sorunu

İsviçre Medeni Kanun'u ve Türk Kanunu Medenisinde mal rejimlerinin farklı olarak düzenlenmiş olması, boşanma sonrası mal rejimlerinin tasfiyesinde farklı kuralların uygulanmasına neden olmaktadır. Türkiye bu sebeple İsviçre mal rejimi tasfiyesine ilişkin, mahkeme kararlarından, federal içtihatlardan ve öğretilerdeki güncel görüşlerden yararlanma imkânı olmamıştır. Türkiye bu sorunla baş başa kalmış ve maalesef kendisi de hakkaniyetli bir şekilde çözememiştir. Cumhuriyet dönemi, Medeni Kanun resepsiyonlarında görülen iştah, kanun uygulamalarındaki aksayan yönler için gösterilmemiştir. Resepsiyonların gerçekleşmesiyle birlikte, farklı düzenlemelerden kaynaklanan yol ayrılığı, farklı toplumsal değerler ve kültür farklılıkları nedeniyle doğal olarak uyum problemlerin çıkma ihtimali hep vardır. Bu görünen aksaklıkların giderilebilmesi yasada yapılacak düzenlemelerle giderilebilmesi mümkündür. Ancak çözülmesi gereken bazı sorunların önceden tespit edilmesi ve gereken hassasiyetin gösterilip çözüme kavuşturulması gerekir. Fakat dışarıdan alınan kanunların kendimize uygun hale getirilmesinden ziyade, kanunlara uygun hareket edilmesi tercihi öne çıkmış, yasalarda mecbur kalınmadıkça ihtiyaçlara uygun değişiklikler yapılmamış sorun olarak kalanlar, görmezden gelinmiştir.

İsviçre, İMK 194. maddesiyle mal birliği esasını kabul etmiştir Buna göre *“evlilik mukavelesiyle birliğe dahil olmayacakları tasrih edilenler müstesna olmak üzere evlenme zamanında her birinin malik olduğu evlili-*

ğinin devamı sırasında iktisap eylediği bütün mallar birliğe dahil olur”, boşanma halinde ise İsv MK 154. Maddesi gereğince “Karı koca mallarının idaresi hakkında hangi usulü kabul etmiş olursa olsun boşanma vukuunda her biri kendi şahsi emvalini geri alır. Husule gelmiş olan ziyade, kabul ettikleri usulün hükümlerine tevfikan aralarında taksim olunur”.

TKM’da malların boşanma halinde tasfiyesini düzenleyen 146’ncı maddesi, İMK’nun 154’üncü maddesinin bire bir çevirisidir. O halde neden Türkiye’de boşanma sonrasında malların tasfiyesinde sorun çıkıyor da İsviçre’de sorun çıkmıyor. Bu sorunun iki cevabı vardır. Bunlardan birincisi İsviçre’de evlilik birliği oluşturulurken eşlerin şahsi malları ve birlik malları ayrımı yapılmış olup, birlik mallarındaki evlilik süresince olan artışlar birlik mallarının artışı olarak kabul edilir. İkinci olarak da bu birlik mallarındaki artışın nasıl taksim olunacağı taraflar arasındaki mukavelenin hükümlerine göre yapılacağı baştan bellidir.

743 sayılı TKM dönemi uygulamalarında ise Mal Ayrılığı Rejimi gereği herkes kendi şahsi mallarının sahibi olmakla birlikte, evlilik içerisinde maldaki artış hakkında bir düzenleme olmaması nedeniyle, gayrimenkuller kimin adına tescil olunmuşsa malik o olmaktadır. İşte sorun da buradan çıkmaktadır. Evlilik birliğinde eşlerin birinin adına kaydedilen ve fakat iki tarafında katkı sağladığı kazanımlarda büyük bir oranda kadın tarafının mağdur olmasının üzerinde durulmamıştır. Türkiye gerçeğinde kadının evlilik birliğindeki birikiminden yapılan katkı, kocanın harcamaları arasında erimektedir. Bu katkı bazen ev, bazen araba, bazen tarla bazen de iş yeri alımlarında yapılmış olmaktadır.

743 sayılı Medeni Kanun uygulamalarında evlilik birliği içerisinde, eşlerin kendilerine ait kazançla bir şey alırken, eksiğinin eşi tarafından tamamlanması, eşlerin ortak bir gayrimenkul alıp biri adına tescil edilmesi veya tipik vekalet ilişkisi çerçevesinde, eşlerden birinin diğerinin adına bir gayrimenkulü vekil sıfatıyla almasında uzlaşmışlarken, vekil eş adına tescil edilmesinin boşanma sonrasında çıkan problemler, özellikle kadının gelir sağlayan bir birey haline gelmesinden sonra çokça görülmektedir.

Kocanın taşınmaz ve otomobil gibi resmi bir işlemle mülkiyeti kazanılan değeri yüksek malların kaydını kendi adına yaptırıyor olması, boşanma sonrasında kadının bu mallar üzerindeki haklarını alabilmesini neredeyse imkânsız hale getirmektedir.⁷ Çünkü kadın, sağladığı katkıyı ispat etmesi gerekecektir. En iyi ihtimalle bulacağı tapu veya noter belgeleri gerçek anlamda iş görmeyecektir. Zira bu belgeler üzerindeki değerler daha az vergi ve harç ödenmek amacıyla düşük gösterilmiş olacaktır.

[7] Akıncı, s. 13

Tanık ile ispat söz konusu olduğunda tanıkların teminini sağlayacak imkândan da yoksun olmaları söz konusudur. Davaları sürdürebilme, masraflarını karşılayabilmenin güçlükleri de davada başarılı olma imkanını ortadan kaldırmaktadır.

Eşler katkılarıyla alınan gayrimenkullerdeki hisselerini almak üzere açtıkları davalarda öncelikle katkı oranları kadar tapunun kendi adlarına tescilini bu mümkün olmazsa bedele hükmedilmesi talebinde bulunmaktadırlar. Zira eşe ödünç para vermemektedirler. Katkı bedelinin bağışlanması da söz konusu değildir. Ortak bir iş yapmak amaçlı olarak karı koca kavramının yüklediği mana ile işlem gerçekleştirilmektedir. Alınan bir gayrimenkulde, eşlerin alımına sağladıkları katkı oranında hakların olduğu açıktır. Bu nedenle gayrimenkul üzerinde hisse sahibi olduğunun da kabulü gerekir. Fakat Türk hukuk uygulamasında, bu tür ihtilaflar yanlış bir şekilde para alacağı olarak kabul görmektedir.

Katkıda bulunanın hakları 743 sayılı TMK’inde düzenlenmemiştir. Bu nedenle oluşan bir sorun vardır. Buradaki sorun katkıda bulunan içindir. Hukukun bu sorunu çözmesi aslında çok basittir. Sorun kanundan kaynaklanıyorsa kanunun tadili pek ala mümkündür. Ancak olaylar bazen basit gibi görünmesine rağmen girift bir hal içinde oldukları anlaşılmaktadır. 4721 sayılı TMK’ un genel gerekçesinde ifade olunduğu üzere, 743 sayılı kanun dönemindeki sorunların bilindiği, genel olarak kadınlar tarafından yaşandığı ve haksızlık olarak kabul edilen bu eşitsizliğin giderilmesinin ancak 01.01.2002 yılında yeni kanunla önlendiği ifade olunmaktadır.⁸ TKM’sinin yürürlüğe girdiğinden beri eksiklik görmezden gelinerek eşitsizlik sürdürülmüştür. Kanun eksik düzenlenmiş, sorunu çözecek kanun yapılmamıştır. Sağlanan katkının karşılığı, Borçlar Kanunu’nun genel hükümlerine göre para alacağı davasına dönüştürülmüş, enflasyona karşı korunmamış, değer artışlarından yararlandırılmayarak hakkaniyetli bir çözümden uzaklaşmıştır. Sorunun çözümü yukarıda ifade edildiği gibi katkı sağlayan eşin katkısı oranında gayrimenkuldeki hakkının tapuya tescil edilmesiyle, nihai olarak çözülecektir. Ancak bu yolu da Türk Yargıtayı engellemiştir.

Sorunun Yargı Yolunda Ortaya Çıkışı

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu HMUK’mad 288, 289, 290 ile 293’üncü maddelerinden den kaynaklanan içtihat aykırılığını gidermek amacıyla 7.10.1953 tarihinde yaptığı toplantıda, gereksiz olarak dava konusu olayın esasına dair açıkladığı bir görüşünü, içtihat aykırılığını gidermeye yönelik bir karar olmamasına rağmen, karar gibi isimlendir-

[8] Kılıçoğlu, Ahmet M, “Medeni Kanunumuzu Nasıl Değiştirdik”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cevdet Yavuz’a Armağan*” cilt 22.sayı 3, 2016, s. 1736.

miştir. YİBK'nın 7.10.1953 tarihli, 1953/8 esas, 1953/7 Karar sayılı tarihli ilamında: iki görüş ortaya koymaktadır

a-Karı koca arasında vekalet akdi olsa dahi eşin vekil olarak aldığı bir gayrimenkulü tapuya kendi adına kayıt ettirmişse, gayrimenkulün namına tescilini mahkemeden talep salahiyetini bahşetmez,, ancak taahhüde muhalif hareket etmiş olmaktan dolayı vekile tazmin mükellefiyeti tahmil olunabilir.

b-“Aralarında mevcut olduğunu iddia ettiği akti bir münasebete müsteniden tapuda malik sıfatıyla mukayyet bulunan bir şahıstan sicildeki kaydın namına tashihini isteyen kimsenin, Medeni Kanununun 634. Maddesine uygun şekilde davalılar ile beyinlerine inikat etmiş muteber bir akte istinat etmesi lazımdır” demektedir.

Yargıtay yukarıdaki görüşlerinden hareketle evlilik birliği içinde gayrimenkulün alınmasında katkıda bulunan eşin, boşanma davası sonrasında katkıda bulunduğu oran nispetindeki tapuya tescil talebinde bulunmasını tapu iptali davası açamayacağını bildirmek suretiyle davaların açılmasını engellemiştir. Açılan davalar ilk derece mahkemelerinde veya yargı yolunda 7.10.1953 tarih 1953/7/8 karar sayılı YİBK gereğince reddedilmektedir. Bu nedenle hak sahipleri haklarını mahkemelerde alamamaktadırlar. Oysa ifade olunduğu gibi İçtihadı Birleştirme Kurulunun önünde katkı alacağı nedeniyle katkı miktarına denk bir oranda tapuda tescile ilişkin aksi içtihatların varlığı söz konusu değildir. O halde YİBK, olmayan içtihat aykırılığı için neden ve nasıl karar vermiştir.

YİBK'nın 7.10.1953 tarihli, 1953/8 esas, 1953/7 Karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına Konu Olan Kararlar

Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 4124/4962 sayılı 2.7.1951 tarihli kararı:

(Orijinal metin) “geçimsizlik nedeniyle kadın tarafından açılmış boşanma davasında,.....mukabil dava mevzuu olan gayrimenkullerin bir takım hissedarlar maliye hazinesinden 8/4/940 tarihinde Zehra Oray tarafından satın alındığı tapu sicil muhafızlığının cevabından anlaşılmasıyla ve bu satın alma keyfiyetinin hakikatte Cahit Oray hesabına olduğu hakkındaki iddianın ispatı zımında şahit ısıtmanı kanuni cevaz olmasına ve tapu kaydın karşı kari koca arasındaki davalarda dahi tanık ,dinlenemeyeceği kanun hükmü iktizasından bulunmasına ve tapuda kayıtlı gayrimenkul satışının ancak yetkili memurun huzurunda tarafların rızalarının telahukile ve keyfiyetin sicile işlenmesiyle mümkün olacağı nazara alınarak buna takaddüm eden vergi dairesi cevabıyla davaya dahil olmayan diğer bir evin Zehra tarafından Cahide satıldığı hakkındaki yazıların mukaddem beyyine sayılamayacağı da derkar bulunmasına bi-

naen mahkemece bu hususta karısı Zehra'ya bir yemin teklifine hakkı olduğu hatırlatıldığı halde mukabil davacının o hakkını kullanmayacağına açıkça beyan eylediği zabıtname mündericatından anlaşıldığına binaen keza Cahit Oray vekilinin bu yönlerle ilişkin temyiz itirazları yerinde görülmediğinden cümlesinin reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün (onanmasına) ve aşağıda yazıla temyiz masraflarının temyiz edenden alınmasına 2/7/951 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

a-Tashihi Karar:

"Taraflar arasında mütehaddis boşanma ve tapu kaydının tashihi davasına dair verilen 23/3/951 tarih ve 1010/431 sayılı hükmün iddett temyizi dairece duruşma yapılmak suretiyle onanmasına mütedair sadır olan 2/7/951 tarih ve 4124/4962 sayılı ilam tashihi istenilmekle bittetkik tashihi karar dilekçesinin süresinde olduğu görülüp kabulü oybirliğininle kararlaştırıldıktan ve dosyadaki evrak okunup is anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.

Tashihi karar dilekçesindeki itirazlar H.U.M.K.'nun 440 inci maddesinde yazılı dört sebepten hiç birisine uygun olmadığından reddinle mezkûr usulün 442 inci maddesine tevfikan tashihi karar isteyenden beş lira para cezası alınarak hazinece irat kaydına ve aşağıda yazılı tashihi masraflarının tashihi karar isteyenden alınmasına 9/11/951 tarihinde oybirliğininle karar verildi,"

Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin Tashihi Karar talebi üzerine verdiği 6750/6468 Sayılı, 30.12.1952 tarihli kararı.

"Taraflar arasında mütehaddis topu kaydının tashihi davasına dair verilen 7.4.1952 un ve 951/835/238 sayılı hükmün indetteyiz dairece tasdikine mütedair sadır olan 15.9.952 tarih vn 3995/4191 sayılı ilamın tashihi talebi görülüp kabulü kararlaştırıldıktan sonra ve yapılan tetkikatta tashihi karar istidanamesinin müddetinde olduğu görülüp kabulü kararlaştırıldıktan ve dosyada mevcut evrak okunup is anlaşıldıktan sonra icabı görüşülüp düşünüldü.

Dava, bedeli tarafından verilmek suretiyle satın alınarak karısı davalı namına tescil edilmiş olan gayri menkule ait tapu kaydının iptali ile kendi namına tashihi talebinden ibaret olup HMUK'unun 290 inci maddesi senedin hüküm ve kuvvetini tenkis edecek tasarrufat ve beyanatın şahitle ispat edilemeyeceğini amir bulunmuş ise de mezkur kanununun 293 'inci maddesiyle (kari koca arasında tahaddüs eden bu kabil muamele ve ihtilafların her halde şahitle ispat edilebileceği hakkında) istisnai bir hüküm vazolunmuş ve mevzu bahis tevhibi içtihat kararı, ahkâm-ı şahsiye 'ye müteallik olmayan ve usulün 290 inci maddesinin tatbiki hususuna aid bulunan temyiz birinci hukuk dairesinin iki kararı arasında mevcut mübâyenetin

hal ve telifine mütedair olup hadise de 293 uncu maddenin tatbikine mani bir hükmü muhtevi bulunmamış ve binaenaleyh davayı hazırda şahadetin de sübut delili olmasının kabulü lazım gelmiş olduğu halde yazılı sebep ve mütalaa ile davanın reddine dair verilen hükmün tasdik edildiği anlaşılmış ve tashihi karar talebi bu itibarla varit görülmüş olduğundan kabulü ve tasdik kararının refi ile mezkûr sebepten naşi hükmün (bozulmasına) ve ücreti vekâlete mütedair olan hükmin fil hâl tetkikine mahal olmadığını ve aşağıda yazılı. Temyiz masraflarının ileride haksız çıkacak taraftan alınmasına 30.12.952 tarihinde ekseriyetle karar verildi”.

Açıkça görüleceği üzere Yargıtay 2’nci Hukuk dairesi iki dava dosyasında birbirlerine aykırı iki karar vermiştir.

İlk dava dosyasında karı koca arasındaki tapu iptal ve tescil davalarında; davacının bedelinin kendisi tarafından verildiğini, eşin vekil sıfatıyla işlem tesis ettiği ve kendi adına tapuya tescil ettiğini karısının kendisinin vekili olduğu iddiasını tanık göstermek suretiyle ispat edeceğini ifade etmiş olmasına rağmen; 1086 sayılı HUMK 288,289,290’uncü maddeleri gereğince bedel yönü itibariyle tanık dinlenmez, ancak resmî belge ile ispat olunabilir ve mahkemenin yemin teklifine hakkı olduğunu hatırlatmasına rağmen bunu da kullanmamış demek suretiyle tanık dinlenilmesi talebi red olunarak dava red edilmiştir.

Diğer kararında ise karı koca arasındaki belli miktarı geçen ihtilaflarda HUMK’nun 288, 289, 290’uncü maddeleri mucibince yazılı delil ibrazını şart olarak görüp tanık ile ispat olunamayacağı kararını vermiş, davacının Tashihi Karar Talebi üzerine, 1086 sayılı HMUK’unun Madde 293/1 gereğince karı kocanın arasındaki bu davalarda tanık dinlenebilir demektedir.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurul Aşaması (Karar aynen alınmıştır.)

Karı, koca arasındaki gayrimenkule ait muvazaa davalarında şahit dinlenip, dinlenmeyeceği hususunda Temyiz Mahkemesi Birinci Hukuk Dairesinin 23.3.1942 tarih ve 4189/777, 31.10.1949 tarih ve 6847/4393 İkinci Hukuk Dairesinin 28.5.1940 tarih ve 322/2088 30.12.1942 tarih ve 6750/6468 24.5.1948 tarih ve 1100/3160 22.3.1951 tarih ve 1603/2224 2.7.1951 tarih ve 4124/4962 9.11.1951 tarih ve 7273/7079 sayılı kararlarını havi ilamları arasında mübâyenet olduğundan bahisle İstanbul avukatlarından Hidayet Aydın tarafından 12.4.1953 tarihli dilekçe ile Temyiz Mahkemesi Birinci Riyaset Dairesine müracaat edilmiş olmakla yukarıda bahsi geçen dilekçe ve ilam örnekleri hukuk kısmı umumi heyeti azalarına tevzi edilmiştir.

7.10.1953 tarihine rastlayan Çarşamba günü saat 9,30'da müzakere- nin başlayacağı umumi heyet azalarına bildirilmişti.

Bugün muayyen zamanda toplanan heyete (otuz dokuz) zatın iştirak ettiği görüldükten ve müzakere nisabının tahakkuk ettiği anlaşıldıktan sonra Birinci Reis Bedri Köker'in riyasetin- de müzakereye başlanarak ihtilaf mevzuu ilamlar okunduktan ve hadise bu iş için tayin kılın- mış olan Raportör Birinci Hukuk Dairesi Reisi Suat Bertan tarafından izah edildikten ve yapılan müzakereden sonra gereği düşünüldü;

Mevcut olduğu bildirilen içtihat ihtilafının halli için kurula tevdi olunan sekiz ilamdan yalnız İkinci Hukuk Dairesinin 4124/4962 sayı ve 2.7.1951 tarihli ilamıyla aynı dairenin 6750 E, 6468 K. sayılı ve 30.12.1952 tarihli ilamı arasında içtihat ihtilafı bulunduğu kabul ve diğer altı ilamda taraf- lar arasında bahis mevzuu olmuş bulunan hukuki münasebetlere naza- ran içti- hat ihtilafı bulunmadığı tespit ve ikinci Hukuk Dairesinin zikri geçen iki ilamı üzerine muktazi tetkikat icra olunmuştur.

Her iki davada da koca, sicilde karısı namına müseccel bulunan bir gayrimenkulün hakikatte kendi namına satın alınması icap ettiğini bedeli- ni de kendisinin verdiğini bu sebeple gayrimenkulün tapudaki kaydının namına tashihini karısını hasım göstererek talep etmiştir.

Böyle bir davanın kabul olunabilmesi için evvela davacının gayrimen- kulün namına tescilini muhik kılacak hukuki bir sebebe dayanması la- zımdır. Davacılar, taleplerini taraflar arasında evvelce vaki olmuş bu- lanan bir anlaşmaya istinat ettirmektedirler. Her iki davada da davalı mevkiinde bulunan karı, ihtilafı gayrimenkulü üçüncü şahıs vaziyetinde bulunan gayrimenkulün eski maliki ile yaptığı bey aktine müsteniden iktisap etmiş ve koca o bey aktine dahil olmamıştır. Muayyen bir gay- rimenkulü namına satın alması için karısına bedelini verdiği halde ka- rının gayrimenkulün maliki ile yaptığı bey aktinde kocasının mümessili sıfatıyla hareket etmeyerek taahhüttünü yerine getirmemiş olduğu iddia edilmektedir. Bu halde taraflar arasındaki hukuki münasebetin vekalet akti olarak tavsifi icap eder. Vekil ile müvekkil arasındaki vekalet akti, vekilin üçüncü şahıs ile yaptığı bey akti neticesinde iktisap eylediği gay- rimenkul mülkiyetinin müvekkile naklolunması için Medeni Kanun'un 642. maddesinin derpiş ettiği mahiyette davalıyı tescile icbara salih bir akit olarak telakki olunamaz. Bundan başka Kanunun 632. maddesinin sıhhat şartı olarak vazettiği şekle uygun bir temlik taahhütü de taraflar arasında mevcut değildir. Binaenaleyh iddia olunan münasebetin mahi- yetine ve şekline nazaran ihraz ettiği mülkiyet hakkını kendisine dev- reylemesi için davalıyı icbar edecek hukuki sebepten davacıların bu da- valarda mahrum bulunduğu kabulü iktiza eder. Davacının iddiasının

hukuki mesnetten ari bulunduğu bu şekilde tespit edilince böyle bir münasebetin hukuki sebepten davacıların bu davalarda mahrum olduğunun kabulü iktiza eder. Davacının iddiasının hukuki mesnetten ari bulunduğu bu şekilde tespit edilince böyle bir münasebetin mevcudiyetini müddeiye ispat ettirmeğe de lüzum kalmaz. Bu halde artık iddia sübut bakımından tetkik olunamaz. Mücerret davanın, davacının gayrimenkulü temellük için sebep irae edememiş olmasından dolayı reddedilmesi lazımdır.

Her iki davada bahis mevzuu olan münasebet Medeni Kanun'un neşrinden sonra hadis olmuş olduğundan hadiseye münhasıran Medeni Kanun hükümlerinin tatbiki icap eder. Borçlar Kanunu'nun 18. maddesinde derpiş edilmiş bulunan muvazaa hali ancak akitler arasında tehdüs edebilir. Buda zahiri beyanlarının hakiki maksatlarına uymadığını bildikleri halde akitlerin kastettikleri vaziyetten başka bir hukuki münasebette ittifak etmiş gibi kendilerini göstermiş olmaları halidir.

Medeni Kanun'un 634. maddesi mülkiyeti nakledecek akitlerin resmi şekilde yapılmasını amirdir. Bununla hakiki iradelerinin tam olarak telahuk ettiğini akitlerin salahiyetli memur huzurunda beyan eylemeleri kast olunmuştur. Memur huzurunda bey akti hakkında iradelerinin telahuk ettiğini akitler beyan eyleseler ve fakat hakiki kasıtlarının akit yaparken hibe olduğu sabit olsa bey akti batıl olur amma yerine hibe akti kaim olamaz. Çünkü memur huzurunda hibe hakkında tarafların iradeleri telahuk eylememiştir. Bu halde tapu kaydı hali aslisenirca olunmakla iktifa olunur. Müşteri vaziyetinde bulunan şahsa hibe sebebiyle mülkiyet intikal eylemiş olamaz. Bundan başka salahiyetli memur huzurunda gayrimenkul mülkiyetini iktisap etmesi kasdolunan şahsın isminin gizlenmesi böylece anın yerine mevhum bir isim veya hakiki akitlerden başka bir şahsın ismi kullanılarak akte yabancı olan bir kimse namına sicille tescil vaki olmuş ise (Namı müstear) bu halde de memur huzurunda akitlerin hakiki kastının ifade edilmemiş olması bakımından temlike esas olan akit batıldır. Sicilin yalnız eski haline irca icap eder. Yani eski malik namına kayıt tashih olunur. Böyle bir münasebet yeni bir tescile mevzu olamaz. Medeni Kanun muteber bir akte müsteniden malik sıfatını ihraz edebilmiş bulunan kimselerin ancak sicille tescilini tecviz eder. Bunun haricindeki tesciller hukuki mesnetten ari bulunmaları itibariyle terkine tabi olur. Davacılar karılarıyla vekalet akti münasebetleri mevcut olduğunu usulün 293. maddesine dayanarak şahit ile de ispat edebilirler. Yalnız bu münasebetin mevcudiyetinin ispat edilmiş olması kendilerine gayrimenkullerin namlarına tescilini mahkemedan talep salahiyetini bahşetmez, ancak taahhüte muhalif hareket etmiş olmaktan dolayı vekile tazmin mükellefiyeti tahmil olunabilir.

Netice: Aralarında mevcut olduğunu iddia ettiği akti bir münasebete müsteniden tapuda malik sıfatıyla mukayyet bulunan bir şahıstan sicildeki kaydın namına tashihini isteyen kimsenin Medeni kanunun 634. maddesine uygun şekilde davalı ile beyinlerinde inikat etmiş muteber bir akte istinat etmesi lazımdır. Böyle bir aktin inikat etmediği davacının beyanından anlaşıldıktan sonra kanunun mevcut olmadığını kabul ettiği bir halin ispatı da artık mahkemece düşünülemez. Bu gibi hallerde davanın hukuki sebepten mahrum bulunması bakımından reddedilmesi iktiza ettiğine 7.10.1953 tarihinde ilk içtimada üçte ikiye geçen ekseriyetle karar verildi.”

Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararı iki yönden yanlıştır.

a-Birinci olarak: 14.04.1221 sayılı Temyiz Mahkemesi Teşkilatına Dair Kanun’un İçtihat aykırılıklarına ilişkin 8. Maddesinin açık hükümlerine aykırı olarak verilmiştir.

14.04.1221 sayılı Temyiz Mahkemesi Teşkilatına Dair Kanun’un İçtihat Aykırılıklarına ilişkin 8. Maddesi şöyle düzenlenmiştir:⁹

“Temyizin iki dairesi veya bir dairenin iki kararı arasında aynı meselede tezat ve mübayanet görüldüğü veya takarrür etmiş bir içtihadın tebdiline ihtiyaç hasıl olduğu takdirde birinci reis, tezat ve mübayanet şeklinde mütebayin ilamları ve içtihadın tebdili lüzumi halinde içtihadın tebdiline saik olan sebeplere mutazammın evrakı alakadar daire veya dairelerden celp ve telhis ve nüshalarını teksir ile içtimadan en aşağı üç gun evvel temyiz mahkemesi heyet-i umumiyesine tevzi ve içtima gününü tayin eder.”

Bu durumda kanunun açık hükmüne aykırı olarak verilmiş İçtihadı Birleştirme Kararı vardır. Zira mezkûr kanun maddesi, bir dairenin iki kararı arasında aynı meselede tezat veya mübayanetin varlığı halinde, buna neden olan sebeplerin incelenmesiyle, aykırılığın giderilmesini sağlamak amacına matuftur. Olayla sınırlı olan bir inceleme yapılabilir. Bu itibarla 1086 sayılı HMUK’dan kaynaklanan içtihat farklılığını gidermek için toplanan kurulun, amacı bellidir. Kurul toplantısının amacını şöyle açıklamıştır:

“Karı, koca arasındaki gayrimenkule ait muvazaa davalarında şahit dinlenip, dinlenmeyeceği hususunda. Mevcut olduğu bildirilen içtihat ihtilafının halli için kurula tevdi olunan sekiz ilamdan yalnız İkinci Hukuk Dairesinin 4124/4962 sayı ve 2.7.1951 tarihli ilamıyla aynı dairenin 6750 E, 6468 K. sayılı ve 30.12.1952 tarihli ilamı arasında içtihat ihtilafı bulunduğu kabul ve diğer altı ilamda taraflar arasında bahis mevzuu olmuş bulunan hukuki münasebetlere nazaran içtihat ihtilafı bulunmadığı tespit ve

[9] Temyiz Teşkilatına Dair 1221 Sayılı Kanun RG. 14.4.1928 T., Sayı 863.

ikinci Hukuk Dairesinin zikri geçen iki ilamı üzerine muktazi tetkikat icra halde: olunmuştur” denilmektedir.

O halde Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu: Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 4124/4962 sayılı 2.7.1951 tarihli kararında tanık dinlenilmesinin mümkün olmayacağına dair içtihadı ile; Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 6750/6468 Sayılı, 30.12.1952 tarihli kararı ile HUMK’nun 288,289,290’uncü maddelerin istisnası olarak 293. Maddesine göre Tanık Dinlenilmesinin mümkün olacağına dair içtihadı, arasındaki mübâyenetin giderilmesine yönelik bir karar vermelidir.

Toplantı yasaya aykırı olarak her nedense karı koca arasındaki evlilik birliği içinde alınmış, tapuya kayıtlı gayrimenkullerde, diğer eşin sağladığı katkı oranında gayrimenkulün aynına ilişkin talepte bulunulup bulunulmayacağına tartışılmasına dönüşmüş, sonuçta da çoğunluk görüşü karar başlığı altında yayınlanmıştır. Oysa kurulun önünde bulunan içtihat aykırılığı bellidir. Dosyalarda ne ilk derece mahkemelerinde ne de temyiz aşamasında esasa ilişkin bir karar verilmemiştir. Dolayısıyla esasa ilişkin verilmiş farklı iki içtihat yoktur.

YİBK’un kararı 14.04.1221 sayılı Temyiz Mahkemesi Teşkilatına Dair Kanun’un İçtihat aykırılıklarına ilişkin 8. Maddesinin açık hükümlerine aykırı olarak verilmiştir. Yok hükmünde olması nedeniyle geri alınması gerekir.

b-İkinci olarak: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu, Yargıtay 2’inci Hukuk Dairesinin 4124/ 4662 sayı ve 2 .7.1951 tarihli ilamıyla yine aynı dairesinin 6750/6468 sayılı 30.12.952 tarihli ilamı arasında içtihat ihtilafı bulunduğu, kabul incelemesinde “*her iki davada da koca, sicilde karısı namına müseccel bulunan bir gayrimenkulün hakikatte kendi namına satın alınması icap ettiğini, bedelini de kendisinin verdiğini bu sebeple gayrimenkulün tapudaki kaydının namına tashihini, karısını hasım göstererek talep etmiştir*” demiştir.

Karar metni içerisinde ayrıca şu ifadeler de geçmektedir *Davacıların karılarıyla vekalet akdi münasebetleri mevcut olduğunu, usulün 293’üncü maddesine dayanarak şahit ile de ispat edebilirler, yalnız bu münasebetin mevcudiyetinin ispat edilmiş olması, kendilerine gayrimenkullerin namlarına tescilini, mahkemeden talep salahiyetini bahsetmez, ancak taahhüde muhalif hareket etmiş olmaktan dolayı vekile tazmin mükellefiyeti tahmil olunabilir*”. Demektedir.

YİBK Kararı ile 743 sayılı TKM’si ve 818 sayılı BK’nun 386-398 maddeleri arasında düzenlenmiş Vekalet Akti hükümleri ile dosyanın gerekçesi ve sonuç kısmı arasında da bariz bir çelişki vardır. Genel kurul, davacıların karılarıyla aralarında vekâlet akti münasebetlerini HUMK

nun 293. maddesine dayanarak şahit ile de ispat edebileceklerini ifade etmektedir. YİBGK Kararında, “aralarında mevcut olduğunu iddia ettiği akdi bir münasebete müsteniden tapuda malik sıfatıyla mukayyet bulunan bir şahıstan sicilindeki kaydın namına tahsisini isteyen kimsenin medeni kanununun 634 maddesine uygun şekilde davalı ile beyinlerine inikat etmiş muteber bir akde istinat etmesi lazımdır” demektedir.

YİBK Kararında aranılan davalı ile davacı arasında tesis edilmiş geçerli akit, dosya da vardır ve tanıkla ispatlanmak istenilmiştir. Vekâlet akdi hükümleri gereğince davalı eş adına kayıtlanan gayrimenkulün tapusunun iptali ve davacı adına tesciline yönelik dava açılmıştır. Bu muteber akit taraflar arasındaki “Vekalet Akdidir”. TKM ’sinin aradığı 642’inci ve 634’üncü maddelerindeki kanuni dayanak açıkça ortadadır. TKM 632’inci maddesinin zikredilmesi anlaşılammıştır. YİBK ifade ettiği gibi “Kanununun 632. Maddesinin sıhhat şartı olarak vaaz ettiği şekle uygun bir temlik taahhüdü de taraflar arasında mevcut değildir” böyle bir hüküm TKM de yoktur. TMK 632. Maddesinde gayrimenkul mülkiyetinin mevzuu başlığında düzenlenmiş ve arazi, tapu sicilindeki kaydedilen haklar ve madenlerin gayrimenkulün mevzuları olduğunu ifade etmektedir.

“Vekalet Akdi” münasebetinin varlığı, şahitle ispat edildiğinde karı koca arasında 818 Sayılı Borçlar Kanunu’nun vekilin borçlarını düzenleyen 389. maddesi “Talimat dairesinde vekaleti ifa” ile 392. maddede yer alan “Hesap verme yükümlüğü ile her ne nam ile olursa olsun aldığı şeyi müvekkile tediye mecburdur” hükmü, emredici bir hukuk normudur. Vekile müvekkilinin nam ve hesabına hareket etme yükümlüğü yükler. Kadının vekil sıfatıyla yapmış olduğu işlem neticesinde üzerine tescil olunan hâlâ da elden çıkarmadığı gayrimenkülü, kocasına vermeye mecbur olacağını gösterir. Kanununun ifadesi son derece açıktır. . Kadın vekalet akti gereğince aldığı müvekkiline teslim etme mecburiyetindedir. Müvekkil kocanın vekil karısından vekalet akdinin gereğini yerine getirerek tescil muamelesinin icrasını talep etme hakkı ve kadının bunu yerine getirme mecburiyeti BK 392’nci maddesinin amir hükmüdür. Vekil eş bundan imtina ederse, müvekkil koca mülkiyetin kendisine aidiyetine ve kendi adına tapuya tescilini TKM 642. Madde gereğince hâkimden isteyebilme hakkına sahiptir. Bunu engelleyen bir yasal düzenleme yoktur, bilakis kanun bu şekilde hareket edilmesini düzenlemiştir. TKM’nin 2. Maddesi, “herkes, haklarını kullanmakta ve borçlarını ifada hüsnüniyet kaidelerine riayetle mükelleftir”. Kadının akte aykırı hareket etmesi açıkça kötü niyetli olduğunu ifade eder. Maddenin ikinci fıkrasında “bir hakkın sırf gayrı ızzar eden suiistimalini kanun himaya etmez” demek suretiyle buradaki kötü niyetli eş-kadının korunmağa değer bir yanının olmayacağını anlaşılması gerekir.

Gayrimenkul mülkiyetinin naklini hedef tutan kocanın talebinin BK'nun 392.madde hükmünün dikkate alınmayarak rededilmesi gerektiğini ifade eden YİBGK görüşü hukuki dayanaktan yoksundur. TKM'sinin 1'inci maddesinin "Kanun, lafzile veya ruhile temas ettiği bütün meselelerde mer'idir" hükmü gereğince bu dosya içerisinde erkeğin kanundan doğan dava ve talep hakkı engellenemez. Bu hususu görmezden gelen Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunun "Karar" olmadığı kesin olan, dosya içeriğindeki hukuki tartışmanın esası hakkında "görüşü"nü açıklaması, 1221 sayılı yasaya aykırı olduğu gibi, görüşlerinin de yasal bir dayanağı yoktur. Karar olarak nitelenen "Kurul Çoğunluk Görüşü" verildiği tarihteki yürürlükte olan Temyiz Teşkilatına dair 1221 sayılı Kanun'un 8'inci maddesinin açık ihlali sonucunda esastan ve usulden yanlış ve hatalı olarak verilmiş olup, geri alınması gerekmesine rağmen YİBK'nın karar adını verdiği görüşü adeta karar gibi yürürlükte bulunduğu sürede mahkemeleri ve yargıtay dairelerini bağlamıştır. 1953'ten bu yana da Yargıtay dairelerini ve mahkemeleri bağlayan YİBK "görüşüyle" Türk yargı sisteminde mağduriyetin oluşmasına sebep olmuştur. Yanlış uygulanmakta olan hukuk yoluyla, insanların haklarını kaybetmelerine son verilmelidir.

YİBGK Toplantısında Karşı Oy.

7.10.1953 tarihindeki oturuma katılan 39 üyeden biri olan İ.Öktem şu şekilde karşı oy gerekçesini ifade etmiştir.

"Yüksek İkinci Hukuk Dairesinin iki ilamı arasında mevcut içtihat ihtilafı münhasıran usul bakımındandır. Her iki ilamda; karı kocadan biri diğeri aleyhine açtığı davada nizala gayrimenkul bedelinin kendisi tarafından ödendiğini, kendisi namına alınması lazım geldiğini, davalının ise bu gayrimenkulü kendi namına teferru ettiğini ileri sürerek, tapu kaydının tasihini istemektedir. Her iki ilamda da prensip itibarıyla bu davanın esasa girilmesi kabul edilmiştir.

Ancak; ilamlardan birinde davacının bu iddiasını yazılı delil ile ispat etmesi lazım geldiği, yazılı delil ikame edilmezse yemin ile meselenin hal edilebileceği içtihat edildiği halde diğer ilamda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 293/I uyarınca hadisede şahit dinlenebileceği içtihat olunmuştur. İlamlar arasındaki ihtilaf 293'üncü maddenin 290 inci maddeye bir istisna teşkil edip etmeyeceği noktasındadır. Müzakere ve karar bu noktaya hasredilmek lazım gelirdi. O yoldaki davanın istimal kabiliyetinde bir içtihat ihtilafı olmadığına nazarın, müzakerenin bu tarafa sevki 6082 numaralı kanuna açıkça muhalif teşkil eder. Usulün 293'üncü maddesi ise müzakere sırasında arz edilen sebeplerden dolayı 288 ve 289 ve 290 inci maddelerinde yazılı kaidenin istisnalarından birini teşkil ettiğinden tapu

senedine karşı davacının ileri sürdüğü vakıaların taraflar karı koca olduklarından şahitle ispatı kabildir.

İkinci olarak hadisemizde vekalet münasebeti mevzubahistir. Davalı davacının emri ile ve onun verdiği para ile bir gayrimenkulün bilve kale iktisap etmesi lazım gelirken, bizzat kendi adına tescil yaptırmıştır. Davacı vekalet akdine dayanarak vekilden vecibelerini yerine getirmesini talep ediyor. Borçlar Kanunu'nun 32'nci maddesinin (Aktin hakları ve borçları temsil olunan kimseye ait olur) 392'inci maddesinin (vekil müvekkilin talebi üzerine yapmış olduğu işin hesabını vermeye ve bu cihetten dolayı her ne nam ile olursa olsun almış olduğu şeyi müvekkile tediye mecburdur) şeklindeki hükümleri, davalının gayrimenkulü müvekkiline iadeye zorlanabileceğini göstermektedir. Kanun menkul mallarda biraz daha ileri giderek vekilin iflası halinde müvekkilin menkul eşya üzerinde istihkak iddiasında bulunabileceğini kabul etmiştir. Taraflar arasında vekalet münasebetinin tesisi, mahsus şekle tabi değildir. Taraflar karı koca olduklarına göre de şahitle ispatı mümkündür. Vekalet münasebeti o şekilde ispat edilince vekilin vecibelerini yerine getirmesi, bilve kale iktisap ettiği gayrimenkulü müvekkiline iade eylemesi lazımdır.

Vekil bundan imtina ederse, hâkimin hükmü onun irade beyanı yerine geçer ve tapu kaydı buna binaen tashih edilir. Vekil hukuka uygun hareket etmemiş, gayrimenkulü müvekkile iade ile mükellef bulunmuşken elinden çıkarmış ve gayrimenkul aynının müvekkile iadesi üçüncü bir şahsın araya girmesiyle hukuken imkânsız bulunmuş ise, ancak o zaman tazmin mevzubahis olabilir. Gayrimenkul vekil elinde ve üzerinde bulunmasına rağmen en ideal bir tazmin şekli olan, aynen iadeyi bir tarafa bırakarak tazminata gitmek, hukuk esaslarıyla telif olunamaz." Demektedir.

Bu görüş doğru bir görüştür, itilafları kesin çözen bir görüştür. Ancak maalesef Türk yargı sitemi 743 sayılı kanun döneminde mal ayrılığı rejimindeki boşanma davalarında diğer eşin üzerine kayıtlı bir gayrimenkulün alımına katkıda bulunmuş veya tüm bedelin kendisi tarafından ödendiği bu nedenle gayrimenkuldeki katkı alacağı oranında gayrimenkulün hissesinin iptal edilerek kendi adına tescili talep edildiğinde; YİBK'nun 1953/8 esas, 1953/7 Karar sayılı 7.10.1953 tarihli ilamı nedeniyle bu talepler ret olunmaktadır. Oysa 818 sayılı eski BK'nun Vekaleti düzenleyen 386.-398. maddeleri arasındaki hükümlere göre tipik bir vekalet akti söz konusudur. Kanunda açıkça tarif edilmiş bu husus nasıl olup ta YİBK kararında görülememiştir. Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu 818 sayılı Borçlar kanununu görmezden gelmiş, vekalet akdini düzenleyen maddelerine hiç değinmemiştir. Yargıtay Kanununca geri alınması gereken bu karar, 70 yıldır Türk Hukukunda uygulanmıştır.

YİBK Kararının Ortaya Çıkardığı Adaletsiz Durum

Boşanma davalarının sonunda açılan Mal Rejiminin tasfiyesi davasında: gayrimenkulün alımına sağlanan katkı oranınca gayrimenkul aynına yönelik talepte bulunulması Yargıtay tarafından engellenmiştir. Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde alacağın dava tarihindeki değeri üzerinden alım anındaki oranına isabet eden miktarın dava tarihindeki gayrimenkul değerine isabet eden kısmın para alacağı davasına dönüşmesiyle ortaya çıkan adaletsiz duruma, örnek dava göstermemiz gerekirse: Yargıtay 8'inci Hukuk Dairesinin kararlarında bunu görebiliriz.:

“Dava konusu ev, 743 sayılı MK'nun 170.maddesi uyarınca eşler arasında mal ayrılığının geçerli olduğu 24.3.1999 tarihinde satın alınarak davalı kadın adına tescil edildiğinden uyuşmazlık Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine göre çözüme kavuşturulacaktır. Buna göre, her dava açıldığı tarihteki koşullara göre ele alınarak değerlendirilmelidir. Bu açıklamalara göre, hüküm altına alınan evin dava tarihindeki değerinin esas alınması gerekirken ...”¹⁰

“Tarafların öncesinde 1 / (2') oranda maliki oldukları dava dışı 918 parselin 12.05.1997 tarihinde satıldığı, yaklaşık beş ay sonra dava konusu 778 parselin 03.10.1997 tarihinde satın alındığına göre, davacının önceden 1/2 oranında maliki olduğu dava dışı 918 parsel numaralı taşınmazın satımından hissesine düşen miktar ile dava konusu taşınmazın alımına katkıda bulunduğu nun kabulü gerekmektedir. Buna göre 918 parselin satış tarihindeki sürüm değeri ile dava konusu 778 parselin satın alındığı tarihteki sürüm değeri belirlenip davacının katkı oranı belirlenerek, bulunan bu oran dava konusu taşınmazın dava tarihindeki değeri ile çarpılarak davacının katkı payı olarak miktarı belirlenerek bu miktar üzerinden davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddine hükmedilmesi doğru olmamıştır.” Yargıtay 8. HD. 12.01.2015 T., 2013/16638 E., 2015/206 K.¹¹

“Taraflar, 28.11.1983 tarihinde evlenmişler, 04.03.2005'te açılan boşanma davasının kabulüne ilişkin hükmün kesinleşmesiyle 14.10.2005 tarihinde boşanmıştır, Sözleşme ile başka mal rejimi seçilmediğinden eşler arasında 1.1.2002 te kadar mal ayrılığı, bu tarihten mal rejiminin sona erdiği boşanma davasına tarihe kadar ise edinilmiş mallara katılma rejimi geçerlidir. Bu durumda, 7.10.1953 tarihli 8/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca; taşınmazların alımına katkıda bulunduğunu iddia eden davacının, bu katkısına dayanarak ayın (mülkiyet) talep edemeyeceği gözetilmeden, taşınmazlarla ilgili iptal ve tescil hükmü kurulması da usul ve

[10] Y8HD,13.10.2009, 3122-4784

[11] Y8HD,12.01.2015,2013/16638 E -2015/206K

yasaya aykırıdır.^{12,13,14}

Öyle davalar görülmektedir ki davanın açılmasıyla sonuçlanması arasında üç aşamalı bir sürecin olması nedeniyle dört-altı senede mal rejiminin tasfiyesi gerçekleşebilmektedir. Bunun üst mahkemelerden geçerken kararın kaldırılması bozulması suretiyle tekrar görülmesi ve tekrar karara bağlanması bir o kadar daha süreyi gerektireceğini de öngörmek gerekir. Teorik olarak bu mümkündür ve pratikte de çok görülür.

743 Sayılı TKM yürürlükte olduğu dönemde örnek olması açısından boşanma davası sonrası açılan mal rejimi tasfiyesine yönelik kurgusal bir dava düşünülürken: Ayşe eşi Mehmet'le birlikte 100.000. TL bedelle konut almış olsunlar. 1.1.1995 yılında aldıkları konut için her birinin 50.000 TL yarı bedelini temin ettiklerini, konutun Mehmet adına tapuya tescil olduğunu, 10 yıl sonra boşandıklarını, Mal rejiminin tasfiyesi davasını 1.1.2005 yılında açıldığını, Ayşe'nin Mehmet'ten katkı alacağını rasyonel bir şekilde alabilmesi mümkün olabilecek mi?

Birinci ihtimal: Ayşe 1.1.2005 tarihinde açtığı davasında 10 yıl önce 50.000 TL katkı sağlayarak konut aldıklarını, katkısının oranının $\frac{1}{2}$ olduğunu, şu an konutun değerinin 1.000.000 TL olduğunu; katkı payı olan $\frac{1}{2}$ nispetinde gayrimenkulün hissesinin adına tescilini, bu mümkün olmaz ise dava tarihindeki değer yarısı olan 500.000 TL nin yasal faizi ile alınıp kendisine verilmesini istemiş olsun .Bu davanın kesinleşme süresinin 5 yıl olduğunu ve o tarihte ki yani 1.1.2010 yılında değerinin de 2.000.000 TL olduğunu varsayalım.

Birinci ihtimal: Mahkeme evlilik birliği içinde eşlerin ortak düşünce ve kararların sonucu olarak konutu aldıklarını bu nedenle başlangıçtaki iradenin taraflar arasında ortak olduğunu, bu sebeple mal rejiminin tasfiyesinde de tarafların başlangıçtaki iradeleri gibi, tapuya tescil olunması gerekçesiyle konutun $\frac{1}{2}$ 'şer hisse oranında tapuya tescil olunmasına karar vermesi halinde Ayşe ve Mehmet'in 1.000.000 TL değerinde eşit hisse almalarını sağlayan düzenleme, eşler arasında hakkaniyete uygun bir çözüm üretmiş olur.

İkinci İhtimal: Mahkeme Ayşe'nin katkı oranı nispetindeki tescil talebini reddederek, dava tarihindeki 1.000.000 TL değerindeki konutun $\frac{1}{2}$ katkı oranına denk düşen, 500.000TL para alacağı yönüyle YİBK kararı doğrultusunda davayı görürse; mahkemenin davayı beşinci senede hem bitirip ve hem kesinleştirdiğini varsaydığımızda, Ayşe 500.000 TL asıl alacak ve 5 yıl için de %9 yıllık kanuni faiz oranından $500.000 \times \%9 \times 5 =$

[12] Y8HD18.01.2010, 3300,-315

[13] Y8HD,09.02.2010,4205-595

[14] Y8HD,30.09.2009,1707-4388

225.000 Tl faiz alacağı+500.000 Tl Anapara = 725.000 Tl almış olacaktır.

Mehmet ise 1.275.000 Tl alacak ve Mehmet, 275.000 Tl haksız kazanç elde edecektir.

Yargılamanın sonunda hakkaniyete uygun bir karar verilirse insanlar gerçek bir hukuk devletinde yaşadıklarına inanırlar. Bir ülkenin gelişmişliğinin en büyük göstergesi, adalet anlayışının gelişmiş olmasıdır. Bu örnekte görüldüğü gibi bu yanlış uygulamaya muhatap olan insanlar da adalet inancı körelir.

743 Sayılı Türk Kanunu Medenisindeki Değişiklik Politikası

Türk Kanunu Medenisine ilk müdahale 15.06.1938 gün ve 3453 sayılı kanunla 88'inci maddesi değiştirilerek yapılmıştır. Bu değişikliklerle erkek 18 yaşını kadın ise 17 yaşını ikmal etmedikçe evlenemeyeceği kuralı, erkek 17 kadın 15 yaşını ikmal etmedikçe evlenemez, fevkalade hallerde de hâkim, 15 yaşını ikmal etmiş erkekle 14 yaşını ikmal etmiş olan kadının evlenmesine müsaade edebilir şekline dönüşmüştür.

Ord. Prof. Dr. H.V. Velidedeoğlu bu değişikliğe "*maddenin bünyemize uymaması, mahkemelerin evlenme izni veya yaş düzeltilmesi istemine ait davalarla olmuş olması yüzünden vaki olmuştur*" demektedir.¹⁵ Bu değişiklikten sonraki takip eden yıllarda Türk siyasetindeki çok partili hayata geçilmiş, eleştiriler siyasi partiler tarafından yapılmaya başlanmış, siyasi partilerin eleştiri ve değişiklik arzularının dozu artmış ve Demokrat Partisinin iktidara gelmesiyle, seçimler öncesi verilen sözler nedeniyle hükümet nezdinde Türk Kanunu Medenisinde esaslı değişiklikler yapma gündeme gelmiştir.

Bunlardan ilki 1951 yılında Hıfzı Veldet Velidedeoğlu başkanlığında oluşturulan komisyonun 1971 yılında tamamladığı "Türk Kanunu Medenisi Öntasarısı" olarak kitap haline getirilerek basılmış taslaktır.¹⁶ Çok uzun sürmüş bu komisyon çalışmaları sonucunda hazırlanan taslak ile herhangi bir sonuç sağlanmamıştır. Keza, 1984 yılında Prof. Dr. Kemal Oğuzman başkanlığındaki komisyon tarafından da yine Türk Medeni Kanunu Öntaslağı hazırlanmış, fakat bu tasarılar da daha ileriye gidememiştir.

[15] Velidedeoğlu, 1965, s. 54. Velidedeoğlu; naklettiği istatistiklere göre 1935 senesinde 33.953 yaş tashihi davası, 1936 senesinde 40.899 ve bir sene sonra da 61.806 adede yükselmiştir. İstanbul ve Ankara gibi illerde yapılan araştırmalarda yaş tashihi davalarının %80'inden fazlasının evlenme ehliyeti sağlanmak amacıyla açıldığı anlaşılmaktadır. Esat Arsebük'ten nakil. Medeni Hukuk Cilt II Kısım 1, Ankara, 1940 Sh.595

[16] Aygün, Mustafa Yaşar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara, 1998 sayı 3, s. 945.; "Medeni Kanun'un bünyemize uymayan hükümler taşıdığı resmi ağızdan da şu şekilde ifadesini bulmuştur. Adalet Bakanı Halil Özyörük tarafından H. V. Velidedeoğlu'na 19.1.1951 tarih 872 sayılı yazıda ""Medeni Kanunumuz hükümlerinde bünyemize laiki veçhile intibak etmeyen hususlar bulunduğu tezahür etmiş bulunmaktadır" denilerek, bir komisyon kurulması önerisi getirilmektedir.

TMK'sinin değiştirilmesine yönelik Adalet Bakanlığı tarafından oluşturulan tasarı komisyonlarında, esaslı değişiklikler yapma faaliyetleri uzun yıllar sürdürülmüş sonuç alınamamış, ancak yasama organı tarafından da çok az da olsa kanunda değişiklikler yapılmıştır.

TMK'nin kabul tarihi olan 4 Ekim 1926 yılından itibaren 13 değişiklik ile 27 madde değişikliğe uğramıştır. Bu değişim tablosuna bakıldığında 71 senede yasama organı tarafından kanuna yapılan müdahalelerin, 1982 anayasasında yapılan değişiklikler yanında çok olmadığı sonucu çıkmaktadır.

1994 tarihinde kurulan TMK ön tasarı hazırlama gurubu içerisinde, kurulduğu andan itibaren bulunan ve tasarının kanunlaşması aşamasına kadar önemli katkılar sağlayan Prof. Dr. Kılıçoğlu'nun süreç hakkındaki tespitleri ve görüşlerini son derece önemlidir. Kılıçoğlu bu dönemlere ilişkin gözlem ve görüşlerini şöyle aktarmaktadır: *“Cumhuriyetin ilanından sonra Hukuk alanında başlatılan devrim hareketinin Türk toplumuna kazandırdığı en önemli eser İsviçre medeni kanunundan çeviri yoluyla alınan ve 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe giren 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi olmuştur. Kişilerin özel hukuk alanındaki ilişkilerinin temeli olan bu kanunla, kıta Avrupası hukuk sisteminin amaçladığı gibi çağdaş yeni bir toplum yaratılmak istenmiştir. Özel hukukun bütün alanlarında uygulanabilen ilk yedi maddesi kişiler, aile, miras ve eşya hukuku alanında getirdiği çağdaş düzenlemeleriyle yeni bir hukukun ve toplumun temelleri atılmıştır”*.

“Türk yasa koruyucusu gelişmeleri ve değişiklikleri, Türk medeni kanununa aktarmada ya duyarsız kalmış ya da gecikmeli olarak kısmi bazı iyileştirmeler yapmıştır. Bu alandaki gecikmelerden kaynaklanan sakıncaları bazen anayasa mahkememiz telafi etmiştir. Bu anlamda olmak üzere çağdaş gelişmelerle artık uyumsuz hale gelen kanun maddelerini anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. Bunun en çarpıcı örnekleri evlilik dışı çocukların mirasçılarının da kadının bir meslek ve sanatla uğraşması için kocasının iznini almak zorunda kalmasında kadın erkek eşitliğini zedeleyen hükümlerde görmektedir.”

“Bu gelişmelere süratle tepki veren İsviçre yasa koruyucusu ise İsviçre medeni kanununda çok önemli yeni kurum ve kuralları eklemesini bilmiştir.”

“Türk medeni kanununun, bu gelişmelere uyarlanması konusunda iki seçenek düşünülmüştür.

Bunlardan birincisi Türk Medeni Kanunu'na İsviçre'de olduğu gibi yeni kurumların ve hükümlerin eklenmesi, ikincisi ise yeni bir medeni kanunun

hazırlanması olmuştur¹⁷. İkinci seçenek tercih edilmiş ve 1994 yılından itibaren yeni bir medeni kanun hazırlık çalışmalarına başlanmıştır.”¹⁸“Gerek Bakanlık Taslak çalışmaları gerekse TBMM görüşmeleri ve çalışmaları sonunda kabul edilen yeni Türk Medeni Kanun’un, geride bıraktığı dediğimiz Medeni Kanunumuza dönüp baktığımızda, onun hiç de eskimemiş dimdik halen ayakta olduğunu gördüm

Neden mi?

Eski Türk Kanunu Medenisi iki maddesi yürürlükle ilgili olmak üzere 937 maddeden oluşmaktaydı

Yeni TMK ise üç maddesi yürürlükle ilgili olmak üzere 1030 maddeden oluşmuştur. Yasadaki 1030 maddenin 950 maddesi eski dediğimiz Medeni Kanunumuzun dilinin ve ifade şeklinin değiştirilmesinden ibaret bir tekrar olmuştur. Buna göre yeni Türk Medeni Kanunumuzun getirdiği yenilik sadece 80 maddedir.” Bu durum bize Türk Kanunu Medenisine eski denmesine rağmen eskimeyen, aradan geçen 76 yıllık süreye rağmen halen yeni ve gençliğine koruyan bir yasa olduğunu bir başka ifadeyle bir “ulu çınar” olarak dimdik ayakta olduğunu, 1926 yılında Atatürk ve arkadaşlarımız bu yasa’yı Türk Toplumuna kazandırmalarındaki isabeti ortaya koymaktadır.”¹⁹

4721 ve 4722 sayılı Yasalar 743 Sayılı kanundan gelen Kronik Katkı alacağı sorununu çözmemiştir.

4721 sayılı yasanın ve 4722 sayılı yasanın çıkartılmasında kadının haklarının 743 sayılı kanun döneminde tamamıyla korunamadığı, dolayısıyla aile hukuku içerisinde en önemli unsur olan mal rejiminin tasfiyesi konusunda; kadının aileye sağladığı katkının daha kolay görünür ve izah edilebilir olmasına sağlayacak, edinilmiş mallara katılma rejiminin kabul edilmesi isabetli düzenleme olmuştur.

4721 sayılı yeni medeni kanunun yürürlüğe girmesiyle çıkarılan “4722 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun” ile 743 sayılı Kanun’un düzenlemeyerek bir sorun olarak 1926’dan beri sürdürdüğü hukuksuzluğun devamına seyirci kalınma-

[17] Koçhisarlıoğlu, Cengiz, “İsviçre’de Evlilik Birliği Hukuku’ndaki Son Gelişmeler”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Prof Dr. Jale Akipek’e Armağan*, Konya, 1991 s 431-45;; İsviçre Medeni Kanun’unda ilkin 25 Haziran 1976 tarihli Federal Yasa ile Aile Hukuku’nda bazı değişiklikler yapılmıştır. Bu Yasa 1 Ocak 1978 tarihinden başlamak üzere yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Sonra da evliliğin genel hükümleri ve evlilikte mal yönetim düzenleri (rejimleri, biçimleri, usulleri) alanlarında değişiklikler öngören 5 Ekim 1981 tarihli Yasa Tasarısı hazırlanmıştır. Söz konusu Tasarı 5 Ekim 1984 tarihli Yasa’ya dönüşmüş ve 22 Eylül 1985 tarihinde halkoylamasına sunulmuştur. Halkoylaması olumlu yönde sonuçlanınca da Yasa, 1 Ocak 1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

[18] Kılıçoğlu, s. 1731.

[19] Kılıçoğlu, s.1755

sına neden olmuştur. Bu sorunun eskiden olduğu gibi bırakılmasını sağlayan birinci maddesi ve mal rejimine ilişkin hükümleri düzenleyen onuncu maddesi nedeniyle yeni kanun eskiden beri sürmekte olan hukuksuzluğa çözüm sağlamamıştır. Görüldüğü gibi 4 Ekim 1926-1.1.2002 tarihleri arasında bu sorun yasama organı tarafından da çözülmemiştir. Keza Türk mahkemeleri tarafından da aynı süre içerisinde hakkaniyete uygun çözülememiş olmasının yanında, 4722 sayılı kanun nedeniyle de 4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanunu döneminde de çözülememektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin 4722 sayılı kanuna bakışı

4722 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun yürürlük ve uygulama şekli hakkında kanunun 10 maddesinin Anayasanın 2, 10, 12, 35, 41, 48, 90, Maddelerine aykırılığı nedeniyle itiraz yoluyla pek çok yerel mahkemeden iptal isteminde bulunulmuştur. Anayasa mahkemesi itiraz yoluyla gelen iptal taleplerini reddetmiştir. Ayrıntılı inceleme yaptığı dosya E2006/76-K2008/142-18.09.2008 karar tarihlidir.

İtiraz Konusu Kural

4722 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un itiraz konusu 10. maddesi şöyledir:

“MADDE 10.- Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten önce evlenmiş olan eşler arasında bu tarihe kadar tâbi oldukları mal rejimi devam eder. Eşler Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak bir yıl içinde başka bir mal rejimi seçmedikleri takdirde, bu tarihten geçerli olmak üzere yasal mal rejimini seçmiş sayılırlar.

Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girmesinden önce açılmış olan boşanma veya iptal davaları sonuçlanıncaya kadar eşler arasında tâbi oldukları mal rejimi devam eder. Dava boşanma veya iptal kararıyla sonuçlanırsa, bu mal rejiminin sona ermesine ilişkin hükümler uygulanır. Davanın retle sonuçlanması hâlinde eşler, kararın kesinleşmesini izleyen bir yıl içinde başka bir mal rejimi seçmedikleri takdirde, Kanunun yürürlük tarihinden geçerli olmak üzere yasal mal rejimini seçmiş sayılırlar.

Şu kadar ki eşler, yukarıdaki fıkralarda öngörülen bir yıllık süre içinde mal rejimi sözleşmesiyle yasal mal rejiminin evlenme tarihinden geçerli olacağını kabul edebilirler.

Yukarıdaki hükümler uyarınca mal birliği veya mal ortaklığı rejiminin yasal mal rejimine dönüşmesi hâlinde, Türk Kanunu Medenîsinin ilgili mal rejiminin sona ermesine ilişkin hükümleri uygulanır.”

743 sayılı Türk Kanunu Medenisi uzun yıllar TBMM kurulan komisyonlarla değiştirilmek istenmiştir. Değişim isteğinin toplumsal karşılığı

çok farklıdır. Sosyal, siyasal, ekonomik, temel hak ve özgürlükler ile ailenin korunması, kadının korunması, hatta pozitif ayrımcılık yapılarak kadının toplumda ve aile içindeki konumunun güçlendirilmesi gibi sâikleri sıralayabiliriz.

4721 sayılı yasa daha çağdaş daha modern, özellikle kadının aile içinde ve toplum içinde üreten bir kişi konuma gelip aile ekonomisine katkı sağlayan bir birey olmasını amaçlamıştır. Kazancıyla aile için yapılan yatırımlara katkı sağlayan ve fakat mal varlığının “Koca” üzerine yapılması gerçeğiyle karşılaşan ve boşanma sonrası tüm emeklerinin kocada kalması sonucunda hayal kırıklıkları ve yoksulluk yaşayan kadın, katkı sorununu hakkaniyete uygun çözemediği için 743 sayılı kanunun 170. maddesinin mağduruydu. Mal ayrılığı, mal rejiminin esas unsuruydu. Bu statünün değişmesini sağlamak bile tek başına medeni kanunda yapılan esaslı bir değişiklik olarak görüldü. Diğer değişenlerle beraber en ziyadesiyle kadın artık eşit bir birey olacaktı. Ancak yeni yasanın yürürlüğe girmesiyle önemli bir sorunla karşılaşıldı; zira 4722 sayılı yasa: kurallarının uygulanmasının 4721 sayılı yasanın yürürlüğünden önce evlenenler ve sonra evlenenler ikiliğini getirmiştir.

Öncelikle 4722 sayılı kanunun 1’inci maddesi anayasaya aykırı hüküm taşımaktadır. “Geçmişe etkili olmama kuralı Madde 1- *Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önceki olayların hukukî sonuçlarına, bu olaylar hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse kural olarak o kanun hükümleri uygulanır.*” Kuralı hatalı düzenlenmiştir. 743 sayılı Kanunun boşanma sonrasında açılacak olan mal rejiminin tasviyesi davasında mal ayrılığı rejiminin tasfiyesinde özellikle Katkı Alacağı için kanun herhangi bir hüküm getirmemiştir. Davalar 1926 yılından bu yana Yargıtay içtihadıyla karara bağlanmaktadır. Getirilen çözüm de Yargıtay’ın görüşüne uygun olarak Borçlar Kanunu Genel hükümlerine göre açılacak alacak davasıdır. Davanın değeri dava tarihindeki değer üzerinden belirlenecek ve ona göre tasfiyeye karar verilecektir. Oysa yürürlüğe giren 4721 sayılı yasaya göre tasfiye karar tarihine en yakın tarihteki değer üzerinden yapılmaktadır. 743 sayılı kanun döneminde evlenmiş ve yeni kanun döneminde boşanma davası açanlar adeta cezalandırılmaktadır. Yasanın amacı, kamu yararını ve kamu düzenini tesis etmek ve açıkça belli olan yıllardır şikâyet edilen hukuksuzluğu gidermektir. Bu yönü itibarıyla hukuk devleti ilkesine açıkça aykırılık söz konusudur.

4721 sayılı yasanın gerekçesinde değişikliklerin önemli ve oldukça büyük bir kısmı aile hukuku alanında ve özellikle kadın erkek eşitliğini zedelediği iddia edilen hükümlerde yapılmış, böylece bütün modern hukuk sistemlerinde benimsenmiş olan ve yürürlükteki kanunda da büyük ölçüde yer verilmiş bulunan eşitlik ilkesi yeni düzenlemeyle daha da

pekiştirilmiş, bu ülkeye ters düşen düzenlemelerin hepsi değiştirilmiştir. Aşağıda bu değişiklikler yeri geldikçe açıklanacaktır denilmektedir. Gerekçede eşler arasındaki mal rejimi bölümünde uygulamada hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurduğu gözden kaçırılmayacak ülkemizde geçerli olan mal ayrılığı rejiminin değiştirilmesi cihetine gidilerek, bunun yerine tasarıda edinilmiş mallara katılma rejimi yasal rejim olarak kabul edilmiştir denilmektedir. 4721 sayılı yasanın 743 sayılı kanunun aksayan yanlarının telafisinin sağlanması amacıyla yönelik olduğu açıkça yazılıdır. Kanun mevcut eksikliği telafi edememiştir. Amaç yönüyle kanun anayasaya aykırıdır.

Evlilikler 743 sayılı yasa döneminde gerçekleşmiş ve 743 sayılı yasa yürürlükteyken açılmış boşanma ve mal rejimi tasfiyesi davalarında 743 sayılı eski kanunun hükümlerinin uygulanacağı 4722 sayılı kanunun 10'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında ifade edilmiş olup, burada bir sorun yoktur. Ancak eski kanun döneminde yapılmış evlilikler için yeni yasanın yürürlüğe girmesi anına kadar açılmış bir boşanma davası yoksa, sonraki dönemde açılacak boşanma davasının yeni kanun hükümlerine tabi olarak açılmasına engel bir hal de yoktur. Bu durumda boşanma davası sonrasında açılan mal rejiminin tasfiyesi davasında taraflara hangi kanun uygulanacaktır, kanun bunu düzenlememiştir. Kanun bu yönüyle de eksiktir. Kimse ne yapacağını bilmemektedir. Belirsizlik vardır. Hukuk güvenliği ilkesi sarsılmış ve zedelenmiştir.

Kanun eksik düzenlenmiş olması nedeniyle de amaç unsuru açısından hukuki boşlukları giderme fonksiyonuna sahip değildir. Bu nedenle de anayasaya aykırıdır.

Geçmiş dönemdeki var olan statünün taraflar açısından kazanmış bir hak olduğu, dolayısıyla yeni kanun uygulamalarının kazanılmış hakların ihlal edilmesine yönelik olarak geçmişe ilişkin düzenleme yapılmayacağından hareketle ret kararı veren Anayasa Mahkemesi'nin kararı da bu yönüyle yanlıştır. Ortada kazanılmış bir hak, bir statü yoktur. Devam eden bir evlilik ve yeni yürürlüğe giren bir kanun vardır. Bu kanun eski kanunun eksiklerini ve bu eksikliklerin yol açtığı haksız ve adaletsiz durumları gidermek amacıyla eski kanunu ilga etmiş yerine geçmiştir.

743 sayılı Medeni Kanun Mal Ayrımı rejimini düzenlemiş, fakat boşanma halinde evliliğin hayatların sonuna kadar devam edeceğini ve bir mal paylaşımının yapılmayacağı inancındaki eşlerin, karşılık beklemeden sağladıkları katkılar ile alınmış ve eşlerden biri üzerine tescil olunmuş gayrimenkuller nedeniyle ne yapılacağını düzenlememiştir. Türkiye uygulamasında genellikle kadının sağladığı katkıya rağmen boşanma sonrası mal rejiminin tasfiyesinde bu katkı alacakları gayrimenkulle irtibat-

landırılmaması kadını sadece borç para vermiş gibi kabul edilmesi açık bir haksızlık olarak durmaya devam etmektedir. Oysa eşler herhangi iki kişi değildirler. Kederde, tasada kıvançta ortak olan ortak bir kaderi yaşamak için bir araya gelen ve bunun tüm sorumluluklarının idrakinde olan bireylerdir. Evlilik birliği içinde bir gayri menkul yatırımı Türk insanı için sıradan bir olay değil, eşlerin hatta aile bireylerinin hayallerin gerçekleşmesidir. O nedenle eşlerin ortak iradesini yansıtır, sağlanan katkıyı da bu bağlamda görmek hayatın olağan akışının bir gereğidir. Yeni yasadan beklenen bu eksik durumun sonlandırılması olmalıydı.

743 sayılı kanun döneminde yapılan evlilikler ve bu evliliklerdeki mal ayrılığı rejimine tabi olan eşlerin kazançlarıyla eşlerinin yatırımlarına sağladıkları katkıdan doğan alacakları yeni kanunda da çözüme kavuşturulmamış ve uygulamada sıkça görüldüğü şekliyle kadının mağduriyeti önlenmemiştir. Şu sorunun sorulması gerekir: bu kanun neden çıktı? Cevap belli. Eskiyen yasanın daha çağdaş ve modern bir hale getirilmesi bu bağlamda mal ayrılığı rejimi nedeniyle evlilik birliği içinde özellikle kadınların kazançlarının ellerinden alınmak suretiyle mağdur edilmelerini önleyecek mal rejiminin kabulün sağlanması olarak ifade olunmaktadır. Peki eski dönemdeki evliliklerde mağduriyetler devam mı edecek, mağduriyetlerin olmaması düşüncesiyle sevk olunan kanun ile Anayasanın 10'uncu maddesi açıkça ihlal edilmiştir.

Anayasa mahkemesi E, 2006/76 -K, 2008/142-18.09.2008 tarihli kararında Ailenin Türk Toplumunun temeli olduğu ve eşler arasında da geçerli olan eşitliği düzenleyen 41'inci maddesindeki eşitliğin bu kanun uygulamasıyla ihlal edilmediğini ifade etmiştir. Anayasa mahkemesi Anayasanın 41'inci maddesindeki ailenin Türk toplumunun temeli olduğu ifadesinin, aile bireyleri arasındaki ilişkinin, sorumluluğun, kederde, tasada, kıvançta bir olmanın, ortak karar almanın, geleceği birlikte inşa etmek anlamına geleceğini görmemiştir. 743 sayılı yasanın düzenlediği, ancak 4721 sayılı kanun mad. 227'de ki düzenlemesi ile *"eşlerden birinin diğerine ait bir malın edinilmesine hiç ya da uygun bir karşılık almaksızın katkı sağlanmış bir malın diğer eş üzerinde kayıtlı olması halinde boşanma davası sonrasında mal rejimi davalarında tasfiye sırasındaki değer artışlarından istifade eder ve malın değeri tasfiye anındaki değeridir."* Şeklindeki yeni düzenleme ile kadın ve erkeğin hak arama özgürlüğündeki eşitliği sağlayacak olan katkı alacağı davalarının karar tarihindeki değer üzerinden karara bağlanacağı imkanını getirmekteydi. Oysa 743 sayılı kanun hükümleri arasında bu somut duruma uygun bir düzenleme yoktur. Anayasa mahkemesinin eşitlik ilkesinin uygulamasına mâni olan 4722 sayılı yasanın 1 ve 10'uncu maddelerinin iptali istemini reddetmesi ile, ortak irade ile alınan eşlerin belli oranda katkıları

olan gayrimenkullerden kaynaklanan hakların hakkaniyetli bir şekilde alınmasına mâni olunmuştur.

Önemine binaen tekrar söylenmesi gerekirse katkı alacağı davalardaki eşitsizliğin giderilmesi için, katkı sağlayan kişinin katkı alacağı davasının yeni kanun döneminde açmış olması nedeniyle, dava tarihindeki değer üzerinden değil, tıpkı 4721 sayılı kanun uygulamasında olduğu gibi karar tarihindeki değer üzerinden karar verilmesine mâni olan 4772 sayılı kanununun 1'inci ve 10'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının iptali gerekir. Bu halde taraflar gerçek anlamda, hakkaniyete uygun hak sahibi olurlar. Aksi halde %9 faiz geliri, buna karşılık yüksek enflasyon ve gayrimenkul değerlerindeki yüksek artışlarla, haksız menfaat sağlayanlar nedeniyle davalardan insanlar hayal kırıklıklarıyla çıkmaya devam ederler, bu halde de insanların adalete inancının yitmesi duygusu pekişir.

SONUÇ

Gerek kanunların hazırlanmasında gerekse resepsiyonlarında en önemli husus, oluşturulmaya çalışılan toplumsal düzende, insanlara yasaların uyulması gereken kurallar olduğunu kabullendirmektir. Yasalar toplumun da benimsediği şekilde düzenlenmişse ona uymak kolaydır, genel kabul görür. Aksi halde, yasalar toplum için ölü doğmuş olur. Toplumun uyması gereken hukuk kuralları olarak kendisine sunulan yasalar, başka medeniyetlerin uzun bir zaman dilimi içinde meydana getirdiği kültürel zenginliklerden kaynaklanmışsa, uyum sorununun daha da zor olacağı da gözden uzak tutulmamalıdır.

Resepsiyonların toplumların bir başka topluma dönüşümünü sağlayacak araçlar olarak tercih edildiğini bu yönde de bir misyonu olduğunu unutmamak gerekir. Bu dönüşüm arzusu, farklı eğilimlerin, farklı kültürlerin, değişik coğrafyaların ve tarihin getirmiş olduğu tortuların bir kanun etrafında toplanabilme ihtimalinin zorluklarının aşılmasına katkı sağlar. Tabiatları gereği uyum sorunu, yaşanacağı endişesi hep duyulur.

Özellikle toplum hayatını düzenleyen Medeni Kanunların; doğumdan ölüme ve sonrası dâhil tüm hukuki işlemlerde uygulanacak kurallar olması bu sorunun yaşanmasını kaçınılmaz kılmaktadır. İsviçre-Türkiye örneği resepsiyonu gerçekten büyük öneme haizdir. Adliye Vekili Mahmut Esat Bozkurt TKM'sinin gerekçesinde şöyle diyordu. *“Muassır medeniyeti almak ve benimsemek kararıyla yürüyen Türk milleti, muassır medeniyeti kendisine değil, kendisi muassır medeniyetin icabatına her ne paha olursa olsun ayak uydurmak mecburiyetindedir”*. 600 sene sürekli aleyhlerine büyüyen bir devletin kurucu unsurları olan Türklerin, Hristiyan Avrupa Medeni Kanunu alıp uygulamaya sokması, *geçmişte* tahayyül dahi edilemezdi.

Diğer toplumsal düzen kuralları olan din kuralları, ahlak kuralları, örf ve âdet kurallarının da kanunlarla uyum içerisinde olması gerklidir, aksi halde toplumsal hoşnutsuzluk oluşur. Bu nedenle özellikle başka kültürler için üretilmiş yasaların bir başka kültürde aynen uygulanmasını sağlamak, onu hayata geçirmek ve bunu gerçekleştirebilmek gerçekten çok önemli bir meziyettir. Yabancı kanunun bu uyarılma için en uygununu bulmak, toplumu bu kanuna hazırlamak ve toplum tarafından da benimseneceğini öngörebilmek her zaman önemli olmuştur.

Resepsiyonlarda paradoksal da bir yan vardır. Paskal'ın dediği gibi "Pirenelerin öbür tarafında "doğru" denilene bu tarafında "yanlış" diyorlar" ifadesinde olduğu gibi; kim doğru kim yanlış söylüyor, buna kim karar verecek. Karar sonrasında ne yapacak. Din, dil, kültür, ırk farklılığı olan insanların ortak bir yasaya bağlı olarak yaşaması ilk anda karşı koyuşa neden oluyor, tarihe bakılınca da bunun pek ala mümkün olduğunu görebiliyoruz. Alman Medeni kanunun Japonya'yı etkilemesi gibi, bizde 1850 yılından itibaren Avrupa yasalarının uygulanması, İslam toplumu oluşumuzla laik devlet sürecinde yaşananlar, başka ülke tarihlerindeki benzerlikler olarak görülüyor.

Özel hukuk uygulamalarının insanların kişisel dünyasını çok yakından etkilediğini, yaşadığı toplum içerisindeki geçerli olan adalet anlayışının kendisinin o toplumla bütünleşmesine veya ayrışmasına neden olduğunu unutmamak lazımdır.. Bu bağlamda: Ailenin Türk toplumunun temeli olduğu gerçeği, Türk aile yapısındaki kişilerin birbirlerine olan bağlarının batı medeniyetiyle farklılıklar içerdiği bu sebeple aile içinde boşanma sürecinde çıkan sorunların yerel özellikleri dikkate alınarak, yasalarda uygun değişiklikler yapılması gereği ortaya çıkmaktadır.

743 sayılı Medeni Kanununun kabulünde evlilik birliğinde karı koca için mal rejimi tercihi mehz İsviçre Medeni Kanunundan ayrılmıştır. "Mal Ayrılığı" rejimi kabul edilmiş ve kanunun uygulandığı 1926-2002 dönemi içerisinde sorun yaşanmıştır. Bu sorunlara çözüm olsun diye 4721 sayılı yeni kanunun yürürlüğe girdiği 2002 sonrasında da halen 743 sayılı yasadaki kaynaklanan katkı alacağı sorunu devam etmektedir. Türk aile yapısındaki evlilik birliği içinde kadının çalışmaları karşılığı kazançlarıyla sağlanan katkı ile alınmış, koca adına ve tapuya kaydedilmiş gayrimenkullerdeki kadın haklarının, adalet anlayışı içerisinde hakkaniyete uygun bir şekilde 100 yılı aşan zaman dilimi içinde gerçekleştirememiş olmamız, Türk hukukunun ve hukukçusunun ortak sorumluluğudur. Kanunun uygulamasında sorunu tespit ederek hakkaniyete uygun çözümün oluşumuna katkı, maalesef Türk akademik hayattan da olmamıştır.

Türk yargısı da bu sorunu adaletli bir şekilde çözmemiş, çözememiştir. Öncelikli olarak YİBK olarak ifade olunan 1953/7/8 kararının geri alınmak suretiyle iptal edilmesi gerekir. Böylelikle katkı alacağı sahiplerinin katkıları oranında gayrimenkul mülkiyeti üzerine haklarının tescil edilmesi sağlanmış olur.

Anayasa mahkemesi yeniden önüne gelecek 4722 sayılı yasanın anayasaya aykırı hükümlerini iptali gerekir.

Yasama organı da sorunu adeta kadın erkek ayrımı üzerinden değerlendirmiş ve katkı alacağı sahibi kadınların, katkı alacakları için sürdürdüğü hak arayışlarını görmezden gelmiş, çözüm getirmemiştir. Bu sorunun en radikal ve doğru çözümü için yasama organının yasaya: *“Evlilik birliği içerisinde eşlerin katkısıyla alınmış olan gayrimenkullerde mal rejiminin tasfiyesinde, katkı yapan eşin katkısı oranında, gayrimenkul aynı üzerinde tescil talep etme hakkı vardır”* şeklinde bir madde ilave etmesi gerekir. Bu çözüm gayrimenkulün tescil olduğu kişinin sağlayacağı haksız değer artışında, diğer hak sahibi eşin katkısı oranında korunmasının en adil yoludur.

KAYNAKÇA

- Akıncı Şahin, “Medeni Kanun’da Kadın ve Aile”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,, Cilt 8, Sayı 1-2, Haziran -Aralık 2004, s.15-31.
- Akyol Taha, *Atatürk’ün İhtilal Hukuku*, Doğan Kitap, İstanbul, 2012.
- Arsebük Esat: *Medeni Hukuk I, Başlangıç ve Şahsın Hukuku*, Ankara Hukuk Fakültesi Neşriyatı, Tan Matbaası, İstanbul, 1938.
- Arsebük Esat: *Medeni Hukuk II, Aile Hukuku*, Ankara Hukuk Fakültesi Neşriyatı, Recep Ulusoğlu Basımevi, Ankara, 1940.
- Aydın, Mehmet Akif: *Osmanlı Aile Hukuku*, II. Baskı, Klasik Yayınları, İstanbul 2018.
- Aygün Mustafa Yaşar, “Medeni Kanun’un Kabulünün 72.Yılında Tarihi Gelişimi Açısından Türk Özel Hukuku ve Medeni Kanun”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1998, Sayı3, sh 887-970
- Cin, Halil, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, 2. Baskı, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Konya, 1988.
- Cin, Halil, *Eski Hukukumuzda Boşanma*, 2. Baskı, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Konya, 1988.
- Göktürk, Hüseyin Avni, *Türk Medeni Hukuku*, 3.Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Güney Matbaacılık, Ankara, 1954.
- Kılıçoğlu, Ahmet M, “Medeni Kanunumuzu Nasıl Değiştirdik”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cevdet Yavuz’a Armağan, cilt 22, sayı 3, 2016, s. 1717- 1757.
- Koçhisarlıoğlu, Cengiz, “İsviçre’de Evlilik Birliği Hukukundaki Son Gelişmeler”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, J. Akipek’e Armağan, 1991 s 431-452.
- Ortaylı, İlber, *Osmanlı Toplumunda Aile*, Pan Yayıncılık, İstanbul, 2000.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet: “İsviçre Medeni Kanun’u Karşısında Türk Medeni Hukuku”, Medeni Kanun’un XV. Yıldönümü İçin, Kenan Matbaası, 1944, s.339-406.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet: *Türk Medeni Hukuku Cilt II (Aile Hukuku)* 5. Bası, Nurgök Matbaası, İstanbul, 1965.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, *Türk Kanunu Medenisi Esbabı Mucibe Lâhiyası*, TDK Yayını 1975 Ankara Sh XXV.

İKALE SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

Arş. Gör. Dr. Abdurrahim ALTUN

Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORC-ID:

aaltun@erbakan.edu.tr

ÖZET

Borçlar Hukukuna hâkim olan sözleşme serbestisi ilkesi gereğince kişiler sözleşme yapıp yapmamakta, sözleşmenin tarafını, içeriğini belirlemede kanunen bir kısıtlama olmadığı sürece serbesttir. Sözleşme serbestisinin bir sonucu olarak daha önceden yapılmış bir sözleşmenin tarafların iradesi ile ortadan kaldırılabilmesi de mümkündür. İkale sözleşmesi geniş anlamda borç ilişkisini ortadan kaldıran hallerden biridir. Taraflar karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile daha önce kurdukları bir borç ilişkisini ortadan kaldırma imkânına sahiptirler.

İkale sözleşmesi ne mülga ne de yürürlükteki Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Buna bağlı olarak öğretilerde ikale sözleşmesinin karşılığı olmak üzere bozma sözleşmesi, fesih sözleşmesi, çözme sözleşmesi gibi kavramlar kullanılmaktadır. İkale kanun koyucu tarafından ele alınan bir sözleşme olmamasına rağmen özellikle iş hukuku alanında sıklıkla uygulama alanı bulmaktadır.

İkale sözleşmesi kanunda düzenlenmediği için isimsiz bir sözleşmedir. Öğretilerdeki hâkim görüşe göre ikale sözleşmesine uygulanacak hükümler tayin edilirken ibraya ilişkin hükümlerden istifade etmek gerekir.

Kanunlarda ikale sözleşmesinin şekline ilişkin özel bir düzenlemenin bulunmaması sebebiyle baskın görüş, sözleşme özgürlüğü ilkesinin burada da cari olacağı, böylece tarafların herhangi bir şekil şartına bağlı kalmaksızın ikale sözleşmesi yapabileceği yönündedir. Ortadan kaldırılacak sözleşme şekil şartına tâbi olsa dahi bu kural değişmez. Buna karşılık azınlıkta kalan görüşe göre kanunda yazılı şekil şartına tâbi kılınmış bir sözleşmede yapılacak değişikliklerin aynı şekil şartına bağlı olduğuna ilişkin hüküm (TBK m. 13) ikale sözleşmesinde uygulama alanı bulur. Yeni geliştirilen bir görüşe göre ise ikale sözleşmesinin ortadan kaldırdığı borç ilişkisinden doğan borçların ifa edilip edilmediği dikkate alınmalıdır. Buna göre, ikale sözleşmesi yapılmadan önce, ortadan kaldı-

rılmak istenen sözleşmenin taraflara yüklediği borçlar ifa edilmemişse TBK m. 132’de düzenlenen ibraya ilişkin hükümleri uygulamada bir sakınca yoktur. Buna karşılık, taraflardan en az birisi borcunu ifa etmişse bu durumda doğacak iade borcu nedeniyle ibra sözleşmesi hükümleri değil, sebepsiz zenginleşme ya da sözleşmenin tasfiyesine ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Bu açıklamalardan yola çıkarak ikale, tarafların borçlarını ifa etmedikleri bir borç ilişkisini geçmişe etkili olarak ortadan kaldırıyorsa iade borcu söz konusu olmayacağı için TBK m. 132 kıyasen uygulanmalı, yani ikalede şekil şartı aranmamalıdır. Eğer taraflardan biri edimini ifa etmişse ve borç ilişkisi ileriye etkili olarak ortadan kaldırılmışsa, ifa edilen edimi iade borcu kararlaştırılmamak kaydıyla sözleşme şekil şartlarına tâbi olmadan yapılabilir. Ancak, ikale sözleşmesi yapılmadan önce şekle bağlı olarak yapılan sözleşmeden kaynaklanan edimler ifa edilmişse ve ikale bu edimlerin iade edileceğini de düzenliyorsa artık ikale sözleşmesi ortadan kaldırılmak istenen sözleşmenin şekline tâbi olacaktır. Mesela, tapuya kayıtlı bulunan bir taşınmazın satışı sonucunda tescil yapılmışsa ve daha sonradan bu sözleşmenin ikale ile ortadan kaldırılması halinde eski malik adına yapılacak yeni tescilin şekil şartına tabi olmayan bir sözleşme ile yapılması mümkün değildir.

Anahtar Kelimeler

İkale Sözleşmesi, Bozma Sözleşmesi, Borç İlişkisinin Sona Ermesi, İkale Sözleşmesinin Şekli, Sözleşme Özgürlüğü İlkesi.

FORM OF THE MUTUAL RESCISSION AGREEMENT

ABSTRACT

According to the principle of contractual freedom, which prevails in the Law of Obligations, individuals are free to enter into contracts or not, determine the parties and content of the contract, as long as there is no legal restriction. As a consequence of contractual freedom, it is also possible to terminate a previously made contract by the will of the parties. The “ikale” agreement is one of the ways to extinguish a debt relationship in a broad sense. The parties have the opportunity to terminate a debt relationship they previously established through mutual and compatible declarations of intent.

Since mutual rescission agreement is not specifically regulated in the law, it is considered an unnamed contract. According to the prevailing view in legal doctrine, when determining the provisions applicable to mutual rescission agreement, one should draw upon the rules related to release agreement.

Due to the absence of specific regulations regarding the form of mutual rescission agreement in the laws, the prevailing view is that the principle of contractual freedom will apply here as well. Consequently, the parties can enter into a mutual rescission agreement without being bound by any formal requirements. Even if the contract to be terminated is subject to formal requirements, this rule remains unchanged. However, a minority view suggests that the provision (Article 13 of the Turkish Code of Obligations) stating that changes to a contract subject to a written form requirement must also adhere to the same form applies to mutual rescission agreement. A newly developed perspective considers whether the debts arising from the extinguished debt relationship in mutual rescission agreement have been performed. Accordingly, if the obligations imposed by the contract to be extinguished have not been fulfilled before entering into mutual rescission agreement, there is no obstacle to applying the provisions related to release agreement Article 132 of the Turkish Code of Obligations. On the other hand, if at least one of the parties has performed their obligation, the rules regarding unjust enrichment or the liquidation of the contract should apply due to the future restitution debt, rather than the provisions of the release agreement. Based on these explanations, if mutual rescission agreement

retroactively extinguishes a debt relationship where the parties have not fulfilled their obligations, there would be no restitution debt, and therefore, Article 132 of the Turkish Code of Obligations should be applied by analogy, meaning that no formal requirements are necessary for mutual rescission agreement. However, if one of the parties has already performed their obligation, and the obligatio is extinguished with future effect, the performed obligation can be fulfilled without being subject to the formal requirements of the contract, provided that mutual rescission agreement explicitly regulates the restitution of these obligations. In such a case, mutual rescission agreement would be subject to the form of the contract it seeks to extinguish. If, for instance, a tenement registered in the land registry has been sold, and registration has been completed, subsequently, in the event that this contract is extinguished by a mutual rescission agreement, it is not possible for the new registration to be made in favor of the former owner through a contract that is not subject to formal requirements.

Keywords: Mutual Rescission Agreement, Rescission Agreement, Termination Of The Obligatio, Form Of Mutual Rescission Agreement, Freedom Of Contract.

GİRİŞ

Borç ilişkisi öğretilerde biri dar biri geniş olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Dar anlamda borç ilişkisi, alacaklı ile bir edimde bulunmakla yükümlü borçluyu karşılıklı olarak birbirine bağlayan hukuki ilişkidir ve borç kavramıyla eş anlamda kullanılmaktadır. Geniş anlamda borç ilişkisi ise, alacaklı ile borçlu arasındaki ilişkinin tamamını ifade eder. Bu ilişkiden edim yükümlülükleri, yan yükümlülükler ve koruma yükümlülükleri doğar¹.

Borçtan kurtulma bir edimin yerine getirilmesi yükümlülüğünü ortadan kaldırır. Bu manada borcun sona ermesi geniş anlamda borç ilişkisinin sona ermesinden farklı bir anlam içermektedir. Bazı hallerde borç sona ermesine rağmen borç ilişkisi geçerliliğini sürdürür. Mesela, birikmiş kira borçları ibra yoluyla sona ermesine rağmen kira sözleşmesi geçerliliğini yitirmemiş olabilir. Bununla beraber borç ilişkisi sona ermesine rağmen ortadan kalkmayan borçlar da olabilir. Biraz önceki kira sözleşmesi örneğinde kira sözleşmesi sona ermiş olsa dahi geçmiş dönemlere ait ödenmemiş kira bedelleri borç olarak varlığını sürdürebilir².

TBK'da 131 ile 161 maddeler arasında borçların ve borç ilişkilerinin sona ermesi ile zamanasımı düzenlenmiştir. 138. maddede düzenlenen aşırı ifa güçlüğü doğrudan borç ilişkisini sonlandırırken diğer haller borcu ortadan kaldırmaktadır. TBK'da düzenlenen borcu ve borç ilişkisini sona erdiren sebepler ibra, yenileme, birleşme, ifa imkansızlığı, aşırı ifa güçlüğü ve takastır. Bunlar dışında borcu sona erdiren diğer haller ikale, fesih ve feshi ihbar, iptal, geri alma ve dönmedir. İkale bir sözleşme iken fesih ve feshi ihbar, iptal, geri alma ve dönme tek taraflı hukuki işlemlerdir³.

İkale sözleşmesi, 818 sayılı Borçlar Kanunu ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda yer almamıştır. Borçlar hukukuna hâkim olan irade serbestisi ilkesinin sonucu olarak taraflar, diledikleri sözleşmeyi yapıp yapmama, sözleşmenin diğer tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini belirleme konularında kanunen bir sınırlandırma olmadıkça dilediği gibi hareket edebilir. İrade özgürlüğü taraflara daha önce yapılan bir sözleşmeyi ortadan kaldırma yetkisi de verir. Tarafların daha önce yaptıkları bir sözleşmeyi anlaşarak ortadan kaldırmaları, alacaklı ve borçlu sıfatla-

[1] EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2021, N. 74; AYAN, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 409; TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 984.

[2] OĞUZMAN, Kemal, Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, N. 1744; HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, § 29, N. 1.

[3] AYAN, s. 409; HATEMİ/GÖKYAYLA, § 29, N. 2; SAVAŞ, Abdurrahman, Türk Borçlar Hukukunda İkale Sözleşmesi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 7, S. 26 (Nisan 2016), s. 106.

rının sona ermesi haline ikale sözleşmesi denir⁴. İ kale sözleşmesi TBK’da düzenlenmediği için isimsiz bir sözleşmedir. İ kale sözleşmesine uygulanacak hükümler tespit edilirken ibra sözleşmesine uygulanan hükümler dikkate alınır⁵. İ kale sözleşmesi ile bir alacak hakkı doğrudan doğruya ortadan kalktığı için bu işlem bir tasarruf işlemidir⁶. Bu sebeple alacaklının, ortadan kaldırdığı alacak üzerinde tasarruf yetkisine sahip olması gerekir. Söz konusu işlem bir sözleşmeye konu olduğu için aynı zamanda fiil ehliyetine sahip olmak gerekmektedir⁷.

İKALE SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI

İ kale bir sözleşme olduğundan tarafların birbirine uygun ve karşılıklı iradeleri gerekir⁸. İ radelerin açıklanması açık veya zımni olabilir. Hal ve durum, tarafların aralarındaki sözleşmeyi sona erdirmek niyetinde olduklarını gösteriyorsa, zımni olarak ikale sözleşmesinin yapıldığı kabul edilmelidir⁹. İ kale sözleşmesinde öneri karşısında suskun kalmak suretiyle sözleşmenin kurulup kurulamayacağı incelenerek olursa TBK m. 6’da öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır hükmü yer almaktadır. Bu maddede ele alınan örtülü kabul esasen susmadır¹⁰. Kendisine yapılan öneri karşısında suskun kalan tarafın bu hareketi kural olarak kabul niteliğinde değildir¹¹. Sükutun ikrardan sayılacağı haller, kanun ya da dürüstlük kuralı çerçevesinde bir tarafın cevap verme mecburiyetinde olduğu hallerdir¹².

İ kale sözleşmesinde susmanın kabul olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin tespiti için sözleşmenin taraflara yaptığı etkiyi incelemek icap eder. İ kale sözleşmesi, kendisine öneride bulunulan taraf adına herhangi bir zarar doğurmuyorsa ya da yararlı sonuçları olacaksa, bu durumda susma kabul olarak değerlendirilmelidir. Mesela, kendisine yapılan bir bağışlamayı, bağışlayanın pişman olduğu düşüncesiyle iade etmeyi öneren ya da bırakıp giden taraf sözleşmeyi ikale ile sona erdir-

[4] GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 42; EREN, N. 3951; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTIOĞ, s. 984; AYAN, s. 410; ASTARLI, Muhittin, İş Hukukunda İ kale, 2. Bası, Turhan Yayınevi, Ankara, 2016, s. 6; TURANBOY, K. Nuri, İbra Sözleşmesi, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 1998, s. 35.

[5] AKSU, Mustafa, Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Yeniliklerden İbra, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8 (Prof. Dr. Aydın Zevkiler’e Armağan), s. 99; SAVAŞ, s. 113.

[6] TURANBOY, s. 39; AKSU, s. 112.

[7] EREN, N. 3952.

[8] AEBISCHER, Marco, Aufhebungsvereinbarung und Verzichtsverbot im Arbeitsrecht, in: MÜLLER, Roland/GEISER, Thomas/PÄRLI, Kurt (Hrsg.), RiU - Recht in privaten und öffentlichen Unternehmen Band/Nr. 54, Dike Verlag AG, 2023, s. 13.

[9] ZANETTI, Gianni F., Der Aufhebungsvertrag, mp 2009, s. 62; TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku I. Cilt, 6. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976, s. 1157; TURANBOY, s. 38.

[10] EREN, N. 806.

[11] REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 69.

[12] REİSOĞLU, s. 69, EREN, N. 807.

mek istemiştir. Böyle bir durumda bağışlayanın suskun kalması ikale sözleşmesini kabul ettiği anlamına gelmelidir¹³.

TBK m. 19'a göre, *bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır*. Dolayısıyla mahiyet itibarı ile ikale sözleşmesine başka isimler verilmesinin bir önemi bulunmamaktadır. Yargıtay, bu konu ile alakalı bir kararında tarafların ibra sözleşmesi olarak değerlendirdikleri bir sözleşmenin aslında ikale sözleşmesi olduğuna ve tasfiyenin ibra sözleşmesine göre değil, ikale sözleşmesine göre yapılması gerektiğine hükmetmiştir¹⁴.

Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde taraflardan birinin fesih beyanının geçersiz olduğu durumlarda bu beyanın ikale sözleşmesi için öneri sayılıp sayılmayacağı konusunda görüş belirten yazarlara göre hem ikale sözleşmesinde hem de fesihte bu beyanlarda bulunan tarafın arzu ettiği sonuç borç ilişkisinin ortadan kaldırılmasıdır. Bu sebeple geçersiz sayılan fesih beyanı ikale sözleşmesinin kurulabilmesi için gereken önerinin taşınması gereken tüm özellikleri taşımaktadır. Dolayısıyla bu durumda fesih beyanı tahvil yoluyla ikale sözleşmesi için öneriye çevrilebilecektir¹⁵.

Geçersiz sayılan fesih beyanının öneriye tahvil edilmesi ile ikale sözleşmesinin kurulabilmesi için bu beyanın muhatap tarafından kabul edilmesi gerekir. Ancak, dikkat edilmesi gereken husus, muhatabın fesih beyanının geçersiz olduğunu ve bu beyanın ikale sözleşmesi için öneriye tahvil edildiğini bilmesi gerektiğidir. Bunu bilmeden muhatabın beyanı kabul etmesi ikale sözleşmesinin kurulduğu anlamına gelmemektedir. Bu durumda muhatabın feshe boyun eğdiği kabul edilmektedir¹⁶. Buna karşılık ikale sözleşmesi kurmaya yönelik bir önerinin tahvil yoluyla fesih beyanı haline gelmesi kabul edilmemektedir¹⁷.

İkale sözleşmesi, borç ilişkisinin sona erdirilmesi sonucunda taraflar arasındaki ilk durumun tekrar tesis edilip edilmemesine göre tasnif edilmektedir. Buna göre ikale sözleşmesinin yapılması sadece borç ilişkisinin sona ermesi sonucunu doğuruyor, bunun dışında taraflar en baştaki duruma dönmek istemiyorsa saf ikale sözleşmesinden söz edilmektedir.

[13] SAVAŞ, s. 124; TURANBOY, s. 38; İş sözleşmeleri açısından değerlendirme için bkz. AEBISCHER, in: MÜLLER/GEISER/PÄRLI, s. 15 vd.; İbra sözleşmesi bakımından benzer bir değerlendirme için bkz. EREN, N. 4005.

[14] Y19HD 27.05.2013 tarihli, 2013/7608 E, 2013/9638 K sayılı kararı.

[15] SELİÇİ, Özer, Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976, s. 110.

[16] SELİÇİ, s. 110-111.

[17] ASTARLI, s. 39.

Saf ikale sözleşmesinde taraflar gelecekte doğacak borçlar ile doğmuş fakat ifa edilmemiş borçların sona ermesini amaçlarlar¹⁸. Buna karşılık taraflar, ikale sözleşmesi ile borç ilişkisini sona erdirilmekle kalmayıp borç ilişkisini tamamen tasfiye edebilir, diğer bir ifade ile borç ilişkisini hiç kurmamış olsalardı içinde bulunacakları duruma dönebilirler. Bu tür ikale sözleşmesine nitelikli (mevsuf) ikale sözleşmesi denir¹⁹. Nitelikli ikale sözleşmesinde geçmişe dönük bir tasfiye ilişkisi söz konusu olduğu için ifa edilmiş edimlerin iade edilmesi gerekir. Nihayet taraflar yaptıkları saf ya da nitelikli ikale sözleşmesine ekleyecekleri klozlarla borç ilişkisine yabancı yeni bir edimin ifasını kararlaştırabilirler. Sözleşme özgürlüğü ilkesi taraflara böyle bir imkân tanır. Bu tip ikale sözleşmesine yeni bir borcun eklendiği ikale sözleşmesi adı verilir²⁰. İş sözleşmelerinin ikale ile sona erdiği hallerde sözleşmeye koyulan rekabet yasağına ilişkin kayıtlar bunun örneğini teşkil eder²¹.

İKALE SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

İkale sözleşmesinin şekli hususunda mevzuatta herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Bu durumun tabii sonucu olarak borçlar hukukuna hâkim olan şekil serbestisi ilkesi burada da geçerli olur. Yani ilke olarak taraflar herhangi bir şekil şartına tâbi olmaksızın ikale sözleşmesi yapabilirler²². Buna karşılık ikale sözleşmesinin muhtevasına ve türüne göre kimi zaman sözleşmenin şeklinde de değişiklikler söz konusu olabilmektedir.

Öğretide baskın olan görüşe göre, ikale sözleşmesinin geçerliliği maddi hukuk yönünden herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Nitekim ibra sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla ikale sözleşmesine uygulanacağı da nazara alındığında, ikale sözleşmesinin şekil şartına tâbi olmadığı tekrar ortaya çıkmaktadır²³. Bu görüş taraftarlarına göre, ortadan kaldırılacak sözleşme bir şekil şartına tabi olsa dahi ikale sözleşmesi şekil şartına tâbi değildir. TBK m. 13'teki düzenleme sözleşmenin değiştirilmesi ile alakalı olduğundan ikale sözleşmesinde uygulama alanı bulamamalıdır²⁴. Kaldı ki TBK m. 132'ye göre borcu doğuran hukuki iş-

[18] ARMAĞAN, Davut, Türk Borçlar Hukukunda İkale Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 14.

[19] ARMAĞAN, s. 14.

[20] ARMAĞAN, s. 15.

[21] ASTARLI, s. 7.

[22] BÜSCHER, Andreas, Die einvernehmliche Aufhebung von Schuldverträgen, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2015, N. 324; FARNER, Martin, Der Aufhebungsvertrag, ArBR 2010, s. 36; ZANETTI, s. 62; ASTARLI, s. 118.

[23] BÜSCHER, N. 325; AEBISCHER, in: MÜLLER/GEISER/PÄRLI, s. 15; TUNÇOMAĞ, s. 1157; TURANBOY, s. 41; GÜMÜŞ, s. 44.

[24] ZANETTI, s. 62; EREN, N. 3953; AKSU, s. 112; Alman hukukunda iş sözleşmesinin ortadan kaldırılmasının taşıdığı öneme binaen ikale sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasının tavsiyeye şayan olduğu yönünde bkz. FARNER, s. 36; AEBISCHER, in: MÜLLER/GEISER/PÄRLI, s. 15.

lem kanun tarafından ya da taraflarca herhangi bir şekil şartına tâbi tutulmuş olsa dahi, ibra sözleşmesi aynı şekle tâbi değildir. Görüldüğü gibi gerek şekil serbestisi ilkesi (TBK m.12) gerek ibra sözleşmesine ilişkin hüküm (TBK m. 132) göz önünde tutulduğunda ikale sözleşmesine yönelik bir şekil şartının bulunmadığı, kural olarak şekil serbestisi ilkesinin cari olduğu kabul edilmelidir. Kanun koyucu borç ilişkisinin ortadan kaldırılmasını şekil şartına bağlı kılmak isteseydi bu yönde düzenlemeler yapardı. İ kale sözleşmesine ilişkin genel olarak bu tarz bir düzenleme yapılmadığına göre kanun koyucu da ikale sözleşmesini herhangi bir geçerlilik şekline tâbi kılmak istememiştir²⁵. Bu ifadelerimize dayanak teşkil edecek bir hükme TMK m. 546/I'de rastlamak mümkündür. Kanun koyucu bu hükümlerle miras sözleşmesinin ortadan kaldırılabilmesi için tarafların yazılı olarak anlaşması gerektiğini açık bir şekilde ortaya koymuştur. Görüldüğü gibi kanun koyucu arzu ettiği takdirde ikale sözleşmesi hakkında şekil şartı öngörmektedir. Şu hâlde ikale sözleşmesinin şekline ilişkin genel bir hükmün mevcut olmaması, ikale sözleşmesinde şekil serbestisi ilkesinin cari olduğu yönünde yorumlanmalıdır.

Öğretide azınlıkta kalan görüşe göre ikale sözleşmesi borç ilişkisini kısmen ortadan kaldırıyorsa, yani kısmi ikale sözleşmesi söz konusu ise şekil serbestisi ilkesini önceleyen hükümlerden ziyade TBK m. 13'ün uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir. Mevcut bir sözleşmede değişiklik yapılmasına yönelik bir sözleşmeyi (tadil sözleşmesi) esas sözleşmenin şekil şartına tâbi kılan anlayış (TBK m. 13) bahis mevzuu sözleşmenin ikale ile ortadan kaldırılmasında evleviyetle geçerlik kazanmalıdır. Zira tadil sözleşmesinde yalnızca borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerde kısmen değişiklik meydana gelirken ikale sözleşmesinde borç ilişkisi tamamen ortadan kalkmakta, yeni borçların doğmasının önüne geçilmektedir²⁶. Buna göre geçerli bir şekilde kurulması yazılı şekle bağlanan bir sözleşmede yapılacak değişikliklerde de yazılı şekle uyulması icap eder. Öğretide haklı olarak ifade edildiği üzere bu değişiklikler sözleşmenin özüne müdahalede bulunmalıdır. Böyle bir nitelik taşıyan değişiklikler TBK m. 13'ün kapsamına girer²⁷. Bir sözleşmede tarafların yükümlülüklerini artırmaya yönelik müdahalenin sözleşmede değişiklik yapmak anlamına geldiği hususunda öğretide ittifak söz konusu iken bedeli indiren ya da edimi nicelik itibarıyla azaltan müdahalelerin ikale sözleşmesi ya da sözleşmenin değişikliği olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği tartışmalıdır.

TBK m. 13 (OR Art. 12) hükmünün nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkin öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Evvela meseleye en katı

[25] Aynı yönde bkz. ASTARLI, s. 120.

[26] SELİÇİ, s. 108.

[27] BÜSCHER, N. 333.

şekilde yaklaşan görüş uyarınca borç ilişkisinin esaslı unsurlarını değiştiren müdahaleler, bahis mevzuu borç ilişkisinin tâbi olduğu şekilde yapılmalı, bunun dışında kalan ikinci derecede noktaların ise herhangi bir şekil şartına bağlı olmaksızın değiştirilebileceği kabul edilmelidir²⁸. İkinci görüşe göre yapılan değişikliğin tarafların yükümlülükleri üzerinde yaptığı etki tetkik edilmelidir. Buna göre kanunun şekil şartına tâbi tuttuğu bir yükümlülük kısmen ya da tamamen ortadan kaldırıldığında TBK m. 132'de (OR Art. 115) yer alan şekil serbestisi ilkesi TBK m. 13 ile sınırlandırılmış olmaz. Sözleşmenin özüne dokunan bu tarz müdahale borç ilişkisinin sona erdirilmesi olarak tavsif edilir ve böylece şekil şartına tâbi olmaksızın ikale sözleşmesi yapılabilir. Ayrıca ikale sözleşmesiyle en azından taraflardan birisi yükümlülüklerinden kurtulmaktadır. Dolayısıyla taraflara ekstra yükümlülük getirilmeyen böyle bir durumda şeklin koruyucu etkisinden söz etmek de anlamlı değildir. Tarafların yükümlülükleri artıyorsa değişiklik de asıl sözleşmenin tâbi olduğu şekilde yapılmalı, aksi takdirde şekil serbestisi ilkesi geçerli kabul edilmelidir²⁹. Üçüncü görüş de esas itibarla ikinci görüşün düşüncesinden hareket etmektedir. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler ile eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun yükümlülüklerini azaltan değişiklikler hiçbir şekil şartına tâbi değildir. Bununla birlikte tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin yükümlülüklerini azaltmak otomatik olarak diğer tarafın yükümlülüklerini arttırmak anlamına gelir³⁰. Şöyle ki iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan birinin yükümlülüklerinin azaltılması karşısında diğer tarafın yükümlülüğü fiilen aynı kalmakla birlikte değer itibarıyla artmış olur. İkale sözleşmesinin edimler arasındaki değiş tokuş ilişkisi üzerindeki dolaylı etkisinin bir sonucu olarak her durumda şeklin koruyucu etkisine gerek olmadığı yönünde yorum yapmak isabetli değildir³¹. Dolayısıyla bu son görüş uyarınca iki tarafa tam borç yükleyen sözleşmelerde ikale sözleşmesi TBK m. 13 uyarınca asıl sözleşmenin tâbi olduğu şekilde yapılmalıdır.

Azınlıkta kalan bu görüş çeşitli yönlerden eleştiriye açıktır. Her şeyden önce ikale sözleşmesi borç ilişkisini sona erdirir. Borç ilişkisinden doğan müstakil borçların sona erdirilmesi ikale olarak nitelendirilemez³². Borç ilişkisinden doğan müstakil borçların tarafların anlaşması suretiyle ortadan kaldırıldığı hallerde azınlıkta kalan görüş uygulama alanı bulabilir. Fakat bu hukuki işlemi kanaatimizce ikale sözleşmesi olarak tavsif et-

[28] SAYMEN, Ferit Hakkı, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1950, s. 159; ÖZ, Kerem, Tadil Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 105.

[29] KOÇAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 307; BÜSCHER, N. 336.

[30] KOÇAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 308.

[31] BÜSCHER, N. 337.

[32] Karş. TURANBOY, s. 37 vd.; AKSU, s. 112.

mek olanağı yoktur. Gerçek anlamda ikale sözleşmesi sözleşmede değişiklik yapmaktan öte söz konusu sözleşmeyi bütünüyle ortadan kaldırır. Dolayısıyla ikale sözleşmesi açısından TBK m. 13 uygulama alanı bulamaz³³. Burada borç ilişkisinin kısmen ortadan kaldırılması olsa olsa ibra sözleşmesi olarak nitelendirilebilir. Zira borç ilişkisi bütünüyle ortadan kalkmamakta, borç ilişkisinden doğan bir ya da birkaç borç sona ermektedir. Bu durumda bilhassa karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde taraflardan birinin borcunun ibra sözleşmesi ile ortadan kaldırılması halinde diğer tarafın borcunda fiilen bir ağırlaşmanın söz konusu olacağı, dolayısıyla azınlıkta kalan görüşün sözleşmenin şeklini TBK m. 13 kapsamına alma sebeplerinin kendini göstereceği söylenebilir. Fakat bu durumda dahi kanun koyucu ibra sözleşmesine ilişkin müstakil bir hüküm ihdas etmesinin tabii sonucu olarak ibra sözleşmesinin şekle tâbi olduğu kabul edilemez (TBK m. 132)³⁴.

Borç ilişkisinden doğan borçlar kısmen veya tamamen ifa edilmiş ise taraflar, ikale sözleşmesi ile en başta mevcut olan duruma dönmek isteyebilir. Böyle durumlarda ikale sözleşmesi taraflar için yeni yükümlülükler ortaya çıkartır³⁵. Bu yükümlülüklerden bir kısmı, temeldeki borç ilişkisinden doğan borçların ters çevrilmiş hâli iken bir kısmı ise içerik itibarıyla yeni borçlardır. Bütün bu durumları kuşatacak şekilde mevzuatta ikale sözleşmesine ilişkin somut düzenlemeler yer almadığı için genel hükümler uygulama alanı bulur³⁶. İ kale sözleşmesinin şeklini tayin ederken meydana gelen yeni yükümlülükler için kanunlarda herhangi bir şeklin öngörülüp öngörülmediğini araştırmak icap eder.

İ kale sözleşmesi yapılmadan önce, ortadan kaldırılmak istenen sözleşmenin taraflara yüklediği borçlar ifa edilmemişse TBK m. 132'de düzenlenen ibraya ilişkin hükümleri uygulamada bir sakınca yoktur. Buna karşılık, taraflardan en az birisi borcunu ifa etmişse bu durumda doğacak iade borcu nedeniyle ibra sözleşmesi hükümleri değil, sebepsiz zenginleşme ya da sözleşmenin tasfiyesine ilişkin hükümler uygulanmalıdır³⁷. İşte bu durum ibradan ziyade sözleşmeden dönmeye benzer. Dolayısıyla ikale, tarafların borçlarını ifa etmedikleri bir borç ilişkisini geçmişe etkili olarak ortadan kaldırıyorsa iade borcu söz konusu olmayacağı için TBK m. 132 hükmü kıyasen uygulanmalı yani ikale sözleşmesinde şekil şartı aranmamalıdır. Eğer taraflardan biri edimini ifa etmiş ve borç ilişkisi ileriye etkili olarak ortadan kaldırılmışsa, ifa edilen edimi iade

[33] ARMAĞAN, s. 175; Tadil sözleşmesi ile ikale sözleşmesinin birbirinden ayrıldığı yönünde bkz. AEBISCHER, in: MÜLLER/GEISER/PÄRLI, s. 10.

[34] Karş. ÖZ, s. 103 vd.

[35] İfa edilmiş sözleşmelerin ikale sözleşmesi ile ortadan kaldırıldığı hallerde tarafların iade yükümlülüğü altına girdiklerine dair bkz. TUNÇOMAĞ, s. 1156.

[36] BÜSCHER, N. 359.

[37] GÜMÜŞ, s. 46.

borcu kararlaştırılmamak kaydıyla sözleşme şekil şartlarına tabi olmadan yapılabilir. Ancak, ikale sözleşmesi yapılmadan önce şekle bağlı olarak yapılan sözleşmeden kaynaklanan edimler ifa edilmişse ve ikale bu edimlerin iade edileceğini de düzenliyorsa artık ikale sözleşmesi ortadan kaldırılmak istenen sözleşmenin şekline tâbi olacaktır³⁸. Bu duruma verilebilecek en güzel örnek taşınmaz satışını konu edinen sözleşmenin ikale yoluyla ortadan kaldırılmasıdır. Şayet taşınmaz satış sözleşmesi yapıldıktan sonra tescil de gerçekleşmişse, ikale sözleşmesiyle bu borç ilişkisini ortadan kaldırmak ve malvarlığını baştaki duruma çevirmek için sözleşme yine tapu müdürlüğünde ya da noterde yapılmalıdır. Zira taşınmaz mülkiyetinin devrine yol açan sözleşmelerin resmi şekilde yapılması gerekir.

İş sözleşmeleri açısından ayrı bir bahis açılması gerekmektedir. İşçi-işveren ilişkilerinde zayıf konumda olan işçiyi korumak gayesiyle kanun koyucu taraflar arasındaki ilişkiye kimi zaman müdahale etmektedir. İş sözleşmesinin ikale sözleşmesiyle sona erdirildiği hallerde, her ne kadar işçi ve işveren sözleşme kuruyor olsalar da işçinin yine de korumaya muhtaç olduğu, dolayısıyla işçinin korunması gerektiği kabul edilmektedir³⁹. Buna bağlı olarak olması gereken hukuk yönünden bilhassa iş sözleşmelerinin ikale sözleşmesi ile ortadan kaldırılmasını şekil şartına tâbi kılmak isabetli görünmektedir. Böylece işçinin karşı karşıya kaldığı bu ciddi durum karşısında düşünmesi sağlanmış olacak, öte yandan tarafların iradesini tespit etmek ve bu iradeleri yorumlamak daha kolay hale gelecektir⁴⁰.

[38] ARMAĞAN, s. 175; GÜMÜŞ, s. 48; SAVAŞ, s. 129.

[39] Bu hususta bkz. ASTARLI, s. 18 vd.

[40] ASTARLI, s. 121.

SONUÇ

İkale sözleşmesi borç ilişkisini ortadan kaldıran yöntemlerden biridir. Teorik temelini irade serbestisi ilkesinde bulan ikale sözleşmesinin meydana gelebilmesi için karşılıklı ve birbirine uygun taraf iradesi gerekir. Taraf iradelerinin ne şekilde tecelli edeceği meselesi, öğretilerde çeşitli görüşlerin ileri sürülmesine yol açsa da borçlar hukuku açısından kanımızca irade serbestisi ilkesinden ayrılmayı gerektirecek bir husus bulunmamaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun liberal ruhu bunu gerektirir. İrade serbestisi ilkesinin kendini gösterdiği noktalardan birisi de hukuki işlemin şeklidir. Bir kimse hukuki işlemi dilediği şekilde yapabiliyorsa, irade serbestisi şekil yönünden tam manasıyla hayata geçmiş olur. Dolayısıyla hukuki işlemin kurulmasını şekil şartına tâbi kılmak, irade serbestisi sınırlandırmak anlamına gelir. İrade serbestisini sınırlandıran uygulamalara ise temkinli yaklaşmakta fayda vardır. Hiç şüphesiz kanun koyucu gerekli gördüğü noktalarda belirli hukuki işlemler açısından şekil şartı öngörebilir.

İkale sözleşmesi bakımından kanun koyucu genel nitelikte, sözleşmenin şeklini tayin eden bir hüküm ihdas etmiş değildir. Sadece TMK m. 546/1'de olduğu gibi istisnai olarak bazı sözleşmelerin şekil şartına tâbi olacak şekilde ikale sözleşmesi ile ortadan kaldırılabilmesini kabul etmiştir. Kanun koyucunun sadece belirli sözleşmeler açısından takındığı bu tutumu umuma yaymak doğru olmaz. Dolayısıyla ikale sözleşmesinin tarafların diledikleri şekilde yapılabileceğini kabul etmek icap eder. Fakat ikale sözleşmesi taşınmaz mülkiyetinin intikali gibi şekil şartına tâbi bir borç doğuruyorsa borcun gerektirdiği şekil şartına uyulmalıdır. Yabancı edimlerin eklemlendiği ikale sözleşmesinde ise eklemlenen edim şekil şartı gerektiriyorsa ve taraflar bu şekle riayet etmemişse bu durumda ikale sözleşmesi değil, söz konusu sözleşme kaydı geçersiz olur. Bu durumda ikale sözleşmesinin geçersizliği olsa olsa TBK m. 27/2 çerçevesinde ileri sürülebilir.

KAYNAKÇA

- AEBISCHER, Marco, Aufhebungsvereinbarung und Verzichtserbot im Arbeitsrecht, in: MÜLLER, Roland/GEISER, Thomas/PÄRLI, Kurt (Hrsg.), RiU - Recht in privaten und öffentlichen Unternehmen Band/Nr. 54, Dike Verlag AG, 2023.
- AKSU, Mustafa, Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Yeniliklerden İbra, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, (Prof. Dr. Aydın Zevkililer'e Armağan), 2013, s. 97-130.
- ARMAGAN, Davut, Türk Borçlar Hukukunda İkale Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- ASTARLI, Muhittin, İş Hukukunda İkale, 2. Bası, Turhan Yayınevi, Ankara, 2016.
- AYAN, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- BÜSCHER, Andreas, Die einvernehmliche Aufhebung von Schuldverträgen, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2015.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- FARNER, Martin, Der Aufhebungsvertrag, ArbR 2010, s. 33-52.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- OĞUZMAN, Kemal, ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- ÖZ, Kerem, Tadil Sözleşmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- SAVAŞ, Abdurrahman, Türk Borçlar Hukukunda İkale Sözleşmesi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 7, S. 26 (Nisan 2016), s. 105-141.
- SAYMEN, Ferit Hakkı, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1950.
- SELİÇİ, Özer, Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku I. Cilt, 6. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976.
- TURANBOY, K. Nuri, İbra Sözleşmesi, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 1998.
- ZANETTI, Gianni F., Der Aufhebungsvertrag, mp 2009, s. 59-67.

İŞLETME RUHSATININ DEVRİNİN ÜRÜN KİRASİ SÖZLEŞMESİNİN ESASLI BİR UNSURU OLUP OLMADIĞI PROBLEMİ

Arş. Gör. Furkan ÖZDEMİR

Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ORC-ID: 0000-0002-9872-1409

ozdemirfurkan@gmail.com

ÖZET

Ürün kirası sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) kiraya ilişkin düzenlemelerinin yer aldığı dördüncü bölümün, üçüncü ayırımında hüküm altına alınmıştır. Ürün kirası, kiraya verenin, kiracıya, ürün veren bir şeyin veya hakkın kullanılmasını ve ürünlerin devşirilmesini bedel karşılığında bırakmayı üstlendiği bir sözleşme olarak tanımlanmıştır (TBK m. 357/f. I). Söz konusu tanım ışığında, ürün kirasının konusunu; ürün getiren bir taşınır, taşınmaz, işletme veya hak oluşturmaktadır. Bu sözleşme ile kiracıya, kiralananı kullanmanın yanında ürünlerden yararlanma imkânı da verilmektedir. Ürün, tarımsal arazilerdeki doğal ürünlerden olabileceği gibi işletmeden elde edilen hukuki (medeni) ürünler de olabilir. Kiracı, ödediği bedel karşılığında kiralananın kullanma ve işletme hakkına sahip olmaktadır. Kiralananı işletmek, kiracı için hak olduğu kadar aynı zamanda bir yükümlülük de teşkil etmektedir (TBK m. 364/f. I). Ürün kirası sözleşmesinde kira bedeli iki farklı şekilde belirlenebilir. Kiralanan şey karşılığında kira bedeli olarak para ödenecekse, olağan ürün kirası söz konusu olur. Buna karşın kiralananın getirmiş olduğu ürünün bir kısmının kiraya devri şeklinde bir anlaşma varsa ürüne katılmalı kira sözleşmesinin varlığından bahsedilir. Söz konusu esaslı noktalar üzerinde tarafların anlaşması ile ürün kirası sözleşmesi kurulmaktadır.

Öğreti ve uygulamada bu unsurların yanında işletme ruhsatının devri de sözleşmenin esaslı bir unsuru olarak kabul edilmektedir. Yargıtay vermiş olduğu kararlarda, bir sözleşmenin ürün kirası kapsamında değerlendirilebilmesi için kiralananın işletme ruhsatı ile devredilmesi gerektiğini vurgulamıştır. İşletme ruhsatının kiracı adına düzenlendiği hallerde ise ürün kirası sözleşmesinin varlığını kabul etmemiştir. Ne var ki ürün kiralaları bakımından önemli olan, belirli bir şekilde işletilmiş olan

işletmenin, aynı şekilde işletilmeye devam edilmesinin sağlanmasıdır. Bunun için de ürün getiren organizasyonun (özellikle demirbaşların) sözleşmenin amacına uygun bir şekilde kullanılmaya ve işletilmeye elverişli olarak kiracıya devri yeterli görülmelidir. Sözleşmenin ürün kirası olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği, idari bir izin kapsamında verilen işletme ruhsatının kimin adına düzenlendiğinden bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Aksi bir kabul, ürün kirası sözleşmesinin uygulama alanına oldukça daraltacak, taraf iradeleri ile uyuşmayan kira hükümlerinin uygulanması sonucunu doğuracaktır. Ne var ki bu yaklaşımın da bazı istisnaları bulunmaktadır. Nitekim ürün kirasının bir türü olan rö-dovans sözleşmelerinde, işletme ruhsatının kiraya veren adına olması bir zorunluluktur. Keza fikri ve sınai haklar ile ürün veren diğer hakların ürün kirasına konu olduğu hallerde söz konusu hakkı tevsik eden belgelerin zilyetliğinin de kiracıya devredilmesi gerekir.

Anahtar Kelimeler: Kira sözleşmesi, Ürün Kirası, Ürün, İşletme Ruhsatı, Demirbaş.

THE PROBLEM OF WHETHER THE TRANSFER OF A OPERATING LICENCE IS AN ESSENTIAL ELEMENT OF A USUFRUCTUARY LEASE CONTRACT

ABSTRACT

The usufructuary lease contract is regulated under the third section of the fourth chapter of the Turkish Code of Obligations (TCO) numbered 6098, which includes the regulations on lease. A usufructuary lease is defined as a contract where the lessor undertakes to leave to the lessee the use of a thing or right that yields a crop and the harvesting of the crop in return for a consideration (Art. 357/p. I of the TCO). In the light of the definition, the subject of the usufructuary lease is a movable, immovable, enterprise or right that yields a product. With this contract, the lessee is given the opportunity to benefit from the products in addition to using the leased object. The product may be natural products in agricultural lands or civilised products obtained from the enterprise. The lessee has the right to use and operate the leased object in return for the price paid. Operating the leased object constitutes an obligation as well as a right for the lessee (Art. 364/p. I of the TCO). In the usufructuary lease contract, the rental price can be determined in two different ways. If money is to be paid as rent in return for the leased object, ordinary usufructuary lease is in question. On the other hand, if there is a contract in the form of transferring a part of the product brought by the leased object to the lessee, the existence of a lease contract with product participation is mentioned. A usufructuary lease contract is established with the contract of the parties on these essential points.

In doctrine and practice, in addition to these elements, the transfer of the operating licence is also accepted as an essential element of the contract. In its decisions, the Court of Cassation has emphasised that for a contract to be considered within the scope of usufructuary lease, the leased object must be transferred with a business licence. In cases where the operating licence is issued in the name of the lessee, the existence of a usufructuary lease contract is not accepted. However, what is important in terms of usufructuary lease is to ensure that the enterprise, which has been operated in a certain way, continues to be operated in the same way. For this purpose, the transfer of the productive organisation (especially the fixtures) to the lessee as suitable for use and operation in accordance

with the purpose of the contract should be deemed sufficient. Whether the contract can be qualified as a usufructuary lease should be evaluated independently of the name in whose name the operating licence issued under an administrative permit is issued. A contrary acceptance will narrow the field of application of the usufructuary lease contract and will result in the application of lease provisions that are incompatible with the will of the parties. However, there are some exceptions to this approach. As a matter of fact, in royalty agreements, which are a type of usufructuary lease, it is an obligation that the operating licence is in the name of the lessor. Likewise, in cases where intellectual and industrial rights and other rights that produce products are subject to usufructuary lease, the possession of the documents certifying the right in question must also be transferred to the lessee.

Keywords: Lease contract, usufructuary lease, product, operating licence, fixture.

GİRİŞ

Kira sözleşmelerini düzenleyen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) dördüncü bölümü, üç ayrımdan oluşmaktadır. İlk ayrımda, kira sözleşmesine ilişkin genel hükümler (TBK m. 299-338), ikinci ayrımda, konut ve çatılı işyeri kiralaları (TBK m. 339-356), üçüncü ve son ayrımda ise ürün kirasına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Ürün getiren bir taşınır, taşınmaz ya da hakkın, kullanılmak ve gelirlerinden yararlanmak üzere kiralandığı hallerde, ürün (hâsılat) kirasının varlığından bahsedilir. Söz konusu kira sözleşmesi ile, kiracıya kullanma hakkı dışında, elde edilen ürünlerden yararlanma hakkı da bahşedildiği için kanun koyucu bu sözleşmeyi ayrıca düzenleme ihtiyacı duymuştur.

Ürün kirası sözleşmeleri bakımından belirleyici olan unsur, kiralandır Nitekim bir olayda ürün kirasına ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için ürün veren bir şeyin veya hakkın, kullanması ve ürünlerini devşirmesi için kiracıya bırakılmış olması gerekir. Ne var ki söz konusu sözleşmenin bu unsurunun tespiti, her durumda çok da kolay değildir. Zira bazı hallerde, ürün getiren bir şeyin kira sözleşmesine konu edilmesi, bu sözleşmenin ürün kirası sözleşmesi olduğu anlamına gelmez. Bu noktada adi kira ve çatılı işyeri kiralaları bakımından çeşitli örnekler verilebilir. Örneğin, bir tarlanın ekilip-biçilmesi veya ağaç yetiştirilmesi için kiralanması mümkündür. Bu ihtimalde, taraflar arasında akdedilen sözleşmenin ürün kirası sözleşmesi olduğu kabul edilir. Zira tarla, doğal ürünler devşirmeye uygun bir taşınmazdır. Bu da onun ürün kirası sözleşmesine konu olabileceği anlamına gelmektedir. Ancak tarlanın her durumda ürün elde etmek amacıyla kiralandığı söylenemez. Nitekim aynı tarla, kiracının sahip olduğu inşaat malzemelerinin depolanması için de kiraya verilebilir. Kiracının ürün elde etme amacının bulunmadığı bu gibi hallerde, adi kira sözleşmelerine ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır. Benzer bir durum, çatılı işyerleri bakımından da geçerlidir. Çatılı işyeri, niteliği itibarıyla, üstü kapalı bir yeri ifade eder. Dolayısıyla, bu türden bir taşınmazın doğal ürün getirmesi mümkün değildir. Ancak ürün kirası sözleşmesi, hukuki (medeni) ürün getiren şeyler bakımından da akdedilebilir. Çatılı işyerlerinin ürün veren bir işyeri niteliğini kazanabilmesi için, söz konusu işyerinde işletme faaliyetlerinin yürütülmesi gerekmektedir. Burada çatılı işyerinin getirebileceği ürün de işletme faaliyeti sonucunda elde edilen gelir olacaktır. Çatılı işyeri, ürün getiren bir işletmeyle kiraya verilebileceği gibi çıplak olarak da kiraya verilebilir. İlk ihtimalde ürün kirası söz konusu olurken, diğer ihtimalde ise çatılı işyeri kirasının varlığından bahsedilir.

Yargı kararları ve öğretide, adi kira, çatılı işyeri kirası ile ürün kirası sözleşmelerini birbirinden ayırmak için çeşitli kriterler geliştirilmiştir.

Bu kriterlerden biri de kiralananın, işletilmesi için gerekli olan tüm demirbaşlar ve işletme ruhsatı ile devredilmesidir. Demirbaşların devredilmesi unsuru, belirli bir şekilde işletilmekte olan taşınmazın, aynı şekilde işletmeye devam edilmesi için gerekli ve anlaşılabilir bir koşuldur. Ancak aynı değerlendirme, işletme ruhsatının devri bakımından yapılamaz. Zira yargı kararlarında ve uygulamada işletme ruhsatının devredilmesine verilen anlam, ürün kirası sözleşmesinin uygulama alanını oldukça daraltmaktadır. Bunun yanında bazı hallerde, bu şartın karşılanması hukuki düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda mümkün de değildir.

Bu çalışmada, işletme ruhsatının devredilmesinin, ürün kirası sözleşmesinin esaslı bir unsuru olup olmadığı meselesi incelenecektir. Bu doğrultuda, öncelikle ürün kirası sözleşmesinin temel özelliklerine değinilecek, ardından da bu sözleşmeyi diğer kira sözleşmelerinden ayırt etmekte kullanılan işletme ruhsatının devri şartının, uygun bir kriter olup olmadığı ele alınacaktır¹.

ÜRÜN KIRASI SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE ŞEKLİ

Ürün kirası, TBK m. 357/f. 1'de, kiraya verenin, kiracıya ürün veren bir şeyin veya hakkın kullanılmasını ve ürünlerin devşirilmesini bedel karşılığında bırakmayı üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır. Ürün kirası sözleşmesi ile kiracı, bedel ödeme borcu altına girerken, kiraya veren, sözleşmeye konu şey veya hakkı kullanırmak ve işletmek üzere kiracıya bırakma borcu altına girmektedir². Bu itibarla ürün kirası sözleşmesi; tam iki tarafa borç yükleyen, ivazlı bir sözleşmedir³. Sözleşmenin kurulabilmesi için kiralananın teslimi şart olmadığından rızai bir sözleş-

[1] Bu noktada önemle vurgulamak gerekir ki işletme ruhsatının devredilmesi tartışması, tüm ürün kirası sözleşmeleri bakımından geçerli olan bir mesele değildir. Ancak ele alınacak olan husus, ürün kirası sözleşmelerinin birden fazla görünümünü ilgilendirdiğinden, bu çalışmada "İşletme Ruhsatının Devrinin Ürün Kirası Sözleşmesinin Esaslı Bir Unsuru Olup Olmadığı Problemi" başlığının kullanımı tercih edilmiştir.

[2] Honsell, Heinrich. *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil*, 10. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2017, s. 272; Higi, Peter. *Die Pacht iç. Zürcher Kommentar*, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2000, OR Art. 275, s. 67, N. 8; Kessler, Franz J. *Obligationenrecht-Einzelne Vertragsverhältnisse- Art 184-529 OR und Innominatverträge iç. Handkommentar*, 4. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2023, OR Art. 275, s. 409, N. 1; Fricker, Matthias/Seiler, Roger. *Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht iç. Orell Füssli Kommentar*, 4. Auflage, Orell Füssli Verlag, 2023, OR Art. 275, s. 863-864, N. 1 vd.; Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 435, N. 1452; Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak. *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 18. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2022, s. 375; Altaş, Hüseyin. *Hasılat ve Şirket Kirası*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 73; Kahraman, Zafer. *Ürün Kirası iç. İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu*, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, TBK m. 357, s. 3470, N. 5; Darcan, Şeyhmus. *Ürün Kirası Sözleşmesi*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 21.

[3] Honsell, s. 272; Higi, OR Art. 275, s. 67, N. 8; Kessler, OR Art. 275, s. 410, N. 2; Eren, s. 437, N. 1458, 1459; Yavuz/Acar/Özen, s. 376; Altaş, s. 75; Kahraman, TBK m. 357, s. 3471, N. 7; Darcan, s. 73.

me olan⁴ ürün kirası sözleşmesi, sürekli bir borç ilişkisi doğurmaktadır⁵. Kanun'da ürün kirası sözleşmesinin yapılması bakımından herhangi bir geçerlilik şekli öngörülmemiştir. Dolayısıyla taraflar, TBK m. 12/f. I hükmünde öngörülen şekil serbestisi kuralı çerçevesinde, diledikleri şekilde bu sözleşmeyi yapabilirler⁶.

ÜRÜN KİRASİ SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

Ürün kirası sözleşmesinde kiraya veren, ürün veren bir şeyi veya hakı, kullanmak ve işletmek üzere kiracıya bırakmakta, buna karşılık kiracı da kira bedelini ifa etme veya devşirilecek ürünün belirli bir kısmını vermeyi taahhüt etmektedir. Bu doğrultuda ürün kirası sözleşmesi; ürün veren bir şey veya hakkın söz konusu olması⁷, bu şey veya hakkın kullanması ve semerelerinden faydalanması için kiracıya bırakılmış olması⁸, işletme yetkisine sahip kiracının, kiralananı işletme ve işletmeye elverişli şekilde bulundurmakla yükümlü bulunması⁹, kiracının bu işletme karşılığında kiraya verene kira bedelini ödemesi¹⁰ ve tarafların bu hususlar hakkında anlaşması unsurlarından oluşmaktadır¹¹.

Ürün kirasının konusunu, ürün getiren herhangi bir taşınır, taşınmaz, ticari işletme veya hak oluşturabilir¹². Kiralananın eşya olması gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır. Önemli olan, ürün getirme kabiliyeti bulunan, kiracının işleterek ürün elde edebileceği bir şey veya hakkın bu sözleşmeye konu edilmesidir¹³.

Söz konusu sözleşmede, ürün veren bir mal veya hak, kullanma yanın-

[4] Higi, OR Art. 275, s. 67, N. 8; Eren, s. 437, N. 1460; Yavuz/Acar/Özen, s. 376; Altaş, s. 75; Kahraman, TBK m. 357, s. 3471, N. 7.

[5] Higi, OR Art. 275, s. 67, N. 8; Eren, s. 437, N. 1461; Yavuz/Acar/Özen, s. 376; Altaş, s. 75; Kahraman, TBK m. 357, s. 3471, N. 7; Darcan, s. 73.

[6] Higi, OR Art. 275, s. 79, N. 60; Eren, s. 440, N. 1472; Altaş, s. 75; Darcan, s. 73 vd.

[7] Honsell, s. 272-273; Higi, OR Art. 275, s. 70, N. 20; Kessler, s. 410, N. 3; Fricker/Seiler, OR Art. 275, s. 863, N. 1; Eren, s. 438, N. 1462; Burcuoğlu, Halük. *Uygulama ve Öğretiden Örneklerle Özel Hukukta (Aile-Kira-Borçlar Hukukununun Diğer Bazı Bölümleri ve Karar ve İlam Harcı, Kesin Kararlar Bakımından da Yasa Yolu Açılması) I Quo Vadis (Nereye) II Nihayet*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 129-130; Yavuz/Acar/Özen, s. 376-377; Altaş, s. 76 vd.; Kahraman, TBK m. 357, s. 3471, N. 9; Darcan, s. 30.

[8] Higi, OR Art. 275, s. 72, N. 34; Eren, s. 439, N. 1465; Burcuoğlu, s. 130; Yavuz/Acar/Özen, s. 376-377; Kahraman, TBK m. 357, s. 3471, N. 9; Darcan, s. 59.

[9] Kessler, OR Art. 275, s. 410, N. 3; Burcuoğlu, s. 130. Öğretide Darcan, işletme yükümlülüğünün sözleşmenin asli bir unsuru olmadığını, bu yükümlülüğün özen yükümlülüğü kapsamında ele alınması gerektiğini ifade etmektedir. Bu hususta bkz. Darcan, s. 62 vd.

[10] Honsell, s. 273; Higi, OR Art. 275, s. 77, N. 50; Kessler, s. 410, N. 2; Fricker/Seiler, OR Art. 275, s. 864, N. 10; Eren, s. 439, N. 1467; Yavuz/Acar/Özen, s. 377; Altaş, s. 76; Kahraman, TBK m. 357, s. 3471, N. 9; Darcan, s. 67.

[11] Eren, s. 440, N. 1469; Yavuz/Acar/Özen, s. 377 vd.; Altaş, s. 76; Kahraman, TBK m. 357, s. 3471, N. 9; Darcan, s. 71.

[12] Higi, OR Art. 275, s. 71 vd., N. 24 vd.; Kessler, s. 410, N. 3; Fricker/Seiler, OR Art. 275, s. 863, N. 2, 3; Eren, s. 438, N. 1463; Yavuz/Acar/Özen, s. 376-377; Altaş, s. 76; Kahraman, TBK m. 357, s. 3473, N. 13; Darcan, s. 39.

[13] Higi, OR Art. 275, s. 70, N. 20; Kessler, s. 410, N. 3; Fricker/Seiler, OR Art. 275, s. 863, N. 2, 3; Eren, s. 438, N. 1436; Altaş, s. 76 vd.; Kahraman, TBK m. 357, s. 3473, N. 13; Darcan, s. 39.

da işletme suretiyle ondan yararlanılması için de kiracıya bırakılmaktadır. Kiracının kiralananı işletmesi, onun için bir hak olduğu kadar aynı zamanda bir yükümlülüktür. Nitekim TBK m. 364/f. 1'de, kiracının, kiralananı özgülendiği amaca uygun ve iyi bir biçimde işletmekle, özellikle ürün vermeye elverişli bir durumda bulundurmakla yükümlü olduğu hüküm altına alınmıştır.

Ürün kirası sözleşmelerinde kiracı, kiralananı kendi hesabına işletmektedir¹⁴. Bu durumun bir sonucu olarak, kiralananın elde edilen ürünleri toplama hakkının, kiracıya bırakılmış olması gerekir¹⁵. Söz konusu ürünler, doğal ürünler olabileceği gibi medeni ürünler de olabilir¹⁶.

Ürün kirası sözleşmesi, yukarıda da vurgulandığı üzere, tam iki tarafa borç yükleyen, ivazlı bir sözleşmedir. Dolayısıyla kiracı, kira sözleşmesinin bu türünde, kiralananın kullanılmasının ve işletilmesinin kendisine bırakılması karşılığında, bir kira bedeli ödemek zorundadır¹⁷. Ürün kirasında kira bedeli, belirli bir meblağ şeklinde kararlaştırılabileceği gibi elde edilecek olan ürünün belirli bir kısmı olarak da kararlaştırılabilir¹⁸.

ÜRÜN KİRASININ DİĞER KİRA İLİŞKİLERİNDEN AYIRT EDİLMESİ VE İŞLETME RUHSATININ DEVRİ KRİTERİ

Genel Olarak

Yukarıda da vurgulandığı üzere, TBK'da temel olarak, adi kira, konut ve çatılı işyeri kiralaları ile ürün kirası olmak üzere üç farklı kira ilişkisi düzenlenmiştir. Söz konusu kira tiplerine uygulanacak kurallar birbirinden farklılaştığı için somut olayda hangi kira sözleşmesinin bulunduğu tespit edilmesi gerekmektedir.

Öğretide ürün kirasını diğer kira sözleşmelerinden ayırt etmek için kullanılan ilk kriter, kira sözleşmesinin konusudur¹⁹. Buna göre, adi kira ile konut ve çatılı işyeri kiralalarının konusunu, daima taşınır veya taşınmaz mallar oluşturur²⁰. Maddi varlığı bulunan bu şeylerin ürün getirip getirmemesi ise önem taşımaz. Bu tip kira sözleşmeleri bakımından önemli olan, kiracının kiralananı kullanmasıdır²¹. Ürün kirası sözleşmesinde ise kiralananın maddi bir varlığının bulunup bulunmaması önemli değildir. Bu sözleşme bakımından önemli olan husus, kiralananın ürün

[14] Eren, s. 439, N. 1465; Kahraman, TBK m. 357, s. 3475, N. 19.

[15] Eren, s. 439, N. 1465; Kahraman, TBK m. 357, s. 3475, N. 19.

[16] Yavuz/Acar/Özen, s. 376-377; Darcan, s. 30 vd.

[17] Higi, OR Art. 275, s. 77, N. 50; Kessler, s. 410, N. 2; Fricker/Seiler, OR Art. 275, s. 464, N. 10; Eren, s. 439, N. 1468; Yavuz/Acar/Özen, s. 377; Altaş, s. 123; Darcan, s. 69-70 vd.

[18] Higi, OR Art. 275, s. 77, N. 50; Kessler, s. 410, N. 2; Fricker/Seiler, OR Art. 275, s. 464, N. 10; Eren, s. 439, N. 1468; Yavuz/Acar/Özen, s. 377; Altaş, s. 123; Darcan, s. 69-70 vd.

[19] Kahraman, TBK m. 357, s. 3480-3481, N. 33.

[20] Kahraman, TBK m. 357, s. 3480-3481, N. 33.

[21] Kahraman, TBK m. 357, s. 3480-3481, N. 33.

getirmeye elverişli bir şey veya hak olmasıdır.

Ne var ki ürün sağlayan bir şeyin kiraya verilmesi, her durumda ürün kirasının bulunduğu anlamına gelmez. Dolayısıyla ürün kirası sözleşmesini, diğer kira sözleşmelerinden ayırt etmeye yarayan başka kriterlere de ihtiyaç vardır. Bu noktada, öğretide ve yargı kararlarında sözleşmenin kiracıya sağladığı hak ve yetkilerden yola çıkılarak bir ayırım yapılmaktadır. Yargıtay kararları ile geliştirilen ve öğretide de bazı yazarlarca kabul edilen bu kriterlere göre²², ürün kirasından söz edebilmek için ürün getiren bir taşınır ya da taşınmaz mal, ticari işletme ya da hakkın, kira ilişkisinin konusunu oluşturması ve kiralananın demirbaşları ve işletme ruhsatı ile kiraya verilmesi gerekir. Bu görüşün bir yansıması olarak demirbaşların ve işletme ruhsatının devri de ürün kirası sözleşmesinin esaslı bir unsuru olarak kabul edilmeye başlanmıştır²³.

Kanaatimizce bu noktada demirbaşların devri ile işletme ruhsatının devri arasında bir ayırım yapmak gerekir. Gerçekten de bir kira sözleşmesinin ürün kirası olarak kabul edilebilmesi için işletmeye ait demirbaşların devri gereklidir²⁴. Zira bir işletmenin ürün vermeye devam edebilmesi için faaliyetlerin gerçekleşmesini sağlayan demirbaşların da devri gerekir. Bu sayede işletmenin ürün getirmesini sağlayacak organizasyon da aynen devredilmiş olacaktır. Ne var ki Yargıtay bazı kararlarında, yalnızca demirbaşların devredilmesini ürün kirasının varlığı için yeterli görmemiştir²⁵. Bu yaklaşıma göre, sözleşme kapsamında işletmeye ait demirbaşlar devredilmesine karşın, ruhsat devredilmemiş ve kiracı tarafından sonradan alınmışsa, ürün kirasının varlığından da bahsedilemez.

Yüksek Mahkeme, kira sözleşmesinin türünü belirlerken, işletme ruhsatının kimin adına olduğunun da araştırılması gerektiğine vurgu yapmaktadır²⁶. Bu yaklaşıma göre, işletme ruhsatının kiracı adına olduğu hallerde, işletme ruhsatının devrinden bahsedilemeyeceği için söz konusu kira sözleşmesini ürün kirası olarak nitelendirmek de mümkündür.

[22] Yarg. 6. HD.'nin 09.03.2009 tarih ve E. 2009/K. 2009/1858 sayılı kararı; Yarg. 6. HD.'nin 28.05.2007 tarih ve E. 2007/5485, K. 2007/6561 sayılı kararı; Yarg. 6. HD.'nin 22.01.2007 tarih ve E. 2006/11947, K. 2007/94 sayılı kararı. Kararlar için bkz. www.lexpera.com.tr, E.T.08.06.2024. Bu hususta bkz. Kahraman, TBK m. 357, s. 3487-3488, N. 49.

[23] Yarg. 6. HD.'nin 10.10.2005 tarih ve E. 2005/7314, K. 2005/9156 sayılı kararı, www.legalbank.net, E.T.08.06.2024. Bu hususta bkz. Kahraman, TBK m. 357, s. 3487-3488, N. 49.

[24] Aynı yönde bkz. Burcuoğlu, s. 134. Öğretide Zevkliler/Gökyayla'ya göre, kiralananın ürün elde etmek için mutlaka demirbaşların devredilmesinin şart olmadığını ifade etmektedir (Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K. Emre. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 18. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 191).

[25] Yarg. 6. HD.'nin 28.05.2007 tarih ve E. 2007/5485, K. 2007/6561 sayılı kararı, www.lexpera.com.tr, E.T.08.06.2024.

[26] Yarg. 6. HD.'nin 04.06.2007 tarih ve E. 2006/613, K. 2007/206 sayılı kararı, www.lexpera.com.tr, E.T.08.06.2024.

Ne var ki ürün kirası sözleşmelerinde, işletme ruhsatının devrinin, sözleşmenin esaslı bir unsuru olduğunu kabul etmek, kanaatimizce uygun değildir²⁷. Zira işletme ruhsatının devri kavramı, bünyesinde bazı belirsizlikler barındırmaktadır. Bunun yanında, işletme ruhsatının kiracı adına düzenlendiği hallerde de pekâlâ ürün kirasının varlığından bahsedilebilir. Hatta bazı işletmeler bakımından kiracı adına bir işletme ruhsatı düzenlenmesi, zorunluluk arz eder. Dolayısıyla uygulamada ürün kiraları için aranan bu şartın, yeniden gözden geçirilmesi gerekmektedir. Çalışmanın devam eden başlığında, ürün kirası sözleşmesinin esaslı bir unsuru olarak görülen işletme ruhsatının devri şartına ilişkin bazı problemler ele alınacaktır.

İşletme Ruhsatının Devri Şartı

İşletme Ruhsatı Kavramı

İşletme ruhsatı kavramına, mevzuatta 3213 sayılı Maden Kanunu (MaK) ve İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelik'te rastlamak mümkündür. 3213 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinde, "*işletme faaliyetlerinin yürütülebilmesi için verilen yetki belgesine*", işletme ruhsatı adı verileceği ifade edilmiştir. Benzer şekilde, İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmeliğin 4/n maddesinde, işyeri açma ve çalışma ruhsatı, "*yetkili idareler tarafından bu Yönetmelik kapsamındaki işyerlerinin açılıp faaliyet göstermesi için verilen izin*" olarak tanımlanmıştır.

İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmeliğin m. 6/f. I hükmünde, yetkili idarelerden usulüne uygun olarak işyeri açma ve çalışma ruhsatı alınmadan, işyeri açılmayacağı ve çalıştırılmayacağı düzenlenmiştir. Aynı hükümde, işyeri açma ve çalışma ruhsatı alınmadan açılan işyerlerinin, yetkili idareler tarafından kapatılacağı da öngörülmüştür.

İlgili düzenlemeler dikkate alındığında, işletme ruhsatının, yetkili idareler tarafından düzenlenen bir izin belgesi olduğu sonucuna ulaşılabilir. İdare, bu belgeyi düzenlemekle öncelikle bir işyerinin açılmasına, ardından da açılan bu işyerinin faaliyetlerine devam etmesine izin vermektedir. Bu yönüyle ruhsat verilmesi, idarenin tek yanlı, kamu gücüne dayalı olarak tesis ettiği bir idari işlemdir²⁸. Ayrıca söz konusu idari işlem, niteliği itibarıyla birel bir işlemdir²⁹. Kanun, yönetmelik ve diğer düzenleyici işlemler ile sağlıklı, düzenli ve güvenli çalışma mekanlarının oluşturulması amaçlanmaktadır. Ancak bu düzenlemelerin yapılması, ilgililere doğrudan işyeri açma ve çalıştırma hakkı tanımaz. İlgililerin işletme ruh-

[27] Aynı yönde bkz. Burcuoğlu, s. 134-135.

[28] İlgezdi, Ali Rıza/Sönmez, Eren/Güçlü, Cem. *İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatı*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 31.

[29] İlgezdi/Sönmez/Güçlü, s. 31-32.

satı alabilmeleri için araya birel bir işlemin girmesi gerekir³⁰. Söz konusu işlem ise, işyeri açmak ve çalıştırmak isteyen kişinin talebi sonucunda tesis edilir. Nitekim 3572 sayılı İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanun'un 5'inci maddesinde, işyeri veya işletme açmak isteyen kişilerin, işin özelliğine göre 4'üncü maddede belirtilen yönetmelikte öngörülen kriterlere uygun olarak işyerini düzenledikten sonra başvuru formunu doldurarak, 3'üncü maddede belirtilen mercie ibraz etmeleri gerektiği öngörülmüştür. Bu başvurunun kriterlere uygun olarak doldurulduğunun tespit edilmesi halinde, başkaca bir işleme gerek kalmaksızın işyeri açma ve çalışma ruhsatı düzenlenecektir. İlgili, söz konusu işlemden sonra bu belgeye dayanarak işyerini açabilir.

İşletme Ruhsatının Devredilmesinin Anlamı

Genel Olarak

İşletme ruhsatının devredilmesinin ürün kirasının esaslı bir unsuru olup olmadığını tespit edebilmek için öncelikle ruhsatın devredilmesinden ne anlaşılması gerektiğinin belirlenmesi gerekir. Yargıtay'ın bu husustaki tutumu incelendiğinde, ruhsatın devrinden kastedilenin, işletme ruhsatının kiraya veren adına olması, kiracının kendi adına ruhsat başvurusu yapma zorunluluğunun bulunmaması olduğu görülmektedir. Bir başka deyişle, devir ifadesi ile idari işlem veya temlik ile işletme ruhsatının kiracıya devredilmesi kastedilmemektedir³¹. Burada söz konusu olan yalnızca kiraya veren adına düzenlenen ve faaliyette bulunma izni belgelenen vesikanın zilyetliğinin, işletmeye ait demirbaşlarla birlikte kiracıya devredilmesidir³².

Yüksek Mahkeme'nin kararlarındaki en ilginç husus, işletme ruhsatının kiraya veren adına düzenlenmesi şartının aranmasıdır. Ancak böyle bir şartın bütün ürün kirası sözleşmelerinde sağlanması mümkün değildir. Bu noktada, rödovans sözleşmeleri, hakların kiraya verilmesi ve diğer işletmelerin kiralanması arasında bir ayırım yapılabilir. Zira bu ihtimallerde, işletme ruhsatı veya ilgili hakkı tevsik eden belgelerin kimin adına düzenleneceği sorusuna farklı yanıtlar verilecektir. Bu yanıtlar neticesinde, bazı hallerde kiraya veren adına düzenlenen bir belge söz konusu olacakken, diğer bazı hallerde ise kiracı adına bir belge düzenlenmesi zorunluluk arz edecektir.

[30] İlgezdi/Sönmez/Güçlü, s. 32.

[31] Akkanat, Halil. "Çatılı İşyeri Kirası mı Ürün Kirası mı?". *Prof. Dr. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu'nun Anısına Armağan*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Armağanlar Dizisi: 2, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 16.

[32] Akkanat, s. 16.

Rödovans Sözleşmeleri Bakımından

Doğal etkenler neticesinde oluşan, yerin üstünde ya da altında şekillenen veya depolanan, ekonomik açıdan bir değeri bulunan cansız kütlelere maden adı verilir³³. Madenlere ilişkin temel yasal düzenleme niteliğinde olan Maden Kanunu m. 2/f. I hükmüne göre, yer kabuğunda ve su kaynaklarında tabii olarak bulunan, ekonomik ve ticarî değeri olan petrol, doğal gaz, jeotermal ve su kaynakları dışında kalan her türlü madde madendir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 168'inci maddesinde, tabii servet ve kaynakların Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunduğu, bunların aranması ve işletilmesine ilişkin hakkın da Devlet'e ait olduğu düzenlenmiştir. Hükmün devamında, Devlet'in kendisine ait olan bu hakkı, belirli bir süre için gerçek ve tüzel kişilere devredebileceği ifade edilmiştir. Benzer düzenlemelere, MaK'da da yer verilmiştir. Nitekim ilgili Kanun'un 4'üncü maddesinde, madenlerin devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunduğu, söz konusu tabii kaynakların içinde bulunduğu arzın mülkiyetine tabi olmayacağı düzenlenmiştir. Aynı Kanun'un 6'ncı maddesinde ise, maden haklarının, medeni hakları kullanmaya ehil Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına, Türkiye Cumhuriyeti Kanunlarına göre kurulmuş tüzelkişiliği haiz şirketlere, bu hususta yetkisi bulunan kamu iktisadi teşebbüsleri ile müesseseleri, bağlı ortaklıkları ve iştirakleri ile diğer kamu kurum, kuruluş ve idarelerine verilebileceği hüküm altına alınmıştır.

Tüm bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, madenler üzerindeki hüküm ve tasarruf hakkı Devlet'e aittir. Ancak Devlet bu hakkını, Kanun'da belirtilen gerçek ve tüzel kişilere devredebilir. Devlet bu devir işlemi, hüküm ve tasarrufu altındaki madenler üzerinde, özel kişilere arama ve işletme ruhsatı vererek yapmaktadır.

Maden hakkının özel kişilere devredildiği hallerde temel kural, maden haklarının bölünmezliği ilkesidir. Bir başka deyişle, söz konusu hakkın tek bir gerçek veya tüzel kişide toplanması gerekmektedir. Bu kural, MaK m. 5'te de açıkça düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, madenler üzerinde tesis olunan ilk müracaat (takaddüm), arama ruhsatı, buluculuk, görünür rezerv geliştirme ve işletme ruhsatı haklarının hiçbirisi hisselerle bölünemez. Her biri bir bütün hâlinde muameleye tabi tutulur. Ancak aynı hükmün ikinci fıkrasında, maden arama ve işletme haklarının devredilmesinin mümkün olduğu da vurgulanmıştır.

[33] Uyumaz, Alper/Güngör, Fatma. "Rödovans Sözleşmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIX, S. 4, 2015, s. 147.

Maden haklarının devrinden bahsedildiğinde, akla iki sözleşme gelmektedir. Bunlardan ilki, maden haklarının devri sözleşmesidir³⁴. Bu sözleşme ile sözleşmenin karşı tarafı, maden ruhsatının maden sicilinde kendi adına tescil edilmesini talep edebilmektedir³⁵. Yetkili memur önünde yapılması gereken bu sözleşmeye, niteliğine uygun düştüğü ölçüde satış sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanabilir³⁶. Maden haklarının devredilmesi bakımından gündeme gelen diğer sözleşme ise, rödovans sözleşmesidir³⁷. Rödovans sözleşmesi ile, ruhsat sahibi, maden işletme hakkını belirli bir süreliğine rödovansçıya bırakmayı taahhüt ederken, rödovansçı da bunun karşılığında rödovans bedelini ödemeyi üstlenmektedir³⁸. Rödovansçı, herhangi bir şekil şartına tabi olmayan bu sözleşmeye dayanarak işletme ruhsatının maden siciline kendi adına tescilini talep edemez³⁹. Rödovansçının bu sözleşmeden doğan alacak hakkı, maden sahasının kendisine teslim edilmesine ve sözleşmede kararlaştırılan süre boyunca kullanıma uygun bir şekilde bulundurulmasına yöneliktir⁴⁰. Rödovans sözleşmelerinde, rödovansçının ruhsatı sahiplenme irade bulunmadığından, bu sözleşmeye ürün kirasına ait hükümler uygulanır⁴¹. Burada işletme ruhsatı değil, bu ruhsatın kullanım hakkı devredilmektedir.

Yukarıda yapılan açıklamaların ışığında, ürün kirası kapsamında ele alınması gereken sözleşmenin, rödovans sözleşmesi olduğu görülmektedir. Rödovans sözleşmesi ile işletme ruhsatı rödovansçıya devredilmediğinden, işletme ruhsatının kiraya veren kişi adına olması bir zorunluluk arz etmektedir. Zira rödovansçı, bu sözleşme ile ruhsatın kendi adına tescil edilmesini talep edememektedir. Dolayısıyla ürün kiralarında işletme ruhsatının kiraya veren adına olması gerektiğine ilişkin şartın, ürün kirasının bir görünümü olarak nitelendirilebilecek rödovans sözleşmeleri bakımından aranması makuldür. Aksi bir kabulde artık rödovans sözleşmesinden bahsedilemeyecek, niteliği itibarıyla devir borcu doğuran maden hakkının devri sözleşmesi söz konusu olacaktır.

Diğer Hak Kiraları Bakımından

Öğretide, maden hakkı dışındaki hakların kiraya konu olması halinde, ilgili hakkı tevsik eden belgelerin zilyetliğinin kiracıya devredilmesi ge-

[34] Erdoğan, Kemal. "Maden Hakkını Devir Sözleşmesi ile Rödovans Sözleşmesi Arasındaki Ayırım", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXII, S. 1, 2018, s. 102.

[35] Erdoğan, s. 113.

[36] Erdoğan, s. 131.

[37] Erdoğan, s. 103 vd.

[38] Uyumaz/Güngör, s. 146; Erdoğan, s. 105.

[39] Erdoğan, s. 134-135.

[40] Erdoğan, s. 134-135.

[41] Erdoğan, s. 134-135.

rektiği kabul edilmektedir⁴². Bu haklara örnek olarak ise fikri ve sınai haklar gösterilmektedir⁴³. Ürün kirasına konu olan diğer hakları tevsik eden belgelerin, işletme ruhsatı olarak adlandırılması mümkün değildir. Ancak öğretilerde bu haklar bakımından da söz konusu belgenin işletme ruhsatı gibi nitelendirilerek, zilyetliğinin kiracıya devredilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁴⁴. Söz konusu belgenin, hakkın kiracı tarafından kullanılması ve işletilmesi bakımından gerekli olması kaydıyla, bu tip bir şartın aranması uygun görünmektedir. Zira kiracı bu belge olmaksızın hakkı kullanamayacak ve işletemeyecekse, ürün kirasının varlığından da bahsedilemeyecektir.

İşletmeler Bakımından

Buraya kadar yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, hakların ürün kirası sözleşmesine konu olduğu hallerde, işletme ruhsatının veya hakkı tevsik eden belgenin kiraya veren adına düzenlenmesi olağan bir sonuçtur. Ayrıca ilgili hallerde, söz konusu hakkın ürünlerinden faydalanılabilmesi için işletme ruhsatının veya ilgili belgenin zilyetliğinin kiracıya devredilmesi gerekiyorsa, bu devir işleminin de yapılması gerekmektedir.

Ne var ki aynı değerlendirmeleri işletmeler bakımından yapmak mümkün değildir. Daha önce de vurgulandığı üzere, bir işyerinin kira sözleşmesine konu olduğu hallerde, ürün kirasının varlığından bahsedebilmek için taşınmazın ürün getirme vasfının olması ve bu amaçla kiraya verilmesi gerekir. Bu da genellikle söz konusu taşınmazda bir işletme işletilmesiyle mümkün olmaktadır.

İşletme, gelir elde etmek amacıyla sermaye ve emek unsurlarının bir araya getirilmesiyle tesis edilen, gelir sağlamayı hedefleyen, sürekli ve bağımsız bir organizasyon olarak tanımlanmaktadır⁴⁵. Ticaret hukukunda işletmeler bakımından, ticari işletme-esnaf işletmesi ayrımı yapılmış, esnaf işletmesi için öngörülen ve Cumhurbaşkanı Kararı ile belirlenecek olan gelir sağlama hedefi düzeyini aşan işletmelerin, ticari işletme olarak nitelendirileceği kabul edilmiştir. Ürün kirasına ilişkin hükümlerin uygulanması bakımından ise sözleşmeye konu işletmenin ticari işletme veya esnaf işletmesi olması önem arz etmemektedir⁴⁶.

Daha önce de vurgulandığı üzere gerek esnaf işletmesi gerekse de ticari işletmelerde, işletme faaliyetlerini başlatmak ve bu faaliyetleri devam

[42] Darcan, s. 48.

[43] Darcan, s. 48.

[44] Darcan, s. 48.

[45] Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi. *Ticari İşletme Hukuku*, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 51-52.

[46] Darcan, s. 41.

ettirmek için yetkili idareden işletme ruhsatı almak gerekir. Birel bir idari işlem sonucunda düzenlenen işletme ruhsatı, ürün kirası sözleşmesi bakımından da önem arz etmektedir. Nitekim önceki başlıklarda da ifade edildiği üzere, yargı kararları ve öğretide, işletme ruhsatının devredilmesinin ürün kirasının zorunlu bir unsuru olduğu vurgulanmış, söz konusu ruhsatın kiracı adına düzenlendiği hallerde, ürün kirasının varlığından bahsedilemeyeceği ileri sürülmüştür. Söz konusu yaklaşım, madden hakkının veya diğer hakların kiraya verildiği hallerde oldukça makul ve tutarlı bir görünüm çizmektedir. Ancak bu yaklaşımın işletme kiralari bakımından sürdürülmesi oldukça güçtür. Bu hususta bir değerlendirme yapabilmek için işyeri açma ve çalışma ruhsatı olarak adlandırılan işletme ruhsatının, devir kabiliyetine sahip olup olmadığı incelenmelidir.

İşletme ruhsatının devir kabiliyeti değerlendirilirken dikkate alınacak olan hüküm, İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmeliğin 8'inci maddesidir. Bu maddede, ruhsatta belirtilen faaliyet konusu, faaliyet alanı ve adresin değişmemesi kaydıyla işyerinin devredilmesi halinde, devralan kişinin başvurusu üzerine dosyadaki bilgi ve belgeler esas alınmak suretiyle, yeni işletmeci adına tekrar ruhsat düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm karşısında kiracının ürün kirası sözleşmesine dayanarak işletme faaliyetlerine devam edebilmesi için kendi adına ruhsat düzenlettirmesi gerekmektedir⁴⁷. Bir başka deyişle, işletmecinin değiştiği hallerde, kiraya verenin ruhsatı kiracıya devredilmemekte, aksine onun adına düzenlenmiş bulunan ruhsat iptal edilerek, kiracı adına yeni bir ruhsat düzenlenmektedir⁴⁸. Hal böyle iken, işletme ruhsatının devir kabiliyetine sahip olmadığı, işyerinin ürün kirasına konu olduğu hallerde, kiracı adına yeni bir ruhsat düzenleneceği sonucuna ulaşılabilir.

Tüm bu gerekçelerle, Yargıtay'ın işletme ruhsatının kiraya veren kişi adına olması gerektiğine ilişkin görüşü, işletme kiralari bakımından isabetsiz görünmektedir. Kiracı adına ruhsat düzenlenmesi dışında başka bir ihtimal bulunmayan işletme kiralari, ürün kirasının kapsamından çıkarmak, iradeleri ürün kirası sözleşmesi yapmaya yönelik sözleşme taraflarını hiçe saymak anlamına gelir. Yargı kararları ve öğretide kendisine yer bulan bu şart, en fazla kiraya verenin, kiracının daha kolay ruhsat alabilmesini sağlamak adına kendi elinde bulunan belgeleri ona paylaşması şeklinde anlaşılabilir⁴⁹. Bunun dışında işletme ruhsatının devrini, teknik anlamda bir devir işlemi olarak kabul etmek mümkün değildir. Kanaatimizce, ürün kirası sözleşmelerini diğer kira sözleşmelerinden ayırt etmek için kullanılması gereken asıl kriter ise, demirbaşların

[47] Burcuoğlu, s. 134; Akkanat, s. 16-17.

[48] Burcuoğlu, s. 134; Akkanat, s. 16-17.

[49] Akkanat, s. 17-18.

devri olmalıdır⁵⁰. Zira bunların devri ile ürün getiren bir işletmenin organizasyonun devamlılığı sağlanır. Bu unsurları bünyesinde barındıran işletmenin kiralınması, işler durumunda bulunan bir işletmenin varlığına işaret etmekte ve kiralananın ürün getirme özelliğini öne çıkarmaktadır.

SONUÇ

Kiraya verenin ürün veren bir şey veya hakkın kullanılmasını ve ürünlerin devşirilmesini, bedel karşılığında kiracıya bıraktığı ürün kirası sözleşmelerinin, diğer kira sözleşmelerinden ayırt edilmesi önem arz etmektedir. Söz konusu ayırımı yapabilmek adına, yargı kararlarında ve öğretide çeşitli kriterler geliştirilmiştir. Bu kriterlerin başında ise işletmenin demirbaşları ve işletme ruhsatı ile devredilmesi gerekliliği gelmektedir.

Yargı kararları ve öğretide geliştirilen söz konusu kriterlerden demirbaşların devri şartının, ürün kirasının varlığı bakımından aranması, oldukça makuldür. Zira ürün kirasına konu olan bir işletmenin, ürün vermeye devam etmesi gerekir. Bu da ancak faaliyetlerin devamını sağlayan demirbaşların devri ile mümkün olabilir. Ancak aynı değerlendirmeleri işletme ruhsatının devri bakımından yapmak zor görünmektedir. Zira Yargıtay, kararlarında işletme ruhsatının devri kavramını oldukça farklı yorumlamakta ve söz konusu ruhsatın kiracı adına düzenlendiği hallerde, işletme ruhsatı devredilmediği için ürün kirasının varlığından da bahsedilemeyeceğini ifade etmektedir. Bu yaklaşım, rödovans sözleşmeleri ile fikri ve sınai hakların kiralandığı hallerde tutarlı görünse de işletmelerin kiraya verildiği hallerde uygulanabilir değildir. Nitekim İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmeliğin 8'inci maddesinde, işletmecinin değiştiği hallerde, yeni bir ruhsat düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme ışığında, bir işletmenin ürün kirasına konu edildiği hallerde, kiraya veren adına düzenlenen ruhsatın iptal edilerek, kiracı adına yeni bir ruhsat düzenleneceği sonucuna ulaşılabilir. Hal böyle iken işletme ruhsatının kiracı adına düzenlendiği hallerde ürün kirası sözleşmesinin bulunmadığını ifade eden Yargıtay kararları, isabetsiz görünmektedir. Bu noktada tarafların iradeleri ürün kirası sözleşmesi yapmaya yönelmişken, yalnızca işletme ruhsatı kiracı adına düzenlendiği için diğer kira sözleşmelerine ilişkin hükümler uygulanmamalıdır.

[50] Benzer yönde bkz. Burcuoğlu, s. 134.

KAYNAKÇA

- Akkanat, Halil. "Çatılı İşyeri Kirası mı Ürün Kirası mı?". *Prof. Dr. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu'nun Anısına Armağan*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Armağanlar Dizisi: 2, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 1-19.
- Altaş, Hüseyin. *Hasılat ve Şirket Kirası*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- Burcuoğlu, Halûk. Uygulama ve Öğretiden Örneklerle Özel Hukukta (Aile-Kira-Borçlar Hukukunun Diğer Bazı Bölümleri ve Karar ve İlam Harcı, Kesin Kararlar Bakımından da Yasa Yolu Açılması) I Quo Vadis (Nereye) II Nihayet, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- Darcan, Şeyhmus. *Ürün Kirası Sözleşmesi*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Erdogan, Kemal. "Maden Hakkını Devir Sözleşmesi ile Rödovans Sözleşmesi Arasındaki Ayırım", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXII, S. 1, 2018, s. 95-141.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Fricker, Matthias/Seiler, Roger. *Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht* iç. *Orell Füssli Kommentar*, 4. Auflage, Orell Füssli Verlag, 2023.
- Higi, Peter. *Die Pacht* iç. *Zürcher Kommentar*, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2000.
- Honsell, Heinrich. *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil*, 10. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 2017.
- İlgezdi, Ali Rıza/Sönmez, Eren/Güçlü, Cem. *İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatı*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Kahraman, Zafer. *Ürün Kirası iç. İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu*, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- Kessler, Franz J. *Obligationenrecht-Einzelne Vertragsverhältnisse- Art 184-529 OR und Innominatverträge* iç. *Handkommentar*, 4. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2023.
- Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi. *Ticari İşletme Hukuku*, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Uyumaz, Alper/Güngör, Fatma. "Rödovans Sözleşmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIX, S. 4, 2015, s. 145-185.
- Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak. *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 18. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2022.
- Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K. Emre. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 18. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

www.lexpera.com.tr
www.legalbank.net